

**945.** ART. 2005 B.W.: GEEN EINDE MANDAAT ZELFSTANDIGE BANKAGENT WANNEER GEEN KENNISGEVING AAN DE KLANT. — Een zelfstandige agent, gemandateerd door Ippa-bank, heeft een tiercé-kantoor als cliënt. Wekelijks plaatst het tiercé-kantoor zijn inkomsten op een bankrekening. Wanneer Ippa-bank het mandaat van de agent beëindigt en het agentschap wordt opgedoekt, wordt het cliënteel overgedragen aan een agentschap in een naburige gemeente. De agent meldt aan de bewuste cliënt dat hij zijn vorige beroep herneemt, maar dat hij blijft samenwerken met de nieuwe agent. De verrichtingen gaan dan ook door zoals tevoren. Na verloop van tijd ontvangt de agent bedragen die hij niet op de bankrekening plaatst en hij overhandigt ontvangstbewijzen die niet de hoofding van Ippa-bank dragen maar uit een eenvoudig boekje komen, te koop bij de drukker. De agent blijkt achteraf meerdere personen bedrogen te hebben en wordt strafrechtelijk veroordeeld. Het tiercé-kantoor spreekt Ippa-bank aan in terugbetaling van de verduisterde gelden. Artikel 2005 B.W. bepaalt dat de herroeping waarvan alleen aan de lasthebber is kennisgegeven, niet kan worden tegengeworpen aan derden, die daarvan onkundig zijnde, met hem gehandeld hebben, onverminderd het verhaal van de lastgever op de lasthebber. De rechtbank verwijt dan ook aan de bankinstelling de beëindiging van het mandaat niet individueel ter kennis gebracht te hebben aan derden die mogelijks in relatie zouden treden of blijven met de lasthebber. Bij gebreke aan een dergelijke kennisgeving, blijft de lastgever gebonden door de handelingen die door derden te goeder trouw gesteld worden. *In casu* mocht de gedupeerde cliënt er inderdaad op voortgaan dat de agent nog steeds handelde in naam en voor rekening van Ippa-bank. De elementen aangebracht door de bankinstelling worden niet weerhouden: wegnemen van de uithangborden van Ippa-bank, terugnemen van documenten en boekjes, vervalste kwijtingen, gebruik van ontvangstbewijzen op gewone boekjes ...(1643).

#### TITEL VIII

### BORGTOCHT EN GARANTIE OP EERSTE VERZOEK

#### HOOFDSTUK I

#### BORGTOCHT(1644)

**946.** ALGEMEEN. — Vermeldenswaard is de uitstekende monografie die in 1999 in de *A.P.R.*-reeks verscheen als *verbo Borgtocht* van de hand van Van Quickenborne(1645).

---

(1643) [Bergen 16 december 1996](#), *D.C.C.R.* 1997, 167, noot J. DUCART en *T.B.H.* 1997, 800, noot.

(1644) De administratieve borgtocht (communautair) vervoer laten wij onbesproken.

(1645) M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* in *A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 518 p.



**947.** CONSENSUELE OVEREENKOMST. — Het Hof van beroep te Bergen herinnerde er in de onderzochte periode aan dat de borgtocht een consensueel contract is dat aan geen enkele vormvereiste onderworpen is(1646). Ook de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel bevestigde het consensueel karakter van het contract van borgtocht(1647).

**948.** BORGTOCHT OP EERSTE VERZOEK. — In de onderzochte periode moest de Rechtbank van koophandel te Charleroi zich uitspreken over de vraag of door de Crédit Lyonnais Belgium en de toenmalige Generale Bank uitgeschreven documenten, borgtochten dan wel bankgaranties op eerste verzoek uitmaakten. De feiten waren de volgende. Een aantal aannemingsbedrijven gingen bij overeenkomst van 12 september 1978 een tijdelijke vennootschap(1648) aan, teneinde mee te dingen in een openbare aanbesteding voor de bouw van de scheepsliften van Strépy-Thieu, contract dat de partners van de tijdelijke vennootschap uiteindelijk ook binnensleepten. Op het ogenblik van het vonnis waren de werken aan de scheepsliften nog steeds aan de gang. Middels een tweede „avenant” aan het contract van tijdelijke vennootschap, werd tussen de onderscheiden partners overeengekomen dat elke vennoot ten voordele van de anderen en tot zekerheid van de nakoming van diens verbintenissen opgenomen in het kader van het aanbestedingscontract, de hoofdelijke en ondeelbare borgtocht van een door de Belgische Staat erkende financiële instelling zou bekomen. De N.V. A.B.T. bekwam zowel van de Generale Bank als van de Crédit Lyonnais de betreffende zekerheidsstelling. Beide banken stelden zich bij brief op onherroepelijke en onvoorwaardelijke wijze borg voor de verbintenissen die A.B.T. had opgenomen in het kadercontract afgesloten met de Belgische Staat. Nadat de banken afstand hadden gedaan van zowel het voorrecht van schuldsplitsing als dat van uitwinning, werd er gestipuleerd dat de „huidige garantie, uitvoerbaar ten dele of geheel bij eerste afroep door de andere vennoten door middel van een aangetekend schrijven ondertekend door alle begunstigden van huidige garantiebrief, zal verminderd worden met ... Ze zal een einde nemen bij de definitieve oplevering van het geheel van de aanneming die het voorwerp uitmaakt van de kaderovereenkomst. Elk beroep op de garantie zal moeten geschieden bij aangetekend schrijven en dit ten laatste 30 dagen ná de datum waarop deze garantie verstrijkt”.

(1646) [Bergen 13 december 1996](#), *J.L.M.B.* 1997, 1201 en *J.T.* 1997, 410. De lezer zal beide vindplaatsen moeten consulteren om de volledige tekst van het arrest te kennen.

(1647) Rb. Brussel 28 april 1995, *J.L.M.B.* 1997, 1219.

(1648) Ten tijde van de besproken uitspraak was de wettelijke term nog tijdelijke „vereniging” (*association momentanée*), hoewel de rechtsleer het er al jaren over eens was dat de tijdelijke vereniging een vennootschap uitmaakte. Deze anomalie werd pas naar aanleiding van de redactie van het Wetboek van Vennootschappen (*B.S.* 6 augustus 1999, 29440) eindelijk weggewerkt, waarbij de tijdelijke vereniging omgedoopt werd tot tijdelijke *vennootschap* (*société momentanée*).

Op 25 februari 1992 werd A.B.T. failliet verklaard. Bij schrijven van 11 september 1995 richtten de overige vennoten van de tijdelijke vennootschap een schriftelijk verzoek aan beide banken tot betaling van respectievelijk om en bij de 128 en 134 miljoen frank, en dit in uitvoering van wat deze vennootschappen noemden een „garantie op eerste verzoek”. Waar de Credit Lyonnais weigerde uit te betalen (het betrof volgens deze bank een borgstelling en geen garantie op eerste verzoek), betaalde de Generale Bank wél uit, zij het onder de voorwaarde van het voorleggen van de schriftelijke bewijzen en cijfers die de eis ondersteunden, en eveneens op voorwaarde dat haar, mocht het beroep op de borgtocht excessief blijken te zijn, de betaalde gelden voor een stuk of voor het geheel zouden teruggestort worden(1649). De vennoten van de tijdelijke vennootschap dagvaardden daarop de Crédit Lyonnais bij exploit van 24 oktober 1995, teneinde betaling te bekomen. Op 15 oktober 1996 kwam de Generale Bank vrijwillig in het geding tussen en vorderde zij de terugbetaling van het volledige door haar eerder uitbetaalde bedrag (later zou de bank de vennoten van de feitelijke vennootschap zelf dagvaarden, nu deze de ontvankelijkheid van het verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst in vraag stelden). In rechte verdedigden de banken dat de door hen aangegane verbintenissen *borgtochten* betroffen. De vennoten van de tijdelijke vennootschap daarentegen hielden voor dat het om *garanties op eerste verzoek* handelde. Nadat de rechtbank met verwijzing naar art. 2011 B.W. aan het accessoir karakter van de borgtocht heeft herinnerd en nadat zij heeft vastgesteld dat in tegenstelling tot de borgtocht de garantie formeel losstaat van de gegarandeerde schuld, stelt de rechtbank vast dat de bewoordingen gebruikt in de onderscheiden akten problemen geven, nu referenties aan het contract van borgtocht samen gebruikt worden met termen die dikwijls gebruikt worden om een autonome garantie te kwalificeren. Met toepassing van art. 1156 B.W., gaat de rechtbank dan ook op zoek naar *de werkelijke gemeenschappelijke wil van de partijen*, en dit op basis van de intrinsieke en extrinsieke elementen van de overeenkomst(en). Een determinerend element om uit te maken of men in voorliggend geval met een borgtocht dan wel met een autonome garantie te doen heeft, is de vermelding „op eerste verzoek”. De rechtbank sluit zich evenwel aan bij de rechtsleer die voorhoudt dat de vermelding „op eerste verzoek” in geen geval beslissend is om uit te maken of men al dan niet te doen heeft met een autonome garantie: enkel de uitdrukkelijke afstand van het inroepen van elke betwisting om welke reden dan ook, is beslissend. In deze gedachtengang is de vermelding „op eerste verzoek” verzoenbaar met de borgtocht. Vervolgens onderzoekt de rechtbank dan ook of in de akte geen clausules zijn opgenomen die kunnen doen besluiten tot een accessoire zekerheid (een borgtocht dus). De rechtbank beantwoordt deze vraag op basis van een tekstargument positief, waaruit zij concludeert dat men derhalve moeilijk uit de term

---

(1649) De lezer zal opgemerkt hebben dat „garantie” en „borgtocht” door elkaar gebruikt worden. Het betreft evenwel een weergave van de feiten zoals die zich hebben voorgedaan en dus de terminologie zoals door de protagonisten van het verhaal gebruikt.



„[uitvoerbaar] op eerste verzoek” het bestaan van een autonome garantie kan afleiden. Met verwijzing naar Van Ryn en Heenen en Meinertzhagen-Limpens benadrukt de rechter nogmaals dat de vermelding van de term „op eerste verzoek” niet uitsluit dat de zekerheid een borgtocht is (de borg kan zich immers engageren onmiddellijk te betalen onder voorbehoud van het daarna betwisten van het bestaan of de opeisbaarheid van de gegarandeerde schuld. Met andere woorden, de term „op eerste verzoek” heeft enkel tot doel de bewijslast om te keren (het bewijsrisico te verleggen), zonder dat de verbintenis van de borg wordt losgekoppeld van zijn oorzaak (de gewaarborgde schuldverhouding)(1650)). De rechtbank voelt zich verder gesterkt in haar oordeel door het feit dat de Generale Bank enkel betaalde onder uitdrukkelijk voorbehoud van verantwoording en verifiëring van de gevorderde bedragen, door de tekst van het vennootschapscontract en haar „avenanten” en door het feit dat de brieven waarin de banken zich verbinden *expressis verbis* verwijzen naar het vennootschapscontract. Ook het feit dat de banken in de brieven stellen dat zij zich „onherroepelijk en onvoorwaardelijk solidair borg stellen” doet hieraan niets af nu dit, volgens de rechtbank, slaat op het zich borg stellen zelf en niet op de betalingsverplichting(1651). De borgtocht op eerste verzoek kwam ook voor de (dienstdoend) Voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Antwerpen ter sprake. Deze moest zich uitspreken over een overeenkomst die de partijen als „akte van borgtocht” hadden betiteld, en waarin meerdere malen werd gestipuleerd dat de toenmalige Paribas Bank zich „(hoofdelijk) borg” stelde, en dit voor alle hoofdsommen die de hoofdschuldenaar „verschuldigd is of kan worden in de toekomst”. Tevens werd echter bepaald dat de bank *op eerste verzoek moest betalen*. De Voorzitter leidt uit de libellering dat de hoofdsommen „verschuldigd zijn of kunnen worden in de toekomst” af dat de bedragen opeisbaar zijn ten opzichte van de borg eens dat het „verschuldigd blijven” in hoofde van de schuldenaar vaststaat. Met andere woorden: eens dat de hoofdschuld vaststaat, zal de borg op eerste verzoek moeten betalen. De Voorzitter concludeert dan ook tot het bestaan van een borgtocht en niet tot een abstracte garantie(1652).

Ook het Hof van beroep te Antwerpen besloot tot de principiële geldigheid van de borgtocht op eerste verzoek. De Banco Ambrosiano had op vraag van

---

(1650) Zie over de borgtocht op eerste verzoek in het algemeen en over de merites van de besproken theorie in het bijzonder: E. DIRIX, „Borgtocht. Recente ontwikkelingen”, verschenen in E. DIRIX, e.a., *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden. Actualia*, in *Comm. Voorr.*, Grondige studies 3, Antwerpen, Kluwer, 1997, p. 12-16, nrs. 14-17; J.F. ROMAIN, „Principes d’interprétation et de qualification des garanties indépendantes”, *T.B.B.R.* 1989, 429 e.v.; S. STIJNS, „Borgtocht communautaire goederenvervoer” in *De bank en de zee* (Cahiers AEDBF/EVBFR), Brussel, Bruylant, 1998, 65 e.v. en R. VAN RANSBEECK, „De borgtocht op eerste verzoek. Een geldige rechtsfiguur?”, *T.B.B.R.* 1998, 173 e.v.

(1651) *Kh. Charleroi* 23 april 1997, *J.L.M.B.* 1998, 1073.

(1652) *Kort Ged. Kh. Antwerpen* 8 december 1995, *T. Not.* 1997, 280, noot F. BOUCKAERT. In de noot bespreekt Bouckaert de garantie op eerste verzoek bij internationale koopovereenkomsten alsook, kort, de beschikking zelf.



de toenmalige Kredietbank ten gunste van de Italiaanse douane een borgstelling op eerste verzoek uitgeschreven tot zekerheid van de naleving door de P.V.B.A. E. (de opdrachtgever) van diens douaneverplichtingen. De Italiaanse douane deed een beroep op de borgstelling. Niettegenstaande het herhaalde schriftelijke verzet van de opdrachtgever tegen de betaling in het kader van de borgstelling, onder andere om reden dat de documenten waarmee de goederen frauduleus in Italië waren opgedoken en waarop de douane zich baseerde vals waren en de P.V.B.A. E. valselijk als aangever van de goederen werd bestempeld, betaalde de bank toch in uitvoering van de borgstelling. Het Hof oordeelt dat daar waar de bank zich op het abstracte karakter van de borgstelling beroept om de betaling te verantwoorden, deze het essentieel bijkomend karakter van de borgstelling miskent, in de beperkte zin dat de verbintenis van de abstract verbonden borg juridisch niet losgemaakt kan worden van een formeel doch desalniettemin reëel blijkende tot stand gekomen hoofdverbintenis tussen de hoofdeiser (de douane) en de hoofdschuldenaar (E.). Nu vaststaat dat de vermelding van de identiteit van E. in de documenten vals was en de Italiaanse autoriteiten hiervan kennis hadden en moesten hebben, was (of kon) E. niet de schuldenaar van de Italiaanse douaneautoriteiten zijn voor de lastens zijn abstracte borg gevorderde douanerechten en belastingen. Het Hof oordeelt bovendien dat er geen excepties worden opgeworpen nopens welkdanige gebreken ook die de hoofdschuld vertoont doch dat wel vaststaat dat E. volkomen vreemd is en vreemd is gebleven aan de –frauduleuze- invoer van de goederen in Italië. De bank, ook al verleende zij een abstracte borgstelling, is niet gehouden een onbestaande hoofdverbintenis te waarborgen. De bank zou, nog volgens het Hof, vergeefs gewag maken te goeder trouw te hebben gehandeld als abstracte borg bij de betaling, nu E. zich bij herhaling formeel verzet heeft tegen de uitbetaling. De bank heeft dan ook door te betalen, ongeacht de reden, het risico genomen onterechte verbintenissen te hebben uitgevoerd, waartoe zij in de gegeven omstandigheden niet gehouden was(1653).

**949. BORGTOCHT VERSUS GARANTIE (OP EERSTE VERZOEK)(1654)** — In het reeds eerder geciteerde vonnis van de Rechtbank van koophandel te Charle-

---

(1653) [Antwerpen 28 november 1995](#), *R.W.* 1996-97, 359, noot. In de bibliografische noot wordt de lezer doorverwezen naar de bijdrage van E. DIRIX, „Variaties op de borgtocht”, *R.W.* 1995-96, 322-324.

(1654) Het arrest van het Hof van Cassatie van 16 december 1994 ([Cass. 16 december 1994](#), *A.C.* 1994, 1221; *Pas.* 1994, I, 1110 en *R.W.* 1995-96, 322, noot E. DIRIX) werd reeds in het vorige overzicht besproken (zie: J.H. HERBOTS, C. PAUWELS en E. DEGROOTE, „Overzicht van rechtspraak bijzondere overeenkomsten (1988-1994)”, *T.P.R.* 1997, p. 1216, nr. 886). Wij willen er de lezer evenwel op wijzen dat dit arrest in de onderzochte periode ook in de *J.L.M.B.* (*J.L.M.B.* 1995, 998) alsook in de *J.T.* (*J.T.* 1996 (verkort), 853, noot P. GEORTAY (de noot handelt over het accessoir karakter van de borgstelling en over het verschil tussen de borgstelling en de autonome garantie)) verscheen. Voor Van Ransbeeck was het betreffende cassatiearrest de aanleiding om een artikel te schrijven over de (on-)geldigheid van de borgtocht op eerste verzoek (R. VAN RANSBEECK, „De borgtocht op eerste verzoek. Een geldige rechtsfiguur?”, *T.B.B.R.* 1998, 173 e.v.).



roi(1655) stelt de rechtbank, nadat zij met verwijzing naar art. 2011 B.W. aan het accessoir karakter van de borgtocht heeft herinnerd en nadat zij heeft vastgesteld dat in tegenstelling tot de borgtocht de garantie formeel losstaat van de gegarandeerde schuld, vast dat de bewoordingen gebruikt in de onderscheiden door de banken onderschreven akten problemen geven, nu referenties aan het contract van borgtocht gekoppeld, samen gebruikt worden met termen die dikwijls gehanteerd worden om een autonome garantie te kwalificeren. Met toepassing van art. 1156 B.W. gaat de rechtbank dan ook op zoek naar de werkelijke gemeenschappelijke wil van de partijen, en dit op basis van de intrinsieke en extrinsieke elementen van de overeenkomst(en). Een determinerend element om uit te maken of men in voorliggend geval met een borgtocht dan wel met een autonome garantie te doen heeft is de vermelding „op eerste verzoek”. De rechtbank sluit zich evenwel aan bij de rechtsleer die voorhoudt dat de vermelding „op eerste verzoek” in geen geval beslissend is om uit te maken of men al dan niet te doen heeft met een autonome garantie: enkel de uitdrukkelijke afstand van het inroepen van elke betwisting om welke reden dan ook is beslissend.

De N.V. Citroën Benelux contracteerde met de N.V. Génie & Bâtiments teneinde de grote werkzaamheden en de afwerkingswerken aan haar filialen in Drogenbos en Evere te verzorgen, dit voor respectievelijk de sommen van 157 en 135 miljoen frank. Voor beide werven schreef de toenmalige Generale Bank een garantie uit voor de goede uitvoering van de verbintenissen van de aannemer. In de aannemingscontracten was gestipuleerd dat de bouwheer in geval van faillissement van de aannemer de overeenkomst mocht ontbinden. In art. 7.3 werd bepaald dat in geval van ontbinding van de overeenkomst aan de bouwheer „van rechtswege” de totaliteit van de bedragen van de garanties/borgstellingen toekwam ten titel van forfaitaire schadevergoeding. De N.V. Génie & Bâtiments ging daadwerkelijk failliet en Citroën ontbond de overeenkomst en vorderde de betaling van de garantie- dan wel borgstellingssommen. Nu de curator weigerde zijn akkoord te verlenen met de honorering door de Generale Bank van haar betalingsverbintenis, wendde Citroën zich tot de rechtbank. Vooreerst gaat de rechtbank na welke kwalificatie aan de garanties moet gegeven worden. Niettegenstaande het feit dat de bank in haar geschriften zelf verklaart dat zij vreemd is aan de overeenkomsten tussen de (andere) partijen gesloten, komt de rechtbank tot het besluit dat de „garanties” weldegelijk borgstellingen betreffen en geen autonome garanties. De rechter steunt op het feit dat uitdrukkelijk gestipuleerd werd dat de bank slechts gehouden was tot betaling voor zover ofwel het schriftelijke akkoord van de opdrachtgever (de aannemer) werd voorgelegd, ofwel een in kracht van gewijsde gegane of uitvoerbaar bij voorraad verklaarde rechterlijke beslissing. Uit deze libellering volgt, aldus de rechtbank, dat de bank zich ten aanzien van Citroën verbonden heeft voor zover de hoofdschuldenaar niet voldoet aan diens verplichtingen. Het ver-

---

(1655) Kh. Charleroi 23 april 1997, *J.L.M.B.* 1998, 1073.



weer van de curator dat erin bestond dat hij heeft aangeboden de uitvoering van het contract verder te zetten door cessie van het aannemingscontract aan een ander aannemingsbedrijf, om zijn akkoord niet te moeten geven en, ondergeschikt, dat gelet op het feit dat de werf te Evere afgewerkt was, de schade ingevolge de niet-naleving van de verbintenissen hoogstens 300.000 frank betrof, wordt door de rechtbank afgewezen gelet op voormeld art. 7.3 van het contract(1656).

**950.** BORGTOCHT EN LENING. — Op 13 augustus 1990 leende Argenta Spaarbank een bedrag van 400.000 frank uit, terugbetaalbaar in 48 mensualiteiten. Onder de rubriek „ontleners” tekenden de heer Barlet, mevrouw Cornet en de heer Brigode, de verweerder. Bij een betalingsachterstal van tien maanden werd Brigode door de bank voor de eerste keer ingebreke gesteld om de sommen verschuldigd in het kader van de leningsovereenkomst terug te betalen. De Vrederechter van Jumet stelt desbetreffend dat mocht de bank de heer Brigode als ontlener hebben beschouwd, zij deze zou hebben gevraagd om onmiddellijk de vervallen en niet-betaalde mensualiteiten te betalen, *quod non*. Tesamen met de feitelijke vaststelling dat de bank als handelaar nooit de inhoud van een brief van Brigode, waarin deze zijn hoedanigheid van ontlener ontkende en de omstandigheden schetste die hem ertoe hadden geleid zich borg te stellen, tegengesproken heeft, komt de vrederechter tot de conclusie dat, in tegenstelling tot de bewoordingen van het contract, de bank zelf ervan uitging dat de heer Brigode borg was en geen (mede-)ontlener(1657).

**951.** BURGERLIJK OF COMMERCIEEL KARAKTER: GEVOLGEN. — Teneinde de materieel bevoegde rechtbank te kunnen bepalen, moest de arrondissementsrechtbank te Gent zich uitspreken over het al dan niet handelskarakter van een borgstelling. De rechtbank stelt eerst vast dat afwijkend van de logische gevolgtrekking dat de borgtocht als bijkomende overeenkomst haar burgerlijk of commercieel karakter aan de hoofdovereenkomst ontleent, de borgtocht in beginsel als een louter burgerlijke handeling wordt aangemerkt(1658). De arrondissementsrechtbank geeft vervolgens als criteria om tot het handelskarakter van de borgtocht te besluiten: het feit dat deze gegeven is onder de vorm van een daad die als een objectieve handelsdaad moet worden beschouwd; om buiten elk louter dienstbetoon uit commercieel winstbejag en wegens een rechtstreeks en persoonlijk belang de handel van de hoofdschuldenaar te beschermen; wanneer de borgtocht uitgaat van een

---

(1656) [Kh. Brussel 17 februari 1997](#), *Rev. not. b.* 1998, 268, noot. In de noot wordt gemeld dat hoger beroep tegen het besproken vonnis werd aangetekend.

(1657) [Vred. Jumet 2 december 1996](#), *R.R.D.* 1997, 44 en *T. Vred.* 1998, 382.

(1658) Deze klassieke zienswijze (nopens het essentieel burgerlijk karakter van de borgtocht) wordt betwist. Zie onder meer: A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *R.P.D.B. compl. V*, tw *Cautionnement*, p. 146, nr. 52 en M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in A.P.R.*, 1999, p. 39-40, nrs. 78-80. Bovendien zijn er dissidente stemmen in de rechtsleer die stellen dat de borgschuld wél de aard van de hoofdschuld volgt (zie: M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, 1999, p. 45-46, nrs. 88-90).



handelaar die optreedt in het kader van zijn eigen handelsbedrijvigheid. *In casu* werd naar het oordeel van de rechtbank aan geen van deze criteria voldaan. Tot slot stelt de rechtbank dat de borgen, de ene bestuurder, de andere zonder beroep, geen persoonlijke handel uitbaten, noch objectieve daden van koophandel stellen, noch een ander belang hebben gehad dan het nakomen van de door de hoofdschuldenaar aangegane verbintenissen, zodat de borgtocht een burgerlijk karakter heeft(1659).

De eiser was als verhuurder een handelshuur aangegaan met de B.V.B.A. Three Stars betreffende een autoshowroom. De Belgolaise bank stelde zich borg voor de B.V.B.A. ten belope van een maandelijks bedrag gelijk aan de maandelijks te betalen huur met een plafond vastgesteld op de huur op jaarbasis, teneinde de betaling van de huurgelden door de B.V.B.A. te waarborgen. De verhuurder moest de bank, op straffe van verval, regelmatig op de hoogte houden van de eventuele niet-betaling van de huurgelden. De heer Mukandila verbond zich er op zijn beurt onvoorwaardelijk en onherroepbaar toe om de bank te vergoeden voor elke schade die zij zou lijden of voor elk verlies dat deze zou moeten dragen als gevolg van haar borgstelling voor de huurder. De bank kende de B.V.B.A. Three Stars op 12 september 1990 een krediet op voorschotten in rekening-courant toe, krediet waarvoor Mukandila zich hoofdelijk borg stelde. De verhuurder dagvaardde Three Stars een half jaar later voor de vrederechter tot betaling van achterstallige huurgelden en teneinde de ontbinding van de huurovereenkomst te horen uitspreken. Een week later ging de B.V.B.A. failliet. De curator aanvaardde in het bevoorrecht passief de vordering van de verhuurder ten belope van de achterstallen, vermeerderd met een verbrekingsvergoeding (gelijk aan zes maanden huur) en een forfaitaire som voor de verbruikskosten en de huurschade. De bank diende in het faillissement een schuldvordering in ten belope van een bepaald bedrag (zekere schulden) en ten belope van een eventuele schuld begroot als het maximumbedrag waartoe de bank als borg zou gehouden zijn. De curator nodigde de bank vervolgens uit om, uit hoofde van haar borgstelling, de verhuurder te vergoeden (de schuldvordering zoals ingediend door de verhuurder in het faillissement oversteeg het plafond van de borgstelling niet). Hierop antwoordde de bank dat de voorwaarden om op de borgstelling een beroep te doen niet aanwezig waren. Vervolgens dagvaardde de verhuurder de bank voor de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel. De bank riep vooreerst het voorrecht van uitwinning in. De rechtbank heeft weinig moeite om dit verweer af te wijzen op basis van de overweging, en met verwijzing naar De Page, dat de borg het voorrecht van uitwinning verliest bij faillissement van de hoofdschuldenaar. Deze subsidiaire motivering had volstaan om aldus het verweer van de bank af te wijzen. Het hoofdmotief van de rechtbank is evenwel dat omdat de bancaire verrichtingen van nature handelsdaden zijn, de bancaire borg een

---

(1659) Arrondrb. Gent 3 november 1997, *T. Vred.* 1998, 494.





commerciële verbintenis uitmaakt(1660). De rechtbank vervolgt dat de borgstelling door een handelaar vermoed wordt hoofdelijk te zijn aangegaan, zodat het voorrecht van uitwinning, behoudens andersluidend beding, niet door de borg kan worden ingeroepen(1661).

**952.** DE HOOFDELIJKE BORGTOCHT: NIET MEER VOLLEDIG SUBSIDIAR, WEL ACCESSOIR. — De Rechtbank van eerste aanleg te Verviers kreeg de gelegenheid zich uit te spreken over de gevolgen van de hoofdelijke borgstelling. Verweerders Cravatte en Cloes hadden met de N.V. Fidulease op 9 november 1988 een leasingcontract gesloten met als voorwerp de huurkoop van een Ford Transit. In het voorjaar van 1989 cedeerden deze partijen het betreffende contract aan de N.V. Menuibel en stelden zij zich hoofdelijk en ondeelbaar borg voor de cessionaris. Eind 1989 werden de borgen en de hoofdschuldenaar in gebreke gesteld. Nadat het leasingcontract door Fidulease gecedeerd werd aan de N.V. Fiducure, en nadat deze laatste het contract had opgezegd eind 1991, ging de leasinggever in februari 1994 over tot dagvaarding. De rechtbank overweegt dat niettegenstaande het hoofdelijke karakter van de borgtocht, deze een borgtocht blijft en dus een subsidiair karakter behoudt in die zin dat de schuldeiser de borg maar mag aanspreken bij wanprestatie van de hoofdschuldenaar. Wel verliest de hoofdelijke borg ex art. 2021 B.W. het voorrecht van uitwinning. Aldus komt hij in een analoge situatie als de hoofdelijke schuldenaar terecht, nu hij kan vervolgd worden zoals de hoofdschuldenaar en dit vanaf de niet-betaling bij de opeisbaarheid ervan(1662).

In een zaak voorgelegd aan de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel stelde de verweerster, mevrouw Borret, zich samen met wijlen haar echtgenoot hoofdelijk borg voor de verbintenissen van de B.V.B.A. Plastilux ten aanzien van de N.V. Ciba-Geigy en dit ten belope van een bedrag van 3 miljoen frank. De B.V.B.A. Plastilux, later omgevormd tot de N.V. Inter-Ep werd, in vereffening zijnde, door de Rechtbank van koophandel te Brussel veroordeeld tot het betalen van een bedrag van meer dan 7 miljoen aan Ciba-Geigy (de eiseres). Deze laatste sprak mevrouw Borret (de verweerster) aan uit hoofde van haar borgstelling. Deze beriep zich op art. 2037 B.W. en hield

---

(1660) Zie voor nuances: M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in A.P.R.*, 1999, p. 37, nr. 76.

(1661) Rb. Brussel 28 april 1995, *J.L.M.B.* 1997, 1219.

(1662) [Rb. Verviers 9 augustus 1995](#), *J.L.M.B.* 1996, 1572, noot Cl.P. De gelijkstelling van de hoofdelijke borg met de hoofdelijke schuldenaar gaat niet op. Bij passieve hoofdelijkheid mag de schuldeiser vrij kiezen wie hij in betaling gaat aanspreken van de volledige schuld, zonder eerst de wanprestatie van één van hen te moeten vaststellen. Men bevindt zich daarbij geenszins in de situatie van de (subsidiaire of zelfs hoofdelijke) borgtocht waar de schuldeiser eerst de hoofdschuldenaar aanspreekt alvorens zich te keren tegen de borg. Van schuldplitsing wegens pluraliteit van schuldenaars is hier evenmin sprake. Bovendien heeft de solidaire schuldenaar slechts een verhaal op zijn codebiteurs voor wat zijn deel te boven gaat, terwijl een borg een verhaal heeft voor het geheel (S. STIJNS en A. CUYPERS, „Persoonlijke zekerheden en echtgenoten”, in E. DIRIX, e.a., *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden. Actualia*, in *Comm. Voorr.*, Grondige studies 3, Antwerpen, Kluwer 1997, p. 51, nr. 56; zie ook: M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in A.P.R.*, 1999, p. 210 e.v., nr. 407 e.v.).

voor dat zij ontslagen was ten gevolge van de afwezigheid van een zakelijke zekerheid en meerbepaald van het voorrecht van de onbetaalde verkoper in hoofde van de eiseres, dit wegens de niet-tijdige neerlegging van diens facturen ter griffie. De eiseres wierp hiertegen op dat de verweerster zich niet op art. 2037 B.W. mocht steunen, nu zij ingevolge de hoofdelijke borgtocht hoofdelijke medeschuldenaar was geworden. De rechtbank wijst de argumentatie van de eiseres op dit vlak af en zegt, met verwijzing naar rechtsleer, voor recht dat ondanks het verval van het voorrecht van schuldsplitsing en van het voorrecht van uitwinning, de hoofdelijke borg, die zich niet uitdrukkelijk in de borgstellingsakte als medeschuldenaar van de hoofdverbintenis bestempelde, een subsidiaire positie onderscheiden van de hoofdschuldenaar behoudt(1663). De hoofdelijke borg kan zich aldus wel op art. 2037 B.W. beroepen (behoudens uitdrukkelijke verzaking hieraan)(1664). De Vrederechter van het derde kanton van Luik wees erop dat de hoofdelijke borgtocht een borgtocht blijft en een *accessoir* karakter behoudt, behoudens uiteraard het feit dat de hoofdelijke borg het voorrecht van uitwinning en schuldsplitsing verliest(1665).

