

stuurder van een vennootschap gegeven voor de uitvoering van de verbintenissen van die vennootschap een handelskarakter krijgt wanneer die bestuurder een commercieel belang heeft bij de ondertekening van de borgtocht;

Overwegende dat de borgstelling die verleend werd tot betaling van makelaarsloon met het oog op de verkoop van een handelszaak, een commercieel karakter heeft; dat de eerste rechter terecht heeft gesteld dat men hier voor een commerciële borgstelling staat;

Overwegende derhalve dat het voorrecht van uitwinning geen toepassing kan krijgen;

Overwegende dat het bedrag van de makelaarsvergoeding, te weten factuur van 5.4.93, op zich niet betwist wordt: dat enkel de bedragen m.b.t. de publiciteitskosten en de verplaatsingsvergoeding betwist worden;

Overwegende echter dat voor de publiciteitskosten de stavingsstukken worden voorgebracht die de kosten verantwoorden en de kosten voor verplaatsing onmiddellijk in rekening werden gebracht zonder dat hierop enig protest is gekomen;

Overwegende dat, na aanmaning bij aangetekend

schrijven op respectievelijk 28.5.93 en 1.6.93 geen reactie is gekomen noch enig protest met betrekking tot de gevorderde bedragen; dat enkel mevrouw B. heeft medegedeeld dat de overeenkomst tot overname verbroken werd;

Overwegende dat de eerste rechter derhalve terecht geoordeeld heeft dat de facturen zonder protest aanvaard werden;

OM DIE REDENEN

HET HOF,

Rechtdoende op tegenspraak;

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond;

Bevestigt het bestreden vonnis in al zijn beschikkingen;

Veroordeelt appellant tot de kosten van het hoger beroep, begroot aan de zijde van geïntimeerde op de rechtsplegingvergoeding van 15.600 BEF volgens opgave in conclusie.

(...)

Over de burgerlijke of commerciële aard van borgtocht

1. Sommige rechtsfilosofen zullen ongetwijfeld van mening zijn dat de jurist die de bescheiden onderneming aanvat het onderscheid tussen de burgerlijke en de commerciële borgtocht te onderzoeken, blijkt geeft van een cartesiaans-dualistische redeneertrant, onaangepast om de complexiteit of de innerlijke tegenstrijdigheid van de werkelijkheid te vatten. Zulke vrome bespiegelingen zijn voor de rechtspracticus evenwel “transcendental nonsense”, om het met Felix Cohen te zeggen, aangezien de borgtocht in de praktijk nu eenmaal burgerlijk of commercieel van aard is.¹ De ene mogelijkheid sluit de andere uit, en dit op een wijze die voor de justitiabele belangrijke gevolgen kan hebben. In wat volgt worden de criteria onderzocht die de rechtspraak hanteert om de burgerlijke en de commerciële borgtocht te onderscheiden.

2. Een B.V.B.A. (A) sluit een overeenkomst met een N.V. (B) die een drankhuis te Leuven uitbaat. Doel van de overeenkomst is dat de B.V.B.A. een kandidaat-koper vindt voor de N.V. De bestuurders van de N.V. (C, D en E) tekenen een overeenkomst waarbij zij verklaren persoonlijk en solidair borg te staan voor de betaling van het aan de B.V.B.A. verschuldigde makelaarsloon. De B.V.B.A. vindt een koper, zodat het makelaarsloon verschuldigd is. De N.V. betaalt niet, waarna de borgen worden aangesproken. Borg C wenst niet te betalen, of minstens wenst hij niet in te staan voor het volledige

bedrag van de hoofdschuld. Hij houdt vol dat het gaat om een burgerlijke borgstelling, zodat hij zich meent te kunnen beroepen op het voorrecht van uitwinning.

