

Borgtocht bij huur

mr. J.H. Meerburg*

De verhuurder heeft belang bij adequate zekerheid voor het geval dat de huurder niet meer aan zijn verplichtingen kan voldoen. Eerder is in dit tijdschrift in dat kader al stilgestaan bij de bankgarantie, de concerngarantie en de 403-verklaring.¹ In de praktijk wordt eveneens regelmatig gebruik gemaakt van de borgtocht, waarbij een derde zich borg stelt voor de nakoming van de verplichtingen van de huurder uit hoofde van de huurovereenkomst. Een beschouwing van deze vorm van zekerheid.

Inleiding

De borgtocht kan op verschillende momenten en in verschillende situaties worden gebruikt. Allereerst bij aanvang van de huurovereenkomst. Indien de verhuurder niet overtuigd is van de draagkracht van de aspirant-huurder, kan hij als voorwaarde stellen dat een derde zich borg stelt. In de huidige markt, waarin meer dan tien miljoen vierkante meter bedrijfsruimte leegstaat,² verkeert de verhuurder echter meestal niet in de positie om een dergelijke eis te stellen. Vaak wordt de borgtocht daarom pas in een later stadium overeengekomen, wanneer de huurder al aan een contract is gebonden. Zo ziet men regelmatig dat een verhuurder aan zijn instemming met een indeplaatsstelling de voorwaarde verbindt dat de oorspronkelijke huurder zich voor een zekere periode borg stelt voor de nakoming van de verplichtingen van zijn opvolger. Met die borgtocht wordt niet alleen financiële zekerheid geboden, maar spreekt de oude huurder tevens een zeker vertrouwen uit in de nieuwe huurder. Een verhuurder die twijfelt of de nieuwe huurder wel aan zijn verplichtingen zal kunnen voldoen, kan door de borgtocht over de streep worden getrokken om toch met de indeplaatsstelling in te stemmen. Een andere toepassing betreft de situatie dat er sprake is van een huurachterstand. Een verhuurder kan - onder dreiging met ontbinding - bij een afbetalingsregeling bedingen dat een derde (vaak de directeur van de hurende vennootschap) zich borg stelt.

Afhankelijk van de persoon van de borg en het karakter van de huurovereenkomst moeten bij een borgtocht verschillende wettelijke voorschriften in acht worden genomen. Indien dit niet gebeurt kan de borgtocht geheel of gedeeltelijk worden vernietigd, waardoor zij tot een schijnzekerheid verwordt. Uit de praktijk blijkt dat een dergelijke aantasting geen zeldzaamheid is. Aan de verhuurder de taak om dit te voorkomen, door de borgtocht op een juiste wijze in te richten en uit te voeren. De borg heeft er op zijn beurt belang bij dat hij eventuele tekortkomingen herkent, zodat hij de borgtocht kan aantasten zo daar reden voor is. Deze beide perspectieven voor ogen, zal ik hierna de voor de huurrechtpraktijk meest relevante aandachtspunten van de borgtocht behandelen:

1. Karakter borgtocht;
2. Vormvrije overeenkomst;
3. Zorgplicht;
4. Afbakening particuliere - professionele borgtocht;
5. Bijzondere voorschriften;
6. Ontduiking voorschriften door medehuur?;
7. Aanspreken borg;

8. Faillissement en surséance van betaling van de huurder;
9. Rechtsopvolging.

1. Karakter borgtocht

De borgtocht is geregeld in titel 14 van boek 7 BW³ en wordt in art. 7:850 lid 1 BW als volgt gedefinieerd: '*Borgtocht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de borg, zich tegenover de andere partij, de schuldeiser, verbindt tot nakoming van een verbintenis, die een derde, de hoofdschuldenaar, tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen.*' Het betreft een vorm van hoofdelijkheid. De borg is immers gehouden om *dezelfde* prestatie te verrichten als de hoofdschuldenaar. De bepalingen omtrent hoofdelijke verbintenissen (art. 6:6 BW e.v.) zijn dan ook van toepassing, voor zover de regeling omtrent borgtocht daar niet van afwijkt (art. 7:850 lid 3 BW).

