© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

Matthias E. Storme

Em. gewoon hoogleraar KU Leuven

Persoonlijke zekerheden en aanverwante rechtsfiguren (aangepast aan boek 9.1. BW)

vierentwintigste uitgave
(2025)

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

KORTE INHOUD BOEK PERSOONLIJKE ZEKERHEDEN (uitgewerkte inhoud achteraan)

HOOFDSTUK I.I. PERSOONLIJKE ZEKERHEDEN IN HET ALGEMEEN....3
I.I AFDELING A. De structuur van meerpartijenverhoudingen en de zogenaamde relativiteit van overeenkomsten....5
I.I AFDELING B. De verschillende vormen van pluraliteit van schuldenaars....12
I.I AFDELING C. Regels voor persoonlijke zekerheden in het algemeen....27
HOOFDSTUK I.II. BORGTOCHT....69
I.II AFDELING A. Begripsbepaling....69
I.II AFDELING B. Totstandkoming van de borgtocht en mogelijke gebreken bij de totstandkoming...71
I.II AFDELING C. Gevolgen van de borgtocht tussen borg en schuldeiser....72
I.II AFDELING D. Gevolgen in de verhouding tussen borg en hoofdschuldenaar....139
I.II AFDELING E. Gevolgen in de verhouding tussen medezekerheidsstellers....154
HOOFDSTUK I.III. ANDERE VORMEN VAN GEHOUDENHEID VOOR ANDERMANS SCHULD....160
I.III AFDELING A. Onvolmaakte of cumulatieve schuldovername....160
I.III AFDELING B. Accessoire of afhankelijke delegatie....163
I.III AFDELING C. Andere gevallen....170
HOOFDSTUK I.IV. NIET-ACCESSOIRE VERBONDENHEID MET OF VOOR EEN ANDER (PASSIEVE HOOFDELIJKHEID) 171
I.IV AFDELING A. Algemeen....171
I.IV AFDELING B. Enkele gevolgen van passieve hoofdelijkheid (inb. in solidum)....172
I.IV AFDELING C. Enkele bijzondere gevallen van passieve hoofdelijkheid of in solidum aansprakelijkheid....182
HOOFDSTUK I.V. ABSTRACTE RECHTSTREEKSE VORDERINGEN....206
I.V AFDELING A. Inleiding : twee types rechtstreekse vorderingen....206
I.V AFDELING B. De rechtstreekse vordering of eigen recht tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar bij verplichte verzekering....208
HOOFDSTUK I.VI. ONAFHANKELIJKE DELEGATIE EN ONAFHANKELIJKE GARANTIE....222
I.VI AFDELING A. Inleiding....222
I.VI AFDELING B. Totstandkoming en mogelijke gebreken....224
I.VI AFDELING C. Toepassingen....229
I.VI AFDELING D. Rechtsgevolgen....244
HOOFDSTUK I.VII. DERDENBEDINGEN....262
HOOFDSTUK I.VIII. PATRONAATSVERKLARINGEN (COMFORT LETTERS) 263

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

HOOFDSTUK I.I. Persoonlijke zekerheden in het algemeen

We spreken van een persoonlijke zekerheid wanneer de schuldeiser de schuldeiser naast zijn schuldenaar ook een derde als bijkomende schuldenaar kan aanspreken.

Doorgaans betreft het een verbintenis van een derde jegens een of meer bepaalde schuldeisers, zodat deze de samenloop vermijden met de andere schuldeisers van de eerstgenoemde schuldenaar (dit vermijdt natuurlijk niet de samenloop met de andere schuldeisers van die persoonlijke zekerheidssteller); maar het kan ook gaan om een persoonlijke zekerheid ten gunste van alle schuldeisers. Zijn of hun verhaal wordt in beide gevallen versterkt doordat naast het vermogen van de schuldenaar ook dat van de persoonlijke zekerheid kan worden aangesproken (geheel, dan wel – in het geval van de zgn. zakelijke borg (infra I.I.B.2.b.1.b) – slechts tot beloop van bepaalde goederen) (*'outside collateral'*). De toepassing van Boek 9.1 over Persoonlijke zekerheden, blijft in deze zin beperkt tot verbintenissen "van een derde om aan een schuldeiser de betaling te waarborgen van een verbintenis van de hoofdschuldenaar tegenover de schuldeiser" (art. 9.1.2, 1° BW).

In een ruimere zin kunnen we ook van persoonlijke zekerheid spreken wanneer een schuldvordering verhaalbaar is op een vermogen ook zonder dat de eigenaar ervan een schuldenaar is (meer bepaald op een gemeenschappelijk vermogen waarvan niet alle mede-eigenaars persoonlijk verbonden zijn; of op het vermogen van de andere echtgenoot voor bepaalde fiscale schulden).

In dit bestek worden de verschillende vormen van persoonlijke zekerheden nader besproken, evenals de algemene regels die gelden voor alle of de meeste vormen van persoonlijke zekerheid (op die plaats zullen we ook nagaan of persoonlijke zekerheid in het Belgisch recht een technisch begrip is met een welbepaalde definitie). Aangezien het recht der persoonlijke zekerheden een bijzonder deel vormt van het verbintenissenrecht, moet men daarbij de algemene regels van verbintenissenrecht voor ogen houden. Aldus bestaat er ook geen *numerus clausus* van persoonlijke zekerheden (behalve indien gesteld door een consument, zie verder I.I.B.5); behoudens beperkingen van dwingend recht kunnen de modaliteiten van de verbintenis dan ook door partijen autonoom vorm worden gegeven, wat in de loop der tijden regelmatig heeft geleid tot nieuwe vormen van persoonlijke zekerheid.

Persoonlijke zekerheden hebben een belangrijke functie in het economisch verkeer[1]. Zij maken het mogelijk voor personen met een in verhouding tot het krediet beperkt vermogen maar goede vooruitzichten, om goedkoop krediet te verkrijgen; bij gebrek eraan zal ofwel het krediet duurder zijn (hogere interestvoet) ofwel winst moeten worden gedeeld (met inbrengers van risicodragend kapitaal). Omgekeerd is kredietverlening aan personen met een in verhouding beperkt vermogen niet altijd "*responsible lending*" (verantwoorde kredietverschaffing), en kan de bescherming van borgen en andere persoonlijke zekerheden er dus toe bijdragen dat kredietverleners meer verantwoordelijkheid nemen[2]. Met deze vragen dient dan ook rekening te worden gehouden bij

[1] Voor een aanzet tot economische analyse, zie P. COUSSEMENT, "Is er nog leven voor de (kosteloze) borgtocht na de wet van 3 juni 2007? Een kritische analyse aan de hand van enkele rechtseconomische beschouwingen omtrent persoonlijke (en zakelijke) zekerheden', in *Bijzondere overeenkomsten, XXIVste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008,* (Mechelen: Wolters Kluwer 2008), (187) 198 v.

[2] Zo stelt de aanwezigheid van een persoonlijke zekerheid de kredietverlener bij een consumentenkrediet (in de zin van art. I.9.39 WER) niet vrij van de verplichting van art. VII.77 § 2 WER om de terugbetalingsmogelijkheden van

de behandeling van de rechten en plichten van de betrokken partijen, bij de totstandkoming dan wel de uitvoering van persoonlijke zekerheden.

In de volgende hoofdstukken (II tot VIII) worden de belangrijkste vormen van persoonlijke zekerheid in ons recht elk afzonderlijk uitvoeriger besproken; ook wordt verwezen naar de bepalingen van het Ontwerp van gemeenschappelijk referentiekader (*DCFR* of *Draft Common Frame of Reference*)[3], dat een belangrijke inspiratiebron was voor Boek 9.1. BW. In dit hoofdstuk (I.) bespreken we de regels die gemeenschappelijk zijn aan alle of de meeste van die rechtsfiguren (regels inzake persoonlijke zekerheden in het algemeen). Vooraleer dat te doen (in Afdeling C van dit hoofdstuk) schetsen we eerst de structuur van meerpartijenverhoudingen in het algemeen (afdeling A.) en in het bijzonder van verhoudingen van pluraliteit van schuldenaars (Afdeling B.).

de kredietnemer zelf in te schatten en slechts krediet te verlenen indien men redelijkerwijze kan aannemen dat de consument-kredietnemer zelf in staat zal zijn de verplichtingen na te komen. Zo R. STEENNOT, 'Overzicht' *TPR* 2004 nr. 281 met verw. Vred. Kortrijk 6 augustus 2002, *Jaarb. kredietrecht* 2002, 139, en Vred. Kortrijk 2 december 1998, *Jaarb. Kredietrecht* 1998, 165.

[3] Christian VON BAR, Eric CLIVE & Hans SCHULTE-NÖLKE, Hugh BEALE, Johnny HERRE, Jérôme HUET, Peter SCHLECHTRIEM†, Matthias STORME, Stephen SWANN, Paul VARUL, Anna VENEZIANO & Fryderyk ZOLL, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Outline Edition* (München: Sellier 2009); en C. VON BAR & Eric CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*. Full Edition (6 banden) (München: Sellier 2009 / Oxford University Press 2010), met name Boek IV G (Personal Security). Dit boek IV G van de DCFR werd in een eerdere versie gepubliceerd als U. DROBNIG, *Principles of European Law: Personal Security* (München: Sellier 2007).

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.I AFDELING A. De structuur van meerpartijenverhoudingen en de zogenaamde relativiteit van overeenkomsten

Persoonlijke zekerheden veronderstellen in beginsel minstens drie personen. Om deze redenen is het nuttig ook enkele meer algemene beschouwingen over meerpartijenverhoudingen in het verbintenissenrecht in herinnering te brengen. We bespreken:
(1.) de zogenaamde relativiteit van overeenkomsten,
(2.) de begrippen oorzaak en abstractie, en
(3.) de structuur van obligatoire meerpartijenverhoudingen met de begrippen valutaverhouding en dekkingsverhouding.

I.I.A.1. Over derdenwerking en de zgn. relativiteit van overeenkomsten.

De ongelukkige verwoording van het voormalig art. 1165 OBW ("Overeenkomsten brengen alleen gevolgen mee tussen de contracterende partijen; zij brengen aan derden geen nadeel toe en strekken hun slechts tot voordeel in het geval voorzien bij art. 1121") heeft geleid tot boekdelen vol discussies over de zgn. relativiteit van de overeenkomst. Het nieuwe art. 5.103 BW is jammer genoeg in hetzelfde bedje ziek ("Het contract doet enkel tussen partijen verbintenissen ontstaan. Derden kunnen slechts de nakoming van een contractuele verbintenis vorderen indien de wet dat bepaalt en in het geval bedoeld in artikel 5.107"). Vele van die vragen zijn relevant voor de problemen die in dit werk besproken worden. Om een duidelijk zicht te hebben op het recht in deze materie[4], is het allicht beter om de regel eerst in het algemeen te herformuleren in de hiernavolgende volgende regels. Daarbij moet op de eerste plaats al een onderscheid worden gemaakt tussen de relativiteit van verbintenissen en de zogenaamde relativiteit van overeenkomsten[5].

I.I.A.1.a. De relativiteit van verbintenissen.

Verbintenissen betreffen een rechtsband tussen een of meer schuldeisers en een of meer schuldenaars[6]. Deze rechtsband brengt voor alle andere personen een zekere gebondenheid mee (gebondenheid aan het feit dat die rechtsband er is tussen die partijen), maar dit impliceert tegelijk dat alle andere personen noch schuldenaar noch schuldeiser zijn van die verbintenis. Dit sluit echter niet uit dat die rechtsband zowel aan de actiefzijde als aan de passiefzijde onder bepaalde voorwaarden kan overgaan op een derde, die daardoor partij wordt (met uitzondering van enerzijds aan de actiefzijde schuldvorderingen die *intuitu personae* zijn en anderzijds aan de passiefzijde verbintenissen die hoogstpersoonlijk zijn).

I.I.A.1.b. De relativiteit van obligatoire overeenkomsten.

Deze bestaat enkel aan de passiefzijde, niet aan de actiefzijde.

I.I.A.1.b.1° De relativiteit van overeenkomsten aan de passiefzijde

---

4 Voor een vrij helder overzicht, zie ook W. VAN GERVEN-COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht* (2006), 222 v.

5 Voor een uitvoeriger studie, zie M.E STORME, 'Derden in het nieuwe verbintenissenrecht. Derde-medeplichtigheid, vertegenwoordiging, derdenbeding, cessie, subrogatie, rechtstreekse vordering en delegatie', TPR 2024, 1661 e.v.

6 In het nieuw BW Art. 5.1. (Verbintenis): 'Een verbintenis is een rechtsband op grond waarvan een schuldeiser van een schuldenaar indien nodig in rechte de uitvoering van een prestatie mag eisen'.

Overeenkomsten scheppen in beginsel geen verbintenissen voor personen die daarin niet hebben toegestemd (en dus ofwel partij zijn bij de oorspronkelijke overeenkomst, ofwel achteraf als schuldenaar tot de rechtsverhouding toetreden). Een uitzondering daarop vormen de kwalitatieve verbintenissen (besproken in het Algemeen Deel van mijn *Insolventierecht*).

Daarbij moet worden opgemerkt dat er een hele reeks situaties zijn waarbij een partij wél de bevoegdheid heeft in te grijpen in andermans rechtssfeer, waardoor voor die andere partij verbintenissen ontstaan (bv. uitoefening van een vertegenwoordigingsbevoegdheid, van een ontbindingsbevoegdheid, van een bevoegdheid tot nietigverklaring, enz.). De relativiteit van overeenkomsten aan de passiefzijde verhindert ook niet dat de schuldenaar een gebeurlijke overgang van de schuldvordering (zonder inhoudelijke wijziging) naar een nieuwe schuldeiser zal moeten ondergaan.

I.I.A.1.b.2° De afwezigheid van deze relativiteit aan de actiefzijde

Art. 5.103 BW is met name onnauwkeurig omdat derden op verschillende wijzen partij kunnen worden aan de actiefzijde van een obligatoire rechtsverhouding, d.i. schuldeiser worden van een verbintenis die oorspronkelijk door een andere partij was bedongen:
- niet enkel door een beding ten gunste van derden (art. 5.107 BW, voorheen 1121 OBW),
- maar ook door verkrijging van een bestaande schuldvordering door cessie van, naasting van, zgn. natrekking van ((*accessorium sequitur principale*), of subrogatie in een bestaande schuldvordering.
- een derde kan ook rechten verkrijgen op een schuldvordering doordat hij er een pandrecht op verkrijgt of een bijzonder voorrecht of een gelijkaardig 'eigen recht' (zoals de zgn. rechstreekse vordering).

In al deze gevallen wordt de derde, die geen partij was bij de oorspronkelijke overeenkomst, wel partij bij de rechtsverhouding. Deze gevallen zijn niet te beschouwen als een "uitzondering" op een zogezegd beginsel waarvan ze afwijken; een zo geïnterpreteerd beginsel bestaat immers niet in ons recht (m.a.w. de relativiteit van de overeenkomst verhindert helemaal niet dat een derde schuldeiser kan worden uit een overeenkomst waarbij hij geen partij was[7]).

Daarnaast kunnen derden ook een verweermiddel putten uit een overeenkomst waarbij ze geen partij zijn, bv. indien daaruit volgt dat hun schuldeiser ingevolge die overeenkomst geen schuldvordering meer heeft, bv. omdat die is tenietgegaan wegens schuldvergelijking[8].

I.I.A.2. Het begrip oorzaak in zijn verschillende betekenissen

Vragen over de rol van de "oorzaak" (*causa*) in het overeenkomsten- en verbintenissenrecht worden veelal verduisterd doordat ons recht door elkaar twee verschillende concepten van oorzaak gebruikt, die weliswaar ten dele overlappen, maar toch moeten worden onderscheiden:
- de "subjectieve" oorzaak van de rechtshandeling, gezien vanuit het perspectief van de belover;
- en de "objectieve" oorzaak van de – afdwingbaarheid van de - schuldvordering, gezien vanuit het perspectief van de schuldeiser.
Hoewel het oorzaakvereiste (d.i. de oorzaak die art. 5.27 en 5.53 v. BW, voorheen art. 1108 v. OBW vereisen voor de totstandkoming van een geldige overeenkomst) in de subjectieve zin lijkt

[7] In dezelfde zin X. DIEUX, 'Nature et limites du droit du titulaire d'une action directe contre un cocontractant de son débiteur', *RCJB* 2004, (5) 25-26.

[8] Zie voor dit voorbeeld Cass. 20 juni 2016, *Izzimmo bvba*, C.15.0478.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160620.1

te moeten worden begrepen (zo althans art. 5.53 BW)[9], blijft het belangrijk beiden te onderscheiden omdat ze wel degelijk allebei in ons recht een rol spelen, en in het bijzonder name bij meerpartijenverhoudingen.

I.I.A.2.a. Subjectieve oorzaak.

In de eerste betekenis gaat het om de "determinerende" beweegreden waarom iemand een rechtshandeling stelt, en dus bij verbintenisscheppende rechtshandelingen waarom hij een verbintenis aangaat. Deze is volgens art. 5.53 BW relevant voor zover die gekend was of behoorde te zijn door de andere partij. M.i. wordt dit ook u nog steeds best begrepen als de typische beweegreden uit de aard van de zaak.

Los van de specifieke vragen bij verbintenissen tot zekerheidsstelling, wordt een verbintenis in het algemeen aangegaan:
- ofwel *credendi causa* (om een tegenprestatie te verkrijgen, d.i. bij overeenkomsten onder bezwarende titel), ofwel
- *solvendi causa* (om een bestaande schuld te voldoen), ofwel
- *donandi causa* (uit vrijgevigheid).
Bij zekerheidsstelling voor eigen schuld is het verkrijgen of behouden van het krediet de oorzaak.

Bij zekerheid voor andermans schuld evenwel (persoonlijke zekerheid, dan wel zakelijke borg), alsook bij andere vormen van meerpartijenverhouding, rijst de vraag wat de oorzaak is en in hoeverre die relevant is. Verder in I.I.A.3. wordt nader uitgewerkt:
- waar die oorzaak zich situeert (de zogenaamde dekkingsverhouding);
- en wat de weerslag ervan is in de andere verhoudingen.
In beginsel kan echter ook een dergelijke verbintenis gekwalificeerd worden als *credendi causa*, *solvendi causa*, of *donandi causa*. Bij toepassing van die begrippen is wel enige verwarring mogelijk: in vele gevallen gebeurt de zekerheidsstelling immers "kosteloos", maar toch niet bij wijze van schenking: de zekerheidssteller verkrijgt namelijk geen tegenprestatie voor zijn zekerheidsstelling, maar behoudt wel het recht om zich te verhalen op - d.i. regres te nemen op - de persoon voor wiens schuld men zekerheid heeft gesteld (zie de uitwerking verder in I.I.B en verder onder meer voor borgtocht in I.II.D).

I.I.A.2.b. Objectieve oorzaak

In het tweede concept van oorzaak gaat het om de grond waarom een promissaris (de persoon jegens wie een belofte wordt gedaan) door het recht wordt beschermd, de grond waarom hij de wederpartij aan zijn belofte of toestemming mag houden. Wanneer vandaag in ons recht over de oorzaak wordt gesproken (met name in art. 5.53 BW), doelt men daar niet meer op, maar dat betekent niet dat die vraag in ons recht niet meer bestaat, noch dat het antwoord totaal los zou staan van het begrip oorzaak. Het is immers nog steeds zo in ons recht dat een belofte in beginsel maar afdwingbaar is indien ze:
- ofwel onder bezwarende titel is verkregen,
- ofwel tot zekerheid van een ander recht,
- ofwel in een plechtige of gelijkgestelde vorm (zie art. 4.132 § 1 en 2 *iuncto* 4.158 BW, voorheen art. 893 OBW),

[9] "De oorzaak bestaat uit de determinerende beweegredenen die elke partij ertoe hebben bewogen om het contract te sluiten voor zover die gekend waren of behoorden te zijn door de andere partij". Zie voorheen de handboeken verbintenissenrecht, onder meer S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, 102 v. en W. VAN GERVEN - S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 136 v.

- ofwel als vriendendienst (overeenkomsten om niet die geen beschikking over goederen inhouden, *a contrario* uit art. 4.132 § 1 BW, voorheen art. 893 OBW).
Dit vereiste wordt nu doorgaans wel niet meer beschouwd als een toepassing van het oorzaak-vereiste, maar wel als een vraag onder welke voorwaarden overeenkomsten vormvrij zijn dan wel een of andere bepaalde vorm moeten hebben om bindend te zijn.

I.I.A.2.c. De ongeoorloofde oorzaak

Een bijkomende grond van verwarring is dat de term "ongeoorloofde oorzaak" nu eens slaat op een ongeoorloofde subjectieve oorzaak (bv. een verbintenis die op zichzelf geoorloofd is, maar aanzet tot ongeoorloofd handelen, bv. prijs uitloven om iemand te vermoorden), en dan weer op een ongeoorloofde objectieve oorzaak (bv. een verbintenis met het oog op een tegenprestatie die eveneens op zichzelf geoorloofd is, maar die niet in ruil voor de eerste mag worden bedongen, klassiek voorbeeld: prostitutie-overeenkomst), al impliceert het laatste geval ook een ongeoorloofde subjectieve oorzaak (aanzetten tot een ruil van iets wat niet mag geruild worden).

I.I.A.3. De structuur van meerpartijenverhoudingen: dekkingsverhouding en valutaverhouding ; het begrip abstractie.

I.I.A.3.a. De verschillende rechtsverhoudingen – dekkings- en valutaverhouding

Persoonlijke zekerheden worden op de eerste plaats ingedeeld naargelang de verhouding van de verbintenis van de zekerheidsschuldenaar ten aanzien van de andere rechtsverhoudingen tussen de betrokkenen.

Bij persoonlijke zekerheden zijn er in beginsel minstens drie personen betrokken, meestal volgens volgend schema:

- de schuldeiser;
- de hoofdschuldenaar;
- de "bijkomende" schuldenaar die zich – tegelijk, op voorhand of nadien – voor of met de schuldenaar verbindt dan wel een eigen schuld aangaat tot zekerheid voor de schuldeiser van een ander.

Dit brengt mee dat er drie rechtsverhoudingen zijn.

I.I.A.3.a.1° De interne of dekkingsverhouding

De "interne" verhouding tussen de oorspronkelijke schuldenaar en de bijkomende schuldenaar noemen we de dekkingsverhouding indien daarin – zoals in bovenstaand schema - de "oorzaak" van de verbintenis van de bijkomende schuldenaar is te vinden. "Oorzaak" kan daarbij zoals gezegd worden bepaald als de reden waarom die persoon zich verbindt (of krachtens de wet geacht wordt zich te verbinden) (zie hoger punt 2). De term dekkingsverhouding (Fr. *rapport de couverture*, Dui. *Deckungsverhältnis*) komt evenzeer als de zo dadelijk besproken term valutaverhouding oorspronkelijk uit het wissel- en chequerecht (de dekkingsverhouding is de verhouding waarin zich de "dekking" voor een cheque of wisselbrief situeert).

Bij veruit de meeste persoonlijke zekerheden is de oorzaak van de verbintenis van de zekerheidsschuldenaar te vinden in de interne verhouding tussen de hoofdschuldenaar en de borg of garant, die we vanaf nu dus in het algemeen dekkingsverhouding noemen.

Persoonlijke zekerheden zijn verder in beginsel "abstract" – dit wil zeggen losgemaakt - van die dekkingsverhouding. "Abstractie" van een verbintenis betekent altijd: niet-tegenwerpelijkheid van excepties. Wanneer de term zonder nadere aanduiding gebruikt wordt, dan bedoelt men daarmee steeds abstractie ten aanzien van de dekkingsverhouding (dus ten aanzien van de oorzaak in de zin van reden voor de verbintenis).

Een partij kan inderdaad een verbintenis aangaan die geabstraheerd is van haar oorzaak, voor zover deze oorzaak zich bevindt in een andere rechtsverhouding dan diegene waarin de verbintenis speelt[10], en meer bepaald wanneer een schuldenaar jegens een derde een schuld aangaat die haar "oorzaak" (reden) vindt in de interne verhouding met een tweede partij. Naargelang de aard van de dekkingsverhouding zal er in die verhouding zelf wel een afwikkeling moeten plaatsvinden (bv. door een regresvordering; mogelijk versterkt door subrogatie).

NB. 1. Door die abstractie verschillen persoonlijke zekerheden van zekerheden van een schuldeiser op een schuldvordering van zijn schuldenaar; ook bij zekerheden van een schuldeiser op een schuldvordering van zijn schuldenaar is de derde-schuldenaar weliswaar aansprakelijk met heel zijn vermogen, maar wel enkel tot nakoming van de schuld uit de dekkingsverhouding (zie verder Deel V. over zekerheden op schuldvorderingen).
2. Bij sommige persoonlijke zekerheden in ruime zin, is er initieel géén dekkingsverhouding, bv. bij kredietverzekeringen (er ontstaat na uitkering wel een verhouding tussen de kredietverzekeraar en de schuldenaar door quasi-subrogatie); de oorzaak van de verbintenis van de verzekeraar bevindt zich dan uitsluitend in zijn verhouding tot de schuldeiser zelf.

I.I.A.3.a.2° De valutaverhouding of waardeverhouding

De verhouding tussen de oorspronkelijke schuldenaar en de schuldeiser noemen we de valutaverhouding (ook waardeverhouding; Fr. *rapport de valeur*, Dui. *Valutaverhältnis*).

Bij sommige persoonlijke zekerheden wordt het voorwerp van de zekerheid onder meer bepaald door verwijzing naar de valutaverhouding (dit zijn de zgn. accessoire zekerheden) – met name de borgtocht, de onvolmaakte contractsoverdacht, de abstracte rechtstreekse vordering en de accessoire (niet-onafhankelijke) delegatie. De gevolgen hiervan worden verder nader besproken bij elk van die rechtsfiguren.

Bij andere daarentegen is de zekerheid ook geabstraheerd van die valutaverhouding, zoals bij de onafhankelijke garanties. De term "abstractie" wordt dan, zoals hieronder I.I.A.3.b. nader wordt uiteengezet, op een andere wijze gebruikt dan in de enge zin van niet-tegenwerpelijkheid van verweermiddelen uit de verhouding waarin de subjectieve oorzaak is gelegen (de dekkingsverhouding); hier betekent ze dan niet-tegenwerpelijkheid van verweermiddelen uit de valutaverhouding. Ook deze vorm van abstractie kan in meerpartijenverhoudingen dus in beginsel worden overeengekomen. Maar om verwarring te vermijden spreekt men beter van "onafhankelijke" garanties.

Ook bij de verschillende vormen van hoofdelijkheid (verder besproken in Afdeling I.I.B) is de schuld van de ene schuldenaar in beginsel niet accessoir aan die van de andere.

---

[10] Art. 5.54 lid 1 zin 2 - "Partijen mogen ook overeenkomen dat het contract van zijn oorzaak wordt geabstraheerd tenzij de wet zulks verbiedt" - lijkt dit laatste vereiste niet te stellen, maar als het niet gaat om een andere rechtsverhouding is de abstractie louter formeel (omkering bewijslast) en niet ook materieel. Zie infra I.I.A.3.b.1°.

I.I.A.3.a.3° De resultante verhouding of prestatieverhouding (bv. borgtochtverhouding)

De verhouding tussen de bijkomende schuldenaar en de schuldeiser draagt vaak de naam van de overeenkomst die daar is aangegaan. Zo is de verhouding tussen de borg en de schuldeiser de "borgtochtverhouding". Als algemene term ongeacht de aard van de overeenkomst spreekt men ook van prestatieverhouding (Dui. *Leistungsverhältnis*).

I.I.A.3.b. Het begrip abstractie

Het begrip abstractie kennen we in verschillende takken van ons recht en betekent altijd een bepaalde vorm van *niet-afhankelijkheid*, van *loskoppeling*.

Behalve bij verbintenissen gebruikt men het woord abstractie ook wel bij de volmacht en vooral bij de overdracht van eigendom en de vestiging van zakelijke rechten. Zo betekent:
- "abstractie" in het goederenrecht, meer bepaald inzake overdracht van goederen en de vestiging van zakelijke rechten, dat de verkrijging losgekoppeld wordt van de onderliggende verbintenis; een abstracte levering is dus een levering die onafhankelijk is van de geldigheid van een onderliggende titel (verbintenis) (zie Deel II Hoofdstuk II Afdeling E); in ons recht zijn de overdracht en vestiging in beginsel causaal en niet abstract (art. 3.14 BW), uitgezonderd bij overdracht van effecten via een effectenverrekeningsstelsel;
- een abstracte volmacht dat de volmacht is losgekoppeld van de interne verhouding tussen volmachtgever en gevolmachtigde; wat meer bepaald de niet-tegenwerpelijkheid jegens de derde inhoudt van excepties uit de interne verhouding;
- een abstracte verbintenis dat de verbintenis is losgekoppeld van een andere verbintenis waarmee ze enig verband heeft.

We werken hieronder het begrip abstractie enkel uit ten aanzien van verbintenissen.

I.I.A.3.b.1° Abstractie in enge zin (abstractie ten aanzien van de oorzaak)

Wanneer art. 5.54 BW stelt dat een overeenkomst een oorzaak moet hebben, maar ervan kan worden losgemaakt of geabstraheerd, dan gebruikt men hoofdzakelijk het subjectieve concept van oorzaak (gedefinieerd in art. 5.53 BW).

Daarbij dient wel het volgende te worden opgemerkt wat betreft graden van abstractie:

- daadwerkelijke abstractie van een verbintenis ten aanzien van de oorzaak ervan is enkel mogelijk in meerpartijenverhoudingen, nl. wanneer de oorzaak te vinden is in een andere rechtsverhouding dan diegene waarin de verbintenis speelt, en meer bepaald wanneer een schuldenaar jegens een derde een schuld aangaat die haar "oorzaak" (reden) vindt in de interne verhouding met een tweede partij. Deze daadwerkelijke abstractie heet "materiële abstractie". Deze abstractie vinden we bij omzeggens alle persoonlijke zekerheden, zowel de accessoire als de autonome (zie hieronder).

- tussen de bij de "oorzaak" – d.i. de dekkingsverhouding – betrokken partijen daarentegen is geen materiële abstractie mogelijk[11], maar hooguit "formele abstractie", dit wil zeggen een

11 O.a. Cass. 6 september 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 323; w.b. een wisselbrief HvB Brussel 30 januari 2001, *RW* 2001-02, 27 noot S. RUTTEN; *in casu* was de onderliggende verbintenis nietig wegens dwaling.

omkering van de bewijslast. Het is aan de schuldenaar om aan te tonen wat de – niet uitgedrukte – reden voor zijn verbintenis is geweest en dat hij daaruit een verweermiddel kan putten.

- een tussencategorie vinden we in verbintenissen met het beding "eerst betalen, dan praten", waarbij de schuldenaar de betaling dadelijk moet betalen "op eerste verzoek", maar de verbintenis voor het overige niet abstract is, zodat hij wel kan terugvorderen indien hij vervolgens aantoont dat ze onverschuldigd was. Dit is een afwijking van het oude adagium: *qui petit quod statim redditurus est, dolo agit*, en vandaar is betwist of een dergelijk beding wel geldig is in ons recht[12]; m.i. is het beding in ieder geval geldig in die gevallen waarin ook een abstracte verbintenis geldig zou zijn (*qui peut le plus, peut le moins*). De rechtsfiguur wordt in dit werk (Persoonlijke Zekerheden) daarom besproken als een variante van de onafhankelijke garantie (in I.VI).

I.I.A.3.b.2° Abstractie in ruimere zin: niet-accessoire verbintenissen

De term "abstractie" wordt ook nog op andere wijzen gebruikt dan in de enge zin van art. 5.54 BW (niet-tegenwerpelijkheid van verweermiddelen uit de verhouding waarin de subjectieve oorzaak is gelegen, de dekkingsverhouding). Zo zal men ook soms zeggen dat een verbintenis geabstraheerd is van de "valutaverhouding" (zie in I.VI de bespreking van de zgn. abstracte garanties). Omwille van de duidelijkheid is het beter hiervoor het begrip "onafhankelijke" of "autonome" garanties te gebruiken (zo ook in Boek 9.1.BW).

Wanneer de term abstractie zonder nadere aanduiding gebruikt wordt, dan bedoelt men daarmee wel steeds abstractie ten aanzien van de dekkingsverhouding (dus ten aanzien van de oorzaak in de zin van reden voor de verbintenis).

12 Zie hierover A. CUYPERS, 'De verschoonbaarheid van de gefailleerde en de positie van echtgenoot en borgen in de gerepareerde Faillissementswet', *TBH* 2003, (267) 280 nr. 42 v. Voor de geldigheid in het algemeen E. DIRIX, 'Borgtocht. Recente ontwikkelingen', in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia* (Antwerpen: Kluwer 1997), (1) 13 v.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.I AFDELING B. De verschillende vormen van pluraliteit van schuldenaars

I.I.B.1. Inleiding.

De uitdrukking pluraliteit van schuldenaars wordt niet gebruikt in de algemene zin voor alle gevallen waarin een schuldeiser meerdere schuldenaars heeft, maar wel wanneer er meerdere schuldenaars zijn voor dezelfde schuld of voor schulden die op een bepaalde wijze met elkaar samenhangen, zodat de schuldeiser maar eenmaal recht heeft op de prestatie.

De vormen van pluraliteit van schuldenaars kunnen op verschillende manieren worden geklasseerd.

Zij kunnen geklasseerd worden volgens hun wijze van ontstaan; de meeste persoonlijke zekerheden ontstaan uit een daartoe strekkende rechtshandeling; sommige echter worden door de wet vastgeknoopt aan een bestaande (meestal contractuele) rechtsverhouding zonder dat zij als dusdanig zijn aangegaan (bv. de rechtstreekse vordering tegen een verplichte aansprakelijkheidsverzekeraar). Bij de bespreking van de verschillende vormen in de volgende hoofdstukken wordt ook aangegeven hoe zij ontstaan.

In de vorige afdeling werden de persoonlijke zekerheden reeds geklasseerd naargelang ze afhankelijk (accessoir) zijn van de hoofdschuld (valutaverhouding) of niet.

In deze afdeling bespreken we de classificatie van persoonlijke zekerheden naargelang de schuldenaars met of voor elkaar gehouden zijn dan wel niet (1) en vervolgen met de classificatie naargelang de schuldenaars al dan niet subsidiair gehouden zijn (2.). Deze onderscheidingen hebben een weerslag op twee soorten vragen:
- onder welke voorwaarden de schuldeiser nakoming kan vorderen van één of meer schuldenaars (de gehoudenheid of aansprakelijkheid in de externe verhouding); en
- wat de weerslag is in de verhouding tussen de verschillende schuldenaars (de draagplicht of bijdrageplicht in de interne verhouding (Lat. *contributio,* Fr. *contribution*)).

We bespreken hier niet de gevallen waarin een andere persoon dan de schuldenaar ook met zijn vermogen of een deel ervan instaat voor bepaalde schulden, zonder zelf schuldenaar te zijn, omdat de schuld verhaalbaar is op zijn vermogen (zeldzaam, bv. wanneer het vermogen van de ene echtgenoot mee instaat voor fiscale schulden van de andere) of op een gemeenschappelijk vermogen waarvan hij mede-eigenaar is zonder medeschuldenaar te zijn (voorbeelden besproken in *Insolventierecht* Deel II hoofdstuk IV met betrekking tot de huwgemeenschap, de maatschap en de nalatenschap).

I.I.B.2. Naargelang de schuldenaars al dan niet met of voor elkaar gehouden zijn.

Ons recht onderscheidt:
- schuldenaars die met elkaar gehouden zijn tot dezelfde schuld (of een deel van dezelfde schuld) (a.);
- schuldenaars die voor een andere schuldenaar gehouden zijn, d.i. tot andermans schuld (b.);
- schuldenaars die elk een eigen schuld hebben aangegaan, maar waarbij de voldoening van de ene ook de andere beëindigt (c.).

I.I.B.2.a. Pluraliteit van schuldenaars van (minstens ten dele) dezelfde schuld, d.i. schuldenaars die mét een andere schuldenaar gehouden zijn[13].

Ten eerste kunnen schuldenaars met elkaar gehouden zijn tot dezelfde schuld (geheel of gedeeltelijk).

Hiervan bestaan er nog zeer verschillende vormen, met name de verschillende vormen van hoofdelijkheid (2°) alsook de eigenlijke ondeelbaarheid of onsplitsbaarheid (1°).

I.I.B.2.a.1° Beginsel : verbintenissen zijn afzonderlijk of deelbaar

I.I.B.2.a.1.a) Wanneer?

Behalve bij een onsplitsbare verbintenis (zie onder 3°), geldt als regel dat meerdere personen die door eenzelfde overeenkomst als schuldenaar verbonden zijn jegens een schuldeiser, elk slechts voor hun aandeel verbonden zijn (indien dit aandeel niet bepaald is, is het in beginsel gelijk). Er ontstaan voor elk aandeel aparte of deelverbintenissen (vaak wat onhandig "deelbare" verbintenissen genoemd, terwijl het om "gedeelde" verbintenissen gaat) (Fr. *obligations conjonctives*; En. *several liability* of *shared liability*) (art. 5.159 § 1 BW).

Dat twee samenwonende personen een overeenkomst sluiten, zelfs voor aankoop van een onroerend goed, brengt nog geen hoofdelijkheid mee[14]. Ook wanneer meerdere huurders een onroerend goed huren zonder dat hoofdelijkheid is overeengekomen, gaat het om deelbare verbintenissen en worden ze dus van rechtswege gedeeld[15].

I.I.B.2.a.1.b) Rechtsgevolgen

De schuldeiser zal elk apart moeten aanspreken voor zijn aandeel in de schuld (*pro rata*, Fr. *pour sa part*; En. *for its share*). Het aandeel is gelijk, indien niet uit een rechtsregel of overeenkomst iets anders volgt[16]. Wanneer in een maatschap dat aandeel niet is bepaald, is ieders aandeel evenredig aan zijn inbreng in de vennootschap; ingeval een vennoot slechts zijn nijverheid heeft ingebracht, wordt zijn aandeel geregeld alsof zijn inbreng gelijk was aan de kleinste inbreng anders dan in nijverheid (art. 4:4 WVV).

Dit sluit niet uit dat in de interne verhouding het aandeel verschillend kan zijn, zodat de schuldenaar wiens externe aandeel (de *obligatio*) groter is dan zijn interne draagplicht (*contributio*) voor het verschil regres kan nemen op zijn medeschuldenaar(s)[17].

---

13 Zie hierover in bespreking van de ontwerpen van Europees privaatrecht S. MEIER, 'Schuldnermehrheiten im europäischen Vertragsrecht', *AcP* 2011, 435 v.

14 HvB Gent 29 januari 2013, *NjW* 2014, 357.

15 Cass. 17 februari 2017, C.16.0381.N, https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20170217.5 = *RW* 2017-18, 945 = *TBBR* 2020, 199 en bijdrage M. HIGNY, 'Le bail conclu par plusieurs preneurs: mutuus dissensus, congé et colocation'.

16 Bijzondere regels: bij verdeling van een schuld over erfgenamen is die in verhouding tot het aandeel in de nalatenschap als geheel (art. 4.100 § 1 BW, voorheen 870 OBW); bij kwalitatieve verbintenissen van mede-eigenaars in hun verhouding tot hun aandeel in de mede-eigendom (art. 3.74 en 3.81 *iuncto* 3.86 § 4 BW).

17 Zie bv. :

- art. 70 II W.Succ. en art. 3.10.4.3.1 VCF (de erfgenamen, algemene legatarissen en begiftigden zijn in verhouding tot hun erfdeel aansprakelijk voor de successierechten verschuldigd door de legatarissen en begiftigden onder algemene titel of onder bijzondere titel, maar kunnen daarvoor regres nemen);

Bij een deelbare verbintenis kan een schuldenaar met de schuldeiser overeenkomen zijn deel van de rechtsverhouding te beëindigen. Dit kan ook bij huur: een van de huurders kan afzonderlijk overeenkomen de huur te beëindigen[18]; de andere huurder moet dan beslissen of hij de huur alleen wil voortzetten (en alleen betalen) of niet; zet hij voort, dan geldt hij voor de toekomst als enige contractspartij (NB. de schuldvorderingen uit een huurovereenkomst zijn in beginsel wel ondeelbaar).

I.I.B.2.a.2° Uitzondering: hoofdelijkheid in zijn verschillende varianten

Op de onder 1° gegeven regel geldt een uitzondering wanneer de contractspartijen-schuldenaars krachtens de overeenkomst (uitdrukkelijk dan wel impliciet krachtens de wet of gewoonte) mét elkaar hoofdelijk ("solidair") gehouden zijn (voor het geheel of een deel van de prestaties). Dit is de zgn. passieve hoofdelijkheid (Fr. *solidarité passive*, En. *joint and several liability*, Dui. *Gesamtschuldnerschaft*).

Ook in een hele reeks andere gevallen (d.i. gevallen waarin ze niet tezamen een overeenkomst aangaan) zijn meerdere schuldenaars krachtens overeenkomst, wet of gewoonte mét elkaar gehouden tot dezelfde prestatie of tot overlappende prestaties. Enkele van deze gevallen worden nader besproken in I.II.

Ook worden de regels van de hoofdelijkheid (met name van de onvolmaakte hoofdelijkheid of *in solidum* aansprakelijkheid) vaak ook toegepast op gevallen waar meerdere personen niet met elkaar tot dezelfde schuld gehouden zijn, maar elk tot een eigen schuld, waarbij de voldoening van de ene ook de andere beëindigt (zie de opsomming onder I.I.B.2.c.)

I.I.B.2.a.2.a) De vormen van hoofdelijkheid

Zoals de meeste continentale rechtsstelsels onderscheidt ons recht (art. 5.159 § 2 BW) daarbij enerzijds de volmaakte hoofdelijkheid en anderzijds de onvolmaakte hoofdelijkheid of verbintenissen "*in solidum*":
- de volmaakte hoofdelijkheid wordt traditioneel gedefinieerd als een meerderheid van verbintenissen met hetzelfde voorwerp[19];
- de onvolmaakte hoofdelijkheid (in het BW genoemd *in solidum* gehoudenheid, art. 5.168 BW) als een meerderheid van verbintenissen met verschillende, doch overlappende voorwerpen (zodat er toch ook gemeenschappelijke excepties bestaan) (NB. verwarrend is wel dat men ook *in solidum* aansprakelijkheid aanneemt in gevallen waar verschillende personen niet "met elkaar" verbonden zijn, maar een eigen schuld hebben; zie daarvoor onder b.).

Bovenop de hoofdelijkheid kan de schuldeiser ook nog ondeelbaarheid bedingen, zodat de schuldenaars "hoofdelijk én ondeelbaar" verbonden zijn; de betekenis hiervan is enkel dat bij overlijden van een schuldenaar ook zijn erfgenamen hoofdelijk verbonden blijven (zie art. 5.167 BW).

- voor mede-eigenaars van een appartementsgebouw art. 3.81 *iuncto* 3.86 § 4 BW.

18 Cass. 17 februari 2017, C.16.0381.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20170217.5 = *RW* 2017-18, 945 = *TBBR* 2020, 199 en bijdrage M. HIGNY, 'Le bail conclu par plusieurs preneurs: mutuus dissensus, congé et colocation'.

19 Art. 5.160 § 1 BW. Dit is ook de klassieke omschrijving in het *ius commune* van de zgn. *Korrealobligationen*, waartegenover de uitdrukking *Solidarobligation* of *Gesamtschuld* eerder met de onvolmaakte hoofdelijkheid overeenstemt.

Voor de uitwerking van deze verschillende vormen van hoofdelijkheid, zie de handboeken verbintenissenrecht. Enkele aspecten worden wel besproken *infra* in I.IV.

I.I.B.2.a.2.b) Gemeenschappelijke kenmerken; zekerheidsfunctie

In al deze gevallen van hoofdelijkheid zijn de schuldenaars met elkaar gehouden en is de schuld daarom voor géén van hen een loutere eigen schuld (voor de betekenis daarvan, zie verder in I.IV, in het bijzonder in verband met de tegenwerpelijkheid van excepties en in verband met de subrogatie na betaling).

Deze verschillende vormen van hoofdelijkheid hebben voor de schuldeiser ook een zekerheidsfunctie (en sommige ervan komen om die reden dan ook nog verder ter sprake in I.IV):

- elke schuldenaar afzonderlijk is alléén gehouden tot betaling van de gehele schuld;
- de schuldeiser kan zijn volledige schuldvordering naar zijn keuze vervolgen op elk van de schuldenaars (art. 5.161 § 1 BW)[20];
- nakoming door één schuldenaar bevrijdt de anderen in verhouding tot de schuldeisers (5.162 § 2 BW) (onder voorbehoud voor subrogatie en regres in de interne verhouding); (andere wijzen van beëindiging van de schuld zijn niet allen "gemeen", sommige zijn namelijk persoonlijk aan een van de medeschuldenaars);
- het risico van de solvabiliteit van een van hen komt voor rekening van de medeschuldenaars. Daarmee hangt samen dat, zoals we in I.IV zullen zien, de verbintenis van elk van de hoofdelijke schuldenaars in beginsel abstract is ten opzichte van de interne verhouding.

Bij gebreke van hoofdelijkheid daarentegen kan de schuldeiser elke schuldenaar slechts voor zijn aandeel aanspreken en draagt hij het risico van insolvabiliteit van een van hen.

De zekerheidsfunctie van de hoofdelijkheid betekent nog niet dat elke hoofdelijke schuldenaar ook beschouwd wordt als een "persoonlijke zekerheid" in de technische zin van het woord (voor de rechtsregels waar die kwalificatie van belang is). Dit komt verderop ter sprake.

I.I.B.2.a.3° Onsplitsbaarheid

Soms onderscheidt men nog een derde categorie, de onsplitsbaarheid (Fr. *indivisibilité*, En. *joint liability*, Dui. *gemeinschaftliche Schuld*).

Criterium:
Het betreft hier een verbintenis die van die aard is dat ze enkel door alle schuldenaars tezamen kan worden nagekomen, omdat nakoming door slechts één van de schuldenaars ofwel materieel onmogelijk is (door haar aard, art. 5.166 § 2 BW, voorheen art. 1217 OBW)[21] ofwel omwille van het ontbreken van nut voor de schuldeisers niet als nakoming geldt (ook niet als gedeeltelijke nakoming) (door haar strekking, art. 5.166 § 2 BW, voorheen art. 1218 OBW).

---

[20] Zij het dat men het voordeel van de hoofdelijkheid kan verliezen doordat het ingevolge langdurig stilzitten abusief kan worden, zie bv. Vred. Elsene 18 maart 2008, *JT* 2008, 320.

[21] De bijdrage in de lasten van de mede-eigendom verschuldigd door een blote eigenaar en een vruchtgebruiker zijn niet materieel ondeelbaar: Cass. 4 december 2009, C.08.0571.F, Residence Villandry, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20091204.6.

Traditionele voorbeelden:
- verbintenis van een kwartet van muzikanten;
- verbintenis om een goed in eigendom over te dragen dat in onverdeeldheid is.

Het is zeer de vraag of er hier wel eigenlijk sprake is van een aparte categorie van pluraliteit aan de passiefzijde[22]. Immers, het BW kent enkel de ondeelbaarheid met de dezelfde gevolgen als hoofdelijkheid (behalve de afwezigheid van schuldsplitsing onder erfgenamen), zodat de verbintenis waarbij de schuldeiser de schuldenaars enkel samen voor het geheel kan aanspreken niet voorkomt in ons BW, terwijl omgekeerd de actieve onsplitsbaarheid (waarbij de schuldeisers enkel tesamen kunnen invorderen) wel degelijk bestaat (ondanks de foutieve omschrijving ervan in art. 5.170 BW). Voor zover de passieve onsplitsbaarbheid ook zou bestaan, zou ze inhouden dat de schuldeiser noodzakelijkerwijze alle schuldenaars tezamen moet aanspreken (en niet elk apart of één van hen naar keuze, zoals in de andere gevallen, zonet besproken). De aansprakelijkheid tot schadeloosstelling bij niet-nakoming daarentegen is alvast niet onsplitsbaar (maar ofwel gedeeld, ofwel een vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid). Voor zover deze vorm van pluraliteit van schuldenaars bestaat, is deze niet te verwarren met de conventionele ondeelbaarheid die bedongen wordt ter versterking van de hoofdelijkheid ("hoofdelijk en ondeelbaar", zie hoger in 2°).

I.I.B.2.b. Verbondenheid voor een ander

Behalve mét een ander, kan een schuldenaar ook voor een ander verbonden zijn. Dit betekent dat de schuld niet eigen is aan die schuldenaar, en hij dus geen "draagplicht" heeft in de interne verhouding met de andere schuldenaar.

I.I.B.2.b.1° Accessoire verbondenheid

I.I.B.2.b.1.a) Borgtocht

Het belangrijkste geval is borgtocht. Wanneer een persoon zich verbindt *voor* andermans schuld voor het geval deze zelf daaraan niet voldoet, en dit om een reden die gelegen is in de verhouding tussen hemzelf en die andere persoon (die daardoor dekkingsverhouding wordt genoemd), gaat het om een *borgtocht* (Lat. *fideiussio*, Fr. *cautionnement*, Dui. *Bürgschaft*, En. *suretyship*).

De verbintenis van de borg is accessoir aan / afhankelijk van de verzekerde schuld (de "hoofdschuld", Dui. *Hauptpflicht*), d.w.z. dat zowel de geldigheid als de inhoud en omvang van de borg beperkt wordt door de geldigheid, inhoud en omvang van de hoofdschuld[23]. Mijns inziens is het wel misleidend om de borgtochtovereenkomst een bijkomend of accessoir contract te noemen[24]: het is de verbintenis van / schuldvordering op de borg die accessoir is, niet de overeenkomst: indien er geen verzekerde schuld is, is de borgtocht niet onbestaande, alleen zal het recht niet kunnen worden uitgeoefend (zie de uitwerking van het accessoir karakter in I.II.C.1.a). Terecht definieert art. 9.1.1. BW de borgtocht dan ook als een accessoire verbintenis (9.1.1., 2° iuncto 1° BW) en meer concreet een die "afhankelijk is van de geldigheid, de modaliteiten, de omvang en het voortbestaan van de gewaarborgde verbintenis".

22 Terecht kritisch S. MEIER, 'Schuldnermehrheiten im europäischen Vertragsrecht', *AcP* 2011 (435) 474.

23 Vgl. in dezelfde zin Art. IVG-2:102 (1) DCFR: "*Whether and to what extent performance of the obligation of the provider of a dependent personal security is due, depends upon whether and to what extent performance of the debtor's obligation to the creditor is due*".

24 W. VAN GERVEN & S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 62 en S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht* I, 29 nr. 38, noemen de borgtocht een "bijkomend contract" dat afhankelijk is van een hoofdcontract. Kritiek daarop bv. bij E. WYMEERSCH, 'Borgtocht en garantie', in *Liber amicorum Jan Ronse* (Brussel: Story-Scientia 1986), (655) 657.

De borgtocht kan "subsidiair" zijn of hoofdelijk (solidair), zie I.II.C.3. Bij borgtocht is de "oorzaak" van de verbintenis die voor andermans schuld wordt aangegaan in beginsel te vinden in de interne verhouding – die in dat geval dekkingsverhouding heet –, maar is die verbintenis in beginsel eveneens geabstraheerd van die interne of dekkingsverhouding (zie I.III.C.2.).

De borgtocht kan verder een borgtocht zijn met iemands hele vermogen, dan wel een zakelijke borg. Onder zakelijke borg (*caution réelle*: vergelijkbaar in het En. *non-recourse guarantee*) wordt verstaan de derde die tot zekerheid van andermans schuld een bepaalde zakelijke zekerheid stelt (zakelijke borg s.s.) of zich binnen de perken van een bepaald goed verbindt jegens de schuldeiser (ook al heeft die daarop geen zakelijke zekerheid) (zakelijke borg s.l.). De zakelijke borg wordt onder I.I.B.2.b.1.b) nader besproken; deze is niet persoonlijk verbonden (met heel zijn vermogen), maar is slechts gehouden *propter rem* (Deze term is wel dubbelzinnig omdat hij ook gebruikt wordt voor kwalitatieve verbintenissen, zie daarvoor mijn *Zekerheden- en Insolventierecht*, II.III.A.2.b).

Tenslotte kan de borgtocht ook vermomd zijn in een andere verbintenis dan de betaling van de hoofdschuld. Zie de bespreking *infra* I.I.B.5.

I.I.B.2.b.1.b) Nader over de zakelijke borg[25]

I.I.B.2.b.1.b.i. Gevallen waar er al dan niet sprake is van zakelijke borgtocht

Art. 9.1.1, 8° BW definieert de zakelijke borg voor de toepassing van Boek 9.1. als "een zakelijke zekerheid gesteld voor andermans schuld". Dit betreft enkel de zakelijke borg s.s. De zakelijke borg s.l., namelijk het geval waarin een iemand zich binnen de perken van een bepaald goed persoonlijke verbindt jegens de schuldeiser voor andermans schuld zonder daarop een zakelijke zekerheid te vestigen, valt buiten deze definitie. We zullen onder ii. concluderen welke regels daar dan wel op van toepassing zijn.

Een persoon die zich borg heeft gesteld en daarbovenop een zakelijke zekerheid heeft verschaft, is geen zakelijke borg: de zakelijke zekerheid verzekert in dat geval de persoonlijke verbintenis die hij als borg heeft[26]. Het kan ook gaan om een geval waarbij de borg oorspronkelijk medeschuldenaar was, en kwijtschelding heeft verkregen als persoonlijk gehouden schuldenaar, maar zonder opheffing van de zakelijke zekerheid[27].

Een aan de zakelijke borg verwante situatie vinden we wel bij de derde van wie een goed bezwaard is met een zakelijke zekerheid voor de schuld van een ander, zonder dat hij die zelf heeft gevestigd; zo bv. de zgn. derde-bezitter van een gehypothekeerd goed, de eigenaar van een

25 De uitdrukking wordt bekritiseerd door die auteurs die van oordeel zijn dat de regels van de borgtocht in beginsel nooit gelden voor de zakelijke borgtocht (bv. J. RICHELLE, 'Ceci n'est pas un cautionnement. Réflexions sur le "cautionnement réel"', *Liber amicorum Jean-Pierre De Bandt* (Kluwer 2004), 543 v.); evenwel geldt in ons recht dat de regels gelden voor zover ze verenigbaar zijn met de aard van de zakelijke borgtocht, en het Hof van cassatie gebruikt dan ook de uitdrukking "zakelijke borg" (bv. Cass. 22 december 2006, C.06.0089.N, *Constructions Travaux et Services NV* / Balmoral, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2006:ARR.20061222.2 = *RW* 2007-2008, 275 noot R. VAN RANSBEECK, 'Het regresrecht van de zakelijke borg').

26 Rb. Turnhout 9 december 1999, *RW* 2002-2003, 828. Zie ook art. 9.1.26 lid 5 BW.

27 Zie bv. HvB Luik 23 oktober 2015, *TBBR* 2020, 167 met uitvoerige noot Fl. RENSON 'Remise de dette à l'occasion de la rupture d'un couple - Nécessité d'avoir égard à la pratique des sûretés pour toutes créances'.

in pand gegeven zaak, of zaak met retentierecht erop, die niet de schuldenaar is, de verhuurder bevoorrecht op inboedel die geen eigendom is van de huurder.

In een ruimere zin spreekt men ook van zakelijke borg indien de schuldvordering verhaalbaar is op een bepaald goed, ongeacht de vraag of de schuldenaar op dat ogenblik ook eigenaar is, maar zonder zakelijk recht op dat goed (en dus zonder voorrecht en zonder volgrecht). De belangrijkste voorbeelden zijn de volgende:

- de niet-bevoorrechte zeevorderingen, die op het schip verhaalbaar zijn, ook al is de scheepseigenaar niet de schuldenaar, maar zonder volgrecht, en dus niet meer na de verveemding van het schip[28] ;

- hetzelfde geldt wanneer een onroerend goed werd vervreemd nadat er een bevel of beslag op dat goed was overgeschreven, zodat de vervreemding niet-tegenwerpelijk is aan de beslaglegger[29];

- de zekerheden van ontvanger van de erfbelasting, namelijk:
  - het verhaalsrecht van de ontvanger van de erfbelasting (verzekerd met een algemeen voorrecht voor de successierechten) op alle roerende goederen van de nalatenschap, dat strekt tot zekerheid van alle uitstaande successierechten en niet enkel van deze die nog verschuldigd zijn door de eigenaar van het roerend goed (zie art. 3.10.5.2.1 § 2 VCF, voorheen art. 84 I W.Succ.), en
  - de occulte hypotheek van de fiscus op elk van de onroerende goederen van de nalatenschap, die eveneens geldt voor alle uitstaande successierechten en niet enkel voor deze die nog verschuldigd zijn door de eigenaar van het onroerend goed[30].

Eenieder die goederen uit de nalatenschap verwerft is dus in zekere zin een zakelijke borg voor de successierechten van alle medeschuldenaars van die successierechten. Daarnaast zijn de erfgenamen en algemene legatarissen ook borg voor de successierechten verschuldigd door de andere verkrijgers uit een nalatenschap (art. 3.10.4.3.1 § 2 VCF/70 II W.Succ[31]), inbegrepen de legatarissen. De regel dat dit zelfs geldt voor zgn. "fictieve legaten", nl. uitkeringen van levensverzekeringen en voor schenkingen door de erflater gedaan minder dan een bepaalde termijn voor overlijden, werd evenwel ongrondwettig geacht (zie de bespreking *in fine* van Deel II).

Men kan ook de vergelijking maken met andere gevallen van verhaalsrecht op andermans goed, zoals:
- het verhaalsrecht van schuldeisers op goederen die de schuldenaar in detentie heeft zonder er eigenaar van te zijn, of
- die de schuldenaar bedrieglijk heeft vervreemd aan een derde die de *actio pauliana* moet ondergaan, of
- het verhaalsrecht op goederen van derden die door de herstelrechten van art. XX.111 WER terug in de failliete boedel komen, of

---

28 Zie voor dat laatste Cass. 27 maart 2003, *NJW* 2003, 1074 = *RW* 2003-2004, 900 = *TBH* 2003, 848 = *Jaarverslag cassatie* 2003, 106.

29 Cass. 7 november 2005, C.04.0230.N, *Imperium*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2005:ARR.20051107.4 = *RW* 2005-2006, 1662 noot R. JANSEN 'Over volgrechten en niet-tegenwerpelijkheden'.

30 Het Arbitragehof oordeelde in arrest 72/2007 van 26 april 2007 dat deze regel niet strijdig is met het grondwettelijk discriminatieverbod, zie www.grondwettelijkhof.be/public/n/2007/2007-072n.pdf.

31 De precieze omvang hiervan (ingevolge arresten van het GwH) wordt besproken in het Algemeen Deel van mijn *Zekerheden- en Insolventierecht*, II.VI.

- het verhaalsrecht op goederen die door de niet-tegenwerpelijkheid van de verkrijgingstitel aan verhaal door schuldeisers van de vervreemder onderworpen zijn (bv. niet overgeschreven vooraleer de schuldeiser van de verkrijger beslag legt), of
- op goederen die door de niet-tegenwerpelijkheid van een bedrieglijke verwerping van nalatenschap aan verhaal door schuldeisers van de verwerpende erfgenaam onderworpen zijn, of
- het verhaalsrecht op de huwgemeenschap voor schulden waarvoor een van de echtgenoten niet persoonlijk aansprakelijk is.

In al die situaties kunnen er vormen van regres door de uitgewonnen derde voorkomen.

Verwant is ook de situatie waarin er geen andere hoofdschuldenaar is, en de schuldenaar zich slechts met een of meer goederen verbindt (bv. de *non-recourse mortgage debt* die in veel Amerikaanse staten voorkomt en soms zelfs de regel is)[32].

I.I.B.2.b.1.b.ii. Mate van toepassing van de regels inzake borgtocht

De wetgever heeft nergens uitdrukkelijk geregeld welke regels van toepassing zijn bij de zakelijke borg s.s. (zoals gedefinieerd in art. 9.1.1, 8° BW). Dat is omdat er in de commissie geen consensus was over de toepassing van enkele van die regels, met name de bescherming van de consumentenborg door art. 9.1.46, 9.1.47 en 9.1.48, terwijl er over de al dan niet toepasselijkheid van de andere regels wel consensus was. Nu dit niet in de wettekst zelf is opgenomen, moet men evenwel uitgaan van de tekst zelf van de wet.

Daarbij moet men omwille van die tekst onderscheiden tussen de zakelijke borgtocht s.s., waarbij een zakelijke zekerheid wordt gevestigd voor andermans schuld, en de zakelijke borgtocht s.l., waarbij geen zakelijke zekerheid wordt gevestigd. Ook het Wetsvoorstel[33] stelt dat met de zakelijke borg een rechtshandeling wordt bedoeld waarbij iemand een zakelijk zekerheidsrecht vestigt op een eigen goed tot zekerheid voor andermans schuld. De zakelijke borg s.l. geldt dus voor de toepassing van Boek 9.1. als een persoonlijke zekerheid: weliswaar stelt het wetsvoorstel ook dat kenmerkend is voor een persoonlijke zekerheid dat aan de hoofdschuldenaar tot waarborg van diens nakoming een schuldenaar wordt toegevoegd die hiervoor instaat met zijn *gehele* vermogen, maar de definitie in art. 9.1.1. houdt die beperking niet in, en het zou absurd zijn dat de zakelijke borg s.l. noch door de regels inzake persoonlijke zekerheden noch door die inzake zakelijke zekerheden wordt beschermd.

Verder sluit de tekst van de wet ook nergens uit dat iemand die een zakelijke zekerheid stelt voor andermans schuld een persoonlijke zekerheid is. Dit geval valt immers nog altijd onder de definitie van persoonlijke zekerheid in art. 9.1.1., 1° BW: het gaat nog steeds om een onderliggende verbintenis van een derde om aan een schuldeiser betaling te waarborgen van een verbintenis van de hoofdschuldenaar tegenover de schuldeiser, al is de schuldenaar slechts gehouden tot beloop van de waarde van het goed waarop het zekerheidsrecht is gevestigd. Ook al is de zakelijke borg niet met zijn gehele vermogen gehouden tot betaling van de gewaarborgde

---

32 Voor een overzicht van de regels in de verschillende staten, zie J. ORLANDO, 'Comparison of state laws on mortgage deficiencies and redemption periods' op www.cga.ct.gov/2010/rpt/2010-R-0327.htm Waar er een *non-recourse mortgage debt* is, heeft dat zelfs vaak geleid tot zgn. "strategic default" (opzettelijke wanprestatie) wanneer een hypothecaire schuldenaar door een zware daling van de vastgoedprijzen een gelijkaardige woning als de gehypothekeerde kan kopen voor een lager bedrag dan zijn uitstaande hypothecaire schuld, en daarbij soms zelf het initaitief neemt om de gehypothekeerde woning over te laten aan de schuldeiser (to '*walkaway*'), die immers geen verhaal heeft op de rest van het vermogen van de kredietnemer (deze kennisgeving gepaard met het opsturen van de sleutels wordt ook *jingle mail* genoemd).

33 56. *Stukken Kamer,* nr. 0261/001, 6.

schuld, er is wel een gedeelte van zijn vermogen aan het verhaalsrecht van de schuldeiser onderworpen. De Toelichting bij het wetsvoorstel Boek 9.1. bevestigt dat de zekerheidssteller in die mate ook geldt als schuldenaar (p. 6), maar laat uiteindelijk aan de rechtspraak over welke bepalingen inzake borgtocht van toepassing zijn op de zakelijke borg s.s. Het wetsvoorstel bevestigt daarmee de rechtspraak van het cassatiearrest van 22 december 2006, dat besliste dat de regels inzake borgtocht van toepassing zijn tenzij ze onverenigbaar zijn met de aard van de zakelijke zekerheid[34]. In de verhouding met de schuldeiser zien we een gemengd beeld, in de verhouding met de hoofdschuldenaar of met de medeborgen overheerst duidelijk het aspect borgtocht. Bij de verschillende regels geven we dan ook telkens aan of ze al dan niet gelden voor de zakelijke borg.

Overigens, wanneer een derde een hypotheek verschaft enkel voor de schuld van een hoofdschuldenaar, en dit niet ook een (enkel op het gehypothekeerde goed verhaalbare) schuld van de derde-hypotheekgever zou impliceren, betekent dit dat de hypotheek vervalt wanneer de hoofdschuld vervalt door een persoonlijke exceptie van de hoofdschuldenaar[35]; wanneer de hypotheekvestiging ook een schuld van de derde-hypotheekgever impliceert, kan deze zich binnen die perken niet beroepen op een persoonlijke exceptie van de hoofdschuldenaar.

De regels die slechts gelden bij een (al dan niet louter zakelijke) "borgstelling" gelden in regel niet voor de situaties van derde-bezitter, maar sommige andere regels van de zakelijke borgtocht zijn van overeenkomstige toepassing. Omgekeerd gelden de regels inzake de derde-bezitter van een onroerend goed (art. 96 v. HypW) wel voor de zakelijke borg die zich borg stelt met een onroerend goed[36].

I.I.B.2.b.1.c) Bij schuldovername

Daarnaast zijn er ook nog andere gevallen waarin men voor een ander tot een verbintenis gehouden is, zodat er ook géén draagplicht is, zoals o.m. de resterende aansprakelijkheid na onvolmaakte of cumulatieve schuldovername en de accessoire (niet-onafhankelijke) delegatie.

Het verschil met de borgtocht bestaat erin dat bij delegatie het de bedoeling is dat de gedelegeerde eerst aangesproken wordt en betaalt en deze dus op de eerste plaats een betalingsfunctie heeft, terwijl de borg enkel een zekerheidsfunctie heeft. De borg verschilt van de resterende schuldenaar na onvolmaakte of cumulatieve schuldovername doordat deze laatste de oorspronkelijke schuldenaar was, die nu enkel nog tot zekerheid mee gehouden is.

I.I.B.2.b.2° Niet-accessoire verbondenheid

Verbindt iemand zich hoofdelijk mét een ander, dan is de schuld in beginsel niet accessoir aan de schuld van die ander.

Niettemin kan het zijn dat volgens de inwendige verhouding tussen de schuldenaars het eigenlijk toch om een schuld van die ander kan gaan, een schuld die eigen is aan een andere hoofdelijke schuldenaar en niet aan de ene, zodat de ene dus geen deel van de schuld moet dragen. De

---

34 Cass. 22 december 2006, C.06.0089.N, *Constructions Travaux et Services NV* / Balmoral, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2006:ARR.20061222.2 = *RW* 2007-2008, 275 noot R. VAN RANSBEECK, 'Het regresrecht van de zakelijke borg'). Zo onder meer F. T'KINT, *Sûretés* (2004) nr. 718.

35 Zie bv. Rb. Limburg (Hasselt) 12 juni 2025, *Limb. Rl.* 2025, 437, waar de hoofdschuldenaar-vennootschap failliet ging en het faillissement reeds was afgesloten, zodat de schuld was vervallen.

36 Cass. 6 maart 2009, *Codreca*, C.08.0138.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20090306.4.

kwalificatie als hoofdelijke schuld, zij het bij overeenkomst, zij het door de wet, sluit dus niet uit dat de hoofdelijke medeschuldenaar desondanks moet worden beschouwd als een schuldenaar die verbonden is *voor* een ander (en niet *met* de ander). Vb. hoofdelijk medeschuldenaarschap van een echtgenoot voor de belastingschulden van de andere; solidariteit bedongen tot zekerheid (zie art. 5.164 § 1 lid 3 BW en nu ook 9.1.1, 5° en 9.1.8 BW).

Welke regels op dat geval van toepassing zijn, wordt *infra* I.IV besproken.

I.I.B.2.c. Pluraliteit van verschillende schuldenaars die niét met elkaar noch voor een ander gehouden zijn

Naast de gevallen waarin iemand met of voor een ander verbonden is, zijn er ook gevallen waarin elk van de betrokkenen alleen maar een "eigen schuld" is aangegaan, maar die prestaties door de schuldeiser niet kunnen gecumuleerd worden. We denken daarbij in het bijzonder aan drie types van rechtsverhoudingen:
- verschillende vormen van verbintenissen geabstraheerd van hun oorzaak uit de interne verhouding (1°);
- pluraliteit die volgt uit zekerheden of beslag op schuldvorderingen van de schuldenaar op een derde (2°);
- verbintenissen die hun oorzaak in de verhouding met de schuldeiser of diens rechtsopvolger vinden (3°).

I.I.B.2.c.1° Verbintenissen geabstraheerd van hun oorzaak uit de interne verhouding

Het gaat dan om de eerste plaats om gevallen waarin de ene schuld is aangegaan omwille van een oorzaak die zich bevindt in de interne verhouding met de andere schuldenaar. In die gevallen ontstaat er een aparte vorm van *in solidum* gehoudenheid. Zoals *infra* I.VI. wordt uiteengezet heeft de ene verbintenis in verhouding tot de andere dan een zekerheids- en/of een betalingsfunctie.

In sommige van deze gevallen is de ene verbintenis wel accessoir aan de andere, of anders gezegd niet geabstraheerd van de valutaverhouding (maar wel van de interne of dekkingsverhouding). Dit vinden we bv. bij de abstracte (misleidend ook genoemd volmaakte) rechtstreekse vordering.

In andere gevallen is er zowel abstractie ten aanzien van de van de interne of dekkingsverhouding als onafhankelijkheid ten aanzien van de valutaverhouding. Dit vinden we in uiteenlopende rechtsfiguren, zoals:
- de autonome of onafhankelijke garanties (art. 9.1.1., 3° BW);
- *comfort letters* of patronaatsverklaringen (art. 9.1.1., 9° BW).

In nog andere gevallen is er een onafhankelijkheid ten aanzien van de valutaverhouding, maar geen abstractie ten aanzien van de dekkingsverhouding (het model van het beding ten gunste van derden), zo bv. verzekeringen door de schuldenaar aangegaan ten gunste van de schuldeiser.

I.I.B.2.c.2° Pluraliteit die volgt uit zekerheden of beslag op schuldvorderingen

Er is ook pluraliteit telkens wanneer de schuldeiser een zekerheidsrecht heeft op schuldvorderingen die zijn schuldenaar heeft op een derde, en de schuldeiser krachtens dat zekerheidsrecht rechtstreeks de derde kan aanspraken (vb. inpandgeving schuldvordering met inningsrecht pandhouder, niet-abstracte rechtstreekse vordering, verplichting jegens fiscus of

RSZ tot inhouding en doorstorting van een deel van de som verschuldigd aan aannemers met fiscale of sociale schulden, enz.), of derdenbeslag heeft gelegd.

In die gevallen kan de schuldeiser immers betaling vorderen:
- zowel van de schuldenaar van de in pand gegeven of in beslag genomen schuldvordering (althans wanneer deze nog niet aan zijn schuldeiser heeft betaald vooraleer de inpandgeving hem ter kennis is gebracht *c.q.* het beslag is gelegd)
- als van de pandgever *c.q.* beslagene.

De mogelijkheid betaling te vorderen van de schuldenaar van de in pand gegeven of in beslag genomen schuldvordering blijft overigens bestaan indien de schuldenaar van die schuldvordering ten onrechte aan zijn schuldeiser heeft betaald (met name wanneer hij na de kennisgeving van de inpandgeving aan zijn schuldeiser betaalt, hoewel deze geen volmacht had voor de pandhouder; of wanneer hij in weerwil van het beslag aan zijn schuldeiser betaalt[37]).

De schuldeiser kan zich in deze gevallen dus tegen zijn schuldenaar zowel als tegen diens schuldenaar (de derde) richten, maar de derde heeft hierbij jegens de schuldeiser van zijn schuldeiser geen andere schuld dan degene die hij reeds had jegens zijn schuldeiser[38] (net zomin als hij jegens de cessionaris een andere schuld heeft dan degene die hij had jegens de cedent, zie de bespreking van de cessie in *Zekerheden- en Insolventierecht* V.II).

Deze figuren worden daarom nader besproken in *Zekerheden- en Insolventierecht* Deel V (zekerheidsrechten op schuldvorderingen), onder meer VI.III (derdenbeslag) en V.V (pand op schuldvorderingen).

I.I.B.2.c.3° Verbintenissen die hun oorzaak in de verhouding met de schuldeiser of diens rechtsopvolger vinden

Voor de volledigheid kan men ook melding maken van nog andere rechtsfiguren, waarbij de schuldeiser over verschillende schuldvorderingen tegen meerdere personen beschikt, die niet kunnen worden gecumuleerd, doch elk van deze verbintenissen zijn oorzaak vindt in de verhouding tot de schuldeiser zelf. Het gaat dan onder meer om de volgende twee gevallen.

I.I.B.2.c.3.a) Schadeverzekeringen door de schuldeiser zelf gesloten

Onder schadeverzekeringen verstaan we hier verzekeringen die noch aansprakelijkheidsverzekeringen zijn noch "sommenverzekeringen".

Relevant zijn in het bijzonder kredietverzekeringen e.d. Men kan echter ook denken aan andere schadeverzekeringen, met name wanneer de verzekerde schade bestaat uit schade waarvoor op de eerste plaats een derde aansprakelijk is (die dus de schuldenaar is van een aansprakelijkheidsvordering).

In dat geval heeft de schuldeiser de keuze tussen de schuldvordering jegens zijn schuldenaar (aansprakelijke e.d.m.) en die jegens de schadeverzekeraar; indien deze laatste betaalt geniet hij krachtens de wet van een quasi-subrogatie (men spreekt van quasi-subrogatie omdat de verzekeraar een eigen schuld heeft betaald). De oorzaak van de verbintenis van de verzekeraar bevindt zich zoals gezegd wel uitsluitend in zijn verhouding tot de schuldeiser zelf.

Een soort schadeverzekering was ook door de overheid georganiseerde huurgarantie via het Fonds ter bestrijding van de uithuiszettingen (ook Huurgarantiefonds genoemd), dat bestond van 2014 tot 2020 (BVR 4 oktober 2013, met in art. 15 eveneens een subrogatie).

---

[37] Toepassing van art. 5.199 BW, voorheen 1242 OBW: een betaling in weerwil van een beslag of verzet is niet tegenwerpelijk aan de beslagleggers; de derde-beslagene kan daarnaast ook de sanctie van art. 1540 II GerW opgelegd krijgen, zie verder bij de bespreking van het derdenbeslag in mijn *Zekerheden- en Insolventierecht* V.III.

[38] Dat wordt slechts anders wanneer de derde-beslagene zelf schuldenaar verklaard wordt van de oorzaken van het beslag op grond van art. 1456, 1540 of 1542 GerW; dan is hij *in solidum* aansprakelijk met de beslagen schuldenaar.

Daarnaast bestaan er nog andere garantiefondsen die zekerheid bieden, zoals het Fonds voor de Sluiting van ondernemingen, het depositogarantiestelsel tot zekerheid van spaartegoeden ('Garantiefonds voor financiële diensten'[39]) of in bewaring gegeven effecten (Beschermingsfonds[40]), de Commissie voor financiële hulp aan slachtoffers van opzettelijke gewelddaden en aan occasionele redders, en in zekere zin ook de Dienst Alimentatievorderingen (DAVO), enz.

I.I.B.2.c.3.b) Hedging transacties door de schuldeiser gesloten

De schuldeiser kan zich ook geheel of ten dele indekken door een "protectie" tegen kredietrisico aan te kopen in de vorm van een kredietderivaat zoals een kredietverzuimswap (*credit default swap*, CDS). Dat betreft dan een zogenaamde gedekte kredietverzuimswap, waarbij de protectiekoper de onderliggende schuldvordering aanhoudt en deze bij uitbetaling dan ook aan de protectieverkoper moet cederen. Bij een ongedekte kredietverzuimswap gaat het niet om een verzekering maar om een zuiver speculatief instrument.

I.I.B.2.c.3.c) Factoring

Een functioneel alternatief kan er ook in bestaan dat het risico tegen betaling van een premie of commissie verschoven wordt naar een factor, die de schuldvorderingen opkoopt en het insolventierisico opneemt (zgn. *true factoring* in tegenstelling tot *spurious factoring* waar de cedent het risico behoudt).

I.I.B.2.c.3.d) Wanneer een schuldenaar aan de verkeerde partij betaalt zonder dat hij bevrijd is en de schuldeiser zich ook tot de ontvanger kan richten

De schuldeiser beschikt over schuldvorderingen tegen meerdere personen wanneer een schuldenaar die aan hem had moeten betalen aan de verkeerde partij betaalt zonder dat hij bevrijd is. Dit kan het geval zijn :
- wanneer de schuldvordering bezwaard was met een zekerheidsrecht voor een schuldeiser van de schuldeiser (geval hiervoor besproken), maar ook
- wanneer de schuldvordering reeds was overgegaan op een nieuwe schuldeiser (overdracht van schuldvordering, persoonlijke of zakelijke subrogatie e.d.), of
- wanneer een derde er een vruchtgebruik op heeft,
- maar ook wanneer de schuldenaar gewoonweg aan een verkeerde partij betaalt.

In die gevallen heeft de schuldeiser immers de keuze tussen de oorspronkelijke schuldvordering op de schuldenaar zelf, en anderzijds een schuldvordering op de persoon die de schuldvordering ten onrechte heeft geïnd (aansprakelijkheidsvordering indien de innende partij een contractuele of buitencontractuele fout heeft begaan, zoniet een verrijkingsvordering).

I.I.B.2.c.3.e) Uitvoeringssterkmaking

Een derde kan zich sterkmaken dat de schuldenaar zal nakomen (art. 5.106 en 9.1.8 lid 2 BW). Bij niet-nakoming door die schuldenaar is de derde aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade[41]. Deze verbintenis is weliswaar een zelfstandige verbintenis, maar is inhoudelijk wel accessoir aan de hoofdschuld.

---

39 Vroeger genoemd "Bijzonder Beschermingsfonds voor deposito's, levensverzekeringen en kapitaal van erkende coöperatieve vennootschappen", nu gewijzigd bij Wet van 22 april 2016 tot tot omzetting van richtlijn 2014/49/EU inzake depositogarantiestelsels en houdende diverse bepalingen. Deze Richtlijn voert (nog) geen Europees depositogarantiestelsel in, maar harmoniseert de regels voor de nationale depositogarantiestelsels.

40 Wet 17 december 1998 tot oprichting van een beschermingsfonds voor deposito's en financiële instrumenten en tot reorganisatie van de beschermingsregelingen voor deposito's en financiële instrumenten, omzetting van Rl. 97/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 maart 1997 inzake de beleggerscompensatiestelsels. Dit verving het Interventiefonds van de beursvennootschappen en het Herdiscontering- en Waarborginstituut.

41 Cass. 24 maart 2016, C.15.0324.N, *MOBIS bvba*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160324.16 = *RW* 2016-17, 1219 noot I. SAMOY, 'Het Hof van cassatie erkent een nieuwe persoonlijke zekerheid: de uitvoeringssterkmaking' = *TBBR* 2017, 314 noot D. SONCK 'De sterkmaking als persoonlijke zekerheid'; HvB Antwerpen 30 maart 2021, *RW* 2021-22, 418.

I.I.B.3. Al dan niet subsidiair karakter.

Ongeacht of de persoonlijke zekerheid accessoir is of niet, kan ze ook al dan niet subsidiair zijn. Dit wordt bij elke zekerheid afzonderlijk besproken. Bij wijze van inleiding geven we hier slechts de belangrijkste gevallen:
- de borgtocht is subsidiair (art. 9.1.23 BW), behalve de hoofdelijke borgtocht;
- er is in beginsel geen subsidiariteit bij hoofdelijkheid;
- bij abstracte rechtstreekse vorderingen is er ook geen subsidiariteit;
- voor zover patronaatsverklaringen verbintenissen doen ontstaan zijn die normaal subsidiair aan die van de gepatroneerde;
- bij onafhankelijke garanties met betalingsfunctie is omgekeerd de oorspronkelijke schuld subsidiair aan de schuld van de gedelegeerde. Bij onafhankelijke garanties met enkel een zekerheidsfunctie hangt het van de nadere inhoud ervan af;
- bij allerlei bijzondere waarborgen (in het bijzonder overheidswaarborgen) zullen er regels zijn die nader bepalen vanaf wanneer precies de waarborg kan worden aangesproken.

I.I.B.4. Pluraliteit met zekerheids- en met betalingsfunctie

Bij pluraliteit kan men dus ook onderscheiden naargelang de functie van het schuldenaarschap van een bijkomende partij. Er zijn hoofdzakelijk drie functies:
- de partij kan een hoofdschuldenaar zijn, omdat de verbintenis hem persoonlijk aangaat
- de partij kan een bijkomende schuldenaar tot zekerheid zijn (borg of hoofdelijke medeschuldenaar tot zekerheid)
- het schuldenaarschap kan een betalingsfunctie hebben.
Daarnaast zijn nog andere functies mogelijk, zoals een kredietfunctie tussen de medeschuldenaars.

	Afhankelijk van de valutaverhouding	Onafhankelijk van de valutaverhouding
Zekerheidsfunctie (subsidiair of solidair)	Borgtocht Subsidiaire aansprakelijkheid oude schuldenaar na schuldovername	Onafhankelijke persoonlijke zekerheid - randgeval: afroepgarantie; standby l/c
betalingsfunctie	Afhankelijke delegatie delegatio solvendi; Vgl. vervangende schuldenaar wanneer de oude niet bevrijd is.	Onafhankelijke delegatie, bv.. - kredietkaart - documentair krediet - overschrijving - wisselbrief

Wanneer de nieuwe verbintenis subsidiair is, primeert de zekerheidsfunctie; is daarentegen de oorspronkelijke verbintenis subsidiair, dan primeert de betalingsfunctie.

In vele gevallen worden zekerheids- en betalingsfuncties in zekere mate gecombineerd, zodat we de figuren waarbij ze elkaar overlappen gezamenlijk bespreken, met name de onafhankelijke garantie en de *delegatio solvendi*.

I.I.B.5. Criteria voor classificatie

De vraag met welk soort pluraliteit *c.q.* persoonlijke zekerheid we te maken hebben is een zuiver verbintenisrechtelijke vraag. In de mate waarin de zekerheid voortvloeit uit een rechtshandeling is het dus een vraag van uitleg van die rechtshandeling, behalve voor zover de kwalificatie bepaald wordt door een dwingende rechtsregel.

De kwalificatie van de verbintenis (als verbintenis voor dan wel met een ander) dient daarbij in beginsel te geschieden aan de hand van de verhouding met de schuldeiser (externe verhouding), en niet aan de hand van de interne verhouding tussen de verschillende schuldenaars als dusdanig: het gaat om de vraag op welke wijze de schuldenaar zich jegens de schuldeiser verbindt (of krachtens de wet verbonden wordt) (zie in dit verband *infra* I.IV de bespreking van de "solidariteit tot zekerheid").

Wel leidt men uit art. 5.66 BW (*contra preferentem* regel) af dat een rechtshandeling veeleer wordt uitgelegd tegen de bedinger, dus in het geval van zekerheden in de minst verplichtende betekenis, zoals nu ook art. 9.1.7 BW uitdrukkelijk stelt.

Een rechtshandeling waarmee een verbintenis wordt aangegaan die in verhouding staat tot de verbintenis van iemand anders zal dus eerder als een borgstelling worden uitgelegd dan als een engagement als solidaire medeschuldenaar of een onafhankelijke garantie *c.q.* het aanvaarden van een delegatie (een delegatieovereenkomst)[42]; in het nieuw BW is dat een weerlegbaar wettelijk vermoeden (art. 9.1.11), en voor een persoonlijke zekerheid door een consument jegens een professioneel in de zin van art. 9.1.42 lid 2 en 3 BW een dwingende materieelrechtelijke regel (waarbij het de schuldeiser is die de bewijslast draagt dat de borg geen consument is, art. 9.1.43 BW). Aldus wordt elke persoonlijke zekerheid door een consument geconverteerd in een borgtocht (art. 9.1.43 BW).

Meer algemeen moet in verhouding tussen een schuldeiser en een partij die geen ervaring heeft met dergelijke overeenkomsten, een persoonlijke zekerheid in beginsel als borgtocht te worden gekwalificeerd, tenzij de zekerheidssteller is ingelicht en gewaarschuwd over de verder reikende aard van de van hem bedongen persoonlijke zekerheid[43]. Het feit dat de persoon die zich erop beroept zich slechts als borg te hebben verbonden zich solidair en niet subsidiair heeft verbonden, is zeker onvoldoende om dit vermoeden van borgtocht teniet te doen: de borgtocht kan immers zowel solidair als subsidiair zijn.

Dat vermoeden kan weerlegd worden bij niet-consumenten als partijen duidelijk gekozen hebben voor een autonome garantie, of voor een hoofdelijke verbondenheid, waarbij de schuld in beginsel niet accessoir is aan de schuld van die ander. Niettemin kan het bij hoofdelijkheid zo zijn dat volgens de inwendige verhouding tussen de schuldenaars het eigenlijk toch om een schuld van die ander kan gaan, een schuld die eigen is aan een andere hoofdelijke schuldenaar en niet aan de ene, zodat de ene dus geen deel van de schuld moet dragen. De kwalificatie als hoofdelijke schuld, zij het bij overeenkomst, zij het door de wet, sluit dus niet uit dat de hoofdelijke

42 Zie bv. HvB Gent 14 september 2006, *RW* 2008-2009, 289. Voor een – betwistbaar - voorbeeld in andere zin, zie HvB Antwerpen 16 februari 2011, *RW* 2012-13, 547 (betreffende een borgtocht in de zin van art. 359 van verordening 2454/93 tot uitvoering van het CDW (communautair douanewetboek).
Vgl. in dezelfde zin Art. IVG-2:101 DCFR. Presumption for Dependent Personal Security: *(1) Any undertaking to pay, to render any other performance or to pay damages to the creditor by way of security is presumed to give rise to a dependent security, unless the creditor shows that it was agreed otherwise."*

43 Vgl. in dit verband Zwitsers BG 23 september 2003, 4C.136/2003, i.v.m. een beding van hoofdelijk medeschuldenaarschap.

medeschuldenaar desondanks moet worden beschouwd als een schuldenaar die verbonden is *voor* een ander (en niet *met* de ander). Een voorbeeld hiervan is hoofdelijk medeschuldenaarschap van een echtgenoot voor de belastingschulden van de andere; solidariteit bedongen tot zekerheid (zie art. 5.164, § 1, derde lid BW en nu ook art. 9.1.1, 5° en 9.1.8 BW).

De borgtocht kan ook vermomd zijn in een andere verbintenis dan de betaling van de hoofdschuld. Een voorbeeld is de verbintenis om de goederen die de hoofdschuldenaar in pand heeft gegeven aan te kopen (aankoopbelofte, dus verkoopoptie verleend aan de schuldeiser) tegen een prijs die overeenkomt met de hoofdschuld. Dit vinden we bijvoorbeeld in groepsverhoudingen, waarbij de kredietnemer aandelen van een dochtervennootschap in pand geeft en een andere vennootschap uit de groep er zich toe verbindt dat pand tegen een bepaalde prijs in te kopen[44]. Vergelijkbaar is ook de truc waarbij men een borg verplicht een persoonlijke lening aan te gaan die echter gebruikt wordt om onmiddellijk de schuld van de oorspronkelijke kredietnemer aan te zuiveren. In sommige gevallen kan deze constructie als gesimuleerd terzijde worden gesteld; als het niet om simulatie gaat kan er evenwel vaak een herkwalificatie in borgtocht plaatsvinden in de gevallen waarin daarmee dwingend recht wordt omzeild.

I.I.B.6. Schema van verdere behandeling

In dit Deel worden de persoonlijke zekerheden verder als volgt behandeld:

- in Hoofdstuk II de borgtocht aan bod als belangrijkste vorm van accessoire verbondenheid voor andermans schuld, aangegaan door middel van een rechtshandeling;
- in Hoofdstuk III komen de andere vormen van accessoire verbondenheid voor andermans schuld, aan bod;
- in Hoofdstuk IV komen de verschillende vormen van solidariteit aan bod waarbij iemand met of voor een ander verbonden is; het gaat om niet-accessoire verbintenissen;
- in Hoofdstuk V komt de abstracte rechtstreekse vordering aan bod als een vorm van eigen schuld, die toch accessoir is aan andermans schuld;
- in Hoofdstuk VI komen onafhankelijke garanties aan bod, waarbij een eigen schuld wordt aangegaan.

44 Bv. HvB Gent 16 maart 2009, *TRV* 2009, 726. Het arrest is wel niet coherent waar het enerzijds oordeelt dat de verbintenis accessoir is aan de hoofdschuld (nr. 11), maar anderzijds oordeelt (nr. 11.2) dat de prijs hoger kan liggen dan de schuldvordering en het saldo toekomt aan de pandgever.

I.I AFDELING C. Regels voor persoonlijke zekerheden in het algemeen

De algemene regels inzake de totstandkoming (m.i.v. vertegenwoordiging), geldigheid, inhoudsbepaling, nakoming en niet-nakoming van overeenkomsten worden behandeld in de handboeken verbintenissenrecht en worden hier niet uitgewerkt. We wijzen wel op enkele regels die afwijkend zijn voor persoonlijke zekerheden, dan wel daarbij een bijzondere betekenis hebben, en voor meer dan één soort persoonlijke zekerheid gelden (de andere worden verderop bij de afzonderlijke rechtsfiguren besproken). Op één regel na (zie I.I.C.4.) gaat het om regels die alleen betrekking hebben op door middel van een rechtshandeling aangegane verbintenissen tot persoonlijke zekerheid:
- regels inzake de totstandkoming van door rechtshandeling aangegane persoonlijke zekerheden (I.I.C.1.);
- regels inzake de geldigheid en gebreken van bij rechtshandeling aangegane persoonlijke zekerheden (I.I.C.2.);
- regels inzake de gevolgen (nakoming en beëindiging) van bij rechtshandeling aangegane persoonlijke zekerheden (I.I.C.3.);
- regels inzake de gevolgen van persoonlijke zekerheden van een echtgenoot of wettelijk samenwonende partner (I.I.C.4.).

Of deze regels ook gelden voor zakelijke borgen s.s. is meermaals een twistpunt; dit wordt voor de verschillende vragen apart besproken. Het beginsel is, zoals hoger I.I.B.2.b.1.b besproken, dat de regels inzake borgtocht van toepassing zijn op de zakelijke borgtocht s.s. voor zoverre zij verenigbaar zijn met de aard ervan[45]. Omgekeerd moeten bij een zakelijke borgtocht s.s. natuurlijk wel de vereisten vervuld worden voor de desbetreffende zakelijke zekerheidsovereenkomst (pandovereenkomst, hypotheekovereenkomst) en voor de vestiging van het zakelijk recht.

In het IPR gelden de gewone verwijzingsregels voor persoonlijke zekerheden die krachtens een rechtshandeling tot stand komen (zie VO-Verordening 593/2008 ("Rome-I"); de borgtocht heeft dan ook zijn eigen *lex contractus*, die kan verschillen van die van de gewaarborgde valutaverhouding.

Of de persoonlijke zekerheid na betaling beschikt over een regres wordt ook bepaald door het recht dat diens verbintenis beheerst (art. 1R Rome-I-Vo. en 20 Rome-II Vo.) (behoudens contractuele regeling tussen de zekerheid en de hoofdschuldenaar); de vereisten voor en mate van subrogatie worden beheerst door het recht dat de verhouding tussen de subrogant (borg) en gesubrogeerde (oorspronkelijke schuldeiser) beheerst (art. 15 Rome-I en 19 Rome-II) (zie ook de bijzondere maar in wezen gelijklopende verwijzingsregel voor regres en subrogatie door een orgaan van de sociale zekerheid in art. 85 Vo. 883/2004 coördinatie sociale zekerheidsstelsels).

I.I.C.1. Regels inzake totstandkoming van bij rechtshandeling aangegane persoonlijke zekerheden

Hieronder wordt nagegaan wat de regels zijn inzake de totstandkoming en geldigheid van de rechtshandeling; de regels inzake interpretatie ervan komen verder aan bod onder I.I.C.3.a. De vertegenwoordiging wordt niet besproken, daarvoor wordt verwezen naar het algemeen verbintenissenrecht.

---

45 Cass. 22 december 2006, C.06.0089.N, *Constructions Travaux et Services NV* / Balmoral, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2006:ARR.20061222.2 = *RW* 2007-2008, 275 noot R. VAN RANSBEECK, 'Het regresrecht van de zakelijke borg').

I.I.C.1.a. Aard van de rechtshandeling

Een verbintenis tot persoonlijke zekerheid kan worden aangegaan door middel van een overeenkomst. Voor zover ze niet wordt aangegaan in ruil voor een tegenprestatie, gaat het om een eenzijdige overeenkomst, die in beginsel niet alleen door wilsovereenstemming met de schuldeiser maar ook door een eenzijdige rechtshandeling kan worden aangegaan (al zal men vaak een "aanvaarding" construeren[46]). De belofte van borgtocht of een andere persoonlijke zekerheid is bindend zodra zij de schuldeiser heeft bereikt, tenzij de belover aanvaarding ervan vereist of de schuldeiser de belofte weigert.

Dit geldt ook voor de zakelijke borgtocht s.s. tenzij de regels inzake een welbepaalde zakelijke zekerheid daarvan afwijken door een eenzijdige belofte tot vestiging onvoldoende te achten. Wanneer we het in dit werk hebben over een overeenkomst, omvat dit dus in beginsel ook de eenzijdige rechtshandeling (net zoals dit het geval was in art. 1108 OBW, dat ook enkel sprak van de toestemming van diegene die zich verbindt, wat ten onrechte werd gewijzigd in art. 5.27 BW) (rechtshandeling: Fr. *acte juridique*, Dui. *Rechtsgeschäft*, En. *juridical act*). Art. 9.1.3 BW bevestigt nu ook dat een persoonlijke zekerheid onder meer kan voortvloeien uit een contract of een eenzijdige wilsuiting (en verder uit de wet).

In het algemeen dient de hoofdschuldenaar geen partij te zijn bij de overeenkomst van persoonlijke zekerheid (zie wel verder in I.III.B de delegatieovereenkomst). Art. 9.1.4 lid 3 (voorheen 2014 lid I OBW) bepaalt overigens dat "Men kan een persoonlijke zekerheid stellen zonder opdracht van de hoofdschuldenaar, en zelfs buiten zijn weten".

De verbintenis kan ook aangegaan worden krachtens een beding ten gunste van derden bedongen door de hoofdschuldenaar vanwege de borg; de schuldeiser ten gunste van wie de borg zich borg stelt is daarbij geen partij en mogelijk ook nog niet bepaald (met name wanneer een bank zich borg stelt voor de verplichtingen van een bepaalde aard van een professioneel jegens al zijn cliënten, bv. in de reis- en transportsector[47]).

I.I.C.1.b. Mogelijk verbod van contractsweigering

In sommige gevallen zal er een verplichting zijn van de borgsteller om zich borg te stellen. Een merkwaardig voorbeeld vonden we in art. 10 § 1 Woninghuurwet (de bank bij wie een kandidaat-huurder zijn beroeps- of vervangingsinkomsten laat storten, was in beginsel verplicht is om voor die persoon een huurwaarborg van 3 maanden huur af te leveren, of althans mag niet weigeren om redenen in verband met de kredietwaardigheid van de huurder (voor details, zie de tekst van § 1 lid 4). Deze bepaling is verdwenen in art. 37 van het Vlaams Woninghuurdecreet.

Iets anders is de verplichting van een schuldenaar om een persoonlijke zekerheid te stellen, verplichting die kan voortvloeien uit de wet, een gerechtelijke uitspraak, of een overeenkomst: voor dat geval bepaalt art. 9.1.9 dat die persoonlijke zekerheid bekwaam en solvabel moet zijn en art. 9.1.10 dat bij insolvabiliteit van de persoonlijke zekerheidssteller een andere persoonlijke zekerheidssteller moet verleend worden (tenzij de onderliggende overeenkomst een specifieke persoon heeft aangegeven).

---

46 De rechtspraak inzake borgtocht onder het oude recht eiste ten onrechte in beginsel een aanvaarding (Cass. 16 juni 1960, *Arr.* 932 = *JT* 1960, 557 = *Pas.* 1960 I, 1190 = *RCJB* 1962, 301 noot J. HEENEN) maar aanvaardde dan wel de stilzwijgende aanvaarding (bv. HvB Antwerpen 15 december 1992, *RW* 1992-93, 1030 noot L. LANOYE; HvB Gent 19 december 2005, *NJW* 2006, 758).

47 Voorbeelden bij F. T'KINT, *Sûretés* (2004) nr. 723.

I.I.C.1.c. Vormvereisten aan de toestemming.

I.I.C.1.c.1° Algemene regel

Volgens art. 9.1.6 BW (voorheen 2015 OBW) wordt een persoonlijke zekerheidsstelling niet vermoed (dus ruimer dan de oude bepaling die enkel over borgtocht sprak); de wil moet zeker zijn en mag zich niet verder uitstrekken dan de grenzen waarbinnen zij is aangegaan. Dit stemt overeen met de interpretatie doe de rechtspraak reeds gaf aan de oude regel dat de borgtocht "uitdrukkelijk" moest worden aangegaan. Volgens de rechtspraak schreef deze bepaling geen welbepaalde vorm voor waarin de wilsuiting moet geschieden, maar vereiste ze enkel een ondubbelzinnige toestemming[48], m.a.w. houdt ze enkel een versterkte controle op de toestemming in; dit is ook de betekenis van 9.1.6. volgens de Toelichting[49]. De rechtspraak interpreteerde dit tot nu toe ruim. Een omstandig stilzwijgen is dan ook voldoende[50]. Het gewoon voor akkoord meetekenen van een hoofdovereenkomst zonder als partij op te treden, houdt evenwel nog geen borgtocht of andere persoonlijke zekerheid in[51].

In het algemeen zijn overeenkomsten tot persoonlijke zekerheid (andere dan door consumenten in de zin van art. 9.1.42 BW) dus consensuele overeenkomsten. In andere rechtsstelsels gelden meestal wel vormvereisten voor borgtocht en persoonlijke zekerheden, minstens wanneer zij door een consument worden aangegaan.

Omgekeerd is het zo dat indien er een garantie wordt gegeven, juist vermoed wordt dat het veeleer een borgstelling is dan een onafhankelijke garantie. Dat volgt nu ook duidelijk uit art. 9.1.11 BW, dat beantwoord aan art. IVG-2:101 DCFR[52]. In die zin kan men zeggen dat ook een garantie uitdrukkelijk moet worden aangegaan.

Ook solidariteit van de borg wordt "niet vermoed", hoofdelijk medeschuldenaarschap nog minder (zie voor het laatste de bespreking infra I.IV).

I.I.C.1.c.2° Bijzondere regel voor persoonlijke zekerheid gesteld door een consument jegens een professioneel (art. 9.1.45 BW)

---

48 Cass. 11 september 1986, *Arr.* 1986-87, 42 nr. 18 = *Pas.* 1987 I 40 = *RW* 1987-88, 1328 = *JT* 1987, 4 = *R.Not.B.* 1987, 470 noot J.E.; Cass. 8 april 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 996. Eerder H. DE PAGE, *Traité* VI (1953) nr. 842, A 2° en B.

49 56. *Stukken Kamer* nr. 0261/001, 16

50 Cass. 27 oktober 2000, 2 arresten, vnl. C.98.0554.N, *brouwerij Soenen*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2000:ARR.20001027.5 = *Pas.* 2000 I nr. 586 = *RW* 2001-2002, 24; beide arresten betroffen een persoon die als vertegenwoordiger van de schuldenaar een overeenkomst ondertekende, waarin bepaald werd dat hij zich ook persoonlijk borg stelde; de akte werd niet tweemaal door de betrokkene ondertekend. Besproken door o.m. F. T'KINT & W. DERIJCKE, 'Une caution n'est pas l'autre: sévérité jurisprudentielle passée dans l'attente d'une bienveillance législative à venir (?)', *TBH* 2002, (411) 412 v. Vgl. eerder H. DE PAGE, *Traité* VI, 819-820, nr. 842 B; en in dezelfde zin onder meer F. T'KINT, *Sûretés* (2004), 367, nr. 736; E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (Mechelen: Kluwer, (5) 2006), 267 nr. 401-402; E. DIRIX, 'Overzicht', *TPR* 2004 nr. 191.

51 Rb. Brussel 18 februari 1999, *JLMB* 1999, 1269.

52 Art. IVG-2:101. Presumption for Dependent Personal Security:
(1) Any undertaking to pay, to render any other performance or to pay damages to the creditor by way of security is presumed to give rise to a dependent security, unless the creditor shows that it was agreed otherwise".

Een vormvereiste *ad validitatem* wordt opgelegd door art. 9.1.45 dat het strengere art. 2043*quinquies* OBW[53] vervangt voor overeenkomsten gesloten vanaf 1 januari 2026. Wel kunnen bij KB bijkomende verplichte vermeldingen worden opgelegd (na advies van de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen) (art. 9.1.43 lid 5 BW).

Art. 9.1.45 vervangt het strengere art. 2043*quinquies* OBW en vereist nu enkel nog dat[54]:

i) de zekerheid het voorwerp uitmaakt van een geschrift

ii) dat onderscheiden is van het hoofdcontract (vereiste van een afzonderlijke akte), om zo het subsidiaire karakter te beklemtonen. Hoewel niet uitdrukkelijk voorgeschreven, moet er van de afzonderlijke akte ook een origineel overhandigd worden aan de borg[55].

De vereiste van handgeschreven vermeldingen is dus niet behouden. Wel is de inhoud daarvan nu ten dele opgenomen als een precontractuele informatieplicht in art. 9.1.44 5W (*infra*).

Anderzijds is het toepassingsgebied verruimd, door de afschaffing van het vereiste van kosteloosheid. Dit wordt omschreven in art. 9.1.42 BW, dat art. 2043*bis* OBW vervangt. De regeling van art. 9.1.45 is beperkt tot de gevallen van:

i) zekerheidstelling door middel van een rechtshandeling;

ii) van een consument in de zin van art. I.1, 2° WER, dus "iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn handels- bedrijfs- ambachts- of beroepsactiviteit vallen". Daarbij verduidelijkt art. 9.1.42 BW dat indien een hoofdschuldenaar een rechtspersoon is, de zekerheidssteller die een substantiële invloed kan uitoefenen op de besluitvorming van de rechtspersoon, niet als consument geldt[56].

Voor de betekenis van "substantiële invloed op de besluitvorming" kan men nuttig verwijzen naar art. I.14 WVV, waar de beslissende (d.i. substantiële) invloed op de aanstelling van de meerderheid van bestuurders of zaakvoerders of op de oriëntatie van het beleid, het criterium is voor de "controle" over een vennootschap, en waar uiteengezet wordt wanneer die invloed onweerlegbaar wordt vermoed (§ 2)[57]en wanneer ze in feite voorhanden is (§ 3)[58].

---

53 Van toepassing voor overeenkomsten gesloten vanaf 1 december 2007 (art. 11 Wet van 3 juni 2007).

54 Ook volgens Art. IVG-4:104 DCFR zijn persoonlijke zekerheden door een consument (andere dan een bestuurder van de schuldenaar-vennootschap e.d.) nietig indien ze niet schriftelijk zijn gegeven, met handtekening (dit laatste omvat ook een elektronische handtekening).

55 E. DIRIX, *RW* 2007-2008, (218) 220 nr. 7 (ook verschenen in *R.Not.B.* 2008, 612)

56 In het oorspronkelijke wetsvoorstel werd een persoon die een functionele band heeft met de hoofdschuldenaar nog uitgesloten, wat tot redelijk veel discussie in het parlement heeft geleid. Het criterium van de substantiële invloed komt uit het DCFR (IV.G-4:101) en de rechtspraak van het HvJ.

57"§ 2. De controle is in rechte en wordt onweerlegbaar vermoed: 1° wanneer zij voortvloeit uit het bezit van de meerderheid van de stemrechten verbonden aan het totaal van de [1 aandelen of andere effecten]1 van de betrokken vennootschap 2° wanneer een vennoot het recht heeft de meerderheid van de bestuurders of zaakvoerders te benoemen of te ontslaan 3° wanneer een vennoot krachtens de statuten van de betrokken vennootschap of krachtens met die vennootschap gesloten overeenkomsten over de controlebevoegdheid beschikt 4° wanneer op grond van een overeenkomst met andere vennoten van de betrokken vennootschap een vennoot beschikt over de meerderheid van de stemrechten verbonden aan het totaal van de [1 aandelen of andere effecten]1 van die vennootschap 5° in geval van gezamenlijke controle".

58 "§ 3. De controle is in feite wanneer zij voortvloeit uit andere factoren dan bedoeld in paragraaf 2. Een vennoot wordt behoudens bewijs van het tegendeel vermoed over een controle in feite te beschikken op een vennootschap wanneer hij op de voorlaatste en laatste algemene vergadering van deze vennootschap stemrechten heeft uitgeoefend

iii) jegens een schuldeiser die optreedt binnen zijn beroepsactiviteit;

iv) ongeacht de benaming die wordt gebruikt, dus ook indien de consument een autonome garantie, sterkmaking tot uitvoering, bindende patronaatsverklaring of hoofdelijkheid tot zekerheid stelt, aangezien die volgens art. 9.1.43 lid 3 BW worden geconverteerd in een borgtocht.

De hoedanigheid van de hoofdschuldenaar (professioneel, consument, enz.) is zonder belang.

Bij een zakelijke borg s.s. (vestiging van een zakelijke zekerheid) door een consument geldt dit verieste niet, maar de vormvereisten voor die zakelijke zekerheid.

Sanctie is een relatieve nietigheid.

I.I.C.1.c.3° Andere bijzondere vormvereisten

Voor bepaalde specifieke soorten persoonlijke zekerheden gelden er nog bijzondere vormvereisten (denk bv. aan de regels die gelden voor de schuldvorderingen die voortvloeien uit het trekken, accepteren of endosseren van een handelseffect, inbegrepen een aval daarbij, en andere rechtsfiguren die verder in Hoofdstuk VI worden besproken).

Ook de regel van art. VII.147/26 § 1 WER bij persoonlijke zekerheden voor een consumentenkrediet (als gedefinieerd in art. I.9, 34° en 54° WER, dus met uitzondering van hypothecair krediet), dat de borgtocht maar geldt voor het bedrag dat uitdrukkelijk is vermeld, kan men als een vormvereiste voor de toestemming beschouwen. Is er in dergelijk geval geen bedrag vermeld, dan is de borgtocht immers beperkt tot 0. De regel geldt ook voor de zakelijke borgtocht s.s.[59] en voor de hoofdelijke medeschuldenaar die zelf niet professioneel handelt (ook wanneer de andere medeschuldenaar wel beroepsmatig handelt)[60].

I.I.C.1.c.4° Mogelijkheid van vertegenwoordiging

Tenslotte kan eraan herinnerd worden dat de instemming kan gegeven zijn door een persoon die in naam van de schuldenaar handelde, mits deze daartoe de nodige vertegenwoordigingsbevoegdheid had, dan wel krachtens de wet de macht deze te binden. De persoonlijke zekerheid kan ook gebonden zijn ingevolge schijnvertegenwoordiging.

I.I.C.1.d. Bedenktermijnen met herroepingsrecht voor consumenten

In sommige gevallen geldt krachtens de regels van consumentenrecht wel een "bedenktermijn" gedurende dewelke de overeenkomst kan worden herroepen, zie met name art. VII.83 WER voor een zekerheid voor een consumentenkrediet. De bedenktermijn voor overeenkomsten op afstand (art. VI.47 en VI.58 WER) en voor buiten de onderneming gesloten overeenkomsten (art. VI.67

---

die de meerderheid vertegenwoordigen van de stemrechten verbonden aan de op deze algemene vergaderingen vertegenwoordigde [1 aandelen of andere effecten".

59 Door de Wet van 13 juni 2010 tot wijziging van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet werd het woord "persoonlijk" geschrapt.

60 HvJ 9 juli 2015, *Bucura/SC Bancpost*, http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-348/14 inzake het toepassingsgebied van de Richtlijn consumentenkrediet.

§ 1 WER) geldt niet, omdat de definities van overeenkomsten op afstand en buiten de onderneming gesloten overeenkomsten enkel verkopen en diensten door de onderneming betreffen[61]. Wel gelden de regels inzake onrechtmatige bedingen wel voor de consumentenborg, nu het daarvoor niet vereist is dat men een goed of dienst verkrijgt, maar enkel nog dat men handelt voor doeleinden buiten zijn onderneming. Dit is minstens het geval wanneer de hoofdschuld een consumentenovereenkomst is[62], maar volgens de recentere rechtspraak van het Hof van Justitie ook voor een medekredietnemer voor wie het krediet niet professioneel is, zelfs als het krediet voor de hoofdkredietnemer professioneel is[63]. Voor zover de kredietverlener de borg op zijn bedenktermijn wijst (in de gevallen waarin die termijn geldt is die informatie verplicht), is het nut daarvan echter vrij beperkt, aangezien het risico van een borgstelling vaak pas veel later doordringt (vandaar dat in sommige landen zekerheidsstellingen die op een bepaalde wijze gesloten worden, zoals bv. door aan-huis-verkoop, nietig zijn[64]).

I.I.C.1.e. Bewijsregels

De bewijsregels verschillen naargelang de persoonlijke zekerheid een burgerlijke of een ondernemingsschuld is. Anders dan bij een zakelijke zekerheid hangt de kwalificatie niét af van de gewaarborgde schuld maar van de persoon van de borg. Bij burgerlijke schulden gelden in beginsel de bijzondere bewijsregels van het BW:

1° voor het bewijs tussen partijen:

-- meestal zal de persoonlijke zekerheid als een eenzijdige overeenkomst worden beschouwd, en geldt bij onderhandse akten art. 8:21 BW dat de vermelding van de som in letters vereist (voorheen 1326 BW met bijkomend de vereiste van « goed voor »), althans zo het bedrag gekend is[65], evenals de uitzonderingen op dit vereiste[66]; voor de hoger (b 2°) besproken borgtocht van een consument jegens een professioneel geldt daarnaast dat het geschrift vereist is *ad validitatem* (art. 9.1.45 BW, voorheen het strengere art. 2043*quinquies* § 4 OBW).
-- indien de borgtocht of andere persoonlijke zekerheid deel uitmaakt van een wederkerige overeenkomst waarbij er ook verbintenissen jegens de borg worden aangegaan, gelden de vormen

---

61 Zie voor Belgisch recht de definities in art. I.1, 5° WER en art. I.8, 15°, 18° en 34° WER. Het Duitse BGH besliste in die zin, zonder de vraag prejudicieel aan het HvJ voor te leggen: BGH 22 september 2020, XI ZR 219/19, juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=111345&pos=0&anz=1, besproken door K.-O. KNOPS, 'Recht und Pflicht zur Vorlage an den EuGH - am Beispiel des Bürgenwiderrufs', *JZ* 2021, 299 e.v.

62 In het arrest-*Dietzinger*, http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-45/96, heeft het HvJ op 17 maart 1998 beslist dat Rl. 85/577 slechts van toepassing is op de consument-borg, voor zover ook de hoofdovereenkomst een consumentenovereenkomst is. Rl. 85/577 is intussen vervangen door de richtlijn consumentenrechten, Rl. 2011/83, data.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj, die dit punt niet lijkt te wijzigen (die laatste richtlijn is volharmoniserend, maar staat de lidstaten toe het toepassingsgebied uit te breiden).
Het DCFR art. II-5:201 heeft de regeling bewust wel uitgebreid naar consumenten-borgen.

63 HvJ 9 juli 2015, *Bucura/SC Bancpost*, http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-348/14, inzake de richtlijnen consumentenkrediet en onrechtmatige bedingen.

64 Bv. in het Nederlandse recht.

65 Bij een borgtocht voor toekomstige schulden waarvan het bedrag met instemming van de borg nog niet is bepaald, gold onder het oude recht het vereiste van vermelding van zulk bedrag niet: Cass. 26 februari 1993, *Pas.* 1 220; kh. Brussel 18 januari 2008, *JLMB* 2008, 1813; Vred. Antwerpen 30 januari 2014, *RW* 2014-15, 189. Voor tokeomstige schulden gaat die interpretatie nu niet meer op gezien art. 9.1.16, tweede lid BW.

66 Zie verder E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 268 nr. 404; F. T'KINT, *Sûretés* (2004) nr. 734. Bij gebreke aan deze vormen kan de borgtocht bewezen worden aan de hand van een "begin van schriftelijk bewijs" in de zin van art. 8.1, 7° en 8.13. BW (voorheen art. 1347 BW): HvB Brussel 22 oktober 1997, *JT* 1997, 1998, 290; Rb. Bergen, 8 maart 2000, *RRD* 2000, 474 noot P. WÉRY.

van art. 8:20 BW (voorheen 1325 BW): zoveel originelen als partijen[67]. Bij een borg die later toetreedt tot een wederkerige overeenkomst tussen de hoofdschuldenaar en de schuldeiser is de rechtspraak verdeeld: in het ene geval wordt ook daar het vereiste van 8:21 BW toegepast[68], in het andere geval wordt de naleving van art. 8:20 BW voldoende geacht (wat wel vereist dat ook de borg een origineel van de overeenkomst verkrijgt, zodat 2 originelen niet voldoende zijn[69]).

2° voor het bewijs van de dagtekening ten aanzien van derden (« vaste datum ») vereist art. 8:22 BW (voorheen 1328 BW) het opmaken van een geschrift en de registratie ervan. In ondernemingszaken geldt deze bepaling niet (zie art. 8:11 BW). Daar mag de vaste dagtekening van een rechtshandeling met alle rechtsmiddelen worden bewezen.

Indien de persoonlijke zekerheid door een onderneming is aangegaan, is ze een ondernemingsschuld, ook indien het een zekerheid is voor een burgerlijke schuld van de hoofdschuldenaar. Een persoonlijke zekerheid door een niet-onderneming voor een ondernemingsschuld is in beginsel wel een burgerlijke schuld[70].

I.I.C.1.f. Bepaalbaarheid van het voorwerp

Zie verder de bespreking bij borgtocht e.a. persoonlijke zekerheden afzonderlijk.

I.I.C.2. Mogelijke gebreken, nietigheden en niet-tegenwerpelijkheden van de rechtshandeling tot persoonlijke zekerheid

We bespreken hier de gebreken die gelden voor rechtshandelingen tot persoonlijke zekerheid in het algemeen. Daarnaast kunnen er voor specifieke vormen van persoonlijke zekerheid bijzondere regels gelden.

I.I.C.2.a. Handelings(on)bekwaamheid

De meeste persoonlijke zekerheden, en in het bijzonder de borgtocht en de onafhankelijke garanties, kunnen nooit geldig gesloten worden door of namens een handelingsonbekwame of beperkt handelingsbekwame. Deze verstrengde regel geldt voor alle vormen van beperking van de handelingsbekwaamheid:
(i) volledig handelingsonbekwamen: de niet-ontvoogde minderjarige; zelfs zijn voogd kan geen machtiging krijgen, omdat het stellen van een persoonlijke zekerheid geen bewindsdaad over het vermogen van de minderjarige kan zijn;
(ii) de beschermde meerderjarigen, naargelang hun beschermingsstatuut.

---

67 Cass. 27 oktober 2000, C.98.0554.N, *brouwerij Soenen*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2000:ARR.20001027.5 = *Arr.Cass.* 2000, nr. 584 = *Pas.* 2000 I nr. 586 = *RW* 2001-2002, 24; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, reeks APR (Antwerpen: Story-Scientia 1999), 159-160, nr. 300-301.

68 Zie bv. HvB Brussel 1 december 2004, *JLMB* 2007, 1727 noot P.-P. RENSON 'La formalité du "bon pour" et le cautionnement'.

69 HvB Luik 3 november 2008, *JLMB* 2009, 1115; *in casu* werd de door de borg mede ondertekende akte wel als begin van schriftelijk bewijs aanvaard.

70 HvB Brussel 21 april 1998, *Pas.* 1997, II 78. Niettemin werd de borgtocht *in casu* een handelsschuld geacht omwille van de omstandigheden (commercieel belang van de borg bij de hoofdovereenkomst); dat laatste gebeurde ook in Kh. Hasselt 19 december 2000, *RW* 2002-2003, 391 = *TBH* 2001, 482; HvB Antwerpen 5 januari 1999, *A.JT* 2000-2001, 49 noot K. WAGNER; HvB Brussel 14 december 2000, *JLMB* 2002, 1307 noot B.K. = *JT* 2002, 93.
De Franse rechtspraak aanvaardt veel sneller het handelskarakter van de borgtocht (zie verwijzingen bij F. T'KINT, *Sûretés* (2004) nr. 738).

Gaat het daarentegen om een hoofdschuld die men aangaat (bv. als solidaire medeschuldenaar), dan gelden de gewone regels inzake handelingsonbekwaamheid.

I.I.C.2.b. Rechtsbevoegdheid of rechtsbekwaamheid

Rechtspersonen zijn enkel bekwaam zich borg te stellen wanneer dit binnen de statutaire bevoegdheid van die rechtspersoon valt (natuurlijke personen hebben in beginsel een algemene rechtsbevoegdheid); die statutaire bevoegdheid (statutaire specialiteit) wordt mede beperkt door wat er krachtens de wet mogelijk is voor dat soort rechtspersoon (wettelijke specialiteit). De wettelijke specialiteit van de vennootschap was traditioneel beperkt tot handelingen die de vennootschap of de vennoten rechtstreeks of onrechtstreeks een vermogensvoordeel kunnen verschaffen (art. 1 oude Wb.Venn.)[71]. Dit sloot niet per definitie handelingen om niet uit, mits de handeling gesteld wordt om het doel van de vennootschap rechtstreeks of onrechtstreeks te verwezenlijken[72], maar de recente rechtspraak leek wel streng te zijn bij de beoordeling van dat vereiste[73]. In het nieuwe WVV moet het rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel bezorgen aan de vennoten nog steeds een van de doelen zijn, maar niet langer het enige doel (art. 1:1 WVV).

Zo oordeelde het Hof van Cassatie dat het enkele feit dat de gedelegeerd bestuurder van de borgstellende vennootschap en van de hoofdschuldenaar dezelfde persoon is, niet voldoende is om vast te stellen dat de borgstellende vennootschap een tegenprestatie zou hebben ontvangen voor de borgstelling[74].

Een andere zaak betrof de borgstelling door de dochtermaatschappij voor het krediet dat de moedermaatschappij aanging bij de grootmoedermaatschappij om daarmee de aandelen van de dochter op te kopen[75].

Men ziet de statutaire specialiteit meestal als een beperking van de rechtsbevoegdheid van de rechtspersoon zelf; men kan het echter veeleer zien als een beperking aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de organen van de rechtspersoon. In sommige gevallen zijn rechtspersonen immers ook gebonden aan doeloverschrijdende handelingen gesteld door de bevoegde organen.

Discussie is er of de sanctie een absolute nietigheid is, dan wel gewoon de sanctie van doeloverschrijding[76]. Bij de NV, CV en BV geldt immers dat de vennootschap wel gebonden is door doeloverschrijdende handelingen van haar organen tenzij de derde de doeloverschrijding kende of er niet onkundig van kon zijn.

---

71 Voor een uitvoerige bespreking, *in casu* n.a.v. een zakelijke borgtocht door een dochtervennootschap van de hoofdschuldenaar (En. *downstream guaranty*), zie Rb. Gent 10 februari 2004, *RW* 2005-2006, 1593 (nietigheid afgewezen).

72 Cass. 13 april 1989, *Arr.* 1988-89, 920 = *RCJB* 1991, 205 noot J.M. NELISSEN GRADE = *TRV* 1989, 321 noot M. WYCKAERT & F. BOUCKAERT = *RW* 1989-90, 253; HvB Antwerpen 26 september 2005, *RW* 2008-2009, 615; HvB Antwerpen 7 februari 2019, *NjW* 2020, 636 noot J. WAELKENS.

73 Zie K. GEENS, M. WYCKAERT e.a., *TPR* 2012 (73) 147 v. nr. 69. Voor een ouder overzicht, zie A. CUYPERS & P. ROORYCK, 'Persoonlijke zekerheden en vennootschappen', in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, Kluwer Antwerpen 1997, (87) 137 v.

74 Cass. 30 september 2005, https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2005:ARR.20050930.6 = *Arr.* 2005, 1777= *Pas.* 2005, 1779 = *TRV* 2006, 592 noot F. JENNÉ, 'Zekerheden in groepsverband: een onzeker lot ?' met verdere verwijzingen = *TBH* 2006, 1028 kritische noot P.A. FORIERS 'Spécialité légale – Spécialité statutaire et but de lucre. Quelques observations sur l'arrêt de la Cour de cassation du 30 septembre 2005' = *JDSC* 2006, 76 noot M. ERNOTTE = *JDSC* 2006, 3 noot COIPEL = *RPS* 2010, 213 noot A. FRANÇOIS.

75 Kh. Brusssel franstalig 16 november 2016 (5e K), *sprl Bergamote*, weliswaar enkel een *prima facie* beoordeling in het kader van de opname in de lijst van schuldeisers in een gerechtelijke reorganisatie.

76 Absoluut nietig volgens HvB Gent 30 mei 2012, *TRV* 2013, 717, op dit punt afkeurende noot D. VAN GERVEN; in andere zin eerder ook P.A. FORIERS, 'Spécialité légale, spécialité stautaire et but de lucre', noot onder Cass. 30 september 2005, *TBH* 2006, 1033.

Daarnaast is het stellen van zekerheden door een BV, een CV of een NV voor de verwerving van haar aandelen of certificaten van aandelen door een derde (dus tot zekerheid van de schuld van de koper van aandelen jegens de verkoper ervan) gereglementeerd in art. 5 :151, 6 :118 en 7:227 WVV (voorheen 329, 430 en 629 Wb. Venn).

Bij rechtshandelingen en met name zekerheidstellingen door overheidsinstanties[77] rijzen bijkomend bijzondere vragen, zoals de noodzaak van een rechtstreekse of onrechtstreekse wettelijke grondslag (legaliteitsbeginsel) [78], de bevoegdheidsverdeling tussen federale overheid en deelstaten, de door beslissingen van het bestuur te volgen procedureregels, het verbod op staatssteun behoudens de uitzonderingen daarop , e.d.m.[79].

I.I.C.2.c. Wilsgebreken algemeen

De relevante wilsgebreken zijn degene die we in het algemeen verbintenissenrecht vinden, met name dwaling (*erreur, mistake* dan wel *misrepresentation, Irrtum*), bedrog (*fraude, fraud, Betrug*), bedreiging (*contrainte, threats, Drohung*; in het BW "geweld" genaamd), gekwalificeerde benadeling (*lésion qualifiée*), en bij uitzondering de gewone benadeling (*lésion*).

Enkele hiervan worden hieronder nader uitgewerkt voor persoonlijke zekerheden.

I.I.C.2.d. Dwaling, bedrog en precontractuele informatieplichten

Bij persoonlijke zekerheden komt vooral het wilsgebrek dwaling aan bod, in mindere mate bedrog. De vraag hangt ook samen met de precontractuele informatieplichten van partijen. Hoewel dwaling traditioneel enkel gezien wordt vanuit het perspectief van de dwalende, is het toch een vraag van afweging van de onderzoeks- en informatieplichten van de partijen. Het klassieke onderscheid tussen dwaling en bedrog is dat bij bedrog nietigverklaring mogelijk is ook indien de dwaling onverschoonbaar zou zijn[80] (ook bij eigen zware fout kan men vernietigen bij bedrog door de wederpartij).

Daarom moet ook de vraag gesteld worden wat het rechtsgevolg is van foute informatie door de hoofdschuldenaar aan de zekerheidssteller gegeven: wanneer wordt die fout in de borgtochtverhouding ten laste gelaten van de borg en wanneer niet.

---

77 Waarbij de Europese regels inzake staatssteun ook spelen voor door de overheid gecontroleerde ondernemingen, in de mate waarin de zekerheidsstelling door die onderneming aan de overheid kan worden "toegerekend", zie HvJ 16 mei 2002, *Frankrijk/Commissie*, EU:C:2002:94, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-482/99 en HvJ 17 september 2014, EU:C:2014:308, *Commerz Nederland*, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-242/13.

78 De belangrijkste vorm van overheidswaarborg betreft de waarborg voor beroepskredieten voor investeringen door KMO en/of risicokapitaal. Het bij Wet van 24 mei 1959 opgerichte Waarborgfonds werd in 1988 geregionaliseerd; nu gelden er aparte regels voor de drie gewesten. Voor het Vlaams Waarborgfonds, zie www.waarborgregeling.be. Zie de Vlaamse decreten van 7 mei 2004 en 10 december 2021.

79 Zie hierover o.m. D. DE KEUSTER, 'De waarborg van de overheid: een onbekende, maar geen ongekende rechtsfiguur: een theoretische benadering', *TBP* 1995, 180; I. PEETERS, 'Overheidswaarborgen', in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, 231 v.;

80 Cass. 23 september 1977, *Arr.* 1978, 107, met concl. adv.-gen. Krings = *RCJB* 1980, (32) noot J. MATTHYS, 'Des effets de la négligence ou de l'imprudence de la victime du dol'; W. DE BONDT, 'De invloed van de nalatigheid van de bedrogene op de vordering tot nietigverklaring en/of op de vordering tot schadeloosstelling', *TPR* 1986, 1183 e.v.; HvB Luik 14 november 2006, *TBH* 2008, 162 noot Y. DE CORDT; Cass. 18 maart 2010, C.08.0502.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100318.5 = *Jaarverslag cassatie* 2010, 25 op grond van 'fraus omnia corrumpit'.

Men moet verder een onderscheid maken tussen verschillende soorten feiten waaromtrent gedwaald zou zijn of bedrog zou zijn gepleegd.

De algemene maatstaf inzake precontractuele informatieplichten vinden we intussen in art. 5.16 BW: "*De partijen verstrekken elkaar tijdens de precontractuele onderhandelingen de informatie die de wet de goede trouw en de gebruiken in het licht van de hoedanigheid van de partijen hun redelijke verwachtingen en het voorwerp van het contract hen opleggen te geven*". We kijken tot welke informatieplichten de rechtspraak tot nu toe gekomen is.

I.I.C.2.d.1° Betreffende de (in)solvabiliteit of kredietwaardigheid van de hoofdschuldenaar en/of het algemeen risico van de borgtocht

Een eerste mogelijke informatieplicht betreft de (in)solvabiliteit of kredietwaardigheid van de hoofdschuldenaar en/of het algemeen risico van de borgtocht.

Onder het oude recht was het in beginsel de zekerheidssteller die zich voor de zekerheidsstelling moest informeren over de solvabiliteit van de hoofdschuldenaar; de kredietverlener heeft daarover geen informatieplicht jegens de borg[81], en zou omwille van zijn geheimhoudingsplicht volgens sommigen die informatie zelfs niet mogen verstrekken. Dwaling die betrekking heeft op de insolvabiliteit van de hoofdschuldenaar, en veroorzaakt door het gebrek aan informatie vanwege de schuldeiser, was daarom in beginsel irrelevant[82].

Het was anders indien:
1° de kredietverlener bedrog zou plegen door verzwijging[83], of
2° - volgens sommige rechtspraak - de toestemming zou zijn veroorzaakt doordat de informatie die de schuldeiser wel heeft verstrekt, verkeerd was, en de dwaling van de borg verschoonbaar[84].

---

81 Bv. HvB Brussel 25 november 1986, *TBH* 1987, 430; Rb. Namen 9 januari 1991, *JLMB* nr. 91/155.

82 Zie HvB Luik 15 mei 2001, *RPS* 2002, 68; kh. HvB Brussel 16 juni 1975, *R.Banque* 1976, 298 noot S. VELU = HvB Brussel 27 september 1978, *BRH* 1979, 268 noot P.A. FORIERS; Rb. Namen 1 april 1988, *JT* 1988, 410, Rb. Brugge 28 september 1988, *RW* 1989-90, 308; HvB Gent 4 april 2007, *NjW* 2007, 132 noot R. STEENNOT (zie evenwel de bespreking onder gekwalificeerde benadeling *infra*); HvB Brussel 28 april 2008, *RABG* 2009, 136; HvB Gent 21 maart 2012, *NjW* 604 noot R. STEENNOT (in een zaak waarin wel eerst werd vastgesteld dat de borg als hoofdaandeelhouder wel degelijk goed geïnformeerd was over de solvabiliteit van de hoofdschuldenaar); L. SIMONT, 'Examen' *RCJB* 1986, 424 nr. 248 en 'Examen', *RCJB* 1999, 885 nr. 226; A.M. STRANART & M. GRÉGOIRE, 'Chronique de droit bancaire privé - les sûretés personnelles', *Bank & Fin.* 1988, (10) 16 nr. 9.
De Franse rechtspraak is minder categoriek, en aanvaardt de vernietiging wegens dwaling indien een bepaalde voorstelling over de solvabiliteit van de schuldenaar de determinerende reden was voor de toestemming (Cass. fr. 20 maart 1989, *Bull.Civ.* 1989 I nr. 127; Cass. fr. 1 oktober 2002, *Rép. Defrénois* 2003, 410 noot THÉRY; Cass. fr. 13 mei 2003, *J.C.P. éd. Entr.*, 2003, 1033, 1166).

83 Zie HvB Brussel 27 september 1978, *BRH* 1979, 268 noot P.A. FORIERS; HvB Luik 10 november 1998, *RRD* 1999, 31; HvB Bergen 4 oktober 1988, *JLMB* 1989, 1151. In het nieuw BW gaat het om misleiding door 'het opzettelijk achterhouden van informatie waarover men beschikt en die men diende mee te delen overeenkomstig artikel 5.16' (art. 5.35 BW).
De Franse rechtspraak aanvaardt dit vrij snel: Cass. fr. 10 mei 1989, *JCP* 1989 II 21.363; Cass. fr. 26 november 1991, *D.* 1992 *Inf.R.* 6; Cass. fr. 7 april 1992, *Bull. Joly* 1992, 681 noot Ph. DELEBECQUE 'Sanction de l'obligation d'information du banquier vis-à-vis de ses cautions'.

84 Bv. Rb. West-Vlaanderen (Kortrijk) 13 januari 2017, *TGR/TWVR* 2019, 277 (borgstelling door nieuwe aandeelhouder die helft van de aandelen had overgenomen op basis van manifest foute informatie over de toestand van de vennootschap).
In die zin bv. ook Oostenrijks OGH 11 maart 2003, *J.Bl.* 2003, 577 dat oordeelt dat de borg geen verplichting heeft de juistheid van de verklaringen van de kredietverlener (bank) te onderzoeken, en slechts bij onverschoonbaarheid van de dwaling zich niet op die dwaling kan beroepen (d.i. bij evidente onjuistheid van de informatie).

Nochtans oordeelt de rechtspraak in vele andere Europese landen dat de professionele kredietverlener wél een informatieplicht heeft ten aanzien van het risico voortvloeiend uit de financiële toestand van de schuldenaar, en dat de banken geen geheimhoudingsplicht hebben betreffende de hoofdschuldenaar jegens een door die hoofdschuldenaar zelf aangebrachte borg. Vgl. ook de ontwikkelingen inzake "misbruik van onwetendheid", onder I.I.C.2.e. besproken.

De Nederlandse rechtspraak leidde uit de eisen van de goede trouw een informatieplicht af van de kredietverlener jegens een niet-professionele borg betreffende de gevolgen van de borgtocht[85].

De regels van het DCFR leggen aan de schuldeiser een zekere informatieplicht op jegens alle consumenten-persoonlijke zekerheidsstellers (andere dan bestuurders van de schuldenaar-vennootschap e.d.)[86], met een recht om de zekerheid te vernietigen bij gebreke aan deze informatie.

In sommige recentere Belgische rechtspraak werd dan ook geoordeeld dat de borg wel degelijk de borgtocht wegens dwaling kan vernietigen indien de schuldeiser een professionele kredietverlener is die wist of behoorde te weten dat de kredietnemer niet aan zijn terugbetalingsverplichting zal kunnen voldoen en de dwaling ook aan de andere gemeenrechtelijke vereisten (borg beschikt zelf niet over die informatie, verschoonbaarheid, determinerend karakter[87]) voldoet[88]. In andere gevallen wordt de kredietverlener geheel of gedeeltelijk aansprakelijk gesteld wegens een dergelijke precontractuele fout[89].

In het nieuwe recht is deze knoop ook doorgehakt en bepaalt art. 9.1.44 BW, opnieuw in aansluiting bij het DCFR[90], dwingend dat bij een persoonlijke zekerheid door een consument jegens een professioneel de beoogde zekerheidssteller vooraf moet worden geïnformeerd over het algemene gevolg van de beoogde zekerheid en de bijzondere risico's waaraan de zekerheidssteller volgens de voor de schuldeiser toegankelijke informatie kan zijn blootgesteld in het licht van de financiële situatie van de hoofdschuldenaar. Dat betreft dus een actieve, spontane informatieplicht waarvan de schuldeiser de bewijslast draagt (9.1.44 lid 3 BW).

De schending van deze informatieplicht leidt ingevolge art. 9.1.44 lid 2 BW tot nietigheid indien voldaan is aan de vereisten voor een wilsgebrek (artikel 5.33 BW), en/of tot precontractuele aansprakelijkheid conform art. 5.17 BW (negatief contractsbelang).

---

85 HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759; HR 19 mei 1995, *NJ* 1997, 648. Zie ook HR 3 juni 1994, *RvdW* 1994, 126; R. TJITTES, 'Verplichtingen van de schuldeiser jegens de borg', *TPR* 2000, 28.

86 Vgl. Art. IVG-4:103 DCFR: Creditor's Precontractual Obligation of Information *(1) Before a security is granted, the creditor has a duty to explain to the intending security provider*
(a) the general effect of the intended security;
(b) the special risks to which the security provider may according to the information accessible to the creditor be exposed in view of the financial situation of the debtor.
Vgl. ook § 25 c Oostenrijks Konsumentenschutzgesetz.

87 Art. 5.34 BW: "een element dat voor haar doorslaggevend is geweest om het contract te sluiten terwijl de wederpartij op de hoogte was of behoorde te zijn van dit doorslaggevende karakter".

88 Bv. Rb. Antwerpen 18 februari 2010, *RW* 2010-2011, 1447; HvB Bergen 12 juni 2006, *JLMB* 2007, 146.

89 Bv. Rb. Luik 21 oktober 2011, *JLMB* 214, 224: kredietverlener voor 2/3 aansprakelijk gesteld en borg voor 1/3 in een geval waarin een krediet werd verleend aan een hoofdschuldenaar die niet de inkomsten heeft om een dergelijk krediet af te betalen.

90 Toelichting, 56. *Stukken Kamer* nr. 0261/001, 40. Zie art. IVG-4:130 DCFR. Zie nader J. BAECK en J. MARCHAU, 'Wetsvoorstel persoonlijke zekerheden: van kosteloze borgtocht naar consumentenborgtocht' *RW* 2024-25, (1243) 1246-1247 nr. 8.