Het Hof van Beroep te Antwerpen overweegt in het geannoteerde arrest dd. 5 januari 1999 dat een borgtocht aangegaan door een niet-handelaar in principe een burgerlijk karakter heeft, zelfs wanneer men zich borgstelt voor een (handels-)vennootschap. Een borgstelling aangegaan door een niet-handelaar die bestuurder is van de vennootschap-hoofdschuldenaar, verwerft evenwel een handelskarakter wanneer de bestuurder een *commercieel belang heeft bij de ondertekening van de borgtocht*, aldus het Antwerpse Hof van Beroep.

3. De overeenkomst van borgtocht - ook borgstelling genaamd - is een overeenkomst waarbij de borg zich jegens een schuldeiser verbindt tot betaling van de schuld van diens schuldenaar voor het geval deze daaraan zelf niet voldoet. De borgtocht werd recent door eminente rechtsgeleerden belicht, zodat we ons hier strikt kunnen beperken tot de problematiek waarover het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde.²

De vraag of een borgstelling burgerlijk of commercieel van aard is, heeft voornamelijk gevolgen voor wat betreft de bewijsregeling, de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel, het voorrecht van uitwinning en het voorrecht van schuldsplitsing.³

¹ F. COHEN, ‘Transcendental Nonsense and the Functional Approach’, *Columbia Law Review* 1935, 809.

² Zie over borgtocht in het algemeen: E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 1999, nrs. 382-424bis; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1999, 518 p.

³ Zie voor meer details over de gevolgen van het onderscheid: A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, ‘Cautionnement’, in *Répertoire pratique du droit belge*, Complément, t. 5, Brussel, Bruylant, 1977, p. 149, nrs. 66-69; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, in *A.P.R.*, o.c., 1999, nrs. 91-102.

Commerciële borgtocht is, krachtens de gewoonte-rechtelijke regel van de solidariteit in handelszaken, solidaire borgtocht.⁴ Bij solidaire borgtocht verkrijgt de schuldeiser het voordeel van de solidariteit, hetgeen neerkomt op uitsluiting van het voorrecht van uitwinning en, indien er meerdere borgen zijn, van het voorrecht van schuldsplitsing.⁵

Luidens art. 2021 B.W. is de borg jegens de schuldeiser niet tot betaling gehouden dan bij gebreke van de schuldenaar, wiens goederen vooraf moeten worden uitgewonnen, tenzij de borg afstand heeft gedaan van het voorrecht van uitwinning. Het voorrecht van uitwinning houdt nochtans niet in dat de borg eerst kan worden aangesproken nadat de goederen van de hoofdschuldenaar werden uitgewonnen, aangezien de uitoefening van dit voorrecht aan talrijke voorwaarden is onderworpen, neergelegd in de artikelen 2022 en 2023 B.W. Meer bepaald moet de borg zich *in limine litis* beroepen op het voorrecht van uitwinning, hij moet de uit te winnen goederen aanwijzen en de uitwinningskosten voorschieten, en het mag bovendien niet gaan om goederen gelegen buiten het rechtsgebied van het Hof van Beroep van de plaats waar betaling moet worden gedaan. Evenmin mag het gaan om goederen waarover een geschil bestaat (art. 2022-2023 B.W.).

Luidens art. 2026 B.W. kan ieder van de borgen, indien hij geen afstand heeft gedaan van het voorrecht van schuldsplitsing, vorderen dat de schuldeiser vooraf zijn vordering verdeelt en vermindert tot het aandeel van elke borg. Wanneer er meerdere borgen zijn, kan ieder van de borgen op grond van het voorrecht van schuldsplitsing eisen dat de schuldeiser zijn vordering verdeelt en beperkt tot het aandeel van iedere borg. Het risico dat één van de borgen insolvent is geworden, valt voor de schuldsplitsing ten laste van de medeborgen. Na de schuldsplitsing valt het ten laste van de schuldeiser (art. 2026 B.W.).

