

ANNOTATIE

# **Annotatie bij ECLI:NL:GHDHA:2015:2525, door A.L. Jonkers**

*A.L. Jonkers*

*Annotatie bij Gerechtshof Den Haag, 29-09-2015,  
ECLI:NL:GHDHA:2015:2525 (INS-2015-0277)*

In deze zaak heeft Rabobank de borg aangesproken tot nakoming van zijn verplichtingen uit een borgtocht voor een bedrag van € 100.000. De borgtocht was aangegaan voor de verplichtingen van Horeca Concept Building B.V. (hierna: Horeca) jegens de bank. Horeca is op 6 april 2005 failliet verklaard, welk faillissement is opgeheven bij gebrek aan baten waarna de vennootschap op 2 maart 2006 ontbonden is. De rechtbank heeft de vordering grotendeels toegewezen. Daartegen keert zich het hoger beroep. Niet geheel duidelijk wordt uit het vonnis wat de verhouding van de borg tot de vennootschap is, maar vermoedelijk gaat het om een DGA. Pas in december 2011 spreekt Rabobank de borg aan tot betaling. In deze noot wordt uitsluitend ingegaan op de overwegingen van het hof ten aanzien van de vraag wanneer een vordering op een borg verjaart en met name hoe de vordering op een borg beïnvloed wordt door verjaring van de hoofdvordering.

## **Verjaring van de verbintenis uit de overeenkomst van borgtocht**

De schuldeiser, hier Rabobank, die gebruikmaakt van een overeenkomst van borgtocht ter meerdere zekerheid voor de nakoming van zijn vordering, heeft twee te onderscheiden vorderingen: (1) de vordering op de hoofdschuldenaar, hier Horeca, uit de overeenkomst van geldlening, en (2) de vordering op de borg uit de overeenkomst van borgtocht. Beide vorderingen kunnen verjaren. De vordering op Horeca verjaart door verloop van vijf jaren nadat de vordering opeisbaar is geworden (art. 3:307 lid 1 BW). Voor de vordering van

Rabobank op de borg geldt dezelfde regel: de vordering verjaart vijf jaar nadat de vordering *op de borg* opeisbaar is geworden (zie ook: Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/99). Aangezien de borg niet gehouden is tot nakoming voordat de hoofdschuldenaar in de nakoming van zijn verbintenis is tekort geschoten (art. 7:855 lid 1 BW), vangt de verjaringstermijn van de vordering op de borg aan op het moment dat de hoofdschuldenaar tekortschiet (Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/99). De termijn vangt dus in ieder geval aan op het moment dat de hoofdschuldenaar, hier Horeca, failliet verklaard wordt (dat was hier 6 april 2005), maar vermoedelijk vaak al eerder nu de ervaring leert dat aan faillissement vaak een periode van niet voldoen aan verplichtingen voorafgaat. Uit de huidige casus wordt echter niet duidelijk wanneer Horeca precies tekort is geschoten jegens Rabobank. Uitgegaan van het moment van faillietverklaring van Horeca, verjaart de vordering op de borg in deze casus dus in april 2010. Het moment van tekortschieten door Horeca zal niet veel eerder dan 2005 liggen, aangezien de kredietovereenkomst in 2004 gesloten werd.

Uit het arrest van het hof en het tussenarrest valt op te maken dat de rechtbank vastgesteld heeft dat de verjaring van de vordering van de bank *op de borg* in 2009 door erkenning is gestuit (art. 3:318 BW). Dat zal dan waarschijnlijk binnen de termijn van vijf jaren na opeisbaar worden van de vordering op de borg zijn gebeurd, maar dat kan op basis van de beschikbare gegevens niet met zekerheid worden vastgesteld. Overigens heeft de borg grieven aangevoerd tegen het feitelijke oordeel van de rechtbank dat hij de vordering in 2009 erkend zou hebben, maar ook het hof meent dat die erkenning voldoende vaststaat, waarbij het hof meer gewicht toekent aan de verklaringen van twee bankmedewerkers, dan aan de verklaringen van de borg en zijn vriendin. Als inderdaad aangenomen mag worden dat de borg de vordering erkend heeft in 2009, was de vordering *op de borg* in december 2011 nog niet verjaard.

### **Tenietgaan van de borgtocht door verjaring van de verbintenis van de hoofdschuldenaar (art. 7:853 BW)**

Los van de mogelijkheid dat de vordering uit borgtocht zelf *verjaart*, gaat de borgtocht *teniet* door voltooiing van de verjaring van de rechtsvordering tot nakoming van de verbintenis van de hoofdschuldenaar (art. 7:853 BW). Deze regel kan begrepen worden vanuit het afhankelijke karakter van de borgtocht (zie ook Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/99). In dit verband kan ook naar artikel 3:323 BW verwezen worden, dat bepaalt dat pand- of hypotheekrechten tevens tenietgaan door voltooiing van de verjaring van de rechtsvordering waarvoor die rechten tot zekerheid strekken.