De borgtocht heeft grofweg twee van een 'normale' hoofdelijke verbintenis onderscheidende kenmerken. Ten eerste is zij *afhankelijk* van de verbintenis van de hoofdschuldenaar, waarvoor zij is aangegaan (art. 7:851 BW). Dit betekent dat de borgtocht zodanig aan de gewaarborgde verbintenis is verbonden, dat zij zonder deze niet kan bestaan (art. 3:7 BW). Beëindiging van de hoofdverbintenis leidt tot beëindiging van de borgtocht. Nadat bijvoorbeeld de schuld van de hoofdschuldenaar is kwijtgescholden, kan ook de borg niet meer worden aangesproken. Dit in tegenstelling tot een 'normale' hoofdelijke verbintenis, waarbij kwijtschelding jegens de ene schuldenaar niet aan de andere regardeert. Ten tweede is de borgtocht *subsidiar* aan de gewaarborgde verbintenis; de borg is niet tot nakoming gehouden voordat de hoofdschuldenaar in gebreke is gebleven (art. 7:855 lid 1 BW).⁴

2. Vormvrije overeenkomst

De overeenkomst van borgtocht is vormvrij. Hieruit vloeit voort dat een overeenkomst los van de daaraan gegeven benaming een borgtocht oplevert indien zij inhoudelijk als zo-

* Mr. J.H. (Jan Hein) Meerburg is advocaat bij BRICKS advocaten.

1. S.M. Auwerda, B. Brokkaar en S.-J. Spanjaard, *Huur en zekerheden*, *TvHB* 2005-1, p. 4-12.
2. www.vastgoedmarkt.nl (Aanbod aan bedrijfsruimte naar recordhoogte), 2 januari 2010.
3. In dit artikel zal alleen aandacht worden besteed aan de huidige regelgeving. Men bedenke zich dat de afdelingen 1 en 2 van titel 14 van boek 7 BW niet van toepassing zijn op borgtochten die zijn aangegaan vóór 1 januari 1992 (art. 220 lid 1 OW NBW). Afdeling 3 is niet van toepassing op de gevolgen van de borgtocht tussen de hoofdschuldenaar en de borg en tussen borgen en voor de verbintenis aansprakelijke niet-schuldenaren onderling, indien vóór 1 januari 1992 aan de schuldeiser is betaald (art. 220 lid 2 OW NBW).
4. Zie hierover in meer detail: C.J.M. Klaassen, *Hoofdelijkheid of borgtocht, wat zal het wezen?*, *WPNR* 98/6316.

danig is te kwalificeren.⁵ Het gaat er dus om dat een derde zich tegenover de schuldeiser (de verhuurder) verbindt om na te komen indien en voor zover de hoofdschuldenaar (de huurder) in gebreke blijft. Zo concludeert Hof Arnhem uit de bewoordingen 'X stelt zich garant voor de betaling van de huur door Y' dat er sprake is van een borgtocht.⁶ Opmerking verdient dat de in de huurrechtpraktijk vaak gebruikte bankgarantie, waarbij de bank zich zelfstandig verbindt om wanneer aan de garantievoorziening is voldaan - en dus niet gerelateerd aan het tekortschieten van de huurder - een bepaald bedrag te betalen, het hierboven omschreven karakter ontbeert en om die reden geen borgtocht oplevert.⁷

