

12. Hoofdelijkheid, borgtocht en de normale bedrijfsuitoefening

MR. V.C. AUDIFFRED

De borgtocht en de hoofdelijke aansprakelijkheid zijn gangbare zekerheden in de financieringspraktijk. Schuldeisers kunnen er niet altijd op vertrouwen dat de vereisten voor een borgtocht kunnen worden omzeild door de schuld als een hoofdelijke schuld op te nemen in de overeenkomst. Het is niet altijd duidelijk of een hoofdelijke schuld of een borgtocht is overeengekomen en of aan alle vereisten daarvoor is voldaan. In situaties waarbij een natuurlijke persoon de borg of de hoofdelijk schuldenaar is, verdient het de voorkeur dat zijn/haar partner meetekent en in alle gevallen verdient het de voorkeur om op te nemen wat de omvang van de schuld is waarvoor de borgtocht of de hoofdelijke schuld wordt aangegaan. Een borg en een hoofdelijke schuldenaar dienen er rekening mee te houden dat zij kunnen blijven zitten met de volledige schuld omdat deze niet geheel of gedeeltelijk blijkt te kunnen worden verhaald op de hoofdschuldenaar of op een andere hoofdelijke schuldenaar.

Inleiding

Financiering van ondernemingen door de bank gaat in de regel gepaard met het verstrekken van zekerheid voor nakoming van de verplichtingen hiervan. Hoewel er veel verschillende vormen van het verstrekken van zekerheid bestaan, zoals de rechten van hypotheek of pand of een bankgarantie, gaat het in dit artikel over de zekerheden waarbij de bank van meerdere partijen betaling kan vorderen.

Bij MKB-ondernemingen is het de DGA die zich doorgaans borg stelt voor de financiering van de vennootschap. Bij grotere ondernemingen zullen meerdere vennootschappen die daar onderdeel van uitmaken instaan voor de financiering van de onderneming. In dat geval zal de bank veelal bedingen dat de nakoming van haar vordering een hoofdelijke verplichting is voor alle vennootschappen die deel uitmaken van de onderneming. Het komt daarnaast ook voor dat een vennootschap zich borg stelt voor de nakoming van een verplichting van een andere vennootschap.

De hoofdelijke schuld

De hoofdelijke schuld is een 'eigen' schuld in de zin dat deze schuld iedere hoofdelijke schuldenaar persoonlijk aangaat. In concernverband dient dat wat ruimer te worden opgevat in de zin dat de financiering niet perse aan de groep, maar ook aan één van de vennootschappen verstrekt kan worden, terwijl wel alle vennootschappen die deel uitmaken van de groep een belang kunnen hebben bij

het verstrekken van deze financiering. Dat een betalingsverplichting hoofdelijke schuldenaren heeft kan worden overeengekomen, maar kan ook uit de wet voortvloeien, zoals bijvoorbeeld bij een vennootschap onder firma. De vennoten hiervan zijn hoofdelijk aansprakelijk voor alle schulden die namens de vennootschap onder firma worden gemaakt gedurende de periode dat zij vennoot waren.

Een belangrijk kenmerk van de hoofdelijke schuld is dat de schuldeiser de keuze heeft om direct van alle hoofdelijke schuldenaren de volledige schuld op te eisen. De schuldeiser kan naar eigen keuze één, enkele of alle hoofdelijke schuldenaren voor de betaling van de volledige schuld aanspreken. De hoofdelijke schuldenaar die meer betaalt aan de schuldeiser dan hij op grond van de afspraken tussen de hoofdelijke schuldenaren onderling aan de schuld zou hoeven bijdragen, krijgt voor dat meerdere een vordering op de andere hoofdelijke schuldenaren. De schuldeiser hoeft zich niets gelegen te laten liggen aan wat de hoofdelijke schuldenaren onderling over hun bijdrageplicht wel of niet zijn overeengekomen. Het komt in de praktijk voor dat de schuldeiser (maar) één van de hoofdelijke schuldenaren aanspreekt voor betaling van de volledige schuld en die ene hoofdelijke schuldenaar vervolgens met de volledige schuld blijft zitten omdat de andere hoofdelijke schuldenaren geen verhaal (blijken te) bieden. Een bestuurder van een vennootschap dient bij het aangaan van een hoofdelijke verplichting voor de vennootschap zich het voorgaande te realiseren. De bestuurder die een verplichting voor de vennootschap aangaat waarvan de niet-nakoming door de vennootschap redelijkerwijs was te verwachten,