Voorts is in dit verband van belang dat rechtsmaatregelen tegen de borg de verjaring van de hoofdvordering niet stuiten (zie Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/99 en ook M. Haentjens, *GS Bijzondere overeenkomsten*, artikel 853 Boek 7 BW, aant. 2). Zelfs als de schuldeiser de borg dus

reeds aangesproken heeft tot betaling, lijkt hij erop bedacht te moeten zijn dat verjaring van de hoofdvordering de vordering uit borgtocht teniet kan doen gaan. Zie voor een Europees perspectief ook U. Drobnič, *Principles of European Law, Personal Security*, Sellier 2007, p. 220: 'The provider of dependent personal security may invoke the defense of prescription of the principal debt. [...] This rule applies also if the prescription period has been completed after the creditor has initiated judicial proceedings against the provider of dependent security, because proceedings against the security provider do not interrupt prescription vis-à-vis the debtor.' Anders gezegd, het afhankelijke karakter van de borgtocht blijft onverminderd bestaan, ook nadat de hoofdschuldenaar tekort is geschoten en de borg (om die reden) aangesproken is tot betaling. Voor een verzelfstandiging van de vordering uit de overeenkomst van borgtocht na aanspreken van de borg, lijkt naar huidig Nederlands recht dus in beginsel geen sprake, zelfs niet indien de hoofdschuldenaar niet meer bestaat.

Artikel 7:853 BW lijkt daarmee een *hard and fast rule*, zie uitgebreid Van Schaick: '(...) de principale verbintenis uit de overeenkomst van borgtocht gaat *van rechtswege teniet* op het moment dat de verjaringstermijn van de rechtsvordering uit de gewaarborgde verbintenis *verstrijkt*. Dit rechtsgevolg treedt dus óók in (...) wanneer de schuldeiser buiten staat is om de verjaring te stuiten doordat de hoofdschuldenaar onvindbaar is of niet meer bestaat of wanneer het beroep van de hoofdschuldenaar op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt bevonden (...). Dit ligt naar mijn mening anders wanneer de borg is veroordeeld om de gewaarborgde verbintenis na te komen en deze uitspraak kracht van gewijsde heeft.' (Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/99)

Dat is in zijn algemeenheid wel te begrijpen in het licht van artikel 7:868 BW: de hoofdschuldenaar kan de verweermiddelen die hij jegens de schuldeiser heeft, tevens inroepen tegen de borg die regres wil nemen op de hoofdschuldenaar. Het verjaringsverweer van de hoofdschuldenaar is een verweer als bedoeld in artikel 7:868 BW (W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 212). De regeling voor borgtocht wijkt hierin dus af van de algemene regeling ten aanzien van hoofdelijke verbintenissen, welke regeling een verjaringsverweer tegen een regresvordering vrijwel nooit toelaat (art. 6:11 lid 3 BW) (zie J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring*, Deventer: Kluwer 2008, p. 240).

Kortom, de schuldeiser die een borg aanspreekt moet steeds, tot aan het moment dat hij daadwerkelijk betaald heeft gekregen, goed in de gaten houden dat de hoofdvordering niet verjaart. Het is dus zaak de hoofdvordering te blijven stuiten, zelfs als de schuldeiser niets meer verwacht van de hoofdschuldenaar, en zelfs als de schuldeiser de borg al in rechte heeft betrokken. Van Schaick acht stuiting van de verjaring van de hoofdvordering pas niet meer nodig indien een veroordelend vonnis tegenover de borg in kracht van gewijsde is gegaan (Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/99). Ik zou menen dat er onder omstandigheden eerder

sprake kan zijn van een zekere verzelfstandiging van de vordering uit de overeenkomst van borgtocht ten opzichte van de hoofdvordering. Naar mijn idee kan die verzelfstandiging gebaseerd worden op de redelijkheid en billijkheid (in gelijke zin: A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie bij HR 9 oktober 1998, *NJ* 1999, 5). Daarover later meer.