3. Zorgplicht

Informatieplicht jegens de aspirant-borg

Op de verhuurder rust een zorgplicht tegenover de borg (art. 6:2, 6:248 BW). Deze geldt reeds bij het aangaan van de overeenkomst. De borg dient in die fase voldoende ingelicht te worden over de risico's van de borgtocht. Bij een onjuiste voorstelling van zaken kan de borgtocht vernietigbaar zijn, veelal op grond van dwaling. Op de borg rust wel een zekere onderzoeksplicht,⁸ waardoor hij zich niet te lichtvaardig op dit wilsgebrek zal kunnen beroepen. De dwaling zal meestal betrekking hebben op de financiële positie van de huurder, die achteraf ongunstiger blijkt dan van tevoren door de borg voorzien. De huurder kan bijvoorbeeld meer schulden hebben dan bij de borg bekend. De Hoge Raad oordeelt in *Direktbank/Breda*⁹ dat een dergelijke dwaling in geval van een professionele borgtocht¹⁰ in beginsel voor rekening van de borg komt, tenzij er sprake is van een toedoen of een verzwijgen door de schuldeiser (art. 6:228 lid 1 onder a en b BW). Eerder had de Hoge Raad in *Van Lanschot/Moeder Bink*¹¹ al bepaald dat een dwaling in geval van een particuliere borgtocht ook tot vernietiging kan leiden indien er sprake is van wederzijdse dwaling (art. 6:228 lid 1 onder c BW). In die zaak stelt een moeder zich borg voor een aan haar zoon te verlenen bankkrediet. Het bedrijf van de zoon blijkt na correctie van de jaarcijfers niet levensvatbaar, waardoor een faillissement onontkoombaar is. Ondanks dat de schuldeiser (een bank) bij het sluiten van de borgtocht niet van de onjuistheid van de cijfers op de hoogte was, slaagt het beroep op dwaling. De Hoge Raad overweegt daarbij dat een particuliere borgtocht vernietigbaar kan zijn 'wanneer de borg bij het vormen van zijn oordeel omtrent de kans dat hij tot nakoming zal worden verplicht, is uitgegaan van een zodanig verkeerde voorstelling van zaken dat hij, zou hij een juiste voorstelling hebben gehad, niet bereid zou zijn geweest de borgtocht te verlenen. Dat geldt ook indien de dwaling niet te wijten is aan de wederpartij van de borg.'

Behoedzaamheid is derhalve op zijn plaats. Vanuit het standpunt van de verhuurder bezien is het verstandig met de borg om open kaart te spelen omtrent de financiële positie van de huurder en deze informatievoorziening zorgvuldig te documenteren. De borg doet er goed aan om enig onderzoek te verrichten alvorens hij zich vastlegt, zodat hij achteraf niet voor vervelende verrassingen komt te staan.

Waarschuwingsplicht gedurende de looptijd van de borgtocht

De zorgplicht geldt ook gedurende de looptijd van de borgtocht. De verhuurder dient de borg te waarschuwen indien de huurder tekortschiet en uit de omstandigheden van

het geval blijkt dat de borg een voor de verhuurder kenbaar groot belang heeft om daarvan op de hoogte te worden gesteld.¹² Indien de verhuurder zijn verplichting om voldoende met de belangen van de borg rekening te houden schendt, is hij aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade bij de borg. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de schade die de borg lijdt omdat hij niet in de gelegenheid is gesteld om de wanprestatie van de huurder te voorkomen of om verhaal op deze te nemen op een tijdstip dat dit nog resultaat zou hebben gehad.¹³

In Hof 's-Gravenhage 20 september 1984¹⁴ is er sprake van een huurovereenkomst voor een koffiehuis. Een derde staat borg voor de nakoming van de verplichtingen van de huurder. Al gauw bouwt zich een betalingsachterstand op omdat de huur maar gedeeltelijk wordt voldaan. Na verloop van tijd wordt überhaupt niet meer betaald. Enkele maanden daarna stelt de verhuurder een vordering in tegen de borg, die niet eerder over de achterstand was geïnformeerd. Het Hof wijst de vordering maar ten dele toe, overwegende dat de verhuurder weliswaar de borg niet direct na het oplopen van de achterstand had hoeven te waarschuwen maar dat uit de zorgplicht en de goede trouw voortvloeit dat zij op een gegeven moment - namelijk toen al twee maanden niets meer werd betaald - de borg had moeten informeren en met hem had moeten overleggen over mogelijke saneringsmaatregelen. Daarbij acht het Hof van belang dat de borg zelf barkeeper is en daardoor wellicht de exploitatie van het koffiehuis had kunnen overnemen of daarbij assisteren. De borg kan vanaf het bovengenoemde moment niet meer aansprakelijk worden gehouden voor de betalingsachterstand. De schade van de borg wordt hier dus begroot op de betalingsachterstand berekend vanaf het moment dat in redelijkheid mededeling had moeten plaatsvinden.