4. Traditioneel werd de borgtocht meestal aangegaan als vriendendienst.⁶ Vanuit die traditie beschouwt de al wat oudere rechtsleer de borgtocht principieel als burgerlijk van aard, zelfs wanneer de hoofdovereenkomst commercieel is.⁷ Volgens deze traditionele opvatting is de borgtocht steeds burgerlijk van aard wanneer de borg geen handelaar is, zelfs al is de hoofdovereenkomst een commerciële verrichting.⁸

In de rechtspraak bestaat een strekking die de traditionele opvatting verlaten heeft.⁹ Het geannoteerde arrest past in die strekking, dewelke beter aansluit bij de vereisten van het hedendaagse handelsverkeer. De traditionele - en thans voorbijgestreefde - opvatting wordt ook in de rechtsleer terecht aangevochten.¹⁰

Zoals bekend, speelt bij de beoordeling van de aard van het *pand*, eenvoudigweg de regel van de accessoriteit, en dit op grond van het beginsel *accessorium sequitur principale*.¹¹ Sommigen pleiten ervoor ook bij borgstelling de regel van de accessoriteit te laten spelen.¹² Deze opvatting gaat evenwel een stap te ver. Bij *pand* is het volstrekt aanvaardbaar dat de regel van de accessoriteit speelt, daar de risico's van vermogensaantasting voor de pandgever beperkt zijn tot het pandobject. De pandgever is slechts gehouden *propter rem*. Niet zo bij borgstelling, waar de borg als verschaffer van een persoonlijke zekerheid met zijn gehele vermogen als onderpand instaat voor de door hem aangegane verplichting. Een nuancering van het beginsel van de accessoriteit dringt zich derhalve op. Het volgende uitgangspunt betracht o.i. een evenwicht tussen de vereisten van het moderne handelsverkeer enerzijds en een voldoende bescherming van de borg anderzijds. Een borgstelling is commercieel van aard wanneer de hoofdovereenkomst een commerciële verrichting is, tenzij indien de borg aantoont dat de borgstelling werd aangegaan bij wijze van loutere vriendendienst, d.w.z. dat de borg geen financieel of commercieel belang had bij de borgstelling of bij de gewaarborgde transactie.

⁴ E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten, o.c.*, 1999, p. 264, nr. 399; P.-A. FORIERS, 'Les sûretés personnelles traditionnelles – Développements récents', in M. GREGOIRE, e.a. (eds.), *Le droit des sûretés*, Brussel, Jeune Barreau, 1992, p. 170, nr. 53; F. 'T KINT, *Sûretés*, Brussel, Larcier, 1997, p. 363, nr. 739.

⁵ E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten, o.c.*, 1999, p. 264, nr. 401; E. WYMEERSCH, 'Borgtocht en garantie', in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 657-658.

⁶ P. GEORTAY, 'Réaffirmation du caractère accessoire du cautionnement: un arrêt en trompe-l'œil?', (noot onder Cass. 16 december 1994), *J.T.* 1996, p. 858, nr. 25; I. MOREAU-MARGRÈVE, 'Les sûretés personnelles en droit belge', in A. BRUYNEEL en A.-M. STRANART (eds.), *Les sûretés*, Brussel, Feduci, 1984, p. 187, nr. 5; C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Parijs, Librairies Techniques, 1979, p. 7, nr. 4; P. SIMLER, *Le cautionnement*, Parijs, Librairies Techniques, 1982, p. 75, nr. 71.

⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Deel VI, Brussel, Bruylant, 1967, p. 828, nr. 847; A. KLUYSKENS, *De contracten*, Antwerpen, Standaard, 1952, p. 656, nr. 537.

⁸ Antwerpen 4 december 1978, *R.W.* 1978-79, (2879) 2881. Zie ook de verwijzingen bij: A. CUYPERS en P. ROORYCK, 'Persoonlijke zekerheden en vennootschappen', in A. VERBEKE (ed.), *Borgtocht en garantie*, Referatenbundel studienamiddag 22 februari 1997, Leuven, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, 1997, p. 3, voetnoot 14.

⁹ Brussel 15 februari 1987, *T.B.B.R.* 1988, 428, noot J. DE GAVRE; Bergen 5 februari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 953. Zie ook de verwijzingen naar een aantal vonnissen en arresten uit de eerste helft van de twintigste eeuw bij: A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, 'Cautionnement', in *Répertoire pratique du droit belge*, Complément, t. 5, Brussel, Bruylant, 1977, p. 148, nr. 62.