I.I.C.2.d.2° Betreffende de omvang van de borgtocht

Wel relevant is dwaling omtrent de omvang van de persoonlijke zekerheid (wat borgtocht betreft zowel informatie over de gewaarborgde schuld als informatie over de mate waarin die schuld wordt gewaarborgd, zie de uitwerking van de omvang verder in I.II.C.1.b.)[91]. De vraag rijst dus in welke mate de kredietverlener de zekerheidssteller moet informeren over de omvang van zijn verplichtingen. De vraag rijst in het bijzonder wanneer naar aanleiding van een welbepaald krediet een borgtocht voor alle sommen (*fideiussio omnibus*) of variante daarvan (elke borgtocht die ook toekomstige schulden dekt) wordt bedongen.

Bij de gelding van het gemeen recht is de rechtspraak verdeeld[92].

Bij consumentenkrediet (Hoofdstuk IV van Boek VII WER) worden sommige informatieplichten uitdrukkelijk bepaald[93]. Zo is de kredietgever verplicht:
- de consument uitvoerige informatie te verschaffen in verband met de beoogde kredietovereenkomst (art. VII.70 WER en voor hypothecair krediet aan een consument: VII.126 WER);
- voorafgaandelijk en gratis aan de borg of steller van een andere zekerheid een exemplaar van (...) het kredietcontract te overhandigen (Art. VII.109 § 1 WER; voor hypothecair krediet aan een consument: VII.147/26 § 1 WER)[94];
- de borg of steller van een andere zekerheid in kennis te stellen van de totstandkoming van de kredietovereenkomst, alsmede hem voorafgaandelijk op de hoogte te stellen van elke wijziging van deze overeenkomst (art. VII.109 § 3 WER; voor hypothecair krediet aan een consument: VII 147/26 § 3 WER).
Sanctie: de borg of steller van een andere zekerheid worden vrijgesteld van elke verplichting indien deze niet overeenkomstig artikel VII.109 § 1 WER c.q. VII.147/26 § 1 WER voorafgaandelijk een exemplaar van (...) het kredietcontract heeft ontvangen (art. VII.206 WER; voor hypothecair krediet aan een consument: VII.214/6).

Deze bepalingen zijn wel enkel van toepassing bij persoonlijke zekerheden voor een consumentenkrediet en dus niet bij persoonlijke zekerheden voor een niet-consument. Ze zijn wel evenzeer van toepassing wanneer de derde zich uitsluitend zakelijk borg stelt voor een consumentenkrediet[95].

---

91 Art. IVG-4:103 DCFR: Creditor's Precontractual Obligation of Information:
(1) Before a security is granted, the creditor has a duty to explain to the intending security provider
(a) the general effect of the intended security (...).

92 Geen bijzondere informatieplicht volgens HvB Luik 2 oktober 2000, *TBBR* 2003, (429) 431, waar er wel op gewezen wordt dat *in casu* het beding in vet was gedrukt. In HvB Luik, *JLMB* 2000, 1698= *TBH* 2011, 41, werd het opgelost door middel van een restrictieve interpretatie en bewijs door vermoedens dat het alles-sommen-beding niet aan de wil der partijen beantwoordde. Een zekere informatieplicht werd aanvaard in HvB Brussel 20 mei 1999, *TBH* 2000, 708.

93 Dergelijke informatieplichten vinden we ook in het consumentenrecht van andere rechtsstelsels, bv. § 25a-25 d, in het bijzonder 25c Oostenrijkse Konsumentenschutzgesetz. Ze zijn ten dele bepaald door EU-Richtlijnen zoals Rl. 2008/48. Voor de interpretatie van die precontractuele informatieplicht daarin, zie HvJ 18 december 2014, *CA Consumer Finance*, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-449/13.

94 De regels van art. VII.147/26 waren tot 2016 opgenomen in art. VII.109 WER en voorheen art. 34 WCK.

95 Sinds de schrapping van het woord "persoonlijk" in onder meer art. 34 WCK door de Wet van 13 juni 2010 is dit onbetwistbaar. Voordien in dezelfde zin HvB Antwerpen 20 januari 2005, *NjW* 2005, 1135 noot R. STEENNOT = *TBH* 2006, 160 met (onterecht) afkeurende noot P. VAN DER HERTEN, 'Is een zakelijke zekerheid ook een persoonlijke zekerheid in de Wet op het consumentenkrediet ?'. *In casu* aanvaardde het Hof wel dat de informatieplicht jegens de derde-hypotheekgever vervuld was door een ontwerp van hypotheekakte te bezorgen alsmede de akte bij het verlijden integraal voor te lezen.

Een zekere onderzoeks- en informatieplicht geldt ook jegens persoonlijke zekerheidsstellers voor kredieten aan KMO's, zie art. 5 en 7 Wet 21 december 2013 betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen (zoals gewijzigd Wet 21 december 2017).

Wat de borgtocht van een consument jegens een professioneel betreft, zijn er reeds een aantal informatieplichten opgenomen in art. 9.1.44 BW (onder het oud BW waren ze als vormvereisten opgenomen in art. 2043*quinquies* OBW). Bij KB kunnen bijkomende informatieplichten worden opgelegd (na advies van de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen) (art. 9.1.43 lid 5 BW, voorheen art. 2043*quinquies* § 4)[96]. Art. 9.1.44 BW vereist nu dat de beoogde zekerheidssteller vooraf ook geïnformeerd wordt over:
- de omvang van de gewaarborgde schuldvordering;
- alsook conform art. 5.16 andere informatie die moet worden gegeven op grond van de goede trouw en de gebruiken in het licht van de hoedanigheid van de partijen, hun redelijke verwachtingen en het voorwerp van het contract.

Ook hier leidt de schending van deze informatieplicht ingevolge art. 9.1.44 lid 2 BW tot nietigheid indien voldaan is aan de vereisten voor een wilsgebrek (artikel 5.33 BW), en/of tot precontractuele aansprakelijkheid conform art. 5.17 BW (negatief contractsbelang).

Bij een gemeenrechtelijke borgtocht geldt dus enkel de algemene regel van art. 5.16 BW.

I.I.C.2.e. Gekwalificeerde benadeling, geweld, rechtsmisbruik, ongeoorloofde oorzaak e.d.m.

I.I.C.2.e.1° Gemeen recht (niet-consumentenborgtocht)

Wat de gekwalificeerde benadeling betreft zij eraan herinnerd dat deze in het algemeen vereist (nu in art. 5.37 BW[97]):
- enerzijds een 'intrinsieke' benadeling bestaande uit een kennelijk onevenwicht tussen de prestaties– wat bij een persoonlijke zekerheid allicht meestal het geval zal zijn;
en
- die anderzijds het gevolg is van het misbruik door de ene partij van omstandigheden die verbonden zijn aan de zwakke positie van de andere partij.

Het gaat hier om een beoordeling van het gedrag van de kredietverlener bij het aangaan van de borgtocht of andere persoonlijke zekerheid; de beoordeling van het faire of onrechtmatige karakter ervan moet immers in beginsel (onder voorbehoud van contractuele informatieplichten, zie I.II.C.4.) op dat tijdstip beoordeeld worden, zonder rekening te houden met de latere gang van zaken.

Het is dan ook ten onrechte dat een deel van de rechtspraak en rechtsleer[98] oordeelde dat de gekwalificeerde benadeling niet kan spelen bij een overeenkomst die niet wederkerig is, zoals de borgstelling zonder tegenprestatie; gezien de afwezigheid van tegenprestatie is de bescherming

96 Of deze ook voor de zakelijke borgtocht gelden, zal overeenkomstig het hoger besproken beginsel regel per regel moeten worden bekeken.

97 De wettelijke grondslag die hieraan onder het Oud BW werd gegeven was de bepaling over de ongeoorloofde oorzaak, dan wel het misbruik van de contractsvrijheid als toepassing van de algemene leer van het rechtsmisbruik.

98 Onder meer HvB Antwerpen 27 april 2015, *TBBR* 2018, 214; HvB Antwerpen 3 februari 2016, *NjW* 2016, 735

juist *a fortiori* vereist[99]. Wel juist is dat omwille van de aard van de borgtocht hierbij kan worden vereist dat er niet enkel sprake is van een intrinsieke benadeling (die is er immers altijd) maar ook van een extrinsieke (wanverhouding met vermogen en inkomsten borg).

De persoonlijke zekerheid kan dus vernietigd worden op grond van gekwalificeerde benadeling wanneer ze kennelijk nadelig is én verkregen door misbruik van omstandigheden. De ontwikkeling van dit leerstuk zou moeten leiden tot meer *responsible lending* in hoofde van de kredietverleners. Het is evenwel niet duidelijk hoe snel het Belgische recht een dergelijk misbruik aanneemt; de vraag is ook minder belangrijk dan in andere landen omdat het Belgische recht voor consumenten die een persoonlijke zekerheid vestigen, al dan niet jegens een professionele schuldeiser, een bijzondere regeling geldt (art. 9.1.47 BW, verder onder 3° besproken), naast een verregaande mogelijkheid van bevrijding die niet gebaseerd is op een nietigheid van de rechtshandeling, en die niet bestaat in (de meeste) andere rechtsstelsels (zie verder in I.I.C.3. de bespreking van de regels inzake bevrijding van de borg). De de vraag blijft natuurlijk wel van belang bij een persoonlijke zekerheid gesteld door een niet-consument, inbegrepen hoofdelijk medeschuldenaarschap wanneer dat in werkelijkheid tot zekerheid is bedongen[100], en bij zakelijke borgtocht s.s. [101].

Ook hier rijst de vraag onder welke voorwaarden het misbruik gepleegd door de hoofdschuldenaar wordt toegerekend aan de schuldeiser. Dat zal alvast het geval zijn als de schuldeiser weet heeft of moet hebben van een effectief misbruik door de hoofdschuldenaar; de vraag is of dat ook het geval is wanneer de schuldeiser weet heeft van een risico op misbruik en daar niet op passende wijze mee omgaat.

I.I.C.2.e.1.a) Misbruik van onwetendheid e.d.m.

Dergelijk misbruik wordt wel eens aanvaard wanneer de kredietverlener krediet verleent aan een hoofdschuldenaar waarvan hij zeker weet dat deze het nooit zal kunnen afbetalen, terwijl de borg te goeder trouw is[102]; de kredietverlener speculeert er aldus op dat hij door de persoonlijke zekerheid wordt gedekt[103]. Indien er geen misbruik was, en de borg dus willens en wetens zich borg heeft gesteld, dan is de borgstelling geldig[104]. Toch begaat de kredietverlener wel een precontractuele fout, minstens jegens de borg, door onverantwoord krediet te verlenen; is de kredietverlening wel verantwoord, dan is het geen fout jegens de borg dat het krediet enkel door een borgtocht is afgedekt en niet door andere zekerheden[105].

---

99 Vgl. C. CAUFFMAN, in *Bijz. Overeenkomsten, artikelsgewijze commentaar*, IV (Verbintenissenrecht), II, 2, afd. 1, 53 v.; Arbeidshof Brussel 14 maart 2005, T.Vreemd. 2005, 328.

100 De rechtspraak is een stuk restrictiever in het aannemen van een precontractuele fout bij het als co-debiteur laten optreden zonder solvabiliteit te onderzoeken wanneer de co-debiteur - in casu echtgenote - zelf ook bij de professionele activiteit betrokken was onder meer als mede-oprichtster van vennootschappen (HvB Gent 22 feb 2001, 1995/AR/1628, *faill. Seigneurie Service Residenties e.a./ Axa*).

101 Voor een vb. van bevrijding van een zakelijke borg s.s. (derde-hypotheekgever) wegens onzorgvuldige kredietverlening, zie HvB Luik 9 september 2010, *JLMB* 2012, 1183.

102 HvB Gent 4 april 2007, *NjW* 2007, 132 noot R. STEENNOT ; HvB Gent 30 mei 2012, AR 2010/216, aangehaald door D. BLOMMAERT, *De aansprakelijkheid van de kredietinstelling als kredietverlener*, nr. 155.

103 Rb. Brugge 3 april 1998, *TWVR* 2002, 7; vgl. ook HvB Gent 4 april 2007, *NjW* 2007, 132 noot R. STEENNOT; gedeelde aansprakelijkheid in Rb. Luik 21 oktober 2011, *JLMB* 2014, 224

104 Vgl. bv. ook Rb. Namen 9 januari 1991, *JLMB* nr. 91.155 (*in casu* was de borg zaakvoerder van de hoofdschuldenaar-vennootschap); L. SIMONT, in *Aspects récents du droit des contrats*, 314-315.

105 HvB Antwerpen 8 september 2020, *DAOR* 2021 nr. 140, 112. Vgl. ook HvB Brussel 10 september 2021, 2018/323, besproken door P. PROESMANS & G. LAGUESSE, 'Baromètre de la jurisprudence du droit bancaire 2021-2022', *DAOR* 2023 nr. 148, (3) 15 nr. 36.

Zo oordeelt de Franse rechtspraak dat de schuldeiser die een borgtocht bedingt die in wanverhouding staat tot het vermogen en de inkomsten van de borg, een fout begaat, die vergoed moet worden tot beloop van hetgeen overdreven is (dus geen volledige bevrijding van de borg)[106]. Uit latere rechtspraak blijkt dat het gezien moet worden als een *culpa in contrahendo*, met name een tekortschieten in een informatieplicht en misbruik van onwetendheid, aangezien de regel niet geldt bij borgen die goed geïnformeerd zijn over de kansen van de gewaarborgde operatie of hoofdschuldenaar[107], en met name slechts uitzonderlijk speelt bij borgen die de onderneming besturen. De verder vermeldde wetswijzigingen (eerst in de *Code de la consommation*, dan in de *Code civil*), die verder reiken, hebben gemaakt dat deze jurisprudentiële regel nog zelden wordt ingeroepen door niet-professionele borgen[108]. De jurisprudentiële regel komt in de buurt van de dwalingsregels, de wettelijke regel is een vorm van gekwalificeerde benadeling, maar wordt omwille van het bijzonder karakter verderop besproken.

I.I.C.2.e.1.b) Misbruik van vertrouwensrelaties tussen hoofdschuldenaar en borg

In de andere omringende landen is er vooral veel te doen geweest omtrent borgstellingen door naaste familieleden, in het bijzonder de echtgeno(o)t(e) of de kinderen van de hoofdschuldenaar[109]. Het Duitse *Bundesverfassungsgericht* oordeelde in zijn arrest van 19 oktober 1993[110] dat het ongeoorloofd is een borgtocht te bedingen van een familielid van de schuldenaar wanneer men weet dat de borg onmogelijk de schuld kan voldoen, *in casu* zelfs niet in staat is de interest te betalen, omdat dit het recht op een menswaardig leven in het gedrang brengt (*Existenzgefährdung*), wanneer dit het gevolg is van een misbruik van onderhandelingspositie door de kredietverlener. Een dergelijke overeenkomst is als *Knebelvertrag* (knevelarij) strijdig met de goede zeden. Verdere rechtspraak leidt ertoe dat borgtocht naar Duits recht ongeoorloofd is[111]

---

106 Cass. fr. (1. Civ.) 9 juli 2003, nr. 01-14.082 *Champex*, *JCP* 2003 II 10167 noot J. CASEY = *D.* 2004, 204 noot Y. PICOD = *JCP Entreprise* 2003, 1821 = *JCP* G, 2003, IV, 2559, *JCP Entreprise* 2003, 1590 noot J. CASEY; Cass. fr. (comm.) 17 december 2003, nr. 00-19.993, *D.* 2004 *AJ* 208. Zie reeds Cass. fr. (comm.) 17 juni 1997 nr. 95-14105 (arrest-*Macron*), *Bull.Civ.* IV nr. 188 = *JCP E.* 1997 II 1007 noot LEGEAIS = *JCP E.* 1998 I nr. 178 noot Ph. SIMLER = *D.* 1998, 208 noot J. CASEY = *Defrénois* 1997 art. 36703 noot L. AYNÈS, besproken in *RTDComm* 1997, 662 door J. CABRILLAC, in *RTDCiv.* 1998, 100 door J. MESTRE en *RTDCiv* 1998, 157 door P. CROCQ. De allereerste Franse rechtspraak in die zin baseerde dit op dwaling (art. 1110 CC) (Cour d'appel Paris 18 januari 1977, *JCP (G)* 1977 II 19.318 noot Ph. SIMLER en (in dezelfde zaak) Cass. 4 juli 1979, *D.*1979, 538: de dwaling werd afgeleid uit de kennelijke onevenredigheid tussen de aangegane verplichtingen en het financieel vermogen, rekening houdend met de omstandigheden (zoals onwetendheid en leeftijd van de borg).

107 Cass. fr. 8 oktober 2002, nr. 99-18.619, arrest-*Nahoum*, *Bull.Civ.* IV nr. 136 = *D.* 2003 *jur.* 414 noot KOERING = *JCP Entreprise* 2002 nr. 1730 noot LEGEAIS = *RTDCiv.* 2003, 125 noot P. CROCQ = *JCP G* 2003 I nr. 124 noot Ph. SIMLER = *JCP G* 2003 II 10017 noot Y. PICOD. Zie hierover ook W. DERIJCKE, 'Actuele vraagstukken inzake persoonlijke zekerheden', in *Sûretés bancaires et financières*, Cahiers Aedbf/Evbfr-Belgium (Brussel: Bruylant 2004), (8) 30, nr. 24 v.

108 Voor een overzicht, zie o.m. D. ROBINE, 'La sanction du cautionnement disproportionné', *Diplôme* Octobre 2004, 22 v.

109 Voor een overzicht van het Duitse, Engelse en Schotse recht: M. SIEMS, 'No Risk, No Fun ? Should Spouses be advised before Committing to Guarantees ? A Comparative Analysis', *ERPL* 2002, 509 v.; verder de artikelenreeks in het themanummer Protection from Unfair Suretyships in Europe, 13. *ERPL* 2005 nr. 3. Voor het Duitse recht zie onder meer H. SCHIMANSKY, "Aktuelle Rechtsprechung des BGH zur krassen finanziellen Überforderung von Mithaftenden bei der Kreditgewährung3, *WM (Wertpapier-Mitteilungeb)* 2002, 2437 e.v.; A. HADJANI, 'Sicherungsleistungen naher Angehöriger im englischen, deutschen und österreichischen Privatrecht', *ZfRV (Zeitschrift für Rechtsvergleichung)* 2003, p 83 v. Zie verder ook R.-J. TJITTES 'Verplichtingen van de schuldeiser jegens de borg', *TPR* 2000 (1445), 1462, nr. 38 e.v.

110 in *BVerfGE* deel 89, 214 = *NJW* 1994, 36.

111 En dus nietig verklaard wordt op grond van § 138 BGB (strijd met de goede zeden) als een vorm van "knevelarij".

bij een "structureel onevenwicht", tenzij het familielid een economisch belang heeft bij de kredietverschaffing aan de hoofdschuldenaar; bij borgtocht door familieleden wordt vermoed dat de disproportie, als ze voldoende groot is, het gevolg is van de vertrouwensrelatie, in andere gevallen moet het misbruik van omstandigheden[112] in beginsel aangetoond worden om de nietigverklaring te verkrijgen. De Oostenrijkse rechtspraak oordeelt in gelijkaardige zin[113]. Sommige Duitse rechtspraak heeft de vereiste disproportie nader omschreven en meer bepaald aanvaard wanneer het beslagbaar inkomen van de borg onvoldoende is om in de eerste 5 jaar na het stellen van de zekerheid een kwart van de schuld af te bepalen (of anders gezegd: om binnen 20 jaar de volledige schuld af te betalen)[114]; de disproportie is kennelijk aanwezig wanneer het beslagbaar inkomen zelfs niet volstaat om het interestgedeelte van de hoofdschuld af te betalen[115].

In Oostenrijk kan de rechter sinds 1997 de borgtocht verminderen of zelfs geheel terzijdestellen indien ze manifest onevenredig is met diens betalingsvermogen, rekening houdende met de goede trouw of nalatigheid van de borg, het voordeel van de borg bij het krediet, en de zwakheden bij het sluiten van de borgtocht (onwetendheid, afhankelijkheid enz.) (§ 25d Konsumentenschutzgesetz)[116]. Het gaat hier dus eveneens om een vorm van gekwalificeerde benadeling.

De Engelse[117] en Schotse[118] rechtspraak gaat iets minder ver op het punt dat door de Duitse (en nog meer de Franse, waarover hieronder meer) ontwikkelingen naar voren wordt geschoven. Meer in het algemeen is daar de doctrine van *inequality of bargaining power* verworpen[119], maar men is dan weer strenger wat de waarschuwingsplicht betreft, en oordeelt voornamelijk dat de schuldeiser erop moet toezien dat hij geen borgstelling aanvaardt die zou zijn verkregen door misbruik van omstandigheden gepleegd door de hoofdschuldenaar, met name van familieleden, of "misrepresentation" door de hoofdschuldenaar; deze nietigheidsgrond vervalt wel indien de borg geadviseerd is door een onafhankelijke derde (meestal een *solicitor*) die dit schriftelijk heeft bevestigd aan de kredietverlener. Het gaat dus vooral om een vraag van *informed consent*, van

---

112 Bv. aanvaard voor een borgtocht van een werknemer voor zijn werkgever in BGH 14 oktober 2003, nr. XI ZR 121/02.

113 Zie P. BYDLINSKI, *Die Kreditbürgschaft im Spiegel von aktueller Judikatur und Formularpraxis (*Bank-Verlag/Springer, (2) 2003).

114 BGH 18 september 1997, *NJW* 1997, (3372) 3373.

115 Bv. BGH 29 juni 1999, *NJW* 1999, (2584) 2586; BGH 28 mei 2002, *NJW* 2002 (2705) 2706; BGH 14 oktober 2003, *NJW* 2004, 161.

116 Voorheen was de rechtspraak al tot vergelijkbare beslissingen gekomen in navolging van de Duitse rechtspraak, zie OGH 27 maart 1995, 1 Ob 544/95, besproken door G. GRAF, 'Verbesserte Schutz vor riskanten Bürgschaften', *ÖBA (österreichische Bankarchiv)* 1995, 776.

117 House of Lords, *Barclays Bank v. O'Brien*, (1994) 1 AC 180 (HL), *ERPL* 1996, 273 met annotaties; House of Lords 1998 iz. *Royal Bank of Scotland v. Etridge (No 2),* [1998] 4 All ER 705.
Voor de verdere evolutie, zie M. HALEY, 'Mortgagees and the O' Brien Defence: A Developing Jurisdiction', *Journal of Business Law* 1998, 355; H. BEALE, 'Duress and undue influence', in H. Beale e.a., *Chitty on Contracts* (29) 2004, p 7-047 v.; I. WILSON, 'The Taking of Security over Domestic Properties in the U.K.', *Journal of International Banking Law* 1999, 115.
Vgl. recenter ook EWCA 1 april 2003, *First National Bank plc v. Achampong*, (2003) EWCA Civ 487.

118 House of Lords, *Smith / Bank of Scotland*, 1997 SC (HL) 110; House of Lords, *Mumford /Bank of Scotland*, *SLT (Scots law times)* 1996, 392. Hier wordt een beroep gedaan op het beginsel van de goede trouw.

119 House of Lords, *National Westminster Bank / Morgan* [1985] 1 All ER 821 (eerder wel toegepast door Lord Denning in een arrest van het Court of Appeal, *Lloyds Bank / Bundy* [1975] QB 326, een zaak van zakelijke borgtocht s.s. door hypotheek op woning).

volwaardige toestemming, dan wel toestemming aangetast door *undue influence*. Dit zou niet gelden voor borgtocht onder bezwarende titel[120]. Een vergelijkbare oplossing vinden we in de *DCFR*[121].

In het Franse recht werd in 1998 een nieuw artikel 2024 CC ingevoerd, volgens hetwelk de borgtocht door een natuurlijke persoon niet tot gevolg mag hebben dat deze een minimum aan bestaansmiddelen zou moeten derven. Hier wordt geen misbruik van afhankelijkheid meer vereist: het misbruik wordt zelfs aanvaard door de gedraging van de kredietverlener alleen. Borgen werden aldus in hun contractsvrijheid beperkt om hen te beschermen tegen een levenslange afhankelijkheid wegens aangegane schulden (waarbij men zich de vraag kan stellen of deze *ratio* nog opgaat indien men een vrijgevig stelsel van collectieve schuldenregeling kent .... - zo dient te worden opgemerkt dat het genoemde arrest van het Bundesverfassungsrecht dateert uit een periode waarin dat in Duitsland nog niet bestond). Intussen is dat art. 2024 afgeschaft en bij de hervorming van het zekerhedenrecht vervangen door art. 2300 CC, krachtens welke bepaling een borgtocht door een natuurlijke persoon jegens een professioneel die bij de zekerheidsstelling manifest onevenredig is met de inkomsten en het vermogen van de borg, die verminderd wordt tot het bedrag waarvoor de borg zich op dat ogenblik kon verbinden[122].

Wat België betreft, komt in beginsel enkel de gekwalificeerde benadeling (misbruik van omstandigheden, 5.37 BW) in aanmerking. Om de borgtocht te laten vernietigen wegens geweld, is het is niet voldoende dat er een zekere familiale druk is geweest[123].

Behalve bij borgstelling door naaste familieleden vinden we nog andere gevallen waarin misbruik werd erkend, bv. ook jegens de zaakvoerder van een hoofdschuldenaar[124].

I.I.C.2.e.2° Borg voor een consumentenkrediet

Een strengere regeling vinden we in het WER voor een borg voor een consumentenkrediet. Vroeger ging men ervan uit dat dit slechts gold voor de persoon die zich zekerheid stelde voor een consument, maar volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie geldt dit ook voor de niet-professioneel die zich zeker stelt voor een professioneel als medeschuldenaar[125], maar niet voor de borg voor een professioneel krediet[126] (voor wie wel de algemene consumentenbescherming geldt van Richtlijn 93/13, zie hoger).

---

120 Zo althans Scottish Court of Session 29 augustus 2003 in *Christie / Bank of Scotland.*

121 Art. IVG-4:103 DCFR: Creditor's Precontractual Obligation of Information (van toepassing op niet-professionele borgen andere dan bestuurders van de schuldenaar-vennootschap e.d.): (2):
If the creditor knows or has reason to know that due to a relationship of trust and confidence between the debtor and the security provider there is a significant risk that the security provider is not acting freely or with adequate information, the creditor has a duty to ascertain that the security provider has received independent advice.
Ook hier is de remedie het recht om de zekerheid te vernietigen bij gebreke van dit advies.

122 De bijzondere regels voor de consumentenborg in de Code de la Consommation werden intussen afgeschaft.

123 In HvB Antwerpen 14 april 1998, *TBH* 1999, 565, werd de vernietiging gevorderd door de bestuurders van een familievennootschap die beweerden onder druk van hun vader de borgstelling te hebben gedaan; de eis werd verworpen omdat bestuurders geacht worden aan dergelijke druk te kunnen weerstaan en er evenmin een fout aan de zijde van kredietverlener werd aangetoond. Zie ook HvB Brussel 22 oktober 1997, *JT* 1998, 290 = *TBBR* 1998, 359: echtgenote die tekende op ene ogenblik waarop partijen net feitelijk gescheiden waren; het beweerde geweld werd echter pas drie jaar later voor het eerst ingeroepen.

124 Hof 's Hertogenbosch 18 oktober 2016, deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHSHE:2016:4681: een advocaat die de zaakvoerder van zijn cliënte-vennootschap vlak voor een pleitzitting een borgtocht laat tekenen voor de openstaande schulden jegens de advocaat.

125 HvJ 9 juli 2015, *Bucura/SC Bancpost*, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-348/14.

126 Onder de "oude" Europese Richtlijn inzake consumentenkrediet (RL 87/102) HvJ 23 maart 2000, C-208/98

De zekerheidssteller kan zich ook beroepen op art. VII.77 WER, volgens hetwelk "de kredietgever slechts een kredietovereenkomst (mag) sluiten wanneer hij redelijkerwijze moet aannemen dat de consument in staat zal zijn de verplichtingen voortvloeiend uit de overeenkomst, na te komen" (§ 2); § 1 bepaalt daarbij welk onderzoek de kredietgever moet verrichten. De zekerheid kan zich eventueel ook nog beroepen op de verplichting van de kredietgever om "*voor de kredietovereenkomsten die zij gewoonlijk aanbieden of waarvoor zij gewoonlijk bemiddelen, het krediet te zoeken dat qua soort en bedrag het best is aangepast, rekening houdend met de financiële toestand van de consument op het ogenblik van het sluiten van de kredietovereenkomst en met het doel van het krediet*" (art. VII.75 WER).

De regels inzake consumentenkrediet zijn ook van toepassing wanneer meerdere personen gezamenlijk het krediet aangaan en zich solidair verbinden; het kan hier om een solidariteit tot zekerheid gaan. Volgens de rechtspraak mag de kredietverlener bij samenwonende ontleners rekening houdende met de gezamenlijke inkomsten van beiden om de terugbetalingsmogelijkheden in te schatten[127].

I.I.C.2.e.3° Zekerheidsstelling door een consument

Van 2007 tot 2025 kenden we ook een strenge regeling voor de zgn. kosteloze borgtocht jegens een professionele schuldeiser (in de zin van art. 2043*bis* OBW), waarbij art. 2043*sexies* OBW bepaalde dat een borgtocht waarvan het bedrag kennelijk niet in verhouding is tot de terugbetalingsmogelijkheden van de borg, nietig is[128]. In het nieuw BW (vanaf 1 januari 2026) vinden we een gelijkaardige regel voor de consumentenborg (in de zin van art. 9.1.42 BW), en dit zowel voor een borg jegens een professionele als een niet-professionele schuldeiser (zie art. 9.1.42 lid 3 BW), maar met een lichtere sanctie, nl. de beperking van de verbintenis tot het bedrag dat de zekerheidssteller kan voldoen op het tijdstip van de zekerheidsstelling (9.1.47 lid 2 BW)[129] (wat men in het Duits een *geltungserhaltende Reduktion* noemt).

Volgens lid 1 moet de zekerheid in verhouding staan tot het vermogen en de inkomsten van de zekerheidsstellende consument. Volgens Eric Dirix moest de regel wel zo worden geïnterpreteerd dat de borg die de schijn heeft gewekt van voldoende terugbetalingsmogelijkheden, de borgtocht niet kan vernietigen indien het bedrag niet kennelijk in wanverhouding staat met het schijnbare vermogen en de levensstijl van de borg[130]. Met andere woorden: de nietigheid moest worden gezien als de sanctie van een - weliswaar strenge - onderzoekslast van de schuldeiser. De rechtsleer raadde de schuldeiser aan om vooraleer krediet te verlenen de borg opgave te laten doen van voldoende inkomsten en/of bestaande vermogensbestanddelen[131] en geen genoegen te nemen met een borg die dat niet doet of kan doen.

Berliner Kindl Brauerei AG / Siepert, ECLI:EU:C:2000:152, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-208/98; onder de nieuwe richtlijn consumentenkrediet (2008/48) wordt dit niet tegengesproken door HvJ 19 november 2015, *Tarcău,* ECLI:EU:C:2015:772, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-74/15.

127 Cass. 7 januari 2008, C.06.0637.F, *KH / Citibank*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20080107.4.

128 Voor een bespreking, zie P. COUSSEMENT, in *Bijzondere overeenkomsten* 2007-2008, (187) 235-241.

129 Onder het oude recht rees dan ook de vraag of het beroep op de volledige nietigheid kon worden verworpen wegens rechtsmisbruik; in die zin E. DIRIX, *RW* 2007-2008, (218) 222 nr. 13.

130 Zo ook E. DIRIX, *RW* 2007-2008, (218) 222 nr. 12.

131 E. DIRIX, *RW* 2007-2008, (218) 222 nr. 12.

In het oorspronkelijke Wetsvoorstel was bepaald dat de matiging zou gebeuren tot het bedrag dat de borg kon betalen bij de uitwinning[132], maar dit werd bij amendement nr. 14 gewijzigd in de huidige regel, die nauwer aansluit bij de regels inzake wilsgebreken[133].

In het nieuw BW moet er voor deze gedeeltelijke nietigheid dus geen bewijs geleverd worden van enig misbruik van omstandigheden, los van de wanverhouding zelf. Voor een volledige nietigheid dient men aan de vereisten van gemeen recht inzake gekwalificeerde benadeling te voldoen.

De bewijslast ligt bij de consument-zekerheidssteller (art. 9.1.47 lid 3 BW)[134], behalve bij borg voor een consumentenkrediet (art. VII.2 § 4 lid 2 WER)..

De nietigheid kan gevorderd worden binnen de gemeenrechtelijke verjaringstermijn van 10 jaar. De termijn loopt van zodra het wilsgebrek is weggevallen, d.w.z. wanneer de betrokkene kennis heeft van de nietigheidsgrond en de vrijheid om in te stemmen.

NB. De invoering van de strikte regeling inzake kosteloze borgtocht heeft ertoe geleid dat de belangrijkste kredietinstellingen in België een kosteloze borgtocht niet meer als waarborg aanvaardden, tenzij in specifieke gevallen, en ook dan meestal slechts in de vorm van een zakelijke borg s.s. Dit geldt grotendeels ook voor de consumentenborg onder het nieuwe recht. In de praktijk zijn de regels inzake consumentenborgtocht vooral van belang om verbintenissen die onder een andere naam zijn bedongen door een professionele schuldeiser (in een poging om aan die regels te ontsnappen), zoals hoofdelijk medeschuldenaarschap, te herkwalificeren als een consumentenborg zgn. kosteloze borgtocht (zie art. 9.1.43 lid 2 BW).

I.I.C.2.f. Gebrek aan oorzaak.

Het begrip oorzaak werd hoger (I.I.A.2) reeds besproken. Daar werd ook uiteengezet dat in meerpartijenverhoudingen verbintenissen van hun "oorzaak" kunnen worden geabstraheerd, die moet worden gesitueerd in de interne verhouding tussen borg en hoofdschuldenaar, d.i. de dekkingsverhouding). Verder werd uiteengezet dat persoonlijke zekerheden omzeggens altijd van de dekkingsverhouding geabstraheerd zijn en soms ook van de valutaverhouding. De precieze regels worden voor elke vorm afzonderlijk aangegeven.

I.I.C.2.g. Onrechtmatige bedingen

1° Criteria van onrechtmatigheid en toepassingsgebied wettelijke regeling

Naast de gemeenrechtelijke beperkingen aan bepaalde bedingen kunnen ook de strengere beperkingen die voortvloeien uit de wetgeving op de onrechtmatige bedingen in verbruikersovereenkomsten (onder meer in art. VI.82 v. WER) van toepassing zijn. Daarvoor geldt het verruimde begrip van consument in art. I.1, 2° WER.

132 Met een vrij laconieke motivering in de Toelichting, 41.

133 Ook in het Franse recht heeft er een evolutie plaatsgevonden, met als resultaat vandaag een regeling die erg gelijkaardig is aan art. 9.1.47, maar voor alle natuurlijke personen. De bijzondere regels voor de consumentenborg in de Code de le Consommation werden intussen afgeschaft.

134 Zo ook eerder E. DIRIX, *RW* 2007-2008, (218) 222 nr. 12.

Die bepalingen houden overigens onder meer de omzetting in van Rl. 93/13 inzake onrechtmatige bedingen in verbruikersovereenkomsten en moeten dus in het licht van die Richtlijn worden uitgelegd[135]; de bepalingen van de Richtlijn gelden ook:
- voor een niet-professionele borg die accessoir is aan een professioneel krediet, voor zover die borg geen functionele link heeft met de professionele kredietnemer (zoals de bestuurder van de vennootschap-kredietnemer)[136], en
- voor de hoofdelijke mede-kredietnemer van een professionele kredietnemer wanneer het krediet voor hem niet professioneel is[137];
- voor de persoon die de schuld van een vennootschap overneemt, wanneer hij geen functionele link heeft met die vennootschap en niet handelde met professioneel oogmerk maar wegens familiebanden met de zaakvoerder die borg stond voor de vennootschap[138].
Dit geldt ongeacht of het een persoonlijke borgtocht is of slechts een zakelijke borgtocht[139].

Is de borg geen consument, dan kan art. VI.91/1 spelen.

2° Aard van de sanctie bij consumentenovereenkomsten

Het gaat om een relatieve nietigheid, die evenwel verschilt van bepaalde relatieve nietigheden (met name de wilsgebreken) doordat de beschermde partij zich niet op de nietigheid moet beroepen; de rechter kan ze dus ambtshalve toepassen, zij het dat er wel afstand van kan worden gedaan[140]. Dit sluit aan bij de rechtspraak van het Hof van Justitie over de Richtlijn onrechtmatige bedingen[141]. Een gevolg is ook dat het middel voor het eerst in cassatie kan worden aangevoerd, nu de rechter het middel had moeten onderzoeken[142].

I.I.C.2.h. Absolute nietigheden (openbare orde)

Zoals alle overeenkomsten, zijn ook overeenkomsten van persoonlijke zekerheid die strijdig zijn met de openbare orde, absoluut nietig (art. 1.3 lid 3 en 5.58 BW, voorheen art. 2 OBW, vroeger 6 BW 1804). Dit zal meestal het geval zijn wanneer de overeenkomst door de wet verboden is[143], tenzij de *ratio legis* tot een andere sanctie noopt.

---

135 Om die reden waren ook de bepalingen van de WMPC reeds van toepassing op de borg wanneer de hoofdovereenkomst een consumentenovereenkomst is: R. STEENNOT, 'OvR Consumentenbescherming', *TPR* 2009, (229) 240.

136 HvJ 19 november 2015, *Tarcău,* ECLI:EU:C:2015:772, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-74/15; HvJ 14 september 2016, *Dumitraş*, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-534/15. Vgl. ook (schuldtoetreding) HvJ 27 April 2017 ,ECLI:EU:C:2017:321, *Bachman*, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-535/16.

137 HvJ 9 juli 2015, *Bucura/SC Bancpost*, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-348/14.

138 HvJ 27 april 2017, *Bachman / FAER*, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-535/16.

139 HvJ 14 september 2016, *Dumitraş*, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-534/15.

140 Voorbeelden (zij het niet over persoonlijke zekerheden) HvB Gent 4 januari 2012, *NjW* 2012, 70; HvB Brussel 20 april 2012, *NjW* 2012, 549 noot R. STEENNOT (het laatste arrest betreft art. 8 W. 17 juli 2002 betreffende transacties uitgevoerd met instrumenten voor elektronische overmaking van gelden, intussen vervangen door art. 37 § 1 lid 3 W. Betalingsdiensten en vervolgens art. VII.36 § 1 lid 3 WER).

141 O.a. HvJ 26 oktober 2006, *Mostaza Claro,* curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-168/05; HvJ 26 april 2012,, *Nemzeti Fogyasztovedelmi Hatosag / Invitel*, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-472/10.. HvJ 30 mei 2013*, Jörös / Aegon*, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-397/11.

142 Vgl. in Nederland HR 13 september 2013, uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2013:691.

143 Bv. een. garantie die strekt tot financiering van ondernemingen betrokken bij antipersoonsmijnen: art. 8 Wapenwet 8 juni 2006, zoals aangevuld bij Wet van 20 maart 2007.

Het kan bv. gaan om een zekerheidsstelling die verboden staatssteun uitmaakt (strijdig met art. 107 VWEU)[144].

I.I.C.2.i. Nietigheden ter bescherming van derden, in het bijzonder gezinsleden.

Nietigheden ten gunste van derden vinden we in ons recht hoofdzakelijk ter bescherming van de belangen van het gezin tegen handelingen van een van de echtgenoten[145].

Van belang voor persoonlijke zekerheden is meer bepaald de bepaling van art. 224 § 1, 4° OBW, krachtens dewelke persoonlijke zekerheden door een der echtgenoten gesteld zonder instemming van de andere[146], die de belangen van het gezin in gevaar brengen, op verzoek van de andere echtgenoot kunnen worden nietig verklaard[147]. Verder kan ook art. 2.3.36 *iuncto* 2.3.33 BW (voorheen 1422 *iuncto* 1419 OBW) spelen, doch dat vereist een vrijgevigheid (begiftigingsoogmerk), maar geen gevaar voor het gezin[148].

I.I.C.2.i.1° Vereisten voor nietigverklaring krachtens art. 224 OBW

a) Huwelijksvereiste: Ook de hoedanigheid van echtgenoot dient slechts aanwezig te zijn op het ogenblik waarop de zekerheid wordt gesteld[149]. Dat de regel niet geldt bij wettelijke samenwoning (anders dan art. 215, 220 § 1 en 224 § 1 I OBW, zie 1477 § 2 OBW) wordt niet ongrondwettig geacht[150].

144 Zie bv. de Mededeling van de EU Commissie betreffende de toepassing van de artt. 87 en 88 EG op staatsstuen in de vorm van garanties, 2008/C 155/02.

145 Anders dan bij de meeste andere regels, wordt bij rechtsconflicten hierop naar Belgisch IPR niet de *lex contractus* toegepast, maar de wet toepasselijk op de staat van personen, en met name op het primair huwelijksstelsel – Cass. 25 mei 1992, *TBBR* 1993, 455 noot I. COUWENBERG = *T.Not.* 1992, 432 noot F. BOUCKAERT = *JLMB* 1992, 938 noot S. NUDELHOLE = *RCJB* 1994, 664 noot N. WATTÉ. Nu is dit gecodificeerd in art. 48 § 2, 6° WIPR.

146 Bij instemming geldt de sanctie niet: HvB Luik 17 april 1990, *Act.Dr.* 1991, 233 noot M. FORGES.

147 Zie hierover verder A. VERBEKE, 'De bank en de gehuwde cliënt', in *Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument* (Antwerpen 1994); S. STIJNS, 'Zekerheden en miskende echtgenoten: het toepassingsgebied van artikel 224, 1, 4° BW', in W. Pintens (red.) *Liber amicorum Roger Dillemans* (Antwerpen: Story 1997), I, 311-341; P. SENAEVE, 'Knelpunten uit het primair stelsel: art. 221, 223 en 224 BW', in W. Pintens & B. Van der Meersch, *De wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels. De wet van 14 juli 1976. Een evaluatie* (Antwerpen: Maklu 1997), 1 v.; F. HERINCKX, 'L'annulation de certains actes posés au mépris des règles du régime primaire ou qui mettent en péril les intérêts de la famille', in L. Raucent & Y.H. Leleu, *Rép.Not, Les régimes matrimoniaux*, *I, Le régime primaire* (Brussel: Larcier 1997), 249 v.; F. TAINMONT, 'L'acte de cantonnement posé par un des époux dans le cadre de son activité professionnelle et la mise en péril des intérêts de la famille', *RTDFam.* 2000, 238 v.; S. STIJNS & A. CUYPERS, 'Persoonlijke zekerheden en echtgenoten of onzekerheden omtrent zekerheden: artikel 224 § 1, 4° van het Burgerlijk Wetboek', in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia* (Antwerpen: Kluwer 1997), 37 v.; M.A. MASSCHELEIN, 'De borgstelling door één van de echtgenoten', *TBBR* 2008, 442. Voor toepassingen in de rechtspraak en bespreking ervan, zie G. BAETEMAN, 'Overzicht van rechtspraak', *TPR* 2003, 1204 randnr. 61; HvB Antwerpen 22 november 1999, *RW* 2000-2001, 1023; HvB Gent 24 september 2007, *RW* 2008-2009, 29.

148 S. STIJNS & A. CUYPERS, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia* (37) 40-41; Rb. Brussel 27 maart 1981, *JT* 708 noot GUSTIN = *R.Not.B.* 1982, 572 noot D. STERCKX = *RGEN* 1982 nr. 22.793 n A.C.

149 Cass. 20 december 1996, *Arr.* 1234 = *Divorce Act.* 1997, 154 noot E. DE WILDE D'ESTMAEL = *Echtsch.Journaal* 1998, 30 noot P. SENAEVE= *Pas.* 1996, I 1310 = *RW* 1997-98, 520 = *TBBR* 1998, 133 noot Y.H. LELEU = *T.Not.* 1998, 315 noot Y.H. LELEU. Zie voor nadere uitwerking S. STIJNS & A. CUYPERS, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, 65 v.

150 GwH 28 mei 2019, www.const-court.be/public/n/2019/2019-083n.pdf = *RW* 2019-20, 579.

b) Vereiste van gevaar voor het gezin: ook dit moet worden beoordeeld op het ogenblik waarop de zekerheid wordt gesteld[151]. Voor de beoordeling moet rekening worden gehouden met de vermogenstoestand van het gezin (inkomsten, vermogen, bestaande schulden, lasten waaronder kinderen) (de "extrinsieke gegevens") en met het belang van het gezin bij de hoofdovereenkomst (de "intrinsieke" gegevens)[152]. Een beperkt gebruik van de wagen die met het verstrekte krediet werd aangekocht door de vennootschap-hoofdschuldenaar maakt nog niet dat de borgstelling door de zaakvoerder daardoor in het belang van het gezin zou zijn gesteld[153]. Het gevaar wordt strenger beoordeeld bij een borgstelling die niet belangeloos is (bv. voor de vennootschap waarin men zijn beroep uitoefent[154]) en sneller aanvaard bij een belangeloze borgstelling.

Naar Nederlands recht is geen gevaar voor het gezin vereist, maar speelt de nietigheid enkel indien de zekerheidstelling niet gebeurt in de in de normale uitoefening van het beroep of bedrijf van de echtgenoot (art. 1:88 lid 1 c Nederlands BW),

c) Vereiste van kwade trouw? Betwist is of de goede trouw van de derde (d.i. de schuldeiser) enig verschil maakt, d.i. zijn goede trouw t.a.v. de schade die wordt toegebracht aan het gezinsbelang[155] (bij de nietigverklaring op grond van art. 2.3.36 BW (voorheen 1422 OBW) speelt de goede of kwade trouw duidelijk wel een rol).

d) Begrip persoonlijke zekerheid: Aangezien de wet spreekt van persoonlijke zekerheden, is het toepassingsgebied ruimer dan alleen borgtocht.

De vraag rijst of de regeling ook geldt indien een echtgenoot de schuld aangaat als hoofdschuldenaar, ook al is de belanghebbende een derde en het dus minstens volgens de interne verhouding tussen hen om een persoonlijke zekerheid gaat. Gaat het om een hoofdelijke medeschuldenaar, dan is het een persoonlijke zekerheid en is de regeling van toepassing. Gaat de echtgenoot echter zelf de leningschuld aan en leent hij het geld vervolgens door aan een derde, dan geldt de regeling niet[156].

---

151 Cass. 25 april 1985, *Pas.* 1985 I 1053 = *Arr.* 1196 = *JT* 1985, 388 = *RTDFam* 1986, 175 = *RW* 1985-86, 2623 = *RPS* 1986, 245; Cass. 24 april 1998, *Arr. Cass.* 464 = *Pas.* 1998 I 493 = *RW* 1998-99, 1189 = *R.Not.B.* 1998, 310 noot J. SACE.
In dezelfde zin HvB Luik 9 mei 1995, *JLMB* 1997, 136 HvB Gent 13 oktober 1995, *TRV* 1996, 117 noot B. WAUTERS; HvB Antwerpen 22 november 1999, *RW* 2000-2001, 1023; HvB Bergen 16 september 1998, *RTDFam* 1999, 245; Rb. Ieper 12 mei 1999, *RW* 1998-99, 1117; Rb. Kortrijk 26 augustus 1997, *TRV* 1998, 445 noot B. WAUTERS; HvB Gent 8 december 2010, 12e K, rolnr. 2009/1086, *AV t. Quality Lease en OC.*

152 Zie onder meer Rb. Antwerpen 3 februari 1998, *RW* 1998-99, 890; HvB Luik 30 januari 2003, *JT* 2003, 414, *RRD* 2003, 21; Rb. Ieper 12 mei 1998, *RW* 1998-99, 1117; HvB Antwerpen 7 april 1998, *TBBR* 2000, 193; HvB Luik 9 mei 1995, Rb. Brugge 10 december 1997, *RW* 1998-99, 51; HvB Antwerpen 22 november 1999, *RW* 2000-2001, 1023; HvB Gent 8 december 2010, 12e K, rolnr. 2009/1086, *AV / Quality Lease en OC*; HvB Antwerpen 21 januari 2020, *DAOR* 2020/2 (nr. 134), 80; HvB Antwerpen 21 januari 2020, *NjW* 2021, 272 (*in concreto* werd onvoldoende bewijs geleverd van de vermogenstoestand van het gezin).

153 HvB Gent 8 december 2010, 12e K, rolnr. 2009/1086, *AV / Quality Lease en OC.*

154 Bv. HvB Gent 22 april 2021, P.A. / BNP Paribas Fortis en B.A*, T.Not.* 2022, 174 = *RW* 2022-23, 1186; streng ook HvB Brussel 19 november 2024, *TEP* 2025, 82..

155 Geen rol voor de goede trouw volgens Cass. 27 november 1987, *Pas.* I 381 = *Arr.* 406 = *RGEN* 1990, 137 noot = *RW* 1988-89, 297 noot N. GEELHAND, 'De borgstelling (art. 224 § 1, 4° BW) of de confrontatie tussen gezinsbelang, autonomie en derdenbescherming' = *T.Not.* 1988, 26; S. MOSSELMANS, 'De appreciatiebevoegdheid van de rechter in het kader van art. 224 BW', noot onder Rb. Gent 25 januari 1996, *RW* 1996-1997, 1091; P. SENAEVE, 'Knelpunten uit het primair stelsel: art. 221, 223 en 224 BW', in W. Pintens & B. Van der Meersch, 31 nr. 67. Zie nog J. GERLO, *Huwelijksvermogensrecht*, nr. 189.

156 In dezelfde zin HR 29 november 2002, https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2002:AE8201, conclusie Strikwerda (art. 1:88 Nederlands BW viseert de borgstelling, hoofdelijke medeschuld, sterkmaking of andere verbintenis tot

Het kan er ook om gaan dat men een "eigen" schuld aangaat waarvan de betaling de schuld van de schuldenaar geheel of gedeeltelijk zal uitdoven. De in de parlementaire stukken (*Stukken Senaat* 1974-1975, nr. 683-5) genoemde voorbeelden hoofdelijkheid, het delcrederebeding en de solvabiliteitsverzekering of kredietverzekering zijn immers allen gevallen waarin de zekerheidssteller een eigen schuld aangaat en niet de verbintenis om de schuld van een ander te voldoen. Het kan dus ook gaan om een bindende patronaatsverklaring (zie infra I.VIII)

In art. 1:188 lid 1 c van het Nederlands BW omvat de vernietigbaarheid alle gevallen waarin een echgtenoot zonder toestemming van de andere "zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt, of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van de derde verbindt".

Over de vraag of art. 224 OBW ook geldt voor zakelijke borgstellingen s.s. (d.i. zakelijke zekerheden door een echtgenoot gevestigd tot zekerheid van de schuld van een ander dan zichzelf of de andere echtgenoot) is de rechtsleer verdeeld[157]; m.i. is de regel in beginsel van toepassing, maar zal het gevaar voor het gezin natuurlijk mede op grond van de omvang van de zakelijke borgstelling moeten worden beoordeeld.

e) De eis moet binnen het jaar na kennisname worden ingesteld, zie 224 § 2 en 2.3.37 BW (voorheen 1423 OBW)[158]. De kennis wordt niet vermoed en moet dus bewezen worden door de schuldeiser[159].

I.I.C.2.i.2° Praktische gevolgen van de regeling

Aangezien het hier gaat om persoonlijke zekerheden gesteld zonder het akkoord van de andere echtgenoot, vragen schuldeisers die een borg wensen, heel vaak een medeborgtocht van de andere echtgenoot, of minstens een instemming door de andere echtgenoot met de borgtocht van de ene.

I.I.C.2.j. Niet-tegenwerpelijkheden; *pauliana*

De regels betreffende *actio pauliana* en de aanvechtingsrechten van schuldeisers betreffende handelingen uit de verdachte periode zijn vooral van belang voor zakelijke zekerheden.

---

zekerheidsstelling voor de schuld van een derde).

157 Voor de ruime toepassing E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 299 nr. 445; E. DIRIX, 'Overzicht', *TPR* 2004 nr. 196 met verwijzing naar Cass.fr. 15 mei 2002, *D.* 2002, jur., 1789 met noot = *Defrénois* 2003, 413 bespr. THERY; P. SENAEVE, 'Knelpunten uit het primair stelsel', in W. Pintens & B. Van der Meersch, *Wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten in huwelijksvermogensstelsels* (Antwerpen: Maklu 1997), 26 nr. 53; A. VERBEKE, 'Pand, borgstelling en lening aangegaan door één echtgenoot alleen: over de variatie aan huwelijksvermogensrechtelijke bestuursbeperkingen en sancties', *AJT* 1994-95, 487 nr. 4 v.
In dezelfde zin het Nederlandse recht (art. 1:88 Nederlands BW) en het Franse recht: Cass. fr. 11 april 1995 *Bull.Civ.* 1995 I nr. 166 = *D.* 1995 *Somm.comm.* 327 M. GRIMALDI; Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes* (Paris: Litec (3) 2000), 156 nr. 168. Nadat een recenter arrest Cass. fr. 2 december 2005, *JCP éd. E*, 65, noot S. PIEDELIÈVRE, anders oordeelde, heeft de Franse wetgever art. 1422 Cc aangevuld, zodat voortaan de medewerking van beide echtgenoten is vereist.
Veeleer tegen een ruime toepassing (*de lege lata*) S. STIJNS & A. CUYPERS, 'Persoonlijke zekerheden en echtgenoten', in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, 62 v.; R. VAN RANSBEECK, *De zakelijke borgtocht*, nr. 114 v.

158 Voor toepassingen in de rechtspraak en bespreking ervan, zie G. BAETEMAN, 'Overzicht van rechtspraak', *TPR* 2003, 1208 randnr. 64; E. DIRIX, 'Overzicht', *TPR* 2004 nr. 196.

159 HvB Gent 8 december 2010, 12e K, rolnr. 2009/1086, *AV / Quality Lease en OC*. Zie ook HvB Brussel 28 februari 2012, *RW* 2013-14, 1580; HvB Brussel 19 november 2024, *TEP* 2025, 82.

Maar ook een persoonlijke zekerheid kan in strijd zijn met de belangen van de andere schuldeisers van de zekerheidssteller. Los van de – zeldzame – gevallen van gemeenrechtelijke *actio pauliana*, is met name art. XX.111, 1° WER (handelingen om niet tijdens verdachte periode) relevant voor persoonlijke zekerheden gesteld door een onderneming die vervolgens failliet gaat.

I.I.C.2.k. Andere verbodsbepalingen

Er zijn ook enkele wetsbepalingen die een borgstelling of persoonlijke zekerheden in bepaalde gevallen verbieden, zonder dat nietigheid uitdrukkelijk wordt voorgeschreven; zo bv. is het notarissen verboden zich borg te stellen of in te staan voor leningen die zij verlijden (art. 6, 5° Notarisambtwet).

I.I.C.3. Regels inzake de gevolgen (nakoming en beëindiging) van persoonlijke zekerheden

I.I.C.3.a. Algemeen

De algemene regels inzake de inhoudsbepaling, nakoming en niet-nakoming van overeenkomsten worden behandeld in de handboeken verbintenissenrecht en worden hier niet uitgewerkt.

Op het gebied van de rechtsgevolgen zijn er geen bijzondere regels die gelden voor persoonlijke zekerheden in het algemeen, behalve de drie hieronder besproken regelingen:
- onder b): opschorting en bevrijding van door consumenten gestelde persoonlijke zekerheden
- onder c): opschorting van persoonlijke zekerheden tijdens de schuldbemiddeling
- onder d): bevrijding van de persoonlijk aansprakelijke echtgenoot van de schuldenaar.

Wel zijn er nog enkele bijzondere regels inzake persoonlijke zekerheden voor een consumentenkrediet, die we bij borgtocht bespreken:
- bv. de maximumduur van 5 jaar in art. VII.147/26 § 3 II WER; zie daar ook de vraag of die regels ook gelden voor een zakelijke borg;
- ook de bijzondere regels inzake nakoming en beëindiging voor de consumentenborgtocht bespreken we bij de borgtocht, al zou het toepassingsgebied ervan ruimer zijn;
- hetzelfde geldt voor de contractuele zorgvuldigheids- en informatieplichten van de schuldeiser.

Voor het overige gelden:
- enerzijds de algemene regels van verbintenissenrecht inzake de inhoud en rechtsgevolgen van verbintenissen; bv. ook de uitlegregel "*contra proferentem*" (art. 5.66 BW en 9.1.7 BW); deze leidt ertoe dat de verbintenis in geval van twijfel gekwalificeerd wordt als de rechtsfiguur die het minst belastend is voor de schuldenaar die zich verbindt[160]; het woord "garantie" volstaat niet opdat het om een onafhankelijke garantie zou gaan;
- de bijzondere regels die verschillen naargelang de aard van de persoonlijke zekerheid (in het bijzonder accessoir of niet, subsidiair of niet), die we hoger in I.I.C.3 en I.I.C.4 reeds kort bespraken en uitvoeriger bespreken bij de verschillende vormen in de volgende hoofdstukken.

160 Bv. kh. Nijvel 15 juni 2011, *JLMB* 2013, 284 A. HENDERICKX; een huurgarantie is in beginsel een borgtocht: kh. Gent 12 februari 1999, *TBH* 1999, 727 noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX; Rb. Luik 21 oktober 2011, *JLMB* 214, 224 (vriendin van koper van een auto op afbetaling tekent mee als schuldenaar terwijl de auto uitsluitend voor haar vriend is bestemd: geherkwalificeerd tot borgtocht); zie ook de bespreking in I.IV van de zgn. solidariteit tot zekerheid.

Ook zijn de regels betreffende de inwendige verhouding (tussen beide schuldenaars of tussen borg en hoofdschuldenaar) ten dele dezelfde (met name inzake regres en subrogatie). We bespreken ze op de eerste plaats bij de borgtocht.

I.I.C.3.b. Opschorting en mogelijke bevrijding voor persoonlijke zekerheden gesteld door consumenten

I.I.C.3.b.1° Nu geldende regeling in het kort

I.I.C.3.b.1.a) Mogelijke kwijtschelding.

De bepalingen inzake de insolventieprocedures gerechtelijke reorganisatie, faillissement en collectieve schuldenregeling houden in dat consumenten die zich zeker zeker hebben gesteld voor de schuldenaar in insolventieprocedure, geheel of gedeeltelijk kwijtschelding verkregen van hun schuld als zekerheid in de mate waarin hun verbintenis niet in verhouding is met hun inkomsten en vermogen. Daartoe moeten zij overeenkomstig de procedureregels een verklaring hebben afgelegd waarin zij bevestigd hebben en gedocumenteerd dat hun verbintenis niet in verhouding is met hun inkomsten en vermogen (zie art. XX.54 § 3 WER bij gerechtelijke reorganisatie, art. XX.176 WER bij faillissement[161]; art. 1675/16*bis* GerW).

I.I.C.3.b.1.b) Opschorting

Bij de procedures van gerechtelijke reorganisatie en faillissement vindt er vanaf de neerlegging van genoemd verzoekschrift een opschorting plaats van de middelen van tenuitvoerlegging tegen de verzoekende persoonlijke zekerheidssteller, en dit tot er uitspraak is gedaan over het verzoek.

Hetzelfde geldt bij een zelfstandig verzoek tot bevrijding door de persoonlijke zekerheid volgens art. 1675/16*bis* GerW § 5.

In de procedure van collectieve schuldenregeling wordt krachtens art. 1675/7 § 2 IV GerW vanaf beschikking van toelaatbaarheid de tenuitvoerlegging ten laste van consumenten die zich zeker hebben gesteld voor de schuldenaar van rechtswege opgeschort. Deze opschorting duurt tot op het ogenblik waarop ofwel geen verzoek tot bevrijding meer kan worden ingediend ofwel de rechtbank uitspraak doet over dat verzoek.

Daarnaast is er bij een procedure collectieve schuldenregeling een opschorting van de tenuitvoerlegging van persoonlijke zekerheden in het algemeen, voor zover zij accessoir zijn aan de hoofdschuld, zolang de mogelijkheid van een minnelijke regeling met kwijtschelding bestaat. Omwille van het ruimere toepassingsgebied, wordt dit apart behandeld onder c.

Vooraleer deze regelingen nader te ontleden, wordt eerst de historische achtergrond geschetst.

I.I.C.3.b.2° Historische achtergrond

161 Voorheen geregeld - maar niet identiek - door art. 72 *bis* en 72 *ter* FaillW zoals ingevoegd bij Wet van 20 juli 2005 en art. 33 en 69 WCO.

Aan deze bepalingen gaat een bewogen voorgeschiedenis vooraf[162], die zijn oorsprong vond in de invoering van de mogelijkheid tot verschoning van gefailleerden in de FaillW van 1997 (nu 'kwijtschelding' genoemd) en de gevolgen daarvan voor personen die zich zeker hadden gesteld voor de gefailleerde.

I.I.C.3.b.2.a) Situatie januari 1998- september 2002

De FaillW van 1997 maakte het (anders dan de oude FaillW) mogelijk dat de gefailleerde persoon door de rechtbank 'verschoonbaar' werd verklaard, waardoor de schuldvordering niet meer op zijn vermogen kan worden verhaald (zie de nadere bespreking hiervan in Deel IX). Sinds 2002 geldt dit enkel voor de gefailleerde natuurlijke persoon en sinds 2018 spreekt men gewoon van kwijtschelding.

Nu is die verschoonbaarheid in beginsel een "persoonlijke exceptie" (in de zin van art. 2036 OBW) van de gefailleerde, die de positie van de borg niet wijzigt[163]. Voor zover dat zo is, kon de borg niet genieten van de verschoonbaarheid van de hoofdschuldenaar en verschoning van de hoofdschuld (maar enkel van een mogelijke verschoonbaarheid die hij persoonlijk zou verkrijgen na zijn eigen faillissement) en werd zijn schuld als borg dus niet verschoond.

Dit kon onbillijk lijken, onder meer omdat de borg die uitgewonnen is, door de verschoonbaarheid van de gefailleerde ook zijn verhaal op de gefailleerde verliest, verderop besproken bij borgtocht.

In het parlement werden voorstellen besproken om het voordeel van de verschoning gebeurlijk ook toe te kennen aan de borg van de verschoonbare schuldenaar, althans in bepaalde gevallen. Op 28 maart 2002 velde het Arbitragehof een arrest waarin beslist werd dat het onverantwoord is dat een rechter in het geheel niet wordt toegestaan te beoordelen of er geen aanleiding is om ook de borg van zijn borgtocht te bevrijden (te verschonen), in het bijzonder wanneer zijn verbintenis van belangeloze aard is[164]. Het Hof zag aldus een discriminatie in de regeling krachtens dewelke de gefailleerde van zijn schuld verschoond kon worden en de borg niet. De premisse van waaruit het arrest uitging, is echter onjuist: de borg kan evenzeer van zijn schulden bevrijd worden als de gefailleerde, namelijk door zelf een faillissement te ondergaan of een collectieve schuldenregeling. In een later arrest van het Arbitragehof werd dat trouwens uitdrukkelijk gesteld om te verantwoorden dat de verschoonbaarheid niet ten goede komt aan een hoofdelijke medeschuldenaar !? ....[165].

I.I.C.3.b.2.b) Situatie september 2002-arrest 30 juni 2004.

De wetgever heeft vervolgens door de Wet van 4 september 2002 (van toepassing op faillissementen die worden afgesloten vanaf 1 oktober 2002)[166] een radicale wijziging aangebracht in art. 82 FaillW door de voordelen van de verschoonbaarheid van een gefailleerde (natuurlijke persoon) ook automatisch uit te breiden naar elke natuurlijke persoon, die zich kosteloos persoonlijk borg heeft gesteld voor een verbintenis van de gefailleerde, en deze dus van zijn verplichtingen te ontslaan. Die uitbreiding hing dus onder meer af van de aard van de persoonlijke zekerheid

---

162 Zie daarover ook onder meer I. VAN DEN BOSCH, *Kosteloze borgtocht* (Brugge: Vanden Broele 2007), 4 v.

163 Cass. 16 november 2001, *Arr.Cass.* 2001 nr. 623 = *JT* 2002, 63 = *TBH* 2002, 34 = *JLMB* 2001, 1734. In dezelfde zin onder meer HvB Luik 27 september 2001, *JT* 87 = *RRD* 2002, 79; HvB Antwerpen 21 mei 2002, *Limb.Rechtsl.* 2002, 299; Rb. Verviers, 20 maart 2001, *JLMB* 2001, 1739 met noot HENDERICKX; Rb. Antwerpen 24 oktober 2000, *RW* 2001-02, 463; Vred. Charleroi 23 januari 2002, *TBBR* 2002, 318.
In dezelfde zin ook Art. IVG-2:102 (2) DCFR: "*(The security provider's obligation does not exceed the debtor's obligation. This rule does not apply) if the debtor's obligations are reduced or discharged (a) in an insolvency proceeding;(b) in any other way caused by the debtor's inability to perform because of insolvency; (...)*".
Vgl. Ook in het Franse recht Cass.fr., 3 maart 1998, *Bull.civ.*, 1998 I 55, nr. 82 = *D.* 1998, *jur.* 421.

164 Arbitragehof nr. 69/2002 van 28 maart 2002, www.grondwettelijkhof.be/public/n/2002/2002-069n.pdf = *RW* 2002-2003, 457 afkeurende noot C. LEBON = *TBH* 2002, 437, verder ook scherp bekritiseerd door onder meer G.A. DAL, *JT* 2003, (633) 636, F. T'KINT & W. DERIJCKE, 'Une caution n'est pas l'autre: sévérité jurisprudentielle passée dans l'attente d'une bienveillance législative à venir (?)', *TBH* 2002, (411) 414 v.

165 Arrest van 12 mei 2004, www.grondwettelijkhof.be/public/n/2004/2004-078n.pdf, overweging B.11.2.; zo ook Arbitragehof 29 november 2006, overweging B4 (www.grondwettelijkhof.be/public/n/2006/2006-187n.pdf).

166 De nieuwe bepaling heeft onmiddellijke werking, dus ook wanneer de gefailleerde reeds voor de inwerkingtreding van de wet failliet werd verklaard (zo bv. HvB Brussel 4 februari 2003, *RW* 2003-2004, 1349) of verschoonbaar was verklaard.

(enkel borgtocht) en van de aard van de dekkingsverhouding (enkel kosteloos). De nieuwe wet schiep meer problemen dan ze oploste.

Overgangsrecht: het is algemeen aanvaard dat aan deze wet geen eerbiedigende werking toekwam ten aanzien van lopende borgtochten. Wat was het gevolg ten aanzien van personen die zich kosteloos borg hadden gesteld voor een gefailleerde, die verschoonbaar was verklaard voor 1 oktober 2002? Ook zij waren van rechtswege bevrijd met ingang van 1 oktober 2002[167]. De inwerkingtreding van de wet werd door sommige rechtspraak beschouwd als een nieuw feit, dat ook een herziening van een minnelijke aanzuiveringsregeling rechtvaardigde[168].

I.I.C.3.b.2.b.i. Nieuwe discriminaties

Onder deze regeling bestond er dus geen mogelijkheid tot bevrijding voor personen die zich borg hebben gesteld voor een vennootschap of andere rechtspersoon (!), voor een niet-handelaar, of voor een handelaar die niet verschoonbaar wordt verklaard.

Deze wijziging werd dan ook (terecht) bekritiseerd[169], zowel omdat ze te ver ging ten aanzien van de borgen die erdoor verschoonbaar werden, als niet ver genoeg ging ten opzichte van de persoonlijke zekerheden die er niet van konden genieten. Ze was ook op verkeerde premissen gestoeld: anders dan in de parlementaire voorbereiding ten onrechte werd betoogd, kan een borg immers wel degelijk een collectieve schuldenregeling vragen onder meer voor zijn schulden uit borgtocht. Op basis van die verkeerde redenering werd niet eens nagegaan of de mogelijkheid voor de borg om een collectieve schuldenregeling aan te vragen (zo hij geen handelaar is) dan wel zelf een faillissement te ondergaan met verschoonbaarheid (indien hij handelaar is) niet voldoende was om de beweerde discriminatie op te heffen[170].

De wet van 4 september 2002 schiep meer discriminaties dan ze ophief. Door de borg te bevrijden zonder dat hij zelf een faillissement of collectieve schuldenregeling moet ondergaan, wordt de hoofdschuldenaar gediscrimineerd, aangezien die niet bevrijd kan worden, ook niet van "uit vrijgevigheid" aangegane schulden, zonder een faillissement te ondergaan. Bovendien was er geen verantwoording waarom die bevrijding van de borgen alleen gold a) voor borgen van een handelaar-natuurlijke persoon en niet van een niet-handelaar of van een handelaar-rechtspersoon, b) bij faillissement van de hoofdschuldenaar natuurlijke persoon en niet bij andere collectieve vereffeningen (faillissement rechtspersoon, gerechtelijke organisatie (overdracht onder gerechtelijk gezag; onder de oude wet het gerechtelijk akkoord), collectieve schuldenregeling[171], enz.). Ook rezen er vragen over de uiteenlopende behandeling van borgtocht en andere persoonlijke zekerheden.

I.I.C.3.b.2.b.ii. Mogelijke opschorting van vervolging van de borg tijdens

---

167 HvB Brussel 27 juni 2006, *RW* 2006-2007, 1648; E. DIRIX & P. TAELMAN, *Fiscaal executierecht*, 101.

168 HvB Brussel 27 juni 2006, *RW* 2006-2007, 1648.

169 Voor bespreking en kritiek, zie C. LEBON, *RW* 2002-2003, 457 v.; Th. BOSLY & M. ALHADEFF, 'La loi de "réparation" de la loi du 8 août 1997 sur les faillites: une nouvelle occasion manquée?', *TBH* 2002, (775) 783 v.; K. CREYF, *RW* 2002-2003, 441 v.; A. DE WILDE, 'Reparatiewet faillissement', *RW* 2002-2003, (561) 573 v.; P. HENRY & F. ABU DALU, 'La Cour d'arbitrage et l'excusabilité: un difficile équilibre entre justice sociale et égalité', *JT* 2005, 73 v. Zie ook A. CUYPERS, *TBH* 2003, 267; alsmede de kritische bespreking van het ontwerp dat tot de wet heeft geleid door o.m. F. T'KINT & W. DERIJCKE, 'Une caution n'est pas l'autre: sévérité jurisprudentielle passée dans l'attente d'une bienveillance législative à venir (?)', *TBH* 2002, (411) 416 v.; E. DIRIX, 'Borgtocht in het Ontwerp Reparatiewet: 'omwille van je blauwe ogen'?', *RW* 2001-2002, 716 v.; C. LEBON, 'Beter morgen dan vandaag? De bevrijding van de borg van de verschoonbaar verklaarde gefailleerde', *TBH* 2002, 429 v.; I. VEROUGSTRAETE, 'De la fresh start à l'excusabilité', in *Faillite et concordat judiciaire: un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, (Brussel: Bruylant 2002), 556.
Uit de ongrondwettigverklaring kon worden afgeleid dat, in afwijking van de normale regels van overgangsrecht, de nieuwe regeling inzake verschoonbaarheid van de borg ook van toepassing is op reeds voor de inwerkingtreding van de Wet van 4 september 2002 afgesloten faillissementen waarin de gefailleerde verschoonbaar werd verklaard (in die zin HvB Brussel 4 februari 2003, *RW* 2003-2004, 1349, anders: M. VANMEENEN & M. DE THEIJE, 'Roeien met de gegeven riemen: een praktische benadering van de verschoonbaarheid', *RW* 2003-2004, 1554). Evenwel zijn de bepalingen van de wet van 4 september 2002 op hun beurt ongrondwettig verklaard door een arrest van 30 juni 2004 ....

170 Zie hierover C. BIQUET-MATHIEUR, 'De quelques considérations en matière de sûretés', *Rev.Dr.ULg.* 2006 (1-2), (27) 35 en vn. 20.

171 Over de ongelijkheid tussen de borg van een gefailleerde en die van een schuldenaar met collectieve schuldenregeling werd een prejudiciële vraag gesteld aan het Arbitragehof, dat in zijn arrest 13/2006 van 25 januari 2006 vaststelde dat de wet intussen was gewijzigd met onmiddellijke werking en de zaak terugzond naar de rechter *a quo* (www.grondwettelijkhof.be/public/n/2006/2006-013n.pdf).

de opschorting vervolging gefailleerde

Aangezien de verschoonbaarheid van de borg maar intrad na de afsluiting van het faillissement, kwam het er in het stelsel van de wet van 4 september 2002 voor de schuldeiser dus op aan de borg uit te winnen vooraleer het faillissement van de hoofdschuldenaar wordt afgesloten[172]. Dit werd vrij snel op de helling gezet door sommige rechtspraak[173], die besliste dat een procedure tegen de borg gedurende het faillissement moet worden opgeschort tot beslist is over de verschoonbaarheid van de gefailleerde. Het Arbitragehof heeft op 27 april 2005 art. 82 I en II FaillW op dit punt strijdig geacht met de Grondwet[174], wat dus impliceert dat de vervolging inderdaad moet worden opgeschort in zoverre de borg verschoonbaar kan worden verklaard, in afwachting van de beslissing dienaangaande. De Wet van 20 juli 2005 - die de gebeurlijke bevrijding van de borg loskoppelt van de verschoonbaarheid en dus ook van de afsluiting van het faillissement - heeft een dergelijke regel ingeschreven in art. 24*bis* FaillW 1998.

I.I.C.3.b.2.c) Arrest van 30 juni 2004

Intussen werden er een hele reeks vragen bij het Arbitragehof/Grondwettelijk Hof aangebracht. In een arrest van 30 juni 2004[175] bleek het Hof niet ongevoelig voor enkele van de kritieken op de regeling ingevoerd in 2002, en dit zowel waar de wetgever werd verweten te ver te zijn gegaan in bepaalde gevallen als niet ver genoeg in andere. Het Hof besliste immers:

- "door het voordeel van de verschoonbaarheid, dat slechts onder bepaalde voorwaarden aan een gefailleerde wordt toegekend, automatisch uit te breiden tot de persoon die zich kosteloos borg heeft gesteld, is de wetgever verder gegaan dan hetgeen krachtens het gelijkheidsbeginsel vereist was. Hij heeft de schuldeisers een last opgelegd die niet redelijk verantwoord is ten aanzien van het doel dat hij nastreeft", en anderzijds
- "door de rechtspersonen van het voordeel van verschoonbaarheid uit te sluiten, een tweede automatisme ingesteld dat leidt tot een discriminatie tussen de personen die zich kosteloos borg hebben gesteld" (*i.e.* voor een natuurlijke persoon dan wel een rechtspersoon).

De wetgever diende dus een nieuwe regeling uit te dokteren, waarin de borgen van natuurlijke en rechtspersonen gelijk worden behandeld, en anderzijds niet meer automatisch van hun schulden bevrijd worden bij verschoonbaarheid van de hoofdschuldenaar.

Voor de tussenperiode deed dit wel enkele moeilijke vragen rijzen. Het Arbitragehof heeft namelijk de ongrondwettige wetsbepalingen gehandhaafd tot ten laatste 31 juli 2005, wat op zichzelf reeds erg betwistbaar is. De wet op het Arbitragehof staat het Hof toe de gevolgen uit het verleden te handhaven[176], maar niet om dit ook nog te doen voor een periode na de uitspraak. Nog betwistbaarder is dat het Arbitragehof in enkele vervolgarresten, onder meer arrest 2005/6 van 12 januari 2005, daaruit afleidde dat het gezien de tijdelijke handhaving van de bepaling de prejudiciële vragen over die artikelen niet meer moest beantwoorden; de wet op het

---

172 Zie o.a. C. LEBON, 'Beter morgen dan vandaag? De bevrijding van de borg van de verschoonbaar verklaarde gefailleerde', *TBH* 2002, 429 v.; G.A. DAL, *JT* 2003, 637. Zie voor de perverse gevolgen van de Wet van 4 september 2002 op dit vlak verder A. CUYPERS, *TBH* 2003, (267) nr. 37 v.

173 HvB Gent 8 december 2003, *RW* 2003-2004, 1545; vgl. Vred. Brugge 16 oktober 2003, *T.Vred.* 2003, 420, besproken door S. JACQMAIN in *TBH* 2004, 621; Beslagr. Gent 14 september 2004, *NJW* 2005, 672.
Contra onder meer (met verwijzing naar de parlementaire voorbereiding: *Stukken Senaat* 2001-2002, n. 877/8, 68 v.); A. CUYPERS, *TBH* 2003, (267) 278 nr. 38. Zie evenwel Rb Luik 21 januari 2004, *JLMB* 561.

174 Arbitragehof 27 april 2005, www.grondwettelijkhof.be/public/n/2005/2005-077n.pdf.

175 Arbitragehof 30 juni 2004, www.grondwettelijkhof.be/public/n/2004/2004-114n.pdf = *RW* 2004-2005, 662 noot M. VANMEENEN, 'De verschoonbaarheid - Het Arbitragehof hakt de knopen door ...'.

176 Dat de wet van 20 juli 2005 niet retro-actief werd ingevoerd, en meer bepaald dat de dat de wijzigingswet van 20 juni 2005 enkel geldt voor op 31 juli 2005 nog niet afgesloten faillissementen, werd niet strijdig geacht met de Grondwet in de arresten Arbitragehof 5 december 2006, www.grondwettelijkhof.be/public/n/2006/2006-195n.pdf en nr. 63/2007 van 18 april 2007, www.grondwettelijkhof.be/public/n/2007/2007-063n.pdf. Vgl. ook Arbitragehof 29 november 2006, http://www.grondwettelijkhof.be/public/n/2006/2006-179n.pdf, en wat betreft de bevrijding van de borg van aan natuurlijke persoon in een procedure van collectieve schuldenregeling Arbitragehof 25 maart 2007, www.grondwettelijkhof.be/public/n/2007/2007-041n.pdf. Voor een toepassing van de stelling van het Grondwettelijk Hof: HvB Gent 7 januari 2008, nr. 2005/AR/38, *MVD / Fortis Bank*.

Arbitragehof/Grondwettelijk Hof staat het echter helemaal niet toe om in een prejudiciële procedure een bepaling strijdig te verklaren met de Grondwet en tegelijk te handhaven[177].

De wetgever heeft dus de wetgeving aangepast bij Wet van 20 juli 2005 (wijziging Faillissementswet)[178] en de WCSR-II. Verdere regels werden ingevoerd door de WCO 2009. De regels bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie werden tenslotte gewijzigd door de nieuwe Insolventiewet van 2017 (Boek XX WER) en in beperkte mate door de Reorganisatiewet van 2023.

Door de wet van 5 juni 2025 wordt vanaf 1 januari 2026 het toepassingsgebied gewijzigd van kosteloze borgtocht naar consumentenborg in de zin van art. 9.1.42 BW lid 1 en 2 (dus inbegrepen een persoonlijke zekerheid gesteld door een consument jegens een niet-professionele schuldeiser).

I.I.C.3.b.3° Interpretatie van de nieuwe regeling

I.I.C.3.b.3.a) Toepassingsgebied

Zoals gezegd geldt de regeling van mogelijke kwijtschelding (en tussentijdse opschorting) voor consumenten die een persoonlijke zekerheid hebben gesteld voor een gefailleerde, een onderneming in gerechtelijke reorganisatie of een persoon die een CSR heeft aangevraagd of zou kunnen aanvragen.

I.I.C.3.b.3.a.i. Enkel consumenten

Het moet gaan om een consument in de zin van art. 9.1.42 BW en dus van art. I.1, 2° WER. Wat de hoofdschuldenaar betreft, geldt deze beperking niet.

De regels gelden ongeacht of de schuldeiser binnen of buiten zijn beroepsactiviteit handelt (ze verwijzen naar art. 9.1.42 lid 1 en 2 BW en niet naar lid 3).

I.I.C.3.b.3.a.ii. Persoonlijke zekerheden

Het moet gaan om een verbintenis die een persoonlijke zekerheid vormt. Het begrip persoonlijke zekerheid was voor de wetswijziging van 20 juli 2005 in onze wetgeving al te vinden in de WCK (intussen geïntegreerd in het WER) (zie hoger in I.I.C.1.b.3° de bespreking van enkele van de desbetreffende regels en hun toepassingsgebied) en in art. 224 OBW (huwelijksgoederenrecht), en er mocht van uitgegaan worden dat het in Boek XX WER en art. 1675/16bis GerW dezelfde betekenis heeft[179]. Onder boek 9.1 BW is het duidelijk dat het ruimer is dan alleen borgtocht, en

---

177 Zie M.E. STORME, 'De gevolgen van een handhavingsarrest van het Arbitragehof voor hangende gedingen', *TPR* 2004, 1345-1349.

178 Zie o.m. A. DE WILDE E, *RW* 2005-2006, 601 v.; M. VANMEENEN, 'De Faillissementswet op de valreep aangepast: wie geen aangifte doet, is gezien!', *TBH* 2005, 997 v.; A. DE WILDE, 'Verschoonbaarheid en bevrijding in eht insolventierecht: een proeve van tussenstand', *CBR-jaarboek 2006-2007*, 313 v. De vordering tot nietigverklaring van meerdere bepalingen van deze wet werd verworpen door het Arbitragehof 29 november 2006, www.grondwettelijkhof.be/public/n/2006/2006-179n.pdf.

179 Of de zakelijke borg een persoonlijke zekerheid is, werd hoger reeds algemeen besproken; ook de toepassing van art. VII.147/26 en art. 224 OBW in dat geval is hoger reeds besproken. Niettemin gelden de hier besproken regels in beginsel niet voor de zakelijke borg s.s., zie de aparte bespreking onder v).

ook de hoofdelijkheid tot zekerheid[180], de uitvoeringssterkmaking, alsook de oude schuldenaar die na contractsoverdracht nog mee gehouden blijft (die echter om een andere reden buiten de regeling valt, zie *infra* I.III.A). Het begrip persoonlijke zekerheid omvat in beginsel ook andere persoonlijke zekerheden door een consument aangegaan door middel van een rechtshandeling (infra I.I.C.3.b.3.a.iii), zoals onafhankelijke garanties, aval[181], aanvaarding van een delegatie, enz. Daarbij kan overigens wordt opgemerkt dat wanneer de persoonlijke zekerheid door een consument wordt aangegaan jegens een professionele schuldeiser, zij sowieso wordt geherkwalificeerd in een borgtocht (art. 9.1.43 BW).

Ook wanneer een derde die niet de schuldenaar is, zich door middel van een *delegatio solvendi* verbindt tegenover een vierde en op die manier "betaalt" aan de schuldeiser (bv. door het nummer van de kredietkaart op te geven), kan het om een persoonlijke zekerheid gaan[182].

Met name bij medeschuldenaarschap zijn kredietinstellingen nogal vindingrijk in het opstellen van formuleringen waarmee zij proberen te ontsnappen aan de kwalificatie als persoonlijke zekerheid; meestal wordt dat door de rechtspraak doorprikt[183]. De rechtspraak zal dus moeten oordelen wanneer een hoofdelijke medeschuld een persoonlijke zekerheid is en wanneer niet. Het criterium is in beginsel de interne draagplicht (*contributio*)[184]. Wanneer het krediet in belangrijke mate werd aangegaan voor eigen doeleinden van de medeschuldenaar die inroept een zekerheid te zijn, wordt de kwalificatie als zekerheid verworpen en gaat het om een eigen schuld[185]. Ook zal de hoofdelijkheid tussen personen die een VOF vormen of anderszins samen handel drijven doorgaans niet als een persoonlijke zekerheid worden beschouwd.

I.I.C.3.b.3.a.iii. Aangegaan door een rechtshandeling

De verbintenis moet zijn aangegaan door middel van een rechtshandeling. De gevallen van wettelijke aansprakelijkheid ten titel van persoonlijke zekerheid, hoofdelijk of *in solidum*, vallen dus buiten de regeling[186], *a fortiori* de gevallen van wettelijke hoofdelijkheid *tout court*[187].

---

180 Bv. HvB Luik 28 juni 2007, *JT* 2007, 838; I. VAN DEN BOSCH, *Kosteloze borgtocht*, 20. HvB Bergen, 29 januari en 17 september 2013, *JLMB* 2014, 786-798 Fr. GEORGES, 797-798.
Contra Kh. Charleroi 6 maart 2007, *JLMB* 2009, 756; Kh. Oudenaarde, 25 oktober 2007, *RW* 2007-2008, 1420; Kh. Gent 4 juni 2013, *TGR-TWVE* 2013, 265.
Zie tevens D. PASTEGER, 'Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire: en attendant Godot', *TBH* 2014, (647) 665.

181 In die zin B. MAILLEUX, 'Bevrijding kosteloze borg', *NJW* 2005, 939 nr. 7; A. DE WILDE, *RW* 2005-2006, 602 nr. 5; I. VAN DEN BOSCH, *Kosteloze borgtocht*, 21; HvB Gent 25 februari 2009, *Bank & Fin. R.* 2010, 36.
Ook voor de toepassing van art. 224 OBW geldt de aval als persoonlijke zekerheid (S. STIJNS & A. CUYPERS, in *Borgtocht en garantie – persoonlijke zekerheden actualia*, 55-56 nr. 62).

182 In die zin HvB Brussel 19 juni 2007, nr. 2007/QR/1.

183 Bv. HvB Gent 6 december 2006, *RW* 2006-2007, 1277 noot K. CREYF 'Wat is er loos met kosteloos' = *TBH* 2007, 286.

184 Zie nader M. ALHADEFF, 'Développements en matière de faillite après la loi du 4 septembre 2002 – 1. Excusabilité du failli et décharge des cautions', *Ann.Dr.* 2006, (250 v.) 2.2.1.; S. NOTARNICOLA, 'La notion de sûreté personnelle du failli', *JLMB* 2009 (758) 760. Bv. Arbrb Luik (Hoei) 25 april 2022, 2020/152/B, een zaak waarin de wettelijke samenwonende partner mede kredietnemer was van een lening voor de aankoop van een auto die pas na de scheiding werd geleverd aan de andere partner en uitsluitend door de laatste werd gebruikt.

185 Bv. kh. Oudenaarde 25 oktober 2007, *RW* 2007-2008, 1420, nogal karig gemotiveerd w.b. één van de twee schulden (de andere betrof de financiering van de eigen auto van de medeschuldenaar, zodat daar de afwijzing van de kwalificiatie als persoonlijke zekerheid alleszins verantwoord lijkt); HvB Gent 8 oktober 2007, *RW* 2008-2009, 804 (krediet grotendeels bestemd voor verbouwingen aan onroerend goed van de medeschuldenaar zelf).

186 Dit is anders in de regel inzake bevrijding van de echtgenoot, verder besproken in punt 3.d.

Betwisting op dit punt betreft voornamelijk de gehoudenheid van de oude schuldenaar bij een niet-bevrijdende contractsoverdracht; de rechtspraak oordeelt meestal dat de regel niet geldt voor dergelijke gehoudenheid[188].

I.I.C.3.b.3.a.iv. Procedures waarin bevrijding kan worden gevraagd

De bevrijdingsmogelijkheid blijft beperkt tot de volgende vier gevallen:
- de hoofdschuldenaar failliet is verklaard;
- met de schuldeisers van de hoofdschuldenaar in gerechtelijke reorganisatie is er een minnelijk akkoord of een collectief akkoord met schuldkwijtschelding (art. XX.54 § 4, art. XX.66, XX.82 lid 7 , XX.83 en XX.83/20 lid 7 WER);
- de hoofdschuldenaar heeft een collectieve schuldenregeling aangevraagd,
of deze kan een collectieve schuldenregeling aanvragen maar laat dit na.
De grondwettigheid van de beperking tot deze gevallen is op zijn zachtst gezegd betwistbaar[189]. Met name kan de consument die zich borg heeft gesteld voor een onderneming geen opschorting genieten en bevrijding aanvragen zo de hoofdschuldenaar niet failliet gaat of geen geslaagde gerechtelijke reorganisatie verkrijgt, ook al is de borgtocht buitensporig.

I.I.C.3.b.3.a.v. Enkel nog bestaande schulden

De bevrijding betreft enkel de (op het tijdstip van de opschorting) nog bestaande schulden; het is niet mogelijk de bevrijding te vragen voor reeds uitgedoofde schulden om aldus de betaling ervan als onverschuldigd terug te vorderen[190].

De bevrijding kan wel betrekking hebben op schulden waarvoor reeds een uitvoerbare titel bestaat; door die bevrijding verliest die titel zijn actueel karakter en kan dus niet meer ten uitvoer worden gelegd[191].

I.I.C.3.b.3.a.vi. Wat met de zakelijke borg s.s.?

De bevrijding van de persoonlijke zekerheid in het kader van de procedure van faillissement heeft geen gevolg voor de reeds voordien gestelde zakelijke zekerheden (Art. XX.173 § 1, lid 1 *in fine* WER, regel die als dusdanig niet te vinden was in de oude FaillW). De regel is niet uitdrukkelijk in de wet te vinden voor wat betreft de gevolgen van een gerechtelijke aanzuiveringsregeling voor een zakelijke borg s.s., maar kan voor dat geval worden afgeleid uit de cassatierechtspraak[192].

Die regel vinden we niet bij de bevrijding van de persoonlijke zekerheden in het kader van een minnelijke aanzuiveringsregeling (bij collectieve schuldenregeling) of een minnelijk of collectief akkoord in het kader van een gerechtelijke reorganisatie (*a contrario* uit art. XX.66 en XX.82 lid 7

---

187 M. VANMEENEN & B. WINDEY, 'De verschoonbaarheid en de bevrijding van de persoonlijke zekerheidsteller: nieuwe regels, nieuwe zorgen', *Themis Insolventierecht* nr. 38, (Brugge: die Keure 2006-2007); kh. Antwerpen 23 maart 2010, *RW* 2010-2011, 428.

188 Bv. HvB Luik 27 september 2011, *TBH* 2012, 918.

189 Vgl. C. BIQUET-MATHIEU, 'De quelques considérations en matière de sûretés', *Rev.Dr.UIg.* 2006 (1-2), (27) 35.

190 P. MOREAU, *TBBR* 2006, (153) 157 nr. 7; Arbitragehof 29 november 2006 www.grondwettelijkhof.be/public/n/2006/2006-179n.pdf; kh. Brugge 19 februari 2007, *RW* 2008-2009, 841.

191 HvB Gent 28 oktober 2008, *RW* 2008-2009, 1776, zij het *in casu* bij toepassing van art. 82 FaillW op de echtgenote (intussen art. XX.174 WER).

192 Cass. 29 mei 2015, C.14.0275.N, *KBC / 't Heidenhof*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2015:ARR.20150529.5 = *RW* 2015-16, 620 = *RW* 2016-17, 307 =*Pas.* 1405, verbreking van HvB Brussel 3 januari 2014.

WER). Eerder oordeelde het Hof van cassatie overigens dat de kwijtschelding van de hoofdschuldenaar bij een minnelijke aanzuiveringsregeling (in het kader van de procedure van collectieve schuldenregeling) ook de reeds door een derde gevestigde zakelijke zekerheid bevrijdt[193]. In deze drie gevallen kan de kwijtschelding dus ook de zakelijke zekerheden treffen; dit kan men *a contrario* uit de nieuwe bepalingen van Boek XX WER afleiden en is ook niet strijdig met de term 'persoonlijke zekerheid'[194]. Anderzijds geldt volgens de cassatierechtspraak de opschorting van tenuitvoerlegging in het kader van de collectieve schuldenregeling (art. 1675/7 § 2 en het verder besproken 1675/16bis § 2 GerW) niet voor zakelijke zekerheden gesteld door een derde (Cass. 6 mei 2011)[195], wat niet echt coherent is.

De verklaring voor de eerstgenoemde regel is m.i. dat de bevrijding of kwijtschelding - anders dan de nietigverklaring[196] - niet retroactief werkt, en dat wanneer de verbintenis tot vestiging van een zakelijke zekerheid reeds is uitgevoerd, dat zakelijk recht daarom niet getroffen wordt door bevrijding, nu de garantieverbintenis van de zakelijke borg reeds is uitgevoerd en de bevrijding geen betrekking heeft op reeds uitgevoerde verbintenissen, zoals ze ook niet geldt voor reeds uitgevoerde betalingen of reeds uitgevoerde overdrachten.

Deze verklaring spoort ook met de tekst van de nieuwe bepalingen van Boek XX. Wel wordt die motivering niet duidelijk teruggevonden in de cassatierechtspraak van voor de Insolventiewet, zoals het arrest van 6 mei 2011. Die rechtspraak was overigens niet coherent met de cassatierechtspraak inzake de bevrijding van echtgenoten krachtens het oude art. 82 FaillW (regel nu besproken *infra* d.) volgens dewelke ook de door de echtgenoot gevestigde hypotheken mee vervielen[197] - regel die intussen in de nieuwe Insolventiewet (art. XX.173 §1 lid 1 WER) wel gewijzigd is en in lijn gebracht met de eerstgenoemde regel hierboven. Ook is niet duidelijk waarom reeds gevestigde zakelijke zekerheden wel kunnen vervallen bij minnelijk of collectief akkoord (bij een minnelijke aanzuiveringsregeling is dat wel coherent, omdat daar de kwijtschelding alle accessoire persoonlijke zekerheden bevrijdt, zie de bespreking onder I.I.C.3.c. en bij borgtocht (I.II.C.1.a), maar die regel vinden we dan weer niet in XX.66 en XX.82 WER waar die bevrijding beperkt wordt tot consumentenborgen die onevenredig zijn).

I.I.C.3.b.3.a.vii. Ongeacht regres of subrogatie

193 Cass. 29 mei 2015, C.14.0275.N, *KBC / 't Heidenhof*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2015:ARR.20150529.5 = *RW* 2015-16, 620 = *RW* 2016-17, 307 =*Pas.* 1405.

194 Immers, in de parlementaire voorbereiding vindt men een ruime definitie ("Elke persoon die (...) verplicht is om de schulden van de gefailleerde te helpen delgen (....)" (het vervolg gaat over de definitie van kosteloos), 51. *Parl. Stukken, Kamer* 2004-2005, nr. 1811/001, op http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/51/1811/51K1811001.pdf, 5), en de regel is in beginsel ook niet onverzoenbaar met de aard van de zekerheid (criterium gehanteerd in Cass. 29 mei 2015) (zo ook Beslagr. Gent 14 september 2004, *NJW* 2005, 672 noot D. SCHEERS; C. LEBON, *RW* 2002-2003, 447; K. CREYF, 'De gevolgen voor de borg of de echtgenoot bij bevrijding of kwijtschelding van schulden in het insolventierecht', *RW* 2002-2003, (441) 447 nr. 12; C. BIQUET-MATHIEU, 'De quelques considérations en matière de sûretés', *Rev.Dr.ULg.* 2006 (1-2), (27) 36 v.)

195 Cass. 6 mei 2011, C.10.0494.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2011:ARR.20110506.3 verwerping van de voorziening tegen HvB Gent 30 maart 2010, *RW* 2010-211, 1566.

196 Vgl. in dit verband HvB Antwerpen 20 februari 1995, *AJT* 1994-95, 505 noot M.E. STORME, 'Het causale karakter van de hypotheekvestiging, namelijk als uitvoering van een verbintenis tot hypotheekvestiging'.

197 Cass. 18 oktober 2013, C.11.0080.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20131018.2 = *JLMB* 2014, 27.

De bevrijdingsmogelijkheid blijft bestaan ook al is een andere persoon in de plaats getreden van de oorspronkelijke schuldeiser (persoonlijke subrogatie), waaronder ook bv. een medeborg. Een andere interpretatie van de rechtsregel is nl. ongrondwettig volgens het Grondwettelijk Hof[198].

Volgens hetzelfde arrest van dat Hof geldt de bevrijdingsmogelijkheid ook jegens het regresrecht van een medeborg of medeschuldenaar, wat wel betwistbaar is, aangezien de schuld van de aangesproken borg of medeschuldenaar niet als een persoonlijke zekerheid kan worden beschouwd. Ook gaat dit arrest niet in op de vraag of de bevrijdingsmogelijkheid ook bestaat voor schulden die eerst na de samenloop zijn ontstaan, vraag die nu onder viii. aan bod komt.

I.I.C.3.b.3.a.viii. Schulden bestaande bij het begin van de procedure

Volgens de traditionele leer heeft de bevrijding enkel betrekking op de schulden die reeds bestonden bij het ontstaan van de samenloop (faillietverklaring, collectieve schuldenregeling) *c.q.* bij het verzoek gedaan door de zekerheidssteller in geval de hoofdschuldenaar een collectieve schuldenregeling kan aanvragen maar dit nalaat. Deze vraag is relevant voor het geval bevrijding gevraagd wordt tegen de schuldeiser die niet de oorspronkelijke schuldeiser is maar een borg die een regresrecht uitoefent. Men kan wel de vraag stellen of deze beperking wel grondwetsconform is (en uit arrest nr. 75/2010 zou men mogelijk impliciet het tegendeel kunnen afleiden). Het Hof van Cassatie heeft intussen geoordeeld dat het regresrecht ontstaat samen met de verbintenis van de borg, al wordt het pas later opeisbaar, zodat ook het regresrecht van een borg die na de samenloop betaalt, onderworpen is aan de kwijtschelding[199] (zie nader bij de bespreking van het regresrecht van de borg *infra* I.II.D.3.c).

De bevrijding betreft wel ook de accessoria van die schulden, ook al zijn die pas na het begin van de procedure ontstaan[200].

I.I.C.3.b.3.a.ix. Territoriale toepassing (IPR)

Volgens het GwH[201] is de regeling inzake de bevrijding van de borg een procedure die binnen het toepassingsgebied valt van de Europese Insolventieverordening; aldus zou ook bij een borgstelling door een in België woonachtige borg jegens een Belgische schuldeiser op basis van een borgtocht naar Belgisch recht, wanneer de hoofdschuldenaar zijn belangencentrum in een ander EU-land heeft, enkel daar over die bevrijding kunnen worden geoordeeld. Het is m.i. zeer betwistbaar dat een dergelijke procedure binnen het toepassingsgebied valt van de Insolventieverordening.

I.I.C.3.b.3.b) Rechtsgevolgen: opschorting vanaf de faillietverklaring *c.q.* toelaatbaarheid van de collectieve schuldenregeling *c.q.* het verzoek van art. 1675/16*bis* § 5 GerW *c.q.* bij overdracht onder gerechtelijk gezag

198 GwH 23 juni 2010, www.grondwettelijkhof.be/public/n/2010/2010-075n.pdf = *RW* 2010-2011, 954 = *TBH* 2011, 545.

199 Cass. 24 juni 2021, C.20.0073.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210624.1F.6 = *JLMB* 2022, 516 = *TIBR* 2022/2 RS 65. Zo ook Cass. 13 juni 2022, C21.0496.N, RW 2022-23, 418.

200 HvB Gent 10 mei 2005, *NJW* 2006-2007, 902. Dit kan bv. de uitvoeringskosten betreffen; de executierechten van separatisten zijn immers niet opgeschort jegens de gefailleerde zelf, enkel jegens de persoonlijke zekerheden.

201 GwH 27 juli 2011, www.const-court.be/public/n/2011/2011-142n.pdf.

Zoals gezegd wordt de tenuitvoerlegging ten laste van consumenten die een persoonlijke zekerheid hebben gesteld opgeschort wanneer er een verzoek tot bevrijding aanhangig is, en bij collectieve schuldenregeling zolang nog zo'n verzoek kan worden ingediend.

De bedoeling daarvan is natuurlijk de bevrijding niet nutteloos te maken door de persoonlijke zekerheidssteller te laten uitwinnen door de schuldeiser vooraleer over diens bevrijding uitspraak wordt gedaan (de schuldeiser zal immers vaak bedongen hebben dat ook de borgtocht opeisbaar wordt door de faillietverklaring van of aanvraag van collectieve schuldenregeling door de hoofdschuldenaar, en vanaf dan dus vaak meer mogelijkheden hebben dan voordien).

I.I.C.3.b.3.b.i. Ingaan van de opschorting

De opschorting gaat in :
- vanaf de faillietverklaring van de hoofdschuldenaar;
- vanaf de beschikking van toelaatbaarheid van een collectieve schuldenregeling van de schuldenaar (art. 1675/7 § 2 IV GerW)
- vanaf de neerlegging van een zelfstandig verzoekschrift tot bevrijding aan de daartoe bevoegde rechter, ingediend door de persoonlijke zekerheid ingeval van nalaten door de hoofdschuldenaar om een collectieve schuldenregeling aan te vragen (art. 1675/16*bis* GerW § 5);
- in de procedure van faillissement of gerechtelijke reorganisatie vanaf de neerlegging van het verzoek tot bevrijding door de consument die een persoonlijke zekerheid heeft gesteld (art. XX.176 *c.q* XX.54 § 3 WER). Het verzoek tot bevrijding moet een verklaring bevatten waarin de verzoeker bevestigt dat zijn verbintenis niet in verhouding is met zijn inkomsten en vermogen en daartoe bepaalde bewijsstukken bevatten (art. XX.176 lid 2 WER).

Het verzoek is een akte van rechtspleging en dus onderworpen aan de Taalwet in gerechtszaken[202].

I.I.C.3.b.3.b.ii. Einde van de opschorting

Bij opschorting ingevolge een verzoek tot bevrijding eindigt de opschorting wanneer over het verzoek wordt beslist (onder meer art. 1675/16*bis* § 5 GerW); in de mate de persoonlijke borg door de rechtbank niet van zijn verplichting is ontslagen, de schuldeisers zich terug individueel kunnen verhalen op diens vermogen (art. XX.176 lid 7 WER).

Ingeval van opening van een procedure van collectieve schuldenregeling door de hoofdschuldenaar kan het verzoek worden ingediend zolang er geen minnelijke aanzuiveringsregeling wordt gehomologeerd of een proces-verbaal van niet-akkoord wordt neergelegd - althans indien de schuldeiser aangifte heeft gedaan van een schuldvordering. Is dat laatste gebeurt, dan vervalt de opschorting wanneer op genoemd ogenblik geen verzoek tot bevrijding is ingediend. De opschorting duurt dan tot er over dat verzoek uitspraak is gedaan (art. 1675/7 § 2 IV GerW). De uitspraak geschiedt normaal bij het homologeren van een minnelijke aanzuiveringsregeling of opleggen van een gerechtelijke, maar de behandeling ervan kan ook worden uitgesteld (art. 1675/16*bis* § 4 GerW).

I.I.C.3.b.3.b.iii. Draagwijdte van de opschorting

Over de vraag of de opschorting van vervolging ook een schorsing van de loop der interest inhoudt jegens de persoonlijke zekerheidssteller, deed de wetgever geen uitspraak,

[202] Kh. Brussel 16 februari 2010, *RW* 2011-12, 1477.

niettegenstaande het verzoek van de afdeling wetgeving van de Raad van State[203]. Gezien het feit dat de persoonlijke zekerheid zelf uitspraak kan uitlokken over zijn bevrijding, is er echter geen reden om de interest op te schorten.

De op het ogenblik van de opschorting reeds ingetreden rechtsgevolgen behouden wel hun werking (bv. onbeschikbaarheid ingevolge beslag; zie ook hoger (3.a.v) i.v.m. een reeds gevestigde zakelijke zekerheid).

De opschorting van de tenuitvoerlegging tegen de borg verhindert de schuldeiser niet om een cognitieprocedure tegen de borg verder te zetten of te beginnen, om aldus een vonnis (uitvoerbare titel) te verkrijgen; dit is immers geen daad van executie[204].

I.I.C.3.b.3.c) Rechtsgevolgen: onder nadere voorwaarden bevrijding

De bevrijding treedt in de volgende gevallen:

I.I.C.3.b.3.c.i. Bevrijding wegens niet-aangifte door de schuldeiser

Bij faillissement van de hoofdschuldenaar wordt deze sanctie toegepast indien de schuldeiser niet in zijn aangifte van schuldvordering heeft vermeld dat hij geniet van een persoonlijke zekerheidsstelling of de identiteit van de steller niet heeft vermeld, noch een verklaring in die zin heeft afgelegd binnen de 3 maanden na de faillietverklaring (art. XX.156 lid 3 WER)[205]. Art. XX.156 lid 3 *in fine* WER bepaalt dat de zekerheidssteller in dat geval bevrijd is, bevrijding die dus ingaat 3 maanden na de faillietverklaring. Deze bevrijding betreft enkel de persoonlijke zekerheden gesteld door consumenten (zie hoger in I.I.C.3.b.3.a het toepassingsgebied)[206]; wel vindt hier geen evenredigheidstoetsing plaats.

In geval van collectieve schuldenregeling wordt deze sanctie enkel toegepast indien de schuldeiser géén aangifte heeft gedaan van zijn schuldvordering in de collectieve schuldenregeling binnen de 15 dagen nadat hij daartoe aangetekend is aangemaand door de schuldbemiddelaar (er wordt niet vereist dat hij daarbij uitdrukkelijk beroep doet op de persoonlijke zekerheid); de bevrijding van de persoonlijke zekerheid volgt krachtens de wet uit de afstand van de schuldvordering jegens de hoofdschuldenaar (art. 1675/9 § 3 GerW), behoudens indien de aanzuiveringsregeling wordt afgewezen of herroepen.

---

203 51. *Stukken Kamer* 2005, nr. 1811/001, 24, met een belachelijk antwoord daarop in de MvT, 51. *Stukken Kamer* 2005, nr. 1811/001 9.

204 In die zin onder meer HvB Gent 11 december 2006, *RW* 2007-2008, 75 (het verlenen van een uitvoerbare titel kan nog steeds, enkel de tenuitvoerlegging is opgeschort); HvB Gent 29 maart 2006, nr. 2006/0040, *EB / J.*; HvB Bergen 20 november 2006, 2003/162 en 301, *Wauthy et Frecourt / SA Fortis Banque*; HvB Bergen 4 januari 2007, *JLMB* 2008, 21; HvB Bergen 12 maart 2008, *JLMB* 2008, 1243; HvB Bergen 2 september 2009, *JLMB* 2010, 364; P. HENFLING & J. WILLEMS,'Excusabilité, du failli et sort de la caution ', in *Droit de la faillite: actualités* (Editions du Jeune barreau de Liège 2005), 44; Brussel, 18 februari 2014, 8ste Kamer, A. 2010/997, aangehaald door D. BLOMMAERT, *De aansprakelijkheid van de kredietinstelling als kredietverlener*, nr. 162.

205 Die verklaring moet ter griffie gebeuren; een melding aan de curator volstaat niet (HvB Antwerpen 22 oktober 2009, 5e kamer, AR nr. 2009/150).

206 Als de schuldeiser geen verklaring heeft ingediend, en de borg meent een consument te zijn, zal hij zelf een verzoek tot bevrijding moeten indienen; is hij geen consument, dan is er geen bevrijding: HvB Luik, 6 december 2007, 2007/168, aangehaald door A. HENDERICKX, 'La décharge de la sûreté à titre gratuit du failli: le point de la situation actuelle', *JLMB* 2013, (286) 290; HvB Antwerpen 23 september 2010, *RW* 2012-13, 223; HvB Gent 15 april 2013, *NjW* 2014, 85.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.I.C.3.b.3.c.ii. Bevrijding wegens wanverhouding

De bevrijding treedt ook in wanneer de consument die een persoonlijke zekerheid heeft gesteld, het hierboven besproken verzoek heeft ingediend en gedocumenteerd en de rechtbank bij de uitspraak daarover deze persoon geheel of gedeeltelijk bevrijdt wegens wanverhouding. De rechtbank moet de gehele of gedeeltelijke bevrijding uitspreken naargelang zij vaststelt of zijn verbintenis inderdaad in wanverhouding staat tot zowel zijn inkomsten als zijn vermogen (het vereiste is cumulatief[207]) (dit is een zgn. "extrinsieke" benadeling). Dit is bedoeld als een toepassing van het evenredigheidsbeginsel, dat ook gehanteerd werd in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof.

Indien de zekerheidssteller niet door de curator is geïnformeerd en daardoor niet tijdig een verzoek heeft ingediend, kan de curator aansprakelijk worden gesteld voor het verlies van de kans, waarbij de kans dat zij tijdig bevrijding zouden hebben gevraagd natuurlijk zeer hoog moet worden ingeschat, zodat de schade die zij vergoed kunnen krijgen kan worden begroot op het grootste deel van de kwijtschelding die ze zouden hebben verkregen[208].

Bij collectieve schuldenregeling sluit de wet bevrijding uit wanneer de verzoeker zijn onvermogen frauduleus heeft georganiseerd (art. 1675/16*bis* § 1 en 5 GerW); in de Insolventiewet wordt dit niet uitdrukkelijk meer bepaald[209].

De wanverhouding moet beoordeeld worden op het tijdstip van het openen van de faillissementsprocedure (art. XX.176 lid 1 WER) *c.q.* toekenning van de opschorting aan de onderneming in de procedure gerechtelijke reorganisatie (art. XX.54 lid 1 WER)[210]. De wanverhouding op het tijdstip van het aangaan van de verbintenis is hier dus niet relevant (ze is wel relevant voor de beoordeling van de geldigheid van de borgtochtovereenkomst, zie hoger I.I.C.2.e).

Weigert de zekerheid een betrouwbaar beeld te geven van zijn vermogen, dan moet de rechter vaststellen dat de wanverhouding niet is bewezen[211].

Deze bevrijdingsmogelijkheid is van dwingend recht, zodat de persoonlijke zekerheidssteller die deze kan inroepen, daarvan niet op voorhand afstand kan doen[212].

I.I.C.3.b.4° Slotopmerking

Intussen zijn, zoals in punt 1 en 2 besproken, de regels inzake totstandkoming van - voorheen - de kosteloze borgtocht en nu de consumentenborg grondig veranderd (en verstrengd). De regeling inzake bevrijding van de

---

207 Bv. A. HENDERICKX, 'La décharge de la sûreté à titre gratuit du failli: le point de la situation actuelle', *JLMB* 2013, 286.

208 HvB Antwerpen 14 juni 2018, *NjW* 2019, 298 noot J. WAELKENS.

209 Vroeger wel in art. 80 III FaillW zoals bepaald bij Wet van 20 juli 2005.

210 Onder de oude FaillW 1997 diende volgens de MvT van de Wet van 20 juli 2005 de wanverhouding aanwezig zijn vanaf het tijdstip van de verklaring van art. 72*bis* tot aan de beslissing van de rechtbank (MvT, 51. *Stukken Kamer* 2005, nr. 1811/001, 7. In dezelfde zin HvB Luik 18 oktober 2007, *JLMB* 2009, 732; B. MOUTON, 'Bevrijding in het faillissementsrecht: Overzicht en stand van zaken', *T.Fin.R.* 2010, (3) 23-24; D. BLOMMAERT, *De aansprakelijkheid van de kredietinstelling als kredietverlener*, nr. 160), maar dat kaderde in de diee dat de uitspraka normaal pas bij sluiting van het faillissement gebeurde als een accessorium van de beoordeling van de verschoonbaarheid van de gefailleerde.

211 Bv. kh. Hasselt 29 januari 2008, *RW* 2008-2009, 75.

212 Onder de oude regeling van 2002 werd eveneens geoordeeld dat de exceptie van verschoning van dwingend recht is: A. CUYPERS, *TBH* 2003, (267) 281 nr. 44-46.

kosteloze borg c.q. consumentenborg heeft daardoor m.i. zijn legitimatie verloren en zou beter afgeschaft worden[213].

I.I.C.3.c. Bijzondere regels tijdens de fase van schuldbemiddeling in een CSR

In het geval van een procedure van collectieve schuldenregeling betreffende de hoofdschuldenaar vindt er voor persoonlijke zekerheden in het algemeen (dus niet alleen diegene die zijn gesteld door consumenten) een opschorting van executierechten plaats zolang een minnelijke aanzuiveringsregeling nog tot de mogelijkheden behoort (art. 1675/7 § 2 lid 3 GerW).

Het toepassingsgebied zowel als het eindpunt van deze schorsing verschilt van de hierboven besproken schorsing voor door consumenten gestelde persoonlijke zekerheden, en beide regelingen gelden cumulatief. De *ratio* van de opschorting krachtens lid 3 is dat in geval van minnelijke aanzuiveringsregeling met kwijtschelding van de schuldenaar (voor de restschuld), die kwijtschelding in de bedoeling van de wetgever een vrijwillige kwijtschelding is met de gevolgen van art. 5.162 § 2, lid 2, 1° BW (voorheen 1285 OBW) of art. 5.251 lid 1 BW (voorheen art. 1287 OBW), d.w.z. automatisch ook geldt voor de borg (art. 5.251 lid 1 BW) en in beginsel ook voor de hoofdelijke medeschuldenaars (art. 5.162 § 2, lid 1 en 2, 1° BW; in geval van voorbehoud geldt ze enkel voor het aandeel van de partij die kwijtschelding verkreeg).

Uit die *ratio* moet worden afgeleid dat de opschorting van lid 3 enkel kan gelden voor die persoonlijke zekerheden die zich op de kwijtschelding van de eerste schuldenaar zouden kunnen beroepen, en niet voor schulden van een persoonlijke zekerheid *s.l.* waarvan deze noch door een minnelijke kwijtschelding noch volgens art. 1675/16*bis* GerW kan worden bevrijd (bv. de schuld van de aansprakelijkheidsverzekeraar op een rechtstreekse vordering; van de garant van een onafhankelijke garantie e.d.m.).

Niet geheel coherent wordt deze logica niet doorgetrokken naar de procedure van gerechtelijke reorganisatie, waar de opschorting enkel geldt voor de door consumenten gestelde persoonlijke zekerheden die kwijtschelding kunnen vragen wegens onevenredigheid (zie ook de bespreking van dit verschil bij de gevolgen van borgtocht, *infra* I. II.C.1.a).

I.I.C.3.d. Bijzondere regels ten gunste van de persoonlijk aansprakelijke echtgenoot of partner van de gefailleerde of schuldenaar in gerechtelijke reorganisatie

Voor de echtgenoot en wettelijk samenwonende partner van een gefailleerde (sinds 1 oktober 2002)[214] of (sinds de wijzigingswet CSR 2013) een schuldenaar in gerechtelijke reorganisatie geldt een bijzonder regime, dat enerzijds ruimer is en anderzijds enger dan het zopas besproken regime inzake persoonlijke zekerheden, en waarbij de opschorting van tenuitvoerlegging en de eventuele kwijtschelding van de schuldenaar ook diens echtgenoot/partner ten goede komt. Men moet er wel van uitgaan dat deze bepaling een bijkomende bevrijdingsmogelijkheid biedt aan de echtgenoot of wettelijk samenwonende partner voor het geval de algemene regel niet van toepassing zou zijn (en in tegenstelling tot de situatie voor de Wet van 20 juli 2005 geldt de algemene regel sindsdien niet alleen voor borgen, maar ook voor hoofdelijke medeschuldenaars

213 Zo ook o.m. C. BIQUET-MATHIEU, 'De quelques considérations en matière de sûretés', *Rev.Dr.ULg.* 2006, afl. 1-2, (27) 34. Voor een meer algemene kritische studie, zie F. HELSEN, 'Gewone en kosteloze borgtocht. Recchtseconomische doorlichting.', *NJW* 2013, 870 v.

214 En dus temporeel niet van toepassing wanneer de gefailleerde echtgenoot reeds voordien verschoonbaar is verklaard: Cass. 6 september 2013, C.12.0386.F, *Eos Aremas*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20130906.2..

krachtens rechtshandeling). Deze personen zijn wel de enigen die genieten van deze verruiming[215]. Onder het oude recht was dit overigens meestal hun enige bevrijdingsmogelijkheid, gezien de restrictieve interpretatie van het begrip kosteloos maakte dat echtgenoten of samenwonende partners die zich borg stelden vaak niet konden genieten van de regels inzake kosteloze borgtocht. Onder Boek 9.1 BW is de kans veel groter dat de echtgenoot als consument wordt gekwalificeerd. Maar zowel onder oud als nieuw recht beletten de regels niet de uitwinning van zakelijke zekerheden die die echtgenoot zou hebben gesteld.

Bovendien mag men niet uit het oog verliezen dat althans bij faillissement de echtgenoot van de gefailleerde schuldenaar reeds uitgewonnen is wat de huwelijksgemeenschap betreft in de mate waarin de schulden van de gefailleerde gemeenschappelijke schulden zijn of op de huwgemeenschap verhaalbaar (uitwinning waarvan de procedure versoepeld is bij faillissement in art. XX.189 WER).

I.I.C.3.d.1° Toepassingsgebied

I.I.C.3.d.1.a) *Ratione personae*

De regel begunstigt de echtgenoot en wettelijke samenwonende partner alsmede de ex-echtgenoot en ex-samenwonende partner voor de onder c en d) nader besproken schulden.

De gelijkstelling van de wettelijk samenwonende partner is er gekomen door arrest nr. 129/2010 van het Grondwettelijk Hof[216]. Bij gerechtelijke reorganisatie is wel vereist dat er minstens 6 maanden wettelijke samenwoning is (art. XX.54 § 1 lid 2 WER). De feitelijke samenwonende partner wordt niét gelijkgesteld[217].

Onder de oude tekst van art. 82 II FaillW gold de bevrijding enkel voor de persoon die nog echtgenoot is op het ogenblik van de verschoonbaarverklaring van de gefailleerde, en niet voor een ex-echtgenoot[218]; dat de echtgenoot overleden is vooraleer over de verschoonbaarheid werd beslist, verhinderde die verschoonbaarverklaring echter niet en dus ook niet de uitbreiding naar de andere echtgenoot[219]. Sinds 28 augustus 2008 (inwerkingtreding Wet van 18 juli 2008[220]) gold de nieuwe versie van art. 82 II, die de bevrijding uitbreidt naar de voormalige echtgenoot voor wat betreft de schulden die tijdens het huwelijk zijn aangegaan[221].

---

215 Het GwH besliste in arrest nr. 2004/78 van 12 mei 2004 tot grondwettigheid van dat onderscheid (www.grondwettelijkhof.be/public/n/2004/2004-078n.pdf). Vgl. ook GwH 18 mei 2011, www.const-court.be/public/n/2011/2011-087n.pdf.
Zie voor nadere uitwerking onder meer A. CUYPERS, *TBH* 2003, (267) nr. 28-32; B. MOUTON, 'Bevrijding echtgenoten na faillissement', *NjW* 2010, (262) 265 v.

216 GwH 129/2010 van 18 november 2010, www.const-court.be/public//n/2010/2010-129n.pdf, besproken door C. AERTS, 'Gelijkheid bij faillissement voor wettelijk samenwonende en echtgenoot', *NjW* 2011, 282 v. en door M. LEMAL, 'Le bénéfice de l'excusabilité étendu au cohabitant légal du failli', *JT* 2011, 127.

217 GwH 140/2014 van 25 september 2014, www.const-court.be/public/n/2014/2014-140n.pdf.

218 De grondwettigheid van de uitsluiting van de ex-echtgenoot werd aanvaard door het Arbitragehof in arresten nr. 37/2007 van 7 maart 2007 (www.grondwettelijkhof.be/public/n/2007/2007-037n.pdf) en 3/2008 van 17 januari 2008 (www.const-court.be/public//n/2008/2008-003n.pdf). Zie de discussie bij J. WOESTYN, in *Bijzondere overeenkomsten*, 19 nr. 48-54. De meerderheid was ook in die zin gevestigd, dat de bevrijding maar gold voor de persoon die op het tijdstip van de verschoonbaarverklaring echtgenoot is. Een iets ruimere opvatting werd vroeger al verdedigd in HvB Gent 14 januari 2008, *DAOR* 2008, 234 noot A. PEETERS 'Naar een automatische bevrijding ook na echtscheiding? Een dankbare ex-echtgenoot' = *NjW* 2008, 267.

219 HvB Gent 12 december 2005, *NJW* 2006, 900.

220 Voorstellen tot uitbreiding tot ex-wettelijk samenwonenden werden niet behouden omdat de misbruikmogelijkheden te groot zijn (gezien de mogelijkheid op elk ogenblik eenzijdig te ontbinden is het risico dat een fictieve samenwoning wordt geregistreerd reëel). Zie *Parl. Stukken Kamer* 2007-2008 nr. 1032/003

I.I.C.3.d.1.b) Beperkt tot bepaalde procedures.

De regeling bestaat enkel in het geval de andere echtgenoot of partner ingevolge faillissement (art. XX.174 WER) of gerechtelijke reorganisatie (art. XX.54 en 96 WER) geniet van a) de opschorting van executie *c.q.* b) kwijtschelding (vroeger verschoonbaarverklaring). Gezien de reële meerwaarde van deze regeling voor de echtgenoot, is de grondwettigheid van dat onderscheid (bv. het ontbreken bij collectieve schuldenregeling) erg betwistbaar[222]. Onder de nieuwe Insolventiewet (Boek XX WER) is de regeling dan ook beperkt tot contractuele beroepsschulden (zie onder d).

De echtgenoot of partner kan krachtens dit regime enkel genieten van de bevrijding indien de schuldenaar zelf kwijtschelding bekomt[223] (wat bij gerechtelijke reorganisatie enkel kan plaatsvinden bij overdracht onder gerechtelijk gezag). De echtgenoot kan dus ook niet op deze grond zelfstandig de bevrijding aanvragen, maar moet de uitspraak over de kwijtschelding van de schuldenaar afwachten. Wel moet er nog gewezen worden op art. XX.190 lid 2 WER, volgens hetwelk "de gemeenschappelijke schulden die de gefailleerde bij de uitoefening van zijn beroepsactiviteit heeft gemaakt en die niet voldaan zijn door de vereffening van het faillissement, niet kunnen worden verhaald op het eigen vermogen van de echtgenoot van de gefailleerde" (deze bepaling speelt wel niet bij gerechtelijke reorganisatie).

I.I.C.3.d.1.c) Schulden *ratione temporis*

De regeling heeft enkel betrekking op schulden die:
i) *tijdens* het huwelijk of de wettelijke samenwoning zijn aangegaan of opgelopen; en
ii) bestonden ten tijde van de faillietverklaring *c.q.* opschorting. Dat er reeds een uitvoerbare titel bestond verhindert ook hier de bevrijding niet[224].

De zakelijke zekerheden die reeds eerder waren gevestigd, blijven wel geldig (art. XX.173 § 1 WER)[225].

I.I.C.3.d.1.d) Schulden *ratione materiae*

De nieuwe Insolventiewet (Boek XX WER) heeft het toepassingsgebied van deze regeling *ratione materiae* ingeperkt nadat de oude regeling door de rechtspraak erg ruim was uitgelegd. In 2023 werd wel verduidelijkt dat het niet enkel om contractuele schulden gaat, maar ook om schulden die uit de wet voortvloeien.

De regeling geldt wél voor contractuele of wettelijke schulden van de schuldenaar die verband houden met de beroepsactiviteit van de schuldenaar, en die gemeenschappelijk zijn of eigen aan

(http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/52/1032/52K1032003.pdf), 7-8.

221 Om dezelfde reden als in het vorige punt moet "aangegaan" hier begrepen worden als "ontstaan". Zie over deze schoonheidsfout I. VAN DEN BOSCH, 'Bevrijding van de voormalige echtgenoot van de verschoonbaar verklaarde gefailleerde', *NNK* 2008, (103)104.

222 In dezelfde zin M. VANMEENEN, 'Wet van 18 juli 2008 tot wijziging van artikel 82 Faill.W.: gevolgen van de verschoonbaarheid uitgebreid tot voormalige echtgenoten', *TBH* 2008, (931) 933.

223 Dit aspect van art. 82 FaillW werd grondwetsconform geacht door het Arbitragehof, arrest nr. 67/2006 van 3 mei 2006, www.grondwettelijkhof.be/public/n/2006/2006-067n.pdf.

224 HvB Gent 28 oktober 2008, *RW* 2008-2009, 1776.

225 Anders onder de oude wet Cass. 18 oktober 2013, C.11.0080.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20131018.2 = *JLMB* 2014, 27.

beide echtgenoten of partners. Dat beide echtgenoten zich hoofdelijk verbonden hebben voor die schuld, is dus geen beletsel[226]. De echtgenoot laten meetekenen als medekredietnemer in plaats van als borg verhindert de bevrijding dus niet[227].

De regeling geldt niet voor contractuele schulden die vreemd zijn aan de beroepsactiviteit van de schuldenaar, ook al werden die contracten samen gesloten en zijn beide echtgenoten persoonlijk verbonden (art. XX.54 § 1 lid 1, tweede zin en XX.174 lid 3 WER)[228].

Ze zou ook gelden voor gemengde schulden (bij gerechtelijke reorganisatie volgt dat uit art. XX.54 WER, maar uit de *ratio legis* volgt dat er geen reden is dit niet ook toe te passen bij faillissement[229]).

Ze geldt voor niet-contractuele schulden die verband houden met de beroepsactiviteit van de schuldenaar, en die gemeenschappelijk zijn of eigen aan beide echtgenoten of partners[230].

De regeling geldt duidelijk niet voor eigen schulden van de niet-gefailleerde echtgenoot of partner; in toepassing hiervan werd beslist dat dit niet geldt voor het deel van de personenbelasting van de echtgenoten dat betrekking heeft op de inkomsten van de niet-gefailleerde echtgenoot[231]. Dat die personenbelasting in bepaalde gevallen ook kan worden verhaald op de eigen goederen van de gefailleerde (zie art. 10 Wb. Invordering, voorheen art. 394

---

226 Cass. 24 februari 2011, C.10.0322.F, *Fortis Banque / L.S.*, verwerping voorziening tegen HvB Luik 24 februari 2009, met andersluidende ccl. A.g. Werquin, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2011:ARR.20110224.9 = *TBH* 2011, 879, noot D. PASTEGER 'Excusabilité du failli, libération du conjoint et protection de son patrimoine propre'; Cass. 8 juni 2012, C.11.0080.F, https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120608.1 = *JLMB* 2012, 1367. Dit is het arrest dat de prejudiciële vraag heeft gesteld die leidde tot arrest 40/2013 van het GwH. Eindarrest cassatie is van 18 oktober 2013, eveneens C.11.0080.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20131018.2 = *Arr.* nr. 532, met andersluidende concl. A.g. Werquin = *JLMB* 2014, 27.
Deze uitleg werd niet strijdig geacht met de Grondwet door GwH van 21 maart 2013, www.grondwettelijkhof.be/public/n/2013/2013-040n.pdf. Vgl. ook GwH 21 maart 2013, www.grondwettelijkhof.be/public/n/2013/2013-086n.pdf.

227 HvB Gent 28 oktober 2008, *RW* 2008-2009, 1776; HvB Luik 2 oktober 2008, *JLMB* 2010, 348; HvB Gent (7e Kamer) 22 februari 2010, nr. 2009/AR/3010, *Elementaire rechtspraak ondernemingsrecht* nr. 38.

228 Deze beperking werd grondwettig geacht door het GwH 25 januari 2024, https://www.const-court.be/public/n/2024/2024-012n.pdf = *JT* 2024, 95 = *RW* 2023-24, 1540 = *TBH* 2024, 683 noot I. VEROUGSTRAETE 'Kwijtschelding in rustige vaarwateren'.
Zo onder het vorige recht al voor een lening die voor privégebruik (gezinswoning) werd aangegaan nog voor de ene echtgenoot een zelfstandige activiteit had opgestart: Rb. West-Vlaanderen (Kortrijk) 20 februari 2017, *RW* 2017-18, 113. Anders onder het vorige recht: Rb. Dendermonde 12 september 2006, *RW* 2006-2007, 1686; Arbrb. Kortrijk 16 december 2011, *RW* 2012-13, 28. Ook in sommige andere gevallen was er ruimere rechtspraak onder de oude wet: HvB Bergen 21 februari 2008, *JLMB* 2008, 1241, dat de bevrijding toepaste op een lening aangegaan voor de verkrijging van een onroerend goed dat ten dele voor het beroep van de andere echtgenoot diende, maar ten dele ook als gemeenschappelijke woning van beiden.
Ook onder de nieuwe wet is er rechtspraak die de bevrijding toekent bij gemengde schulden: HvB Bergen 27 juni 2022, *DAOR* 2022(4), 73, zelfs indien het privégebruik van het goed dominant is.

229 Bv. J. VANANROYE, in *Themis 107 Insolventie- en beslagrecht* (2018), (13) 41.

230 Nu uitdrukkelijk in de wet. Eerder kon men dit al afleiden uit de voorgeschiedenis van de bepaling zowel als de parlementaire voorbereiding: Mvt, *Stukken Kamer* 2016-17, 2407-001, 98.

231 Cass. 14 januari 2010, F.08.0090.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100114.3 verbreking HvB Gent 30 oktober 2007; en Cass. 20 mei 2010, F.09.0088.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100520.12; voorheen reeds Antwoord van de Minister van financiën op parl. vraag nr. 688 van J. Chabot, 51. *Parl. V & A* 2005, 2 mei 2005 nr. 076.
Of die schulden op het gemeenschappelijke vermogen kunnen verhaald worden of niet, doet op dit punt niet terzake.

§ 1 WIB), doet daaraan geen afbreuk, vermits dat verhaalsrecht gebaseerd is op een vermoeden van collusie waartegen tegenbewijs mogelijk is en dat geen hoofdelijkheid schept[232].

Ook de hoofdelijke of in solidum gehoudenheid die het gevolg is van mededaderschap bij een onrechtmatige daad is geen gemeenschappelijke schuld van de echtgenoten of partners, maar een eigen schuld van elk van hen[233].

Voor het overige is de aard van de schuld zonder belang. Zo zal de bevrijding ook intreden wanneer de schuld waarvan de gefailleerde kwijtgescholden wordt, een borgschuld is waarvoor de andere echtgenoot mede borg staat[234].

I.I.C.3.d.2° Gevolgen

I.I.C.3.d.2.a) Opschorting

In de procedure van gerechtelijke reorganisatie komt de opschorting automatisch ten goede aan de (ex-)echtgenoot of (ex-)partner voor de hierboven besproken gevallen (art. XX.54 § 1 WER).

In de faillissementsprocedure is dit niet wettelijk bepaald. Het Grondwettelijk Hof heeft de oude bepaling evenwel ongrondwettig verklaard precies omdat ze niet in de mogelijkheid van opschorting voorziet, en uitwinning van de echtgenoot of partner na de faillietverklaring dus gewoon kan doorgaan[235]. Die opschorting moet dus ook gelden voor de executiemiddelen op de eigen goederen van de echtgenoot of partner, minstens vanaf het ogenblik waarop de gefailleerde zelf een verzoekschrift tot kwijtschelding heeft ingediend. Een cassatiearrest van 10 april 2025 lijkt daarmee in strijd, maar de vraag werd wel niet in die termen gesteld: het betrof de vraag of de echtgenote of wettelijk samenwonendepartner van een gefailleerde reeds kon genieten van de kwijtschelding die reeds was uitgesproken (wat onder de Faillissementswet van 1998 kon vanaf 6 maanden na de faillietverklaring) vooraleer het faillissement was afgesloten. Het Hof oordeelde dat de kwijtschelding van de gefailleerde maar ingaat bij de afsluiting van het faillissement en dus ook die van de echtgenote of partner dan pas ingaat[236]. Omdat het ging om de uitwinning van een zakelijke zekerheid, zou dit naar huidig recht overigens om die reden al niet kunnen.

Als executiemiddel geldt onder meer de uitvoering van een loonoverdracht[237]. De schuldvergelijking is géén executiemiddel en blijft dus mogelijk[238].

---

232 Cass. 8 juni 2006, *RW* 2009-2010, 405; GwH 27 april 2017, www.const-court.be/public/n/2017/2017-049n.pdf = *RW* 2017-18, 778 .

233 Zo mbt het oude art. 50 Sw. 1867: Cass. 10 december 2020, C.20.0110.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20201210.1F.12 = *TBH* 2021, 100 = *TIBR* 2021/2, RS 180 = *TIBR* 1/2023 RS 82.

234 Cass. 8 mei 2015, *EB-lease*, C.13.0301.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2015:ARR.20150508.2 = *RW* 2015-16, 620 = *Pas.* 1146.

235 Arbitragehof 23 november 2005, www.grondwettelijkhof.be/public/n/2005/2005-172n.pdf = *RW* 2006-2007, 171. Vergelijkbaar reeds Arbitragehof 27 april 2005, www.grondwettelijkhof.be/public/n/2005/2005-077n.pdf
Voor deze uitspraak oordeelde de Beslagrechter Gent 10 mei 2005, *NJW* 2006, 902, dat de verschoonbaarverklaring belet dat de voordien door de schuldeiser voor uitwinning gemaakte kosten, verhaald kunnen worden op de echtgenote, ook al is de tenuitvoerlegging niet opgeschort.

236 Cass. 10 april 2025, Record Credits t. M-H.C., C.22.0165.F, https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2025:ARR.20250410.1F.1/FR = *TIBR* 2/2025, RS 13 = *T.Not.* 2025, 637.

237 GwH 4 februari 2010, www.const-court.be/public/n/2010/2010-005n.pdf = *RABG* 2010, 475 = *RW* 2009-2010, 1635 noot E. DIRIX, 'De echtgenoot van de gefailleerde: de wetgever terug aan de slag'. Voor het arrest *a quo*,

Niettemin zal een vrijwillige betaling door de echtgenote tijdens het faillissement, die geen opschorting heeft gevraagd, geen onverschuldigde betaling vormen, zelfs niet wanneer die gebeurt ter handlichting van een beslag waartegen men geen verzet heeft gedaan[239].

I.I.C.3.d.2.b) Mogelijke bevrijding

Voor de schulden waarvoor de schuldenaar kwijtschelding bekomt, en die binnen het besproken toepassingsgebied vallen, is de (ex-)echtgenoot of (ex-)partner automatisch bevrijd (zie art. XX.174 § 1 WER)[240] vanaf het ogenblik waarop de kwijtschelding intreedt. Dit is in meerdere opzichten ruimer dan de bevrijdingsmogelijkheid voor persoonlijke zekerheden in het algemeen:
- er is geen wanverhouding nodig met inkomsten en vermogen van die echtgenoot;
- er moet niet nagegaan worden of de echtgenoot een consument is in de zin van art. 9.1.42 BW;
- het gaat niet alleen om schulden waarvoor men zich door rechtshandeling mee aansprakelijk heeft gesteld, maar ook om schulden waartoe men krachtens de wet hoofdelijk verbonden is, zoals bv. de personenbelasting of de onroerende voorheffing[241].

Zodra beslist is dat er geen kwijtschelding is, kunnen de schuldeisers de echtgenoot wel weer uitwinnen, tenzij de uitwinning op andere gronden is opgeschort.

I.I.C.4. Draagwijdte van het verrijkingsverbod

In *Insolventierecht* II.III wordt het verhaalsrecht van de schuldeiser besproken en aangegeven dat het verhaal door een schuldeiser geen bron van verrijking mag zijn.