Niet altijd gaat de rechter mee in het verweer van de borg. In Hof Arnhem 30 januari 2007¹⁵ is er sprake van een huurovereenkomst voor een winkelbedrijfsruimte. Nadat indeplaatsstelling heeft plaatsgevonden, blijft de oude huurder aansprakelijk voor de verplichtingen van de nieuwe huurder uit hoofde van de huurovereenkomst. Ook hier is er sprake van een oplopende betalingsachterstand. De borg wordt pas door de verhuurder geïnformeerd op het moment dat deze achterstand zes huurtermijnen bedraagt. Het Hof verbindt aan die late melding echter geen gevolgen nu het Hof niet aannemelijk acht dat de borg in geval van een tijdige waarschuwing wel maatregelen jegens de huurder zou hebben

5. HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 541 m.nt. WMK en de Rooy.
6. Hof Arnhem 5 maart 1968, *NJ* 1968, 358.
7. *Parl. Gesch. InvW* 7, p. 443.
8. Zie bijvoorbeeld *Rechtbank Rotterdam*, 23 november 1938, *NJ* 1939, 926.
9. HR 3 juni 1994, *NJ* 1997, 287 m.nt. CJHB.
10. Hierna onder punt 4 zal het onderscheid tussen de professionele en de particuliere borgtocht worden toegelicht.
11. HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759 m.nt. CJHB.
12. HR 13 maart 1964, *NJ* 1964, 188.
13. *Parl. Gesch. InvW* 7, p. 438; voorbeelden ontleend aan de parlementaire geschiedenis van het hierna onder punt 7 te bespreken art. 7:855 lid 2 BW, dat een met deze zorgplicht vergelijkbare strekking heeft.
14. Hof 's-Gravenhage 20 september 1984, *NJ* 1985, 877.
15. Hof Arnhem 30 januari 2007, *LJN* AZ9813.

getroffen. Na de gedane waarschuwing had de borg immers ook geen actie ondernomen. Bovendien is gesteld noch gebleken welke effectieve maatregelen de borg tegenover de huurder had kunnen nemen ter bescherming van zijn positie. Uit deze jurisprudentie volgt dat de borg zich niet zondermeer op het ontbreken van een waarschuwing kan beroepen. Voor zover hij daarvan nadeel heeft geleden, dient hij dat voldoende gemotiveerd onder het voetlicht te brengen.

4. Afbakening particuliere - professionele borgtocht

De borgtocht is in zoverre een gevaarlijke overeenkomst, dat de borg niet altijd goed zal kunnen inschatten hoeveel risico hij loopt. De wetgever heeft dit onderkend en heeft geprobeerd om een evenwicht te creëren tussen het belang van de borgtocht voor het economisch verkeer enerzijds en de bescherming tegen een te lichtvaardige borgstelling anderzijds. Daarbij is als uitgangspunt genomen dat de particuliere borg meer bescherming nodig heeft dan de professionele.¹⁶ Voor die eerste categorie is een aantal bijzondere voorschriften in de wet opgenomen, waarvan de belangrijkste hierna zullen worden behandeld.

Eerst zal het begrip 'particuliere borgtocht' worden toegelicht. In art. 7:857 BW wordt de particuliere borgtocht gedefinieerd als een borgtocht door een *natuurlijk persoon* die:

- a. niet handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf; en tevens
- b. niet handelt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een NV of een BV, waarvan hij bestuurder is en alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen heeft.

a. Niet handelen door een natuurlijk persoon in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf

Het niet handelen door een natuurlijk persoon in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf stemt overeen met het criterium van art. 6:236/237 BW (vernietigbaarheid algemene voorwaarden) en 7:5 BW (consumentkoop). Volgens de parlementaire geschiedenis komt het erop neer dat de dwingendrechtelijke bescherming van de borg wordt beperkt tot de groep van personen die op één lijn kan worden gesteld met de consument.¹⁷ Het criterium wordt subjectief opgevat; van een handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf is sprake indien ten behoeve van het beroep of bedrijf van de borg wordt gehandeld.¹⁸ Zo handelt een arts in de uitoefening van zijn beroep indien hij een borgtocht aangaat voor de verplichtingen uit de huurovereenkomst voor zijn praktijkruimte. Hij is dan een professionele borg. Indien de huurovereenkomst echter ziet op de woning van de arts, is van een handelen ten behoeve van zijn beroep geen sprake en is diezelfde arts een particuliere borg. Een ander voorbeeld is de in de inleiding genoemde borgtocht in het kader van een indeplaatsstelling; de voormalige huurder stelt zich borg voor de verplichtingen van de nieuwe huurder. Indien een dergelijke borgtocht door een natuurlijk persoon wordt aangegaan, zal deze in de regel onder het particuliere regime vallen. De borgtocht wordt immers aangegaan voor een door een derde en dus niet ten behoeve van de eigen bedrijfsvoering gehuurd pand.