**953.** BETALING UIT HOOFDE VAN DE BORGTOCHT FISKAAL AFTREKBAAR? — Het Hof van beroep te Antwerpen bevestigde in de onderzochte periode het blijkbaar gevestigde principe dat om te beoordelen of de persoonlijke borgstelling een bedrijfsmatig karakter heeft, men zich moet plaatsen op het ogenblik van het aangaan van de verbintenis tot borgstelling en niet op het ogenblik van de honorering ervan. *In casu* had de appellant zich borg gesteld voor de verbintenissen van de P.V.B.A. G. in het kader van een hypothecaire kredietopening. De borg betaalde een bedrag van 285.375 frank nadat de vennootschap in kwestie haar activiteiten had gestaakt en ontbonden was en dus de borg geen inkomsten meer betrok uit de vennootschap. De administratie deed gelden dat een door een werkend vennoot gedragen verlies van de vennootschap die ontbonden is, niet mag worden afgetrokken van zijn andere bedrijfsinkomsten. Bovendien zou een vrijwillig door de bestuurder van een vennootschap gegeven persoonlijke waarborg tegen risico's uit een verrichting met zijn bemoeiing door de vennootschap gesloten, geen handeling van beheer zijn en werd derhalve het verlies dat eventueel uit die persoonlijke borgstelling ontstaat niet als een bedrijfslast aangenomen. Het Hof stelt vast dat nu het al dan niet bedrijfsmatig karakter moet beoordeeld worden op het ogenblik van het aangaan van de borgstelling, *in casu* op dat ogenblik de borg werkzaam was als werkend vennoot in de P.V.B.A., hij een leidinggevend persoon was binnen de vennootschap die uit deze inkomsten behaalde én dat er vanuit mag gegaan worden dat de borg zich persoonlijk borg stelde om het voortbestaan

---

(1663) Zie eveneens M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* in *A.P.R.*, 1999, p. 210-212, nrs. 407-410.

(1664) *Rb. Brussel 5 februari 1996*, *Pas.* 1995, III, 70, *T.B.B.R.* 1996 (verkort), 348 en *T.B.B.R.* 1997 (verkort), 120.

(1665) *Vred. Luik (III) 15 december 1995*, *T. Vred.* 1997, 366.



van de vennootschap, waarin hij een bedrijfsactiviteit uitoefende en waaruit hij beroepsinkomsten genoot, te beschermen, moet besloten worden tot het bedrijfsmatig karakter van de borgstelling. Het Hof bevestigt vervolgens nogmaals *expressis verbis* dat het feit dat de betaling tengevolge van de borgstelling slechts plaats had na de stopzetting van de activiteit en dus op het ogenblik dat de borg geen beroepsinkomsten meer genoot uit de vennootschap, geen afbreuk vermag te doen aan het feit dat de door hem geleden verliezen aftrekbaar zijn, aangezien de borgstelling een bedrijfsmatig karakter had op het ogenblik van het aangaan ervan(1666).

Ook het Hof van beroep te Brussel bevestigde, ditmaal in een geval waarin de zaakvoerder van een B.V.B.A. zich borg stelde voor de verbintenissen van de vennootschap voortvloeiend uit een kaskrediet, het principe dat men zich op het ogenblik van het aangaan van de borgstelling moet plaatsen om na te gaan of deze zekerheidsstelling een al dan niet beroepsmatig karakter heeft. De administratie argumenteerde ook hier dat nu de borg had betaald ná het faillissement van de vennootschap, en dus op een moment dat de vennootschap geen activiteit meer uitoefende, de belastingplichtige derhalve geen schuld van de vennootschap op zich had genomen met het oog op het verwerven of het veiligstellen van inkomsten. Het Hof wijst dit af, naar de hogerbeschreven gevestigde rechtspraak dat men zich ter beoordeling van het bedrijfsmatig karakter van de borgstelling en dus van de bedoeling van de belastingplichtige om een inkomen te verwerven of veilig te stellen, moet plaatsen op het ogenblik van het aangaan van de borgstelling. De administratie hield bovendien nog voor dat zelfs indien men zich plaatst op het ogenblik dat de verbintenis werd aangegaan, dan nog *in casu* niet aan de voorwaarden van aftrekbaarheid werd voldaan: meer bepaald werd de belastingplichtige verweten dat hij een lening met de bank had genegocieerd niet op het ogenblik dat hij zich als actieve vennoot geconfronteerd zag met een precaire toestand doch wel op het ogenblik dat hij de vennootschap overnam. Het Hof wijst ook deze argumentatie af, niet alleen wegens gebrek aan bewijs, doch ook omdat de betreffende borgstelling werd aangegaan als *accessorium* bij een kaskrediet. Bovendien stelt het Hof dat de administratie aldus een onderscheid maakt dat niets anders is dan het onderscheid tussen de intentie om inkomsten te verwerven en de intentie om ze te vrijwaren, onderscheid dat zonder pertinentie is(1667).

In de onderzochte periode oordeelde het Hof van beroep te Brussel dat de borgstelling een aftrekbare uitgave kan uitmaken, voor zover de belastingplichtige deze borgstellingsverbintenis heeft onderschreven ten gunste van een vennootschap, teneinde bij deze vennootschap zijn sociaal statuut en zijn inkomsten die hij van deze vennootschap betreft veilig te stellen. Wanneer de vennootschap in kwestie enige jaren na de verstrekking van het krediet voor de terugbetaling waarvan werd borg gesteld wordt failliet verklaard, kan

---

(1666) Antwerpen 9 januari 1995, *F.J.F.* 1995, 230.

(1667) Brussel 10 november 1995, *F.J.F.* 1996, 15.



men niet twijfelen aan het feit dat, rekeninghoudend met de gegevens van de zaak, de borgstelling in hoofde van de belastingplichtige als enig redelijk te verantwoorden doel het hierboven omschreven doel had(1668).

**954.** DE RICHTLIJN 85/577 VAN DE RAAD VAN 20 DECEMBER 1985 EN DE BORGTOCHT. — Het Hof van Justitie sprak zich in de onderzochte periode uit over een prejudiciële vraag van het Bundesgerichtshof of een borgtochtovereenkomst naar Duits recht, gesloten tussen een kredietinstelling en een ter zake niet in de uitoefening van een zelfstandige beroepsactiviteit handelend natuurlijk persoon, tot zekerheid van de voldoening van een schuldvordering van de kredietinstelling op een derde, tot de „overeenkomsten die tussen de handelaar die goederen levert of diensten verricht, en een consument wordt gesloten” behoort (art. 1, lid 1 van de richtlijn 85/577/EG). Het Hof beantwoordt deze vraag negatief. Hoewel de borgstelling in principe wel onder de richtlijn valt, volgt uit de bewoordingen van art. 1 van de richtlijn en uit het accessoire karakter van de borgtocht dat uitsluitend een borgtocht voor de verbintenis die een consument door middel van colportage jegens een handelaar is aangegaan met het oog op de verkrijging van goederen of diensten, onder de richtlijn kan vallen. Aangezien de richtlijn bovendien enkel consumenten beoogt te beschermen, valt een borgtocht alleen onder de richtlijn, indien de borg zich overeenkomstig art. 2, eerste streepje van de richtlijn heeft verbonden voor doeleinden die als niet bedrijfs- of beroepsmatig kunnen worden beschouwd. Art. 2, eerste streepje van de richtlijn moet derhalve zo worden uitgelegd dat een borgtochtovereenkomst, gesloten door een niet bedrijfs- of beroepsmatig handelend natuurlijk persoon, niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, wanneer zekerheid wordt gesteld voor de terugbetaling van een schuld van een ander die wel bedrijfs- of beroepsmatig handelt(1669).

## AFDELING 2

### GELDIGHEIDSVEREISTEN

#### (a) Voorwerp

**955.** ART. 2012 B.W. — Art. 2012, lid 1 B.W. bepaalt dat de borgtocht niet kan bestaan dan voor een geldige verbintenis. Ook desbetreffend moest het Hof van beroep te Bergen zich in haar — reeds eerder geciteerde — arrest(1670)

---

(1668) [Brussel 20 november 1997](#), *F.J.F.* 1998, 423.

(1669) [HvJ. 17 maart 1998](#), *D.C.C.R.* 1998, 250, noot G. STRAETMANS. In zijn noot onder het arrest weidt de annotator uit over het begrip „consument” zoals door het Hof van Justitie ingevuld. De auteur stelt vast dat, in lijn met andere (ook niet gepubliceerde) rechtspraak van het Hof, ook in onderhavig arrest een eng consumentenbegrip wordt gehuldigd, in die zin dat niet zozeer het feit dat de betrokken consument niet beroepsmatig handelt bepalend is, doch wel de vraag of de handeling strekt tot beroeps- of bedrijfsmatige doeleinden. Het Hof objectificeert derhalve het consumentenbegrip, en laat het dus niet afhangen van de subjectieve instelling of positie van de betrokken persoon.

(1670) [Bergen 13 december 1996](#), *J.L.M.B.* 1997, 1201 en *J.T.* 1997, 410.



uitspreken. De bank vorderde in toepassing van een contractsclausule de kosten terug, blootgesteld ingevolge de gedwongen uitvoering van de verbintenissen van de schuldenaar, daarin begrepen de erelonen van de advocaat. Het Hof floot de bank terug overwegende dat nu art. 1023 Ger.W. bepaalt dat voor ongeschreven wordt gehouden ieder beding dat de schuldvordering verhoogt zo deze in rechte wordt geëist en de borgtocht enkel kan bestaan voor een geldige verbintenis (art. 2012, al. 1 B.W.), de borg derhalve niet gehouden kan zijn tot deze kosten.

**956.** ART. 2013 B.W. — Het in de vorige paragraaf aangehaalde aspect van de vordering van de Banque Sud Belge (de terugbetaling van de gemaakte uitvoeringskosten), werd door het Hof van beroep te Bergen eveneens afgewezen omdat de borgtocht niet kan worden aangegaan voor meer dan hetgeen de schuldenaar verschuldigd is, noch onder meer bezwarende omstandigheden (art. 2013, al. 1 B.W.), zodat dit aspect van de vordering van de bank niet kan worden toegekend. Er anders over oordelen zou immers betekenen dat de borg zou gehouden zijn door een boeteclausule die niet van toepassing zou zijn op de hoofdschuldenaar(1671).

**957.** BEPAALBAARHEID VAN DE (TOEKOMSTIGE) SCHULD EN BORGTOCHT VOOR ALLE SOMMEN. — De Banque Sud Belge verleende aan de heer Gérald Hubinon krediet (2.300.000 frank) voor de aanschaf van een plezierboot. Zijn vader en echtgenote stelden zich borg ten belope van 1.000.000 frank in hoofdsom, te vermeerderen met de *accessoria*, te weten de intresten, de commissies en de kosten. Het verweer dat de echtgenote van Hubinon, ene mevrouw Lessire, voerde was voor het Hof van beroep te Bergen de gelegenheid om een hele reeks principes van de borgtocht in herinnering te brengen, die in de loop van dit hoofdstuk nog aan bod zullen komen. Eén van de verweermiddelen van de borg was dat haar verbintenissen, voor zover deze de *accessoria* en dan vooral de intresten betroffen, nietig waren bij gebreke aan bepaalbaar voorwerp. Het Hof wijst erop dat het uit het eigene van het contract van borgtocht volgt dat de intresten waartoe de borgstelling zich uitstrekt, de intresten verschuldigd op de hoofdschuld betreffen. Vervolgens wijst het Hof dit argument van de borg van de hand, gelet op de volgende vaststelling. De kredietbrief preciseerde dat intresten verschuldigd waren ten belope van de interbancaire intrestvoet voor de voorschotten in rekening-courant meer 1,5% en dat de conventionele intrest op datum van de kredietopening 16,75% bedroeg. Ook het Algemeen Reglement der Kredieten bevatte verschillende bepalingen omtrent de *accessoria* en meer bepaald de intresten. Het is, aldus het Hof, niet vereist dat opdat de verbintenis(sen) van de borg bepaalbaar zouden zijn, de borgstellingsakte de clausules en voorwaarden van de overeenkomst tussen schuldeiser en hoofdschuldenaar bevat. De enkele verwijzing ernaar volstaat. Mevrouw Lessire betoogde

---

(1671) [Bergen 13 december 1996](#), *J.L.M.B.* 1997, 1201 en *J.T.* 1997, 410.



eveneens dat de clause in het borgstellingscontract, dat ingeval de schuldvordering van de bank op de hoofdschuldenaar het bedrag van de borgstelling zou overschrijden, elke betaling door de hoofdschuldenaar toegerekend wordt op dat gedeelte van de schuldvordering dat niet gedekt is door de borgtocht, tot gevolg heeft dat het voorwerp van de borgstelling onbepaalbaar is, waarbij blijkbaar de bank een schending van art. 1129 en 1288 B.W. verweten werd. Ook deze stelling wordt door het Hof van tafel geveegd: van een schending van art. 1129 B.W.(1672) of van art. 1288 B.W.(1673) is geen sprake(1674).

Zoals men weet kan de borgtocht een toekomstige schuld waarborgen op voorwaarde dat deze toekomstige schuld bepaalbaar is op het ogenblik van het sluiten van de borgstellingsovereenkomst(1675). Het Hof van beroep te Bergen diende dit in herinnering te brengen. Het Hof oordeelt dat de schuld in het haar voorgelegde geval ongetwijfeld bepaalbaar is, nu niet alleen was gestipuleerd dat de borgstelling diende tot zekerheid van de terugbetaling van „... *toutes sommes qui sont ou seront dues ... de quelque chef et à quelque titre que se soit [en] ... quelles que puissent être les modifications que la banque et le débiteur pourraient apporter après la signature ...*”, maar ook werd gepreciseerd dat het handelde om schulden die ontstaan uit de zakenrelatie tussen de bank en de vennootschap waarvoor borg werd gesteld(1676).

De Vrederechter van Beauraing oordeelt dat de schuld voldoende bepaalbaar is wanneer wordt gestipuleerd dat de borgstelling slaat op alle eventuele schulden van de hoofdschuldenaar die resulteren uit een contract van handelshuur. De vrederechter sluit zich aan bij de meerderheidsrechtspraak die stelt dat een plafond bij de borgtocht „voor alle sommen” niet vereist is(1677).

Het Hof van beroep te Antwerpen moest zich uitspreken over de draagwijdte van een borgstellingsovereenkomst, waarin de borggen verklaarden zich solidair en ondeelbaar borg te stellen voor de terugbetaling van „leningen en betaling facturen op de P.V.B.A. J.”. De appellanten hielden voor dat de

---

(1672) Dit wetsartikel luidt in zijn eerste lid: „De verbintenis moet tot voorwerp hebben een zaak die ten minste ten aanzien van haar soort bepaald is”.

(1673) Dit wetsartikel luidt: „Hetgeen de schuldeiser ontvangen heeft van een borg, om deze van zijn borgstelling te ontslaan, moet in mindering gebracht worden van de schuld en moet strekken tot ontlasting van de hoofdschuldenaar en van de overige borggen”.

(1674) [Bergen 13 december 1996](#), *J.L.M.B.* 1997, 1201 en *J.T.* 1997, 410. De lezer zal beide vindplaatsen moeten consulteren om de volledige tekst van het arrest te kennen.

(1675) Zie ook J.H. HERBOTS en C. PAUWELS, „Bijzondere overeenkomsten (1982-1987)”, *T.P.R.* 1989, p. 1208-1209, nrs. 876-877.

(1676) [Bergen 7 maart 1994](#), *J.L.M.B.* 1996, 1201, *R.R.D.* 1995, 180 en *T.B.H.* 1995 (verkort), 1043, noot J. BUYLE en X. THUNIS. De lezer wordt erop gewezen dat de passages met betrekking tot de geldigheid van de borgtocht en het karakter van de borgtocht voor alle sommen werden weggelaten in de weergave in het *T.B.H.*

(1677) [Vred. Beauraing 18 november 1997](#), *Act. jur. baux* 1998, 54. Over de borgtocht „voor alle sommen”, zie: E. DIRIX, „Borgtocht. Recente ontwikkelingen”, in E. DIRIX, e.a., *Borgtocht en garantie*, 1997, p. 18-21, nrs. 21-23.



borgstelling ook sloeg op toekomstige (dit is na datum van ondertekening van de borgstellingsakte) leningen en op toekomstig uit te schrijven facturen. Het Hof beaamt dat geenszins vereist is dat de schulden waarvoor borg gesteld wordt reeds zouden bestaan op het ogenblik van de borgstelling en het zonder meer mogelijk is zich borg te stellen voor toekomstige schulden en dus zonder dat de omvang van de hoofdschuld reeds gekend moet zijn. De overeenkomst moet evenwel de hoofdschuld voldoende nauwkeurig aanduiden(1678).

**958.** POTESTATIEVE VOORWAARDE. — In een geval waarin de kredietbrief bepaalde dat intresten waren verschuldigd ten belope van de interbancaire intrestvoet voor de voorschotten in rekening-courant meer 1,5% en dat de conventionele intrest op datum van de kredietopening 16,75% bedroeg, wijst het Hof van beroep te Bergen erop dat niets eraan in de weg staat dat partijen in hun overeenkomst voorzien dat één van de partijen de verbintenis van de andere invult, waarbij bedoeld wordt op de clause met betrekking tot de intrestbepaling. Het Hof geeft toe dat weliswaar deze clause aan de bank in zekere mate de mogelijkheid geeft om het voorwerp van de verbintenis van de schuldenaar te bepalen, doch voegt daaraan toe dat dergelijke potestatieve clause, onder voorbehoud van uitvoering te goeder trouw ervan, niet ongeoorloofd is. Enkel de potestatieve voorwaarde die uitgaat van diegene die zich verbindt maakt diens verbintenis nietig(1679).

#### **(b) Wilsovereenstemming**

**959.** WILSGEBREK: DWALING. — Slechts in één geval werd de dwaling als wilsgebrekkend aangenomen en wel in de volgende casus. V. wenste zich in de herfstdagen van haar leven terug te vestigen in haar geboortestreek, meer bepaald in de gemeente Stein. Omdat deze gemeente de inschrijving van V. in de bevolkingsregisters weigerde, nam V. uiteindelijk haar intrek in het O.C.M.W.-rusthuis van Maasmechelen. Het O.C.M.W.(-rusthuis) legde na de opname van V. een borgstellingsakte voor aan geïntimeerde voor de kosten van de opname, en dit voor het geval V. over te weinig inkomsten zou blijken te beschikken. V. genoot een pensioen van 22.000 frank en geïntimeerde was een gepensioneerde mijnwerker met 7 meerderjarige kinderen. Uiteindelijk beliepen de kosten, ná compensatie met de spaargelden van V., 80.683 frank, ter betaling waarvan geïntimeerde werd aangesproken. Deze laatste weigerde te betalen, nu hij naar eigen zeggen gedwaald had bij de ondertekening van de borgstellingsakte. De borgstelling werd immers slechts na de opname ter ondertekening voorgelegd en deze handeling werd door het O.C.M.W. als een loutere formaliteit afgeschilderd. De Rechtbank

---

(1678) [Antwerpen 21 oktober 1996](#), *A.J.T.* 1996-97, 351, noot B. WYLLEMAN. Wylleman stelt in zijn bibliografische noot dat het arrest voor wat betreft de borgstelling voor toekomstige schulden klassieke rechtspraak uitmaakt.

(1679) [Bergen 13 december 1996](#), *J.L.M.B.* 1997, 1201 en *J.T.* 1997, 410. Voor een uitgebreider feitenrelaas, zie *supra* randnr. 957.

van eerste aanleg te Antwerpen gaf de borg gelijk en wees de vordering van het O.C.M.W. af. Het O.C.M.W. liet het hier niet bij en tekende hoger beroep aan. Het Hof van beroep te Antwerpen bevestigt het vonnis *a quo*. Het Hof motiveert dat geïntimeerde naar genoegen van recht aantoonde dat hij dwaalde en dat het onverschoonbaar karakter van de dwaling niet wordt aange-  
toond(1680).

**960.** WILSGEBREK: ONVERSCHOONBARE DWALING. — In de andere in de onderzochte periode gepubliceerde uitspraken, werd het middel van de dwaling telkens afgewezen. Zo was er het geval voorgelegd aan het Hof van beroep te Bergen, waarin de B.B.L. aan de B.V.B.A. Bepie een krediet had toegestaan waarvoor zij de zaakvoerder, diens zoon (die de B.V.B.A. mee beheerde) en diens echtgenote hoofdelijk en ondeelbaar borg liet stellen. Later werd het kredietbedrag gebracht op 4,5 miljoen frank, aan te wenden ten belope van 4.000.000 frank door disconto van handelspapier en ten belope van 500.000 frank kaskrediet. Vanaf het einde van 1984 stond de bank aanzienlijke overschrijdingen van het kaskrediet toe (tot meer dan het zevenvoudige van wat was overeengekomen in de kredietbrief). Begin 1986 legde de B.V.B.A. de bank de balans van 1985 voor, waaruit een exploitatieverlies van vijf miljoen frank bleek. De B.V.B.A. maakte zich echter sterk dat het orderboekje deed verhoppen dat een netto-resultaat van 14 miljoen frank zou kunnen gehaald worden, doch dat bij gebreke aan eigen vermogen zij bijkomende kredieten behoefde. Er werd dan ook een overbruggingskrediet gevraagd ten belope van 7 miljoen frank kaskrediet (tot en met april 1986) en van 10 miljoen frank discontokrediet (wissels) (voor het hele jaar 1986). De bank wou slechts gedeeltelijk verder in zee gaan met haar kredietnemer en stond bij brief van 28 februari 1986 een verhoging van het globaal krediet tot een bedrag van 7 miljoen frank toe, aan te wenden als kaskrediet tot een bedrag van 3 miljoen en het saldo door disconto van handelspapier. Als zekerheden werden bedongen: de hoofdelijke en ondeelbare borgtocht door de zaakvoerder en diens zoon ten belope van 7 miljoen, gesteund door een hypotheek ten belope van 3 miljoen op onroerende goederen van de borgen in Frankrijk en de derdenbegünstiging van de bank ten belope van 3 miljoen voor de verzekeringsuitkeringen in het kader van een polis „bestuurder”. Bij aangetekend schrijven van 6 maart 1986 zegde de bank het krediet op om reden van de constante overbeschikking van het kaskrediet en het feit dat de hypotheek nog steeds niet gesteld was, ondanks eerdere beloften. Op dezelfde dag werden de borgen in gebreke gesteld. Dezelfde dag nog stuurde de kredietnemer een telex om de bank te melden dat haar advocaat gewag maakte van een ernstige kandidaat-investeerder. Op 9 maart 1986 werd het ernstig karakter van de contacten bevestigd. In een telex van twee dagen later meldde de B.V.B.A. de bank dat de opzegging van het krediet vreselijk ongelegen kwam en werd gevraagd om de gevolgen van de opzegging te

---

(1680) [Antwerpen 4 november 1997](#), *T.B.B.R.* 1998 (verkort), 367.





schorsen tot op de dertiende maart. De bank liet beslag op het handelsfonds leggen op 18 maart 1986. Op 20 maart en nog eens op 2 april 1986, werd de bank gemeld dat deze procedure erg schadelijk was voor de onderhandelingsen en werden er afbetalingen voorgesteld. Na op 30 april 1986 bewarend beslag te hebben gelegd in handen van de B.T.W.-administratie en, enige dagen later, een hypothecaire inschrijving te hebben genomen op de onroerende goederen gelegen in Frankrijk, dagvaardde de BBL de borggen. Teneinde aan de gevolgen van de door hen ondertekende borgstelling (borgstelling voor alle sommen) te ontsnappen, lieten de borggen (ondermeer) gelden dat zij hadden gedwaald bij de ondertekening, nu zij er blijkbaar naar eigen zeggen vanuit gegaan waren dat de borgstelling enkel betrekking had op de verbintenissen uit hoofde van het discontokrediet en niet op die uit hoofde van het kaskrediet. Het Hof wijst dit argument stellig van de hand, nu de bewoordingen van de borgstellingsakte klaar en duidelijk, en overigens in hoofdletters, bepalen dat de borgstelling diende tot zekerheid van de terugbetaling van „... *toutes sommes qui sont ou seront dues ... de quelque chef et à quelque titre que se soit [en] ... quelles que puissent être les modifications que la banque et le débiteur pourraient apporter après la signature ...*”, en deze dus niet beperkt was tot het discontokrediet. Ten overvloede stelt het Hof dat mocht er al sprake zijn van dwaling, deze alleszins niet verschoonbaar is, nu de bewoordingen van de overeenkomst duidelijk, precies en niet-verwarringstichtend zijn(1681).

**961.** WILSGEBREKEN: DWALING EN GEWELD. — De N.V. E. kende een lening op afbetaling toe aan C., waarvoor V. en Y. zich solidair borg stelden. V. bleek ten tijde van het afsluiten van de krediet- en borgstellingsovereenkomsten werkzaam te zijn bij de firma L., waar hij C. als ploegbaas boven hem had staan. Een tweetal jaren na het aangaan van de litigieuze borgstelling legde V. klacht neer tegen C. wegens afpersing. Deze laatste zou V. met bedreigingen en geweld verschillende bedragen hebben afhandig gemaakt teneinde aan zijn afbetalingsverplichtingen te kunnen voldoen. Daarbij zou deze misbruik hebben gemaakt van zijn positie op het werk (ploegbaas) en van de intellectuele onwetendheid van V. De Correctionele Rechtbank te Ieper veroordeelde C. ook effectief tot een gevangenisstraf van twee jaar wegens afpersing van een bedrag van 482.000 frank. Geconfronteerd met de dagvaarding tot betaling door de N.V. E., wierp V. op dat zijn toestemming waarmee hij zich verbonden had tot de borgstellingsovereenkomst nietig was, want behept met de wilsgebreken geweld en dwaling. Het beroep op de dwaling als wilsgebrek wordt door de rechter afgewezen. De Vrederechter van Wervik laat gelden dat dit wilsgebrek niet kan ingeroepen worden tegen de N.V. E., omdat dit de relatie C.-V. betreft en voor E. een *res inter alios acta* uitmaakt. Met verwijzing onder andere naar de doctoraatsthesis van

---

(1681) [Bergen 7 maart 1994](#), *J.L.M.B.* 1996, 1201, *R.R.D.* 1995, 180 en *T.B.H.* 1995 (verkort), 1043, noot J. BUYLE en X. THUNIS.



Dirix, voegt de vrederechter daaraan toe dat in die zin de borgtocht een abstract karakter vertoont en, vanuit die optiek, even abstract is te noemen als de garantie. De vrederechter aanvaardt evenwel wél het beroep op geweld als wilsgebrek. De vrederechter leidt uit het straf dossier af dat C. inderdaad supervisor was in de firma L. en V. een laaggeschoold arbeider en dat C. duidelijk op de hoogte was van de beperkte intellectuele capaciteiten van V. nu deze zelf verklaarde dat V. „een simplistisch persoon was die zijn werk niet goed kon doen”. De vrederechter herinnert vervolgens aan het principe dat het enkele bestaan van een verschil in economische machtspositie niet volstaat om tot de aanwending van geweld te kunnen besluiten. Er is slechts bij misbruik van deze machtspositie sprake van geweld, of nog van zodra de machtspositie een hefboom vormt ter verkrijging van abnormale voordelen. Met verwijzing naar Van Gerven stelt de vrederechter dat hij slechts een marginale controle mag uitoefenen, ingevolge de onderscheiding van het criterium „gebruik” van „misbruik”: wie feitelijke macht heeft kan immers reeds niet voorbijgaan aan de belangen van diegenen die aan zijn macht onderworpen zijn. De marginale controle bestaat er dan in te onderzoeken of de uitoefening van de contractvrijheid niet zo verregaand onredelijk is dat een weldenkend mens, in de situatie van de gerechtigde, daartoe niet zal kunnen komen. Daarbij staan twee criteria voorop: de graad van superioriteit en de graad van benadeling of nadeel. De vrederechter stelt vervolgens dat aan deze twee criteria voldaan werd: C. was professioneel en intellectueel superieur aan V. en, van zodra de lening aangegaan was, zette C. V. onder druk om de lening mee af te betalen, het een en ander maakte deel uit van een vooropgezet plan en de borgstelling leverde voor V. geen enkel financieel voordeel op. Tot slot bevestigt de vrederechter het (overigens in de wet ingeschreven(1682)) principe dat de contractant zich op het geweld als gebrek in de toestemming kan beroepen zelfs al werd dit geweld gepleegd door een derde, terwijl de medecontractant geen verwijt treft (1683).

**962.** WILSGEBREKEN: DWALING EN BEDROG. — De borgen verdedigden voor de Rechtbank van koophandel te Hasselt de nietigheid van de borgstelling op grond van dwaling en bedrog. De redenering was dat de kredietovereenkomst tussen de Generale Bank en de hoofdschuldenaar namens deze laatste was ondertekend door mevrouw R., onder vermelding van haar hoedanigheid van zaakvoerster, daar waar twee weken voorafgaand aan het ogenblik van de ondertekening van de kredietovereenkomst aan mevrouw R. ontslag als zaakvoerster was verleend en de heren P. en B. (één van de borgen), als nieuwe zaakvoerders werden aangesteld. De Rechtbank wijst dit verweer af

---

(1682) Zie art. 1111 B.W.: „Geweld, gepleegd tegen hem die de verbintenis heeft aangegaan, is een oorzaak van nietigheid, zelfs al is het gepleegd door een derde, onderscheiden van degene ten voordele van wie de overeenkomst is aangegaan”.

(1683) *Vred. Wervik* 29 april 1997, *R.W.* 1997-98, 723. Hoewel het vonnis het standpunt van V. desbetreffend niet weergeeft en de redenering van de Vrederechter principieel correct is, menen wij dat het theoretisch niet is uitgesloten dat V. zich beroept op dwaling ten aanzien van de N.V. E.

door, enerzijds, vast te stellen dat niet aangetoond wordt dat de beslissing tot ontslag en herbenoeming gepubliceerd werd vóór de ondertekening van de kredietovereenkomst en, anderzijds, dat de verplichtingen voortspruitend uit de kredietovereenkomst zonder voorbehoud werden uitgevoerd door de hoofdschuldenaar. Bovendien merkt de Rechtbank op dat de borggen ten onrechte onwetendheid voorhouden, nu B. in opvolging van mevrouw R. zaakvoerder werd en bij die gelegenheid nooit ten aanzien van de bank enig voorbehoud werd gemaakt nopens de geldigheid van de overeenkomsten(1684).

**963.** WILSGEBREK: (GEKWALIFICEERDE) BENADELING. — In het hogervermelde geval van het overbruggingskrediet was één van de verweermiddelen van de borggen, zich te beroepen op de gekwalificeerde benadeling, doch zonder resultaat. Het Hof stelt vast dat de borggen, die een bedrijf oprichtten dat hoofdzakelijk intellectuele diensten verleende, moeten geacht worden te hebben gelezen en begrepen waartoe zij zich in de borgstelling(en) verbonden. Bovendien moesten ze zich maar hebben laten bijstaan door een jurist of een boekhouder, zo dit nodig zou geweest zijn. Ook moeten zij geacht worden te hebben beseft dat het voortbestaan van het bedrijf, bij afwezigheid van eigen vermogen, krediet behoefde waarvoor zekerheden dienden te worden gesteld. De bank heeft dan ook evident geen misbruik gemaakt van de onwetendheid, de zwakheden, de gevoelens, de onervarenheid of de noden van de borgstellers. Tot slot is er geen sprake van enige wanverhouding tussen de wederzijdse verplichtingen van partijen, nu de borgstelling werd gevraagd tot zekerheid van de door de hoofdschuldenaar verschuldigde sommen (geplafonneerd tot 4.000.000 frank) in het kader van de ganse zakenrelatie (en dus niet beperkt tot het discontokrediet) tussen de bank en de B.V.B.A., zakenrelatie die de borggen perfect konden beheersen en controleren, gelet op hun hoedanigheden van respectievelijk zaakvoerders of vennoten(1685).

**964.** WILSGEBREK: BEDROG. — Op 13 augustus 1990 leende Argenta Spaarbank een bedrag van 400.000 frank uit, terugbetaalbaar in 48 mensualiteiten. Bij een betalingsachterstal van 10 maanden werd de borg door de bank voor de eerste keer in gebreke gesteld om de sommen verschuldigd in het kader van de leningsovereenkomst terug te betalen, waarna werd overgegaan tot dagvaarding. De borg liet gelden dat als hij had geweten dat op het ogenblik dat hij zich borg stelde een andere lening van de heer Barlet (één van de hoofdschuldenaars) was opgezegd wegens de niet-nakoming van diens verbintenissen, hij zich nooit zou borg gesteld hebben en dat de bank door dit

---

(1684) Kh. Hasselt 15 april 1996, *R.W.* 1997-98 (verkort), 998.

(1685) Bergen 7 maart 1994, *J.L.M.B.* 1996, 1201, *R.R.D.* 1995, 180 en *T.B.H.* 1995 (verkort), 1043, noot J. BUYLE en X. THUNIS. Voor het gedetailleerde feitenrelaas, zie *supra* randnr. 960.



willens en wetens te verzwijgen zijn toestemming door bedrog had bekomen. De vrederechter wijst dit verweer af wegens gebrek aan bewijs(1686).

**965.** WILSGEBREK: GEWELD. — De N.V. Hocke Lease, appellante, lease een vrachtwagen aan de heer Spitaels, wiens echtgenote zich hoofdelijk borg stelde voor de verplichtingen voortvloeiend uit het leasingcontract. De leasingmaatschappij sprak de borg aan. Deze liet gelden dat zij op het ogenblik van de ondertekening van de borgstelling het slachtoffer was van fysiek geweld uitgaande van haar echtgenoot, van wie zij op dat ogenblik aan het scheiden was. Aldus zou deze haar gedwongen hebben de borgstellingsakte te ondertekenen. De eerste rechter had naar dit argument oren gehad en had geoordeeld dat er inderdaad spanningen bestonden tussen de echtgenoten en mevrouw ongeveer een week voor de ondertekening van de borgstelling een verzoekschrift *ex art. 223 B.W.* had neergelegd. Het Hof van beroep te Brussel weerhoudt dit niet. Het Hof stelt dat mevrouw helemaal niet bewijst dat zij in werkelijkheid het slachtoffer was van fysiek geweld. Het enkele feit van de neerlegging van het verzoekschrift tot het bekomen van dringende en voorlopige maatregelen laat niet toe te veronderstellen dat zij de borgstellingsakte zou hebben getekend onder dwang van haar echtgenoot. Bovendien had mevrouw enkele weken na de ondertekening van de borgstellingsakte voor de vrederechter verklaard zich te willen verzoenen met haar echtgenoot. Het Hof overweegt dat de ondertekening van de borgstellingsakte, in deze context geplaatst, kan geïnterpreteerd worden als een daad van goede wil(1687).