¹⁰ Y. MIEDZIANOGORA, 'Le contrat de cautionnement et le droit commercial', in H. DACO, e.a. (eds.), *Unité et diversité de droit privé*, Brussel, Editions de l'U.L.B., 1983, p. 563, nr. 15; I. VEROUGSTRAETE, noot onder Arr. Rb. Brussel 4 november 1974, *B.R.H.* 1975, 116. A.-M. STRANART stelt dat de borgtocht burgerlijk of commercieel kan zijn, los van de aard van de gewaarborgde verbintenis, aangezien de borgtocht een verbintenis schept die te onderscheiden is van de verbintenis van de hoofdschuldenaar. Bepalend zijn volgens haar de concrete omstandigheden waarin de borgtocht wordt aangegaan (A.-M. STRANART, *Les sûretés*, Brussel, Story-Scientia, 1992, p. 93, nr. 64). Deze opvatting bevredigt niet, daar zij vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid geen houvast biedt en aldus aanleiding kan geven tot sterk verschillende resultaten in gevallen die in wezen gelijkaardig zijn.

5. Op grond van dit criterium, kan een borgtocht aangegaan door een handelaar toch burgerlijk van aard zijn, meer bepaald wanneer de borgverbintenis een oorzaak heeft die vreemd is aan de koophandel. M. Van Quickenborne geeft in dit verband het voorbeeld van een handelaar die een borgtocht aangaat uit sympathie en geneugtheit voor een goede vriend.¹³

Omgekeerd kan op grond van het voormelde criterium ook een borgstelling aangegaan door een niet-handelaar een commercieel karakter hebben, bijvoorbeeld in de situatie zoals beoordeeld in het geannoteerde arrest.¹⁴ Wanneer een bestuurder van een handelsvennootschap zich borg stelt voor een schuld aangegaan door die vennootschap, volstaat het dat hij een financieel of commercieel belang heeft bij de borgstelling (of bij de gewaarborgde transactie) om te besluiten tot de commerciële aard van de borgstelling. Het zou te ver gaan te oordelen dat een winst oogmerk of speculatieve bedoelingen verest zijn.¹⁵

6. Het geannoteerde arrest komt weliswaar tot hetzelfde resultaat als men zou bereiken op grond van het criterium voorgesteld op het einde van randnummer 4, doch volgt niet dezelfde redenering. Het uitgangspunt is fundamenteel verschillend. Het Hof van Beroep overweegt dat een borgtocht aangegaan door een niet-handelaar, zelfs voor een vennootschap, in principe een burgerlijk karakter heeft. Door te vertrekken vanuit die premisse, sluit het Hof van Beroep aan bij de traditionele opvatting van de borgtocht als vriendendienst. Bij wijze van uitzondering, aldus de redenering door het Hof van Beroep gevolgd, verkrijgt de borgtocht een commercieel karakter, wanneer zij wordt aangegaan door een bestuurder van een vennootschap die een commercieel belang heeft bij de ondertekening van de borgtocht. De grondslag van die door het Hof van Beroep toegepaste uitzondering is evenwel niet duidelijk.

Indien men daarentegen redeneert volgens het voorgestelde criterium, biedt het beginsel *accessorium sequitur principale* de grondslag voor het uitgangspunt dat borgstelling commercieel van aard is wanneer de hoofdovereenkomst een commerciële verrichting is. De uitzondering, met name dat de borgstelling toch burgerlijk van aard is indien zij wordt aangegaan bij wijze van vriendendienst (d.i. zonder financieel of commercieel belang in hoofde van de borg bij de gewaarborgde transactie), vindt steun in de regel dat verbintenissen waarvan de oorzaak vreemd is aan de koophandel, niet kunnen worden beschouwd als daden van koophandel (art. 2 W. Kh.). Het op het einde van randnummer 4 voorgestelde criterium is m.a.w. het resultaat van een samenspel van twee conflicterende regels. De algemene regel *accessorium sequitur principale* wijst in beginsel in de richting van een commerciële borgtocht bij waarborging van een commerciële hoofdverbintenis. Indien het evenwel gaat om een vriendendienst, stuit men op de voorrang van de bijzondere regel dat verbintenissen - van kooplieden, en *a fortiori* van niet-handelaars - burgerlijk van aard zijn indien hun oorzaak vreemd is aan de koophandel.