b. Niet handelen door een natuurlijk persoon, bestuurder en aandeelhouder, ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een NV of een BV

Het onder b genoemde niet handelen ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een NV of een BV is gelijk aan dat van art. 1:88 lid 5 BW.¹⁹ Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat dit criterium restrictiever moet worden uitgelegd dan het onder a genoemde criterium: *'Men lette erop dat de bepaling in dit verband spreekt van de 'normale' uitoefening van het bedrijf. Aldus wordt aangegeven dat de onderhavige afdeling wél van toepassing is op borgtochten die weliswaar door een bestuurder als hier bedoeld zijn aangegaan ten behoeve van de vennootschap, maar die van de aanvang af zakelijke grondslag ontbeelden, bij voorbeeld omdat zij verband hielden met de financiering van handelingen die met de uitoefening van het bedrijf van een vennootschap onvoldoende van doen hadden.'*²⁰ De rechtshandeling ten behoeve waarvan de borgtocht wordt gesloten dient zelf tot de rechtshandelingen te behoren die in de normale uitoefening van een bedrijf plegen te worden verricht. Niet voldoende is dat zij de normale bedrijfshandelingen begunstigt of daarvoor de noodzakelijke voorwaarden schept.²¹ Dit betekent allereerst dat handelingen die niet ten behoeve van het bedrijf zijn verricht (criterium a) ook geen normale bedrijfsvoering zullen opleveren. De hierboven genoemde borgtocht na indeplaatsstelling zal dus ook een particulier karakter hebben indien de bestuurder-aandeelhouder van de voormalige huurder (BV of NV) zich borg stelt. Vice versa zal het sluiten van een huurovereenkomst voor een nieuwe bedrijfsruimte in veel gevallen zowel 'in de uitoefening van' als 'in de normale uitoefening van' worden aangemerkt. Het is immers een normale gang van zaken dat een onderneming een bedrijfsruimte huurt. De aan deze huurovereenkomst gekoppelde borgtocht door de bestuurder van de desbetreffende vennootschap zal daarom veeleer een professioneel karakter hebben.

Er is echter ook een aantal situaties denkbaar waarin wel ten behoeve van het bedrijf wordt gehandeld maar niet in de normale uitoefening van datzelfde bedrijf. A-G Hartkamp noemt in Soetelieve/Stienstra-Fieten²² als voorbeelden het opkopen van een concurrerend bedrijf om zodoende de marktpositie veilig te stellen en financiële handelingen om het bedrijf van een faillissement te redden.

In huurverband kom ik op het volgende aan mijn eigen praktijk ontleende voorbeeld, dat ik ook al in de inleiding heb genoemd. Naar aanleiding van een ruime huurachter-

16. Aan deze extra bescherming bestaat volgens de wetgever behoefte *'omdat juist bij de particuliere borg, die vaak niet door motieven, maar bijv. door overwegingen die samenhangen met zijn persoonlijke relatie tot de hoofdschuldenaar, tot het aangaan van de borgtocht wordt bewogen, het gevaar van ondoordachttheid of misplaatst vertrouwen in de goede afloop het grootste is, terwijl bij hem het inzicht, nodig voor het beoordelen van de gevolgen van de van hem verlangde transactie, het vaakst zal ontbreken.'* (Parl. Gesch. InvW 7, p. 444).