**(c) Nietigverklaring bij het in gevaar brengen van de belangen van het gezin (art. 224, §1, 4<sup>o</sup> B.W.)**

**966.** NIETIGVERKLARING. — Art. 224, § 1, 4<sup>o</sup> B.W. leverde ook in de onderzochte periode de nodige rechtspraak op(1688). Zo sprak de Rechtbank van eerste aanleg te Gent de nietigheid uit van een borgstelling aangegaan door de man, op vordering van de vrouw. *In casu* had de man tijdens de verdachte periode een borgstelling ondertekend ten voordele van de N.V. Firma L. „tot dekking van de schuld” van de B.V.B.A. A. Van K., schuld die op dat ogenblik reeds meer dan 2 miljoen frank bedroeg. De rechtbank oordeelt dat alles erop wijst dat L. door de borgstelling heeft getracht te ontsnappen aan de samenloop met de andere gewone en/of hypothecaire schuldeisers in het nakende faillissement van de B.V.B.A.. De rechtbank verwijt L. nog uiterst onvoorzichtig te zijn geweest om een hoofdelijke en ondeelbare borgstelling

---

(1686) [Vred. Jumet 2 december 1996](#), *R.R.D.* 1997, 44 en *T. Vred.* 1998, 382.

(1687) [Brussel 22 oktober 1997](#), *J.T.* 1998, 290 en *T.B.B.R.* 1998 (verkort), 359. Zie ook *supra*, [Vred. Wervik 29 april 1997](#), *R.W.* 1997-98, 723 (randnr. 961).

(1688) Zie ook J.H. HERBOTS en C. PAUWELS, *Overzicht* 1989, p. 1420-1422, nr. 485 en J.H. HERBOTS, C. PAUWELS en E. DEGROOTE, *Overzicht* 1997, p. 1213-1215, nr. 884.



niet door de echtgenote, de eiseres, te hebben mee laten ondertekenen. L. moest en kon weten dat zij bij betwisting het risico op nietigverklaring liep, ook al bleek het laten stellen van de borg misschien een nuttige daad van beheer in het kader van de beroepsactiviteiten van de borgsteller. De rechtbank stelt uitdrukkelijk dat zelfs de goede trouw van L. de nietigverklaring niet zou kunnen beletten(1689). Het gezinsbelang wordt in gevaar gebracht wanneer een echtgenoot zijn eigen vermogen zodanig bezwaard heeft dat hij niet meer in staat is om naar redelijkheid bij te dragen tot de gezinslasten, ook al heeft de borgtocht tot doel de broodwinning in het gezin te verzekeren. Bovendien weegt, nog volgens de rechtbank, ook het feit dat de echtgenoot-borg eerder schulden had aangegaan of andere zekerheden had gesteld, mee door. De rechtbank besluit dat de gewaarborgde schuld niet in verhouding was met de vermogenstoestand van het gezin, zodat de borgstelling wordt nietigverklaard(1690).

Ook de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel verklaarde een borgstelling die de toenmalige Generale Bank zich had laten stellen, door één van de oprichters en aandeelhouders van een B.V.B.A. waaraan krediet werd verleend, buiten medeweten van de echtgenote om, nietig. De rechtbank bevestigt dat de rechter zich voor de appreciatie van het feit of de borgstelling al dan niet de gezinsbelangen ernstig in gevaar brengt, op het ogenblik van de borgstelling moet plaatsen en niet achteraf en bevestigt aldus de cassatierechtspraak terzake, waarnaar de beslissing overigens uitdrukkelijk verwijst(1691). De rechtbank fluit daarmee de bank terug die had verdedigd dat door realisatie van andere zekerheden na opzegging van het krediet, de hoofdschuld gevoelig was gereduceerd. Voorts overweegt de rechtbank dat waar men theoretisch gezien rekening kan houden met het veelvoud aan andere zekerheden die de kredietverlener bedingt naast de litigieuze borgstelling, men dit argument met omzichtigheid moet hanteren, zulks gelet op het hoofdelijk karakter van de borgtocht en, anderzijds, gelet op het onzeker karakter van de solvabiliteit van de andere schuldenaars (andere zekerheidsstellers) en de uitvoeringsmaatregelen die tegen hun vermogens zullen kunnen worden ondernomen. Tot slot overweegt de rechtbank dat de bank, die dagelijks dergelijke verrichtingen moet stellen, voorzichtig zou gehandeld hebben door zich van de toestemming van de echtgeno(o)t(e) te verzekeren, *quod in casu non*(1692).

---

(1689) De rechtbank verwijst uitdrukkelijk naar [Cass. 27 november 1987](#) (A.C. 1987-88, 406).

(1690) [Rb. Gent 25 januari 1996](#), R.W. 1996-97, 1091, noot S. MOSSELMANS.

(1691) Zie ook: S. STIJS en A. CUYPERS, „Persoonlijke zekerheden en echtgenoten”, in E. DIRIX, e.a., *Borgtocht en garantie*, 1997, p. 66, nr. 69.

(1692) Brussel 11 februari 1994, *J.L.M.B.* 1995, 1703 en *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 48. In het hoedje bij dit vonnis (weergave J.L.M.B.) wordt per vergissing gesteld dat de rechtbank oordeelt dat bij de beoordeling of de belangen van het gezin in gevaar worden gebracht, moet rekening gehouden worden met de beroepsmatige inkomsten, met hun onroerend patrimonium en hun *onroerende* bezittingen, daar waar dit uiteraard hun *roerende* bezittingen moet zijn.

Mevrouw D.V. ondertekende een huurovereenkomst voor een studio te Gent met de N.V. G. door bemiddeling van het agentschap R. De heer P.D., gehuwd, onderschreef een solidaire borgstelling voor de nakoming van de huurverbintenissen van zijn vriendin D.V. De verhuurder bekwam een verstekvonnis tegen D.V. en P.D. waarin zij veroordeeld werden tot betaling van de huurachterstallen en de ontruiming van de studio bevolen wordt. Naar aanleiding van de betekening kwam aan het licht dat P.D. een buitenechtelijke relatie had met D.V. Zijn echtgenote was totaal onwetend van de overspelige relatie en van de borgstelling. De rechtbank honoreert de vordering tot nietigverklaring van de borgstelling op grond van art. 224, §1, 4° B.W. De Rechtbank van eerste aanleg te Gent bevestigt dat, om te oordelen of de borgstelling al dan niet de gezinsbelangen in gevaar brengt, men zich moet plaatsen op het ogenblik van het aangaan van de zekerheidsovereenkomst. Zoals Van Der Elst terecht opmerkt in de noot, beroept de rechtbank zich nochtans ook op het aangaan van een lening door de echtgenoten geruime tijd ná het stellen van de borgtocht als bezwarend element om (mede op basis hiervan) te besluiten tot de schending van de gezinsbelangen, wat volgens de meerderheidsopvatting in de rechtsleer en door de rechtspraak wordt uitgesloten(1693). De rechtbank weerhoudt dat het agentschap een fout heeft begaan door als professioneel verhuurster en wetende dat de borg gehuwd was, nagelaten te hebben het akkoord te vragen van zijn echtgenote, minstens door deze laatste niet te verwittigen van het bestaan van de borgstelling(1694).

**967.** GEEN NIETIGVERKLARING. — Eén van beide ouders (S.), gehuwd onder het stelsel van scheiding van goederen met gemeenschap van aanwinsten, stelde zich ten voordele van de N.V. K. borg voor de verbintenissen aangegaan door de N.V. P., vennootschap in handen van de gemeenschappelijke zoon, éénmaal ten belope van 5 miljoen en éénmaal ten belope van 3 miljoen frank. De N.V. K. zegde de kredieten op en S. werd in gebreke gesteld uit hoofde van zijn twee borgstellingen, waarop bewarend roerend beslag werd gelegd op de inboedel in de gezinswoning te Knokke. De andere ouder leidde daarop een vordering in op basis van art. 224, §1, 4° B.W., teneinde de borgstellingen te horen nietig verklaren. Op basis van de voorgelegde feiten,

---

(1693) Van Der Elst verklaart deze gedachtengang van de rechtbank door te verwijzen naar een minderheidsopvatting in de rechtsleer (GEELHAND en VERBEKE), die stelt dat uitgaande van het facultatief karakter van de nietigverklaring, de rechter een zuivere belangenafweging moet doen, eens hij het gevaarlijke karakter van de zekerheid heeft vastgesteld en hij de goede of kwade trouw van de schuldeiser heeft afgewogen, waarbij dan wel rekening zou mogen gehouden worden met de toestand van de verbintenissen van de zekerheidssteller op het ogenblik van de vordering tot nietigverklaring (zie over het betwist karakter van deze minderheidsstelling: S. STIJS en A. CUYPERS, „Persoonlijke zekerheden en echtgenoten”, in E. DIRIX, e.a., *Borgtocht en garantie*, 1997, p. 75-76, nr. 74). De annotator leidt uit het feit dat de rechtbank zich beroept op de lening af dat zij zich aldus bij deze minderheidsstelling aansluit.

(1694) *Rb. Gent 20 september 1995*, *A.J.T.* 1996-97, 451, noot C. VAN DER ELST.



wijst de Rechtbank van eerste aanleg te Brugge de vordering af(1695). Niettegenstaande de uit de voorgelegde aanslagbiljetten blijkende bescheiden inkomsten van het gezin, stelt de Rechtbank vast dat de ouders niet alleen enkele onroerende goederen uit hun patrimonium hebben doen verdwijnen en in vennootschappen hebben ondergebracht, doch dat blijkt dat zij over voldoende bestaansmiddelen beschikken om de borgstellingen financieel aan te kunnen. Voorts zijn zij (in werkelijkheid) kapitaalkrchtig genoeg om in hun woning te Knokke-Heist (mogelijk eigendom van één van hun vennootschappen) een luxueus leven te leiden, omringd door een aantal kunstwerken met grote waarde, zoals blijkt uit de inventaris opgemaakt in het kader van het roerend beslag. Na vastgesteld te hebben dat de echtgenoten zich hebben ingezet teneinde de catastrofale zaken van hun zoon in te dekken tot op een ogenblik dat zij dit niet meer wensten te doen, stelt de rechtbank dan ook vast dat de eisende echtgenoot niet bewijst dat de financiële toestand van het gezin bijzonder nefast zou zijn beïnvloed(1696).

Echtgenote D.P. vorderde de nietigverklaring van een borgstelling door haar echtgenoot aangegaan, tot zekerheid van de terugbetaling van de verbintenissen volgend uit een leasingcontract aangegaan door de vennootschap waarvan de echtgenoot bestuurder is. De rechtbank moet er eerst aan herinneren dat de bewijslast van laattijdigheid van de vordering ligt bij diegene die zich hierop beroept. Vervolgens bevestigt de rechtbank de quasi-algemeen aanvaarde en ook in huidig overzicht reeds meermaals bevestigde regel, dat het gevaar voor de gezinsbelangen moet beoordeeld worden op het ogenblik van het stellen van de borgstelling en dus niet *a posteriori*. De rechtbank beoordeelt tot slot *in concreto* dat de gezinsbelangen niet in gevaar werden gebracht(1697).

Het Hof van beroep te Luik bevestigt een vonnis waarin een beroep op de nietigheidssanctie ex art. 224, lid 1, 4<sup>o</sup> B.W. werd afgewezen. Een man had zich borg gesteld voor de nakoming van de verbintenissen van een vennootschap, waarvan hij medeoprichter, bestuurder, en later gedelegeerd bestuurder was. Het Hof stelt vast dat het principe van de handelingsbekwaamheid van ieder van de echtgenoten meebrengt, dat hij die beweert dat zijn echt-

---

(1695) De appreciatie van het gevaar voor de gezinsbelangen betreft een feitenkwestie waarover de rechter soeverein oordeelt. Toch heeft het Hof van Cassatie een „richtlijn” gegeven door te stellen dat de rechter bij de beoordeling van het gevaar voor de gezinsbelangen een vergelijking moet maken tussen het bedrag van de door de echtgenoot verleende zekerheid en de financiële toestand van het gezin, wat de rechtbank doet (zie: S. STIJNS en A. CUYPERS, „Persoonlijke zekerheden en echtgenoten” in E. DIRIX, e.a. (ed.), *Borgtocht en garantie*, 1997, p. 67, nr. 70).

(1696) [Rb. Brugge 10 december 1997](#), *R.W.* 1998-99, 51, noot.

(1697) [Rb. Kortrijk 26 augustus 1997](#), *T.R.V.* 1998, 445, noot B. WAÛTERS. In de noot stelt WaÛters, na een stand van zaken betreffende de nietigverklaring van de al dan niet professionele borgstelling te hebben gegeven, vast dat een andere rechter op basis van dezelfde feiten ook tot de tegenovergestelde beslissing had kunnen komen. Zie ook: B. WAÛTERS, „Persoonlijke borgstelling voor schulden van de vennootschap en de belangen van het gezin”, noot onder [Gent 13 oktober 1995](#), *T.R.V.* 1996, 117 (dit arrest wordt hier niet besproken nu het handelde over een geval waarin de echtgenoot aval had gegeven, wat buiten het bestek van dit overzicht valt).

genoot een nietige handeling heeft gesteld, moet bewijzen dat de ondertekende akte van nature de gezinsbelangen schaadt en dit vanaf het ogenblik van het sluiten ervan. Het is in dat opzicht niet voldoende om aan te tonen dat de familie *enig ongemak* ondervindt op de dag waarop er op de persoonlijke zekerheid effectief een beroep wordt gedaan. De familie wordt niet beschermd tegen elk risico inherent aan de economische activiteit van elkeen van de echtgenoten en de eventuele slechte gang van zaken. Het Hof bevestigt vervolgens (het door de meerderheidsrechtspraak en –rechtsleer aanvaarde) principe dat *de belangen van het gezin moeten beoordeeld worden op het ogenblik van het stellen van de persoonlijke zekerheid*. Het Hof voegt daaraan toe dat daarbij moet rekening gehouden worden met het motief van de verbintenis die de echtgenoot onderschreef. Een borgtocht kan belangeloos onderschreven worden, uit genegenheid of uit andere gevoelens of ten gunste van een rechtspersoon waarvan de borg één van de organen is. In dat laatste geval heeft de borg er een beroepsmatig belang bij dat de verbintenis tot naleving waarvan hij zich borg stelt, wordt aangegaan. Maar het Hof overweegt ook verder dat dergelijke borgstelling evenwel op de dag van het aangaan ervan moet geacht worden in overeenstemming te zijn met het normale beheer van de echtgenoten met respect voor de gezinsbelangen. Het Hof komt dan ook tot de conclusie dat het zich borg stellen door een aandeelhouder (23% van de aandelen)-(gedelegeerd) bestuurder voor het nakomen van de verbintenissen van de vennootschap voortvloeiend uit een leasingcontract voor een voertuig, noch op zich noch *in concreto* een abnormale uitoefening van de bestuurdersfunctie uitmaakt, die een abnormaal hoog risico voor de gezinsbelangen zou meebrengen. Ten overvloede merkt het Hof nog op dat het theoretische maximumbedrag tot betaling waarvan de borg zou kunnen gehouden zijn laag was, gelet op een geblokkeerde waarborg en de restwaarde van het voertuig dat gedekt was door een omniumverzekering en dat de familie van de borgsteller over voldoende inkomsten beschikte waarmee zij de gebruikelijke gezinslasten kon dragen, waaronder de aflossing van een hypothecaire lening die minder bedroeg dan een huishuur(1698).

### AFDELING 3

#### BEWIJS EN INTERPRETATIE

**968.** BEWIJS: ART. 1326 B.W. — De borg beriep zich voor het Hof van beroep te Brussel op de niet-naleving van art. 1326 B.W. Het Hof stelt dat art. 1326 B.W. van toepassing is op de borgtocht aangegaan door een niet-handelaar(1699). Nu de handtekening niet was voorafgegaan door een „goed voor” of een „goedgekeurd” weerhoudt het Hof een gebrek in de verbintenis

---

(1698) [Luik 9 mei 1995](#), *J.L.M.B.* 1997, 136.

(1699) Genuanceerder, zie: J.H. HERBOTS, C. PAUWELS en E. DEGROOTE, *Overzicht* 1997, p. 1212, randnr. 883.





van de borg. De leasingmaatschappij levert geen enkel bijkomend bewijs van de borgstelling, naast het begin van bewijs door geschrift aan de hand van de gebrekkige borgstellingsakte, zodat haar aanspraken tegen de borg worden afgewezen en het beroep ongegrond wordt verklaard(1700).

De Rechtbank van eerste aanleg te Brussel sprak zich ongenueanceerd uit door, met verwijzing naar het hierboven zopas besproken arrest van het Hof van beroep te Brussel van 22 oktober 1997(1701), te stellen dat nu de borgsteller zijn handtekening niet had laten voorafgaan door de vermelding tot welk bedrag hij zich borg stelde, art. 1326 B.W. geschonden werd, zodat de verbintenis van de borg gebrekkig is en hij derhalve niet kan aangesproken worden. Zoals de annotator bij dit vonnis terecht opmerkt, had het Hof immers conform een constante rechtspraak en rechtsleer genuanceerd overwogen dat het niet respecteren van het „goed voor” weliswaar de nietigheid van het *instrumentum* meebrengt doch het bestaan van de verbintenis zelf onverlet laat. Het betreffende geschrift kan dan ook aangewend worden als begin van bewijs door geschrift dat, aangevuld met andere bewijselementen, wel degelijk het bewijs van de borgstelling kan opleveren(1702).

De Banque Sud Belge verleende aan de heer Gérald Hubinon krediet voor de aanschaf van een plezierboot. Diens vader en diens echtgenote stelden zich borg ten belope van 1.000.000 frank in hoofdsom, te vermeerderen met de *accessoria*, te weten de intresten, de commissies en de kosten. Erop gewezen dat de betreffende borgstellingsakte niet voldoet aan het vereiste van art. 1326 B.W., stelt het Hof van beroep te Bergen dat het weliswaar zo is dat de niet-naleving van art. 1326 B.W. de nietigheid van het *instrumentum* meebrengt, doch dat dit het bestaan van de verbintenis zelf niet aantast, verbintenis die met alle andere toegelaten bewijsmiddelen bewezen kan worden. De borgstelling die *in casu* niet voldoet aan art. 1326 B.W., maar wel de handtekening draagt van de echtgenote, geldt dan ook als begin van bewijs door geschrift, dat kan aangevuld worden door getuigenverklaringen en vermoedens. *In casu* onderkent het Hof in het feit dat de kredietacceptatiebrief waarin als voorwaarde voor de toekenning van het krediet onder andere de borgstelling van de echtgenote staat gesteld, door deze laatste (mee) ondertekend werd, én in het feit dat zij eerder ter zitting instemde met een provisionele veroordeling ten belope van 1 miljoen uit hoofde van de borgstelling, dergelijke vermoedens(1703).

Tot slot bevestigen zowel het Hof van beroep te Antwerpen(1704) als de Vrederechter van Beauraing(1705) het principe dat art. 1326 B.W. op de

---

(1700) [Brussel 22 oktober 1997](#), *J.T.* 1998, 290 en *T.B.B.R.* 1998 (verkort), 359.

(1701) *J.T.* 1998, 290 en *T.B.B.R.* 1998 (verkort), 359.

(1702) [Rb. Brussel 11 mei 1998](#), *J.L.M.B.* 1998, 1444, noot I.D.

(1703) [Bergen 13 december 1996](#), *J.L.M.B.* 1997, 1201 en *J.T.* 1997, 410. De lezer zal beide vindplaatsen moeten consulteren om de volledige tekst van het arrest te kennen.

(1704) [Antwerpen 21 oktober 1996](#), *A.J.T.* 1996-97, 351, noot B. WYLLEMAN.

(1705) [Vred. Beauraing 18 november 1997](#), *Act. jur. baux* 1998, 54.

borgtocht voor toekomstige schulden of op de onbepaalde borgtocht geen toepassing vindt, wat overigens vaste rechtspraak uitmaakt(1706).

**969.** INTERPRETATIE: ONDUIDELIJKHEID OVER DE INTRESTEN. — In een cassatiearrest van 5 februari 1998(1707) verweet de eiser in cassatie (in het tweede middel) het Hof van beroep te Gent de artikelen 1134, 1135, 1156, 1161, 2013 en 2015 B.W. te hebben geschonden in verband met de interpretatie van een borgtocht. Het Hof had zich moeten uitspreken over de intresten waartoe de borg gehouden was: waren dit de tussen de hoofdschuldenaar en de schuldeiser bepaalde conventionele intresten of de wettelijke intresten? Het Hof had overwogen dat na afsluiting van de rekening-courant, het saldo nog slechts de wettelijke intrest opbrengt en het feit dat *in casu* de rekening-courant verhouding was „stilgevallen” door de opzegging van het kaskrediet, hieraan niets verandert en geen rechtvaardiging meer biedt voor de verdere afwijking van art. 1154 B.W. Een bijkomend argument ten opzichte van de solidaire borg leidde de beroepsrechter af uit het feit dat de borgstellingsakte een afzonderlijke onderhandse akte was. Voor het Hof was niet pertinent de vaststelling dat daarin werd gestipuleerd dat de borg gehouden was tot de hoofdsom en de *accessoria*, daarin begrepen „de intresten welke berekend worden aan het conventioneel tarief dat van toepassing is tussen de hoofdschuldenaar en de N.V. Europabank”, en dat de borg zich boven zijn handtekening ook handmatig nog eens had verbonden tot de hoofdsom en de „intresten” en alle kosten. Het Hof van beroep struikelde over het feit dat in de borgstellingsakte niet bepaald was wat onder het conventioneel tarief diende begrepen te worden, zodat de borg de omvang van zijn verbintenis op het vlak van de intresten derhalve niet kon kennen en er dus op dit punt geen duidelijkheid was op het ogenblik van de toestemming van de borg. De eiser in cassatie stelde hiertegenover dat in toepassing van art. 1156 en 1161 B.W. de handgeschreven vermelding van de borg niet los kan gezien worden van de rest van de akte en meerbepaald van de voormelde (gedrukte) bepaling van de intresten als zijnde conform het conventioneel tarief. Bovendien was volgens de eiser aan het vereiste dat de omvang van de borgtocht bepaald of minstens bepaalbaar moet zijn (art. 2013 en 2015 B.W.), voldaan. Immers, om reden dat de borgtocht een bijkomend contract is moet deze geïnterpreteerd worden aan de hand van het hoofdcontract. De omvang van de borgstelling is derhalve voldoende bepaald of bepaalbaar wanneer men uit de samenlezing van de beide contracten de juiste omvang van de verbintenissen van de borg kan bepalen. Bovendien liet de eiser in cassatie gelden dat op grond van de enkele vermelding in de borgstellingsakte dat de intresten aan het conventioneel tarief worden bepaald, de omvang van de verbintenis van

---

(1706) Voor enige kritische geluiden, zie: M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in A.P.R.*, 1999, p. 161-163, nrs. 304-307.

(1707) [Cass. 5 februari 1998](#), *A.J.T.* 1998-99, 488 en *T.B.H.* 1998, 754.



de borg op dit vlak kan bepaald worden. Het Hof van beroep zou dan ook de interpretatieregels uit de artikelen 1156 en 1161 en de artikelen 2013 en 2015 B.W. schenden met de argumentatie dat de borgstellingsakte zelf het conventioneel tarief niet bepaalt en de borg zich in zijn handgeschreven verklaring enkel ten belope van de „intresten” heeft verbonden. Aldus zou ook de bindende kracht van de borgtocht zijn miskend (art. 1134 en 1135 B.W.). Het Hof van Cassatie wijst dit tweede middel af door erop te wijzen dat het bestreden arrest niet ontkent dat de borgtocht aan de hand van het hoofdcontract kan worden uitgelegd en het de met de hand geschreven vermelding op de akte van borgstelling niet uitlegt zonder rekening te houden met de overige bedingen van de akte. Gelet op de onduidelijkheid die de beroepsrechter vaststelt, heeft hij de overeenkomst uitgelegd ten nadele van de bank die bedongen had (toepassing van art. 1162 B.W.).

**970.** STRIKTE INTERPRETATIE. — De eiser had als verhuurder een handelshuur aangegaan met de B.V.B.A. Three Stars betreffende een autoshowroom. De Belgolaise bank stelde zich borg voor de B.V.B.A. ten belope van een maandelijks bedrag gelijk aan de maandelijks te betalen huur met een plafond vastgesteld op de huur op jaarbasis, teneinde de betaling van de huurgelden door de B.V.B.A. te waarborgen, met dien verstande dat de verhuurder de bank, op straffe van verval, regelmatig op de hoogte moest houden van de eventuele niet-betaling van de huurgelden. Tot betaling aangesproken deed de bank voor de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel gelden dat het voorwerp van haar borgstelling beperkt was tot de niet-betaalde achterstallige huurgelden en derhalve niet tot de verbrekingsvergoeding of tot andere sommen verschuldigd aan de verhuurder. De Rechtbank volgt de bank op dit punt, wijzende op de constante rechtsleer en rechtspraak volgens dewelke de borgtocht strikt dient geïnterpreteerd te worden (1708) (1709).

Het Hof van beroep te Antwerpen moest zich uitspreken over de draagwijdte van een borgstellingsovereenkomst, waarin de borgen verklaarden zich solidair en ondeelbaar borg te stellen voor de terugbetaling van „leningen en betaling facturen op de P.V.B.A. J.”. De appellanten hielden voor dat de borgstelling ook sloeg op toekomstige leningen en op toekomstig uit te schrijven facturen (dit is daterend van na de datum van ondertekening van de borgstellingsakte). Het Hof komt op basis van feitelijke overwegingen tot het besluit dat de kwestieuze borgtocht moet beschouwd worden als enkel omvattend de schuld volgend uit bestaande leningsovereenkomsten en facturen uitgeschreven op het ogenblik van de ondertekening van de borgstel-

---

(1708) Anders: M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in A.P.R.*, 1999, p. 155, nr. 290, die wijst op het feit dat de rechter de gemeenrechtelijke interpretatieregels moet toepassen.

(1709) Rb. Brussel 28 april 1995, *J.L.M.B.* 1997, 1219.



lingsakte. Het Hof overweegt daarbij dat de borgtocht van strikte interpretatie is en art. 1162 B.W. van toepassing is(1710).

**971.** OMVANG VAN DE BORGTOCHT: INTRESTEN. — De Rechtbank van eerste aanleg te Brussel boog zich over grieven geformuleerd tegen een vonnis van de vrederechter, onder andere de grief van de borg dat de vrederechter hem solidair had veroordeeld tot alle bedragen (achterstallige huurgelden, een bezettingsvergoeding, een wederhuringsvergoeding en een schadevergoeding ingevolge huurschade), zonder acht te slaan op het opgeworpen middel van ontoelaatbaarheid, geput uit de omstandigheid dat zijn borgstelling beperkt was tot de achterstallige huurgelden en dat hij geen afstand had gedaan van het voorrecht van uitwinning en schuldsplitsing. De Rechtbank stelt eenvoudigweg vast dat uit de stukken van het dossier blijkt dat inderdaad de borgstelling enkel sloeg op de huurgelden en geenszins op de wederverhuringsvergoeding (en de bezettingsvergoeding en de huurschade). De nalatigheidsintresten verschuldigd op de achterstallige huurgelden worden door de Rechtbank, zoals algemeen aanvaard is, wel beschouwd als begrepen te zijn in de borgstelling. De Rechtbank oordeelt dan ook dat de vrederechter ten onrechte geen onderscheid gemaakt heeft tussen de achterstallige huurgelden en de overige posten. Bovendien verwijt de Rechtbank de vrederechter dat deze niet heeft bepaald dat de borg slechts kon aangesproken worden voor zover de hoofdschuldenaar in gebreke zou blijven de hoofdschuld te betalen, nu de borg zich niet hoofdelijk had verbonden en hij evenmin conventioneel afstand had gedaan van het voorrecht van uitwinning en van schuldsplitsing(1711).

Ook de Vrederechter van het derde kanton van Luik bevestigde, zij het mits toepassing van art. 34, lid 1 Wet 12 juni 1991, dat het bedrag waarvoor zekerheid wordt gesteld in de akte moet worden opgenomen en dat de borgtocht enkel betrekking heeft op dit bedrag, vermeerderd met de moratoire intresten(1712).

#### AFDELING 4

### VERWEERMIDDELEN VAN DE BORG EN SUBROGATIE

**972.** HET VOORRECHT VAN UITWINNING. ART. 2023 B.W. — Op 13 augustus 1990 leende Argenta Spaarbank een bedrag van 400.000 frank uit, terugbe-

---

(1710) [Antwerpen 21 oktober 1996](#), *A.J.T.* 1996-97, 351, noot B. WYLLEMAN. In de bibliografische noot leest men ondermeer dat het besproken arrest voor wat betreft art. 1162 B.W. klassieke rechtspraak uitmaakt. Wij willen hieraan nog toevoegen dat niet uit het oog verloren mag worden dat art. 1162 B.W. een subsidiaire bepaling uitmaakt ten opzichte van de andere interpretatieregels uit het B.W. (enkel toepasselijk bij aanhoudende twijfel). Men zou de vraag kunnen stellen of het Hof de opgesomde bewijselementen niet had kunnen catalogeren als extrinsieke elementen en met een beroep op art. 1160 B.W. had kunnen volstaan.

(1711) [Rb. Brussel 24 juni 1996](#), *Res. Jur. Imm.* 1996, 23.

(1712) [Vred Luik \(III\) 15 december 1995](#), *T. Vred.* 1997, 366.



taalbaar in 48 mensualiteiten. Onder de rubriek „ontleners” tekenden de heer Barlet, mevrouw Cornet en de heer Brigode, de verweerder. De vrederechter volgde de heer Brigode in zijn verweer dat hij borg was en geen ontleners. Als één van zijn verweermiddelen tegen de aanspraken van Argenta, beriep hij zich op het voorrecht van uitwinning. De vrederechter heeft weinig moeite om dit middel te verwerpen. De heer Brigode kan zich niet beroepen op het voorrecht van uitwinning omdat hij in weerwil van art. 2023 B.W. nalaat om de bank de goederen van de hoofdschuldenaar aan te wijzen en de nodige penningen voor te schieten om de uitwinning te doen(1713).

**973.** VOORRECHT VAN UITWINNING EN FAILLISSEMENT. — De Rechtbank van eerste aanleg te Brussel moest er in de onderzochte periode aan herinneren dat de borg het voorrecht van uitwinning verliest bij faillissement van de hoofdschuldenaar. Deze (subsidiare) motivering had volstaan om aldus het verweer van de borg (*in casu* de Belgolaise bank) af te wijzen. Het hoofdmotief van de rechtbank om het verweer van de borg af te wijzen is evenwel dat omdat de bancaire verrichtingen van nature handelsdaden zijn, de bancaire borg een commerciële verbintenis uitmaakt(1714). De rechtbank vervolgt dat de borgstelling door een handelaar vermoed wordt hoofdelijk te zijn aangegaan, zodat het voorrecht van uitwinning, behoudens andersluidend beding, niet door de borg kan worden ingeroepen(1715).

**974.** ART. 2032, 4° B.W. — In het geval voorgelegd aan het Hof van beroep te Bergen, hadden de appellanten zich borg gesteld voor de verbintenissen van hun ouders ten aanzien van een kredietverstrekker. Hun borgstelling bleek de enige zekerheid te zijn van de kredietverstrekker. Aangesproken uit hoofde van deze borgstelling, werd in toepassing van art. 2037 B.W. gevorderd voor recht te zeggen dat de borgen ontslagen zouden zijn van hun verbintenissen. De eerste rechter had deze vordering afgewezen, waarna de borgen beroep aantekenden en zich, naast art. 2037 B.W. ook nog beriepen op het principe van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten en de zorgvuldigheidsnorm van art. 1382 B.W.(1716). Bij brief van 2 oktober 1981 had de kredietverstrekker de borgen ervan in kennis gesteld dat de hoofdschuldenaars hun verbintenissen niet naleefden, brief die vergezeld was van een kopie van de ultieme ingebrekestelling van de hoofdschuldenaars, waarin

---

(1713) *Vred. Jumet 2 december 1996*, *R.R.D.* 1997, 44 en *T. Vred.* 1998, 382.

(1714) Zie voor nuance: M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* in *A.P.R.*, 1999, p. 37, nr. 76.

(1715) Rb. Brussel 28 april 1995, *J.L.M.B.* 1997, 1219. Voor een weergave van het feitenreelaas, zie *supra* randnr. 951.