kan daar door de schuldeiser op worden aangesproken, tenzij ook de schuldeiser ermee bekend was dat de vennootschap de volledige schuld niet zou kunnen betalen.¹ Een bestuurder doet er in dat geval goed aan om bij het aangaan van de hoofdelijke verplichting de schuldeiser er (achteraf aantoonbaar) op te wijzen dat, indien de vennootschap op betaling van de volledige schuld wordt aangesproken, de vennootschap naar verwachting niet in staat zal zijn om deze vordering volledig te voldoen. Als deze situatie zich vervolgens voordoet, wordt het voor die schuldeiser lastiger om de bestuurder hier achteraf op aan te spreken.

De borgtocht

De borgtocht heeft, anders dan bij de hoofdelijke schuld, betrekking op een schuld die de borg zelf niet aangaat, in de zin dat de borg hier ook geen tegenprestatie voor ontvangt. Het betreft de schuld van een ander waarvan de borg aan de schuldeiser de betaling garandeert in de situatie dat de schuldenaar nalaat aan zijn betalingsverplichting te voldoen. De schuldeiser zal eerst de schuldenaar dienen aan te spreken op betaling en pas wanneer de schuldenaar hier niet toe overgaat, kan de schuldeiser betaling van de borg vorderen. Het is niet zo dat de borg pas kan worden aangesproken wanneer de schuldenaar zijn verplichtingen niet kan nakomen. Enkel doordat dat schuldenaar niet tot betaling overgaat, ontstaat de vordering van de schuldeiser op de borg. Wanneer de borg vervolgens tot betaling aan de schuldeiser overgaat, krijgt hij voor het volledige bedrag dat hij/zij aan de schuldeiser heeft betaald een vordering op de schuldenaar.

Verschillende vormen van zekerheid

De hoofdelijke schuld en de borgtocht zijn dus twee verschillende vormen van zekerheid met een verschillende uitwerking voor de betrokken partijen. Volgens vaste rechtspraak dient door uitleg van de afspraken duidelijk te worden of partijen een hoofdelijke schuld of een borgtocht hebben beoogd.² Hoe partijen hun afspraak hebben genoemd is dus niet doorslaggevend. De rechter zal dienen te onderzoeken of de schuld allen aangaat of dat er een hoofdschuldenaar is en de andere schuldenaar zich enkel garant heeft gesteld voor de betaling van de schuld door de hoofdschuldenaar. In de praktijk komt het voor dat hoofdelijkheid is bedongen voor een schuld, welke afspraak achteraf bij een uitleg door de rechter als een borgtocht wordt gekwalificeerd.³ Dat kan voor de schuldeiser het risico met zich meebrengen dat de mogelijkheid om de vordering op meerdere partijen te verhalen illusoir blijkt te zijn indien niet aan de voorwaarden van de borgtocht is voldaan.

Bijzondere borgtochten

Een bijzondere borgtocht is de particuliere borgtocht waarvoor stringenter voorwaarden gelden dan voor de borgtocht in het algemeen. Laatstgenoemde borgtocht zal ik hieronder louter ter verduidelijking aanhalen als de 'zakelijke' borgtocht. Van een particuliere borgtocht is sprake indien de borg een natuurlijke persoon is die zich niet borg stelt in de uitoefening van zijn beroep of zijn bedrijf. Een klassiek voorbeeld van de particuliere borgtocht is de ouder die zich ter zake de hypothecaire schuld van zijn/haar kind borg stelt jegens de bank. Van een zakelijke borgtocht is sprake wanneer bijvoorbeeld een vennootschap zich borg stelt of de DGA ten behoeve van zijn vennootschap zich borg stelt.