Dit beginsel geldt ook bij persoonlijke zekerheden, maar functioneert op een andere wijze naargelang het om een accessoire of niet-accessoire persoonlijke zekerheid gaat:
- bij borgtocht en andere accessoire zekerheden reikt de verbintenis van de persoonlijke zekerheid niet verder dan de verzekerde schuld (zie de bespreking in I.II.C.1.a.);
- bij niet-accessoire persoonlijke zekerheden beperkt het verrijkingsverbod niet de aanspraak op de garant, maar leidt het tot een regresvordering van de hoofdschuldenaar (delegant) op de schuldeiser (delegataris) (zie verder I.VI).

---

zie HvB Luik 29 januari 2009, *JLMB* 2010, 354.

238 Zie de uitleg bij de bespreking van de schuldvergelijking infra V.VI.E; schuldvergelijking wordt wel sterk ingeperkt wanneer de passieve schuldvordering in beslag is genomen of onder een samenloop valt, maar dat is per hyppothese precies niet het geval met de activa van de echtgenoot.

239 Zo HvB Brussel 14 mei 2019, *TIBR* 2021 nr. 1 RS 77.

240 Volgens kh. Gent 20 januari 2009, *RW* 2008-2009, 1655, geldt de regeling ook voor echtgenoten van gefailleerden die verschoonbaar werden verklaard voor de invoering van art. 82 FaillW

241 Zo Rb. Leuven 3 december 2002, *TFR* 2003, 931.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

HOOFDSTUK I.II. Borgtocht

I.II AFDELING A. Begripsbepaling

I.II.A.1. Borgtocht in het algemeen; definitie en belang.

Wanneer een persoon zich verbindt voor andermans schuld voor het geval deze zelf daaraan niet voldoet, en dit om een reden die gelegen is in de verhouding tussen hemzelf en die ander (die daardoor dekkingsverhouding wordt genoemd), gaat het om borgtocht (Lat. *fideiussio*, Fr. *cautionnement*, Dui. *Bürgschaft*, En. *suretyship*). Borgtocht is dus de overeenkomst waarbij een derde, de borg (B), zich jegens de verzekerde schuldeiser of schuldeisers (C) verbindt tot betaling van de verbintenis van diens schuldenaar (A) (art. 9.1.2, 1° en 2° BW, voorheen 2011 OBW) (meer precies zegt lid 1° dat de persoonlijke zekerheid de verbintenis is de betaling van andermans verbintenis te waarborgen, waarbij de borgtocht die persoonlijke zekerheid is waarbij die verbintenis afhankelijk is van de gewaarborgde verbintenis). De borg verbindt zich tot andermans schuld, de hoofdschuldenaar heeft een eigen schuld.

Borgtocht is lang de belangrijkste persoonlijke zekerheid geweest. Door het op onjuiste gronden gevelde arrest van het Arbitragehof en de al evenmin zinnige wetswijziging van 2002 (I.I.C.3.b.2°) werd de borgtocht voor schulden van een handelaar (nu ondernemer) in ons recht sinds 2002 veel minder aantrekkelijk voor de schuldeisers, en werd vaker een beroep gedaan op andere vormen van persoonlijke zekerheid of op een verschuiving in de persoon van de hoofdschuldenaar[242]. Door de wet van 20 juli 2005 is het achterpoortje van de hoofdelijke medeschuldenaar tot zekerheid gesloten, en werd tegelijk ook de bescherming van de borg afgezwakt (zie eveneens I.I.C.3.b.2°), zodat de borgtocht terug min of meer zijn normale rol kon spelen. Boek 9.1. heeft de beschermingsregeling wel licht verruimd (van kosteloos naar consument) maar er ook enkele scherpe kantjes van afgevijld.

Voor de criteria voor kwalificatie van het aangaan van een verbintenis als borgtocht dan wel als een solidaire hoofdschuld, zie de bespreking hoger in I.I (en het daar in I.I.B.5. besproken vermoeden van borgtocht).

I.II.A.2. Soorten borgtocht

De borgtocht kan:
- een subsidiaire borgtocht zijn (de *default rule*)
- of een hoofdelijke (solidaire) borgtocht zijn,
- of een zakelijke borg (zie hoger I.I.B.2.b),
- of nog een achterborg (borg voor een borg, zie art. 9.1.4 lid 4 en verder I.II.C.3.b.5°)
- of een tegenborg (borg voor de hoofdschuldenaar jegens de eerste borg w.b. diens regresvordering). Het woord tegenborg wordt ook in een andere betekenis gebruikt, nl. een borgstelling tot zekerheid van de schadevergoeding die de schuldeiser zou kunnen verschuldigd zijn bij onterecht beslag (bv. art. 2.2.6.6 Scheepvaartwetboek).

Ook de zgn. *Contract Bonds* zijn een vorm van borgtocht (zie de IKK-modelregels genaamd *Uniform Rules for Contracts Bonds* uit 1993[243]).

---

242 Bv. doordat de lening wordt aangegaan door de "borg" die het geld vervolgens doorleent aan de bestemmeling.

243 http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V00/529/92/PDF/V0052992.pdf.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

Borgtocht wordt ook in een ruimere zin gebruikt, wanneer een zekerheid wordt gesteld voor de nakoming van andere dan vermogensrechtelijke verplichtingen, zoals bv. bij de invrijheidstelling tegen borgsom in art. 37 Voorlopige hechteniswet.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.II AFDELING B. Totstandkoming van de borgtocht en mogelijke gebreken bij de totstandkoming

I.II.B.1. Totstandkoming

I.II.B.1.a. Totstandkoming, vormvereisten, bewijsregels

Borgtocht ontstaat steeds door een rechtshandeling - ook wanneer ze door de wet of door een rechterlijke beslissing wordt geëist (het is de schuldenaar die dan een borg moet vinden). Zie voor nadere regels dan ook hoger I.I.C.

I.II.B.1.b. Voorwerp en bepaalbaarheid ervan

Dit wordt nader besproken in I.II.C.1.

I.II.B.2. Mogelijke gebreken en precontractuele plichten

I.II.B.2.a. Voor persoonlijke zekerheden in het algemeen besproken gebreken

Zie hoger in I.I.C. de algemene regels inzake persoonlijke zekerheden voor wat betreft de mogelijke problemen inzake vormvereisten, rechtsbevoegdheid, handelingsbekwaamheid, wilsgebreken, nietigheden ter bescherming van derden – in het bijzonder de andere gezinsleden – en aanvechting door schuldeisers.

I.II.B.2.b. Oorzaak

Deze wordt in I.II.C.2. nader besproken. Zij is in beginsel te vinden in de verhouding tussen borg en hoofdschuldenaar (interne of dekkingsverhouding).

I.II AFDELING C. Gevolgen van de borgtocht tussen borg en schuldeiser

In deze afdeling bespreken we de precieze inhoud van de verbintenis van de borg in verhouding tot de schuldeisers. Deze inhoud wordt bepaald:
- aan de hand van twee begrippen die beiden onder het "voorwerp" van de borgtocht worden besproken (1.), alsook
- door gebeurlijke specifieke modaliteiten van de borgtocht (3.), maar
- in beginsel niet door de "oorzaak" van de borgtocht (zie 2.).

Vervolgens bespreken we aanvullende verplichtingen in de verhouding tussen borg en schuldeiser (4), kort enkele aspecten van de accessoriteit (5), nakoming en niet-nakoming (6), de wijzen van beëindiging van de verbintenis van de borg (7) en de mogelijke terugvordering wegens onverschuldigde betaling (8).

I.II.C.1. "Voorwerp" van de borgtocht.

Het primaire of eigenlijke voorwerp van een overeenkomst houdende een persoonlijke zekerheid is de verbintenis die men aangaat. Het wordt bepaald door interpretatie van de overeenkomst. Bij een accessoire persoonlijke zekerheid zoals de borgtocht wordt dit voorwerp op twee cumulatieve wijzen bepaald en beperkt, namelijk:
- door de beperkingen aan de verzekerde schuld(en) zelf, d.i. in de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar (a.); en
- aangezien de borg niet noodzakelijk voor alle schulden van de hoofdschuldenaar borg staat, door de bepaling en beperking van de mate waarin men borg staat voor die schuld van een ander, dus in welke mate de hoofdschuld gewaarborgd / verzekerd wordt ("dekking", b.).

Beide vragen worden anders dan in het oude recht, in het nieuwe Boek 9.1. vrij goed uit elkaar gehouden: art. 9.1.12 tot 9.1.15 BW regelen het eerste aspect, art. 9.1.16 tot 9.1.20 BW het tweede aspect.

Daarnaast kan de verbintenis van de borg ook op zelfstandige wijze beperkt worden, doordat de borgtocht aan bijkomende uitoefeningstermijnen of andere modaliteiten wordt onderworpen. Wij bespreken dat verder bij de mogelijke modaliteiten van de borgtocht onder 3.).

Tenslotte kan de borgtocht beperkt zijn in zoverre men niet borg staat met zijn hele vermogen, maar enkel een zakelijke borg (s.s. of s.l.) stelt. Ook dit komt onder 3. verder ter sprake.

I.II.C.1.a. Beperkingen van de borgtocht die voortvloeien uit de gewaarborgde schuld zelf (valutaverhouding) – inroepbaarheid van excepties uit de valutaverhouding

I.II.C.1.a.1° Beginsel - begrenzing door de geldigheid, omvang en modaliteiten van de verzekerde schuld

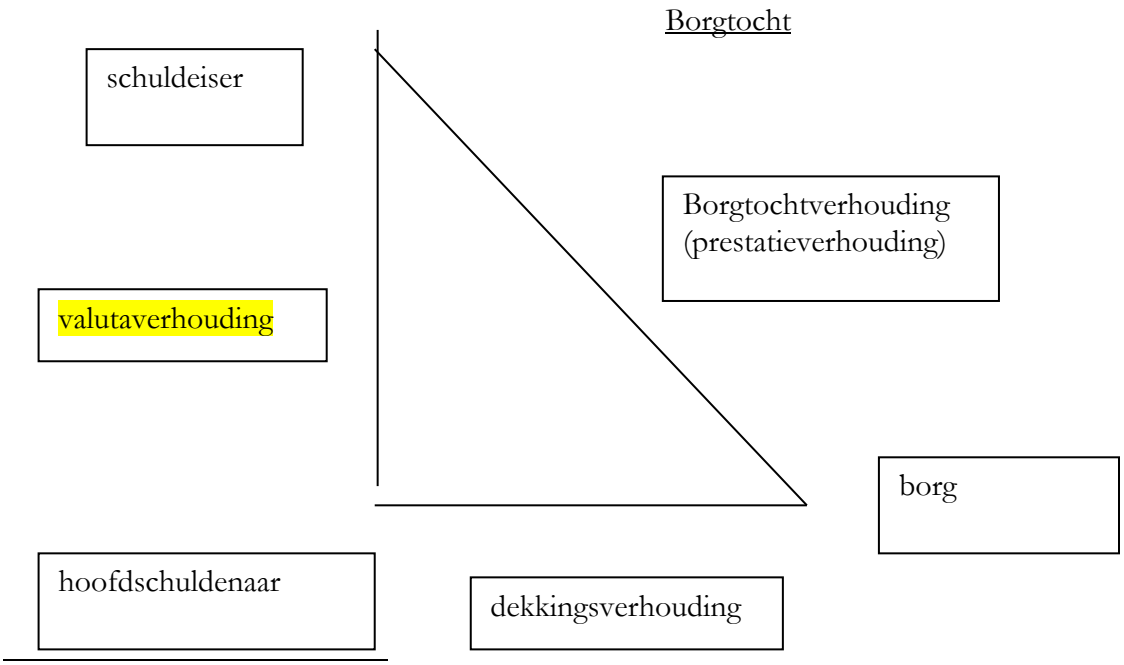
Doordat de verbintenis van de borg een "accessoire" (afhankelijke) verbintenis is, wordt ze in ieder geval beperkt door alle beperkingen van de hoofdschuld zelf. Dit is een algemeen erkende regel in de Europese rechtsstelsels. In het Engels zegt men dat borgtocht is "*conditional on the liability of a principal debtor and co-terminous with that liability*". De maximale gehoudenheid van de borg wordt naar maat en inhoud bepaald door de valutaverhouding (de verbintenis van de

hoofdschuldenaar)[244]. In het Italiaanse recht noemt men dat de "homogeniteit" van de borgschuld en de hoofdschuld. In het Duitse recht spreekt men ook wel van *Kongruenz*. Bij ons spreekt men ook van omvangsaccessoriteit[245], maar het gaat om meer dan enkel de omvang, zodat congruentie wel een geschikte term is. De regel vinden we nu uitdrukkelijk als art. 9.1.12 BW: "de geldigheid, de modaliteiten, de omvang en het voortbestaan van de verbintenis van de borg zijn afhankelijk van de geldigheid, de modaliteiten, de omvang en het voortbestaan van de hoofdverbintenis". Deze regel is dwingend bij persoonlijke zekerheden gesteld door een consument jegens een professioneel (art. 9.1.43 lid 3 BW).

In beginsel kan elk verweer uit de valutaverhouding - d.i. elke beperking van de hoofdschuld in verhouding tot de schuldeiser - dus ook door de borg worden ingeroepen: (art. 9.1.14 BW, voorheen 2036 OBW)[246] (zie 1°), dit zelfs bij een andersluidende beslissing jegens de hoofdschuldenaar (zie 2°), behalve de zuiver persoonlijke verweermiddelen van de hoofdschuldenaar (zie de bespreking onder 3°).

Dit geldt:
- zowel voor verweermiddelen die reeds bestonden bij het aangaan van de borgtocht,
- als bij verweermiddelen die eerst later zijn ontstaan.

Of dit ook geldt voor verweermiddelen waarvan de hoofdschuldenaar afstand heeft gedaan, wordt verder onder b. besproken (mate van dekking).



244 Zo R. JANSEN, 'De rol van de wilsautonomie bij de persoonlijke zekerheidsrechten', in R. Feltkamp (ed.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?* (Antwerpen: Intersentia 2012), nr. 8.

245 Voor deze en verwante termen, zie K. SWINNEN, 'Accessoriteit in het vermogensrecht', *RW* 2013-14, (1043) 1047.

246 Vgl. Art. IVG-2:102 DCFR (Terms and Extent of the Security Provider's Obligations):
(1) Whether and to what extent performance of the obligation of the provider of a dependent personal security is due, depensd upon whether and to what extent performance of the debtor's obligation to the creditor is due. In de eerdere versie van de Principles of European Law - Personal Security luidde dit: *(1) The validity, terms and extent of the obligation of the provider of a dependent personal security depend upon the validity, terms and extent of the debtor's obligation to the creditor.*
en verder Art. IVG-2:103 DCFR (Debtor's Defences Available to the Security Provider):
"*(1) As against the creditor, the security provider may invoke any defence of the debtor with respect to the secured obligation, even if the defence is no longer available to the debtor due to acts or omissions of the debtor occurring after the security became effective.*"

De regel geldt natuurlijk ook voor de zakelijke borg (ook s.s.) en de derde-bezitter van het bewaarde goed (een toepassing daarvan vinden we in art. 97 HypW).

De borgtocht die voor meer dan de hoofdschuld of onder meer bezwarende voorwaarden is aangegaan, is niet nietig, maar de verbintenis van de borg moet worden beperkt tot datgene waartoe de hoofdschuldenaar zich verbindt (art. 9.1.13 lid 2 BW, voorheen 2013 lid 3 OBW) (zgn. omvangsaccessoriteit).

I.II.C.1.a.1.a) Inroepbaarheid van ongeldigheid of herroeping van de verzekerde schuld

De borg kan op de eerste plaats alle excepties met betrekking tot het bestaan of de geldigheid van de hoofdverbintenis (de valutaverhouding) inroepen (art. 9.1.12 en 9.1.14 lid 1 BW; voorheen ten dele in art. 2012 lid 1 OBW). Zoals gezegd zijn deze regels dwingend bij persoonlijke zekerheden gesteld door een consument jegens een professioneel (art. 9.1.43 lid 3 BW).

De relatieve nietigheid kan slechts door de hoofdschuldenaar worden ingeroepen, in die zin dat enkel deze de hoofdovereenkomst kan nietig verklaren. De borg zou dus gebonden zijn door een afstand van nietigheid door de hoofdschuldenaar[247], tenzij de borg de nietigheid reeds eerder heeft ingeroepen[248]. Maar de borg kan zijn verbintenis wel opschorten zolang de nietigheid nog door de hoofdschuldenaar kan worden ingeroepen[249]. De relatieve nietigheid is dus géén echte "persoonlijke" exceptie[250] (maar wat men in ouder taalgebruik een zakelijke exceptie, Fr. *exception réelle* of *exception in rem* noemde). De tekst van art. 9.1.14 lid 2 BW is wel verwarrend. Dat lid bevat de aloude regel dat de borg de onbekwaamheid of onbevoegdheid van de hoofdschuldenaar of het niet-bestaan van de hoofdschuldenaar-rechtspersoon niet kan opwerpen indien hij hiervan op de hoogte was bij het aangaan van de borgtocht. M.i. gaat hier het veeleer om een geval van afstand door de borg (zie verder onder 4°, afstand door de borg) dan om het feit dat de exceptie een "persoonlijke exceptie" zou zijn.

Ook het herroepingsrecht van de hoofdschuldenaar (i.h.b. krachtens regels van consumentenbescherming) is in een andere zin persoonlijk, doch eenmaal de overeenkomst is herroepen, kan ook de borg inroepen dat er geen verbintenis (meer) is (zodat het geen persoonlijke exceptie in eigenlijke in is).

---

247 H. DE PAGE, *Traité*, VI nr. 859 B; E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 273 nr. 413. A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, 142, nr. 30; Fr. LAURENT, *Principes*, 143, nr. 134.
Anders de Franse doctrine: A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles* (Paris: LGDJ 2010), 72, nr. 83 en 351, nr. 480 en 724, nr. 1033; Ph. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires* (Paris: LexisNexis (4) 2008), 241, nr. 230; Ch. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement* (Paris: Litec, 1979), 252, nr. 210.

248 Cass. 18 november 1833, *Pas.* 1833, I, 176.

249 F. LAURENT, *Principes* XXVIII, 293 nr. 295; A. KLUYSKENS, *De Contracten* (Antwerpen/Gent: Standaard uitgeverij (2) 1952), 542; E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 273 nr. 413; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 390 v. nr. 738 v. (borg kan in verhouding tot schuldeiser nietigheid inroepen); K. SWINNEN, *RW* 2013-14, (1043) 1047 met verdere verwijzingen.
Voor het Franse recht onder meer Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, (3) 2000, 212 nr. 230, en *Cautionnement – garanties autonomes garanties indemnitaires* (Parijs: Litec 2008), 734-735 nr. 731.

250 56. *Stukken Kamer*, nr. 0261/001, 21. Onder het oude recht: Cass. 10 oktober 2013, C.12.0379.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20131010.6= *RW* 2013-14, 1624 = *TBH* 2015, 557 noot V. NICAISE 'La caution peut se prévaloir des exceptions fondées sur le vice de consentement du débiteur: une vérité incontestée?'; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, nr. 227 en 746.
Anders in Frankrijk: Cass. Fr. (ch. mixte), 8 juin 2007, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000017894794 .

I.II.C.1.a.1.b) Inroepbaarheid van beperkingen van de omvang van de verzekerde schuld

Volgens art. 9.1.12 en 9.1.13 lid 1 BW is de omvang van de verbintenis van de borg beperkt tot de omvang van de hoofdverbintenis en kan de verbintenis van de borg dus niet verder reiken dan de hoofdverbintenis (voorheen art. 2013 lid 1 OBW), m.a.w. men staat slechts borg binnen de grenzen van de hoofdschuld (omvangsaccessoriteit). Zoals gezegd is deze bepaling dwingend bij persoonlijke zekerheden gesteld door een consument jegens een professioneel (art. 9.1.43 lid 3 BW).

Bij kredietverlening komt het vaak voor dat in de zekerheidsovereenkomst (borgtocht, zakelijke borg door middel van bv. hypotheek) een hogere dekking in hoofdsom, of nog vaker in interest wordt voorzien dan uiteindelijk geldt tussen partijen (bv. ook een hogere rentevoet dan diegene die uiteindelijk voor het krediet geldt). De verbintenis van de borg blijft dan vanzelfsprekend beperkt tot de verbintenis tussen partijen. Wanneer in de onderhandse overeenkomst een "korting" wordt toegekend op de in de notariële akte bepaalde interest, is het die interest na korting die als uitgangspunt moet worden genomen, ook bv. om te oordelen of een verhoging wegens wanbetaling binnen de wettelijke grenzen blijft (van bv. art. 1907 lid 3 OBW)251; banken durven daar wel vaker tegen te zondigen.

I.II.C.1.a.1.c) Inroepbaarheid van wijzen van tenietgaan van de verzekerde schuld

Volgens art. 9.1.12 en 9.1.14 lid 1 BW is verder het voortbestaan van de verbintenis van de borg afhankelijk van het voortbestaan van de hoofdverbintenis en kan de borg dus alle excepties inroepen met betrekking tot het voortbestaan van de gewaarborgde verbintenis. De borg kan zich dus beroepen op het tenietgaan van de hoofdschuld (de schuldvordering of het geheel van de schuldvorderingen tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht strekt) door om het even welke reden (zgn. tenietgaansaccessoriteit). Zoals gezegd is deze regel dwingend bij persoonlijke zekerheden gesteld door een consument jegens een professioneel (art. 9.1.43 lid 3 BW).

De vraag of het tenietgaan van de gehoudenheid van een hoofdelijke medeborg enig gevolg heeft, wordt behandeld onder 3.d.

I.II.C.1.a.1.c.i. Betaling

Dit geldt op de eerste plaats bij betaling en inbetalinggeving[252].

De borg kan er zich bv. ook op beroepen dat de schuldeiser de binnengekomen betalingen op onjuiste manier heeft toegerekend op de schulden[253]; daarbij is het wel zo dat indien niet alle schulden gedekt zijn, betalingen in het algemeen eerst op de niet verzekerde schuld mogen worden toegerekend; dit is niet het gevolg van de toepassing van de regels inzake toerekening van

251 Cass. 9 maart 2012, C.10.0330.F, *Immobilière ADI / Credimo*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120309.5.

252 Bij een inbetalinggeving van een schuldvordering (een cessie *solvendi causa*) is de hoofdschuld en dus ook die van de borg in beginsel verminderd tot beloop van het nominaal bedrag van de in betaling gegeven schuldvordering, zie Cass. 29 juni 2000, C.98.0397.N, *Ets. Rosseel*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2000:ARR.20000629.4 = *Arr.* 2000, 1238 nr. 418 = *RW* 2000-2001, 1239 = *TBH* 2000, 496 noot B.D. = *JT* 2001, 684.

253 Bv. HvB Bergen 13 februari 2003, *JT* 2004, 764: de schuldeiser had de betalingen eerst toegerekend op een investeringskrediet, en niet op het kaskrediet waarop een veel hogere rente liep; deze toerekening werd abusief geacht door het Hof.

betaling, maar volgt uit de aard van de borgtocht (nl. dat de hoofdschuld gedekt wordt tot een bepaald maximum)[254].

De borg is slechts bevrijd in zover de schuldvordering daadwerkelijk is uitgedoofd; blijkt achteraf dat de schuldvordering niet is uitgedoofd, bv. omdat de inbetalinggeving wordt vernietigd of ontbonden[255], of omdat de betaling die de schuldenaar deed met succes werd aangevochten door diens andere schuldeisers (aanvechting handelingen uit verdachte periode, *pauliana* e.d.) en dus door de schuldeiser-ontvanger moet worden terugbetaald aan de boedel van de hoofdschuldenaar, dan is ook de borg niet bevrijd[256].

Ook wanneer de betaling gebeurt door een derde die gesubrogeerd wordt in de schuldvordering, is de schuld niet uitgedoofd en de borg in beginsel niet bevrijd[257].

I.II.C.1.a.1.c.ii. In het bijzonder schuldvergelijking

De schuldvergelijking vereist een nadere uitleg, waarbij we twee situaties onderscheiden:
- Schuldvergelijking met een schuld van de schuldeiser jegens de hoofdschuldenaar;
- Schuldvergelijking met een schuld van de schuldeiser jegens de borg zelf.

(1) Schuldvergelijking met een schuld van de schuldeiser jegens de hoofdschuldenaar

Wat de schuldvergelijking betreft, kan de borg er zich op beroepen dat de schuld van de hoofdschuldenaar (geheel of ten dele) is tenietgegaan door schuldvergelijking met een schuld van de schuldeiser jegens de hoofdschuldenaar (vgl. art. 5.258 lid 1 BW, voorheen 1294 I OBW), ook al roept de hoofdschuldenaar zelf de schuldvergelijking niet in[258].

Of de borg zich ook op schuldvergelijking kan beroepen wanneer de schuldeiser er afstand van doet door de tegenvordering (de zgn. "passieve schuldvordering", zie de bespreking bij schuldvergelijking in *Zekerheden- en Insolventierecht* V.VI.E) te betalen aan de hoofdschuldenaar, wordt verder (bij de dekking) besproken.

De vraag rijst of de borg zich erop kan beroepen dat de hoofdschuldenaar of de schuldeiser eenzijdig tot schuldvergelijking zou kunnen overgaan, terwijl deze dat niet doet; deze regel bestaat in rechtsstelsels waar de schuldvergelijking niet van rechtswege intreedt maar door verklaring[259].

---

254 Cass. 5 februari 1998, *Arr. cass.* 1998 nr. 73 = *Pas.* 1998, I, 182, nr. 73 = *TBH* 1998, 754 en bijhorend artikel A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, 'Le cautionnement partiel: un accessoire gênant', *TBH* 1998, 719-723. In dezelfde zin S. RUTTEN, *De betaling, juridische aard en rechtsgevolgen* (Antwerpen: Intersentia 2011), 244 nr. 299; R. JANSEN, 'De rol van de wilsautonomie bij de persoonlijke zekerheidsrechten', in R. Feltkamp (ed.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?,* nr. 10.

255 Dat de ontvanger toch uitwinning van het goed moet ondergaan daarentegen, doet de borgtocht niet herleven, zie art. 9.1.33 BW (voorheen 2038 OBW) *in fine*.

256 Zie evenwel art. 9.1.33 BW (voorheen 2038 OBW) ("In geval van inbetalinggeving is de borg bevrijd, al wordt het ontvangen goed naderhand tegen de schuldeiser uitgewonnen"). Deze regel is niet van dwingend recht, de schuldeiser die iets in betaling ontvangt kan dus voorbehoud maken: Cass. 29 juni 2000, C.98.0397.N, *Ets. Rosseel*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2000:ARR.20000629.4 = *Arr.* 2000, 1238 nr. 418 = *RW* 2000-2001, 1239 = *TBH* 2000, 496 noot B.D. = *JT* 2001, 684; M. VAN QUICKENBORNE , *Borgtocht*, 369 nr. 698.

257 M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 364 nr. 685.

258 Bv. HvB Bergen 5 februari 1991, *JLMB* 1991, 953 = *R.Not.B.* 1992, 541.

259 Uit Art. 2:103 (5) *juncto* de daaraan voorafgaande (1) tot (4) van boek IVG DCFR volgt dat volgens die modelwet, zolang de hoofdschuldenaar of de schuldeiser gerechtigd is tot schuldvergelijking over te gaan door eenzijdige verklaring, en dat niet doet, de borg gerechtigd is betaling te weigeren. In het Nederlandse recht heeft de

Naar Belgisch recht kan de verrekening door eenzijdige verklaring intreden wanneer de actieve schuldvordering van de persoon die de schuldvergelijking inroept reeds vaststaand en opeisbaar is, maar de schuldvordering van de wederpartij (passieve schuldvordering) nog niet, en hij afstand doet van het voordeel van de termijn en/of niet inroept dat deze niet vaststaand is (zie in *Zekerheden- en Insolventierecht* V.VI.E. de bespreking van de vereisten voor schuldvergelijking) [260]. Kan de borg dan de exceptie van schuldvergelijking inroepen ?
- Het feit dat de hoofdschuldenaar in die omstandigheden zou kunnen overgaan tot schuldvergelijking kan dus door de borg niet als exceptie worden ingeroepen tegen de schuldeiser die de hoofdschuldenaar reeds heeft betaald; het was immers niet de schuldeiser die had kunnen verrekenen.
- Wanneer omgekeerd de schuldeiser op die wijze zijn actieve schuldvordering zou kunnen betalen met een nog niet opeisbare maar wel reeds betaalbare schuldvordering van de hoofdschuldenaar (als "passieve schuldvordering", zie de bespreking bij schuldvergelijking in V.VI.E.), is het antwoord minder evident. De schuldeiser heeft jegens de borg wel zeker het recht een disconto op de passieve schuldvordering in rekening te brengen, maar naargelang de omstandigheden kan het in hoofde van de schuldeiser strijdig zijn met de goede trouw (rechtsmisbruik) om zijn actieve schuldvordering niet te verrekenen met de aldus verdisconteerde passieve schuldvordering.

Voorbeeld: Schuldeiser X heeft het recht om nu betaling van 1000 euro te verkrijgen van hoofdschuldenaar Y en is zelf betaling van 1000 euro verschuldigd aan Y over drie maanden. Indien X nu borg B doet betalen, heeft B een verhaal op Y. Weliswaar kan B o.m. de schuldvordering van Y op X *ad* 1000 euro (opeisbaar over 3 maanden) in beslag nemen, maar in tegenstelling tot schuldvergelijking door X verschaft hem dit geen voorrangspositie jegens andere schuldeisers van Y. X kan B dus niet subrogeren in zijn verrekeningsmogelijkheid. Dit kan rechtsmisbruik door X vormen, in welk geval X borg B enkel kan aanspreken voor de gederfde interest op 1000 euro gedurende 3 maanden.

(2) Schuldvergelijking met een schuld van de schuldeiser jegens de borg zelf

De borg kan daarnaast natuurlijk ook schuldvergelijking inroepen met een schuld die de schuldeiser jegens hem heeft[261], maar dat betreft dan een beëindiging van de borgtocht die losstaat van de beëindiging van de verzekerde schuld, zie dus *infra* 7.

I.II.C.1.a.1.c.iii. Kwijtschelding

Ontslag of kwijtschelding door de schuldeiser komt de borg ten goede (art. 5.251 lid 1 BW, voorheen 1287 lid 1 OBW); ook de gedeeltelijke afstand in het kader van een dading.

Een kwijtschelding jegens een schuldenaar door het instemmen van de schuldeiser met een minnelijke aanzuiveringsregeling komt ook automatisch ten goede aan de borg (door toepassing van art. 5.251 lid 1 BW)[262]. Deze interpretatie blijkt uit het feit dat de vervolging van persoonlijke

---

borg (inb. zakelijke borg) een opschortingsrecht volgens art. 6:139 NBW wanneer de schuldeiser tot verrekening bevoegd is doch daar niet toe overgaat, maar niet wanneer de hoofdschuldenaar niet tot verrekening overgaat.

260 Zie nader mijn *Zekerheden- en insolventierecht*, uitgave 2024, https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/insolventierecht2024.pdf, 890 e.v., i.h.b; 923-924.

261 O.a. H. DE PAGE, *Traité* VI, 880 nr. 895; M. VAN QUICKENBORNE , *Borgtocht*, 299 nr. 567.
Voor het Franse recht Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires* (2008), 762 nr. 760-761. Voor Nederland B. WESSELS, *Verrekening*, 8.

262 Cass. 29 mei 2015, C.14.0275.N, *KBC / 't Heidenhof*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2015:ARR.20150529.5 = *RW* 2015-16, 620 = *RW* 2016-17, 307 =*Pas*. 1405; eerder reeds F. T'KINT, *Sûretés* (2004) nr. 748 d.

zekerheden wordt opgeschort vanaf de beschikking van toelaatbaarheid van een collectieve schuldenregeling en zolang nog een minnelijke aanzuiveringsregeling nog tot de mogelijkheden behoort (art. 1675/7 § 2 III GerW)[263]. Of een minnelijke regeling geldt als een (gedeeltelijke) kwijtschelding in de zin van art. 5.251 BW blijft van belang voor de zakelijke borg s.s., op wie art. 5.251 BW wel van toepassing is, ook al zou art. 1675/7 § 2 III niet gelden voor zakelijke borgen s.s.[264].

Merkwaardig genoeg geldt die regel dan weer niet wanneer in het kader van een gerechtelijke reorganisatie een minnelijk akkoord of een collectief akkoord wordt gesloten. Daar kan de borg enkel terugvallen op de regeling voor zelfstandige bevrijding van een consumentenborg wegens onevenredigheid, hoger besproken.

I.II.C.1.a.1.c.iv. Andere wijzen van tenietgaan

Dit geldt ook bij:
- schuldvernieuwing (novatie)[265] ((voor de vraag in welke mate een rekening-courant een schuldvernieuwing met dit gevolg inhoudt, zie de bespreking van de rekening-courant verder in I.II.C.1.b.4.b)i(2));
- schuldvermenging;
- ontbinding[266], overmacht[267], e.d.m.

De borg kan zich volgens art. 9.1.15 BW beroepen op het gezag van gewijsde van een voor de schuldeiser negatieve rechterlijke uitspraak[268] (het omgekeerde geldt niet, zie *infra* 2° en onder c.) en de bevrijding van de hoofdschuldenaar ingevolge een gedingbeslissende eed (art. 8:37 BW). Art. 9.1.15 is een *lex specialis* voor borgtocht, en gaat in tegen de algemene regel dat een gewijsde zowel een niet-gedingpartij tegen een gedingpartij als door een gedingpartij tegen een niet-gedingpartij slechts kan worden ingeroepen als feitelijk vermoeden (en het gezag van gewijsde dus

263 Voor de wijziging van deze bepaling door de WCSR-II werd door sommige auteurs verdedigd dat art. 1287 OBW niet speelde en dat de toepassing ervan de kansen op een minnelijke regeling verminderde - zo bv. E. DIRIX & A. DE WILDE, 'Materieelrechtelijke aspecten van de collectieve schuldenregeling', in E. Dirix & P. Taelman, *Collectieve schuldenregeling in de praktijk* (Antwerpen: Intersentia 1999), (17) 68 nr. 90.

264 In een arrest HvB Brussel 22 november 2010, *RW* 2011-2012, 318 wordt gesteld dat de kwijtschelding in het raam van een minnelijke regeling niet ten goede komt aan de zakelijke borg, maar het arrest is erg verward gemotiveerd: het verwart minnelijke en gerechtelijke regeling en het verwart eveneens de kwijtschelding van de hoofdschuldenaar die toen verschoonbaarheid heette met conventionele kwijtschelding. Intussen besliste het Hof van cassatie dat de kwijtschelding van het toenmalige art. 1287 (O)BW, die ook speelt bij een minnelijke aanzuiveringsregeling, wel degelijk geldt voor de zakelijke borg: Cass. 29 mei 2015, C.14.0275.N, *KBC / 't Heidenhof*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2015:ARR.20150529.5 = *RW* 2015-16, 620 = *RW* 2016-17, 307 =*Pas.* 1405, verbreking van HvB Brussel 3 januari 2014.

265 Zie bv. HvB Luik 22 oktober 1973, *JL* 1973-74, 81, heropening der debatten, gevolgd in dezelfde zaak door HvB Luik 14 februari 1980, *JL* 1979-80, 145: hier was de borg gesteld voor de aankoop van een bepaalde wagen en werd deze aankoop zonder het akkoord van de borg vervangen door een andere. *A contrario* HvB Brussel 6 november 1980, *BRH* 1981, 276, geval waarin de borg gebonden was omdat hij had ingestemd.
Een loutere wijziging van de modaliteiten van het krediet, waarbij de verplichtingen niet verzwaard worden, is geen schuldvernieuwing: HvB Gent 10 juni 2009, *DAOR* 2010, 288 noot S. WEYDTS 'Niet-kosteloze persoonlijke zekerheidsstellers'. Vgl. ook HvB Luik 30 september 2005, *JLMB* 2006, 861.

266 Wanneer de schuldeiser de overeenkomst ontbonden heeft op een wijze die niet strookt met de eisen gesteld in het uitdrukkelijk ontbindend beding, zodat de overeenkomst niet ontbonden is, dan kan ook de borg niet inroepen dat de overeenkomst ontbonden is en hij slechts gehouden is tot de verbintenissen die uit de ontbinding voortvloeien: Cass. 11 mei 2012, C.10.0705, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120511.1.

267 Bv. Cass. 13 mei 1996, *Arr.* 170 = *Pas.* I 455 = *JTT* 1997, 50

268 Onder het oude recht bv. F. T'KINT, *Sûretés* (2004) nr. 748 e. Deze regel is dwingend bij persoonlijke zekerheden gesteld door een consument jegens een professioneel (art. 9.1.43 lid 3 BW).

géén "positieve werking" heeft)[269]. De Raad van State bekritiseerde deze bepaling, maar er werd geoordeeld dat dit in dit specifieke geval omwille van het accessoire karakter van de borgtocht gerechtvaardigd was; wellicht is de wetgever te licht omgesprongen met de kritiek van de Raad van State op dit punt. Bovendien is de regel dwingend bij persoonlijke zekerheden gesteld door een consument jegens een professioneel (art. 9.1.43 lid 3 BW).

Bij sommige wijzen van tenietgaan is het wel zo dat er door die wijze van tenietgaan van de schuld van de hoofdschuldenaar een nieuwe schuld ontstaat dan wel de oude wordt omgezet in een nieuwe vorm, zo bv. de schuldvernieuwing die gepaard gaat met het ontstaan van een nieuwe schuld, de ontbinding wegens wanprestatie die een schuldvordering tot schadevergoeding doet ontstaan, de inbetalinggeving die verplichtingen m.b.t. de in betaling gegeven zaak doet ontstaan. De vraag rijst dan of de borg nog borg staat voor die nieuwe of gewijzigde schuld, d.i. of de nieuwe schuld ook onder de dekking valt; deze vraag wordt verder onder I.II.C.1.b. besproken.

I.II.C.1.a.1.c.v. Wijzen waarop de verzekerde schuld niet langer opeisbaar is, i.h.b. verjaring

Men moet evenwel nuanceren wanneer een exceptie maakt dat de schuld niet meer opeisbaar is, maar wel blijft bestaan (in die zin dat een betaling niet onverschuldigd is); in dat geval moet nagegaan worden of de grond voor niet-opeisbaarheid een persoonlijke exceptie is van de hoofdschuldenaar (en dus enkel deze ten goede komt) of niet (en dus door de borg kan worden ingeroepen); de persoonlijke excepties komen onder 3° ter sprake.

Wat de verjaring van de hoofdschuld betreft is duidelijk dat deze ook door de borg kan worden ingeroepen (zie wel onder 4° wat betreft afstand door de hoofdschuldenaar). Dit volgt nu ook uit art. 9.1.14 lid 1 BW volgens hetwelk de borg alle excepties met betrekking tot de afdwingbaarheid of het voortbestaan van de gewaarborgde verbintenis kan inroepen. Wanneer de verjaring tegen de borg wordt gestuit - bv. door dagvaarding - maar niet tegen de hoofdschuldenaar - die niet mee gedagvaard wordt -, kan de borg dus nog steeds bevrijd worden door de verjaring van de schuldvordering jegens de hoofdschuldenaar. Immers, de stuiting van de verjaring jegens de hoofdschuldenaar stuit ook deze tegen de borg, maar het omgekeerde geldt niet[270].

I.II.C.1.a.1.d) Inroepbaarheid van andere niet-persoonlijke excepties uit de valutaverhouding, met name de modaliteiten van de hoofdverbintenis

Volgens art. 9.1.12 en 9.1.14 lid 1 BW zijn verder de modaliteiten van de verbintenis van de borg afhankelijk van de modaliteiten van de hoofdverbintenis en kan de borg dus alle excepties inroepen met betrekking tot de modaliteiten van de gewaarborgde verbintenis.

Dat geldt dus onder meer voor opschortende termijnen en voorwaarden. De borg kan de termijn inroepen die geldt voor de hoofdschuld[271], en de termijnverlenging door de schuldeiser toegestaan. Voor de derde-bezitter wordt dit uitdrukkelijk bepaald in art. 97 HypW.

---

269 Cass. 8 maart 2024, C.23.0295.F, uitvoeriger besproken door P. TAELMAN, 'Is de ene wolk de andere niet ? Hoe verhoudt de bewijsrechtelijke werking van een gerechtelijke uitspraak zich met het aan die uitspraak verbonden gezag van gewijsde', *TPR* 2024, (789) 814 nr. 27-32.

270 Bv. HvB Antwerpen 19 december 2016, *RW* 2018-19, 430: H. DE PAGE, *Traité* VI, 883 nr. 901; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 185 nr. 349.

271 In beginsel ook nadat voor de hoofdschuldenaar het voordeel van de termijn vervallen is, i.h.b. door de faillietverklaring, zie de bespreking van het faillissement in *Zekerheden- en Insolventierecht* IX.

De borg kan ook afstand doen van die termijn[272] (bv. om schuldvergelijking toe te passen met een opeisbare schuldvordering van de borg zelf op de schuldeiser).

De borg kan ook de *exceptio non adimpleti contractus* inroepen zolang de hoofdschuldenaar dat kan, alsook zolang de hoofdschuldenaar de mogelijkheid heeft de overeenkomst te ontbinden wegens wanprestatie[273]. De borg zou zelf de ontbinding kunnen vorderen, met dien verstande dat de overeenkomst dan enkel in verhouding tot de borg als ontbonden geldt[274].

Men kan dit aspect van de accessoriteit "uitoefeningsaccessoriteit" noemen[275].

I.II.C.1.a.2° Ondanks een voor de hoofdschuldenaar bindende andersluidende beslissing

Het gezag van gewijsde van een voor de schuldeiser positief vonnis is relatief; een beslissing over de schuld die de hoofdschuldenaar bindt, is daarom nog niet bindend voor de borg die geen partij was in het geding (art. 9.1.15 BW *a contrario*)[276]. Dit geldt ook voor een beslissing tot aanvaarding van schuldvordering in het faillissement van de hoofdschuldenaar[277] en voor de rechtshandeling van definitieve aanvaarding van de schuldvordering door de curator[278].

Zoals hoger gezegd zou de borg zich omgekeerd wel kunnen beroepen op het gezag van gewijsde van een voor de schuldeiser negatief vonnis (nu art. 9.1.15 BW).

I.II.C.1.a.3° Uitzondering: niet-inroepbaarheid van de "persoonlijke excepties" van de hoofdschuldenaar.

De verweermiddelen die alleen de schuldenaar persoonlijk betreffen ("*exceptiones personales*") kunnen door de borg niet worden tegengeworpen aan de schuldeiser. Dit was reeds te lezen in art. 2036 OBW[279]), maar zonder concretisering[280]. De nieuwe bepaling van art. 9.1.14 BW is iets duidelijker: het gaat enkel om situaties waarin de opeisbaarheid van de hoofdschuld wordt uitgesteld of opgeschort, dan wel verminderd of tenietgedaan in het kader van een collectieve

---

272 K. SWINNEN, *Accesoriteit in het vermogensrecht* (Antwerpen: Intersentia 2014), nr. 299.

273 H. DE PAGE, *Traité* VI nr. 888; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 387 nr. 732.
Vgl. Art. IVG-2:103 DCFR (Debtor's Defences Available to the Security provider) (4)" *As long as the debtor is entitled to avoid the contract from which the secured obligation arises on a ground other than those mentioned in the preceding paragraph and has not exercised that right, the security provider is entitled to refuse performance.".*

274 M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 386 nr. 729.
Vgl. Cass. fr. (civ.) 20 december 1988, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007021319 = *Bull.civ.* I, 249 nr. 368 = *D.* 1989 *J.* 167 noot L. AYNÈS.

275 K. SWINNEN, *RW* 2013-14, (1043) 1047-1048.

276 Toelichting, 56. *Stukken Kamer* nr. 0261/001, 22. Onder het oude recht: H. DE PAGE, *Traité*, VI, 884 nr. 903.

277 Cass. 18 september 2008, C.07.0098.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20080918.1 = *JLMB* 2008, 1598 = *RW* 2009-2010, 196; HvB Antwerpen 13 maart 1989, *Pas.* 1989 II 238; HvB Bergen 21 mei 2013, *JLMB* 2014 noot C. BIQUET-MATHIEU.

278 HvB Bergen 21 mei 2013, *JLMB* 2014, 216.

279 In dezelfde zin Art. IVG-2:102 DCFR (Dependence of Security Provider's Obligation): "*(2) The security provider's obligation does not exceed the debtor's obligation. This rule does not apply if the debtor's obligations are reduced or discharged (...) (c) by virtue of law due to events affecting the person of the debtor."* Voor de weggelaten tekst, zie de bespreking van de gevolgen van de kwijtschelding voor de hoofdschuldenaar zelf in Deel IX.

280 Zie algemeen H. DE PAGE, *Traité*, VI nr. 905; P.A. FORIERS, 'Les sûretés personnelles – Développements récents', in *Le droit des sûretés* (Brussel: Jeune barreau 1992), (149) 155-160.

procedure. Het "persoonlijk" karakter van deze verweermiddelen (en dus de niet-inroepbaarheid door de borg) is in recente decennia overigens ten dele afgezwakt of onder druk komen te staan.

I.II.C.1.a.3.a) Rechterlijke respijttermijnen

Art. 9.1.14 lid 3 bepaalt aldus uitdrukkelijk dat de borg zich niet kan beroepen op respijt of betalingsfaciliteiten door de rechter (niet: door de schuldeiser) toegekend aan de hoofdschuldenaar (art. 5.201 BW, voorheen 1244 OBW *c.q.* art. VII.107 § 1 WER voor consumentenkrediet *c.q.* art. VII.147/24 WER voor hypothecair krediet)[281].

Omgekeerd moet de borg die faciliteiten eerbiedigen bij zijn regres op de hoofdschuldenaar (art. VII.107 § 2 WER voor consumentenkrediet en VII.147/24 WER voor hypothecair krediet).

De borg kan wel aan de rechter voor zijn eigen schuld als borg een respijttermijn vragen (vgl. ook art. VII.107 § 3 WER voor consumentenkrediet en VII.147/24 WER voor hypothecair krediet).

I.II.C.1.a.3.b) Kwijtschelding van de gefailleerde hoofdschuldenaar

De bevrijding van de hoofdschuldenaar als gefailleerde (besproken bij faillissement) is een "gerechtelijke" kwijtschelding waarop de borg zich volgens art. 9.1.14 lid 3 BW niet kan beroepen (zie ook art. XX.175 WER)[282], ook al treedt die onder het huidige recht in beginsel automatisch in. De uitbreiding van de kwijtschelding naar de echtgenoot van de gefailleerde daarentegen valt niet onder die uitzondering.

Onder de gelding van art. 82 FaillW zoals ingevoegd bij Wet van 4 september 2002, doch weer afgeschaft bij Wet van 20 juli 2005, bestond er wel een regeling ten gunste van kosteloos gestelde borgtocht door natuurlijke personen, die gekoppeld was aan de verschoonbaarheid van de gefailleerde. In 2005 werd de mogelijke bevrijding van de borg daarvan echter losgekoppeld en zelfstandig geregeld in art. 73 en 80 FaillW, waarvan de nieuwe versies in Boek XX WER *supra* in I.I.C.3.b.) uitvoeriger werden besproken.

De borg die niet bevrijd wordt krachtens die regels, kan dus niet genieten van de kwijtschelding van de hoofdschuldenaar (maar enkel van een mogelijke bevrijding die hij persoonlijk zou verkrijgen na zijn eigen faillissement of een collectieve schuldenregeling die hij persoonlijk zou verkrijgen)[283].

I.II.C.1.a.3.c) Achterstelling in het faillissement van de hoofdschuldenaar

Dat een bepaalde schuldvordering achtergesteld wordt in geval van faillissement of zelfs niet geldend kan worden gemaakt jegens de boedel, zoals de interest op schuldvorderingen in de boedel tijdens de duur van het faillissement, of reeds verbeurde dwangsommen, verhindert niet dat wie zich daarvoor borg heeft gesteld, wel gehouden blijft.

I.II.C.1.a.3.d) Collectieve schuldenregeling van de hoofdschuldenaar

Bij een collectieve schuldenregeling voor de hoofdschuldenaar, komt behalve bij kwijtschelding die volgt uit een minnelijke aanzuiveringsregeling, de kwijtschelding na afloop van de

281 Zo onder het oude recht: H. DE PAGE, *Traité*, VI nr. 882 D; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Cautionnement en droit belge*, *RPDB CompL. V*, 172 nr. 192bis; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 176 nr. 331; E. DIRIX, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, (1) 23; F. T'KINT, 'Le cautionnement au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation', in *Le point sur le droit de sûretés*, Formation permanente CUP 2000, (5) 16.

282 Vergelijkbaar in het Franse recht Cass. Fr. (com.) 8 juni 1993, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007029011 = *Bull.Civ.* 1993 IV nr. 230

283 Hier is het Belgische recht in overeenstemming met het hoger aangehaalde Art. IVG-2:102 (2) DCFR.

gerechtelijke aanzuiveringsregeling of de totale kwijtschelding de borg in beginsel niet ten goede[284], evenmin als het uitstel dat wordt toegestaan tijdens de collectieve schuldenregeling. Het gaat hier eveneens om een "gerechtelijke" kwijtschelding in de zin van art. 9.1.14 lid 3 BW. De gevallen waarin de borg zelfstandig opschorting en bevrijding kan verkrijgen, werden hoger reeds besproken voor persoonlijke zekerheden in het algemeen.

Zo ook kan de borg of zakelijk borg zich er niet op beroepen dat de loop van de interest van de schuld van de hoofdschuldenaar geschorst wordt tijdens de collectieve schuldenregeling (ook in die gevallen waarin de hoofdschuldenaar een hypotheek heeft verleend)[285].

I.II.C.1.a.3.e) Gerechtelijke reorganisatie van de hoofdschuldenaar

De opschorting in het raam van een procedure van gerechtelijke reorganisatie toegestaan aan de schuldenaar, komt de borg evenmin ten goede[286], behalve in de gevallen waar deze zelfstandig bevrijding kan verkrijgen (hoger besproken). Zoals gezegd, en een beetje incoherent, geldt dat zelfs bij een minnelijk akkoord of een collectief akkoord.

I.II.C.1.a.3.f) Verdwijnen van de hoofdschuldenaar

Niet duidelijk in Boek 9.1. is of het om een persoonlijke exceptie gaat wanneer de hoofdschuld na het aangaan van de borgtocht tenietgaat doordat de hoofdschuldenaar een rechtspersoon is die niet meer bestaat ingevolge vereffening (afsluiten faillissement of anderszins), of een natuurlijke persoon van wie niemand de nalatenschap heeft aanvaard. Weliswaar kan de borg zich in beginsel beroepen op het niet voortbestaan van de hoofdverbintenis, doch volgens art. 9.1.14 lid 1 enkel indien die exceptie inherent is aan de gewaarborgde verbintenis; men zou hieruit kunnen afleiden dat de borg dit niet kan inroepen, ook al valt het niet onder lid 2 (lid 2 vereist immers voor de niet-inroepbaarheid dat de borg van het niet-bestaan kennis had bij het aangaan van de borgtocht).

I.II.C.1.a.3.g) Niet-tegenwerpelijkheid aan de boedel van de hoofdschuldenaar

Onder het oude recht besliste het Hof van Cassatie dat de niet-tegenwerpelijkheid aan de boedel van de gefailleerde hoofdschuldenaar van betalingen die de gefailleerde zelf na faillietverklaring zou hebben ontvangen (zodat de wederpartij geen terugbetaling kan vorderen van de boedel) (art. XX.110 WER), een exceptie is die enkel door de curator kan worden ingeroepen en dus niet door de borg[287]. Voordien was er wel rechtspraak onder de oude Faillissementswet (art. 444) die besliste dat de borg wel de nietigheid kon inroepen van een betaling die pas na het faillissement van de hoofdschuldenaar door een gedelegeerde (bank) is verricht, ook al gebeurde dat in onwetendheid van het faillissement (niet-tegenwerpelijkheid die volgt uit art. XX.111 WER); dit was relevant in de mate waarin die betaling een schuld doet ontstaan van de hoofdschuldenaar,

---

284 Vgl. K. CREYF, 'De gevolgen voor de borg of de echtgenoot bij bevrijding of kwijtschelding van schulden in het insolventierecht', *RW* 2002-2003, (441) 443-444. Hier is het Belgische recht in beginsel in overeenstemming met het hoger aangehaalde Art. IVG-2:102 (2) DCFR, maar de regel kent dus belangrijke uitzonderingen.

285 Cass. 27 oktober 2023, C.22.0136.F, *Europabank / D.,* https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20231027.1F.4/ = *JT* 2023, 678 = *TIBR* 2025/1 RS 30.

286 Art. 54 § 2 WER. Voordien art. 57 V en 70 laatste lid WCO, en voordien hetzelfde in de procedure van gerechtelijk akkoord (A. CUYPERS, *Kredieten en zekerheden bij faillisement en gerechtelijk akkoord* (Antwerpen: Kluwer 1998), 29 nr. 28 v.; HvB Luik 1 april 2003, *RRD* 2003, 287). Ook hier is het Belgische recht in overeenstemming met het hoger aangehaalde Art. IVG-2:102 (2) DCFR.

287 Cass. 19 november 2020, C.19.0584.F, *SCICC / gemeente Sprimont*, https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20201119.1F.1/.

waarvoor de borg werd aangesproken; de borg wil die nietigheid inroepen om niet gehouden te zijn tot betaling van het daardoor veroorzaakte debetsaldo[288].

I.II.C.1.a.4° Uitzondering: afstand van excepties door de borg

De borg kan wel afstand doen van bepaalde excepties, zij het uitdrukkelijk, zij het impliciet doch ondubbelzinnig.

Een typisch voorbeeld van een impliciete afstand is het desbewust borg staan voor een handelingsonbekwame[289]; zoals gezegd wordt dit door de wetgever wel ingekleed als een persoonlijke exceptie (art. 9.1.14 lid 2, voorheen art. 2012 lid 2 OBW).

Hetzelfde geldt volgens 9.1.14 lid 2 BW wanneer men zich desbewust borg stelt voor:
- een onbevoegde hoofdschuldenaar, zoals een vennootschap met overschrijding van bevoegdheid[290];
- een niet-bestaande rechtspersoon. Dat geldt dus ook voor een borgstelling voor een verbintenis aangegaan door een organisatie die geen rechtspersoonlijkheid heeft (en om die reden geen schuldenaar kan zijn[291])

Men kan echter ook desbewust borg staan voor een verjaarde schuld of een schuld die vernietigbaar is wegens een wilsgebrek[292].

Als de borg van andere excepties uit de valutaverhouding afstand doet dan deze bedoeld in 9.1.14 lid 2 BW, dan is het geen borgtocht meer, maar een minstens ten dele onafhankelijke garantie (zie hoofdstuk I.VI), wat niet kan voor een consument jegens een professioneel. Is dat niet het geval en blijft de verbintenis gekwalificeerd als borgtocht, dan is een beding waarbij de borg er zich toe verbindt de schuld van de hoofdschuldenaar niet te betwisten, nietig[293].

I.II.C.1.b. Omvang van de dekking (mate waarin de verzekerde schuld verzekerd is)

I.II.C.1.b.1° Algemeen

---

288 HvB Antwerpen 13 maart 1989, *Pas.* 1989, II 238 (onder de oude FaillW, art. 444).

289 Voor de hier gegeven verklaring, vgl. E. WYMEERSCH, in *Liber amicorum Jan Ronse*, (655) 660; E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 274 nr. 413. Vgl. ook F. LAURENT, *Principes*, vol. XXVIII, 293 nr. 295; A. KLUYSKENS, *De Contracten* (Standaard uitgeverij (2) 1952), nr. 538.
Dezelfde regel vinden we in Art. IVG-2:103 (3): "*The security provider may not invoke the lack of capacity of the debtor, whether a natural person or a legal entity, or the non-existence of the debtor, if a legal entity, if the relevant facts were known to the security provider at the time when the security became effective.*" Vgl. ook meerdere andere rechtsstelsels, o.m. art. 850 Grieks BW, en nog verdergaand § 1352 Oostenrijks ABGB.

290 F. T'KINT, *Sûretés* (2004) nr. 743.
In Cass. fr. (1. civ.) 27 april 1976, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007072832 = D. 1976 *Inf.Rap.,* 198, werd beslist dat de borgen die partij zijn bij die overeenkomst de nietigheid niet kunnen inroepen.

291 Art. IVG-2:103 (3) DCFR, in vorige voetnoot.

292 H. DE PAGE, *Traité VI* 843, nr 860 en 876, nr 889; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht,* 392, nr. 741; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *in RPDB,* 142, nr 34.
Contra Fr. LAURENT, *Principes*, 146, nr 136.

293 HvB Bergen 21 mei 2013, *JLMB* 2014, 216. Zie C. BIQUET-MATHIEU & S. NOTARNICOLA, in *Sûretés et procédures collectives*, 25; HvB Brussel 17 oktober 1986, *TBBR* 1989, 150 met op dit punt afkeurende noot Chr. DALCQ.

Aangezien de borg niet noodzakelijk voor alle schulden van de hoofdschuldenaar borg staat (zie ook art. 9.1.13 lid 3 BW[294]), wordt de borgtocht dus ook bepaald en beperkt door de mate waarin de schuld van de hoofdschuldenaar door de borgtocht gewaarborgd / verzekerd wordt ("dekking").

Daarbij dienen hoofdzakelijk twee situaties te worden onderscheiden:
- enerzijds de borgtocht beperkt tot één of meer bestaande schulden (nader besproken onder I.II.C.1.b.2°);
- anderzijds de borgtocht die ook geldt voor alle of sommige toekomstige schulden (nader besproken onder I.II.C.1.b.3° en 4°).

Anders gezegd, de dekking kan reeds gefixeerd zijn tot één of meer of alle bestaande schulden, dan wel niet gefixeerd maar "open" voor de dekking van nieuwe / toekomstige schulden, althans bepaalde toekomstige schulden (en daarmee ook open voor dekking van de verzwaring of vervanging van een gedekte bestaande schuld). Bij een dekking die reeds gefixeerd is daarentegen, kan deze slechts aangroeien met de accessoria van de bestaande gedekte schulden (zie I.II.C.1.b.2f).

De bepaling van de dekking geschiedt door de interpretatie van de borgtochtovereenkomst. Voor deze interpretatie gelden de gemeenrechtelijke regels (art. 5.65 v. BW) met enkele belangrijke nuances en mist eerbiediging van enkele dwingende wettelijke beperkingen.

a) Is de borgtochtovereenkomst aangegaan in uitvoering van een wettelijke verplichting[295] tot zekerheidsstelling, dan wordt vermoed dat deze de dekking verleent die de wet vereist.

Dit geldt bv. in beginsel voor de gevallen waar het bestuursrecht, onder meer ook het Europees recht, een specifieke borgstelling (of soms een onafhankelijke garantie) eist tot zekerheid van verplichtingen die een partij jegens de overheid aangaat in ruil voor een subsidie, vergunning, e.d.m. De door die borg (vaak een bank) verleende dekking wordt dan in beginsel bepaald door de (uitleg van de) wettelijke bepaling; vaak wordt een beperkende uitleg gehanteerd, bv. bij vrijgave van een borg gesteld voor verplichtingen aangegaan in ruil voor subsidies of restituties in het kader van het Europees landbouwbeleid[296].

De wetsbepalingen die een borgstelling voorschrijven zijn daarbij niet steeds even duidelijk over de vereiste dekking (d.i. welke schulden gedekt moeten zijn). Zie bv. de vele betwistingen over de oude bepalingen inzake de borgstelling vereist voor vervoerders van zaken over de weg (art. 18 en 21 KB 18 maart 1991; deze bepaling werd later vervangen door de meer expliciete bepaling van art. 17 van het KB van 7 mei 2002 betreffende het vervoer van zaken over de weg[297] en vervolgens door het daarmee gelijkluidende art. 15 van het KB van 22 mei 2014 betreffende het goederenvervoer over de weg).

Ook over de draagwijdte van een voltooiingswaarborg gesteld door een financiële instelling tot zekerheid van de verbintenis tot voltooiing van bouwwerken uit een overeenkomst met een bouwpromotor of aannemer die onder de

294 "De borgtocht kan worden aangegaan voor slechts een gedeelte van de gewaarborgde verbintenis en onder minder bezwarende voorwaarden".

295 Bv., behalve de hieronder genoemde gevallen, voor aannemers aan wie een overheidsopdracht is gegund. Zie onder meer art. 25 en v. KB 14 januari 2013 AUR overheidsopdrachten en concessies (zoals meermaals gewijzigd).

296 Zie HvJ 25 september 1984, *Karl Konecke GmbH&Co /BALM*, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-117/83 (betreffende de opslagsteun van Vo. 1071/68; Cass. 10 mei 2013, C.10.0697.N, *BIRB / KBC*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20130510.1 (betreffende art. 4 van Vo. 2220/85)

297 Voor de interpretatie van de regel dat de borgtocht enkel geldt voor schulden die opeisbaar werden in de 365 dagen die de datum van aanspraak op de borgtocht voorafgaat, zie Cass. 13 oktober 2011, C.10.0503.N, *KBC / Grarage Bielen*,.be/content/ECLI:BE:CASS:2011:ARR.20111013.11 = *RW* 2012-13, 558.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

wet-Breyne valt is er soms discussie. De voltooiingswaarborg moet de voltooiing dekken van de werken zoals ze contractueel zijn overeengekomen[298]; moet bij een kavel in een gebouw of groep van gebouwen ook de voltooiing dekken van de gemeenschappelijke gedeelten van het gebouw (zo het om een appartementsgebouw gaat of een ander gebouw dat onder die regeling valt)[299], zowel het ontbreken van uitvoering als een gebrekkige uitvoering die de voltooiing verhindert[300]; maar niet de schadevergoedingsplicht wegens laattijdige uitvoering, wegens gebreken na voltooiing[301] of gevolgschade bij gebrekkige uitvoering[302]. Betwist is of de waarborg ook geldt bij ontbinding of vernietiging van de overeenkomst, in die zin dat deze ook de schadevergoeding bovenop ontbinding zou dekken en niet enkel terugbetaling van de betaalde sommen[303]. Is er een voltooiingswaarborg gesteld in zo'n kader, dan wordt deze in beginsel ook in die zin uitgelegd (tenzij uitdrukkelijke anders is bepaald)[304].

Er kan ook (persoonlijke of zakelijke) borg worden gesteld in toepassing van art. 114 en volgende Sv. om de voorlopige invrijheidstelling te verkrijgen. Art. 121 Sv. verleent aan de Staat een voorrecht op de bij de Deposito- en Consignatiekas gestorte borgsom en dit tot zekerheid van de boeten, de gerechtskosten gemaakt door het openbaar ministerie en de burgerlijke partij, en de schadevergoeding aan de burgerlijke partij. Het is niet duidelijk of dat ook geldt wanneer de borgsom door een derde is betaald dan wel enkel voor de borgsom betaald door de schuldenaar.

Dat een borgtocht wordt verleend in uitvoering van een wettelijke verplichting van de hoofdschuldenaar die achteraf gezien niet gold of ongeldig wordt verklaard, doet geen afbreuk aan het feit dat er een borgtocht is gesteld; de verbintenis van de borg zelf blijft natuurlijk een contractuele verbintenis[305].

b) De interpretatie van de dekking geschiedt voor het overige restrictief: *natura fideiussionis sit strictissimi iuris et non durat vel extendatur de re ad rem, de persona ad personam, de tempore ad tempus* (borgtocht wordt beperkend uitgelegd en niet uitgebreid van een zaak naar een andere, van een persoon naar een andere, van een periode naar een andere). Dit wordt mede afgeleid uit art. 9.1.6 (voorheen 2015 OBW) *in fine* ("(de borgtocht) mag zich niet verder uitstrekken dan de grenzen waarbinnen zij is aangegaan")[306]. Volgens een cassatiearrest van 19 mei 2016 betekent dit dat de borgtocht slechts strekt tot tot zekerheid van verbintenissen die de borg redelijkerwijze kan voorzien bij het sluiten van de borgtocht[307], een regel die nu als dwingende regel is ingevoerd voor de omnibus-borgtocht in art. 9.1.17 BW (zie *infra* I.II.C.1.b.4).

---

298 Vgl. kh. Antwerpen 21 januari 1982, *T.Aann.* 1983, 211 noot M. DEVROEY; kh. Veurne 16 februari 2005, *NjW* 2006, 809; M. MUYLLE, '100 % Waarborg van Wet Breyne', *NjW* 2006, (774) 782.

299 Dit volgt uit de bewoordingen van het Uitvoeringsbesluit (KB 21 oktober 1971) art. 4 lid 1 en is niet strijdig met de Wet zelf. Zie HvB Brussel 18 maart 1986, *Pas.* 1986, II 96; kh. Veurne 16 februari 2005, *NjW* 2006, 809; B. CHAMPION, 'Borgtocht en voltooiingswaarborg: een merkwaardig verschil', *Notarius* 1994(2), 37-38; D. MEULEMANS, 'De Woningbouwwet', *Liber amicorum Paul de Vroede* (Antwerpen: Kluwer 1994), (1088) 1102 nr. 53; M. MUYLLE, *NjW* 2006, (774) 776-777, met verwijzingen; Rb. Brussel (Nl) 21 oktober 2022, *TBO* 2023, 118; Rb. Brussel 14 maart 2024, *T.App.* 2024, 74 noot Ch. WILLEMOT, 'De VME kan de voltooiingswaarborg van de individuele kopers inroepen tegen de bank maar moet de contractuele voorwaarden wel respecteren'.

300 Rb. Brussel (Nl) 21 oktober 2022, *TBO* 2023, 118.

301 Bv. kh. Veurne 16 februari 2005, *NjW* 2006, 809.

302 Rb. Brussel (Nl) 21 oktober 2022, *TBO* 2023, 118.

303 Wel bij ontbinding volgens kh. Antwerpen 21 januari 1982, *T.Aann.* 1983, 211 met op dit punt afkeurende noot M. DEVROEY; ook niet volgens D. MEULEMANS, *Liber amicorum Paul de Vroede*, (1088) 1102 nr. 53.

304 Zo bv. kh. Antwerpen 21 januari 1982, *T.Aann.* 1983, 211.

305 Cass. 2 september 2021, C.21.0013.N, *BNPPF / ATC*, https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210902.1N.5 = *RW* 2021-22, 1184.

306 Zie bv. Rb. Antwerpen 26 april 2011, *RW* 2013-14, 950 (zaakvoerder die meetekent voor de verplichting een huurwaarborg te verstrekken stelt zich daarmee nog niet borg voor alle huurverplichtingen van de vennootschap).

307 Cass. 19 mei 2016, C.15.0320.N, *R.S./KBC Bank*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160519.4 = *TBH* 2017 noot M. SERVAIS 'De voorzienbaarheid van de schulden als nieuwe geldigheidsvoorwaarde voor de

Nochtans zijn er een aantal gevallen waarin de interpretatie toch niet zo restrictief is, zoals het hieronder besproken cassatiearrest van 16 september 2013 bij huur.

c) Bij een zakelijke borgtocht (zowel s.s. als s.l.) wordt de dekking daarnaast natuurlijk ook nog beperkt tot de waarde van het bezwaarde goed.

I.II.C.1.b.2° Borgtocht beperkt tot één of meer bestaande schulden, al dan niet nader beperkt

Hoewel boek 9.1. de omgekeerde volgorde hanteert, lijkt het logisch eerst het eenvoudige geval te bespreken, waar de borgtocht beperkt is tot één of meer bestaande schulden van de hoofdschuldenaar jegens de aangeduide schuldeiser (geregeld door art. 9.1.20 BW), vooraleer de borgtocht voor toekomstige schulden te bespreken (art. 9.1.16-9.1.19 BW). Er rijzen nl. bijkomende vragen in verband met zgn. toekomstige schuld(vordering)en, die onder 3° en 4° worden besproken. Bovendien is het zo dat er ook bijkomende vragen rijzen bij de borgtocht voor bepaalde schuld(vordering)en die goederenrechtelijk traditioneel als *bestaande* schuldvorderingen werden beschouwd (dus geen toekomstige schuldvorderingen in enge zin, maar wel in een ruimere zin), maar nog niet opeisbaar zijn, in het bijzonder de vraag of de borg door opzegging of door de beperking van de dekking tot een bepaalde periode ontsnapt aan de gehoudenheid voor die schulden.

We bespreken dus eerst de borgtocht voor bestaande schulden, alsook de accessoria ervan.

I.II.C.1.b.2.a) "Bestaande schuld":

De wet verduidelijkt niet wanneer een gewaarborgde verbintenis een bij het aangaan van de borgtocht "bestaande" of "toekomstige" verbintenis betreft. We proberen dit dan ook te bepalen aan de hand van rechtspraak en rechtsleer. Wel volgt uit art. 9.1.46 BW dat niet elke schuld die uit een bestaande overeenkomst voortvloeit als bestaande schuld wordt beschouwd.

Bestaande schulden zijn mijns inziens schulden die reeds ontstaan zijn uit een bestaande rechtsverhouding en
- opeisbaar zijn, of
- opeisbaar op termijn, zonder dat daartoe een voorwaarde moet zijn vervuld; of
- opeisbaar zijn na de vervulling van een opschortende voorwaarde die niet bestaat uit een tegenprestatie of het doorlopen van de overeenkomst; of
- opeisbaar zijn na de levering van een tegenprestatie, wanneer de beide verbintenissen reeds bepaald zijn en niet door een opzegging van de overeenkomst vervallen.

Voor consumentenborgtocht geldt een iets strengere regel, namelijk dat het een bestaande overeenkomst moet zijn die geen louter raamcontract is (art. 9.1.46 BW). De vraag rijst meer algemeen of schulden uit een louter raamcontract niet sowieso slechts toekomstige schulden zijn; bij een niet-consument moet dat mijns inziens echter *in concreto* worden beoordeeld.

Een strafrechtelijke boete is een schuld die ontstaat door het misdrijf en niet eerst door de veroordeling; een schuld uit onrechtmatige daad ontstaat zodra de schade is veroorzaakt.

Als toekomstige schulden bespreken we dan verderop in 3° en 4° dan naast schuld(vordering)en die nog niet zijn ontstaan ook schuld(vordering)en die

---

borgstelling?'.

- betrekking hebben op toekomstige termijnen of de prijs van toekomstige leveringen (van goederen of diensten) uit een overeenkomst van onbepaalde duur (die ontstaan naargelang de overeenkomst verderloopt); of
- afhankelijk zijn van een potestatieve voorwaarde (bv. een nog niet opgenomen bedrag van een kredietopening) (die ontstaan bij het vervullen van de voorwaarde);
- of als schuldvorderingen op de hoofdschuldenaar wel reeds bestaan in hoofde van een andere persoon dan de schuldeiser en later door de schuldeiser verkregen worden.

I.II.C.1.b.2.b) Mogelijk voor elke soort bestaande schuld

In beginsel kan men zich voor alle soorten schulden borg stellen, zowel geldschulden als andere verbintenissen tot geven, verbintenissen tot doen zowel als aansprakelijkheid wegens schending van een verbintenis om niet te doen, en dit ongeacht de bron[308]. Art. 9.1.4 BW bepaalt nu dan ook dat "een persoonlijke zekerheid betrekking (kan) hebben op om het even welke hoofdverbintenis".

Is een borgtocht voor alle bestaande schulden van de hoofdschuldenaar jegens de schuldeiser mogelijk?
- in het gemeen recht van de borgtocht is dit in beginsel geen probleem: het voorwerp is perfect bepaalbaar. Dit geldt *a fortiori* nu zelfs borgtocht voor alle bestaande en toekomstige schulden in ons recht in beginsel mogelijk is (zie verder in 4°). Dit sluit niet uit dat er aan deze borgtocht vaak een beperkende uitleg wordt gegeven, waardoor bv. enkel contractuele schulden gedekt zijn tenzij ook andere schulden uitdrukkelijk worden vermeld.
- wat betreft de borgtocht door een consument kan anders dan onder het oude recht de borgstelling wel betrekking hebben op alle bestaande schulden jegens de schuldeiser, zij het dat meestal wel beperkt zal worden door de interpretatieregels van art. 9.1.6 en 9.17 BW. (Wat kan inzake toekomstige schulden, wordt verderop onder 3° en 4° nader besproken.

Is de borgtocht niet voor alle schulden gesteld, maar voor een of meer bepaalde schulden, dan wordt ze niet uitgebreid *de re ad rem.*

I.II.C.1.b.2.c) Geplafonneerde en onbepaalde (niet geplafonneerde) borgtocht

I.II.C.1.b.2.c.i. Al dan niet vereiste plafonnering

Behalve indien er een nadere beperking van de dekking is aangegeven (bv. dat de gewaarborgde schuld maar tot een bepaald bedrag gedekt wordt), strekt de gehoudenheid van de borg zich uit tot de hele hoofdverbintenis (voor de accessoria, zie de bespreking onder f) - art. 9.1.20 § 1 BW (voorheen 2016 OBW). De borgtocht heet onbepaald of niet geplafonneerd of niet gelimiteerd (Fr. *cautionnement indéfini,* , ook *cautionnement non chiffré*).

Zoals gezegd moet er bij bepaalde vormen van borgtocht, ook van bepaalde duur, een geldelijk plafond zijn bepaald in de overeenkomst:
- bij persoonlijke zekerheden gesteld voor een consumentenkrediet (Boek VII WER), geldt de borgtocht maar voor het bedrag dat uitdrukkelijk is vermeld en is de borgtocht bij gebreke aan bedrag dus beperkt tot 0;

308 Dus ook voor verbintenissen uit onrechtmatige daad: Cass. 17 november 1954, *Pas.* 1955, I 244 = *JT* 1955, 140; Cass. 25 april 1966, *RCJB* 1989, 66 noot Chr. DALCQ.

- bij een borgtocht gesteld door een consument moet er ook bij een borgtocht beperkt tot bestaande schulden eveneens een maximumbedrag worden bepaald in de zekerheidsstelling (art. 9.1.46 lid 3 BW). Deze bepaling is dwingend[309].

De plafonnering kan ook inhouden dat de dekking bijkomend beperkt blijft tot een bepaald percentage van de bepaalde schuld (dekkingspercentage, bv. art. 5 § 3 Vlaams Waarborgdecreet, d.i. decreet waarborgregeling KMO's 6 februari 2004), wat de schuldeiser in zekere mate moet responsabiliseren (en dus het zgn. moreel risico (*'moral hazard'*) tegengaan).

I.II.C.1.b.2.c.ii. Interpretatie en uitwerking van de plafonnering

Wanneer een gedeelte van de gewaarborgde verbintenis wordt betaald, en de dekking beperkt is tot een bepaald bedrag (geplafonneerde of gelimiteerde borgtocht, *cautionnement limité*; art. 9.1.20 § 2 BW, voorheen 2013 lid 2 OBW), dan rijst de vraag welk effect dat heeft op dit plafond. Welnu, dan wordt dit plafond niet verminderd doordat de hoofdschuldenaar een deel van de schuld betaalt (*c.q.* een deel betaald wordt doordat hij uitgewonnen wordt). De betaling wordt in die zin eerst toegerekend op het niet gedekte gedeelte van de schuld (maar het is zoals reeds gezegd geen toerekening van betaling in de technische betekenis van het woord, maar een gevolg van de aard zelf van de borgtocht)[310].
- Dit is anders wanneer een medeborg een deel van de hoofdelijke schuld betaalt, vermits dat de borgschuld vermindert[311], ook wanneer de betaling voortvloeit uit de uitwinning van een zakelijke zekerheid die de medeborg heeft gesteld[312].

De gevolgen van de plafonnering voor de dekking van de accessoria (interest e.d.) wordt onder f) besproken.

I.II.C.1.b.2.c.iii. Dekking die varieert naargelang bepaalde voorwaarden worden vervuld

De overeenkomst kan ook bepalen dat de dekking wijzigt indien bepaalde gebeurtenissen zich voordoen. Meestal gaat het dan om een degressieve dekking, waarbij de dekking zakt naargelang de hoofdschuldenaar bepaalde resultaten bereikt (bv. voortgang van een bouwproject) (En. *Reducing or "Burn-Down" Guaranty*).

I.II.C.1.b.2.d) Wijzigingen in de persoon van de schuldeiser van de verzekerde schuld

Uit het accessoir karakter van de borgtocht volgt ook dat de borgtocht voor een bepaalde schuld blijft bestaan wanneer de desbetreffende schuldvordering van de schuldeiser op de hoofdschuldenaar overgaat op een nieuwe schuldeiser. Dit geldt:
- zowel wanneer die schuldvordering overgaat onder bijzondere titel (door cessie, subrogatie[313], als accessorium van een goed waarbij de schuldvordering kwalitatief is[314], of anderszins),

---

309 M.i. ook als de consument zich borg stelt jegens een niet-professionele schuldeiser, al is dit niet duidelijk in de wettekst bij samenlezing van art. 9.1.42 lid 3 en art 9.1.43lid 2 BW.

310 Toelichting, 56. *Stukken Kamer* nr. 0261/001, 20. onder het oude recht: Cass. 5 februari 1998, *Arr. cass.* 1998 nr. 73 = *Pas.* 1998, I, 182, nr. 73 = *TBH* 1998, 754 en bijhorend artikel A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, 'Le cautionnement partiel: un accessoire gênant', *TBH* 1998, 719-723. In dezelfde zin S. RUTTEN, *De betaling, juridische aard en rechtsgevolgen*, 244 nr. 299

311 Zie bv. HvB Bergen 5 september 2023, *BN / Fiducre*, *NjW* 2024, 285 noot Noor MENDONCK.

312 Zie bv. HvB Bergen 5 september 2023, *BN / Fiducre*, *NjW* 2024, 285 noot Noor MENDONCK.

313 Bij gedeeltelijke subrogatie heeft de gesubrogeerde zoals reeds gezegd voorrang op de subrogant (art. 5.223 BW,

- als wanneer dat gebeurt onder algemene titel.

Deze regel is niet dwingend, zodat de borg kan bedingen dat hij bevrijd is wanneer de schuldvordering overgaat (borgtocht *intuitu personae creditoris*); de rechtspraak legt dergelijke bedingen wel beperkend uit[315].

Overigens hoeft de borgtocht niet beperkt te zijn tot schulden jegens een bepaalde schuldeiser; ze kan ook alle schulden van een bepaalde aard van een schuldenaar jegens alle mogelijke schuldeisers dekken (het gaat dan uiteraard bijna altijd om een borgtocht die met de hoofdschuldenaar wordt overeengekomen).

I.II.C.1.b.2.e) Wijzigingen in de persoon van de hoofdschuldenaar van de verzekerde schuld

In beginsel is de borgtocht *intuitu personae debitoris*: de borgtocht wordt geacht te zijn aangegaan met het oog op de persoon van de hoofdschuldenaar en wordt niet uitgebreid naar schulden van een andere schuldenaar (*non extendatur de persona ad personam*). Verzekerd door de borgtocht zijn daarom slechts de schulden van die persoon.

Vandaar rijst de vraag wat er gebeurt als die persoon niet meer bestaat of niet meer gehouden is tot die schuld. Men moet een onderscheid maken tussen de overgang onder algemene titel en die onder bijzondere titel:
- De borg blijft gehouden tot de bestaande schulden bij overgang onder algemene titel, dus het overlijden van de hoofdschuldenaar, de opslorping van de hoofdschuldenaar door een andere rechtspersoon of de opsplitsing van de hoofdschuldenaar in meerdere rechtspersonen[316], of de inbreng van een bedrijfstak waartoe de hoofdschuld behoort;
- in andere gevallen waarin de persoon van de hoofdschuldenaar verandert doordat de schuld door een nieuwe hoofdschuldenaar onder bijzondere titel wordt overgenomen, is de borg van die schuld bevrijd. Dat geldt ook voor de zakelijke borg (s.s. zowel als s.l.)[317].
Het verdwijnen van de hoofdschuldenaar werd hoger nr. 86 reeds besproken: de borg blijft eveneens gehouden na de *vereffening* van de hoofdschuldenaar-rechtspersoon of het overlijden van een natuurlijke persoon van wie neimand de nalatenschap heeft aanvaard. Men kan dit in zekere zin beschouwen als een persoonlijke exceptie en werd dan ook hoger reeds besproken bij de persoonlijke excepties.

---

voorheen 1252 OBW).

314 Bv. schuldvorderingen van een verhuurder uit een huurovereenkomst bij overdracht van het verhuurde goed. In die zin E. DIRIX, 'Overzicht', *TPR* 2004, nr. 192.
In dezelfde zin Cass. fr. (Ass.plénière) 6 december 2004, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007050985 = *D.* 2005 *AJ* 71 = *D.* 2005 *Jur.* 227 = *ERPL* 2006, 72 v. noot R. JANSEN, waarmee het Hof is teruggekomen op een eerder arrest in dezelfde zaak van Cass.fr. 26 oktober 1999, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007041652 = *Bull.civ.* 1999, IV, nr. 184= *D.* 2000 Jur. 224 noot L. AYNÈS = *J.C.P.* 2000, G. II 10320, 977 noot CAEY = *ERPL* 2002, 333 noot R. VAN RANSBEECK; kritiek door onder meer C. LARROUMET, 'L'acquéreur d'un immeuble loué et la caution du locataire', *D.* 2000, C. 155. In de zin van het arrest van 6 december 2004 ook HVB Paris 23 februari 2001, *D.* 2001, 1789 noot C. LARROUMET.

315 Bv. HvB Brussel 14 juni 2002, *TBH* 2004, 175 (met afkeurende noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX), waar beslist werd dat een borgstelling inzake huur door een bank, die vermeldt dat ze niet overdraagbaar is, zonder nadere uitleg, alleen meebrengt dat de borgtocht tenietgaat bij huuroverdracht door de huurder, maar niet bij huuroverdracht door de verhuurder.

316 Normaal zullen deze rechtspersonen ook hoofdelijk gehouden zijn jegens de schuldeiser, en dus krachtens art. 2030 OBW ook jegens de borg. Zie art. 12:15 en v. WVV.

317 Zo ook in Nederland, zie art. 6:157 II *iuncto* art. 6:159 III BW.

Het verdwijnen van de hoofdschuldenaar kan men dus in zekere zin beschouwen als een persoonlijke exceptie en werd dan ook hoger reeds besproken bij de persoonlijke excepties.

Verder, in 4°, wordt de vraag bekeken of de borg ook instaat voor schulden die eerst zijn ontstaan na een dergelijke wijziging van de hoofdschuldenaar, alsmede de daarvan te onderscheiden vraag van de gehoudenheid van erfgenamen van de borg voor schulden ontstaan na het overlijden van de borg. Die vragen rijzen immers maar als de borgtocht ook toekomstige schulden dekt.

I.II.C.1.b.2.f) Accessoria van de hoofdschuld, bij al dan niet geplafonneerde borgtocht; gevolgen van ontbinding van de hoofdovereenkomst

I.II.C.1.b.2.f.i. Hier bedoelde accessoria

Voor accessoria van de hoofdschuld gelden enkele bijzondere regels, die we hier bespreken. Behoudens de dwingende beperkingen die hieronder worden aangegeven, zijn deze regels suppletief en dus op de eerste plaats een interpretatie van de overeenkomst.

Accessoria van de hoofdschuld, zoals bv. door de hoofdschuldenaar verschuldigde verwijlinterest, moeten goed onderscheiden worden van de accessoria van de schuld van de borg zelf ingevolge diens verzuim (bv. interest die de borg moet betalen nadat hij in gebrek is gesteld, gerechtskosten uit een procedure tegen de borg, enz.).

I.II.C.1.b.2.f.ii. Bij onbepaalde (niet geplafonneerde) borgtocht)

De onbepaalde borgtocht strekt zich in beginsel wel uit tot de accessoria (En. *collateral obligations* of *ancillary obligations*) van de verzekerde hoofdschuld: art. 9.1.20 § 1 BW[318]. Ook hier dient de interpretatie van de overeenkomst restrictief te gebeuren.

(1) Wel accessoire verbintenissen

Deze accessoria zijn in het bijzonder:

(a) de interest, uitdrukkelijk vermeld in art. 9.1.20 § 1 BW[319];
Het is in beginsel voldoende dat de interest verschuldigd is door de hoofdschuldenaar opdat ook de borg ertoe gehouden is; een aparte ingebrekestelling van de borg is voor het lopen van die interest niet nodig[320].

(b) schadevergoedingen en strafbedingen, eveneens uitdrukkelijk vermeld in art. 9.1.20 § 1 BW [321] (voorheen vermeldde art. 2016 OBW enkel de schadevergoeding wegens niet-nakoming)[322].

---

318 Vgl. Art. IVG-2:104 (1) DCFR: "*The security covers, within its maximum amount, if any, not only the principal secured obligation, but also the debtor's ancillary obligations towards the creditor, especially*
(a) contractual interest and interest due by law on delay in payment;
(b) damages, a penalty or an agreed payment for non-performance by the debtor; and
(c) the reasonable costs of extra-judicial recovery of those items."
Vgl. in het Franse recht art. 2293 Cc, in het Italiaanse recht art. 1942 II C.civ., in het Portugese art. 634 CC, art. 145 Ests Verbintenissenrecht. Anders bv. het Oostenrijkse, Deense of Griekse recht.

319 In het Zwitserse recht beperkt tot de interest voor een vervallen jaar en het lopende jaar: art. 499 II 3 OR.

320 Anders, zij het *obiter dictum*, HvB Gent 5 maart 2007, *NjW* 2007 804.

(c) gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten van rechtsvervolging van de hoofdschuldenaar, nu uitdrukkelijk vermeld in art. 9.1.20 § 1 lid 2. Zij zijn echter maar gedekt indien de borg tijdig door de mededeling van het voornemen tot rechtsvervolging in de gelegenheid is gesteld om deze kosten te voorkomen (nu uitdrukkelijk in § 1 lid 2) [323].

(e) Ook voor de verbintenissen die uit een ontbinding[324] van de hoofdovereenkomst wegens wanprestatie voortvloeien staat de borg in. Hiervoor staat de borg in omdat deze verbintenissen niet beschouwd worden als nieuwe verbintenissen van de hoofdschuldenaar, maar een mogelijke verschijningsvorm inherent aan de oorspronkelijk aangegane verbintenis. Indien de hoofdvordering door ontbinding wegens wanprestatie is tenietgegaan, is de borg dus evenmin nog gehouden tot de primaire verbintenis, maar blijft hij zoals de hoofdschuldenaar gehouden tot de schadevergoeding bij ontbinding[325]. Dit geldt ook wanneer de hoofdschuldenaar failliet is gegaan en de curator de lopende overeenkomst opzegt of verbreekt, met een verplichting tot schadevergoeding tot gevolg (ook wanneer dat slechts een schuld in de boedel zou zijn)[326]. De borg is tot deze vergoeding uit hoofde van het accessoir karakter wel maar verbonden binnen de perken van de oorspronkelijke (nu ontbonden) schuld (onder voorbehoud van een gebondenheid voor toekomstige schulden, verder besproken).

Verder wordt wel de vraag besproken of de borg het recht heeft de ontbinding van de overeenkomst te verhinderen door ze zelf na te komen (voortzetting, infra I.II.C.4.d).

(2) Wat zijn geen accessoire verbintenissen ?

a) Schuldvernieuwing

Dezelfde redenering geldt niet meer bij schuldvernieuwing, en daarom wordt traditioneel aangenomen dat na novatie van de verzekerde schuld de borg bevrijd is. Wel kan de borg nog altijd subsidiair gehouden zijn tot de oorspronkelijke schuld, voor zover ook de hoofdschuldenaar dat is (dat is met name meestal het geval bij een *delegatio solvendi*, infra I.III.B. besproken). Passen we de redenering toe op inbetalinggeving, dan leidt dit tot het volgende: is de oorspronkelijke hoofdschuld tenietgegaan door een inbetalinggeving, dan is de borg in beginsel

---

321 Niet zo in het Zwitserse recht, art. 499 II 1 *in fine* OR (enkel indien uitdrukkelijk bedongen).

322 Vgl. Art. IVG-2:104 (1), hierboven aangehaald.

323 Vgl. Art. IVG-2:104 (2) DCFR: *"The costs of legal proceedings and enforcement proceedings against the debtor are covered, provided the security provider had been informed about the creditor's intention to undertake such proceedings in sufficient time to enable the security provider to avert those costs"*. Vgl. in het Zwitserse recht art. 499 II 2 OR.

324 En gelijk te stellen rechtsfiguren zoals herroeping e.d.

325 Cass. 12 oktober 2000, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2000:ARR.20001012.6 = *Arr.Cass.* 2001, nr. 547 = *Pas.* 2000 I nr. 547 = *RW* 2001-2002, 735 = *JT* 2001, 569 noot M. FORGES = *R.Not.B.* 2001, 107 noot J. SACE = *JLMB* 2000, 1676.
Vgl. ook de regel inzake borgstelling voor uitvoering van een herstelplan bij gerechtelijk akkoord in de oude WGA art. 37 § 2: "De rechtbank kan de opschorting van betaling herroepen in geval van niet-uitvoering van geheel of een deel van het plan (...). *De herroeping van de opschorting van betaling bevrijdt deze borgen niet*". Deze regel werd niet overgenomen in de WCO en is ook niet te vinden in de nieuwe Insolventiewet (Boek XX WER).

326 Vgl. in het Nederlandse recht HR 15 november 2013, *X/Romania Beheer BV,* uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2013:1244 (zij het dat er naar Nederlands recht in dat geval geen regresaanspraak is jegens de boedel); in dezelfde zin op beide punten HR 17 feb. 2017, *Hansteen / Faill. Bouwgros / ABN Amro*, deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:278.
vgl. in het Engelse recht House of Lords 22 febrari 1996, *Hindcastle Ltd/Barbara Attenborough Associates Ltd*, [1996] UKHL 19 = www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1996/19.html, althans wat betreft de borg voor een huurder waarvan de bewindvoerder de huur verbreekt na faillissement.

bevrijd, ook indien de schuldeiser nadien uitgewonnen wordt in dat goed (art. 9.1.33 BW, voorheen 2038 OBW); het is anders indien:
- de inbetalinggeving door de schuldeiser aanvaard werd onder een voorwaarde - zoals bv. van daadwerkelijke inning van de schuldvorderingen die in betaling worden gegeven, of
- in de borgtochtovereenkomst anders bedongen is[327].

b) Verlenging overeenkomst
Was de borgtocht enkel gegeven voor de schulden uit een overeenkomst van bepaalde duur (bv. huur voor een bepaalde termijn), en wordt de overeenkomst verlengd, dan dekt de borgtocht in beginsel niet de verbintenissen uit die verlenging (*non extendatur de tempore ad tempus*). Zie evenwel de afwijkende regel onder v).

c) Dwangsom
Ook de dwangsom is geen accessoire verbintenis die zonder uitdrukkelijk beding onder de dekking zou vallen[328].

I.II.C.1.b.2.f.iii. Bij geplafonneerde borgtocht

Is de borgtocht beperkt tot een bepaald bedrag ("plafond") – dus geplafonneerd -, dan moet wel nagegaan worden of dit plafond enkel op de hoofdsom slaat, dan wel ook op die accessoria.

a) Regel voor de interpretatie van het geldelijk plafond

Indien niet is overeengekomen dat de interest, schadevergoeding en/of andere accessoria van de verzekerde schuld daarbovenop zijn gedekt, zijn zij slechts tot aan het bereiken van dat plafond gedekt[329] (interpretatie "*contra preferentem*"). Dit volgt nu ook uit art. 9.1.20 § 2 BW: de borgtocht dekt de in § 1 bepaalde schuldvorderingen binnen het maximumbedrag.

Boven dat plafond is de berg wel aansprakelijk voor de accessoria ten gevolge van zijn eigen niet-nakoming van de borgschuld (met name de verwijlinterest op de borgschuld)[330].

b) Vereiste congruentie tussen dekking en gedekte schuld

De borgtocht geldt ook enkel voor de accessoria die afhangen van het gedekte deel van de hoofdschuld.

Voorbeeld: stel dat de hoofdschuldenaar een schuld heeft van 100.000 plus interest aan 5%, en de borg de hoofdschuld dekt met een plafond interest niet inbegrepen van 50.000 euro plus 3 jaar interest. De vertraging in betaling bedraagt 1,5 jaar; de hoofdschuldenaar is dus 7500 euro verschuldigd. Het is niet omdat er max. 3 jaar interest wordt gedekt, dus 7500 euro aan interest,

---

327 Zie Cass. 29 juni 2000, C.98.0397.N, *Ets. Rosseel*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2000:ARR.20000629.4 = *Arr.* 2000, 1238 nr. 418 = *RW* 2000-2001, 1239 = *TBH* 2000, 496 noot B.D. = *JT* 2001, 684, besproken door F. T'KINT & W. DERIJCKE, 'Une caution n'est pas l'autre: sévérité jurisprudentielle passée dans l'attente d'une bienveillance législative à venir (?)', *TBH* 2002, (411), verwerping van voorziening tegen HvB Gent 7 april 1998, *AJT* 1998-99, 724.

328 E. DIRIX, In *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, (1) 18 nr. 19.

329 Cass. 15 december 2000, *RW* 2001-2002, 631; E. DIRIX, 'Overzicht', *TPR* 2004, nr. 200. Zo ook bv. in het Zwitserse recht art. 499 II OR.

330 Toelichting, 6. *Stukken Kamer* nr. 0261/001, 27.

dat de borg nu instaat voor 50.000 + 7.500 euro. De interest die correspondeert aan de 50.000 euro bedraagt immers maar 3.750 euro.

c) Dwingende beperkingen aan afwijkende bedingen

Deze onder a) genoemde regel is in beginsel niet dwingend, zodat er kan bedongen worden dat het plafond enkel betrekking heeft op de hoofdsom. Aan een onbecijferde dekking boven op het plafond zijn er in bepaalde gevallen echter grenzen gesteld:

- bij consumentenkrediet is het niet mogelijk te bedingen dat de borg bovenop dat bedrag gehouden is voor andere kosten dan de verwijlinterest (art. VII.147/26 § 1 WER bepaalt: "de gevraagde zekerheden gelden enkel voor deze bedragen, eventueel verhoogd met de nalatigheidsintresten, met uitsluiting van alle andere boetes of kosten van niet-uitvoering"); is dat bedongen, dan geldt voor die verwijlinterest dan wel geen maximum bovenop het plafond;

- bij de borgtocht gesteld door een consument jegens een professionele schuldeiser wordt de regel van art. 9.1.20 § 2 dwingend gemaakt in art. 9.1.46 lid 4 BW[331]. Bovendien staat de borg niet in voor accessoria boven de helft van de hoofdsom op het ogenblik dat de schuldeiser de borg aanspreekt (art. 9.1.46 lid 5 BW, bepaling die ook geldt bij een zekerheidsstelling door een consument jegens een niet-professionele schuldeiser)[332]. Dit is een stuk strenger dan de traditionele romeinsrechtelijke regel "in duplum" die de interest beperkt tot hoogstens 100 % (zodat de schuld nooit meer dan het dubbele, "in duplum" kan zijn).

NB. Tenzij bij KB bijkomende vormvereisten zouden worden opgelegd, is in het nieuwe recht wel geen regel meer te vinden dat de overeenkomst ook voor bestaande schulden de "duur" van de dekking moet bepalen. Onder art. 2043*quinquies* OBW stond de borg volgens onze interpretatie van de schabouwelijke wettekst na het verstrijken van die duur niet meer in voor de oplopende accessoria van de hoofdschuld, maar enkel voor zijn eigen bij het einde van die duur geldende betaalplicht (en de interest daarop indien hij in verzuim is).

- in sommige wettelijke bepalingen inzake door de overheid verstrekte waarborgen wordt bepaald dat de waarborg enkel de hoofdsom en de contractueel nader omschreven interest dekt (Art. 6 § 4 Vlaams Kas-, schuld- en waarborgdecreet 7 mei 2004).

De besproken grenzen gelden dus voor de accessoria van de hoofdschuld en niet voor de accessoria die het gevolg zijn van de niet-nakoming door de borg van de borgschuld waarvoor hij is aangesproken[333] – het gaat hier om de omvang van de dekking en niet om de omvang van de verbintenis van de borg zelf die door zijn eigen nalatigheid hoger kan liggen.

I.II.C.1.b.2.g) Nadelige wijzigingen in de schuld na het aangaan van de borgtocht

I.II.C.1.b.2.g.i. Beginsel

331 M.i. ook als de consument zich borg stelt jegens een niet-professionele schuldeiser, al is dit niet duidelijk in de wettekst bij samenlezing van art. 9.1.42 lid 3 en art 9.1.43lid 2 BW.

332 Als is niet duidelijk of die in dat geval dwingend is (bij samenlezing van art. 9.1.42 lid 3 en art 9.1.43lid 2 BW).

333 Zo ook A. CUYPERS, *Bank &FinR* 2007, (151) 171 nr. 42; P. COUSSEMENT, in *Bijzondere overeenkomsten 2007-2008*, (187) 227; M. VANMEENEN, 'Wet van 18 juli 2008 tot wijziging van artikel 82 Faill.W.: gevolgen van de verschoonbaarheid uitgebreid tot voormalige echtgenoten', *TBH* 2008, (845) 851 nr. 12.

Behalve de zonet (I.II.C.1.B.2.f) besproken accessoria (*collateral obligations*), is bij een borgtocht beperkt tot een of meer bestaande schulden geen enkele verzwaring van de hoofdschuld of andere wijziging in het nadeel van de borg nadat deze de borgtocht is aangegaan, aan deze laatste tegenwerpbaar[334].

Art. 9.1.13 lid 4 BW bepaalt meer bepaald: "Een contract tussen de schuldeiser en de hoofdschuldenaar dat de omvang van de gewaarborgde verbintenissen vergroot, de modaliteiten ervan verzwaart of de opeisbaarheid vervroegt, aangegaan na het ontstaan van de borgtocht, laat de verbintenis van de borg onverlet, behalve in geval van een borgtocht voor alle schuldvorderingen". Deze regel is dwingend bij persoonlijke zekerheden gesteld door een consument jegens een professioneel (art. 9.1.43 lid 3 BW).

Een verzwaring van de hoofdschuld kan dus slechts tegen de borg worden aangevoerd voor zover de borgtocht niet beperkt was tot de oorspronkelijke schuld, d.i. voor zover in de borgtocht bepaald is dat ook latere verzwaringen van de schuld of latere schulden gedekt zijn, en voor zover die verzwaring plaatsvindt voor het verstrijken van de gedekte termijn (bv. voor de borgtocht wordt gefixeerd door opzegging, zie infra I.II.C.1.b.4.b). Zoniet mogen de schuldeiser en de hoofdschuldenaar buiten de toestemming van de borg niets ondernemen waardoor de verbintenis wordt gewijzigd, of waardoor zijn rechtspositie wordt verzwaard (vgl. ook in I.II.C.4. de verplichtingen van de schuldeiser). De borg is dus niet gebonden door gelijk welke wijziging aan de verzekerde schuld, overeengekomen tussen schuldeiser en hoofdschuldenaar, die voor hem nadelig is, en kan zich beroepen op alle modaliteiten van de schuld zoals ze golden op het ogenblik waarop hij zich borg stelde, zelfs indien de schuldenaar dat niet meer kan[335].

Wel zijn er een aantal andere feiten die nadelig kunnen zijn voor de borg, maar niet onder deze regel van niet-tegenwerpbaarheid van verzwaringen vallen, nl. de zogenaamde secundaire gevolgen van de borgtocht, die *infra* I.II.C.1.c. worden besproken.

I.II.C.1.b.2.g.ii. Toepassingen

Dit beginsel geldt dus onder meer voor:

- een verhoging van (het bedrag van) de schuld (andere dan de accessoria);
- een vervroeging van de opeisbaarheid[336], onder meer door een verval van een tijdsbepaling[337] (de borg kan de termijn inroepen die geldt voor de hoofdschuld, in beginsel ook nadat voor de hoofdschuldenaar het voordeel van de termijn vervallen is, i.h.b. door de

---

334 Vgl. Art. IVG-2:102 (3) en (4):
"(2) Except in the case of a global guarantee, if an amount has not been fixed for the security and cannot be determined from the agreement of the parties, the security provider's obligation is limited to the amount of the secured obligations at the time the security became effective.
(3) Except in the case of a global guarantee, any agreement between the creditor and the debtor to make performance of the secured obligation due earlier, or to make the obligation more onerous by changing the conditions on which performance is due, or to increase its amount does not affect the security provider's obligation if the agreement was concluded after the security provider's obligation became effective".

335 Zo als beginsel ook in Cass. 20 april 1989, *Arr.* 1988-89, 964 nr. 474 = *RW* 1989-90, 513 = *Pas.* 1989 I 864, zij het *in casu* met een nogal eigenaardige uitleg van de oorspronkelijke overeenkomst, waardoor de borg niet bevrijd was.

336 Onder het oude recht reeds E. DIRIX & R. DE CORTE , *Zekerheidsrechten* (2006), 282 nr. 424.

337 Wanneer het een verbintenis zonder termijn is, is deze in beginsel dadelijk opeisbaar, behalve bij een lening zonder termijn, waar art. 1900 OBW bepaalt dat de rechter in dat geval de termijnen voor terugbetaling bepaalt. Een borg kan niet stellen dat er geen terugbetalingstermijn is en hij dus nooit gehouden kan zijn tot betaling; wel is hij niet gehouden aan de achteraf door schuldeiser en hoofdschuldenaar afgesproken termijnen voor betaling: Cass. 20 april 1989, *Arr.* 1988-89, 964 nr. 474 = *Pas.* 1989 I 864 = *RW* 1989-90, 513.

faillietverklaring (gevolg bepaald in art. XX.116 WER)[338], tenzij in de borgtocht anders is bedongen of het verval intrad als van bij het begin voorziene modaliteit van de gewaarborgde schuld[339]);

- een na de borgstelling door de schuldeiser aanvaarde achterstelling van zijn schuldvordering op de hoofdschuldenaar[340];
- een andere verstrenging van de modaliteiten;
- een verlenging van de overeenkomst, wanneer die oorspronkelijke voor een bepaalde en geen onbepaalde duur was aangegaan[341];
- een schuldvernieuwing (met het hoger in a.1°c) besproken gevolg dat bij de eigenlijke schuldvernieuwing de borg helemaal bevrijd is);
- maar niet voor een ontbinding of herroeping wegens wanprestatie (zie hoger I.II.C.1.B.2.f).

Omgekeerd is de borg ook niet helemaal gebonden aan een verlenging van de termijn, aangezien hij ondanks de termijnverlenging een anticipatief regresrecht kan uitoefenen (art. 9.1.29, 4° BW, voorheen 2032, 4° en 2039 OBW; zie I.II.D.1.) en de hoofdschuldenaar kan vervolgen om hem tot betaling te verplichten (art. 9.1.34 BW).

I.II.C.1.b.2.g.iii. Toepassing op excepties waarvan de hoofdschuldenaar afstand doet

De regel geldt ook voor een exceptie waarvan de hoofdschuldenaar afstand heeft gedaan na het aangaan van de borgtocht[342], andere dan een zuiver persoonlijke exceptie (die laatste kan de borg immers hoe dan ook niet inroepen). Zo bv.:
- wanneer de hoofdschuldenaar afstand zou doen van een reeds ingetreden schuldvergelijking;
- afstand van nietigheden (zie wel de nadere bespreking van de relatieve nietigheden *supra* I.II.C.1.a.1.a);
- afstand van opschortingsrechten;
- afstand van een termijn (tijdsbepaling)[343], enzovoort.

Ook wanneer de hoofdschuldenaar een schuld erkent, bindt dat de borg niet. Dat geldt evenzeer voor de aanvaarding van een aangifte van schuldvordering in het faillissement van de hoofdschuldenaar[344].

Een uitzondering is de afstand van het reeds verlopen gedeelte van de verjaring door de erkenning van de schuld (die immers de verjaring stuit); deze stuiting geldt ook jegens de borg

---

338 F. T'KINT, *Sûretés* (2004) nr. 730; HvB Antwerpen 15 december 1997, *RW* 1998-99, 1224.

339 F. T'KINT, *Sûretés* (2004) nr. 730.

340 R. FRANSIS, *Achterstelling van schuldvorderingen in het insolventierecht*, nr. 367.

341 Bv. een verlenging van een huurovereenkomst waarvoor een derde borg staat: Vred. Marche-en-Famenne 28 oktober 2003, *JLMB* 2004, 703. Zie ook art. 1740 OBW: "In het geval van de artikelen 1738 en 1739, strekken de verplichtingen van de borgtocht zich niet uit tot de verplichtingen die uit de wederinhuring ontstaan". Zie echter wel de nuance onder v.

342 Vgl. Art. IVG- 2:103 DCFR (Debtor's Defences Available to the security provider): "(1) *As against the creditor, the security provider may invoke any defence of the debtor with respect to the secured obligation, even if the defence is no longer available to the debtor due to acts or omissions of the debtor occurring after the security became effective."*

343 K. SWINNEN, 'Accesoriteit in het vermogensrecht', *RW* 2013-14, (1043) 1048.

344 Cass. 18 september 2008, C.07.0098.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20080918.1 = *JLMB* 2008, 1598 = *RW* 2009-2010, 196; HvB Antwerpen 13 maart 1989, *Pas.* 1989 II 238; HvB Bergen 21 mei 2013, *JLMB* 2014 noot C. BIQUET-MATHIEU.

(art. 2250 OBW). Maar afstand van de reeds volledig verkregen verjaring bindt de borg niet (art. 2225 OBW). Ook de schulderkenning zelf kan zoals gezegd aan de borg niet worden tegengeworpen.

I.II.C.1.b.2.g.iv. De afstand van schuldvergelijking door de schuldeiser.

Wanneer de schuldeiser een passieve schuldvordering, die reeds door schuldvergelijking teniet is gegaan, betaalt, kan dit op 2 manieren worden uitgelegd:

- indien er geen dwaling is: als een afstand van de schuldvergelijking; de schuldvordering van de afstanddoende partij is dan zijn oorspronkelijke schuldvordering. In dat geval volgt uit artikel 5.262 BW (voorheen art. 1299 OBW) dat de afstand niet kan worden ingeroepen t.a.v. de persoon die borg staat voor de (niet tenietgegane) oorspronkelijke schuldvordering, zodat deze borg kan inroepen bevrijd te zijn door die schuldvergelijking [345];
- indien er dwaling is: als een onverschuldigde betaling; de partij die betaald heeft kan dan terugvorderen wegens onverschuldigde betaling; de borg gesteld voor de oorspronkelijke schuldvordering is in beginsel geen borg voor die schuldvordering wegens onverschuldigde betaling (tenzij die toekomstige schuld wel gedekt zou zijn, bv. door een *omnibus*-borgtocht). Zelfs in het laatste geval kan beroep op de borg beperkt zijn, vermits artikel 5.262 BW bepaalt dat "*Diegene die een verbintenis heeft betaald die van rechtswege door schuldvergelijking was teniet gegaan kan bij het verhalen van de schuldvordering die hij niet in vergelijking gebracht heeft zich ten nadele van derden niet meer beroepen op de zekerheidsrechten die aan deze schuldvordering verbonden waren tenzij hij een gegronde reden heeft gehad om onwetend te zijn van de schuldvordering waarmee zijn schuld moest worden in vergelijking gebracht*"; anders dan het oude 1299 OBW spreekt de tekst niet enkel van zakelijke zekerheden, maar van zekerheidsrechten in het algemeen en geldt dus ook voor borgtocht[346].

I.II.C.1.b.2.g.v. Toch uitbreiding bij omzetting huurovereenkomst

In de rechtspraak is er toch minstens een geval te vinden waarin de borgtocht wel wordt uitgebreid, namelijk bij de omzetting van een woninghuurovereenkomst voor korte duur in een overeenkomst voor negen jaar, omzetting die krachtens art. 3 § 6 Woninghuurwet automatisch plaatsvindt bij gebrek aan tijdige opzegging. Het Hof van cassatie leidt hieruit af dat ook de schulden betreffende het vierde tot zesde jaar van die huurovereenkomst gedekt zijn door de borgtocht, tenzij de overeenkomst een beperking van de duur inhoudt (cassatiearrest van 16 september 2013[347]). Het bestreden vonnis, dat in deze niet werd verbroken, ging zelfs zover de borg daartoe te veroordelen, hoewel deze getekend had op een huurovereenkomst waarin die omzetting specifiek was doorgehaald; uit het feit dat die doorhaling (die wellicht door de verhuurder was bedongen en niet door de borg) geen gevolg heeft tussen verhuurder en huurder, leidde de rechtbank af dat zij ook niet als een beperking van de verbintenis van de borg kon gelden, wat toch wel erg betwistbaar is.

345 Zie bv. HvB Luik 28 mei 1969, *Pas.* 1969 II 212; HvB Bergen 5 februari 1991, *JLMB* 1991, 153 = *R.Not.B.* 1992, 541.

346 Ook onder het oude recht besliste HvB Antwerpen 8 januari 2001, *RW* 2002-2003, 1262, dat de betaling na schuldvergelijking een onverschuldigde betaling inhoudt, voor de terugvordering waarvan de borg niet borg stond.

347 Cass. 16 september 2013, C.11.0511.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20130916.3/, verwerping op dit punt van een voorziening tegen Rb. Nijvel 9 maart 2011, met andersluidende conclusie a-g J.M. Genicot in *Pas.* 2013, 1669.

Deze uitbreiding van de borgtocht geldt overigens niét bij een stilzwijgende wederverhuring (art. 1740 OBW)[348], die als een nieuwe huurovereenkomst wordt beschouwd (art. 1738 OBW), noch voor de bezettingsvergoeding die verschuldigd is door de huurder die in het goed blijft zonder dat er wederverhuring is (art. 1739 OBW).

Volgens art. 37 § 1 lid 6 van het Vlaams huurdecreet geldt de borgstelling ook na verlenging van de woninghuurovereenkomst zowel als na omzetting in een woninghuurovereenkomst van 9 jaar; daar gaat het wel duidelijk om een geplafonneerde borgtocht, aangezien die hoogstens tot waarborg van drie maanden huur mag strekken.

I.II.C.1.b.2.h) Aangroeien van de schuld zonder kennisgeving aan de borg

Bij de borgtocht gesteld door een consument jegens een professioneel is de schuldeiser verplicht om de borg te informeren over de niet-nakoming door de hoofdschuldenaar en over een uitstel van opeisbaarheid (art. 9.1.49 BW, voor details, zie verder I.II.C.4.a.2). Hij is aansprakelijk voor de schade bij niet-nakoming; onder het oude recht hield dit in dat de borg niet gehouden is voor de aangroei van de schuld vanaf de dag waarop de schuldeiser deze verplichting niet nakomt. Dit wordt nader *infra* besproken bij de contractuele informatieplichten jegens de borg in deze Afdeling I.II.C.4.

I.II.C.1.b.3° Borgtocht voor een welbepaalde toekomstige schuld

Zoals nu ook uit art. 9.1.16 BW uitdrukkelijk blijkt, kan men zich ook borg stellen voor een toekomstige schuld(vordering), ondanks het feit dat borgtocht een "accessoire" zekerheid is (accessoir aan de hoofdschuld)[349]. Er is in die zin geen eigenlijke "ontstaansaccessoriteit"[350].

I.II.C.1.b.3.a) Mogelijkheid van borgtocht voor een toekomstige schuld naar gemeen recht; zgn. waarborg- en betalingsverbintenis

Anders dan de hoofdelijke medeschuldenaar verbindt de borg zich immers niet tot dezelfde verbintenis als de hoofdschuldenaar, maar tot een verbintenis die enkel mede bepaald wordt door (en beperkt tot) verbintenissen van de hoofdschuldenaar. De schuld(en) waarvoor men zich borg stelt moet bij het aangaan van de borgtocht dus nog niet bestaan (over de bepaalbaarheid, zie hieronder I.II.C.1.b.4°). Men kan zich ook borg stellen voor een toekomstige schuld van een hoofdschuldenaar voor een nog niet gekende schuldeiser, opnieuw mits die schuld bepaalbaar is op grond van de borgtochtovereenkomst[351].

Accessoriteit betekent *wel* dat de borg op elk gegeven tijdstip slechts kan gehouden zijn tot op *dat* tijdstip[352] bestaande schulden van de hoofdschuldenaar (en de onder 4° besproken

348 Bv. HvB Gent 22 oktober 2008, *TGR* 2001, 200 noot P. VAN CAENEGEM.

349 Onder meer Cass. 13 januari 1941, *Arr.Cass.* 5 = *Pas.* 1941 I 17; Cass. 25 april 1966, *RCJB* 1968, 66, noot Chr. DALCQ; HvB Brussel 25 februari 1972, *JT* 1972, 246; HvB Brussel 23 februari 1973, *RW* 1973-74, 1054 noot A. BRUYNEEL; A. BRUYNEEL, 'De borgstelling tot waarborg van alle verbintenissen van een schuldenaar tegenover zijn schuldeiser', *RW* 1973-74, 1058 nr. 5; HvB Luik 2 oktober 2000, *TBBR* 2003, 429 noot V. DE FRANCQUEN & WEINBERGER; Cass. 27 oktober 2000, C.98.0407.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2000:ARR.20001027.6= *Arr.* 2000, nr. 583 = *RW* 2001-2002, 24.

350 In de terminologie van K. SWINNEN, 'Accessoriteit in het vermogensrecht', *RW* 2013-14, (1043) 1046 nr. 12.

351 R. JANSEN, 'De rol van de wilsautonomie bij de persoonlijke zekerheidsrechten', in R. Feltkamp (ed.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?,* nr. 12.

352 Dus niet het tijdstip waarop de borgtocht wordt aangegaan, maar het tijdstip of een van de tijdstippen waarop de

bepaalbaarheidseis houdt verder in dat op dat tijdstip aan de hand van de bepalingen van de borgtochtovereenkomst moet kunnen worden bepaald welke schulden het zijn waarvoor men op dat tijdstip gehouden is), maar sluit *niet* uit dat men zich borg kan stellen voor een toekomstige schuld en zelfs niet dat de borgtocht kan blijven "oplopen" zolang de dekking niet is stopgezet (waarover verder meer onder 4°).

Sommige Franse en Belgische rechtsleer probeert dit verduidelijken door een onderscheid te maken tussen een "waarborgverbintenis" van de borg, die onmiddellijk zou ingaan, en de betalingsverbintenis van de borg, die voorwaardelijk is[353]. M.i. is deze terminologie niet erg nuttig, en gaat het er veeleer om dat er maar één soort verbintenis is van de borg, maar die verbintenis (of zo men wel verbintenissen) bepaald wordt door de omvang van de "dekking" of "waarborg" die de borg heeft toegezegd, en dus kan (kunnen) oplopen zolang die dekking doorloopt; die dekking of waarborg is evenwel geen aparte verbintenis van de borg[354].

Waar het onderscheid tussen een waarborgverbintenis en een betalingsverbintenis wel nuttig zou kunnen zijn, is bij de zakelijke borg s.s.: de waarborgverbintenis bestaat erin de zakelijke zekerheid te vestigen, de betalingsverbintenis betreft de uitwinning ervan – maar we zien dat de heersende leer in België precies bij de zakelijke borg weigert deze analyse te maken, die ertoe zou leiden dat de 'betalingsverbintenis' van de zakelijke borg in alle opzichten als een persoonlijke zekerheid dient te worden beschouwd.

De verbintenis van de borg ontstaat dus niet eerst wanneer de gewaarborgde schuld ontstaat; bedrieglijke handelingen van de borg kunnen door de schuldeiser dus worden aangevochten, ook wanneer ze plaatshadden vooraleer de hoofdschuld ontstond[355] (vgl. infra II.III.D. de bespreking van de *pauliana*).

I.II.C.1.b.3.b) Mogelijkheid van persoonlijke zekerheid voor een toekomstige schuld gesteld door een consument

Ook de persoonlijke zekerheid door een consument (al dan niet jegens een professionele schuldeiser) kan betrekking hebben op een welbepaalde toekomstige schuld, op voorwaarde dat de rechtshandeling waaruit deze zal ontstaan reeds bestaat en specifiek is aangeduid (zie art. 9.1.46 lid 2 BW)

Onder het nieuwe recht kan ze blijkens de wettekst dus geen betrekking (meer) hebben op een welbepaalde schuld uit een rechtshandeling die wel duidelijk wordt bepaald maar nog niet is gesloten[356]. Het kan soms problematisch zijn dat een borg niet reeds kan instemmen om borg te

---

borg wordt aangesproken.

353 Zie M. CABRILLAC & C. MOULY, *Droit des sûretés* (Paris: Litec (6) 2002), 96 nr. 94; Ph. SIMLER & PH. DELEBECQUE, *Droit civil. les sûretés. La publicité foncière* (Dalloz (4) 2004), 94 nr. 110.
In België overgenomen door A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, 'Le cautionnement de dettes futures donnerait-il naissance en droit belge d'une obligation de couverture?', *RCJB* 2001, (145) 154; E. DIRIX, 'Borgstelling en garantie', in *Overeenkomstenrecht, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1999-2000* (Antwerpen: Kluwer 2000), (497) 499-500 nr. 611-612; E. DIRIX, 'Overzicht', *TPR* 2004, nr. 201; F. T'KINT, *Sûretés* (2004) nr. 746.

354 Vgl. M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, nr. 199 die terecht stelt: "op de borg rust enkel een regelingsplicht; de waarborgplicht geeft enkel de omvang, het voorwerp van deze regelingsplicht aan".

355 Cass. 19 maart 1998, *Arr.* 338 = *Pas.* nr. 156 = *RW* 1998-99, 1177 noot K. VAN RAEMDONCK, 'De draagwijdte van de anterioriteitsvereiste als een van de toepassingsvoorwaarden van de Pauliaanse vordering' = *TBH* 1998, 531 noot C. VERBRUGGEN; K. SWINNEN, *RW* 2013-14, (1043) 1046 nr. 13; eerder in dezelfde zin HvB Antwerpen 1 maart 1995, *AJT* 1994-95, 491; HvB Luik 15 oktober 1990, *JT* 1991, 298; HvB Gent 20 juni 1989, *RW* 1991-92, 504.

356 Weliswaar werd in de inleidende uiteenzetting bij het wetsontwerp gesteld dat "De door een natuurlijke persoon

staan voor een welbepaalde transactie ook vooraleer deze laatste definitief is gesloten (en zeker voor een leningschuld die zal ontstaan uit een reeds bestaande kredietopening). Men kan van de kredietverlener niet verwachten dat hij zich definitief verbindt vooraleer ook de borg zich heeft verbonden, zodat er met een opschortende voorwaarde zal worden gewerkt.

I.II.C.1.b.3.c) Nadere rechtsgevolgen

De gevolgen van de borgtocht voor een welbepaalde toekomstige schuld verschillen verder niet van die van de borgtocht voor een welbepaalde bestaande schuld[357].

Desondanks is het wel van belang te weten welke schulden "bestaande" zijn en welke "toekomstige", maar dan wel met het oog op de hierna besproken algemene borgtocht voor toekomstige schulden, zodat we dat zo dadelijk nader aangeven.

I.II.C.1.b.4° Algemene borgtocht voor toekomstige schulden, al dan niet nader beperkt

De in I.II.C.1.b.2° besproken strikte beperkingen aan de dekking gelden niet allemaal bij een borgtocht die niet beperkt is tot bestaande schulden (in de hoger besproken beperkte betekenis) maar een algemene of *omnibus*-borgtocht is of minstens een borgtocht voor een of meer specifiek bepaalde toekomstige schulden[358]. Wel doet dit omgekeerd andere vragen rijzen, zoals naar de bepaalbaarheid van het voorwerp van de borgtocht en de opzegbaarheid ervan. De dwingende beperkingen in de wet maken dat een borgtocht voor alle sommen in absolute zin niet mogelijk is. Wel kan het zijn dat de dekking nog "open" is voor nieuwe schulden; het komt er dus op aan na te gaan hoe "open" die dekking is en tot op welk punt de dekking kan toenemen met nieuwe schulden.

In deze categorie bespreken we - conform de analyse van het begrip toekomstige schuld hoger - ook de borgtocht voor schulden die weliswaar ontstaan uit een welbepaalde reeds bestaande rechtshandeling, maar die toekomstig zijn in die zin dat betrekking hebben op:
- toekomstige termijnen uit een overeenkomst van onbepaalde duur; of
- de prijs van toekomstige leveringen (van goederen of diensten) uit een overeenkomst van onbepaalde duur; of
- afhankelijk zijn van een potestatieve voorwaarde (bv. een nog niet opgenomen bedrag van een kredietopening);
of ontstaan uit een louter raamcontract waarvoor er nog geen uitvoeringscontract is.

I.II.C.1.b.4.a) Geldigheid - Bepaalbaarheid van de verzekerde schuld - vereiste plafonnering

I.II.C.1.b.4.a.i. De vereiste plafonnering

aangegane borgtocht moet beperkt zijn tot de verbintenis die bestaat op het tijdstip dat de overeenkomst wordt gesloten", doch de kwaliteit van de wet en voorbereiding ervan is zo slecht dat daaraan niet veel belang mag worden gehecht.

357 Zo gelden de opzegmogelijkheden die bestaan bij een algemene borgtocht van bepaalde of onbepaalde duur (verderop besproken) niet voor de borgtocht voor specifieke toekomstige schulden.

358 Vgl. de definitie in Art. IVG-1:101 f DCFR: "*A global security is a dependent personal security which is assumed in order to secure a right to performanca of all the debtor's obligations towards the creditor or a right to payment of the debit balance of a current account or a security of a similar extent*".

Een van de vernieuwingen van Boek 9.1. is dat, zoals eerder in sommige andere rechtsstelsels[359], bij een algemene borgtocht dwingend een "plafonnering", d.i. vastlegging van een "plafond" tot waar men instaat voor die schulden, vereist wordt: "*Niettegenstaande enig andersluidend beding, dient een borgtocht voor alle schuldvorderingen het maximale bedrag te vermelden van de verbintenissen van de borg*" (art. 9.1.16 lid 2 BW; zie ook art. 9.1.46 lid 3 BW).

Onder het oude recht vonden we dat enkel bij zekerheden gesteld voor een consumentenkrediet, en onrechtstreeks bij de zgn. kosteloze borgtocht.

Wordt geen maximumbedrag bepaald, dan is de borgtocht beperkt tot de verbintenissen die bestonden bij het aangaan van de borgtocht (art. 9.1.16 lid 2, tweede zin BW) (dus geen toekomstige verbintenissen; onderscheid dat *supra* I.II.C.1.b.2.a werd besproken)

Is de borgtocht beperkt tot een bepaald bedrag ("plafond") – dus geplafonneerd -, dan moet (zoals hoger I.II.C.1.b.2.f besproken) wel nagegaan worden of dit plafond enkel op de hoofdsom slaat, dan wel ook op de accessoria, en gaat het behoudens andersluidende overeenkomst om een plafonnering waarbij de accessoria zijn inbegrepen (d.w.z. die kunnen niet boven op dat bedrag gevorderd worden).

De verdere beperkingen bij deze borgtocht komen hieronder (4.b) apart ter sprake naargelang de dekking een bepaalde duur heeft of niet.

I.II.C.1.b.4.a.ii. Verdere beperkingen bij een consumentenzekerheid

De persoonlijke zekerheid[360] gesteld door een consument, al dan niet jegens een professionele schuldeiser, kan geen betrekking hebben op "alle sommen", maar enkel - binnen het maximumplafond - op de schulden van een specifieke hoofdschuldenaar uit een specifieke rechtshandeling van die schuldenaar[361]. Dit volgt nu uit art. 9.1.46 BW lid 1 en 2: "De persoonlijke zekerheid voor toekomstige schuldvorderingen is beperkt tot de schuldvorderingen die ontstaan uit een contract dat bestaat op het ogenblik dat de zekerheidssteller zich verbindt en dat precies in de zekerheidsstelling is aangeduid" en "geen raamcontract kan zijn als bedoeld in art. 5.9 (BW)"[362]. Een herbruikbaar krediet is geen raamcontract, voor zover het krediet

---

359 Bv. Italiaanse Cc art. 1938 (sinds wijziging bij Legge 154/1992 op de transparantie in de banksector). Deze werd ingevoerd nadat het Corte di Cassazione de borgtocht voor alle sommen zonder beperking had aanvaard (in Cass.it. 15 maart 1991, *Foro it.* 1991 I 2060).

360 Zoals gezegd geldt deze specifieke beperking wellicht niet voor de zakelijke borgtocht s.s.

361 In het Nederlands BW wordt de *omnibus*-borgtocht niet verboden, maar moet deze geplafonneerd zijn, ofwel doordat de hoofdschuld zelf bepaald is, ofwel door een zelfstandige plafonnering (zie art. 7:858 NBW). In het DCFR geldt t.g.v. consumenten-borgen dat wanneer de borgtocht niet beperkt is tot schulden uit een welbepaalde overeenkomst, deze na het verstrijken van 3 jaar op elk ogenblik kan worden opgezegd (met een opzeggingstermijn van 2 maanden net zoals de borgtocht zonder bepaalde duur van dekking): zie art. IVG-4:107 DCFR (Limiting Security With Time Limit) dwingend t.g.v. consumenten-borgen: *(1) A security provider who has provided a security whose scope is limited to obligations arising, or obligations performance of which falls due, within an agreed time limit may three years after the security became effective limit its effects by giving notice of at least three months time to the creditor. The preceding sentence does not apply if the security is restricted to cover specific obligations or obligations arising from specific contracts. The creditor has to inform te debtor immediately on receipt of a notice of limitation of the security by the security provider".* Voor de gevolgen van een opzegging, zie de regels bij borgtocht van onbepaalde duur.

362 Wat het oude recht betreft stelde de Memorie van Toelichting bij de wet van 2007 dat de borgtocht voor alle sommen nietig zou zijn krachtens art. 2043*sexies* OBW; dit stond evenwel niet als dusdanig in de wettekst, die in tegendeel zelfs de indruk wekte dat ook borgtocht voor een onbepaalde schuld mogelijk blijft. De echte omnibusborgtocht was echter duidelijk nietig wegens strijd met door art. 2043*quinquies* OBW op straffe van nietigheid opgelegde vormvereisten (die ook de bepaling van de dekking regelen) (zo ook E. DIRIX, *RW* 2007-2008,

herbruikbaar is zonder nieuwe overeenkomst met de kredietverlener. Een huurovereenkomst is geen raamcontract, zodat de consument borg binnen het maximumplafond kan staan voor alle verbintenissen van de huurder jegens de verhuurder, inbegrepen bv. huurschade.

Ook bij een persoonlijke zekerheid voor een consumentenkrediet volgt uit art. VII.147/26 § 1 WER dat een borgtocht voor alle sommen niet mogelijk is.

I.II.C.1.b.4.a.iii. Buiten de consumentenzekerheid

De vraag rijst aan welke vereisten een algemene borgtocht voor toekomstige schulden (inb. toekomstige termijnen van een overeenkomst van onbepaalde duur) in ons recht moet voldoen, gegeven dat de verbintenis van een borg net zoals elke contractuele verbintenis voldoende bepaalbaar moet zijn, terwijl anderzijds de verzekerde schulden bij het aangaan van zo'n borgtocht nog niet *in concreto* kunnen worden bepaald.

Zoals gezegd betekent de bepaalbaarheidseis bij borgtocht naar gemeen recht dat op het tijdstip waarop de borg wordt aangesproken aan de hand van de bepalingen van de borgtochtovereenkomst moet kunnen worden bepaald welke de schulden zijn waarvoor de borg op dat tijdstip gehouden is.

Buiten het geval van de persoonlijke zekerheid door een consument (al dan niet jegens een professionele schuldeiser) wordt de bepaalbaarheidseis in ons recht zo ruim uitgelegd dat een "borgtocht voor alle sommen" (*omnibus*-borgtocht, Lat. *fideiussio omnibus*, Fr. *cautionnement pour toutes sommes*, ook *cautionnement omnibus*, Dui. *Globalbürgschaft*, En. *global guarantee*), d.i. voor alle schulden van de hoofdschuldenaar, in beginsel geldig kan worden aangegaan (art 9.1.17 BW)[363].

Die bepaling kan dus ook gebeuren door enkel maar een verwijzing naar een bepaalde rechtsverhouding, juister nog de rechtsverhouding tussen twee bepaalde personen (een schuldenaar en een schuldeiser). Bij het aangaan van de borgtocht moeten de verzekerde schulden dus niet alleen nog niet bestaan, maar zelfs nog niet nader bepaalbaar te zijn; het volstaat dat de rechtsverhouding bepaald is waaruit de schulden moeten ontstaan opdat de borg er dekking voor zou moeten verlenen (nader wil dus zeggen: meer dan alleen maar dat het schulden tussen die twee personen zijn).

---

(218) 221 nr. 9). Maar men kon zich wel kosteloos borg stellen voor de toekomstige termijnen uit een bepaalde rechtshandeling. De bescherming vond in dat geval plaats door 1° de plafonnering van de schuld, 2° het automatisch eindigen van de dekking bij het verstrijken van de in de borgtochtakte gestelde termijn en 3° de opzegbaarheid van de borgtocht waarvan de dekking niet in tijd is beperkt door de borgtochtakte. Voor een vergelijkbaar genuanceerd standpunt, zie P. COUSSEMENT, in *Bijzondere overeenkomsten 2007-2008*, (187) 227-228; M. VANMEENEN, 'Kosteloze borgtocht: (een) nieuwe zekerheid (?)', *TBH* 2008, (845) 851 nr. 14.

363 Zie onder het oude recht HvB Brussel 23 februari 1973, *RW* 1973-74, 1054 noot A. BRUYNEEL; Rb. Charleroi 24 september 1999, *JLMB* 2000, 775; HvB Luik 2 oktober 2000, *TBBR* 2003, 429 noot V. DE FRANCQUEN & WEINBERGER; Cass. 27 oktober 2000, C.98.0407.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2000:ARR.20001027.6= *Arr.* 2000, nr. 583 = *RW* 2001-2002, 24; HvB Brussel 19 december 2000, *RPS* 2002, 58; HvB Luik 15 mei 2001, *Rev.prat.soc.* 2002, 68; HvB Gent 13 juni 2007, *NjW* 2008, 311.
Zie ook in Deel III de bespreking bij dezelfde vraag betreffende pand en hypotheek.
Zie verder voor de tegenargumenten en hun weerlegging E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, 236-237 nr. 361 = (uitg. 2006), 241-242 nr. 370. Voor verdere literaruur o.m. L. SIMONT & A. BRUYNEEL, 'Le cautionnement donné en garantie de toutes les obligations d'un débiteur envers son créancier', noot onder Cass. 7 januari 1972 en HvB Brussel 23 februari 1973, *RCJB* 1974, 204.
De regel is dezelfde in de meeste Europese rechtsstelsels. Volgens de Zwitserse rechtspraak volstaat het dat de rechtsverhouding bepaald is waaruit de verzekerde schulden voortvloeien (Zwitsers Bundesgericht 3 mei 2002, 4C.8/2002; voordien was de rechtspraak strenger, bv. Bundesgericht 27 januari 1994, *BGE* 120 II 35).

Die bepaling kan zelfs gebeuren door een verwijzing naar een bepaald soort schulden van de hoofdschuldenaar, zelfs ongeacht de schuldeiser, zoals de schulden aangegaan in een bepaalde hoedanigheid of door middel van een bepaalde activiteit.

Het begrip zelf van de borgtocht sluit een algemene borgtocht voor de schulden (inbegrepen toekomstige) van een bepaalde schuldenaar jegens een bepaalde schuldeiser dus niet uit, en sluit zelfs een algemene borgtocht voor schulden van een bepaalde schuldenaar jegens een onbepaald aantal schuldeisers niet uit. Wel zijn er naast de zonet genoemde beperking voor de persoonlijke zekerheid door een consument enkele regels die dwingend (*infra* c en d) of suppletief (*infra* e,f, g) grenzen stellen aan het oplopen van de borgtocht en dus aan de mogelijke omvang ervan (of juister: omvang van de dekking) of leiden tot een beperkende uitleg ervan. Daarbuiten kan een algemene borgtocht natuurlijk ook contractueel nader bepaald of beperkt zijn (*infra* h).

I.II.C.1.b.4.b) Nadelige wijzigingen in de schuld na het aangaan van de borgtocht

Uit het algemeen karakter van de *omnibus*-borgtocht vloeit voort dat, anders dan bij de bijzondere borgtocht voor een bepaalde schuld, ook nieuwe schulden die in de plaats komen van een gewaarborgde schuld, ondanks de novatie, door de borg verzekerd zijn, en ook alle nadelige wijzigingen aan bestaande schulden in beginsel tegen de borg kunnen worden ingeroepen, dit alles natuurlijk voor zover de vernieuwing of wijziging plaatsvindt voor de termijn van de dekking of de opzegging is verstreken en mits het gaat om verbintenissen die redelijk voorzienbaar waren voor de borg bij het aangaan van de borgtocht (zie voor het laatste *infra* I.II.C.1.b.4.c.i).

Ook wanneer het geen echte omnibus-borgtocht is, maar toch een borgtocht voor bepaalde toekomstige schulden, kan het zijn dat de verzwaarde of vervangende schuld onder de dekking valt.

Het moet wel gaan om schulden aangegaan door de hoofdschuldenaar zelf; de borg staat geen borg voor schulden aangegaan door de curator van de boedel van de gefailleerde hoofdschuldenaar (zie hoger)zie *infra* I.II.C.1.B.4.E.iv; vgl. wel de gevolgen van niet-nakoming door de curator van een bestaande schuld *supra* I.II.C.1.b.2.f.ii).

Er is één wijziging die aan de borg in beginsel niet kan worden tegengeworpen, tenzij in de borgtocht anders is bedongen, namelijk het verval van tijdsbepaling (de borg kan de termijn inroepen die geldt voor de hoofdschuld, in beginsel ook nadat voor de hoofdschuldenaar het voordeel van de termijn vervallen is).

I.II.C.1.b.4.c) Dwingende beperkingen - grenzen waarbinnen borg kan worden gesteld - de duur van de dekking

Dwingende beperkingen zijn diegene waarvan niet op voorhand afstand kan worden gedaan. Ons recht kent met name dwingende beperkingen wat betreft de voorzienbaarheid van de verbintenissen (i) en de mogelijke duur van de dekking (ii) en (iii).

Bij een algemene borgtocht is de dekking die niet van bepaalde duur is op elk ogenblik opzegbaar. We bespreken dus de twee mogelijkheden: de dekking van bepaalde duur (i) en die van onbepaalde duur (ii).

I.II.C.1.b.4.c.i. Vereiste voorzienbaarheid

Art. 9.1.17 lid 1 BW bepaalt nu dat "Niettegenstaande enig andersluidend beding, de borgtocht voor alle schuldvorderingen zich enkel uitstrekt tot de verbintenissen die redelijk voorzienbaar waren bij het sluiten van de borgtocht". Dit is de regel die we eerder vonden in een cassatiearrest van 19 mei 2016[364], en die nu dus als dwingende regel is ingevoerd voor de omnibus-borgtocht.