(1716) Hier bespreken wij enkel de bevindingen van het Hof die zullen aanleiding geven tot de verwijzing naar art. 2032, 4° B.W. en niet de beoordeling van het verweer *ex art.* 2037 B.W. dat later in deze afdeling aan bod komt. Art. 2032, 4° luidt: „De borg kan, zelfs voordat hij betaald heeft, de schuldenaar in rechte aanspreken om door hem schadeloos gesteld te worden indien de schuld opeisbaar is geworden door het verschijnen van de termijn waarop zij betaalbaar was gesteld”.

een laatste kans gegeven werd tot aanzuivering, bij gebreke waarvan zou overgegaan worden tot onmiddellijke opzegging en opeisbaarstelling van het krediet. Bij gebreke aan reactie van de hoofdschuldenaars, gebeurde dit laatste ook op 23 november 1981. Het Hof overweegt dat deze brief aan de borgen hen had moeten aanzetten tot bijzondere waakzaamheid en zij zich niet konden vergenoegen met vage beloftes vanwege de hoofdschuldenaars. Mochten de borgen een normale zorgzaamheid voor de bewaring van hun belangen aan de dag hebben gelegd dan zouden zij van de hoofdschuldenaars het bewijs van aanzuivering van de achterstallen gevraagd hebben, minstens (zo dit niet mogelijk zou geweest zijn gelet op het feit dat de hoofdschuldenaars de ouders waren van de borgen), de hoofdschuldenaars ondervraagd hebben naar de stand van de rekening. Het Hof stelt vast dat de borgen bekennen dat zij niet aldus gehandeld hebben, zodat zij een hen toerekenbare onzorgvuldigheid hebben begaan. Zonder deze onzorgvuldigheid hadden de borgen geweten dat het krediet opeisbaar was gesteld op genoemde datum en hadden zij alle mogelijke bewarende maatregelen ten aanzien van de hoofdschuldenaars kunnen nemen. Uit de feiten leidt het Hof nog af dat de borgen zich niet geïnteresseerd hebben voor de verdere afwikkeling van de zaak, zelfs toen zij in de loop van 1982 in onmin met hun ouders zijn geraakt. Niettegenstaande de borgen wisten dat aan het krediet conventioneel een einde kwam in juli 1983, hebben zij zich er in de loop van 1983 niet voor geïnteresseerd of de hoofdschuldenaars al dan niet hun verbintenissen hadden nageleefd. Vastgesteld dient te worden dat de hoofdschuldenaars in 1983 nog niet insolvent waren. Het Hof besluit dan ook dat door nalatig te zijn, de borgen zelf hun rechten uit art. 2032, 4<sup>o</sup> B.W. hebben gefrustreerd, zodat zij zelf aansprakelijk moeten worden geacht voor de schade die zij hebben geleden(1717).

**975.** ART. 2036 B.W. EN *LE FAIT DU PRINCE*. — De eiser in cassatie (Dessart), voerde zeven middelen aan tegen een arrest van het Hof van beroep te Brussel van 15 februari 1994. Van belang voor dit overzicht was een van de aspecten van de betwisting ten gronde waarbij Dessart de Union Minière aansprak tot betaling van de door de Gécamines-Exploitation, staatsvennootschap naar Zaïrees recht, niet-doorgevoerde indexering van lonen en jaarlijkse pensioenpremies conform de levensduurte-index. Door een beslissing van de Zaïrese overheid werd aan de Gécamines immers het verbod opgelegd om nog langer de bezoldigingen van geëxpatrieerde werknemers in Belgische frank uitgedrukt, te indexeren. Dessart richtte zich dan ook tot Union Minière, dat zich blijkbaar verbonden had tot vrijwaring jegens diens geëxpatrieerde werknemers voor de betaling van de bezoldigingen door Gécamines. Union Minière weigerde haar vrijwaringsverplichting te honoreren en beriep zich daartoe op het genoemde overheidsverbod. Het Hof van

---

(1717) [Bergen 28 maart 1995](#), *T.B.H.* 1996, 69.



beroep te Brussel had de vordering van Dessart afgewezen. Dessart verweet het Hof, in zijn zevende cassatiemiddel, een schending van de artikelen 2011 en 2036(1718) B.W. en van de correlatieve bepalingen uit het Zairese B.W. Volgens het middel had het bestreden arrest, na aangenomen te hebben dat de vrijwaringsverplichting van Union Minière moet worden beschouwd als een borgtocht, de vordering van Dessart ongegrond verklaard op grond van de overweging dat alle excepties die tot de schuld zelf behoren, d.w.z. alle middelen waaruit volgt dat de hoofdschuld door de schuldeiser niet meer kan worden geëist, door de borg kunnen worden tegengeworpen. Aldus werd het genoemde overheidsbesluit door het Hof van beroep gecatalogeerd als een tot de schuld zelf behorende exceptie. Het Hof had bovendien nog gemotiveerd dat honderden personeelsleden die niet ontslagen werden, niettegenstaande de bijstand van de vakbond, in feite altijd hebben geoordeeld dat Union Minière zich op het overheidsbevel mocht beroepen, en dat slechts enkele ontslagen personeelsleden (waaronder blijkbaar ook de eiser in cassatie) hierin graten zagen. Bovendien hadden de werknemers geen wettige reden om aan te nemen dat Union Minière in staat was en verplicht was om hen een zekerheid te verschaffen die tevens vrijwaarde tegen beslissingen van de Zairese overheid. Ook had het Hof overwogen dat voor een ander geval van overmacht, namelijk dat waarin de zaak buiten de schuld van de hoofdschuldenaar door toeval tenietgaat, wordt aangenomen dat de borg hierdoor bevrijd wordt, aangezien de hoofdschuldenaar bevrijd wordt.

De eiser in cassatie vocht deze motivering en beslissing aan door in een eerste onderdeel voor te houden dat het Hof van beroep zich had gesteund op een Zairese wetsbepaling die opgeheven was(1719). In het tweede onderdeel van dit middel, grondde de eiser in cassatie de door hem beweerde schending van art. 2036 B.W. op de redenering dat dit wetsartikel bepaalt dat de borg zich tegen de schuldeiser niet kan beroepen op de excepties die de schuldenaar persoonlijk betreffen en dat deze bepaling niet alleen van toepassing is op excepties in verband met de onbekwaamheid van de schuldenaar, maar ook op die in verband met diens onvermogen. De omstandigheid waarin de hoofdschuldenaar krachtens het bevel van de buitenlandse overheid het verbod krijgt opgelegd om een verbintenis na te komen die bestaat in het betalen van een geldsom, wordt door de eiser in cassatie dan gelijkgesteld met de staat van onvermogen van de hoofdschuldenaar, staat van onvermogen die ten aanzien van de schuldeiser een zuiver persoonlijke exceptie uitmaakt. Het Hof van Cassatie wijst dit middel af met de korte overweging dat uit de beslissing van het Hof van beroep blijkt dat Gécamines van haar

---

(1718) Dit artikel luidt: „De borg kan zich tegen de schuldeiser beroepen op alle excepties die aan de hoofdschuldenaar toekomen en die tot de schuld zelf behoren. Maar hij kan zich niet beroepen op excepties die alleen de schuldenaar persoonlijk betreffen”.

(1719) In het kader van dit overzicht laten wij dit onderdeel, dat overigens door het Hof van Cassatie afgewezen werd, verder onbesproken en verwijzen de lezer naar de tekst van het besproken arrest.

schuld bevrijd was en dat hieruit volgt dat de toestand van Gécamines niet gelijkgesteld kan worden met de toestand van degene die het door hem verschuldigde niet kan betalen. In het tweede middel tot cassatie had Dessart vruchteloos aangevoerd dat het bevel van hogerhand, dat slechts een bijzonder geval van overmacht is, de schuldenaar alleen bevrijdt als de uitvoering van de verbintenis daardoor onmogelijk wordt, wat niet het geval is wanneer de verbintenis alleen bestaat in de betaling van een geldsom. Ook dit middel werd door het Hof van Cassatie afgewezen met de overweging dat het bevel van hogerhand om bepaalde handelingen al dan niet te verrichten kan slaan op een verbintenis tot betaling van een geldsom en als een bevrijdende oorzaak kan worden aangemerkt(1720).

**976.** HOOFDELIJKHEID EN DE VOORRECHTEN VAN SCHULDSPLITSING EN UITWINNING. — De Rechtbank van eerste aanleg te Turnhout stelt in de onderzochte periode vast dat wie solidair borg is, verzaakt aan de voorrechten van schuldsplitsing en uitwinning(1721). Ook de Rechtbank van eerste aanleg te Verviers en de Vrederechter van het derde kanton van Luik bevestigen dit principe(1722).

De Rechtbank van eerste aanleg te Brussel bevestigt het principe(1723) ook op negatieve wijze. Het hervormt een vonnis van een vrederechter onder andere om reden dat deze, gegeven de vaststelling dat de borg zich niet hoofdelijk had verbonden en ook niet conventioneel afstand heeft gedaan van het voorrecht van uitwinning en van schuldsplitsing, niet heeft geoordeeld dat de borg slechts kon aangesproken worden voor zover de hoofdschuldenaar in gebreke zou blijven de hoofdschuld te betalen(1724).

**977.** HOOFDELIJKHEID. VERHAAL OP DE MEDEBORGEN DOOR DE BORG SOLVENS. — J.D. en zijn echtgenote E.S. en J.S. en zijn echtgenote H.S. en M.D. sloten op 5 september 1990 een leningsakte af met de N.V. H.B.M., waarin werd

---

(1720) *Cass.* 13 mei 1996 *Arr. Cass.* 1996, 431, *J.T.T.* 1997 (verkort), 50, *Pas.* 1996, I, 455, *R. Cass.* 1998, 104, noot L. VAEL en *R.W.* 1996-97 (verkort), 550. Met betrekking tot de vaststelling dat het Hof van Cassatie aldus toepassing maakt van het criterium van de relatieve onmogelijkheid tot het nakomen van een contractuele verbintenis ingevolge een overheidsdaad en de gevolgen hiervan, wordt de lezer verwezen naar de noot van L. VAEL onder dit arrest („Overmacht gerelativeerd: hoe blauw zijn de plekken van de schuldeiser ingevolge het zgn. „fait du Prince”?”, (noot onder *Cass.* 13 mei 1996), *R. Cass.* 1998, 95).

(1721) *Rb. Turnhout* 1 juni 1994, *A.J.T.* 1994-95, 571, noot P. DE SMEDT. De annotator stelt in de noot dat de rechtbank het principe van het verlies van het voorrecht van uitwinning terecht doortrekt in de verhouding tussen de verschillende hoofdelijke medeborgen onderling en brengt voorts de algemene principes van art. 2032 en 2033 B.W. in herinnering.

(1722) *Rb. Verviers* 9 augustus 1995, *J.L.M.B.* 1996, 1572, noot Cl.P.; *Vred. Luik* (III) 15 december 1995, *T. Vred.* 1997, 366. Voor nuancering voor wat betreft het voorrecht van schuldsplitsing, zie: M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* in *A.P.R.*, 1999, p. 205, nr. 395 en de verwijzingen aldaar.

(1723) *Rb. Brussel* 5 februari 1996, *Pas.* 1995, III, 70, *T.B.B.R.* 1996 (verkort), 348 en *T.B.B.R.* 1997 (verkort), 120.

(1724) *Rb. Brussel* 24 juni 1996, *Res. Jur. Imm.* 1996, 23.



gestipuleerd dat J.S., H.S. en M.D. slechts optreden als „solidaire” borgen. M.D. nu betaalde een som aan de schuldeiser (de N.V. H.B.M.) en vorderde voor de Rechtbank van eerste aanleg te Turnhout de medeborgen te veroordelen tot (terug-)betaling, vordering gegrond op art. 2033 B.W. De rechtbank stelt vast dat wie solidair borg is verzaakt aan het voorrecht van schuldsplitsing en van uitwinning. Vervolgens herhaalt de Rechtbank de cassatierechtpraak dat wanneer er meerdere borgen zijn en slechts één borg de schuld heeft voldaan, deze de medeborgen slechts kan aanspreken ieder voor hun deel, zelfs als het gaat om een solidaire borgstelling en ook al is die borg gesubrogeerd in de rechten van de schuldeiser(1725). De Rechtbank wijst de vordering als ongegrond af gelet op het feit dat de eisende borg niet bewijst dat hij zich op het ogenblik van de (gedeeltelijke) betaling(1726) in één van de gevallen opgesomd in art. 2032 B.W. bevond, zoals vereist wordt door art. 2033, lid 2 B.W.(1727).

**978.** ONDERLINGE BIJDRAGEPLICHT VAN DE SOLIDAIRE BORGEN-AANDEELHOUDERS VAN DE VENNOOTSCHAP. — Het Hof van beroep te Antwerpen kreeg de kans zich in de onderzochte periode uit te spreken over de onderlinge bijdrageplicht tussen solidaire borgen. *In casu* handelde het over vennoten van de P.V.B.A. The Lord die zich voor deze vennootschap solidair borg hadden gesteld. De appellant hield voor dat de bijdrageplicht van de borgen gelijk moest zijn en dat art. 1853 B.W. niet aan de orde kon zijn(1728). Nog volgens de appellant zouden integendeel, behoudens andersluidend beding in de overeenkomst, de borgen geacht moeten worden zich elk voor een gelijk deel te hebben verbonden. Alleszins zou dit principe gelden bij solidaire borgtocht. Het Hof van beroep stuurt de appellant naar huis op basis van de volgende motivering. In de rechtsleer wordt terecht verdedigd dat in navolging van art. 1214 B.W.(1729) voor het bepalen van de omvang van de onderlinge bijdrageplicht van de borgen rekening dient te worden gehouden met ieders persoonlijk belang bij de voldoening van de hoofdschuld, hetgeen ook geldt bij solidaire borgtocht. Wanneer vennoten zich aldus hebben borg gesteld voor een vennootschap, zou het in strijd zijn met

---

(1725) Cass. 21 februari 1981, *R.W.* 1980-81, 717, noot, *Pas.* 1980, I, 749, *R.C.J.B.* 1983, 39, noot M. VAN QUICKENBORNE en *T. Not.* 1981, 16, noot.

(1726) In het besproken vonnis wordt gesteld dat de borg die de schuld gedeeltelijk „afsloot”, overeenkomstig art. 2033 B.W. een verhaal heeft op de medeborgen in de gevallen voorzien in art. 2032 B.W. Wij vermoeden dat het hier om een materiële vergissing handelt en de rechtbank „betaalde” bedoelt.

(1727) *Rb. Turnhout 1 juni 1994*, *A.J.T.* 1994-95, 571, noot P. DE SMEDT.

(1728) Art. 1853, eerste lid B.W. (thans art. 30 W.Venn.) luidt: „Wanneer de akte van vennootschap het aandeel van elke vennoot in de winsten of verlies niet bepaalt, is ieders aandeel evenredig aan zijn inbreng”.

(1729) Art. 1214, lid 1 B.W. bepaalt: „De medeschuldenaar van een hoofdelijke schuld, die de gehele schuld voldaan heeft, kan van de overige schuldenaars niet méér terugvorderen dan wat ieders aandeel bedraagt”.

de logica en de billijkheid indien geen rekening zou worden gehouden met hun respectievelijke belangen in de vennootschap(1730).

**979.** SCHULD SLECHTS GEDEELTELIJK GEDEKT DOOR BORGTOCHT. GEDEELTELIJKE BETALING DOOR HOOFDSCHULDENAAR: TOEREKENING. — In één van de door haar ontwikkelde middelen tegen een arrest van het Hof van beroep te Gent, voerde de eiseres in cassatie een schending van de artikelen 1254, 1256, 2013 en 2036 B.W. aan. Er was door de verweerder in cassatie een borgtocht voor alle sommen aangegaan ten aanzien van de eiseres in cassatie (de N.V. Europabank), en dit voor alle bedragen door de hoofdschuldnaars verschuldigd aan de bank, doch beperkt tot een som van 300.000 frank. De hoofdschuldnaars werden failliet verklaard en de handelszaak werd gerealiseerd. Het Hof van beroep te Gent oordeelde dat de toerekening van de opbrengst van de realisatie van het handelsfonds diende te gebeuren op dat gedeelte van de schuld dat gedekt werd door de borgstelling.

De eiseres in cassatie bracht hiertegen in dat bij de borgtocht aangegaan voor een hoofdverbintenis die op het ogenblik van de borgstelling nog onbepaald is, waarbij de borgtocht wordt beperkt tot een bepaald bedrag, de borg tenminste die zekerheid heeft dat hij niet voor een hoger bedrag dan het overeengekomen bedrag zal kunnen aangesproken worden. Bij dergelijke borgtocht behoudt de borg, ook indien er solidariteit is, de voordelen van het accessoir karakter van de borgtocht en kan hij niet tot meer gehouden zijn dan waartoe de hoofdschuldnaar is gehouden (art. 2013 B.W.) en kan hij alle excepties verbonden aan de hoofdschuld ten aanzien van de schuldeiser invoeren (art. 2036 B.W.). Omwille evenwel van het feit dat de hoofdschuld hoger kan liggen dan de maximale schuld van de borg, zullen bepaalde excepties verbonden aan de hoofdschuld, zoals de gedeeltelijke betaling van de schuld, de borg (toch) niet noodzakelijkerwijs tot voordeel strekken. Wanneer in dat geval de hoofdschuldnaar zijn schuld gedeeltelijk kwijt, dan moet deze gedeeltelijke betaling ingevolge de artikelen 1254 tot en met 1256 B.W. eerst aangerekend worden op dat deel van de schuld dat de gewaarborgde som overschrijdt. Het Hof van cassatie volgt de eiseres — in de hiernavolgende mate — in deze redenering en vernietigt het arrest *a quo*. Na de principes van art. 2013 B.W. (borgtocht kan worden aangegaan voor slechts een gedeelte van de schuld) en art. 2036 B.W. (de borg kan zich tegen de schuldeiser beroepen op alle excepties die aan de hoofdschuldnaar toekomen) in herinnering te hebben gebracht, motiveert het Hof dat het aan de aard van de borgtocht beantwoordt dat de borg in beginsel en binnen de grenzen van de borgtocht gehouden blijft tot de schuld volledig is afbetaald. Hieruit volgt volgens het Hof dat als de borgtocht is aangegaan voor een gedeelte van de schuld, en de schuldenaar slechts een gedeelte van zijn

---

(1730) [Antwerpen 21 april 1997](#), *R.W.* 1997-98 (verkort), 26. Zie voor andere verwijzingen: E. DIRIX, „Borgtocht. Recente ontwikkelingen”, in E. DIRIX, e.a., *Borgtocht en garantie*, 1997, p. 32, nr. 38 (alsook voetnoot 118). De auteur verwijst eveneens naar de aangehaalde rechtsleer en naar een onuitgegeven arrest van het Hof van beroep te Antwerpen van 17 april 1997.



schuld betaalt, dit deel moet toegerekend worden eerst op dat deel van de schuld dat *niet* gedekt is door de borgtocht. Nu het bestreden arrest vaststelt dat geen overeenkomst over de toerekening werd gesloten en ook de borgstellingsakte zelf hieromtrent niets bepaalt, maar toch stelt dat de gedeeltelijke betaling (opbrengst van de handelszaak) moet toegerekend worden op het maximumbedrag waarvoor de borgtocht werd verleend, schendt het derhalve de art. 2013 en 2036 B.W.(1731).

**980.** SUBROGATIE (ART. 2029 B.W.). — De N.M.B.S. vertrouwde aan de firma Abfin de electrificatie van de lijn Ottignies-Charleroi toe. Tijdens de uitvoering van de werken kwam een werknemer van de N.M.B.S., door de spoorwegmaatschappij belast met de controle van de werken, om het leven toen hij door het begeven van een mechanisch element, geplaatst in het verleden door Abfin (destijds nog Abay geheten) van een hoogteplatform werd geslingerd. Van de openstaande bedragen die de N.M.B.S. nog aan Abay verschuldigd was, hield zij de bedragen door haar uitgekeerd naar aanleiding van het ongeval in. Het was Abfin die daarop de N.M.B.S. dagvaardde teneinde volledige betaling te bekomen. De N.M.B.S. vorderde blijkbaar bij wege van tegeneis om voor recht te zeggen dat Abfin het ingehouden bedrag wel degelijk verschuldigd was en dat de gerechtelijke compensatie tussen beide vorderingen zou uitgesproken worden. De spoorwegmaatschappij dagvaardde de BA-verzekeraars (exploitatie) (collectieve polis) teneinde deze *in solidum* te horen veroordelen tesamen met Abfin. De eerste rechter gaf de N.M.B.S. ongelijk en deze ging in beroep. Eén van de argumenten van de N.M.B.S. was een beroep op art. 2029 B.W.(1732). De N.M.B.S. beriep zich meerbepaald op reglement nr. 572 om haar recht om van een derde aansprakelijk voor een ongeval waarvan één van haar statutaire personeelsleden het slachtoffer werd, de sommen die zij heeft uitbetaald uit hoofde van haar hoedanigheid van wetsverzekeraar terug te vorderen. In dit reglement staat vermeld dat alle betalingen die de maatschappij in zo'n geval verricht, worden gedaan als borg en dat dergelijke betalingen het karakter hebben van voorschotten ten laste van de veroorzaker van het ongeval. Het Hof van Beroep te Brussel stelt vast dat deze reglementaire bepaling tegenstelbaar is aan derden, dat borgtocht kan aangegaan worden tot zekerheid van

---

(1731) Cass. 5 februari 1998, *A.J.T.* 1998-99, 488 en *T.B.H.* 1998, 754. Meinertzhagen-Limpens stelt dat het arrest van het Hof van Cassatie voor wat betreft het principe kan gevolgd worden. De auteur komt tot dezelfde oplossing als het Hof, zij het op een andere wijze. Haar redenering is gebaseerd op de toerekeningsregels die gelden voor de schuldenaar, gecombineerd met het principe van de accessoriteit, daar waar, volgens de auteur, die van het Hof van Cassatie erin bestaat de toerekeningsregels af te leiden *enkel* uit het principe van de accessoriteit (A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, „Le cautionnement partiel: un accessoire gênant”, *T.B.H.* 1998, 719).

(1732) Dit artikel luidt: „De borg die de schuld betaald heeft treedt in alle rechten die de schuldeiser had tegen de schuldenaar”.

toekomstige schulden (delictueel of quasi-delictueel) van een derde en dit zonder dat de derde hiertoe de opdracht heeft gegeven en zelfs buiten diens medeweten om. De N.M.B.S. kan zich dan ook tot de auteur van het ongeval richten in toepassing van art. 2029 B.W.(1733).

**981.** ART. 2037 B.W.: KARAKTER EN DRAAGWIJDTE. KWALIFICATIE VAN DE CONVENTIONELE AFWIJING. — De Rechtbank van koophandel te Charleroi bevestigde het principe dat art. 2037 B.W.(1734) van suppletief recht is en dat de toepassing ervan derhalve conventioneel kan uitgesloten worden(1735). Maar nu dergelijke derogatie moet beschouwd worden als een exoneratie van aansprakelijkheid, behelst dergelijk beding niet de exoneratie voor zware fout, zo dit niet uitdrukkelijk werd bedongen. Niettegenstaande het feit dat de toepassing van art. 2037 B.W. conventioneel uitgesloten was, gaat de Rechtbank dan ook na of Leasing van Breda een zware fout had begaan. Een zware fout wordt effectief weerhouden en de borggen worden ontslagen van hun verplichtingen(1736). In een eerder vonnis preciseerde de Rechtbank dat de exceptie van ondoeltreffende subrogatie toepassing vindt wanneer er door toedoen van de schuldeiser een verdwijning of vermindering van de rechten heeft plaatsgevonden waardoor de borg schade heeft geleden. Onder „toedoen van de schuldeiser” dient verstaan te worden niet alleen een positief handelen doch ook een niet-handelen of nalatigheid, of nog de niet-uitoefening van de rechten door de schuldeiser op een diligente wijze en met de vereiste ernst(1737).

Het karakter en de draagwijdte van art. 2037 B.W. en de kwalificatie van de contractueel daarvan afwijkende bedingen, kwamen ook aan bod in een leasingzaak behandeld door de Rechtbank van eerste aanleg te Verviers. Verweerders Cravatte en Cloes hadden met de N.V. Fidulease op 9 november 1988 een leasingcontract gesloten met als voorwerp de huurkoop van een Ford Transit. In het voorjaar van 1989 cedeerden deze partijen het betreffende contract aan de N.V. Menuibel en stelden zij zich hoofdelijk en ondeelbaar borg (ten aanzien van de leasingmaatschappij) voor Menuibel. Eind 1989 werden de borggen (Cravatte en Cloes) en de hoofdschuldenaar (de N.V. Menuibel) in gebreke gesteld. Nadat het leasingcontract door Fidulease gecedeerd werd aan de N.V. Fiducure, en deze laatste het contract had opgezegd eind 1991, ging de leasinggever in februari 1994 over tot dagvaarding. Na eraan herinnerd te hebben dat art. 2037 B.W. niet enkel de voor-

---

(1733) [Brussel 17 april 1996](#), *J.L.M.B.* 1996, 1497, noot P.H.. Zie uitgebreid over de kwalificatie als borgtocht van de betreffende reglementaire bepaling: M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* in *A.P.R.*, 1999, p. 95, nr. 184.

(1734) Dit artikel luidt: „De borg is ontslagen, wanneer hij door toedoen van de schuldeiser niet meer in de rechten, hypothecken en voorrechten van die schuldeiser kan treden”.

(1735) Zie ook: [Bergen 13 december 1996](#), *J.L.M.B.* 1997, 1201 en *J.T.* 1997, 410.

(1736) [Kh. Charleroi 14 oktober 1995](#), *J.L.M.B.* 1997, 1665.

(1737) [Kh. Charleroi 12 oktober 1993](#), *J.L.M.B.* 1995, 795, noot P. KILESTE.

rechten *strictu sensu* behelst, doch dit artikel ook inhoudt dat de schuldeiser welkdanig recht dan ook dat hij kan laten gelden ten aanzien van de hoofdschuldenaar en dat van aard is om de recuperatie van de schuldvordering te bevorderen, moet vrijwaren, stelt de Rechtbank dat de borg evenwel niet zal ontslagen zijn voor zover hij zelf heeft bijgedragen tot de frustrering van zijn subrogatie. Als de schuldeiser evenwel een onverschoonbare fout heeft begaan, kan deze toch nog aangesproken worden door de borg, zelfs als deze afstand heeft gedaan van de mogelijkheid zich te beroepen op art. 2037 B.W., en dit op basis van het gemeen recht. Deze afstand is op zich zonder meer mogelijk nu art. 2037 B.W. geen bepaling van dwingend recht is. De clausules die afwijken van art. 2037 B.W. moeten beschouwd worden als exoneratieclausules(1738).

Het Hof van beroep te Bergen oordeelde dat het algemene pand van de schuldeiser op het vermogen van zijn debiteur niet valt onder het „zekerheidsbegrip” uit art. 2037 B.W.(1739). De enkele insolventie van de hoofdschuldenaar, al is deze veroorzaakt door de schuldeiser, geeft geen toepassing van art. 2037 B.W. en ontslaat de borg dus niet van zijn verplichtingen(1740).

**982.** ART. 2037 B.W. TOEGEPAST. — In de onderzochte periode kregen heel wat hoven en rechtbanken de gelegenheid om art. 2037 B.W. toe te passen.

**983.** BORGSTELLING BEDONGEN DOOR O.C.M.W. AANSPREKEN VAN DE BORG. TOEPASSING VAN ART. 2037 B.W. — Het Hof van beroep te Antwerpen kreeg het volgende geval voorgeschied. V. wenste zich in de herfstdagen van haar leven terug te vestigen in haar geboortestreek, meerbepaald in de gemeente Stein. Omdat deze gemeente de inschrijving van V. in de bevolkingsregisters weigerde, nam V. uiteindelijk haar intrek in het O.C.M.W.-rusthuis van Maasmechelen. Het O.C.M.W.(-rusthuis) legde na de opname van V. een borgstellingsakte voor aan geïntimeerde voor de kosten van de opname, ingeval V. over te weinig inkomsten zou blijken te beschikken. V. genoot een pensioen van 22.000 frank en geïntimeerde was een gepensioneerde mijnwerker met 7 meerderjarige kinderen. Uiteindelijk beliepen de kosten, ná compensatie met de spaargelden van V., 80.683 frank ter betaling waarvan geïntimeerde werd aangesproken. In beroep krijgt het O.C.M.W. er van het Hof van langs. Niet alleen wordt het O.C.M.W. verweten geen voorafgaand sociaal onderzoek te hebben gevoerd en schromelijk te zijn te kort gekomen aan de verplichtingen van behoorlijk bestuur voor wat betreft de informatie die diende verstrekt te worden aan de (kandidaat-)borgsteller

---

(1738) [Rb. Verviers 9 augustus 1995](#), *J.L.M.B.* 1996, 1572, noot Cl.P.

(1739) [Bergen 28 maart 1995](#), *T.B.H.* 1996, 69; [Bergen 13 december 1996](#), *J.L.M.B.* 1997, 1201 en *J.T.* 1997, 410.

(1740) [Bergen 13 december 1996](#), *J.L.M.B.* 1997, 1201 en *J.T.* 1997, 410.

nopens de financiële implicaties van de borgstelling(1741). Eveneens wordt het O.C.M.W. aangewreven in strijd met art. 1134 B.W. (uitvoering te goeder trouw van de borgstellingsovereenkomst) en art. 2037 B.W. te hebben gehandeld, door niet het minste initiatief te hebben ondernomen om de schuld te verhalen op het O.C.M.W. St.-Truiden (naar wij vermoeden het O.C.M.W. van de gemeente waar V. gedomicilieerd was), waaraan nog geeneens de opname van V. werd meegedeeld. Er wordt overwogen dat dergelijke houding niet strookt met wat van een normaal en zorgvuldig O.C.M.W. mag worden verwacht(1742).

**984.** ART. 2037 B.W. EN DE REALISATIE VAN HET GELEASDE VOERTUIG DOOR DE LEASINGMAATSCHAPPIJ. — De eerste kamer van de Rechtbank van koophandel te Charleroi oordeelde dat in principe de leasinggever, door het voertuig dat het voorwerp uitmaakt van het leasingcontract te verkopen en daarbij niet op de best mogelijke wijze de belangen van de borggen behartigen, art. 2037 B.W. kan schenden. De C.V. ACM Lagneau leasede middels contract van 10 oktober 1988 van de Citibank een Subaru Break (aankoopwaarde 390.000 frank excl. B.T.W.). De Heer Lagneau en diens echtgenote stelden zich borg voor de verbintenissen van de vennootschap uit hoofde van het leasingcontract. De vennootschap ging begin 1991 failliet en de curator restitueerde het voertuig aan de bank die het doorverkocht voor de prijs van 97.000 frank, na herstellingen aan het voertuig te hebben laten uitvoeren ten belope van 45.000 frank. De bank trachtte haar vordering, die na realisatie nog een kleine 70.000 frank bedroeg, te recupereren via een loonbeslag lastens mevrouw Lagneau. Toen die verzet aantekende, debiteerde de bank de zichtrekening van de echtgenoten Lagneau blijkbaar ten belope van het creditsaldo, waarop de bank gedagvaard werd tot het betalen van schadevergoeding. Bij wijze van tegeneis vorderde de bank de veroordeling tot betaling van het nog openstaande saldo. Wat de toepassing van art. 2037 B.W. betreft, hekelden de borggen de wijze waarop de bank het voertuig te gelde had gemaakt. De feiten desbetreffend waren de volgende: de bank had aan een B.V.B.A. een verkoopfactuur uitgeschreven ten belope van het hogervermelde verkoopbedrag en er bestond een contract tussen de B.V.B.A. en de bank waarin gestipuleerd werd dat de B.V.B.A. de wagens aangeboden door de bank moest terugkopen tegen de Fegarbel-tarieven vermeerderd met 15%. Bovendien kon de bank aantonen dat de waarde van het voertuig op het ogenblik van de verkoop volgens de tarieven ongeveer overeenkwam met de van de B.V.B.A. ontvangen koopprijs vermeerderd met de herstellingskosten door een derde aan de B.V.B.A. aangerekend. De Rechtbank onderzoekt

---

(1741) Van Quickenborne betwijfelt of als algemene regel kan vooropgesteld worden dat de schuldeiser de lekenborg zou moeten inlichten over de draagwijdte en de omvang van de verbintenis die hij ondertekent, dit om reden dat er geen reden is om het bestaan van een vertrouwensrelatie tussen de borg en de schuldeiser aan te nemen. Wel keurt hij de motivering van het Hof *in casu* en wegens de bijzondere omstandigheden van de zaak toch goed (M. Van Quickenborne, *Borgtocht* in *A.P.R.*, 1999, p. 221, nr. 423).

(1742) [Antwerpen 4 november 1997](#), *T.B.B.R.* 1998 (verkort), 367.

eerst of de bank de herstelkosten wel ten laste van de borggen mag leggen, en beantwoordt deze vraag negatief. De bank had namelijk niet de door haar eigen algemene voorwaarden voorziene procedure van de redactie van een proces-verbaal van vaststelling nageleefd en al evenmin had zij de borggen op de hoogte gehouden van de uitgevoerde herstellingswerken. Na eraan herinnerd te hebben dat de exceptie van ondoeltreffende subrogatie toepassing vindt wanneer er door toedoen van de schuldeiser een verdwijning of vermindering van de rechten heeft plaatsgevonden waardoor de borg schade heeft geleden en dat onder „toedoen van de schuldeiser” dient verstaan te worden niet alleen een positief handelen doch ook een niet-handelen of nalatigheid en de niet-uitoefening van de rechten door de schuldeiser op een diligente wijze en met de vereiste ernst, beslist de Rechtbank dat aan de bank in het kader van art. 2037 B.W. zou kunnen verweten worden dat zij het voertuig aan een abnormaal lage prijs verkocht heeft. De debatten worden dan ook heropend(1743).