### **Wanneer is de vordering op de hoofdschuldenaar verjaard?**

In het kader van artikel 7:853 BW is dus relevant wanneer de vordering van de bank op Horeca is verjaard. Uit de feiten blijkt niet wanneer de vordering van de bank op Horeca opeisbaar werd. Op zijn laatst zal dit op de datum van faillissement, dus 6 april 2005, zijn geweest (art. 6:40 sub a BW). Tijdens faillissement verjaren vorderingen niet (art. 36 Fw), maar de verjaring wordt ook niet opgeschort. In artikel 36 Fw is slechts bepaald dat de verjaringstermijn wordt verlengd indien die zou aflopen gedurende of binnen zes maanden na faillissement. Dat is hier niet aan de orde, nu het faillissement in maart 2006 is opgeheven wegens gebrek aan baten, en de verjaringstermijn toen dus nog lang niet verlopen was. Aangenomen kan worden dat de vordering op Horeca op zijn laatst in april 2010 verjaard is. Die verjaring had gestuit kunnen worden, maar niet door een stuiting van de verjaring van de vordering op de borg, en ook niet door de borg aan te spreken.

In de onderhavige zaak werd de borg op 19 december 2011 aangemaand tot betaling van een bedrag van ruim een ton, zo valt uit het tussenarrest van het hof op te maken. Ik ga ervan uit dat dit de eerste aanmaning was. Toepassing van artikel 7:853 BW moet dan ook tot de conclusie leiden dat, gezien de verjaring van de vordering op Horeca, de (verbintenis uit de overeenkomst van) borgtocht reeds teniet was gegaan in 2011. De eventuele erkenning van de borg in 2009 van de vordering van de bank op de borg, doet daar niet aan af nu deze erkenning niet de verjaring van de vordering van de bank op Horeca stuit.

Het hof slaat echter een andere richting in. Volgens het hof *kan* de vordering van de Rabobank op Horeca niet verjaard zijn. Het hof overweegt daartoe eerst: 'De vordering van de bank op de vennootschap is na 2 maart 2006 wel blijven bestaan en kan, als nog blijkt van het bestaan van een bate, daarop met toepassing van artikel 2:23c lid 1 BW worden verhaald. Om te voorkomen dat in een geval als dit de mogelijkheid van verhaal door verjaring verloren zou gaan, bepaalt artikel 2:23c lid 2 BW dat gedurende het tijdvak waarin de rechtspersoon had opgehouden te bestaan er een verlengingsgrond als bedoeld in artikel 3:320 BW is ten aanzien van de verjaring van rechtsvorderingen tegen de rechtspersoon.'

Dat lijkt mij geheel juist, behalve dat de regel van artikel 2:23c lid 2 BW in mijn lezing pas in werking treedt zodra inderdaad heropend is (art. 2:23c lid 1 BW), lid twee spreekt immers van 'had opgehouden te bestaan'. Het hof vervolgt: 'Het feit dat er thans nog geen bate is gebleken

maakt dit niet anders. Dat brengt mee dat de verjaringstermijn van de vordering van de bank op de vennootschap tot op heden is voortgelopen. De borgtocht is derhalve niet op grond van artikel 7:853 BW geëindigd.’

Dit valt moeilijk te volgen. Artikel 2:23c lid 1 en 2 BW zijn geschreven voor de situatie waarin, nadat de rechtspersoon is opgehouden te bestaan, toch nog van een bate blijkt. Mocht inderdaad van een bate blijken en dus heropend worden, *dan* bepaalt artikel 2:23b lid 2 BW dat er sprake is van een verlengingsgrond van de verjaring als bedoeld in artikel 3:320 BW. Pas dan is er immers ook sprake van een situatie waarin de rechtspersoon *had* opgehouden te bestaan. Die regel is eenvoudig te begrijpen: als pas (lang) nadat de schuldenaar ophoudt te bestaan van een bate blijkt, zou het onrechtvaardig zijn als schuldeisers met inmiddels verjaarde vorderingen, waarvan zij dachten dat die onverhaalbaar waren, achter het net zouden vissen. Het hof past echter artikel 2:23c lid 2 BW toe op de onderhavige situatie, terwijl er helemaal niet van een bate van de rechtspersoon is gebleken. Voorts valt nergens in de wet te vinden dat rechtsvorderingen op ontbonden vennootschappen nooit verjaren. Rechtsvorderingen kunnen wel gewoon verjaren nadat de schuldenaar ophoudt te bestaan, maar zodra van een bate blijkt, kan de verlengingsgrond intreden. Zo valt artikel 2:23c lid 2 ook te lezen. Zie bijvoorbeeld Lennarts/Roest in *T&C Burgerlijk Wetboek*, commentaar op artikel 23c Boek 2: ‘Is er in de periode tussen het ophouden te bestaan (art. 2:23b lid 9) en de herleving (art. 2:23c lid 1) een rechtsvordering van of tegen de rechtspersoon verjaard, dan bestaat er een verlengingsgrond voor de verjaringstermijn zoals bedoeld in art. 3:320.’ Zie in gelijke zin ook Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/99 en A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie bij HR 9 oktober 1998, *NJ* 1999, 5. Artikel 2:23c lid 2 BW moet mijns inziens dan ook zo gelezen worden dat de verjaring zolang er geen bate gevonden wordt, gewoon kan voltooien, maar zodra er wel een bate is en heropend wordt, is er (met terugwerkende kracht) een verlengingsgrond aanwezig.