Onder het oude recht kwam de rechtspraak ook onder andere benamingen tot beperkingen. Zo werd een borg niet gehouden tot de verzwaring van de schuld die in strijd met de goede trouw door de schuldeiser is veroorzaakt, *in casu* een zaakvoerder van de hoofdschuldenaar die deze heeft 'uitgemolken' door facturaties waar geen reële prestaties tegenover stonden, dit ongeacht of de hoofdschuldenaar zelf gehouden is[365].

Enkele toepassingen komen hieronder ter sprake bij het lot van de borgtocht na wijzigingen in de persoon van de hoofdschuldenaar.

I.II.C.1.b.4.c.ii. Gevolgen van dekking van bepaalde duur

(1) Mogelijkheid van looptijd of duur van de dekking

Op de eerste plaats kan de duur van de dekking beperkt worden door een tijdsbepaling (termijn). Zo bv. kan het gaan om een borgtocht voor 3 jaar, 5 jaar, 10 jaar.

In sommige gevallen is er aan de dekking die kan worden bedongen een wettelijke maximale duur, met name bij een persoonlijke zekerheid of een zakelijke borg gesteld voor schulden uit overeenkomsten van consumentenkrediet. Is de consumentenkredietovereenkomst van onbepaalde duur, dan kan een dergelijke zekerheidsstelling niet worden bedongen voor een termijn van meer dan 5 jaar (art. VII.147/26 § 3 II WER) en kan er in de overeenkomst tot zekerheidsstelling dus een duur van de dekking[366] worden ingevuld met een maximum van 5 jaar, dan wel de onbepaalde duur worden opgegeven (met als gevolg dat de zekerheid op elk ogenblik opzegbaar is voor de toekomst en ook zonder opzegging na 5 jaar stopt)[367]. Deze periode kan slechts hernieuwd worden bij afloop en met het uitdrukkelijk goedvinden van de borg of de persoon die een zekerheid heeft gesteld (art. VII.147/26 § 3 III WER).

Wat betreft de persoonlijke zekerheid gesteld door een consument, houdt het nieuwe recht naast de beperking van de dekking tot schuldvorderingen uit een specifieke reeds bestaande

---

364 Cass. 19 mei 2016, C.15.0320.N, *R.S./KBC Bank*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160519.4 = *TBH* 2017 noot M. SERVAIS 'De voorzienbaarheid van de schulden als nieuwe geldigheidsvoorwaarde voor de borgstelling?'. Deze opvatting werd voordien ook verdedigd in de rechtsleer: W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht I. Ondernemingsrecht* (Antwerpen: Standaard 1975), 479; E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006) 242 nr. 370; R. JANSEN, 'De rol van de wilsautonomie bij de persoonlijke zekerheidsrechten', in R. Feltkamp (ed.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren,* nr. 12

365 HvB Antwerpen 15 december 1997, *RW* 1998-99, 1224, kwalificeerde dit als een verval van borgtocht.

366 Dat de wet grammaticaal spreekt van de duur van de hoofdverplichting, is dus een verwarrende formulering, daardoor veroorzaakt dat in de praktijk de schuldeiser natuurlijk een dekking zal bedingen van dezelfde duur als de hoofdovereenkomst (althans in de gevallen waarin de wet dat toestaat). Wel kan men uit de bewoordingen ook afleiden dat ook de hoofdovereenkomst of andere rechtsverhouding waarop de dekking betrekking heeft, in de borgtochtakte moet worden geïdentificeerd.

367 Dat er ook "onbepaalde duur" kan worden ingevuld, en bij het ontbreken van een duur de borgtocht niet noodzakelijk 5 jaar duurt, volgt zowel uit de letter van art. 2043*quinquies* OBW (een onbepaalde duur is ook een duur) als uit de *ratio legis*: de uitsluiting daarvan zou immers de borg de mogelijkheid ontnemen om de borgtocht ten allen tijde op te zeggen voor de toekomst (en niet eerst na 5 jaar), dan dat kan niet de bedoeling van de wetgever geweest zijn.

overeenkomst geen bijkomende beperking in van de duur van de dekking waarvoor men zich zeker kan stellen. Onder het oude recht kon geen duur van meer dan 5 jaar worden bedongen bij een kosteloze borgtocht (2043*quinquies* § 2 OBW, zij het dat de tekst van art. 2043*bis* en 2043*quinquies* zeer slecht was opgesteld en tot veel verwarring aanleiding gaf). Onder het nieuwe recht kan dus ofwel een bepaalde duur worden overeengekomen die niet langer kan zijn dan de looptijd van de specifieke overeenkomst; bij gebreke daarvan is de dekking van onbepaalde duur. Het is dus niet meer zo dat de dekking bij gebrek aan opzegging automatisch stopt met lopen na 5 jaar. Het is ook niet zo dat de dekking altijd loopt zolang er uit de overeenkomst verbintenissen kunnen ontstaan: opdat de dekking van onbepaalde duur kan zijn moet ofwel de duur van de hoofdovereenkomst duidelijk bepaald zijn, ofwel een duur van de dekking bepaald worden.

(2) Gevolgen van het verstrijken van de looptijd of duur van de dekking (zonder hernieuwing)

Een dergelijke tijdsbepaling houdt in dat de door de borg te verlenen dekking beperkt blijft tot de schuld zoals die bestond bij het verstrijken van de termijn (dat staat niet letterlijk in art. 9.1.19 lid 3 BW, maar die interpretatie wordt bevestigd in de toelichting)[368]. Vanaf dat ogenblik gelden minstens alle beperkingen, zoals die hoger (I.II.C.1.b.2°) besproken werden voor borgtocht voor een of meer bestaande schulden (verhogingen, wijzigingen e.d. na die datum binden de borg niet; enkel de accessoria binnen de in I.II.C.1.b.2.f besproken grenzen)[369]. De borgtocht kan dus wel nog aangroeien met de accessoria op die schuld zoals bv. wel de interest na die termijn op de op die datum gefixeerde hoofdschuld (dit alles onder voorbehoud van het bereiken van het maximumplafond)

In beginsel is de borg wel gehouden tot alle schulden die voor het verstrijken van de termijn zijn ontstaan, en niet enkel tot diegene die voordien opeisbaar zijn geworden, tenzij anders is overeengekomen (art. 9.1.19 lid 3 BW)[370]. De borg is niet gehouden tot de schulden die op dat ogenblik nog als toekomstige schuld gelden, zoals:
- toekomstige termijnen uit een overeenkomst van onbepaalde duur[371]; of
- de prijs van toekomstige leveringen (van goederen of diensten) uit een overeenkomst van onbepaalde duur; of
- schulden die afhankelijk zijn van een potestatieve voorwaarde (bv. een nog niet opgenomen bedrag van een kredietopening);
- schulden die uit een louter raamcontract voortvloeien waarvoor nog geen uitvoeringscontract is gesloten.

368 Toelichting, 56. *Stukken Kamer* nr. 0261/001, 26. Voor een vb. onder het oude recht HvB Brussel 25 mei 1992, *JLMB* 1993, 870 noot F. DE PATOUL & F. BAUDOUX.

369 Vgl. Art. IVG-2:109 DCFR para. (2): "By virtue of the notice, the scope of the security is limited to the secured principal obligations performance of which is due at the date at which the limitation becomes effective and any secured ancillary obligations as defined in article IOVG-2:104 paragraphs 1 and 2" (regel voor algemene borgtocht van onbepaalde duur, maar geldt *a fortiori* voor dekking van bepaalde duur).

370 En onder het oude recht Cass. 9 oktober 2020, C.20.0117.N, *Topsimmo*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20201009.1N.8/NL; Rb. Leuven 22 december 1998, *TBBR* 1999, 196; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* nr. 630 met verwijzingen; E. DIRIX, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, (1) 21 nr. 25; P.A. FORIERS & L. SIMONT, 'Le cautionnement à l'épreuve de la loi du 3 juin 2007 relative au cautionnement à titre gratuit', *Liber amicorum André Bruyneel*, (321) 334. HvB Brussel 25 mei 1992, *JLMB* 1993, 870 daarentegen heeft het over vervallen schulden (*dettes échues*).

371 *A contrario* Cass. fr. 11 mei 1993, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007030625 = *JCP* 1994 II, 22.188 noot Ph. DELEBECQUE, dat uitdrukkelijk spreekt van voor de beëindiging overeengekomen verbintenissen van bepaalde duur.

Verdere vragen rijzen wel wanneer er tussen de schuldeiser en de hoofdschuldenaar een rekening-courant loopt die ook na de beëindiging van de borgtochtdekking blijft bestaan. In beginsel komen latere "remises" (d.i. betalingen door de hoofdschuldenaar) ten goede aan de borg, zonder dat zijn schuld nadien opnieuw kan toenemen door nieuwe kredietopnames[372]; wel heeft de Franse rechtspraak een beding dat het tegenovergestelde bepaalt, aanvaard[373] (het argument is dat daarmee de borgtocht op het ogenblik van de beëindiging van de dekking wordt omgezet in een borgtocht voor een bepaalde schuld, maar dat argument klopt niet, want door die latere remises vermindert die schuld precies).

NB. 1. Een *tijdsbepaling* in een borgtocht kan ook een andere, verdergaande betekenis hebben, nl. als een vervaltermijn voor de schuldvordering van de schuldeiser op de borg, in die zin dat de borg slechts gebonden blijft indien hij voor het verstrijken van de termijn door de schuldeiser is aangesproken. In dat geval gaat het niet meer om een beperking van het voorwerp van de borgtocht, maar om een modaliteit van de borgtochtverbintenis zelf, die verderop wordt besproken (onder I.II.C.3.e); een termijn in een alle-sommen-borgtocht wordt echter in beginsel niet in die zin begrepen[374].

NB. 2. Onder het oude recht bestond er een betwisting of de bewoordingen van art. 2043*quinquies* OBW inhielden dat de gehoudenheid van de borg na het verstrijken van de termijn beperkt was tot de schulden die tijdens die termijn opeisbaar zijn geworden of betrekking hebben op tegenprestaties geleverd tijdens deze termijn, en waarvoor hij voor het einde was aangesproken. Onder het nieuwe recht is duidelijk dat er geen dergelijke beperking geldt.

I.II.C.1.b.4.c.iii. Gevolgen van dekking van onbepaalde duur

Deze zijn de volgende.

(1) Automatisch verloop na 5 jaar bij zekerheidsstelling voor een consumentenkrediet zonder bepaalde duur

De borgtocht houdt na 5 jaar van rechtswege op te lopen, ook zonder opzegging, bij een zekerheidsstelling voor een consumentenkrediet van onbepaalde duur (art. VII.147/26 § 3 II WER).

(2) Opzegbaarheid door de borg

372 E. DIRIX, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, (1) 21 nr. 25; HvB Brussel 25 mei 1992, *JLMB* 1993, 870 noot F. DE PATOUL & F. BAUDOUX; HvB Brussel 19 maart 2004, *JT* 2004, 874.
In Frankrijk: Cass. fr. (com.) 22 november 1972, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006988638 = *Gaz. Pal.* 1973, 213, besproken door L. MARTIN, 'Chronique de jurisprudence bancaire', *Rev. Banque* (Fr.) 1973, 505.

373 Cass.fr. 10 december 2002, nr. 98-10292, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000007046738 = *Bull.* IV nr. 190 = *RTDCom.* 2003, 252 besproken door M. CABRILLAC, *JCP éd. E*, 948. Vergelijkbaar Cass.fr. 1 juli 2003, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007049244 = *D.* 2004, comm., 48.
In dezelfde zin voor België E. DIRIX, 'Overzicht', *TPR* 2004, nr. 204.

374 Toelichting, 56. *Stukken Kamer* nr. 0261/001, 26. onder het oude recht E. DIRIX, 'Overzicht', *TPR* 2004, nr. 203; B. DU LAING, 'Tijdsbepalingen in borgtochtakten', *AJT* 1998-99, 729 v.; HvB Gent 22 oktober 2018, *RW* 2019-20, 1073.
Zo ook in het Franse recht: Cass.fr. 19 juni 2001, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?& idTexte=JURITEXT000007043216 = *Revue DrBancaire et Fin.* 2001, 286.

Indien de borgtocht niet enkel voor bestaande, maar ook voor toekomstige schulden is aangegaan, welke niet specifiek zijn aangegeven, en ze ook niet beperkt is tot schulden die binnen een bepaalde periode ontstaan of opeisbaar worden, dan geldt de dwingende regel van de opzegbaarheid van overeenkomsten van onbepaalde duur (art. 9.1.19 BW, een nadere toepassing van art. 5.75 lid 2 BW)[375].

De opzegging zelf dient te geschieden met inachtneming van een redelijke opzegtermijn[376]. Die bedraagt 45 dagen, tenzij een kortere termijn is overeengekomen (art. 9.1.19 lid 2 BW). Die termijn moet de schuldeiser in staat stellen het oplopen van de schuld (opnames door de hoofdschuldenaar) te stoppen.

Rechtspraak laat de borgtocht ook ophouden te lopen wanneer de schuldeiser de kredietrelatie beëindigt (niet: louter opschort); ook al geschiedde de zekerheidstelling ook voor toekomstige schulden, toch zullen nadien terug toegekende kredieten niet meer gedekt zijn door die zekerheid[377].

(3) Gevolgen van het verstrijken of de opzegging

Vanaf de datum van uitwerking van de opzegging is de borgtocht alleen nog een borgtocht voor de op dat ogenblik bestaande schulden, en gelden voor deze borgtocht dezelfde regels als hoger (I.II.C.1.b.2°) besproken voor borgtocht voor bestaande schulden (verhogingen, wijzigingen e.d. na die datum binden de borg niet; enkel de accessoria binnen de hoger (2° f) besproken grenzen)[378].

Voorbeelden:
Wanneer de schuld bij de uitwerking van de opzegging 50.000 euro bedraagt en de schuldenaar nadien 10.000 euro betaalt, zakt de aansprakelijkheid van de borg naar 40.000 euro, zelfs indien de schuld nadien weer zou toenemen door een bijkomende schuld van die hoofdschuldenaar.

Wanneer na uitwerking van de opzegging de 50.000 euro eerst stijgt naar 70.000 euro en er dan 30.000 euro wordt betaald door de hoofdschuldenaar, kan de schuldeiser die betaling eerst toerekenen op het niet gewaarborgde deel (20.000 euro), zodat de gewaarborgde schuld nog altijd 40.000 euro bedraagt (en geen 20.000 euro).

Bedraagt de schuld 70.000 euro maar is er een plafond van 50.000 euro, en betaalt de hoofdschuldenaar vervolgens 25.000 euro, dan blijft de borg gehouden voor 45.000 euro. Het voordeel dat de borg haalt uit de latere betaling (betaling door de hoofdschuldenaar na de fixatie) is dat de gewaarborgde schuld zakt, niet dat de dekking zakt.

---

375 Toelichting, 56. *Stukken Kamer* nr. 0261/001, 23. Vgl. Art. IVG-2:109 (Limiting Security Without Time Limit): "*(1) Where the scope of a security is not limitedto obligations arising, or obligations performance of which falls due, within an agreed time limit , the scope of the security may be limited by any party giving notice of at least three months to the other party. The preceding sentence does not apply if the security is restricted to cover specific obligations or obligations arising from specific contracts*".

376 Onder het oude BW bv. HvB Bergen 4 februari 1986, *Pas.* 1986 II 61; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 326 nr. 615.

377 HvB Bergen 27 mei 2013, *JLMB* 2014, 220 met kritische noot C. BIQUET-MATHIEU.

378 Vgl. Art. IVG-2:109 (Limiting Security Without Time Limit): *"(2) By virtue of the notice, the scope of the security is limited to the secured principal obligations performance of which is due at the date at which the limitation becomes effective and any secured ancillary obligations as defined in article IVG-2:104 paragraphs 1 and 2*"; vgl. In Nederland art. 7:861 lid II NBW.

Ook hier is de borg gehouden tot alle schulden die voor het verstrijken van de termijn zijn ontstaan, en niet enkel tot de schulden die voordien opeisbaar zijn geworden (art. 9.1.19 lid 3 BW)[379]. De borg is in beginsel ook nog gehouden tot de schulden die zijn ontstaan tussen de opzegging en het verstrijken van de opzeggingstermijn, behoudens indien het gaat om nieuwe kredieten door de schuldeiser toegestaan op een wijze die foutief zou zijn jegens de borg[380].

Bij verzekerde schuldvorderingen uit overeenkomsten van onbepaalde duur geldt wel dat de borgtocht beperkt is tot schuldvorderingen die bij het verstrijken van de opzeggingstermijn bestaan ten gevolge van de uitvoering van de overeenkomst. Bv. een borgtocht voor huur is beperkt tot de huur verschuldigd voor de periode tot aan het verstrijken van de borgtocht, ook indien de huurtermijnen die betrekking hebben op latere periodes reeds ontstaan zijn uit de oorspronkelijke huurovereenkomst.

Het begrip "bestaande schuldvordering" heeft in het kader van de borgtocht (bij de bepaling van de gewaarborgde schulden) dan ook een beperktere betekenis dan dit begrip zou kunnen hebben in het kader van de verkrijging van rechten op schuldvorderingen (door derdenbeslag, cessie of inpandgeving).

I.II.C.1.b.4.d) Beperkingen verband houdende met de identiteit van de borg zelf

I.II.C.1.b.4.d.i. Gevolgen van het overlijden van de borg - natuurlijke persoon

Een algemene borgtocht geldt ook enkel voor schulden ontstaan vóór het overlijden van de borg. Deze beperking is dwingend volgens art. 9.1.18 lid 2 BW, waarmee een twistpunt onder het oude recht wordt beslecht[381].

---

379 Vgl. onder het oude recht Rb. Brussel 1 december 1997, *JLMB* 1998, 1845; Kh. Charleroi 24 september 1999, *JLMB* 2000, 775; Rb. Leuven 5 september 2000, *TBBR* 2002, 462 noot C. LEBON.
Vgl. ook wat betreft een niet-afgesloten rekening-courant Cass.fr. 10 december 2002, nr. 98-10292, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000007046738 = *Bull.* IV nr. 190 = *RTDCom.* 2003, 252 besproken door M. CABRILLAC, *JCP* éd. E, 948

380 HvB Brussel 19 maart 2004, *JT* 2004, 874.

381 In die zin onder het oude recht: E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 264 nr. 399 en voetnoot 7 met verwijzingen; E. DIRIX, in *Borgtocht en garantie – persoonlijke zekerheden actualia*, (1) 7; L. SIMONT, 'Le cautionnement', in *Aspects récents du droit des contrats* (Jeune Barreau Brussel 2001), (301) 323 met een beroep op de wil van de wetgever van 1804; E. DIRIX in *Overeenkomstenrecht*, *XXVI° Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1999-2000*, (497) 500-501 nr. 613; HvB Bergen 14 januari 1997, *JT* 1999, 155 = *RCJB* 2001, 141 afkeurende noot A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS.
In dezelfde zin in Frankrijk C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, nr. 255; Cass.fr. (com.) 29 juni 1982, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000007010198 = *Bull.Civ.* 1982 IV nr. 258 = *D.S.* 1983, *Jur.* 360 noot C. MOULY= *D* 1982. *IR* 189 kritische noot M. VASSEUR = *JCP* 1984 II 20148 noot BOUTEILLER = *RTDCiv* 1983, 354 noot Ph. RÉMY = *R.Not.B.* 1983, 152 = *Rev.Soc.* 1983, 86, noot CABRILLAC; Cass.fr. (1.civ.) 3 juni 1986, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007017080 = *JCP* 1986 II 20.666 concl. A.g. Gulphe (deze arresten betekenden wel een ommekeer in de Franse rechtspraak); Ph. DELEBECQUE, *Enc. Dalloz, Répertoire de droit civil* V° Cautionnement, nr. 36.
Anders nder het oude recht: J. VAN RYN & HEENEN , *Principes de droit commercial*, IV (2e uitg. 1988), 424; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, noot onder HvB Bergen 14 januari 1997, *RCJB* 2001, (145) 162; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* nr. 633-639 - de twee laatstgenoemde auteurs komen evenwel tot een bijna gelijkaardige praktische oplossing (M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* nr. 424) door de schuldeiser een informatieplicht jegens de borgen op te leggen; HvB Gent 9 januari 2003, *RW* 2003-2004, 304, doch wel na te hebben vastgesteld dat de erfgenamen wisten van de borgtocht. In HvB Luik 30 september 2005, *JLMB* 2006, 861 werd eveneens aanvaard dat de schuldeiser een informatieplicht heeft jegens de erfgenamen.

Men kan immers van de erfgenamen van een borg niet verlangen dat zij een borgtocht opzeggen om niet gehouden te zijn tot nieuwe schulden van de hoofdschuldenaar, wanneer ze meestal niet eens weet hebben van de borgtocht (NB. De bestaande schulden gaan natuurlijk wel over op de erfgenamen en andere algemene rechtverkrijgende en rechtverkrijgenden onder algemene titel, art. 9.1.5 BW en voorheen 2017 OBW). Onder het oude recht kon men eventueel nog het stilzwijgen van de erfgenamen nadat zij door de schuldeiser zouden zijn ingelicht over het bestaan van een borgtocht van onbepaalde duur, uitleggen als een afstand van deze exceptie/beperking. Onder het nieuwe recht is het duidelijk dat de schuldeiser jegens de *decujus* niet kan bedingen dat de erfgenamen verplicht zijn de borgtocht te laten doorlopen voor nieuwe schulden[382].

NB. Bij de persoonlijke zekerheid door een consument heeft het overlijden van de borg nog bijkomende gevolgen, die verder (I.II.C.3.b.4°) worden besproken (dwingende schuldsplitsing en beperking van de borgschuld *intra vires*).

I.II.C.1.b.4.d.ii. Gevolgen van de wijziging van de borg - rechtspersoon.

Dezelfde oplossing geldt niet wanneer de borg een rechtspersoon is.

Het overlijden van de natuurlijke persoon berust niet op een keuze van de erfgenamen, en de zuivere aanvaarding van een nalatenschap is in ons recht de regel, de beneficiaire aanvaarding (onder voorrecht van boedelbeschrijving) de uitzondering. Maar de overname van een rechtspersoon-borg, de fusie of splitsing door oprichting, en de overname van de relevante bedrijfstak uit de rechtspersoon-borg zijn vrijwillige transacties, die met de nodige boekhoudkundige verrichtingen en informatieverplichtingen gepaard gaan om de rechtsopvolger op dit punt te beschermen (en met name de kans te geven de borgtocht op te zeggen). Een andere behandeling daarvan kan dus worden dus verantwoord.

De wetgever heeft er nu voor gekozen om als suppletieve regel te bepalen dat de dekking niet doorloopt na de rechtverkrijging door algemene rechtverkrijgers of rechtverkrijgers onder algemene titel van een rechtspersoon (art. 9.1.18 lid 1 BW), dit in navolging van de opvatting die we eerder vonden in de Franse rechtspraak[383], maar niet de heersende leer was in België[384].

I.II.C.1.b.4.e) Suppletieve beperkingen aan de algemene borgtocht die verband houden met de persoon van de hoofdschuldenaar

Behalve de genoemde dwingende beperkingen is de omvang van de dekking van een algemene borgtocht een vraag van interpretatie van de overeenkomst met de borg. De hieronder gegeven oplossingen zijn dus suppletief. Zij worden gegeven voor de hypothese van een borgtocht voor alle sommen, die dus niet nader beperkt wordt tot een welbepaalde rechtsverhouding (zoniet dienen ze *mut. mut.* te worden toegepast).

---

382 Zo ook in het Franse recht: art. 2317 CC; voorheen reeds Cass. (Fr.) 13 januari 1987, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000007018326 = *JCP* 1988 II 20954.

383 Cass. (com.) 7 novembre 1966, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000006973629 = *Bull.Civ.* III nr. 421 ; Ph. SIMLER, *Cautionnement – garanties autonomes garanties indemnitaires* (2008), 791 nr. 792 . Maar art. 2317 Franse CC sinds de wijziging in 2022 geldt enkel voor erfgenamen.

384 M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* nr. 641 v.; A. CUYPERS & P. ROORYCK, 'Persoonlijke zekerheden en vennootschappen', in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, (87) 146 nr. 134.
In geval van overname luidt de rechtspraak anders in Frankrijk, zij het dat de regel niet dwingend is, zie de verwijzingen in M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* nr. 642.

I.II.C.1.b.4.e.i. Schulden ontstaan na wijziging van de persoon van de hoofdschuldenaar- natuurlijke persoon

Art. 9.1.17 lid 3 bepaalt nu, in overeenstemming met de onder het oude recht heersende opvatting, dat de borg niet gehouden is tot verbintenissen aangegaan door de erfgenamen van de hoofdschuldenaar (wel tot de schulden die reeds ontstaan zijn uit de rechtshandelingen van de hoofdschuldenaar)[385]. De dekking stopt dus bij het overlijden van de hoofdschuldenaar.

I.II.C.1.b.4.e.ii. Schulden overgegaan onder bijzondere titel

Wordt de schuld onder bijzondere titel overgenomen door een nieuwe schuldenaar, dan is de borg niet gehouden tot de schuld van de nieuwe hoofdschuldenaar, maar enkel tot de resterende schuld van de persoon voor wie hij zich borg stelde. Dit volgt reeds uit art. 5.190 BW ("De bevrijding van de overdrager (van een schuld) heeft tot gevolg dat de persoonlijke en zakelijke zekerheidsrechten vervallen behoudens de toestemming van de zekerheidsteller") en nu ook uit art. 9.1.17 lid 3 BW en is overeenstemming met de opvatting dat de borgtocht in beginsel *intuitu personae debitoris* is.

I.II.C.1.b.4.e.iii. Schulden ontstaan na wijziging van de persoon van de hoofdschuldenaar- rechtspersoon

Is de hoofdschuldenaar een rechtspersoon, en treedt er een wijziging in die evenwel de continuïteit van de persoon niet aantast (bv. omzetting BVBA in NV), dan stopt de dekking niet (natuurlijk voor zover ze niet verstrijkt of wordt opgezegd volgens de hoger besproken regels). De borg is dus in beginsel gehouden tot schulden die ook na die wijziging ontstaan in hoofde van de hoofdschuldenaar[386].

(1) De oplossing is evident wanneer het alleen om de omvorming van de rechtspersoon gaat[387].

(2) Bij fusie door overneming (gedefinieerd in art. 12:2 WVV, voorheen 671 Wb.Venn.) van een opgeslorpte rechtspersoon door de opslorpende hoofdschuldenaar blijft de dekking lopen voor de nieuwe schulden van de hoofdschuldenaar[388]. Volgens sommige rechtsleer gaat ze zich zelfs uitstrekken over de reeds bestaande schulden van de opgeslorpte rechtspersoon, omdat dit vanaf de opslorping ook schulden worden van de opslorpende rechtspersoon[389]. Een cassatiearrest van 19 mei 2016 verbrak evenwel een arrest *a quo* dat zo oordeelde, omdat niet was nagegaan of deze schuldenlast bij het aangaan van de borgtocht redelijk voorzienbaar was voor de borg[390]. Hieruit

385 A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Cautionnement en droit belge*, *RPDB Compl. V*, 195 nr. 329.

386 A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Cautionnement en droit belge*, *RPDB Compl. V*, 195 nr. 330 ; A. CUYPERS & P. ROORYCK, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, (87) 102. Zo ook in Frankrijk Cass. Fr. 2 oktober 1979, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000007004010 = *Bull.* nr. 240 = *Rev. Soc.* 1981, noot C. MOULY.

387 M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* nr. 655; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière* (Parijs: Defrénois (4) 2009), 116 nr. 276

388 Ph. SIMLER, *Cautionnement – garanties autonomes garanties indemnitaires* (2008), 710 nr. 705.

389 In die zin M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* nr. 664; E. DIRIX, 'Fusies en zekerheden', *T.Not.* 1998, (344) 360 v. Zie de argumenten voor en tegen bij A. CUYPERS & P. ROORYCK, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, p. (87) 108.

390 Cass. 19 mei 2016, C.15.0320.N, *R.S./KBC Bank*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160519.4, verbreking van HvB Antwerpen 20 april 2015, *TBH* 2017 noot M. SERVAIS 'De voorzienbaarheid van de schulden als nieuwe geldigheidsvoorwaarde voor de borgstelling?'.

volgde dat de borgtochtovereenkomst in beginsel zo moet worden begrepen dat de dekking zich niét tot dergelijke schulden uitstrekt. Art. 9.1.17 lid 3 BW bepaalt nu uitdrukkelijk dat de borgtocht niet wordt uitgebreid tot de schulden van de rechtspersoon die door de hoofdschuldenaar is opgeslorpt. Hoewel deze regel in beginsel niet dwingend is, is dit resultaat wel dwingend indien die schulden voor de borg niet redelijk voorzienbaar waren bij het aangaan van de borgtocht (wat omzeggens steeds het geval zal zijn).

(3) Dezelfde regel geldt ook wanneer de hoofdschuldenaar een bedrijfstak verwerft van een andere rechtspersoon (art. 9.1.17 lid 3 tweede zin BW).

(4) Wordt de hoofdschuldenaar opgeslorpt, dan blijft de borg blijft gehouden tot de op dat ogenblik bestaande schulden van de opgeslorpte vennootschap[391]; daarbuiten moet veeleer gelden dat de dekking afloopt en dat wie voor nieuwe kredieten aan de fusievennootschap (en *a fortiori* voor de reeds bestaande schulden van de opslorpende vennootschap) een beroep wil doen op de borg van de opgeslorpte vennootschap, dan maar eerst een nieuwe borgtocht moet bedingen van die borg[392]. Een dekking die doorloopt nadat de hoofdschuldenaar ophoudt te bestaan vereist dus een uitdrukkelijk beding[393]. Dat volgt nu ook uit art. 9.1.17 lid 3 BW, dat bepaalt dat de borgtocht niet wordt uitgebreid tot de schulden van de rechtverkrijgenden van de hoofdschuldenaar. Bovendien is een uitbrieding maar mogelijk voor zover die nieuwe schulden redelijk voorzienbaar waren voor de borg bij het aangaan van de borgtocht.

(5) Vindt er een fusie plaats van de hoofdschuldenaar door oprichting van een nieuwe vennootschap (gedefinieerd in art. 12:3 WVV, voorheen 672 Venn.Wb.), dan dient voor nieuwe schulden hetzelfde te gelden als in het geval de hoofdschuldenaar wordt opgeslorpt. Dat is ook het geval wanneer de hoofdschuldenaar wordt opgesplitst door overneming (gedefinieerd in art. 12:4 WVV, voorheen 673 Wb.Venn.). Voor de oude schulden van de andere fusie-entiteiten moet gelden wat hierboven in (2) werd gesteld.

---

391 E. DIRIX, *T.Not.* 1998, (344) 360 v. Zo ook Cass. fr. (com.) 19 november 2002, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000007046046 = *Bull.* IV nr. 175; Cass.fr. (com.) 21 januari 2003, nr. 97-13027, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000007045536 = *Bull.civ.* 2003, IV, 10, nr. 9 = *Defrénois* 2003, 713 noot HONORAT; Cass. fr. 8 november 2005, *D.* 2005, 2875, noot A. LIENHARD = *JCP, éd. G.* 2005, nr. 10170, noot D. HOUTCIEFF = *JCP, éd. E.* 2006, 1000, noot D. LEGEAIS.

392 In die onder het oude recht zin E. DIRIX, *T.Not.* 1998, (344) 360 v.; E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006) 254 nr. 391; E. DIRIX, *T.Not.* 1998 (344) 360;
Zo in Frankrijk Cass.fr. 17 juli 2001, *Bull.* IV nr. 346, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000007044711; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, ((4) 2009), 116 nr. 276; Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties* autonomes (3) 2000, 631, nr. 704, in *Cautionnement – garanties autonomes garanties indemnitaires* (2008), 709 nr. 705.
Anders onder het oude recht M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* nr. 667-668; HvB Gent, 7e K., 28 december 2009, *Vermeire e.a. / Fortis Bank, Bottequin*, 2007/AR/3027 en 3077, evenwel verbroken door Cass. 1 maart 2012, C.10.0545.N (volgende voetnoot); het betrof wel een zaak waar het HvB Gent dit afleidde uit het beding dat de borgtocht "geldig bleef indien de hoofdschuldenaar haar structuur verandert, bv. door een andere rechtsvorm aan te nemen of indien zij haar maatschappelijk doel wijzigt"; Cassatie oordeelde dat dit een schending inhield van de bewijskracht van de akte (zodat de andere cassatiemiddelen niet meer onderzocht werden).
Zie de argumenten voor en tegen bij A. CUYPERS & P. ROORYCK, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, (87) 106-107 en 109-112.

393 Dat kan men afleiden uit het pas geciteerde Cass. 1 maart 2012, C.10.0545.N, niet in juportal, *DAOR* 2013, afl. 105-106, 91, afkeurende noot J. WAELKENS.
Vgl. in Frankrijk Cass. Fr. 17 juli 1990, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000007024840 = *Bull.* IV nr. 216 = *RPS* 1992, 70 afkeurende noot F. T'KINT.

(6) Wordt door de hoofdschuldenaar een bedrijfstak overgedragen of ingebracht in een bestaande vennootschap, dan blijft de borg zoals gezegd gehouden tot de bestaande schulden uit die bedrijfstak, en loopt de dekking door voor nieuwe schulden van de hoofdschuldenaar, maar strekt ze zich niet uit over nieuwe schulden van de overnemer van de bedrijfstak[394], ook niet de nieuwe schulden in verband met die bedrijfstak.

(7) Of bij een splitsing van de hoofdschuldenaar door oprichting van nieuwe vennootschappen tenslotte (gedefinieerd in art. 12:5 WVV, voorheen 674 Wb.Venn.) de dekking van de borgtocht zich in beginsel uitstrekt tot de nieuwe schulden van elk van de nieuwe vennootschappen, is betwist; dit zou veeleer wel het geval zijn voor die vennootschap die de kredietrelatie heeft overgenomen[395].

Al deze regels zijn wel suppletief; in beginsel kan anders bedongen worden in de borgtochtovereenkomst, mits dit voldoende uitdrukkelijk gebeurt, en mits de schulden voorzienbaar zijn bij het aangaan van de borgtocht. Evenwel rijst wel de vraag of een borgstelling door een natuurlijk persoon waarbij zelfs de persoon van de hoofdschuldenaar niet is bepaald, niet hoe dan ook ongeldig is; dit is het geval wanneer de borgstelling zich ook zou uitstrekken ten aanzien van de bestaande schulden van gelijk welke derde die de hoofdschuldenaar zou opslorpen. Dit is immers niet redelijk voorzienbaar.

I.II.C.1.b.4.e.iv. Schulden ontstaan na faillissement van de hoofdschuldenaar

De borg staat niet in voor schulden aangegaan door de curator van de boedel van de gefailleerde hoofdschuldenaar[396]. Weliswaar zal de borg gehouden zijn tot de schadevergoeding die in de plaats komt van de oorspronkelijke schuld indien de curator de lopende overeenkomst opzegt, doch dit enkel binnen de perken van de oorspronkelijke (nu ontbonden) schuld.

I.II.C.1.b.4.f) Suppletieve beperkingen aan de algemene borgtocht die verband houden met de persoon van de schuldeiser

In regel zal de algemene borgtocht beperkt zijn tot de schulden aangegaan of opgelopen jegens een welbepaalde schuldeiser. In dat geval rijzen er vragen in meerdere gevallen, ten dele beslecht door art. 9.1.17 lid 4 BW.

(1) Op de eerste plaats is het mogelijk dat een door de borgtocht verzekerde schuld van de hoofdschuldenaar jegens de desbetreffende schuldeiser onder bijzondere titel overgaat op een nieuwe schuldeiser, zo onder meer door cessie of subrogatie.

---

394 M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* nr. 671; A. CUYPERS & P. ROORYCK, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, (87) 117.

395 In die zin VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* nr. 670; veeleer in die zin A. CUYPERS & P. ROORYCK, *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, (87) 114-115. Veeleer in andere zin E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 254 nr. 391.

396 Zo zal de erkenning van een schuld door de curator wel de boedel binden, maar niet de borg: Cass. 18 september 2008, C.07.0098.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20080918.1 = *JLMB* 2008, 1598 = *RW* 2009-2010, 196.

Bij borgtocht voor een bepaalde schuld is het vrij duidelijk dat de borgtocht mee overgaat en de schuld blijft verzekeren ten gunste van de nieuwe schuldeiser. Dit is slechts anders wanneer het tegendeel is bedongen, namelijk wanneer de borgtocht *intuitu persona creditoris* is aangegaan[397].

Bij een algemene borgtocht geldt dit zeker ook wanneer de kredietverhouding tussen de oorspronkelijke schuldeiser en de hoofdschuldenaar wordt beëindigd[398]. Is dat niet het geval, dan wordt in ons recht, anders dan in Nederland, dezelfde oplossing aanvaard; de cessionaris zou in zijn verhaal op (het vermogen van) de borg zelfs voorrang hebben op dat van de cedent voor diens na de cessie ontstane schuldvorderingen[399]. De borg is in geen van beide situaties zonder een nieuwe toestemming gehouden voor nieuwe kredieten die de rechtsopvolger onder bijzondere titel aan de hoofdschuldenaar zou toestaan[400].

Men kan dit alles afleiden uit art. 9.1.17 lid 4 BW *a contrario*.

(2) Vervolgens rijst de vraag wat er gebeurt in het omgekeerde geval: staat de borg in voor schulden die de hoofdschuldenaar jegens een andere schuldeiser dan de aangeduide schuldeiser (en wel een die geen verhaal had op de borg) is aangegaan, maar nadien door de aangeduide schuldeiser zijn verkregen? Art. 9.1.17 lid 4 bepaalt nu van niet: "De borgtocht strekt zich niet uit tot schuldvorderingen van een rechtsvoorganger van de schuldeiser die zijn ontstaan voor de rechtverkrijging door die schuldeiser en op dat ogenblik niet door de borgtocht waren gedekt"[401].

(3) Het overlijden van de schuldeiser laat natuurlijk wel de gehoudenheid van de borg voor de op het ogenblik van het overlijden bestaande schulden van de hoofdschuldenaar jegens de overledene bestaan, maar in beginsel niet de nieuwe schulden die de hoofdschuldenaar jegens de erfgenamen zou oplopen[402], opnieuw tenzij uit de overeenkomst het tegendeel blijkt en mits ze bij het aangaan van de borgtocht redelijk voorzienbaar waren. Ook dit kan men uit art. 9.1.17 lid 4 BW *a contrario* afleiden. Deze suppletieve regel zal normaal van toepassing zijn indien de borgtochtovereenkomst het heeft over alle schulden van de hoofdschuldenaar jegens een bepaalde schuldeiser, maar zal normaal niet meer gelden wanneer de borgtochtovereenkomst het heeft uit alle schulden de zullen ontstaan uit een welbepaalde overeenkomst, en die overeenkomst doorloopt met de erfgenamen van de schuldeiser.

(4) Bij opslorping door de schuldeiser-rechtspersoon (bv. een bankenfusie), geldt de dekking in beginsel ook voor nieuwe kredieten van de verzekerde schuldeiser aan de hoofdschuldenaar indien deze een andere rechtspersoon heeft overgenomen, waarvan de kredieten niet door de borgtocht waren verzekerd[403].

---

397 Vgl. E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 248 nr. 38.

398 M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* nr. 653.

399 Zie de bespreking van deze regel in Insolventierecht II.III.E.5.b.3°; vgl. E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, nr. 624 en E. DIRIX, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden. Actualia*, (1) 26 nr. 33.

400 E. DIRIX, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden. Actualia*, (1) 26 nr. 33.

401 Onder het oude recht werd de borgtochtovereenkomst ook reeds zo uitgelegd: E. DIRIX, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, (1) 20; VAN RYN & HEENEN *Principes de droit commercial* IV, 420 nr. 547 vn 1.
Vgl. Cass.fr. 10 december 2003, nr. 02-16434 www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000007477537

402 M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 349-350, nr. 662 met beroep op de Franse rechtsleer (Simler en Malaurie & Aynès)

403 Voor de uitbreiding E. DIRIX, *T.Not.* 1998, (344) 362; A. CUYPERS & P. ROORYCK, *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, (87) 118 v.
Contra Y. HERINCKX, 'Les fusions de banques', in *La nouvelle législation bancaire belge*, Yearbook AEDBF 1994 (Gent: Mys & Breesch 1994), (91) 96. *Contra* ook de Franse rechtspraak, zie Cass. (F) 17 juli 1990, *RPS* 1992, 70 noot F.

(5) Bij ons stelt men dat, nu de borgtocht in beginsel niet *intuitu personae creditoris* is, de dekking in beginsel ook blijft lopen bij splitsing van de verzekerde schuldeiser[404], minstens voor die opvolgende vennootschap die de kredietrelatie heeft overgenomen[405], waar dat in het Franse recht anders is[406].

(6) De borgtochtovereenkomst moet normaal zo worden uitgelegd dat de borg niet instaat voor reeds bestaande, niet door de borgtocht verzekerde, schuldvorderingen die de verzekerde schuldeiser onder algemene titel verwerft van een overgenomen schuldeiser. Dat volgt nu duidelijk uit art. 91.17 lid 4 BW.

(7) De borgtocht geldt in beginsel niet voor de schulden die de hoofdschuldenaar reeds was aangegaan jegens een niet verzekerde schuldeiser-rechtspersoon die de verzekerde schuldeiser heeft overgenomen[407]. Wel zal het vaak voorkomen dat die bestaande kredieten vervangen worden door nieuwe kredieten toegestaan door de overnemende rechtspersoon, wat een interpretatieprobleem doet rijzen.

(8) Bij opslorping van de verzekerde schuldeiser was betwist of de dekking geldt voor nieuwe kredieten toegestaan door de rechtspersoon die de verzekerde schuldeiser heeft opgeslorpt; hier dient hetzelfde te gelden; de rechtspraak paste onder het oude recht reeds die beperkende interpretatie toe[408]. Hetzelfde moet gelden ook bij een fusie van die schuldeiser die tot het ontstaan van een nieuwe rechtspersoon leidt[409].

(9) Bij overdracht of inbreng van een bedrijfstak, gaat het opnieuw om een vraag van uitleg van de overeenkomst; meestal zal de overeenkomst zo moeten worden uitgelegd dat de borgtocht betrekking heeft op schuldvorderingen op de hoofdschuldenaar van die bedrijfstak, dus ook kredieten door de nieuwe schuldeiser toegestaan na overname maar betrekking hebbende op die bedrijfstak. Het is niet uitgesloten dat de borgtocht ook tot zekerheid strekt van nieuwe schulden

---

T'KINT; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, ((4) 2009), 115 nr. 275.

404 Zo o.m. E. DIRIX & R. DE CORTE *Zekerheidsrechten* (2006) 254 nr. 391.

405 M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 349 nr. 660; T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions* (Brussel: Kluwer 1993), 288 nr. 424.

406 Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 2008, 709 nr. 704; Cass.fr. 22 januari 1985, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000007015431 = *Bull.civ.* IV nr. 30.

407 In die zin voor een inpandgeving voor alle sommen: HvB Gent 10 april 2006, nr. 2005/AR/506, *Dexia / LHSP, KBC e.a.*, *RW* 2006-2007, 843; voor borgtocht Cass. fr. 28 septembre 2004, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000007048917 = *Bull. Civ.* 2004 I nr. 214 = *D.* 2004 *act. jur.*, 2786.

408 Vgl., weliswaar niet over een borgtocht voor alle sommen, maar een inpandgeving voor alle sommen: kh. Ieper 24 juni 2002, *RW* 2003-2004, *Deutsche Bank / LHSP / Argenta e.a.*; HvB Gent 10 april 2006, 2005/AR/506, *Dexia t. LHSP, KBC e.a.*, *RW* 2006-2007, 843; ook geen dekking volgens het Franse recht: Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 2008, 707 nr. 703; Cass.fr. (com.) 6 maart 1978, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000007000637 = *Bull. civ.* IV nr. 79.
Anders onder het oude recht (wel dekking) F. T'KINT & I. CORBISIER, 'La transmission des contrats et la protection des créanciers' in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 212-213.

409 De dekking loopt niet door volgens Y. HERINCKX, 'Les fusions de banques', in *La nouvelle législation bancaire belge*, Yearbook AEDBF 1994, (91) 96.
Zo ook in het Franse recht, Cass. 20 januari 1987, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000007017140 = *Bull. Civ.* 1987 IV nr. 2 = *JCP* G. 1987 II 20844 noot M. GERMAIN; Cass. Fr. 17 juli 1990, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000007024840 = *Bull.* IV nr. 216 = *RPS* 1992, 70 afkeurende noot F. T'KINT; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière* ((4) 2009), 115 nr. 275.

van de overdragende schuldeiser[410]. Naar Frans recht is de borg niet gehouden tot schulden aangegaan na de overdracht, tenzij deze daar uitdrukkelijk mee instemde[411].

Nu is het ook mogelijk dat de borgtocht niet de schulden van de hoofdschuldenaar jegens een welbepaalde schuldeiser verzekert, maar wel deze uit een welbepaalde activiteit van de schuldenaar. Het is dus niet noodzakelijk dat de schuldeiser bepaald is bij het aangaan van de borgtocht.

I.II.C.1.b.4.g) Andere suppletieve beperkingen aan de algemene borgtocht; beperkende uitleg van algemene borgtocht

I.II.C.1.b.4.g.i. Schulden ontstaan na wegvallen van een determinerende hoedanigheid van de borg

Een verbintenis vervalt niet omdat de 'oorzaak' bij het sluiten van de overeenkomst achteraf zou zijn vervallen[412]. Een andere vraag is evenwel hoe de verbintenis moet worden geïnterpreteerd qua omvang, en met name of een borgtocht zich ook uitstrekt tot nieuwe verbintenissen die ontstaan zijn na het wegvallen van een determinerende beweegreden, of beperkt blijft tot de verbintenissen die voordien zijn ontstaan.

Soms aanvaardt de rechtspraak ook dat de borgtocht aangegaan door een persoon omwille van zijn specifieke hoedanigheid beperkt is tot schulden van de hoofdschuldenaar ontstaan terwijl de borg die hoedanigheid heeft, en de dekking stopt wanneer de borg die hoedanigheid verliest, ook al is dit niet uitdrukkelijk bedongen[413]. Dit is wel niet de traditionele opvatting[414]. De discussie gaat dan over gevallen zoals de borg door een bestuurder van de hoofdschuldenaar-rechtspersoon voor schulden na diens ontslag[415], of door een echtgenoot voor schulden van de andere echtgenoot na een echtscheiding[416]. Wel is er rechtspraak volgens dewelke op grond van het beginsel van de goede trouw, de dekking ophoudt te lopen, indien de schuldenaar-vennootschap overgenomen wordt en het krediet volledig wordt herschikt bij overeenkomst

---

410 M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* nr. 661; A. CUYPERS & P. ROORYCK, *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, (87) 123-124.

411 Cass. fr. com. 22 janvier 1985, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000007015431 = *Bull. Civ.* 1985 IV nr 30 = *JCP. G.* 1986 II 20591 noot Ph. SIMLER.

412 Voor toepassing op een zakelijke borgtocht, bv. Cass. 21 april 2017, C.16.0439.N, *BNPPF / L.D.,* juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20170421.4.

413 Zie de Franse rechtspraak geciteerd door P.A. FORIERS, 'Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause'*, RCJB* 1987, (74) 76 voetnoot 14; en de genuanceerde bespreking door Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 2008, 299 nr. 286 v.

414 Contra deze interpretatie bij gebreke aan uitdrukkelijke beperking M. VAN QUICKENBORNE , *Borgtocht* nr. 256; A. CUYPERS & P. ROORYCK, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, (87) 95-100.

415 Geen einde van de dekking zonder uitdrukkelijk beding of opzegging volgens HvB Brussel 17 oktober 1986, *TBBR* 1989 150 noot Chr. DALCQ; Cass. fr. 24 april 1990, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007024612 = *Bull.Civ.* IV nr. 117 = *RPS* 1991 nr. 6571 noot F. T'KINT.

416 Geen einde van de dekking volgens HvB Gent 57e K) 28 december 2009, *A.Vermeire en Y.P-M. / Fortis Bank*, op een andere grond verbroken in Cass. 1 maart 2012, C.10.0545.N, niet in juportal, *DAOR* 2013, afl. 105-106, 91, daarbij afkeurende noot J. WAELKENS.
In de Duitse rechtspraak is de borgtocht soms beëindigd wegens Wegfall der Geschäftsgrundlage, zo bv. in BGH 5 januari 1995, IX ZR 85/94, www.jurion.de/de/document/fullview/0:58547 = *NJW* 1995, 592; BGH 25 april 1996, IX ZR 177/95, www.jurion.de/de/document/fullview/0:56544 = 132. *BGHZ*, 328, in beide gevallen wel mede op grond van het feit dat de schuldeiser bij het sluiten van de borgtocht wist dat de echtgenote niet over eigen middelen beschikte om te betalen.

tussen de kredietverlener en de nieuwe bestuurders[417]. Hetzelfde geldt wanneer de zaakvoerders van een vennootschap, die zich (*in casu* zakelijk) borg hebben gesteld, echtgenoten zijn, een van beiden ontslag neemt, zij uit de echt scheiden, en de kredietverlener na de echtscheiding met de resterende zaakvoerder een volledige krediethersschikking overeenkomt, waarbij deze bijkomende waarborgen stelt: dit wordt beschouwd als een 'desolidarisatie' van de ex-echtgenote, die niet meer gehouden kan zijn als borg voor het herschikte krediet[418]. Deze redenering kan men ook doortrekken naar een herschikking overeengekomen met de nieuwe bestuurders of zaakvoerder na ontslag van de oude. De relevante bepaling onder het nieuwe recht is opnieuw lid 1 van art. 9.1.17, nl de beperking tot verbintenissen die redelijk voorzienbaar waren bij het aangaan van de borgtocht.

I.II.C.1.b.4.g.ii. Beperkende interpretatie wat betreft de bron van de gedekte verbintenissen

Hoewel een borgtocht in beginsel elke soort schuld kan verzekeren, moet ook nagegaan worden of een borgtocht voor alle sommen ook zo dient te worden uitgelegd dat ze alle soorten schulden van de hoofdschuldenaar verzekert, dan wel slechts schulden van een bepaalde aard[419]. Bij een borgtocht voor alle schulden moet dus nog steeds bepaald (kunnen) worden wat er binnen het "referentiekader" valt (*le champ contractuel*).

In het nieuwe Boek 9.1 werd daartoe een suppletieve regel ingevoerd, art. 9.1.17 lid 2 BW, luidens hetwelk een borgtocht voor alle schuldvorderingen enkel de verbintenissen dekt die ontstaan zijn uit de contracten tussen de hoofdschuldenaar en de schuldeiser. Dit sluit opnieuw aan bij de rechtspraak onder het oude recht, die vaak de borgstelling restrictief interpreteerde in de zin dat ze enkel contractuele schuldvorderingen dekt[420] of enkel schulden uit de "zakenverhouding" tussen kredietgever en kredietnemer[421].

In de rechtspraak vinden we nog andere gevallen van - soms nog meer - restrictieve interpretatie, zoals de beperking tot de bestaande schulden[422], of de beperking tot bepaalde soorten leningen, wanneer de borg vanaf het begin verklaard heeft dat de borgtocht maar geldt voor die soorten leningen, zonder dat de kredietgever dit ooit betwist heeft[423], of de beperking tot een bepaalde gebruikswijze van de kredietopening, wanneer de kredietovereenkomst bepaalde dat deze enkel daarvoor mocht worden gebruikt[424].

---

417 HvB Gent 13 maart 2003, *NJW* 2003, 1267.

418 Rb. Gent 19 november 2013, *RW* 2015-16, 312.

419 Sommige rechtsstelsels zijn dan ook strenger, bv. het Portugese recht (de bron en aard van de verzekerde verbintenissen moeten bepaald zijn, alsook de hoedanigheid waarin de hoofdschuldenaar handelt - Supremo Tribunal de Justiça 23 januari 2002, nr. 4/2002 DR I-A Nr. 57, en Supremo Tribunal de Justiça 21 oktober 2003).

420 In die zin bv. Art. IVG-2:104 DCFR (Coverage of security) (3):
"*A global security covers only obligations which originated in contracts between the debtor and the creditor*".
Vgl. het Schotse recht, arrest van het Inner House of the Court of Session 2005, *Bibby Factors Scotland ltd. / Brady* (CSIH 38). Vgl. E. DIRIX, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, (1) 20: in beginsel niet de schulden uit onrechtmatige daad.

421 Vgl. ook HvB Luik 29 april 2004, *TBH* 2006, 86

422 Bv. HvB Luik 25 februari 2000, *JLMB* 2000, 1698 = *TBH* 2000, 42, op grond van vermoedens die bewijs van de wil der partijen tegen de tekst in opleverden; HvB Antwerpen 21 oktober 1996, *AJT* 1996-97, 351, met een beperkende interpretatie krachtens art. 1162 OBW van de borgtocht "voor terugbetaling van leningen en betaling van facturen".

423 Voor een voorbeeld, zie HvB Bergen 26 juni 2000, *JLMB* 2000, 1703.

424 Bv. Cass. 7 januari 1972, *Arr.* 445 = *Pas.* 1972 I 441 = *JT* 1972, 518 = op dit punt afkeurende annotatie door *RCJB* 1974, 221 noot L. SIMONT & A. BRUYNEEL; ook bekritiseerd in A. BRUYNEEL, *RW* 1973-74, (1058) 1062 nr

Anderzijds kan de dekking bij uitdrukkelijk beding in beginsel uitgebreid worden tot niet-contractuele schulden.

Bij dit alles moet men wel bijkomend rekening houden met lid 1 van diezelfde bepaling, die de dekking dwingend beperkt tot verbintenissen die voor de borg redelijk voorzienbaar waren. Dit kan een verdere inperking inhouden van de contractuele verbintenissen waarvoor de borg in beginsel gedekt is, en het kan ook een inperking inhouden van uitbreidende bedingen.

I.II.C.1.b.4.g.iii. Achtergestelde schulden

Ook bij na de borgstelling ontstane achtergestelde schulden, dan wel een na de borgstelling door de schuldeiser aanvaarde achterstelling, gaat de rechtspraak er doorgaans van uit dat deze niet bedoeld zijn door de *omnibus*-borgtocht[425].

I.II.C.1.b.4.h) Overeengekomen beperkingen (andere dan bepaalde duur).

Vanzelfsprekend kunnen er daarnaast verdergaande beperkingen van de borgtocht worden overeengekomen. Zo kan het maximumplafond lager liggen dan de bestaande schuld.

Het is natuurlijk ook mogelijk om te bedingen dat ondanks het algemeen karakter van de borgtocht deze toch niet zal gelden voor bepaalde soorten (contractuele) schulden, dat bepaalde novaties of wijzigingen niet aan de borg kunnen worden tegengeworpen, of dat de borgtocht bepaalde accessoria niet dekt. Ook kan bedongen worden dat de borgtocht beperkt is tot een percentage van de schuld.

I.II.C.2. "Oorzaak" van de borgtocht - (ir)relevantie van de dekkingsverhouding / abstractie

I.II.C.2.a. Mogelijke vormen van "oorzaak"

De "oorzaak" van de verbintenis is te vinden in de verhouding tussen de borg en de hoofdschuldenaar, die dan ook dekkingsverhouding wordt genoemd. De borgtocht kan om niet zijn en belangeloos, zij kan worden aangegaan omwille van het belang dat de hoofdschuldenaar heeft voor de borg (bv. een bestuurder van een vennootschap die zich borg stelt voor de vennootschap), zij kan ook tegen vergoeding worden aangegaan (bv. een bankwaarborg in de vorm van borgtocht, waarvoor een commissie wordt betaald (doorgaans 1 à 2,5 % van de waarborg per jaar)) of in ruil voor andere verplichtingen[426].

I.II.C.2.b. (Ir)relevantie van de oorzaak in de externe verhouding

De rechtsverhouding tussen hoofdschuldenaar en borg gaat de schuldeiser niet aan; zij is voor hem een '*res inter alios acta*'[427].

11.

425 Zo de Franse rechtspraak, m.b. Cass. (F) comm. 9 juni 1992, *Bull.civ.* 1992 I nr. 233 = *Rev.soc.* 1993, 93 noot Ph. DELEBECQUE; Cass. (F) comm. 23 maart 1993, nr. 91-14496; zie R. FRANSIS, *Achterstelling van schuldvorderingen in het insolventierecht*, nr. 367.

426 Zie bv. de door art. 10 § 1 Woninghuurwet gereglementeerde bankwaarborg van 3 maanden huur die de bank waar de huurder zijn inkomsten laat toekomen verplicht moet verlenen op verzoek van die huurder (niet overgenomen in het Vlaams Woninghuurdecreet).

427 Toelichting, 56. *Stukken Kamer* nr. 0261/001, 21.

Aldus kan de borg geen excepties of verweermiddelen putten uit deze rechtsverhouding om aan zijn betaalverplichting jegens de schuldeiser te ontsnappen, tenzij die welke die in de borgtocht zelf bedongen zijn. In die zin heeft de borgtocht een 'abstract' karakter[428]: hij is geabstraheerd van de dekkingsverhouding. De regel is blijkbaar zo evident dat de wetgever deze niet in de wet heeft opgenomen, al kan men die wel *a contrario* lezen in art. 9.1.14 BW[429].

De borgtocht is natuurlijk niet geabstraheerd van de borgtochtverhouding zelf (de borg kan alle excepties uit de borgtochtovereenkomst zelf wel inroepen)[430].

De partijen kunnen wel overeenkomen om de borgtocht geheel of gedeeltelijk afhankelijk te maken van de verhouding borg-schuldenaar.

I.II.C.3. Modaliteiten van de verbintenis van de borg - excepties eigen aan de borgtocht - gevolgen bij verschillende soorten borgtocht

De verbintenis van de borg is weliswaar accessoir in die zin dat het voorwerp ervan beperkt wordt door de verzekerde schuld en de mate van dekking van die schuld, maar het is anderzijds ook een aparte verbintenis, die:
1° op zichzelf moet voldoen aan de vereisten die gelden voor alle overeenkomsten of voor een overeenkomst van die soort (zie hoger I.I.C) (accessoriteit mag de zelfstandige geldigheidsvereisten niet doen vergeten);
2° die op zichzelf modaliteiten kan kennen, zoals tijdsbepaling en voorwaarde (andere dan het bestaan van de gewaarborgde schuld);
3° die eigen accessoria kent, zoals interest door verzuim van de borg - zie *infra* I.II.C.6; en
4° die eigen verplichtingen kent tussen partijen, met name sommige zorgvuldigheidsplichten, die verder onder I.II.C.4. worden besproken.

I.II.C.3.a. Opeisbaarheid

Zodra de gewaarborgde verbintenis opeisbaar is geworden en de hoofdschuldenaar in verzuim is daaraan te voldoen[431], beschikt de schuldeiser in beginsel over een opeisbare schuldvordering ten laste van de borg (art. 9.1.22 BW *a contrario*, voorheen art. 2011 OBW) (maar nog niet over een uitvoerbare titel; die moet jegens de borg zelf worden verkregen), eerder niet (en dat laatste is dwingend bij persoonlijke zekerheden gesteld door een consument jegens een professioneel, art. 9.1.43 lid 3 BW).

Een bijzondere regeling vinden we voor persoonlijke zekerheden gesteld voor een consumentenkrediet in art. VII.147/28 WER, krachtens welke bepaling in afwijking van art. 2021 OBW de kredietgever de borg en, desgevallend, de steller van een zekerheid eerst kan aanspreken "wanneer de consument ten minste 2 termijnbedragen of een bedrag gelijk aan 20 % van de totale terug te betalen som of de laatste termijn niet betaald heeft en, nadat de kredietgever de consument bij aangetekende brief in gebreke heeft gesteld, de consument één maand na de aangetekende zending zijn verplichtingen niet is nagekomen".

428 HvB Luik 15 mei 2001, *RPS* 2002, 68.

429 Toelichting, 56. *Stukken Kamer* nr. 0261/001, 21.

430 Toelichting, 56. *Stukken Kamer* nr. 0261/001, 21.

431 Dus ofwel in gebreke is gesteld, ofwel in verzuim is ook zonder ingebrekestelling.

I.II.C.3.b. Subsidiaire v. solidaire borgtocht

Borgtocht is in ons recht[432] in beginsel subsidiair (art. 9.1.23 BW), behalve in de volgende gevallen waar de borgtocht in beginsel solidair (hoofdelijk) is:
- bij de gerechtelijke borg (d.i. een gerechtelijk vereiste borgtocht, de term is misleidend omdat de borgtocht zelf nog altijd contractueel is)[433];
- de zakelijke borg s.s.[434];
- wanneer de borgtocht een ondernemingskarakter heeft[435] (door een ruime interpretatie van de algemene regel inzake hoofdelijkheid bij schulden aangegaan door ondernemingen, art. 5.160 § 2 lid 2 BW);
- wanneer bedongen is dat de borgtocht hoofdelijk is of er geen voorrecht van uitwinning is; de regel is immers niet dwingend (art. 9.1.23 lid 1 *in fine* BW).

In de praktijk zal de schuldeiser bijna altijd bedingen dat de borgtocht niet subsidiair, maar hoofdelijk is. De borgtocht is meestal wel subsidiair wanneer ze gegeven wordt door financiële instellingen (bankwaarborg) of door de overheid (overheidswaarborg).

Er bestaan ook nog tussenvormen in bijzondere regelingen[436]. Ook kunnen partijen een afwijkende regeling overeenkomen, waarbij de voorafgaande uitwinning door de schuldeiser restrictiever dan wel juist minder restrictief wordt bepaald.

Hierbij moet men verder ook voor ogen houden dat de vervolging van de borg ook geschorst kan zijn bij faillissement van de hoofdschuldenaar (zie I.I.C.3.b.) en tijdens de voorlopige fase van de collectieve schuldenregeling (zie I.I.C.3.c).

I.II.C.3.b.1° De subsidiaire borgtocht

Bij subsidiaire borgtocht beschikt de borg over het voorrecht van uitwinning, alsook – bij meerdere borgen - over het voorrecht van schuldsplitsing.

---

432 Dit is in vele andere rechtsstelsels niet of minder het geval (bv. art. 1944 Italiaanse CC; art. 7:855 NBW). Vandaar ook bepaalt Art. IVG-2:105 DCFR (Solidary Liability of Security provider):
"*Unless otherwise agreed, the liability of the debtor and the security provider is solidary and, accordingly, the creditor has the choice of claiming solidary performance from the debtor or, within the limits of the security, from the security provider*", en bepaalt Art. IVG-2:106 dat de borgtocht enkel subsidiair is indien dit is overeengekomen. De omgekeerde regel geldt wel voor consumenten-borgen, die volgens art. IVG-4:105 (b) DCFR subsidiair zijn, tenzij het tegendeel uitdrukkelijk is overeengekomen.

433 Art. 9.1.53 BW, voorheen art. 2042 OBW.

434 HvB Antwerpen 31 mei 1999, *AJT* 1999-2000, 757 met noot B. GOMBERT, *TBBR* 2002, 358 noot C. ALTER.
Voor het Franse recht Cass. 25 november 2015, nr. 14-21.332, https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000031539255.

435 Cass. 25 april 1985, *Pas.* 1985 I 1044 = *RW* 1985-86, 381 = *TBH* 1985, 628 = *R.Not.B.* 1985, 441 noot A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS; Cass. 25 oktober 1990, *Pas.* 1991 I 214 = *TRV* 1992, 173 noot O. VAN DERZEE = *RW* 1990-91, 1237.
Zo ook § 349 Duits HGB.

436 Bv. art. 8.1. en 8.7. van de TIR-overeenkomst (Douaneovereenkomst van 14 november 1975 inzake het internationaal vervoer van goederen onder dekking van carnets TIR), die enerzijds bepalen dat de organisatie die zich garant heeft gesteld voor de betaling van de douanerechten hoofdelijk aansprakelijk is met de schuldenaar, maar anderzijds dat de douaneoverheden voor zover mogelijk de betaling moeten eisen van de hoofdschuldenaar alvorens een vordering tot betaling in te dienen bij de garant. Volgens Cass. 9 januari 2009, *RW* 2009-2010536 gaat het om een zorgvuldigheidsverplichting, die mogelijk tot aansprakelijkheid kan leiden, maar het instellen van een eis tegen de garant niet belet.

I.II.C.3.b.1.a) Voorrecht van uitwinning

De niet-solidaire borg die aangesproken wordt, kan het voorrecht van uitwinning[437] inroepen (art. 9.1.23 BW, voorheen 2021 OBW, *beneficium excussionis,* Fr. *bénéfice de discussion*; En. *collection guarantee*)[438], wat betekent dat hij eerst kan worden uitgewonnen[439] nadat gepaste pogingen zijn ondernomen om de hoofdschuldenaar uit te winnen.

In het voormalige art. 2022 OBW bepaalde de wet dat de borg het voorrecht *in limine litis* inroept, of correcter in de eerste akte van rechtspleging nadat hij als borg werd aangesproken[440]. Deze bepaling is niet hernomen, maar er is geen reden waarom die niet meer zou gelden.

In het voormalige art. 2023 OBW bepaalde de wet dat de borg aan de schuldeiser goederen van de hoofdschuldenaar diende aan te wijzen, die kunnen worden uitgewonnen en gelegen zijn op Belgisch grondgebied[441]; de aanwijzing kon geen betrekking hebben op goederen waarover geschil bestaat, of op voor de schuld gehypothekeerde goederen die zich niet meer in het bezit van de schuldenaar bevinden; en verder was vereist dat de borg de nodige penningen voorschoot om de uitwinning te doen. Het volstond dus niet voor de schuldenaar om gewoon te stellen dat de hoofdschuldenaar eerst moet worden uitgewonnen[442].

Deze regel is vervangen door een regel die we vinden in het DCFR[443], en bijna letterlijk is overgenomen, namelijk:
De schuldeiser moet vooraleer de nakoming te vorderen van de borg gepaste pogingen ondernemen om voldoening te verkrijgen van de hoofdschuldenaar behalve indien de borg zich hoofdelijk heeft verbonden.
De schuldeiser is niet gehouden tot deze voorafgaande verplichting voor zover het klaarblijkelijk onmogelijk of buitensporig moeilijk is om voldoening van de hoofdschuldenaar te verkrijgen. Deze uitzondering geldt in het bijzonder wanneer de hoofdschuldenaar het voorwerp is van een faillissement een gerechtelijke reorganisatie of een collectieve schuldenregeling tenzij er voor dezelfde verbintenis door de schuldenaar een zakelijke zekerheid is gesteld.

---

437 Zie hierover onder meer E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechte*n, (2006), 283 nr. 428.

438 Indien er geen voorrecht van uitwinning is, spreekt men daarentegen van een *payment guarantee*.

439 Bewarend beslag is voordien wel mogelijk: Cass. 10 mei 1991, *Arr.* 906 = *Pas.* I, 794 = *RW* 1991-92, 406 noot E. DIRIX 'Bewarend beslag ten laste van de borg'

440 Een verweerder die eerst als (mede)schuldenaar is aangesproken en nog niet als borg, moet zich pas op dat voorrecht beroepen na als borg te zijn aangesproken: Cass. 8 maart 2024, C.23.0303.F, *K Management and Invest / S.Z.,* https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2024:ARR.20240308.1F.4/FR.

441 Voor de wijziging bij Wet van 3 juni 2007 bepaalde art. 2023 (O)BW dat ze moesten gelegen zijn in het rechtsgebied van het hof van beroep van de plaats waar de betaling gedaan moet worden.

442 Cass. 10 mei 1991, *Arr.* 906 = *Pas.* I, 794 = *RW* 1991-92, 406 noot E. DIRIX.

443 Art. IVG-2:106 (2) en (3) DCFR:
"(2) Subject to paragraph 3, before demanding performance by the security provider, the creditor must have undertaken appropriate attempts to obtain satisfaction from the debtor and other security providers, if any, securing the same obligation under a personal or proprietary security establishing solidary liability.
(3) The creditor is not required to attempt to obtain satisfaction from the debtor and any other security provider according to the preceding paragraph if and in so far as it is obviously impossible or exceedingly difficult to obtain satisfaction from any of these persons. This exception applies, in particular, if and in so far as an insolvency or equivalent proceeding has been opened against the person concerned or opening of such a proceeding has failed due to insufficient assets, unless a proprietary security provided by that person and for the same obligation is available."
De meeste Europese rechtsstelsels kennen de subsidiaire borgtocht ook, maar de eisen die de schuldeiser moet vervullen vooraleer hij de borg kan aanspreken (inhoud van het vereiste van voorafgaande uitwinning), verschillen nogal. Volgens het Oostenrijkse ABGB § 1355 volstaat het dat de hoofdschuldenaar in gebrek is gesteld, in andere moet er minstens een eis in rechte zijn ingesteld of een handeling van tenuitvoerlegging zijn gesteld, in andere is men nog strenger.

Wat het eerste lid betreft:
- dit keert de bewijslast om: het is aan de schuldeiser om die gepaste pogingen te bewijzen;
- in het DCFR dienen deze pogingen tot uitwinning ook te geschieden jegens andere borgen die wel hoofdelijk zijn verbonden alsook zakelijke borgen s.s. (die een zakelijke zekerheid hebben gesteld).

Wat het tweede lid betreft: ook onder het oude recht oordeelde de rechtspraak dat wanneer de hoofdschuldenaar failliet werd verklaard of zich in een andere insolventieprocedure bevindt, de borg niet meer over de mogelijkheid beschikt om goederen van de schuldenaar aan te wijzen die gemakkelijk kunnen worden uitgewonnen[444]. De borg zou het voorrecht ook niet kunnen inroepen gedurende de periode waarin de hoofdschuldenaar respijttermijnen heeft gekregen en de borg zelf niet. Ten slotte kan het voorrecht niet spelen wanneer men zich borg heeft gesteld voor een handelingsonbekwame.

In sommige wetgeving wordt bovendien bepaald dat de schuldeiser die de waarborg geniet zelf moet overgaan tot uitoefening van het regres - ten gunste van de borg - op de schuldenaar (bv. art. 7 Vlaams Waarborgdecreet 6 februari 2004). De schuldeiser vordert dan niet in voor eigen rekening, maar als middellijk vertegenwoordiger voor rekening van de overheid-borg, en verrekent nadien als lasthebber met die borg.

Een andere vorm van subsidiariteit, die door de borg kan worden bedongen, betreft een vereiste dat de schuldeiser eerst een rechterlijke (of scheidsrechterlijke) uitspraak verkrijgt tegen de hoofdschuldenaar[445].

I.II.C.3.b.1.b) Meerdere subsidiaire borgen: geen voorrecht van schuldsplitsing

Zijn er meerdere borgen, die geen afstand gedaan hebben van het voorrecht van uitwinning, dan rijst de vraag of de schuldeiser na uitwinning van de hoofdschuldenaar elk van hen voor het geheel kan aanspreken dan wel de schuld moet splitsen. In tegenstelling tot sommige andere rechtsstelsels[446] ging het oude recht in beginsel uit van (het recht op) schuldsplitsing[447], tenzij de borgen ondernemingen zijn en er tussen hen een belangengemeenschap bestaat[448].

In het nieuwe recht is dit voorrecht van schuldsplitsing afgeschaft: "Voor zover meerdere borgen dezelfde verbintenis hebben gewaarborgd, is elke borg binnen de grenzen van zijn verbintenis

---

444 Bv. HvB Antwerpen, 18 september 2000, *DAOR* 2001, 169; Rb. Leuven 5 september 2000, *TBBR* 2002, 462 noot C. LEBON.

445 Dit was de achtergrond van het bevoegdheidsgeschil in HvJ 14 november 2024, *Oilchart / OW Bunker*, C-394/22, *TBH* 2025, 300 noot V. LASIC = *ZEuP* 2025, 665 noot Fabian KRATZLMEIER "Die europäische *vis attractiva concursus* - Altbekanntes, Neus und Ungeklärtes zu Reichweite, Kompetenzkonflikten und materieller Sperrwirkung": de hoofdschuldenaar was failliet en de schuleiser die aangifte van schuldvordering had gedaan dagvaardde deze niettemin elders voor de krachtens Brussel-Ibis bevoegde bodemrechter om een een vonnis tot erkenning van de schuldvordering te verkrijgen om beroep te kunnen doen op een garantie.

446 Bv. Pools recht, Ests recht, e.d., alsook art. IVG-1:105 DCFR (Several Security Providers):
(1) To the extent that several providers of personal security have secured the same obligation or the same part of an obligation or have assumed their undertakings for the same security purpose, each security provider assumes within the limits of that security provider's undertaking to the creditor solidary liability together with the other security providers. This rule also applies if these security providers in assuming their securities have acted independently.
(2) Paragraph 1 applies with appropriate adaptations if proprietary security has been provided by the debtor or a third person in addition to the personal security".

447 E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 284 nr. 429.

448 Zie infra I.IV de bespreking van de voorheen gewoonterechtelijke regel inzake hoofdelijkheid tussen ondernemingen, nu gecodificeerd in art. 5.160 § 2 lid 2 BW.

tegenover de schuldeiser hoofdelijk verbonden met de andere borgen. Deze regel geldt ook indien deze borgen hun verbintenissen tot zekerheid onafhankelijk van elkaar zijn aangegaan" (art. 9.1.21 lid 1 BW) (in de oude tekst, art. 2025 OBW, ontbrak het woord hoofdelijk en stelde art. 2026 OBW uitdrukkelijk dat een borg die geen afstand had gedaan van het voorrecht van schuldsplitsing van de schuldeiser kon eisen dat deze zijn schuldvordering verdeelt en hem slechts aanspreekt voor zijn aandeel[449]).

I.II.C.3.b.2° Solidaire of hoofdelijke borgtocht.

Bij solidaire borgtocht blijft de borgtocht accessoir, maar is er geen voorrecht van uitwinning. Hiervoor zijn geen specifieke bewoordingen vereist; hetzelfde geldt wanneer de borg afstand doet van het voorrecht van uitwinning, of zich verbindt te betalen "op eerste verzoek" (in het laatste geval gaat het meestal om een variante op de onafhankelijke garantie, besproken in I.VI)[450]. Maar omdat de hoofdelijkheid "niet wordt vermoed" (art. 5.160 § 2 lid 1, zin 2 BW, voorheen 1202 OBW) zal de rechtspraak geen genoegen nemen met een engagement als borg dat niet duidelijk de hoofdelijkheid aanvaardt (bv. een "goed voor borgtocht" die geen solidariteit vermeldt, ook al is die in de tekst van de overeenkomst bedongen[451]).

Bij consumentenkrediet worden beperkingen aangebracht aan de schuldvordering jegens de borg, ook indien solidaire borgtocht is bedongen; het reeds vermelde VII.147/28 WER (tot 2016 VII.111 WER, voorheen art. 36 WCK) is immers ook van toepassing op de solidaire borgtocht.

Ook bij de solidaire borgtocht moet de schuldeiser natuurlijk wel nog een uitvoerbare titel verkrijgen jegens de borg.

Ook voor het overige blijven de regels inzake borgtocht gelden, en niet die inzake hoofdelijkheid voor zover die inzake borgtocht daarvan afwijken[452].

I.II.C.3.b.3° Solidaire en ondeelbare borgtocht

Men kan bovendien ook de "ondeelbaarheid" bedingen ten aanzien van de rechtsopvolgers (erfgenamen) om bij het overlijden van de borg niet te worden geconfronteerd met een schuldsplitsing onder de erfgenamen van de borg (NB. Die schuldsplitsing betreft hoe dan ook slechts de persoonlijke gehoudenheid van de aanvaardende erfgenamen en doet geen afbreuk aan de verhaalbaarheid van de gehele schuld op de onverdeelde goederen van de nalatenschap, althans zolang ze niet vervreemd of toebedeeld zijn maar nog in onverdeeldheid zijn).

I.II.C.3.b.4° Dwingende schuldsplitsing en beperking bij erfgenamen van een consumentenborg

449 Met de nuance dat een borg wel instond voor het risico van de insolvabiliteit van een andere borg dat voor de schuldsplitsing was ontstaan, maar niet meer voor een dergelijk risico dat eerst na de schuldsplitsing ontstaat (art. 2026 lid 2 OBW). Het relevante tijdstip was volgens deze bepaling het tijdstip waarop de borg die het inroept "de schuldsplitsing heeft doen uitspreken", d.w.z. wanneer de rechter de schuldsplitsing uitspreekt, tenzij de schuldeiser zelf eerder tot verdeling van zijn aanspraak is overgegaan (art. 2027 OBW) of de schuldsplitsing aanvaardt.

450 Ongeacht de vraag of het dan om een onafhankelijke garantie gaat of niet, volgt uit zo'n beding al minstens dat er geen voorrecht van uitwinning is (HvB Antwerpen 15 oktober 1985, *RW* 1986-87, 400).

451 HvB Gent 5 maart 2007, *NjW* 2007,804.

452 In die zin m.b.t. de zgn. secundaire gevolgen van de hoofdelijkheid F. T'KINT, *Sûretés* (2004) nr. 806.

Wanneer een consument die zich borg heeft gesteld (ook jegens een niet-professioneel) overlijdt, zijn de verbintenissen van de erfgenamen dwingend beperkt tot het erfdeel dat aan elk van hen toekomt (art. 9.1.50 BW). Deze bepaling is minder duidelijk dan het vroegere art. 2043*octies* OBW, dat in § 2 ook verduidelijkte dat de borgschuld dwingend gesplitst wordt onder de erfgenamen in verhouding tot hun aandeel in de nalatenschap, zodat het beding van ondeelbaarheid geen uitwerking heeft. Uit de toelichting bij het wetsvoorstel blijkt wel dat 9.1.50 ook in die zin moet worden uitgelegd. De schuld wordt dus gesplitst en geldt enkel tot beloop van het actief van het erfdeel, m.a.w. *intra vires*[453].

Deze bepalingen zijn niet van toepassing bij een zakelijke borg s.s..

I.II.C.3.b.5° Achterborg

De achterborg (Fr. *certificateur de caution*) is een borg die accessoir en subsidiair is aan de gewone borg; hij staat borg voor de borg (art. 9.1.4. lid 4 BW, voorheen art. 2014 lid 2 OBW). Of dit het geval is, is een kwestie van interpretatie. Het feit dat een borg zich op een later tijdstip borg stelt dan een eerdere borg, houdt evenwel nog niet in dat de tweede slechts een achterborg zou zijn[454].

I.II.C.3.b.6° Solidaire medeschuldenaars

Zie verder I.IV. Solidaire medeschuldenaars zijn niet accessoir verbonden. De regels van solidariteit zijn enigszins verschillend betreffende het effect van excepties uit de ene schuld op de andere. Het kan zijn dat een solidaire medeschuldenaar intern een borg is, omdat hij niet draagplichtig is (zie de algemene bespreking van de draagplicht in I.II.D. en verder in I.IV).

I.II.C.3.c. Modaliteiten van de zakelijke borg vs. de persoonlijke borg

Ook de "zakelijke borg" s.s. is een solidaire borg, maar enkel gehouden met één goed (zie I.I.B.2.b.1°b). Hij heeft geen voorrecht van uitwinning of schuldsplitsing (is dus niet subsidiair)[455].

Bij sommige vormen van zakelijke borg en gelijkgestelde kan de schuldeiser het goed uitwinnen op grond van een uitvoerbare titel tegen de hoofdschuldenaar alleen. Dat vinden we m.b. in het geval van art. 99 HypW., krachtens welke bepaling de hypotheekhouder het gehypothekeerde goed ten aanzien van de zakelijke zekerheidssteller kan uitwinnen alsof het aan de hoofdschuldenaar toebehoort[456]. De getroffen eigenaar moet wel vooraf worden aangemaand (art. 99 HypW, naar analogie van toepassing bij een zakelijke borg die een hypotheek heeft gevestigd[457]).

---

453 Zo ook E. DIRIX, *RW* 2007-2008, 222; A. CUYPERS, *Bank & Fin.R.* 2007, (151) 175 nr. 51; P. COUSSEMENT, in *Bijzondere overeenkomsten* 2007-2008, (187) 230-231.

454 Impliciet Cass. 28 januari 2010, C.08.0539.N, *TC/ Inbev*, https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100128.2: het arrest *a quo* werd verbroken omdat het uit de stelling dat een persoon zich in tweede rang borg had gesteld (waarbij in dit verband geen uitleg werd gegeven behalve de data) had afgeleid dat deze borg in tweede rang voor het geheel gesubrogeerd was en niet enkel voor zijn aandeel. In het arrest staat wel een manifeste schrijffout (er staat borg in plaats van schuldeiser).

455 Rb. Gent 25 oktober 2011, *RW* 2013-14, 1630. In dezelfde zin impliciet in art. IVG-2:106 (3) DCFR, dat immers bepaalt dat bij subsidiaire borgtocht eerst onder meer de zakelijke zekerheden gegeven door derden moeten worden uitgewonnen ("*unless a proprietary security provided by that person and for the same obligation is available").*

456 Zo uitgelegd door HvB Gent 19 oktober 2006, *RW* 2007-2008, 320.

457 Rb. Gent 25 oktober 2011, *RW* 2013-14, 1630.

Soms vinden we een combinatie van zakelijke en persoonlijke borg, in die zin dat de schuldeisers in beginsel genoegen neemt met een zakelijke borg, maar er in bepaalde gevallen wel een persoonlijke aansprakelijkheid geldt, met name bij bepaalde onrechtmatige gedragingen of ernstige wanprestaties (fraude, vervreemdingen in strijd met een negatieve zekerheid, ev. ook faillissement). In het Engels noemt men dit een "*bad boy guarantee*" of "*carve-out guarantee*"[458].

I.II.C.3.d. Secundaire gevolgen van de borgtocht (m.b. van de pluraliteit) tussen hoofdschuldenaar en borg

In de doctrine over de pluraliteit van schuldenaren gebruikt men de term "secundaire gevolgen" (of bijkomende gevolgen) van de schuld om de doorwerking te bespreken van sommige feiten uit de rechtsverhouding met een schuldenaar in de rechtsverhouding met een andere schuldenaar; met name vormt het al dan niet doorwerken daarvan het belangrijkste verschil tussen de volmaakte hoofdelijkheid en de onvolmaakte hoofdelijkheid of aansprakelijkheid *in solidum*, zie de bespreking *infra* I.IV.B.1. De uitdrukking is mijns inziens ook geschikt bij borgtocht. De primaire gevolgen van de aard van de pluraliteit van een valutaverhouding tussen schuldeiser en hoofdschuldenaar en een borgtochtverhouding tussen schuldeiser en borg (die aard is nl. een bepaalde vorm van accessoriteit) werden hierboven, i.h.b. in I.II.C.1.a. besproken. Uit die pluraliteit kunnen echter ook bijkomende gevolgen voortvloeien, net zoals die er zijn bij andere vormen van pluraliteit van schuldenaars (zoals hoofdelijkheid). De regels bij borgtocht zijn daarbij echter noch helemaal die van volmaakte noch helemaal die van onvolmaakte hoofdelijkheid en bespreken we daarom hier apart.

Op de eerste plaats stuit de stuiting van de verjaring jegens de hoofdschuldenaar ook de verjaring jegens de borg (art. 2250 OBW, vgl. voor de hoofdelijkheid 5.163 BW). Wel geldt de schorsing van de verjaring tijdens de procedure (gerechtelijke procedure, faillissementsprocedure) niet jegens de borg die geen partij is bij dat geding[459].

Ook het lopen van interest jegens de hoofdschuldenaar ingevolge een ingebrekestelling van die hoofdschuldenaar, is tegenwerpelijk aan de borg (vgl. art. 5.163 BW), althans binnen de grenzen van de dekking, waardoor het eigenlijk meer een vraag van dekking is dan van secundaire gevolgen.

Wat het gezag van gewijsde betreft, werd hoger reeds uiteengezet dat een beslissing over de schuld die de hoofdschuldenaar bindt, daarom nog niet bindend is voor de borg die geen partij was in het geding[460]. Dit geldt ook voor een beslissing tot aanvaarding van schuldvordering in het faillissement van de hoofdschuldenaar[461] en voor de rechtshandeling van definitieve aanvaarding van de schuldvordering door de curator[462].

NB. De secundaire gevolgen die voortvloeien uit de pluraliteit van borgen (meer dan één borg) worden onder I.II.C.3.d. besproken).

---

458 Literatuur onder meer Andrew H. LEVY, " "Bad Boy' Guarantees – Courts Are Enforcing Non-Recourse Carve-Outs', 230. *N.Y.L.J.* 2003 nr. 21.

459 HvB Gent 12 oktober 2015, *NjW* 2017, 234 noot J. WAELKENS.

460 H. DE PAGE, VI nr. 703. M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 186 nr. 352.

461 Cass. 18 september 2008, C.07.0098.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20080918.1 = *JLMB* 2008, 1598 = *RW* 2009-2010, 196.

462 HvB Bergen 21 mei 2013, *JLMB* 2014, 216.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.II.C.3.e. Pluraliteit van borgen en beperkingen voortvloeiend uit de verhouding van de medeborgen met de schuldeiser

Zoals hoger besproken geldt er bij een pluraliteit van borgen in ons recht geen voorrecht van schuldsplitsing meer. In verhouding tot de schuldeiser zijn de borgen hoofdelijk verbonden, inbegrepen de zakelijke borg s.s. (art. 9.1.21, derde lid BW).

I.II.C.3.e.1° Primaire gevolgen

De zogenaamde primaire gevolgen van de hoofdelijkheid spelen dan ook, en dit ongeacht of deze borgen hun verbintenissen tot zekerheid onafhankelijk van elkaar zijn aangegaan of niet.

Dit betekent dat de schuldeiser de borgschuld naar keuze van elk van hen kan opvorderen (art. 5.161 § 1 BW), zij het natuurlijk bij elk binnen de grenzen van diens verbintenis (art. 9.1.21 lid 1 BW)

De borgschuld van elke van de medeborgen is verder in beginsel abstract ten opzichte van de interne verhouding tussen de medeborgen.

Wel zal het aandeel van elke schuldenaar in de interne verhouding (draagplicht) een rol spelen voor de tegenwerpelijkheid van sommige excepties in de verhouding met de schuldeisers, met name bij schuldvermenging, bij afstand van hoofdelijkheid en bij kwijtschelding (zie art. 5.162 § 2 BW, hieronder bij I.IV.B.1.c.3°).

Wanneer een medeborg bevrijd wordt door excepties die geen betrekking hebben op de hoofdschuld (de schuldvordering of het geheel van de schuldvorderingen tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht strekt) - zoals bv. kwijtschelding van de borg of novatie van de borgverbintenis (niet: betaling of schuldvergelijking, of kwijtschelding van de hoofdschuldenaar, want die treffen de hoofdschuld) -, dan zijn deze excepties in beginsel "persoonlijk" aan die medeborg en kunnen andere borgen zich daar niet op beroepen[463].

Kwijtschelding van een medeborg bevrijdt de andere borgen echter wel tot beloop van het aandeel van die medeborg (vgl. de regel van art. 5.162 § 2, voorheen 1285 lid 2 OBW bij kwijtschelding van een hoofdelijke medeschuldenaar, die *a fortiori* moet gelden bij een niet-hoofdelijke borg)[464] tenzij anders is bedongen[465] (en dat beding niet nietig is)[466]. De regel is niet relevant indien de borgen een voorrecht van schuldsplitsing hebben bedongen, want dan is elke borg *sowieso* maar tot zijn aandeel gehouden; maar dat voorrecht geldt in beginsel niet meer onder

463 Zie M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht,* 298-299 nr. 564.

464 Cass. 9 december 2016, C.16.0149.F, *BNPPF / P.D.,* juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20161209.4 = *RW* 2016-17, 1095 = *Pas.* 2407; Cass. 10 december 2020, C.19.0037.F, *Indatora*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20201210.1F.13, dat de regel grondt op de combinatie van de artt. 1288 (nu 5.252), 1287 lid 3 (nu 5.251 lid 3) en 2033 OBW.
Zie eerder F. LAURENT, *Principes* XVIII, 399 nr. 373; H. DE PAGE, *Traité* VI, 881 nr. 896; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 296, nr. 561; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Cautionnement en droit belge*, *RPDB Compl. V*, 151 nr. 81 f; E. DIRIX, 'Overzicht van rechtspraak. Zekerheden 1998-2003', *TPR* 2004, nr. 212; F. T'KINT, *Sûretés* (2004) nr. 780; St. NAPORA, 'De l'incidence de la remise de dette consentie à une des cautions', *Act.Dr.* 2000, (716) 721.

465 Zie bv. HvB Brussel 17 oktober 1986, *TBBR* 1989, 150 noot Chr. DALCQ, 'Du cautionnement d'une dette future quasi-délictuelle '; HvB Brussel 13 oktober 1998, *Act.Dr.* 2000, 706 noot St. NAPORA, 'De l'incidence de la remise de dette consentie à une des cautions'. Daarbij blijft wel de vraag of afstand van deze regel jegens de schuldeiser ook een afstand van regres jegens die ex-medeborg inhoudt.

466 Vlg. Kh. Namen 16 september 1999, *JLMB* 2000, 292 is dit jegens een consument een onrechtmatig beding.

het nieuwe recht. Een schuldeiser kan de last van de andere borgen niet verzwaren door kwijtschelding jegens een medeborg. Men kan deze regel ook zien als een toepassing van het onder I.II.C.4.b. besproken art. 2037 OBW (verhinderde subrogatie)[467].

Heeft een van de borgen zijn gehoudenheid afgekocht voor een hoger bedrag dan zijn aandeel, dan is de schuld met dat bedrag verminderd en zijn de overige borgen jegens de schuldeiser dus bevrijd tot beloop van dat bedrag[468].

I.II.C.3.e.2° Secundaire gevolgen

De zogenaamde secundaire gevolgen van de hoofdelijkheid tussen medeborgen daarentegen spelen niet wanneer deze borgen hun verbintenissen tot zekerheid onafhankelijk van elkaar zijn aangegaan (art. 9.1.21, lid 2 BW, regel die dwingend is bij persoonlijke zekerheden gesteld door een consument jegens een professioneel - art. 9.1.43 lid 3 BW). In dat geval zijn ze dus eigenlijk *in solidum* met elkaar jegens de schuldeiser verbonden tot hun borgverbintenis[469].

Is dat niet het geval, dan spelen de secundaire gevolgen van de hoofdelijkheid zoals bepaald door art. 5.163 BW dus wel.

Het onderscheid is meer bepaald relevant voor het volgende (waarbij rechtspraak wordt geciteerd inzake in solidum aansprakelijkheid in het algemeen):
- het gevolg van stuiting van de verjaring jegens één borg op de schuldvordering jegens een andere (art. 5.163 BW, voorheen 1206 OBW)[470]; evenwel geldt de schorsing van de verjaring tijdens de procedure (gerechtelijke procedure, faillissementsprocedure) niet jegens de medeborg die geen partij is in die procedure[471] (daar loopt de verjaring door; anders wat bv. de gefailleerde persoonlijk betreft bij stuiting door aangifte van schuldvordering: Cass. 19 januari 2009[472]);
- het gevolg van de ingebrekestelling van één borg op de verbintenis van de andere (art. 5.163 BW, voorheen 1207 OBW)[473], met name wat betreft de loop van de interest;
- de gedingbeslissende eed opgedragen aan een van de medeborgen betreffende de borgschuld, strekt tot voordeel van de hoofdelijke medeborgen (art. 8:37 lid 4 en 6 BW);

I.II.C.3.f. Borgtocht met specifieke uitoefeningstermijn

Hoger (punt I.II.C.1.b.4°) hebben we reeds gezien dat het voorwerp van de borgtocht beperkt kan worden door een bepaalde duur, nl. tot verbintenissen van de hoofdschuldenaar die ontstaan tijdens die duur (of zo dit bedongen is, verbintenissen van de hoofdschuldenaar die opeisbaar worden tijdens die duur). Dat betreft de termijn ter bepaling van de dekking.

---

467 M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 297, nr. 561.

468 M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 297 nr. 562; Cass. 9 december 2016, C.16.0149.F, *BNPPF / P.D.,* juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20161209.4= *RW* 2016-17, 1095 = *Pas.* 2407.

469 Toelichting, 56. *Stukken Kamer* ,nr. 261/001, 27

470 Bv. Cass. 20 mei 2010, F.09.0043.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100520.6 = *RW* 2010-11, 1257.

471 Cass. 30 mei 2002, C.99.0524.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2002:ARR.20020530.8; Cass. 19 januari 2009, *RSZ/G.N.*, S.08.0098.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20090119.3 = *Jaarverslag cassatie* 2009, 28.

472 Cass. 19 januari 2009, *RSZ/G.N.*, S.08.0098.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20090119.3 = *Jaarverslag cassatie* 2009, 28.

473 Ingebrekestelling van één in solidum gehouden schuldenaar doet de interest niet lopen jegens de andere: Cass. 30 april 2007, *RW* 2009-2010, 1306.

Het kan echter ook zijn dat de verbintenis van de borg op zichzelf aan een termijn voor uitoefening onderworpen wordt, bij het verstrijken waarvan de verbintenis vervalt indien bepaalde zaken zich voordien niet hebben voorgedaan, ook al is de hoofdschuld nog niet verjaard. Dit moet bezien worden tegen de achtergrond van de regels in ons recht die maken dat de verbintenis van de borg normaal niet kan verjaren zolang de hoofdschuld niet verjaard is (zie verder onder I.II.C.7., bij de wijzen van beëindiging van de verbintenis van de borg).

In tegenstelling tot sommige andere rechtsstelsels[474] kent het Belgische recht geen wettelijke termijnen van die aard, en moeten zij dus bedongen worden. Het gemeenrechtelijk uitgangspunt bij borgtocht is dus dat de borgtocht niet vervalt na een bepaalde termijn, maar enkel door het tenietgaan van de verzekerde schuld, inbegrepen de verjaring ervan, en dus blijft gelden zolang de erdoor verzekerde schuld nog geldt.

Bevat een borgtocht een dergelijke vervaltermijn, dan houdt die in beginsel in dat de borg slechts gebonden blijft indien hij voor het verstrijken van de termijn door de schuldeiser is aangesproken, en enkel voor de schuld zoals ze bij het verstrijken van de termijn bestond. Deze regel vinden we nu in art. 9.1.30 lid 2 BW en is opnieuw een ingekorte versie van een regel uit het DCFR[475].

Het is een kwestie van uitleg van de overeenkomst of bij een borgtocht mede voor toekomstige schulden een termijn geldt als uitdovende tijdsbepaling (9.1.30) dan wel enkel als bepaling van de duur van de dekking (9.1.19). Indien de termijn enkel de duur van de dekking beperkt, is de borg gehouden tot alle schulden die tijdens die duur ontstaan, ook indien hij niet voor het einde ervan is aangesproken). Bij een termijn in een bijzondere borgtocht (d.i. een borgtocht voor een specifieke schuld) kan het enkel om een uitdovende tijdsbepaling gaan.

Een bijzonder geval betreft het aflopen van de borgtocht in de vorm van een voltooiingswaarborg onder de wet-Breyne. Art. 4 lid 4 van het KB 21 oktober 1971 (Uitvoeringsbesluit Wet-Breyne) bepaalt dat "de verbintenis van de borg eindigt bij de voorlopige oplevering der werken". Dit heeft echter veeleer te maken met de beperking van het voorwerp van de borgtocht, nl. tot de werken vereist voor voltooiing en niet tot de aansprakelijkheid voor bij de oplevering verborgen gebreken of voor werken die de opdrachtgever toestaat na de voorlopige oplevering te laten uitvoeren.

---

474 Zie bv. art. 1957 Italiaanse CC: de hoofdschuldenaar moet de borg aanspreken binnen de 6 maanden na de opeisbaarheid van de schuld; en binnen de 2 maanden indien de borg zijn gehoudenheid beperkt heeft tot de terijn van de hoofdschuld.

475 Vgl. de meer gedetailleerde regels in Art. IVG-2:108 DCFR (Time Limit for Resort to Security):
(1) If a time limit has been agreed, directly or indirectly, for resort to a security establishing solidary liability for the security provider, the latter is no longer liable after expiration of the agreed time limit. However, the security provider remains liable if the creditor had requested performance from the security provider after maturity of the secured obligation but before expiration of the time limit for the security.
(2) If a time limit has been agreed, directly or indirectly, for resort to a security establishing subsidiary liability for the security provider, the latter is no longer liable after the expiration of the agreed time limit. However, the security provider remains liable if the creditor:
(a) after maturity of the secured obligation, but before expiration of the time limit has informed the security provider of an intention to demand performance of the security and the commencement of appropriate attempts to obtain satisfaction as required according to article IVG-2:106 paragraphs 2 and 3; and
(b) informs the security provider every six months about the status of these attempts, if so demanded by the security provider.
(3) If performance of the secured obligations fall due upon, or within 14 days, before expiration of the time limit of the security, the request for performance or the information according to paragraphs 1 and 2 may be given earlier than provided for in paragraphs 1 and 2, but no more than 14 days before expiration of the time limit of the security.
(4) If the creditor has taken due measures according to the preceding paragraphs, the security provider's maximum liability is restricted to the amount of the secured obligations as defined in article IVG-2:104 paragraphs 1 and 2. The relevant time is that at which the agreed time limit expires.

I.II.C.4. Contractuele zorgvuldigheids- en informatieplichten van de schuldeiser jegens de borg en remedies bij tekortkoming daaraan

Naast deze informatieplicht die hieronder besproken wordt, kan het ook zijn dat er een informatieplicht is van de borg jegens de schuldeisers (bv. in het geval van het Depositogarantiefonds, vgl. ook gevallen van informatieplicht van de aansprakelijkheidsverzekeraar jegens schadelijders) of van de hoofdschuldenaar jegens de borg.

I.II.C.4.a. Informatieplicht jegens de borg[476]

I.II.C.4.a.1° Informatie over de solvabiliteit van de hoofdschuldenaar.

In beginsel rust er tijdens de looptijd van de borgtocht geen informatieplicht op de schuldeiser jegens de borg nopens de - ontwikkeling van de - (algemene) solvabiliteit van de hoofdschuldenaar[477]. Het tegendeel kan bedongen worden; de schuldeiser zal in dat geval allicht van de hoofdschuldenaar een gelijkaardige informatieplicht moeten bedingen.

I.II.C.4.a.2° Informatie over de omvang van de verzekerde schuld en de modaliteiten ervan, en de wanprestatie van de hoofdschuldenaar

I.II.C.4.a.2.a) Gemeenrechtelijke borgtocht

I.II.C.4.a.2.a.i. Voorwerp van mogelijke informatieplicht

Het nieuwe art. 9.1.24 BW heeft dwingend een informatieplicht jegens de borg ingevoerd waarover onder het oude recht veel discussie was.

Onder het oude recht was de heersende leer dat er in beginsel tijdens de looptijd van de borgtocht geen spontane informatieplicht rustte op de schuldeiser jegens de borg nopens het verdere verloop van de schuldenlast van de hoofdschuldenaar[478], d.i. wat betreft de toename van de schulden en wat betreft de afbetaling dan wel niet-nakoming ervan (de betalingsachterstand).

Wel dient de schuldeiser de borg te informeren indien de schuldenaar niet reageert na een "eerste vordering" (ingebrekestelling of dagvaarding), in die zin dat de nadien ontstane kosten maar ten laste komen van de borg nadat deze zelf werd geïnformeerd (en dus de kans heeft gekregen daarop te antwoorden door betaling van de schuld) (dit blijkt uit art. 2016 OBW *in fine*). Ook andere kosten en schade-onderdelen die hadden kunnen worden vermeden door de borg tijdig te informeren, komen niet ten laste van de borg (toepassing van de schadebeperkingsplicht van de schuldeiser, nu gecodificeerd in art. 5.238 BW)[479].

476 Zie verder M. VAN QUICKENBORNE, 'De plichten van de schuldeiser jegens de borg', *TPR* 2000, 1491 v.

477 E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 284 nr. 430.

478 E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 284-285 nr. 430; Rb. Ieper 12 mei 1998, *RW* 1998-99, 1117; M. VAN QUICKENBORNE, 'De plichten van de schuldeiser jegens de borg ', *TPR*. 2000 (1491) 1496 e.v.

479 Bv. Vred. Wervik 4 september 2001, *RW* 2004-2005, 1391, *in casu* een wederverhuringsvergoeding ten gevolge van de ontbinding van de huur, terwijl een tijdige verwittiging van de borgen tot betaling en dus voortzetting had kunnen leiden.

Onder het oude recht was de leer stilaan wel heersend dat de schuldeiser op verzoek van de borg informatie moet geven over de omvang van de verzekerde schuld[480], en dit zowel door het ontstaan van nieuwe mee gedekte schulden (bij borgtocht voor alle sommen) als door de stijging van bestaande schulden ingevolge niet-nakoming ervan (interest enz.). De tegenstanders[481] beriepen zich meestal op het bankgeheim; evenwel impliceert het aanbrengen van een borg door de hoofdschuldenaar juist dat deze toestemt in het informeren van die borg over de schuld waartoe hij mede gehouden is.

Hier heeft de wetgever de knoop doorgehakt, en wel met een dwingende wetsbepaling in art. 9.1.24: "Niettegenstaande enig andersluidend beding, is de schuldeiser ertoe gehouden om de borg op diens verzoek zonder uitstel in te lichten over het bedrag van de gewaarborgde verbintenis".

Een verdergaande informatieplicht, zoals die in het DCFR is bepaald voor elke borgtocht, geldt in Boek 9.1. BW enkel voor de persoonlijke zekerheden gesteld door een consument jegens een professionele schuldeiser (*infra* I.II.C.4.a.2.b)

Niettemin oordeelde rechtspraak ook onder het oude recht reeds dat de schuldeiser in bepaalde gevallen ook uit eigen beweging informatie moeten geven aan de borg. Wanneer bijkomende kredieten worden verleend, die normalerwijze niet dienden te worden voorzien door de borg, dient de schuldeiser de borg te informeren[482]. Ook indien het krediet aan de hoofdschuldenaar grondig wordt gewijzigd, is het een fout jegens de borg deze niet in te lichten, minstens wanneer de borgstelling geschiedde door een bestuurder van de schuldenaar-vennootschap, en de herschikking gebeurde nadat deze al zijn aandelen had verkocht en de bank wist dat daarbij overeengekomen was dat men bij herschikking van het krediet aan zijn borgstelling een einde zou maken[483]. [484]. Veel van die gevallen zouden nu allicht betekenen dat deze bijkomende schulden niet onder de dekking vallen omdat ze niet voorzienbaar waren.

Ook bij een *omnibus*-borgtocht zonder maximumdekking werd een dergelijke informatieplicht verdedigd[485], maar naar nieuw recht is de borgtocht in dat geval nu gewoon beperkt tot de verbintenissen die bestonden bij het aangaan van de borgtocht (art. 9.1.16 lid 2, tweede zin BW).

Het nieuwe art. 9.1.22 BW voegt hieraan nu toe dat de schuldeiser die de hoofdschuldenaar in gebreke stelt, verplicht is hiervan tegelijkertijd aan de borg kennisgeving te doen (deze regel is dwingend bij persoonlijke zekerheden gesteld door een consument jegens een professioneel, art. 9.1.43 lid 3 BW).

---

480 In die zin E. DIRIX, 'Zekerheidsrechten en uitwinning', in *Actuele ontwikkelingen tussen bank en consument* (Maklu 1994), 318; HvB Brussel 20 februari 2001, *RW* 2002-2003, 385, met noot in dezelfde zin van R. STEENNOT, 'De informatieplicht van kredietinstellingen tegenover de borg'; Rb. Charleroi 3 april 1992, *JT* 1993, 71 (beroep ingesteld). Zie genuanceerd Rb. Luik 16 februari 1987, *TBBR* 1988/2, 257.

481 In die zin E. DIRIX, 'Zekerheidsrechten en uitwinning', in *Actuele ontwikkelingen tussen bank en consument*, 318; R. STEENNOT, 'De informatieplicht van kredietinstellingen tegenover de borg', *RW* 2002-2003, 385.
Contra bv. L. LANOYE, 'Borgtocht en informatieverplichting van de bankier', noot onder HvB Antwerpen 15 december 1992, *RW* 1992-93, 1030 (waarin de informatieplicht eveneens werd afgewezen). Zie *contra* ook HvB Brussel 25 november 1986, *JLMB* 1987, 160; HvB Bergen 10 februari 1992, *JT* 1992, 641.

482 HvB Brussel 11 september 1987, *TBH* 1980, 7 noot D. DEVOS; HvB Luik 30 september 2005, *JLMB* 2006, 861.

483 HvB Gent 13 maart 2003, *NJW* 2003, 1267.

484 HvB Gent 13 maart 2003, *NJW* 2003, 1267.

485 HvB Brussel 11 september 1987, *TBH* 1989, 7 noot D. DEVOS; E. DIRIX, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden. Actualia*, 27.

In beginsel moet de schuldeiser de borg niet inlichten over de termijnverlenging die hij aan de hoofdschuldenaar toestaat, maar in bepaalde omstandigheden kan het een fout vormen de borg niet in te lichten[486]. Deze heeft bij zo'n termijnverlenging immers het recht de hoofdschuldenaar te vervolgen om hem tot betaling te verplichten (art. 9.1.34 BW) of anticipatief regres uit te oefenen (art. 9.1.29, 4° BW).

I.II.C.4.a.2.a.ii. Afweging met eigen informatieplicht borg

In het algemeen verbintenissenrecht is er normaal geen informatieplicht voor informatie die de borg zelf kende of normalerwijze behoorde te kennen[487]. In de rechtspraak onder het oude recht werd bv. geoordeeld dat de borg die tijdig door de schuldeiser op de hoogte is gesteld van de opzegging van het krediet en het faillissement van de hoofdschuldenaar, zich vervolgens zelf verder kon informeren over de verdere gang van zaken na faillissement[488], of dat een borg die bestuurder is van de vennootschap-hoofdschuldenaar, of een actieve vennoot, zich zelf moet informeren[489]. Onder het nieuwe recht zal er in die omstandigheden duidelijk geen spontane informatieplicht zijn van de schuldeiser, maar blijft de plicht om op verzoek de informatie van art. 9.1.24 BW te geven m.i. intact.

I.II.C.4.a.2.a.iii. Sanctie

Indien er een informatieplicht is en deze niet nageleefd is, luidt de sanctie dat de verplichtingen van de borg verminderd worden in verhouding met de daardoor geleden schade[490].

I.II.C.4.a.2.b) Bij een persoonlijke zekerheid voor een consumentenkrediet en meer algemeen door een consument

Een meer uitgebreide informatieplicht geldt bij elke persoonlijke zekerheid gesteld door een consument jegens een professionele schuldeiser. Deze informatieplicht heeft dan zowel betrekking op de toename van de schulden waartoe men gehouden is (a), als op de betalingsachterstand door de hoofdschuldenaar (b).

I.II.C.4.a.2.b.i. Betreffende toename van de gedekte schulden

Bij zekerheid voor een consumentenkrediet bepaalt art. VII.147/26 § 3 WER dat de kredietgever iedere steller van een zekerheid voorafgaandelijk in kennis dient te stellen van elke wijziging van deze overeenkomst. Iedere verhoging van het bedrag waartoe de borg gehouden is, behoeft het akkoord van de borg of andere zekerheidsteller. Bijgevolg is een beding waarin is bepaald dat de borg gehouden blijft, ongeacht de wijzigingen die aangebracht worden aan het bedrag en de

---

486 Zie bv. Cass. 24 februari 1967, *Arr.* 809 noot F.D. = *Pas.* 1967 I 792 (vernietiging omdat de beslissing *a quo* oordeelde dat de niet-mededeling op zichzelf een fout vormde); *idem* Cass. 4 juni 1971, *Arr.* 991 = *Pas.* I 941. Wel toegepast in HvB Brussel 23 juni 1988, *TBH* 1989, 47, met als sanctie geen vordering op de borg van de interest die vervallen is sedert de niet meegedeelde termijnverlenging.

487 Zo ook Art. IVG-2:107 (3) DCFR: *"Paragraphs 1 and 2 do not apply, if and in so far as the security provider knows or could reasonably be expected to know the required information"*. Voor rechtspraak, zie bv. Rb. Antwerpen 28 november 2000, *RW* 2001-2002, 1072.

488 HvB Bergen 13 februari 2003, *JT* 2004, 764.

489 Rb. Luik 18 februari 1987, *TBH* 1989, 73; HvB Brussel 5 mei 1987, *TBH* 1989, 780; Rb. Brussel 12 november 2003, *JT* 2004, 185; HvB Luik 14 september 2009, *RRD* 2010, 390.

490 Zo ook Art. IVG-2:107 (4): *"If the creditor omits or delays any notification required by this article the creditor's rights against the security provider are reduced by the extent necessary to prevent the latter from suffering any loss as a result of the omission or delay"*.

modaliteiten van het krediet, nietig[491]. Andere wijzigingen behoeven geen toestemming, maar de schuldeiser is schadeplichtig indien de tekortkoming aan de informatieplicht schade veroorzaakt; dat is bv. het geval indien de erfgenamen van de borg op grond van die informatie de nalatenschap niet zuiver en eenvoudig zouden aanvaard hebben (maar onder voorrecht van boedelbeschrijving)[492].

Bij een persoonlijke zekerheid gesteld door een consument jegens een professionele schuldeiser bevat art. 9.1.48 BW een dwingende verplichting voor de schuldeiser om de zekerheidssteller jaarlijks te informeren over de gewaarborgde verbintenis in hoofdsom, interest en andere accessoire verbintenissen verschuldigd door de hoofdschuldenaar op de dag van de informatie. Ook deze bepaling correspondeert aan de regel in het DCFR[493].

De schuldeiser is aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door het niet of het laattijdig nakomen van deze informatieplicht (lid 2 van art. 9.1.48 BW)[494].

I.II.C.4.a.2.b.ii. Betreffende de tekortkomingen van de hoofdschuldenaar

Bij zekerheid voor een consumentenkrediet bepaalt art. VII.147/27 verder dat "De kredietgever verwittigt de borg en, desgevallend, de steller van een zekerheid wanneer de consument twee termijnbetalingen of minstens een vijfde van de totale te betalen som achterstaat. Hij geeft hem kennis van de toegekende betalingsfaciliteiten en deelt hem vooraf elke wijziging van de oorspronkelijke kredietovereenkomst mee."

Bij een persoonlijke zekerheid gesteld door een consument jegens een professionele schuldeiser bepaalt art. 9.1.49 lid 1 BW nu het volgende:
- De schuldeiser moet zonder onnodig uitstel de zekerheidssteller informeren over de niet-nakoming door de hoofdschuldenaar en over een uitstel van opeisbaarheid. De kennisgeving moet inlichtingen bevatten over het bedrag van de gewaarborgde verbintenis in hoofdsom interest en andere accessoire verbintenissen verschuldigd door de hoofdschuldenaar op de dag van de kennisgeving.
- Een bijkomende kennisgeving van een nieuwe achterstal in nakoming is niet vereist vooraleer drie maanden zijn verstreken sinds de vorige kennisgeving.
- De kennisgeving is ook niet vereist indien de niet-nakoming uitsluitend accessoire verbintenissen van de hoofdschuldenaar betreft, tenzij het totale bedrag van alle niet-nagekomen gewaarborgde verbintenissen 5 % van het uitstaande bedrag van de gewaarborgde verbintenis heeft bereikt.

---

491 E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 286 nr. 431.

492 HvB Luik 30 september 2005, *JLMB* 2006, 861.

493 Art. IVG-4:106 (Creditor's Obligations of Annual Information):
"(1) Subject to the debtor's consent, the creditor has to inform the security provider annually about the secured amounts of the principal obligation, interest and other ancillary obligations owed by the debtor on the date of the information. The debtor's consent, once given, is irrevocable.
In het Franse recht waren er art. 48 van de Loi 313-22 van 1 maart 1984 op de banken en art. 341-1 en 341-6 van de Code de la consommation (sedert 1998), intussen vervangen door een meer algemene verplichting voor elke professionele schuldeiser in art. 2302 CC.

494 Art. IVG-4:106 lid (2) verwijst immers naar *IV.G- 2:107 paragraph 4 : " If the creditor omits or delays any notification required by this article , the creditor's rights against the security provider are reduced by the extent necessary to prevent the latter from suffering any loss as a result of the omission or delay"."*

Deze bepaling vervangt de bepaling van art. 2043*septies* OBW inzake de kosteloze borgtocht; de nieuwe formulering leunt opnieuw dicht aan bij het DCFR[495], waar de corresponderende bepaling evenwel in beginsel bij elke borgtocht geldt (en niet enkel de consumentenborg).

Ook hier is de schuldeiser aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door het niet of het laattijdig nakomen van deze informatieplicht (lid 2 van art. 9.1.49), wat minder streng is dan de sanctie onder de oude regel voor kosteloze borgtocht (nl. dat de borg niet gehouden voor de aangroei van de schuld vanaf de dag waarop de schuldeiser deze verplichting niet nakomt). De regel is wel strenger in enkele andere opzichten, zo bv. doordat de borg ook moet geïnformeerd worden over het verlenen van uitstel aan de hoofdschuldenaar[496].

I.II.C.4.a.2.c) Bij overheidswaarborgen

De wetgeving inzake overheidswaarborgen houdt in vele gevallen bijzondere informatieplichten in voor de schuldeiser jegens de overheid-borg - zie bv. art. 13 v. Vlaams Waarborgdecreet[497] - dan wel inzagerechten voor de overheid-borg (bv. art. 8 en 37 Tweede Waarborgbesluit), die ofwel rechtstreeks in de regels worden bepaald ofwel als contractueel beding moeten worden opgenomen in de overeenkomsten om in aanmerking te komen voor de overheidswaarborg.

I.II.C.4.a.3° Over de omvang en de modaliteiten van de dekking

Aangezien deze bepaald worden in de borgtochtovereenkomst, betreft dit een vraag van precontractuele informatieplicht, zoals in I.I.C.1 besproken. In beginsel geldt hier geen bijkomende contractuele informatieplicht[498].

I.II.C.4.a.4° Geldigheid van exoneratiebedingen.

---

495 Zie Art. IVG-2:107 DCFR:
(1) The creditor is required to notify the security provider without undue delay in case of a non-performance by or inability to pay of the debtor as well as of an extension of maturity; this notification must include information about the secured amounts of the principal obligation, interest and other ancillary obligations owed by the debtor on the date of the notification. An additional notification of a new event of non-performance need not be given before three months have expired since the previous notification. No notification is required if an event of non-performance merely relates to ancillary obligations of the debtor, unless the total amount of all non-performed secured obligations has reached five percent of the outstanding amount of the secured obligation.
(2) In addition, in the case of a global security, the creditor is required to notify the security provider of any agreed increase :
(a) whenever such increase, starting from the creation of the security, reaches 20 percent of the amount that was so secured at that time; and
(b) whenever the secured amount is further increased by 20 percent compared with the secured amount at the date when the last information according to this paragraph was or should have been given.
(3) Paragraphs 1 and 2 do not apply, if and in so far as the security provider knows or could reasonably be expected to know the required information
(4) If the creditor omits or delays any notification required by this article , the creditor's rights against the security provider are reduced by the extent necessary to prevent the latter from suffering any loss as a result of the omission or delay".
Vgl. in het Franse recht voorheen art. L 313-9 Code de la consommation, en nu meer algemeen art. 2320 CC. Vgl. ook § 25 b Oostenrijks Konsumentenschutzgesetz.

496 Al werd ook dat wel als een fout beschouwd die verplicht tot vergoeding van de erdoor veroorzaakte schade, zie P. COUSSEMENT, in *Bijzondere overeenkomsten* 2007-2008, (187) 234 nr. 78; A. CUYPERS, in *Bank & FinR* 2007, (151) 174 nr. 48.

497 Een periodieke rapporteringsplicht.

498 Vgl. Franse rechtspraak volgens dewelke de schuldeiser niet verplicht is om de borg erop te wijzen dat hij de mogelijkheid heeft de borgtocht op te zeggen: Cass. fr. 24 april 1990, *Bull.Civ.* IV nr. 117 = *RPS* 1991 nr. 6571 noot F. T'KINT.

Borgtochtovereenkomsten bevatten vaak een beding waarbij de kredietverlener zich vrijtekent voor aansprakelijkheid wegens fouten jegens de borg. Onder meer bedingen waarbij de schuldeiser bedingt géén informatieplicht te hebben over de evolutie van de schuld werden onder het oude recht doorgaans geldig geacht[499], onder voorbehoud van de eisen van de goede trouw. Het nieuwe art. 9.1.24 BW geldt echter niettegenstaande elk andersluidend beding.

Naast de gemeenrechtelijke beperkingen aan dergelijke bedingen kunnen ook de beperkingen op onrechtmatige bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen (art. VI.91/1 e.v. WER) of de - strengere - beperkingen die voortvloeien uit de wetgeving op de onrechtmatige bedingen in verbruikersovereenkomsten (art. VI.82 v. WER) van toepassing zijn. Zoals in I.I.C.2.g gesteld, zijn deze bepalingen ook van toepassing op de niet-professionele borg.

I.II.C.4.b. Verhinderde subrogatie en andere verplichtingen van de schuldeiser

I.II.C.4.b.1° Verhinderde subrogatie (art. 9.1.32 BW)

De borg is bevrijd in de mate waarin hij door de fout van de schuldeiser niet meer in diens rechten of nuttige hypotheken, pandrechten of voorrechten kan treden (art. 9.1.32 BW, voorheen art. 2037 OBW, exceptie van verhinderde subrogatie[500], in het Lat. *exceptio cedendarum actionum*[501], in het Fr. ook *bénéfice de subrogation*).

De uitdrukking "rechten, nuttige hypotheken, pandrechten en voorrechten" omvat alle rechten, inbegrepen zakelijke zowel als persoonlijke zekerheden, waarin de borg is gesubrogeerd of anders zou zijn gesubrogeerd. Het is zonder belang of deze zekerheden dateren van voor of na het aangaan van de borgtocht (art. 9.1.32, tweede zin BW)[502]. Het kan ook gaan om een verhindering van de verrekenbaarheid (mogelijkheid van schuldvergelijking). Van verhinderde subrogatie in een zekerheidsrecht kan echter geen sprake zijn wanneer het gaat om een zekerheidsrecht dat niet is ontstaan, maar had kunnen ontstaan (bv. krachtens een hypotheekbelofte) [503].

De benadeling van de borg kan erin bestaan dat het zekerheidsrecht niet meer bestaat, niet meer kan worden uitgeoefend, of in waarde is verminderd. Ze kan er ook in bestaan dat door de nalatigheid van de schuldeiser een zekerheid, die door partijen was vooropgesteld, niet is gevestigd. Volgens een arrest van 18 april 2024 moet het gaan om ofwel het prijsgeven van een preferentieel recht ofwel het doen verminderen van de waarde van het voorwerp van een dergelijk recht; de vraag of de borg zich wel borg heeft gesteld voor een nieuwe verbintenis die

499 HvB Brussel 1 februari 1999, *RPS* 1999, 241; Rb. Brussel 16 november 2003, *JT* 2004, 185.

500 Zie onder meer E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006) 297 nr. 443; M. VAN QUICKENBORNE, 'Ondoeltreffende subrogatie en verval van borgtocht', *TPR* 1996, 361 v.; R. DE RYKE, 'Art. 2037 BW inzake borgtocht. Enkele moeilijkheden', in *Recht in beweging, Feestbundel René Victor*, I, 363 v.
Vgl. Art. IVG 2:110 DCFR (Reduction of Creditor's Rights): *"If and in so far as due to the creditor's conduct the security provider cannot be subrogated to the creditor's rights against the debtor and to the creditor's personal and proprietary security rights granted by third persons, or cannot be fully reimbursed from the debtor or from third party security providers, if any, the creditor's rights against the security provider are reduced by the extent necessary to prevent the latter from suffering any loss as a result of creditor's conduct. The security provider has a corresponding right to recover from the creditor if the security provider has already performed. "*

501 D.i. de borg verweert zich dat hij niet moet betalen zolang de schuldeiser zijn schuldvorderingen niet overdraagt aan de borg. De regel uit het OBW is licht anders, nl. in zoverre de schuldeiser de borg niet subrogeert.

502 Voorheen in dezelfde zin bv. F. T'KINT, *Sûretés* (2004), 389 nr. 786; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* 313 nr. 593; L. SIMONT, 'Examen', *RCJB* 1999, 896.

503 E. DIRIX, 'Overzicht', *TPR* 2004, nr. 214 met verwijzing naar Cass.fr. 12 maart 2002, *Bull.civ.* 2002, I, 68, nr. 87, *Defrénois* 2003, 784.

ingevolge dading in de plaats komt van een eerdere, is dan ook geen vraag die op basis van art. 2037 BW diende te worden beantwoord[504].

Voorbeelden onder het oude recht:
- geen daadwerkelijk gebruik door de schuldeiser van het voorrecht van onbetaalde verkoper waarover hij beschikt; de borg is bevrijd tot beloop van de waardevermindering door de laattijdige realisatie van het onderpand[505];
- niet registreren (nu in het Pandregister) van de overeengekomen inpandgeving van de handelszaak van de hoofdschuldenaar[506] (*in casu* ook beschouwd als een zware fout waarvoor de exoneratie niet gold);
- een andere borg kwijtschelding verlenen (sanctie is dat de medeborg niet meer gehouden is voor het aandeel van de bevrijde borg, zie hoger I.II.C.3.d.);
- mogelijk: geen kennisgeving doen van de inpandgeving van schuldvorderingen aan de schuldenaar van die schuldvorderingen (natuurlijk enkel wanneer dat schade heeft veroorzaakt, met name wanneer de schuldenaar daardoor bevrijdend heeft betaald aan iemand anders dan de pandhouder)[507].

Het nalaten van maatregelen die de borg zelf kon nemen (met name bewarende maatregelen), geeft in beginsel geen aanleiding tot deze sanctie (bv. (geen) aangifte doen van schuldvordering in het faillissement van de hoofdschuldenaar[508]).

De nieuwe tekst bevestigt dat de bevrijding van de borg beperkt is tot de mate waarin de borg benadeeld is door het toedoen van de schuldeiser. Indien de fout de borg in concreto niet heeft benadeeld omdat zonder die fout de borg toch niet van de zekerheid had kunnen genieten, is er geen ontslag[509]; vandaar de toevoeging van het woord "nuttige" in de nieuwe tekst. De regel wordt dan ook gezien als een toepassing van de algemene regel van contractuele aansprakelijkheid en van de aanvullende werking van de goede trouw; hij impliceert daarbij wel een zekere zorgvuldigheidsplicht van de schuldeiser jegens de borg[510].

Volgens een arrest van de franstalige eerste kamer van het Hof van Cassatie was art. 2037 OBW als dusdanig niet van toepassing bij de zakelijke borg s.s.[511]. Voortgaande op de toelichting bij het Wetsvoorstel (hoger besproken, die dit artikel niet als uitzondering vermeldt) moet men echter naar nieuw recht stellen dat deze bepaling wel degelijk van toepassing is.

---

504 Cass. 18 april 2024, C.22.0269.N, https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2024:ARR.20240418.1N.4/NL = *RW* 2024-25, 184.

505 Bv. Rb. Charleroi 8 maart 1990, *JT*, 1991, 46 = *RRD* 1990, 479.

506 Kh. Luik 10 november 1983, *TBH* 1985, 50.

507 Afgewezen in Nederland in een zaak van een "professionele" borg, die niet bedongen had dat het reeds bestaande stil pandrecht ter kennis zou worden gebracht van de schuldenaar: Hof 's Hertogenbosch 24 april 2012, *Heineken / ABN Amro Bank*, uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHSHE:2012:BW3956&keyword=BW3956.

508 Cass. 17 maart 2008, C.07.0016.F, *ING / Volksbank Neckartal*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20080317.1.

509 Bv. HvB Brussel 19 februari 1986, *R.Not.B.,* 536

510 Het is geen verbintenis in enge zin van de schuldeiser (aangezien de borgtocht een éénzijdige overeenkomst is), maar een last (Dui. *Obliegenheit*).

511 Cass. 10 december 2020, C.19.0336.F*, ING / Ikare*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20201210.1F.11 = *Bank & Fin.R.* 2021, 207 noot Cl. STANDAERT = DAOR 2022/3, 40. In dit arrest van de franstalige kamer gaat het Hof in tegen meerdere arresten van de nederlandstalige kamer over de zakelijke borgtocht.

Anders dan het vroegere art. 2037 OBW is art. 9.1.32 BW van dwingend recht[512].

I.II.C.4.b.2° Mogelijke premie te betalen door de schuldeiser

Er kan bedongen worden door de borg dat aan de borg een premie moet worden betaald voor het risico dat deze op zich neemt; zie bv. art. 6 Vlaams Waarborgdecreet 6 februari 2004. Natuurlijk zal de schuldeiser deze premie meestal inrekenen bij het verlenen van krediet aan de hoofdschuldenaar.

I.II.C.4.b.3° Andere verplichtingen van de schuldeiser

Die kunnen contractueel worden bedongen door de borg.

Zoals gezegd wordt bv. in sommige wetgeving bepaald dat de schuldeiser die de waarborg geniet zelf moet overgaan tot uitoefening van het regres - ten gunste van de schuldeiser- jegens de schuldenaar (bv. art. 7 Vlaams Waarborgdecreet 6 februari 2004).

I.II.C.4.c. Onzorgvuldige kredietverlening

De bevrijding van de borg kan niet alleen de sanctie zijn van een fout van de schuldeiser die bestaat uit het ontnemen van subrogatoire mogelijkheden, maar ook van andere fouten, en met name roekeloze kredietverlening op een wijze die een fout uitmaakt jegens de schuldeisers van de kredietnemer, waaronder de borg[513], inbegrepen roekeloze stopzetting van het krediet (zelden aanvaard)[514]. Is dit van bij de start van de kredietverlening het geval, dan gaat het om een vraag van precontractuele aansprakelijkheid jegens de borg (hoger besproken in I.I*) c.q.* buitengewone aansprakelijkheid jegens andere schuldeisers; hier hebben we het veeleer over een roekeloze

512 Onder het oude recht kon de toepassing ervan contractueel worden uitgesloten (bv. HvB Brussel 25 november 1986, *TBH* 1987, 430; kh. Brussel 9 april 1990, *TBH* 1992, 80), zij het dat de uitsluiting ervan neerkwam op een vrijtekenings- of exoneratiebeding (HvB Luik 10 maart 1992, *JLMB* 1993, 1085 noot B. HANOTIAU, 'Le cautionnement d'engagements bancaires') en dus ook aan de beperkingen daarvan was onderworpen (nl. dat men zich noch voor opzet noch van de meest wezenlijke elementen van zijn verplichting kan vrijtekenen, en dat vrijtekening voor zware fout uitdrukkelijk moet worden bedongen (bv. en dus ook aan de beperkingen daarvan was onderworpen (nl. dat men zich noch voor opzet noch van de meest wezenlijke elementen van zijn verplichting kan vrijtekenen, en dat vrijtekening voor zware fout uitdrukkelijk moet worden bedongen) (intussen gecodificeerd in art. 5.89 BW).
De analoge bepaling is ook van dwingend recht voor consumenten-borgen in het Franse recht en het Nederlandse (art. 7:862 b *juncto* 6:154 Nederlands BW).

513 Zie onder meer F. T'KINT, *Sûretés* (2004) nr. 774; HvB Brussel 27 september 1978, *BRH* 1979, 268 noot P.A. FORIERS; HvB Brussel 25 november 1986, *JLMB* 1987, 160 = *TBH* 1987, 430; HvB Brussel 11 september 1987, *TBH* 1989, 7 noot D. DEVOS; HvB Bergen 4 oktober 1988, *JLMB* 1989, 1151; HvB Luik 3 april 1996, *RRD* 1996, 447; HvB Luik 28 april 1998, *Pas.* 1997 II 86; HvB Gent 4 april 2007, *NjW* 2008, 133; *in casu* afgewezen in HvB Gent 21 maart 2012, *NjW* 604 noot R. STEENNOT, omdat het krediet niet "uitsluitend" omwille van de zekerheden toch zou zijn toegekend (na een eerder negatief kredietadvies).

514 In HvB Brussel 8 december 2009, cassatievoorziening verworpen door Cass. 17 januari 2011, *TBH* 2013, 617 noot P. PROESMANS, werd het beroep van de borg op rechtsmisbruik bij het stopzetten van het krediet verworpen. *Idem* in HvB Brussel 19 mei 2009, aangehaald door D. BLOMMAERT, *De aansprakelijkheid van de kredietinstelling als kredietverlener*, nr. 163; en in HvB Bergen 21 mei 2013, *JLMB* 2014, 216 noot C. BIQUET-MATHIEU 'Crédits aux P.M.E. et clause de résiliation unilatérale au profit de la banque '.
Wel aanvaard in Kh. Luik 2 juni 1983, *TBH* 1984, 70; Kh. Brussel 25 november 1986, *TBH* 1987, 430; Rb. Gent 15 november 2002 (onuitgeg.), A.R. 98/3219/A en 99/1177/A, aangehaald door D. BLOMMAERT, *De aansprakelijkheid van de kredietinstelling als kredietverlener*, nr. 163 .
Ook is ingevolge art. 13 W. 21 december 2013 Financiering KMO een stopzetting van een krediet aan een KMO zonder redelijke opzeggingstermijn niet meer mogelijk buiten het geval van wanprestatie van de kredietnemer.

kredietverhoging in de loop van de kredietrelatie, of een roekeloze instandhouding van het krediet[515]. Bij consumentenkrediet geldt daarbij als algemene regel dat de de kredietverstrekker slechts krediet mag toekennen als hij redelijkerwijze moet aannemen dat de consument in staat zal zijn de verplichtingen na te komen (art. VII-77 §1 WER).

Waar dit in het algemeen om een buitencontractuele fout gaat, gaat het jegens de borg veeleer om een contractuele fout; de borg kan dan ook bij faillissement van de hoofdschuldenaar buiten de curator om die schuldeiser-kredietverlener aanspreken (waar andere schuldeisers dit in beginsel collectief, via de curator, moeten doen)[516].

NB. Overigens is het niet uitgesloten dat ook een borg aansprakelijk kan zijn jegens derden (schuldeisers andere dan door de borgtocht verzekerde schuldeiser) wegens het onzorgvuldig verlenen aan de schuldenaar van een schijn van kredietwaardigheid[517].

I.II.C.4.d. Voortzettingsrecht?

Anders dan bij contractsovername heeft de borg in beginsel geen recht op de tegenprestatie die aan de hoofdschuldenaar toekomt. Daardoor is een borg in bepaalde gevallen een stuk "zwaarder" belast dan de hoofdschuldenaar. Vandaar rijst de vraag of de borg onder omstandigheden het recht heeft om de overeenkomst van de hoofdschuldenaar na te komen, veeleer dan enkel aansprakelijk te zijn voor schadevergoeding. Moet men de borg de kans geven de overeenkomst voort te zetten vooraleer deze te verbreken? Voorbeeld: aanspreken van de borg voor tekortkomingen uit een leasingovereenkomst, wanneer de borg verklaart deze te willen voortzetten (en dus de schulden over te nemen mits hij omgekeerd ook beschikking krijgt over het geleasde goed). Uit de eisen van de goede trouw (verbod van rechtsmisbruik) kan men dit naar omstandigheden afleiden[518]. Een weigering zou immers een onevenredige benadeling vormen voor de borg in vergelijking met het geringe voordeel voor de schuldeiser; dit recht is dan ook rechtseconomisch verantwoord.

I.II.C.5. Andere gevolgen van de accessoriteit.

Het accessoir karakter van een borgtocht heeft ook nog tot gevolg dat de schuldvordering op de borg niet zelfstandig kan worden overgedragen, maar mee overgaat als accessorium van de schuldvordering tot zekerheid waarvan zij strekken, bv. bij overdracht van schuldvordering of subrogatie (voor de gevolgen op de omvang van de dekking bij een *omnibus*-borgtocht, zie de bespreking hoger in I.II.C.1.b.).

Een uitzondering vormen de *intuitu personae creditoris* verschafte zekerheden. Deze gaan niet over wanneer de persoon van de schuldeiser wijzigt, maar doven uit[519].

---

515 In de Franse Code de commerce art. L-650-1 (zoals gewijzigd in 2008) wordt wettelijk limitatief omschreven in welke gevallen de kredietverlener aansprakelijk kan zijn, zij het dat dit de aansprakelijkheid jegens de schuldeisers in het algemeen betreft; het gaat om 3 gevallen: 1° bedrog; 2° gekarakteriseerde inmenging in het beleid van de vennootschap, 3° bedongen zekerheden zijn onevenredig met het krediet.

516 Vgl. met een andere argumentatie F. T'KINT, *Sûretés* (2004) nr. 774, met verw.

517 Zo L. CORNELIS, 'De aansprakelijkheid van de bankier bij kredietverlening', *TPR* 1986, 361 v.

518 Vgl. in verband met een bewindvoerder die volledige betaling aanbiedt van de schulden om het goed te kunnen houden, inzake leasing: HvB Gent 8 februari 2002, geciteerd door F. BRUYNS, *JT* 2004, (605) 611 nr. 40: rechtsmisbruik bij weigering; dit geldt *a fortiori* wanneer de overeenkomst een zekerheidsstelling door een derde in de vorm van een voortzettingsbeding bevat.

519 Vgl. E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 248 nr. 38.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.II.C.6. Nakoming en niet-nakoming

In beginsel gelden de regels inzake nakoming en niet-nakoming uit het algemeen verbintenissenrecht (Boek 5 BW), zij het in acht genomen de bijzondere modaliteiten van de borgtocht (zoals het al dan niet subsidiair karakter). Er is geen ontbinding wegens wanprestatie mogelijk, tenzij er aan de zijde van de schuldeiser een wederkerige verbintenis zou zijn waaraan er een ernstige tekortkoming is (wat in beginsel niet het geval is)[520].

Wijzigt de persoon van de schuldeiser, dan wordt de borg beschermd door dezelfde regels als de hoofdschuldenaar (bevrijdende betaling aan de schijnschuldeiser, cessie in beginsel slechts tegenwerpelijk door kennisgeving aan de borg zelf[521]).

In toepassing van de gewone regels inzake niet-nakoming, draagt de borg de gevolgen van zijn niet-nakoming eenmaal zijn schuld opeisbaar is, en kan hij dus gehouden zijn tot vergoedingen waartoe de hoofdschuldenaar niet gehouden is of die althans geen deel uitmaken van de gedekte schuld.

Zo zal de verbintenis van de borg zelf interest dragen in geval van verzuim (d.i. in beginsel vanaf de ingebrekestelling van de borg)[522]. Deze interest moet onderscheiden worden van die op de gewaarborgde schuld (zo bv. geldt de plafonnering van de gewaarborgde schuld, ook indien dat plafond mee de interest beperkt, niet voor de interest die de borg verschuldigd is wegens zijn eigen verzuim[523]; ook de beperking van de gewaarborgde interest in art. 9.1.46 lid 5 BW (voorheen 2043*sexies* § 1 OBW) geldt hiervoor dus niet[524]). Hiervoor geldt in beginsel het gemeen verbintenissenrecht; de borgtocht is wel geen handelstransactie in de zin van Wet betalingsachterstand, zodat de verhoogde interest van die Wet hier niet speelt. De borg zal wel maar eigen interest op interest van de hoofdschuld verschuldigd zijn binnen de grenzen waarbinnen er ook jegens de hoofdschuldenaar kapitalisatie van interest kan plaatsvinden. Conform het gemeen recht zal de interest ingeperkt worden in geval van langdurig dralen om de borg aan te spreken wat rechtsmisbruik uitmaakt[525].