Ook in 1995 mocht de eerste kamer van de Rechtbank van koophandel te Charleroi zich uitspreken over de toepassing van art. 2037 B.W. naar aanleiding van de tengeldemaking van het geleasede materiaal door de leasinggever. Ditmaal had de N.V. Avico bij Leasing van Breda enige leasingcontracten aangegaan met als voorwerp kantoor materiaal, naar aanleiding waarvan de bestuurders van de vennootschap, de heren Degreef en Nimal, zich hoofdelijk borg hadden gesteld voor de verbintenissen van de N.V. Op 18 juni 1991 werd het gerechtelijk akkoord wegens ontoereikend actief aangevraagd door de vennootschap toegestaan, en werden twee vereffenaars aangesteld. Nadat de leasinggever een aangifte van schuldvordering had gedaan en het materieel ten gelde had gemaakt, dagvaardde hij de borggen tot betaling van het verschuldigde saldo. Eerder hadden de borggen zelf de leasingmaatschappij en de vereffenaars gedagvaard teneinde zich van hun verbintenissen te horen ontslagen verklaren in toepassing van art. 2037 B.W. Ook in deze uitspraak wijst de Rechtbank erop dat de exceptie van ondoeltreffende subrogatie toepassing vindt wanneer er door toedoen van de schuldeiser een verdwijning of vermindering van de rechten heeft plaatsgevonden waardoor de borg schade heeft geleden. De rechter stelt dat in theorie de leasinggever zou kunnen verweten worden dat hij het materieel niet met de nodige spoed en in het beste belang van de borg heeft verkocht(1744). *In casu* wierp Van Breda evenwel op dat de toepassing van art. 2037 B.W. conventioneel

---

(1743) [Kh. Charleroi 12 oktober 1993](#), *J.L.M.B.* 1995, 795, noot P. KILESTE. In de noot onder het besproken vonnis verdedigt Kileste de stelling dat de Rechtbank had kunnen volstaan met art. 2036 (lid 1) B.W. in te roepen en een beroep op art. 2037 B.W. overbodig was. Zie ook de voetnoot hierna.

(1744) De rechtspraak is in de loop der jaren in die zin geëvolueerd dat art. 2037 B.W. niet alleen wordt toegepast wanneer de schuldeiser het preferentieel recht juridisch heeft prijsgegeven (de titel), maar ook indien de waarde of de materiële omvang van het onderpand van het preferentieel recht (het *emolumentum*) door het toedoen van de schuldeiser deprecieerde (M. VAN QUICKENBORNE, „Ondoeltreffende subrogatie en verval van borgtocht”, *T.P.R.* 1996, p. 377, nr. 20). Het een en ander tegen wat een letterlijke lezing van art. 2037 B.W. zou laten vermoeden.

uitgesloten was. De Rechtbank bevestigt het principe dat art. 2037 B.W. van suppletief recht is en dat de toepassing ervan conventioneel kan uitgesloten worden, doch nu dergelijke derogatie moet beschouwd worden als een exoneratie van aansprakelijkheid, dergelijk beding niet geacht wordt de exoneratie voor zware fout te behelzen zo dit niet uitdrukkelijk werd bedongen. De Rechtbank gaat dan ook na of de leasinggever zich heeft bezondigd aan een zware fout bij de tegeldemaking van het materieel. De Rechtbank herkent *in casu* een zware fout in het feit dat de leasinggever een factuur had uitgeschreven voor de verkoop van een gedeelte van het materieel aan een derde op 2 december 1991 en op het ogenblik van de debatten nog steeds het gefactureerde bedrag niet had geïnd. De borggen worden dan ook ontslagen van hun verbintenissen ten belope van het niet-geïnde bedrag(1745).

**985.** ART. 2037 B.W. EN DE LAATTIJDIGE KENNISGEVING DOOR DE FINANCIERINGSMAATSCHAPPIJ AAN DE BORG VAN ACHTERSTALLEN IN HOOFDE VAN DE HOOFDSCHULDENAAR. DEPRECIATIE VAN HET GEFINANCIERDE VOERTUIG DOOR TIJDSVERLOOP. — Ook de Vrederechter van Seraing honoreerde in de onderzochte periode een beroep op art. 2037 B.W. De financieringsmaatschappij van Renault, de N.V. Renault crédit, kende aan mevrouw D. een lening op afbetaling toe voor de financiering van een Renault 21. W. stelde zich hoofdelijk en ondeelbaar borg voor de nakoming van de verbintenissen onderschreven door D. De eerste afbetaling diende te geschieden op 5 mei 1989, en bij normale uitvoering van de overeenkomst, de laatste op 5 april 1993. Op 28 september 1993 werd W. ingebreke gesteld om uit hoofde van diens borgstelling een bedrag in hoofdsom te betalen overeenstemmend met 10 mensualiteiten, te vermeerderen met de *accessoria*. Op 7 oktober 1993 overleed mevrouw D. Er bleek uit de voorgelegde stukken dat T. na het overlijden van mevrouw D de wagen in bewaring had genomen doch deze had beschadigd in een ongeval. T. had de financieringsmaatschappij aangeboden de (herstelde) auto terug te bezorgen. Blijkbaar had Renault crédit de wagen niet teruggenomen. Er bleek dat de schuld reeds volledig opeisbaar was gesteld sinds 25 mei 1990, wegens de achterstal van twee mensualiteiten. Ingevolge deze opeisbaarstelling zou D. haar afbetalingen hervatten, maar zij zou de 2 achterstallige mensualiteiten nooit (geheel) aanzuiveren. De borg werd niet in kennis gesteld van de achterstallen, met de opeisbaarstelling tot gevolg. De vrederechter stelt vast dat de borg aldus niet in de mogelijkheid werd gesteld om een vordering te stellen tegen D. uit hoofde van art. 2032 B.W. De vrederechter neemt het de financieringsmaatschappij kwalijk dat zij pas in september 1993, hetzij drie jaar na de opeisbaarstelling van het krediet en meer dan vijf maanden na de theoretische beëindiging van de kredietovereenkomst, de borg heeft ingebreke gesteld en dan nog voor tien achterstallige mensualiteiten. Door het tijdsverloop is de wagen in waarde verminderd, wagen waarop de financieringsmaatschappij een eigendoms-

---

(1745) Kh. Charleroi 14 oktober 1995, *J.L.M.B.* 1997, 1665.





voorbehoud kon uitoefenen, of het voorrecht van de niet-betaalde verkoper. Hierdoor heeft de borg de mogelijkheid verloren nuttig te worden gesubrogeerd in de rechten van de schuldeiser, waarvoor de schuldeiser aansprakelijk is, en dit wegens het niet-tijdig verwittigen van de borg van de opeisbaarheid van de schuld(1746).

**986.** ART. 2037 B.W. EN DE PLICHTEN VAN DE SCHULDEISER. — In het reeds eerder besproken geval van de borgstelling voor de ouders, oordeelde het Hof van beroep te Bergen dat door (niet) te handelen de borgen zelf hun rechten *ex art. 2032, 4<sup>o</sup> B.W.*(1747) (en dus *ex art. 2037 B.W.*) hebben gefrustreerd, zodat zij zelf aansprakelijk moeten worden geacht voor de schade die zij hebben geleden (zijnde hun aanspraak als borgen en de niet-recupereerbaarheid ten aanzien van de hoofdschuldenaars)(1748).

**987.** DE ENKELE INSOLVABILITEIT VAN DE HOOFDSCHULDENAAR BRENGT GEEN TOEPASSING VAN ART. 2037 B.W. MEE. — In de onderzochte periode oordeelde het Hof van beroep te Bergen dat de enkele insolvabiliteit van de hoofdschuldenaar, al is deze veroorzaakt door de schuldeiser, geen toepassing geeft van art. 2037 B.W. en de borg dus niet ontslaat van zijn verplichtingen(1749).

**988.** ART. 2037 B.W. EN DE WIJZE VAN UITOEFENING VAN HET VOORRECHT VAN DE NIET-BETAALDE VERHUURDER. — De Belgolaise bank stelde zich borg voor de B.V.B.A. Three Stars ten belope van een maandelijks bedrag gelijk aan de maandelijks te betalen huurgelden met een plafond vastgesteld op de huur op jaarbasis. De verhuurder dagvaardde de bank voor de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel. Eén van de verweermiddelen van de bank was art. 2037 B.W. Meerbepaald werd de verhuurder verweten dat deze zou nagelaten hebben zich op een efficiënte wijze te beroepen op zijn voorrecht van de niet-betaalde verhuurder. De Rechtbank stelt vast dat geen van de twee voorwaarden om toepassing van art. 2037 B.W. te maken (verlies of vermindering van de rechten of van de zekerheden door het toedoen van de schuldeiser en het lijden van schade door de borg), aanwezig zijn. De Rechtbank herinnert de bank eraan dat de verhuurder zich in zijn aangifte van schuldvordering (in het faillissement van de B.V.B.A.-huurder) heeft beroepen op z'n voorrecht en ook de opname in het bevoorrecht passief heeft bekomen. Bovendien kan men de verhuurder niet verwijten om het initiatief aan de curator te hebben gelaten om de goederen waarop het voorrecht kon uitgeoefend worden ten

---

(1746) [Vred. Seraing 15 september 1995](#), *J.L.M.B.* 1996, 445.

(1747) Dit artikel luidt: „De borg kan, zelfs voordat hij betaald heeft, de schuldenaar in rechte aanspreken om door hem schadeloos gesteld te worden indien de schuld opeisbaar is geworden door het verschijnen van de termijn waarop zij betaalbaar was gesteld”.

(1748) [Bergen 28 maart 1995](#), *T.B.H.* 1996, 69. Voor een gedetailleerder feitenrelaas, zie *supra* randnr. 974.

(1749) [Bergen 13 december 1996](#), *J.L.M.B.* 1997, 1201 en *J.T.* 1997, 410. Voor het feitenrelaas, zie *supra* randnr. 957.

gelde te maken, en dit in tegenstelling tot wat de bank voorhoudt, namelijk dat aldus van de opbrengst van de verkoop de erelonen van de curator werden afgehouden. De Rechtbank laat nog gelden dat in de hypothese dat de verhuurder al zonder verzet van de curator zelf tot de tegeldemaking van de goederen zou overgegaan zijn, deze ook een beroep zou gedaan hebben op professionelen wiens erelonen en kosten het verkoopresultaat ook hadden kunnen bezwaren(1750).

**989.** ART. 2037 B.W. EN HET NALATEN HET VOORRECHT VAN DE NIET-BETAALDE VERKOPER TE DOEN ONTSTAAN. — Zoals reeds hoger aangehaald, oordeelde de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel dat de hoofdelijke borg, die zich niet uitdrukkelijk in de borgstellingsakte als medeschuldenaar van de hoofdverbintenis bestempelde, een subsidiaire positie onderscheiden van de hoofdschuldenaar behoudt(1751), en dat de hoofdelijke borg zich aldus op art. 2037 B.W. mag beroepen (behoudens uitdrukkelijke verzaking hieraan). De borg hield voor dat hij ontslagen was van zijn verbintenissen, gezien de afwezigheid van een zakelijke zekerheid en meerbepaald van het voorrecht van de onbetaalde verkoper in hoofde van de schuldeiser (de N.V. Ciba-Geigy) en dit wegens de niet-tijdige neerlegging van de facturen ter griffie. De Rechtbank wijst de opgeworpen exceptie *ex art. 2037 B.W.* evenwel als ongegrond af. *In casu* verhandelde Plastilux (de hoofdschuldenaar) immers chemische grondstoffen die door Ciba-Geigy onmiddellijk werden verwerkt in betonvloeren. De verkochte goederen waren dan ook geen bedrijfsmateriaal dat verder individualiseerbaar en herkenbaar in het bezit van de koper bleef. Bovendien werden de chemische grondstoffen onroerend door incorporatie, doch kunnen zij niet bestempeld worden als machines, toestellen en gereedschappen zoals bedoeld in de uitzonderingsbepaling van art. 20, 5<sup>o</sup>, 2e lid Hyp.W. De Rechtbank overweegt tenslotte dat het neerleggen van de facturen binnen de vijftien dagen na de leveringen terzake geen invloed kon hebben op de recuperatie van de vordering van de schuldeiser, waarvan de leveringen over een lang tijdsverloop geschieden, zodat deze leveringen op datum van een uitvoerbaar vonnis voor de rechtbank van koophandel, jaren na de eerste levering en maanden na de laatste factuur, inmiddels reeds doorverkocht werden en verwerkt werden en aldus geen identificeerbare machines of bedrijfsmateriaal betreffen(1752).

---

(1750) Rb. Brussel 28 april 1995, *J.L.M.B.* 1997, 1219. Voor het feitenrelaas, zie *supra* randnr. 951.

(1751) Zie eveneens: M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in A.P.R.*, 1999, p. 210-212, nrs. 407-410.

(1752) Rb. Brussel 5 februari 1996, *Pas.* 1995, III, 70, *T.B.B.R.* 1996 (verkort), 348 en *T.B.B.R.* 1997 (verkort), 120. Voor het feitenrelaas, zie *supra* randnr. 952.



## RECHTEN EN PLICHTEN VAN DE SCHULDEISER

**990.** INFORMATIE- EN ONDERZOEKSPLICHT. — Het O.C.M.W.-rusthuis van Maasmechelen legde na de opname van V. een borgstellingsakte voor aan geïntimeerde voor de kosten van de opname, mocht V. over te weinig inkomsten blijken te beschikken. V. genoot een pensioen van 22.000 frank en geïntimeerde was een gepensioneerd mijnwerker met 7 meerderjarige kinderen. Uiteindelijk beliepen de kosten, ná compensatie met de spaargelden van V., 80.683 frank, ter betaling waarvan geïntimeerde werd aangesproken. Het Hof van beroep te Antwerpen oordeelt dat, gelet op de concrete omstandigheden van het geval, het O.C.M.W. een voorafgaand sociaal onderzoek had moeten uitvoeren, wat van een normaal zorgvuldig O.C.M.W. in dergelijk geval mag verwacht worden. Vervolgens verwijt het Hof het O.C.M.W. schromelijk te zijn te kort gekomen aan de verplichtingen van behoorlijk bestuur voor wat betreft de informatie die diende verstrekt te worden aan de (kandidaat-)borgsteller, nopens de financiële implicaties van de borgstelling(1753).

**991.** DE ARTIKELEN 1134, LID 3 EN 1135 B.W. EN DE GOEDE TROUW IN DE BORGTOCHT. — Blijkbaar moet er af en toe aan herinnerd worden dat ook de borgstellingsovereenkomst te goeder trouw moet worden uitgevoerd.

De borg stelde zich borg voor de kosten van opname van de hoofdschuldenaar in het O.C.M.W.-rusthuis te Maasmechelen. Het Hof van beroep te Antwerpen wreef het O.C.M.W. aan in strijd te hebben gehandeld met art. 1134 B.W. (uitvoering te goeder trouw van de borgstellingsovereenkomst), door niet het minste initiatief te hebben ondernomen om de schuld van de hoofdschuldenaar te verhalen op het O.C.M.W. St.-Truiden (naar wij vermoeden het O.C.M.W. van de gemeente waar de hoofdschuldenaar gedomicilieerd was), waaraan nog geeneens de opname van de hoofdschuldenaar werd meegedeeld. Er wordt overwogen dat dergelijke houding niet strookt met wat van een normaal en zorgvuldig O.C.M.W. mag worden verwacht(1754).

De Vrederechter van het derde kanton van Luik oordeelde in de onderzochte periode dat art. 1134, lid 3 B.W. voor de kredietverlener ten aanzien van de borg verplichtingen tot informatie, gematigdheid en medewerking impliceert. Het ging daarbij om de volgende feiten. De N.V. Auto-constant

(1753) [Antwerpen 4 november 1997](#), *T.B.B.R.* 1998 (verkort), 367. Van Quickenborne betwijfelt of als algemene regel kan vooropgesteld worden dat de schuldeiser de lekenborg zou moeten inlichten over de draagwijdte en de omvang van de verbintenis die hij ondertekent, dit om reden dat er geen reden is om het bestaan van een vertrouwensrelatie tussen de borg en de schuldeiser aan te nemen. Wel keurt hij de motivering van het Hof *in casu* en wegens de bijzondere omstandigheden van de zaak toch goed (M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* in *A.P.R.*, 1999, p. 221, nr. 423). Voor een uitgebreid(er) feitenrelaas, zie *supra* randnr. 959.

(1754) [Antwerpen 4 november 1997](#), *T.B.B.R.* 1998 (verkort), 367. Voor een uitgebreid(er) feitenrelaas, zie *supra* randnr. 959.



verkocht een Wrangler-jeep aan de zoon van de hoofdelijke en ondeelbare borgen, waarbij een deel van de koopprijs onmiddellijk werd betaald en het overige deel door middel van een krediet aangegaan bij de N.V. Alpha Crédit, krediet som die terug te betalen was in 60 mensualiteiten. Bij aangetekend schrijven zond de kredietverlener in april 1993 aan de ontlener (de zoon) een ingebrekestelling om twee achterstallige mensualiteiten door deze opgelopen binnen de maand te voldoen, bij gebreke waaraan het krediet volledig opeisbaar zou worden gesteld en de forfaitaire schadevergoeding zou gegeneerd worden. Pas bij schrijven van 25 januari 1995 werden de borgen in gebreke gesteld, en dit nadat het kwestieuze voertuig door de kredietverlener werd ten gelde gemaakt. De vrederechter ziet in deze gedragingen, of beter gezegd omissies, een schending van de art. 1134, lid 3 en 1135 B.W. Als schadevergoeding voor de niet-uitvoering te goeder trouw door de kredietverlener van de overeenkomst (uitvoering te goeder trouw die verplichtingen tot informatie, gematigdheid en medewerking impliceert), weerhoudt de vrederechter het verschil tussen de bekomen prijs en de echte waarde van het voertuig, die de rechtbank na enig rekenwerk zelf vaststelt(1755).

In het hoger vermelde geval(1756), waarbij de leasinggever na opzegging van het leasingcontract vier jaar wachtte alvorens het geleasde voertuig van de leasingnemer te hebben teruggevraagd, beriepen de borgen zich op art. 1382 en 1383 B.W. en op art. 1134, al. 3 B.W. teneinde onder hun borgstelling uit te komen. De Rechtbank van eerste aanleg te Verviers volgt de borgen hierin en weerhoudt dat de leasinggever het contract niet te goeder trouw heeft uitgevoerd door het gehuurde voertuig pas vier jaar na de opzegging van het contract te hebben teruggevraagd. Het feit dat   n van de partijen zich borg heeft gesteld mag de andere partijen er niet toe aanzetten om alleen op dit contract te rekenen. Door het niet voldoen door de schuldeiser aan de loyauteitsplicht, stelt de Rechtbank vast dat de vordering op de borgen exorbitant is opgelopen en zij aldus schade lijden, waarop de vordering van de leasinggever als ongegrond wordt afgewezen(1757)

**992.** VERHAAL OP ERFGENAMEN VAN DE BORG. — Het Hof van beroep te Gent weigerde om voor recht te zeggen dat een bedrag moest opgenomen worden in het passief van een nalatenschap, nu er van enige (eisbare) schuld geen sprake was. De overledene had een krediet van 12 miljoen aangegaan bij de B.B.L., gedekt door een hypothecaire inschrijving en door een hoofdelijke en solidaire borgstelling van wijlen zijn echtgenote. Het Hof stelt vast dat er geen sprake is van een opeisbare verbintenis in hoofde van de borg, (onder

---

(1755) Vred. Luik (III), 15 december 1995, *T. Vred.* 1997, 366. De Vrederechter had eventueel ook kunnen grijpen naar art. 2037 B.W. Voor voorbeelden desbetreffend in gelijkaardige gevallen, zie hoger onder afdeling 4 van dit hoofdstuk.

(1756) Zie *supra* randnr. 981.

(1757) *Rb. Verviers 9 augustus 1995*, *J.L.M.B.* 1996, 1572, noot Cl.P. Wij menen dat de rechtbank te ver gaat in haar sanctionering van de eiser. Had zij niet de vordering van de schuldeiser moeten verminderen met de door de borgen geleden schade in plaats van de gehele vordering af te wijzen?

meer) gelet op het feit dat het krediet niet werd opgezegd en de borg niet in gebreke werd gesteld(1758).

**993.** BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE KREDIETGEVER. — De eiseres, kredietinstelling, dagvaardde de borg tot betaling uit hoofde van een borgstelling voor een lening op afbetaling toegestaan aan de invalide dochter van de borg. De borg betwistte de vordering van de kredietinstelling, stellende dat deze laatste zelf aansprakelijk was voor de wanbetaling van de ontlener. Nog volgens de borg zou de kredietgever met miskenning van de algemene zorgvuldigheidsnorm *ex art.* 1382 B.W. immers krediet hebben verstrekt aan een onvermogene. De borg vorderde dan ook bij wege van tegeneis de terugbetaling van de reeds door hem betaalde sommen meer een schadevergoeding. Uit de „beslissingsfiche” van de bank bleek dat deze, gegeven een weinig rooskleurige financiële toestand van de ontlener, een lening had toegestaan, terug te betalen in mensualiteiten ten belope van 7.915 frank. De kredietgever leidde uit de beslissingsfiche af dat er een ernstig onderzoek naar de kredietwaardigheid van de ontlener was gebeurd en dat een bijkomende garantie in de vorm van een borg vereist was. De Vrederechter van het tweede kanton van Kortrijk stelt vast dat eiseres niet kan ontkennen dat de borg de enige zekerheid was en dat het onvermogen van de ontlener van in den beginne vaststond. De Vrederechter weerlegt dan ook de betwisting van de aansprakelijkheid door de kredietgever. Vooreerst wordt vastgesteld dat derden, waaronder borgen, zich onder bepaalde omstandigheden kunnen beroepen op de aansprakelijkheid van de kredietverstrekker, wanneer hij krediet verleende met miskenning van art. 1382 B.W. Door het krediet toe te kennen heeft de kredietgever, nog volgens de Vrederechter, ten aanzien van de borgsteller, vader van de hoofdschuldenaar, enige kredietwaardigheid en dus een schijn van solvabiliteit geschapen, waardoor deze ertoe werd aangezet om zich borg te stellen en meer nog, hiertoe moreel gedwongen werd. De Vrederechter oordeelt dat het aanneembaar is dat een vader, die de goede verstandhouding met zijn kinderen wenst te behouden, niet kan weigeren borg te staan voor een krediet dat aan zijn dochter werd verstrekt door een professioneel kredietverstrekker. Deze mag geacht worden de kredietwaardigheid van zijn dochter beoordeeld te hebben(1759). De kredietgever wordt dan ook veroordeeld tot het vergoeden van de door de borg geleden schade, die volgens de Vrederechter bestaat uit de „gevolgen” van de borgstelling voor deze partij. Vervolgens compenseert de Vrederechter hetgeen waarop de kredietgever uit hoofde van het borgstellingscontract recht heeft met wat op quasi-delictuele grondslag verschuldigd is als schadevergoeding. Tot slot wordt de tegeneis van de borg toegekend voor

---

(1758) [Gent 27 januari 1995](#), *Rec. gén. enr. not.* 1996, 145, noot.

(1759) Wij onderschrijven de terechte bedenkingen van De Boeck (zie de noot onder het besproken vonnis, p. 1451, al. 1, *in fine*), dat men zich de vraag kan stellen of men er niet van kan uitgaan dat de vader de financiële toestand van zijn mindervalide dochter net wél kende of behoorde te kennen. Wars hiervan (feitenkwestie) rust ook op de borg een onderzoeksplicht.



wat betreft de vordering tot terugbetaling van het reeds aan de kredietgever betaalde(1760).

In het hoger reeds meermaals aangehaalde geval(1761) liep de B.B.L. uiteindelijk toch tegen een veroordeling aan, zij het dat het Hof van beroep te Bergen de geïntimeerden niet helemaal volgt in hun argumentatie. De geïntimeerden (de borgstellers dus) hielden meerbepaald voor dat de bank, door overschrijdingen van het kaskrediet in totale disproportie tot het toegestane krediet toe te laten, een fout zou begaan hebben in haar raadgevingsplicht, door de zaakvoerders van de B.V.B.A. (kredietneemster) te laten geloven dat de onderneming perspectieven had, hoewel zij in werkelijkheid noch de juridische, noch de financiële structuur had aangepast aan de door haar ontplooidde activiteiten. Anderzijds werd de bank verweten dat zij gespeculeerd had op de onmogelijkheid van de vennootschap de overbeschikking aan te zuiveren, zodat de bank aldus geprofiteerd heeft van de verhoogde debetintresten verschuldigd bij overbeschikking. Het Hof van beroep veegt dit argument van tafel op grond van de overweging dat de geïntimeerden de bank niet verwijten hen een kaskrediet te hebben toegestaan eerder dan een krediet op lange termijn en dat zij er niet konden naast kijken dat een kaskrediet duurder en meer risicovol is dan een inbreng van eigen middelen door de vennoten en dat een overbeschikking aanleiding geeft tot een bijkomende vergoeding in hoofde van de bank. Onder andere nog omdat op het ogenblik van de overbeschikkingen de B.V.B.A. er nog in geloofde om haar activiteiten verder te zetten, niettegenstaande de afwezigheid van eigen vermogen en het gebrek aan intentie tot kapitaalverhoging, ontwaart het Hof geen enkel element dat erop kan duiden dat de borgstellers ervan konden uitgaan dat op het ogenblik dat zij zouden worden aangesproken, de schuld ingevolge het kaskrediet zich zou beperken tot 500.000 frank. Nochtans, vervolgt het Hof, en niettegenstaande het feit dat de herhaalde overbeschikkingen in principe geen wijziging van de initiële kredietovereenkomst impliceren, zodat de kredietnemer niet op deze overbeschikkingen mag rekenen, noch op hun behoud, noch op hun hernieuwing, komt het aan de bankier toe om op voorzichtige wijze en rekening houdende met de ongemakken die dat zal meebrengen voor de cliënt een einde te stellen aan de overschrijdingen. Met verwijzing naar van Ommeslaghe en Buyle, stelt het Hof vast dat de bankier die op een brutale wijze een einde stelt aan de overbeschikking, niettegenstaande het toekennen van een termijn voor hem geen ongemakken meebrengt, en zonder oog te hebben voor de zware gevolgen die deze beslissing kan meebrengen voor de kredietnemer, rechtsmisbruik pleegt. De bank heeft dan ook *in casu* door *de bruuske opzegging van het krediet*, zonder enige valabele reden en zonder consideratie voor de nefaste mogelijke gevolgen voor de zaken van haar cliënte, haar aansprake-

---

(1760) Vred. Kortrijk (II) 7 februari 1995, *R.W.* 1994-95, 1447, noot A. DE BOECK. In de noot onderzoekt De Boeck de aansprakelijkheid van de bank jegens de borg naar aanleiding van de kredietverlening aan een insolvabele consument.

(1761) Zie *supra* randnr. 960.



lijkheid in het gedrang gebracht. Door de haast waarmee de bank is te werk gegaan om haar fondsen te recupereren, heeft zij aan de vennootschap een reële kans ontnomen financieel te herstructureren, haar activiteiten voort te zetten, het faillissement te vermijden en aldus de bank terug te betalen. Voor de borgen betekent dit dat hen hierdoor de kans werd ontnomen om hun borgstellingsverbintenissen niet te moeten honoreren, hun activiteiten voort te zetten in de schoot van de B.V.B.A., te genieten van eventuele uitkeringen van dividend én het vermijden van de morele schade die zij hebben geleden door het faillissement van de vennootschap. Vervolgens wordt de bank veroordeeld tot een forfaitaire schadevergoeding(1762).

Ook in een andere zaak moest de B.B.L. zich verantwoorden voor het Hof van beroep te Bergen. De borgen solliciteerden de aansprakelijkheid van de bank in haar hoedanigheid van kredietverstrekker. De appellanten wensten bevrijd te worden van de borgstelling ingevolge *de foutieve toekenning en instandhouding van het krediet door de bank* (herstel in natura)(1763). De vordering van de borgen wordt gegrond verklaard op grond van de volgende overwegingen. Het komt aan de zorgvuldige bankier toe om bij de beoordeling of al dan niet een krediet zal toegekend worden aan een natuurlijke persoon met het oog op de verwerving van een handelsfonds (*in casu* betrof het de overname van een boekenwinkel), door middel van normale onderzoeksmethoden, de waarde van het handelsfonds alsmede de eerdere opbrengsten van het handelsfonds na te gaan, daarbij gebruik makend van beschikbare vergelijkingspunten en van intrinsieke elementen zoals de geschiktheid van de kandidaat-ontlener voor het te verstrekken krediet. Hoewel kredietverrichtingen natuurlijk aanleiding geven tot risico's, kunnen deze volgens het Hof toch in belangrijke mate verminderd worden door bij de toekenning van het krediet objectieve criteria te hanteren en door erover te waken dat het kredietbedrag strikt is aangepast aan de financiële draagkracht van de ontlener. De garantie door een derde dient hierin een marginaal appreciatie-element te blijven. De analisten van de bank hadden in een eerste beweging de waarde van het handelsfonds in kwestie geraamd op 3.500.000 frank, zodat het te verstrekken krediet zeker geen hoger bedrag mocht uitmaken. De filiaalhouder van de bank verklaarde dat de analisten van de bank rekening hadden gehouden met het zakencijfer van de boekenwinkel, met de terugbetalingscapaciteiten van de kandidaat-kredietnemers (die gekwalificeerd werden als zijnde „tastbaar”) en met één enkel vergelijkingspunt, wat aanleiding zou gegeven hebben tot het toestaan van een krediet van 2.500.000 frank. Er bleek uit de feiten dat de bank desalniettemin in een

---

(1762) [Bergen 7 maart 1994](#), *J.L.M.B.* 1996, 1201, *R.R.D.* 1995, 180 en *T.B.H.* 1995 (verkort), 1043, noot J. BUYLE en X. THUNIS. In de noot bij het besproken arrest wordt verwezen naar rechtsleer in verband met de aansprakelijkheid van de bankier wegens abusievelijke opzegging van het krediet. Zie, recenter, eveneens: S. STIJS, „De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-)rechter”, *T.B.H.* 1996, p. 138 e.v., nr. 40 e.v. (1763) Eén van de borgen vorderde bij wijze van incidenteel beroep daarenboven de veroordeling tot betaling van een schadevergoeding, vordering die door het Hof werd afgewezen.



tweede beweging, en zonder dat aangetoond werd dat er zich nieuwe elementen hadden aangediend, toch een krediet had toegestaan van 4.500.000 frank. De kwalificatie van de terugbetalingsmogelijkheden van de ontlener als zijnde „tastbaar”, was hoofdzakelijk gesteund op de gerealiseerde omzet van de vorige exploitant. De filiaalhouder van de bank zou evenwel hebben toegeven dat er niet noodzakelijk enig verband bestaat tussen de resultaten behaald door de vorige exploitant en deze door de nieuwe exploitant. Het Hof neemt het de bank kwalijk dat het krediet werd toegestaan, niettegenstaande haar filiaalhouder, bij wie de kandidaat-kredietnemers vaste klanten waren, niet voorbijging of kon voorbijgaan aan het feit dat de kandidaat-kredietnemers geen financieel draagvlak hadden (hun onroerende eigendom was volledig met hypotheek bezwaard), één van de kredietnemers financiële moeilijkheden kende in het kader van diens uitbating van een benzinstation, de kandidaat-kredietnemers een lening moesten aflossen bij de A.S.L.K. en dat zij geen enkele commerciële ervaring hadden in de boekhandelarij. Het Hof stelt bovendien te hebben vastgesteld dat de kredietnemers zich met een uitzonderlijke lichtzinnigheid in een avontuur hebben gestort dat hun petje te boven ging en dat dit de professionele kredietverlener niet kan ontgaan zijn. De tegenstrubbeling van de bank dat zij slechts een inschrijving op het handelsfonds had genomen ten belope van 1,2 miljoen (daar waar deze er volgens de bank 4,5 miljoen waard was), teneinde de kredietnemers kosten te besparen en voor hen de mogelijkheid tot verdere kredietverlening open te houden, wordt door het Hof weggehoond. Ook op dit punt deed de filiaalhouder de bank de das om. Deze verklaarde immers dat hij een gunstig advies voor de toekenning van het krediet had gegeven, gelet op het feit dat de kredietnemers verschillende garanties voorstelden, waaronder de kwestieuze borgtocht ten belope van 3.000.000 frank, die gedekt was door een hypothecaire inschrijving in eerste rang(1764).

**994. AANSPRAKELIJKHEID VAN DE VASTGOEDMAKELAAR.** — In het reeds hoger aangehaalde geval van de overspelige borg, weerhield de Rechtbank van eerste aanleg te Gent dat het immobiliënagentschap een fout heeft begaan door als professioneel verhuurster, en wetende dat de borg gehuwd was, te hebben nagelaten het akkoord te vragen van diens echtgenote, minstens door deze laatste niet te verwittigen van het bestaan van de borgstelling(1765).

**995. BORGTOCHT EN CONSUMENTENKREDIET.** — De Vrederechter van het tweede Kanton te Gent ontwaarde een flagrante schending van de Wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet. De feiten waren de volgende. Nadat de eisende partij op 15 mei 1991 een krediet op afbetaling aan één van

---

(1764) [Bergen 12 januari 1998](#), *J.L.M.B.* 1998, 1430.

(1765) [Rb. Gent 20 september 1995](#), *A.J.T.* 1996-97, 451, noot C. VAN DER ELST. Voor het feitenrelaas, zie *supra* randnr. 966.





de verweerders toestond, werd deze op 24 juli 1992 opgezegd en opeisbaar gesteld (debetsaldo van 326.000 frank)(1766). Op 22 april 1993, hetzij na de opzegging van het krediet, ondertekenen de overige verweerders een akte van borgstelling die luidt: „de borgstellers verklaren zich hoofdelijk borg te stellen voor de ontleners en zich bijgevolg hoofdelijk met hem jegens de maatschappij-leenster te verbinden, die aanvaardt, voor de betaling van voornoemde hoofdsom van 315.000 frank en van haar intresten en toebehoren, op de vervaldagen hierboven aangeduid”. De vrederechter stelt vast dat in de akte boven deze zin noch het aantal mensualiteiten noch de eerste en de laatste datum van betaling worden vermeld. Evenmin wordt de kredietopening gespecificeerd. Er is enkel sprake van een akte-lening, zonder vermelding van de datum. Blijkbaar stelde de kredietverlener op 27 augustus 1993 de borgen in gebreke ingevolge een debetsaldo van 340.824 frank. De Vrederechter oordeelt dat de borgstellingsakte is opgesteld in strijd met de artikelen 10, 11, 1<sup>o</sup>, 34 en 35 van de Wet consumentenkrediet, nu blijkt dat de kredietverlener, in plaats van de borgstellers degelijk in te lichten over de verplichtingen die zij aangingen en van de werkelijke stand van de schulden, hen integendeel in vage bewoordingen om de tuin heeft geleid met het doel drie schuldenaars, in plaats van één, te verkrijgen. De bank wordt nog verweten haar specifieke informatieplicht tegenover de borg(en) wetens en willens niet te hebben vervuld, waarvan de datum van de borgstellingsakte getuigt. Tot slot stelt de Vrederechter vast dat de bank zich bij het sluiten van het contract helemaal niet heeft bekommerd om de financiële draagkracht van het gezin van de borgstellers, wat in strijd wordt geacht met het nagestreefd doel van de Wet consumentenkrediet. Krachtens de artikelen 90, lid 2, 91 en 92, 1<sup>o</sup> beperkt de Vrederechter de verplichtingen van de borgen tot dat waartoe zij zich duidelijk hebben verbonden, hetzij tot een bedrag van 315.000 frank. Bovendien wordt hen „gemak van betaling” verleend(1767).