### **Redelijkheid en billijkheid kan aan beroep op artikel 7:853 BW in de weg staan in het geval van een niet meer bestaande hoofdschuldenaar**

De overweging van het hof is wel begrijpelijk in het kader van de ogenschijnlijke hardheid van artikel 7:853 BW. Immers, in een geval als in het onderhavige, waarin de hoofdschuldenaar niet meer bestaat, ligt het wellicht niet erg voor de hand de vordering uit borgtocht teniet te laten gaan enkel en alleen omdat de schuldeiser jegens de niet bestaande hoofdschuldenaar stil heeft gezeten. Ik meen dan ook dat er, onder omstandigheden, plaats moet zijn voor een zekere verzelfstandiging van de vordering uit de overeenkomst van borgtocht ten opzichte van de hoofdvordering. Als de borg bijvoorbeeld reeds in rechte is betrokken door de schuldeiser, en de hoofdschuldenaar niet meer bestaat, kan er voor een beroep door de borg op artikel 7:853 BW geen plaats meer zijn. Het zou te ver gaan als de borg toegestaan wordt in de nadagen van een slepende procedure de verjaring van de hoofdvordering op een niet meer

bestaande hoofdschuldenaar al grijnzend in te roepen. Zie echter anders Van Schaick, die pas een uitzondering lijkt te aanvaarden nadat de borg is veroordeeld om de gewaarborgde verbintenis na te komen en deze uitspraak kracht van gewijsde heeft (zie ook Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/99).

De vraag, die het Hof Den Haag zich m.i. dan ook had moeten stellen, is hoe redelijk het is dat een borg een beroep doet op artikel 7:853 BW in het geval dat de hoofdschuldenaar helemaal niet meer bestaat, zoals hier het geval is met Horeca. Het hof komt aan die vraag helemaal niet toe omdat het (naar mijn idee ten onrechte) van mening is dat rechtsvorderingen op ontbonden vennootschappen nooit verjaren. Niet alleen lijkt die opvatting mij geen juiste lezing van artikel 2:23c lid 2 BW, ook is de uitkomst van een dergelijke opvatting naar mijn idee te zwart-wit.

Toegegeven moet worden dat het door mij voorgestelde stelsel in het geval van een niet meer bestaande hoofdschuldenaar tot een wat vreemde situatie leidt. De schuldeiser moet opletten dat de vordering op de hoofdschuldenaar niet verjaart (art. 7:853 BW), terwijl stuiting jegens de hoofdschuldenaar niet voor de hand ligt omdat deze niet meer bestaat. Het Hof Amsterdam heeft in een dergelijk geval wel gesuggereerd dat stuiting ingevolge artikel 54 lid 3 en/of lid 4 Rv mogelijk zou moeten zijn (Hof Amsterdam 7 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV8919 en 7 november 1996, kenbaar uit HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 5, ECLI:NL:HR:1998:ZC2731). Ik kan me echter goed voorstellen dat een schuldeiser in een dergelijk geval betoogt dat stuiting jegens een niet bestaande rechtspersoon geen redelijke zin heeft. Anderzijds denk ik, met A-G De Vries Lentsch-Kostense, dat 'niet zonder meer [kan] worden aanvaard de stelling dat het enkele feit dat de hoofdschuldenaar een vennootschap is waarvan het faillissement is opgeheven bij gebrek aan baten steeds moet meebrengen dat de borg geen beroep op verjaring toekomt ingeval hij (lang) voor de verjaring tot betaling is aangesproken omdat ervan wordt uitgegaan dat de hoofdschuldenaar (definitief) niet meer zal nakomen'. De oplossing over de boeg van de verjaringsregels, zoals aangedragen door rechtbank en hof in deze zaak, inhoudende dat de vordering op een niet meer bestaande vennootschap nooit verjaart, lijkt mij dan ook te zwart-wit. Welke redelijke zin heeft het immers de schuldeiser zonder meer toe te staan nog (vele) jaren te wachten, zoals de bank hier heeft gedaan, met daadwerkelijk aanspreken van de borg terwijl al kraakhelder is dat de hoofdschuldenaar niet meer gaat betalen? Juist in de situatie dat de hoofdschuldenaar heeft opgehouden te bestaan, mag verwacht worden dat de schuldeiser zich spoedig bij de borg meldt. Stuiten van de verjaring bij openbaar exploit jegens de niet bestaande hoofdschuldenaar is dan inderdaad nogal onzinnig. In plaats van te oordelen dat de rechtsvordering dan maar nooit verjaart, lijkt het mij zinniger te oordelen dat de schuldeiser in een dergelijk geval, behoudens bijzondere omstandigheden, voort moet maken met het aanspreken van de borg en deze desnoods in rechte moet