De borg staat ook in voor de kosten die de schuldeiser oploopt door de niet-nakoming van de borg.

I.II.C.7. Einde van de verbintenis van de borg

De verbintenis van de borg gaat teniet wanneer de verzekerde hoofdverbintenis verdwijnt (zie hoger I.II.C.1.a.; uitgezonderd bij louter persoonlijke excepties van de hoofdschuldenaar).

Zij kan ook op zelfstandige wijze tenietgaan:

a. Ze gaat teniet doordat de dekking uitgeput is (zijn plafond heeft bereikt, zie de bespreking in I.II.C.1.b.);

---

520 Vgl. HR 15 juni 2018, *Wave / Abn Amro*, uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2018:915.

521 In die zin M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 343 nr. 648 v.

522 Evidente oplossing. Toepassing bv. in kh. Brussel 28 november 2008, *RW* 2009-2010, 1193.

523 Bv. HvB Luik 3 november 2008, *JLMB* 2009, 1115.

524 Vgl. E. DIRIX, *RW* 2007-2008, (218) 221 nr. 10.

525 Bv. HvB Bergen 15 oktober 1008, *JLMB* 2009, 1848; HvB Luik 14 september 2009, *RRD* 2009, 390.

b. De borgverbintenis gaat zelf teniet op gronden van gemeen verbintenissenrecht (art. 9.1.30 lid 1 BW, voorheen 2034 OBW), met name:
- door een rechtshandeling van de schuldeiser, zij het een kwijtschelding of ontslag, zij het een overeenkomst tussen de schuldeiser en de borg (afkoop, art. 5.252 BW, voorheen 1288 OBW[526]). Dit omvat ook de zogenaamde "vrijgave" van de borg (vaak door een bank);
- vermenging van schuld en schuldvordering ('schuldvermenging') (art. 5.268 BW); art. 9.1.31 (voorheen 2035 OBW) bevat wel een uitzondering voor de achterborg ("Schuldvermenging in de persoon van de hoofdschuldenaar en van zijn borg bijvoorbeeld wanneer de ene erfgenaam wordt van de andere doet geenszins de schuldvordering teniet van de schuldeiser tegen hem die zich heeft borg gesteld voor de borg").

c. Uit art. 5.258 lid 1 (voorheen 1294 lid 1) OBW volgt ook dat de borg zijn schuld kan verrekenen met een actieve schuldvordering op de schuldeiser, d.i. een schuld die de schuldeiser jegens hem heeft (schuldvergelijking)[527]; dat de hoofdschuldenaar failliet is wil natuurlijk niet zeggen dat die verrekening beperkt blijft tot connexe schulden (dat is enkel het geval wanneer er samenloop is met andere schuldeisers van de borg zelf);

d. 2e gaat teniet door de supra I.II.C.4.b. besproken specifieke toepassing van de gemeenrechtelijke contractuele aansprakelijkheid, nl. bij verhinderde subrogatie (art. 9.1.32 BW, voorheen 2037 OBW).

e. 2e gaat teniet door de bevrijding van de borg krachtens art. XX.66, XX.82 lid 7, XX.83/20 lid 7 of XX.176 WER (zie de bespreking in hoofdstuk I afdeling C punt 3);

f. 2e gaat teniet wanneer de overeenkomst bepaalt dat de aanspraak op de borg vervalt bij bepaalde wanprestaties (zie bv. art. 20 Tweede Waarborgbesluit in uitvoering van het Vlaams Waarborgdecreet (BVR 18 februari 2005));

g. In theorie kan de schuld van de borg ook zelfstandig verjaren, in de praktijk niet omdat de stuiting van de verjaring van de hoofdschuldvordering ook de stuiting van de verjaring van de schuldvordering op de borg met zich meebrengt (art. 2250 OBW), tenzij de verjaringstermijn voor de borgverbintenis korter zou zijn dan die voor de gewaarborgde verbintenis. Wel zal de borgtocht die eenmaal verjaard is samen met de hoofdschuld, niet herleven wanneer de hoofdschuldenaar afstand doet van de reeds verkregen verjaring (vgl. hoger I.II.C.1.b.2.g.iii, art. 2225 OBW);

h. Ze gaat teniet door het verstrijken van een zelfstandige uitoefenings- of vervaltermijn, indien er een dergelijke termijn geldt (art. 9.1.30 lid 2 BW, hoger in I.II.C.3. besproken bij de modaliteiten van de borgtocht).

In bepaalde gevallen kan de verbintenis van de borg overgaan op een nieuwe schuldenaar als borg; deze regels worden hier niet besproken, evenmin als de regels die bepalen wat er met

526 "Wat de schuldeiser van een borg heeft ontvangen als tegenprestatie voor zijn ontslag uit zijn borgstelling moet worden toegerekend op de schuld en moet in mindering worden gebracht van de hoofdschuldenaar en de andere borgen".

527 H. DE PAGE, *Traité* VI, 880 nr. 895; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 299 nr. 567.
Voor het Franse recht Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires* (2008), 762 nr. 760-761. Voor Nederland B. WESSELS, *Verrekening*, 8.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

verbintenissen gebeurt bij overlijden van de borg (erfrecht), bij splitsing van de borg-rechtspersoon[528], enzovoort.

I.II.C.8. Terugvordering wegens onverschuldigde betaling

Wanneer de borg onverschuldigd betaalde aan de schuldeiser, kan hij de betaling in beginsel van de schuldeiser terugvorderen. Dit is het geval:

- zowel wanneer er geen hoofdschuld was (waaronder ook het geval dat de hoofdschuldenaar reeds betaald heeft of zich op een exceptie kon beroepen of schuldvergelijking toepassen) (in dat geval heeft de borg geen regres, zie *infra* Afdeling D), behalve in het geval het een louter persoonlijke exceptie is van de hoofdschuldenaar, zoals de onbekwaamheid of onbevoegdheid of niet-bestaan van de hoofdschuldenaar (zie art. 9.1.25 lid 4 BW);

- als wanneer er wel een hoofdschuld was, maar geen verbintenis van de borg (in dit geval vereist dit wel dat de borg niet de intentie had om desondanks te betalen).

Wanneer de borg de hoofdschuldenaar geen kennis geeft van zijn voornemen om te betalen, en de hoofdschuldenaar daardoor eveneens betaalde, was het oude recht duidelijker wat betreft de rechten jegens de schuldeiser: art 2031 lid 1 OBW bepaalde dat de borg dan geen regres heeft op de hoofdschuldenaar en enkel van de schuldeiser kan terugvorderen[529]. Het nieuwe art. 9.1.28 BW bepaalt nu dat de rechten van de borg tegenover de schuldeiser onverlet zijn[530]. Ik ga ervan uit dat de regel in dit geval dezelfde is gebleven, nl. dat de borg zich dan moet richten tot de schuldeiser voor terugbetaling en geen regres heeft op de hoofdschuldenaar (zie daarvoor *infra* I.II.D). Indien de schuldeiser de schuldenaar terugbetaalt, kan de borg zich wel enkel tegen de schuldenaar keren met zijn regresrecht[531], dat verminderd wordt met de kosten veroorzaakt aan de schuldenaar (ex art. 9.1.28 BW).

528 De regels inzake splitsing van vennootschappen bepalen welke van de resulterende rechtspersonen gehouden is tot de schuld, en voor welke verbintenissen ze hoofdelijk verbonden blijven. Deze regels gelden ook voor schulden als persoonlijke zekerheid – zie bv. voor het lot van een patronaatsverklaring na splitsing van een vennootschap in twee nieuwe vennootschappen HvB Brussel 11 oktober 1999, *RPS* 2000, 146.

529 in herinnering gebracht door Cass. 13 december 2019, *JT* 2020, 398.

530 De Toelichting bij het wetsvoorstel, 56. Stukken Kamer nr. 0261/001, 32, voegt evenmin enige verduidelijking toe.

531 Zie Cass. 10 januari 2020, C.19.0141.F, *F / ING*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2019:ARR.20191213.1F.6.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.II AFDELING D. Gevolgen in de verhouding tussen borg en hoofdschuldenaar

I.II.D.1. De verhouding voor betaling door de borg

I.II.D.1.a. Anticipatief regres en bewarende maatregelen

De borg beschikt in een aantal gevallen over een anticipatief regresrecht om de hoofdschuldenaar reeds op voorhand in rechte aan te spreken (art. 9.1.29 BW, voorheen 2032 OBW)[532]. Art. 9.1.29 somt de gevallen op van anticipatief regres (dezelfde als voorheen art. 2032 OBW), ik concretiseer hierbij de gevolgen:
1° Indien hij tot betaling in rechte vervolgd wordt: dan wordt de eis in regres gevoegd bij de hoofdeis;
2° Indien de hoofdschuldenaar het voorwerp is van een insolventieprocedure of in staat van kennelijk onvermogen verkeert: dan kan de borg anticipatief aangifte doen van zijn regresvordering;
3° Indien de hoofdschuldenaar zich verbonden heeft om hem binnen een bepaalde tijd het ontslag van zijn borgtocht te bezorgen: dan kan de borg zekerheidsstelling eisen voor zijn regresvordering;
4° Indien de hoofdverbintenis opeisbaar is geworden door het verstrijken van de termijn waarop zij betaalbaar was gesteld: *idem*; de borg kan ook vorderen dat de hoofdschuldenaar de schuldeiser betaalt; deze mogelijkheden bestaan zelfs indien de schuldeiser de termijn verlengt (art. 9.1.34 BW, voorheen 2039 OBW);
5° Na verloop van tien jaren, indien de hoofdverbintenis geen bepaalde vervaltijd heeft, tenzij de hoofdverbintenis van dien aard is dat zij niet voor een bepaalde tijd kan vervallen: idem als 4° [533].

De borg kan in geval van urgentie ook reeds bewarend beslag leggen tegen de hoofdschuldenaar[534].

De borg kan ook ten bewarende titel een aangifte doen van schuldvordering in het faillissement van de hoofdschuldenaar[535].

Deze regels gelden ook voor de zakelijke borg s.s. Ze gelden a fortiori voor de zakelijke borg s.l.; ook de erfgenamen die zakelijk borg (s.l.) staan voor de erfbelasting verschuldigd door de legataris, hebben een regresrecht dat anticipatief kan worden uitgeoefend, en waarvoor zij dus een retentierecht hebben inzake de afgifte van de legaatgoederen aan de legataris (zie de discussie hierover *in fine* van *Zekerheden- en Insolventierecht* II).

---

532 Vgl. Art. IVG-2:111 (Debtor's Relief for the Security provider):
(1) "A security provider who has provided a security at the debtor's request or with its express or presumed consent, may request relief by the debtor
(a) if the debtor has not performed the secured obligation when performance became due ;
(b) if the debtor is unable to pay or has suffered a substantial diminution of assets;
(c) if the creditor has brought an action on the security against the security provider.
(2) Relief may be granted by furnishing adequate security.

533 Vgl. voor deze verschillende hypothesen F. T'KINT, *Sûretés* (2004) nr. 793.

534 Beslagr. Luik 22 mei 1987, *JLMB* 1987, 1000; HvB Luik 30 oktober 2003, *JT* 2004, 137 (de hoofdschuldenaar verkoopt zijn onroerend goed en de schuldeiser treedt niet op).

535 Cass. 17 maart 2008, C.07.0016.F, *ING / Volksbank Neckartal*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20080317.1.

Art. 9.1.29 is dwingend bij persoonlijke zekerheden gesteld door een consument jegens een professioneel (art. 9.1.43 lid 3 BW).

I.II.D.1.b. Informatieplicht van de borg

Art. 9.1.28 lid 1 en 2 BW is de bijna letterlijke overname van art. Art. IVG-2:112 van het DCFR: vooraleer de schuldeiser te betalen, moet de borg de hoofdschuldenaar van zijn voornemen daartoe kennisgeven en bij deze informeren naar het uitstaande bedrag van de gewaarborgde verbintenis en diens excepties of tegenvorderingen.

Het tweede lid bepaalt dat de borg die nakomt zonder zich te informeren of nalaat een exceptie tegen te werpen die hem door de hoofdschuldenaar is meegedeeld of hem uit andere bronnen bekend is, is tegenover de hoofdschuldenaar aansprakelijk is voor de daardoor veroorzaakte schade.

Om de draagwijdte hiervan te bepalen, moet men evenwel toch een onderscheid maken dat het DCFR niet maakt, tussen de gevallen waarin de borg die zich niet informeerde, onverschuldigd betaalde of niet. Immers, indien er geen hoofdschuld meer was (waaronder ook het geval dat de hoofdschuldenaar reeds betaald heeft of zich op een exceptie kon beroepen of schuldvergelijking kon toepassen), dan heeft de borg gewoon onverschuldigd betaald aan de schuldeiser en dient hij zelf terug te vorderen. De hoofdschuldenaar lijdt hierdoor geen schade en lid 2 is niet relevant.

Betaalde de borg verschuldigd, maar brengt zijn nalatigheid mee dat de hoofdschuldenaar eveneens betaalt, dan is het de borg die de kosten moet maken voor de terugvordering (van de schuldeiser).

Het niet nakomen van de informatieplicht lijkt dus maar zelden aanleiding te kunnen geven tot aansprakelijkheid voor schade van de de hoofdschuldenaar, nu de schade voor de hoofdschuldenaar vermeden wordt doordat de borg gewoon geen regres heeft, zoals we onder 3.b. nader bespreken.

Art. 9.1.28 is dus een verbetering wat de verduidelijking van de informatieplicht betreft, maar niet wat betreft de formulering van de rechtsgevolgen van nalatigheid.

I.II.D.1.c. Informatieplicht van de hoofdschuldenaar

De hoofdschuldenaar kan een informatieplicht hebben jegens de borg. Bij professionele borgen (i.h.b. banken) wordt dit in de overeenkomst vaak uitgewerkt, en voor overheidswaarborgen in de desbetreffende reglementering (bv. art. 8 § 2 Tweede Waarborgbesluit (BVR 18 februari 2005), dat de overheid-borg een inzagerecht geeft in de boekhouding van de kredietnemer).

I.II.D.2. Beginselen over de verhouding na betaling aan de schuldeiser

De borg is gehouden voor andermans schuld en heeft dus geen draagplicht. De borg die de schuldeiser betaald heeft, beschikt traditioneel, in de bewoordingen van art. 2028-2029 OBW, over twee rechten jegens de hoofdschuldenaar:

- een regresrecht of "eigen verhaalsrecht" (voorheen art. 2028 OBW) geput uit de rechtsverhouding die hem met de hoofdschuldenaar verbindt en die geheel door deze verhouding wordt bepaald, en uitgewerkt *infra* onder I.II.D.3. Hoewel "verhaalsrecht" een volledig juiste term is voor deze schuldvordering, gebruiken wij duidelijkheidshalve de term regres(vordering) voor deze schuldvordering, om deze te onderscheiden van het

verhaalsrecht dat de schuldeiser van gelijk welke schuldvordering heeft op het vermogen van zijn schuldenaar;

- tot beloop van de betaling subrogatie in de rechten van de schuldeiser jegens de hoofdschuldenaar (art. 9.1.25 BW, voorheen art. 2029 OBW; een meer bijzondere toepassing van de wettelijke subrogatie van art. 5.220, 1° BW (voorheen 1251, 3° OBW); bij de derde-bezitter geldt art. 106 HypW) (Fr. *subrogation*, Dui. *Zessionsregress*[536]); uitgewerkt *infra* onder I.II.D.4.

Er was een tendens in de rechtsleer om hierin slechts één schuldvordering te zien, die de kenmerken van beide cumuleert of vermengt in een soort *sui generis*-schuldvordering[537]. Deze opvatting leidt echter enkel tot verwarring; iets als *sui generis* karakteriseren is trouwens meestal slechts het gevolg van onbegrip. Ook in de andere continentale rechtsstelsels is het gemeengoed dat er twee schuldvorderingen zijn, waarop men zich tegelijkertijd kan beroepen[538]. Wel dient men het zo te begrijpen dat de subrogatoire aanspraak slechts bestaat (of nog: dat de betaalde schuldvordering slechts overleeft) tot zekerheid van de regresaanspraak[539] en dus slechts binnen de perken van die regresaanspraak[540]. De nieuwe wettekst brengt op dit vlak eindelijk duidelijkheid en sluit volgens de Toelichting ook aan bij art. IVG-2:113 DCFR: art. 9.1.25 lid 1 BW luidt nu immers:
"*De borg kan de terugbetaling vorderen van de hoofdschuldenaar van het bedrag dat hij aan de schuldeiser heeft betaald. Tot zekerheid daarvan is de borg binnen de grenzen van hetgeen hij betaald heeft gesubrogeerd in de rechten van de schuldeiser tegenover de hoofdschuldenaar, en dit niettegenstaande enig andersluidend beding*" (over de laatste zinsnede, zie meer onder I.II.D.4.a).

De borg kan in die zin beide aanspraken combineren maar niet cumuleren. Meer bepaald is de regresaanspraak niet beperkt tot de subrogatoire vordering en kunnen door regres ook kosten worden teruggevorderd die niet onder de subrogatie vallen. Maar natuurlijk kan de borg geen twee maal dezelfde kosten terugvorderen.

Deze beide aanspraken gelden ook voor de "zakelijke borg" s.s. (en *a fortiori* s.l.); de uitwinning van het zakelijk zekerheidsrecht door de schuldeisers dient tot beloop van de waarde ervan te worden beschouwd als een betaling van de hoofdschuld door een persoonlijke zekerheid[541].

Ook de zakelijke borg in ruimere zin beschikt daarover, zo bv. de mede-erfgenaam die geconfronteerd wordt op een geërfd onroerend goed met de wettelijke hypotheek van de fiscus voor successierechten verschuldigd door een andere erfgenaam[542]. Wel zullen *leges speciales*, waar

---

536 Het Duitse recht concipieert de subrogatie als een vorm van cessie (*Legalzession*).

537 Zie bv. M. DE THEIJE , "Het verhaal van de borg op de hoofdschuldenaar en de intresten', *RW* 2003-2004, 502 met verwijzingen naar de rechtsleer; R. VAN RANSBEECK,'Het regresrecht van de zakelijke borg', *RW* 2007-2008, 276 nr. 2.
De klassieke doctrine maakt wel een duidelijk onderscheid, bv. M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 252 nr. 485; *RPDB* tw. Cautionnement, nr. 229 v.

538 Zie bv. Art. IVG-2:113 DCFR (Security provider's Rights After Performance):
"(1) The security provider has a right to reimbursement from the debtor if and in so far as the security provider has performed the security obligation. In addition the security provider is subrogated to the extent indicated in the preceding sentence to the creditor's rights against the debtor. The right to reimbursement and rights acquired by subrogation are concurrent".

539 Zo S. MEIER, 'Schuldnermehrheiten im europäischen Vertragsrecht', *AcP* 2011 (435) 453.

540 Zie nader M.E. STORME, *TPR* 2024, (1661) 1848 nr. 234

541 Cass. 22 december 2006, C.06.0089.N, *Constructions Travaux et Services NV* / Balmoral, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2006:ARR.20061222.2 = *RW* 2007-2008, 275 noot R. VAN RANSBEECK, Het regresrecht van de zakelijke borg'.

542 Arbitragehof 26 april 2007, const-court.be/public/n/2007/2007-072n.pdf, overweging B.8.2.

die er zijn, voorrang hebben; zo bv. geldt voor de derde-bezitter van een gehypothekeerd goed de regeling van art. 103 en 106 HypW veeleer dan die van art. 9.1.25 BW[543].

I.II.D.3. Uitwerking van het regresrecht (eigen verhaalsrecht) van de borg

I.II.D.3.a. Grondslag

De borg beschikt dus in beginsel over een regresrecht ("eigen" verhaalsrecht; Fr. (*recours (contributoire)*, Dui. *Rückgriff*) (art. 9.1.25 BW) geput uit de ("interne") rechtsverhouding tussen borg en hoofdschuldenaar (of hoofdschuldenaars) en geheel door deze verhouding bepaald. De vraag op welk tijdstip dat regresrecht ontstaat wordt onder I.II.D.3.c. behandeld.

Zijn er meerdere solidaire hoofdschuldenaars, dan heeft de borg op ieder van hen een regresvordering voor het geheel. In het oude recht werd de regel uitdrukkelijk bepaald in art. 2030 OBW, maar in het nieuwe recht werd geoordeeld dat dit reeds uit de algemene regels inzake hoofdelijkheid volgt en is de regel niet meer opgenomen[544]

De modaliteiten van het regres worden dus bepaald door de interne verhouding tussen de borg en de hoofdschuldenaar, de zgn. dekkingsverhouding. Is dat een contractuele verhouding, dan gaat het om een contractueel regresrecht. Zoniet is het een wettelijk regresrecht *quasi ex contractu* (gebaseerd op zaakwaarneming of ongegronde verrijking)[545].

Het regresrecht verschilt van de algemene regels inzake ongegronde verrijking doordat a) het regresrecht reeds bestaat ook al bestaat de oorspronkelijke schuldvordering nog steeds doordat de borg erin is gesubrogeerd, zodat er nog geen verrijking van de hoofdschuldenaar is (verrijking die zou bestaan uit de vermindering van de schuld jegens de oorspronkelijke schuldeiser) en b) de regresaanspraak ruimer kan zijn dan die verrijking, zij het wel dat deze steeds beperkt is tot de verarming van de borg.

De regresvordering wordt in hoofdzaak uniform geregeld door art. 9.1.25 BW, zodat de grondslag slechts voor bijkomende vragen van belang is (net zoals het regres tussen hoofdelijke medeschuldenaars geregeld is door art. 5.164 BW en dat van een derde-bezitter door art. 103 HypW).

I.II.D.3.b. Omvang, verweermiddelen, tenietgaan van het regresrecht na betaling

I.II.D.3.b.1° Wanneer is er geen regresvordering ?

a) Bij onverschuldigde betaling

Wanneer de borg onverschuldigd betaalde doordat er op het ogenblik van zijn betaling geen schuld (meer) was van de hoofdschuldenaar, moet men onderscheiden:

543 Zie hierover R. VAN RANSBEECK 'Het regresrecht van de zakelijke borg', *RW* 2007-2008, (276) 279 nr. 10.

544 En dit ongeacht of de borg zich voor alle hoofdschuldenaars borg heeft gesteld of niet (zo ook F. T'KINT, *Sûretés* (2004), nr. 783; art. 2030 OBW mag niet *a contrario* beperkend worden uitgelegd.

545 Ook voor de bevoegdheidsregels van het Europees internationaal procesrecht geldt de regresvordering als een buitencontractuele vordering indien er tussen borg en hoofdschuldenaar geen contract is: HvJ 5 februari 2004, *Frahuil / Assitalia*, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-265/02.

- in het geval van een louter persoonlijke exceptie is van de hoofdschuldenaar, zoals de onbekwaamheid of onbevoegdheid of niet-bestaan van de hoofdschuldenaar, is volgens art. 9.1.25 lid 4 BW het regresrecht beperkt tot de mate van verrijking van de hoofdschuldenaar. Dit is een beperking omdat het verhaalsrecht van de borg in beginsel wel beperkt is tot de verarming van de borg, maar niet zoals een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking ook tot de verrijking van de hoofdschuldenaar; de verrijking bestaat er in dit geval ook niet uit dat de hoofdschuldenaar van een schuld is bevrijd;

- indien de borg niet voor de betaling kennis heeft gegevens van zijn voornemen aan de hoofdschuldenaar, en er ten tijde van zijn betaling geen hoofdschuld (geheel of ten dele) was ofwel omdat die er nooit is geweest, ofwel omdat de hoofdschuldenaar reeds betaalde, dan heeft de borg geen regres op de hoofdschuldenaar maar enkel een aanspraak uit onverschuldigde betaling jegens de schuldeiser; in het oude recht volgde dat uit art. 2031 lid 2 OBW; in het nieuwe recht spreekt art. 9.1.28 lid 2 BW weliswaar van een aansprakelijkheid jegens de hoofdschuldenaar voor de daardoor veroorzaakte schade, maar blijft de oplossing m.i. dezelfde: de betaling door de borg heeft immers de hoofdschuldenaar van geen enkele schuld bevrijd.

- indien de borg voor de betaling wel kennis heeft gegeven van zijn voornemen aan de hoofdschuldenaar, en er ten tijde van zijn betaling geen hoofdschuld (geheel of ten dele) was omdat de hoofdschuldenaar intussen betaalde, dan heeft de borg naar keuze zowel regres op de hoofdschuldenaar (die dan maar moet terugvorderen van de schuldeiser die een tweede betaling ontving) als een aanspraak uit onverschuldigde betaling jegens de schuldeiser;

- indien de borg voor de betaling wel kennis heeft gegeven van zijn voornemen aan de hoofdschuldenaar, en er ten tijde van zijn betaling geen hoofdschuld (geheel of ten dele) was omwille van een exceptie die de hoofdschuldenaar hem niet heeft meegedeeld en die hem ook niet uit andere bronnen bekend is, dan heeft de borg naar keuze zowel regres op de hoofdschuldenaar als een aanspraak uit onverschuldigde betaling jegens de schuldeiser; dit volgt a contario uit art. 9.1.28 BW;

- indien de borg voor de betaling wel kennis heeft gegeven van zijn voornemen aan de hoofdschuldenaar, en er ten tijde van zijn betaling geen hoofdschuld (geheel of ten dele) was omwille van een exceptie die de hoofdschuldenaar hem wel heeft meegedeeld of die hem uit andere bronnen bekend is, dan is de borg volgens art. 9.1.28 tegenover de hoofdschuldenaar aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade. Hoewel de wettekst dat niet expliciet stelt, betekent dit m.i. opnieuw dat de borg geen regres op de hoofdschuldenaar maar enkel een aanspraak uit onverschuldigde betaling jegens de schuldeiser; de betaling door de borg heeft immers de hoofdschuldenaar van geen enkele schuld bevrijd.

b) verschuldigd, maar hoofdschuldenaar betaalde een tweede maal

- Wanneer de borg de hoofdschuldenaar geen kennis geeft van zijn voornemen op te betalen, en de hoofdschuldenaar daardoor eveneens betaalde, was, zoals hoger gezegd ,het oude recht duidelijker: art 2031 lid 1 OBW bepaalde dat de borg dan geen regres heeft op de hoofdschuldenaar en enkel van de schuldeiser kan terugvorderen[546]. Het nieuwe art. 9.1.28 BW bepaalt nu dat de rechten van de borg tegenover de schuldeiser onverlet zijn en zijn rechten jegens de hoofdschuldenaar verminderd worden in de mate dat de hoofschuldenaar schade leed. Zonder kennis van het oude recht is deze bepaling nauwelijks te begrijpen[547]. Ik ga ervan uit dat

546 in herinnering gebracht door Cass. 13 december 2019, *JT* 2020, 398.

547 De Toelichting bij het wetsvoorstel, 32, voegt evenmin enige verduidelijking toe.

de regel in dit geval dezelfde is gebleven, nl. dat de borg geen regres heeft op de hoofdschuldenaar (tenzij de schuldeiser de schuldenaar terugbetaalt in plaats van de borg, dan kan de borg zich enkel tegen de schuldenaar keren met zijn regresrecht[548], dat verminderd wordt met de kosten veroorzaakt aan de schuldenaar (ex art. 9.1.28 BW).

c) Andere uitzonderingen

Was er wel een schuld wanneer de borg betaalde, dan heeft die regres, behalve in het zopas genoemde geval, alsook indien de interne verhouding *animo donandi* is.

In de rechtsleer wordt ook gesteld dat de borg geen regresrecht heeft indien de borgtocht in het uitsluitend belang van de schuldeiser is aangegaan of indien de schuldenaar zich tegen de borgtocht heeft verzet[549]. Het is te betwijfelen of dit naar huidig recht geldt: enerzijds kan de borgtocht zonder opdracht van de schuldenaar en zelfs buiten zijn weten worden aangegaan (art. 9.1.4 lid 3 BW), en anderzijds is het regresrecht in art. 9.1.25 algemeen geformuleerd en is er geen bepaling waaruit zo'n uitzondering zou kunnen worden afgeleid.

I.II.D.3.b.2° Omvang van het regresrecht

Het regresrecht geldt in beginsel voor de integrale verarming van de borg, dus de bedragen die hij betaald heeft in hoofdsom en interest alsook als andere kosten die hij opgelopen heeft.

I.II.D.3.b.2.a) a) Omvang van de betaling en kosten

Indien de borg iets in ruil heeft gekregen voor de betaling, dient de waarde daarvan in mindering te worden gebracht van het regresrecht. Een voorbeeld is de verbintenis om de goederen die de hoofdschuldenaar in pand heeft gegeven aan te kopen (aankoopbelofte, dus verkoopoptie verleend aan de schuldeiser) tegen een prijs die overeenkomt met de hoofdschuld[550]. De borg heeft een regres tegen de hoofdschuldenaar voor de prijs min de reële waarde van de verkregen goederen.

Omgekeerd geldt een betaling door schuldvergelijking ook als een betaling, en heeft de borg dus regresrecht voor de eigen schuldvordering die door schuldvergelijking is tenietgegaan.

I.II.D.3.b.2.b) b) Uitzonderingen

De borg heeft geen regres voor de kosten gemaakt vooraleer hij de hoofdschuldenaar kennis heeft gegeven. In het oude recht was dit uitdrukkelijk bepaald in art. 2028 OBW, nu moet dit afgeleid worden uit art. 9.1.28 BW.

I.II.D.3.b.2.c) c) Regresrecht draagt interest

Het krachtens dit regresrecht verschuldigde bedrag brengt op zijn beurt vanaf de dag van betaling door de borg aan de schuldeiser vergoedende interest op (zoals elke verrijkingsvordering). De

548 Zie Cass. 10 januari 2020, C.19.0141.F, *F / ING*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2019:ARR.20191213.1F.6.

549 E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 287 nr. 433 met verw. BAUDRY-LACANTINERIE-, *Traité* XXIV, 582 nr. 1103-1104.

550 Zo'n constructie vinden we in HvB Gent 16 maart 2009, *TRV* 2009, 726, waar de koper evenwel geen regres uitoefende, wellicht omdat de pandgever intussen failliet was.

interestvoet wordt bepaald door de interne verhouding tussen de borg en de hoofdschuldenaar (bij gebreke aan bijzondere bepaling geldt dus de wettelijke rentevoet), en kan vanaf die datum dus lager liggen dan de interestvoet die geldt voor de schuldvordering van de schuldeiser.

I.II.D.3.b.3° Ontstaan en opeisbaarheid van het regresrecht

De regresaanspraak is slechts opeisbaar vanaf de betaling door de borg (zodat ze ook pas vanaf dat ogenblik begint te verjaren). Dat belet niet dat de borg tegen wie samen met de hoofdschuldenaar een geding is ingespannen, reeds in die procedure kan vorderen dat zijn regresrecht wordt erkend door de rechter.

De vraag is ook gerezen wanneer de regresaanspraak ontstaat. Deze vraag is vooral van belang in geval van samenloop (zie de nadere gevolgen onder I.II.D.3.c).

Nu ontstaat een contractueel met de hoofdschuldenaar overeengekomen regresrecht duidelijk niet eerst door de betaling, maar reeds door de overeenkomst[551].

Bij een niet contractueel bepaald regres waren er twee opvattingen. Het Hof van cassatie heeft - weliswaar in de context van regres na samenloop - in een arrest van 24 juni 2021 beslist dat het regresrecht ook dan ontstaat tegelijk met de verbintenis van de borg, al wordt het pas later opeisbaar[552]. Daarmee werd de opvatting verworpen dat het buitencontractuele regresrecht eerst ontstaat met de betaling[553].

I.II.D.3.b.4° Modaliteiten van het regresrecht

Het regresrecht is niet onderworpen aan de modaliteiten van de subrogatoire schuldvordering, maar aan eigen modaliteiten. Zo is het bv. aan een eigen verjaringstermijn onderworpen (in beginsel de 10-jarige van art. 2262*bis* OBW), ongeacht de verjaringstermijn van de subrogatoire schuldvordering. Die verjaring begint eerst te lopen vanaf de betaling door de borg[554].

Het regresrecht is niet achtergesteld bij de resterende schuldvordering van de schuldeiser (vgl. onder I.II.D.4 het omgekeerde voor de subrogatoire schuldvordering), maar een dergelijke achterstelling wordt wel vaak door de schuldeiser bedongen in borgtochtovereenkomsten.

I.II.D.3.c. Verhaalsrecht en samenloop

I.II.D.3.c.1° Gewoon regres

551 Vgl. voor Nederland HR 16 oktober 2015, *Pieter Ingwersen q.q./ING Commercial Finance B.V.*, uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2015:3094,

552 Cass. 24 juni 2021, C.20.0073.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210624.1F.6 = *JLMB* 2022, 516 = *TIBR* 2022/2 RS 65. Zo ook Cass. 13 juni 2022, C21.0496.N, *RW* 2022-23, 418. Eerder impliciet zo HvB Antwerpen 18 december 2000, *RW* 2001-2002, 279.

553 Opvatting die we vinden in een arrest van de Hoge Raad, zij het niet doorslaggevend in casu (in die zin *obiter dictum*) omdat het ging over de aanvang van de verjaringstermijn, die : HR 6 april 2012, *ASR Verzekeringen/ Achmea*, uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2012:BU3784 =*RvdW* 2012/534.

554 Vgl. dezelfde oplossing voor het regres van de hoofdelijke medeschuldenaar naar Nederlands recht in HR 6 april 2012, *ASR Verzekeringen/ Achmea*, uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2012:BU3784 =*RvdW* 2012/534.

Betaalt de borg voor de samenloop, dan komt hij in die samenloop op als schuldeiser voor die regresvordering tot beloop van wat hij betaald heeft (zie art. XX.180 WER).

Betaalt een borg na de faillietverklaring van de hoofdschuldenaar een borgschuld die voordien is ontstaan, dan wordt ook het regresrecht geacht voordien te zijn ontstaan (zie hoger het arrest van het Hof van cassatie van 24 juni 2021). De regresaanspraak betreft dus een schuldvordering in de boedel en geen post-faillissementsschuld. Mocht de regresaanspraak eerst bij de betaling na faillissement ontstaan, dan is er geen aanspraak in de boedel, maar wordt het regresrecht evenmin als andere na de faillietverklaring van een natuurlijke persoon ontstane schulden getroffen door een gebeurlijke kwijtschelding van de gefailleerde[555]. Nu de andere opvatting geldt, is het regresrecht volgend uit een voor de samenloop ontstane borgschuld toch een schuldvordering in de boedel[556] (*c.q.* een schuldvordering buiten de boedel indien ze gewaarborgd is door een zakelijk recht) en is ook nog schuldvergelijking na samenloop mogelijk met een schuldvordering van de hoofdschuldenaar op de borg wanneer er tussen beiden voldoende samenhang is[557]. Anderzijds wordt het regresrecht wel getroffen door de kwijtschelding van de hoofdschuldenaar.

Bij collectieve schuldenregeling is het tijdstip van ontstaan van het regresrecht minder relevant, aangezien ook na de opening van de procedure ontstane schuldvorderingen een rol kunnen spelen.

Wat betreft de collectieve schuldenregeling is er een uitdrukkelijke wetsbepaling, krachtens dewelke de borg slechts regres heeft op de (hoofd)schuldenaar die een collectieve schuldenregeling heeft verkregen, in de mate dat hij deelneemt aan de aanzuiveringsregeling en mits eerbiediging ervan (Art. 1675/11 § 4 GerW). Het resterende regresrecht van de borg wordt dus wél getroffen door een kwijtschelding die op het einde van de aanzuiveringsregeling intreedt (voor zover er een kwijtschelding is natuurlijk).

Bij gerechtelijke reorganisatie is er hierover niets bepaald en leidt men uit de *ratio legis* hetzelfde af, hoewel schulden die na de opschorting zijn ontstaan in beginsel niet getroffen worden noch door het reorganisatieplan noch door de bevrijding. Sommige auteurs stelden dan ook dat het regresrecht niet eerst door de betaling ontstaat, maar reeds vanaf het ontstaan van de borgschuld doch onder opschortende voorwaarde van betaling[558], opvatting die nu zoals gezegd meer algemeen wordt gehuldigd door de cassatierechtspraak.

I.II.D.3.c.2° Anticipatief regres

De borg beschikt eventueel wel over een anticipatief regresrecht om de hoofdschuldenaar reeds op voorhand aan te spreken (art. 9.1.29 BW), en kan voor dat regresrecht aangifte doen in het

---

555 Bv. J. WINDEY & K. DRIESEN, *TBH* 2004, 896; K. CREYF, *RW* 2002-2003, 445 nr. 9; B. MOUTON, 'Bevrijding echtgenoten na faillissement', *NjW* 2010, (262) 264 nr. 12.
Anders F. T'KINT & W. DERIJCKE, 'La garantie indépendante à l'ombre des apparences', *Hommage à Jacques Heenen* (Brussel: Bruylant 1994), 450 vn. 88.
In arrest 2004/76 van 5 mei 2004 oordeelde het Arbitragehof dat ook indien de verschoonbaarheid door de gefailleerde ook zou kunnen worden tegengeworpen aan een borg die tijdens het faillissement heeft betaald, dat niettemin niet ongrondwettig zou zijn (www.grondwettelijkhof.be/public/n/2004/2004-076n.pdf).

556 Impliciet in HvB Luik 27 januari 2011, *TBH* 2011, 929.

557 HvB Gent 19 september 2011, *RW* 2012-13, 1389, *in casu* werd de zaakvoerder aangesproken wegens niet-volstorting van het kapitaal en maakte deze een tegenvordering geldend als borg voor kredieten aan dezelfde vennootschap.

558 Zo bv. E. DIRIX & R. JANSEN, 'De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten', in *De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen getest, gewikt en gewogen* (Intersentia 2008), nr. 59.

faillissement c.q. de gerechtelijke reorganisatie of collectieve schuldenregeling, en het bij wijze van exceptie inroepen tegen een schuldvordering van de gefailleerde op de borg als er voldoende samenhang is[559].

I.II.D.4. Uitwerking van het subrogatierecht van de borg

I.II.D.4.a. Vereisten voor subrogatie

Subrogatie doet de schuldvordering van de schuldeiser op de hoofdschuldenaar overgaan op de borg. Subrogatie is dus op de eerste plaats een eigendomsverkrijging van een schuldvordering en de accessoria ervan.

Dit geschiedt niet zoals bij cessie door middel van een levering krachtens een titel, maar tot beloop van de betaling door de gesubrogeerde en binnen de perken van de draagplicht van de subrogataris.

Aangezien de subrogatie strekt tot zekerheid van het regresrecht, vindt er géén subrogatie plaats als er geen regresrecht is. We verwijzen naar de gevallen supra D.3.b.1°.

Aangezien de subrogatie ook een overgang (in eigendom) van een schuldvordering impliceert, betekent dit dat de subrogant (schuldeiser) ook beschikkingsbevoegd moet zijn op het tijdstip van de subrogatie[560]. Het nieuwe Boek 3 heeft daarbij in art. 3.28 § 2 BW bij de persoonlijke subrogatie dezelfde regel voor derdenbescherming ingevoerd als bij cessie: de borg wordt beschermd indien hij betaalt nadat de schuldvordering van de schuldeiser reeds is overgegaan op een andere titularis of in pand is gegeven, maar aan de subrogataris (zijnde de hoofdschuldenaar) kennis geeft van de subrogatie vooraleer die ander kennis heeft gegeven.

Anderzijds wordt de borg die niet in de rechten van de schuldeiser gesubrogeerd wordt door de fout van de schuldeiser, reeds beschermd door het hoger besproken art. 9.1.32 BW (verhinderde subrogatie).

De subrogatie is wettelijk en treedt dus in zonder toestemming van de schuldeiser. Ze treedt ook in zonder toestemming van de hoofdschuldenaar.

Art. 9.1.25 bepaalt dat de borg gesubrogeerd is niettegenstaande enig andersluidend beding. Nu is de heersende leer dat de borg wel jegens de schuldeiser afstand kan doen van zijn regresrecht; in geval van afstand is hij ook niet gesubrogeerd. De laatste zinsnede van art. 9.1.25 lid 1 BW doelt dan ook op overeenkomsten waarbij de hoofdschuldenaar en de schuldeiser buiten de borg om zouden overeenkomen dat de borg niet gesubrogeerd wordt indien hij de schuld betaalt (bv. ook door de schuldvordering van de schuldeiser op de hoofdschuldenaar onoverdraagbaar te maken[561]). Die overeenkomst is niet tegenwerpelijk aan de borg, en die vorm van bescherming heeft men in de wettekst willen aanbrengen met een formulering die opnieuw afkomstig is uit het DCFR[562]. Anderzijds bepaalt art. 9.1.27 BW dat de regresaanspraak jegens de schuldenaar van de borg die op regres van een andere borg heeft betaald, wel dwingend is. Het lijkt dan ook

559 HvB Gent 19 september 2011, *RW* 2012-13, 1389, *in casu* werd de zaakvoerder aangesproken wegens niet-volstorting van het kapitaal en maakte deze een tegenvordering geldend als borg voor kredieten aan dezelfde vennootschap.

560 Zie nader M.E. STORME, *TPR* 2024, (1661) 1846 nr. 231

561 Toelichting, 56. *Stukken Kamer* nr. 261/001, 30.

562 Zie 56. *Stukken Kamer* nr.261/003 (hoorzitting), 22.

merkwaardig dat de gewone regresaanspraak jegens de schuldeiser van de borg die betaald heeft, niet dwingend zou zijn.

I.II.D.4.b. Gevolgen van de subrogatie

I.II.D.4.b.1° Welke rechten gaan over

Subrogatie doet de schuldvordering van de schuldeiser op de hoofdschuldenaar overgaan op de borg, met alle accessoria, en in beginsel in de toestand waarin ze zich ten tijde van de subrogatie bevindt.

Wat het eerste betreft kan de gesubrogeerde alle rechten van de schuldeiser jegens de hoofdschuldenaar (of hoofdschuldenaars) uitoefenen en geniet hij van alle accessoire zekerheidsrechten die deze schuldvordering verzekeren, zowel persoonlijke als zakelijke zekerheden[563]. Wanneer bv. de schuldeiser een hypotheekrecht had tot zekerheid van de betaalde schuld, is ook de regresvordering van de borg verzekerd door dat hypotheekrecht en wel met dezelfde rang als de schuldeiser had.

Zoals gezegd heeft de borg in het geval van meerdere solidaire hoofdschuldenaars op ieder van hen een regresvordering voor het geheel. Dat regresrecht is verzekerd met subrogatie in de aanspraken die de schuldeiser jegens ieder van hen heeft.

Voor de rechten niet jegens de hoofdschuldenaar, maar jegens andere zekerheidsstellers, zie de bespreking *infra* I.II.E.

I.II.D.4.b.2° Uitwerking voor en na de kennisgeving

Voor alles wat niet geregeld is door art. 9.1.25 e.v. BW, gelden de regels inzake subrogatie in het algemeen uit Boek 5.

I.II.D.4.b.2.a) Rol van de kennisgeving

Zo geldt onder het nieuw BW dat de subrogatie jegens de schuldenaar (subrogataris) in beginsel slechts uitwerking heeft vanaf de kennisgeving van de (hoofd)schuldenaar of erkenning door deze laatste (art. 5.221 lid 2 BW)[564].

De positie van de schuldenaar voor de kennisgeving of erkenning wordt geregeld door art. 5.221 lid 2 BW en 5.181 lid 2 en 3 BW (toepasselijk bij subrogatie krachtens art. 5.222 lid 3 BW). De vragen die hierbij rijzen zijn dezelfde als bij cessie[565]. Deze bepalingen zijn immers naar de letter tegenstrijdig: waar art. 5.179 lid 2 lijkt in te houden dat de subrogataris nog alle handelingen kan stellen jegens de subrogant, zoals betaling, schuldvernieuwing, dading, conventionele schuldvergelijking, schuldvergelijking door eenzijdige verklaring enz., lijkt art. 5.181 lid 2 en 3 BW in te houden dat dit slechts kan voor zover de subrogataris te goeder trouw handelt. Aangezien

563 Vgl. art. IVG-2:113 DCFR (Security provider's Rights After Performance), (3):
"By virtue of the subrogation under paragraph 1, dependent and independent personal and proprietary security rights are transferred by operation of law to the security provider, notwithstanding any contractual restriction or exclusion of transferability agreed by the debtor. Rights against other security providers can only be exercised within the limits of article IVG-1:106."

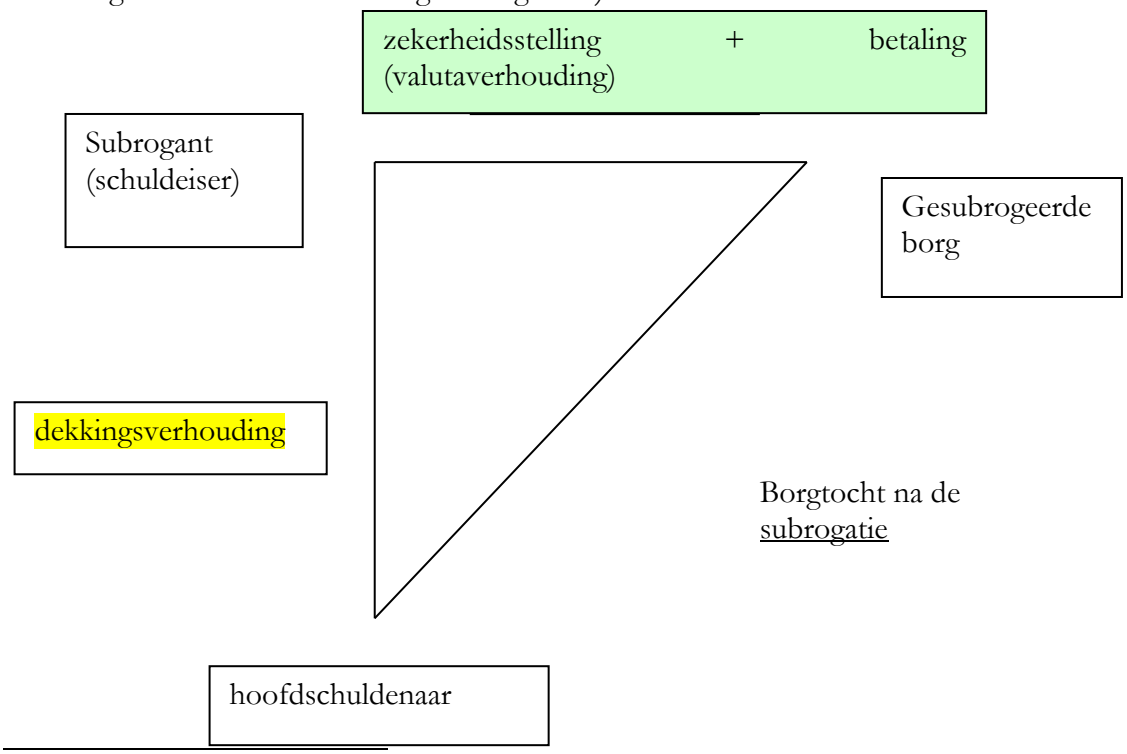
564 Zie voor nadere uitwerking M.E. STORME, *TPR* 2024, (1661) 1855

565 Zie voor nadere uitwerking M.E. STORME, *TPR* 2024, (1661) 1831 nr. 212 e.v.

die tegenstrijdigheid ook in de oude wettekst stond, mag men ervan uitgaan dat de cassatierechtspraak daarbij blijft gelden, en deze gaf voorrang aan art. 5.181 BW. In de zaak die leidde tot het arrest van 5 oktober 2012[566] werd aldus een nettingovereenkomst, gesloten tussen een cedent en een *debitor cessus*, niet-tegenwerpelijk verklaard aan de cessionaris omdat de *debitor cessus* (die zich op de netting beriep) bij het sluiten van die nettingovereenkomst reeds op de hoogte was van de cessie. In dat geval vond de cessie plaats in het kader van een factoringovereenkomst; de cessie zelf vond maar plaats na de nettingovereenkomst, maar de bodemrechter oordeelde dat de *cessus* toch niet te goeder trouw was omdat zij wist dat "de factuur onmiddellijk zou worden overgedragen".

Toegepast bij borgtocht kan dit betekenen dat de hoofdschuldenaar die van de borg conform art. 9.1.28 BW een kennisgeving ontving van diens voornemen om de schuldeiser te betalen, moeilijk te goeder trouw kan worden geacht, ook al heeft de borg nog geen kennis gegeven dat de betaling ook effectief is uitgevoerd[567]. Wel zal de hoofdschuldenaar de schuldeiser moeten betalen zolang de borg dat niet deed, maar eenmaal de borg betaald heeft kan de hoofdschuldenaar zich daarop beroepen jegens de schuldeiser, ook al heeft de borg geen kennis gegeven van de betaling (subrogatie) of zijn voornemen daartoe.

Zodra de hoofdschuldenaar niet meer te goeder trouw is wat betreft de betaling door de borg (wat mee bepaald wordt door wat de borg aan kennisgeving deed) is de subrogatie dus tegenwerpelijk aan de hoofdschuldenaar en kan deze laatste niet meer bevrijdend betalen aan de subrogant, noch zijn schuld verrekenen met een (niet-connexe) schuld van de subrogant (maar enkel nog met een schuld van de gesubrogeerde)[568].



566 Cass. 5 oktober 2012, C.12.0073.N, *GR Capital Partners/Commercial Finance Group*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20121005.5 = *RW* 2012-13, 1337 noot R. HOUBEN = *JLMB* 2013, 976 noot Fr. GEORGES.

567 Daardoor verschilt de subrogatie van de borg in de praktijk vaak van een subrogatie door een verzekeraar, waarbij het vrij vaak voorkomt dat de gesubrogeerde verzekeraar na betaling de schuldvordering op naam laat van de subrogant (naamlening); zie M.E. STORME, *TPR* 2024, (1661) 1855 nr. 243.

568 Wanneer de borg slechts in een deel van de schuldvordering gesubrogeerd is, geldt dit natuurlijk enkel voor dat deel.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.II.D.4.b.2.b) Tegenwerpelijkheid van excepties en evolutie van de subrogatoire schuldvordering

De subrogatie geschiedt immers enkel "in de rechten van de schuldeiser" (art. 5:217 BW) en is in de verwoording van de cassatierechtspraak beperkt "tot de sommen of prestaties die door de schuldenaar verschuldigd zijn jegens de subrogant"[569], en wel op het ogenblik van de subrogatie. De subrogatie is dus beperkt tot de inhoud van de schuldvordering zoals die tussen partijen gold. Het is dan ook terecht dat Boek 5 net zoals bij cessie ook hier uitdrukkelijk de regel opneemt dat "de schuldenaar (de gesubrogeerde) alle excepties kan tegenwerpen waarover hij beschikte ten aanzien van de subrogerende schuldeiser en die ontstaan zijn vóór de kennisgeving of erkenning van de subrogatoire betaling" (art. 5.222 lid 2 BW). Het gaat dus om de excepties uit de verhouding die in deze constellatie de dekkingsverhouding is, d.i. de verhouding tussen de hoofdschuldenaar en de schuldeiser.

Het is allicht een vergetelheid van de wetgever geweest om in art. 5.222 lid 3 niet ook naar art. 5.182 inzake schuldvergelijking en cessie te verwijzen, want er is geen reden waarom de regel hier zou verschillen.

Naar Belgisch intern recht[570] is de gesubrogeerde zo ook gebonden aan een arbitragebeding of forumbeding waaraan de subrogant gebonden was[571] en gelden voor de rechterlijke bevoegdheid dezelfde regels als voorafgaand aan de subrogatie[572].

Het is de bestaande schuldvordering die overgaat, geen nieuwe die zou ontstaan. Wanneer de gesubrogeerde in een hangend geding tussenkomt, houdt dat als dusdanig geen nieuwe eis in (en speelt art. 807 Ger.W. dus niet[573]).

Het beginsel dat er maar subrogatie is tot beloop van de betaling, betekent dat de schuldvordering maar is overgegaan tot beloop van de betaling (omvang van de overgang van

---

569 Voor nadere uitwerking in de rechtspraak zie bv. Cass 11 oktober 1999, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:1999:ARR.19991011.3 = *Arr.Cass.* 1999, 522 = *Pas.* 1999, I, 522; Cass. 21 februari 2011, C.10.0520.N, *Axa/Mensura*, https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2011:ARR.20110221.3; Cass. 22 september 2010, P.10.0698.F, *Axa Belgium/Stad Chimay*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100922.5: wanneer het slachtoffer een invaliditeitspercentage van 26 % heeft, kan de rechter niet zomaar met het motief dat de persoon halftijds werkte, beslissen dat de werkgever een subrogatoire aanspraak heeft ter grootte van de helft van het uitbetaalde loon; Cass. 5 november 2012, C.10.0514.F, *AXA/Allianz e.a.,* juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20121105.1: de subrogatie krachtens art. 47 AOW blijft beperkt tot hetgeen waarop de subrogant aanspraak had jegens zijn schuldenaar ("civiel plafond"); Cass. 14 mei 2012, C.09.0318.F, *Generali Belgium/Ethias gemeen recht*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120514.7: de gemeenrechtelijke aanspraak mag alleen op basis van het brutoloon berekend worden indien de rechter vaststelt dat de lasten die erop zouden rusten, overeenstemmen met de lasten op het loon dat het slachtoffer ingevolge het ongeval heeft moeten derven.

570 Dat geldt naar Europees Unierecht ook, althans minstens voor de subrogatie in een rechtstreekse vordering jegens een aansprakelijkheidsverzekeraar: HvJ 20 juli 2017, *KABEG/MMA IARD*, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-340/16.

571 Bv. Kh. Bergen 22 november 2012, *JT* 2014, 120 noot O. CAPRASSE. Eerder Cass. 8 februari 2000, *Rev. arb.* 2000, 280. Zie ook, voor een zaak waar de verzekeraar beweerde door subrogatie de aansprakelijkheidsvordering van de schadelijder uit te oefenen en niet diens contractuele vordering uit de overeenkomst met een forumbeding: HR 14 april 2017, deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:694.

572 Cass. 7 december 2015, C.15.0152.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2015:ARR.20151207.3 = *RW* 2016-17, 621.

573 Bv. Cass. 16 november 2009, C.09.0135.N, *LCM/L.B.*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20091116.5.

schuldvordering), maar verhindert niet dat die overgegane schuldvordering zich verder ontwikkelt op grond van de bepalingen waaronder ze is ontstaan. Zo zal die schuldvordering verder interest dragen overeenkomstig de rentevoet die geldt tussen de oorspronkelijke schuldeiser en de hoofdschuldenaar (conventionele interest)[574]. Op de voor de betaling vervallen interest heeft de borg recht voor zover hij die ook heeft betaald, op de na de betaling vervallen interest heeft hij recht als gesubrogeerde schuldeiser[575].

Het recht gaat over in de staat waarin het zich op dat tijdstip bevindt, met name ook wat betreft de verjaring[576]. Heeft de subrogant een veroordeling verkregen van meerdere schuldenaars (zodat zijn schuldvordering verjaart volgens de regel van de *actio indicati*), en oefent degene die de veroordeling uitvoert, zijn subrogatoire vordering uit jegens een medeschuldenaar, dan geldt daarvoor de verjaring van de *actio indicati* (en niet de oorspronkelijke verjaringstermijn)[577]. Wel blijft het "subjectieve" vertrekpunt van de verjaring (zoals de termijn van vijf 5 jaar bij buitencontractuele aansprakelijkheid) het tijdstip waarop de subrogant kennis had gekregen, ook al had de gesubrogeerde er pas later kennis van[578].

Verder is het zo dat voor het verdere lot van die overgegane schuldvordering vanaf het tijdstip van overgang (betaling) de oude schuldeiser geen schuldeiser meer is en de borg schuldeiser wordt, wat van belang is om te weten welke wijzigingen in die schuldvordering kunnen optreden. Zo zal er - net zoals na cessie - geen schuldvergelijking meer kunnen optreden tussen deze schuldvordering en passieve schuldvorderingen die de hoofdschuldenaar op de oorspronkelijke schuldeiser zou hebben, maar wel met tegenvorderingen die hij op de borg heeft. Na de subrogatie kan enkel de nieuwe schuldeiser kwijtschelding verlenen, enz.[579], Of de subrogatoire schuldvordering verjaart, hangt vanaf dat ogenblik af van de feiten zoals ze zich in de verhouding tussen borg en schuldenaar voordoen: een verjaringsstuitende daad van de subrogant in de verhouding met de subrogataris nt na dat tijdstip, stuit de verjaring van de schuldvordering van de gesubrogeerde niet[580] (de verjaringsregels en termijn blijven wel die van de oorspronkelijke schuldvordering; het is immers deze schuldvordering die overgegaan is op de gesubrogeerde borg. De verjaring is niet gestuit of begint niet opnieuw te lopen vanaf de subrogatie - waardoor er een verschil is met de regresvordering[581]. Wel kan de subrogatoire aanspraak niet meer

---

574 Toelichting, 56. *Stukken Kamer* nr. 0261/001, 30, met verwijzing naar Cass. 21 maart 2003, *CMJ / DMJ*, *TBH* 2003, 391 = *RW* 2003-2004, 501 noot M. DE THEIJE = *Arr.* 2003, 716 = *Pas.* 596.

575 Vgl. ook Art. 6:153 Nederlands BW; E. DIRIX, 'Overzicht', *TPR* 2004, nr. 211.

576 HvB Antwerpen 8 september 2010, *RW* 2012-13, 307; Cass. 20 februari 2012, C.10.0687.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120220.5 = *RW* 2014-15, 181 (verzekeraar schadelijder gesubrogeerd in rechtstreekse aanspraak tegen verzekeraar aansprakelijke); Pol. Brugge 13 januari 2013, *RW* 2013-14, 1113.

577 Cass. 7 april 2017, C.15.0534.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20170407.2 = *RW* 2017-18, 698.

578 Cass. 16 april 2018, C.13.0008.N, *Vlaams Gewest/LCM, Ethias gemeen recht*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2018:ARR.20180416.1 = *RW* 2018-19, 1378.

579 Vgl. Cass. 3 december 2012, C.10.0040.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20121203.1: een akkoord na dat tijdstip tussen schuldenaar en subrogant (bv. over de omvang van de schade) bindt de gesubrogeerde niet.

580 Cass. 16 december 2004, C.02.0212.N, https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2004:ARR.20041216.20. Bij gedeeltelijke subrogatie betekent dit dat er nu twee schuldvorderingen zijn die afzonderlijk aan verjaring zijn onderworpen: Cass. 6 mei 1991, *RW* 1991-92, 572: stuiting van de verjaring van de aanspraak van de gesubrogeerde tegen de schuldenaar stuit niet de verjaring van de resterende vordering van de subrogant. Vgl. Cass. 22 juni 1988, *RW* 1988-89, 846 en Cass. 23 februari 1990, *RW* 1990-91, 468.

581 Waarvoor de verjaring pas loopt vanaf de betaling.

worden uitgeoefend wanneer de regresaanspraak verjaard is, ook al zou de subrogatoire aanspraak op zichzelf genomen niet verjaard zijn.

Men kan de regel samenvatten door te stellen dat de hoofdschuldenaar excepties die niet voor de kennisgeving of erkenning zijn ontstaan maar kan tegenwerpen aan de gesubrogeerde borg als ze de verhouding met de gesubrogeerde (borg) zelf betreffen, dus de prestatieverhouding, en niet de dekkingsverhouding (verhouding met de subrogant).

De hoofdschuldenaar kan zich jegens de gesubrogeerde borg verder niet beroepen op excepties uit de borgtochtverhouding zelf[582], andere dan dat de subrogatie beperkt is tot de omvang van de betaling door de borg.

I.II.D.4.c. Achterstelling bij gedeeltelijke subrogatie

Volgens de algemene regel heeft bij gedeeltelijke subrogatie de subrogant voor zijn resterende schuldvordering voorrang op de gesubrogeerde (art. 5.223 BW, voorheen 1252 OBW)[583], een wettelijk bepaalde doch niet dwingende vorm van specifieke achterstelling van de schuldvordering van de gesubrogeerde jegens de resterende schuldvordering van de subrogant[584]. Wanneer bv. de schuldeiser een hypotheekrecht had tot zekerheid van de betaalde schuld, en de borg ten dele betaald heeft, is ook de regresvordering van de borg verzekerd door dat hypotheekrecht maar in rang onmiddellijk na dat van de subrogant. Voor de borgtocht wordt dit uitdrukkelijk bevestigd in lid 2 van art. 9.1.25 BW.

Dit geldt ook wanneer de betaling voor de *solvens* (bv. een borg) wel zijn gehele schuld uitmaakt[585].

I.II.D.4.d. Positie van de gesubrogeerde in de samenloop op de goederen van de hoofdschuldenaar

Ook wanneer de borg na het faillissement van de hoofdschuldenaar betaalt, neemt hij door de subrogatie de positie in van de schuldeiser, met name jegens de failliete boedel. Hij heeft voor zover hij gesubrogeerd is, de voorrechten die de schuldeiser had. Indien de schuldvordering van de schuldeiser een schuldvordering in de boedel is, is ook de gesubrogeerde borg schuldeiser in de boedel; ging het om een boedelschuld, dan is ook de subrogatoire schuldvordering een boedelschuld, enz. Latere kwijtschelding van de gefailleerde treft ook de subrogatoire schuldvordering.

Ook bij een collectieve schuldenregeling neemt de gesubrogeerde borg geen andere positie in dan de subrogerende schuldeiser. De beslissingen over de schuldvordering die reeds genomen zijn voor hij gesubrogeerd werd binden hem, en na subrogatie dient hij zich te gedragen zoals elke andere schuldeiser. De borg ontsnapt dus niet aan de kwijtschelding van de schuld jegens de subrogant.

---

582 Vgl. Cass. It. 1 juli 2005, Sezione III, nr. 14089.

583 Vgl. art. IVG-2:113 (2) DCFR (Security provider's Rights After Performance): *"In case of part performance, the creditor's remaining partial rights against the debtor have priority over the rights to which the security provider has been subrogated"*.

584 Waarop ook wettelijke uitzonderingen gelden, bv. art. 9 § 1 KB 14 november 2008 inzake de subrogatie van het bijzonder Beschermingsfonds bij Depositogarantie (gelijke rang).

585 Zie in dit verband bv. Cass. 20 oktober 2016, C.15.0401.F, *SELARL / BNP Paribas Fortis*, https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20161020.1.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.II.D.5. Na betaling aan een medeborg

Ook wanneer een borg niet aan de schuldeiser heeft betaald, maar aan een medeborg (op diens regresvordering, zie daarvoor onder E.), heeft hij een met subrogatie verzekerde regresvordering op de hoofdschuldenaar. Aangezien een borg slechts voor zijn aandeel kan worden aangesproken door een medeborg, is ook de regresvordering - en dus de subrogatoire vordering tot zekerheid daarvan - daartoe beperkt. Zie de bespreking onder I.II.E.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.II AFDELING E. Gevolgen in de verhouding tussen medezekerheidsstellers

Het betreft hier het geval dat meerdere zekerheidsstellers eenzelfde schuld waarborgen, en niet het geval waar meerdere zekerheidsstellers elk een ander gedeelte van een schuld waarborgen[586].

I.II.E.1. Rechten van de borg die betaald heeft jegens de zekerheidssteller

I.II.E.1.a. Regres en subrogatie beperkt tot het aandeel van elke zekerheidssteller

In hun onderlinge verhouding staan de zekerheidsstellers slechts in voor hun aandeel. Dat geldt ook voor zakelijke borgen[587].

Dit is niet zo bij een achterborg jegens de borg waarvoor deze borg staat.

I.II.E.1.a.1° Regresrecht en schuldsplitsing

Hebben verschillende personen zekerheid gesteld voor dezelfde schuld, dan heeft de borg die de schuld heeft betaald - althans méér heeft betaald dan zijn aandeel in de onderlinge verhouding tussen de borgen (zie b.) - een eigen regresrecht op elk van de medezekerheidsstellers tot beloop van ieders aandeel (art. 9.1.26 BW, voorheen 2033 OBW). De borg die betaald heeft moet zijn regresvordering dus opsplitsen (op de hoofdschuldenaar daarentegen heeft hij een regresrecht voor het geheel, zie hoger afdeling I.II.D.3.). De beperking van elk regresrecht tot ieders aandeel geldt zowel bij de subsidiaire als bij de solidaire borgtocht, dus ook indien de borgen hoofdelijk gehouden waren jegens de hoofdschuldeiser, of indien de ene borg een hoofdelijke borg is en de andere een subsidiaire borg[588]. De regel is dus analoog aan die van art. 5.164 § 2 BW (voorheen 1214 OBW) inzake hoofdelijke medeschuldenaars.

Voor de bruto-omvang van het regresrecht (d.i. nog te verminderen met het eigen aandeel van de regresnemer), vergelijk de uitleg inzake het regres jegens de hoofdschuldenaar[589].

Ook tegen deze regresvordering kan de consument die zich borg heeft gesteld eventueel beroep doen op de mogelijkheid van gerechtelijke bevrijding op dezelfde wijze als tegen de oorspronkelijke schuldvordering van de schuldeiser[590]. Ook dit regresrecht moet geacht worden

---

586 E. DIRIX, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden. Actualia*, (1) 32 nr. 38; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 297 nr. 561.

587 Voor de zakelijke borg s.s. volgt dit uit lid 1 van art. 9.1.26. Onder het oude recht o.m. J. HERBOTS e.a. 'Overzicht', *TPR* 1985, 955 nr. 231; E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006) 299 nr. 445; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 276 nr. 527; B. DU LAING, 'Het verhaalsrecht van de betalende borg en de omvang van bijdrageplicht van de medeborgen', *AJT* 1999-2000, 856 nr. 7; R. VAN RANSBEECK, 'Het regresrecht van de zakelijke borg', *RW* 2007-2008, (276) 277 nr. 7

588 Zie Cass. 21 februari 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1114 nr. 748 = *Pas.* 1980? I, 749 concl. E. Liekendael = *RW* 1980-81, 717 noot JT = *T.Not.* 1981, 16 = *JT* 1980, 373 = *RCJB* 1983, 42 v., noot M. VAN QUICKENBORNE, 'La caution doit-elle diviser son recours contre les co-fidéjusseurs'; Cass. 28 januari 2010, C.08.0539.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100128.2. In dezelfde zin in Frankrijk Cass. fr. (comm) 10 januari 1995, *DJ* 1995, 573 noot A. FOURNIER = *JCP (éd. G)* 1995 IV nr. 596.

589 Ook de borg wiens verbintenis erin bestaat een pand in te kopen, heeft in beginsel een regres jegens de andere, gewone, borgen - in HvB Gent 16 maart 2009, *TRV* 2009, 726, werd dit niet toegekend, maar de aanspraak jegens de andere borgen was in die zaak uitsluitend gegrond op art. 1382 OBW en niet op een regresrecht.

590 Vgl. onder het oude recht GwH 23 juni 2010, www.grondwettelijkhof.be/public/n/2010/2010-075n.pdf = *RW* 2010-2011, 954 = *TBH* 2011, 545.

te zijn ontstaan zodra de rechtsverhouding tussen de borgen ontstaat en niet eerst door de betaling.

Een problematische situatie rijst wanneer op dat ogenblik een van meerdere consumentenborgen reeds betaald heeft; de billijke oplossing is dat er dan toch regres is, doch het aandeel mede moet worden bepaald volgens ieders inkomen en vermogen. Nog ingewikkelder is het wanneer één van de medeborgen slechts een zakelijke borg is en om die reden geen bevrijding kan verkrijgen; deze zakelijke borg kan niettemin evenzeer consument zijn als de persoonlijke medeborg, zodat de oplossing niet kan verschillen van de net genoemde situatie met meerdere consumentenborgen.

I.II.E.1.a.2° Verzekerd met subrogatie

Hebben verschillende personen zekerheid gesteld voor dezelfde schuld, dan is de borg (inbegrepen de zakelijke borg) die de schuld heeft betaald - althans méér heeft betaald dan zijn aandeel in de onderlinge verhouding tussen de borgen (zie b.) - krachtens art. 5.220, 1° BW (voorheen 1251, 3° OBW) tot zekerheid van zijn regresvordering ook gesubrogeerd[591] in de rechten van de schuldeiser jegens de andere borgen, opnieuw ieder volgens hun aandeel[592]. Dit wordt niet uitdrukkelijk herhaald in art. 9.1.26, maar men mag ervan uitgaan dat precies hetzelfde geldt als onder 9.1.25, zij het opnieuw beperkt tot de omvang van het regresrecht. Op grond van die subrogatie kan de borg dus elke andere borg maar aanspreken in de mate waarin die draagplichtig is[593].

Ook hier is de subrogatoire schuldvordering de voortzetting van de oorspronkelijke schuldvordering van de schuldeiser en bepaald door dezelfde modaliteiten (wat onder meer betekent dat de aangesproken medeborg tegen de gesubrogeerde ook de bevrijdingsmogelijkheid van de consumentenborg kan inroepen[594]). Vgl. de bespreking *supra* I.II.D.4.b.

I.II.E.1.b. Bepaling van het aandeel

Indien de borgen voor dezelfde dekking borg staan, is behoudens afwijkend beding ieders bijdrageplicht (aandeel) gelijk (een mansdeel, Fr. *part virile*). Of de bijdrage bepaald wordt door het verschillend belang dat de borgen hebben bij de borgtocht, bv. omdat zij in verschillende mate aandeelhouder zijn van de hoofdschuldenaar-vennootschap, was betwist. Dit is echter op zichzelf onvoldoende is om hun bijdrageplicht te wijzigen[595]. In lagere rechtspraak werd meermaals een

---

591 *Anders* F. LAURENT, *Principes* XXVIII, 271 nr. 264.

592 Cass. 21 februari 1980, *Pas.* 1980 I 749 concl. a.g. E. Liekendael = *Arr.* 748 = *RCJB* 1983, 35 noot M. VAN QUICKENBORNE.
Anders (d.i. subrogatie voor het geheel min het eigen aandeel) H. DE PAGE, *Traité* VI nr. 940

593 Zie nader M.E. STORME, *TPR* 2024, (1661) 1848-1849 nr. 234.

594 Vgl. onder het oude recht GwH 23 juni 2010, www.grondwettelijkhof.be/public/n/2010/2010-075n.pdf = *RW* 2010-2011, 954 = *TBH* 2011, 545.

595 56. *Stukken Kamer* nr. 0261/001, 31., met verwijzing naar Cass. 29 oktober 1998, *Arr.Cass.* 1998, nr. 461 = *Pas.* 1998 I, 1064 nr. 461 = *RW* 1999-2000, noot R. VAN RANSBEECK . 'Iedere borg zijn deel ... maar dan volgens art. 2033 BW' = *Rec. Cass.* 1999, 145, noot M. VAN QUICKENBORNE, 'Enige aspecten van het regres van de betalende borg tegen zijn medeborgen'. Zie onder het oude recht ook B. DU LAING, 'Het verhaalsrecht van de betalende borg en de omvang van de bijdrageplicht van de medeborgen', *AJT* 1999-2000, 853-865. Vgl. in dezelfde zin R. DEKKERS, *Handboek* II (1971), 777 nr. 1378; H. DE PAGE, *Traité* VI, 916 nr. 939 met verw. Rb. Brussel 10 juli 1889, *BJ* 1890, 1303; A. KLUYSKENS, *De contracten*, 675 nr. 560; A.M. STRANART, *Les sûretés*, 99 nr. 69; F. T'KINT, *Sûretés* (2004), nr. 796; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 280 nr. 534 (doch kritisch); E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 289 nr. 437; L. SIMONT, 'Le cautionnement', in *Aspects récents du droit des contrats*, 318.
In dezelfde zin voor het Franse recht Cass. fr., 13 juni 1939, *DH* 1939, 417; Cass. fr. Comm. 28 juni 1994, *Bull.civ.* IV

beroep gedaan op de regel van art. 5.164 § 1 lid 2 en 3 BW (voorheen 1216 OBW) bij hoofdelijke medeschuldenaren, wat een meer billijke en coherente oplossing is[596]. De regeling is in ieder geval niet dwingend, zodat een afwijkende overeenkomst geldig is[597]. Andere rechtspraak wees de toepassing van art. 1216 OBW als dusdanig af, maar bij een schuld voor de aankoop van een goed werd aan de betalende schuldenaar die het goed voor minder dan zijn deel in de betaling heeft gebruikt, wel een gebruiksvergoeding toegekend[598].

Dat de borgen zich op verschillende data borg hebben gesteld, verandert niets aan hun bijdrageplicht[599].

Ingewikkelder is het wanneer de verschillende borgen niet in dezelfde mate borg staan, bv. omdat de borgtocht van de ene geplafonneerd is en van de andere niet; ieders aandeel is dan evenredig aan de omvang van zijn borgtocht[600]. Anders gezegd: elke borg dient bij te dragen in de schuld in verhouding tot het bedrag van zijn verbintenis vergeleken met de som van de verbintenissen van alle borgen[601]: Dit wordt in Boek 9.1 BW nader uitgewerkt op basis van de meer gedetailleerde regels in Art. IVG-1:106 DCFR[602]:

---

nr. 236 = *JCP, G,* I, 3, 807 = *Rep.Defrénois* 1994, art. 23.897, 1165 noot L. AYNÈS.

596 HvB Antwerpen 21 april 1997, *RW* 1997-98, 26 (voorzitterschap E. Dirix); verder ook Rb. Charleroi 7 juni 1991, *JT* 1991, 747; Rb. Charleroi 24 september 1999, *JLMB* 2000, 775; M. VAN QUICKENBORNE, *RCJB* 1983, 48 nr. 12; J. HERBOTS, C. PAUWELS & E. DEGROOTE, 'Overzicht van rechtspraak 1988-1994 Bijzondere overeenkomsten', *TPR* 1997, 1230 nr. 897; in Frankrijk J. MESTRE, 'La pluralité d'obligées accessoires', *RTDCiv* 1981, (1) 22-23.

597 56. *Stukken Kamer* nr. 0261/001, 31; voorheen zo H. DE PAGE, *Traité* VI, 916 nr. 939.

598 HvB Gent 26 september 2019, *RW* 2021-22, 721, betreffende een auto gekocht door ex-samenwoners gekocht die kort nadien uiteengingen en die uitsluitend door één van hen werd gebruikt.

599 M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 276 nr. 527; B. DU LAING, 'Het verhaalsrecht van de betalende borg en de omvang van de bijdrageplicht van de medeborgen (art. 2033 B.W.)', *AJT* 1999-2000, 863 nr. 25.
Voor het Franse recht Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière* ((4) 2009), 63 nr. 175.

600 56. *Stukken Kamer* nr. 0261/001, 31; voordien reeds Cass. 18 november 1999, verbreking, *Arr. Cass.* 1999, nr. 614 = *Pas.* I, 1521 nr. 614 = *RW* 1999-2000, 744 noot = *AJT* 1999-2000, 875 noot B. DU LAING, besproken door E. DIRIX, in *Overeenkomstenrecht*, 2000, 516 nr. 636 en door L. SIMONT, 'Le cautionnement', in *Aspects récents du droit des contrats*, 319. In dezelfde zin Cass. fr. Civ. 2 februari 1982, *JCP* 1982 II 19825 noot Ph. SIMLER "en proportion de leur engagement initial".

601 M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 281 nr. 536; E. DIRIX, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden. Actualia*, (1) 32 nr. 39; R. VAN RANSBEECK, *RW* 1999-2000, 222 nr. 12.

602 Art. IVG-1:106 DCFR (Several Security Providers: Internal Recourse):
"(1) In the cases covered by the preceding article recourse between several providers of personal security or between providers of personal security and of proprietary security is governed by III-4:107 (Recourse between solidary debtors), subject to the following paragraphs.
(2) Subject to paragraph (8), the proportionate share of each security provider for the purposes of that article is determined according to the rules in paragraphs (3) to (7)
(3) Unless the security providers have otherwise agreed, as between themselves each security provider is liable in the same proportion that the maximum risk assumed by that security provider bore to the total of the maximum risks assumed by all the security providers. The relevant time is that of the creation of the last security.
(4) For personal security, the maximum risk is determined by the agreed maximum amount of the security. In the absence of an agreed maximum amount, the value of the secured right or, if a current account has been secured, the credit limit is decisive. If a secured current account does not have a credit limit, its final balance is decisive.
(5) For proprietary security, the maximum risk is determined by the agreed maximum amount of the security. In the absence of an agreed maximum amount, the value of the assets serving as security is decisive.
(6) If the maximum amount in the case of paragraph (4) first sentence or the maximum amount or the value, respectively, in the case of paragraph (5) is higher than the amount of the secured right at the time of creation of the last security, the latter determines the maximum risk.
(7) In the case of an unlimited personal security securing an unlimited credit the maximum risk of other limited personal or proprietary security rights which exceed the final balance of the secured credit is limited to the latter.
(3) The rules in paragrpah (3) to (7) do not apply to proprietary security provided by the debtor and to security providers who, at the time when the creditor was satisfied, were not liable towards the latter".

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

Gewaarborgde schuld x maximumrisico van de borg
Som van alle maximumrisico's

- het maximumrisico wordt bepaald door het overeengekomen maximumbedrag van de zekerheid, en bij gebrek daaraan het bedrag van de gewaarborgde verbintenis[603];
- de samen te tellen maximumrisico's zijn die van alle zekerheidsstellers waarop de schuldeiser op het tijdstip waarop hij wordt voldaan aanspraak kan maken;
- het breukdeel wordt bepaald op het tijdstip waarop de laatste zekerheid is gesteld. Dit dient te worden begrepen in de zin van de DCFR bepaling waarvan ze de korte versie is: *(6) If the maximum amount in the case of paragraph (4) first sentence or the maximum amount or the value, respectively, in the case of paragraph (5) is higher than the amount of the secured right at the time of creation of the last security, the latter determines the maximum risk.*

De Toelichting geeft volgende voorbeelden:

1° Hebben A en B zich beiden borg gesteld voor 100 voor een schuld van 100 en heeft A de schuldeiser voldaan dan heeft hij een verhaalsrecht op B tot beloop van 50 ongeacht het grotere belang dat één van de borgen zou hebben bij het voldoen van de schuld.

2° Indien er meerdere borgen zijn maar wanneer deze in verschillende mate verbonden zijn dan wordt de evenredigheidsregel toegepast. Stel dat A zich borg heeft gesteld voor 50 en B voor 100 voor een schuld van 90. In dat geval wordt de bijdrageplicht niet "per hoofd" berekend (i.c. elk 45) maar in evenredigheid tot ieders gehoudenheid (A: 30 en B: 60).

3° Dit geldt ook wanneer sommigen zich hebben borg gesteld op een onbepaalde wijze met deze correctie evenwel dat het maximumrisico van andere beperkte zekerheidsstellers beperkt wordt tot het eindsaldo vande gewaarborgde schuld (artikel 9.1.26). Stel dat voor een schuld van 200 A zich borg heeft gesteld voor 60, B voor 120 en C op onbeperkte wijze. De som van het maximum van de gewaarborgde bedragen is 380. De relatieve bijdrageplicht bedraagt dan: A (60/380), B(120/380) en C (200/380). Stel nu dat de schuld uiteindelijk slechts 100 bedraagt. In dat geval wordt het dekkingsrisico voor B beperkt tot 100. Het zou immers onbillijk zijn in die hypothese om de borg voor een vaststaand bedrag een groter risico te doen lopen dan een onbeperkte borg. De relatieve bijdrageplicht is dan: A(60/260) B (100/260) en C (100/260).

Is een van de borgen een zakelijke borg, dan kan het resultaat wel nooit meer zijn dan de waarde van het onderpand, omdat die nooit voor meer instaat dan die waarde[604]. Een interpretatievraag rijst wel wanneer de waarde van het onderpand bij het stellen van de zekerheid lager ligt dan het

---

Zie verder ook E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006) nr. 437 290 voetnoot 110; E. DIRIX, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden. Actualia*, (1) 33, en M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 281 nr. 537, beiden met enkele voorbeelden van berekening.

603 Het gaat om het bedrag van de uiteindelijke hoofdschuld. In die zin behalve het DCFR ook L. SIMONT, 'Le cautionnement', in *Aspects récents du droit des contrats*, 319 en noot 85; P.A. FORIERS, in *Le droit des súretés*, (149) 180-182; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, nr. 536-538; R. VAN RANSBEECK, noot onder cass. 29 oktober 1998, *RW* 1999-2000, 220; E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 290 nr. 437 vn. 110 *in fine*; en voor Frankrijk Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, (3) 2000, 583 nr. 649. Anders J. MESTRE, zoals besproken door L. SIMONT, 320.

604 E. DIRIX, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden. Actualia*, (1) 32 nr. 38.

plafond, maar bij de uitwinning evenveel of meer waard is dan het plafond. Voor de zakelijke borg s.s. (zoals gedefinieerd in art. 9.1.1., 8° BW) bepaalt art. 9.1.26 lid 4 immers dat het maximumrisico bepaald wordt door het overeengekomen maximumbedrag van de zekerheid, en als er geen maximumbedrag bepaald is, de waarde van de tot zekerheid bezwaarde goederen. Volgens de letter van de tekst is het dus zo dat in de net gegeven casus het plafond wordt genomen, en niet de lagere waarde van het onderpand ten tijde van het stellen van de zekerheid. Voor de zakelijke borg s.l. geldt *mut.mut.* hetzelfde: de waarde van de goederen waarmee deze instaat dient te worden beschouwd als het plafond in de zin van art. 9.1.26 lid 3 BW voor zover er geen lager plafond is overeengekomen.

Indien bij net stellen van de zekerheid de waarde van een pand 500 euro is en de gewaarborgde verbintenis 500, en bij de uitwinning de waarde van het pand 600 is en de gewaarborgde verbintenis 600, dan wordt het breukdeel van deze derde-pandgever bepaald aan de hand van de waarde 500. Is bij net stellen van de zekerheid de waarde van een pand 500 is en het plafond 600 en de gewaarborgde verbintenis 600, en bij de uitwinning de waarde van het pand 600, dan wordt het breukdeel van deze derde-pandgever bepaald aan de hand van de het plafond van waarde 600.

I.II.E.1.c. Gevolgen van de kwijtschelding of insolvabiliteit van een van de zekerheidsstellers

Discussie is er over de gevolgen die een kwijtschelding van één van de medeborgen door de schuldeiser heeft op (het regresrecht in) de onderlinge verhouding tussen de borgen[605]. Dezelfde vraag rijst wanneer van meerdere borgen de ene bevrijd is in het kader van een insolventieprocedure en de andere niet.

In geval van insolvabiliteit van één van de borgen, wordt in de onderlinge verhouding diens aandeel gesplitst over de resterende borgen[606]. Het risico van de insolvabiliteit van een van de medeborgen wordt dus door alle andere borgen naar evenredigheid gedragen, zelfs door diegene die zelf kwijtschelding heeft gekregen[607] (analoge toepassing van art. 5.164 § 3 BW (voorheen 1214 lid 2 OBW) inzake hoofdelijkheid).

I.II.E.2. Rechten van de betalende medeborg jegens de hoofdschuldenaar.

De medeborg die door een borg is aangesproken krachtens een subrogatoire of regresvordering onder medeborgen, en betaald heeft, heeft op zijn beurt een door subrogatie verzekerde regresaanspraak jegens de hoofdschuldenaar, zoals nu uitdrukkelijk in art. 9.1.27 BW is bepaald. Volgens de tekst van dit artikel is de regresaanspraak van dwingend recht. Aangezien een borg slechts voor zijn aandeel kan worden aangesproken door een medeborg, is ook deze regresaanspraak beperkt. De Belgische wet bevat geen uitgewerkte regels voor de vragen die daarbij rijzen, in tegenstelling tot het Ontwerp-GRK (*DCFR*)[608]. Gezien dit een belangrijke inspiratiebron was voor de hele regeling, kan men daar echter wel op terugvallen:

---

605 Zie bv. HvB Brussel 13 oktober 1998, *Act.Dr.* 2000, 706 kritische noot St. NAPORA, 'De l'incidence de la remise de dette consentie à une des cautions': dit arrest oordeelt dat de andere borgen geen regres meer hebben op die borg.

606 M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 298 nr. 562; L. SIMONT, in *Aspects récents du droit des contrats*, (305) 318 noot 73 met verw. P.A. FORIERS, in *Le droit des sûretés*, (149) 180 nr. 72.
Voor het Franse recht Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, (4) 2009, 63 nr. 174.
Vgl. art. III-4:107 DCFR (voorheen 10:106 (3) PECL) (algemene regel inzake regres tussen hoofdelijke medeschuldenaars).

607 M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 298 nr. 562.

608

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

Art. IVG-1:107 DCFR (Several Security Providers: Recourse Against Debtor):
(1) Any security provider who has satisfied a right of recourse of another security provider is subrogated to this extent to the other security provider's rights against the debtor as acquired under article IVG-2:113 paragraphs 1 and 3, including proprietary security rights granted by the debtor. IVG-2:110 applies with appropriate adaptations.
(2) Where a security provider has recourse against the debtor by virtue of the rights acquired under article IVG-2:113 paragraphs 1 and 3 or under the preceding paragraph, including proprietary security rights granted by the debtor, every security provider is entitled to its proportionate share, as defined in IVG-1:106 paragraph 2 and III-4:107, of the benefits recovered from the debtor. IVG-2:110 applies with appropriate adaptations.
(3) Unless expressly stated to the contrary, the preceding rules do not apply to proprietary security provided by the debtor".

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

HOOFDSTUK I.III. Andere vormen van gehoudenheid voor andermans schuld

Naast de borgtocht zijn er ook nog andere gevallen waarin men voor een ander gehouden is tot een verbintenis, en dus accessoir aan de schuld van die ander (de hoofdschuld).

I.III AFDELING A. Onvolmaakte of cumulatieve schuldovername

I.III.A.1. Begrip

In sommige gevallen gaat het om een verbintenis die aanvankelijk als een eigen schuld werd aangegaan, maar na overgang van de schuld (en meestal de hele overeenkomst) naar een nieuwe schuldenaar, blijft voortbestaan als een zekerheid voor de schuldeiser. Het gaat dan om de zgn. onvolmaakte of cumulatieve schuldovername (of contractsoverdracht), waarbij de oude schuldenaar na de overdracht ofwel subsidiair aansprakelijk blijft (zoals een borg) ofwel solidaire medeschuldenaar blijft voor de schulden van de nieuwe schuldenaar uit de overgedragen overeenkomst (Fr. *reprise de dette cumulative* of *imparfaite*; Dui. *Schuldbeitritt* of *kumulative Schuldübernahme*), die men onderscheidt van de volmaakte of bevrijdende schuldovername (Fr. *reprise de dette parfaite*).

Het verschil met de eigenlijke borgtocht is dat de oorzaak van de verbintenis van de oude schuldenaar niet in de verhouding tussen de oude en de nieuwe te vinden is, maar in de oorspronkelijke rechtsverhouding.

Wanneer de oude schuldenaar insolvent is, is het voor de schuldeiser natuurlijk vooral van belang in welke mate de nieuwe schuldenaar (overnemer) van de overeenkomsten ook gehouden is tot de oude schulden, of in het voorbeeld van werknemers, tot het behoud van de rechten uit de lopende overeenkomst, met inbegrip van de anciënniteit en de opzeggingsvergoeding daarop berekend.

Op deze gevallen van pluraliteit van schuldenaars worden de regels van de onvolmaakte hoofdelijkheid (*in solidum*) toegepast, tenzij de wet of de overeenkomst bepaalt dat het om (volmaakte) hoofdelijkheid gaat (zoals in enkele van de hieronder gegeven voorbeelden).

Nochtans kan het ook om een subsidiaire aansprakelijkheid van de oude schuldenaar gaan, nl. wanneer de schuldeiser instemt met deze slechts subsidiaire in plaats van hoofdelijke gehoudenheid, of wanneer dit uit de wet volgt. Voor een schuldovername waarbij de oude schuldenaar hoofdelijk gehouden blijft, is er geen toestemming van de schuldeiser nodig (zie de bespreking van dezelfde vraag in I.III.B); die kan dus zuiver "intern" gebeuren (tussen oude en nieuwe schuldenaar[609]).

Wanneer meerdere personen hoofdelijk een huurovereenkomst sluiten als huurder en één ervan de huur opzegt, blijft deze als huurder gehouden tot het einde van de opzeggingstermijn en als hoofdelijke medeschuldenaar na het einde ervan en zolang de huurovereenkomst met de andere huurder loopt[610].

---

609 Wanneer de schuldovername zuiver intern genoemd wordt, bedoelt men daarmee dat de nieuwe schuldenaar zich niét verbindt jegens de schuldeiser, maar enkel jegens de oude schuldenaar. Hij kan zich echter ook jegens de schuldeiser verbinden zonder dat deze daarin moet toestemmen.

610 Vred. Westerlo 16 november 2016, *RW* 2016-17, 1594.

NB. Bij volmaakte of privatieve schuldovername (of contractsoverdracht) (inbegrepen de volmaakte substitutie van lastgeving) verdwijnt de oude schuldenaar uit de rechtsverhouding (Fr. *reprise de dette parfaite*; Dui. *(privative) Schuldübernahme*). In die zin vormt het dan ook geen persoonlijke zekerheid. Ook wanneer de schuldeiser een nieuwe overeenkomst sluit met de overnemer die een schuldvernieuwing (novatie) inhoudt, is de oude schuldenaar bevrijd[611]. In al deze gevallen wordt de novatie en dus de bevrijding van de oude schuldenaar niet vermoed (regel van art. 5.245 lid 3 BW, voorheen 1273 OBW). Voor die instemming gelden dezelfde uitlegregels als voor een afstand: uitdrukkelijk dan wel een gedraging die voor geen andere uitleg vatbaar is[612].

Nochtans zijn er ook gevallen waar een borgtocht vermomd wordt in een schuldovername of een krediet aan de borg: een bank geconfronteerd met een vennootschap-kredietnemer in slechte papieren zet de aandeelhouders of bestuurders onder druk om persoonlijk een krediet aan te gaan bij de bank dat ze evenwel nooit uitbetaald krijgen en gebruikt wordt om de schuld van de vennootschap te delgen.

I.III.A.2. Voorbeelden

De belangrijkste voorbeelden zijn de volgende:

- Sommige gevallen van huuroverdracht, nl. wanneer bedongen wordt dat de oude schuldenaar subsidiair gehouden blijft (qua chronologie lijkt dit op de in afdeling B. nog te bespreken een delegatieovereenkomst, maar de verbintenis van de nieuwe schuldenaar verschilt van die van de gedelegeerde doordat ze haar oorzaak vindt in zijn verhouding tot de schuldeiser en niet in de verhouding met de oude schuldenaar). In sommige gevallen is dit wettelijk bepaald (onder meer art. 11 lid 3 Handelshuurwet; art. 34 lid 2 Pachtwet; dit compenseert de mogelijkheid van overdracht zonder het akkoord van de verhuurder; in beide gevallen gaat het om een volmaakte hoofdelijkheid); de gehoudenheid van de oude huurder blijft dan beperkt tot de verbintenissen uit de aanvankelijke huurovereenkomst (en niet uit latere verlengingen ervan)[613] zij het met inbegrip van de huurschade.

- *Idem* substitutie van lastgeving, in die gevallen waarin de oude lasthebber mee gehouden blijft.

- art. 8 CAO nr. 32*bis*[614]: vervreemder en verkrijger van een onderneming zijn *in solidum* gehouden tot betaling van de voor de (contractuele) overname bestaande schulden jegens de overgenomen werknemers (met een uitzondering onder bepaalde voorwaarden bij gerechtelijke

611 Zie bv. Cass. 5 december 2002, *RW* 2004-2005, 1382.

612 Cass. 26 september 2003, *Qualivie*, C.02.0292.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2003:ARR.20030926.3 = *Arr.* 1760 = *Pas.* 1487: uit het feit dat de schuldeiser de facturen richt aan de nieuwe schuldenaar volgt nog niet dat hij heeft ingestemd met de bevrijding van de oude schuldenaar; Cass. 6 mei 2010, *Brouwerij Haacht*, C.09.0423.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100506.7, verbreking HvB Antwerpen 16 februari 2009.
In HvB Antwerpen 1 februari 2010, *Brouwerij Haacht / J De Leng*, *NjW* 2012, 760 noot C. LEBON, werd de bevrijding/novatie na een overdracht van de handelszaak door de oude aan de nieuwe uitbater afgeleid uit een hele reeks omstandigheden, waaronder ook dat drankenleverancier gedurende 5 jaar enkel met de overnemer handelde.

613 Cass. 28 januari 2005, C.04.0039.N, *H.G. e.a. / Imbepo, Cotradis e.a.,* juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2005:ARR.20050128.12 = *RW* 2007-2008, 271: zelfs wanneer de overnemer de huurovereenkomst onregelmatig heeft beëindigd.

614 CAO nr. 32 bis van 7 juni 1985, algemeen verbindend verklaard bij KB van 25 juli 1985, sindsidien meermaals gewijzigd. Deze CAO strekt tot omzetting van de desbetreffende EG-Richtlijn (vroeger nr. 1977/187, nu nr. 2001/23). Het toepassingsgebied van deze regeling is verduidelijkt in een hele reeks arresten van het HvJ.

regorganisatie, art. 8*bis* van de CAO en art. XX.86 WER: de regel geldt niet bij verkrijging uit faillissement); voor schulden ontstaan na de overname is enkel de overnemer gehouden[615].

- art. 12:100 § 1 WVV (voorheen 767 § 1 Wb. Venn): "*De vennootschap die de inbreng doet, blijft hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden die op de dag van de inbreng zeker en opeisbaar zijn en die worden overgedragen aan een verkrijgende vennootschap en voor de schulden waarvoor een vordering in rechte of via arbitrage werd ingesteld vóór de akte houdende vaststelling van de inbreng. Deze aansprakelijkheid is beperkt tot het netto actief dat de inbrengende vennootschap behoudt buiten het ingebrachte vermogen*"), doch met een uitzondering voor verzekeringsondernemingen (art. 17-18 Wb. Verzekeringen).

- art. 5:66 en 7:77 WVV (voorheen 507 Wb.Venn.): de (beperkte) gehoudenheid van de overdrager van aandelen in een BV of NV voor de resterende schuld tot volstorting van het kapitaal[616].

- Bij de overname van aandelen in een VOF, vindt er strikt genomen geen overdracht plaats van de contracten die de VOF heeft gesloten, en waarvoor die vennoot hoofdelijk aansprakelijk is. Contractspartij van bv. de verhuurder blijft de VOF zelf. De oude vennoot blijft hoofdelijk aansprakelijk, althans voor de schulden aangegaan voor die overname of de publicatie ervan (dit is althans de interpretatie die werd gegeven aan art. 209 Wb.Venn., nu identiek in art. 4:4 WVV; zie de bespreking verder bij hoofdelijkheid). Voor verbintenissen uit voordien aangegane duurovereenkomsten blijven ze dus aansprakelijk, ook al gaat het om latere huurtermijnen alsook schadevergoedingen bij beëindiging van een huurovereenkomst[617].

I.III.A.3. Gevolg

De gehoudenheid als "borg" van de oude schuldenaar ontstaat hier niet door een borgstelling, maar is een restant van een bestaande gehoudenheid. Vereisten die specifiek zijn voor de totstandkoming van een borgtocht gelden hier dan ook niet (bv. het verbod van borgstelling door handelingsonbekwamen; het gaat hier om een transactie die op zijn merites zal moeten worden beoordeeld, en vernietigd kan worden a) indien er geen rechterlijke machtiging is gegeven hoewel ze vereist was en b) ook indien de voogd/bewindvoerder geen machtiging nodig had, indien ze door de onbekwame zelf is verricht en deze benadeelt).

Aangezien de oude schuldenaar na de overname van de overeenkomst door de nieuwe contractspartij niet langer gehouden is tot een louter eigen schuld, maar voor andermans schuld, zullen de gevolgen vanaf dan deze van borgtocht zijn. Zijn verbintenis wordt accessoir aan die van de nieuwe schuldenaar; na betaling beschikt hij in beginsel over een regresrecht tegen de nieuwe schuldenaar, versterkt door subrogatie (vgl. nader bij borgtocht).

De regel inzake bevrijding van de door een consument gestelde persoonlijke zekerheid gelden niet, omdat de schuld niet als persoonlijke zekerheid is aangegaan. Dat de gehoudenheid de keerzijde is van de mogelijkheid van overdracht zonder het akkoord van de verhuurder rechtvaardigt zoals gezegd dat er geen bevrijdingsmogelijkheid krachtens art. XX.174 WER is voor de oorspronkelijke hoofdschuldenaar van een overeenkomst onder bezwarende titel[618].

---

615 Cass. 8 december 2014, S.11.0086.N, niet in juportal, *RW* 2015-16, 115.

616 Voor meer gedetailleerde vragen en antwoordne, zie bv. Orb. Gent (Brugge) 25 april 2023, *TIBR* 2/2025, RS 20.

617 Cass. 18 juni 2020, C.18.0333.N, *Brouwerij Haacht NV / JDS*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200618.1N.28 = *RW* 2020-21, 946.

618 GwH 27 mei 2010, www.const-court.be/public/n/2010/2010-058n.pdf.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.III AFDELING B. Accessoire of afhankelijke delegatie

I.III.B.1. De *delegatio solvendi* in het algemeen

I.III.B.1.a. Begrip en kenmerken; mogelijk voorwerp

De *delegatio solvendi* (Fr. *délégation* Dui. *Anweisung*) is een driepartijenverhouding. De delegant geeft aan de gedelegeerde (meestal zijn schuldenaar; zie c.) de opdracht om zich jegens een delegataris (een persoon die een prestatie verwacht van de delegant) te verbinden tot een prestatie, en de gedelegeerde aanvaardt dit, d.i. verbindt zich effectief jegens de delegataris en dit geabstraheerd van de interne verhouding tussen gedelegeerde en delegant[619].

Er zijn dus drie partijen: de delegant (of delegans, d.i. de opdrachtgever, Fr. *donneur d'ordre*, Dui. *Anweisende(r)*, ook assignant), gedelegeerde (Fr. *délégué*, Dui. *Angewiesene(r)*) en de delegataris (Fr. *délégataire*, Dui. *Anweisungsempfänger*, ook assignataris). De Latijnse term is *delegatio solvendi* (aanwijzing tot betaling), Fr. *délégation*, Dui. *Anweisung*. De naam berust daarop dat de hoofdbedoeling is om een schuld van de delegant te laten betalen door de gedelegeerde.

In de strikte zin is de delegatie de opdracht zelf (door de delegant aan de gedelegeerde), en is de aanvaarding van de delegatie het aangaan van de verbintenis door de gedelegeerde (deze eenzijdige belofte van de gedelegeerde hoeft niet aanvaard te worden door de delegataris om bindend te zijn, wel om alle effecten van een delegatie te hebben, zie hieronder b.).

De gedelegeerde is een bijkomende schuldenaar, de oorspronkelijke schuldenaar (delegant) wordt veelal een subsidiaire schuldenaar (waar bv. bij borgtocht de bijkomende schuldenaar – de borg - juist de subsidiaire schuldenaar is). Dat de delegant een subsidiaire schuldenaar wordt betekent dat de schuldeiser/delegataris éérst de gedelegeerde moet aanspreken. Voor het overige past men in beginsel de regels van de onvolmaakte hoofdelijkheid (*in solidum* aansprakelijkheid) toe naar analogie.

Men kan zeggen dat delegatie een zekerheids- én een betalingsfunctie heeft, soms vooral de ene, soms vooral de andere. Wanneer de nieuwe verbintenis subsidiair is, primeert de zekerheidsfunctie; is daarentegen de oorspronkelijke verbintenis subsidiair, dan primeert de betalingsfunctie van de delegatie (voor concrete toepassingen, zie in I.VI de bespreking van de onafhankelijke delegatie).

In veruit de meeste gevallen betreft de verbintenis van de gedelegeerde de betaling van een geldsom, maar in ons recht is er geen bijzondere beperking wat het mogelijk voorwerp van de verbintenis betreft[620].

---

619 Vgl. J. RONSE, *De delegatieovereenkomst*, 19, nr. 1; H. DE PAGE, *Traité*, III, 601, nr. 606; E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006) 390, nr. 563; W. VAN GERVEN - S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht* (2006), 583; R. JANSEN, 'Delegatie', in *Commentaar Bijzondere overeenkomsten*, Kluwer. 2009.
In dezelfde zin voor het Franse recht PLANIOL & RIPERT, *Traité*, VII, 676, nr. 1271; *Jur.-Cl.*, art. 1271 à 1281, fasc. 40, nr. 1; M. BILLIAU, *La délégation*, 1-4, nr. 1; J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, *Les effets du contrat* (Paris: L.G.D.J. 1994), 439, nr. 384; MAZEAUD, *Les obligations*, 1258, nr. 1233.
Wettelijke regelingen vinden we onder meer in het Duitse BGB § 783 v., het Zwitserse OR art. 466 v. en de Italiaanse CC art. 1268 v.

620 Waar BGB § 783 de regeling beperkt tot geld, waardepapieren en andere vervangbare zaken.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.III.B.1.b. Totstandkoming; functies van de toestemming van elk der partijen

De delegatie is niet noodzakelijk een driepartijenovereenkomst, maar om alle gevolgen te hebben moet er wel van elk van de drie partijen instemming zijn. In die zin kan men zeggen dat de toestemming van elk van de partijen telkens een andere functie heeft.

I.III.B.1.b.1° Functie van de toestemming van de gedelegeerde

De gedelegeerde wordt maar schuldenaar van de delegataris doordat hij de delegatie aanvaardt. Dat wil niet zeggen dat bij gebreke aan aanvaarding er helemaal geen rechten zijn van de delegataris jegens de gedelegeerde (zie met name hieronder, en verder in *Zekerheden- en Insolventierecht* V.V. de bespreking van het voorrecht van de houder van een cheque of wisselbrief op het fonds); ook kan het zijn dat de gedelegeerde krachtens een eerdere rechtsverhouding verplicht is de delegatie te aanvaarden, maar dat volgt nog niet uit het loutere feit dat hij schuldenaar is van de delegant[621]. De toestemming van de gedelegeerde is in beginsel overigens niet vereist om hem te verplichten aan de delegataris te betalen.

Immers, aangezien een schuldeiser in beginsel zonder akkoord van de schuldenaar zijn schuldvordering kan overdragen of in pand geven (zie de bespreking van de cessie in *Zekerheden- en Insolventierecht* VI) en door kennisgeving daarvan de schuldenaar kan verplichten enkel nog aan de cessionaris *c.q.* pandhouder te betalen, voor zover dit geen verzwaring van de verbintenis inhoudt (kosten), moet het ook mogelijk zijn om onder hetzelfde voorbehoud de schuldenaar te verplichten te betalen aan een lasthebber (inningsvolmacht) of aan een delegataris. Dit laatste leidt men soms af uit art. 5.248 lid 2 BW, voorheen 1277 lid 2 OBW, dat bepaalt dat de aanwijzing door de schuldeiser van een persoon die voor hem moet ontvangen, geen schuldvernieuwing meebrengt.

I.III.B.1.b.2° Functie van de toestemming van de delegataris

De delegataris is maar verplicht zich eerst te wenden tot de gedelegeerde in plaats van tot de delegant mits hij met de delegatie ingestemd heeft; door die instemming wordt zijn schuldvordering op de delegant wel onbeschikbaar. Bij een delegatie met alleen een zekerheidsfunctie (en geen betalingsfunctie) is het niet de bedoeling dat de oorspronkelijke schuld subsidiair wordt en er wordt dan ook niet gevraagd aan de delegataris om daarmee in te stemmen. De toestemming van de delegataris (in het subsidiair karakter van de oorspronkelijke schuld) houdt ook nog geen instemming in met de bevrijding van de delegant; delegatie is maar bevrijdend voor de delegant (oorspronkelijke schuldenaar) wanneer de schuldeiser met die bevrijding heeft ingestemd; voor die instemming gelden dezelfde uitlegregels als voor een afstand (uitdrukkelijk dan wel een gedraging die voor geen andere uitleg vatbaar is[622]; zie de bespreking van dezelfde vraag in I.III.A hierboven).

I.III.B.1.b.3° Functie van de toestemming van de delegant

621 Uitdrukkelijk zo BGB § 787 II. BGB § 789 bepaalt wel dat hij bij weigering moet verwittigen.

622 Cass. 26 september 2003, *Qualivie*, C.02.0292.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2003:ARR.20030926.3 = *Arr.* 1760 = *Pas.* 1487: uit het feit dat de schuldeiser de facturen richt aan de nieuwe schuldenaar volgt nog niet dat hij heeft ingestemd met de bevrijding van de oude schuldenaar; Cass. 6 mei 2010, *Brouwerij Haacht*, C.09.0423.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100506.7, verbreking HvB Antwerpen 16 februari 2009.
In HvB Antwerpen 1 februari 2010, *Brouwerij Haacht / J De Leng*, *NjW* 2012, 760 noot C. LEBON, werd de bevrijding/novatie na een overdracht van de handelszaak door de oude aan de nieuwe uitbater afgeleid uit een hele reeks omstandigheden, waaronder ook dat drankenleverancier gedurende 5 jaar enkel met de overnemer handelde.

De delegant is maar schuldenaar van een regresvordering van de gedelegeerde *c.q.* verliest zijn schuldvordering op de gedelegeerde maar door diens uitvoering van de gedelegeerde verbintenis, indien hij aan de gedelegeerde ook opdracht heeft gegeven (om zich te verbinden) (een ander gevolg van die opdracht is ook dat de schuldvordering van de delegant op de gedelegeerde onbeschikbaar wordt; dit wordt verder besproken in *Zekerheden- en Insolventierecht* V.VIII). Of een subrogatie door de betaler ook mogelijk is zonder opdracht vanwege een delegant wordt bepaald door de regels inzake wettelijke subrogatie.

I.III.B.1.b.4° Functie van de kennisgeving aan de delegataris

De delegatie kan door de delegant herroepen worden zolang de aanvaarding door de gedelegeerde niet ter kennis is gebracht van de delegataris[623].

I.III.B.1.b.5° Besluit

De instemming kan dus gegeven worden in een driepartijenovereenkomst, maar is vaak verspreid over meerdere handelingen. Zo kan er bv. 1° een overeenkomst delegant-gedelegeerde zijn waaruit de delegant het recht haalt een opdracht te geven aan de gedelegeerde, vervolgens 2° een overeenkomst tussen delegant en delegataris over de wijze van betaling en vervolgens 3° de eigenlijke delegatie (opdracht), die 4° aanvaard wordt door de gedelegeerde.

I.III.B.1.c. Types dekkingsverhouding en gevolgen in de dekkingsverhouding (tussen delegant en gedelegeerde)

I.III.B.1.c.1° Voor de betaling

Deze rechtsgevolgen worden verderop besproken in *Zekerheden- en Insolventierecht* V.VIII.C. Door de delegatie maakt de delegant namelijk zijn schuldvordering op de gedelegeerde onbeschikbaar, tenzij in het geval waarin de gedelegeerde niet betaalt en de delegant daarom zelf moet betalen; dan kan hij zijn oorspronkelijke schuldvordering op de gedelegeerde terug uitoefenen.

I.III.B.1.c.2° Na de betaling

De gevolgen in deze verhouding hangen mede af van de "oorzaak" van de delegatie, d.i. het type dekkingsverhouding. De dekkingsverhouding kan van uiteenlopende aard zijn, naargelang de functie van de delegatie:

1° Meestal is er een bestaande verbintenis van de gedelegeerde jegens de delegant, waarbij de eerste de delegatie aanvaardt *solvendi causa*, "om te betalen" ; de gedelegeerde is dus een bestaande schuldenaar van de delegant (geen kredietverlener). Dan is de betalingsfunctie dominant en de zekerheidsfunctie zwak; zo kan het zijn dat men een betaling vereenvoudigt door één rechtstreekse betaling in de plaats te laten komen van 2 betalingen (dat geval heet in het Duits "*Anweisung aug Schuld*").

2° Het kan er ook om gaan dat de gedelegeerde door de operatie juist een schuldvordering verkrijgt op de delegant (*credendi causa*), met name een regres of verhaalsrecht (naast de mogelijkheid tot subrogatie in een schuldvordering op de delegant); dan is er betalings- én

623 Vgl. BGB § 790.

zekerheidsfunctie voor de delegataris en kredietfunctie voor de delegant (de gedelegeerde is tevens kredietverlener), soms alleen zekerheidsfunctie (geen betalingsfunctie) met name bij sommige onafhankelijke garanties.

3° Het kan ook om allebei gaan: de delegatie ingevolge een kredietopening, waarbij de delegatie een vorm is van "krediet opnemen".

4° Tenslotte kan het ook zijn dat de gedelegeerde *donandi causa* handelt (onrechtstreekse schenking aan de delegant, vrijgevigheidsfunctie).

De gedelegeerde draagt natuurlijk het risico wanneer er iets misloopt in de dekkingsverhouding:

- bij een delegatie *credendi causa* is dit duidelijk: de gedelegeerde moet immers zijn geld terugkrijgen van de delegant;

- ook bij een delegatie *solvendi causa* kan er wat mislopen. Zo bv. wanneer die delegatie in de verdachte periode gebeurt: dan zal ze volgens art. XX.111, 2° WER niet tegenwerpelijk zijn tenzij ze in geld of handelspapier gebeurt. De reden daarvoor is dat de delegatie *solvendi causa* een bestaande schuldvordering van de delegant op de gedelegeerde onbeschikbaar maakt, ook voor zijn andere schuldeisers, en de gedelegeerde dus impliciet altijd een soort voorrang op die schuldvordering verschaft; vanuit dat oogpunt moet dan ook nagegaan worden of een dergelijke delegatie tegenwerpelijk is aan zijn andere schuldeisers of niet;

- bij een delegatie *donandi causa,* is het er van bij het begin de bedoeling dat de gedelegeerde zijn geld niet terugkrijgt.

I.III.B.1.d. Accessoire delegatie tegenover onafhankelijke delegatie.

De verbintenis van de gedelegeerde is altijd geabstraheerd van de dekkingsverhouding (de "oorzaak" van de delegatieovereenkomst)[624].

Tegenover de valutaverhouding (het "voorwerp" van de delegatie) kan zij onafhankelijk zijn of accessoir. De verschillende gevolgen worden apart besproken voor beide vormen (hier de accessoire delegatie, in hoofdstuk I.VI de onafhankelijke).

Of we met de ene dan wel de andere vorm te doen hebben, is een kwestie van uitlegging van de rechtshandeling van de gedelegeerde (waartoe heeft hij zich verbonden?[625]). Naar Belgisch recht wordt de verbintenis van de gedelegeerde vermoed onafhankelijk te zijn (zo art. 5.249 § 2 BW)[626],

---

624 Kh. Charleroi 2 november 1991, *JLMB* 1992, 1112; H. DE PAGE, *Traité*, III, 611, nr. 612, 5°; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, 151, nr. 204; J. RONSE, *De delegatieovereenkomst*, 50, nr. 69; W. VAN GERVEN - S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 583; E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006) 390, nr. 563.
in het Franse recht M. BILLIAU, *La délégation*, 288-309, nrs. 301-327; *Jur.-Cl.*, art. 1271 à 1281, fasc. 40, nr. 30; MAZEAUD, *Les obligations*, 1266, nr. 1250; PLANIOL & RIPERT, *Traité* VII, 678, nr. 1274. Volgens het Duitse BGB § 784 en het Zwitserse OR art. 466 dat de gedelegeerde alleen de excepties kan inroepen die uit de inhoud van de akte blijken.

625 Zie J.F. ROMAIN, 'Principes d'interprétation et de qualification des garanties indépendantes', *TBBR* 1989, 429 v.; F. GLANSDORFF, 'Le degré d'abstraction de la délégation imparfaite', *Mélanges offerts à Robert Pirson* (Brussel: Bruylant 1989), 119 v.

626 In het Duitse BGB bepaalt § 784 dat de gedelegeerde alleen de excepties kan inroepen die uit de inhoud van de akte blijken. Volgens het nieuwe (2016) art. 1336 van de Franse CC is de delegatie eveneens in beginsel onafhankelijk.

behalve ten aanzien van twee excepties, nl. dat de schuld van de gedelegeerde jegens de delegataris niet bestaat , dan wel nietig is wegens schending van regels van openbare orde.

I.III.B.1.e. Gevolgen voor de valutaverhouding (tussen delegant en delegataris)

De delegataris moet zich - ingevolge zijn aanvaarding van de delegatie - eerst tot de gedelegeerde wenden en kan slechts subsidiair de delegant aanspreken[627]. Dit wordt ook soms uitgedrukt door te zeggen dat de schuldvordering van de delegataris op de delegant onbeschikbaar wordt. Volgens anderen is de schuldvordering niet echt onbeschikbaar, maar handelt de delegataris in strijd met de goede trouw door eerst betaling te eisen van de delegant[628].

De delegataris verliest zijn schuldvordering op de delegant wel eerst door de uitvoering van de verbintenis van de gedelegeerde, en niet reeds doordat hij de delegatie heeft aanvaard[629]; dat laatste maakt enkel dat hij de delegant enkel nog subsidiair kan aanspreken.

I.III.B.1.f. Situering tussen andere rechtsfiguren

I.III.B.1.f.1° Bevrijdende delegatie

Het kan natuurlijk ook zijn dat de naar aanleiding van de delegatie de schuldeiser/delegataris de oorspronkelijke schuldenaar/delegant ontslaat van zijn verbintenis ("bevrijdende delegatie", verwarrend ook wel "volmaakte delegatie" genoemd); dan is er een volledige schuldvernieuwing (de gewone delegatie gaat niet zo ver als de volledige novatie, waarbij de oude schuldenaar ontslagen wordt, of de volmaakte schuldoverdracht, waarbij de oude schuldenaar eveneens ontslagen is). Een voorbeeld is de overschrijving van een geldsom (giro), verder besproken in I.VI. De eisen die aan de toestemming van de delegataris worden gesteld, werden hoger reeds besproken (I.III.B.1.b.)

I.III.B.1.f.2° Rechtsfiguren waar de gedelegeerde geen eigen verbintenis aangaat

Wanneer de persoon aan wie de delegant opdracht geeft (gedelegeerde) zich niet verbindt, of althans niet onafhankelijk van de dekkingsverhouding verbindt (bv. zich slechts verbindt tot beloop van de aanwezige dekking (provisie, fonds), dan is er geen persoonlijke zekerheid, maar:
- enkel een zakelijke zekerheid van de delegataris op de schuldvordering van delegant op gedelegeerde (zie verder *Zekerheden- en Insolventierecht* V.V.);
- *c.q.* als die er niet is, een mogelijkheid tot overdracht of inpandgeving van die schuldvordering door de delegant aan de delegataris; en
- een betaalfunctie voor zover de gedelegeerde betaalt.

In al deze gevallen is er geen abstractie t.a.v. de dekkingsverhouding.

---

627 Vgl. voor het Franse recht Cour d'appel Paris 25 mei 1984, besproken door J. MESTRE, 'Chronique', *RTDCiv.* 1986, 755; C. BEUDANT, *Cours*, IX, 105, nr. 1024; MARTY & RAYNAUD, *Les obligations*, ed. 1962, 849, nr. 845; voor het Zwitserse recht art. 467 II OR en voor het italiaanse recht art. 1268 II CC.
Anders voor de delegatie in het algemeen (behalve documentair krediet, wisselbrief, enz.): Cass. fr. 7 april 1987, *Bull. Civ.* 1987, IV, nr. 93; HvB Paris 5 oktober 1988, *D.* 1988, *inf. rap.* 276; H. DE PAGE, *Traité*, III, 609, nr. 612; MAZEAUD, *Leçons*, II, *Les obligations*, 1266, nr. 1250; PLANIOL & RIPERT, *Traité*, VII, 682, nr. 1278; F. TERRÉ, PH. SIMLER & Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1335, nr. 1448.

628 Bv. J. RONSE, *De delegatieovereenkomst*, 66, nr. 110; J. RONSE, *Wisselbrief en orderbriefje*, 683, nr. 2239.

629 Uitdrukkelijk zo BGB § 788.

Voorbeelden: de niet geaccepteerde wisselbrief, de niet gewaarborgde cheque, enz.

Vgl. ook de volgende rechtsfiguren besproken in *Zekerheden- en Insolventierecht* V:
- niet-abstracte rechtstreekse vorderingen.
- de "sommendelegatie" (loondelegatie, ontvangstmachtiging), waarbij een gedelegeerde de opdracht krijgt vanwege de rechter of krachtens de wet, om de schuld die hij jegens de "delegant" heeft, aan een schuldeiser van de delegant te betalen (zie de bespreking in Deel V).
Ook hier gaat het veeleer om een overdracht of inpandgeving aan de delegataris van de schuldvordering die de "delegant" heeft op de gedelegeerde.
- ook de eigenlijke delegatie komt in *Zekerheden- en Insolventierecht* V.V. en V.VIII aan bod vanuit het oogpunt van de gevolgen voor de twee onderliggende vorderingen (in het bijzonder de onbeschikbaarheid van de schuldvordering uit de dekkingsverhouding (het "fonds") voor de andere schuldeisers van de delegant, en in een aantal wettelijk geregelde gevallen ook een voorrecht van de delegataris op dat fonds).

I.III.B.1.f.3° Derdenbedingen

De delegatie mag niet verward worden met het derdenbeding, al wordt de verwarring wel eens in de hand gewerkt door de delegataris begunstigde te noemen (bv. bij onafhankelijke garanties, documentaire kredieten, overschrijving van geld e.d). Bij een derdenbeding kan de belover zich immers jegens de begunstigde op alle verweermiddelen beroepen uit de dekkingsverhouding (de interne verhouding tussen bedinger en belover), en heeft hij omgekeerd in beginsel geen zaken met de verhouding tussen de bedinger en de begunstigde.

I.III.B.2. De accessoire delegatie

I.III.B.2.a. Totstandkoming en kenmerken; aansprakelijkheid gedelegeerde

De accessoire delegatie is de delegatie waarbij de verbintenis van de gedelegeerde niet onafhankelijk is van de valutaverhouding (het zgn. "voorwerp" van de delegatie). De gedelegeerde verbindt zich met de delegant tot dezelfde schuld. De verbintenis is wel abstract van de dekkingsverhouding[630].

Zoals hoger (I.III.B.1.d.) gezegd is het een vraag van interpretatie of de delegatie onafhankelijk is van de valutaverhouding of niet.

Het gevolg is vergelijkbaar met de solidaire borgtocht, behalve dan dat de schuldeiser/delegataris zich meestal eerst tot de gedelegeerde moet wenden, en de verbintenis van de delegant een subsidiaire verbintenis wordt (zie daarvoor I.II.C.3.). Meestal spreekt men van een aansprakelijkheid *in solidum*[631], maar deze uitdrukking lijkt me gezien de subsidiaire aard van de verbintenis van de delegant niet geheel correct.

De gebruiken inzake accessoire garanties in de internationale handel zijn gecodificeerd in de *Uniform Rules for Contract Bonds*[632]. Vaak gaat het om garanties door een verzekeraar.

630 Zie de verwijzingen hoger.

631 Bv. HvB Brussel 10 mei 1989, *Pas.* 1990 II 7, noot J.S., W. VAN GERVEN & S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 583.

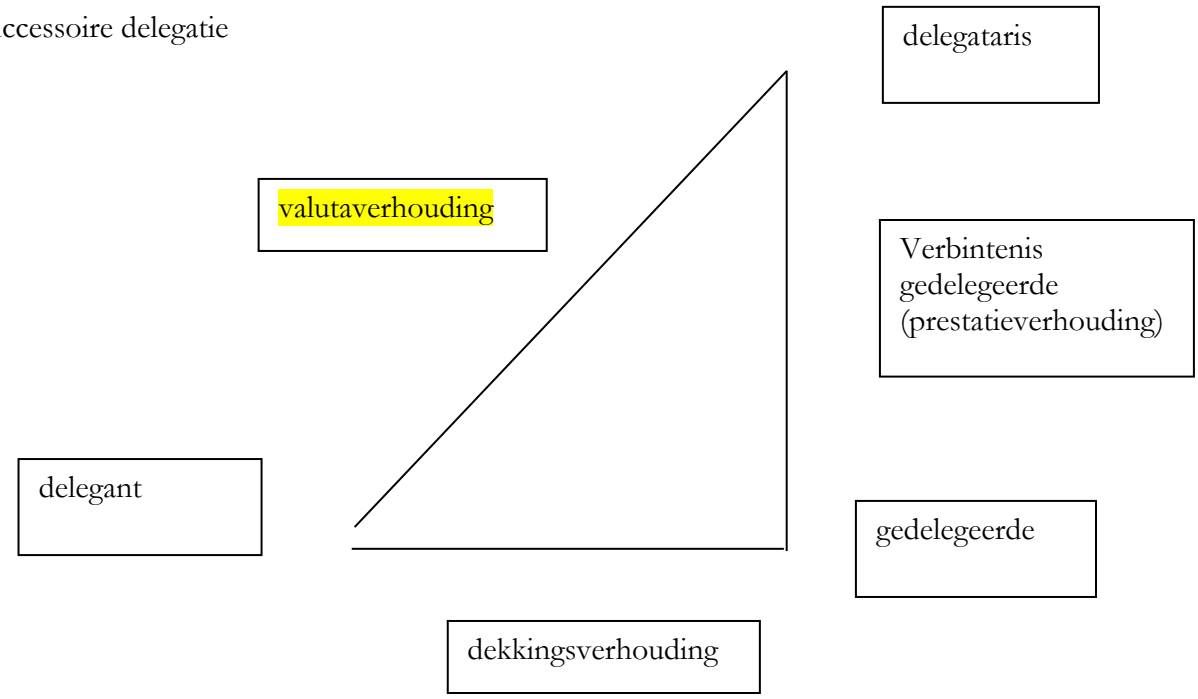
632 Zoals in 1993 gecodificeerd door de IKK, te vinden op

I.III.B.2.b. Rechten van de gedelegeerde na betaling.

I.III.B.2.b.1° Betaling verschuldigd door de delegant jegens de delegataris

Voor zover de oorspronkelijke schuld bestond, heeft de gedelegeerde die betaald heeft, bij delegatie *credendi causa* in beginsel de volgende rechten:
- hij heeft een eigen regresrecht jegens de delegant, gebaseerd op de interne (contractuele) verhouding tussen gedelegeerde en delegant (de dekkingsverhouding).
- tot zekerheid daarvan is hij gesubrogeerd in de rechten van de delegataris jegens de delegant;

Er is geen regres noch subrogatie indien de gedelegeerde de verbintenis *donandi causa* is aangegaan.



Indien ze *solvendi causa* gebeurde in hoofde van de gedelegeerde, is er geen regres in zoverre de gedelegeerde draagplichtig is (op die wijze zijn schuld jegens de delegant betaalde). De gedelegeerde is tot beloop van zijn betaling bevrijd van zijn schuld jegens de delegant.

I.III.B.2.b.2° Betaling niet verschuldigd door de delegant

Was er daarentegen geen schuld van de delegant jegens de schuldeiser (delegataris), en heeft de gedelegeerde toch betaald, dan is deze betaling onverschuldigd. De gedelegeerde kan terugvorderen van de delegataris. Het kan zijn dat, op basis van de interne verhouding, de gedelegeerde ook een regresrecht heeft op de delegant, die hem immers opdracht heeft gegeven een onbestaande schuld te betalen (of niet verwittigd heeft van het tenietgaan van de schuld).

---

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts_endorsed/URCB_e.pdf.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.III AFDELING C. Andere gevallen

I.III.C.1. Andere gevallen waarin men zich verbindt voor een ander wegens een oorzaak in de externe verhouding.

Nog een ander geval is bv. de werkgever die er zich toe verbindt om zijn werknemer die slachtoffer wordt van een ongeval meer te betalen dan het bij wet gewaarborgd loon, en dit doet "als voorschot" op de door de aansprakelijke verschuldigde vergoeding. In dit geval is er geen vooraf bestaande "dekkingsverhouding" tussen de werkgever en de aansprakelijke voor het ongeval. Aangezien er in die gevallen geen dekkingsverhouding is, heeft de werkgever ook geen regresrecht tegenover de aansprakelijke, maar kan hij enkel genieten van de conventionele subrogatie door de schuldeiser (art. 5.218 BW). De reden waarom de werkgever zich hierbij slechts als voorschot voor een ander verbindt, en geen eigen schuld aangaat, is precies om gesubrogeerd te worden in de schuldvordering van het slachtoffer op de aansprakelijke derde[633].

NB. Verbindt de werkgever zich daarentegen niet bij wijze van voorschot, maar door middel van een eigen schuld, dan is er noch gemeenrechtelijke subrogatie noch regres. Het kan wel zijn dat de wet ook in die gevallen subrogatie toekent, die dan om het verschil te maken door de rechtsleer quasi-subrogatie wordt genoemd (de gesubrogeerde betaalt hier immers een eigen schuld, niet andermans schuld). Zo bv. bij vergoedingen uitgekeerd door verzekeraars, en bepaalde vergoedingen door werkgevers uit de private of openbare sector.

I.III.C.2. Andere gevallen waar men krachtens de wet instaat voor andermans schuld

In het nieuwe erfrecht is een bijzonder geval ingevoerd van beperkte aansprakelijkheid voor andermans schuld: indien een begiftigde bij het overlijden van de schenker, wegens aantasting van de reserve de waarde van de gift moet teruggeven krachtens de inkorting, is de inkorting geen zakelijke aanspraak meer, maar een obligatoire; indien de begiftigde insolvabel is en de goederen reeds verder heeft geschonken, dan geldt dat de verdere begiftigden tot beloop van de waarde van de gift mede gehouden zijn, weliswaar onder voorrecht van uitwinning (art. 4.156 § 2 BW, voorheen 924 III OBW).

633 Zie bv. Cass. 10 maart 1969, *RW* 1970-71, 561

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

HOOFDSTUK I.IV. Niet-accessoire verbondenheid met of voor een ander (passieve hoofdelijkheid)

I.IV AFDELING A. Algemeen

De algemene kenmerken en diverse vormen van passieve hoofdelijkheid (volmaakte hoofdelijkheid, onvolmaakte hoofdelijkheid of in solidum, contractuele ondeelbaarheid) werden reeds aangegeven in I.I.B. Telkens zijn meerdere personen krachtens de overeenkomst, wet of gewoonte mét elkaar gehouden tot dezelfde prestatie of tot (gedeeltelijk) overlappende prestaties, en is de schuld in beginsel voor géén van hen een loutere eigen schuld, maar wel ten dele een eigen schuld en ten dele andermans schuld (met dien verstande dat de regels van de onvolmaakte hoofdelijkheid of *in solidum* aansprakelijkheid ook worden toegepast op vormen van pluraliteit van schuldenaars met elk een eigen schuld, vormen die in de volgende Hoofdstukken worden behandeld).

De totstandkoming van de - verschillende vormen van - hoofdelijkheid wordt uitvoeriger besproken in de handboeken verbintenissenrecht. Hetzelfde geldt voor de gevolgen ervan tussen schuldenaars en schuldeisers, de tegenwerpelijkheid van excepties, en de gevolgen in de interne verhouding tussen de hoofdelijke schuldenaars. Hier worden slechts enkele van deze verbintenisrechtelijke aspecten beknopt behandeld en vervolgens enkele vormen aangegeven die van belang zijn voor de zekerheidsrechten.

Het verschil tussen de hoofdelijke borg en de hoofdelijke medeschuldenaar is niet altijd even gemakkelijk te bepalen. In beginsel dient de kwalificatie bepaald te worden aan de hand van de verhouding met de schuldeiser alleen, en dus niet mede aan de hand van de interne verhouding tussen de schuldenaren (zie I.I.B.5). Een persoon die volgens de interne verhouding niet draagplichtig is, kan dus toch jegens de schuldeiser een medeschuldenaar zijn en niet alleen een borg, tenzij de zekerheid gesteld is door een consument. Het verschil berust immers daarop, dat de verbintenis van de borg accessoir is aan die van een andere schuldenaar, terwijl die van een hoofdelijke medeschuldenaar in beginsel zelfstandig wordt bepaald.

Bij solidaire medeschuld gelden sommige van solidariteit afwijkende regels van de borgtocht niet in de verhouding tot de schuldeiser (bv. de exceptie van verhinderde subrogatie, art. 9.1.32 BW, voorheen 2037 OBW[634]).

634 HvB Brussel 12 november 1990, *JT* 1991, 145.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.IV AFDELING B. Enkele gevolgen van passieve hoofdelijkheid (inb. in solidum)

I.IV.B.1. Gevolgen tussen medeschuldenaar en schuldeiser

In beginsel worden de omvang en modaliteiten van de schuld van een hoofdelijke schuldenaar, op zichzelf bepaald, behoudens voor zover daarin verwezen wordt naar andermans schuld waarvoor men mee verbonden wordt.

I.IV.B.1.a. Keuzerecht schuldeiser

De hoofdelijke medeschuldenaars zijn elk afzonderlijk gehouden tot betaling van de gehele schuld, zonder dat er tussen hun schulden enige subsidiariteit geldt (geen voorrecht van uitwinning). De schuldeiser kan zijn volledige schuldvordering dus naar zijn keuze vervolgen op elk van de schuldenaars (5.161 § 1 BW)[635]. Dit geldt niet meer jegens de erfgenamen van een overleden schuldenaar (art. 5.165 BW), tenzij er conventionele ondeelbaarheid bedongen is ("hoofdelijk en ondeelbaar", art. 5.167 BW).

Een specifieke uitzondering geldt voor de schuldeisers van een persoon die onbeperkt mede aansprakelijk is voor de schulden van een failliete vennootschap of organisatie. In dat geval kan enkel de curator hen aanspreken voor de schulden van de onderneming en kunnen de individuele schuldeisers dat niet meer (art. XX.99 lid 5 WER).

I.IV.B.1.b. Abstractie ten aanzien van de interne verhouding

De verbintenis van elk van de hoofdelijke schuldenaars in beginsel abstract ten opzichte van de interne verhouding tussen de medeschuldenaars. Verweermiddelen uit de interne verhouding kunnen dus niet worden tegengeworpen aan de schuldeiser, maar alleen verweermiddelen uit de verhouding(en) met de schuldeiser. Het risico van de solvabiliteit van een van hen komt dus voor rekening van de medeschuldenaars. Zie art. 51.162 § 1 BW.

Wel zal het aandeel van elke schuldenaar in de interne verhouding (draagplicht) een rol spelen voor de tegenwerpelijkheid van sommige excepties in de verhouding met de schuldeisers, met name bij schuldvermenging, afstand van hoofdelijkheid en kwijtschelding (zie art. 5.162 § 2 BW, hieronder bij I.IV.B.1.c.3°).

Daardoor verschilt de hoofdelijkheid van de voordelen voor de schuldeisers die erin bestaan dat zij de aanspraken van de schuldenaar jegens derden kunnen realiseren. Zoals we in Deel II en IX zullen bespreken, zijn er uitzonderlijk gevallen waarin de boedel van een gefailleerde schuldenaar over meer rechten beschikt dan de schuldenaar zelf, waardoor de derde-schuldenaar niet noodzakelijk de excepties kan inroepen die hij tegen de gefailleerde schuldenaar had kunnen inroepen.

I.IV.B.1.c. Inroepbaarheid verweermiddelen uit de externe verhoudingen van de schuldeiser met een medeschuldenaar

Een hoofdelijke schuldenaar kan zich beroepen op verweermiddelen uit de externe verhouding van een van zijn medeschuldenaars die eigen zijn aan de schuld en dus "gemeen" aan de

635 Zij het dat men het voordeel van de hoofdelijkheid kan verliezen doordat het ingevolge langdurig stilzitten abusief kan worden, zie bv. Vred. Elsene 18 maart 2008, *JT* 2008, 320.

medeschuldenaars (art. 5.162 § 1 lid 2 BW, voorheen 1208 I OBW) en niet beroepen op de verweermiddelen die persoonlijk zijn aan die medeschuldenaar (art 5.162 § 1 lid 1 BW *a contrario*, voorheen 1208 II OBW). Behalve wat de in punt I.IV.B.1.c.5° hieronder genoemde zgn. secundaire gevolgen betreft, geldt hier geen onderscheid tussen volmaakte hoofdelijkheid en *in solidum* gehoudenheid (art. 5.169 BW)[636].

I.IV.B.1.c.1° Gemeenschappelijke of niet persoonlijke verweermiddelen

Volgens een traditionele formule geldt dit gemeen karakter voor alle verweermiddelen die in verband staan met het gemeenschappelijk voorwerp van de verbintenis[637]. Gemeen zijn aldus de nakoming en de meeste wijzen van beëindiging van de schuld, inbegrepen:
- de betaling (art. 5.162 § 1 lid 2 BW). Nakoming door één schuldenaar bevrijdt de anderen dus in verhouding tot de schuldeiser(s) (onder voorbehoud voor subrogatie en regres in de interne verhouding);
- de kwijtschelding zonder voorbehoud ten aanzien van de medeschuldenaars, en de schuldvernieuwing[638], inbegrepen een dading die een dergelijke kwijtschelding of schuldvernieuwing inhoudt[639].

Wat de betaling betreft kan er een probleem van toerekening van betaling rijzen wanneer de schuldenaars slechts *in solidum* verbonden zijn en wel niet geheel tot dezelfde schuld; in het bijzonder wanneer de betalende medeschuldenaar ingevolge een persoonlijke exceptie niet tot (evenveel) interest is gehouden en de betaling dus (ten dele) op het kapitaal kan aanrekenen – in dat geval kan de medeschuldenaar die wel tot (meer) interest gehouden is, die toerekening niet inroepen[640].

Gemeen zijn ook de modaliteiten van de gemeenschappelijke verbintenis (voorwaarden, tijdsbepalingen, e.d.), althans bij een volmaakt hoofdelijke schuld.

I.IV.B.1.c.2° Schuldvergelijking

Onder het oude recht was de schuldvergelijking een "relatief persoonlijke exceptie", d.w.z. een exceptie die slechts door de betroffen medeschuldenaar kan worden ingeroepen, maar eenmaal ingeroepen alle medeschuldenaars ten goede komt in de externe verhouding. Aldus bepaalde art. 1294 lid 3 OBW dat een hoofdelijke schuldenaar zijn schuld niet kon verrekenen met een schuld van de schuldeiser jegens een medeschuldenaar; wanneer die medeschuldenaar dan wel de schuldeiser verrekent, kan de eerstgenoemde schuldenaar natuurlijk wel de ingetreden schuldvergelijking inroepen: eens ingeroepen strekt ze allen tot voordeel. Het nieuw BW bepaalt

636 Zie onder het oude recht meer bepaald Cass. 29 september 2011, C.10.0702.N, *Bank Degroof*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2011:ARR.20110929.2 = *RW* 2012-13, 659 noot B. VAN DEN BERGH, 'De gevolgen van schuldvernieuwing bij gehoudenheid in solidum'; W. VAN GERVEN - S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht* (2010), 558.