17. Parl. Gesch. InvW 7, p. 444.

18. Asser-Hijma 5-I 2007, nr. 78.

19. Zie over deze bepaling hierna punt 5 onder iii.

20. Parl. Gesch. InvW 7, p. 445.

21. HR 8 juli 2005, JOR 2005, 233 m.nt. Verdaas.

22. HR 14 april 2000, JOR 2000, 113 m.nt. Verdaas.

stand wordt een afbetalingsregeling overeengekomen tussen de verhuurder en de huurder. De verhuurder gaat pas akkoord nadat de bestuurder van de huurder zich persoonlijk borg stelt voor de nakoming van de verplichtingen van de huurder. Feitelijk is hier sprake van kredietverlening door de verhuurder aan de huurder vanwege diens slechte financiële situatie. Het krediet wordt verkregen ten behoeve van het bedrijf. Dit betekent dat een aan deze overeenkomst gekoppelde borgstelling door een natuurlijk persoon in de uitoefening van zijn bedrijf als hierboven onder a. genoemd waarschijnlijk een professioneel karakter zal hebben. Van een normale bedrijfshandeling lijkt echter geen sprake (vgl. tweede voorbeeld van A-G Hartkamp hierboven). Indien de sub b genoemde bestuurder-aandeelhouder als borg optreedt, zal waarschijnlijk het particuliere regime van toepassing zijn.²³

5. Bijzondere voorschriften

Ingeval van een particuliere borgtocht zijn de meeste bepalingen uit titel 14 van boek 7 BW van dwingend recht. Voorts bevat afdeling 2 van die titel een aantal beschermende voorschriften, waarvan niet ten nadele van de particuliere borg kan worden afgeweken (art. 7:862 BW). Relevant voor de huurborgtocht zijn het vereiste van (i) het maximumbedrag en dat van (ii) het ondertekend geschrift. Buiten boek 7 BW is nog van belang (iii) de toestemming van de echtgenoot of de geregistreerd partner, welke toestemming niet alleen bij particuliere maar ook bij sommige professionele borgtochten vereist is.

i. Maximumbedrag

Art. 7:858 BW bepaalt dat in de particuliere borgtocht een maximumbedrag moet zijn opgenomen, tenzij dit maximumbedrag op het moment van het sluiten van de overeenkomst vaststaat. De Hoge Raad constateert dat het bij een huurovereenkomst van tevoren onduidelijk is tot welk bedrag de huurachterstand kan oplopen, waardoor de bijbehorende particuliere borgtocht een maximumbedrag moet bevatten.²⁴ Niet-nakoming van deze formaliteit leidt tot ongedigheid van de borgtocht en dus tot vernietigbaarheid op grond van art. 3:40 lid 2 BW.²⁵

Zoals hierna zal worden besproken, heeft de particuliere borgtocht als 'geldigheidsvereiste' dat deze in een ondertekend geschrift moet zijn vastgelegd. Vanuit oogpunt van bewijs is het aan te raden om daarin het maximumbedrag uit te schrijven. Zodoende levert de ondertekende overeenkomst als onderhandse akte dwingend bewijs op (art. 157 lid 2 juncto art. 158 lid 1 Rv).²⁶

ii. Ondertekend geschrift

Ingeval een particuliere borgtocht wordt betwist, bepaalt art. 7:859 lid 1 BW dat deze in beginsel slechts kan worden bewezen door een ondertekend geschrift.²⁷ Deze bepaling strekt volgens de parlementaire geschiedenis ter bescherming van de borg tegen een te lichtvaardige borgtocht; door de ondertekening dwingt hij zich te realiseren waartoe hij zich verbindt. Een telegram of telexbericht is niet toereikend, aangezien deze berichten niet zijn ondertekend.²⁸ Een ondertekende faxbrief en een elektronisch ondertekende e-mail (art. 3:15a BW) lijken mij - alhoewel niet schriftelijk - wel voldoende aan de strekking van de regeling voldoen.²⁹ Indien de borgtocht echter niet is ondertekend (bijvoorbeeld in een 'normale' e-mail), dient niet te lichtvaardig aan dat

gebrek voorbij te worden gegaan. Ik zie daarbij een duidelijk verschil met bijvoorbeeld de regeling van art. 7:296 lid 2 BW, waarin omwille van het bewijs is bepaald dat de daar bedoelde rechtsopvolging schriftelijk aan de huurder dient te worden gemeld. In de jurisprudentie is geoordeeld dat dit vormvoorschrift terzijde kan worden gesteld indien de huurder op een andere (niet schriftelijke) wijze op de hoogte is gebracht.³⁰ De ondertekening van de borgtocht dient echter niet zozeer de bewijsvoering als wel het voorkomen van overhaaste beslissingen van de borg, waardoor een striktere hantering van art. 7:859 lid 1 BW op zijn plaats is. De afwezigheid van de handtekening zou mijns inziens wel ver schoonbaar zijn indien uit de omstandigheden van het geval blijkt dat de borg een weloverwogen beslissing heeft genomen.