betrekken. Mocht de borg echter met allerlei chicanes aan betaling trachten te ontkomen en aldus tijd rekken, dan dient de borg uiteraard geen beroep op artikel 7:853 BW toe te komen.

Onder omstandigheden had Rabobank dan ook een beroep van de borg op artikel 7:853 BW kunnen afweren met een beroep op de redelijkheid en billijkheid. Voor zover uit de feiten naar voren komt, blijkt echter niet van bijzondere omstandigheden. Het onderhavige geval lijkt daarentegen een typisch voorbeeld van een geval waarin de schuldeiser wél lang stil gezeten heeft. Hoewel door rechtbank en hof voldoende bewezen is geacht dat de borg zijn schuld tijdens een gesprek bij de Rabobank in 2009 mondeling heeft erkend, is verder niet bewezen dat de bank tussen 2005 en 2011 ook maar iets heeft gedaan om betaling van de borg te verkrijgen. Hoewel daarmee vaststaat dat de vordering uit borgtocht is gestuit, biedt artikel 7:853 BW hier naar mijn idee welkome aanvullende bescherming, waardoor van de bank meer verwacht mag worden dan slechts een stuitingshandeling jegens de borg. Als bewezen kan worden dat de bank wel meer heeft gedaan, dan lijkt de uitkomst van de zaak mij echter wel gerechtvaardigd, zij het op andere gronden dan door het hof naar voren gebracht.

### **Vervolg vraag: herleeft borgtocht na toepassing artikel 2:23c BW?**

Een vervolgvraag die in dit feitencomplex niet aan de orde is, is of artikel 2:23c BW in combinatie met artikel 7:853 BW verhaal op de borg nog mogelijk maakt voor een inmiddels verjaarde rechtsovereenkomst op een hoofdschuldenaar, welke verjaring ongedaan is gemaakt door het intreden van een verlengingsgrond omdat er toch nog van een bate bij de hoofdschuldenaar is gebleken (in de onderhavige casus is niet van een dergelijke bate gebleken). Uiteraard komt die vraag alleen op indien de vordering op de borg inmiddels zelf niet is verjaard. Verhaal op de borg lijkt mij ook in dit geval toch niet mogelijk, omdat de ratio van artikel 2:23c lid 2 BW dergelijk verhaal op de borg niet rechtvaardigt. Hoewel een toelichting in de parlementaire geschiedenis ontbreekt, lijkt artikel 2:23c lid 2 BW er immers duidelijk voor geschreven dat een schuldeiser die zijn vordering niet kon verhalen omdat er geen baten waren en (alleen) daarom heeft stilgezeten, niet door verjaring in de weg wordt gestaan als er later toch nog van baten blijkt (zie overigens kritisch over deze bescherming van de schuldeiser: T.E. de Jonge, 'Onevenredige bescherming van schuldeisers bij ontbinding van een rechtspersoon-schuldenaar', *V&O* 2014/06, p. 119-122). Zie in gelijke zin Nethe: 'Schuldeisers worden beschermd indien en voor zover zij zich gedurende de periode waarin de rechtspersoon "had opgehouden te bestaan" (de dode periode) niet hebben kunnen verzetten tegen het aflopen van verjaringstermijnen.' (M.Y. Nethe, 'Verlenging van verjaringstermijnen in geval van een herleeft rechtspersoon (art. 2:19a lid 8 BW en art. 2:23c lid 2 BW)', *WPNR* 1997/6289, p. 753). Waarom zou artikel 2:23c lid 2 BW het inmiddels teniet gegane verhaalsrecht op de borg (art. 7:853 BW), op wie hij tot aan het moment van tenietgaan nog wel gewoon verhaal kon nemen, tevens nieuw leven inblazen? Daartegen pleit overigens ook

dat aangenomen wordt dat tenietgaan van de borgtocht door verjaring van de hoofdverbintenis (art. 7:853 BW) onherroepelijk is (zie in dezelfde zin M. Haentjens, *GS Bijzondere overeenkomsten*, artikel 853 Boek 7 BW, aant. 4).