637 S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, 40

638 Cass. 29 september 2011, C.10.0702.N, *Bank Degroof*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2011:ARR.20110929.2 = *RW* 2012-13, 659 noot B. VAN DEN BERGH, 'De gevolgen van schuldvernieuwing bij gehoudenheid in solidum': ook bij in solidum aansprakelijkheid.

639 Cass. 26 november 2024, P.24.1168.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2024:ARR.20241126.2N.2.0/NL = *T.Not.* 2025, 551.

640 Beslagr. Brussel 12 januari 2012, *JLMB* 2012, 1966.

enkel nog dat de schuldvergelijking een exceptie is die aan alle schuldenaars gemeen is (art. 5.162 § 1 lid 2 BW, ook bij in solidum aansprakelijkheid ingevolge art. 5.169 BW). Uit de Memorie van toelichting[641] blijkt dat daarmee bedoeld wordt dat een schuldenaar die schuldvergelijking kan inroepen zodra aan de wettelijke vereisten is voldaan, ook wanneer noch de andere schuldenaar noch de schuldeiser die inroept. Is de schuld van de schuldeiser jegens de medeschuldenaar nog niet opeisbaar, dan treedt de schuldvergelijking evenwel maar in indien de schuldeiser er zich op beroept (en dus afstand doet van zijn termijn) en kan de medeschuldenaar er zich dus niet eerder op beroepen.

Het feit dat de schuld maar voor een deel een eigen schuld is, belet de schuldvergelijking niet (vgl. bij borgtocht).

I.IV.B.1.c.3° Beperkt gemeenschappelijke verweermiddelen

Het gaat om verweermiddelen die persoonlijk zijn aan de erdoor bevrijde schuldenaar, behalve voor het eigen aandeel van die bevrijde schuldenaar, tot beloop waarvan ze gemeenschappelijk zijn. Art. 5.162 § 2 BW (voorheen 1285 II OBW)[642] somt drie gevallen op, die krachtens art. 5.169 zowel gelden bij volmaakte hoofdelijkheid als bij aansprakelijkheid in solidum.

I.IV.B.1.c.3.a) Gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van een andere medeschuldenaar

Dit geldt ten eerste voor kwijtschelding mét voorbehoud (art. 5.162 § 2 lid 2, 1° BW), inbegrepen een dading voor zover die ook kwijtschelding met voorbehoud inhoudt[643], dit alles behoudens afwijkende wetsbepaling[644]. De kwijtschelding van een schuldenaar bevrijdt de anderen steeds voor hun aandeel (regel van art. 5.162 § 1 lid 2, 1° *iuncto* 5.169 BW)[645].

Een ontslag van hoofdelijkheid ten aanzien van één schuldenaar wordt niet vermoed ook een kwijtschelding in te houden voor diens aandeel[646].

Anders dan in het oude recht wordt nu ook bij in solidum aansprakelijkheid een kwijtschelding van één schuldenaar vermoed ook kwijtschelding van de anderen in te houden[647].

---

641 Wetsvoorstel, 55. *Stukken Kamer* nr. 186-001, 207.

642 Zo ook DCFR III-4:108 (2) voor schuldvermenging en DCFR III-4:109 (1) voor kwijtschelding en dading.

643 Zie bv. HvB Bergen 1 december 1998, *JLMB* 2001, 630; D. DEVOS, 'Chronique de jurisprudence (1980-1987), les contrats', *JT* 1993, 95, nr. 40.

644 Bv. art. 124/5 CDW (Communautair douanewetboek) 2013 (Vo. 952/2013), voorheen art. 86/4 CDW 2008 (Vo. 450/2008). In het daaraan voorafgaande CDW was dit niet uitdrukkelijk bepaald, maar het werd ook reeds zo uitgelegd door het HvJ, arrest van 17 februari 2011 in C-78/10, *Bérel e.a.*
In de DCFR wordt de regel in belangrijke mate ingeperkt bij hoofdelijke aansprakelijkheid voor eenzelfde schade, zie art. III-4:109 (3).

645 In die zin reeds ook voor in solidum aansprakelijkheid onder het oude recht bv. M. VAN QUICKENBORNE & J. DEL CORRAL, 'De verbintenis in solidum', in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten* 2013, 26; R. MARCHETTI, *JT* 2014, 226; G. HEIRMAN, 'Kwijtschelding van schuld bij gehoudenheid in solidum: is art. 1285 BW van toepassing?', noot onder Cass. 17 oktober 2014, *RW* 2014-15, (1583) 1585.

646 Bv. HvB Bergen 20 januari 2015, *JLMB* 2016, 484 noot Florence RENSON.

647 Anders onder het oude recht Cass. 17 oktober 2014, *RW* 2014-15, (1583) 1585 noot G. HEIRMAN, 'Kwijtschelding van schuld bij gehoudenheid in solidum: is art. 1285 BW van toepassing?'; eerder in die zin M. VAN QUICKENBORNE & J. DEL CORRAL, 'De verbintenis in solidum', in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten* 2013, 25 v. Zie ook B. VAN DEN BERGH,'De gevolgen van schuldvernieuwing bij gehoudenheid in solidum', *RW* 2012-13, (659)

Deze regels - gevolgen van de kwijtschelding met of zonder voorbehoud gelden ook voor een kwijtschelding in het kader van een collectieve schuldenregeling, d.i. een instemming met een minnelijke aanzuiveringsregeling[648]. Het aandeel waarvan de medeschuldenaar bevrijd is, is dan het aandeel in het kwijtgescholden deel van de schuld. Deze regel heeft geen betrekking op de kwijtschelding door de rechter in het kader van insolventieprocedures, waarvoor eigen criteria gelden, en de excepties persoonlijk zijn (zie hieronder).

I.IV.B.1.c.3.b) Ontslag van hoofdelijkheid van een andere medeschuldenaar

Dat geldt ook voor afstand van hoofdelijkheid ten aanzien van één medeschuldenaar (art. 5.162 § 2 lid 2, 2° BW, voorheen art. 1210 OBW): hij behoudt zijn hoofdelijke schuldvordering tegenover de andere medeschuldenaars, doch onder aftrek van het aan deel van de schuldenaar die hij van hoofdelijkheid heeft ontslagen (indien hij anderzijds afstand doet van hoofdelijkheid tegenover alle schuldenaars, wordt de schuld voor allen deelbaar). Die aftrek zou wel slechts moeten gebeuren voor zover de van hoofdelijkheid ontslagen medeschuldenaar zijn aandeel heeft betaald[649].

Bij een solidariteit die louter tot zekerheid is gesteld, bedraagt het aandeel van die bijkomende schuldenaar zoals verder wordt besproken wel 0.

I.IV.B.1.c.3.c) Schuldvermenging

Dat geldt ten derde ook voor schuldvermenging (art. 5.162 § 2 lid 2, 3° BW).

I.IV.B.1.c.3.d) Behoudens schuldovername

Dit speelt niet als de overblijvende schuldenaar de gehele schuld op zich neemt. Bij een kwijtschelding met voorbehoud kan de schuldeiser wel vermijden dat hij niet meer de volle schuld kan vorderen van de andere schuldenaren door deze te laten tussenkomen om zich blijvend voor de volle schuld te verbinden[650].

Een medeschuldenaar A is dus niet bevrijd voor het aandeel van de andere medeschuldenaar B wanneer de kwijtschelding van B gebeurt in het kader van een overeenkomst tussen de 3 partijen waarbij A de volledige schuld op zich neemt en B bevrijdt. Daarbij moet goed worden opgelet of de zakelijke zekerheden die zouden zijn gevestigd op goederen van B al dan niet tot zekerheid blijven strekken van de schuld waarvoor B niet meer persoonlijk instaat (maar mogelijk nog als zakelijke borg)[651].

662.

648 Cass. 15 mei 2017, C.16.0466.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20170515.1 = *RW* 2018-19, 905 = *TIBR* 2019/1, RS 23.

649 Fl. RENSON, 'Incertitudes quant à la portée d'un accord de désolidarisation et enjeux spécifiques en cas de solidarité-sûreté', *JLMB* 2016, (487) 488 nr. 3 met verw. naar Franse doctrine.

650 Fl. RENSON, *JLMB* 2016, (487) 489 nr. 5. Aangezien dit een novatie zou inhouden, dient men ook het behoud van de zakelijke zekerheden te bedingen, voor zover die niet reeds ook voor toekomstige schulden zouden zijn verleend.

651 Zie bv. HvB Luik 23 oktober 2015, *TBBR* 2020, 167 met uitvoerige noot Fl. RENSON 'Remise de dette à l'occasion de la rupture d'un couple - Nécessité d'avoir égard à la pratique des sûretés pour toutes créances'.

I.IV.B.1.c.4° Zuiver persoonlijke verweermiddelen

Zuiver persoonlijke excepties hebben geen gunstige weerslag voor de medeschuldenaars (art. 5.162 § 1 BW *a contrario*, voorheen 1208 lid 2 OBW).

Dit zijn met name de excepties die ook persoonlijk zijn bij borgtocht (deze werden besproken bij borgtocht), met name:
- respijttermijnen[652],
- kwijtschelding gefailleerde medeschuldenaar, gerechtelijke reorganisatie of collectieve schuldenregeling van de medeschuldenaar (supra I.I.C.3.d werd ook de uitzondering daarop besproken ten gunste van de echtgenoot van de gefailleerde die kwijtschelding bekomt);
- verdwijnen van de medeschuldenaar;

Een zuiver persoonlijk exceptie is bv. het niet verschuldigd zijn van interest voor de periode van een collectieve procedure (naar Belgisch recht met name bij collectieve schuldenregeling; elders ook bij faillissement) of minstens het achtergesteld zijn ervan (bij faillissement naar Belgisch recht). Dit heeft tot gevolg dat wanneer één van de schuldenaren *in solidum* door de beperking van de verschuldigde interest een betaling conform art. 5.210 BW (voorheen 1254 OBW) kan toerekenen op de verschuldigde hoofdsom, de medeschuldenaar *in solidum* die betaling niet kan toerekenen op de hoofdsom zolang de door diezelfde medeschuldenaar verschuldigde interest niet is betaald[653].

Persoonlijk zijn daarnaast ook:
- de relatieve nietigheden, waaronder die wegens wilsgebreken of handelingsonbekwaamheid[654];
- de voorwaarde of termijn verbonden aan een persoonlijke rechtsband (dat werd vroeger afgeleid uit art. 1201 OBW, bepaling die in het nieuw BW als overbodig geschrapt is).

I.IV.B.1.c.5° Secundaire gevolgen – verschillend naargelang soort hoofdelijkheid

De gevolgen van verjaringsrelevante feiten[655], de ingebrekestelling, (ten dele) de kwijtschelding voor de medeschuldenaars (zgn. bijkomende of secundaire gevolgen van de hoofdelijkheid) e.d., verschillen naargelang het om volmaakte hoofdelijkheid gaat (traditioneel gedefinieerd als een meerderheid van verbintenissen met hetzelfde voorwerp), dan wel een onvolmaakte (*in solidum*) hoofdelijkheid (traditioneel gedefinieerd als een meerderheid van verbintenissen met verschillende, doch overlappende voorwerpen), waarvoor die secundaire gevolgen niet gelden.

Dit betreft meer bepaald:
- het gevolg van stuiting van de verjaring jegens één schuldenaar op de schuldvordering jegens een andere (art. 5.163 BW, voorheen 1206 OBW)[656]; De schorsing van de verjaring tijdens de procedure (gerechtelijke procedure, faillissementsprocedure) evenwel, geldt niet jegens de

652 MvT, 207.

653 Cass. 18 september 2014, *Soginvest*, C.13.0379.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20140918.3 = *Ius & Actores* 2015, 193 met concl. A.g. Werquin; Cass. 17 december 2015, F.14.0024.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2015:ARR.20151217.7 = *RW* 2016-17, 307.

654 Mvt, 207; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht,* 123, nr. 227.

655 In DCFR III-4:111 een persoonlijke exceptie.

656 Bv. Cass. 20 mei 2010, F.09.0043.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100520.6 = *RW* 2010-11, 1257.

medeschuldenaar die geen partij is in die procedure[657] (daar loopt de verjaring door; anders wat bv. de gefailleerde persoonlijk betreft bij stuiting door aangifte van schuldvordering: Cass. 19 januari 2009[658]);
- het gevolg van de ingebrekestelling van één schuldenaar op de verbintenis van de andere (art. 5.163 BW, voorheen 1207 OBW)[659], met name wat betreft de loop van de interest;
- de verspringing van het overmachtrisico na verzuim (art. 5.163 BW, voorheen 1205 OBW)[660];
- de gedingbeslissende eed opgedragen aan een van de schuldenaars betreffende de hoofdschuld, strekt tot voordeel van de hoofdelijke medeschuldenaars (art. 8:37 lid 4 en 6 BW);

Onder het oude recht gold dit volgens sommige rechtspraak ook het gezag van gewijsde en andere gerechtelijke akten en uitvoerbare titels[661]; dit werd echter ook toen reeds betwist [662] en minstens in sommige gevallen reeds verworpen in recentere rechtspraak die voorrang gaf aan de "normale" regel inzake gezag van gewijsde in art. 23 GerW, zodat de veroordeling van een VOF en één vennoot ervan geen gezag van gewijsde had jegens een andere hoofdelijk aansprakelijke vennoot[663]; dit gevolg is afgeschaft in het nieuw BW[664].

I.IV.B.2. Gevolgen tussen de medeschuldenaars onderling

Ook wanneer meerdere personen volmaakt of onvolmaakt hoofdelijk gehouden zijn (zij het contractueel aansprakelijk dan wel buitencontractueel), hebben zij onder meer in de interne verhouding elk slechts een bepaald "aandeel" in de schuld, d.i. wordt de draagplicht (*contributio*) in beginsel "verdeeld".

I.IV.B.2.a. Regres verzekerd door subrogatie

De medeschuldenaar die meer dan zijn aandeel betaald heeft, beschikt jegens de andere medeschuldenaars:
- over een regresrecht uit de interne verhouding tussen de medeschuldenaars (zie art. 5.164 BW, voorheen 1213-1214 OBW[665]); ook bij *in solidum* aansprakelijkheid (art. 5.169 BW) en ongeacht of de aansprakelijkheid contractueel is of buitencontractueel[666];

---

657 Cass. 30 mei 2002, C.99.0524.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2002:ARR.20020530.8; Cass. 19 januari 2009, *RSZ/G.N.*, S.08.0098.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20090119.3 = *Jaarverslag cassatie* 2009, 28.

658 Cass. 19 januari 2009, *RSZ/G.N.*, S.08.0098.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20090119.3 = *Jaarverslag cassatie* 2009, 28.

659 Ingebrekestelling van één in solidum gehouden schuldenaar doet de interest niet lopen jegens de andere: Cass. 30 april 2007, *RW* 2009-2010, 1306.

660 Ook onder het oude recht niet bij aansprakelijkheid in solidum: R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst* (Brussel: Larcier 1977), 129 en 134; A. VAN DEN BROECK, *RW* 2010-2011, (1698) 1703 nr. 9.

661 Bv. een belastingkohier: Cass. 14 juni 2007, *TRV* 2008, 376 noot D. VAN GERVEN = *NjW* 2007, 702 noot S. DE RAEDT.

662 In het licht van onder meer art. 6 EVRM – zo ook S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, 44 noot 297; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, nr.132.

663 Cass. 13 april 2018, C.17.0486.F. andersluidende conclusie Ph. De Koster juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2018:ARR.20180413.3 = *Jaarverslag cassatie* 2018, 38.

664 MvT, 210 laatste alinea. Ook in DCFR III-4:110 is het een persoonlijke exceptie.

665 In het DCFR vinden we het regres in Art. III-4:107.

666 Anders dan de nieuwe bepaling (zie art. 5.169 BW), golden de oude bepalingen uitdrukkelijk enkel voor de volmaakte hoofdelijkheid. De rechtspraak aanvaardde echter ook bij in solidum aansprakelijkheid een regresvordering; zie bv. Cass. 10 december 2012, C.12.0270.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20121210.4: 'Wanneer de schade is veroorzaakt door de

- en tot zekerheid van dat regresrecht de aanspraak van de schuldeiser waarin hij tot beloop van de betaling wettelijk gesubrogeerd is (art. 5.220 BW, voorheen 1251 OBW)[667].

Deze twee vorderingen worden echter beperkt tot hoogstens het aandeel van de aangesproken medeschuldenaars in de schuld, zoals dat krachtens de interne verhouding wordt bepaald (infra, b.).

Op grond daarvan heeft de schuldenaar die meer dan zijn intern aandeel betaald heeft ook een aanspraak op diegene die zich enkel voor de andere schuldenaar borg heeft gesteld, en wel tot beloop van het aandeel van die andere schuldenaar[668].

De regels zijn grotendeels parallel aan die besproken bij borgtocht. Dat het ook een eigen schuld is, belet de wettelijke subrogatie niet, in de mate waarin er een medeschuldenaar is die draagplichtig is[669].

Het regresrecht bestaat ook wanneer beide schuldenaren samen in collectieve schuldenregeling waren, en de ene de schulden volledig heeft betaald[670]. Wie meer dan zijn aandeel betaalde, heeft overigens wel geen verhaal hebben tegen de schuldenaar die tegenover de schuldeiser beschikt over een persoonlijke exceptie (art. 5.164 § 2 lid 2 BW).

Artr. 5.164 § 3 BW bepaalt nu wel dat indien een van de medeschuldenaars insolvabel is, het door zijn insolvabiliteit veroorzaakte verlies naar evenredigheid omgeslagen wordt over alle andere medeschuldenaars die in staat zijn om te betalen met inbegrip van degene die de schuld voldaan heeft en van de medeschuldenaar die al van een individuele afstand van hoofdelijkheid genoot.

De rechter kan reeds voor de daadwerkelijke betaling door een schuldenaar diens regresvordering jegens een andere schuldenaar reeds toekennen "op voorwaarde van een daadwerkelijke betaling"[671].

De verjaring van de regresvordering loopt eerst vanaf de betaling, terwijl de subrogatoire vordering overgenomen wordt in de verjaringstoestand waarin ze zich bevond[672].

I.IV.B.2.b. Bepaling van het aandeel

I.IV.B.2.b.1° Algemeen

---

samenlopende fouten van verschillende personen, kan de aansprakelijke persoon die de benadeelde heeft vergoed, verhaal nemen op ieder van de mede-aansprakelijken die met hem in solidum werd veroordeeld'.

667 In het DCFR vinden we deze subrogatie in Art. III-4:107.

668 Een andere beslissing is te vinden in het verwarde vonnis Vred. Zottegem 3 januari 2014, *RW* 2014-15, 236, waar enerzijds werd beslist dat op het vlak van de *contributio* de overnemer voor de totaliteit kan worden aangesproken, maar anderzijds dat de derde die zich voor de overnemer borg heeft gesteld jegens de verhuurder slechts voor 1/3 draagplichtig was.

669 Cass. 24 juni 2013, C.12.0336.F, *Axa / Ethias*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20130624.8.

670 HvB Bergen 14 februari 2017, *JLMB* 2019, 209.

671 Cass. 3 mei 2013, C.12.0378.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20130503.3 = *RW* 2013-14, 1383.

672 Voor het tweede, zie bv. Cass. 20 februari 2012, C.10.0678.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120220.5. Men zou daaruit kunnen afleiden dat ook de regresvordering verjaart met de subrogatoire vordering, wat evenwel niet het geval is.

In het nieuw BW geldt er voor het eerst een algemene regel inzake de bepaling van het aandeel voor alle gevallen van hoofdelijkheid en in solidum aansprakelijkheid in art. 5.164 § 1 lid 2 en 3:

" De verdeling geschiedt in gelijke delen tenzij een wettelijke of contractuele bepaling of bij gebrek daaraan de concrete omstandigheden een andere verdeling rechtvaardigen.
lndien de hoofdelijke schuld een zaak betreft die slechts een van de medeschuldenaars aangaat is deze tot voldoening van de gehele schuld gehouden ten aanzien van de overige schuldenaars die tegenover hem slechts als zijn borgen worden beschouwd".

Een afwijkende overeenkomst is er bv. wanneer een betrokkene de verbintenis is aangegaan een andere te vrijwaren[673].

I.IV.B.2.b.2° Toepassingen van lid 3

Vloeit de hoofdelijkheid voort uit een onvolmaakte contractsoverdracht, dan heeft de overdrager regres op de overnemer voor het geheel van de betalingen die betrekking hebben op de schulden van na de contractsoverdracht.

Een solidariteit die louter tot zekerheid is gesteld is ook een geval onder lid 3: de bijkomende schuldenaar tot zekerheid heeft geen draagplicht. Dat geldt in beginsel bv. ook voor een lening afbetaald door twee echtgenoten of samenwonenden voor een onroerend goed dat een zuiver eigen goed is van een van hen, althans voor het kapitaalgedeelte van de lening[674], of voor de toevoeging van een schuldenaar bij een belastingschuld[675]. Ook de onbeperkt aansprakelijke vennoten van een onvolkomen rechtspersoon hebben geen draagplicht jegens de vennootschap en dus een regres voor het geheel[676].

I.IV.B.2.b.3° Bij meerdere fouten in causaal verband

In beginsel gebeurt de bepaling van het aandeel en dus de draagplicht bij aansprakelijkheid voor het veroorzaken van schade op grond van de causaliteit, nl. in de mate waarin ieders fout heeft bijgedragen tot het veroorzaken van de schade (Cass. 4 februari 2008[677]; 2 oktober 2009[678]; Cass. 3 mei 2013[679]). In de rechtspraak voor 1988 werd ook de ernst van de fout als criterium vermeld,

673 Vgl. daarvoor Cass. 3 januari 2013, C.12.0174.F, *Ets. Me& M / Fortis*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20130103.2, in een geval van derde-medeplichtigheid van een bank aan wanprestatie door een verkoper door een hypotheek te nemen op het reeds door de verkoper verkochte goed.
In het Nederlandse recht is er geen algemene regel en bepaalt de rechter de draagplicht naargelang de omstandigheden van het geval, waarbij vooral van belang is wie van de schuldenaars direct of indirect profijt haalt uit de transactie - zie HR 24 februari 2023, https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:HR:2023:295.

674 HvB Antwerpen 22 maart 2017, *RW* 2018-19, 1423.

675 MvT, 212.

676 K. GEENS en J. VANANROYE, 'De gradaties in de rechtspersoonlijkheid en het vennootschapsrechtelijk vermogen' in *Rechtspersonenrecht. PUC Willy Delva* (Gent: Mys en Breesch, 1999), (425) 444, 450.

677 Cass. 4 februari 2008, *RW* 2009-2010, 1561, noot Br. WEYTS 'De verdeelsleutel bij een samenloop van aansprakelijkheden: zijn alle knopen doorgehakt ?'.

678 Cass. 2 oktober 2009, C.08.0168.F, *DVD / Axa, Mercator*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20091002.4 = *NjW* 2010, 221 noot I. BOONE = *RGAR* 2010, 14671 = *RABG* 2010, 1287 = *RW* 2010-2011, 48.

679 Cass. 3 mei 2013, C.12.0378.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20130503.3 = *RW* 2013-14, 1383. Zie ook nog Cass. 9 september 2015, P.15.0653.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2015:ARR.20150909.3.

maar in de recente rechtspraak wordt dit in beginsel uitgesloten als criterium. De rechter kan de ernst van de fout wel in overweging nemen voor zover de ernst een aanwijzing in voor de mate waarin de fout de schade zou hebben veroorzaakt[680]. Anderzijds is er toch weer latere rechtspraak (Gellingen-arrest 2012) die naar de respectievelijke ernst van de fout verwijst voor de vermindering van aansprakelijkheid bij eigen fout van de schadelijder[681]. In een arrest heet van 2013 et dat de rechter het aandeel van het slachtoffer zelf moet bepalen op grond van "*l'importance relative des différentes fautes, c'est-à-dire de leur plus ou moins grande aptitude à engendrer le sinistre*"[682].

Waar de aansprakelijkheid voor een opzettelijke fout niet verminderd wordt in geval van (onopzettelijke) fout van de schadelijder, werd in het zopas genoemde arrest van 2 oktober 2009[683] deze leer uitdrukkelijk verworpen voor de verdeling van de draagplicht tussen meerdere daders, waarvan de ene een opzettelijke fout beging en de andere(n) niet. Dit heeft opnieuw tot debatten geleid in de doctrine[684].

Bijzondere regels inzake draagplicht zijn er onder meer te vinden in Boek XVII WER in omzetting van RL 2014/104 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht.

I.IV.B.2.b.4° Bij foutvermoedens en objectieve aansprakelijkheden

Bij de kwalitatieve aansprakelijkheden van art. 6.12 en v. BW (voorheen 1384 OBW) geldt er een foutvermoeden jegens de schadelijder. Dit vermoeden kan niet ingeroepen worden tegen de kwalitatief aansprakelijke partij die regres uitoefent jegens een mede-aansprakelijke persoon. Zo voor de aansprakelijkheid van de bewaker van een gebrekkige zaak; deze heeft geen draagplicht en dus een regres voor het volledig bedrag[685]. Hetzelfde geldt voor andere objectieve aansprakelijkheden[686]. Zo ook kan de persoon die instaat voor een dader die een opzettelijke fout heeft begaan, toch regres uitoefenen jegens een mededader[687]. Zijn twee personen aansprakelijk

680 Cass. 26 september 2012, P.12.0377.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120926.6 = *RW* 2013-14, 934.

681 Cass. 14 november 2012, *Gellingen*-arrest, P.11.1611.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20121114.10, op pp. 58 = *Arr.Cass.* 2012, 2541.

682 Cass. 13 maart 2013, P.12.1830.F, *Grivalim*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20130313.2, waarin aanvaard werd dat de jonge leeftijd en het gebrek aan ervaring van de schadelijder-werknemer als een risicofactor waarmee de werkgever rekening had moeten houden, en op grond waarvan het aandeel van de schadelijder verminderd werd.

683 Cass. 2 oktober 2009, C.08.0168.F, *DVD / Axa, Mercator*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20091002.4 = *NjW* 2010, 221 noot I. BOONE = *RGAR* 2010, 14671 = *RABG* 2010, 1287 = *RW* 2010-2011, 48, op dit punt bekritiseerd door A.K. LENAERTS, 'Le recours contributoire entre coobligés in solidum et l'influence de la faute intentionnelle: fraus omnia corrumpit?'; Cass. 16 mei 2011, *Pas.* I, 1337 = *NjW* 2012, 23 noot I. BOONE.
In het Franse recht wordt het "fraus"-beginsel wél toegepast in deze situatie: Cass.fr.civ. 6 februari 1979, *Bull.civ.* 1979, I, nr. 45; Cass.fr. civ. 26 februari 1991, *Bull.civ.* 1991, I, nr. 73.

684 Zie o.m. S. GUILIAMS, 'De verdeling van de schadelast bij samenloop van een opzettelijk en een onopzettelijke fout', *RW* 2010-2011, 474.

685 Cass. 4 februari 2011, C.10.0236.N, *Vlaams Minister mobiliteit en openbare werken / Bremcon*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2011:ARR.20110204.5. Eerder Cass 10 september 1981, *Arr.* 1981-82 nr. 26; Cass. 4 december 2000, C.98.0330.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2000:ARR.20001204.3 = *Arr.* 2000 nr. 663; Cass. 14 februari 2013, C.11.0793.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20130214.6.

686 Cass. 24 maart 2016, C.13.0279.N, *Hydrex*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160324.10 = *RW* 2017-18, 380.

687 Cass. 16 mei 2011, C.10.0214.N, *Fortis / Allianz*,.be/content/ECLI:BE:CASS:2011:ARR.20110516.2 = *RW* 2013-14, 304.

krachtens een vand e genoemde bepalingen en één wegens eigen fout, dan zijn ze allen aansprakelijk jegens de schadelijder, en wordt de aansprakelijkheid zelf niet eerst tussen hen verdeeld[688].

Zijn meerdere verzekeraars tot vergoeding van een zwakke weggebruiker verplicht krachtens art. 29*bis* WAM (en geen van hen wegens de fout van hun verzekerde), dan wordt de draagplicht gelijkelijk onder allen verdeeld (en heeft degene die meer betaald heeft, verhaal jegens de anderen)[689]. Het regres kan niet verder strekken dan het bedrag dat de verzekeraar zou moeten betalen indien de verzekerde aansprakelijk is naar gemeen recht[690]. Jegens aansprakelijke derden die enkel naar gemeen recht aansprakelijk zijn, kan het regresrecht en de subrogatie enkel betrekking hebben op hun aandeel in de aansprakelijkheid naar gemeen recht jegens het slachtoffer (aandeel dat ook kan verminderd zijn door een fout van het slachtoffer zelf)[691]. Bij fout van het slachtoffer zal dat regres géén betrekking kunnen hebben op het eigen aandeel in de schade dat de schadelijder naar gemeen recht zou moeten dragen; wel zal de verzekeraard die betaald heeft krachtens art. 29bis voor dat deel van de vergoeding verhaal hebben op elke verzekeraar van een andere medebetrokken voertuig voor een gelijk aandeel (gegrond op art. 5.220, 1° BW (voorheen 1251, 3° OBW))[692].

Problematischer is wel het omgekeerde geval, waarin de objectief aansprakelijke immuun is voor een gemeenrechtelijke aanspraak, zo bv. de werkgever voor de schade door een arbeidsongeval. Indien die mede door een derde is veroorzaakt, heeft deze derde géén regres op de werkgever of diens arbeidsongevallenverzekeraar[693].

---

688 Cass. 17 februari 2017, C.16.0297.N, *Signalisatie Service*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20170217.4.

689 Cass. 2 september 2011, C.10.0643.N, *Argenta / AG*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2011:ARR.20110902.3 = *RW* 2012-13, 339; zie ook een tweede arrest van 2 september 2011, C.10.0242.F, *Axa / Mercator, Ethias*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2011:ARR.20110902.2 = *RW* 2012-13, 740; Cass. 26 januari 2012, C.11.0318.N, *Axa / KBC*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120126.2 =*Arr. Cass.* 2012 nr. 70 = *RW* 2013-14, 1303; Cass. 30 juni 2016, C.15.0447.N, *Argenta / Belfius* , juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160630.18 = *RW* 2017-18, 469.

690 Cass. 19 juni 2015, *RW* 2016-17, 858.

691 Zie Cass. 26 januari 2012, C.11.0318.N, *Axa / KBC*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120126.2 =*Arr. Cass.* 2012 nr. 70 = *RW* 2013-14, 1303; Cass. 30 juni 2016, C.15.0447.N, *RW* 2017-18, 469.

692 Cass. 26 januari 2012, C.11.0318.N, *Axa / KBC*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120126.2 =*Arr. Cass.* 2012 nr. 70 = *RW* 2013-14, 1303. Zie ook Cass. 20 februari 2012, *Arr. Cass.* 415; Cass. 28 september 2012, C.11.0404.N, *KBC / Ethias*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120928.5 = *RW* 2013-14, 1304 = *T. Verz.* 2013, 177 noot J. FAGNART

693 Zie in dit verband GwH 7/2008 van 17 januari 2008, www.const-court.be/public/n/2008/2008-007n.pdf.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.IV AFDELING C. Enkele bijzondere gevallen van passieve hoofdelijkheid of in solidum aansprakelijkheid

Hoofdelijkheid (in één van zijn vormen) ontstaat zoals gezegd wanneer meerdere personen krachtens de overeenkomst, wet of gewoonte (voor het geheel of een deel van de prestaties) met elkaar gehouden tot dezelfde prestatie of tot overlappende prestaties. Zonder volledig te zijn, worden hier enkel een aantal gevallen van hoofdelijkheid overlopen.

I.IV.C.1. Solidariteit voor door ondernemingen gezamenlijk aangegane schulden

Art. 5.160 § 2 lid 2 BW codificeert de traditionele regel dat verbintenissen die gezamenlijk door meerdere handelaars worden aangegaan, in beginsel (volmaakt) hoofdelijk zijn[694]. Ingevolge de vervanging van het begrip handelaar door onderneming, geldt dit nu ruimer voor alle ondernemingen en luidt de bepaling nu: "(Hoofdelijkheid) bestaat van rechtswege tussen ondernemingen in de zin van artikel I.1 eerste lid 1° van het Wetboek van economisch recht die tot een zelfde contractuele verbintenis gehouden zijn. Deze regel is evenwel niet van toepassing indien de onderneming een natuurlijke persoon is en haar contractuele verbintenis kennelijk vreemd is aan de onderneming".

Een toepassing van de regel vinden we in de regels inzake de maatschap (art. 4:14 WVV, voorheen art. 52 Wb.Venn) en de VOF (art. 4:14 iuncto 4:23 WVV, voorheen art. 204 Wb.Venn.)[695]; de regel geldt ook bij de commanditaire vennootschap wat betreft de gecommanditeerde (beherende) vennoten (art. 4:14 iuncto 4:23 en 25 WVV, voorheen art. 205 Wb.Venn.)[696]. Door de uitbreiding van het begrip handelaar tot onderneming geldt dit sinds 1 november 2018 ook voor de burgerlijke maatschap (gewijzigd artikel 52 Wb.Venn., nu 4:14 WVV)[697].

De hoofdelijke aansprakelijkheid van beherende vennoten is niet beperkt tot de schulden aangegaan op het ogenblik waarop of betreffende het tijdperk waarin zij beherend vennoot waren[698]; zij zijn ook aansprakelijk voor de reeds voordien aangegane schulden. Bovendien blijven zij ook nadat zij geen vennoot meer zijn, aansprakelijk voor alle verbintenissen van de

---

694 Cass. 3 april 1952, *Pas.* 498 = *Arr.* 1953, 423; Cass. 5 december 1975, *RCJB* 1977, 472 noot DECLERCK-GOLDFRACHT = *RW* 1976-77, 277 noot J. HERBOTS; Cass. 1 oktober 1981, *Arr.* 1981-82, nr. 80 = *Pas.* 171; Cass. 25 april 1985, *RW* 1985-86, 380 = *TBH* 1985, 628 = *Arr.* 1984-85 nr. 510 = *R.Not.B.* 1985, 441 noot A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS.

695 Volgens art. 4 :26 WVV (voorheen 203 Wb.venn.). kunnen de vennoten niet worden veroordeeld voor verbintenissen van de vennootschap zolang deze niet zelf is veroordeeld. Dit verhindert echter niet dat de vennoten samen met de vennootschap in eenzelfde uitspraak kunnen worden veroordeeld (Cass. 6 oktober 2011, C.10.0290.N, *Cheresta Cheyns*).

696 Cass. 19 december 2008, C.07.0281.N, *faill. Geudens*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20081219.1 = *Jaarverslag cass.* 2008, 53 = *RW* 2009-2010, 1428 noot J. VANANROYE = *TRV* 2009, 459 noot H. DE WULF, 'Het faillisement van onbeperkt aansprakelijke vennoten van een VOF en de taak en bevoegdheid van de curator' = *TBH* 2009, 938 noot M. COIPEL 'Faut-il remettre en cause la solution traditionnelle qui attribue la qualité de commerçant aux associés d(une SNC et au(x) commandité(s) d'une SCS ?'.

697 Voor de discussie over de juiste draagwijdte van 4:14 en met name of "de activiteiten van de maatschap" een zelfstandig toerekeningscriterium is, zie https://corporatefinancelab.org/2025/04/08/artikel-414-wvv-de-olifant-uit-de-porseleinwinkel-in-de-bouwkamer/

698 Cass. 24 mei 2012, F.11.0014.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120524.4 = *RW* 2012-13, 1583; Cass. 27 november 2013, C.12.0570.N, jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20131107-14 = *RW* 2014-15 noot F. PARREIN, 'Aansprakelijkheid van oude en nieuwe vennoten voor de schulden van de failliete V.O.F.'

VOF die voor hun uittreding zijn aangegaan (dit is althans de interpretatie die werd gegeven aan art. 209 Wb.Venn., nu identiek in art. 4:4 WVV)[699]. Ze zijn ook aansprakelijk voor verbintenissen aangegaan jegens derden die geen kennis hadden van de uittreding, maar niet voor verbintenissen die uit wet zijn ontstaan tussen hun uittreding en de openbaarmaking ervan (zoals bv. een belastingschuld)[700]. Voor verbintenissen uit voordoen aangegane duurovereenkomsten blijven ze dus aansprakelijk, ook al gaat het om latere huurtermijnen alsook schadevergoedingen bij beëindiging van een huuroverenkomst[701]. Ze zijn bij faillissement van de vennootschap ook aansprakelijk voor de boedelschulden aangegaan door de curator[702].

De genoemde algemene regel is niet van dwingend recht[703]. Een uitzondering is er bv. bij medeverzekering tussen verschillende verzekeraars (art. 82 Wb.Verz.).

De regel geldt niet voor een door niet-ondernemingen gezamenlijk aangegane overeenkomst: bij niet-ondernemingen volstaat het feit dat meerdere personen zich tot eenzelfde zaak hebben verbonden niet om te besluiten tot hoofdelijkheid (Cass. 7 november 2008[704]).

I.IV.C.2. Solidariteit voortvloeiend uit het huwelijks(vermogens)recht

Deze kent gradaties, aangezien er meerdere soorten schulden zijn, in hoofdzaak gemeenschappelijke schulden, die verhaalbaar zijn op de huwgemeenschap én op de eigen vermogens van beide echtgenoten (art. 2.3.25 en 2.3.28 BW (voorheen 1408 en 1414 OBW)), en eigen schulden (art. 2.3.23 en 2.3.24 BW (voorheen 1406-1407 OBW)) die slechts beperkt op de huwgemeenschap verhaalbaar zijn (zie art. 2.3.26 BW, voorheen 1409-1410 OBW); daarnaast zijn er nog tussenvormen.

Er is hoofdelijke verbondenheid van echtgenoten voor huishoud- en opvoedingsschulden (art. 222 OBW)[705], tenzij ze buitensporig zijn gelet op de bestaansmiddelen van het gezin (NB de buitensporige zijn wel verhaalbaar op huwgemeenschap, maar niet op eigen vermogen van de andere echtgenoot). De regel is ook van toepassing bij wettelijke samenwoonst (art. 1477 § 4 OBW). Bij feitelijke samenwoonst is er geen wettelijke regel, maar wordt door sommige auteurs verdedigd dat er bij een gemeenschappelijke huishouding ook een aansprakelijkheid *in solidum* is[706].

---

699 Eveneens Cass. 27 november 2013, C.12.0570.N, *faill. P&P*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20131107.14 = *RW* 2014-15 noot F. PARREIN; Cass. 18 juni 2020, C.18.0333.N, *Brouwerij Haacht NV / JDS*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200618.1N.28 = *RW* 2020-21, 946.

700 Cass. 2 september 2016, F.15.0104.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160902.7. De belastingschuld ontstaat bij inkomstenbelastingen op het tijdstip waarop de periode wordt afgesloten waarin de inkomsten zijn verkregen die de belastbare grondslag vormen (Cass. 30 april 2021, F.19.0133.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210430.1N.3.

701 Cass. 18 juni 2020, C.18.0333.N, *Brouwerij Haacht NV / JDS*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200618.1N.28 = *RW* 2020-21, 946.

702 Cass. 12 april 2024, C.23.0376.F, https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2024:ARR.20240412.1F.6/FR

703 Cass. 25 februari 1994, *Arr.* 1994, 202 = *Pas.* I 204 = *RW* 1994-95, 93; HvB Bergen 9 april 1998, *JT* 1998, 603.

704 C.07.0567.N, Immas Antwerpen, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20081107.4.

705 Zie de handboeken familierecht en huwelijksgoederenrecht; verder onder meer W. PINTENS, CH. DECLERCK & V. ALLAERTS, 'Overzicht van rechtspraak. Huwelijksvermogensrecht 2003-2010', *TPR* 2010, (1383) 1402 v. nr. 23 v. De niet-contracterende echtgenoot die feitelijk gescheiden is, is niet hoofdelijk aansprakelijk jegens een derde-medecontractant te kwader trouw : Cass. 15 oktober 1999, C.98.0236.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:1999:ARR.19991015.8 = *Arr.* 1999, 536 = *RCJB* 2001, 73 noot Y.H. LELEU.

706 H. CASMAN, 'Familierechtelijke aspecten van het faillissement', in H. Braeckmans, H. Cousy, E. Dirix, B.

Wanneer de gehuurde gezinswoning niet gehuurd wordt door beide echtgenoten, wordt de echtgenoot die geen partij is bij de huurovereenkomst van rechtswege medehuurder gedurende de tijd van de samenwoning (art. 215 § 2 OBW) en dus hoofdelijk gehouden; de betaling van de huur is dan een schuld van de huishouding; die regeling geldt enkele zolang er een huwelijk is (dus niet meer na echtscheiding) en zolang de woning de voornaamste gezinswoning is. Verlaat de echtgenoot die niet mee de overeenkomst heeft gesloten de gezinswoning, dan zal deze niet meer gehouden zijn voor de periode nadat het huwelijk eindigt of de woning niet meer de voornaamste gezinswoning is [707].

Dat twee samenwonende personen een overeenkomst sluiten, zelfs voor aankoop van een onroerend goed, brengt nog geen hoofdelijkheid mee[708].

I.IV.C.3. Enkele bijzondere conventionele vormen van (volmaakte) hoofdelijkheid met zekerheidsfunctie

I.IV.C.3.a. Solidariteit tot zekerheid

Zoals hoger (in I.IV.A) gesteld, kan er sprake zijn van hoofdelijk medeschuldenaarschap, ook indien een van de medeschuldenaars volgens de interne verhouding niet draagplichtig is. De derde treedt toe tot een schuld die eigenlijk niet de zijne is (Dui. *Schuldbeitritt*; Lat. *adpromissio*). Dan gaat het om een solidariteit tot zekerheid.

Het gaat in zekere zin om een solidaire borgtocht die als hoofdelijkheid wordt ingekleed om te ontsnappen aan de regels inzake borgtocht.

Onder het nieuwe recht van Boek 9.1. wordt een hoofdelijk medeschuldenaarschap tot zekerheid door een consument jegens een professionele schuldeiser echter wel van rechtswege omgezet in een borgtocht (at. 9.1.43 lid 2 BW).

Ook buiten deze gevallen moet, zoals hoger betoogd ,een beding van hoofdelijk medeschuldenaarschap, tot zekerheid bedongen, soms geherkwalificeerd worden tot borgtocht. Met name in verhouding tot een partij die geen ervaring heeft met dergelijke overeenkomsten dient een persoonlijke zekerheid in beginsel als borgtocht te worden gekwalificeerd, tenzij de zekerheidssteller is ingelicht en gewaarschuwd over de verder reikende aard van de van hem bedongen persoonlijke zekerheid[709]. Bovendien moeten hiervoor in beginsel dezelfde regels inzake wilsgebreken gelden, onder meer ook inzake dwaling en gekwalificeerde benadeling[710].

Los daarvan is het onder het nieuw BW in ieder geval zo dat wanneer de solidariteit bedongen wordt tot zekerheid, krachtens art. 5.164 § 1 lid 3 de hoofdelijke schuldenaar die geen persoonlijk belang heeft in de schuld, jegens de overige schuldenaars beschouwd wordt als (hoofdelijke) borg. Dat betekent dat hij wel integraal regres kan uitoefenen op de andere hoofdschuldenaars en

---

tilleman en M. Vanmeenen (red.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen (I),* (Antwerpen: Intersentia 2006), (719) 721 nr. 6.

707 Zie in dit verband GwH 12 mei 2011, http://www.const-court.be/public/n/2011/2011-070n.pdf, overweging B.7.1.

708 HvB Gent 29 jan 2013, *NjW* 2014, 357.

709 Vgl. in dit verband Zwitsers BG 23 september 2003, nr. 4C.136/2003, i.v.m. een beding van hoofdelijk medeschuldenaarschap.

710 De Duitse rechtspraak heeft de *Schuldbeitritt* voor de toepassing van de nietigheden wegens wilsgebreken e.d. gelijkgesteld met een borgtocht, zie BGH 14 november 2000, *NJW* 2001 (815) 816; BGH 4 december 2001, *NJW* 2002, 744; BGH 28 mei 2002, *NJW* 2002, 2705.

jegens hen integraal gesubrogeerd is. Het betekent ook dat hij partieel regres kan uitoefenen jegens derden die zich borg gesteld hebben voor de hoofdschuldenaar[711].

Een vergelijkbare regel vinden we in art. 2.3.27 BW (voorheen 1413 OBW) voor het geval een echtgenoot zich mede hoofdelijk heeft verbonden voor een schuld aangegaan in het uitsluitend belang van de andere echtgenoot; in de interne verhouding (draagplicht, *contributio*) is de schuld een eigen schuld, ook al wordt de schuld extern behandeld als een gemeenschappelijke schuld (verhaalbaar op de 3 vermogens).

Stelt een consument een persoonlijke zekerheid jegens een niet-professioneel, dan geldt de omzetting van rechtswege in borgtocht niet, maar de regels inzake bevrijding blijven op dezelfde wijze van toepassing.

I.IV.C.3.b. Solidariteit tussen rechtsopvolgers

Wanneer een natuurlijke persoon overlijdt, worden de schulden in beginsel gesplitst tussen zijn erfgenamen; evenwel kan het gaan om een schuld waarvoor conventionele 'ondeelbaarheid' is bedongen, in welk geval na het overlijden er een hoofdelijke gehoudenheid is van de erfgenamen. Zoals besproken kan dit niet bedongen worden bij een persoonlijke zekerheid gesteld door een consument, ook jegens een niet-professionele schuldeiser (art. 9.1.50 BW, voorheen 2043*octies* § 2 OBW).

Het WVV bepaalt de gevolgen van een splitsing van een vennootschap of een overdracht of inbreng van bedrijfstak voor de gehoudenheid voor de schulden; in sommige gevallen zijn de rechtsopvolgers hoofdelijk gehouden[712]. In andere gevallen kan er conventionele ondeelbaarheid bedongen zijn.

I.IV.C.3.c. Voortzettingsverplichting

Het betreft een beding waarbij een derde er zich toe onder bepaalde voorwaarden toe verbindt de overeenkomst voort te zetten wanneer de oorspronkelijke contractspartij in gebreke blijft. Bv. een verbintenis om een huur of leasing voort te zetten. Eenmaal de voortzetting intreedt, is de situatie deze die hoger (I.III.A) beschreven werd bij de bespreking van de onvolkomen contractsoverdracht.

De overeenkomst met de derde kan inhouden dat hij de overeenkomst enkel voor de toekomst moet voortzetten, dan wel dat hij ook de achterstallen uit het verleden verschuldigd is. Van de concrete overeenkomst zal ook afhangen in welke mate de voortzetter regres heeft op de oorspronkelijke schuldenaar.

I.IV.C.3.d. Lastgeving voor een gemeenschappelijke zaak

Krachtens art. 2002 OBW zijn de lastgevers die een gemeenschappelijke lasthebber hebben aangesteld voor een gemeenschappelijke zaak, jegens de lasthebber hoofdelijk verbonden voor

711 Vgl. in Nederland Hof Arnhem-Leeuwarden 20 september 2022, https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHARL:2022:8072, *Jorritsma Beheer BV*.

712 De regels zijn geharmoniseerd door Rl. 82/891. Over de uitleg ervan zie onder meer HvJ 29 juli 2024, C-713/22, https://corporatefinancelab.org/2024/08/02/hoofdelijke-aansprakelijkheid-van-de-verkrijgende-vennootschappen-na-splitsing-hvj-29-juli-2024-en-de-lessen-voor-het-belgisch-recht/.

alle gevolgen van de lastgeving. Een vergelijkbare bepaling vinden we in art. 4.213 § 3 BW (voorheen 1033 OBW) inzake testamentuitvoerders.

Zo is er ook hoofdelijkheid voor de kosten van de arbiter krachtens een overeenkomst van internationale arbitrage uit de aard van de overeenkomst, zelfs als een van de partijen geen ondernemer is (Franse cassatierechtspraak)[713];

I.IV.C.3.e. Solidariteitsbeding met schulden van rechtsvoorganger jegens de mede-eigendom ?

Bij appartementsmede-eigendom bestond vroeger het gebruik om in de basisakte of het reglement van mede-eigendom een beding op te nemen krachtens hetwelk een verkrijger, ook onder bijzonder titel, van een kavel in de mede-eigendom, jegens de mede-eigendom (nu de vereniging van mede-eigenaars) gehouden is tot de achterstallige schulden van zijn rechtsvoorganger, dus niet alleen voor de lasten van de mede-eigendom vanaf het tijdstip waarop hij de eigendom verkrijgt, maar ook deze die op de voorafgaande periode betrekking hebben - het zgn. *solidariteitsbeding*. Bij de hervorming van het appartementsrecht in 1994 werd dwingend geregeld tot welke schulden uit het verleden de verkrijger krachtens het reglement van mede-eigendom gehouden is[714] en kan zo'n beding dus niet meer in de basisakte worden opgenomen[715]. Ook onder het oude recht oordeelde de rechtspraak overigens reeds dat de koper niet aan een dergelijk beding uit de statuten gebonden is[716].

Wel kan de verkoper als deel van de verkoopovereenkomst bedingen dat de koper ook schulden uit het verleden zal betalen bovenop de overeengekomen koopprijs, zij het aan de verkoper, zij het aan de vereniging van mede-eigenaars (partijen kunnen overeenkomen dat in hun onderlinge verhouding de lasten anders verdeeld worden - dit betreft de draagplicht tussen vervreemder en verkrijger). Bedingt de verkoper dat de koper de achterstallige lasten aan de vereniging zal betalen, dan gaat het om een beding ten gunste van derden. Dit kan natuurlijk de koopprijs met een zelfde bedrag doen zakken.

Bij een onderhandse of een vrijwillige openbare verkoop is dit in beginsel mogelijk, zolang het niet paulianeus is; bij een gedwongen verkoop daarentegen - d.i. bij samenloop - zou het in beginsel niet mogen: de verkoopsbedingen moeten immers onpartijdig worden opgemaakt en niet van de normale regeling afwijken ten gunste van één en ten nadele van andere schuldeisers[717], en een dergelijk beding bevoordeelt de Vereniging van mede-eigenaars, die

713 Cass. Fr. 1 februari 2017, www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/145_01_36018.html = *JT* 2017, 427 noot J. LIBOUTON; *in casu* was het een geschikt tussen een vennootshcap en een staat.

714 Met name enkel tot de kosten die worden opgesomd in art. 3.94 § 2 BW en pas na de datum van overdracht opeisbaar zijn gesteld (voorheen art. 577-11 § 1, I 1° tot 3° BW).

715 H. VANDENBERGHE, *Beginselen Belgisch Privaatrecht, Mede-eigendom* (Antwerpen, 1997), 267-268, nr. 109; Ch.A. LEUNEN, *T.Not.* 2000, 122, nr. 3; B. VAN DAMME, 'Het lot van de achterstallige gemeenschappelijke kosten van mede-eigendom bij uitvoerend beslag', *T.Not.* 2000 (427), 435, nr. 16. Zie hierover ook K. DELESIE, 'Tegenwerpbaarheid van het solidariteitsbeding in de basisakten', *RW* 1996-97, 132 e.v.; P. BOURAIN & M.-E. ABELLA MARTIN, 'La mutation d'un lot en matière de copropriété', *Rev.not.b.* 1999, 6-32; D. MEULEMANS, 'De verkoop van een appartement', in *Liber amicorum J. Herbots* (Antwerpen 2002), 235-276.

716 HvB Antwerpen 13 september 1996, *RW* 1996-97 noot K. DELESIE.

717 B. VAN DAMME, *T.Not.* 2000, 427 v., nr. 20.
Discussie is er wel nog over de vraag wat er gebeurt als de notaris het toch doet. De beslagleggende schuldeiser, die een verkoop uitlokt, kan zich verzetten tegen een dergelijk beding in de verkoopsbedingen, waardoor hij natuurlijk wordt benadeeld. Als dit beding niet is aangevochten heeft dit tot gevolg dat het desbetreffende bedrag buiten de rangregeling valt, zodat de vereniging daardoor een feitelijke voorrang verkrijgt boven de andere schuldeisers van de verkoper. Aangezien het hier om een derdenbeding gaat, valt het bedrag in beginsel buiten de prijs (zie Beslagrechter Nijvel 10 juli 1996, *T. Not.,* 1997, 119 afkeurende noot C.A. LEUNEN). De meerderheid van de rechtsleer is een

daardoor buiten de mogelijke samenloop op de koopprijs betaald wordt (de schuldvordering van de vereniging is immers niet bevoorrecht).

In de Franse rechtspraak wordt meer algemeen een verkoopsvoorwaarde bij executoriale verkoop, waarin aan de koper werd opgelegd om naast de prijs bepaalde schuldeisers van de verkoper te betalen, in strijd geacht met de regel van de gelijkheid van de schuldeisers van art. 2093 CC[718].

I.IV.C.3.f. Hoofdelijke verbintenissen van vruchtgebruiker en blote eigenaar

Voor de lasten van appartementsmede-eigendom, zie art. 3.86 § 3 BW.

I.IV.C.3.g. Hoofdelijkheid tussen ondertekenaars van een cheque of wisselbrief.

Voor de solidariteit tussen de ondertekenaars (inbegrepen trekker en endossanten) van een wisselbrief, zie de bespreking van de wisselbrief bij de delegatieovereenkomst in I.VI.C.1. Ook bij een cheque zijn de trekker en de endossanten hoofdelijk aansprakelijk jegens de houder voor de betaling van de cheque.

I.IV.C.3.h. Persoonlijke verbintenis van de lasthebber

Een andere voorbeeld is de lasthebber die binnen de perken van zijn mandaat optreedt in naam van zijn lastgever, maar zich ook persoonlijk verbindt (art. 1997 *in fine* OBW). Er is ook hoofdelijkheid wanneer een verbintenis wordt aangegaan namens een rechtspersoon in oprichting, en deze de verbintenis niet binnen de wettelijke termijn overneemt (art. 2:2 WVV, voorheen 60 Wb. Venn.).

I.IV.C.3.i. Contractuele inhoudings- en betalingsverplichtingen

Een voorbeeld is de certificatie van een cheque door de bankier op wie deze getrokken is. Dit houdt een verplichting voor de bankier in om het fonds (dekking) gedurende de hele aanbiedingstermijn te blokkeren ten gunste van de houder van de cheque (art. VII.216/104 WER, voorheen 4 IV Chequewet); bij miskenning daarvan is de bankier aansprakelijk *in solidum*.

I.IV.C.4. Enkele bijzondere wettelijke vormen van (volmaakte) solidariteit

I.IV.C.4.a. Verbonden met inhoudings- of betaalplichten van schuldenaars van de schuldenaar

De solidariteit is hier vergelijkbaar met een soort pandrecht van een derde op die schuldvordering van de schuldenaar op zijn eigen schuldenaar.

I.IV.C.4.a.1° Inhoudingsplicht voor bedrijfsvoorheffing en socialezekerheidsbijdragen en BTW

De werkgever is zélf schuldenaar van de in te houden en ingehouden bedrijfsvoorheffing en sociale zekerheidsbijdragen van zijn werknemers[719]. Een vergelijkbare regel vinden we in art. 51 §

---

andere mening toegedaan, ten onrechte evenwel: de schuldeisers worden beschermd door de mogelijkheid zich te verzetten tegen de verkoopsbedingen, en het beding zou in beginsel moeten worden vernietigd - maar zo dit niet gebeurt, valt het bedrag wel buiten de rangregeling. Bij betwisting van de verkoopsbedingen zal het beding wel door de rechtspraak geweerd worden, zie bv. Beslagr. Antwerpen 5 december 1989, *RW* 1989-90, 1230 = *RGEN* 1990, 284 noot; J. DE VROE, 'Medeëigendom in appartementsgebouw', *T.Not.* 1984, 211-214; J. LINSMEAU, in *La copropriété*, 282 v.; Beslagr. Brussel 20 mei 1988, *JLMB* 1989, 160.
Anders M. VILEYN, 'Het appartementsrecht en de medeëigendom', *TPR* 1983, (13) 47; Beslagr. Brussel 16 november 1987, *RGEN* 1988, nr. 23592; AEBY, *La propriété des appartements* (Brussel 1983), 333 nr. 342.

718 Cass. civ. 6 maart 1991, *D.* 1999 *J.* 113; Cass. civ. 17 juni 1992, *D.* 1992 *J.* 229.

719 Voor de SZ-bijdragen: art. 23 RMZ-Wet (officieel de "Wet van 27 juni 1969 tot herziening van de Besluitwet van 28 december 1944"); voor de schadevergoedingen bij niet-nakoming, zie art. 28 tot 30 RMZ-Wet.

4 WBTW, krachtens hetwelk in bepaalde sectoren de afnemer zelf de BTW moet betalen aan de fiscus[720]. De werkgever die de sociale bijdragen niet inhoudt, kan deze niet terugvorderen van de werknemer (art. 26 lid I RSZ-Wet), zelfs niet als de betaling heeft plaatsgehad aan een gerechtsdeurwaarder in het kader van een derdenbeslag[721].

I.IV.C.4.a.2° Solidaire gehoudenheid van opdrachtgevers en vennoten van ondernemers met uitstaande (para)fiscale schulden (« ketenaansprakelijkheid »).

I.IV.C.4.a.2.a) Gehoudenheid van opdrachtgevers en vennoten

Artt. 54 Wetboek Invordering en 30*bis* en 30*ter* RMZ-Wet[722] betreffen de opdrachtgever die voor bij KB nader omschreven categorieën van werken en activiteiten ("risicosectoren") een beroep doet op en betalingen verricht aan een ondernemer die achterstallige (Belgische) fiscale of parafiscale schulden heeft. Zij sanctioneren deze opdrachtgevers met een gehele of gedeeltelijke hoofdelijke aansprakelijkheid voor diens sociale en fiscale en gelijkgestelde schulden in geval zij bepaalde verplichtingen jegens de overheid, en met name een inhoudingsplicht (zie nader hieronder) miskennen[723]. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid werd als dusdanig niet ongrondwettig geacht door het GwH[724].

Die inhoudingsplicht wordt in *Zekerheden- en Insolventierecht* V.V.B.6 nader ter sprake vanuit het perspectief dat het gaat om een zekerheidsrecht van de overheid op de schuldvorderingen die aannemers van werk of diensten hebben op hun opdrachtgevers. Aangezien de hoofdelijke aansprakelijkheid een sanctie is voor de miskenning daarvan, verwijzen we voor de uitwerking naar de bespreking aldaar.

Behalve de verplichtingen van de opdrachtgever heeft een aannemer die met onderaannemers werkt ook nog een meldingsplicht jegens de RSZ en de eigen opdrachtgever (sedert 1 juni 2009 verplicht elektronisch) – zie art. 30bis § 7 en 30ter § 7 RMZ-Wet (deze meldingsplicht werd bij W. 8 december 2013 uitgebreid naar aannemers die werken voor eigen rekening uitvoeren of ze laten uitvoeren voor eigen rekening om daarna dat onroerend goed geheel of gedeeltelijk te vervreemden).

Sanctie

720 Over de legaliteit van die bepaling, zie GwH 10 oktober 2012, www.const-court.be/public/n/2012/2012-117n.pdf.

721 Cass. 17 oktober 2022, S.21.0027.N, *RW* 2022-23, 1497.

722 Zoals meermaals gewijzigd, onder meer bij W. 7 november 2011 en Programmawet 20 juli 2015.

723 In sommige andere landen bestaan vergelijkbare regels, minstens voor bepaalde gevallen.
In Nederland is er een "ketenaansprakelijkheid" voor door onderaannemers niet-betaalde loonbelasting en premies voor volks- en werknemersverzekeringen, tenzij men een overeenstemmend bedrag blokkeert op een bijzondere rekening ("g-rekening"; sedert juli 2014 vervangen door een consignatie bij de Belastingdienst); zie art. 35 Invorderingswet rijksbelastingen van 30 mei 1990; deze geldt ook voor bepaalde vormen van roerende onderaanneming, met name vervaardiging van kledij (zie art. 35 a Invorderingswet 1990) en in bepaalde gevallen zelfs bij bedrijfsmatige aankoop van kledij (art. 35 b). Daarnaast is er ook een "inlenersaansprakelijkheid" van bedrijven die uitzendwerknemers gebruiken voor sommige fiscale schulden (loonvoorheffing en BTW) van het uitzendkantoor, die kan vermeden worden door een deel van de som op een rekening te blokkeren (art. 34 v. Invorderingswet 1990). Daarnaast is er een hoofdelijke aansprakelijkheid voor de betaling van het minimumloon voor werknemers ingeleend van niet-erkende uitzendbureaus (art. 7:692 NBW, sinds 1 januari 2010)).
In Italië is er sinds 2003 een hoofdelijke aansprakelijkheid van de opdrachtgever van werk of diensten voor de lonen en sociale bijdragen van de werknemers van de aannemer (Decr. 276/2003) en sinds 2006 voor sommige schadevergoedingen aan werknemers wegens ongevallen (L. 296/2006) en sinds 2006, later uitgebreid, voor belastingschulden van de aannemer (Decr. 223/2006 en L. 134/2012).

724 GwH 25 mei 2016, www.const-court.be/public/n/2016/2016-079n.pdf.

De miskenning van de inhoudings- en doorstortingsplicht gesanctioneerd met een hoofdelijke aansprakelijkheid van de opdrachtgever voor de fiscale en gelijkgestelde schulden en de sociale schulden van de aannemer, zowel diegene die bij het sluiten bestonden als diegene die pas tijdens de uitvoering van de overeenkomst ontstonden (niet meegeteld worden schulden waarvoor een afbetalingsplan bestaat en schulden "in de opschorting" bij gerechtelijke reorganisatie (art. 53 lid II Wetboek Invordering).

De maximale aansprakelijkheid voor fiscale schulden bedraagt 35 % van de prijs (excl. BTW) van de aan die schuldenaar toevertrouwde werken of diensten (art. 54 § 4 Wetboek Invordering) min het wel ingehouden bedrag (art. 55 § 4 lid 2 Wb. Invordering), en wordt niet toegepast als er toepassing wordt gemaakt van de hoofdelijke aansprakelijkheid uit de RMZ-Wet (art. 54 § 7)

De maximale aansprakelijkheid voor sociale schulden is het bedrag van de prijs (art. 30*bis* § 3 RMZ-Wet) - min het ingehouden en doorgestorte bedrag (art. 30*bis* § 4); plus als "bijslag" een boete tot beloop van het ten onrechte niet ingehouden bedrag (art. 30*bis* § 5 RMZ-Wet) [725]; maar niet nog eens het niet ingehouden bedrag erbovenop zoals de RSZ in het verleden eiste[726].

De verjaring van de aanspraak op de medeaansprakelijke hoofdaannemer begint te lopen op het tijdstip waarop de inhouding moest gebeuren, zij het dat de hoofaannemer zich ook erop kan beroepen dat de aanspraak op de onderaannemer verjaard is[727].

Na schuldvergelijking

Indien de schuld van de opdrachtgever is tenietgegaan door schuldvergelijking, kan hij niet inhouden en moet hij niet doorstorten, maar zou hij wel hoofdelijk aansprakelijk blijven. Enkel de bijkomende sancties wegens gebrek aan inhouding zouden dan vervallen[728], maar niet de hoofdelijke aansprakelijkheid[729].

I.IV.C.4.a.2.b) Subsidiaire aansprakelijkheid van eerdere opdrachtgevers

Bovendien zijn de opdrachtgevers van de aansprakelijke opdrachtgever zelf subsidiair aansprakelijk bij niet-betaling door de eerste opdrachtgever – zie art. 30bis § 3 en 3/1 en 30ter § 3 en 3/1 RMZ-Wet en art.. 54 § 8 Wetboek Invordering; de aansprakelijkheid is getrapt, d.w.z.

725 Deze bijslag is vlg. Cass. 19 november 2007, *RW* 2008-2009, 1219, en Cass. 27 juni 2016, S.14.0007.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160627.1 = *RW* 2016-17, 1188, geen straf maar een forfaitaire schadevergoeding. Dit sluit wel nog niet uit dat art. 7 EVRM van toepassing is, wat intussen ook werd beslist door het GwH 9 juli 2020, https://www.const-court.be/public/n/2020/2020-104n.pdf., overweging B.11.2, dat daarop voortbouwend besliste dat de bepaling slechts grondwettig is voor zover zij de rechter toestaat een evenredigheidstoetsing uit te voeren, met name "door rekening te houden met elementen zoals de antecedenten, de inspanningen, de mogelijkheid van de betrokkene om zijn gedrag te wijzigen, of nog, zijn goede trouw". Deze mogelijkheid werd dan met ingan van 12 november 2020 (retroactief) ingevoerd door de wijziging van art. 30bis en 30ter bij Wet 2022 houdende diverse bepalingen in sociale zaken.

726 Wat onwettig werd geacht door Cass. 11 september 2017, S.16.0042.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20170911.3.

727 Cass. 3 april 2023, S.19.0029.N, *Retisec / RSZ, RW* 2023-324, 505.

728 Cass. 12 maart 2018, S.16.0005.N, *RSZ / Haki*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2018:ARR.20180312.4 = *RW* 2018-19, 1262 = *TBO* 2018, 426. Eerder reeds oordeelde rechtspraak dat er in ieder geval geen boete kon worden opgelegd: Arbh. Gent (afd. Brugge) 22 mei 2015, *NjW* 2015, 647 noot E. TIMBERMONT = *RW* 2015-16, 1625.

729 Zo althans het arrest *a quo* voor Cass. 12 maart 2018. Zo ook GwH 8 juli 2021, www.const-court.be/public/n/2021/2021-105n.pdf.

telkens subsidiair aan de wanbetaling van meer dan 30 dagen na dwangbevel door de volgende schakel.

I.IV.C.4.a.2.c) Rechten na betaling

Heeft de opdrachtgever de fiscus of RSZ meer moeten betalen dan hij heeft ingehouden, dan beschikt hij nadien overeenkomstig de gemeenrechtelijke regels over een regresaanspraak (verzekerd met bijkomend een subrogatie) jegens de ondernemer of vennoot (voor het geheel) alsook jegens eventuele andere hoofdelijk aansprakelijke opdrachtgevers (voor hun *contributio*) (zie art. 30*bis* § 3 lid 3 WRSZ verwijst naar art. 1200 v. OBW, nu dus 5.160 v BW).

Om aan dat regres niet elk nuttig effect te ontnemen, is de RSZ verplicht om op eenvoudig verzoek van de aangesproken opdrachtgever de identiteit van de overige opdrachtgevers die de in artikel 30*bis* § 4 WRSZ bedoelde verplichting niet hebben geëerbiedigd, mee te delen[730].

I.IV.C.4.a.3° Aansprakelijkheid van de instrumenterende ambtenaar of bank verbonden met de fiscale en parafiscale verwittigingsplicht

I.IV.C.4.a.3.a) Notificatie bij een akte of attest van erfopvolging

De notaris of andere ambtenaar die een akte of attest van erfopvolging aflevert is verplicht de fiscus en de SZ-inninginstellingen meer dan 12 werkdagen vooraf een bericht te zenden met de identiteit van de overledene, erfgenamen, legatarissen en begunstigde van een contractuele erfstelling. Bij niet-naleving begaat hij een fout in de zin van art. 6.5. BW (voorheen 1382 OBW) en is op grond van art. 43 § 1 Wetboek Invordering 2019 *c.q.* 41*sexies* RMZ-Wet en 23 *quater* SSZ-besluit persoonlijk – zij het *intra vires*[731] - aansprakelijk voor de krachtens art. 44 van dat Wetboek notificeerbare fiscale schulden en gelijkgestelde schulden van die personen en de volgens genoemde bepalingen notificeerbare sociale schulden van die personen.

Hoewel de aansprakelijkheid hier niet berust op de miskenning van een inhoudingsplicht, maar op die van een notificatieplicht alleen, wordt ze toch hier vermeld omwille van de gelijkenis met de sanctie van andere notificatieplichten hieronder.

I.IV.C.4.a.3.b) Andere notificaties

Wanneer een notaris of andere persoon die een authentieke akte verlijdt of een gerechtsdeurwaarder tekortschiet in zijn fiscale en sociale verwittigingsplicht, besproken in *Zekerheden- en Insolventierecht* II.III.F, is deze persoonlijk aansprakelijk voor de belastingschulden en gelijkgestelde en sociale zekerheidsschulden die de fiscus en/of inningsinstellingen van sociale bijdragen niet kunnen recupereren door die tekortkoming. Het betreft de schulden waarvoor deze een wettelijke hypotheek kunnen nemen. De aansprakelijkheid van de notaris is beperkt tot

730 GwH 25 mei 2016, www.const-court.be/public/n/2016/2016-079n.pdf, overweging B.6.4. In die zin eerder reeds Arbh. Luik 26 mei 2005, *JTT* 335; Arbh Bergen 29 september 2011, *JTT* 2012, 81; Arbh Gent/Brugge 13 april 2012, *TGR* 2012, 224; Arbh Gent/Brugge 22 mei 2015, *RW* 2015-16, 1626.

731 Art. 43 § 1 lid II en III Wetboek Invordering bepalen: "Wanneer het gaat om door de erflater verschuldigde sommen is de aansprakelijkheid bedoeld in het eerste lid beperkt tot de waarde van de nalatenschap.
Wanneer het gaat om door de rechtverkrijgenden verschuldigde sommen is de aansprakelijkheid bedoeld in het eerste lid beperkt tot de waarde van de tegoeden die toekomen aan de rechtverkrijgende waarvan de identiteit vermeld is in de akte of het attest en betreffende dewelke de notaris aansprakelijk kan worden gesteld".

de waarde die voor de schuldeiser verloren is gegaan[732]. De aansprakelijke notaris wordt daardoor géén schuldenaar van de belastingschuld maar enkel vergoedingsplichtig voor de schade[733].

Wanneer een bank op verzoek van de schuldenaar de taak van de notaris heeft overgenomen, rust de aansprakelijkheid op de bank (art. 41 Wb. Invordering).

I.IV.C.4.a.4° Solidaire gehoudenheid van de overnemer van een handelszaak, beroep of bedrijf voor fiscale of sociale schulden van de overdrager

De overnemer die tekortschiet in de verwittigingsplicht is hoofdelijk aansprakelijk voor de belastingschulden en sociale zekerheidsschulden van de overdrager tot beloop van de prijs voor de overname. Zie art. 50 Wetboek Invordering, 16*ter* § 2 SSZ-Besluit[734] en 41*quinquies* § 2 RMZ-Wet. Dat geldt niet alleen wanneer de overname met geld wordt betaald, maar ook wanneer ze in aandelen wordt betaald (uitdrukkelijk in de wet opgenomen, art. 50 § 2) en wanneer ze wordt betaald door de overname van schulden[735]. De bepaling geldt niet bij overdracht door een faillissementscurator, een gerechtsmandataris bij gerechtelijke reorganisatie, en bij overgang onder algemene titel (art. 50 § 4).

I.IV.C.4.a.5° Solidaire gehoudenheid bij uitbetaling tegoeden op grond van art. 4.59 BW

Een schuldenaar van een overledene die een tegoed vrijgeeft overeenkomstig art. 4.59 BW (voorheen 1240 *bis* OBW), meer bepaald aan of op instructie van een erfgenaam, legataris of begunstigde van een contractuele erfstelling aangewezen in een attest of in een akte van erfopvolging opgemaakt door een notaris of ontvanger der registratierechten, hoewel de akte of het attest vermeldt dat er belastingschulden van die persoon of van de overledene werden genotificeerd[736] en niet vermeldt dat ze intussen betaald zijn, is persoonlijk aansprakelijk voor die belastingschulden, althans tot beloop van het vrijgegeven tegoed[737]. Deze regel geldt echter enkel indien de schuldenaar het tegoed overeenkomstig art. 4.59 BW (voorheen 1240bis OBW) vrijgeeft; *a contrario* volgt dat de schuldenaar niet aansprakelijk is indien de betaling gebeurt conform art. 5.198 BW (voorheen 1239 of 1240 OBW) *i.e.* aan de schuldeiser (de eigenaar van de schuldvordering), de schijnschuldeiser (het OBW sprak van de bezitter van de schuldvordering) of iemand die door de schuldeiser, de wet of de rechter gemachtigd is om voor de schuldeiser te

732 Art. 39 Wetboek Invordering; art. 23*ter* § 1, 3 , 5 en 8 SSZ-Besluit; art. 41 *quater* § 1, 3 en 5 en 8 RMZ-Wet.
Zie over deze aansprakelijkheid Cass. 14 november 1935, *Pas.* 1936 I 54; HvB Gent 8 januari 1986, *Bull.Bel.* 1978 nr. 559, 271; HvB Brussel 7 oktober 1981, *RGEN* 1983-84, nr. 22.848, 68; Rb. Brussel 20 juni 1983, *Alg.Fisc.T.* 1983, 260 noot S. LIEVENS; B. VERSTRAETE, *Rev.Fisc.* 1972, 101 v.

733 Cass. 3 juni 2016, F.15.0052.F, notaris A.P. / B. Staat, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160603.2; Th. DENOTTE, 'Les notifications fiscales notariales en matière d'impôts directs', *RGEN* 2001, 584; J. VERSTAPPEN, *De fiscale rol van de notaris* (Larcier, 2007), nr. 560 v.

734 Ook van toepassing voor de sociale bijdragen voor het SSZ verschuldigd door de vennootschappen krachtens art. 88 van de programmawet van 30 december 1992 (jaarlijkse bijdrage voor het SSZ) als door de mandaats- of managementvennootschappen (Wet van 13 juli 2005 betreffende de invoering van een jaarlijkse bijdrage ten laste van bepaalde instellingen). Zie art. 95 *bis* van de Wet van 30 december 1992 zoals gewijzigd door art. 64 Wet van 27 december 2005 houdende diverse bepalingen; art. 9 Wet van 13 juli 2005 betreffende de invoering van een jaarlijkse bijdrage ten laste van bepaalde instellingen, zoals gewijzigd door art. 66 Wet van 27 december 2005 houdende diverse bepalingen.

735 Cass. 27 mei 2004, *Min. Financiën / bvba FSAT*, *RW* 2006-2007, 511.

736 Nl. krachtens art. 44 Wetboek Invordering of art. 23*quater* SSZ-Besluit of art. 41 sexies RMZ-Wet.

737 Art. 46 § 1 lid II en § 2 Wetboek Invordering, art. 41 *sexies* § 4 RMZ-Wet en art. 23 *quater* § 4 SSZ-Besluit.

ontvangen[738]. Immers, noch de genoemde kennisgeving aan de notaris of andere ambtenaar noch de vermelding daarvan in het attest of de akte gelden (anders dan andere fiscale notificaties) als derdenbeslag.

I.IV.C.4.a.6° Solidaire gehoudenheid van niet-Btw-plichtige opdrachtgevers

Zie art. 51*bis* § 1, 3° BTW, betreft onroerende werken waarbij de opdrachtgever geen of te weinig BTW factureert[739].

Zie ook nog de nieuwe § 3 van art. 51*bis* BTW over de hoofdelijke gehoudenheid van platformoperatoren in bepaalde gevallen (W. 23 november 2023).

I.IV.C.4.a.7° Andere inhoudingsplichten

Art. 184*bis* W.Reg.: inhoudingsplicht voor openbare ambtenaren op gelden en roerende waarden uit een veroordeling, vereffening of rangregeling wanneer er nog registratierechten op verschuldigd zijn door de persoon aan wie er uitbetaling of teruggave gebeurt (zie verder in V.VI het voorrecht van de ontvanger der registratierechten); de bepaling is opgeheven voor zover betrekking op de Vlaamse schenkbelasting, verkooprecht en verdeelrecht; de federale wetgever is vergeten deze bepaling aan te passen in de W. 21 december 2013 houdende diverse fiscale en financiële bepalingen).

I.IV.C.4.b. Gevallen uit het arbeidsrecht

I.IV.C.4.b.1° Hoofdelijke aansprakelijkheid bij gebruik van ter beschikking gestelde werknemer

Krachtens art. 31 § 4 van de Wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers, zal bij een terbeschikkingstelling van een werknemer aan een gebruiker buiten het kader van hoofdstuk I van die wet (toegelaten arbeidsovereenkomst voor uitvoering van tijdelijke arbeid) of hoofdstuk II van die wet (toegelaten uitzendarbeid), er geen arbeidsovereenkomst zijn met de terbeschikkingsteller, maar vanaf het begin van uitvoering van arbeid die een gebruiker laat uitvoeren door een ter beschikking gestelde werknemer wel een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur met die gebruiker; daarbij is de terbeschikkingsteller evenwel hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de sociale bijdragen, lonen, vergoedingen en voordelen die uit die arbeidsovereenkomst voortvloeien. Gaat het om een terbeschikkingstelling die is toegelaten krachtens art. 32 of 32*bis* (beperkte terbeschikkingstelling of in het kader van een tewerkstellingstraject), dan blijft de overeenkomst die de werknemer met zijn werkgever verbindt, gelden tijdens de periode van ter beschikking stellen; de gebruiker wordt echter hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de sociale bijdragen, lonen, vergoedingen en voordelen die daaruit volgen.

I.IV.C.4.b.2° Ketenaansprakelijkheid bij loonmisdrijven

Art. 35/1 en v. Loonbeschermingswet (ingevoegd door de Programmawet-II van 29 maart 2012[740]) kennen een beperkte ketenaansprakelijkheid van opdrachtgevers voor de betaling van

738 Een legataris zal op basis daarvan alvast niet kunnen afhalen, en dus in ieder geval een akte of attest van erfopvolging nodig hebben.

739 Zie HvB Antwerpen 15 februari 2022, *NjW* 2022, 380.

740 In uitvoering hiervan werden meerdere KB's van 17 augustus 2013 uitgevaardigd, nl. voor de bewakingssector, de bouwsector, de elektriciens, de stoffeerders en houtbewerkers, metaal- machine en elektrische bouw, schoonmaaksector, landbouw, tuinbouw, voedingsnijverheid en -handel (het laatste al gewijzigd bij KB van 11 september 2013), verder een KB van 22 oktober 2013 voor de vleessector en een KB van 24 april 2014 voor bepaalde transportactiviteiten. Dat laatse werd wegens procedurefouten nietigverklaard door de Raad van State 29 juni 2015, *UPTR/minister van Werk*, www.raadvst-consetat.be/Arresten/231000/700/231791.pdf.

loon door hun aannemers in de "risicosectoren" (die bij KB worden aangeduid na advies van de sociale partners). Deze geldt niet voor opdrachtgevers-natuurlijke personen die de activiteit enkel voor privédoeleinden laten uitvoeren (maar dus wel steeds voor opdrachtgevers die een rechtspersoon zijn, inbegrepen een vzw).

De aansprakelijkheid heeft betrekking op de betaling van het loon dat betrekking heeft op de periode ingaand 14 dagen nadat de opdrachtgever door de Sociale Inspectie in kennis is gesteld van een zwaarwichtig tekortschieten in de betaling van loon door zijn aannemer of een verdere onderaannemer[741]. Deze aansprakelijkheid is hoofdelijk en niet subsidiair, maar de opdrachtgever is dus wel niet aansprakelijk indien hij de samenwerking tijdig (dus ten laatste 14 dagen later) stopzet; het tekortschieten waarvoor de kennisgeving is gedaan moet beschouwd worden als een ernstige wanprestatie in verhouding tot de opdrachtgever, die aan die opdrachtgever het recht geeft de aannemingsovereenkomst te verbreken; niettemin kan het geen kwaad dit ook uitdrukkelijk in de aannemingsovereenkomst op te nemen (ev. zelfs als ontbindende voorwaarde). De aansprakelijkheid heeft in beginsel ook enkel betrekking op het gedeelte van het loon dat overeenstemt met de prestaties geleverd in het raam van de activiteiten voor die opdrachtgever (rechtstreeks of onrechtstreeks).

Daarnaast bestaat er in art. 35/7 v. Loonbeschermingswet[742] voor opdrachtgevers (en (hoofd)aannemers) een ketenaansprakelijkheid voor loonschulden van hun (onder)aannemers die illegaal verblijvende werknemers tewerkstellen. Zie verder ook de Wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers (en wijzigingen ervan bij Vlaams decreet).

In art. 35/6/1 en v. Loonbeschermingswet[743] tenslotte geldt een bijzonder regime in de bouwsector[744], waardoor een opdrachtgever (*c.q.* aannemer) aannemer altijd hoofdelijk aansprakelijk is voor het niet betaalde deel van het loon van de werknemers van de medecontractant (aannemer *c.q.* onderaannemer) die de toepasselijke Belgische minumumlonen niet betaalt, wanneer hij niet beschikt over een ondertekende schriftelijke verklaring van beide partijen waarin verwezen wordt naar de website met de mimimumlonen én de belofte van de medecontractant om het verschuldigde loon te betalen.

I.IV.C.4.b.1° Terugbetaling bij onterecht gebruik tijdelijke werkloosheid

Zie art. 2 en 3 van de W. 30 juli houdende diverse bepalingen inzake tijdelijke werkloosheid.

741 Enkele procedurevoorschriften zijn te vinden in het KB van 23 mei 2013 tot uitvoering van artikel 78 van de programmawet (I) van 29 maart 2012.

742 Ingevoegd door art. 20 en v. van de Wet van 11 februari 2013 tot vaststelling van sancties en maatregelen voor werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen; wet ter omzetting van de Europese Sanctierichtlijn 2009/52. Besproken door S. COCKX, 'Actualia arbeidsrecht in de bouwsector. Een aantal recente fraudebestrijdingsmaatregelen onder de loep', *TBO* 2013, 147 v.

743 Ingevoegd door art. 12 en v. van de Wet van 11 december 2016 houdende diverse bepalingen inzake detachering van werknemers.

744 Meer precies gaat het zowel om activiteiten die vallen onder het paritair comité bouw (124) als werken in onroerende staat in de zin van art. 20 §2 BTW-KB nr. 1 die behoren tot PC 111 (metaal), PC 121 (schoonmaak), PC 126 (houtbewerking) of PC 149,01 (elektriciens).

I.IV.C.4.c. Legatarissen moeten de ontvanger van de successierechten laten voorgaan

Legatarissen en begiftigden van de overledene moeten de ontvanger van de successierechten laten voorgaan: zij zijn immers schuldenaars van de successierechten op wat zij ontvangen (art. 2.7.2.0.1 Vl.C.Fiscaliteit/70 I W.Succ.), ook wanneer zij in de interne verhouding niet moeten bijdragen in die lasten (wat zij overigens in beginsel wel moeten, zie art. 3.10.4.3.1. Vl.C.Fiscaliteit/75 W.Succ.). En ze ondergaan desgevallend het verhaal van de fiscus op de gelegateerde goederen voor niet betaalde successierechten in het algemeen.

I.IV.C.4.d. Gevallen uit het vennootschapsrecht

De aansprakelijkheid van bestuurders voor schulden van de vennootschap in bepaalde gevallen is een belangrijk correctief op het nadeel dat de schuldeisers leiden door de beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouders e.d. bij volkomen rechtspersonen. Deze regels dienen dan ook in het IPR vaak als regels van insolventierecht te worden beschouwd en werden bij de invoering van de nieuwe insolventiewet dan ook daarheen overgeheveld (art. XX.225 v. WER).

Uit art. 2:55 WVV (voorheen 61 § 2 Wb.Venn.) volgt dat indien de bestuurder zelf een rechtspersoon is, er altijd een natuurlijke persoon moet zijn die persoonlijk aansprakelijk is (de 'vaste vertegenwoordiger').

I.IV.C.4.d.1° Oprichtersaansprakelijkheid

Volgens art. 2:2 WVV zijn zij die in naam van een vennootschap in oprichting en vooraleer deze rechtspersoonlijkheid heeft verkregen, in enigerlei hoedanigheid een verbintenis hebben aangegaan, persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk, behalve wanneer de vennootschap binnen twee jaar na het ontstaan van de verbintenis rechtspersoonlijkheid heeft verkregen en zij bovendien die verbintenis binnen drie maanden na die verkrijging heeft overgenomen, en tenzij anders is overeengekomen met de schuldeiser.

I.IV.C.4.d.2° Prijs te betalen bij uitsluiting

Art. 2:67 WVV (voorheen 338 IV en 640 IV Venn.Wb.) bepaalt dat bij uitsluiting van een minderheidsaandeelhouder wegens gegronde reden de overnemers hoofdelijk gehouden zijn tot betaling van de prijs voor de over te nemen aandelen.

I.IV.C.4.d.3° Hoofdelijke aansprakelijkheid voor bijzondere soorten schulden van de vennootschap

Er zijn een reeks gevallen waarin bestuurders of zaakvoerders van vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap (in het bijzonder fiscale en parafiscale schulden[745] of loonmisdrijven[746]).

Volgens art. XX.226 WER kunnen bestuurders/zaakvoerders of gewezen

[745] Deze gevallen werden sterk verruimd door de fiscale wet van 20 juli 2006, art. 14 tot 16;.

[746] Bv. Arbh. Antwerpen 9 oktober 1998, *RW* 1998-99, 1355; Arbh. Antwerpen 27 oktober 2000, *Soc.kron.* 2001, 477; Arbh. Antwerpen 8 mei 2001, *JTT* 2002, 96; Arbh. Gent 13 december 2004, *RW* 2005-2996, 1142; Arbrb. Ieper 26 oktober 2007, *RW* 2008-2009, 878 noot H. BUYSSENS 'Bestuurdersaansprakelijkheid bij loonmisdrijf en overmacht'.

bestuurders/zaakvoerders, alsmede alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad, jegens de curator en de RSZ hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de sociale zekerheidsschulden van de vennootschap, indien een door hen begane grove fout aan de basis lag van het faillissement of indien zij in de periode van vijf jaar voorafgaand aan de faillietverklaring[747] reeds waren betrokken bij minstens twee faillissementen of vereffeningen met schulden ten aanzien van een inningsinstelling van de socialezekerheidsbijdragen; het laatste is een geval van objectieve aansprakelijkheid[748]. Bepaalde handelingen gelden onweerlegbaar als een kennelijk grove fout (bv. art. XX.225 § 1, lid 2: elke ernstige fiscale fraude).

Een vermoeden van fout en causaliteit en dus aansprakelijkheid van bestuurders is verder te vinden in art. 51 § 2 Wetboek Invordering (herhaalde niet-betaling van bedrijfsvoorheffing of BTW door een rechtspersoon)[749]. Anders dan sommige rechtspraak voordien oordeelde[750], besliste het Hof van cassatie dat het hier niet om een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad gaat (hoewel er wel een fout is vereist), maar om een hoofdelijke medegehoudenheid voor de belastingschuld zelf[751], zij het dat daarnaast er aansprakelijkheid kan zijn indien aan de gemeenrechtelijke vereisten van art. 6.5 BW (voorheen 1382 OBW) is voldaan[752] (ook buiten het specifieke geval van deze herhaalde niet-betaling, zie art. 51 § 1).

De aansprakelijkheid krachtens art. XX.226 WER vereist geen kwade trouw, maar de goede trouw kan in rekening komen om de omvang van de gehoudenheid te bepalen[753], die zelfs tot een symbolische euro kan worden beperkt[754].

Verder kunnen de bestuurders/zaakvoerders of gewezen bestuurders/zaakvoerders, alsmede alle

---

747 Een faillissement dat dezelfde dag wordt uitgesproken, mag daarbij worden meegerekend: Cass. 7 april 2017, C.16.0390.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20170407.4 = *TBH* 2017, 750, noot A. VAN HOE & K. DE SMET = *Limb. Rechtsl.* 2019, 118.

748 Waarvan de grondwettigheid werd aanvaard door arresten van het GwH 29 maart 2012, www.const-court.be/public/n/2012/2012-052n.pdf en 8 mei 2014, www.const-court.be/public/n/2014/2014-079n.pdf, met dien verstande dat de rechter daarbij kan (en eigenlijk moet) nagaan of er wel sprake is van een procédé van frauduleuze herhaling dan wel de betrokkene te goeder trouw was. Zo ook GwH 25 september 2014, www.const-court.be/public/n/2014/2014-133n.pdf. Zie eerder reeds GwH 17 september 2009, www.grondwettelijkhof.be/public/n/2009/2009-139n.pdf = *NjW* 2010, 61 noot SDG = *RW* 2009-2010, 1178. Voor een bespreking zie onder meer M. WYCKAERT & F. PARREIN, 'Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid ?', *Themis Cahier* nr. 65, 1 v.

749 Allen ingevoegd door de Programmawet van 20 juli 2006. Die bepalingen houden een weerlegbaar foutvermoeden in bij herhaalde niet-betaling van de bedrijfsvoorheffing door de vennootschap en de niet-betaling niet het gevolg is van financiële moeilijkheden die aanleiding hebben gegeven tot het openen van de insolventieprocedure. Voor gevallen waarin tegenbewijs werd aanvaard: Rb. Antwerpen 26 oktober 2010, *RW* 2011-2012, 795; HvB Gent 7 juni 2016, *RW* 2016-17, 424 (betaling gevolg van financiële moeilijkheden die eerst tot gerechtelijke reorganisatie en uiteindelijk tot faillissement hebben geleid).
De omkering van de bewijslast door art. 442*quater* werd niet ongrondwettig geacht door arrest nr. 50/2012 van 29 maart 2012 het GwH, www.const-court.be/public/n/2012/2012-050n.pdf.

750 Bv. Arr. Dendermonde 21 november 2012, *NjW* 2013, 662 noot A. VANDERHAEGHEN, dat daaruit afleidde dat de BTW-administratie wel eerst een veroordelend vonnis moet verkrijgen. Zie ook voor de wetswijziging HvB Antwerpen 15 november 2012, *RABG* 2013, 532 noot V. CIERS.

751 Cass. 19 september 2014, F.12.0206.N, met concl. A.g. Thijs, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20140919.13.

752 Cass. 19 september 2014, F.13.0055.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20140919.15 ;Cass. 19 november 2019, P.19.0538.N , juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2019:ARR.20191119.1 = *RW* 2021-22, 244.

753 Cass. 24 maart 2016, C.15.0166.N, *RSZ iz. faill bvba F. Dirix*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160324.13.

754 Cass. 18 juni 2020, C.19.0258.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200618.1N.15.

andere personen die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad bij faillissement van de vennootschap meer algemeen voor het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld:
- op grond van art. XX.225 WER[755] indien een door hen begane kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement[756] :
- op grond van het nieuwe art. XX.227 WER (*wrongful trading*) indien:
a) op een gegeven ogenblik voorafgaand aan het faillissement, de betrokken persoon wist of behoorde te weten dat er kennelijk geen redelijk vooruitzicht was om de onderneming of haar activiteiten te behouden en een faillissement te vermijden;
b) de betrokken persoon op dat ogenblik één van de hierboven vermelde hoedanigheden had; en
c) de betrokken persoon vanaf het ogenblik bedoeld in *a)* niet heeft gehandeld zoals een normaal voorzichtig en zorgvuldig bestuurder in dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld;
en dit zonder dat er een causaal verband moet zijn met het passief dat hem ten laste wordt gelegd ..... [757]!

Buiten deze wettelijke geregelde gevallen kan het zijn dat een bestuurder aansprakelijk is uit onrechtmatige daad. Aangezien het dan normaal om een aansprakelijkheid *in solidum* gaat, wordt dit besproken onder I.IV.C.5. De hierboven besproken gevallen zijn veelal overigens bijzonder geregelde gevallen van de onrechtmatige daad die bestaat uit medeplichtigheid aan schuldeisersbenadeling[758].

De vraag of de aanspraak op schadevergoeding bij samenloop enkel aan de curator toekomt, of ook aan de individuele schuldeisers, wordt in Deel IX Insolventierecht besproken. Zoals daar besproken is een kwijting van de bestuurder niet tegenwerpelijk aan de boedel.

Een andere bijzondere regel vinden we in art. 50 van de Notariswet: de notaris die zijn of haar ambt uitoefent in vennootschap is niet persoonlijk aansprakelijk voor de schuld van de vennootschap, tenzij de notaris handelde met bedrieglijk oogmerk of het oogmerk schade te

---

755 Bij kleine vennootschappen geldt dit niet krachtens art. XX.225 § 2.

756 Voor een uitvoerig gedocumenteerd vonnis, zie kh. Tongeren 13 januari 2005, *RW* 2008-2009, 504. Een voorstel tot uitkering van dividenden en/of tantièmes kan zo'n kennelijk grove fout uitmaken wanneer dat tot het faillissement heeft bijgedragen: Cass. 23 mei 2024, *faill. Carir Cartonnage BV*, *TBH* 2025, 707 noot Jérôme DUBOIS 'La responsabilité des administratuers et des actionnaires en matière de distribution de dividendes sur les bénéfices annuels, notamment en case de la faillite ultérieure de la société'
Wanneer de fouten hebben bijgedragen tot het faillissement van meerdere vennootschappen die op grond van een rechterlijke beslissing als één geheel worden vereffend, moet het tekort worden vastgesteld op grond van het verschil tussen baten en schulden van de gehele boedel: Cass. 17 oktober 2008, C.07.0118.N, faill. *Constructiehuizen G. Van Wijsnberghe*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20081017.3.
De cassatierechtspraak is daarbij nogal laks wat het causaal verband met het passief betreft; zo oordeelde Cass. 18 juni 2013, P.12.1412.N, *faill. Arduco*,.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20130618.2 = *RW* 2013-14, 1425 dat het tegenstrijdig is te beslissen dat de fout het faillissement heeft veroorzaakt maar niet de totaliteit van het passief zou hebben veroorzaakt, m.i. een erg betwistbare redenering.
Gezien art. 2 BW (nu 1 OBW) (geen terugwerking nieuwe wet) besliste kh. Brussel 27 november 2008 (*RRD* 2010, 521) dat bij de beoordeling geen rekening kon worden gehouden met feiten of gedragingen van voor de datum van inwerkingtreding van de wet (d.i. 1 september 2006). Cass. 14 februari 2025, C.23.0150.N, https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2025:ARR.20250214.1N.8/NL, oordeelde dat aansprakelijjheid mogelijk is indien de fout reeds bestond voor de inwerkingtreding van art. XX.227 WER mits de fout na de inwerkingtreding bleef voortduren.

757 Cass. 14 februari 2025, C.23.0150.N, https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2025:ARR.20250214.1N.8/NL,

758 J. VANANROYE & L. MARIEN, in *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, (107) 143 nr. 30.

berokkenen[759].

I.IV.C.4.d.4° Faillissementsmisdrijven

Een aansprakelijkheid van bestuurders voor schulden van de vennootschap kan ook volgen, wanneer de vennootschap failliet is, uit de bepalingen inzake faillissementsmisdrijven (art. 490 Nieuw Sw. 2024, in het oude Sw. 1867 art. 489, 489bis; art. 491 Nieuw Sw. 2024, in het oude Sw. 1867 art. 489ter, verder in het oude Sw. 1867 492bis Sw. en in het nueuwe492 v? Sw. 2024). Het betreft onder meer de bestuurders die zonder voldoende tegenprestatie, ten behoeve van derden met inachtneming van de financiële toestand van de onderneming te aanzienlijke verbintenissen hebben aangegaan, of met het oogmerk om de faillietverklaring uit te stellen, een schuldeiser ten nadele van de boedel betaald of bevoordeeld hebben[760], met bedrieglijk opzet misbruik maken van vennootschapsgoederen[761] (nu art. 476 Sw. 2024) en enkele andere. Ook het gewone misdrijf van Misbruik van vertrouwen (art. 475 Sw. 2024, voorheen art. 491 Sw. 1867) kan relevant zijn, nu bestuurders toegang hebben tot goederen van de vennootschap en zich die kunnen toe-eigenen: van het misdrijf is bv. sprake wanneer men voor persoonlijke gebruik gelden opneemt van de vennootschap in de wetenschap dat men die niet kan terugbetalen[762].

I.IV.C.4.d.5° Aansprakelijkheid voor kosten gebrekkige boekhouding

Krachtens art. XX.147 lid 2 WER zijn de bestuurders en de zaakvoerders van de failliete rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk voor de kosten voor de opmaak van de balans, wanneer de balans en de overige stukken bedoeld in artikel XX.103 WER niet zijn neergelegd bij de aangifte van staking van betaling of wanneer uit de verificatie blijkt dat aanzienlijke correcties noodzakelijk zijn.

I.IV.C.4.d.6° Verjaring

Voor deze aansprakelijkheden geldt in beginsel de vijfjarige verjaring van art. 2:143 WVV. Het vertrekpunt is enkel opgeschort bij opzettelijk verborgen houden; in dat geval loopt de verjaring volgens de wettekst vanaf de ontdekking, maar de cassatierechtspraak laat deze reeds lopen vanaf de mogelijkheid van kennisname door de schadelijder[763]. Bij opzettelijk achterhouden van de boekhouding door de voormalige bestuurders loopt de verjaring van de aansprakelijkheidsvordering door de curator maar vanaf het overhandigen van de

759 Dat de notaris buiten die gevallen niet persoonlijk aansprakelijk is, zie Cass. 1 juli 2024, *notaris L.M. / Betonfabriek*, C.23.0105.N, https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2024:ARR.20240613.1N.8/NL

760 Vergelijkbare aansprakelijkheden vinden we in andere rechtsstelsels, bv. in het Engelse recht voor '*wrongful trading*' of in het Duitse recht voor '*Insolvenverschleppung*'.

761 Dat de bestuurder strafbaar stelt die met bedrieglijk opzet en voor persoonlijke rechtstreekse of indirecte doeleinden gebruik hebben gemaakt van de goederen of van het krediet van de rechtspersoon, hoewel zij wisten dat zulks op betekenisvolle wijze in het nadeel was van de vermogensbelangen van de rechtspersoon en van die van zijn schuldeisers of vennoten. Ook het geval waarin de bestuurder zijn eigen schuldvordering op de vennoorschap uitbetaalt kan daaronder vallen, zie Cass. 2 februari 2016, P.14.0578.N, faill. Terco, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160202.1 = *RW* 2016-17, 1132 = *TRV-RPS* 2016, 261 noot G. LINDEMANS.

762 Cass. 21 maart 2023, P.22.1716.N, juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230321.2N.7_NL.pdf.

763 Cass. 12 september 2013, C.13.0045.N, *EEG Slachthuis Verbist Izegem*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20130912.2.

boekhouding[764].

I.IV.C.4.e. Gemeenschappelijke fouten en strafrechtelijk gesanctioneerde fouten

I.IV.C.4.e.1° Aansprakelijkheid

Alle wegens eenzelfde misdrijf door eenzelfde vonnis veroordeelde personen zijn in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor de gerechtskosten andere dan de rechtsplegingsvergoeding (art. 50 lid 2 en 3 Sw 1867, art. 68 nieuw Sw. 2024). De strafrechter kan gemotiveerd afwijken van de hoofdelijkheid inzake de kosten (art. 50 lid 3 Sw 1867, Art. 68, tweede zin Sw. 2024)[765]. Wanneer een partij niet schuldig is aan het misdrijf, maar er wel burgerrechtelijk aansprakelijk voor is (bv. een verzekeraar), wordt deze krachtens art. 162 Sv. in de kosten verwezen en gaat het opnieuw om een aansprakelijkheid *in solidum*.

Voor de rechtsplegingsvergoeding geldt dit laatste niet. Art. 162*bis* Sv. bepaalt in welke gevallen in de strafprocedure een rechtsplegingsvergoeding wordt toegekend, maar voor het overige wordt verwezen naar art. 1022 GerW; uit die bepaling volgt volgens het Hof van cassatie dat bij meerdere schuldenaars van de rechtsplegingsvergoeding, deze moet worden verdeeld onder hen en zij niet hoofdelijk of *in solidum* aansprakelijk zijn[766].

In het oude Sw. 1867 bepaalde art. 50 Sw. 1867 dat alle wegens eenzelfde misdrijf veroordeelde personen in beginsel[767] ook hoofdelijk aansprakelijk zijn tot teruggave en schadevergoeding, welke ook de graad van deelneming van ieder van hen is geweest. Deze bepaling is niet hernomen in het nieuw Sw. 2024, zodat hiervoor het gemeen recht (boek 5 en 6 BW) geldt.

Bij onrechtmatige daden die geen misdrijf vormen maakte de rechtspraak onder het Oud BW het volgend onderscheid:
- gaat het om een gemeenschappelijke fout in de zin van een fout waarbij verschillende personen wetens tot het ontstaan van hetzelfde schadeverwekkende feit hebben samengewerkt, dan was er (volmaakte) hoofdelijkheid[768]; een wettelijk geregeld geval betreft ondernemingen die door een gemeenschappelijk optreden een inbreuk op het mededingingsrecht hebben begaan (zie art. XVII.86 WER);
- ontbreekt dit intentioneel element, dan gaat het om "samenlopende fouten" en is er een aansprakelijkheid *in solidum* (mits er causaal verband is)[769]. Hetzelfde geldt wanneer de ene partij aansprakelijk is wegens fout en de andere op een andere grond (kwalitatieve aansprakelijkheid of een andere foutloze aansprakelijkheid).

---

764 Cass. 20 juni 2025, C.24.0187.N, *R / curatoren Exploitatie Maatschappij Forabel bv*, https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2025:ARR.20250620.1N.13

765 Deze afwijkingsmogelijkheid geldt niet voor de schadevergoeding zelf: Cass. 28 september 2010, P.10.0276.N, https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100928.2; HvB Antwerpen 8 september 2020, *RW* 2020-21, 1231.

766 Cass. 6 december 2016, P.15.0250.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20161206.2.

767 Bijzondere bepalingen kunnen daarvan expliciet of impliciet afwijken, bv. art. 35 RSZ-Wet, zie Cass. 19 oktober 2010, P.09.0963.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20101019.2 .

768 Cass. 15 februari 1974, *RW* 1973-74, 1732, met conclusie van advocaat-generaal F. Dumon; Cass. 3 mei 1996, *Arr.Cass.* 1996, 394.

769 L. Cornil, conclusie voor Cass. 2 april 1936, *BJ* 1936, 423; P. VAN OMMESLAGHE, 'Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations', *RCJB* 1988, 84; Cass. 10 oktober 1952, *Pas.* 1953, I, 48; Cass. 15 februari 1974, *RW* 1973-74, 1732, met conclusie van advocaat-generaal F. Dumon = *RCJB* 1975 noot J.L. FAGNART.

Onder het nieuw BW evenwel gaat het in beide gevallen om een aansprakelijkheid *in solidum* (zie art. 6.19 BW). Wel bepaalt art. 6.49 BW dat bij productenaansprakelijkheid de aansprakelijk van de verscheidene personen die aansprakelijk zijn voor dezelfde schade, hoofdelijk is.

Voor fiscale misdrijven bepalen art. 458 WIB en 73*sexies* lid I WBTW dat de mededaders van de fiscale misdrijven van art. 449 tot 452 WIB en 73 en 73*bis* WBTW hoofdelijk gehouden zijn tot betaling van de ontdoken belasting; deze gehoudenheid is geen straf maar een vorm van schadevergoeding[770] en geldt dus enkel voor de ontdoken belasting en niet voor de verhogingen en boeten[771]; de eventuele veroordelingen tot een boete en kosten zijn als straf in beginsel persoonlijk en niet hoofdelijk. Daarnaast bepaalt art. 73 *sexies* lid 2 BTW dat in geval de dader of medeplichtige een aangestelde is of een beheerder, zaakvoerder of vereffenaar, de aansteller *c.q.* rechtspersoon mede (hoofdelijk) burgerlijk aansprakelijk is voor de geldboeten en de kosten.

De verbeurdverklaring is een straf en geen herstelmaatregel, zodat daar het persoonlijk karakter van de straf speelt[772]. Er is dus géén hoofdelijkheid bij de verbeurdverklaring van art. 53 § 2 lid 1, 4 ° Sw. 2024 (voorheen 42, 3° sw. 1867) en 53 § 2 lid 2 Sw. 2024 (voorheen 43*bis* II Sw. 1867)[773] De verplichting tot afgifte of vergoeding (equivalent) van goederen die zijn onttrokken aan het douanetoezicht daarentegen zou volgens het Hof van cassatie een burgerrechtelijke verplichting tot schadevergoeding zijn, die volgt uit het eigendomsrecht van de staat ingevolge de verbeurdverklaring, zodat de veroordeling tot teruggave daarvan dan wel vergoeding van het equivalent, wel hoofdelijk zou zijn[774].

I.IV.C.4.e.2° Draagplicht, regres en subrogatie

I.IV.C.4.e.2.a) Gevolgen van de verdeling van de draagplicht

In al de gevallen waarin het om een burgerlijke sanctie gaat, gelden de regels inzake regres en subrogatie tussen hoofdelijk aansprakelijken[775]:
- het regresrecht dat wordt gegrond op art. 6.21 BW (voorheen impliciet op 1382 OBW[776]);

---

770 Cass. 15 oktober 2002, *Arr.* nr. 540; Cass. 21 oktober 2008, P.08.0535.N, niet op juportal, *Nullum crimen* 2009, 64

771 Zie in dit verband de arresten van het Grondwettelijk Hof d.d. 18 juni 2009, grondwettelijkhof.be/public/n/2009/2009-099n.pdf = *RABG* 2009, 1273 noot A. SOETAERT, 'Na het Hof van cassatie kwalificeert ook het Grondwettelijk Hof de hoofdelijke gehoudenheid bij fiscale fraude als een burgerlijk gevolg' = *RW* 2009-2010, 927; en d.d. GwH 9 juli 2009, grondwettelijkhof.be/public/n/2009/2009-105n.pdf = *RW* 2009-2010, 1683 noot P. HOET, 'Kan de ambtshalve veroordeling tot hoofdelijke gehoudenheid tot betaling van de ontdoken belasting nooit een straf zijn en dient daartoe het Grondwettelijk Hof te worden bevraagd?'; en d.d. GwH 16 juli 2009, grondwettelijkhof.be/public/n/2009/2009-117n.pdf = *Rev.Dr.Pénal* 2010, 472 noot L. HUYBRECHTS 'L'obligation solidaire au paiement de l'impôt éludé'; alsook tenslotte GwH 20 oktober 2009, grondwettelijkhof.be/public/n/2009/2009-159n.pdf. Kritisch over deze verregaande sanctie en aanvaarding ervan door het GwH: A. MISSAL, 'De hoofdelijke gehoudenheid tot belastingschulden na een strafrechtelijke veroordeling: een stand van zaken', *TFR* 2010, 935 v.

772 Zie bv. Cass. 15 januari 2013, P.12.0284.N, *faill. Publi Team*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20130115.3.

773 Cass. 3 september 2013, P.10.1836.N, *Occhiolino*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20130903.6 = *RW* 2015-16, 265 met noot. Zie eerder Cass. 27 mei 2009, *RW* 2010-11, 570; Cass. 9 april 2013, *Arr.Cass.* 2013, 888; J. ROZIE, 'Over de hoofdelijkheid bij voordeelsontneming', *Nullum crimen* 2010, 180-184.

774 Cass. 28 juni 2016, P.14.1588.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160628.2; Cass. 28 juni 2016, P.14.1132.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160628.1.

775 GwH 9 juli 2009, grondwettelijkhof.be/public/n/2009/2009-105n.pdf, overweging B.7.4.

776 Dat beide bepalingen ook gelden bij een gehoudenheid *in solidum* wordt ook bevestigd in Cass. 17 juni 1982, *RW* 1984-85 = 1143, *RCJB* 1986, 683, noot L. CORNELIS. Eerder: Cass. 10 juli 1952, *RW* 1952-53, 1228; Cass. 10 mei

- verzekerd door een subrogatie in de rechten van de schuldeiser (wettelijke subrogatie krachtens art. 5.220, 1° BW, voorheen 1251, 3° OBW).

Indien er meer dan 2 aansprakelijke personen zijn, is het verhaal van degene die meer betaald heeft dan zijn schuld jegens elk van de andere beperkt tot het aandeel van die andere afzonderlijk. Bv. A die tot 120 is veroordeeld kan van B en C elk 40 terugvorderen, en niet naar keuze van een van hen 80. Dit geldt ook wanneer een van de medeschuldenaars geen partij was in het geding, en dus niet veroordeeld is jegens het slachtoffer[777].

I.IV.C.4.e.2.b) Bepaling van het aandeel

De draagplicht wordt verdeeld volgens het causaal verband (zie *supra*). Heeft de strafrechter geen uitspraak gedaan over de interne verdeling, dan kan de burgerlijke rechter zich daar later over uitspreken[778].

I.IV.C.4.f. Voorbeelden uit het belastingrecht

De fiscale wetgeving kent nog tal van gevallen van hoofdelijkheid, bv.:

Inzake BTW:

- in art. 51 *bis* § 4 WBTW een hoofdelijke gehoudenheid voor de BTW van elke belastingplichtige met de vorige in de ketting van handelingen, indien de latere wist of moest weten dat de eerdere niet betaalt[779] (zgn. ketenaansprakelijkheid inzake BTW); hoofdelijkheid is in dat geval ook niet in strijd met het EU-recht[780].
- alsook enkele andere gevallen van hoofdelijke aansprakelijkheid van de afnemer bij onregelmatigheden in de facturatie e.d.m. (art. 51 *bis* § 1 tot 3 WBTW).

Inzake inkomstenbelastingen van vennootschappen:

1957, *Arr.Cass.* 1957, 758 = *RCJB* 1958, 7, noot M. GEVERS; Cass. 21 oktober 1965, *RCJB* 1966, 121, noot R.O. DALCQ.

777 Cass. 18 januari 2007, C.05.0529.F, Electrabel / Waals Gewest e;a., juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2007:ARR.20070118.1 = *NJW* 2008, 80, noot G. JOCQUÉ = *Pas.* 2007, 93 = *RW* 2010-11, 144.

778 HvB Gent 24 januari 2008, *RW* 2010-2011, 1694 noot A. VAN DEN BROECK,'Het in solidum-karakter van de hoofdelijke gehoudenheid krachtens art. 50 Sw'.

779 Waarbij de BTW-administratie het bewijs mag leveren door vermoedens, voor zover het tegenbewijs door de belastingplichtige dan niet onmogelijk of extra moeilijk wordt gemaakt. Dit laatste vloeit voort uit de algemene beginselen van Europees gemeenschapsrecht, in het licht waarvan de Europese BTW-regels moeten worden uitgelegd (zie HvJ 11 mei 2006, C-384/04, *Federation of Technological Industries*); "Handelaren die alles doen wat redelijkerwijs van hen kan worden verlangd om ervoor te zorgen dat hun transacties geen onderdeel vormen van een keten waarin misbruik of fraude wordt gepleegd moeten namelijk kunnen vertrouwen op de rechtsgeldigheid van deze transacties zonder het risico te lopen dat zij hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor deze door een andere belastingplichtige verschuldigde belasting" (HvJ 20 mei 2021, ALTI, C-4/20, EU:C:2021:397, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak; HvJ 12 december 2024, C-332/23, *Dranken van Eetvelde*, ECLI:EU:C:2024:1027).

780 Volgens artikel 205 van de btw-richtlijn kunnen de lidstaten in de situaties die bedoeld zijn in de artikelen 193 tot en met 200 en 202 tot en met 204 van deze richtlijn bepalen dat een andere persoon dan degene die tot voldoening van de belasting is gehouden hoofdelijk verplicht is de btw te voldoen. Dat een lidstaat gekozen heeft voor zo'n hoofdelijke aansprakelijkheid en de verplichting van de hoofdelijk gehouden persoon om de verschuldigde btw te voldoen niet wordt gedifferentieerd naargelang van het aansprakelijkheidsaandeel, is gerechtvaardigd volgens het HvJ 12 december 2024, C-332/23, *Dranken van Eetvelde*, ECLI:EU:C:2024:1027, omdat niet kan worden geëist dat vooraf de respectieve bijdragen van alle bij de fraude betrokken personen wordt vastgesteld.

Art. 52 Wb. Invordering (voorheen 442ter WIB) inzake de aansprakelijkheid van aandeelhouders die een zgn. kasgeldvennootschap verkopen, voor de belastingschulden van die vennootschap[781].

Inzake successierechten:

Indien de aangifte van een nalatenschap foutief gebeurt kunnen ook de vertegenwoordigers die de aangifte hebben gedaan voor de aangifteplichtige erfgenamen, aansprakelijk zijn voor de bijkomende successierechten die moeten worden bijbetaald (zie art. 74 W.Succ. en 3.10.4.4.3. Vl.C.Fisc).

Inzake registratierechten:

Op vonnissen en arresten die een veroordeling, een vereffening (verdeling) of een rangregeling inhouden, moet vanaf een bepaald bedrag (nu 12.500 euro) bovenop de toegekende bedragen een belasting genaamd registratierecht worden betaald door de verweerder(s) ten laste van wie de veroordeling, vereffening of rangregeling is uitgesproken (art. 35 lid 3 en 142-143 W.Reg., in beginsel 3 % van het bedrag van de veroordeling). De griffier biedt de uitspraak aan de ontvanger van de registratierechten ter registratie "in debet" aan (art. 35 lid 2 W.Reg.).

In beginsel rust de verplichting tot betaling van de genoemde registratierechten enkel op de partij ten wiens laste de veroordeling, vereffening of rangregeling is uitgesproken of vastgesteld, en is er maar hoofdelijke aansprakelijkheid indien er ten laste van meerdere verweerders is uitgesproken. De algemene hoofdelijke mede-aansprakelijkheid van de begunstigde van de veroordeling, vereffening of rangregeling tot beloop van 50 % van het ontvangene (oud art. 35 III W.Reg., zoals vastgesteld bij Wet van 22 december 1989[782]) werd immers afgeschaft met ingang van 10 januari 2014 (art. 89 Wet van 21 december 2013 houdende diverse fiscale en financiële bepalingen, *BS* 31 december 2013)[783]. Nu is er voor de wederpartij enkel nog een hoofdelijke mede-aansprakelijkheid in het bijzondere geval van een beslissing die voor partijen bij een niet geregistreerde overeenkomst van overdracht of aanwijzing van eigendom of vruchtgebruik tot bewijs van die overeenkomst strekt (het zogenaamde "titelrecht", art. 2.8.1.0.2 en 2.9.1.0.6 en 2.10.1.0.2. Vl.C.Fiscaliteit/146 W.Reg. en art. 35 lid 4 W.Reg., zie ook 3.10.4.4.4, 2° c Vl.C.Fiscaliteit).

Ook bij prijsbewimpeling geldt er een hoofdelijke aansprakelijkheid voor het ontdoken registratierecht (art. 3.18.0.0.14 VCF, voor Waals Gewest art. 203 W.Reg.); volgens het GwH kan

781 Een vraag naar de ongrondwettigheid van die regeling werd negatief beantwoord door het GwH 22 maart 2018, www.const-court.be/public/n/2018/2018-036n.pdf.

782 Zie E. DIRIX & DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, 213 nr. 315.

783 Dat belet niet dat er voor de federale registratierechten een bijzonder voorrecht bestaat. Dat speelt met name bij een gedwongen uitvoering (en in het kader mogelijks een evenredige verdeling of rangregeling), of een ander geval van rangregeling of vereffening waarop federale registratierechten verschuldigd zijn: in het kader van die procedure is de uitstaande schuldvordering van de fiscus die specifiek betrekking heeft op die ten uitvoer gelegde veroordeling, die rangregeling of die vereffening, een schuld zijn *van* die bijzondere boedel. Men kan dit afleiden uit art. 150 lid 2 W.Reg. (afgeschaft voor Vlaamse registratierechten): "De rechten en boeten bedoeld in het eerste lid gaan boven alle schuldvorderingen van de begunstigden van de veroordelingen, vereffeningen of rangregelingen" samen gelezen met art. 184bis. De rechten verschuldigd wegens een veroordeling worden dus eerst uitbetaald uit de opbrengst van de activa van de belastingschuldenaar die voor de uitvoering van die veroordeling in beslag worden genomen (door de fiscus zelf dan wel door de begunstigde van de veroordeling) en moeten daarbij enkel de kosten voor uitwinning en boedelredding laten voorgaan. Op uitbetalingen die gebeuren aan andere schuldeisers, wiens verhaalsrecht niet voortvloeit uit een veroordeling waarop nog rechten dienen te worden betaald, kan dat dan niet worden ingehouden

dit enkel gelden voor de partijen die aan de prijsbewimpeling hebben deelgenomen, en niet voor de 'onschuldige' contractspartijen[784].

Inzake douanerechten en accijnzen:

De veralgemeende hoofdelijke aansprakelijkheid voor geldboeten inzake douane en accijnzen in art. 227 § 2 AWDA anderzijds werd ongrondwettig verklaard door arrest 148/2013 van het GwH[785].

In het communautair douanewetboek[786] is er hoofdelijke aansprakelijkheid wanneer meerdere personen schuldenaar zijn van een douaneschuld (art. 84 CDW 2013), waaronder de agent of expediteur die optreedt als middellijk vertegenwoordiger (art. 77 III CDW 2013) en elke persoon worden begrepen die wegens zijn handelwijze moet worden geacht aan het op onregelmatige wijze binnenbrengen van de goederen ten grondslag te hebben gelegen (zie art. 202.3 CDW)[787].

Inzake verkeersbelasting en aanverwante:
Volgens art. 3.10.3.1.1 § 2 lid 2 VCF is er hoofdelijkheid wanneer deze belasting op naam van meerdere personen is ingekohierd: verkeersbelasting, BIV, boetes kilometerheffing.

Idem voor de leegstandsheffing bedrijfsruimten en de heffing ongeschikte en onbewoonbare woningen.

I.IV.C.4.g. Andere voorbeelden

Zie nog:

- art. 1887 OBW (bruikleen);

- art. XI.178 § 1 WER (voorheen in de Auteurswet): voor het volgrecht ten gunste van de auteurs van beeldende kunst zijn met de verkoper ook de organisator van de verkoop en de openbare ambtenaar die verkoopt hoofdelijk aansprakelijk jegens de houder van het auteursrecht;

- art. 3.86 § 3 lid 7 BW (voorheen 577-5 § 3 lid 7): hoofdelijke aansprakelijkheid van blote eigenaar en vruchtgebruiker jegens de Vereniging van mede-eigenaars;

- art. 82 lid 4 AVG (algemene verordening gegevensbescherming)[788] wanneer meerdere verwerkers van persoonsgegevens of verwerkingsverantwoordelijken aansprakelijk zijn voor dezelfde schade (met in lid 5 een regresrecht).

---

784 GwH 22 september 2016, www.const-court.be/public/n/2016/2016-115n.pdf = *RW* 2016-17, 734.

785 GwH 7 november 2013, www.const-court.be/public/n/2013/2013-148n.pdf.

786 Vo. 952/2013, http://data.europa.eu/eli/reg/2013/952/oj, voorheen 450/2008 (CDW 2008).

787 En voor de uitleg daarvan HvJ 23 september 2004, *Spedition Ulustrans*, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-414/02; HvJ 3 maart 2005, *Papismedov*, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-159/03; HvJ 25 januari 2017, ECLI:EU:C:2017:40, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-679/15; Cass. 28 juni 2016, P.14.1672.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160628.3.

788 data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj.

- art. 12 Richtlijn 2024/2853 Productenaansprakelijkheid (art. 5 oude Richtlijn 85/374) (producent, invoerder en distributeur).

I.IV.C.5. Enkele voorbeelden van onvolmaakt hoofdelijke of *in solidum* aansprakelijkheid

I.IV.C.5.a. Schuldenaarsverklaring wegens miskenning van verplichtingen door de derde-schuldenaar in wiens handen beslag is gelegd

I.IV.C.5.a.1° Gehoudenheid

De derde-beslagene kan schuldenaar verklaard worden van de "oorzaken" van het beslag, d.i. de hoofdschuld waarvoor beslag is gelegd:
- bij miskenning van de verklaringsplicht (Art. 1456 *iuncto* 1452 en 1542 *iuncto* 1452 GerW), en/of
- bij miskenning van de inhoudingsplicht (Art. 1540 II GerW); zie de bespreking bij derdenbeslag in *Zekerheden- en Insolventierecht* V.III.
De gehoudenheid wordt door de rechtspraak gekwalificeerd als een zgn. in solidum aansprakelijkheid, doch één waarbij de derde niet draagplichtig is.

Een vergelijkbare regeling is in werking sedert 1 januari 2007 (art. 1411*bis* § 6 en 1452, 4° GerW) voor de *solvens* die frauduleus aan een bedrag dat hij op andermans zichtrekening betaalt een code toekent waarmee verklaard wordt dat het gaat om loon of een ander inkomen als bedoeld in art. 1409, 1409*bis* en 1410 GerW.

I.IV.C.5.a.2° Rechten na betaling

Na betaling beschikt hij over de subrogatoire en de regresvordering jegens zijn schuldeiser voor wat hij meer heeft moeten betalen dan hij aan zijn schuldeiser verschuldigd was.

I.IV.C.5.b. Derde-medeplichtigheid aan wanprestatie en pauliana-medeplichtigheid

Precies wanneer de schuldenaar van een wanprestatie niet solvabel is, is het van nut voor de schuldeiser om derden die medeplichtig zijn aan die wanprestatie, persoonlijk te kunnen aanspreken voor de door hun medeplichtigheid veroorzaakte schade. Het betreft een schuldvordering uit onrechtmatige daad (art. 6.5 BW, voorheen 1382 OBW). Deze leidt in beginsel tot een aansprakelijkheid *in solidum* (zie hierboven punt 4.e. 1° voor de kwalificatie). Het gaat het wel om een louter obligatoire aanspraak: wanneer ook die derde insolvabel is, is ze niet bevoorrecht (op dat punt gaat de *actio pauliana* verder, aangezien ze voorrang verschaft op de schuldeisers van de derde, zie de bespreking in *Zekerheden- en Insolventierecht* II.III.D).

Een van de toepassingsgevallen van de derde-medeplichtigheid als vorm van onrechtmatige daad wordt besproken bij de *pauliana* (de wederpartij van de schuldenaar, die te kwader trouw handelde, zal aansprakelijk zijn voor de waarde van het goed voor zover de schuldeiser zijn pauliaans verhaalsrecht daarop niet meer kan uitoefenen of de waarde van het goed is verminderd). Die aansprakelijkheid is beperkt tot de omvang van de verhaalsbenadeling van de agerende schuldeiser (of boedel bij pauliana door een insolventiebewindvoerder) - men kan dit vergelijken met andere gevallen van een beperkte mede-aansprakelijkheid zoals die van art. 50 Wb. Invordering (aansprakelijkheid van een overnemer handelszaak, die tekortschiet in de verwittigingsplicht, voor de belastingschulden en sociale zekerheidsschulden van de overdrager) en enkele andere gevallen van miskenning van notificatieplichten.

NB. Wanneer de restitutie van een goed verkregen door een paulianeuze rechtshandeling nog mogelijk is, gaat het strikt genomen niet om een verbintenis uit onrechtmatige daad, maar om een zelfstandige restitutieverbintenis en is er dus eigenlijk geen in solidum gehoudenheid tot een verbintenis met eenzelfde voorwerp. Bovendien is er ook niet altijd een medeplichtigheid vereist (met name voor de restitutieverbintenis van de verkrijger om niet). Zie voor meer details de bespreking van de pauliana's in *Zekerheden- en Insolventierecht* II.

Ook wanneer de wanprestatie een buitencontractuele verbintenis betreft, kan er sprake zijn van een onrechtmatige daad bij medeplichtigheid daaraan. Een toepassingsgeval in de rechtspraak betreft de medeplichtigheid van vennootschapsbestuurders aan de niet-betaling van fiscale en socialezekerheidsschulden door de vennootschap, met name wanneer het gaat om de niet-doorstorting van ingehouden bedrijfsvoorheffing en/of sociale bijdragen die bovendien verborgen werd gehouden, waardoor ook een schijn van kredietwaardigheid werd opgehouden[789]. Het niet doorstorten is evenwel niét *ipso facto* een fout van de bestuurders[790].

Bestuurders kunnen ook medeplichtig zijn aan schuldeisersbedrog, wanneer zij de paulianeuze handeling van de vennootschap hebben gesteld[791].

Volgens een bepaalde opvatting kan een schuldeiser ook van derden vergoeding vorderen van de schade die hij lijdt door de fout van die derde die erin bestaat dat het vermogen van de schuldenaar als onderpand is aangetast (afgeleide of reflectieschade). In de cassatierechtspraak is dit aanvaard, en het speelt vooral een rol bij faillissement. Bij de bespreking van faillissement en collectieve procedures in *Zekerheden- en Insolventierecht* IX wordt besproken wat het lot van deze mogelijke aanspraak is in die procedures (die in beginsel ook gecollectiviseerd is). Buiten insolventieprocedures rijst de vraag in de praktijk niet vaak, behalve in de vorm van een aanspraak op schadevergoeding wanneer bij een geslaagde *pauliana* de teruggave in natura niet meer mogelijk is, zoals besproken bij de gevolgen van de *actio pauliana.* Indien dergelijke aansprakelijkheid zich voordoet, zien we dat de schuldeiser opnieuw meerdere schuldenaren heeft voor dezelfde aanspraak: de insolvabele enerzijds, en de aansprakelijke derde anderzijds. De omvang is niet noodzakelijk dezelfde, de aansprakelijkheid sis ook niet hoofdelijk maar slechts *in solidum*.

I.IV.C.5.c. Medewerking aan het aangaan van verbintenissen in de wetenschap van onuitvoerbaarheid

Het gaat hier met name om personen die derden overhalen tot het sluiten van overeenkomsten met een rechtspersoon, terwijl de eerstgenoemde er zich van bewust was dat de rechtspersoon

789 Bv. HvB Antwerpen 19 april 2005, *NJW* 2005, 954. Vgl. ook HvB Antwerpen 3 mei 2012, *RABG* 2013, 524 11 maanden willens en wetens niet betalen).

790 Cass. 21 september 2012, F.11.0085.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120921.4 = *RW* 2013-14, 1532, verwerping voorziening tegen HvB Gent 31 januari 2011: "De bestuurder of zaakvoerder is derhalve enkel uit onrechtmatige daad aansprakelijk voor de schade die de fiscus heeft geleden door het niet kunnen innen van de bedrijfsvoorheffing indien de beslissing de bedrijfsvoorheffing niet door te storten een inbreuk uitmaakt op de algemene zorgvuldigheidsnorm in de zin van de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek" (*in casu* werd die fout overigens aangenomen).
Voor de Nederlandse rechtspraak inzake, zie HR 8 december 2006, *Ontvanger/Roelofsen*, uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2006:AZ0758. Zie eerder HR 18 februari 2000, New Holland, uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2000:AA4873 en HR 4 april 2014, http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2000:AA4873

791 Zie bv. kh. Gent (Kortrijk) 12 oktober 2016, *RW* 2016-17, 1107.

die verbintenissen nooit zou kunnen nakomen. Deze kan dan aansprakelijk gesteld worden op grond van art. 6.5 BW (voorheen 1382 OBW) (soms ook op grond van bijzondere bepalingen uit het WVV)[792]. Het gaat ook onder meer om de personen betrokken bij het bestuur van een vennootschap die de onderneming voortzetten (en dus verbintenissen laat aangaan) in de wetenschap dat de verplichtingen niet kunnen worden nagekomen (of wanneer de onderneming op korte termijn een negatief vermogen heeft dat die verplichtingen niet op korte termijn kunnen worden nagekomen); in Nederland spreekt men van de *Beklamel*-norm[793]. Bij ons is dit intussen nader geregeld in art. XX.227 WER.

I.IV.C.5.d. Bodemdecreet

Het Bodemdecreet maakt een onderscheid tussen de saneringsplichtige (art. 11 Bodemdecreet 27 oktober 2006) en de saneringsaansprakelijke (art. 16-17 Bodemdecreet). Als de saneringsplichtige niet ook de saneringsaansprakelijke persoon is, heeft hij een regres op de laatste (art. 13 en 17 Bodemdecreet) en is dus niet draagplichtig.

792 Voor een voorbeeld uit de rechtspraak, zie HvB Gent 6 mei 2004, *NJW* 2005, 261 noot H. DE WULF.

793 Naar HR 6 oktober 1989, *Beklamel, NJ* 1990, 286; zie recenter HR 21 december 2001, *Sobi/Hurks* II, uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2001:AD4499 = *NJ* 2005, 96 noot S. KORTMANN. Zie een uitvoerige besprkeing in het proefschrift van L.J. VAN EEGHEN, *Het schermgebied voor faillissement* ('s Gravenhage: Boom 2006).

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

HOOFDSTUK I.V. Abstracte rechtstreekse vorderingen

Tot nu toe behandelden we persoonlijke zekerheden waarbij de zekerheid gehouden is tot een schuld die geheel of ten dele andermans schuld is, en dus niet als een eigen schuld wordt beschouwd. Daarnaast zijn er ook rechtsfiguren waarbij de zekerheid gehouden is tot een "eigen" schuld, die zijn oorzaak vindt in de interne verhouding, maar daarvan is geabstraheerd. In sommige gevallen is de eigen schuld wel accessoir aan de valutaverhouding, met name bij de zo dadelijk besproken rechtstreekse vordering, in andere gevallen gaat het om onafhankelijke garanties.

I.V AFDELING A. Inleiding : twee types rechtstreekse vorderingen.

I.V.A.1. Twee types rechtstreekse vordering.

Het begrip rechtstreekse vordering is een erg ongelukkige term om twee redenen:
- omdat het de indruk geeft dat het om een procesrechtelijke vraag handelt (ten onrechte gebruikt men in het Frans de term "*action*" waar het bv. "*droit*" zou moeten zijn), terwijl het gaat om een schuldvordering of een recht op een schuldvordering; de Verzekeringswet spreekt dan ook over een "eigen recht".
- omdat het erg uiteenlopende rechtsfiguren omvat, die weinig met elkaar gemeen hebben.

Men kan hoofdzakelijk twee types rechtstreekse vordering onderscheiden (binnen elke categorie zijn er dan nog verschillen, zie de bespreking hieronder en in *Zekerheden- en Insolventierecht* V.VI.B).

I.V.A.1.a. Als zekerheid op een schuldvordering

Zogenaamde rechtstreekse vorderingen werden op de eerste plaats ontwikkeld als een vorm van zekerheden op schuldvorderingen: de schuldeiser A krijgt voorrang op een bepaalde (normaal contractuele) schuldvordering die zijn schuldenaar B op een derde C heeft. Zolang A niet is betaald, kan C ten gevolge daarvan niet meer bevrijdend kan betalen aan zijn schuldeiser B maar enkel nog aan diens schuldeiser A. Dit wordt ook een "onvolmaakte rechtstreekse vordering" genoemd, al is ook die term niet onproblematisch, en kan men beter van een niet-abstracte rechtstreekse vordering spreken.

Deze wordt besproken in *Zekerheden- en Insolventierecht* V.VI.B.

I.V.A.1.b. Als persoonlijke zekerheid

In een aantal gevallen (en met name bij verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen) heeft de wet (het objectieve recht)[794] echter de derde (C, verzekeraar) aansprakelijk gemaakt jegens A (schadelijder) zodra C (verzekeraar) een bepaald soort (contractuele) rechtsverhouding heeft met A's schuldenaar B (die in een bepaald verband staat met de verhouding A-B, bij aansprakelijkheidsverzekering de aansprakelijke), *zelfs indien* C krachtens de interne verhouding met B geen betaling verschuldigd is.

Uit het aangaan door C van de overeenkomst B-C, vloeit krachtens de wet en onder de bij wet bepaalde modaliteiten een verbintenis van C voort jegens bepaalde schuldeisers van B. A krijgt er

[794] De onvolmaakte rechtstreekse vordering is dus de regel; enkel wanneer een rechtsregel daarvan afwijkt, is er een volmaakte rechtstreekse vordering (dit volgt nu uit art. 5.110 BW). De verschillende behandeling van verplichte en niet-verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen werd niet strijdig geacht met de grondwet door Arbitragehof nr. 167/2004 van 28 oktober 2004 (www.grondwettelijkhof.be/public/n/2004/2004-167n.pdf).

dus een schuldenaar bij, namelijk C (de verzekeraar), en heeft dus een "eigen recht", meer bepaald een schuldvordering, jegens C. Anders gezegd: aan het sluiten van een bepaald type overeenkomst met de schuldenaar (met name een aansprakelijkheidsverzekering) waarmee men aan deze schuldenaar een "dekking" verleent voor toekomstige aansprakelijkheid jegens schadelijders, koppelt de wet het gevolg koppelt dat de partij die dekking verleent binnen de grenzen van die dekking ook jegens die schadelijders rechtstreeks gehouden is tot vergoeding.

Deze rechtstreekse vorderingen, of juister eigen rechten, zijn niet autonoom t.a.v. de valutaverhouding: C is maar gehouden tot betaling aan A in de mate waarin ook B dat is.

Wel zijn er in ons recht gevallen van aanspraken op verzekeraars of fondsen die ook gelden buiten elke aansprakelijkheid van de verzekeringnemer of bijdrager om; in een geval waarin er geen aansprakelijkheid is, heeft de schadelijder dan enkel op dat fonds of die verzekeraar een aanspraak (bv. art. 29bis WAM voor de lichamelijke schade aan zwakke weggebruikers; de vergoedingsregels voor arbeidsongevallen (arbeidongevallenverzekeraar) en beroepsziekten (Fonds voor beroepsziekten en bijkomend bijzondere fondsen zoals het Asbestfonds). Zij worden daarom als dusdanig niet besproken in dit werk.

De verbintenis van C is wel in zekere mate geabstraheerd van de overeenkomst B-C. Er is dus een zekere vorm van "abstractie" zoals we die ook bij de borgtocht vinden: abstractie ten aanzien van de interne verhouding of dekkingsverhouding. Een dergelijke "abstracte" rechtstreekse vordering is dus een vorm van persoonlijke zekerheid (men spreekt ook van een volmaakte rechtstreekse vordering, term die evenwel problematisch is). B en C zijn *in solidum* gehouden (een oneigenlijke vorm van onvolmaakte hoofdelijkheid, aangezien de schuld van C een eigen schuld is).

Natuurlijk moet men wel nagaan waarvoor de derde zich "borg heeft gesteld". I.t.t. de gewone borgtocht heeft de waarborg in beginsel betrekking op alle mogelijke toekomstige schuldeisers (*ratione personae*) maar wel uitsluitend voor schuld(vordering)en die voortvloeien uit de door de overeenkomst met de hoofdschuldenaar omschreven feiten tijdens de looptijd van de overeenkomst. In die zin ontstaat de borgstelling maar door een overeenkomst die zich in de dekkingsverhouding situeert en is zij door die overeenkomst beperkt. Er moet dan ook nauwkeuriger worden bepaald door welke elementen uit de dekkingsverhouding de verbintenis jegens de schadelijder waaraan de zgn. rechtstreekse vordering beantwoordt, wordt beperkt.