---

(1766) Het besproken vonnis spreekt elders in de tekst van een opzegging dd. 24 juli 1994, doch dit betreft een materiële vergissing.

(1767) Vred. Gent (II), 15 september 1994, *T. Vred.* 1996, 131.



HOOFDSTUK II  
GARANTIE OP EERSTE VERZOEK(1768)

AFDELING I  
BEGRIP, KENMERKEN EN GEVOLGEN

**996.** ZELFSTANDIG EN ABSTRACT KARAKTER. — De Voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Gent moest zich uitspreken over een derdenverzet door de B.V.B.A. R.G. tegen een eerdere beschikking waarbij blijkbaar aan de toenmalige Kredietbank verbod werd opgelegd over te gaan tot uitbetaling aan R.G. in het kader van een bankgarantie. De voorzitter stelt vast dat partijen het erover eens zijn dat de litigieuze bankgarantie een bankwaarborg *op eerste verzoek* is. Deze bankgarantie staat derhalve los van het lot van de onderliggende rechtsverhouding tussen de B.V.B.A. T. (de bedinger) en de B.V.B.A. R.G. als begunstigde van deze bankwaarborg, evenals van de verweermiddelen en excepties uit deze onderliggende overeenkomst. Deze vaststelling brengt mee dat wegens het abstract karakter van de betalingsverbintenis door de Kredietbank ten aanzien van de begunstigde opgenomen, deze onvoorwaardelijke en autonome betalingsverplichting op enkel verzoek van de begunstigde absoluut is van zodra de in de garantiebrief vermelde voorwaarden vervuld zijn. *In casu* volstond als „voorwaarde” voor afroeping, de loutere verklaring van de B.V.B.A. R.G., die geen enkele verantwoording moet afleggen of ook maar enige grond voor haar verzoek moet aanvoeren. Met verwijzing naar talloze rechtspraak en rechtsleer wordt benadrukt dat de motivering voor de zelfstandigheid van de bankverbintenis voor de hand ligt: de begunstigde wenst te kunnen vorderen, ongeacht de verweermiddelen die hem, uit welke grond ook, zouden kunnen tegengeworpen worden(1769).

Het zelfstandig(1770) en abstract karakter van de garantie op eerste verzoek werd ook in de verf gezet door het Hof van beroep te Brussel. De feiten waren de volgende. S. en V. sloten op 21 september 1992 een overeenkomst met Esso voor de uitbating van een tankstation in Sint-Denijs-Westrem. In het kader van deze overeenkomst stelde de toenmalige Cera een bankgarantie ten gunste van Esso, tot zekerheid van de bedragen die S. en V. zouden verschuldigd zijn aan Esso. Na betwistingen tussen uitbaters en Esso en nadat de eersten het tankstation hadden verlaten, werd een beroep op de bankgarantie gedaan. S. en V. vorderden in eerste aanleg verbod te horen opleggen aan Cera om te betalen in uitvoering van de bankgarantie. Uit-

---

(1768) De lezer wordt naar de randnrs. 948 en 949 verwezen voor gerechtelijke uitspraken waarin werd besloten tot het bestaan van een *borgtocht* op eerste verzoek en niet tot een garantie. Het handelt meerbepaald om: [Antwerpen 28 november 1995](#), *R.W.* 1996-97, 359, noot; [Kort Ged. Kh. Antwerpen 8 december 1995](#), *T. Not.* 1997, 280, noot F. BOUCKAERT; [Kh. Brussel 17 februari 1997](#), *Rev. not. b.* 1998, 268, noot en [Kh. Charleroi 23 april 1997](#), *J.L.M.B.* 1998, 1073.

(1769) [Kort Ged. Kh. Gent 6 januari 1998](#), *T.G.R.* 1998, 182.

(1770) Voor het principe, zie ook [Kh. Turnhout 30 oktober 1995](#), *R.W.* 1996-97, 328.



eindelijk oordeelde het Hof dat de verbintenis van de bank in het kader van de bankgarantie die vermeldt dat de verstrekker zich ertoe verbindt te betalen „bij haar (dit is Esso) eerste aangetekend verzoek en zonder haar goed recht te moeten verantwoorden”, zich kenmerkt door haar *zelfstandig en abstract karakter*. Deze verbintenis staat los, zowel van de verhouding tussen de bank en de opdrachtgever (dekkingsverhouding), als van de verhouding tussen opdrachtgever en begunstigde (valutaverhouding), zodat zij in beginsel niet kan aangevochten worden op grond van excepties geput uit die onderliggende verhoudingen. De bank kan volstaan met een formele verificatie van de regelmatigheid van de afroep op grond van de voorwaarden in de garantiebrief(1771).

**997.** DE ZAAK TORRASPAPPEL: FEITENRELAAS. — In de in het vennootschappenrecht beruchte Torraspapelzaak, dienden in de onderzochte periode zowel de Rechtbank van koophandel te Namen als, nadien, het Hof van beroep te Luik zich uit te spreken, niet alleen over de vraag of een verkoopsoptie onder de hakbijl van art. 1855 B.W. (oud)(1772) kan vallen, doch ook over de door verscheidene banken gestelde bankgaranties en hun weigering deze bij afroep te honoreren(1773). Het zeer uitgebreide feitenrelaas kan in functie van huidige bijdrage als volgt worden samengevat. Op 24 juni 1981 nam het Waals Gewest het aandelenpakket van een Franse vennootschap in de N.V. La Cellulose des Ardennes (hierna CdA) voor één frank over en vertrouwde het beheer van haar participatie toe aan de S.R.I.W. Op 15 december 1983 onderschreef het Waals Gewest een kapitaalverhoging van een kwart miljard frank, waarvoor zij AVF-aandelen ontving. In 1986 bracht het Waals gewest haar gehele aandelenpakket in CdA in de S.R.I.W. in, waardoor deze laatste 90,27% van de aandelen in handen kreeg, Nofipac 0,87% en de groep Brussel Lambert de rest. In 1987 werd de Spaanse groep Torras Hostench als industriële partner voor CdA aangezocht. Diens deelname zou in twee stappen geschieden: in een eerste fase zou de S.R.I.W. al haar aandelen behouden doch kreeg Torras de controle van de vennootschap in handen door een kapitaalverhoging te onderschrijven in ruil waarvoor deze 50% van de aandelen plus één in handen kreeg. In een tweede fase dan, die zich zou uitstrekken over de periode 1991-1995 moest de S.R.I.W. haar participatie ten voordele van Torras afbouwen tot 23%, zodat deze laatste 77% van de aandelen in CdA in handen kreeg. Ter uitvoering van deze strategie werden in de loop van 1988 de nodige overeenkomsten gesloten, waarbij, sterk samengevat, aan Torras een onherroepelijke aankoopoptie werd verleend en aan de S.R.I.W. een onherroepelijke verkoopoptie. Tot zekerheid van de naleving van de aankoopverbintenissen door Torras opgenomen, eiste de

---

(1771) Brussel 7 juni 1995, *D.A.O.R.* 1995, afl. 37, 74, *Pas.* 1995, II, 32 en *R.W.* 1995-96, 1239.

(1772) Thans art. 32 W.Venn.

(1773) Zowel in eerste aanleg als in beroep kenmerken de uitspraken zich door hun bijzonder rijkelijk met rechtsleer en rechtspraak gestoffeerd karakter.

S.R.I.W. een *onherroepelijke bankgarantie op eerste verzoek* ten belope van (maximum) bijna 2 miljard frank ten haren voordele, die uiteindelijk door de toenmalige Generale Bank zou afgeleverd worden (in ruil waarvoor de aandelen van alle partijen in pand werden gegeven). In de tekst van de garantie worden tijdslimieten gesteld en wordt bepaald dat de betaling zal gebeuren op eenvoudige vraag van de S.R.I.W., zij het dat deze bij de afroep moet bevestigen dat de gevraagde som verschuldigd is door het lichten van de ene of de andere optie. Nadat Torras de geplande kapitaalverhoging effectief onderschreef, waardoor deze vennootschap meerderheidsaandeelhouder van CdA werd, bracht zij al haar activiteiten onder bij de N.V. Torraspapel, een filiaal, die aldus alle rechten en verplichtingen van Torras overnam. Naar aanleiding van de ongerustheid die deze overdracht van rechten en plichten bij de S.R.I.W. teweegbracht en uiteindelijk omdat men nieuwe steunmaatregelen van het Waals Gewest verhoopte, werden nieuwe overeenkomsten en *addenda* aan de eerder gesloten overeenkomsten onderschreven, waarin nieuwe (en andere) kruisopties werden overeengekomen. Tot zekerheid van de nieuw onderschreven verplichtingen werd door een consortium van vier banken een bankgarantie op eerste verzoek gesteld ten belope van 1,8 miljard frank, waartegenover stond dat zowel aandelen CdA als aandelen Torraspapel in pand werden gegeven aan het bankenconsortium.

Uiteindelijk zou slechts een deel van de aankoopopties door Torraspapel gelicht worden. De C.H.B. (één van de banken uit het consortium) zegde in het voorjaar van 1993 de kredieten op, zonder dat één van de andere banken hierop reageerde. Op vraag van de Generale Bank wat er zal gedaan worden met de aankoopopties van medio 1993, liet Torraspapel de banken van het consortium weten dat zij niet mochten overgaan tot uitbetaling in het kader van de bankgarantie, want dat de verkoopsoptie strijdig is met art. 1855 B.W., en dus nietig, *zodat ook de garantie als nietig moest beschouwd worden*. Op 16 juni 1993 lieten de S.R.I.W. en Nofipac Torraspapel schriftelijk weten dat zij hun verkoopopties wilden uitoefenen. Op deze brief werd door Torraspapel niet geantwoord, doch wel dagvaardde deze de S.R.I.W. en Nofipac teneinde de verkoopsopties nietig te horen verklaren. De banken zouden uiteindelijk weigeren om de afgeroepen bankgaranties te honoreren, waardoor zij door de begunstigden werden gedagvaard. De S.R.I.W. en Nofipac verweten de banken dat deze op een manifest onjuiste wijze weigerden de bankgarantie(s) te honoreren en vorderden, naast de betaling van de sommen uit hoofde van de garantieovereenkomsten, een schadevergoeding begroot op 2% per jaar en tot op het ogenblik van volledige betaling op de bedragen die de banken in uitvoering van de bankgarantie(s) verschuldigd waren, zijnde het verschil tussen de conventionele intrestvoet van 10% uit de contracten met Torraspapel en de wettelijke intrestvoet van 8%. De banken waren, nog volgens de eiseressen, te kwader trouw door zich te onttrekken aan hun garantieverplichtingen, nu zij zonder enig voorbehoud en met kennis van zaken en van zowel de juridische als feitelijke context waarin de



garanties bedongen werden, deze garanties hadden gesteld. De kwade trouw wortelde in financieel opportunisme, gelet op de deteriorerende financiële situatie van Torraspapel. Het georchestreerd karakter van de houding van de banken verantwoordde een *in solidum* veroordeling.

**998.** DE ZAAK TORRASPAPEL (VERVOLG). DE BESLISSING IN EERSTE AANLEG: ZELFSTANDIG KARAKTER. — De Rechtbank van koophandel te Namen herinnert eraan dat het stellen van een bankgarantie historisch gezien een substituut is van het geld- of waardendepot, wat toelaat om de oneconomische immobilisatie van geld/waarden te vermijden. Vervolgens wordt verwezen naar art. 2b van de R.U.G.(D.) van 3 september 1991, zoals gesteld door de Internationale Kamer van Koophandel (die volgens de Rechtbank als toetsingsnorm voor het gedrag van partijen kunnen dienen hoewel deze regels niet het karakter hebben van een internationaal verdrag, wet of een reglement), waarin de garantie wordt gedefinieerd als zijnde van nature uit *een verbintenis die losstaat van de contracten of de toewijzingsvoorwaarden die eraan ten grondslag liggen*. De garanten zijn op geen enkele wijze betrokken bij of gebonden door deze contracten of voorwaarden, zelfs indien de garantie ernaar verwijst. De garant is gehouden om de sommen in de garantie gestipuleerd te betalen op voorlegging van een geschreven vraag hiertoe en van andere documenten gepreciseerd in de garantie, die op het eerste gezicht conform zijn aan de bewoordingen van de garantie. Deze regel die de onafhankelijkheid en de autonomie van de garantie onderlijnt, is conform aan de Belgische rechtsleer en rechtspraak die stelt dat de garant gehouden kan zijn door een zwaardere verbintenis dan de bedinger uit hoofde van de onderliggende commerciële verhouding. De Rechtbank stelt feitelijk vast dat alle in deze zaak gestelde garanties een persoonlijke, onherroepelijke, onvoorwaardelijke, autonome en letterlijke verbintenis inhouden. De wijziging of de nietigheid van het „basiscontract” blijft zonder gevolgen voor de betalingsverbintenis van de garant, indien de garantie wordt afgeroepen binnen de vormen. Het enige geval waarin de nietigheid van de basisovereenkomst ook de garantie aantast, is de strijdigheid met de openbare orde. De weigering tot uitvoering van de garantie kan ook gesteund worden op het frauduleus of abusievelijk karakter van de afroep. *In casu* zijn de basisovereenkomsten wettelijk en de afroepen regulier. De banken worden dan ook veroordeeld om in uitvoering van de bankgaranties de gevorderde bedragen te betalen(1774).

**999.** DE ZAAK TORRASPAPEL (VERVOLG). DE BESLISSING IN HOGER BEROEP: DUBBELE ABSTRACTIE. — Het Hof van beroep te Luik bevestigde in een rijkelijk met rechtspraak en rechtsleer gestoffeerd arrest, het vonnis van de Rechtbank van koophandel te Namen. Het Hof stelt vooreerst vast dat de

---

(1774) [Kh. Namen 12 september 1994](#), *J.L.M.B.* 1995, 801, noot X. FOSSOUL (in de lovende noot bespreekt de auteur de toepassing van art. 1855, lid 2 B.W. (oud) op de verkoops optie), *Journ. proc.* 1994 (verkort), afl. 267, 27 en *T.B.H.* 1995, 67.



afroep van de garanties naar vorm regelmatig was en de bedongen voorwaarden in de garanties(1775) respecteerde. Bij uitvoering van de garantie betaalt de garant een eigen schuld. De omvang van de verbintenissen van de garant zijn het gevolg van de aard van het opgenomen engagement. De verbintenis ten aanzien van de derde-begunstigde staat volledig los van het basiscontract en van het handtekeningenkrediet, zodat dit blijft bestaan wat ook het lot is van de overeenkomst gesloten met de opdrachtgever en de instructies die deze zou hebben gegeven, of wat ook het lot is van de basisovereenkomst waarvan de verbintenissen zijn gewaarborgd door de zekerheid. Er wordt derhalve een *dubbele abstractie*(1776) gemaakt die het fundament zelf van de garantie uitmaakt en die aan de begunstigde een zekerheid biedt die deze door de traditionele zekerheden niet zou kunnen genieten. Door de abstractie kan geen enkele exceptie hetzij uit het contract met de opdrachtgever, hetzij uit de basisovereenkomst, door de bankier worden ingeroepen om zich aan zijn verbintenis te onttrekken, buiten het geval dat de hoofdovereenkomst strijdt met de openbare orde of de goede zeden. Daarbij dient een strikte definitie van de ongeoorloofdheid te worden gegeven, in die zin dat de nietigheid van de basisovereenkomst op zich niet volstaat om de nietigheid van de garantie mee te brengen. Met verwijzing naar Simont stelt het Hof dat het net de wil van de garant is om zijn verbintenis van haar oorzaak los te koppelen, of met andere woorden om af te wijken van het vereiste van het bestaan van een oorzaak als geldigheidsvereiste voor de verbintenis. Deze afwijking is geldig zolang ze niet raakt aan de openbare orde of de goede zeden. Gegeven een basisovereenkomst die tegen de openbare orde is, dient men twee hypothesen te onderscheiden: bij een schending van de interne openbare orde, dient de schending van de openbare orde of de goede zeden te worden getoetst aan de wet toepasselijk op de garantie en niet op de basisovereenkomst. Bij schending van de internationale openbare orde, wordt de garantie in elk geval aangetast. *In casu*, oordeelt het Hof, zijn zowel de verkoopopties als de garanties zelf aan de Belgische wet onderworpen, zodat de nietigheid van de basisovereenkomst ex art. 1855 B.W. kon tegengeworpen worden aan de S.R.I.W. *Nu er geen sprake is van schending van art. 1855 B.W., zijn zowel de verkoopopties als de garanties geldig.*

In zijn motivering nopens de mogelijke aansprakelijkheid van de banken, stelt het Hof verder nog een aantal belangrijke principes voorop. De opdrachtgever of de garant kunnen zich in principe verzetten tegen de betaling van de garantie wanneer de nietigheid, of ze nu louter ingeroepen wordt of gerechtelijk werd uitgesproken, in eenieders ogen vaststaat. In de hypothese

---

(1775) In tegenstelling tot wat men zou kunnen denken, is het opleggen aan de begunstigde van een bepaalde aanvoeringslast of motiveringsplicht niet *onverzoenbaar* met het bestaan van een garantie (E. DIRIX, „Borgtocht. Recente ontwikkelingen” in E. DIRIX, e.a., *Borgtocht en garantie. Persoonlijke Zekerheden. Actualia*, in *Comm. Voorr.*, Grondige studies 3, Antwerpen, Kluwer, 1997, p. 11, nr. 12).

(1776) Zie ook: [Kh. Brussel 5 februari 1996](#), *R.W.* 1996-97, 1263.

dat de nietigheid is gegrond op een regel van openbare orde, een dwingende of suppletieve regel, kan de bewering (van nietigheid) een beslissing tot niet-betaling niet verantwoorden(1777) dan in het geval dat het in overweging nemen van deze verbintenissen geen afbreuk doet aan de functie van de garantie. Wanneer de garantie aan de begunstigde dezelfde liquiditeit heeft willen geven als dit het geval zou zijn bij een gelddepot, hebben de partijen door het aanvaarden van de uitgifte van een autonome garantie, vrijwillig afgezien om dergelijke bezwaren te formuleren tegen de betaling van de garantie, doch dit behoudens het geval waarin de beweerde redenen voor de nietigheid of de foutieve ontbinding in het oog springen(1778).

De hoogdringendheid is een natuurlijk gevolg van de autonome garantie. Dit is zo door de partijen gekozen opdat een onmiddellijke betaling zou volgen wanneer een beroep op de garantie wordt gedaan. Door deze zekerheid te kiezen hebben de partijen gekozen voor het onomkoombare gevolg dat de geringste vertraging in de betaling noodzakelijkerwijs schade berokkent, zij het onder voorbehoud van manifest misbruik. De rechtbank moet dan ook enkel de vraag beantwoorden of de bank al dan niet mocht weigeren haar handtekening te honoreren op basis van elementen door haar gekend op het ogenblik van de afroep van de garantie. Het enkele feit van de nietigheid of de ontbinding van de basisovereenkomst, kan een uitvoering van de garantie niet in de weg staan. Enkel een uitgesproken nietigheid of ontbinding kan dit effect hebben op voorwaarde dat de garant, behoorlijk ingelicht, kan vaststellen dat de afroep manifest misbruik uitmaakt. Wanneer de opdrachtgever de ongeldigheid slechts inroept op het ogenblik van de afroep van de garantie, is dit laattijdig en moet de garant overgaan tot betaling, zelfs indien de vordering tot nietigverklaring reeds zou ingeleid zijn.

Indien de basisovereenkomst nietig is moet de opdrachtgever dit *ten nuttigen tijde inroepen*. De autonome garantie, wat ook de afzwakkingen eraan mogen zijn, verbiedt de bankier om de uitkomst van dergelijke procedure af te wachten alvorens de garantie uit te voeren en dergelijke houding kan niet anders uitgelegd worden dan als een bijzonder zware feitelijkheid. De garant moet zich hoeden om zich te mengen in de relaties tussen de contractanten (de opdrachtgever en de begunstigde) en om tussen hen de rol van rechter te spelen. Hij hoeft zich niet bezig te houden met te oordelen over de vraag of de basisovereenkomst geldig of nietig is. „Hangende” de vraag naar de geldigheid van de basisovereenkomst moet de bankier betalen. In principe garandeert de garant aan de begunstigde, al dan niet schuldeiser, de absolute zekerheid van goede afloop van de commerciële of industriële verrichting.

---

(1777) Het Hof van beroep verwijst eveneens naar het Franse Hof van Cassatie dat oordeelde dat zelfs wanneer de verbintenis van de bank als oorzaak een beweerd nietige basisovereenkomst heeft, de bank zich niet kan ontdoen van haar verbintenis om reden dat zij zich heeft verbonden op eerste verzoek te betalen.

(1778) De laatste woordkeuze wordt ontleend aan onder andere Vasseur die stelt dat de oorzaak van de nietigheid of van de foutieve ontbinding zo moet zijn dat die „*crève les yeux*” (M. VASSEUR, *Enc. Dalloz, Droit commercial*, v<sup>o</sup> Garantie indépendante, n<sup>o</sup> 120), verwijzing die in heel wat uitspraken in de onderzochte periode voorkomt.

Het principe is en moet dan ook, volgens het Hof, blijven „eerst betalen en daarna betwisten”(1779). De afwijking van dit principe op grond van een manifest abusievelijke afroep dient het voorwerp te zijn van een in de hoogste mate *restrictieve interpretatie*. Men kan slechts één hypothese bedenken waarin kan worden afgeweken van dit rigoureuze principe, namelijk indien het, gezien de elementen in het bezit van de garant op het exacte ogenblik van de afroep, zo klaar als bronwater(1780) is dat de begunstigde niet de minste schijn van recht heeft de bedongen som op te vragen. Enkel in dat geval zal de bankier de betaling moeten weigeren. Het risico van een ongerechtvaardigde afroep is immers door de opdrachtgever aanvaard en dit met kennis van de oorzaak, en is inherent aan de autonome garantie. „Hangende” de vraag naar de geldigheid van de basisovereenkomst moet de bankier betalen niettegenstaande een formeel verbod hiertoe van de opdrachtgever.

*A fortiori* geldt dit voor een anticipatief verbod van de opdrachtgever, dit is vooraleer op de garantie een beroep wordt gedaan. De rechter moet dus weigeren om op enige wijze enige maatregel (beslag onder derden, bevel, sekwester) te bevelen, die de bankier zou beletten te betalen. Toelaten dat de uitoefening van de rechten van de begunstigde vertraagd wordt door debatten in rechte, zou er sommige opdrachtgevers en bankiers-garanten kunnen toe aanzetten om een nietigheid op te werpen, met het enkele doel de uitvoering van hun verbintenissen te vertragen en het autonome karakter van de garantie en het principe van de betaling op eerste verzoek, geweld aan te doen. De bankier moet dus betalen op straffe van hiertoe veroordeeld te worden en op ernstige wijze zijn aansprakelijkheid bloot te stellen. *In casu* is de nietigheid, aldus het Hof, geenszins flagrant en liet deze de banken niet toe om zich te verzetten tegen de betaling van de garanties. De garantie komt toe aan de begunstigde van zodra deze voldoet aan de limitatieve voorwaarden in de garantietekst bepaald en zonder dat de garant een grondig onderzoek van de rechten van partijen moet voeren. Aldus het uitermate interessant arrest van het Hof van beroep te Luik van 15 september 1995(1781).

**1000.** GARANTIE VERSTREKT HOEWEL BASISCONTRACT ONTBONDEN: GELDIGHEID. — In het kader van een handelshuur stelde de toenmalige Generale Bank op 1 september 1988 een onherroepelijke garantie ten voordele van La M. (hierna M.), tot zekerheid van de nakoming van de verbintenissen/huurverplichtingen van de B.V.B.A. Ets. L. (hierna L.) en dit ten belope van 350.000 frank. Bij vonnis van de Vrederechter van het zevende kanton van

---

(1779) Andermaal wordt verwezen naar rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie.

(1780) Ook deze uitdrukking, ontleend aan 't Kint en Derijcke („La garantie indépendante à l'ombre des apparences” in *Hommage à Jacques Heenen*, Brussel, Bruylant, 1994, n° 43, p. 463) wordt, zo bleek in de onderzochte periode, graag door de rechters geciteerd.

(1781) [Luik 15 september 1995](#), *Rev. prat. soc.* 1995, 416, noot C. BERTSCH (ook deze noot behandelt art. 1855 B.W. (oud) in relatie tot de verkoopoptie), *R.R.D.* 1995, 320 en *T.R.V.* 1995, 684, noot (er wordt in de noot louter gesteld dat bij het ter perse gaan van het betreffende nummer van het tijdschrift, de cassatietermijn nog niet verstreken was).





Brussel van 16 augustus 1988, was L. evenwel reeds veroordeeld tot betaling aan M. van een bedrag van 350.000 frank ten titel van achterstallige huur-gelden en 350.000 frank als huurwaarborg, meer *accessoria*, waarbij afbeta-lingsfaciliteiten werden toegestaan. Bovendien statueerde de Vrederechter dat bij gebreke aan betaling op één van de vervaldagen, het geheel onmid-dellijk eisbaar zou worden en de handelshuur als ontbonden lastens L. zou dienen beschouwd te worden. Op 9 september 1998 riep M. de garantie af en maakte gewag van het feit dat L. de voorwaarden en termijnen uit het vonnis niet had nageleefd. De bank weigerde echter over te gaan tot betaling op grond van de motivering dat zij op het ogenblik van het uitschrijven van de garantie geen kennis had van het vonnis en L. dit op een bedrieglijke wijze had verborgen gehouden. Op 30 september werd de bank in kennis gesteld van de overdracht van het pand aan de N.V. M.I. Nadat L. op 20 oktober 1988 failliet werd verklaard, dagvaardde M.I. de bank tot het betalen van 350.000 frank, meer intresten, in uitvoering van de bankgarantie.

De eerste rechter gaf de verhuurder gelijk. Voor het Hof van beroep te Brussel bleef de Generale Bank de vordering betwisten. Zij hield voor dat zij niet gehouden was ingevolge, enerzijds, de ontbinding van de huurover-eenkomst die zou zijn tussengekomen voorafgaand aan de emissie van de garantie en, anderzijds, het feit dat de afroep een manifest misbruik uitmaak-te. Vooreerst stelt het Hof vast dat de partijen het erover eens zijn dat de garantie in kwestie een garantie op eerste verzoek is. Eén van de essentiële karakteristieken van de garantie op eerste verzoek is de abstractie van de verbintenis van de garant, wat inhoudt dat de verbintenis tot garantie onaf-hankelijk is van het basiscontract en van de eigen relatie van de garant met de opdrachtgever. Daaruit volgt dat de garant geen excepties uit zijn relatie met de opdrachtgever of uit de juridische basisrelatie kan tegenwerpen aan de begunstigde, behoudens bij miskenning van de bewoordingen van de garan-tie, manifeste fraude, manifest misbruik of ongeldigheid van het basiscon-tract. De bank beriep zich op een twist in de rechtsleer over de vraag of de nietigheid of de gerechtelijke ontbinding van de basisovereenkomst, buiten het geval van de strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden, al dan niet het tenietgaan van de garantie meebrengt. De bank verdedigde de stel-ling dat zelfs in de meest strenge opvatting nopens het abstract karakter van de garantie op eerste verzoek, de garant mag weigeren te betalen wanneer een vonnis voorafgaandelijk aan het stellen van de garantie de ontbinding of de nietigheid van de basisovereenkomst heeft uitgesproken. In dat geval zou, nog volgens de bank, de verbintenis van de garant nietig zijn wegens afwe-zigheid van oorzaak of, minstens, wegens dwaling omtrent de oorzaak. Het Hof onderzoekt of de hypothese die de bank aldus voor ogen heeft, zo grondig verschilt als zij voorhoudt van de hypothese dat de ontbinding of de nietigheid tussenkomt ná de emissie van de garantie. De reden waarom een gedeelte in de rechtsleer het tenietgaan van de garantie in die hypothese toelaat is net wegens het ontbreken van een oorzaak gelet op het retro-actieve effect van de ontbinding of de nietigheid ná de emissie. Het Hof verwerpt

evenwel hoedanook deze visie, nu de garant juist de wil heeft uitgedrukt om zijn verbintenis los te koppelen van haar oorzaak of nog om af te zien van het vereiste van een oorzaak als geldigheidsvoorwaarde voor deze verbintenis, zodat de garantie net zolang blijft bestaan, als er maar geen strijdigheid ontstaat met de openbare orde of de goede zeden(1782).

**1001. ZELFSTANDIG KARAKTER. AFROEP TERWIJL BEGUNSTIGDE WANPRESTATIE PLEEGT EN (EERSTE) BASISCONTRACT IS TENIETGEGAAN: GEEN MISBRUIK.** — De N.V. E.E.F. vorderde in kort geding het verbod tot uitbetaling van een bankgarantie door de toenmalige Generale Bank aan de begunstigde, de N.V. E.I.B., wegens het manifest abusievelijk karakter van de afroep van E.I.B. De bank gedroeg zich naar de wijsheid van de rechtbank voor wat betreft de vordering van de N.V. E.E.F., doch vorderde dat bij gegrondverklaring hiervan de bank geen nalatigheidsintresten zou moeten betalen. De feiten waren de volgende. Op 29 december 1992 werd er tussen de N.V. E.E.F. en de N.V. E.I.B. een overeenkomst tot overdracht van aandelen gesloten waarbij E.I.B. de naakte eigendom overdroeg van 299 A-aandelen van de N.V. Belginsul voor de prijs van vijftientig miljoen frank, te betalen in vier schijven. Er werd overeengekomen dat E.E.F. ten gunste van E.I.B. een bankgarantie zou (laten) stellen die de helft van de drie laatste schijven, hetzij een bedrag van 11.250.000 frank dekte. De Generale Bank gaf een garantie op eerste verzoek uit, waarbij als voorwaarde werd gesteld dat de afroep bij aangetekend schrijven diende te gebeuren. Bovendien zou het garantiebedrag automatisch en ten belope van de helft van de bedragen die door E.E.F. effectief zouden betaald worden verminderen. De vervaldatum van de garantie werd gesteld op 30 september 1995. Op dezelfde datum als de overeenkomst van aandelenoverdracht, werd een overeenkomst gesloten tussen E.I.B. en Belginsul, waarbij werd overeengekomen dat deze laatste aan E.I.B. isolatiemateriaal zou leveren en dit minstens tot 31 augustus 1995 (de uiterste datum van betaling voor de laatste schijf van de (aandelen-)overdrachtprijs). E.I.B. beloofde Belginsul met hen een zakencijfer van minstens zestig miljoen frank te realiseren. E.E.F. hield voor dat er een nauwe band bestond tussen beide overeenkomsten van 29 december 1992. Het minimum te realiseren zakencijfer door E.I.B. met Belginsul was volgens E.E.F. zo berekend dat Belginsul een winst zou kunnen realiseren en deze vennootschap financieel in evenwicht brengen. E.I.B. zou haar verplichtingen niet nagekomen zijn, zodat Belginsul in financiële problemen geraakte. Vervolgens sloten partijen op 7 juli 1995, na onderhandelingen, een nieuwe overeenkomst van aandelenoverdracht ter vervanging van de oude, die voorzag in de verkoop van hetzelfde aantal aandelen voor een prijs van vijftien miljoen, te betalen in vijf schijven. Er werd opnieuw bedongen dat E.E.F. een bankgarantie moest laten stellen, zonder evenwel, althans volgens E.E.F., dat het bekomen van deze bankgarantie een opschortende voor-

---

(1782) [Brussel 22 juni 1995](#), *Res. Jur. Imm.* 1996, 12.



waarde uitmaakte. E.I.B. stelde op 8 september 1995 E.E.F. in gebreke uit hoofde van de achterstallige betalingen in uitvoering van de eerste overeenkomst en op 19 september 1995 werd de eerste garantie afgeroepen.

De Voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg te Verviers definieert de garantie op eerste verzoek als een persoonlijke, onherroepelijke, abstracte, letterlijke, formele, onvoorwaardelijke, *intuitu personae* en eenzijdige verbintenis van bancaire aard, die de betaling van een geldsom betreft. De verbintenis van de garant is onafhankelijk, enerzijds, van de evolutie van zijn relatie met de opdrachtgever en, anderzijds, van de relatie die bestaat tussen de opdrachtgever en de begunstigde van de garantie. Nu de garantie op eerste verzoek gekenmerkt wordt door zijn autonomie ten aanzien van de basisovereenkomst en door de discretionaire bevoegdheid van de begunstigde om er de uitvoering van te bekomen, kan de eis van de begunstigde tot uitvoering van de garantie niet afgewezen worden onder het voorwendsel dat hij de op hem krachtens de basisovereenkomst rustende verbintenissen foutief niet zou hebben uitgevoerd. Naar aanleiding van zijn onderzoek of er *in casu* al dan niet sprake was van een manifest misbruik bij de afroep, brengt de Voorzitter nog talrijke kenmerken van de autonome garantie in herinnering. Volgens de Voorzitter kent het autonome, abstracte en onafhankelijke karakter van de garantie op eerste verzoek maar twee uitzonderingen: wanneer de garantie wordt uitgegeven ingevolge een contract strijdig met de openbare orde en wanneer de afroep van de garantie manifest abusievelijk is, wat E.E.F. aan E.I.B. ook effectief verweet. Het principe is en moet blijven eerst betalen en dan betwisten, zodat de interpretatie of de afroep al dan niet abusievelijk is bij uitstek restrictief dient te gebeuren: *het bedrog of het misbruik moeten de ogen uitsteken*. Het moet zo klaar als bronwater zijn dat de begunstigde geen enkele schijn van recht heeft om de bedongen som op te eisen, eer de bankier de betaling kan weigeren. *De minste twijfel speelt ten voordele van de begunstigde*. Indien de basisovereenkomst nietig is moet de opdrachtgever dit ten nuttigen tijde inroepen. De autonome garantie, wat ook de afzwakkingen eraan mogen zijn, verbiedt de bankier om de uitkomst van dergelijke procedure af te wachten alvorens de garantie uit te voeren en dergelijke houding kan niet anders uitgelegd worden dan als een bijzonder zware feitelijkheid. In principe garandeert de garant aan de begunstigde al dan niet schuldeiser, de absolute zekerheid van goede afloop van de commerciële of industriële verrichting. Het risico van een ongerechtvaardigde afroep is immers door de opdrachtgever aanvaard en dit met kennis van de oorzaak, en is inherent aan de autonome garantie, die gebaseerd is op het principe „eerst betalen en dan betwisten”.

*In casu* stelde E.E.F. dat de afroep van de garantie manifest abusievelijk was om reden dat de eerste basisovereenkomst van 29 december 1992, op basis waarvan de bankgarantie was gesteld, was ontbonden door de tweede overeenkomst van 7 juli 1995. Bovendien zou er, zoals reeds uiteengezet, een nauwe band bestaan hebben tussen beide overeenkomsten van 29 december 1992. Het minimaal te realiseren zakencijfer door E.I.B. met Belginsul, was



volgens E.E.F. zo berekend dat Belginsul een winst zou kunnen realiseren en deze vennootschap financieel in evenwicht zou brengen. E.I.B. zou haar verplichtingen niet nagekomen zijn, waardoor Belginsul in financiële problemen geraakte. De Voorzitter wijst de eerste redengeving af, niet alleen op feitelijke gronden doch ook, met verwijzing naar 'T Kint, omdat in elk geval de garant aan de begunstigde geen excepties voortspruitend uit de hoofdovereenkomst kan tegenwerpen. Noch de nietigheid, noch de ontbinding, noch de uitvoering ervan zijn bevrijdend. Ook geen enkele uitdovingswijze van de hoofdschuld zou ontlasten (compensatie, vermenging, novatie ...). Dergelijke gestrengheid is ingebakken in het mechanisme van de garantie waarvan men beter de draagwijdte begrijpt wanneer men zich herinnert dat die het gelddepot in handen van de co-contractant vervangt. De vereiste van de liquiditeit van de autonome garantie is essentieel voor de begunstigde. Het tweede argument wordt afgewezen om reden dat wanneer de bancaire garantie van nature abstract, autonoom en onafhankelijk is van de basisovereenkomst tussen E.E.F. en E.I.B., ze dat *a fortiori* is van de overeenkomst tussen E.I.B. en Belginsul. Het is maar indien als gevolg van een beknopt onderzoek *prima facie* blijkt dat de begunstigde zich op een oogverblindende wijze schuldig maakt aan misbruik of fraude, dat de bankier kan weigeren om de garantie vrij te geven, of hem dit kan opgelegd worden, wat *in casu* niet het geval is(1783).

**1002. ZELFSTANDIG KARAKTER. AFROEP MOGELIJK AL IS ER BETWISTING IN BASISCONTRACT.** — Ook de Voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Kortrijk moest zich buigen over een verbodsvordering tot uitbetaling van een garantie door de bank naar aanleiding van een overdracht van aandelen. *In casu* werd gevorderd het verbod te laten gelden zolang een arbitragecommissie zich niet had uitgesproken over de gegrondheid van de aanspraken ten gronde van de overnemer van de aandelen. Bovendien moest voor recht gezegd worden dat de bank persoonlijk aansprakelijk zou zijn, mocht zij toch tot betaling overgaan in weerwil van het uit te spreken verbod. Vooreerst wordt vastgesteld dat de eisers noch de bank betwisten dat het om een bankgarantie op eerste verzoek handelde. Na op feitelijke argumenten de argumentatie van de eisers over het niet-naleven van de formele vereisten voor de afroep te hebben afgewezen, brengt de Voorzitter de oorsprong van de garantie op eerste verzoek in herinnering: een vervangmiddel van de deposito-zekerheid(1784), waarbij de begunstigde enkel moet aantonen dat

---

(1783) Kort Ged. Rb. Verviers 8 februari 1996, *T.B.H.* 1997, 781, noot. In de goedkeurende noot wordt iets genuanceerder dan de besproken beschikking ingegaan op de gevolgen van de nietigheid, ontbinding of uitvoering van de basisovereenkomst voor de garantie en op de problematiek van de oorzaak van de garantie.

(1784) De vervanging van een geblokkeerd gelddeposito is slechts één element dat een rol speelde bij het ontstaan van autonome garanties. Ook de wens om de klassieke borgtocht aan te passen speelde een rol (K. VLIEGEN, „Autonome garanties”, in E. DIRIX, e.a., *Borgtocht en garantie. Persoonlijke Zekerheden. Actualia*, in *Comm. Voorr.*, Grondige studies 3, Kluwer, Antwerpen, 1997, p. 193-196, nrs. 182-186).



hij houder is van het garantierecht dat hij wenst af te roepen. Hiermee wordt vermeden dat de bank betaling weigert onder het voorwendsel dat er betwistingen zijn nopens de geldigheid of de uitvoering van de onderliggende verbintenissen. De bank moet betalen, zelfs wanneer de opdrachtgever zijn verbintenissen heeft uitgevoerd, aangezien de garantie er juist toe strekt de betwisting betreffende deze bewering te laten verlopen in een rechtsgeding waarin de bewijslast en de gehele procedurele positie van de partijen wordt omgekeerd, in die zin dat eerst moet worden betaald en daarna pas kan worden betwist en teruggevorderd in een geding ten gronde. Hierbij ligt de bewijslast dan bij de garantieverstrekker. Geen enkele maatregel die ertoe strekt de voornoemde afspraak tussen partijen te frustreren kan derhalve worden aanvaard. Het gevaar van een niet-gerechtvaardigde afroep is inherent aan de techniek zelf van de autonome bankgarantie en kan dan ook niet een maatregel tot verbod van betaling, gebaseerd op het abusievelijk karakter van de afroep, dat niet zonneklaar is, verantwoorden. *De afroep is derhalve niet onderworpen aan de voorwaarde dat de schuldvordering van de begunstigde onbetwistbaar of onbetwist is.* Er anders over oordelen zou niet alleen het nut van de garantie volledig uithollen, doch leidt ook tot een miskennis van de fundamentele economische bedoeling van deze rechtsconstructie, waardoor dergelijke garanties als juridisch instrument ter vervanging van het deposito-ter-verzekering volkomen waardeloos worden. Zo dreigt bovendien het vertrouwen in de banken, die deze garantie verstrekken, in gevaar te komen(1785).

**1003.** ZELFSTANDIG KARAKTER. MODALITEITEN VAN AFROEP. — De B.B.L. schreef een onherroepelijke garantie op eerste verzoek uit, waarin werd bedongen dat de schriftelijke afroep moest vergezeld zijn van een attest waarin werd verklaard dat de opdrachtgever het onderliggende contract niet had uitgevoerd of niet volgens de bepaalde modaliteiten en dat bepaaldelijk werd aangegeven welke artikels uit het contract niet werden nageleefd. De B.B.L. weigerde de afroep van de begunstigde te honoreren, om reden dat de begunstigde niet zou aangegeven hebben welke artikels van de overeenkomst niet werden nageleefd. De begunstigde dagvaardde de bank in kort geding teneinde de vrijgave van de garantie te horen bevelen. Ook in deze beschikking neemt de Voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Luik een aanvang met relatief uitgebreid de rechtsfiguur van de garantie op eerste verzoek te omschrijven. Deze wordt gekwalificeerd als zijnde de meest rigoureuze vorm van verbintenis mogelijk in hoofde van de bankier: op het enkele verzoek van de begunstigde dient de garantie uitgevoerd te worden, zonder dat enige verantwoording in hoofde van de opdrachtgever kan geëist worden. Uit de autonomie van de garantie blijkt dat de verbintenis van de garant een ander voorwerp heeft dan de verbintenis voortspuitend uit de basisovereenkomst. De verbintenis van de bank is volledig onvoorwaardelijk. De begunstigde moet

---

(1785) Kort Ged. Kh. Kortrijk 21 oktober 1996, R.W. 1996-97, 1447.



aan geen enkele voorwaarde voldoen en in principe moet deze geen enkele verantwoording geven, en al evenmin enig bewijs of document ander dan de garantiebrief ter ondersteuning van zijn beslissing tot afroep. De garant neemt een eenzijdige verbintenis op zich om de begunstigde op eerste verzoek een bepaalde som geld te betalen. Bovendien is de verbintenis van de garant abstract ten aanzien van haar oorzaak. Ze is onafhankelijk zowel ten aanzien van de basisovereenkomst als van de relatie tussen bankier en opdrachtgever. Tot slot is de garantie letterlijk: haar draagwijdte kan enkel bepaald worden op basis van de bewoordingen van de (garantie-)brief die door de bankier aan de begunstigde werd gericht. De gevolgen van al deze kenmerken zijn: het voorwerp van de garantie kan ruimer zijn dan dit van het onderliggende commerciële contract; de verbintenis van de garant kan aan eigen voorwaarden worden onderworpen andere dan deze van het basiscontract; de garant betaalt een eigen schuld, verschillend van deze van de opdrachtgever; de garant kan geen enkele exceptie tegenwerpen met betrekking tot het basiscontract of tot de bestaande relaties tussen garant en opdrachtgever. De enige grenzen aan de rechten van de begunstigde zijn: het uitdoven van de garantie; de ongeldigheid van het basiscontract wegens een flagrante schending van de openbare orde of de goede zeden; fraude of abusievelijk karakter van de afroep. Buiten deze uitzonderingen en *op voorwaarde dat de afroep voldoet aan de daartoe gestelde voorwaarden*, rust op de garant een absolute betalingsverplichting en dit gelet op het onherroepelijk, abstract en autonoom karakter van de garantie op eerste verzoek en op het principe „eerst betalen, daarna betwisten”. Terug naar de argumentatie van de B.B.L.: de begunstigde had niet de precieze geschonden artikels van de basisovereenkomst opgegeven. De Voorzitter stelt in feite vast dat de begunstigde in de absolute onmogelijkheid vertoefde om te preciseren welke artikels werden geschonden, nu er geen geschreven contract tussen de begunstigde en de opdrachtgever bestond. Deze eventuele lacune kan volgens de Voorzitter niet verweten worden aan de begunstigde, nu deze niet betrokken was bij de onderhandelingen tussen de garant en de opdrachtgever. Uit de stukken van het dossier bleek dat de bank volledig op de hoogte was van de verbintenissen van de opdrachtgever opzichtsens de begunstigde. De Voorzitter motiveert nog dat de bank als voorzichtig specialist zeker van de opdrachtgever heeft geëist om elk bewijskrachtig document voor te leggen alvorens zich onherroepelijk te verbinden tot betaling op eerste verzoek. Zij kan dan ook haar eigen nalatigheid niet afwentelen op de begunstigde en, nog veel minder, de voorlegging eisen van een contract waarvan zij weet dat geen geschrift bestaat, wat oneerlijk zou zijn. De bank dient dan ook de garantie uit te betalen(1786).

---

(1786) Men kan zich de vraag stellen of de rechtbank aldus het zelf aangehaalde principe van het letterlijke karakter van de garantie geen geweld aandoet. Wat de feitelijke appreciatie betreft dient men vast te stellen dat blijkbaar de begunstigde nooit enig voorbehoud heeft gemaakt ten aanzien van het feit dat er geen schriftelijk contract bestond tussen haarzelf en de opdrachtgever. Men kan zich — niettegenstaande het eenzijdig karakter van de garantieverbintenis — de vraag stellen of dit zonder juridische gevolgen kan blijven.

Tot slot zegt de Voorzitter nog voor recht dat de gedeeltelijke vrijgave van de garantie onverzoenbaar is met het voorwerp van de garantie, te weten de verbintenis van de bank te betalen op eerste verzoek. Deze problematiek heeft betrekking op de modaliteiten van de garantie zelf, die *in casu* geen enkel herleidingsbeding bevat. Ingevolge het principe „eerst betalen en dan betwisten”, is het aan de opdrachtgever om later het teveel betaalde en op hem door de garant verhaalde terug te vorderen van de begunstigde, mocht blijken dat hij ten gronde tot minder dan het garantiebedrag gerechtigd was(1787).

**1004.** EIGEN FOUT VAN DE BEGUNSTIGDE ALS OORZAAK VAN DE NIET-NAKOMING VAN DE VERBINTENIS DOOR DE OPDRACHTGEVER: GEVOLG IN KORT GEDING. — Mevrouw de Voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Brussel kreeg in de onderzochte periode een originele vordering gepresenteerd. Zoals de annotator bij de besproken kort geding-beschikking terecht opmerkt, vorderde de opdrachtgever *in casu* niet dat de garant verbod zou opgelegd worden om de garantie uit te betalen, doch wel dat de begunstigde zou verbod worden opgelegd om een beroep op de garantie te doen. Deze vordering werd door de voorzitter gegrond verklaard(1788). De Voorzitter stelt vast dat niet betwist wordt dat Software Valley (de opdrachtgever) in een moeilijke economische toestand verkeerde en dat de uitbetaling van de kwestieuze bankgarantie de economische overleving van het bedrijf in het voor de opdrachtgever gedrang zou brengen. Dit laatste zou een onherstelbare schade meebrengen voor de opdrachtgever voor zover de rechter ten gronde later het beroep op de garantie onverantwoord zou verklaren, wat voor de begunstigde, Honda Belgium N.V., niet het geval zou zijn. Het tussen Honda Belgium en Software Valley gesloten informaticacontract werd door de softwareproducent opgezegd, doch deze opzegging werd door de Voorzitter *prima facie* onregelmatig bevonden. Nochtans wordt geoordeeld dat slechts op het ogenblik dat de bodemrechter zal uitspraak doen over de vraag wie aansprakelijk is voor de slechte uitvoering van de basisovereenkomst, zal kunnen uitgemaakt worden of Honda in het raam van haar contractuele verhoudingen met Software Valley ertoe gerechtigd is beroep te doen op de kwestieuze bankgarantie. De Voorzitter legt dan ook het gevorderde verbod om een afroep van de garantie te doen op, en dit voor een bepaalde termijn, die moet toelaten om het bodemgeschil te beslechten (en dit vóór het verstrijken van de garantietermijn)(1789).

---

(1787) Kort Ged. Kh. Luik 7 april 1995, *T.B.H.* 1996, 1063, noot J. BUYLE en X. THUNIS. In de bevestigende noot wordt kort stilgestaan bij de aan- of afwezigheid van een herleidingsbeding (en zijn redactie) in de garantiebrief.

(1788) Wel werd de besproken beschikking, volgens de eronder verschenen noot, in beroep hervormd. Er wordt evenwel niet verduidelijkt op welke grond.

(1789) Kort Ged. Kh. Brussel 1 februari 1996, *T.B.H.* 1997, 778, noot. In de noot verdedigt de auteur de stelling dat de door de Voorzitter genomen beslissing niet kan gevolgd worden en dit op grond van het abstract karakter van de bankgarantie op eerste verzoek. Ook de opdrachtgever, die dergelijke garantie heeft laten stellen, is gehouden zich aan de spelregels terzake te houden.

**1005.** LETTERLIJK KARAKTER: INTERPRETATIE TEN VOORDELE VAN DE GARANT. — Er is gebleken dat de rechters het principe van het letterlijk karakter van de garantie op eerste verzoek, strikt toepassen. Dit kan nu eens uitdraaien in het voordeel van de begunstigde, dan weer in het voordeel van de bankgarant, zoals blijkt uit de volgende gevallen.

De N.V. B. bestelde een reeks werken bij de B.V.B.A. V. te Geel. De N.V. B(2). leverde een bankgarantie af ten belope van 100.000 frank, waarin werd gestipuleerd dat het een algemene waarborg was die de volledige verplichtingen van de B.V.B.A. V. dekt zoals vastgesteld in de overeenkomst (tussen N.V. B. en B.V.B.A. V.). Bovendien werd bepaald dat de waarborg tijdens de loop van het contract op eerste verzoek kon uitgewonnen worden, mits een aangetekend schrijven, vergezeld van de nodige bewijsstukken. Tot slot zou de waarborg vrijgegeven worden op 7 oktober 1991. Op 7 juli 1993 deed B. een beroep op de bankwaarborg, waarop B(2). liet gelden dat de bankwaarborg vervallen was sinds 7 oktober 1991. De Rechtbank van koophandel te Turnhout stelt dat bij de beoordeling van het geschil dient uitgegaan te worden van de tekst van de door B(2). uitgeschreven bankwaarborg die *in tempore non suspecto* door B. zonder opmerkingen werd aanvaard. De eventuele betalingsverbintenis van de bankier is immers een zelfstandige verbintenis, die losstaat van de contractuele relatie tussen de begunstigde en de bedinger. Het beding dat de waarborg zal vrijgegeven worden op 7 oktober 1991 is duidelijk en vormt de wet tussen partijen, zodat niet tot aanvulling of interpretatie moet worden overgegaan. Blijkbaar had B. de Rechtbank ook verzocht om de betreffende zinsnede „in redelijkheid en billijkheid” te interpreteren, wat terecht van de hand werd gewezen. Volgens de Rechtbank laat het feit dat bij de analyse van de duidelijke tekst zou blijken dat de garantie slechts een zeer beperkte tijd zou geldig zijn, terwijl de onderliggende aannemingsovereenkomst langere uitvoeringstermijnen of garantietermijnen zou kennen, niet toe de zelfstandige garantieverbintenis van de bankier afwijkend te interpreteren. Ook het verwijt dat de bank een *culpa in contrahendo* zou begaan hebben, wordt door de Rechtbank afgewezen. De bank leverde immers een garantie af op verzoek van V. en de garantietekst werd aan B. doorgezonden zonder dat deze laatste enige opmerking liet gelden. Tot slot motiveert de Rechtbank dat voor zover er al tegenstrijdigheid zou zijn tussen de vermelding dat de waarborg een einde nam op 7 oktober 1991 en de stelling dat ze tijdens de loop van het contract kon uitgewonnen worden, deze tegenstrijdigheid dient te worden uitgelegd in het voordeel van de partij die zich verbonden heeft, *in casu* de bank (garant)(1790).

**1006.** LETTERLIJK KARAKTER: INTERPRETATIE TEN VOORDELE VAN DE GARANT (VERVOLG). — Ook een zaak in de onderzochte periode behandeld door de Rechtbank van koophandel te Brussel toonde aan dat het abstract en letterlijk karakter van de garantie kan werken ten voordele van de bankier-garant en

---

(1790) [Kh. Turnhout 30 oktober 1995](#), *R.W.* 1996-97, 328.





tégen de begunstigde. A. plaatste op 8 mei 1988 bij de handelsagent van de Engelse vennootschap F., de firma M.L.S. te Nürnberg, een bestelling voor twee machines. De betaling diende te gebeuren aan de Belgische zustervennootschap N.V. F., die ook factureerde. De partijen kwamen overeen dat tegen overhandiging van een terugbetalingsgarantie op eerste verzoek, A. 30% van de verkoopprijs drie maanden vóór de levering zou overmaken. De toenmalige Generale Bank leverde een bankgarantie op eerste verzoek af voor een bedrag van 140.220 DEM maximum. De tekst van de garantie luidde: „*We, ... therefore guarantee you irrevocably and unconditionally the payment of the amount of DEM 140.220 maximum. We shall pay you this amount upon your first demand without regard to the merits of your demand; This guarantee will enter into force when the above-mentioned advance payment is effectively credited to...*”. Bovendien werd in een vervaldatum van de garantie voorzien. A. betaalde een bedrag van 123.000 DEM als voorschot en deed tijdig en ten belope van dit bedrag een aangetekende afroep van de garantie. De bank weigerde tot betaling over te gaan, stellende dat de bankgarantie nooit in werking was getreden nu het bedrag van 140.220 DEM nooit werd gestort. A. liet weten dat het verschil in bedragen de niet-verschuldigde B.T.W. ad 14% vertegenwoordigde. De Rechtbank van koop-handel geeft de bank gelijk. De bankgarantie heeft een abstract karakter en wordt derhalve geacht los te staan van zowel de dekkings- als de valutaverhouding. De onderliggende verhouding kan niet tegengeworpen worden aan de bank. De begunstigde kan zich dan ook niet beroepen op het feit dat conform de basisovereenkomst 30% van de nettoverkoopprijs als voorschot verschuldigd was, hetzij 123.000 DEM: dit verweer betreft uitsluitend de onderliggende verhouding. Als voorwaarde voor de inwerkingtreding van de garantie was geenszins de effectieve storting van een voorschot van 30% van de verkoopprijs bedongen maar wel de effectieve storting van „30%, i.e. 140.220 DEM”. De draagwijdte van de gestelde voorwaarde volgt derhalve duidelijk uit de tekst van de garantie. De bank moet geenszins bij de afroep van de garantie nagaan wat de bedoeling van de partijen was bij de onderliggende overeenkomst en al evenmin of de in de bankwaarborg gestelde voorwaarden op een vergissing berusten. De bedingen van de bankgarantie worden *in casu* door de Rechtbank niet dubbelzinnig geacht. De door de begunstigde verweten dubbelzinnigheid volgt enkel uit de samenlezing van de bedingen van de garantie met die van de bestelling. De bankgarantie staat evenwel los van de valutaverhouding die niet in aanmerking komt bij de interpretatie van de voorwaarden waaronder de bank zich verbonden heeft. De vordering wordt dan ook als ongegrond afgewezen(1791).

**1007.** LETTERLIJK KARAKTER: INTERPRETATIE TEN VOORDELE VAN DE BEGUNSTIGDE. — In het volgende geval deed het letterlijk karakter van de garantie de garant de das om. De Oostenrijkse vennootschap Voest Alpin bestelde bij

---

(1791) [Kh. Brussel 5 februari 1996](#), *R.W.* 1996-97, 1263.



de N.V. Cri Dan Nord België de levering en plaatsing van een draadtrek-machine. De toenmalige Generale Bank schreef ten gunste van Voest twee garanties op eerste verzoek uit. De uitbetaling in het kader van de garanties werd afhankelijk gemaakt van de volgende voorwaarden: de afroep moest gebeuren („*sent*”) bij aangetekend schrijven en vergezeld zijn van een verklaring van Voest die het gevorderde bedrag aantoot („*evidencing*”) en „aangeeft” („*stating*”) volgens Voest, „bewijst”, volgens de bank, dat het bedrag verschuldigd is door het feit dat de leverancier zijn „mechanische” garantieverplichtingen niet naleeft. Op 1 januari, 11 juli en 26 september riep Voest de garanties af voor het geval de bank deze niet zou verlengen. De bank zou uiteindelijk de garanties verlengen tot 31 december 1984. Op 19 maart 1984 werd Cri Dan Nord België failliet verklaard. Op 28 december 1984 riep Voest de garanties af per telex (en nogmaals op 31 december 1984). Op zaterdag 29 december 1984 verzond zij eveneens per aangetekende exprespost een identiek exemplaar van de afroep aan de bank. Op 11 januari 1985 meldde de bank ontvangst van de telex van 28 december maar stelde ze dat ze de afroep niet kon aanvaarden en dat haar directie meer uitleg wenste over de in de afroep gevorderde bedragen. Meer bepaald wilde zij uitleg over hoe de nalatigheden van Cri Dan Nord deze bedragen kunnen verantwoorden (Voest deed een beroep op de totaliteit van de gegarandeerde bedragen, te weten respectievelijk 285.000 frank en 14.667.225 frank). Op 13 februari 1985 gaf Voest de gevraagde toelichting. Op 21 april 1985 deelde de bank een kopie van een schrijven van de curator aan Voest mee, waarin deze de opname in het passief van de schuldvordering van de bank weigert om reden dat de beweerde tekortkomingen van Cri dan Nord niet voor meer kunnen staan dan 2.000.000 frank. Bovendien zouden, in tegenstelling tot wat Voest voorhield, de tests van de machine een zeer positief resultaat hebben vertoond, nog afgezien van het feit dat de tests buiten de „mechanische” garantieperiode hadden plaatsgevonden. De curator beweerde dat de door Voest gevorderde som uitgesproken excessief is. De bank handhaafde dan ook haar weigering om uit te betalen. Na gedagvaard te zijn door Voest, veroordeelde de rechter *a quo* de bank tot betaling van de gevorderde bedragen meer *accessoria*. De bank werd bovendien afgewezen van haar vordering tot vrijwaring door de curatele wegens het feit dat de betalingen die zij moet doen een schuld van de massa zijn als gevolg van de verderzetting van de activiteiten na faillissement en van de verlenging van de garanties na faillissement. Voor het Hof van beroep te Brussel vorderde de Generale Bank dat de vordering van Voest zou afgewezen worden en, in ondergeschikte orde, dat de curatele de bank zou vrijwaren voor haar eventuele veroordeling. Voest vorderde de bevestiging van het vonnis *a quo* wat betreft het principe, doch de materiële „rechtzetting” van de bedragen voor wat betreft de inmiddels bijkomend vervallen intresten. Het Hof geeft de bank vooreerst een veeg uit de pan door te stellen dat zij zich als professioneel noodzakelijkerwijs bewust moet zijn van het letterlijke karakter van de garantie op eerste verzoek, zodat de voorwaarden van afroep bepaald dienen



te worden enkel en alleen op basis van de bewoordingen van de garantie. De bank had voorgehouden dat de aangetekende afroep van 29 december 1984, de enige die conform aan de door de garantie voorziene modaliteiten gebeurde, laattijdig was, nu Voest niet aantoonde dat deze bij de bank zou toegekomen zijn voor het verstrijken van de tot 31 december 1984 verlengde geldigheidsduur van de garantie(s). Het Hof stelt eenvoudigweg dat de tekst van de garanties(s) bepaalt dat de afroep per aangetekend schrijven dient te gebeuren, waarvan het bewijs wordt voorgelegd, en dat er geen enkele verwijzing is te vinden naar de datum van ontvangst van de afroep. Ook het middel van de bank dat een geldige afroep de voorlegging van de nodige stukken vereist en dus de kwestieuze garantie in feite een documentaire garantie is wordt door het Hof van tafel geveegd. De garantiebrieven, die de bron en de limiet vormen van de rechten en verplichtingen van de begunstigde en de bank, bepalen uitdrukkelijk dat de bank gehouden is te betalen op eerste schriftelijk verzoek, onherroepelijk, onvoorwaardelijk en zonder enig voorbehoud, niettegenstaande de bezwaren of protesten van de opdrachtgever of van een derde. Op basis van een linguïstische analyse komt het Hof tot de conclusie dat de term „stating”(1792) in geen enkel geval „bewijzen” betekent, analyse die door geen enkel stuk wordt tegengesproken, wat het louter formalistisch en beperkt karakter van de inhoud van de afroep bevestigt in bewoordingen die geen interpretatie behoeven. De bank is daarenboven een professioneel, vertrouwd met dat soort verrichting, die dus noodzakelijkerwijs het rigoureuze karakter van de bepalingen van de garantietekst moet kennen, alsmede de graad van mogelijke vereisten ten aanzien van de inhoud van de afroep. De afroep wordt dan ook conform bevonden aan de formele geldigheidsvereisten, door de bank zelf gestipuleerd(1793).

**1008.** LETTERLIJK KARAKTER: AANWIJZING MISKENDE CONTRACTSBEPALINGEN. — Tot slot bevestigde ook de Voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Luik het letterlijk karakter van de garantie op eerste verzoek. De B.B.L.

---

(1792) Zie hoger voor de weergave van de inhoud van de tekst van de garanties.

(1793) Brussel 21 november 1997, *T.B.H.* 1998, 850, noot J. BUYLE en M. DELIERNEUX (in het *T.B.H.* staat bovenaan de tekst van het arrest verkeerdelijk dat de uitspraak zou uitgaan van de Rechtbank van Koophandel te Brussel). In de kritische voetnoot stellen de auteurs dat het Hof zowel op het vlak van het enkele in overweging nemen van de verzendingsdatum van de aangetekende brief inhoudende de afroep van de garanties, als op het vlak van de beoordeling van de garantietekst betreffende het al dan niet vereiste bewijs met documenten door de begunstigde te leveren, *de bank als professioneel heeft willen sanctioneren voor de onduidelijkheid van de bewoordingen van de garantietekst(en)*. Het oordeel van het Hof dat de bank zelf de gevolgen dient te dragen van de (eenzijdige) verlenging van de geldigheidsduur van de garanties vindt geen genade bij de auteurs. Volgens hen is het oorzakelijk verband tussen fout en schade desbetreffend niet aangetoond. Al evenmin kan het oordeel van het Hof dat de garant die eenzijdig de geldigheidsduur van de garantie verlengt en die gehouden is te betalen, geen terugbetaling kan bekomen van de opdrachtgever, door de beugel. Voor zover de bank heeft betaald en er blijkt dat de begunstigde inderdaad over een vordering ten aanzien van de opdrachtgever beschikt, houdt dit voor deze laatste een verrijking zonder oorzaak in, wat een verhaal van de bank op deze laatste verantwoordt.



schreef een onherroepelijke garantie op eerste verzoek uit, waarin werd bedongen dat de schriftelijke afroep moest vergezeld zijn van een attest waarin werd verklaard dat de opdrachtgever het onderliggende contract niet had uitgevoerd of niet volgens de bepaalde modaliteiten en dat bepaaldelijk moest worden aangegeven welke artikels uit het contract niet werden nageleefd. De B.B.L. weigerde de afroep van de begunstigde te honoreren, om reden dat deze niet zou aangegeven hebben welke artikels van de overeenkomst niet werden nageleefd. In een van zijn overwegingen beroept de Voorzitter zich op het letterlijk karakter van de garantie: haar draagwijdte kan enkel bepaald worden op basis van de bewoordingen van de (garantie-) brief die door de bankier aan de begunstigde werd gericht(1794). De Voorzitter stelt in feite vast dat de begunstigde in de absolute onmogelijkheid vertoefde om te preciseren welke artikels werden geschonden, nu er geen geschreven contract tussen de begunstigde en de opdrachtgever bestond. Deze eventuele lacune kan volgens de Voorzitter niet verweten worden aan de begunstigde, nu deze niet betrokken was bij de onderhandelingen tussen de garant en de opdrachtgever. Uit de stukken van het dossier bleek dat de bank volledig op de hoogte was van de verbintenissen van de opdrachtgever opzichts de begunstigde. De Voorzitter motiveert nog dat de bank als voorzichtig specialist zeker van de opdrachtgever geëist heeft om elk bewijskrachtig document voor te leggen, alvorens zich onherroepelijk te verbinden tot betaling op eerste verzoek. Zij kan dan ook haar eigen nalatigheid niet afwentelen op de begunstigde en, nog veel minder, de voorlegging eisen van een contract waarvan zij weet dat geen geschrift bestaat, wat oneerlijk zou zijn. De bank dient dan ook de garantie uit te betalen (1795).

**1009.** INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT. — Het Hof van beroep te Brussel oordeelde dat territoriale bevoegdheidsbedingen in de onderliggende overeenkomst of in de garantietekst art. 24 van het Verdrag van Brussel van 27 september 1968 onverlet laten, verdragsartikel dat bepaalt dat de rechtbanken van een bepaalde verdragsstaat bevoegd zijn om voorlopige of bewarende maatregelen te nemen, zelfs indien de rechtbanken van een andere verdragsstaat bevoegd zijn om van het geschil ten gronde kennis te nemen(1796).

---

(1794) Zie eveneens, voor het principe, [Kort Ged. Kh. Gent 6 januari 1998](#), *T.G.R.* 1998, 182.

(1795) [Kort Ged. Kh. Luik 7 april 1995](#), *T.B.H.* 1996, 1063, noot J. BUYLE en X. THUNIS. Voor onze observaties bij de besproken beschikking, zie hoger voetnoot 1786.

(1796) [Brussel 22 december 1995](#), *T.B.H.* 1996, 1068, noot J. BUYLE en X. THUNIS. In de voetnoot tonen de auteurs aan dat het voorkomen van een bevoegdheidsclausule én in de basisovereenkomst én in de garantietekst zelf niet belet dat plaatselijke rechtbanken toch bevoegd zijn om bewarende maatregelen te nemen die de betaling van de garantie beogen te verhinderen.



## DE AFROEP VAN DE GARANTIE

**1010.** GEEN ONDERZOEKSRECHT VOOR DE BANK-GARANT(1797). — In het reeds hoger uitvoerig besproken geval van de draadtremachine, oordeelde het Hof van beroep te Brussel dat de verbintenis van de bank-garant uit haar aard zelf geabstraheerd is van haar initiële oorzaken. Als gevolg van de autonomie van de wil van de bank, heeft deze eigenlijk in de voorwaarden en limieten van de garantiebrieven toegezegd dat haar verbintenis effect sorteert voor de begunstigde, abstractie makend van de wisselvalligheden die zowel de relatie met de opdrachtgever, als deze tussen de opdrachtgever en de begunstigde kunnen treffen(1798). De autonomie, het automatisch en abstract karakter van de autonome garantie, laten niet toe om haar uitvoering te onderwerpen aan een voorafgaand onderzoek door de bank-garant van de uitvoering of niet uitvoering van de gegarandeerde overeenkomst(1799).