Het onderscheid tussen de particuliere borgtocht en de 'zakelijke' borgtocht is van belang omdat indien bij een particuliere borgtocht niet in de akte is opgenomen voor welk maximum bedrag deze is aangegaan, de borgstelling niet geldig is. Voorts bestaat bij een particuliere borgtocht voor de echtgenote/echtgenoot/geregistreerd partner (hierna: 'de partner') van de borg de mogelijkheid om de borgtocht achteraf te vernietigen indien hij/zij de akte niet mede heeft ondertekend. Deze vernietiging vindt plaats door een door de partner aan de schuldeiser gerichte brief waarin hij/zij de borgtocht vernietigt. Dit kan enkel de partner van de particuliere borg doen en niet de borg zelf.⁴ De partner van de particuliere borg dient de borgtocht binnen drie jaar nadat hij/zij bekend is geworden met de borgtocht, te vernietigen omdat bij langer wachten dit recht door verjaring teniet gaat.⁵

Omdat enkel de particuliere borgtocht op deze wijze kan worden vernietigd, is het niet verassend dat bij het incasseren van borgtochten een standaard verweer is dat de borgtocht een particuliere borgtocht betreft, de partner niet heeft meegetekend en dat de partner vervolgens de nietigheid van de borgtocht inroept.

Gebruikelijke of ongebruikelijke verplichting

De DGA die zich borg stelt voor 'gebruikelijke' verplichtingen van zijn vennootschap komt geen beroep toe op de bescherming die een particuliere borgtocht biedt tegen het aangaan van een borgtocht. Het gaat daarbij om verplichtingen die de DGA aangaat in de normale uitoefening van het beroep of bedrijf van zijn vennootschap. In dat geval is het niet mogelijk voor de partner die niet heeft meegetekend om om die reden de borgtocht te vernietigen. Het is dus niet verwonderlijk dat een DGA die op zijn/haar verplichtingen uit de borgtocht wordt aangesproken, achteraf meent dat deze is verstrekt voor niet gebruikelijke verplichtingen van

1 HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0468, Hof Arnhem-Leeuwarden 4 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10525.

2 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2667.

3 Rb. Amsterdam 7 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7929.

4 HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6506.

5 Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 9 september 2014, ECLI:NL:OGHACMB:2014:52.

zijn/haar vennootschap. Het gaat daarbij om de vraag of de vennootschap een voor haar gebruikelijke of ongebruikelijke verplichting (waarvoor de borgtocht wordt afgegeven) is aangegaan, en niet of het niet gebruikelijk is dat de DGA zich hiervoor borg stelt.⁶

De vraag wat een gebruikelijke of niet gebruikelijke verplichting voor de vennootschap van de DGA is, geeft in de rechtspraak aanleiding tot discussie maar ook tot willekeur.⁷ Dit laatste wordt mogelijk ingegeven door de wens om de borg en zijn gezin te beschermen tegen de gevolgen van het lichtzinnig of onder druk zijn aangegaan van een borgtocht. In de rechtspraak wordt in ieder geval als een gebruikelijke verplichting aangemerkt een normale bankfinanciering van de onderneming. Of een herfinanciering gebruikelijk is, is een kwestie waarover verschillend kan worden gedacht.⁸ Omdat de meeste ondernemingen niet met een herfinanciering te maken krijgen, de onderhandelingspositie van de onderneming ten opzichte van de bank hierbij minder sterk zal zijn en de onderneming daarbij meer risico zal moeten nemen, ben ik geneigd aan te nemen dat de onderneming deze verplichting niet aangaat in de normale uitoefening van het bedrijf en dat dit bovendien een verhoogd risico met zich meebrengt voor de borg en zijn/haar gezin.