I.V.A.2. Toepassingen in ons recht

Er is maar één belangrijke toepassing in ons recht, nl. bij aansprakelijkheidsverzekeringen (zie onder I.V.B.).

Een andere soms genoemde toepassing is dat bij nader toezien niet, nl. de zogenaamde rechtstreekse vordering van de lastgever tegen de indeplaatsgestelde lasthebber (art. 1994 OBW). Dit is geen rechtstreekse vordering, maar het gevolg van toetreding tot of overname van de overeenkomst door een nieuwe lasthebber in een geval waarin dit volgens de oorspronkelijke lastgevingsovereenkomst kon (vgl. hoger hoofdstuk IV afdeling C punt 3.c.). Het is om die reden dat de lasthebber maar excepties kan opwerpen uit zijn interne verhouding met de oorspronkelijke lasthebber indien hij dit als voorwaarde van de overname heeft bedongen[795].

[795] Dat hij zich in beginsel niet kan beroepen op die excepties, vinden we onder meer in Cass. 16 december 1977, *RW* 1977-78, 2514 = *RCJB* 1981, 465 noot P.A. FORIERS 'Observations sur l'article 1994 du code civil et l'action directe neé de la substitution'.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.V AFDELING B. De rechtstreekse vordering of eigen recht tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar bij verplichte verzekering

I.V.B.1. Nadere aanduiding van de abstracte rechtstreekse vorderingen

Het betreft meer bepaald:
- de rechtstreekse vordering / het eigen recht van de schuldeiser van een aansprakelijke persoon tegen diens wettelijk verplichte aansprakelijkheidsverzekeraar, in die aansprakelijkheidsverzekeringen die "landverzekeringen" zijn (art. 151 § 1 Wb.Verz.[796]) (en dus niet bij zeeverzekeringen of goederenvervoerverzekeringen).
- en wat meer specifiek de aansprakelijkheid wegens motorrijtuigen betreft, de rechtstreekse vordering tegen de verplichte aansprakelijkheidsverzekeraar motorrijtuigen of zijn schaderegelaar in het land van het schadegeval[797]. Het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds is schuldenaar in een reeks gevallen waarin geen enkele verzekeraar tot dekking gehouden is[798].

Ons recht kent een heel aantal gevallen van wettelijk verplichte aansprakelijkheidsverzekering. De FSMA houdt een lijst daarvan bij[799]. Het GwH besliste ook reeds dat het een discriminatie kan vormen wanneer bepaalde personen beroepshalve verplicht zijn hun aansprakelijkheid te verzekeren, terwijl anderen uit dezelfde sector (die mogelijk in solidum aansprakelijk kunnen zijn) dat niet verplicht zijn (*in casu* het ontbreken van een verplichte verzekering voor aannemers, terwijl die verplichting al bestond voor architecten)[800].

I.V.B.2. Gelijkenissen en verschillen met borgtocht en hoofdelijkheid

Dit eigen recht vertoont vele gelijkenissen, maar ook enkele verschillen met een schuldvordering van een schuldeiser jegens een borg.

I.V.B.2.a. Gelijkenissen

1° De benadeelde heeft maar een recht jegens de verzekeraar binnen de perken van zijn recht jegens de verzekerde;
2° de benadeelde heeft een recht jegens de verzekeraar voor zover de verzekeraar zich in beginsel tot dekking ervan heeft verbonden;
3° de verzekeraar kan geen andere excepties uit de dekkingsverhouding met de verzekerde tegenwerpen aan de benadeelde.

I.V.B.2.b. Verschillen

---

796 Voordien bestond dezer reeds in de WAM van 1956 (art. 6) en de WAM van 1989 (art. 12).

797 Art. 16 WAM-wet 21 november 1989 zoals gewijzigd bij Wet 22 augustus 2002.

798 Zie art. 19*bis*-11 en v. WAM. Naast het slachtoffer heeft ook de ziekteverzekeraar een eigen recht tot betaling jegens dat Fonds (art. 136 § 2 VIII ZIV-wet), zij het onder dezelfde voorwaarden is als het recht van de benadeelde (Cass. 10 oktober 2000, *RW* 2001-2002, 199). Zie het Fonds op www.fcga-gmwf.be/accnl.html.

799 Te vinden op www.fsma.be/nl/Site/Repository/wetteksten/verp.aspx of https://www.fsma.be/nl/lijst-van-de-verplichte-verzekeringen.

800 GwH 12 juli 2007, nr. 100/2007, overweging B.6.3. De wetgever heeft de verplichting vervolgens veralgemeend voor de "tienjarige aansprakelijkheid" van alle dienstverleners in de bouwsector met de Wet van 31 mei 2017. In 2019 kwam er dan bijkomend een Wet betreffende de verplichte verzekering van dienstverleners in de bouwsector.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

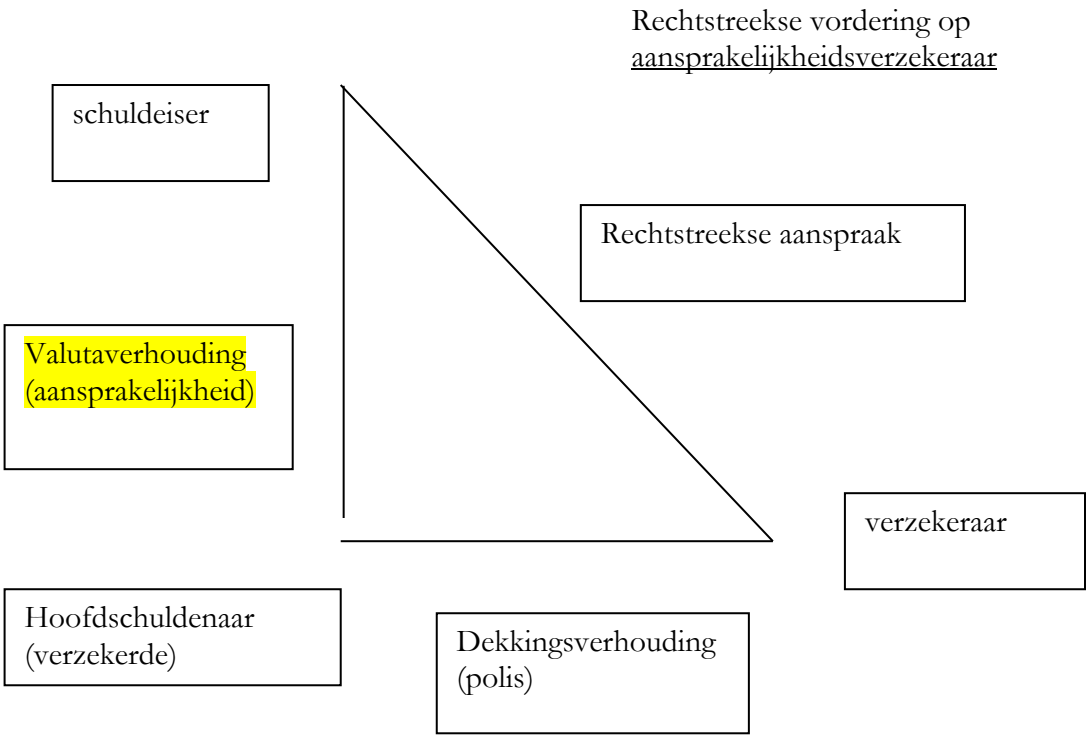
1° Waar de borgtocht wordt aangegaan jegens de schuldeiser zelf, wordt de schuld van de verzekeraar jegens de benadeelde opgelopen door dekking te verlenen aan de verzekerde (de hoofdschuldenaar); de schadelijder kent dus niet noodzakelijk de identiteit van de verzekeraar, en de aansprakelijke heeft een informatieplicht om die mee te delen; voor sommige verplichte verzekeringen organiseert de wet wel een publicatiemechanisme, zoals met name het register van de verplichte verzekeringsovereenkomsten van de tienjarige burgerlijke aansprakelijkheid (bouwsector) (Wet 31 mei 2017 betreffende de verplichte verzekering van de tienjarige burgerlijke aansprakelijkheid van aannemers, architecten en andere dienstverleners in de bouwsector van werken in onroerende staat), waarin per bouwplaats (werf) een verzekeringsattest moet worden opgenomen.

2° wat de draagplicht betreft is de verhouding bijna het spiegelbeeld van borgtocht:
- indien de schuldenaar van de rechtstreekse vordering (met name de verzekeraar) gehouden is volgens de interne verhouding, dan zal de verzekerde die betaald heeft van hem kunnen terugvorderen.
- indien omgekeerd de verzekeraar krachtens de interne verhouding geen dekking verschuldigd was, zal hij na betaling in beginsel regres hebben op de verzekerde (zie onder 4.; en verder mogelijk ook een terugvordering wegens onverschuldigde betaling);

3° de verzekeraar die betaalt ingevolge de rechtstreekse vordering (het eigen recht) van de benadeelde, betaalt een "eigen schuld", zodat hij in beginsel niet gesubrogeerd is (zie de nuances verderop in 4.);

4° hoewel het zogenaamd om een eigen schuld gaat, wordt meestal toch gesteld dat de verzekeraar *in solidum* met de aansprakelijke is verbonden (onvolmaakte hoofdelijkheid). Verder heeft krachtens een uitdrukkelijke wetsbepaling niet alleen stuiting of schorsing van de verjaring van de aanspraak tegen de verzekerde ook stuiting of schorsing van de verjaring van de aanspraak tegen de verzekeraar tot gevolg, maar geldt ook het omgekeerde.

In de praktijk zal men meestal de verzekeraar (schuldenaar van de rechtstreekse vordering) éérst aanspreken, zodat de rechtstreekse vordering in de praktijk behalve een zekerheids- ook een betaalfunctie heeft (1 rechtstreekse betaling in plaats van 2 betalingen).



© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.V.B.3. Voorwaarden waaronder de verzekeraar gehouden is - verhouding tussen verzekeraar en benadeelde

I.V.B.3.a. Voorwerp van de verbintenis van de verzekeraar jegens de benadeelde *c.q.* het eigen recht van de benadeelde

Net zoals bij borgtocht wordt het voorwerp van het eigen recht op twee cumulatieve wijzen bepaald en beperkt:
- het wordt beperkt tot de aanspraak die de benadeelde heeft jegens de verzekerde;
- binnen de grenzen waarbinnen de aansprakelijkheid van de verzekerde in beginsel/*in abstracto* verzekerd is / gedekt is.

I.V.B.3.a.1° Beperking door de valutaverhouding

I.V.B.3.a.1.a) Algemeen

Zoals gezegd is het eigen recht van de benadeelde niet geabstraheerd van de valutaverhouding met de verzekerde: de verzekeraar is maar gehouden tot betaling aan de benadeelde in de mate waarin ook de verzekerde dat is. Heeft bv. de benadeelde wegens eigen schuld maar recht op vergoeding van de helft van de schade, dan kan hij ook maar die helft vorderen van de verzekeraar van de wederpartij[801]. Heeft de benadeelde geen aanspraak op de verzekerde, omdat het in hoofde van de schadelijder om contractuele schade en de verzekerde contractueel uitvoeringsagent is, dan is er ook geen aanspraak op diens verzekeraar[802].

I.V.B.3.a.1.b) Verjaring

In beginsel betekent dit ook dat het eigen recht van de benadeelde vervalt indien zijn aanspraak jegens de verzekerde verjaard is. Art. 89 § 4 Wb.Verz. bepaalt echter dat stuiting of schorsing van de verjaring van de rechtsvordering van de benadeelde tegen de verzekeraar ook stuiting of schorsing van de verjaring van zijn rechtsvordering tegen de verzekerde tot gevolg heeft, zodat het niet nodig is om, teneinde verval van het eigen recht te vermijden - de vervolging ook tegen de verzekerde verder te zetten[803]. Indien echter de aanspraak van de benadeelde jegens de aansprakelijke aan een vervaltermijn is onderworpen (zoals bv. m.i. ten onrechte wordt geoordeeld over de tienjarige termijn van art. 1792 OBW), kan het vervallen zijn daarvan niet worden ingeroepen door de verzekeraar als verweer tegen het eigen recht van de benadeelde[804].

---

801 Zo inzake de WAM: Cass. 22 oktober 1999, *RW* 2000-2001, 1492; Cass. 26 april 1999, *Arr.* 1989-90, 1101; L. CORNELIS & R. GEELEN, 'De rechtstreekse vordering', in Vlaams Pleitgenootschap, *Verzekeringen en gerechtelijke procedures* (Kalmthout: Biblo 1996), 109 v.

802 Cass. 15 februari 2019, C.18.0444.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2019:ARR.20190215.3 = *RW* 2019-20, 224 = *TBO* 2019, 378 noot S. BUSSCHER & R. PELGRIMS = *TBH* 2019, 1070 noot J. ROGGE.

803 Deze § werd ingevoegd bij W. 22 augustus 2002 en bevond zich voordien enkel in de WAM-Wet. Voor 2002 leek men ervan uit te gaan dat de verjaring van de aansprakelijkheidsvordering de verjaring van de rechtstreekse vordering niet zou meebrengen, wat m.i. strijdig is met de aard van die rechtstreekse vordering.

804 HvB 15 juni 2023*, T.Verz.* 2025, 509.

I.V.B.3.a.1.c) Bewijsrechtelijke werking van een gewijsde

Wanneer op een eis tegen de verzekeraar is beslist dat de eis ongegrond is wegens afwezigheid van aansprakelijkheid van de verzekerde, kan de verzekerde dit vonnis inroepen tegen de eiser-schadelijder[805]; het gaat evenwel niet om een uitwerking van het gezag van gewijsde, maar om een bewijsmiddel[806]. Ook het omgekeerde moet gelden: de verzekeraar kan tegen de eiser-schadelijder een vonnis tussen schadelijder-schuldeiser en verzekerde als bewijsmiddel inroepen.

I.V.B.3.a.1.d) Afstand of kwijtschelding door de schadelijder

Er is betwisting over de vraag of een afstand jegens of kwijtschelding van de aansprakelijke na het ontstaan van de schuldvordering de verzekeraar bevrijdt; de verzekeraar is immers de draagplichtige.

I.V.B.3.a.1.e) Bij onderverhuring

Bij onderverhuring heeft de eigenaar een eigen recht jegens de brandverzekeraar van de onderhuurder, ook al heeft hij geen rechtstreekse aansprakelijkheidsvordering op de onderhuurder zelf. Dit volgt uit art. 122 W.Verz.

I.V.B.3.a.1.f) Niet-opeisbare schuld

In beginsel is de aanspraak jegens de verzekeraar maar opeisbaar indien de aanspraak opeisbaar is jegens de verzekerde. Het Hof van Cassatie wijkt van deze regel af bij aansprakelijkheid van één echtgenoot jegens de andere wegens beschadiging van een gemeenschapsgoed[807].

I.V.B.3.a.2° Beperking tot de door de verzekeraar verleende dekking - irrelevantie van de dekkingsverhouding

De verzekeraar staat alleen in voor de vergoedingsplicht van de verzekerde waarvoor hij dekking heeft verleend[808]. Zijn schuld wordt dus beperkt door:
a) het verleend zijn van enige dekking;
b) de omschrijving van de dekking;
c) de looptijd waarvoor de verzekering(sdekking) is verleend;
d) de geldelijke grenzen van de dekking (met een wettelijke uitzondering voor de "vrijstelling"); en
e) de niet-tegenwerpelijkheid aan de verzekeraar van een erkenning van aansprakelijkheid door de verzekerde.

---

805 Cass. 26 november 2009, C.08.0377.N, *TF / Rijkevorsel,* juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20091126.13 = *RW* 2011-2012, 741 en *RW* 2012-2013, 1423.

806 P. TAELMAN, *TPR* 2024, (789) 806 e.v. nr. 18-19.

807 Cass. 24 juni 2010, *NjW* 2011, 54 noot G. JOCQUÉ = *TBH* 2011, 139 noot C. VAN SCHOUBROECK, 'WAM-verzekeraar gehouden tot vergoeding van schade aan een goed toebehorend aan het gemeenschappelijk huwelijksvermogen'.

808 Voor verduidelijking van dit beginsel, zie o.a. Cass. 15 mei 1962, *RCJB* 1963, 313 noot J. VAN RYN, 'Le droit propre de la victime d'un accident d'automobile contre l'assureur de la personne responsable' (arrest betreffende de vergelijkbare regel onder de WAM); Cass. 29 januari 1992, Pas. I, 469 concl. A.g. Janssens de Bisthoven; Cass. 19 oktober 2001, *TBH* 2002, 213 = *De Verz.* 2002, 346 noot H. DE RODE= *JLMB* 2002, 708 = *RGAR* 2003, nr. 13.745 = *RCJB* 2004, 5 noot X. DIEUX 'Nature et limites du droit du titulaire d'une action directe', met verwijzing in voetnoot 10 naar een reeks andere cassatiearresten.

Voor zover de verzekeraar echter dekking heeft verleend, is hij binnen de zopas genoemde grenzen ervan wel gehouden jegens de benadeelde, en kan hij géén excepties uit de "dekkingsverhouding", d.i. de interne contractuele verhouding met de verzekerde, opwerpen. In die zin kan men het verlenen van dekking (bij wettelijk verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen) als een abstracte rechtshandeling beschouwen, of correcter als een rechtshandeling die een abstracte verbintenis doet ontstaan.

De verzekeraar kan jegens de schadelijder dus ook geen bedingen inroepen betreffende de geschillenbeslechting, zoals een forumbeding[809].

I.V.B.3.a.2.a) Het verleend zijn van dekking

Ten eerste moet er een dekking zijn verleend. Wel is de schadelijder die dit wil bewijzen niet beperkt door de bewijsregels die gelden tussen partijen - zo kan tegen de verzekeraar geen beroep doen op de vereiste van schriftelijk bewijs in art. 64 Wb.Verz.[810].

Bovendien kan een nietigheid niet worden tegengeworpen indien de nietigverklaring niet voor het schadegeval plaatsvond (art. 151 § 1 lid 2 VerzW)[811].

I.V.B.3.a.2.b) Beperking door de omschrijving van de verleende dekking

De vergoedingsplicht moet gelden in hoofde van een persoon die daarvoor bij die verzekeraar verzekerd is, wat vereist dat er een polis is gesloten door een verzekeringnemer, dat de aansprakelijke persoon een van de verzekerden[812] is, en dat de schadeverwekkende gebeurtenis (onrechtmatige daad, enz.) binnen de in de polis gegeven omschrijving van de dekking valt.

Excepties en vervalbepalingen waardoor de dekking niet meer geldt jegens de verzekerde - bv. wegens niet-naleving van contractuele verplichtingen door de verzekerde, of bij opzet van de verzekerde - kunnen echter niet aan de benadeelde worden tegengeworpen. In bepaalde soorten verplichte verzekeringen wordt wel wettelijk bepaald wat de minimumdekking is, en worden bepaalde mogelijke uitsluitingen ervan beperkt.

I.V.B.3.a.2.c) Beperking door de looptijd waarvoor (de) dekking is verleend

809 Wat betreft de Brussel-I Vo, zie HvJ 13 juli 2017, *Assens Havn / Navigators Management*, C-368/16. Voor een arbitragebeding zie ook HvJ 20 juni 2022, C-700/20, *Prestige*.

810 Cass. 24 september 2008, *NjW* 2009, 172 = *RW* 2010-2011, 870.

811 Uit het EU-recht (WAM-Richtlijn 2009/103) volgt reeds dat de nietigheid niet kan worden tegengeworpen aan de schadelijders die niet op de hoogte dienden te zijn van de grond van nietigheid (in casu valse verklaring van de verzekeirngnemer, die in strijd daarmee de auto gebruikte voor betaald personenvervoer zonder vergunning: HvJ 13 oktober 2021, *Liberty Seguros*, C-375/20)

812 Zie voor de kring van verzekerde personen onder de WAM Art. 3 § 1 WAM en onder meer Cass. 27 januari 2010, *RW* 2011-2012, 1296. Verzekerd is bv. niet diegene die zich door diefstal, geweldpleging of heling de macht over het omschreven rijtuig heeft verschaft (art. 3, 1° II Modelovereenkomst in overeenstemming met art. 3 § 1 I WAM); dat sluit niet uit dat de benadeelde een aanspraak heeft op vergoeding jegens de verzekaar van de auto wanneer de verzekeringenemer als ouder burgerlijk aansprakelijk is voor de dief – zie Cass. 7 juni 2012, C.11.0034.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120607.2 = *NjW* 2012, 642 noot D.W. 'Verhaalsrecht van de W.A.M.-verzekeraar tegen (de ouders van) een minderjarige dief' = *RW* 2013-14, 1304.

Het schadegeval moet zich hebben voorgedaan[813] in de periode tussen het tijdstip waarop de dekking begint te lopen en het tijdstip waarop de dekking stopt wegens nietigverklaring[814], opzegging, beëindiging of schorsing van de verzekeringsovereenkomst (niet: "schorsing van de dekking" zonder schorsing van de overeenkomst zelf, die is niet tegenwerpelijk)[815]. Een beëindiging of schorsing na het schadegeval is dus niet tegenwerpelijk (art. 151 § 1 lid 2 VerzW). Anders dan bij de borgtocht geschiedt bv. de opzegging jegens de verzekerde (hoofdschuldenaar) en uiteraard niet jegens de (toekomstige) schuldeiser. De schadelijder kan de geldigheid van de beëindiging betwisten, ook al doet de verzekerde dat zelf niet (*in casu* rechtsmisbruik door de verzekeraar[816]).

Excepties die pas uitwerking hebben na het schadegeval kunnen niet ingeroepen worden tegen de schuldeiser/schadelijder. Diens rechtstreekse vordering ontstaat op het tijdstip van het schadegeval tegelijk met zijn schuldvordering tegen de verzekerde aansprakelijke. Ook een nietigverklaring van de verzekeringsovereenkomst na het ontstaan van de schuldvordering van de benadeelde kan tegen deze laatste niet worden ingeroepen. De terugwerkende kracht van een nietigverklaring kan dus niet worden opgeworpen tegen het slachtoffer.

De WAM preciseert dit nog verder: bij overdracht in eigendom van het rijtuig blijft de dekking doorlopen gedurende 16 dagen, wat betreft ofwel hetzelfde voertuig na overdracht ofwel het vervangingsvoertuig voor het overgedragen voertuig, althans (behalve bij bromfietsen) voor zover het rijtuig (of de vervangingsauto) met dezelfde nummerplaat rijdt (zodat er geen 2 voertuigen kunnen gedekt zijn onder dezelfde polis) (art. 17 WAM)[817]. De dekking is van rechtswege minstens de dekking die verplicht verzekerd moet zijn (art. 16 lid 2 WAM).

I.V.B.3.a.2.d) Beperking door de geldelijke grenzen van de dekking

Het eigen recht van de benadeelde is beperkt tot de maximumdekking die wordt verleend (voor de nadere bepaling hoe die dekkingsgrens moet worden uitgelegd, en met name dat ook interest en kosten boven de dekkingsgrens toch gedekt zijn, zie art. 146 Wb.Verz.) (vgl. de bespreking van de "plafonnering" bij borgtocht, I.II.C.1.b.2°).

Voor het geval er meerdere aanspraakgerechtigde schadelijders zijn uit eenzelfde schadegeval, en het totaal bedrag van de verschuldigde schadeloosstellingen de verzekerde som overschrijdt, bepaalt art. 150 III Wb.Verz. (sinds de W. 22 augustus 2002; voorheen bestond de regel enkel voor de motorrijtuigenverzekering) dat de totale verzekerde som naar evenredigheid moet worden verdeeld over de benadeelden. Deze oplossing is logisch aangezien de rechtstreekse vordering ontstaat op het tijdstip van het schadegeval. Wel is volgens dezelfde bepaling de verzekeraar die, onbekend met het bestaan van vorderingen van andere benadeelden, te goeder trouw aan een benadeelde een groter bedrag heeft uitgekeerd dan het aan deze toekomende deel, jegens die anderen slechts gehouden tot het beloop van het overblijvende gedeelte van de verzekerde som.

---

813 Oorspronkelijk had de wetgever in 1992 gekozen voor een aanknoping aan de "*act committed*", maar in 1994 werd dit vervangen door een aanknoping aan de "*loss occurrence*" (d.i. dat de schade is ontstaan tijdens de dekking en niet dat de schadeveroorzakende handeling heeft plaatsgevonden tijdens de dekking). Onder art. 142 § 2 Wb.Verz. kan in bepaalde verzekeringstakken in de polis bepaald worden dat de verzekeringswaarborg voor schade voorgevallen tijdens de duur van de overeenkomst alleen die schadegevallen dekt die ook voor het einde van de overeenkomst of binnen de 36 maanden nadien zijn aangegeven bij de verzekeraar ("*claims made*"-polis). Voor al deze vragen verwijzen we naar de handboeken verzekeringsrecht.

814 Zie G. JOCQUÉ, 'Restitutie bij een nietige verzekeringsovereenkomst', *RW* 2005-2006, (1586) 1588 nr. 5 met verwijzingen.

815 Zie voor rechtspraak en bespreking C. VAN SCHOUBROECK, 'Overzicht', *TPR* 2003, 1995-1996 nr. 70.2.

816 Cass. 12 februari 2014, P.13.1304.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20140212.1= *RW* 2016-17, 25 noot Cindy CORNELIS.

817 Voor de bewijslast, zie Cass. 19 februari 2009, *RW* 2011-2012, 530.

Sedert de wijziging bij Wet 22 augustus 2002, kan ook de vrijstelling (franchise) die jegens de verzekerde zou bedongen zijn, niet worden tegengeworpen aan de benadeelde[818].

I.V.B.3.a.2.e) Beperking door niet-tegenwerpelijkheid van erkenning van aansprakelijkheid of gewijsde

Een toezegging van een vergoeding of een erkenning van aansprakelijkheid door de verzekerde gedaan zonder de toestemming van de verzekeraar, kan tegen de verzekeraar niet worden ingeroepen (art. 149 Wb.Verz.[819]). Het gaat hier om een precisering van het feit dat de verzekeraar alleen instaat voor de dekking die hij heeft verleend.

Dit spoort met de bij borgtocht besproken regel dat geen enkele verzwaring van de hoofdschuld of andere wijziging in het nadeel van de borg nadat deze de borgtocht is aangegaan, aan de borg kan worden tegengeworpen (zie I.II.C.1.B.2°g.).

Vergelijkbaar is ook de regel dat de verzekeraar niet gebonden is[820] door een vonnis verkregen tegen de verzekerde, tenzij de verzekeraar ofwel als partij in het geding was betrokken dan wel de verzekeraar in feite de" leiding van het geding" had (zie art. 153 Wb.Verz.).

I.V.B.3.b. Modaliteiten en tenietgaan van de schuld van de verzekeraar

Hoewel beperkt door de valutaverhouding en dus tot de schuld die bestaat in hoofde van de verzekerde, is de schuld van de verzekeraar een eigen schuld, die ten dele een eigen leven leidt.

I.V.B.3.b.1° Niet subsidiair

De schuld van de verzekeraar is niét subsidiair aan die van de verzekerde. Het is dus niet nodig de verzekerde eerst aan te spreken.

I.V.B.3.b.2° Onderhevig aan de regels inzake niet-nakoming toegepast op de eigen schuld

In toepassing van de gewone regels inzake niet-nakoming, draagt de verzekeraar de gevolgen van zijn niet-nakoming, en kan hij dus gehouden zijn tot vergoedingen waartoe de hoofdschuldenaar niet gehouden is. Zo zal de verbintenis van de verzekeraar zelf interest dragen in geval van verzuim; deze interest moet onderscheiden worden van die op de gewaarborgde schuld (zo bv. gelden beperkingen van de dekking, voor zover zij ook gewaarborgde interest beperken, niet voor de verwijlinterest die de verzekeraar door eigen verzuim verschuldigd is aan de benadeelde. In bepaalde gevallen gelden daarvoor overigens bijzondere regels (zie bv. art. 13 WAM-Wet).

I.V.B.3.b.3° Waarvan de schuldvordering kan overgaan

818 De wetgever heeft daarmee uitdrukkelijk voor een andere oplossing gekozen dan het Hof van Cassatie deed onder de oude wettekst, zie Cass. 19 oktober 2001, *TBH* 2002, 213 = *De Verz.* 2002, 346 noot H. DE RODE = *JLMB* 2002, 708 = *RGAR* 2003, nr. 13.745 = *RCJB* 2004, 5 noot X. DIEUX 'Nature et limites du droit du titulaire d'une action directe '.

819 Voor een voorbeeld waar het beroep op deze regel strijdig werd geacht met de eisen van de goede trouw: Cass. 30 september 2010, C.08.0525.F, Axa / Lefort presses et cisailles, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100930.5 (verzekeraar die elke medewerking heeft geweigerd).

820 Zie bv. Cass. 16 mei 2002, *RW* 2004-2005, 670.

Door cessie, subrogatie e.d. zoals elke andere schuldvordering[821]. Zo bv. zal een mede-aansprakelijke die de schadelijder vergoed heeft voor meer dan zijn aandeel, voor dat meer gesubrogeerd zijn in het eigen recht van de benadeelde jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar van de andere mede-aansprakelijke[822].

I.V.B.3.b.4° Kan zelfstandig tenietgaan

De verbintenis van de verzekeraar die het gevolg is van het "abstract" verlenen van dekking kan ook op zelfstandige wijze tenietgaan, in het bijzonder de volgende:

- doordat de genoemde grenzen van de dekking zijn bereikt, d.i. de verleende dekking uitgeput is (zijn plafond heeft bereikt, zie de bespreking hoger in a.2°) of de looptijd verstreken is ingevolge de oorspronkelijke termijn dan wel de nietigverklaring, opzegging op schorsing van de verzekeringsovereenkomst (zie eveneens hoger in a.2°);

- door betaling en gelijkgestelde rechtsfeiten, zoals kwijtschelding. De verzekeraar kan ook schuldvergelijking inroepen met een schuld die de benadeelde / schuldeiser jegens hem heeft;

- door verval wegens niet-tijdige aangifte. In afwijking van de regel van art. 142 § 1 Wb.Verz. kan volgens art. 142 § 2 in bepaalde verzekeringstakken ook bedongen worden dat de verzekeringswaarborg alleen die schadegevallen dekt die ook voor het einde van de overeenkomst of binnen de 36 maanden nadien zijn aangegeven bij de verzekeraar ("*claims made*"-polis).

I.V.B.3.b.5° Verjaringsregeling

Het eigen recht van de benadeelde jegens de verzekeraar gaat ook teniet wanneer dat eigen recht zelf verjaart (dus een bijkomende beëindigingsgrond naast diegene die in beginsel volgt uit de verjaring van de schuldvordering jegens de aansprakelijke, waarover hoger I.V.B.3.a.1.b met nuancnes).

De verjaring van dat eigen recht geschiedt in beginsel ook volgens afwijkende regels, die verschillen[823] van de regels inzake de verjaring van de aansprakelijkheidsvordering van de benadeelde jegens de aansprakelijke[824]:
- deze laatste verjaart volgens de regels van het OBW (regeling van 5 *c.q.* 20 jaar bij buitencontractuele aansprakelijkheid, art. 2262*bis* OBW, en 10 jaar bij contractuele aansprakelijkheid);
- de eigen aanspraak die de benadeelde tegen de verzekeraar heeft[825], verjaart door verloop van een termijn van 5 jaar, te rekenen vanaf het schadeverwekkend feit; indien de benadeelde evenwel

821 Zie voor subrogatie bv. Cass. 8 maart 2006, *RABG* 2007, 892 noot V. VERVLIET = *RGAR* 2006, 14185 = *JT* 2006, 625 en Cass. 25 maart 2010, C.09.0117.N-C.09.0335.N, *faill. De Strandlelie*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100325.2.

822 Dit geval kwam aan bod in Cass. 4 juni 2012, C.10.0208.N, *Travhydro/ KBC*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120604.6/ = *Jaarverslag cassatie* 2012, 30 = *RW* 2014-15, 1266..

823 Dat de "lange" verjaringstermijn van het eigen recht 10 jaar bedraagt en die van de aanspraak op de aansprakelijke zelf 20 jaar werd niet discriminerend geacht door het GwH, arrest nr. 99/2006 van 14 juni 2006.

824 Ze is ook losgekoppeld van de verjaring van de vordering van de verzekerde jegens de verzekeraar (die verjaart door verloop van een termijn van 3 jaar vanaf het instellen van een eis door de benadeelde; art. 88 § 1 III Wb.Verz.), maar dat is logisch gezien de niet-tegenwerpelijkheid van excepties ui de dekkingsverhouding.

825 Dit geldt ook voor de rechtstreekse vordering van de eigenaar en van derden tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar van de huurder, gegrond op wat nu art. 122 Wb.Verz. is (Cass. 30 november 2009,

bewijst dat hij pas op een later tijdstip kennis heeft gekregen van zijn recht tegen de verzekeraar[826], begint de termijn pas te lopen vanaf dat tijdstip, maar hij verstrijkt in elk geval na verloop van tien jaar, te rekenen vanaf het schadeverwekkend feit (art. 88 § 2 Wb.Verz.) [827], behoudens stuiting of schorsing[828]. Er geldt dus een dubbele termijn volgens hetzelfde beginsel als bij buitencontractuele aansprakelijkheid (*supra*), waarbij het vertrekpunt van de vijfjarige termijn voor de verjaring van de rechtstreekse aanspraak jegens de verzekeraar begint te lopen wanneer de schadelijder kennis krijgt van zijn recht jegens de verzekeraar[829]. Art. 88 § 2 maakt weliswaar voorbehoud voor bijzondere verjaringsregels, maar dat betreft enkel bijzondere regels voor dat eigen recht en houdt geen toepasselijkheid in van bijzondere regels die de verjaring regelen van de aanspraak van de schadelijder jegens de verzekerde[830].

Wanneer een derde gesubrogeerd is in de rechtstreekse aansprak van de benadeelde (bv. diens verzekeraar), is de kennis die de gesubrogeerde zou kunnen hebben voor het tijdstip van subrogatie niet relevant: als de verjaring op het tijdstip van subrogatie nog niet liep tegen de subrogant (benadeelde), dan kon die ook tegen de gesubrogeerde niet beginnen lopen voor de subrogatie[831].

Het gaat om een bijkomende beëindigingsgrond naast diegene die volgt uit de verjaring van de schuldvordering van de benadeelde jegens de aansprakelijke (geregeld door het OBW). In beginsel dienen beide verjaringsregimes dus cumulatief te worden toegepast. Om te beletten dat ze te zeer zouden worden losgekoppeld (de termijnen verschillen immers, evenals stuitings- en schorsingsgronden) bepaalt art. 89 § 4 Wb.Verz. wel dat stuiting of schorsing van de verjaring van de rechtsvordering van de benadeelde tegen een verzekerde[832] ook stuiting of schorsing van de verjaring van zijn rechtsvordering tegen de verzekeraar tot gevolg heeft. Stuiting en schorsing hebben dus kruiselings effect (wat men in de Duitse rechtsleer de "*Gleichlauf*" noemt). Dat het eigen recht door subrogatie overgaat op een derde (andere dan de verzekerde) die de benadeelde heeft vergoed, wijzigt anderzijds niets aan de verjaring (bij subrogatie gaat het recht over zoals het geldt)[833].

C.08.0498.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20091130.1 = *RW* 2011-2012, 267 = *TBH* 2011, 128) en voor de aanspraak op grond van art. 29bis WAM (Cass. 20 februari 2012, C.10.0678.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120220.5).

826 Wat veronderstelt dat hij ook de identiteit van de verzekeraar kent: Cass. 16 februari 2007, *NjW* 2007, 267 noot G. JOCQUÉ= *TBH* 2007, 794 = *VAV* 2007, 224.

827 Cass. 6 april 2006, C.05.0040.N, *Federale verzekeringen t. F.R. en Fortis,* juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2006:ARR.20060406.3, besliste op het gebied van overgangsrecht dat, vermits deze rechtstreekse vordering als dusdanig maar ontstond door de invoering in 1992, de gerechtigde voor de inwerkingtreding daarvan in de onmogelijkheid was zijn recht geldend te maken en de verjaring dus pas begon te lopen op 1 januari 1993.

828 Cass. 7 oktober 2005, C.04.0471.F, *Euromaf*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2005:ARR.20051007.7 = *Jaarverslag cassatie* 29 = *NjW* 2006, 74 noot G. JOCQUÉ: de tienjarige termijn van art. 88 § 2 Wb.Verz. is geen vervaltermijn, maar een verjaringstermijn, die kan worden geschorst en gestuit, onder meer krachtens art. 88 § 4 Wb.Verz.

829 Cass. 21 mei 2010, *JLMB* 2012, 196.

830 Cass. 28 mei 2018, C.17.0586.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2018:ARR.20180528.1 = *Jaarverslag cassatie* 2018, 39.

831 Cass. 14 maart 2019, C.18.0307.F, hjuportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2019:ARR.20190314.10 = *RW* 2020-21, 296.

832 De kennisgeving aan de eigen schadeverzekeraar is niet voldoende, ook niet wanneer de aansprakelijkheidverzekeraar van de aansprakelijke daarvan kennis krijgt: Cass. 10 april 2014, C.13.0447.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20140410.2 = *RW* 2015-16, 1309.

833 Cass. 4 juni 2012, C.10.0208.N, *Travhydro/ KBC*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120604.6/ = *Jaarverslag cassatie* 2012, 30 = *RW* 2014-15, 1266.

Het eigen recht is geen vrijwaringsaanspraak, zodat de regel van art. 2257 lid 1 en 3 OBW inzake de verjaring van een vrijwaringsvordering niet speelt en de subrogatie van een verzekeraar in de rechtstreekse aanspraak van de benadeelde niets wijzigt aan de verjaring daarvan[834]. Dat het eigen recht door subrogatie overgaat op een derde (andere dan de verzekerde) die de benadeelde heeft vergoed, wijzigt dus niets aan de verjaring (bij subrogatie gaat het recht over zoals het geldt).

I.V.B.4. Rechten van de verzekeraar die de schadelijder betaald heeft

I.V.B.4.a. Terugvordering van de benadeelde wegens onverschuldigde betaling

De aansprakelijkheidsverzekeraar heeft onverschuldigd betaald in zoverre er noch een schuld was van de verzekerde jegens de schadelijder, noch een overeenkomst tussen verzekeraar en schadelijder in uitvoering waarvan betaald is. De verzekeraar kan dan terugvorderen van de schadelijder die de betaling heeft ontvangen.

I.V.B.4.b. Rechten tegen de verzekerde en/of verzekeringnemer

I.V.B.4.b.1° Contractueel regres- of verhaalsrecht

I.V.B.4.b.1.a) Wanneer is er een verhaalsrecht en in welke omvang ?

De verzekeraar die de schuldeiser heeft betaald[835] hoewel hij daartoe krachtens de interne verhouding (verzekeringspolis) niet verplicht was, maar wel verplicht jegens de schadelijder omdat deze exceptie aan de schadelijder niet tegenwerpelijk was[836], kan zich krachtens de interne verhouding een verhaalsrecht (regresrecht) voorbehouden tegen de verzekeringnemer en verzekerde[837].

Dit verhaalsrecht is enkel mogelijk tegen de verzekeringnemer of verzekerde die aansprakelijk is voor de schade en is beperkt tot het persoonlijk aandeel van de aangesprokene in de aansprakelijkheid (art. 152 Wb.Verz.[838], zo te interpreteren dat verzekerde en verzekeringnemer

834 Cass. 4 juni 2012, C.10.0208.N, *Trawhydro/ KBC*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120604.6/ = *Jaarverslag cassatie* 2012, 30 = *RW* 2014-15, 1266..

835 Onder betaling moet ook worden begrepen een regeling in het kader van de RDR-regeling, waarbij de betaling uitgevoerd werd door een andere verzekeraar en dan verrekend in het kader van die RDR-regeling: Rb. Antwerpen 21 februari 2011, *RW* 2012-13, 1392.

836 Een van de gronden voor regres kan zijn dat de verzekerde de verzekeraar verhinderd heeft in zijn rechten tegen derden (in het bijzonder mede-aansprakelijken) te treden. Zie het ook hierop toepasselijke art. 95 II Wb.Verz. ("Indien, door toedoen van de verzekerde of de begunstigde, de indeplaatsstelling geen gevolg kan hebben ten voordele van de verzekeraar, kan deze van hem de terugbetaling vorderen van de betaalde schadevergoeding in de mate van het geleden nadeel").

837 Als verzekerde van een gezinsaansprakelijkheidspolis door de ouders gesloten, geldt ook het minderjarig kind (art. 3 KB BA Privéleven), zelfs indien de verzekeraar uitkeerde op grond van de kwalitatieve aansprakelijkheid van de ouders en niet op grond van de aansprakelijkheid van het kind zelf: Cass. 11 januari 2010, *RW* 2012-13, 772 noot P.J. VAN DE WEYER, 'Subrogatie of regres: confrontatie tussen verzekeraar en minderjarige dader bij opzettelijk schadegeval'.

838 De verduidelijking "enkel ten belope van hun persoonlijk aandeel in de aansprakelijkheid" is eerst ingevoerd in de hercodficatie van 2014 in het Wb.Verz. Zie G. JOCQUÉ, 'De Wet Landverzekeringsovereenkomst en de Verzekeringswet 1874 in de nieuwe Wet Verzekeringen', *RW* 2014-15, (483) 490 nr. 28.

als zij verschillen wel *in solidum* aansprakelijk kunnen zijn voor het aandeel van de verzekerde[839]). Bij een uitbetaling door de verzekeraar op grond van art. 29bis WAM-Wet is een regres enkel mogelijk voor zover de verzekeraar op grond van de aansprakelijkheid van de verzekerde gehouden was tot betaling[840]. Een regresrecht tegen een werknemer van de verzekeringnemer is slechts mogelijk binnen de grenzen van art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet[841].

Art. 152 Wb.Verz. beperkt dat regresrecht wel tot de gevallen waarin aan 2 vereisten is voldaan:
1° dit in de verzekeringsovereenkomst is voorbehouden[842], en
2° tijdige kennis is gegeven van het voornemen[843] daartoe (zodra hij op de hoogte is van de feiten waarop hij zijn besluit tot regres grondt, meer bepaald "van de precieze omstandigheden van het ongeval op grond waarvan hij kan beoordelen of de verzekerde de schade heeft veroorzaakt en of er grond bestaat om verhaal in te stellen"[844]), en wel aan de betrokkene zelf of iemand die volmacht heeft deze voor hem te ontvangen[845].

De verzekeraar heeft geen recht op regres indien hij door eigen toedoen verplicht is geweest de schuldeiser te betalen. Ook zijn de handelingen die de verzekeraar heeft gesteld met de schuldeiser nadat hij kennis heeft gegeven van zijn voornemen tot regres, niet tegenwerpelijk aan de verzekerde, bv. een dading gesloten met de schadelijder[846].

De verzekeraar die betaald heeft, heeft geen contractueel verhaalsrecht jegens een persoon die geen verzekerde was en waarvan het niet verzekerd zijn een verweermiddel is dat de verzekeraar kon tegenwerpen aan de benadeelde[847].

I.V.B.4.b.1.b) Aard en gevolgen van het verhaalsrecht

De regresaanspraak is jegens de verzekeringnemer een contractuele aanspraak[848] (en jegens andere verzekerden een contractuele of quasi-contractuele aanspraak), waarvoor het verbod van

839 G. JOCQUÉ, *RW* 2014-15, (483) 491 nr. 28.

840 Cass. 7 juni 2010, *NjW* 2010, 624 noot G. JOCQUÉ.

841 Pol. Brugge 4 december 2013, *RW* 2016-17, 1668 op dit punt afkeurende noot Ch. HENSKENS.

842 Waarbij het wel voldoende is dat de overeenkomst niet afwijkt van de modelpolis, die bv. geldt in de WAM: Cass. 9 maart 2007, *T.Pol.* 2007, 148 = *De Verz.* 2007, 319 noot I. BOONE; Cass. 18 januari 2010, *RW* 2010-11, 1129 = NjW 2010, 276 noot G. JOCQUÉ; Cass. 5 maart 2010, *JLMB* 2011, 2063 noot B. DUBUISSON.

843 Het enkel formuleren van een voorbehoud om regres in te stellen is dus niet voldoende; een ondubbelzinnige aankondiging is vereist – Cass. 12 oktober 2000, C.99.0219.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2000:ARR.20001012.5 = *RW* 2002-2003, 340. Het verval van de regresaanspraak betekent anderzijds nog niet dat de verzekeraar het verval van dekking niet meer zou kunnen inroepen: Cass. 4 oktober 2013, C.12.0072.F, ttps://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20131004.1.

844 Cass. 12 september 2002, C.01.0192.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2002:ARR.20020912.9 = *Arr.* 2002, nr. 446; Cass. 11 september 2009, C.08.0288.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20090911.8; Cass. 17 maart 2023, C.22.0250.N, https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230317.1N.4/NL.

845 Zie bv. Pol. Gent 7 maart 2011, *RW* 2012-13, 71 (inwonend familielid wordt niet noodzakelijk geacht gemachtigd te zijn).

846 Pol. Turnhout 5 december 2006, *RW* 2008-2009, 627.

847 Cass. 7 juni 2012, C.11.0034.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120607.2 = *NjW* 2012, 642 noot D.W. 'Verhaalsrecht van de W.A.M.-verzekeraar tegen (de ouders van) een minderjarige dief' = *RW* 2013-14, 1304, in casu een persoon die zich door diefstal, geweldpleging of heling de macht over het omschreven rijtuig heeft verschaft.

848 Zodat inzake interest de regels van contractuele aansprakelijkheid gelden, onder meer de regel dat interest in beginsel slechts loop vanaf de ingebrekestelling. Zo Pol. Gent 7 maart 2011, *RW* 2012-13, 71.

rechtsmisbruik geldt[849], en geen aanspraak gegrond op buitencontractuele aansprakelijkheid[850]. Daaruit volgt ook dat de verwijlinterest in beginsel maar loopt vanaf de ingebrekestelling[851].

Deze regresaanspraak was traditioneel niét verzekerd met tevens een subrogatie in de rechten van de schadelijder jegens de verzekerde[852]. Evenwel lijkt dat niet meer op te gaan sinds de verruiming van de wettelijke subrogatie in art. 5.220, 1° BW.

I.V.B.4.b.1.c) Verjaring van het verhaalsrecht

De regresvordering verjaart na 3 jaar te rekenen vanaf de betaling, behoudens bedrog (art. 88 § 3 Wb.Verz.). Bij deelbetaling loopt de verjaring voor elke deelbetaling afzonderlijk, en bij betalingen aan verschillende personen eveneens voor elke betaling afzonderlijk[853]. De verjaring loopt vanaf de betaling ook al staat nog niet vast dat de verzekeraar verplicht was te betalen (de grond tot regres niet is vastgesteld)[854].

I.V.B.4.b.2° (Buitencontractuele) aanspraak wegens onverschuldigde betaling bij nietigheid

Is de verzekeringsovereenkomst nietig, zonder dat dit aan de benadeelde kan worden tegengeworpen, dan heeft de verzekeraar jegens de verzekeringnemer ook een aanspraak wegens onverschuldigde betaling ingevolge de nietigverklaring van de overeenkomst, althans indien de verzekeringnemer aansprakelijk is voor het schadegeval[855]. Deze aanspraak is niet onderworpen aan de verwittigingsplicht van art. 152 Wb.Verz.[856]. De onverschuldigde betaling die kan teruggevorderd worden betreft niet alleen de betaling gedaan aan de verzekerde, maar ook betalingen gedaan aan de benadeelde ingevolge diens rechtstreekse vordering[857]. In afwijking van het gemeen recht moet de verzekeraar niét van zijn kant de premies terugbetalen (art. 59 lid 2 Wb.Verz.).

I.V.B.4.c. Subrogatie jegens "derden"

849 Cass. 17 februari 2012, C.10.0651.F, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120217.3= *VAV* 2012, 115

850 Zodat ze ook niet op grond van art. 6.14 BW (vorrheen 1384 lid I OBW) kan worden gericht tegen de persoon die burgerlijk aansprakelijk is voor de verzekerde. Vgl. C. VAN SCHOUBROECK e.a., 'Overzicht', *TPR* 2003, 2002 en noot 828 met verwijzingen.

851 Bv. Pol. Oudenaarde 17 december 2012, *RW* 2013-14, 313, inzake de WAM.

852 Bv. Pol. Oudenaarde 17 december 2012, *RW* 2013-14, 313, inzake de WAM; I. BOONE, *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke* (2009), nr. 5.8.1.

853 Rb. Antwerpen (Antwerpen) 3 mei 2019, *RW* 2022-23, 675.

854 Cass. 1 maart 2013, C.12.0188.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20130301.3 ; voordien oordeelde de rechtsleer vaak anders..

855 *A contrario* uit Cass. 28 september 2012, C.11.0404.N, *KBC / Ethias*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120928.5 = *RW* 2013-14, 1304 = *T. Verz.* 2013, 177 noot J. FAGNART (mbt art. 29bis WAM); G. JOCQUÉ, 'Verzekeringsrecht kroniek 2011-2013', *NjW* 2013, (574) 587 nr; 59.

856 Cass. 25 februari 2005, *RW* 2005-2006, 1585 noot G. JOCQUÉ, 'Restitutie bij een nietige verzekeringsovereenkomst', i.h.b. randr. 3; Cass. 4 mei 2007, *TBH* 2007, 819 noot G. JOCQUÉ, 'Geen kennisgevingsplicht bij gemeenrechtelijk verhaal van de verzekeraar op grond van een nietige verzekeringsovereenkomst'.

857 Cass. 25 februari 2005, *RW* 2005-2006, 1585 noot G. JOCQUÉ, 'Restitutie bij een nietige verzekeringsovereenkomst', i.h.b. randnr. 6.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

In zoverre de aansprakelijkheidsverzekeraar aan de schadelijder betaalt waartoe hij volgens de interne verhouding (verzekeringsovereenkomst) gehouden is, betaalt hij een schuld waarvoor hij draagplichtig is. Voor zover hij volgens de verzekeringsovereenkomst gehouden is, is hij dus niét gesubrogeerd in schuldvorderingen van de schadelijder jegens de verzekerde aansprakelijke.

Betwist is of hij ook gesubrogeerd is in rechten van de schadelijder tegen aansprakelijke derden (andere dan de verzekerde personen)[858].

De aansprakelijkheidsverzekeraar is krachtens art. 95 Wb.Verz. wél "gesubrogeerd" in de rechten van de verzekerde tegen de (andere) aansprakelijke derden (met als uitzondering de bloedverwanten in de rechte lijn, de echtgenoot en de aanverwanten in de rechte lijn van de verzekerde, de bij hem inwonende personen, zijn gasten en zijn huispersoneel: daar is er alleen een aanspraak bij "kwaad opzet" of tegen hun aansprakelijkheidsverzekeraar - art. 95 lid 4 en 5 Wb.Verz.). Onder het oude recht viel dit niet onder de wettelijke subrogatie en sprak men van van quasi-subrogatie omdat de verzekeraar een eigen schuld betaalt[859]. Het criterium in de het nieuwe 5.220, 1° BW is echter de draagplicht, zodat in geval van regres er ook subrogatie kan zijn. Waar het dus op aankomt is aan de hand van de polis bepalen wat de draagplicht is van de verzekeraar[860].

Rechten van de aansprakelijke verzekerde tegen aansprakelijke derden[861] zijn hoofdzakelijk de regresaanspraak van die verzekerde tegen zijn medeaansprakelijken (verzekerd met een subrogatie in de rechten van de schadelijder jegens die medeaansprakelijke)[862].

Aangezien de WAM-verzekeraar die op grond van art. 29bis WAM tot vergoeding gehouden is, niet op grond van de aansprakelijkheid van de verzekerde gehouden is, geldt art. 95 Wb.Verz. daar niet voor[863].

I.V.B.5. Rechten van de verzekerde die de schadelijder betaald heeft

Indien de schuldenaar van de rechtstreekse vordering (bv. verzekeraar) gehouden is volgens de interne verhouding, dan moet de verzekerde die zelf betaald heeft in beginsel van hem kunnen terugvorderen[864].

---

858 Niet volgens C. VAN SCHOUBROECK e.a. 'Overzicht', *TPR* 2003 (1781) 1936, omdat de verzekeraar betaalt voor rekening van de verzekerde en niet van de benadeelde. *Anders* (wat het beginsel betreft) kh. Doornik 22 maart 2001, *JLMB* 2001, 1174.

859 Behalve in het geval waarin hij juist wel andermans schuld betaalt omdat hij eigenlijk volgens de interne verhouding niet moest betalen. Dat vinden we bv. ook bij de betaling op grond van art. 29*bis* WAM.

860 Zie in dit verband bv. HvB Brussel 15 juni 2023, *T.Verz.* 2025, 509.

861 Zoals gezegd is het minderjarig kind een verzekerde, en dus geen derde, van een gezinsaansprakelijkheidspolis door de ouders gesloten, zelfs indien de verzekeraar uitkeerde op grond van de kwalitatieve aansprakelijkheid van de ouders en niet op grond van de aansprakelijkheid van het kind zelf: Cass. 11 januari 2010, *RW* 2012-13, 772 noot P.J. VAN DE WEYER, 'Subrogatie of regres: confrontatie tussen verzekeraar en minderjarige dader bij opzettelijk schadegeval'; Cass. 4 juni 2012, C.10.0734.N e.a., *Mercator verzekeringen / Allianz e.a.,* juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120604.5 = *RW* 2014-15, 59.

862 Zie nader C. VAN SCHOUBROECK e.a. 'Overzicht', *TPR* 2003 (1781) 1937; B. DUBUISSON, 'Les recours de l'assureur', *JLMB* 1998, 240.

863 Dat de ziekenfondsen op grond van andere wetsbepalingen wel over die quasi-subrogatie genieten en private ziektekostenverzekeraars niet, is geen ongrondwettige discriminatie volgens het GwH, arrest 108/2011 van 16 juni 2011, *RW* 2011-12, 646.

864 De verjaring begint te lopen vanaf de betaling, tenzij reeds eerder tegen de verzekerde een eis in rehcte was ingesteld, dan geldt de datum van inleiding van de eis. Zie Cass. 28 november 2008, *RW* 2010-2011, 1519.

Evenwel bepaalt art. 149 Wb.Verz. dat de verzekerde die de benadeelde heeft vergoed of hem een vergoeding heeft toegezegd zonder de toestemming van de verzekeraar, zulks tegen de verzekeraar niet kan inroepen. Het verstrekken van eerste geldelijke of medische hulp door de verzekerde kunnen voor de verzekeraar wel geen grond opleveren om zijn dekking te weigeren (art. 149 lid 2 Wb.Verz.). Het geldt ook niet als de betaling gebeurde in uitvoering van een veroordeling.

I.V.B.6. IPR

Indien het recht dat van toepassing is op de aanspraak van de verzekerde op de verzekeraar (dus de *lex contractus* van de verzekeringsovereenkomst) aan de schadelijder een rechtstreekse vordering toekent, beschikt die daarover overeenkomstig dat recht, ook al zou het recht van toepassing op de gewaarborgde schuldvordering (het recht op schadevergoeding) daar niet in voorzien. Dat volgt art. 18 Rome-II-Verordening. Uit die bepaling volgt verder dat ook in zoverre de *lex contractus* dat niét voorziet, maar het recht van de gewaarborgde schuldvordering wel, er ook een rechtstreekse vordering is, zij het strikt binnen de grenzen van de aanspraak uit de verzekeringsovereenkomst[865]. Indien de aansprakelijkheidsvordering beheerst wordt door Belgisch recht en de verzekeringsovereenkomst niet, heeft de schadelijder dus wel en rechtstreekse vordering, maar zal de vraag welke excepties de verzekeraar kan inroepen door de *lex contractus* worden bepaald; indien de *lex contractus* de verzekeraar niet verplicht borg te staan in dezelfde zin als de Belgische verzekeringswet, dan zal de schadelijder dus enkel over een nit-abstracte (zgn. onvolmaakte) rechtstreekse vordering beschikken binnen de perken van de aanspraken die de verzekerde heeft op de verzekeraar (deze niet-abstracte rechtstreekse vordering is dan geen persoonlijke zekerheid en wordt in *Zekerheden- en Insolventierecht* VI besproken bij de zekerheidsrechten op schuldvorderingen).

865 HvJ 9 september 2015, *Prüller-Frey*, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-240/14, dat de beperking van de rechtstreekse vordering door de inhoud van de verzekeringsovereenkomst betreft zijn de conclusies van A.g. Szpunar een stuk explicieter.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

HOOFDSTUK I.VI. Onafhankelijke delegatie en onafhankelijke garantie

I.VI AFDELING A. Inleiding

I.VI.A.1. Basiskenmerken van de onafhankelijke delegatie en garantie

In I. III werd de delegatieovereenkomst reeds in het algemeen besproken, en werd een onderscheid gemaakt tussen de accessoire delegatie (I.III.B), waarbij de gedelegeerde toetreedt tot de schuld van de delegant, en de onafhankelijke delegatie, waarbij de gedelegeerde een eigen schuld aangaat, die onafhankelijk is zowel van de dekkingsverhouding (interne verhouding tussen delegant en gedelegeerde) als de valutaverhouding (oorspronkelijke verhouding tussen delegant en delegataris).

De delegatie verschilt van de novatie, doordat de oorspronkelijke schuldeiser door de delegatieovereenkomst nog niet bevrijd is, maar slechts wanneer de gedelegeerde effectief betaalt.

Onafhankelijke garanties (Fr. *garantie indépendante* of *garantie autonome*; En. *independent guarantee*) hebben dezelfde structuur als de (niet-accessoire vorm van) *delegatio solvendi*. De garant (uitgever van de garantie) gaat een zelfstandige verbintenis aan, die zowel abstract is ten aanzien van de dekkingsverhouding als onafhankelijk van de valutaverhouding, behoudens de excepties die uitdrukkelijk zijn bedongen (zie *infra* en art. 9.1.35 BW). De garant verbindt er zich niet toe de (primaire) verbintenis van de opdrachtgever (de oorspronkelijke schuldenaar) te volbrengen, maar enkel een *eigen* verbintenis tot betaling aan diens schuldeiser; het gaat in beginsel steeds om een verbintenis tot betaling van een geldsom. Vindt die betaling plaats, dan komt ze in de plaats van die primaire verbintenis. De verbintenis van de garant wordt dus niet mede bepaald door verwijzing naar een andere schuld tot zekerheid waarvan ze strekt.

De onafhankelijke garantie kan dus worden beschouwd als een bijzondere vorm van delegatieovereenkomst. Volgens het BW haat het om een onafhankelijke garantie wanneer het een persoonlijke zekerheid is, dus wanneer het gaat om verbintenis van een derde om aan een schuldeiser de betaling te waarborgen van een verbintenis van de hoofdschuldenaar tegenover de schuldeiser (zie art. 9.1.2, 1° *iuncto* 3° BW). Er is echter geen duidelijke grens te trekken tussen onafhankelijke garanties en andere vormen van delegatieovereenkomst. Weliswaar heeft de klassieke delegatieovereenkomst vooral een betalingsfunctie en de onafhankelijke garantie vooral een zekerheidsfunctie, maar in vele gevallen worden beide functies in zekere mate gecombineerd, zodat deze figuren elkaar overlappen en we ze gezamenlijk bespreken. Het hangt van de precieze overeenkomsten met de garant af of in beginsel eerst de garant wordt aangesproken (zekerheids- en betalingsfunctie), dan wel in beginsel eerst de oorspronkelijke schuldenaar (klemtoon op de zekerheidsfunctie), en in het eerste geval of reeds de aanvaarding van de delegatie bevrijdend is dan wel enkel de nadere uitvoering door de gedelegeerde.

NB. Hier worden enkel deze 2 functies vermeld omdat deze rechtsfiguren hier besproken worden vanuit het perspectief van de persoonlijke zekerheid. Sommige van die rechtsfiguren kunnen daarnaast nog andere functies hebben, bv. de kredietfunctie tussen gedelegeerde en delegant. Daarbij gaat het evenwel niet om de analyse van de verbintenis van de gedelegeerde, maar wel van de onderliggende interne overeenkomst.

Door deze structuur verschillen garanties ook van andere instrumenten waarmee een schuldeiser zijn (krediet)risico afdekt, zoals kredietverzekeringen en hedging transacties (waaronder de

kredietverzuimswaps); die instrumenten worden immers door de schuldeiser zelf "aangekocht" zonder dat de schuldenaar daarbij betrokken is.

I.VI.A.2. Geschiedenis en principiële geldigheid

Toen dergelijke garanties zich ontwikkelden (vooral in de internationale handel[866]), werden in een beginperiode wel eens vragen gesteld over de geldigheid ervan in ons recht, onder meer omdat volgens art. 1108 OBW (intussen art. 5.27 en 5.54 BW) elke verbintenis die men aangaat een oorzaak moet hebben. Al snel bleek toch dat dit geen probleem kon zijn, vermits dit partijen niet verhindert overeen te komen dat zij uit die oorzaak (de dekkingsverhouding) geen verweermiddelen kunnen putten, en de relevantie daarvan voorbehouden voor de "interne" verhouding; reeds de eeuwenoude en in het BW geregelde borgtocht was daarop gebaseerd; ook abstraheren van de valutaverhouding kon niet echt een probleem vormen, gezien het BW de delegatieovereenkomst kent als een vorm van novatie, en specifieke toepassingen daarvan bekend waren zoals onder meer de wisselbrief. Wel is het zo dat de onafhankelijke garanties zoals wij die nu kennen eerst tot ontwikkeling kwamen in het Engelse en Duitse recht op het einde van de 19e eeuw (en zeer courant werden bij ons vanaf de jaren 1960-70). In het Belgisch recht werden ze voor het eerst gecodificeerd in 2024 (Boek 9.1. BW) met inwerkingtreding vanaf 1 januari 2026.

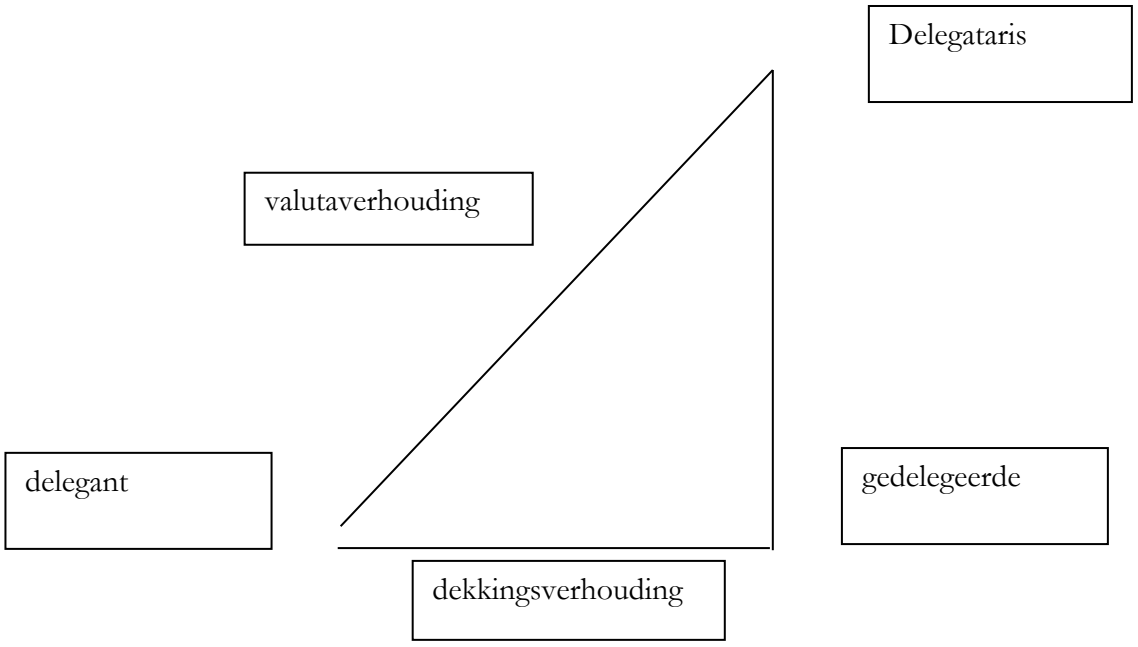
866 De tegenwerpelijkheid van alle excepties uit de valutaverhouding bij borgtocht is namelijk voor de schuldeiser des te riskanter naarmate er meerdere rechtsorden toepasselijk zijn.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.VI AFDELING B. Totstandkoming en mogelijke gebreken

I.VI.B.1. Totstandkoming en kwalificatie

Boek 9.1. bevat geen bijzondere regels voor de totstandkoming of geldigheid van een autonome garantie. Deze zijn dan ook te vinden in Boek 5 BW. De totstandkoming van een delegatie werd hoger (I.III.B) reeds in het algemeen beschreven. Zoals gesteld is de delegatie niet noodzakelijk een driepartijenverhouding, maar moet, om alle gevolgen te hebben, er wel van elk van de drie partijen instemming zijn:
- de gedelegeerde wordt maar schuldenaar van de delegataris doordat hij de delegatie aanvaardt (het kan wel zijn dat hij krachtens een eerdere rechtsverhouding verplicht is te aanvaarden);
- de delegataris is maar verplicht zich eerst te wenden tot de gedelegeerde in plaats van tot de delegant mits hij met de delegatie ingestemd heeft[867];
- de delegant is maar schuldenaar van een regresvordering van de gedelegeerde indien hij de opdracht heeft gegeven.



Zoals hoger (I.III.B) reeds gesteld is het een vraag van uitleg van de rechtshandeling van de garant/gedelegeerde of de verbintenis die hij aangaat onafhankelijk is (ten aanzien van de valutaverhouding) of niet. Niettemin zijn er wel een aantal criteria, naast elementen die niet relevant zijn bij die uitleg.

I.VI.B.1.a. Aanvaarding niet relevant

Dat er in hoofde van elk van de partijen maar verbintenissen ontstaan in de mate waarin zij die zijn aangegaan (toegestemd hebben) (dan wel de schijn daarvan hen toerekenbaar is), belet niet

[867] De instemming kan ook meer inhouden, nl. dat de delegant reeds bevrijd is zodra de gedelegeerde de verbintenis is aangegaan (en niet eerst bij nakoming van die nieuwe verbintenis door de gedelegeerde); dan gata het om een bevrijdende delegatie.

dat de verbintenissen ontstaan zonder dat het engagement moet zijn aanvaard door de begunstigde ervan. In die zin kan de verbintenis van de gedelegeerde (bv. de garant) wel degelijk ontstaan door een eenzijdige wilsverklaring. In het Belgische recht is dit niet problematisch omdat dit ook als algemene regel wordt aanvaard en niet enkel, zoals in sommige andere rechtsstelsels, in welbepaalde gevallen. De eenzijdige belofte zal dus bindend zijn zodra de kennisgeving ervan is aangekomen bij de begunstigde[868].

I.VI.B.1.b. Uitgifte of acceptatie van een waardepapier

De verbintenis is altijd onafhankelijk altijd wanneer er een waardepapier is uitgegeven (bij zgn. rectapapieren) *c.q.* is geaccepteerd (bij zgn. getrokken waardepapieren[869]), tenzij het papier uitdrukkelijk causaal/gecauseerd is of verwijst naar een gewaarborgde schuld.

Voorbeelden:
- van abstracte en onafhankelijke rectapapieren: het orderbriefje;
- van abstracte en onafhankelijke getrokken papieren: de wisselbrief, de cheque[870].

I.VI.B.1.b.1° De acceptatie van een waardepapier als delegatieovereenkomst

Het klassieke schema van de delegatie vinden we bij geaccepteerde getrokken waardepapieren, en met name de geaccepteerde wisselbrief (een cheque wordt niet geaccepteerd door de betrokkene (de bank) en kan ook niet geaccepteerd worden[871]): door de acceptatie van de wisselbrief gaat de betrokkene een abstracte en onafhankelijke verbintenis aan jegens de houder. Dit wordt in I.VI.C.1.a. nader uitgewerkt.

I.VI.B.1.b.2° Onafhankelijke verbintenissen uit waardepapieren die niet uit een delegatieovereenkomst ontstaan.

868 Bv. HvB Brussel 15 oktober 1987, *R. Banque* 1988, 29 noot D. DEVOS = *D. (Dalloz)* 1988, 244 noot M. VASSEUR.

869 Bij getrokken waardepapieren is de uitgever de trekker van het papier. Zo bv. is de "uitgever" van een cheque niet de bank die de cheque heeft gedrukt en ter beschikking gesteld, maar de trekker die de cheque heeft ingevuld en ondertekend.

870 De Cheque werd geregeld door de bepalingen van de Wet van 1 maart 1961, nu geïntegreerd in het WER, die in hoofdzaak de Uniforme modelwet inzake de cheque invoerde in het Belgische recht. Een cheque kan enkel op een bankier worden getrokken (en de uitgifte gebeurt door het invullen en ondertekenen van een door die bankier ter beschikking gesteld chequeformulier). Een cheque kan door de trekker niet op zichzelf worden getrokken als hij aan toonder is, maar wel als hij op naam staat (d.i. eigenlijk aan order).
Het woord cheque wordt ook in oneigenlijke zijn gebruikt voor sommige andere private betaalmiddelen, zie verder de bespreking van geld in Deel VI.

871 Art. VII.216/104 I WER, voorheen 4 I Chequewet. De bankier gaat dus in beginsel ook geen verbintenis aan jegens de houder van de cheque. Dit sluit niet uit dat de bankier n.a.v. de uitgifte van een cheque door de trekker bijkomend een onafhankelijke verbintenis (garantie) kan aangaan jegens de houder van de cheque (bv. het systeem van de eurocheque-garantiekaart, stopgezet op 31 december 2001). Ook kan de bankier op verzoek van de trekker de cheque "certificeren" (Art. VII.216/104 IV WER, voorheen 4 IV Chequewet), d.i. de verplichting aangaan om de dekking (fonds) van de cheque op zijn verantwoordelijkheid te blokkeren tot het einde van de aanbiedingstermijn (die bedraagt 8 dagen binnen België, 20 dagen binnen Europa plus Middellandse-Zeelanden en 120 dagen daarbuiten, zie art. VII.216/129 WER, voorheen 29 Chequewet). Verder houdt het uitgeven (trekken) van een cheque wel een beschikking in door de trekker over het fonds, beschikking die de houder een voorrecht geeft (Zie de bespreking in Deel V Hoofdstuk VI), en houdt het trekken ook een abstracte verbintenis in vanwege de trekker jegens de houder.

Daarnaast is het zo dat de trekker (uitgever) van een wisselbrief zowel als de trekker van een cheque als de uitgever van een orderbriefje eveneens een abstracte en onafhankelijke verbintenis tot betaling aangaan; hetzelfde geldt voor elke endossant van zo'n waardepapier (vandaar dat het endossement van een cheque of wisselbrief in Deel VI (waardepapieren) ook vermeld wordt als een zekerheid). Deze verbintenis is in eerste orde geen delegatieovereenkomst, en het gaat maar om een daadwerkelijk abstracte en onafhankelijke verbintenis vanaf het ogenblik waarop het papier aan een derde wordt overgedragen. Bij de wisselbrief en de cheque gaat het ook nadien trouwens om een verbintenis die subsidiair is aan die van de betrokkene (de houder moet eerst proberen de wisselbrief of cheque te innen bij de betrokkene); daarom spreekt men ook van een regresvordering. De abstractie houdt hier ook in dat de trekker jegens een derde-houder (andere dan de eerste houder) geen verweermiddelen kan inroepen uit de fondsverhouding (dekkingsverhouding), zelfs indien de wisselbrief naar een bepaalde fondsverhouding verwijst[872], tenzij natuurlijk de derde is toegetreden tot die overeenkomst[873].

Hetzelfde kan gezegd worden van de verbintenis van personen die de wissel- of chequeverbintenis "avaleren", d.i. zich garant stelt voor de betaling van de wisselschuld zoals ze uit de wisselbrief blijkt *c.q.* de chequeschuld. De *aval* is geen echte borg, omdat de verbintenis van de aval zelf grotendeels geabstraheerd is van de wissel- of chequeschuld; de aval kan enkel de vormgebreken van de wissel of cheque inroepen, maar geen andere gebreken van de wissel- of chequeschuld (zie voor de wisselbrief art. VII.216/33 (voorheen 32 Wisselbriefwet)[874] en voor de cheque art. VII.216/127 WER.

I.VI.B.1.c. Andere gevallen

Of het een onafhankelijke garantie is (onafhankelijk van de valutaverhouding) of niet, is in andere gevallen een zaak van uitlegging van de overeenkomst. Er geldt een soort weerlegbaar vermoeden dat een persoonlijke zekerheid niet onafhankelijk is van de valutaverhouding[875].

In de praktijk zal men uit bepaalde bedingen vaak het onafhankelijke karakter afleiden, ook wanneer dat niet in zoveel woorden in gesteld; bv.

- een beding van betaling "op eerste verzoek"[876] (*garantie "sur (première) demande", "on first demand*" (niet:*'guarantee'*)[877] of "op afroep" (afroepgaranties), al is dat slechts bij uitgifte door een financiële instelling een vermoeden van onafhankelijkheid van de garantie[878].

872 Bv. HvB Antwerpen 25 juni 2020, *NjW* 2021, 832.

873 Bv. HvB Gent 4 december 2013, *DAOR* 2014/109, 151 = *RABG* 2014, 115; HvB Antwerpen 25 juni 2020, *NjW* 2021, 832 (in casu niet bewezen)

874 Zie verder J. RONSE, *Wisselbrief*, 277 nr. 911; E. WYMEERSCH, in *Liber amicorum Jan Ronse*, (655) 667.

875 Vgl. Art. IVG-2:101 DCFR (Presumption for Dependent Personal Security):
"(1) Any undertaking to pay, to render any other performance or to pay damages to the creditor by way of security is presumed to give rise to a dependent security, unless the creditor shows that it was agreed otherwise". In dezelfde zin E. DIRIX, 'Overzicht', *TPR* 2004 nr. 227.

876 HvB Antwerpen 15 oktober 1985, *TBH* 1986, 646 = *RW* 1986-87, 400; HvB Brussel 3 april 1987, *Pas.* 1987 II 140 = *JLMB* 1987, 810; HvB Brussel 14 februari 2000, *DAOR* 2000/55, 269 = *R.Not.B* 2000, 403; kh. Brussel 16 juni 2008, *RW* 2008-2009, 759; E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006) nr. 449 v.; L. SIMONT, 'Garantie indépendante ou cautionnement', in *L'actualité des garanties à première demande*, 1997, 101 v.; J.F. ROMAIN, *TBBR* 1989, 425 v.; L. SIMONT, in *Aspects récents du droit des contrats*, 305; kh. Brussel 11 februari 1999, *TBH* 2000, 735 noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX; F. T'KINT & W. DERIJCKE, *Hommage à Jacques Heenen*, 457 v. nr. 37-41; W. DERIJCKE, 'Een zonneklare toepassing van de leer inzake garanties op eerste verzoek', noot onder HvB Brussel 2 maart 2001, *TBH* 2002, 491.
L. SIMONT, in *Aspects récents du droit des contrats*, 305, merkt terecht op dat het rechtstechnisch niet om een vermoeden gaat wanneer men een contractueel beding interpreteert.

- een documentair krediet (betaling tegen overhandiging van specifieke documenten).

Het onafhankelijke karakter zal ook worden aangenomen indien de opgenomen verbintenis op zelfstandige wijze wordt geformuleerd als eigen verbintenis van de garant zonder verwijzing naar de gehoudenheid van de (hoofd)schuldenaar[879]. Worden bepaalde specifieke verweermiddelen uitgesloten, dan is dat eerder een indicatie tegen het onafhankelijk karakter (*a contrario* gelden de andere verweermiddelen wel).

Het feit dat de onderliggende transactie transnationaal is, en de uitgever een bank, kunnen elementen zijn die wijzen in de richting van een autonoom karakter[880].

Anders dan men soms stelt, moet de garantie in ons recht niet noodzakelijk schriftelijk worden gegeven[881].

In sommige rechtsstelsels kan een persoonlijke zekerheid gesteld door een consument niet onafhankelijk zijn[882]. Volgens Boek 9.1 Belgisch BW kan dit niet wanneer de zekerheid gesteld wordt jegens een professionele schuldeiser (art. 9.1.43 lid 2 BW), maar blijft dit mogelijk jegens een niet-professionele schuldeiser (art. 9.1.43 lid 2 iuncto 9.1.42 lid 3 BW). In het laatste geval blijven de regels inzake bevrijding wel van toepassing.

Er bestaat ook een variante in de vorm van de zgn. "borgtocht op eerste verzoek"[883]; het is vooreerst een vraag van interpretatie of daarmee een onafhankelijke verbintenis wordt aangegaan (zij het een onafhankelijke verbintenis onder voorbehoud van terugvordering achteraf) of niet (en dus enkel een solidaire borgtocht). Is dat wel het geval, dan is het o.i. een onafhankelijke verbintenis, gekoppeld aan een beding waarbij de schuldeiser er zich toe verbindt om in geval van onverschuldigdheid aan de borg/garant terug te betalen en niet aan diens opdrachtgever[884]. Is dat niet het geval en blijft de verbintenis gekwalificeerd als borgtocht, dan is het beding nietig[885].

Een mogelijke variante is het "*boekenbeding*", waarbij de borgtocht op eerste verzoek kan worden gevorderd tot beloop van het bedrag dat de boekhouding van de schuldeiser aanwijst[886].

---

877 In het Engelse en Amerikaanse recht is een *guarantee / guaranty* immers een accessoire zekerheid (*secondary liability*), dus een borgtocht. Men spreekt dan ook van een '*demand bond' (as a primary obligor)*, en niet van een *guarantee.*

878 Zo althans de Engelse rechtspraak, zie met name EWCA 2005 in *Marubeni Hong Kong and South China Ltd v Government of Mongolia*, Civ 395 [2005] 1 WLR 2497.

879 E. DIRIX, 'Overzicht'*, TPR* 2004 nr. 227.

880 Zie voor deze en andere elementen o.m. de bespreking door K. VLIEGEN, 'Autonome garanties' in *Borgtocht en garantie*, *Persoonlijke zekerheden actualia* (Antwerpen: Kluwer 1997), (185) 188 v.

881 Men verwart soms de zgn. "letterlijkheid" (*caractère littéral*) van de garantie met een geschriftvereiste, bv. L. SIMONT, in *Aspects récents du droit des contrats*, (301) 303.

882 Zo bv. Art. IVG-4:105 DCFR (Nature of Security Provider's Liability) "(Bij consumenten) *(c) in an agreement purporting to create an independent security, the declaration that it does not depend upon another person's obligation owed to the creditor is disregarded, and accordingly a dependent security is considered as having been created, provided the other requirements of such a security are met".*

883 Zie hierover E. DIRIX, 'Borgtocht, recente ontwikkelingen', in *Borgtocht en garantie - Persoonlijke zekerheden, actualia*, nr. 14-15; R. VAN RANSBEECK, 'De borgtocht op eerste verzoek. Een geldige rechtsfiguur', *TBBR* 1998, 173; E. DIRIX, 'Overzicht', *TPR* 2004 nr. 206. Zie nog Kh. Charleroi 23 april 1997, *JLMB* 1998, 1073; Kh. Brussel 11 februari 1999, *TBH* 2000, 725 noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

884 Vergelijkbaar Rb. Amsterdam 12 september 2014, uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBAMS:2014:5937

885 HvB Bergen 21 mei 2013, *JLMB* 2014, 216

886 E. DIRIX, 'Overzicht', *TPR* 2004 nr. 206.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.VI.B.2. Mogelijke gebreken

Op de verbintenis van de garant of gedelegeerde zijn de gemeenrechtelijke regels inzake de wilsgebreken, nietigheden uit het huwelijksgoederenrecht, e.d.m. van toepassing. Zo werden garanties door particulieren soms nietig verklaard omdat zij onvoldoende geïnformeerd waren over het onafhankelijke karakter van de verbintenis die van hen bedongen was[887]. De regels die voor persoonlijke zekerheden in het algemeen nader besproken werden, gelden in beginsel ook voor onafhankelijke garanties.

Maar in beginsel verzet niets zich tegen het bedingen van een dergelijke garantie van een particulier[888]; wel bestaan er in ons recht een reeks regels die het bedingen van een wisselbriefverbintenis verbieden (en strafrechtelijk sanctioneren).

887 Zie bv. A. CUYPERS, *TBH* 2003, (267) 282 nr. 49.

888 O.m. L. SIMONT & A. BRUYNEEL ,'Chronique' *Bank & Fin.* 1989, (522) 523; F. T'KINT, *Sûretés* (2004), nr. 839; K. VLIEGEN, in *Borgtocht en garantie*, *Persoonlijke zekerheden actualia*, (185) 191 nr. 179; voor Frankrijk Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, ((3) 2000), 829 nr. 921.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.VI AFDELING C. Toepassingen

I.VI.C.1. Instrumenten met nadruk op de betalingsfunctie

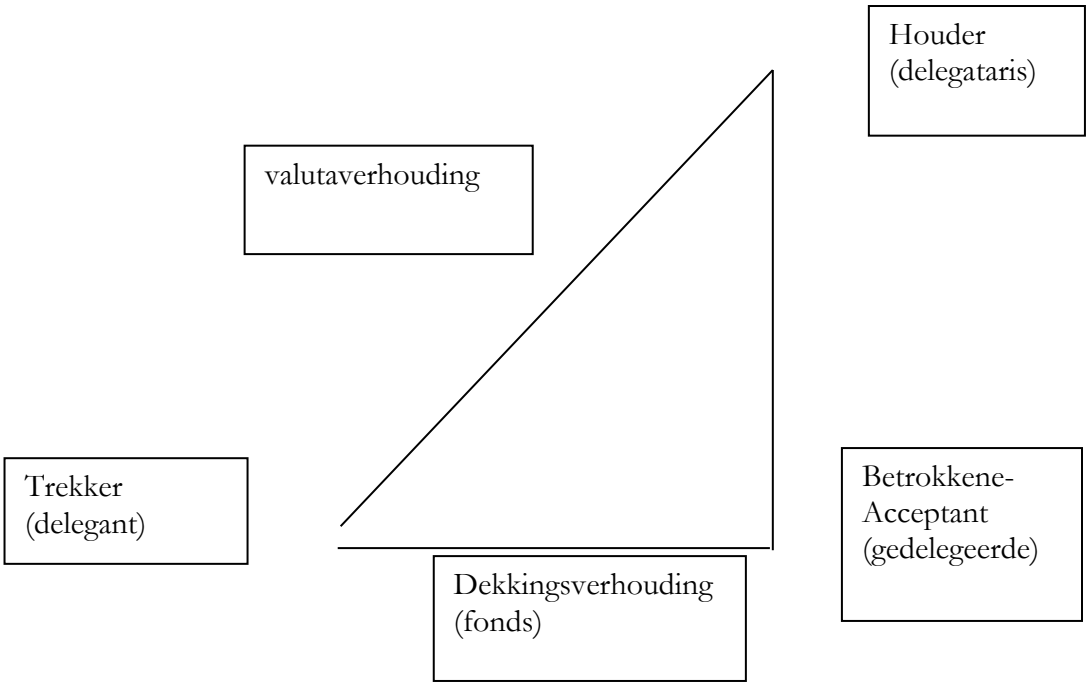
In al deze gevallen dient de delegataris, die akkoord is gegaan met de delegatie, op de eerste plaats betaling te vragen van de gedelegeerde en kan hij zich eerst bij dienst tekortkoming wenden tot de opdrachtgever.

Het gaat hier vooral om zogenaamde betalingsinstrumenten (wel houden niet alle betalingsinstrumenten een onafhankelijke verbintenis in).

I.VI.C.1.a. Geaccepteerde wisselbrief.

De wisselbrief is een "getrokken waardepapier": de trekker (die de delegant is) trekt een wissel op de gedelegeerde ("betrokkene") en overhandigt die ter betaling aan zijn schuldeiser (delegataris, houder van de wisselbrief)[889].

Geaccepteerde wisselbrief



Het Belgische recht heeft de uniforme "Geneefse" wisselbriefwet overgenomen (en aangevuld met enkele bepalingen zoals het voorrecht op het fonds, besproken in *Zekerheden- en Insolventierecht* V.VI) en in 2018 geïntegreerd in het WER (waardoor alle artikels met 1 cijfer zijn verschoven).

Wanneer de betrokkene de wisselbrief accepteert, is hij abstract en onafhankelijk/zelfstandig verbonden jegens de delegataris – de houder van de wisselbrief - tot betaling van de vermelde som op de vervaldag.

889 Voor de vormvereisten, zie art. VII.216/2 en VII.216/3 WER (voorheen 1 en 2 Wisselbriefwet). Die moeten vervuld zijn ten laatste op het ogenblik waarop de wisselbrief ter betaling wordt aangeboden, zoniet is er geen wisselbrief en dus ook geen wisselschuld (zie Cass. 4 maart 2004, C.01.0322.N).

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

Behalve het abstract en onafhankelijke karakter heeft de wisselschuld voor de schuldeiser nog enkele andere voordelen (zoals o.m. de onmogelijkheid om respijttermijnen te krijgen van de rechter en de mogelijkheid om een protest bij niet-betaling te publiceren[890]; verder ook de subsidiaire wisselschuld van de trekker). Zoals in I.I.A.3.b besproken is de schuld wel enkel formeel abstract tussen de trekker en de betrokkene[891], en geldt de materiële abstractie enkel ten gunste van een derde-houder.

De delegataris kan de wisselbrief verder overdragen door middel van "endossement" (rugtekening) aan een nieuwe houder (zoals reeds eerder gezegd is in dat geval is ook de trekker abstract en onafhankelijk gehouden tegenover de houder van de wisselbrief tot de wisselverbintenis; ook elke endossant is op dezelfde wijze gehouden wanneer de wisselbrief vervolgens nog verder wordt overgedragen). De rechten die in de wisselbrief belichaamd worden kan men immers overdragen door de wisselbrief zelf over te dragen, zoals nader wordt uitgewerkt in *Zekerheden- en Insolventierecht* VI (waardepapieren).

De wisselbrief wordt vaak gebruikt als kredietinstrument, meestal in de volgende vormen:

- ofwel doordat de kredietnemer krediet krijgt van zijn bank in ruil voor wisselbrieven die hij (als trekker) trekt op zijn afnemers (*cliëntendiscontokrediet* of krediet verleend door de bank van de leverancier); de bank verdisconteert de wisselbrief en gaat die op vervaldag innen bij de cliënt. Dit wordt gebruikt om de betalingstermijnen te overbruggen die de afnemer heeft bedongen. Het is de leverancier die de commissie betaalt.
- ofwel doordat de kredietnemer als acceptant van een wisselbrief die zijn leverancier op hem trekt het akkoord van zijn bank krijgt om de wisselbrief uit te betalen aan diens leverancier (of een verdere houder) (*leveranciersdiscontokrediet* of krediet verleend door de bank van de afnemer). Het is de afnemer die de commissie betaalt.
- ofwel doordat de wissel door de leverancier van de kredietnemer rechtstreeks op de bank van de afnemer wordt getrokken en deze de wisselbrief accepteert (*bankaccept*).

Indien de wisselbrief niet verdisconteerd wordt door de houder, kan hij die ook ter incasso deponeren bij een bank, waarna hij de betaling zal ontvangen door creditering van zijn bankrekening bij die bank (zgn. domiciliëring op een rekening). Indien de betrokkene dit geaccepteerd heeft, zal ook aan zijn kant zijn bankrekening op de vervaldag automatisch gedebiteerd worden met het bedrag van de wisselschuld. Sedert 1997 hebben de Belgische banken het incasso van alle wisselbrieven en orderbriefjes in euro die aan de zijde van de remittent (deponent) en betrokkene gedomicilieerd zijn op een Belgische bankrekening, gecentraliseerd, destijds bij het Herdiscontering- en Waarborginstituut en sedert 1 januari 1999 bij de Nationale Bank van België. Deze wisselbrieven en orderbriefjes worden bewaard in het centraal depot van de NBB, en het is de NBB die elektronisch de debitering van de rekening van de betrokkenen en de creditering van de rekening van de remittent organiseert.

Omwille van de radicale verbondenheid die volgt uit een wisselbrief heeft de wetgever het gebruik van wisselbrieven in een aantal gevallen verboden, in het bijzonder in consumententransacties (art. VI.39 WER).

890 Het protest bij niet-acceptatie zowel als bij niet-betaling op de vervaldag moet gebeuren per deurwaardersexploot en wordt door de gerechtsdeurwaarder gepubliceerd in het Centraal beslagberichtenbestand (voor 2013 bij de Nationale Bank).

891 Waarbij de rechter bij een acceptatie door een consument zonodig moet nagaan of de onderliggende rechtsverhouding geen onrechtmatige bedingen bevat. Zie in dit verband (in het kader van een summiere procedure) HvJ 13 september 2018, *Profi Credit Polska / Wawrzosek*, curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-176/17.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.VI.C.1.b. Documentaire kredieten

Het documentair krediet heeft als doel een betaling tegen levering te organiseren bij internationale verkoop. De gekozen techniek bestaat erin dat een bank zich in opdracht van de koper verbindt tot een eigen verbintenis jegens de verkoper, nl. tot betaling tegen afgifte van gespecifieerde documenten. Deze techniek heeft een zeer groot belang van de internationale handel; ongeveer 15 % van de wereldhandel wordt op deze manier geregeld.

I.VI.C.1.b.1° Initiële kredietbrieven

De documentaire kredietbrief (*letter of credit*, afgekort l/c; in het Nederlands ook documentair accreditief) wordt dus uitgegeven door een bank (gedelegeerde) (met name de bank van de koper), die zich op verzoek van de schuldenaar van een geldsom – een koopsom of andere prijs – jegens de schuldeiser (delegataris) op een (t.a.v. de valutaverhouding) onafhankelijke wijze verbindt tot betaling van een geldsom tegen overhandiging van een of meerdere zeer nauwkeurig bepaalde documenten[892]. Het gaat meer bepaald om documenten die de eigendomsovergang van de verkochte goederen vertegenwoordigen of bewijzen. De bank is verplicht te betalen indien de documenten precies beantwoorden aan de in de kredietbrief opgegeven vereisten.

Meestal gaat het om documenten die moeten bewijzen dat de verkochte goederen of diensten door de verkoper (delegataris) verzonden zijn aan de koper en bij een inspectie door een derde aan de overeenkomst bleken te beantwoorden (transportdocumenten, controlecertificaat, exportdocumenten e.d.m.); vaak wordt ook vereist dat de documenten niet ouder of jonger zijn dan een bepaalde datum. Documentaire kredieten worden dus voornamelijk gebruikt in de internationale koophandel, waarbij een betaling tegen overhandiging van de goederen niet mogelijk is omdat koper en verkoper in verschillende landen zijn gevestigd. De l/c wordt normaal uitgegeven door de bank van de opdrachtgever (koper) in diens land. De verkoper zal vaak via zijn bank de documenten aan de bank van de koper bezorgen, om in ruil daarvoor uitbetaald te worden.

Een codificatie van de gebruiken, die gehanteerd wordt als standaardbedingen door omzeggens alle banken, zijn de *Uniform Customs en Practices for Documentary Credits* (UCP, in het Frans *Règles et Usances Uniformes*, RUU), sinds 1 juli 2007 in de 6e versie "UCP 600".

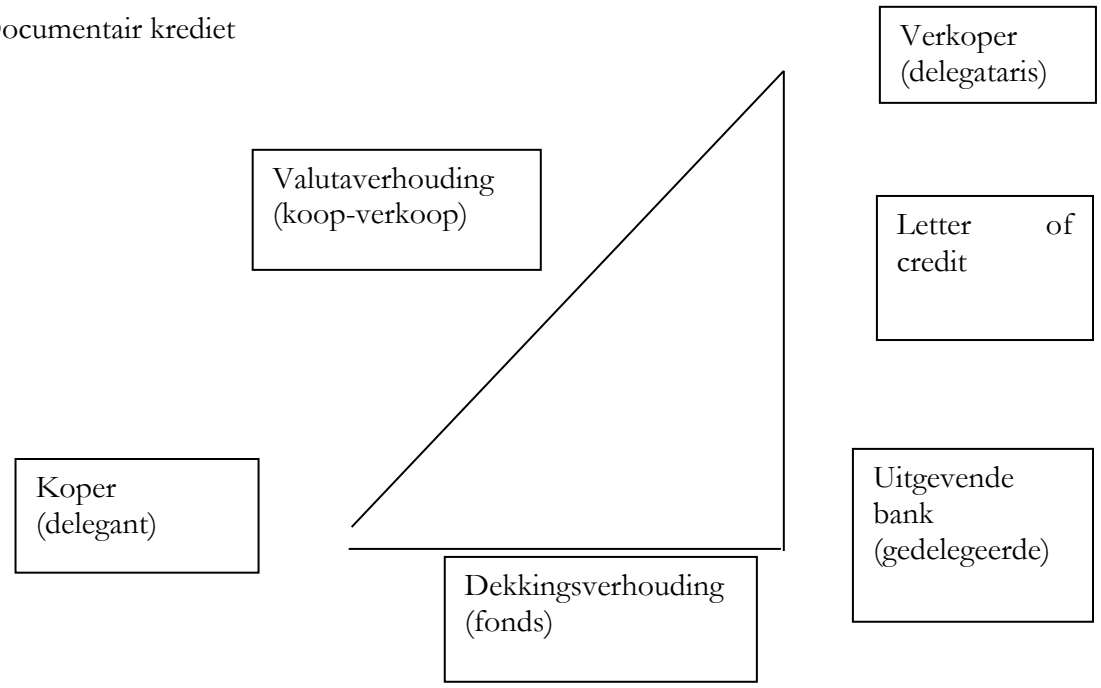
Schematisch ken men de stappen van de operatie als volgt schetsen:

- De onderliggende overeenkomst bepaalt betalingsvoorwaarden, m.b. welke l/c wordt overeengekomen als betalingsinstrument (kredietbeding in de zin van beding van documentair krediet);
- de koper (*Applicant*) contracteert met bank om zo'n l/c uit te geven (het krediet te openen);
- de bank (issuing bank) geeft de l/c uit, dit wordt ter kennis gebracht van de verkoper/begunstigde (*beneficiary*);

892 Voor de kwalificatie van het documentair krediet als een vorm van delegatie: G. BOUMAL, *L'ouverture de crédit irrévocable: essai de technique juridique en droit belge* (Brussel: Larcier, 1950), 84-88, nr. 56; M. COIPEL, 'La théorie de l'engagement par volonté unilatérale (noot onder Cass. 18 december 1974)', *RCJB* 1980, (65) 79 nr. 16; B. DE VUYST & G. MEYER, *Documentaire kredieten*, 118, nr. 356; A. DIERYCK, *Les ouvertures de crédit: étude juridique* (Brussel: Bruylant, 1945), 295-300, nrs. 281-283; J. RONSE, *De delegatieovereenkomst*, 28-29, nrs. 20-22;
In dezelfde zin voor het Franse recht: J. HAMEL, (noot onder Cass. fr. 26 januari 1926), *D.* 1926, I, 201; G. MARAIS, *Du crédit confirmé en matière documentaire* (Paris: LGDJ, 1953), 52, nr. 31; M. NASSER, *Le crédit documentaire* (Beirout, Annales de la faculté de droit de Beyrouth, 1958), 292-294;
voor Duitsland: C.-W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, I, 638, nr. 920.

- de verkoper verzendt goederen;
- de verkoper presenteert documenten aan uitgevende bank (*presentation*);
- de bank onderzoekt documenten (examination, max. 5 dagen[893]) en betaalt of weigert; bij afwijkingen vraagt ze de opdrachtgever of deze akkoord gaat met uitbetaling;
- de bank vordert terug van opdrachtgever/koper (*recourse*), en overhandigt de documenten aan opdrachtgever tegen (terug)betaling.

Documentair krediet



De verbintenis van de uitgever van de kredietbrief zal ook de wijze van nakoming van het krediet bepalen. Het kan om één van de volgende manier zijn "to honour" (art. 6 UCP):
- onmiddellijke betaling aan de begunstigde zelf (zonder termijn) (*at sight*);
- betaling op termijn (*deferred payment*);
- acceptatie van een wisselbrief (*accept a draft*) (waarmee de begunstigde op zijn beurt zijn leverancier kan "betalen", althans betaling op vervaldag kan verzekeren).
- uitbetaling tegen een wisselbrief getrokken op de koper of een derde (*negotiation*).

I.VI.C.1.b.2° Tegenkredietbrieven of bevestigingsbrieven

Het kan ook zijn – frequent in grensoverschrijdende transacties - dat er naast de *issuing bank* nog een tweede bank tussenkomt, naast de bank in het land van de koper ook die in het land van de verkoper. De bank in het land van de verkoper kan op verschillende manieren tussenkomen bij de operatie.

I.VI.C.1.b.2.a) Als *confirming bank*:

[893] Onder de oude UCP 500 was er geen sprake van een vast aantal dagen.

Zo kan het zijn dat de bank in het land van de verkoper zich garant stelt voor betaling aan de verkoper, en de bank van de koper zich garant stelt jegens de bank van de verkoper. De bank in het land van de verkoper geeft dan een tegenkredietbrief of bevestigingsbrief (*lettre de confirmation*) uit; de uitgever van de tegenkredietbrief noemt men dan confirmant. Daartegenover noemt men de andere kredietbrief de initiële kredietbrief en de uitgever ervan gewoon de uitgevende of emitterende bank (*issuing bank*). Meestal zijn de extra kosten van de tegenkredietbrief ten laste van de begunstigde, omdat het voor zijn comfort is dat deze wordt uitgegeven (zodat hij zich niet moet wenden tot de voor hem buitenlandse bank). Hoewel de tegenkredietbrief in beginsel dezelfde inhoud heeft als de kredietbrief, is de verbintenis van de uitgever daarvan onafhankelijk t.o.v. die van de uitgever van de initiële kredietbrief.

Indien de bank van de verkoper deze laatste uitbetaalt, hoewel aan de vereisten van de initiële kredietbrief niet is voldaan, kan hij geen regres nemen op de bank van de koper. In de interne verhouding tussen beide banken is de regresvordering dus wel afhankelijk van de initiële kredietbrief.

I.VI.C.1.b.2.b) Als *advising bank*:

In andere gevallen komt de bank van de verkoper enkel tussen als adviserende bank (*advising bank*).
Dit betekent dat zij de verkoper adviseert over de eisen te stellen aan de kredietbrief, dat ze de l/c die ze ontvangt van de *issuing bank* naziet en aan de verkoper bezorgt. De *advising bank* kan door de *issuing bank* gemachtigd zijn de documenten te onderzoeken en ui te betalen als lasthebber van de issuing bank. Zoniet is elke uitbetaling aan de verkoper vooraleer de documenten ter inspectie zijn voorgelegd aan de uitgevende bank, op eigen risico; indien de uitgevende bank vervolgens terecht weigert, kan de adviserende bank geen regres nemen op de uitgevende bank[894]. Soms zal de *advising bank* zich borg stellen voor de verbintenis van de *issuing bank* zonder een zelfstandige verbintenis aan te gaan in de vorm van een bevestigingsbrief.

I.VI.C.1.b.3° *Back-to-back-credit*

Een andere variante bestaat erin dat de opdrachtgevende koper de goederen zelf doorverkoopt onder een documentair krediet en dat de daarbij door hem verkregen kredietbrief gebruikt als zekerheid jegens zijn bank aan wie hij de opdracht geeft een l/c uit te geven (die noemt men dan een back-to-back-credit, letterlijk "rug aan rug"). Het praktisch gevolg is dat de tweede bank de documenten in handen krijgt waarmee ze dan krachtens de eerste l/c kan terugvorderen van de eerste bank.

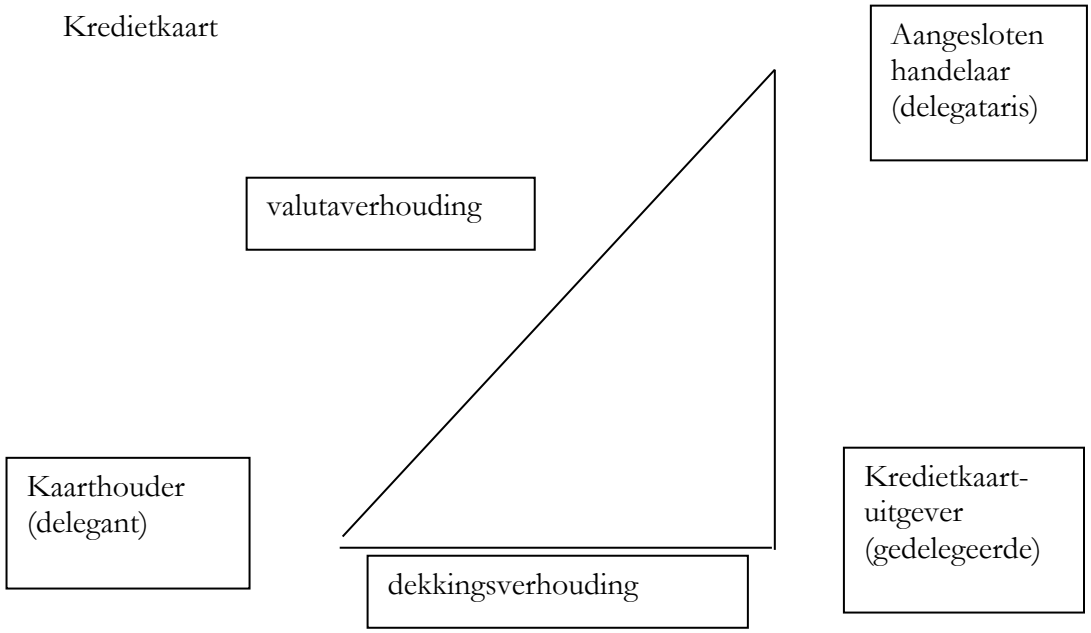
I.VI.C.1.c. Kredietkaarten

De kredietkaart werd ontwikkeld als betaalinstrument in de VS in de jaren '50, werd in Europa (waaronder België) ingevoerd halfweg de jaren '60 en brak in België door einde van de jaren '70[895].

894 Vgl. Zwitsers *Bundesgericht* 1 June 2004 (4C.66/2004) (wijziging t.a.v. vroegere rechtspraak).

895 We bespreken hier enkel de kredietkaarten die strekken tot betaling jegens andere personen dan de emittent zelf. Bij door de handelaar zelf uitgegeven "kredietkaarten" gaat het om privatieve kaarten of koperskaarten en is er slechts een tweepartijenverhouding en geen *delegatio solvendi*.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025



De uitgever van een kredietkaart (als gedelegeerde[896]) verbindt zich eveneens binnen bepaalde grenzen abstract en onafhankelijk tegenover de schuldeiser van de kredietkaarthouder, ten gunste van wie deze laatste (delegant) betalingsopdracht geeft (d.i. een voucher of een ander door de kredietmaatschappij aanvaard stuk ondertekent, al dan niet elektronisch). De uitgever van de kaart verbindt zich dus op voorhand elke "betaling per kredietkaart" (juist: de delegatie gegeven door ondertekening van een voucher of vergelijkbaar document of door elektronische ondertekening van een opdracht[897]) te zullen honoreren, indien de opdracht althans aan bepaalde vereisten voldoet (vormvereisten, maximumgrenzen, enz.); vereist is normaal een elektronische identificatie of een fysieke presentatie (art. VII.36 § 1 lid 3 WER[898]) (evenwel géén controle of er provisie is). Indien de opdracht niet aan die vereisten voldoet (bv. telefonisch doorgeven van een kredietkaartnummer), dan verbindt de uitgever zich niet als gedelegeerde maar enkel om te proberen de schuldvordering te innen bij de opdrachtgever (dan betreft het dus een incassomandaat[899]); lukt dat niet dan kan de uitgever een aan de delegataris voorgeschoten betaling terugvorderen[900].

---

896 De kwalificatie als delegatieovereenkomst wordt vrij algemeen aanvaard. Zie o.m. E. WYMEERSCH, 'De kaarten in België: juridische aspecten', *TPR* 1971, 670; HvB Luik 23 april 1985, *JLMB*. 1985, 359 ; P. KILESTE, 'Le titulaire d'une carte de crédit est-il engagé par déclaration unilaterale ?', *TBH* 1986, 495 v. ; G. DAL & I. CORBISIER, *JT* 1990, 440 nr. 77.

897 Oorspronkelijk was de kaart een bewijsstuk dat de kaartuitgever de opdrachten van de kaarthouder binnen bepaalde grenzen accepteerde, en was de voucher de eigenlijke betalingsopdracht; nu kan met de kaart zelf ook een elektronische betalingsopdracht worden gegeven.

898 Voorheen art. 37 § 1 lid 3 Wet Betalingsdiensten van 10 december 2009, voorheen in de Wet 17 juli 2002 Elektronische overmaking van geldmiddelen.

899 E. WYMEERSCH, 'De kaarten in België: juridische aspecten', *TPR* 1971, 671-672; R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer: een toepassing van de klassieke principes* (Antwerpen: Intersentia 2001), 155. Voor een toepassing met hetzelfde resultaat HvB Brussel 19 juni 2008, *TBH* 2010, 117 noot M. DELIERNEUX & J.P.BUYLE.

900 Bv. HvB Brussel 18 juni 2007, *NjW* 2007, 935 noot R. STEENNOT.

Het ondertekenen van de voucher geldt als een onherroepelijke opdracht van de houder aan de uitgever om te betalen (de verplichting van de uitgever *c.q.* aanspraak van de begunstigde ontstaat dus vanaf de ondertekening van de voucher en niet eerst bij het inleveren van de voucher bij de uitgever)[901].

De uitgever gaat die verplichting maar aan (op voorhand) omdat de houder zich verbonden heeft om de uitgever te betalen, zij het dadelijk na ontvangst van de afrekening (d.i. normaal maandelijks, *deferred debet card*), zij het later wanneer er een krediet s.s. wordt toegekend (*revolving credit card* of wentelkrediet, terug te betalen in aflossingen/schijven)[902].

Hier is er bijkomend wel een voorafgaande overeenkomst tussen de uitgever en die schuldeisers (delegataris), op grond waarvan de kaartuitgever een commissie (percentage) mag inhouden op de betaling, en die ook nog andere wederzijdse verplichtingen inhoudt. Die commissie wordt dus in beginsel door de delegataris (leverancier) betaald en niet door de delegant (klant).

De interne verhouding tussen houder en uitgever is de dekkingsverhouding, de transactie die met de kaart wordt betaald de valutaverhouding.

Indien de kaartuitgever zich niet onafhankelijk verbindt tot betaling, gaat het niet om een kredietkaart, maar een ander soort betaalkaart (waarmee op een of andere manier een overschrijving wordt bewerkstelligd, zie hieronder d.).

I.VI.C.1.d. Creditering van een rekening, door overschrijving van giraal geld (giro) of anderszins

Een andere vorm van betaling van een geldsom vindt plaats door de schuldeiser (delegataris) een rekeningtegoed ("giraal geld", zie uitvoeriger in *Zekerheden- en Insolventierecht* VI) te bezorgen op een financiële rekening bij de gedelegeerde.

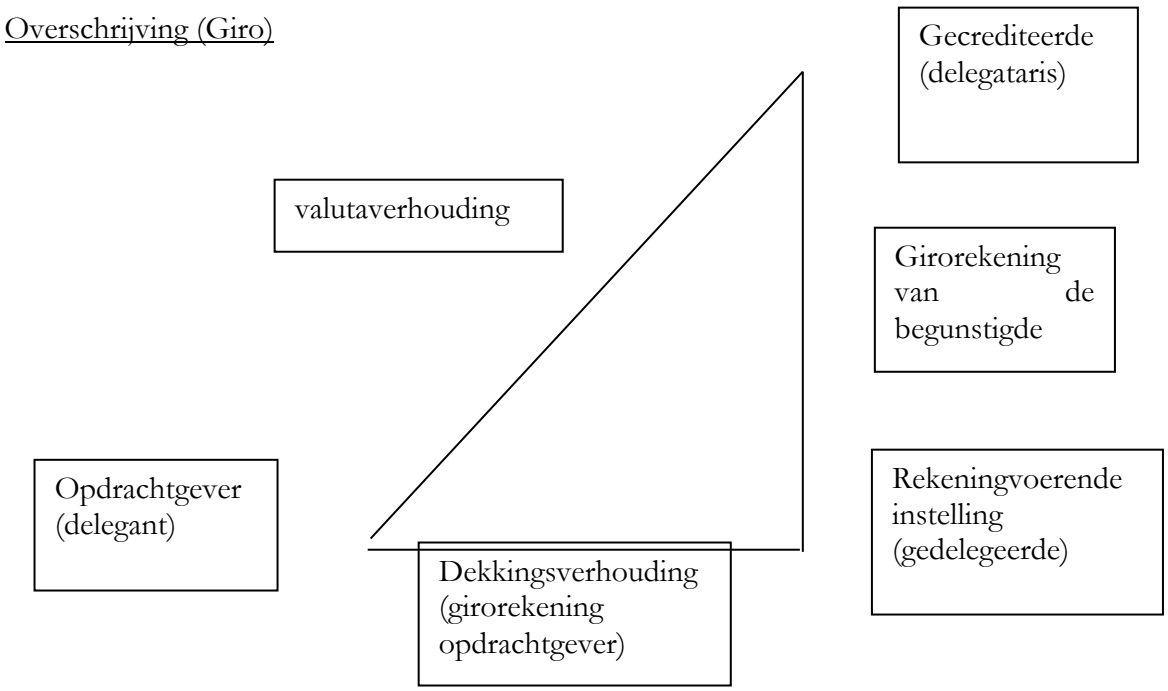
I.VI.C.1.d.1° Gebruikte technieken

Dit kan gebeuren:
1° door een "overschrijving" (*giro*) (in opdracht van de delegant),
2° een elektronische betaling met een debetkaart;
3° of op een andere wijze (storting door de delegant ten gunste van de rekening van de delegataris).

901 Zie bv. Duitse BGH 24 september 2002, *NJW* 2002, 3698.

902 Vandaar maakt men soms het onderscheid tussen de kaart die louter "accreditief" is (geen echt krediet) en diegene die een kredietkaart s.s. is.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025



De overschrijving (*giro*) van geld[903] wordt vaak - ten onrechte - gezien als een lastgeving, of soms als een cessie[904], terwijl het om een *delegatio solvendi* gaat[905] (zij het met enkele eigen kenmerken) (naast eventueel bijkomend en lastgeving, maar zeker niet louter een lastgeving).

I.VI.C.1.d.1.a) Overschrijving: kwalificatie - verhouding bank-begunstigde – aard van die verbintenis

De bank (van de begunstigde) verbindt zich immers abstract en onafhankelijk jegens de begunstigde tot het overgeschreven bedrag.

Daarom is het alvast geen lastgeving. Er is weliswaar een overeenkomst van opdracht tussen opdrachtgever en bank. Maar waaruit bestaat de uitvoering van de opdracht? Lastgeving s.s. veronderstelt dat de bank jegens een derde wederpartij een (verbintenisrechtelijke of zakenrechtelijke) rechtshandeling verricht in naam en voor rekening van de opdrachtgever. Dit vinden we niet bij een overschrijving. Welke rechtshandeling verricht de bank immers jegens de derde? Diens rekening crediteren, d.w.z. diens tegoed verhogen, d.w.z. de eigen verplichting als bank verhogen.

De uitvoering van de giro-opdracht is dus niets anders dan het aangaan van een geldverbintenis

903 De hier gegeven analyse geldt anderzijds niet voor "overschrijvingen" tussen effectenrekeningen, die wel degelijk een eigendomsoverdracht van effecten inhouden. Meestal spreekt men daar van een "overboeking". Zie *Zekerheden- en Insolventierecht* VI.

904 De schuldvordering die de begunstigde door de creditering verkrijgt op de bank is een andere dan degene die de opdrachtgever had. Bij een vergissing van de opdrachtgever kan hij dan ook de schuldvordering van de begunstigde niet "revindiceren", maar enkel de betaling als onverschuldigd terugvorderen (bv. HvB Brussel 25 november 2005, *TBH* 2007, 52).

905 In vergelijkbare zin bv. R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer,* nr. 125-201. Zie ook Ch. WINANDY, 'Contribution à l'étude sur la nature juridique du virement', *Bank & Fin R* 2002-4, 187 v.

jegens de begunstigde. Deze geldverbintenis is onafhankelijk ten aanzien van de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en begunstigde; ook wanneer er geen betaling verschuldigd was door de opdrachtgever blijft het credit op de rekening, en het is de opdrachtgever en niet de bank die krachtens de valutaverhouding (d.i. de verhouding tussen opdrachtgever en derde) kan terugvorderen. Eenmaal de creditering heeft plaatsgevonden is de daarmee aangegane geldverbintenis ook abstract ten aanzien van de dekkingsverhouding (de verhouding tussen opdrachtgever en bank).

Hieruit blijkt dat de overschrijvingsopdracht een delegatieovereenkomst vormt, en meer bepaald een *delegatio solvendi*; het is een "opdracht" in de zin van een delegatie en niet in de in zin van een gewone lastgeving. De bank die de opdracht aanvaardt, gaat dus in opdracht van de opdrachtgever een (onafhankelijke) verbintenis aan, waardoor de schuld van de opdrachtgever jegens de begunstigde wordt voldaan.

Weliswaar betreffen de schoolvoorbeelden van delegaties geldschulden die in een andere vorm worden aangegaan dan een rekeningtegoed, en waarbij het aangaan van de nieuwe schuld door de gedelegeerde de oude schuld nog niet tenietdoet (maar enkel onbeschikbaar maakt; eerst de nakoming van de nieuwe schuld doet de oude uitdoven), maar dat belet niet dat ook de overschrijving in wezen aan de kenmerken van de *delegatio solvendi* beantwoordt. De kwalificatie als lastgeving daarentegen dateert nog uit de tijd toen de lasthebber met de zak vol goudstukken die de opdrachtgever hem meegaf, naar de bestemmeling trok om uit te betalen.

Wel ziet men een lastgeving in het geval van overschrijving tussen rekeningen bij verschillende banken. Dan heeft de bank van de opdrachtgever de taak en bevoegdheid om opdracht te geven aan de bank van de begunstigde dat deze de rekening van de begunstigde zou crediteren (wat op zijn beurt dan een delegatie is). Hieruit leidde men af dat de opdrachtgever jegens de bank van de begunstigde beroep kan doen op art. 1994 OBW en dus een zogenaamde rechtstreekse (contractuele) vordering (art. 1994 OBW) heeft [906]. In het cassatiearrest van 24 maart 2016 werd evenwel beslist dat de bank van de begunstigde een uitvoeringsagent is van de bank van de opdrachtgever en het niet om een substitutie van lasthebber gaat[907].

Die abstracte verbintenis van de bank jegens de begunstigde ontstaat op het ogenblik van de interbancaire verrekening van de verrichting (bij overschrijving met tussenkomst van 2 banken, de verrekening in het UCV of settlement via ELLIPS[908]).

---

906 Voor een toepassing van art. 1994 OBW, zie bv. - HvB Brussel 12 juni 2012, *KBC Bank / VMSW*, *NjW* 2014, 220 en bijbehorend artikel van K. ANDRIES, 'Overschrijvingen', *NjW* 2014, 194.

907 Cass. 24 maart 2016, C.14.0329.N, *Banden van Cauter / BNP Paribas Fortis*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160324.17.

908 Bij overschrijving via 2 banken, verbindt de bank van de begunstigde zich krachtens een opdracht van de bank van de opdrachtgever (een geautomatiseerde opdracht weliswaar), die voortbouwt op een verrekeningsovereenkomst tussen beide banken. De bank van de opdrachtgever geeft die opdracht aan de andere bank in uitvoering van de door haar ontvangen overschrijvingsopdracht van de opdrachtgever. Dergelijke verrekeningen tussen de Belgische banken vonden oorspronkelijk plaats in de "Verrekenkamer" in het gebouw van de Nationale Bank van België, met fysieke uitwisseling van documenten, en geschiedt sinds 1975 geautomatiseerd. Men spreekt van verrekening omdat tussen de banken onderling enkel de dagelijkse saldi worden doorbetaald (via een lopende rekening van de bank bij de Nationale Bank). Dat is althans het systeem voor betalingen beneden de 500.000 euro, die verrekend worden via de Verrekenkamer (het UCV). Voor betalingen boven de 500.000 euro vindt er geen "netting" plaats (d.w.z. enkel betaling van de netto-saldi tussen banken), maar een individuele betaling *in real time* (*real time gross settlement* via het ELLIPS-systeem, Electronic Large Value Interbank Payment System).

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

De nakoming van die verbintenis gebeurt door de creditering van de rekening van de begunstigde, d.i. het bijschrijven op de rekening van de begunstigde. Anders dan bij een kredietkaart gaat de bank jegens de begunstigde geen enkele verbintenis aan voor het tijdstip van de uitvoering of althans verrekening van de opdracht, ook niet door overschrijvingsformulieren ter beschikking te stellen of dergelijke[909].

I.VI.C.1.d.1.b) Overschrijving: gevolgen voor de verhouding opdrachtgever-gedelegeerde

De opdracht tot overschrijving (de delegatie) kent verschillende vormen (gewone opdracht voor elke betaling afzonderlijk, herroepelijke lastgeving aan de begunstigde bij gedomicilieerde overschrijvingen). De voorafgaande overeenkomst tussen cliënt-opdrachtgever en bank zal betalen in welke gevallen de cliënt geacht wordt een opdracht te hebben gegeven en daar dus ook aan gebonden is[910].

Een elektronische betaling met een debetkaart verschilt juridisch dan ook nauwelijks van een overschrijving[911].

Bijzonder aan deze betalingstechnieken, vergeleken met de delegatie in het algemeen, is wél dat de schuld van de bank jegens de delegant reeds tenietgaat zodra de bank de rekening van de delegataris crediteert (dus de verbintenis aangaat) en niet eerst wanneer de delegataris het rekeningtegoed zou gebruiken; de verbintenis die de bank moet aangaan én nakomen om de opdracht te volbrengen is immers de verbintenis om een rekeningtegoed ter beschikking te stellen aan de begunstigde, niet om een som geld *cash* uit te betalen. Dat deze vorm van delegatie verschilt van andere gevallen, volgt gewoon uit de inhoud van de door de gedelegeerde aangegane verbintenis.

---

909 Het grote verschil tot voor kort was dat de uitgever van de kredietkaart zich op voorhand engageert om betalingsopdrachten die ermee zullen gebeuren uit te voeren, terwijl de bank die rekeningfaciliteiten geeft, zich maar engageert na ontvangst van de overschrijvingsopdracht. Bij overschrijvingsopdrachten die onmiddellijk elektronisch worden aanvaard en uitgevoerd (bv. betalingen met Bancontact, of on-line-betalingen rechtstreeks bij de eigen bank met gebruik van een draagbare sleutel) is het praktische verschil klein.
De precieze rechten en plichten van partijen en de gebruiksvoorwaarden blijven wel verschillen, aangezien het betalen met een kredietkaart niet vereist dat deze betaling reeds gedekt is, terwijl de overschrijving maar zal aanvaard worden door de gedelegeerde bank indien er dekking is. Aangezien de dekking in het laatste geval ook een kredietopening kan zijn, en ook het gebruik van kredietkaarten beperkt wordt door periodieke maximumgrenzen, is dat verschil ook weer niet zo groot. Het grote verschil tot voor kort betrof het al dan niet aangaan van een verbintenis door de gedelegeerde (in de tekst besproken).

910 Dit betreft dan onder meer het vraagstuk van de frauduleuze opdrachten door derden, en met name de vraag in welke gevallen de rekeninghouder daarvoor instaat. Dit is nu grotendeels geregeld door de Boek VII WER (integratie van de Wet betalingsdiensten).
Voor de situatie voor die wet: zie onder meer kh. Brussel 3 december 2008, *TBH* 2010, 105 noot N. SPRUYT voor een geval van gestolen en vervalste overschrijvingsopdrachten. Zie eerder onder meer HvB Brussel 5 maart 2005, *BFR* 2006, 82; HvB Brussel 18 november 1999, *AJT* 2001-02, 69 noot R. STEENNOT; HvB Brussel 18 november 1999, *TBH* 2000, 680, noot J.-P. BUYLE EN M. DELIERNEUX; R. STEENNOT, 'Heeft de bank de verplichting de overeenstemming tussen het rekeningummer van de begunstigde en diens identiteit te verifiëren?' (noot onder HvB Brussel 16 oktober 2007), *DCCR* 2008, 89; zie ook HvB Brussel 20 december 2005, *BFR* 2007/1, 58.

911 Het belangrijkste verschil is dat de betalingsopdracht niet gegeven wordt aan de bank van de opdrachtgever, maar aan Banksys. Tot voor kort ging Banksys dan via de UCV (Verrekenkamer), maar in een verdere stap in de ontwikkeling handelt Banksys rechtstreeks met de banken van opdrachtgever en begunstigde. De debetkaarten zoals bv. de Bancontact-kaart hebben eigenlijk meerdere functies: op de eerste plaats is het een legitimatie-instrument om bij de eigen bank uitbetaling van een rekeningtegoed te verkrijgen in de vorm van bankbiljetten (tot een bepaald maximum). Daarnaast is het een instrument om via terminals een elektronische opdracht te geven tot overschrijving op rekening van een leverancier - zij het de handelaar bij wie men goederen of diensten aankoopt, zij het de biljettenleverancier bij wie men bankbiljetten afhaalt.

I.VI.C.1.d.1.c) Overschrijving: verhouding opdrachtgever-begunstigde

De opdrachtgever van de overschrijving is jegens de begunstigde bevrijd vanaf de creditering van diens rekening (novatie). Indien de begunstigde met deze wijze van betaling heeft ingestemd, is er vanaf de creditering van zijn rekening ook geen subsidiaire verbintenis meer van de delegant jegens de begunstigde van de overschrijving[912]. De vraag wanneer een betaling heeft plaatsgevonden is dus een andere vraag dan deze hoelang de ene en vanaf wanneer de andere cliënt over een schuldvordering op zijn bank beschikt[913].

Wel mag de schuldenaar niet aansprakelijk worden gesteld voor de vertraging waarvoor hij niet verantwoordelijk: zo is in het kader van de Richtlijn Betalingsachterstand 2000/35 betaling van interest voor betalingsachterstand uitgesloten in de gevallen waarin de betalingsachterstand niet het gevolg is van de handelwijze van de schuldenaar, die naar behoren rekening heeft gehouden met de tijd die *normaliter* nodig is voor de uitvoering van een bankovermaking[914].

I.VI.C.1.d.2° Betalings- en/of zekerheidsfunctie

De overschrijving heeft meestal een betaalfunctie.

Zij kan echter ook vooral een zekerheidsfunctie hebben (de overschrijving van een (waar)borgsom). In dat geval rijst de vraag aan wie de interest op die som toekomt.
De onvoorwaardelijke overschrijving van een geldsom als zekerheid is wel een verregaande zekerheid, en de praktijk heeft minder verregaande vormen ontwikkeld die een beter evenwicht verzekeren tussen de belangen van schuldeiser en schuldenaar, met name het minnelijk kantonnement, de kwaliteitsrekening, e.d. (rechtsfiguren die worden besproken in Deel V hoofdstuk VIII, omdat een girale geldsom een schuldvordering is).

I.VI.C.1.e. Andere betaalmiddelen

Naast de reeds genoemde bestaan er nog andere betalingsinstrumenten die telkens een schuldvordering op een derde (gedelegeerde) doen ontstaan of incorporeren, al dan niet onafhankelijk van de valutaverhouding:
- het orderbriefje, een niet getrokken waardepapier
- allerlei vormen van cheques in de oneigenlijke zin (zo bv. reischeques (*travellers cheques*)[915]), bons (goedschriften), e.d.m.

Voor gegevens over het gebruik van de verschillende betaalmiddelen in België, zie https://www.febelfin.be/nl/professionelen/cijfers

Vergeleken met de laatste decennia van de 20e eeuw is vooral het gebruik van cheques gedaald en dat van kaarten toegenomen, en recent natuurlijk elektronische betalingen die veelal een overschrijving (giro) inhouden.

912 Het blokkeren van een geldsom op een gemeenschappelijke rekening van opdrachtgever en begunstigde, wordt verderop besproken. Daar is er immers geen onvoorwaardelijke geldverbintenis van de bank jegens één begunstigde, maar een voorwaardelijke jegens elk van hen.

913 Vgl. R. STEENNOT, 'Beslag bij een overschrijving in uitvoering en tijdstip van betaling', *Bank & Fin.* 2006, 387.

914 Zo HvJ 3 april 2008, *Telekom Gmbh* v.*Deutsche Telekom AG,* curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-306/06, overweging 30.

915 Qua abstractie gelijkgesteld met een wisselbrief door HvB Brussel 25 januari 2001, *TBH* 2003, 9 noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX. Vgl. kh. Brussel 24 juli 2000, *JT* 2001, 490.

Bij een vergelijking met de buurlanden zien we dat alvast begin 21e eeuw de cheque e.d. nog een veel groter belang had in Frankrijk en in zekere mate in het VK, en de gedomicilieerde overschrijving een stuk belangrijker was in Duitsland en Nederland.

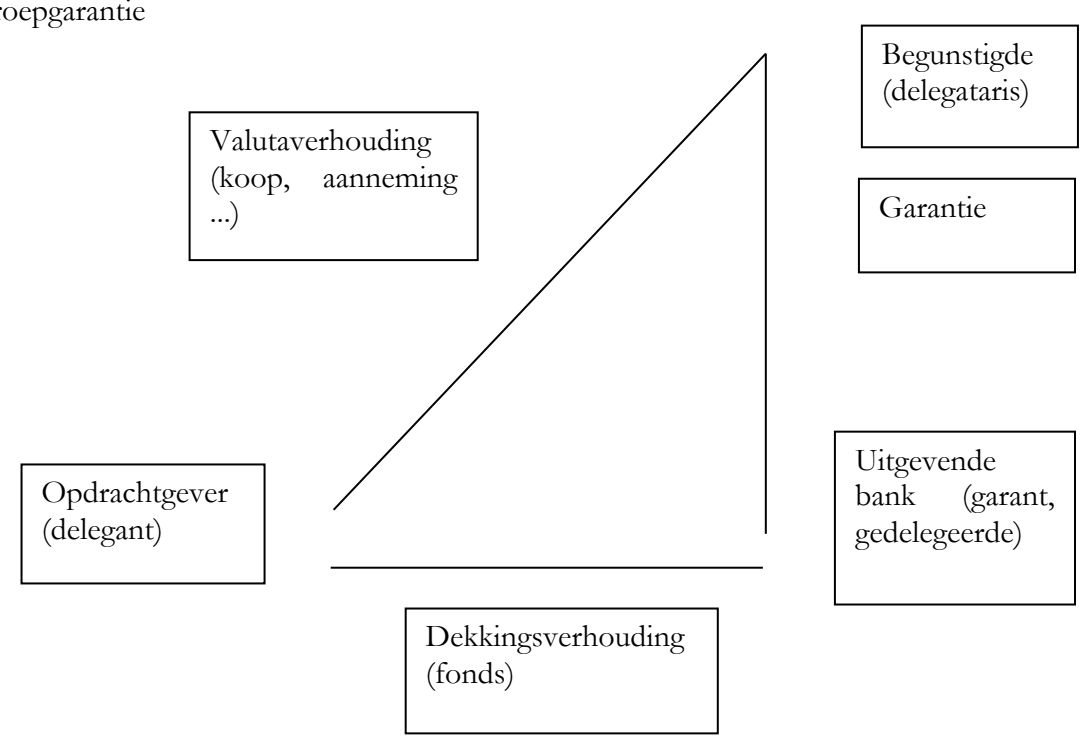
I.VI.C.2. Garanties met nadruk op de zekerheidsfunctie

I.VI.C.2.a. Afroepgaranties (garanties op eerste verzoek)

I.VI.C.2.a.1° Benaming

Het betreft hier voornamelijk de verschillende vormen van afroepgaranties. Deze houden in dat de garantie op louter verzoek van de schuldeiser moet worden uitbetaald,
- zij het "op eerste verzoek" van de schuldeiser, en dus niet tegen de afgifte van documenten, andere dan de loutere verklaring of "afroep" door de schuldeiser ("garantie op eerste verzoek", *Garantie à première demande, Guarantee/Bond on first demand*), die al dan niet gemotiveerd moet zijn;
- zij het op afroep met overlegging van bepaalde documenten (zij het andere dan documenten die goederen vertegenwoordigen) ("*documentaire garantie*").;
Daarom is de term afroep-garantie (*demand guarantee*) iets ruimer dan garantie op eerste verzoek. Volstaat een ongemotiveerde afroep, dan spreekt men van "op eerste eenvoudig verzoek", dient het verzoek gemotiveerd te zijn, van "eerste gemotiveerd verzoek".

Afroepgarantie



Bij een afroepgarantie moet evenmin als bij een betalingsinstrument eerst de oorspronkelijke schuldenaar worden aangesproken, bij andere garanties (niét op eerste verzoek) meestal wel.

I.VI.C.2.a.2° Harmonisatie

Er is een (weinig succesrijk) internationaal verdrag, de *UNCITRAL Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit* uit 1995 (in werking sinds 2001 in zes staten)[916]. Verder zijn er de private codificaties, door de Internationale Kamer van Koophandel (ICC) opgesteld, en waarnaar partijen kunnen verwijzen in hun overeenkomst:
- de *Uniform Rules for Demand Guarantees / Règles uniformes aux garanties sur demande* (URDG v. 785 van 2010[917]) (de oude versie werd relatief weinig gebruikt in de praktijk, maar de jongste jaren iets meer, bv. door de Wereldbank); en
- de *International Standby Practices* (ISP 1998), in werking sedert 1 januari 1998[918].

I.VI.C.2.a.3° Voorwerp of doelstelling

Deze garanties zijn ontstaan als een alternatief voor de borgsom (of blokkering van een borgsom)[919]; zij moeten meestal prestaties garanderen die door de schuldeiser ervan reeds op voorhand geheel of gedeeltelijk geleverd/betaald zijn geworden (bv. vooruitbetaalde goederen, geheel of ten dele vooruitbetaalde bouwwerken e.d.m.), maar er zijn ook andere vormen. Zo kunnen zij[920]:
- de goede uitvoering garanderen van andere dan geldelijke verbintenissen (uitvoeringsgarantie, Fr. Garantie de bonne exécution; En. *Performance bonds* (Dui. *Leistungsgarantie* of *Vertragserfüllungsgarantie,* Fr. *Garantie de bonne fin* ou *de bonne exécution*), waaronder ook de *Warranty Guarantee* of *Warranty Bond* (specifiek voor gebreken die opdruiken tijdens de waarbrogperiode) en de onderhoudsgarantie (*Maintenance Guarantee; garantie d'entretien);*
- het in stand houden van een gedaan aanbod of inschrijving op een aanbesteding (aanbodgarantie, aanbestedingsgarantie, Fr. *garantie de soumission, d'offre, d'adjudication*; *Tender guarantee* of *Bid guarantee*), e.d.m.
- de betaling van een geldverbintenis waarborgen (*Financial Guarantee, Payment Guarantee, ook een kredietgarantie[921], douanegarantie[922] enz.*),
- de terugbetaling van gedane vooruitbetalingen (voorschotgarantie, *Advance Payment Guarantee* of *Repayment Guarantee, Fr. Garantie de remboursement, garantie de restitution; Dui. Vorauszahlungsgarantie*) of van ingehouden geldsommen (*Retention Money Guarantee*; *garantie de reteneu).*

---

916 www.uncitral.org/pdf/english/texts/payments/guarantees/guarantees.pdf

917 Deze vervangen de versie 458 uit 1992. Literatuur o.m. G. BOSMAN, 'De nieuwe Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 758) van de Inter- nationale Kamer van Koophandel: een eerste kennismaking', *BFR* 2010, 81 v. Literatuur over de vorige versie: G. SCHRANS, 'Eenvormige regels voor autonome garanties', *Liber amicorum Paul de Vroede*, 1165; Cl. MARTIN & M. DELIERNEUX, 'Les nouvelles règles uniformes de la C.C.I. relatives aux garanties sur demande', *TBH* 1993, 293; M. VASSEUR, 'Les nouvelles règles de la Chambre de commerce internationale pour les garanties sur demande', *RDAI* 1992, 239; J.-P. MATTOUT & A. PRÜM, 'Les règles uniformes de la CCI pour les garanties sur demande', *Banque et droit* 1993, 3 v.; S. PIEDELIÈVRE, 'Remarques sur les règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande', *RTDComm* 1993, 615; J.P. LENDAIS, 'Les règles de la Chambre de commerce internationale sur les garanties à première demande', *Gaz.Pal.* 1994 *D.* 853; A. PRÜM, in *l'Actualité des garanties à première demande*, Cahier EVBFR/AEDBF nr. 4, 1997, 241.

918 daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V00/529/19/PDF/V0052919.pdf. Zie hierover M.C. GUINOT, 'Règles et pratiques internationales relatives aux standby - R.P.I.S. 98', *RDAI* 2000, 271.

919 Cl. MARTIN & M. DELIERNEUX, 'Les garanties bancaires autonomes', *RPDB Compl. VII* (Brussel: Bruylant 1990), 558 nr. 3-4 ; K. VLIEGEN, in *Borgtocht en garantie*, *Persoonlijke zekerheden actualia*, (185) 193 v. nr. 183.

920 Zie voor een overzicht ook D. BLOMMAERT, 'Bankgaranties', in Tilleman & Terryn, *Beginselen van Belgisch privaatrecht/ Ondernemingsrecht vol.* B (2011) 1919 v.; A. TOUSSAINT, 'La garantie indépendante: chronique de jurisprudence (2007-2018)', in *Actualités en droit des contrats spéciaux* (Anthemis 2019), (255) 258-259.

921 Voor verdere uitwerking, zie K. VLIEGEN, in *Borgtocht en garantie*, *Persoonlijke zekerheden actualia*, (185) 193 v. nr. 183.

922 Deze waarborgt de betaling van douanerechten die verschuldigd worden als tijdelijk met vrijstelling ingevoerde goederen niet tijdig terug worden uitgevoerd: K. VLIEGEN, in *Borgtocht en garantie*, *Persoonlijke zekerheden actualia*, (185) 196 nr. 187.

In de eerste twee voorbeelden wordt daarmee weliswaar niet de uitvoering in natura verkrijgen, maar kan de garantie wel een schadevergoeding dekken.

I.VI.C.2.a.4° Modaliteiten

I.VI.C.2.a.4.a) Algemeen (directe garanties)

De overeenkomst zal bepalen op welke wijze de garantie door de begunstigde kan worden afgeroepen.