Wanneer daarentegen de gewaarborgde schuld burgerlijk van aard is, is de borgtocht in beginsel burgerlijk van aard (accessoriteit), tenzij wanneer de borgtocht wordt aangegaan door een koopman en zij voor hem een normale commerciële verrichting is of kadert in zijn handelsactiviteit (art. 2 W. Kh.).¹⁶ Aldus is een bancaire borgtocht - de bank stelt zich bijvoorbeeld borg om de goede afloop van een woninghuur te waarborgen - in beginsel steeds commercieel van aard, daar borgstellingen voor banken normale commerciële verrichtingen zijn.¹⁷

Kris WAGNER
Advocaat te Brussel

¹¹ K. WAGNER, 'Gezond verstand in pand – pandverzilvering en de rechten van de echtgenoot van de pandgever', (noot onder Kh. Leuven 8 juni 1999), *A.J.T.* 1999-00, 390, i.h.b. de verwijzingen in voetnoot 3 en 4. Volledigheidshalve moet hieraan worden toegevoegd dat de toepassing van de regel *accessorium sequitur principale* inzake pand werd neergelegd in een wettekst, meer bepaald artikel 1 van de Wet van 5 mei 1872, opgenomen onder titel VI van boek I van het Wetboek van Koophandel.

¹² R. DEKKERS, *Handboek van burgerlijk recht*, Deel II, Antwerpen, Standaard, 1957, p. 755, nr. 1338; Y. MIEDZIANOGORA, 'Le contrat de cautionnement et le droit commercial', *l.c.*, 1983, p. 563, nr. 15.

¹³ M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, in *A.P.R., o.c.*, 1999, p. 40, nr. 81.

¹⁴ Niettegenstaande men over de onderzochte problematiek in de rechtsleer verschillende opvattingen terugvindt (cf. voetnoot 10 *supra*), erkennen verscheidene auteurs dat een borgtocht aangegaan door een niet-handelaar in bepaalde omstandigheden commercieel van aard kan zijn (zie bijvoorbeeld L. DABIN, 'Caractère civil ou commercial du cautionnement et de l'aval par acte séparé', *R.C.J.B.* 1955, 48; J. HERBOTS en A.-M. STUBBE-PAUWELS, 'Overzicht van rechtspraak (1969-1974) – Bijzondere contracten', *T.P.R.* 1975, (917) 1144, nr. 353; I. MOREAU-MARGRÈVE, 'Les sûretés personnelles en droit belge', in A. BRUYNEEL en A.-M. STRANART (eds.), *Les sûretés*, Brussel, Feduci, 1984, p. 187, nr. 5).

¹⁵ J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1976, p. 372, nr. 400; *Anders*: H. DE PAGE, *Traité*, Deel VI, *o.c.*, 1967, p. 828, nr. 847.

¹⁶ A. VERBEKE en I. PEETERS, *Vijf jaar voorrechten, hypotheek en andere zekerheden 1991-1995*, Gent, Mys & Breesch, 1997, p. 68, nr. 113.

¹⁷ A. CUYPERS en P. ROORYCK, 'Persoonlijke zekerheden en vennootschappen', in A. VERBEKE (ed.), *Borgtocht en garantie*, Referatenbundel studienamiddag 22 februari 1997, Leuven, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, 1997, p. 3, nr. 4; P.-A. FORIERS, 'Les sûretés personnelles traditionnelles – Développements récents', in M. GREGOIRE, e.a. (eds.), *Le droit des sûretés*, Brussel, Jeune Barreau, 1992, p. 169, nr. 51.