Aansprakelijkheid partner

Een partner van een DGA dient zich dus te realiseren dat de DGA zich zonder zijn/haar medeweten voor de nakoming van verplichtingen van zijn vennootschap borg kan stellen en dat deze partner de borgtocht niet middels een vernietiging ongedaan kan maken. Ik vraag me daarbij af of van een partner van een DGA verwacht mag worden dat hij/zij zich bewust is van dit risico. Anders dan van partners van de particuliere borg, wordt kennelijk van de partner van een DGA verwacht dat deze beter geïnformeerd is over het zakelijke reilen en zeilen van de andere partner en de zakelijke risico's die laatstgenoemde neemt. Omdat het veelvuldig voorkomt dat partners van particuliere borgen weigeren de akte te ondertekenen omdat zij zich niet blijkbaar niet met dit risico kunnen verenigen, is mij niet duidelijk waarom dat in het geval van een partner van een DGA anders zou zijn indien hij/zij deze akte onder ogen krijgt. Hoewel de wetgever juist de partner van de particuliere borg heeft willen beschermen tegen onwetendheid over de verplichtingen die de andere partner aangaat en de mogelijk verstrekkende gevolgen daarvan voor de borg en zijn/haar gezin, heeft de wetgever kennelijk met betrekking tot de partner van een DGA een keuze gemaakt ten gunste van de financieringspraktijk.⁹

Omvang van de borg

De omvang van de borgstelling is de borg ook niet altijd duidelijk. In de bankvoorwaarden is bijvoorbeeld opgenomen dat de borgstelling ook wordt afgegeven voor de nakoming van borgtochten die door de schuldenaar zelf worden aangegaan.¹⁰ De DGA staat in dat geval dus ook borg voor de borgtochten die zijn/haar vennootschap aangaat. De DGA zal zolang hij/zij de DGA van zijn/haar vennootschap is invloed hebben op de verplichtingen die zijn/haar vennootschap aangaat en ook de borgtochten die zijn/haar vennootschap aangaat. De invloed die de DGA daarop kan uitoefenen verdwijnt wanneer hij/zij geen bestuurder meer is van de schuldenaar door bijvoorbeeld zijn/haar ontslag of een verkoop van de onderneming. Indien de DGA in dat geval door de bank niet uit de borgstellingen wordt ontslagen, dan blijft hij/zij borg staan terwijl hij/zij geen invloed meer kan uitoefenen op de nakoming van de verplichtingen door de vennootschap. Een bank zal niet snel genegen zijn om afstand te doen van borgtocht, wanneer daar geen andere gelijkwaardige zekerheid voor in de plaats komt. Dit zijn zaken die de DGA zich tevoren moet realiseren, zonder erop te vertrouwen dat de bank te zijner tijd wel bereid zal zijn om de DGA uit zijn/haar verplichtingen van de borgtocht zal ontslaan.

Conclusie

Resumerend merk ik op dat een schuldeiser er niet altijd op kan vertrouwen dat de vereisten van de borgtocht kunnen worden omzeild door de schuld als een hoofdelijke schuld te verwoorden in de overeenkomst. In situaties waarbij een natuurlijke persoon een borg of een hoofdelijk schuldenaar is, verdient het de voorkeur dat zijn/haar partner meetekent en in alle gevallen verdient het de voorkeur om op te nemen wat de omvang van de schuld is waarvoor borgtocht of de hoofdelijke verplichting wordt aangegaan. Hiermee wordt tenminste voor de schuldeiser zoveel mogelijk zekerheid verkregen dat de vordering verhaalbaar is op meerdere partijen. Bestuurders van vennootschappen doen er daarentegen verstandig aan er niet op te vertrouwen dat de andere hoofdelijke schuldenaren zullen (kunnen) bijdragen in hun aandeel in de schuld, waardoor het risico bestaat dat de vennootschap met de volledige schuld blijft zitten. Dat is overigens ook het risico van de borg, omdat in de situatie dat de schuldenaar zelf niet tot betaling is overgegaan, het voor de borg waarschijnlijk ook lastig zal worden om betaling van de schuldenaar af te dwingen. De borg loopt dus een groot risico om met de schuld te blijven zitten, hetgeen wrang is omdat de borg zelf dikwijls geen profijt heeft van de borgtocht.

Over de auteur

Mr. V.C. Audiffred

Advocaat bij SWDV B.V.

6 Hof Amsterdam 5 februari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:278.

7 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1220.

8 Hof Arnhem-Leeuwarden 27 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10520.

9 HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3606.

10 Rb. Overijssel 27 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:304.