Meestal vereist dit een schriftelijke verklaring van de begunstigde waarbij deze stelt dat de voorwaarden voor de afroep vervuld zijn en hij dus recht heeft op de betaling. Zo gebeurt de afroep van een uitvoeringsgarantie door middel van een verklaring van de schuldeiser dat er wanprestatie is gepleegd door de delegant - een zgn. *statement of default*[923] of *certificate of default*. De gevaarlijkste vorm is die waarbij de afroep op eenvoudige verklaring kan geschieden. De suppletieve regel is dat er iets meer vereist is, nl. dat er een gemotiveerd verzoek vereist is (zo ook in de URDG, de enige bepaling waarvan overigens alleen uitdrukkelijk kan worden afgeweken, zie art. 15 (c)). Soms is er bijkomend een verklaring of een certificaat van een derde nodig (bv. een expert die de wanprestatie heeft vastgesteld als vereiste voor de afroep van een *performance bond*). Wanneer de afroep slechts met voorlegging van bepaalde documenten kan gebeuren spreekt men ook van een *documentaire garantie*.

In andere gevallen zal de bankgarantie slechts afroepbaar zijn onder striktere voorwaarden, die maken dat zo'n garantie in de buurt komt van een borgtocht. Typisch voorbeeld is een bankgarantie in geval van veroordeling van de opdrachtgever; zolang de opdrachtgever zelf niet tot betaling veroordeeld is, kan de garantie niet worden afgeroepen.

In het Engelse en Amerikaanse recht wordt de term *bank guarantee* enkel gebruikt voor accessoire garanties (dus vorm van borgtocht), anders spreekt men van een *indemnity*, *demand guarantee* of *performance bond*.

Zoals gezegd kan het ook om een documentaire garantie gaan, waarbij bepaalde documenten moeten worden voorgelegd met de afroep. Een variante zijn de *Standby letters of credit* (ook afgekort *SBLC*); anders dan gewone Letters of Credit (ook "commercial letters of credit" genoemd) hebben *Standby L/C* niet primair een betalingsfunctie[924]. Het gaat om een afroepgarantie waarbij voor de afroep bepaalde documenten worden vereist. Volgens art. 9.1.35 lid 3 gelden daarvoor dan ook dezelfde regels als voor autonome garanties.

Bij een afroepgarantie moet evenmin als bij een betalingsinstrument eerst de oorspronkelijke schuldenaar worden aangesproken, bij andere garanties (niét op eerste verzoek) meestal wel. Bij een afroepgarantie kan men wel eerst de oorspronkelijke schuldenaar aanspreken, het blijft tenslotte op de eerste plaats een zekerheidsinstrument en geen betalingsinstrument.

I.VI.C.2.a.4.b) Indirecte of complexe garanties

923 Vgl. Art. IVG-3:104 DCFR (Independent Personal Security on First Demand):
"(2) The security provider is obliged to perform only if the creditor's demand is supported by a declaration in textual form by the creditor which expressly confirms that any condition upon which the security becomes due is fulfilled".

924 De *standby letters of credit* ontstonden in Amerika als alternatief voor de bankgaranties, die problematisch waren onder Amerikaans bankrecht (banken mogen zich daar niet borg stellen). Zie B. DE VUYST, 'Het documentair krediet als loutere waarborg: de standby letter of credit', *TPR* 1984, 1017.

De gewone garantie is een "directe garantie". Er zijn ook complexere vormen van bankgaranties, die tezamen een "indirecte garantie" vormen, meer bepaald in verhoudingen met 4 partijen, waaronder de bank van de ene partij en de bank van de andere partij. Vaak wordt de garantie aan de schuldeiser gegeven door een bank van zijn land, die dan een tegengarantie (*counter-guarantee*, *contre-garantie*) krijgt van een bank uit het land van de schuldenaar. Garantie en tegengarantie zijn normaal evenzeer abstract en onafhankelijk tegenover elkaar net zoals ten aanzien van de onderliggende schuld[925].

I.VI.C.2.b. Aval

De aval bij een wisselbrief of een cheque, die een subsidiaire onafhankelijke garantie is, kwam hierboven (I.VI.C.1.a.2°) reeds ter sprake. Voor de totstandkoming is vereist dat de avalgever de wisselbrief zelf tekent als aval[926].

Wat de rechtsgevolgen betreft is de ***aval*** zoals gezegd geen echte borg, omdat de verbintenis van de aval zelf grotendeels onafhankelijk is van de wissel- of chequeschuld; de aval kan enkel de vormgebreken van de wissel of cheque inroepen, maar geen andere gebreken van de wissel- of chequeschuld en is in die zin "formeel" afhankelijk maar "materieel" onafhankelijk (zie art. VII.216/33 WER, voorheen 32 Wisselbriefwet)[927] en voor de cheque art. VII.216/127 WER. De bepalingen van het OBW inzake borgtocht zijn dan ook niet van toepassing op de aval[928]. Wel kan de aval dezelfde excepties inroepen die de wisselschuldenaar kan inroepen betreffende de omvang van de verbintenis (bv. exceptie van laattijdigheid van protest[929]).

I.VI.C.2.c. Andere

Een vorm van onafhankelijke garantie vinden we ook wanneer een gecedeerde schuldenaar jegens een cessionaris afstand doet van de verweermiddelen uit de dekkingsverhouding en zich aldus onafhankelijk verbindt jegens de cessionaris[930].

925 Voor een voorbeeld uit de rechtspraak, zie kh. Luik 2 juli 2002, *TBH* 2004, 183.

926 Wanneer de aakvoerder van de betrokken vennootschap als aval tekent met vermelding van zijn hoedanigheid van zaakvoerder, geldt dat als persoonlijk aval, aangezien de vennootschap reeds als acceptant verbonden is: HvB Antwerpen 3 mei 2012, *TBH* 2013, 133.

927 J. RONSE, APR tw. *Wisselbrief en orderbriefje*, nr. 1028; E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 305 nr. 453.

928 J. RONSE, APR tw. *Wisselbrief en orderbriefje*, nr. 1038 v.; Cass. 3 april 1981, *Pas.* 1981 I, 851 = *TBH* 1984, 182 noot E. WYMEERSCH = *JT* 1982, 281.

929 F. T'KINT, *Sûretés* (2004) nr. 721.

930 Over deze rechtsfiguur, zie F-X. LICARI, 'Une sûreté négative: la renonciation du débietur cédé à ses exceptions', *Revue Lamy Droit* 2004/5, 57 v.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.VI AFDELING D. Rechtsgevolgen

I.VI.D.1. Gevolgen tussen garant/gedelegeerde en delegataris (begunstigde).

De modaliteiten van de verbintenis van de gedelegeerde of garant worden uitsluitend bepaald door de bepalingen van de uitgegeven garantie of gedane belofte, in beginsel zonder verwijzing naar de verbintenis van de delegant of hoofdschuldenaar:

I.VI.D.1.a. Onafhankelijk van de dekkingsverhouding (abstractie)

Op de eerste plaats is de verbintenis onafhankelijk van de dekkingsverhouding (de verhouding tussen delegant en gedelegeerde); de garant kan daaruit geen verweermiddelen putten, al ligt de (subjectieve) "oorzaak" van zijn verbintenis in die verhouding[931]. Zijn verbintenis is daarvan geabstraheerd. Dit is niet anders dan bij borgtocht en accessoire delegatie. Net zoals bij borgtocht is de regel blijkbaar zo evident dat de wetgever deze niet in de wet heeft opgenomen.

Art. 9.1.36 lid 4 bepaalt uitdrukkelijk dat de steller van de autonome garantie geen excepties kan tegenwerpen die geput zijn uit zijn verhouding met de opdrachtgever van de autonome garantie of diegene wiens verbintenissen worden gewaarborgd.

Bij waardepapieren vinden we een beperkte uitzondering op dit beginsel, namelijk in het geval waarin de houder van het papier (de delegataris) bij de verkrijging ervan desbewust ten nadele van de schuldenaar (wisselschuldenaar enz.) heeft gehandeld (bv. art. VII.216/18 WER, voorheen 17 Wisselbriefwet) (bv. wanneer hij de frauduleuze oorsprong van het waardepapier kent[932]). Bij een wisselbrief is het daartoe niet voldoende dat de houder samen met de wisselbrief ook de rechten uit de overeenkomst tussen de trekker en de betrokkene heeft verworven: de betrokkene kan de nietigheid van die overeenkomst wegens bedrog door de trekker niet tegenwerpen tegen de aanspraak op betaling van de wisselbrief, tenzij de verkrijger van de wisselbrief desbewust ten nadele van de betrokken handelde[933].

Een dergelijke regel speelt uit de aard van de zaak niet wanneer de delegataris zijn schuldvordering niet uit een waardepapier afleidt, maar uit een belofte die de gedelegeerde aan hem heeft gedaan.

In andere verhoudingen moet men wel nagaan wat precies de modaliteiten van de verbintenis van de gedelegeerde zeggen over de relevantie van de dekkingsverhouding. Zo bv. zal de gedelegeerde zich in beginsel maar verbinden voor zover de delegant wel degelijk een opdracht heeft gegeven en niet wanneer een derde dat onder een valse naam heeft gedaan (bv. frauduleus gebruik van andermans kredietkaart[934]); de tussen partijen gesloten overeenkomsten en bijzondere wettelijke bepalingen kunnen nadere regels bevatten.

---

931 In dezelfde zin o.m. Ph. COLLE, 'Kroniek handels- en distributieovereenkomsten', *RW* 2007-2008, (170) 180 nr. 38.

932 Zie bv. voor een niet uitdrukkelijk door de wet geregeld geval – een reischeque - HvB Brussel 25 januari 2001, *TBH* 2003, 9 noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

933 Uitleg van wat toen art. 17 Wisselbriefwet was door Cass. 28 mei 1964, *Assurances du crédit / Daujeumont, RCJB* 1965, 373 noot J. HEENEN 'La règle de l'inopposabilité des exceptions et la "mauvaise foi" du porteur d'une lettre de change'.

934 Bv. HvB Brussel 30 augustus 2006, *RW* 2008-2009, 499.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.VI.D.1.b. Onafhankelijk van de valutaverhouding

I.VI.D.1.b.1° Bij materiële onafhankelijkheid

Verder kan de garant ook geen verweermiddelen putten uit de valutaverhouding. De garantie is in die zin naast abstract ook onafhankelijk (autonoom). Zij is dus niet accessoir aan de schuld uit de valutaverhouding, maar daarvan losgemaakt. Dit sluit niet uit dat de garantie zelf voorwaarden kan bevatten die verband houden met die valutaverhouding (bv. garantie enkel in geval de opdrachtgever van de garant veroordeeld wordt tot betaling), zie verder in I.VI.D.1.d. (men noemt dit in het Duits een "*Ersatzaksessorität*")[935]. Maar een louter algemene verwijzing naar een gewaarborgde verbintenis brengt de autonome aard van de verbintenis niet in het gedrang (art. 9.1.35 lid 2 BW). Voorwaarden die verband houden met de valutaverhouding moeten dus uitdrukkelijk als garantievoorwaarden zijn opgenomen.

De regel dat geen verweermiddelen uit de valutaverhouding kunnen worden ingeroepen, is algemeen:
- Zij geldt voor excepties betreffende de geldigheid of nietigheid van de valutaverhouding, inhoud van de daarin geldende verbintenis, e.d.m. Art. 9;1.35 lid 1 bepaalt dus "de geldigheid, de nadere regels, de omvang en het voortbestaan van de autonome garantie zijn niet afhankelijk van de geldigheid, de nadere regels, de omvang en het voortbestaan van de gewaarborgde verbintenis" en Art. 9.1.36 lid 4 bepaalt dat de steller van de autonome garantie geen excepties kan tegenwerpen die betrekking hebben op de gewaarborgde verbintenis.
Zo ook kan de garant geen schuldvergelijking inroepen met een schuldvordering van zijn opdrachtgever jegens de begunstigde van de garantie[936]. Dit kan mogelijk anders zijn wanneer de opdrachtgever die schuldvordering heeft gecedeerd aan de garant; indien die schuldvordering vaststaand en opeisbaar is, moet zij normaal wel kunnen worden verrekend, doch dit is betwist[937]; meer bepaald de UNCITRAL regels inzake garanties sluiten de verrekening uit indien de gecedeerde schuldverhouding betrekking heeft op de valutaverhouding waarvoor de garantie is uitgegeven[938]. Een goede reden daarvoor is dat de cessie van de schuldvordering door de opdrachtgever aan de garant de begunstigde van de garantie berooft van een zekerheid waarop hij krachtens de overeenkomst met de opdrachtgever recht heeft[939].
- een scheidsrechterlijk beding opgenomen in de valutaverhouding geldt niet voor de garantie[940]
- dat de garantie in de plaats gekomen is van (de oorzaak van) een beslag en de geldigheid van dat beslag betwist wordt, doet al evenmin afbreuk aan de gehoudenheid van de garant conform de garantievoorwaarden[941].

---

935 Zo W.W. RADKE, *Bedingungsrecht und Typenzwang. Eine Untersuchung zu Grundlagen und Grenzen privatautonomer Gestaltung*, 108, die dit begrip stelt tegenover de "*Existenzaksessorität*" van onder meer de borgtocht.

936 Bv. HvB Brussel 7 juni 1995, *Pas.* 1995 II 32; K.g. Brussel 30 juni 1992, Rol K.nr. 152/92, aangehaald door Ph. COLLE, 'Kroniek handels- en distributieovereenkomsten', *RW* 2007-2008, (170) 180 vn. 64.

937 Schuldvergelijking is aanvaard in HvB Bergen 8 april 2002, *TBH* 2004, 334 kritische noot C. CAUFFMAN, 'Enige bedenkingen bij de bankgarantie op eerste verzoek'. In die zin ook L. SIMONT & A. BRUYNEEL, *R.Banque* 1989, 530 nr. 12; J.P. BUYLE, *JLMB* 1993, 899; Vz. Kh. Hasselt, 2 oktober 1998, *TBH* 1999, 723 met noot.
Anders: C. CAUFFMAN, *TBH* 2004, (334) 344; E. WYMEERSCH, M. DAMBRE & TROCH, 'Overzicht van rechtspraak. Privaat bankrecht 1992-1998', *TPR* 1999, (1779) 1841 nr. 59

938 Zo ook D. DEMAREZ, 'Garantieformalisme als eerste maatstaf bij de beoordeling van een beroep op een bankgarantie en de toepassing van deze regel bij de beoordeling van een "extend or pay"-verzoek', *DAOR* 2000/56, (304) 319 nr. 43.

939 Vgl. C. CAUFFMAN, 'Enige bedenkingen bij de bankgarantie op eerste verzoek (noot onder HvB Bergen, 8 april 2002)', *TBH* 2004, (334) 346-347 nr. 13.

940 kh. Kortrijk 21 oktober 1996, *RW* 1996-97, 1447. Vgl. ook de UCP en URDG.

De regel dat de garantie niet afhankelijk is van de valutaverhouding houdt ook in dat deze niet mag gebruikt worden voor de uitleg van de garantievoorwaarden[942]. Het is dus perfect mogelijk dat eenzelfde term in de onderliggende overeenkomst en in de garantie een andere betekenis dient te krijgen[943].

Niettemin wordt de onafhankelijkheid doorbroken in uitzonderlijke gevallen, besproken onder I.VI.D.1.d.2°.

I.VI.D.1.b.2° Bij louter formele onafhankelijkheid: de borgtocht op eerste verzoek

Een tussenvorm tussen borgtocht en onafhankelijke garantie is de zgn. "borgtocht op eerste verzoek": de borg verbindt er zich toe op eerste verzoek te betalen zonder enig verweermiddel uit de valutaverhouding op te werpen, doch behoudt het recht om de betaling als onverschuldigd terug te vorderen van de schuldeiser zelf (en niet slechts van de hoofdschuldenaar): "eerst betalen, dan praten"[944]. Zoals gezegd is de geldigheid hiervan betwist, maar is m.i. deze figuur in ieder geval geldig in die gevallen waarin ook een onafhankelijke verbintenis geldig zou zijn (*qui peut le plus, peut le moins*) [945].

I.VI.D.1.c. Geen hoofdelijkheid tussen de gedelegeerde en de delegant

Er is ook geen hoofdelijkheid tussen beide schuldenaars, en de verbintenis uit de valutaverhouding heeft dus ook op die manier geen invloed op die van de garant of gedelegeerde.

I.VI.D.1.d. Voorwaarden waaraan de verbintenis wel onderworpen is; uitzonderlijk doorbreken van onafhankelijkheid t.a.v. valutaverhouding

De rechten en plichten van partijen worden dus zelfstandig bepaald op grond van de verklaringen van de gedelegeerde/garant. Art. 9.1.36 BW stelt nu dat "De steller van de autonome garantie slechts tot betaling verplicht (is) indien het verzoek tot betaling beantwoordt aan de in de autonome garantie gestelde nadere regels" alsook dat "De steller van de autonome garantie mag enkel rekening houden met het evrzoek tot betaling om te bepalen of dit het geval is".

I.VI.D.1.d.1° Uitdrukkelijke beperkingen aan of voorwaarden voor de garantie (garantieformalisme) of het instrument, inbegrepen beperkingen in tijd

Ze zijn niet wettelijk geregeld en hangen dus volledig af van diens rechtshandeling.

---

941 Bv. HvB Antwerpen 6 december 2006, *RW* 2008-2009, 370.

942 kh. Brussel 5 februari 1996, *RW* 1996-97, 1263.

943 Bv. HvB Brussel 28 mei 2009, *JLMB* 2009, 1867= *NjW* 2010, 325.

944 Zie hierover verder A. CUYPERS, *TBH* 2003, (267) 280 nr. 42 v.; E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 274-275 nr. 414; L. SIMONT, in *Aspects récents du droit des contrats*, 304; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, 360 nr. 678; E. WYMEERSCH, in *Liber amicorum Jan Ronse*, 1986, (655) 664; S. STIJNS, 'Borgtocht communautair goederenvervoer. Een borgtocht 'op eerste verzoek'?, in *De bank en de zee* (Brussel: Bruylant 1998), 95 v.

945 *Contra* R. VAN RANSBEECK , 'De borgtocht op eerste verzoek. Een geldige rechtsfiguur?' *TBBR* 1998/3, 173 v. E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006) nr. 414 beschouwt ze als geldig maar "problematisch" omdat ze misleidend zou zijn en ziet er eerder een garantie in.

Wel zijn er suppletieve gewoonterechtelijke regels ontstaan, die voor bepaalde types van garanties gecodificeerd werden (zie hoger I.VI.B). Een uitlegregel is verder dat een tegenwaarborg in geval van twijfel uitgelegd wordt binnen de grenzen van de primaire waarborg[946].

I.VI.D.1.d.1.a) Garantievoorwaarden

Typisch is vaak dat de voorwaarden voor uitbetaling van de garantie zeer nauwkeurig zijn bepaald en deze bedingen strikt letterlijk worden toegepast (Fr. *caractère littéral*)[947]. Dit zien we duidelijk bij documentaire kredieten: uitbetaling moet geschieden als en slechts als de documenten exact beantwoorden aan de voorwaarden van de kredietbrief (*complying presentation*) (zie art. 14 UCP) 600. De regel geldt echter ook voor andere onafhankelijke garanties[948], zij het dat de concrete bepalingen van de garantie, zoals we die in de praktijk vinden, vaak wel minder strikt zijn dan bij documentaire kredieten. De precieze vereisten die in beginsel voor elk type document gelden worden voor documentaire kredieten in detail geregeld door de UCP[949]. Zo moeten transportdocumenten "clean" zijn (zonder voorbehoud).

Wat betreft de mogelijke valsheid:
- wat betreft de mogelijke materiële valsheid van de documenten zelf[950]: de garant dient de echtheid met redelijke zorg na te gaan (art. 14 UCP 600; zelfde regel voor afroepgaranties[951], art.

946 kh. Brussel 11 december 2001, *TBH* 2003, 57.

947 Zie onder meer D. DEMAREZ, *DAOR* 2000, 304 v.; HvB Brussel 3 november 1999, *AJT* 2000-2001, 319 noot D. DEMAREZ; Ph. COLLE, 'Kroniek handels- en distributieovereenkomsten', *RW* 2007-2008, (170) 181 nr. 41; HvB Brussel 5 april 1990, *TBH* 1992, 83; HvB Brussel 26 juni 1992, *TBH* 1994, 51; HvB Brussel 14 februari 2000, *DAOR* 2000/55, 269 = *RNotB* 2000, 403; HvB Brussel 24 februari 2004, *JT*. 2005, 68; Kh. Charleroi 8 september 1992, *JLMB* 1993, 894; Kh. Leuven 18 mei 2004, *TBH* 2006, 106; Vz. Kh. Hasselt 2 oktober 1998, *TBH* 1999, 723.
Voor het Franse recht Cass. fr. 20 december 1982, *Dalloz* 1983, 365 noot M. VASSEUR; voor het Nederlandse HR 9 juni 1995, *NJ* 1995/639.

948 Cass. 24 april 2009, C.07.0379.N, *Lexis / Dexia*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20090424.11 = *RW* 2010-2011, 1301, met een zeer strikte interpretatie (zaak besproken door A. TOUSSAINT, "La garantie indépendante: chronique de jurisprudence (2007-2018), in *Actualités en droit des contrats spéciaux*, (255) 263-264); zo ook HR 14 december 2018, *Rabobank / Rollecate*, https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2018:2297 (begunstigde had een bepaald betaalschema, waarvan naleving voorwaarde was voor uitbetaling, niet strikt nageleefd), besproken door F. VELDHUIS op cassatieblog.nl/verbintenissenrecht/uitleg-abstracte-bankgarantie/. Zie ook de discussie over de vraag of aan de garantievoorwaarden is voldaan als de garantie vereist dat een bepaald document "enclosed" is en dat niet bij de afroep was gevoegd maar wel al eerder was overgemaakt: M. KELLY-LOUW, 'Must all the required documents for a demand guarantee be presented at the same time?', 80. *THRHR* 2017, 148.
Vgl. Art. IVG-3:102 DCFR (Performance by Security Provider): *(1) "The security provider is obliged to perform only if there is, in textual form, a demand for performance which complies exactly with the terms set out in the contract or other juridical act creating the security".*
in het Engelse recht daarentegen lijkt men minder strikt te zijn bij afroepgaranties dan bij documentair krediet, zie bv. EWCA 2 december 2016 in *MUR joint ventures / Compagnie Monegasque de Banque*, www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2016/3107.html, w.b. de vormvereisten voor de afroep. Zie de discussie bij M. KELLY-LOUW, 'The Doctrine of Strict Compliance in the context of demand guarantees', 49. *CILSA* 2016, 85.

949 Zo worden de volgende documenten nader geregeld door de UCP: Documenten nader geregeld door de UCP: de Factuur (commercial invoice) (art. 18); de Transportdocumenten, in het bijzonder de *bill of lading* (cognossement) (art. 20), de *Charter party bill of lading* (art. 22), de *Non-negotiable Waybill* (art. 21) en het *Multimodal transport document* (art. 19); de Verzekeringspolis (goederenverzekering) (art. 28). Niet nader gedefinieerd in UCP en soms/vaak vereist zijn Opslagdocumenten en Certificaten (staalname & analyse, enz.).

950 Materiële valsheid dan wel echtheid (authenticiteit, *Echtheit*) betreft de vraag of een document uitgaat van de persoon van wie het pretendeert uit te gaan; intellectuele valsheid dan wel juistheid (*Richtigkeit*) betreft de vraag of de erin opgenomen verklaring waar is of leugenachtig). In de rechtsleer worden beide gevallen van valsheid bij de bespreking van garanties niet steeds uit elkaar gehouden. Zie hierbij nog HvB Antwerpen 23 september 1981, *TBH* 1986, 367; kh. Brugge 10 juni 1952, *Rev.Banque* 1952, 583.

19 URDG 758); zij dient uitbetaling te weigeren indien uit dit onderzoek volgt dat de documenten materieel vals (niet echt of authentiek zijn;
- wat betreft de inhoudelijke waarachtigheid dan wel intellectuele valsheid van de in de documenten opgenomen verklaringen: dit is een andere vraag, die enkel relevant is in het kader van een mogelijk rechtsmisbruik door de begunstigde, wat hierna besproken wordt.

Ondanks het formalistisch karakter dienen de door de garant gestelde voorwaarden wel te worden geïnterpreteerd volgens de wijze waarop de garant de overeenkomst heeft uitgevoerd: in een zaak waar de garantie slechts in werking zou treden na "storting" door de opdrachtgever van een bepaald bedrag, en waar de bank een gekruiste cheque had aanvaard van de opdrachtgever en die heeft verrekend, kon de garant achteraf niet aanvoeren dat er geen "storting" had plaatsgevonden[952].

Betwisting is er bv. over de vraag of een beding dat de afroep per aangetekend schrijven moet gebeuren kan ingeroepen worden wanneer de kennisgeving anders gebeurt maar er geen betwisting is over de datum[953]. Art. 14 (d) URDG 758 bepaalt dat zelfs als de garantie een bepaalde verzendingsmodus oplegt voor de presentatie van documenten, een andere manier van verzending toch toegelaten blijft als de documenten tijdig op de vereiste plaats toekomen. Sommige rechtspraak verwerpt echter andere wijzen van afroep (bv. binnen de termijn was er enkel een fax, de aangetekende brief was er pas na het verstrijken van de termijn[954]).

Een andere vraag die soms rijst is of een in de garantie voorgeschreven ingebrekestelling van de hoofdschuldenaar nog vereist is wanneer deze zinloos is, bv. omdat de hoofdschuldenaar failliet is.

I.VI.D.1.d.1.b) Hoedanigheid afroeper

De afroep kan enkele gebeuren door de begunstigde of diens gevolmachtigde. Indien de garantie overdraagbaar is (wat niét de regel is, zie onder f), kan dit ook de rechtsopvolger zijn van de begunstigde.

I.VI.D.1.d.1.c) Onherroepelijkheid: termijn (geldigheidsduur)

De verbintenis is in beginsel onherroepelijk (dit is: niet herroepbaar zonder toestemming van de begunstigde) (art. 7b UPC; art. 4b URDG), dit ongeacht of men oordeelt dat er een overeenkomst is dan wel slechts een eenzijdige rechtshandeling van de uitgever (vgl. hoger in I.VI.B).

De garantieverbintenis kan inhoudelijk een bepaalde of een onbepaalde duur hebben.

I.VI.D.1.d.1.c.i. Bepaalde duur

Doorgaans zal de garantieverbintenis slechts een bepaalde duur hebben (een vervaldag of *expiry date*); bij gebreke aan uitdrukkelijke bepaling is die onder de URDG 3 jaar (art. 25 URDG 758, tenzij de garantie een vervaldag of vervaldaggebeurtenis bevat), onder het VN-Verdrag 6 jaar (art. 12).

---

951 Zie M. VASSEUR, 'Les nouvelles règles de la Chambre de commerce pour les garanties sur demande', *RDAI* 1992, 254; Ph. COLLE, 'Kroniek handels- en distributieovereenkomsten', *RW* 2007-2008, (170) 179 nr. 37.

952 Cass. 16 februari 2004, C.02.0598.N, niet op juportal, verwerping van een voorziening tegen HvB Antwerpen, besproken door E. DIRIX, 'Overzicht', *TPR* 2004, nr. 228.

953 Geldige afroep vlg. Vz. Kh. Leuven (kg) 18 mei 2004, *TBH* 2006, 106 noot J.-P. BUYLE & M. DELIERNEUX (vlg. de annotator evenwel ten onrechte zo gemotiveerd, maar wel correct als een toepassing van rechtsmisbruik); anders kh. Brussel 15 december 1992, *TBH* 1993, 1055; HvB Brussel 21 november 1997, *TBH* 1998, 858.

954 HvB Antwerpen 1 juni 2017, *TBH* 2018, 381 noot R. STEENNOT.

Het kan gaan om een vaste vervaldag of een vervalgebeurtenis. Soms worden er zowel een vervaldag als een vervalgebeurtenis opgenomen, in welk geval de termijn eindigt bij het eerste van beide[955].

Is er aldus een vervaldag of vervalgebeurtenis, dan vervalt de verbintenis op dat ogenblik indien de schuldeiser er niet voordien beroep op heeft gedaan[956] (dit verschilt van de situatie bij borgtocht, waar de termijn meestal niet de verbintenis van de borg doet wegvallen, maar ze wel beperkt tot de gedurende die termijn ontstane schulden van de hoofdschuldenaar, zie wel de nuances hoger bij borgtocht in I.II.C.3.e.). Meer bepaald moet het verzoek (de afroep) de garant bereiken voor het verstrijken van de termijn (art. 9.1.39 lid 2 BW).

Dit betekent ook dat de begunstigde in beginsel binnen die termijn aan alle vereisten moet voldoen, zoals bv. de vereiste documenten voorleggen (*complying presentation*)[957]. De eisen van de goede trouw kunnen wel inhouden dat de garant samenwerkingsplichten heeft jegens de begunstigde (bv. hem verwittigen dat een van de bij de afroep meegedeelde stukken een verkeerd stuk is[958]).

In de praktijk gebeurt het bij afroepgaranties wel dat de begunstigde de uitgever voor de keuze stelt "*extend or pay*", d.i. verleng de termijn of ik roep nu af[959] (zie hierover art. 23 URDG 758). Indien de garant de garantie vervolgens verlengt, is zij aan die verlenging gebonden[960]. Een weigering te verlengen zonder enige grond kan onder omstandigheden eveneens in strijd komen met de eisen van de goede trouw[961]. Maar het is niet omdat een garantie tot zekerheid van een huurovereenkomst bij een eerste verlenging van de huur ook werd verlengd, dat er impliciet bij een volgende huurverlenging een verlenging is van de garantie[962].

I.VI.D.1.d.1.c.ii. Onbepaalde duur

Heeft de garantie geen bepaalde duur, en evenmin een andere specifieke beperking, dan kan de garant de garantie op elk ogenblik in tijd begrenzen met een redelijke opzeggingstermijn (art.

---

955 Kh. Brussel 15 december 1992, *TBH* 1993, 1055 noot J.P. BUYLE & X. THUNIS.

956 Vgl. Art. IVG-3:107 (1) DCFR: "*If a time limit has been agreed, directly or indirectly, for the resort to a security, the security provider exceptionally remains liable even after expiration of the time limit, provided the creditor had demanded performance according to IVG-3:103 paragraph 1 or IVG-3:104 at a time when the creditor was entitled to do so and before expiration of the time limit for the security. IVG-2:108 paragraph 3 applies with appropriate adaptations. The security provider's maximum liability is restricted to the amount which the creditor could have demanded as of the date when the time limit expired*".

957 Zie bv. HvB Luik 24 september 1999, *TBH* 2000, 734 noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX; HvB Brussel 14 februari 2000, *DAOR* 2000/55, 269 = *R.Not.B.* 2000, 403. Zie ook HvB Brussel 26 april 2002, *NjW* 2003, 278; Kh. Brussel 21 november 1997, *TBH* 1998, 850.

958 HvB Brussel 2 maart 2001, *TBH* 2002, 484 noot W. DERIJCKE: de bank had de ontvangst van de documenten bevestigd en pas na het verstrijken van de afroeptermijn aangevoerd dat één van de stukken de verkeerde factuur was. Zie ook HvB Luik 24 september 1999, *JLMB* 2000, 1693; HvB Luik 11 mei 1999, *DAOR* 1999/52, 206; Ph. COLLE, 'Kroniek handels- en distributieovereenkomsten', *RW* 2007-2008, (170) 179 noot 37.
Vgl. in Nederland Hoge Raad 9 juni 1995, *NJ* 1995, nr. 639 met conclusie adv.-gen. Strikwerda en met noot PvS = *NTBR* 1996, 27 noot BERTRAMS. Zie ook H.J. PABBRUWE, 'De waarschuwingsplicht bij afroepgaranties', *WPNR* 1996, 772-775.

959 Zie hierover D. DEMAREZ, *DAOR* 2000/56, 304 v.

960 Zie Kh. Brussel 21 november 1997, *TBH* 1998, 850.

961 Bv. HvB Luik 24 september 1999, *TBH*2000, 734: de garant had driemaal zonder voorbehoud een extentie toegekend en weigert de vierde maal plotseling wegens de onregelmatigheid van de vorm.

962 Orb. Brussel (Fr.) 10 mei 2022, *DAOR* 2022/3, 75.

9.1.39 lid 3 BW). Dit is een toepassing van de algemene regels van verbintenissenrecht[963]. De gevolgen van het verstrijken van de opzeggingstermijn zijn vervolgens dezelfde als die van het verstrijken een van bij het begin bepaalde termijn.

I.VI.D.1.d.1.d) Uitzonderingen in de garantie

De garantie kan ook bepalen dat zij in bepaalde gevallen niet geldt. Een voorbeeld is de faillissementsclausule, die bepaalt dat de garant niet moet betalen als de opdrachtgever failliet is verklaard. Meer algemeen bepaalt art. 9.1.36 lid 3 dat de steller van de autonome garantie aan de begunstigde alle excepties kan tegenwerpen die hij put uit zijn verhouding met die begunstigde.

I.VI.D.1.d.2° Exceptie van misbruik door de begunstigde

I.VI.D.1.d.2.a) Vereisten

Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen[964] wordt de onafhankelijkheid doorbroken, wanneer de gedelegeerde voor het tijdstip van de uitbetaling, door de delegant op de hoogte wordt gebracht[965] van:
- manifest rechtsmisbruik of bedrog door de delegataris (art. 9.1.37 lid BW) - waarbij misbruik betekent: een garantie afroepen terwijl men op de ermee verzekerde prestatie géén recht heeft[966] (meestal: een garantie afroepen met de daartoe vereiste verklaring van de begunstigde zelf, terwijl deze verklaring leugenachtig is[967]) -, of de ermee verzekerde prestatie reeds is nagekomen (bij een

963 Vgl. Art. IVG-3:107 (2) DCFR: "*Where a security does not have an agreed time limit, the security provider may set a time limit by giving notice of at least three months to the other party. The security provider's liability is restricted to the amount which the creditor could have demanded as of the date set by the security provider. The preceding sentences do not apply if the security is given for specific purposes*".

964 De beperking tot deze uitzonderingen is vaste rechtspraak; zie o.m. L. SIMONT & A. BRUYNEEL, 'Chronique' *Bank & Fin.* 1989, 522 v.; L. SIMONT, 'Misbruik bij documentair krediet', *TPR* 1986, 87 v.; bv. HvB Brussel 2 maart 2001, *TBH* 2002, 484, noot W. DERIJCKE, 'Een zonneklare toepassing van de leer inzake garanties op eerste verzoek'; Ph. COLLE, 'Kroniek handels- en distributieovereenkomsten', *RW* 2007-2008, (170) 182; S. VAN LOOCK, 'Abstracte verbintenissen: documentair krediet', S. Stijns, P. Wéry en DC. Delforge, *Het verbintenissenrecht in het leven van de onderneming* (Brugge: die Keure 2019), (461) 489 en v.
Idem in de meeste andere landen; M. VASSEUR, 'Rapport de synthèse', in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, Parijs, Feduci, 1981, 349; voor Nederland zie bv. Hoge Raad 26 maart 2004, C02/266HR, *RvdW* 2004, 57; Zo ook HR 13 maart 2015, *ABN AMRO Bank / Rabobank*, deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2015:600 (bedrog of willekeur); voor Portugal, Supremo Tribunal de Justiça 14 oktober 2004, *CJ-STJ* XII (2004), II 55;

965 Het tijdstip vanaf wanneer de gedelegeerde niet meer bevrijdend kan betalen is het tijdstip waarop het bedrog hem door de delegant ter kennis is gebracht, en niet bv. eerst het tijdstip van een rechterlijk verbod in kort geding. Zie bv kh. Luik 2 juli 2002, *TBH* 2004, 183.

966 Het rechtsmisbruik kan daarin bestaan dat de afroep bedrieglijk is (bedrog vereist de intentie om te bedriegen), maar kan ook worden aangenomen zonder dat een bedrieglijke intentie bewezen is. Zo ook HR 13 maart 2015, *ABN AMRO Bank / Rabobank*, deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2015:600.
Vgl. Art. IVG-3:105 DCFR: Manifestly Abusive or Fraudulent Demand:
(1) A security provider is not obliged to comply with a demand for performance if it is proved by present evidence that the demand is manifestly abusive or fraudulent.
Zie ook Vz. Brussel (Fr.) 15 maart 2018, *BFR* 2020, 19 noot Th. HÜRNER, 'Limite à l'exécution des garanties à première demande : l'abus ou la fraude manifestes': garanties afroepen die betrekking hebben op andere contracten dan diegene waarover het geschil loopt.

967 Bv. HvB Brussel 25 februari 2021 (Kg), 139. *DAOR* 2021, 107 noot D.PHILIPPE = *JLMB* 2022, 1733 noot Mélisande GOFFART, waar het Hof oordeelt dat de gemotiveerde afroep een beroep deed op wanprestaties die manifest niet door de garantie beoogden te worden gedekt, nu deze wel onbetwiste vertragingsboetes dekte maar geen betwiste zoals in casu. Nochytans kan men dit ook zien als een casus waarin de garantievoorwaarden niet

uitvoeringsgarantie[968]) of de valutaverhouding reeds is ontbonden of nietig verklaard en er geen restitutieverbintenis is voor de opdrachtgever; bij documentaire kredieten moet het om manifest bedrog gaan (wordt dus een bewijs van opzet vereist)[969];
- manifeste ongeoorloofdheid (strijdigheid met de openbare orde)[970] van de valutaverhouding.

De grondslag van deze exceptie is dat het om rechtsmisbruik in hoofde van de begunstigde gaat. Wanneer de begunstigde een andere persoon is dan diegene op wiens verzoek de opdrachtgever een garantie had gesteld, kan het misbruik ook van die verzoeker uitgaan (bv. bedrog door de aannemer die aan de bouwheer een garantie had gevraagd ten gunste van de bank van de aannemer)[971].

Het manifest karakter (d.w.z. dadelijk aantoonbaar, zonder dat er onderzoeksmaatregelen nodig zijn) is vereist opdat het verzet van de delegant tegen uitbetaling door de gedelegeerde of de weigering tot uitbetaling door de gedelegeerde geen vertragingsmaneuvers zouden kunnen zijn[972]. Art. 9.1.37 vereist dat het misbruik of bedrog onmiddellijk blijkt in hoofde van de garant.

Soms wordt aanvaard dat de geldsom gekantonneerd wordt indien er voldoende aanwijzingen zijn van bedrog[973]. Ook mag uitbetaling geweigerd worden wanneer uit de afroep zelf door de schuldeiser blijkt dat aan de vereisten voor de garantie niet is voldaan, ook al volstaat in beginsel de afroep zelf[974].

---

vervuld zijn (M. GOFFART, *JLMB* 2022, (1733) 1742-1744 nrs. 9-10).

968 Bv. Cass. fr. 10 juni 1986, *Bull.Civ.* 1986 IV nr. 177 = *D.* 1987 *Jur.* 17 noot M. VASSEUR; HvB Luik 16 december 2014, *DAOR* 2015, 128.

969 Bv. HvB Gent 24 juni 2009, *RABG* 2009, 1019 = *NjW* 2010, 672 noot R. STEENNOT (niet-conforme levering op zichzelf bewijst nog geen bedrog, zeker niet wanneer die niet-conformiteit niet tegensprekelijk werd vastgesteld); C. DEHOUCK, *Documentair krediet* (Brugge: die Keure 2007), 550 nr 1063.

970 Onder meer H. De Page, Traité V, uitg. 2020 door W. DAVID en M. GOFFART, 'La garantie autonome', 369 v.; Th. HÜRNER, *BFR* 2020, 23; D. BLOMMAERT, 'Les opérations de crédit', in *Traité pratique de droit commercial* I (Waterloo: Kluwer 2016), 441.
In transnationale verhoudingen moet het gaan om een regel die krachtens de op de garantieverplichting toepasselijke wet van openbare orde is (dus ofwel van het toepasselijke recht, ofwel strijdig met de internationale openbare orde van het toepasselijke recht); in die zin Arb.uitspraak 4 mei 2001 (Pfister-Liechti, Bruyneel, T'Kint), *TBH* 2003, 37, noot; TOUSSAINT, in *Actualités en droit des contrats spéciaux* (255) 276 nr. 34 met verwijzingen.

971 HR 13 maart 2015, *ABN Amro Bank / Rabobank en Amstelpark tennispromotions,* uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2015:600.

972 Zie bv. HvB Gent 24 juni 2009, *RABG* 2009, 1019 = *BFR* 2010, 265 (nog geen tegensprekelijk onderzoek van de geleverde goederen die volgens de opdrachtgever gebrekkig waren en dit onderzoek was ook nog niet gevorderd in rechte).
Vgl. verder Duitse BGH 24 september 2002, *NJW* 2002, 3698: de houder had in een nachtclub een voucher van zijn kredietkaart ondertekend en de volgende morgen de uitgever zijn verzet tegen betaling gemeld met het argument dat hij dronken was geweest. De uitgever oordeelde dat er geen manifest bewijs was en betaalde wel uit. De rechter oordeelde 1° dat de verplichting van de uitgever *c.q.* aanspraak van de begunstigde ontstaat vanaf de ondertekening (en niet eerst bij het inleveren van de voucher bij de uitgever), en 2° niet aan de vereiste van manifestheid was voldaan.
Vgl. ook het Zwitserse recht, dat eveneens vereist dat de manifeste onwettigheid of immoraliteit van de betaling dadelijk kan worden bewezen (Bundesgericht 12 november 2003, nr. 4C.344/2002).

973 Bv. HvB Brussel 11 januari 2002, *TBH* 2004, 181.

974 HvB Brussel 11 februari 2002, *RW* 2003-2004, 1188; het betrof een voorschotgarantie die gold voor zover de betaalde voorschotten de reeds ontvangen prestaties met een bepaald bedrag te boven gingen. Uit de verklaring van de afroeper bleek evenwel dat de betaalde voorschotten de waarde van de ontvangen prestaties niet te boven gingen, zodat de garantie van zijn doel werd afgewend.

Het manifest karakter moet beoordeeld worden door de rechter wanneer hij oordeelt; het is niet voldoende te oordelen dat het misbruik niet manifest was toen de garant de afroep onderzocht[975] (dit laatste is natuurlijk wel relevant voor de mogelijke aansprakelijkheid van de garant).

Sommige rechtspraak oordeelt ook dat het abusief is de garantie af te roepen wanneer de som door de opdrachtgever ervan (de delegant) reeds is gekantonneerd (en er geen veroordeling is die het kantonnement uitsluit); het betrof in casu wel een garantie tot zekerheid van een veroordeling (en geen echte garantie op eerste verzoek)[976]; bij een echte garantie op eerste verzoek kan kantonnement van de betwiste som het recht van de schuldeiser op daadwerkelijke uitbetaling/inning niét verhinderen; in dit geval was het natuurlijk zo dat een veroordeling de voorwaarde is voor de afroep, en deze veroordeling niet definitief was maar een voorlopige veroordeling met mogelijkheid van kantonnement.

Bij een tegengarantie veronderstelt de exceptie van misbruik dat dit misbruik gepleegd wordt door de afroeper van de tegengarantie; het feit dat de hoofdgarantie abusief werd afgeroepen betekent op zichzelf nog niet dat ook de afroep van de tegengarantie door de hoofdgarant abusief is (daartoe is bv. medeplichtigheid van de hoofdgarant aan de abusieve afroep van de hoofdgarantie vereist).

Voor het vereiste dat er dadelijk en gemotiveerd wordt geweigerd, zie infra e.

I.VI.D.1.d.2.b) Gevolgen van misbruik

Doorgaans wordt geleerd dat het gevolg van een dergelijke melding aan de garant, wanneer aan de genoemden vereiste is voldaan, erin bestaat dat de opdrachtgever de garant kan verbieden uit te betalen[977] en de begunstigde kan verbieden een verzoek tot betaling of afroep van garantie te doen[978]. Zo werd het ook gecodificeerd in art. 9.1.37 lid 2 BW.

Andere rechtsleer[979] merkt daarbij - m.i. terecht - op dat de remedie voor de opdrachtgever (delegant) er niet in kan bestaan de gedelegeerde verbod te horen opleggen de begunstigde delegataris te betalen, maar enkel een verklaring voor recht dat de gedelegeerde zich niet op die betaling kan beroepen in de interne verhouding (de dekkingsverhouding), en dus geen regres heeft op de delegant (bij delegatie *credendi causa*) *c.q.* die betaling niet kan inroepen ter bevrijding van zijn schuld jegens de delegant (bij delegatie *solvendi causa*) (zie hierover *infra* punt 3. de gevolgen in de interne verhouding). De garant zal de betaling in weerwil van zo'n geldig verzet dus zelf moeten terugvorderen van de delegataris wanneer blijkt dat deze ten onrechte de som heeft geïnd.

I.VI.D.1.d.3° Extensieve uitleg van verplichting bij misbruik (van weigering) door de opdrachtgever ?

975 Vgl. TOUSSAINT, in *Actualités en droit des contrats spéciaux* (255) 274 met verwijzing naar C. HOUSSA, 'L'intervention des juges et des arbitres dans l'exécution des garanties', *Cahiers AEDBF, L'actualité des garanties à première demande,* (197) 218-221.

976 K.g. Antwerpen 14 mei 2001, *TBH* 2003, 47 afkeurende noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX .

977 Vgl. Art. IVG-3:105 DCFR: Manifestly Abusive or Fraudulent Demand:
(2) If the requirements of the preceding paragraph are fulfilled, the debtor may prohibit (a) performance by the security provider;(...)

978 Vgl. Art. IVG-3:105 DCFR: Manifestly Abusive or Fraudulent Demand:
(2) If the requirements of the preceding paragraph are fulfilled, the debtor may prohibit (b) issuance or utilisation of a demand for performance by the creditor.

979 T. HÅSTAD, Zweeds rapport 16e Congres Académie Internationale de droit comparé, Brisbane 2002.

Zeldzamer nog is de rechtspraak waar omgekeerd de betaalplicht van de garant wordt aanvaard hoewel de documenten niet strikt conform zijn aan de gegeven garantie.

Een van de weinige arresten in die zin is het *Anthea*-arrest van de Hoge Raad der Nederlanden[980]. In de Lexis/Dexia-zaak heeft het Hof van cassatie dit verworpen en een arrest verbroken dat het verzet tegen uitbetaling door de opdrachtgever abusief achtte[981].

I.VI.D.1.d.4° Gemeenrechtelijke wijzen van tenietgaan van de verbintenis van de gedelegeerde

De verbintenis van de gedelegeerde kan natuurlijk ook tenietgegaan krachtens de gemeenrechtelijke wijzen van tenietgaan. Zo kan de garant in beginsel wel schuldvergelijking inroepen met een schuldvordering op de begunstigde[982]; zie evenwel hoger in I.VI.D.1.b.1° de nuance in geval het om een schuldvordering gaat die hij van de delegant heeft verkregen.

I.VI.D.1.e. Werkwijze waartoe partijen gehouden zijn (procedure)

In de gebruiken en modelwetten vindt men regels volgens dewelke de partijen moeten handelen bij het gebruik van dergelijke garanties. Sommige daarvan zijn nu ook in boek 9.1. BW opgenomen.

De garant heeft bepaalde zorgvuldigheidsplichten, zoals:
- Volgens art. 9.1.36 lid 3 BW moet de garant na ontvangst van een verzoek tot betaling of beroep op de garantie de opdrachtgever "zonder verwijl" te verwittigen en hem mee te delen of het verzoek voldoet aan de garantie[983];
- binnen korte termijn de presentatie of afroep onderzoeken "met redelijke zorg" (*reasonable care*)[984] en aan de schuldeiser melden of hij zal betalen/honoreren[985] dan wel weigert[986]. Art. 9.1.36 lid 5 BW bepaalt die termijn suppletief op maximum 7 werkdagen; het is 5 dagen voor het onderzoek van een presentatie bij documentaire kredieten onder de UCP 600 en art. 20 URDG 758).
Daarbij mag de steller van de autonome garantie enkel rekening houden met het verzoek tot betaling om te bepalen of het verzoek beantwoordt aan de in de autonome garantie gestelde nadere regels (art. 9.1.36 BW).
- Bij weigering moet in beginsel de reden opgegeven worden (bij documentaire kredieten de discrepanties (in de documenten) waarop men zich beroept) (art. 9.1.36 lid 5 in fine ; art. 16 UCP 600 en 24 URDG). Dit moet ook onmiddellijk gebeuren (de bank kan v. niet te kwader trouw wachten tot de afroeptermijn verstreken is; zie de hoger bij de bespreking van de termijn in

980 HR 26 maart 2004, 309, kritisch besproken door E. VAN EMDEN in *WPNR* 2004(6593), 781.

981 Cass. 24 april 2009, C.07.0379.N, *Lexis /Dexia*, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20090424.11 = 2010-2011, 1301.

982 kh. Charleroi 8 september 1992, *JLMB* 1993, 892 noot J.P. BUYLE.

983 Zo ook Art. 16 URDG 758. Vgl. Art. IVG-3:102 DCFR (Notification to Debtor by Security Provider): *"The security provider is required (a) to notify the debtor immediately if a demand for performance is received and to state whether or not, in the view of the security provider, performance falls to be made".*

984 Onder meer art. 19 URDG 758.

985 Zoals hoger uiteengezet kan het honoreren zowel bestaan uit een onmiddelijke betaling als uit een belofte later te betalen, een wisselbrief te accepteren of te betalen tegen een wisselbrief.

986 Vgl. Art. 3:103 (3) DCFR (Security provider's Obligations Before Performance): (4) *"The security provider must without undue delay and at the latest within seven days of receipt, in textual form, of a demand for performance:*
(a) perform in accordance with the demand; or
(b) inform the creditor of a refusal to perform, stating the reasons for the refusal".

d.1°b). Aldus heeft de begunstigde nog de kans zijn afroep te regulariseren, tenzij de eerste afroep pas op het allerlaatste moment gebeurde. Ook bij weigering wegens bedrog of willekeur moet onverwijld en gemotiveerd worden geweigerd[987].

Wel is er rechtspraak die geen informatieplicht jegens de begunstigde aanvaardt in het geval de garantie maar in werking zou treden nadat de begunstigde een bepaalde handeling heeft gesteld, *in casu* een bepaalde vooruitbetaling[988].

Sanctie bij niet-naleving van de termijn of onzorgvuldig onderzoek is beperking van rechten in verhouding tot de door de tekortkoming veroorzaakte schade[989].

Indien er een waardepapier is uitgegeven, zal de garant of gedelegeerde slechts moeten betalen tegen overhandiging van dat papier[990].

Indien aan de garantievoorwaarden is voldaan, kan de betaling van de afgeroepen garantie mogelijk in kort geding worden gevorderd[991].

I.VI.D.1.f. Niet-accessoir karakter; (niet-)overdraagbaarheid

Aangezien garanties autonoom en niet accessoir zijn, gaan ze niet automatisch mee over wanneer de schuldvordering op de hoofdschuldenaar door de schuldeiser wordt gecedeerd (zo nu art. 9.1.40 lid 1 BW).

De garantie kan overdraagbaar of niet overdraagbaar zijn, naargelang de bepalingen van de overeenkomst met de garant.
- In beginsel is ze niet overdraagbaar (art. 9.1.40 lid 2 BW); men gaat ervan uit dat de garantie *intuitu personae* is gegeven, aangezien de garant het risico neemt van misbruik van de garantie door de schuldeisers[992]. Dit geldt in het bijzonder voor garanties op eerste verzoek (bv. art. 33 URDG), maar is minder evident voor andere garanties[993]. Bij de eerste strookt het met het "letterlijk" karakter van de garantie dat ze enkel aan de met name genoemde partij (of diens lasthebber[994]) moet worden uitbetaald, tenzij anders bedongen.

---

987 Zo ook HR 13 maart 2015, *ABN AMRO Bank / Rabobank*, deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2015:600.

988 HvB Brussel 28 mei 2009, *JLMB* 2009, 1867= *NjW* 2010, 325: doordat de overheid op de internationale betaling een inhouding had gedaan, was niet het volledige bedrag van de vooruitbetaling door de begunstigde aangekomen; volgens de garant, gevolgd door de rechter, was de garantie dus nooit in werking getreden.

989 Vgl. Art. IVG-3:102 (2) DCFR (Security provider's Obligations Before Performance): *"If the security provider fails to comply with the requirements in paragraph (1) the security provider's rights against the debtor under IV. G. – 3:109 (Security provider's rights after performance) are reduced by the extent necessary to prevent loss to the debtor as a result of such failure".*

990 Uitdrukkelijk zo BGB § 785.

991 Bv. HvB Antwerpen 6 december 2006, *RW* 2008-2009, 370.

992 *RPDB Compl. VII*, 'Les garanties bancaire autonomes' (Brussel: Bruylant 1990), nr. 48 v.; K. VLIEGEN, in *Borgtocht en garantie*, *Persoonlijke zekerheden actualia*, (185) 204 v.

993 Vgl. Art. IVG-3:108 DCFR (Transfer of Security):
"(1) The creditor's right to performance by the security provider can be assigned or otherwise transferred.
(2) However, in the case of an independent personal security on first demand, the right to performance cannot be assigned or otherwise transferred and the demand for performance can be made only by the original creditor, unless the security provides otherwise. This does not prevent transfer of the proceeds of the security".

994 HvB Brussel 5 april 1990, *TBH* 1992, 83.

- De begunstigde kan wel de opbrengst (*proceeds*) overdragen[995], zij het slechts na de afroep (art. 9.1.40 lid 3).
- Is overeengekomen dat ze toch overdraagbaar is, dan kan de schuldvordering op de garant apart worden gecedeerd (bv. art. 38 UCP 600).
- Indien de garantie/delegatie de vorm heeft van een waardepapier, dan is de schuldvordering door die incorporatie in een waardepapier (aan order of toonder) wel overdraagbaar. De overdracht geschiedt dan door overdracht van het papier bij papieren aan toonder, en bijkomend een endossement (rugtekening) bij papieren aan order (voorbeelden: verdisconteren van wisselbrieven door endossement, endosseren van een cheque).

I.VI.D.1.g. Gevolgen van onverschuldigde betaling

Heeft de garant of andere gedelegeerde betaald zonder dat aan de vereisten voor de garantie was voldaan, dan kan hij de onverschuldigde betaling terugvorderen van de begunstigde (art. 9.1.38 BW) en enkel van de begunstigde (niet van de delegant/opdrachtgever[996]). Aan de opdrachtgever kan in dit verband geen rechtsmisbruik worden verweten.

Hetzelfde geldt bij betaling ondanks het manifest abusief of ongeoorloofd karakter van het betalingsverzoek[997],[998].

Indien aan de garantievereisten was voldaan, maar er in de valutaverhouding geen schuld was of blijkt te zijn, dan is er wat de door de gedelegeerde gedane betaling betreft géén sprake van onverschuldigde betaling noch ongegronde verrijking en kan de garant enkel de rechten uitoefenen die hij heeft jegens de opdrachtgever (of eventueel een derde[999]).

I.VI.D.2. Weerslag op de verplichtingen van de delegant jegens partijen

Uit de rechten en plichten van partijen bij de interne verhouding leidt men ook af dat de delegant/opdrachtgever in alle andere gevallen dan de zopas genoemde niets mag doen om de uitbetaling van de garantie te verhinderen.

Deze regel wordt zelfs in die zin uitgelegd dat de delegant, die een schuldvordering heeft op de delegataris, zelfs geen derdenbeslag mag leggen in handen van de garant op de schuldvordering van de delegataris jegens die garant/bank[1000], of toch minstens niet voor een schuldvordering uit de valutaverhouding.

---

995 K. VLIEGEN, in *Borgtocht en garantie*, *Persoonlijke zekerheden actualia*, (185) 216 v.

996 Cass. 24 april 2009, C.07.0379.N, *Lexis /Dexia,* juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20090424.11 = *RW* 2010-2011, 1301; HvB Luik 11 mei 1999, *DAOR* 1999/52, 206; HvB Luik 24 september 1999, *TBH* 2000, 734.

997 Vgl. Art. IVG-3:106 DCFR (Security provider's Right to Reclaim):
"(1) The security provider has the right to reclaim the benefits received by the creditor if
(a) the conditions for the creditor's demand were not or subsequently ceased to be fulfilled; or
(b) the creditor's demand was manifestly abusive or fraudulent.
(2) The security provider's right to reclaim benefits is subject to the rules in Book VII (Unjustified enrichment)".

998 Voor een geval waar de afroep niet abusief werd geacht in een terugvordering door de garant: HvB Brussel 17 december 2021, *TBBR* 2023, 159.

999 Bv. wanneer de garantie slechts een tegenkredietbrief betreft en de uitgever dus regres heeft op de uitgever van de initiële kredietbrief.

1000 Zie Cass. 23 juni 1994, *Arr. Cass.* 1994, nr. 328 = *Pas.* I nr. 328 met concl. A.g. Janssens de Bisthoven = *RW* 1994-95, 564 noot E. DIRIX, 'Beslag op documentair krediet' = *Bank & Fin.* 1995/2, 111 noot L. SIMONT; Beslagr. Brussel 31 oktober 1985, *JT* 1986, 481; Beslagr. Brussel 19 maart 2001, *T.B.H.* 2003, 31, noot J.-P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

Dit dient te worden beschouwd als het gevolg van een door de opdrachtgever (delegant) aangegane verbintenis om niet te doen[1001], ook zonder dat dit uitdrukkelijk is bedongen of volgt uit de toepasselijke verklaarde regels en gebruiken. Men kan het zien als een gevolg van de aanvullende werking van de goede trouw[1002].

De regel is gekend uit het documentair krediet, maar is een regel die geldt voor alle vergelijkbare onafhankelijke garanties[1003].

Voorheen ook reeds in die zin (zij het niet allen met overtuigende argumenten) H. BRAECKMANS, 'Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen', *Ondernemingsrecht*, B, (545) 616, nr. 665; J. RONSE, *De delegatieovereenkomst*, 69, nr. 121; L. SIMONT, 'Misbruik bij documentaire kredieten', *TPR* 1986, (71) 98; J. VAN RYN & J. HEENEN, *Principes*, IV, 501. Zie ook nog Y. POULLET, 'La saisie-arrêt par le donneur d'ordre de la créance née d'un crédit documentaire oud d'une garantie à première demande', *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 47 v.; G. DE LEVAL, *Traité des saisies* (Liège 1988), 647, en in *Les créanciers et le droit de la faillite*, 306 v.

Vgl. in Frankrijk Cass. fr. 14 oktober 1981, *JCP* 1982 II, 19815 noot C. GAVALDA & J. STOUFFLET = *D.* 1982, 301 noot M. VASSEUR= *Banque* 1982, 524 noot L.M. MARTIN; Cass. fr. 14 maart 1984, *Bull.* 1984, IV 86, nr. 102; Cass. fr. 24 juni 1986, *Bull.* 1986, IV 110 nr. 131, Cass. fr. 7 oktober en 24 november 1987, *D.* 1988, noot M. VASSEUR; en voor een garantie op eerste verzoek Cass. fr. 18 maart 1986, *Banque* 1986, 610 noot J.L. RIVES-LANGE = *JCP* 1986 II 20624 noot J. STOUFFLET = *D.* 1986, 374 noot M. VASSEUR; C. GAVALDA en J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Parijs, Litec, 2005, 410, nr. 640; G. RIPERT & R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, II, 502, nr. 2426; J.-L. RIVES-LANGE, *Droit bancaire* (Paris: Dalloz, 1986), 808-809, nr. 653.

Voor Duitsland: OLG Hamburg 10 november 1977, *WM* 1978, 338; E. ELLINGER, 'Letters of credit', Norbert Horn & Clive M. Schmitthoff (eds.), *The transnational law of international commercial transactions*, ((241) 267; H. SCHÖNLE, *Bank- und Börsenrecht* (München: Beck, 1976), 124 §8 VIII; W. WESSELY, *Die Unabhängigkeit der Akkreditivverpflichtung von Deckungsbeziehung und Kaufvertrag* (München: Beck, 1975), 73, nr. 187; J. ZAHN, E. EBERDING & D. EHRLICH, *Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel* (Berlin: W. De Gruyter 1986), 232-233, nr. 359, en 230, nr. 355.

Contra: M. ADEN, 'Der Arrest in den Auszahlungsanspruch', *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1976, (678) 681, op basis van de uitspraak van het Parijse Hof.

Voor Zwitserland: G. GAUTSCHI, *Berner Kommentar*, § 407, nr. 20a.; B. KLEINER, *Bankgarantie* (Zürich: Schulthess Verlag, 1979), 158. Voor Oostenrijk: E. SCHINNERER en P. AVANCINI, *Bankverträge* (Wien: Manz Verlag 1978), III, 19-20.

1001 Vergelijkbaar E. DIRIX, *Beslag* (2008), 431 nr. 639; E. WYMEERSCH, 'Garanties op eerste verzoek', *TPR* 1986, (471) 502; A. CROISET VAN UCHELEN, *Documentaire kredieten*, 63.

Voor Frankrijk: J. STOUFFLET, (noot), *JCP* 1986, *éd. G.* nr. 20624; voor Zwitserland: G. GAUTSCHI, *Berner Kommentar*, § 407, nr. 20a; B. KLEINER, *Bankgarantie*, 161

1002 In die zin G. DE LEVAL, 'Saisies et droit commercial', in *Les créanciers et le droit de la faillite,* (267) 310; G. GAUTSCHI, *Berner Kommentar*, § 407, nr. 20a; B. KLEINER, *Bankgarantie*, 161; K. LIESECKE, ' Neuere Theorie und Praxis des Dokumentenakkreditivs', *WM* 1976, (258) 268.

Voor Frankrijk Cass. fr. 14 oktober 1981, *D.* 1982, *jur.* 301, noot M. VASSEUR = *JCP* 1982, *éd. G.,* nr. 19815, noot C. GAVALDA en J. STOUFFLET= *Banque* 1982, 524, noot L. MARTIN; Cass. fr. 18 maart 1986, *JCP* 1986, *éd. G.,* nr. 20624, noot J. STOUFFLET= *Banque* 1986, 610, noot J.-L. RIVES-LANGE; Cass. fr. 7 oktober en 24 november 1987, *D.* 1988, noot M. VASSEUR. Zie ook C. BONTOUX, 'Saisie-arret et credit documentaire', *Banque* 1985, 73.

Anders: L. SIMONT, 'Misbruik bij documentair krediet', *TPR* 1986, (71) 100.

1003 G. DE LEVAL, in *Les créanciers et le droit de la faillite* (267) 311; E. DIRIX, 'Overzicht 1998-2003', *TPR* 2004, (1163) 1310; E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 305 nr. 452 E. DIRIX, *Beslag* (2008), 432 nr. 640; E. WYMEERSCH, 'Garanties op eerste verzoek', *TPR* 1986, (471) 502; *R.P.D.B.* Compl. VII, v° Les garanties bancaires autonomes, nr. 158; L. SIMONT, 'Les garanties indépendantes', *Bank. Fin.* 1983, (579) 603-611; L. SIMONT en A. BRUYNEEL, 'Chronique de droit bancaire privé: les garanties indépendantes', *Bank Fin.* 1989, (519) 529; A.-M. STRANART, 'De zekerheden', in W. VAN GERVEN, H. COUSY & J. STUYCK, *Ondernemingsrecht* B, (651) 804, nr. 815; P. VAN OMMESLAGHE, 'Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté', in A.-M. STRANART en A. BRUYNEEL, *Les sûretés* (Paris: Feduci, 1984), 357; J. VAN RIJN & J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, 529, nr. 660; K. VLIEGEN, in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia*, (184).

Voor Frankrijk: Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière* ((4) 2009), 158 nr. 342; A. PRÜM, *L'autonomie des garanties à première demande* (Paris: Litec 1994), nrs. 52 en 534; Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, (3) 2000, 882 nr. 973; Cass. 15 juni 1999, *JCP* 1999, *éd. E.,* 1462, noot P. BOUTEILLE; Cass. 12 december 1984, *Bull. Civ.* 1984, IV, nr. 344; Cass. com. 27 november 1984, *D.* 1985, *jur.* 269, (2e zaak), noot M. VASSEUR; maar *contra*: Parijs, 7 juli 1988, *D.* 1991, *somm. comm.*, 196, noot M. VASSEUR; T.G.I. Parijs 13 mei 1980, *D.* 1980, 488, noot C. GAVALDA en J. STOUFFLET; *JCP* 1981, *éd. G.* nr. 19550, noot M. VASSEUR; Comm. Parijs 2 februari 1983, *D.*

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

Men kan daarbij wel de vraag stellen of het hier om een verplichting gaat die de opdrachtgever impliciet is aangegaan jegens de garant dan wel jegens de begunstigde of jegens beiden. Het tweede zou inhouden dat door aan de delegataris/begunstigde een bankgarantie toe te zeggen en te bezorgen, de delegant/opdrachtgever impliciet afstand heeft gedaan van verhaal op dat specifieke vermogensbestanddeel van de delegataris (partijen kunnen immers afstand doen van de verhaalbaarheid van hun vorderingen ten aanzien van bepaalde activa van hun schuldenaar, zie I.III.D.7), nl. op de schuldvordering van de delegataris op de bank. De rechtspraak lijkt het eerder te zien als een verplichting die de delegant aangaat jegens de bank (in ieder geval aanvaardt zij dat de bank belang heeft zich te verzetten tegen het derdenbeslag[1004]). Het is evenwel niet omdat de verplichting wordt afgeleid uit de bewoordingen van die overeenkomst (en met name uit de UCP inzake documentaire kredieten) dat het niet om een daarin bedongen verplichting jegens de derde-begunstigde zou kunnen gaan.

Het is wel zeer de vraag of de onbeslagbaarheid van de schuldvordering van de delegataris op de gedelegeerde enkel geldt voor de schuldvordering van de delegant uit de valutaverhouding dan wel voor elke mogelijke schuldvordering van de delegant.

Wat betreft de mogelijke cessie door de delegant aan de gedelegeerde van een schuldvordering uit de valutaverhouding, zie hoger I.VI.C.1.b.1°.

I.VI.D.3. Gevolgen in de interne verhouding tussen delegant en gedelegeerde (dekkingsverhouding)

I.VI.D.3.a. Algemeen

De delegatie en uitvoering ervan kan maar rechtsgevolgen hebben in hoofde van de delegant indien deze heeft toegestemd, dan wel een schijn ven toestemming of vertegenwoordiging hem wordt toegerekend. Dit geldt ook voor schijnbare of valse opdrachten tot overschrijving, tot uitbetaling per kredietkaart, tot het uitgeven van een bankgarantie[1005], enz.

I.VI.D.3.b. Voor de betaling

De zakenrechtelijke gevolgen worden verderop besproken in mijn Zekerheden- en insolventierecht Deel V.VIII. Door de delegatie maakt de delegant namelijk zijn schuldvordering op de gedelegeerde onbeschikbaar, tenzij in het geval waarin de gedelegeerde niet betaalt en de delegant daarom zelf moet betalen; dan kan hij zijn oorspronkelijke schuldvordering op de gedelegeerde terug uitoefenen.

Verbintenisrechtelijk kan op de volgende kenmerken worden gewezen bij documentaire kredieten en afroepgaranties:

- De opdrachtovereenkomst bepaalt welke l/c of garantie de bank zal uitgeven; de bank moet de opdrachtgever daarbij adviseren.

1986, *inf. rap.*, 243, noot M. VASSEUR.
Voor Nederland: H. PABBRUWE, *Bankgarantie* (Deventer: Kluwer 1988), 31-35; F. MIJNSSEN, *Bankgarantie*, 63 v.
Voor Duitsland: C.-W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, I, 788, nr. 1152; genuanceerd: Fr. GRAF VON WESTPHALEN, *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr* (Heidelberg: Recht und Wirtschaft 1982), 307.
Voor Zwitserland: B. KLEINER, *Bankgarantie*, 161 v.

1004 Bv. Beslagr. Brussel 19 maart 2001, *TBH* 2003, 31 = *JLMB* 2001, 919.

1005 Zie bv. HvB Brussel 21 maart 2008, *TBH* 2010, 139 noot K. BERNAERT.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

- De bank moet de opdrachtgever verwittigen bij presentatie of afroep door de begunstigde[1006]; ze heeft een zorgplicht bij het onderzoek van de documenten (*reasonable care*) (zie hoger I.V.D.1.e.).

I.VI.D.3.c. Na de betaling

De gevolgen in deze verhouding hangen mede af van de "oorzaak" van de delegatie. Die dekkingsverhouding kan zoals in I.III.B.1.c.) besproken verschillende vormen aannemen (de garant kan zich engageren *solvendi causa, credendi causa* of *donandi causa*).

I.VI.D.3.c.1° *Credendi causa*: regres versterkt met subrogatie.

Heeft de gedelegeerde zich verbonden "*credendi causa*", en niet om een schuld te voldoen die hij reeds had jegens de delegant, dan zal hij op basis van die interne verhouding regres kunnen uitoefenen op de delegant[1007].

Onder het oude recht (voor de inwekringtreding van Boek 5) was, anders dan bij de accessoire delegatie en de borgtocht, de gedelegeerde bij onafhankelijke delegatie niét gesubrogeerd in de schuldvordering van de delegataris op de delegant[1008], omdat de gedelegeerde een "eigen schuld" betaalt en geen schuld waartoe hij voor of met de gedelegeerde is verbonden[1009]. Het was slechts anders indien een bijzondere wetsbepaling toch een "quasi-"subrogatie zou toekennen[1010]. Met de wijziging van de algemene bepaling inzake wettelijke subrogatie in art. 5.220, 1° geldt die beperking echter niet meer. Consequent daarmee bepaalt art. 9.1.41 BW nu ook uitdrukkelijk dat de garant tot zekerheid van zijn verhaalsrecht binnen de grenzen van wat hij betaald heeft, gesubrogeerd is in de rechten van de schuldeiser tegenover de schuldenaar.

Niettemin is de garant meestal niet geïnteresseerd in subrogatie, aangezien dit vereist dat hij aantoont dat de schuldvordering van de begunstigde jegens de opdrachtgever daadwerkelijk geldt, en dat de opdrachtgever daartegen alle excepties uit de valutaverhouding kan opwerpen.

Ook kan de garant de betaling niét als onverschuldigd terugvorderen in het geval er geen schuld was van de delegant jegens de delegataris, noch van de delegataris, noch van de delegant.

De gedelegeerde heeft dus in beginsel enkel het regresrecht dat voortspruit uit de interne verhouding en door die verhouding wordt bepaald. Die interne overeenkomst dient als een vorm van "opdracht" te worden beschouwd (een dienstenovereenkomst); in veruit de meeste gevallen gaat het om dienstverlening onder bezwarende titel en zal het regres dus niet alleen de betaalde

---

1006 Dit is althans de regel onder de UCP en URDC. Rechtspraak over Belgisch intern recht verwerpt die verplichting soms, bv. HvB Brussel 21 maart 2008, *TBH* 2010, 139 op dit punt afkeurende noot K. BERNAERT

1007 Zie de bespreking van dit verhaalsrecht o.m. bij K. VLIEGEN, in *Borgtocht en garantie*, *Persoonlijke zekerheden actualia*, (185) 220 v.

1008 Kh. Gent 12 februari 1999, *TBH* 1999, 727; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, 263; E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006) 301 nr. 448; *RPDB* Tw. Les garanties bancaires autonomes nr. 174; K. VLIEGEN, in *Borgtocht en garantie*, *Persoonlijke zekerheden actualia*, (185) 223 nr. 247. Zie verder M. DELIERNEUX, 'Les garanties bancaires à première demande, entre autonomie juridique et interdépendance économique », in *Liber amicorum L. Simont* (Brussel, 2002), 597-617.
Anders F. T'KINT, *Sûretés*, 417, volgens wie de subrogatie geldt bij alle persoonlijke zekerheden.

1009 Dit uitgangspunt verschilt van Art. IVG-3:109 *iuncto* IVG-2:113 DCFR, die in beginsel subrogatie en regres geven aan de garant. Zo ook het Duitse recht.

1010 Zoals bv. ten gunste van de Delcrederedienst, zie art. 12 W. Delcredere van 31 augustus 1939, zoals gewijzigd bij Wet 18 april 2017.

hoofdsom en de kosten omvatten maar ook de overeengekomen vergoeding (commissie) voor de gedelegeerde/garant. De bepalingen uit de garantie zelf maken geen deel uit van die interne verhouding (bv. een forumkeuzebeding uit de garantie geldt niet de in de interne verhouding tussen de uitgever en de opdrachtgever), evenmin als de bepalingen uit de valutaverhouding.

Bij bijzondere rechtsfiguren gelden er bijzondere regels inzake regres (bv. wissel- en chequerecht).

Bij documentaire kredieten zal vaak bedongen zijn dat de bank de documenten (die de goederen vertegenwoordigen) kan inhouden tot zekerheid van de regresvordering op de opdrachtgever.

I.VI.D.3.c.2° *Solvendi* of *donandi causa*

Natuurlijk is er geen subrogatie of regres voor zover:
- de gedelegeerde door de betaling aan de delegataris bevrijd is van een schuld aan de delegant (delegatie *solvendi causa*) (of liever: het regres neemt de vorm aan van een bevrijding tot beloop van wat de gedelegeerde heeft betaald)[1011]; of
- indien de delegatie *donandi causa* gebeurde.

Omgekeerd is het mogelijk dat de gedelegeerde er zich jegens de opdrachtgever toe verbonden heeft om onder bepaalde voorwaarden de betaling terug te geven (gepaard aan een verplichting van de begunstigde om onder dezelfde voorwaarden de betaling terug te geven aan de gedelegeerde tussenpersoon). Dit vinden we bv. in de "*PayPal Buyer Protection*": de tussenpersoon Paypal verbindt er zich toe om de koper terug te betalen op voorlegging van nader bepaalde documenten, en heeft van de verkoper-betalingsontvanger eenzelfde verbintenis jegens Paypal bedongen (zie art. 7.4 en 11.1 van de *PayPal User Agreement*). Hier zien we dus een soort autonome of toch semi-autonome verbintenissen vanwege Paypal jegens de betaler en vanwege de betalingsontvanger jegens Paypal. We vinden dat ook bij sommige andere geschillenbeslechtingsplatformen.

I.VI.D.4. Gevolgen in de valutaverhouding tussen de delegant (oorspronkelijke schuldenaar) en de begunstigde (delegataris)

I.VI.D.4.a. Voor de betaling

I.VI.D.4.a.1° Voor schuldvorderingen van de delegataris jegens de delegant

Door de aanvaarding van de delegatie kan ook de delegataris (begunstigde) niet meer beschikken over zijn schuldvordering op de delegant. Die aanvaarding kan *ad hoc* gebeuren, dan wel op voorhand zijn gegeven (bv. het afficheren van de mogelijkheid tot betaling met een kredietkaart verplicht tot aanvaarding ervan) en mogelijk ook bedongen in een overeenkomst met de toekomstige) gedelegeerde (bv. de overeenkomst tussen handelaar en kredietkaartuitgever bevat vaak zo'n derdenbeding).

De onbeschikbaarheid betekent dat de delegataris eerst nadat hij alles gedaan heeft wat van hem kan worden verwacht om betaling te verkrijgen van de gedelegeerde en dit niet lukt, zich terug kan keren tegen de delegant en zijn oorspronkelijke schuldvordering terug kan uitoefenen. Bv. wie betaling met een cheque of kredietkaart aanvaardt, moet eerst daar betaling proberen te

1011 Vgl. BGB § 788 I.

verkrijgen; wie betaling per documentair krediet aanvaardt, moet eerst de bank aanspreken[1012]. Vgl. hoger (I.III.B.1.e.) de bespreking van de delegatie in het algemeen.

De delegataris verliest zijn schuldvordering op de delegant wel pas definitief door de uitvoering van de verbintenis van de gedelegeerde, en niet reeds doordat hij de delegatie heeft aanvaard[1013].

I.VI.D.4.a.2° Voor schuldvorderingen van de opdrachtgever jegens de delegataris/begunstigde

Zoals hoger in I.VI.D.2. vermeld, oordeelt de rechtspraak dat de delegant de afroep van de garantie niet kan dwarsbomen omwille van een schuldvordering die hij zelf op de delegataris/begunstigde zou hebben. Behoudens manifeste fraude of manifeste ongeoorloofdheid (zie hoger punt 1.d.2°) zal hij de betaling moeten laten gebeuren, en zelf regres uitoefenen jegens de delegataris/begunstigde.

I.VI.D.4.b. Na de betaling

Wat gebeurt er wanneer de garantie werd uitbetaald door de gedelegeerde hoewel er geen schuld was van de delegant jegens de schuldeiser (delegataris) ?

- De gedelegeerde of garant kan de betaling die volgens de bepalingen van de garantie verschuldigd was, in dat geval niet terugvorderen van de delegataris, omdat de garant niets anders heeft gedaan heeft dan de schuld betalen die hij is aangegaan. De gedelegeerde heeft zoals gezegd wel een regres op de delegant volgens de bepalingen van de dekkingsverhouding (contractueel regresrecht, zie supra 3). Het is dus volkomen begrijpelijk dat de delegant vervolgens kan terugvorderen van de delegataris op basis van de valutaverhouding.

- De delegant (opdrachtgever) heeft dan op basis van de onderliggende valutaverhouding een schuldvordering tot terugbetaling jegens de delegataris[1014]. Vaak zal de onderliggende rechtsverhouding een contractuele verhouding zijn en dan gaat het om een contractuele aanspraak. Zoniet gaat het om een vorm van de aanspraak wegens ongegronde verrijking (daarom evenzeer een regresaanspraak genoemd). Aangezien het niet de delegant is die betaald heeft, is zijn aanspraak niet de gewone aanspraak wegens onverschuldigde betaling (*condictio indebiti,* Dui. *Leistungskondiktion*), maar een variante erop (in het Duits *Rückgriffskondiktion* genoemd).

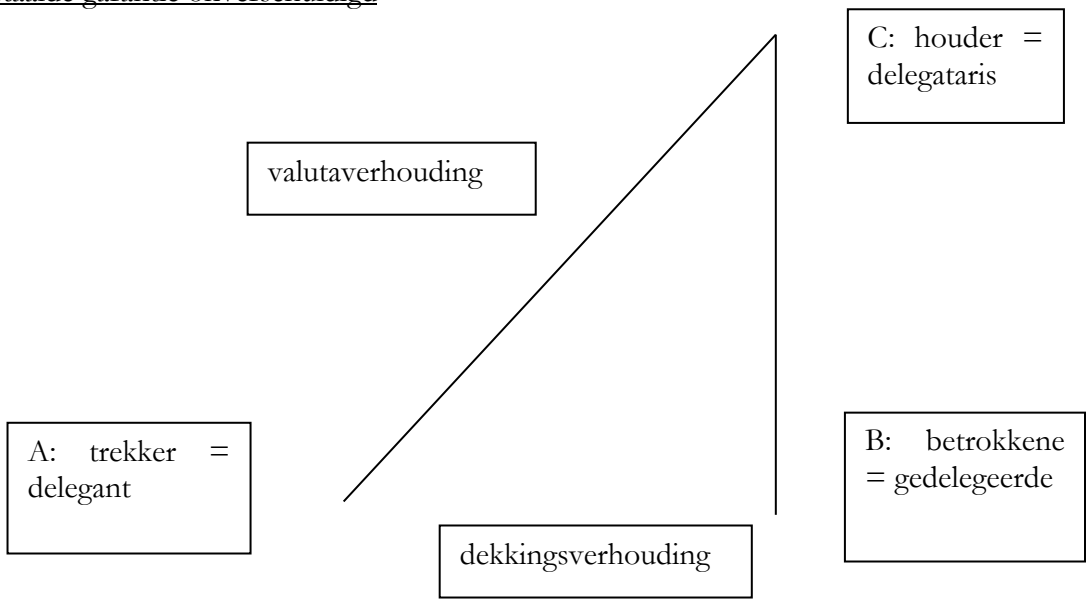
1012 B. DE VUYST & G. MEYER, *Documentaire kredieten*, 78, nr. 224; J. HEENEN, 'Le crédit irrévocable', *Rev. Banque* 1952, (452) 461, noot 3; *Les Novelles*, *Droit bancaire*, v° *Ouverture de crédit*, nr. 253.
Voor Frankrijk J. STOUFFLET, *Le crédit documentaire*, 161, nr. 157.
Voor het Angelsaksische recht C. SCHMITTHOFF, *Export trade: the law and practice of international trade*, (London: Stevens & Sons, 1990), 439.

1013 Uitdrukkelijk zo BGB § 788.

1014 Cass. 28 juni 2012, *nv Multimodal Logistics Platform / nv Schenker*, C.11.0723.N, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20120628-14 = *RW* 2012-13, 59 = *Jaarverslag cassatie* 2012, 23 = *TBH* 2013, 189 noot J. BAECK, 'De bankgarantie op eerste verzoek: eerst betalen, dan reclameren en recupereren' = *DAOR* 2012, 381 noot D. PHILIPPE..

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

Betaalde garantie onverschuldigd



Voorbeeld:
A (delegant) betaalt aan C (delegataris) door middel van een wisselbrief getrokken op A's schuldenaar B (gedelegeerde); wanneer de wisselbrief uitbetaald wordt en A blijkt achteraf géén schuld te hebben jegens C, dan kan A terugvorderen van C wegens onverschuldigde betaling, ook al heeft hij niet zelf het geld uitbetaald (maar enkel de wisselbrief overhandigd aan C). De overhandiging van de wisselbrief wordt hier dus gezien als het element "betaling" in het begrip "onverschuldigde betaling.

De bewijslast van het onverschuldigd karakter rust op de partij die terugvordert (Cass. 28 juni 2012, *in casu* bij een afroepgarantie[1015]).

Is er geen schuld van de gedelegeerde jegens de delegant, dan moet nagegaan worden wat de aard van de dekkingsverhouding is (zie hoger I.VI.D.3.c.).

1015 Cass. 28 juni 2012, *nv Multimodal Logistics Platform / nv Schenker*, C.11.0723.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120628.14 = *TBH* 2013, 189 noot J. BAECK, 'De bankgarantie op eerste verzoek: eerst betalen, dan reclameren en recupereren' = *DAOR* 2012, 381 noot D. PHILIPPE.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

HOOFDSTUK I.VII. Derdenbedingen

Rechtsfiguren die gegrond zijn op of verwant aan het derdenbeding vormen in beginsel geen persoonlijke zekerheden. Zij vormen zelfs in zekere zin het spiegelbeeld van de onvolmaakte delegatie. De normale vorm van dergelijke rechtsfiguren houdt namelijk in:
- dat de belover een eigen schuld aangaat, en niet de schuld van de bedinger jegens de derde overneemt
- maar zich wel kan beroepen op alle excepties uit de dekkingsverhouding.

Niettemin kan het de derde toch ook een persoonlijke zekerheid geven, nl. in de mate waarin het "fonds" reeds is verstrekt en er dus geen excepties zijn uit de dekkingsverhouding.

Het feit dat de bedinger reeds een schuld heeft jegens de derde verhindert niet dat hij van de belover bedingt dat deze zich ertoe verbindt de derde te betalen[1016].

Voorbeelden:
- een verbintenis om de "belover" een som geld te betalen op voorwaarde dat hij zich jegens mijn schuldenaar engageert om die een som geld of andere prestatie te leveren;
- een "trekkingsovereenkomst" tussen de bank die cheques ter beschikking stelt en de cliënt die cheques trekt: dit kan inhouden dat de bank zich engageert een cheque uit te betalen indien er dekking is.

[1016] Zo bv. Cass. 30 maart 2009, C.07.0557.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20090330.10.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

HOOFDSTUK I.VIII. Patronaatsverklaringen (comfort letters)

Het gaat hier om een vrij recente vorm van persoonlijke zekerheid die frequent voorkomt in concernverhoudingen. Hierbij belooft een moedermaatschappij aan de medecontractant van haar filiaal ervoor te zorgen dat het filiaal de opgenomen verbintenissen zal honoreren[1017].

Boek 9.1 BW regelt de patronaatsverklaringen niet echt, maar geeft enkel aan wanneer het om een persoonlijke zekerheid gaat, waarop dan de (weinig talrijke) algemene regels inzake persoonlijke zekerheden van toepassing zijn. Dit volgt uit de samenlezing van de definitie in artikel 9.1.2, 9° BW (de al dan niet bindende toezegging door een derde dat de hoofdschuldenaar zijn verbintenis zal nakomen") en de conversieregel voor bindende patronaatsverklaringen in artikel 9.1.43 lid 2 BW.

Dergelijke patronaatsverklaringen kunnen naargelang de formulering in uiteenlopende gradaties voorkomen, gaande van rechtens vrijblijvende verklaringen, waarbij de emittent enkel zijn reputatie op het spel zet, tot echte verbintenissen[1018]. Vaak gaat het om een verbintenis ervoor te zorgen dat de dochtermaatschappij voldoende gekapitaliseerd is om de aangegane schulden te kunnen betalen[1019] of een andere vorm van de "cash deficiency clause" waarbij een aandeelhouder verklaart erover te zullen waken dat de vennootschap te allen tijde haar verplichtingen tegenover de kredietverlener zal kunnen nakomen

Voor zover de uitgever van de verklaring een verbintenissen aangaat, is ook dit een "eigen" schuld en niet een zich voor of met een ander verbinden. Die eigen schuld is wel accessoir in die zin dat ze uitdooft wanneer de verbintenis van de gepatroneerde jegens de begunstigde uitdooft[1020].

1017 Zie o.m. M.F. ANTOINE, 'La lettre de patronage, enseignement jurisprudentiel récent', *RDAI* 1990, 771; A. VERBEKE & D. BLOMMAERT, 'De patronaatsverklaring. Een persoonlijke zekerheid met vele gezichten', *DAOR* 1994 nr. 31, 71 v.; L. LANOYE, 'Patronaatsverklaring: what's in a name?', in *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden actualia* (Antwerpen: Kluwer 1997), 151 v.; E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), 307-309 nr. 458; K. BYTTEBIER & R. FELTKAMP, 'Juridische aard, grondslagen, geldigheidsvoorwaarden en rechtsgevolgen van de patronaatsverklaring', *TPR* 2002, 955-1057; L. DU JARDIN, *Un confort sous-estimé dans la contractualisation des groupes de sociétés: la lettre de patronage* (Brussel 2002); E. DIRIX, 'Overzicht', *TPR* 2004, nr. 231; L. DU JARDIN, 'La lettre de patronage: un engagement de qualité', *TBH* 2010, 188 (noot onder HvB Brussel 25 april 2008).

1018 In Frankrijk werd gebondenheid aanvaard door Cass (Fr.) 26 januari 1999, *Music Entertainment France / France Télécom*, *D.* 150, 344 (*Sony Music*), waarover Anton TRICHARDT, 'Comfort Letters. A quartet of decisions', 9. *Tilburg Foreign Law Rev*.,.162.

Voorbeelden waar Belgische rechtspraak bindende werking heeft aanvaard: kh Dinant 26 mei 1987, *JT* 1988, 92 noot M. ANTOINE & Y. POULLET ; kh Dinant 23 juli 1987, *RRD* 1988, 52 noot M. ANTOINE & Y. POULLET.

1019 Bv. kh. Brussel 30 oktober 1985, *TBH* 1987, 64 ("working capital agreement"). Voor de interpretatie hiervan, met name bij faillissement van de dochter, zie HvB Brussel 8 februari 2014, *JT* 2024, 206, of bij overdracht van de participatie HvB Brussel 23 maart 2023*, JT* 2024, 207.

1020 HvB Brussel 23 maart 2023, *TBH* 2024, 90. In een eindarrest in dezelfde zaak, HvB Brussel 8 februari 2024, *TBH* 2024, 98, besliste het Hof echter wel dat de verbintenis tot patronage eindigde door het faillissement van de gepatroneerde.

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

INHOUD

HOOFDSTUK I.I. PERSOONLIJKE ZEKERHEDEN IN HET ALGEMEEN 3
I.I AFDELING A. De structuur van meerpartijenverhoudingen en de zogenaamde relativiteit van overeenkomsten 5
I.I.A.1. Over derdenwerking en de zgn. relativiteit van overeenkomsten. 5
I.I.A.1.a. De relativiteit van verbintenissen. 5
I.I.A.1.b. De relativiteit van obligatoire overeenkomsten. 5
I.I.A.1.b.1° De relativiteit van overeenkomsten aan de passiefzijde 5
I.I.A.1.b.2° De afwezigheid van deze relativiteit aan de actiefzijde 6
I.I.A.2. Het begrip oorzaak in zijn verschillende betekenissen 6
I.I.A.2.a. Subjectieve oorzaak. 7
I.I.A.2.b. Objectieve oorzaak 7
I.I.A.2.c. De ongeoorloofde oorzaak 8
I.I.A.3. De structuur van meerpartijenverhoudingen: dekkingsverhouding en valutaverhouding ; het begrip abstractie. 8
I.I.A.3.a. De verschillende rechtsverhoudingen – dekkings- en valutaverhouding 8
I.I.A.3.a.1° De interne of dekkingsverhouding 8
I.I.A.3.a.2° De valutaverhouding of waardeverhouding 9
I.I.A.3.a.3° De resultante verhouding of prestatieverhouding (bv. borgtochtverhouding) 10
I.I.A.3.b. Het begrip abstractie 10
I.I.A.3.b.1° Abstractie in enge zin (abstractie ten aanzien van de oorzaak) 10
I.I.A.3.b.2° Abstractie in ruimere zin: niet-accessoire verbintenissen 11
I.I AFDELING B. De verschillende vormen van pluraliteit van schuldenaars 12
I.I.B.1. Inleiding. 12
I.I.B.2. Naargelang de schuldenaars al dan niet met of voor elkaar gehouden zijn. 12
I.I.B.2.a. Pluraliteit van schuldenaars van (minstens ten dele) dezelfde schuld, d.i. schuldenaars die mét een andere schuldenaar gehouden zijn. 13
I.I.B.2.a.1° Beginsel : verbintenissen zijn afzonderlijk of deelbaar 13
I.I.B.2.a.1.a) Wanneer? 13
I.I.B.2.a.1.b) Rechtsgevolgen 13
I.I.B.2.a.2° Uitzondering: hoofdelijkheid in zijn verschillende varianten 14
I.I.B.2.a.2.a) De vormen van hoofdelijkheid 14
I.I.B.2.a.2.b) Gemeenschappelijke kenmerken; zekerheidsfunctie 15
I.I.B.2.a.3° Onsplitsbaarheid 15
I.I.B.2.b. Verbondenheid voor een ander 16
I.I.B.2.b.1° Accessoire verbondenheid 16
I.I.B.2.b.1.a) Borgtocht 16
I.I.B.2.b.1.b) Nader over de zakelijke borg 17
I.I.B.2.b.1.b.i. Gevallen waar er al dan niet sprake is van zakelijke borgtocht 17
I.I.B.2.b.1.b.ii. Mate van toepassing van de regels inzake borgtocht 19
I.I.B.2.b.1.c) Bij schuldovername 20
I.I.B.2.b.2° Niet-accessoire verbondenheid 20
I.I.B.2.c. Pluraliteit van verschillende schuldenaars die niét met elkaar noch voor een ander gehouden zijn 21
I.I.B.2.c.1° Verbintenissen geabstraheerd van hun oorzaak uit de interne verhouding 21
I.I.B.2.c.2° Pluraliteit die volgt uit zekerheden of beslag op schuldvorderingen 21
I.I.B.2.c.3° Verbintenissen die hun oorzaak in de verhouding met de schuldeiser of diens rechtsopvolger vinden 22
I.I.B.2.c.3.a) Schadeverzekeringen door de schuldeiser zelf gesloten 22
I.I.B.2.c.3.b) Hedging transacties door de schuldeiser gesloten 23
I.I.B.2.c.3.c) Factoring 23
I.I.B.2.c.3.d) Wanneer een schuldenaar aan de verkeerde partij betaalt zonder dat hij bevrijd is en de schuldeiser zich ook tot de ontvanger kan richten 23
I.I.B.2.c.3.e) Uitvoeringssterkmaking 23
I.I.B.3. Al dan niet subsidiair karakter. 24

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.I.B.4. Pluraliteit met zekerheids- en met betalingsfunctie ... 24
I.I.B.5. Criteria voor classificatie ... 25
I.I.B.6. Schema van verdere behandeling ... 26
I.I AFDELING C. Regels voor persoonlijke zekerheden in het algemeen ... 27
I.I.C.1. Regels inzake totstandkoming van bij rechtshandeling aangegane persoonlijke zekerheden ... 27
I.I.C.1.a. Aard van de rechtshandeling ... 28
I.I.C.1.b. Mogelijk verbod van contractsweigering ... 28
I.I.C.1.c. Vormvereisten aan de toestemming. ... 29
I.I.C.1.c.1° Algemene regel ... 29
I.I.C.1.c.2° Bijzondere regel voor persoonlijke zekerheid gesteld door een consument jegens een professioneel (art. 9.1.45 BW) ... 29
I.I.C.1.c.3° Andere bijzondere vormvereisten ... 31
I.I.C.1.c.4° Mogelijkheid van vertegenwoordiging ... 31
I.I.C.1.d. Bedenktermijnen met herroepingsrecht voor consumenten ... 31
I.I.C.1.e. Bewijsregels ... 32
I.I.C.1.f. Bepaalbaarheid van het voorwerp ... 33
I.I.C.2. Mogelijke gebreken, nietigheden en niet-tegenwerpelijkheden van de rechtshandeling tot persoonlijke zekerheid ... 33
I.I.C.2.a. Handelings(on)bekwaamheid ... 33
I.I.C.2.b. Rechtsbevoegdheid of rechtsbekwaamheid ... 34
I.I.C.2.c. Wilsgebreken algemeen ... 35
I.I.C.2.d. Dwaling, bedrog en precontractuele informatieplichten ... 35
I.I.C.2.d.1° Betreffende de (in)solvabiliteit of kredietwaardigheid van de hoofdschuldenaar en/of het algemeen risico van de borgtocht ... 36
I.I.C.2.d.2° Betreffende de omvang van de borgtocht ... 38
I.I.C.2.e. Gekwalificeerde benadeling, geweld, rechtsmisbruik, ongeoorloofde oorzaak e.d.m. ... 39
I.I.C.2.e.1° Gemeen recht (niet-consumentenborgtocht) ... 39
I.I.C.2.e.1.a) Misbruik van onwetendheid e.d.m. ... 40
I.I.C.2.e.1.b) Misbruik van vertrouwensrelaties tussen hoofdschuldenaar en borg ... 41
I.I.C.2.e.2° Borg voor een consumentenkrediet ... 43
I.I.C.2.e.3° Zekerheidsstelling door een consument ... 44
I.I.C.2.f. Gebrek aan oorzaak. ... 45
I.I.C.2.g. Onrechtmatige bedingen ... 45
I.I.C.2.h. Absolute nietigheden (openbare orde) ... 46
I.I.C.2.i. Nietigheden ter bescherming van derden, in het bijzonder gezinsleden. ... 47
I.I.C.2.i.1° Vereisten voor nietigverklaring krachtens art. 224 OBW ... 47
I.I.C.2.i.2° Praktische gevolgen van de regeling ... 49
I.I.C.2.j. Niet-tegenwerpelijkheden; *pauliana* ... 49
I.I.C.2.k. Andere verbodsbepalingen ... 50
I.I.C.3. Regels inzake de gevolgen (nakoming en beëindiging) van persoonlijke zekerheden ... 50
I.I.C.3.a. Algemeen ... 50
I.I.C.3.b. Opschorting en mogelijke bevrijding voor persoonlijke zekerheden gesteld door consumenten ... 51
I.I.C.3.b.1° Nu geldende regeling in het kort ... 51
I.I.C.3.b.1.a) Mogelijke kwijtschelding. ... 51
I.I.C.3.b.1.b) Opschorting ... 51
I.I.C.3.b.2° Historische achtergrond ... 51
I.I.C.3.b.2.a) Situatie januari 1998- september 2002 ... 52
I.I.C.3.b.2.b) Situatie september 2002-arrest 30 juni 2004. ... 52
I.I.C.3.b.2.b.i. Nieuwe discriminaties ... 53
I.I.C.3.b.2.b.ii. Mogelijke opschorting van vervolging van de borg tijdens de opschorting vervolging gefailleerde ... 53
I.I.C.3.b.2.c) Arrest van 30 juni 2004 ... 54
I.I.C.3.b.3° Interpretatie van de nieuwe regeling ... 55
I.I.C.3.b.3.a) Toepassingsgebied ... 55
I.I.C.3.b.3.a.i. Enkel consumenten ... 55
I.I.C.3.b.3.a.ii. Persoonlijke zekerheden ... 55
I.I.C.3.b.3.a.iii. Aangegaan door een rechtshandeling ... 56
I.I.C.3.b.3.a.iv. Procedures waarin bevrijding kan worden gevraagd ... 57

I.I.C.3.b.3.a.v. Enkel nog bestaande schulden ... 57
I.I.C.3.b.3.a.vi. Wat met de zakelijke borg s.s.? ... 57
I.I.C.3.b.3.a.vii. Ongeacht regres of subrogatie ... 58
I.I.C.3.b.3.a.viii. Schulden bestaande bij het begin van de procedure ... 59
I.I.C.3.b.3.a.ix. Territoriale toepassing (IPR) ... 59
I.I.C.3.b.3.b) Rechtsgevolgen: opschorting vanaf de faillietverklaring *c.q.* toelaatbaarheid van de collectieve schuldenregeling *c.q.* het verzoek van art. 1675/16*bis* § 5 GerW *c.q.* bij overdracht onder gerechtelijk gezag ... 59
I.I.C.3.b.3.b.i. Ingaan van de opschorting ... 60
I.I.C.3.b.3.b.ii. Einde van de opschorting ... 60
I.I.C.3.b.3.b.iii. Draagwijdte van de opschorting ... 60
I.I.C.3.b.3.c) Rechtsgevolgen: onder nadere voorwaarden bevrijding ... 61
I.I.C.3.b.3.c.i. Bevrijding wegens niet-aangifte door de schuldeiser ... 61
I.I.C.3.b.3.c.ii. Bevrijding wegens wanverhouding ... 62
I.I.C.3.b.4° Slotopmerking ... 62
I.I.C.3.c. Bijzondere regels tijdens de fase van schuldbemiddeling in een CSR ... 63
I.I.C.3.d. Bijzondere regels ten gunste van de persoonlijk aansprakelijke echtgenoot of partner van de gefailleerde of schuldenaar in gerechtelijke reorganisatie ... 63
I.I.C.3.d.1° Toepassingsgebied ... 64
I.I.C.3.d.1.a) *Ratione personae* ... 64
I.I.C.3.d.1.b) Beperkt tot bepaalde procedures. ... 65
I.I.C.3.d.1.c) Schulden *ratione temporis* ... 65
I.I.C.3.d.1.d) Schulden *ratione materiae* ... 65
I.I.C.3.d.2° Gevolgen ... 67
I.I.C.3.d.2.a) Opschorting ... 67
I.I.C.3.d.2.b) Mogelijke bevrijding ... 68
I.I.C.4. Draagwijdte van het verrijkingsverbod ... 68
HOOFDSTUK I.II. BORGTOCHT ... 69
I.II AFDELING A. Begripsbepaling ... 69
I.II.A.1. Borgtocht in het algemeen; definitie en belang. ... 69
I.II.A.2. Soorten borgtocht ... 69
I.II AFDELING B. Totstandkoming van de borgtocht en mogelijke gebreken bij de totstandkoming ... 71
I.II.B.1. Totstandkoming ... 71
I.II.B.1.a. Totstandkoming, vormvereisten, bewijsregels ... 71
I.II.B.1.b. Voorwerp en bepaalbaarheid ervan ... 71
I.II.B.2. Mogelijke gebreken en precontractuele plichten ... 71
I.II.B.2.a. Voor persoonlijke zekerheden in het algemeen besproken gebreken ... 71
I.II.B.2.b. Oorzaak ... 71
I.II AFDELING C. Gevolgen van de borgtocht tussen borg en schuldeiser ... 72
I.II.C.1. "Voorwerp" van de borgtocht. ... 72
I.II.C.1.a. Beperkingen van de borgtocht die voortvloeien uit de gewaarborgde schuld zelf (valutaverhouding) – inroepbaarheid van excepties uit de valutaverhouding ... 72
I.II.C.1.a.1° Beginsel - begrenzing door de geldigheid, omvang en modaliteiten van de verzekerde schuld ... 72
I.II.C.1.a.1.a) Inroepbaarheid van ongeldigheid of herroeping van de verzekerde schuld ... 74
I.II.C.1.a.1.b) Inroepbaarheid van beperkingen van de omvang van de verzekerde schuld ... 75
I.II.C.1.a.1.c) Inroepbaarheid van wijzen van tenietgaan van de verzekerde schuld ... 75
I.II.C.1.a.1.c.i. Betaling ... 75
I.II.C.1.a.1.c.ii. In het bijzonder schuldvergelijking ... 76
I.II.C.1.a.1.c.iii. Kwijtschelding ... 77
I.II.C.1.a.1.c.iv. Andere wijzen van tenietgaan ... 78
I.II.C.1.a.1.c.v. Wijzen waarop de verzekerde schuld niet langer opeisbaar is, i.h.b. verjaring ... 79
I.II.C.1.a.1.d) Inroepbaarheid van andere niet-persoonlijke excepties uit de valutaverhouding, met name de modaliteiten van de hoofdverbintenis ... 79
I.II.C.1.a.2° Ondanks een voor de hoofdschuldenaar bindende andersluidende beslissing ... 80
I.II.C.1.a.3° Uitzondering: niet-inroepbaarheid van de "persoonlijke excepties" van de hoofdschuldenaar. ... 80
I.II.C.1.a.3.a) Rechterlijke respijttermijnen ... 81

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.II.C.1.a.3.b) Kwijtschelding van de gefailleerde hoofdschuldenaar ... 81
I.II.C.1.a.3.c) Achterstelling in het faillissement van de hoofdschuldenaar ... 81
I.II.C.1.a.3.d) Collectieve schuldenregeling van de hoofdschuldenaar ... 81
I.II.C.1.a.3.e) Gerechtelijke reorganisatie van de hoofdschuldenaar ... 82
I.II.C.1.a.3.f) Verdwijnen van de hoofdschuldenaar ... 82
I.II.C.1.a.3.g) Niet-tegenwerpelijkheid aan de boedel van de hoofdschuldenaar ... 82
I.II.C.1.a.4° Uitzondering: afstand van excepties door de borg ... 83
I.II.C.1.b. Omvang van de dekking (mate waarin de verzekerde schuld verzekerd is) ... 83
I.II.C.1.b.1° Algemeen ... 83
I.II.C.1.b.2° Borgtocht beperkt tot één of meer bestaande schulden, al dan niet nader beperkt ... 86
I.II.C.1.b.2.a) "Bestaande schuld": ... 86
I.II.C.1.b.2.b) Mogelijk voor elke soort bestaande schuld ... 87
I.II.C.1.b.2.c) Geplafonneerde en onbepaalde (niet geplafonneerde) borgtocht ... 87
I.II.C.1.b.2.c.i. Al dan niet vereiste plafonnering ... 87
I.II.C.1.b.2.c.ii. Interpretatie en uitwerking van de plafonnering ... 88
I.II.C.1.b.2.c.iii. Dekking die varieert naargelang bepaalde voorwaarden worden vervuld ... 88
I.II.C.1.b.2.d) Wijzigingen in de persoon van de schuldeiser van de verzekerde schuld ... 88
I.II.C.1.b.2.e) Wijzigingen in de persoon van de hoofdschuldenaar van de verzekerde schuld ... 89
I.II.C.1.b.2.f) Accessoria van de hoofdschuld, bij al dan niet geplafonneerde borgtocht; gevolgen van ontbinding van de hoofdovereenkomst ... 90
I.II.C.1.b.2.f.i. Hier bedoelde accessoria ... 90
I.II.C.1.b.2.f.ii. Bij onbepaalde (niet geplafonneerde) borgtocht) ... 90
I.II.C.1.b.2.f.iii. Bij geplafonneerde borgtocht ... 92
I.II.C.1.b.2.g) Nadelige wijzigingen in de schuld na het aangaan van de borgtocht ... 93
I.II.C.1.b.2.g.i. Beginsel ... 93
I.II.C.1.b.2.g.ii. Toepassingen ... 94
I.II.C.1.b.2.g.iii. Toepassing op excepties waarvan de hoofdschuldenaar afstand doet ... 95
I.II.C.1.b.2.g.iv. De afstand van schuldvergelijking door de schuldeiser. ... 96
I.II.C.1.b.2.g.v. Toch uitbreiding bij omzetting huurovereenkomst ... 96
I.II.C.1.b.2.h) Aangroeien van de schuld zonder kennisgeving aan de borg ... 97
I.II.C.1.b.3° Borgtocht voor een welbepaalde toekomstige schuld ... 97
I.II.C.1.b.3.a) Mogelijkheid van borgtocht voor een toekomstige schuld naar gemeen recht; zgn. waarborg- en betalingsverbintenis ... 97
I.II.C.1.b.3.b) Mogelijkheid van persoonlijke zekerheid voor een toekomstige schuld gesteld door een consument ... 98
I.II.C.1.b.3.c) Nadere rechtsgevolgen ... 99
I.II.C.1.b.4° Algemene borgtocht voor toekomstige schulden, al dan niet nader beperkt ... 99
I.II.C.1.b.4.a) Geldigheid - Bepaalbaarheid van de verzekerde schuld - vereiste plafonnering ... 99
I.II.C.1.b.4.a.i. De vereiste plafonnering ... 99
I.II.C.1.b.4.a.ii. Verdere beperkingen bij een consumentenzekerheid ... 100
I.II.C.1.b.4.a.iii. Buiten de consumentenzekerheid ... 101
I.II.C.1.b.4.b) Nadelige wijzigingen in de schuld na het aangaan van de borgtocht ... 102
I.II.C.1.b.4.c) Dwingende beperkingen - grenzen waarbinnen borg kan worden gesteld - de duur van de dekking ... 102
I.II.C.1.b.4.c.i. Vereiste voorzienbaarheid ... 102
I.II.C.1.b.4.c.ii. Gevolgen van dekking van bepaalde duur ... 103
I.II.C.1.b.4.c.iii. Gevolgen van dekking van onbepaalde duur ... 105
I.II.C.1.b.4.d) Beperkingen verband houdende met de identiteit van de borg zelf ... 107
I.II.C.1.b.4.d.i. Gevolgen van het overlijden van de borg - natuurlijke persoon ... 107
I.II.C.1.b.4.d.ii. Gevolgen van de wijziging van de borg - rechtspersoon. ... 108
I.II.C.1.b.4.e) Suppletieve beperkingen aan de algemene borgtocht die verband houden met de persoon van de hoofdschuldenaar ... 108
I.II.C.1.b.4.e.i. Schulden ontstaan na wijziging van de persoon van de hoofdschuldenaar-natuurlijke persoon ... 109
I.II.C.1.b.4.e.ii. Schulden overgegaan onder bijzondere titel ... 109
I.II.C.1.b.4.e.iii. Schulden ontstaan na wijziging van de persoon van de hoofdschuldenaar-rechtspersoon ... 109
I.II.C.1.b.4.e.iv. Schulden ontstaan na faillissement van de hoofdschuldenaar ... 111

I.II.C.1.b.4.f) Suppletieve beperkingen aan de algemene borgtocht die verband houden met de persoon van de schuldeiser ... 111
I.II.C.1.b.4.g) Andere suppletieve beperkingen aan de algemene borgtocht; beperkende uitleg van algemene borgtocht ... 114
I.II.C.1.b.4.g.i. Schulden ontstaan na wegvallen van een determinerende hoedanigheid van de borg ... 114
I.II.C.1.b.4.g.ii. Beperkende interpretatie wat betreft de bron van de gedekte verbintenissen ... 115
I.II.C.1.b.4.g.iii. Achtergestelde schulden ... 116
I.II.C.1.b.4.h) Overeengekomen beperkingen (andere dan bepaalde duur). ... 116
I.II.C.2. "Oorzaak" van de borgtocht - (ir)relevantie van de dekkingsverhouding / abstractie ... 116
I.II.C.2.a. Mogelijke vormen van "oorzaak" ... 116
I.II.C.2.b. (Ir)relevantie van de oorzaak in de externe verhouding ... 116
I.II.C.3. Modaliteiten van de verbintenis van de borg - excepties eigen aan de borgtocht - gevolgen bij verschillende soorten borgtocht ... 117
I.II.C.3.a. Opeisbaarheid ... 117
I.II.C.3.b. Subsidiaire v. solidaire borgtocht ... 118
I.II.C.3.b.1° De subsidiaire borgtocht ... 118
I.II.C.3.b.1.a) Voorrecht van uitwinning ... 119
I.II.C.3.b.1.b) Meerdere subsidiaire borgen: geen voorrecht van schuldsplitsing ... 120
I.II.C.3.b.2° Solidaire of hoofdelijke borgtocht. ... 121
I.II.C.3.b.3° Solidaire en ondeelbare borgtocht ... 121
I.II.C.3.b.4° Dwingende schuldsplitsing en beperking bij erfgenamen van een consumentenborg ... 121
I.II.C.3.b.5° Achterborg ... 122
I.II.C.3.b.6° Solidaire medeschuldenaars ... 122
I.II.C.3.c. Modaliteiten van de zakelijke borg vs. de persoonlijke borg ... 122
I.II.C.3.d. Secundaire gevolgen van de borgtocht (m.b. van de pluraliteit) tussen hoofdschuldenaar en borg ... 123
I.II.C.3.e. Pluraliteit van borgen en beperkingen voortvloeiend uit de verhouding van de medeborgen met de schuldeiser ... 124
I.II.C.3.e.1° Primaire gevolgen ... 124
I.II.C.3.e.2° Secundaire gevolgen ... 125
I.II.C.3.f. Borgtocht met specifieke uitoefeningstermijn ... 125
I.II.C.4. Contractuele zorgvuldigheids- en informatieplichten van de schuldeiser jegens de borg en remedies bij tekortkoming daaraan ... 127
I.II.C.4.a. Informatieplicht jegens de borg ... 127
I.II.C.4.a.1° Informatie over de solvabiliteit van de hoofdschuldenaar. ... 127
I.II.C.4.a.2° Informatie over de omvang van de verzekerde schuld en de modaliteiten ervan, en de wanprestatie van de hoofdschuldenaar ... 127
I.II.C.4.a.2.a) Gemeenrechtelijke borgtocht ... 127
I.II.C.4.a.2.a.i. Voorwerp van mogelijke informatieplicht ... 127
I.II.C.4.a.2.a.ii. Afweging met eigen informatieplicht borg ... 129
I.II.C.4.a.2.a.iii. Sanctie ... 129
I.II.C.4.a.2.b) Bij een persoonlijke zekerheid voor een consumentenkrediet en meer algemeen door een consument ... 129
I.II.C.4.a.2.b.i. Betreffende toename van de gedekte schulden ... 129
I.II.C.4.a.2.b.ii. Betreffende de tekortkomingen van de hoofdschuldenaar ... 130
I.II.C.4.a.2.c) Bij overheidswaarborgen ... 131
I.II.C.4.a.3° Over de omvang en de modaliteiten van de dekking ... 131
I.II.C.4.a.4° Geldigheid van exoneratiebedingen. ... 131
I.II.C.4.b. Verhinderde subrogatie en andere verplichtingen van de schuldeiser ... 132
I.II.C.4.b.1° Verhinderde subrogatie (art. 9.1.32 BW) ... 132
I.II.C.4.b.2° Mogelijke premie te betalen door de schuldeiser ... 134
I.II.C.4.b.3° Andere verplichtingen van de schuldeiser ... 134
I.II.C.4.c. Onzorgvuldige kredietverlening ... 134
I.II.C.4.d. Voortzettingsrecht? ... 135
I.II.C.5. Andere gevolgen van de accessoriteit. ... 135
I.II.C.6. Nakoming en niet-nakoming ... 136
I.II.C.7. Einde van de verbintenis van de borg ... 136

© Matthias E. Storme, Gent-Mariakerke 2025

I.II.C.8. Terugvordering wegens onverschuldigde betaling ... 138
I.II AFDELING D. Gevolgen in de verhouding tussen borg en hoofdschuldenaar ... 139
I.II.D.1. De verhouding voor betaling door de borg ... 139
I.II.D.1.a. Anticipatief regres en bewarende maatregelen ... 139
I.II.D.1.b. Informatieplicht van de borg ... 140
I.II.D.1.c. Informatieplicht van de hoofdschuldenaar ... 140
I.II.D.2. Beginselen over de verhouding na betaling aan de schuldeiser ... 140
I.II.D.3. Uitwerking van het regresrecht (eigen verhaalsrecht) van de borg ... 142
I.II.D.3.a. Grondslag ... 142
I.II.D.3.b. Omvang, verweermiddelen, tenietgaan van het regresrecht na betaling ... 142
I.II.D.3.b.1° Wanneer is er geen regresvordering ? ... 142
I.II.D.3.b.2° Omvang van het regresrecht ... 144
I.II.D.3.b.2.a) a) Omvang van de betaling en kosten ... 144
I.II.D.3.b.2.b) b) Uitzonderingen ... 144
I.II.D.3.b.2.c) c) Regresrecht draagt interest ... 144
I.II.D.3.b.3° Ontstaan en opeisbaarheid van het regresrecht ... 145
I.II.D.3.b.4° Modaliteiten van het regresrecht ... 145
I.II.D.3.c. Verhaalsrecht en samenloop ... 145
I.II.D.3.c.1° Gewoon regres ... 145
I.II.D.3.c.2° Anticipatief regres ... 146
I.II.D.4. Uitwerking van het subrogatierecht van de borg ... 147
I.II.D.4.a. Vereisten voor subrogatie ... 147
I.II.D.4.b. Gevolgen van de subrogatie ... 148
I.II.D.4.b.1° Welke rechten gaan over ... 148
I.II.D.4.b.2° Uitwerking voor en na de kennisgeving ... 148
I.II.D.4.b.2.a) Rol van de kennisgeving ... 148
I.II.D.4.b.2.b) Tegenwerpelijkheid van excepties en evolutie van de subrogatoire schuldvordering 150
I.II.D.4.c. Achterstelling bij gedeeltelijke subrogatie ... 152
I.II.D.4.d. Positie van de gesubrogeerde in de samenloop op de goederen van de hoofdschuldenaar ... 152
I.II.D.5. Na betaling aan een medeborg ... 153
I.II AFDELING E. Gevolgen in de verhouding tussen medezekerheidsstellers ... 154
I.II.E.1. Rechten van de borg die betaald heeft jegens de zekerheidssteller ... 154
I.II.E.1.a. Regres en subrogatie beperkt tot het aandeel van elke zekerheidssteller ... 154
I.II.E.1.a.1° Regresrecht en schuldsplitsing ... 154
I.II.E.1.a.2° Verzekerd met subrogatie ... 155
I.II.E.1.b. Bepaling van het aandeel ... 155
I.II.E.1.c. Gevolgen van de kwijtschelding of insolvabiliteit van een van de zekerheidsstellers ... 158
I.II.E.2. Rechten van de betalende medeborg jegens de hoofdschuldenaar. ... 158
HOOFDSTUK I.III. ANDERE VORMEN VAN GEHOUDENHEID VOOR ANDERMANS SCHULD ... 160
I.III AFDELING A. Onvolmaakte of cumulatieve schuldovername ... 160
I.III.A.1. Begrip ... 160
I.III.A.2. Voorbeelden ... 161
I.III.A.3. Gevolg ... 162
I.III AFDELING B. Accessoire of afhankelijke delegatie ... 163
I.III.B.1. De *delegatio solvendi* in het algemeen ... 163
I.III.B.1.a. Begrip en kenmerken; mogelijk voorwerp ... 163
I.III.B.1.b. Totstandkoming; functies van de toestemming van elk der partijen ... 164
I.III.B.1.b.1° Functie van de toestemming van de gedelegeerde ... 164
I.III.B.1.b.2° Functie van de toestemming van de delegataris ... 164
I.III.B.1.b.3° Functie van de toestemming van de delegant ... 164
I.III.B.1.b.4° Functie van de kennisgeving aan de delegataris ... 165
I.III.B.1.b.5° Besluit ... 165
I.III.B.1.c. Types dekkingsverhouding en gevolgen in de dekkingsverhouding (tussen delegant en gedelegeerde) ... 165
I.III.B.1.c.1° Voor de betaling ... 165
I.III.B.1.c.2° Na de betaling ... 165
I.III.B.1.d. Accessoire delegatie tegenover onafhankelijke delegatie ... 166
I.III.B.1.e. Gevolgen voor de valutaverhouding (tussen delegant en delegataris) ... 167

I.III.B.1.f. Situering tussen andere rechtsfiguren 167
I.III.B.1.f.1° Bevrijdende delegatie 167
I.III.B.1.f.2° Rechtsfiguren waar de gedelegeerde geen eigen verbintenis aangaat 167
I.III.B.1.f.3° Derdenbedingen 168
I.III.B.2. De accessoire delegatie 168
I.III.B.2.a. Totstandkoming en kenmerken; aansprakelijkheid gedelegeerde 168
I.III.B.2.b. Rechten van de gedelegeerde na betaling. 169
I.III.B.2.b.1° Betaling verschuldigd door de delegant jegens de delegataris 169
I.III.B.2.b.2° Betaling niet verschuldigd door de delegant 169
I.III AFDELING C. Andere gevallen 170
I.III.C.1. Andere gevallen waarin men zich verbindt voor een ander wegens een oorzaak in de externe verhouding. 170
I.III.C.2. Andere gevallen waar men krachtens de wet instaat voor andermans schuld 170
HOOFDSTUK I.IV. NIET-ACCESSOIRE VERBONDENHEID MET OF VOOR EEN ANDER (PASSIEVE HOOFDELIJKHEID) 171
I.IV AFDELING A. Algemeen 171
I.IV AFDELING B. Enkele gevolgen van passieve hoofdelijkheid (inb. in solidum) 172
I.IV.B.1. Gevolgen tussen medeschuldenaar en schuldeiser 172
I.IV.B.1.a. Keuzerecht schuldeiser 172
I.IV.B.1.b. Abstractie ten aanzien van de interne verhouding 172
I.IV.B.1.c. Inroepbaarheid verweermiddelen uit de externe verhoudingen van de schuldeiser met een medeschuldenaar 172
I.IV.B.1.c.1° Gemeenschappelijke of niet persoonlijke verweermiddelen 173
I.IV.B.1.c.2° Schuldvergelijking 173
I.IV.B.1.c.3° Beperkt gemeenschappelijke verweermiddelen 174
I.IV.B.1.c.3.a) Gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van een andere medeschuldenaar 174
I.IV.B.1.c.3.b) Ontslag van hoofdelijkheid van een andere medeschuldenaar 175
I.IV.B.1.c.3.c) Schuldvermenging 175
I.IV.B.1.c.3.d) Behoudens schuldovername 175
I.IV.B.1.c.4° Zuiver persoonlijke verweermiddelen 176
I.IV.B.1.c.5° Secundaire gevolgen – verschillend naargelang soort hoofdelijkheid 176
I.IV.B.2. Gevolgen tussen de medeschuldenaars onderling 177
I.IV.B.2.a. Regres verzekerd door subrogatie 177
I.IV.B.2.b. Bepaling van het aandeel 178
I.IV.B.2.b.1° Algemeen 178
I.IV.B.2.b.2° Toepassingen van lid 3 179
I.IV.B.2.b.3° Bij meerdere fouten in causaal verband 179
I.IV.B.2.b.4° Bij foutvermoedens en objectieve aansprakelijkheden 180
I.IV AFDELING C. Enkele bijzondere gevallen van passieve hoofdelijkheid of in solidum aansprakelijkheid 182
I.IV.C.1. Solidariteit voor door ondernemingen gezamenlijk aangegane schulden 182
I.IV.C.2. Solidariteit voortvloeiend uit het huwelijks(vermogens)recht 183
I.IV.C.3. Enkele bijzondere conventionele vormen van (volmaakte) hoofdelijkheid met zekerheidsfunctie .. 184
I.IV.C.3.a. Solidariteit tot zekerheid 184
I.IV.C.3.b. Solidariteit tussen rechtsopvolgers 185
I.IV.C.3.c. Voortzettingsverplichting 185
I.IV.C.3.d. Lastgeving voor een gemeenschappelijke zaak 185
I.IV.C.3.e. Solidariteitsbeding met schulden van rechtsvoorganger jegens de mede-eigendom ? 186
I.IV.C.3.f. Hoofdelijke verbintenissen van vruchtgebruiker en blote eigenaar 187
I.IV.C.3.g. Hoofdelijkheid tussen ondertekenaars van een cheque of wisselbrief. 187
I.IV.C.3.h. Persoonlijke verbintenis van de lasthebber 187
I.IV.C.3.i. Contractuele inhoudings- en betalingsverplichtingen 187
I.IV.C.4. Enkele bijzondere wettelijke vormen van (volmaakte) solidariteit 187
I.IV.C.4.a. Verbonden met inhoudings- of betaalplichten van schuldenaars van de schuldenaar 187
I.IV.C.4.a.1° Inhoudingsplicht voor bedrijfsvoorheffing en socialezekerheidsbijdragen en BTW 187
I.IV.C.4.a.2° Solidaire gehoudenheid van opdrachtgevers en vennoten van ondernemers met uitstaande (para)fiscale schulden (« ketenaansprakelijkheid »). 188

I.IV.C.4.a.2.a) Gehoudenheid van opdrachtgevers en vennoten ... 188
I.IV.C.4.a.2.b) Subsidiaire aansprakelijkheid van eerdere opdrachtgevers ... 189
I.IV.C.4.a.2.c) Rechten na betaling ... 190
I.IV.C.4.a.3° Aansprakelijkheid van de instrumenterende ambtenaar of bank verbonden met de fiscale en parafiscale verwittigingsplicht ... 190
I.IV.C.4.a.3.a) Notificatie bij een akte of attest van erfopvolging ... 190
I.IV.C.4.a.3.b) Andere notificaties ... 190
I.IV.C.4.a.4° Solidaire gehoudenheid van de overnemer van een handelszaak, beroep of bedrijf voor fiscale of sociale schulden van de overdrager ... 191
I.IV.C.4.a.5° Solidaire gehoudenheid bij uitbetaling tegoeden op grond van art. 4.59 BW ... 191
I.IV.C.4.a.6° Solidaire gehoudenheid van niet-Btw-plichtige opdrachtgevers ... 192
I.IV.C.4.a.7° Andere inhoudingsplichten ... 192
I.IV.C.4.b. Gevallen uit het arbeidsrecht ... 192
I.IV.C.4.b.1° Hoofdelijke aansprakelijkheid bij gebruik van ter beschikking gestelde werknemer ... 192
I.IV.C.4.b.2° Ketenaansprakelijkheid bij loonmisdrijven ... 192
I.IV.C.4.b.1° Terugbetaling bij onterecht gebruik tijdelijke werkloosheid ... 193
I.IV.C.4.c. Legatarissen moeten de ontvanger van de successierechten laten voorgaan ... 194
I.IV.C.4.d. Gevallen uit het vennootschapsrecht ... 194
I.IV.C.4.d.1° Oprichtersaansprakelijkheid ... 194
I.IV.C.4.d.2° Prijs te betalen bij uitsluiting ... 194
I.IV.C.4.d.3° Hoofdelijke aansprakelijkheid voor bijzondere soorten schulden van de vennootschap ... 194
I.IV.C.4.d.4° Faillissementsmisdrijven ... 197
I.IV.C.4.d.5° Aansprakelijkheid voor kosten gebrekkige boekhouding ... 197
I.IV.C.4.d.6° Verjaring ... 197
I.IV.C.4.e. Gemeenschappelijke fouten en strafrechtelijk gesanctioneerde fouten ... 198
I.IV.C.4.e.1° Aansprakelijkheid ... 198
I.IV.C.4.e.2° Draagplicht, regres en subrogatie ... 199
I.IV.C.4.e.2.a) Gevolgen van de verdeling van de draagplicht ... 199
I.IV.C.4.e.2.b) Bepaling van het aandeel ... 200
I.IV.C.4.f. Voorbeelden uit het belastingrecht ... 200
I.IV.C.4.g. Andere voorbeelden ... 202
I.IV.C.5. Enkele voorbeelden van onvolmaakt hoofdelijke of *in solidum* aansprakelijkheid ... 203
I.IV.C.5.a. Schuldenaarsverklaring wegens miskenning van verplichtingen door de derde-schuldenaar in wiens handen beslag is gelegd ... 203
I.IV.C.5.a.1° Gehoudenheid ... 203
I.IV.C.5.a.2° Rechten na betaling ... 203
I.IV.C.5.b. Derde-medeplichtigheid aan wanprestatie en pauliana-medeplichtigheid ... 203
I.IV.C.5.c. Medewerking aan het aangaan van verbintenissen in de wetenschap van onuitvoerbaarheid ... 204
I.IV.C.5.d. Bodemdecreet ... 205
HOOFDSTUK I.V. ABSTRACTE RECHTSTREEKSE VORDERINGEN ... 206
I.V AFDELING A. Inleiding : twee types rechtstreekse vorderingen ... 206
I.V.A.1. Twee types rechtstreekse vordering. ... 206
I.V.A.1.a. Als zekerheid op een schuldvordering ... 206
I.V.A.1.b. Als persoonlijke zekerheid ... 206
I.V.A.2. Toepassingen in ons recht ... 207
I.V AFDELING B. De rechtstreekse vordering of eigen recht tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar bij verplichte verzekering ... 208
I.V.B.1. Nadere aanduiding van de abstracte rechtstreekse vorderingen ... 208
I.V.B.2. Gelijkenissen en verschillen met borgtocht en hoofdelijkheid ... 208
I.V.B.2.a. Gelijkenissen ... 208
I.V.B.2.b. Verschillen ... 208
I.V.B.3. Voorwaarden waaronder de verzekeraar gehouden is - verhouding tussen verzekeraar en benadeelde ... 210
I.V.B.3.a. Voorwerp van de verbintenis van de verzekeraar jegens de benadeelde *c.q.* het eigen recht van de benadeelde ... 210
I.V.B.3.a.1° Beperking door de valutaverhouding ... 210
I.V.B.3.a.1.a) Algemeen ... 210
I.V.B.3.a.1.b) Verjaring ... 210

I.V.B.3.a.1.c) Bewijsrechtelijke werking van een gewijsde ... 211
I.V.B.3.a.1.d) Afstand of kwijtschelding door de schadelijder ... 211
I.V.B.3.a.1.e) Bij onderverhuring ... 211
I.V.B.3.a.1.f) Niet-opeisbare schuld ... 211
I.V.B.3.a.2° Beperking tot de door de verzekeraar verleende dekking - irrelevantie van de dekkingsverhouding ... 211
I.V.B.3.a.2.a) Het verleend zijn van dekking ... 212
I.V.B.3.a.2.b) Beperking door de omschrijving van de verleende dekking ... 212
I.V.B.3.a.2.c) Beperking door de looptijd waarvoor (de) dekking is verleend ... 212
I.V.B.3.a.2.d) Beperking door de geldelijke grenzen van de dekking ... 213
I.V.B.3.a.2.e) Beperking door niet-tegenwerpelijkheid van erkenning van aansprakelijkheid of gewijsde ... 214
I.V.B.3.b. Modaliteiten en tenietgaan van de schuld van de verzekeraar ... 214
I.V.B.3.b.1° Niet subsidiair ... 214
I.V.B.3.b.2° Onderhevig aan de regels inzake niet-nakoming toegepast op de eigen schuld ... 214
I.V.B.3.b.3° Waarvan de schuldvordering kan overgaan ... 214
I.V.B.3.b.4° Kan zelfstandig tenietgaan ... 215
I.V.B.3.b.5° Verjaringsregeling ... 215
I.V.B.4. Rechten van de verzekeraar die de schadelijder betaald heeft ... 217
I.V.B.4.a. Terugvordering van de benadeelde wegens onverschuldigde betaling ... 217
I.V.B.4.b. Rechten tegen de verzekerde en/of verzekeringnemer ... 217
I.V.B.4.b.1° Contractueel regres- of verhaalsrecht ... 217
I.V.B.4.b.1.a) Wanneer is er een verhaalsrecht en in welke omvang ? ... 217
I.V.B.4.b.1.b) Aard en gevolgen van het verhaalsrecht ... 218
I.V.B.4.b.1.c) Verjaring van het verhaalsrecht ... 219
I.V.B.4.b.2° (Buitencontractuele) aanspraak wegens onverschuldigde betaling bij nietigheid ... 219
I.V.B.4.c. Subrogatie jegens "derden" ... 219
I.V.B.5. Rechten van de verzekerde die de schadelijder betaald heeft ... 220
I.V.B.6. IPR ... 221
HOOFDSTUK I.VI. ONAFHANKELIJKE DELEGATIE EN ONAFHANKELIJKE GARANTIE ... 222
I.VI AFDELING A. Inleiding ... 222
I.VI.A.1. Basiskenmerken van de onafhankelijke delegatie en garantie ... 222
I.VI.A.2. Geschiedenis en principiële geldigheid ... 223
I.VI AFDELING B. Totstandkoming en mogelijke gebreken ... 224
I.VI.B.1. Totstandkoming en kwalificatie ... 224
I.VI.B.1.a. Aanvaarding niet relevant ... 224
I.VI.B.1.b. Uitgifte of acceptatie van een waardepapier ... 225
I.VI.B.1.b.1° De acceptatie van een waardepapier als delegatieovereenkomst ... 225
I.VI.B.1.b.2° Onafhankelijke verbintenissen uit waardepapieren die niet uit een delegatieovereenkomst ontstaan. ... 225
I.VI.B.1.c. Andere gevallen ... 226
I.VI.B.2. Mogelijke gebreken ... 228
I.VI AFDELING C. Toepassingen ... 229
I.VI.C.1. Instrumenten met nadruk op de betalingsfunctie ... 229
I.VI.C.1.a. Geaccepteerde wisselbrief. ... 229
I.VI.C.1.b. Documentaire kredieten ... 231
I.VI.C.1.b.1° Initiële kredietbrieven ... 231
I.VI.C.1.b.2° Tegenkredietbrieven of bevestigingsbrieven ... 232
I.VI.C.1.b.2.a) Als *confirming bank*: ... 232
I.VI.C.1.b.2.b) Als *advising bank*: ... 233
I.VI.C.1.b.3° *Back-to-back-credit* ... 233
I.VI.C.1.c. Kredietkaarten ... 233
I.VI.C.1.d. Creditering van een rekening, door overschrijving van giraal geld (giro) of anderszins ... 235
I.VI.C.1.d.1° Gebruikte technieken ... 235
I.VI.C.1.d.1.a) Overschrijving: kwalificatie - verhouding bank-begunstigde – aard van die verbintenis ... 236
I.VI.C.1.d.1.b) Overschrijving: gevolgen voor de verhouding opdrachtgever-gedelegeerde ... 238
I.VI.C.1.d.1.c) Overschrijving: verhouding opdrachtgever-begunstigde ... 239

I.VI.C.1.d.2° Betalings- en/of zekerheidsfunctie ... 239
I.VI.C.1.e. Andere betaalmiddelen ... 239
I.VI.C.2. Garanties met nadruk op de zekerheidsfunctie ... 240
I.VI.C.2.a. Afroepgaranties (garanties op eerste verzoek) ... 240
I.VI.C.2.a.1° Benaming ... 240
I.VI.C.2.a.2° Harmonisatie ... 240
I.VI.C.2.a.3° Voorwerp of doelstelling ... 241
I.VI.C.2.a.4° Modaliteiten ... 242
I.VI.C.2.a.4.a) Algemeen (directe garanties) ... 242
I.VI.C.2.a.4.b) Indirecte of complexe garanties ... 242
I.VI.C.2.b. Aval ... 243
I.VI.C.2.c. Andere ... 243
I.VI AFDELING D. Rechtsgevolgen ... *244*
I.VI.D.1. Gevolgen tussen garant/gedelegeerde en delegataris (begunstigde). ... 244
I.VI.D.1.a. Onafhankelijk van de dekkingsverhouding (abstractie) ... 244
I.VI.D.1.b. Onafhankelijk van de valutaverhouding ... 245
I.VI.D.1.b.1° Bij materiële onafhankelijkheid ... 245
I.VI.D.1.b.2° Bij louter formele onafhankelijkheid: de borgtocht op eerste verzoek ... 246
I.VI.D.1.c. Geen hoofdelijkheid tussen de gedelegeerde en de delegant ... 246
I.VI.D.1.d. Voorwaarden waaraan de verbintenis wel onderworpen is; uitzonderlijk doorbreken van onafhankelijkheid t.a.v. valutaverhouding ... 246
I.VI.D.1.d.1° Uitdrukkelijke beperkingen aan of voorwaarden voor de garantie (garantieformalisme) of het instrument, inbegrepen beperkingen in tijd ... 246
I.VI.D.1.d.1.a) Garantievoorwaarden ... 247
I.VI.D.1.d.1.b) Hoedanigheid afroeper ... 248
I.VI.D.1.d.1.c) Onherroepelijkheid: termijn (geldigheidsduur) ... 248
I.VI.D.1.d.1.c.i. Bepaalde duur ... 248
I.VI.D.1.d.1.c.ii. Onbepaalde duur ... 249
I.VI.D.1.d.1.d) Uitzonderingen in de garantie ... 250
I.VI.D.1.d.2° Exceptie van misbruik door de begunstigde ... 250
I.VI.D.1.d.2.a) Vereisten ... 250
I.VI.D.1.d.2.b) Gevolgen van misbruik ... 252
I.VI.D.1.d.3° Extensieve uitleg van verplichting bij misbruik (van weigering) door de opdrachtgever ?252
I.VI.D.1.d.4° Gemeenrechtelijke wijzen van tenietgaan van de verbintenis van de gedelegeerde ... 253
I.VI.D.1.e. Werkwijze waartoe partijen gehouden zijn (procedure) ... 253
I.VI.D.1.f. Niet-accessoir karakter; (niet-)overdraagbaarheid ... 254
I.VI.D.1.g. Gevolgen van onverschuldigde betaling ... 255
I.VI.D.2. Weerslag op de verplichtingen van de delegant jegens partijen ... 255
I.VI.D.3. Gevolgen in de interne verhouding tussen delegant en gedelegeerde (dekkingsverhouding) ... 257
I.VI.D.3.a. Algemeen ... 257
I.VI.D.3.b. Voor de betaling ... 257
I.VI.D.3.c. Na de betaling ... 258
I.VI.D.3.c.1° *Credendi causa*: regres versterkt met subrogatie ... 258
I.VI.D.3.c.2° *Solvendi* of *donandi causa* ... 259
I.VI.D.4. Gevolgen in de valutaverhouding tussen de delegant (oorspronkelijke schuldenaar) en de begunstigde (delegataris) ... 259
I.VI.D.4.a. Voor de betaling ... 259
I.VI.D.4.a.1° Voor schuldvorderingen van de delegataris jegens de delegant ... 259
I.VI.D.4.a.2° Voor schuldvorderingen van de opdrachtgever jegens de delegataris/begunstigde ... 260
I.VI.D.4.b. Na de betaling ... 260
HOOFDSTUK I.VII. DERDENBEDINGEN ... 262
HOOFDSTUK I.VIII. PATRONAATSVERKLARINGEN (COMFORT LETTERS) ... 263