**1011.** GEEN ONDERZOEKSPlicht VOOR DE BANK-GARANT. — De garant heeft niet alleen geen onderzoeksrecht van de onderliggende verhouding doch ook geen onderzoeksplicht, zoals in de onderzochte periode bleek uit drie uitspraken.

De Rechtbank van koophandel te Turnhout wees het argument van de begunstigde af dat de bank een *culpa in contrahendo* zou begaan hebben bij de redactie van de tekst van de garantieovereenkomst, op grond van de motivering dat de bank een garantie afleverde op verzoek van de opdrachtgever, en de garantietekst aan de begunstigde werd doorgezonden zonder dat deze laatste enige opmerking liet gelden. Het is niet aan de bank om de onderliggende overeenkomst tussen bedinger en begunstigde te analyseren of te interpreteren. De eventuele betalingsverbintenis van de bankier is immers een zelfstandige verbintenis, die losstaat van de contractuele relatie tussen de begunstigde en de bedinger. Het beding dat de waarborg zal vrijgegeven worden op een gestelde datum is duidelijk en vormt de wet tussen partijen, zodat niet tot aanvulling of interpretatie moet worden overgegaan(1800).

Ook de Rechtbank van koophandel te Brussel statueerde uitdrukkelijk dat de bank-garant geenszins bij de afroep van de garantie moet nagaan wat de bedoeling van de partijen was bij de onderliggende overeenkomst en al

---

(1797) Ook in het Torraspapel-arrest kwam dit even ter sprake, waar het Hof oordeelde dat de garant zich moet hoeden om zich te mengen in de relaties tussen de contractanten (de opdrachtgever en de begunstigde) en om tussen hen de rol van rechter te spelen. Hij hoeft zich niet bezig te houden met te oordelen over de vraag of de basisovereenkomst geldig of nietig is (zie hierboven randnr. 999)

(1798) Hieruit leidt het Hof mede af dat de vrijwaringsvordering van de bank terecht door de eerste rechters werd afgewezen (zie hierna randnr. 1020).

(1799) Brussel 21 november 1997, *T.B.H.* 1998, 850, noot J. BUYLE en M. DELIERNEUX. Voor het gedetailleerde feitenrelaas, zie *supra* randnr. 1007.

(1800) *Kh. Turnhout 30 oktober 1995*, *R.W.* 1996-97, 328. Voor het feitenrelaas, zie *supra* randnr. 1005.



evenmin of de in de bankwaarborg gestelde voorwaarden op een vergissing berusten(1801).

Het Hof van beroep te Luik, tenslotte, bevestigde in de Torraspapel-zaak dat de garantie aan de begunstigde toekomt van zodra deze voldoet aan de limitatieve voorwaarden in de garantietekst bepaald en zonder dat de garant een grondig onderzoek van de rechten van partijen moet voeren(1802).

**1012.** DE ONWETTELIJKE, FRAUDULEUZE, KENNELIJK WILLEKEURIGE OF ABUSIEVELIJKE AFROEP. — In heel wat uitspraken in de onderzochte periode komt de abusievelijke afroep en z'n beoordelingscriteria aan bod.

**1013.** CONTROLE IN KORT GEDING. — De Voorzitter van de rechtbank van koophandel te Gent moest zich uitspreken over een derdenverzet door de B.V.B.A. R.G. tegen een eerdere beschikking waarbij blijkbaar verbod werd opgelegd aan de toenmalige K.B. over te gaan tot uitbetaling aan R.G. in het kader van een bankgarantie. Met verwijzing naar talloze rechtspraak en rechtsleer beaamt de Voorzitter dat de rechtspraak en de rechtsleer het erover eens zijn dat van de algemene regel van de niet-tegenstelbaarheid der verweermiddelen mag worden afgeweken, en derhalve de bankgarantie geen uitwerking mag krijgen, wanneer de aanspraken van de begunstigde op de bedoelde bankwaarborg onwettelijk, kennelijk willekeurig, te kwader trouw of bedrieglijk overkomen en derhalve een grond van verweermiddelen opleveren, mits van het gepleegde misbruik of de fraude bij afroep het onweerlegbaar bewijs voorligt, meer bepaald dit misbruik onmiddellijk in het oog springt. Dit brengt mee dat de kortgedingrechter dient na te gaan of een *prima facie* onderzoek hem tot de voorlopige vaststelling brengt dat de begunstigde onomstootbaar kennelijk rechtsmisbruik pleegt door de gestelde garantie af te roepen en, mitsdien, buiten de termen van de garantie handelde. *In casu* liet een summier oppervlakkig onderzoek van de overgelegde stukken niet toe met zekerheid op het eerste gezicht uit te maken dat de begunstigde ogenschijnlijk kwaadwillig en arbitrair de bankgarantie afriep. Bij ontstentenis van enig evident rechtsmisbruik wordt het derdenverzet gegrond verklaard(1803).

**1014.** BETWISTING WIJST OP ZICH NIET OP MISBRUIK. — Het Hof van beroep te Brussel stelt dat aangenomen wordt dat de bank haar verbintenis kan opschorten of de opdrachtgever de opschorting kan vragen wanneer blijkt dat de afroep *op bedrieglijke wijze gebeurt of een kennelijk misbruik van recht inhoudt*, dan wel wanneer de onderliggende verhouding tussen opdrachtgever en begunstigde ongeoorloofd of nietig is. Het louter feit van het bestaan

---

(1801) [Kh. Brussel 5 februari 1996](#), *R.W.* 1996-97, 1263.

(1802) [Luik 15 september 1995](#), *Rev. prat. soc.* 1995, 416, noot C. BERTSCH, *R.R.D.* 1995, 320 en *T.R.V.* 1995, 684, noot.

(1803) [Kort Ged. Kh. Gent 6 januari 1998](#), *T.G.R.* 1998, 182.

van een betwisting over onbetaald gebleven facturen is niet van aard om de uitvoering van de bankgarantie op te schorten. Er anders over oordelen zou uiteraard de normale werking van de garantie op eerste verzoek volledig uithollen nu het zou volstaan voor een debiteur te kwader trouw om allerlei betwistingen op te werpen en desgevallend een procedure aanhangig te maken om de opschorting van de garantie op eerste verzoek te bekomen. De stelling van de appellanten dat de bankgarantie slechts kan afgeroepen worden voor bedragen die onbetwistbaar en onbetwist verschuldigd zijn aan de schuldeiser-begunstigde wordt dan ook door het Hof, terecht, afgewezen(1804).

**1015.** GEEN BEWIJS VAN ABUSIEVELIJKE AFROEPING. — In het hoger reeds uitvoerig besproken geval(1805) hield de toenmalige Generale Bank voor het Hof van beroep te Brussel voor dat zij niet gehouden was een afroep van de garantie te honoreren ingevolge, enerzijds, de ontbinding van de huur-overeenkomst die zou zijn tussengekomen voorafgaand aan de emissie van de garantie en, anderzijds, het feit dat de afroep een manifest misbruik uitmaakte. Volgens de bank bestond op het ogenblik van het stellen van de garantie een vonnis van de vrederechter waarbij de bedinger werd veroordeeld tot betaling van een som (achterstallige huurgelden) aan de begunstigde van de garantie, som die volledig zou eisbaar worden bij het niet-nakomen van de afbetalingsfaciliteiten. In dat geval zou ook de handelshuur lastens de bedinger als ontbonden dienen beschouwd te worden. Op het ogenblik van het uitschrijven van de garantie zou, nog volgens de bank, de bedinger het bestaan van het vonnis van de vrederechter op een bedrieglijke wijze verborgen gehouden hebben. Het Hof van beroep bevestigt dat zowel in het geval van ontbinding of nietigheid van de hoofdovereenkomst vóór als in het geval van ontbinding of nietigheid ná de emissie van de garantie, doch vooral in het eerste geval, de afroep kan beschouwd worden als een geval van fraude of van kennelijk misbruik, rekeninghoudend met de omstandigheden eigen aan de oorzaak (dit is de basisovereenkomst). Naast het feit echter dat het Hof het niet bewezen acht dat de bank op het ogenblik van het stellen van de garantie geen kennis had van het vonnis, stelt zij vast dat in elk geval het bedrag dat de bank de bedinger verwijt niet tegenstelbaar is aan de begunstigde. Bovendien was het handelshuurcontract niet ontbonden voorafgaandelijk aan de garantie, zodat, in tegenstelling tot wat de bank voorhoudt, men *in casu* niet te maken heeft met een manifest misbruik ingevolge het feit dat de begunstigde zou negeren dat hij geen enkel recht kan laten gelden tegen zijn co-contractant(1806).

---

(1804) [Brussel 7 juni 1995](#), *D.A.O.R.* 1995, afl. 37, 74, *Pas.* 1995, II, 32 en *R.W.* 1995-96, 1239.

(1805) Zie hoger randnr. 1000.

(1806) [Brussel 22 juni 1995](#), *Res. Jur. Imm.* 1996, 12.

**1016.** HET *MANIFEST* KARAKTER VAN HET MISBRUIK OF DE FRAUDE BIJ AFROEPING. — In een ander, reeds meermaals ter sprake gekomen arrest van het Hof van beroep te Brussel werd ook uitspraak gedaan over het middel van de bank dat de afroep abusief en frauduleus was. Volgens het Hof voert zij hiertoe feitelijke en juridische elementen aan die gerelateerd zijn aan de basisovereenkomst en haar uitvoering. Het Hof herinnert eraan dat de autonomie en het automatisch en abstract karakter van de autonome garantie niet toelaten om haar uitvoering te onderwerpen aan een voorafgaand onderzoek door de bank-garant van de uitvoering of niet uitvoering van de gegarandeerde overeenkomst. Enkel het misbruik van of de fraude naar aanleiding van de afroep dat/die aan het licht zou komen bij een beperkt onderzoek (ingevolge de abstractie eigen aan de autonome garantie), die toelaat om een duidelijke mogelijkheid van betwisting te onderkennen en die op evidente wijze aantoont dat de begunstigde geen enkel recht uit de basisovereenkomst put, zou een weigering van de afroep van de garantie kunnen verantwoorden. De afroep van de garantie moet derhalve manifest abusievelijk of foutief zijn, wat volgens het Hof *in casu* niet het geval is. Een ander argument van de bank was dat de afroep van de garanties frauduleus was om reden dat de begunstigde de bank documenten zou overhandigd hebben die intellectueel vals waren, om haar afroep te verantwoorden (het betrof daarbij documenten die de begunstigde ingevolge een vraag van de bank na de afroep had overgemaakt). Ook dit argument vindt geen genade bij het Hof. Naast een feitelijke weerlegging herhaalt het Hof immers dat de afroep van de garanties op zich volstaat gelet op de aard van de garanties verstrekt door de bank en oordeelt dat betwistingen nopens bijkomende documenten die door de begunstigde na de afroep worden voorgelegd niet van aard zijn om de regelmatige afroep aan te tasten, behalve ingeval deze laatste zelf frauduleus zou zijn(1807).

In een arrest van 22 december 1995 bevestigde het Hof van beroep te Brussel dat de garant is ontslagen van zijn verplichting te betalen in geval van manifeste fraude, manifest rechtsmisbruik in hoofde van de begunstigde die afroept of ingeval van manifeste ongeldigheid van de basisovereenkomst(1808).

In een reeds besproken beschikking diende de Voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Kortrijk zich te buigen over een verbodsvordering tot uitbetaling van een garantie door de bank naar aanleiding van een overdracht van aandelen. *In casu* werd gevorderd het verbod te laten gelden zolang een arbitragecommissie zich niet had uitgesproken over de gegrondheid van de aanspraken ten gronde van de overnemer van de aandelen(1809). De Voorzitter diende zich ondermeer uit te spreken over het verwijt dat de afroep

---

(1807) Brussel 21 november 1997, *T.B.H.* 1998, 850, noot J. BUYLE en M. DELIERNEUX (voor een korte bespreking van deze noot, zie hoger voetnoot 1793).

(1808) [Brussel 22 december 1995](#), *T.B.H.* 1996, 1068, noot J. BUYLE en X. THUNIS.

(1809) Zie hoger randnr. 1002.





kennelijk misbruik of bedrog uitmaakte. Hij herinnert eraan dat het gevaar van een niet-gerechvaardigde afroep inherent is aan de techniek zelf van de autonome bankgarantie. Een maatregel tot verbod van betaling, gebaseerd op het abusievelijke karakter van de afroeping, dat niet zonneklaar is, is niet te verantwoorden. Wat het misbruik of fraude van de afroep zelf betreft, bevestigt de voorzitter de veel geciteerde uitdrukking van Vasseur dat dit *de ogen moet uitsteken*(1810). Het misbruik of de fraude moet aanwijsbaar zijn op het eerste gezicht, zonder ernstig onderzoek bij gebreke waaraan geen verbod in kort geding kan verkregen worden. De Voorzitter stelt daarop dat het abusievelijke karakter van de afroep niet beoordeeld moet worden vanuit de onderliggende verhouding doch alleen vanuit de garantieverhouding, in die zin dat alleen als misbruik geldt: de afroep die andere „doeleinden” beoogt dan de goede uitvoering van de overeenkomst zelf. Uit het enkele feit dat een zekere tijd is verlopen tussen de overname van aandelen en de afroep kan niet „wettelijk” worden afgeleid dat de afroep „manifest” abusievelijk is. Ook is bij de garantie op eerste verzoek geen voorafgaandelijke ingebrekestelling vereist en ook geen gelijktijdig op gang brengen van een arbitrageprocedure. De Voorzitter hekelt nog het feit dat de eisers, teneinde een auditverslag te kunnen beoordelen, negen keer om uitstel verzochten en niet minder dan veertig bladzijden conclusies nodig hadden om aan te tonen dat de door hen beweerde en „onmiddellijk te bewijzen” fraude of misbruik van afroep „zonneklaar” is, en wijst de vordering af(1811).

Volgens de Voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg te Verviers kent het autonome, abstracte en onafhankelijke karakter van de garantie op eerste verzoek slechts twee uitzonderingen: wanneer de garantie wordt uitgegeven ingevolge een contract strijdig met de openbare orde en wanneer de afroep van de garantie manifest abusievelijk is. Het principe is en moet blijven eerst betalen en dan betwisten, zodat de interpretatie of de afroep al dan niet abusievelijk is bij uitstek restrictief dient te gebeuren: het bedrog of het misbruik moeten de ogen uitsteken. Het moet zo klaar als bronwater zijn dat de begunstigde geen enkele schijn van recht heeft om de bedongen som op te eisen, eer de bankier de betaling kan weigeren. De minste twijfel speelt dan ook ten voordele van de begunstigde. Het risico van een ongerechvaardigde afroep is immers door de opdrachtgever aanvaard en dit met kennis van de oorzaak, en is inherent aan de autonome garantie, die gebaseerd is op het principe „eerst betalen en dan betwisten”. Het is maar indien als gevolg van een beknopt onderzoek *prima facie* blijkt dat de begunstigde zich op een oogverblindende wijze schuldig maakt aan misbruik of fraude dat de bankier kan weigeren om de garantie vrij te geven, of hem dit kan opgelegd worden(1812).

---

(1810) Zie hoger voetnoot 1778.

(1811) *Kort Ged. Kh. Kortrijk 21 oktober 1996, R.W.* 1996-97, 1447.

(1812) *Kort Ged. Rb. Verviers 8 februari 1996, T.B.H.* 1997, 781, noot.



## VRIJGAVE VAN DE GARANTIE, WEIGERING EN AANSPRAKELIJKHEID

**1017.** GEDEELTELIJKE VRIJGAVE VAN DE GARANTIE MOGELIJK? — In de onderzochte periode besliste de Voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Luik dat de gedeeltelijke vrijgave van de garantie onverzoenbaar is met het voorwerp van de garantie, te weten de verbintenis van de bank te betalen op eerste verzoek. Deze problematiek heeft betrekking op de modaliteiten van het garantiecontract zelf, dat *in casu* geen enkel herleidingsbeding bevatte. Ingevolge het principe „eerst betalen en dan betwisten”, komt het de opdrachtgever toe om later het teveel betaalde en door de garant op hem verhaalde, terug te vorderen van de begunstigde, mocht blijken dat hij ten gronde tot minder dan het garantiebedrag gerechtigd was(1813).

**1018.** VERBODSVORDERING IN KORT GEDING. TEGENVORDERING TOT BETALING. — Voor het Hof van beroep te Brussel kwam de vraag aan bod of de kortgedingrechter bevoegd is om uitspraak te doen over de tussenvordering die ertoe strekt de garantieverstrekker te veroordelen tot uitbetaling. Het Hof stelt vast dat tussenvorderingen geformuleerd voor de rechter in kort geding hoogdringend moeten zijn en aanleiding moeten kunnen geven tot een voorlopige beslissing, wat *in casu* niet het geval is. Bovendien is de vordering tot betaling geen voorlopige maatregel maar een beslissing ten gronde. Nu het Hof evenwel de beroepsrechter is van de bevoegde rechtbank ten gronde in eerste aanleg, moet zij krachtens de devolutieve werking van het hoger beroep kennis nemen van de tussenvordering. Het Hof stelt uiteindelijk vast dat de tussenvordering zonder voorwerp is geworden, nu de bank inmiddels reeds was overgegaan tot uitbetaling(1814).

De Voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Gent daarentegen verklaarde een derdenverzet tegen een eerdere beschikking waarin een betalingsverbod werd uitgesproken gegrond, wat *de facto* tot gevolg had dat de garant toch moest betalen. De Voorzitter motiveert wel uitdrukkelijk dat hij het derdenverzet inwilligt, zonder dat de afwijzing van de vordering tot het opleggen van betalingsverbod aan de garant enig onherroepelijk nadeel ten gronde kan berokkenen(1815).

**1019.** WEIGERING TOT HONORERING VAN DE AFROEP. AANSPRAKELIJKHEID GARANT. — In de Torraspapel-zaak kwam de aansprakelijkheid van de garant die weigert een afroep van de garantie te honoreren, aan bod(1816). De

(1813) [Kort Ged. Kh. Luik 7 april 1995](#), *T.B.H.* 1996, 1063, noot J. BUYLE en X. THUNIS. In de bevestigende noot wordt door de auteurs kort stilgestaan bij de aan- of afwezigheid van een herleidingsbeding (en z'n redactie) in de garantiebrief.

(1814) [Brussel 7 juni 1995](#), *D.A.O.R.* 1995, afl. 37, 74, *Pas.* 1995, II, 32 en *R.W.* 1995-96, 1239.

(1815) [Kort Ged. Kh. Gent 6 januari 1998](#), *T.G.R.* 1998, 182.

(1816) Het uitgebreide feitenrelaas werd hierboven reeds gegeven. Zie *supra* randnr. 997.



Rechtbank van koophandel te Namen weerhield in eerste aanleg de aansprakelijkheid van de banken-garant en kende aldus de aansprakelijkheidsvoorordering van de S.R.I.W. en Nofipac toe, zij het dat deze begroot wordt op één frank. De Rechtbank stelt vast dat de banken op de hoogte waren van alle modaliteiten van de koop- en verkoopopties en dat zij geen enkel voorbehoud hebben gemaakt nopens de geldigheid van deze overeenkomsten. Deze overeenkomsten zijn de reden van de kredieten van de banken aan Torrassapapel, waaraan commissies gekoppeld waren door de banken geïnd, zonder het minste voorbehoud te formuleren. De garantieteksten sluiten categoriek het risico van een latere betwisting uit en geven aan de begunstigden formele garanties uitbetaald te worden. Bovendien zijn de banken organismen die vertrouwd zijn met financiële operaties van omvang en beschikken zij over een grote expertise in de zakenpraktijk en de juridische diensten, zodat zij in staat moeten zijn om de risico's tot betwisting van de transacties die zij sluiten te ontwaren. Gelet op haar noodzakelijke rol in het economische leven, mag een bank zeker niet uitsluitend oog hebben voor haar eigen belangen als kredietgever en ze kan niet voorbijgaan aan de gevolgen van de beslissingen die zij neemt voor de onderneming in kwestie, voor de regio of voor het land. Deze laatste redenering geeft aan de rechtbanken de mogelijkheid om te bevestigen dat de bankiers niet enkel professionele verbintenissen ten aanzien van hun cliënten hebben, maar ook meer algemeen ten aanzien van de gehele gemeenschap. Zij moeten dus oog hebben voor de gevolgen van hun handelingen ten aanzien van derden. *In casu* had de begunstigde van de garantie in het kader van haar economische opdracht in het algemeen belang, publieke fondsen geïnvesteerd door in de deelname aan de herstructurering van een bedrijf dat van vitaal belang was voor de regionale economie te stappen. Men kan niet redelijkerwijs voorhouden dat de banken het mogelijk probleem van de strijdigheid van de verkoopsopties met art. 1855 B.W. maar hebben onderkend vier jaar na de uitgifte van de eerste garantie, en twee jaar na de andere. De banken hebben geen twijfels geuit over de geldigheid van hun verbintenissen, niet bij het aangaan ervan, niet op het ogenblik van de vergoeding voor het krediet toegestaan aan Torrassapapel en niet op het ogenblik dat deze de prijs voor het lichten van de eerste opties voldeed. Hun terughoudendheid is er maar gekomen op het ogenblik dat de moeilijkheden die Torrassapapel kende, deden vrezen dat deze niet in staat zou zijn om de sommen uitbetaald in het kader van de garanties terug te betalen. Gegeven het feit dat de autonome bankgarantie in het ondernemingsrecht een financieel instrument van kapitaal belang is geworden, zou men de geloofwaardigheid van heel het systeem aantasten zo de banken zou toegelaten worden hun verbintenissen te betwisten wanneer de financiële toestand van hun cliënten verslechtert, nu net de autonome garantie derden moet wapenen tegen dergelijk ingebreke blijven. Doordat de weigering van de banken om de garantie(s) uit te voeren gestoeld is op een motief dat zij behoorden te kennen vanaf het begin, doch dat zij niet eerder hebben ingeroepen dan op het ogenblik van de ondervinding van bezorgd-



heid omtrent de solvabiliteit van hun cliënt, hebben zij het vertrouwen dat de begunstigden rechtmatig mochten gronden op de bijzonder dwingende bepalingen van de garantie, beschaamd. Dergelijke houding heeft een deloyaal karakter en brengt de aansprakelijkheid van de banken ten opzichte van de begunstigden mee(1817).

Het Hof van beroep te Luik bevestigde dat het terecht is dat de banken ongerust waren over de financiële gezondheid van de opdrachtgever, doch stelde vast dat het niettegenstaande de uitleg van de Generale Bank verbijssterend is dat de ongeldigheid van de basisovereenkomsten voor de eerste keer werd opgeworpen op het ogenblik dat de financiële moeilijkheden van Torraspapel duidelijk aan het licht kwamen. Het is weliswaar Torraspapel die het initiatief heeft genomen om de betaling van de garanties te verbieden, doch het is de Generale die deze zes maanden eerder heeft op de hoogte gebracht van de mogelijke strijdigheid met het Belgisch recht, waarvan Torraspapel het bestaan nog zelfs niet vermoedde. Het is van weinig belang de motivering van de bank te kennen om de mogelijke ongeldigheid aan de opdrachtgever te kennen te geven. Immers, de banken en meerbepaald de Generale Bank kenden reeds lang de aard en het detail van de overeenkomsten tussen partijen, waarvan de essentie overigens wordt weergegeven door de garanties zelf. Wanneer er in de ogen van de banken een ernstig en evident gebrek dat de geldigheid van de garantie, waarvan de functie is de begunstigde een absolute betalingszekerheid te verschaffen, had kunnen aantasten, bestond, dan hadden de banken in hun hoedanigheid van diligente en voorzichtige bankiers ofwel een grondige studie moeten voeren die gerechtvaardigd werd door de enorme sommen die op het spel stonden en dit niettegenstaande de ogenschijnlijke haast van de protagonisten ofwel dit gebrek moeten bekend maken, op straffe van hun geloofwaardigheid te verliezen, en dit zonder de dag af te wachten waarop op de betaling dient geanticipeerd te worden. Door dit niet te doen hebben de banken *het gewettigd vertrouwen van de begunstigde* (dat erin bestaat dat deze terecht mocht hopen dat de banken hun verbintenissen zouden nakomen) beschaamd. Door abusievelijk de betaling te weigeren hebben de banken het autonome en abstracte karakter van de garanties die zij hadden goedgekeurd miskend en „hun handtekening beschaamd”. De garantie komt toe aan de begunstigde van zodra deze voldoet aan de limitatieve voorwaarden in de garantietekst bepaald en zonder dat de garant een grondig onderzoek van de rechten van partijen moet voeren. *In casu* waren deze voorwaarden vervuld en hadden de banken geen enkele geldige reden om de betaling te weigeren. Elke onverantwoorde vertraging stelt de bankier bloot aan schadevergoeding. De opdrachtgever die zonder geldig motief tracht de garantie te immobiliseren, schendt bovendien zijn opgenomen verbintenis en *begaat een fout*(1818).

---

(1817) [Kh. Namen 12 september 1994](#), *J.L.M.B.* 1995, 801, noot X. FOSSOUL, *Journ. proc.* 1994 (verkort), afl. 267, 27 en *T.B.H.* 1995, 67.

(1818) [Luik 15 september 1995](#), *Rev. prat. soc.* 1995, 416, noot C. BERTSCH, *R.R.D.* 1995, 320 en *T.R.V.* 1995, 684, noot. Zie voor meer detail, *supra* randnr. 999.



**1020.** VRIJWARING DOOR OPDRACHTGEVER BIJ FOUT BANKIER-GARANT? — In de reeds hoger en ook in vorig randnummer aangehaalde Torraspapelzaak(1819), maakten zowel de rechter in eerste aanleg als de beroepsrechter korte metten met de vrijwaringsvordering van de banken-garant tegen de opdrachtgever. De Rechtbank van koophandel te Namen oordeelde dat de vrijwaringsvordering ongegrond was. De fout die aanleiding gaf tot de aansprakelijkheid is, volgens de Rechtbank, begaan door de banken-garant in hun hoedanigheid van professionele kredietinstellingen. De vrijwaringsvordering heeft geen enkele juridische basis(1820). Het Hof van beroep te Luik bevestigt het vonnis *a quo* desbetreffend en zegt voor recht dat de opdrachtgever niet gehouden is de bankiers-garant te vrijwaren voor hun veroordeling tot het betalen van schadevergoeding, om reden dat wanneer de bank, zelfs op aangeven van de opdrachtgever, weigert te betalen, het de bank is die de verantwoordelijkheid voor deze weigering op zich neemt. Zij weigert omdat het om een eigen schuld van de bank handelt. Het komt aan de bank toe om de opdrachtgever tot rede te brengen(1821).

**1021.** REGRES DOOR DE GARANT OP DE OPDRACHTGEVER AFGEWEEZEN. — In het hoger reeds uitvoerig geciteerde arrest van 21 november 1997 van het Hof van beroep te Brussel(1822), moest het Hof zich ook uitspreken over de vordering van de bank-garant tot vrijwaring van de bank door de failliete opdrachtgever en tegen de (eveneens failliete) Franse moedervenootschap(1823). De bank hield in ondergeschikte orde voor dat de sommen die zij moet uitbetalen in het kader van de garanties schulden van de massa uitmaken, nu de activiteiten werden verdergezet en de garanties op mondelinge verzoek van de curatele werden verlengd. Nu de curator deze mondelinge vraag ten stelligste betwistte en voor het overige deze bewering van de bank door niets bewezen werd, wijst het Hof deze van de hand. Het Hof oordeelt dan ook dat de bank op eigen initiatief, zonder melding, instructie of bekrachtiging van haar opdrachtgever aan de begunstigde de verlenging van de duur van de garanties heeft toegestaan. Deze verlengingen hadden tot gevolg maar ook als beslissend motief van de bank aldus te antwoorden op de formele afroep van de garanties, eerder dan de garanties uit te voeren door onmiddellijke betaling ervan. Aldus is de opdrachtgever niet gehouden tot terugbetaling van de sommen die de bank alsnog moet uitbetalen ingevolge

---

(1819) Het uitgebreide feitenrelaas werd hierboven reeds gegeven. Zie *supra* randnr. 997.

(1820) [Kh. Namen 12 september 1994](#), *J.L.M.B.* 1995, 801, noot X. FOSSOUL, *Journ. proc.* 1994 (verkort), afl. 267, 27 en *T.B.H.* 1995, 67.

(1821) [Luik 15 september 1995](#), *Rev.prat.soc.* 1995, 416, noot C. BERTSCH, *R.R.D.* 1995, 320 en *T.R.V.* 1995, 684, noot.

(1822) Zie *supra* randnr. 1007.

(1823) Deze had zich eerder hoofdelijk borg gesteld voor de naleving van de verbintenissen van Cri Dan Nord België opzichtsens de Generale Bank.



de eenzijdige en foutieve verlenging van de garanties. Daaruit volgt dat ook de hoofdelijke borg niet gehouden is(1824).

## TITEL IX

### INPANDGEVING(1825)

**1022.** ZAKELIJK CONTRACT: GEVOLGEN. — Op 5 december 1993 kent de toenmalige Generale Bank aan de B.V.B.A. Sohedia Motor, waarvan de heer Collignon zaakvoerder is, een krediet van 300.000 frank toe, aan te wenden door voorschotten in rekening. De heer Collignon stelt als zekerheid kasbons en sicavs ter beschikking van de bank die deze titels onder een afzonderlijk waarborgdossier opneemt. De bank zegt het krediet op en legt een verzoekschrift neer tot verzilvering van de tot zekerheid gegeven titels. De heer Collignon houdt de rechter voor dat hij middels een schrijven dat dateerde van vóór de opzegging van de kredieten, het contract van inpandgeving reeds verbroken had. De Rechtbank van koophandel te Brussel stelt vast dat de heer Collignon niet de mogelijkheid had om eenzijdig het contract van inpandgeving te verbreken. De inpandgeving is immers een zakelijk recht, reden waarom men bij pand spreekt van een zakelijke zekerheid. Het zakelijk recht is een recht dat iemand rechtstreeks op de zaak bezit. De totstandkoming van een zakelijk recht veronderstelt een daad van vervreemding waardoor de eigendom van de zaak of een gedeelte van die eigendom

---

(1824) Brussel 21 november 1997, *T.B.H.* 1998, 850, noot. J. BUYLE en M. DELIERNEUX. In de kritische voetnoot vindt het oordeel van het Hof dat de bank zelf de gevolgen dient te dragen van de (eenzijdige) verlenging van de duur van de garanties geen genade bij de auteurs. Volgens hen is het oorzakelijk verband tussen fout en schade desbetreffend niet aangetoond. Al evenmin kan het oordeel van het Hof dat de garant die eenzijdig de duur van de garantie verlengt en die gehouden is te betalen, geen terugbetaling kan bekomen van de opdrachtgever, door de beugel. Voor zover de bank heeft betaald en er blijkt dat de begunstigde inderdaad over een vordering ten aanzien van de opdrachtgever beschikt, houdt dit voor deze laatste een verrijking zonder oorzaak in, wat een verhaal van de bank op deze laatste verantwoordt.

(1825) Enkel het gemeenrechtelijke burgerlijk pand wordt in dit overzicht behandeld. De lezer wordt inzake *handelspand* verwezen naar: P. DE VROEDE, Y. MERCHERS en I. DEMUYNCK, „Overzicht van rechtspraak: algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming (1992-1997)”, *T.P.R.* 1999, p. 166, nrs. 39-40 en M. GREGOIRE, „Les sûretés réelles et les privilèges (1975-1998): le gage”, *Bank. Fin.* 1998, p. 447-458, nrs. 1-22. In de onderzochte periode vonden wij volgende uitspraken terug: [Bergen 5 april 1995](#), *Act. dr.* 1996, 110, *P&B* 1996, 100, noot, Rev. rég. dr. 1995, 464 en *T. Vred.* 1996, 100; [Antwerpen 23 september 1996](#), *R.W.* 1996-97, 1234; [Antwerpen 16 december 1996](#), *R.W.* 1996-97, 1202, noot; [Rb. Turnhout 21 mei 1997](#), *R.W.* 1997-98, 411, noot E. DIRIX; [Kh. Tongeren 20 september 1994](#), *R.W.* 1994-95, 785; [Kh. Turnhout 7 februari 1995](#), *R.W.* 1994-95, 1337, noot E. DIRIX; [Kh. Brussel 25 september 1996](#), *D.A.O.R.* 1997, 77 en *J.L.M.B.* 1997, 161; [Kh. Gent 4 december 1997](#), *T.G.R.* 1998, 65; [Kh. Antwerpen 26 februari 1998](#), *R.W.* 1998-99, 1150; Voorz. Kh. Tongeren 3 februari 1994, *T.R.V.* 1995-96, 512, noot; Voorz. Kh. Tongeren 7 februari 1994, *T.R.V.* 1995-96, 513, noot I. PEETERS. Voor de *inpandgeving van de handelszaak* wordt verwezen naar: P. DE VROEDE, Y. MERCHERS en I. DEMUYNCK, o.c., *T.P.R.* 1999, p. 158-166, nrs. 24-38; G. DE PESTEL, „Pand op de handelszaak (Wet van 25 oktober 1919) Overzicht rechtspraak (1993-1998)”, *T.B.H.* 2001, 383-391 en M. GREGOIRE, o.c., *Bank. Fin.* 1998, p. 458-469, nrs. 23-33.