Indien vaststaat dat de borg de verbintenis van de hoofdschuldenaar geheel of gedeeltelijk is nagekomen, kan de borgtocht door alle middelen worden bewezen (art. 7:859 lid 2 BW).

iii. Toestemming echtgenoot of geregistreerd partner

Een derde voorschrift is terug te vinden in het huwelijksvermogensrecht. In art. 1:88 lid 1 onder c BW is bepaald dat de borg in beginsel de toestemming van zijn echtgenoot of geregistreerd partner (art. 1:80b BW) behoeft voor het sluiten van de borgtocht. Niet relevant is of er is gehuwd in gemeenschap van goederen of onder huwelijkse voorwaarden.³¹ Aangezien de borgtocht een vormvrije overeenkomst is, kan deze toestemming vormvrij worden gegeven (art. 1:88 lid 3 BW).

Het toestemmingsvereiste geldt niet indien de borgtocht wordt gesloten in de normale uitoefening van het beroep of bedrijf van de borg (art. 1:88 lid 1 onder c BW) of indien zij geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een NV of een BV waarvan de borg bestuurder is en alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen heeft (art. 1:88 lid 5 BW).

Daarmee valt deze omschrijving samen met die van het hierboven onder punt 4 behandelde art. 7:857 BW, met dien verstande dat het eerste woordje 'normale' (zie onderstreping) is toegevoegd. Hierdoor geldt het toestemmingsvereiste niet alleen bij alle particuliere maar ook bij sommige professionele borgtochten, namelijk bij die professionele borgtochten die weliswaar zijn aangegaan in de uitoefening van een be-

23. Zie voor een uitvoerige en kritische beschouwing van deze problematiek: M.A.J.G. Janssen, *Borgtocht en art. 1:88 lid 5 BW*, *TFZI* 2009/2, p. 44-47.

24. HR 19 september 2008, *LJN* BD5520.

25. Hof Arnhem, 23 juni 2009, *LJN* BJ4490.

26. Ingeval de borgtocht is aangegaan in de uitoefening van een beroep of bedrijf is het opnemen van dit 'goedschrift' geen vereiste voor de dwingende bewijskracht van de akte (art. 158 lid 2 BW).

27. Dat deze regel alleen van toepassing is ingeval van betwisting is niet in art. 7:859 lid 1 BW te lezen maar volgt uit de parlementaire geschiedenis (*Parl. Gesch. InvW* 7, p. 448).

28. *Parl. Gesch. InvW* 7, p. 450.

29. Zie ook J.W.H. Blomkwist, *Borgtocht*, *Mon. BW* 2006 (verder: 'Blomkwist'), nr. 25.

30. Rossel 2008, *T&C Huurrecht*, art. 7:296, aant. 5.

31. Van Duijvendijk-Brand 2009 *T&C BW*, inleidende opmerking 2 bij titel 6 van boek 1 BW.

roep of bedrijf maar die niet (tevens) behoren tot de 'normale' bedrijfsvoering. Zie voor dit verschil hierboven punt 4, waar als voorbeeld wordt genoemd de situatie dat de borgtocht is gesloten ter zekerheid van een lening vanwege financiële problemen van de huurder. Indien een dergelijke borgstelling plaatsvindt door een natuurlijk persoon in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf (niet zijnde een NV of BV), zal ondanks de toepasselijkheid van het professionele regime toch de toestemming van de echtgenoot vereist zijn.

6. Ontduiking voorschriften door medehuur?

De in de wet opgenomen voorschriften strekken als gezegd ter bescherming van de (particuliere) borg en zijn echtgenoot voor een te lichtvaardige beslissing. De praktijk wijst uit dat met name het opnemen van een maximumbedrag ertoe kan leiden dat de aspirant-borg - angstig gemaakt voor de mogelijke gevolgen - van zijn borgstelling afziet. Kan de verhuurder deze situatie omzeilen door geen overeenkomst van borgtocht te sluiten maar de borg als medehuurder aan te merken?

Het antwoord is nee. Weliswaar levert medehuur geen borgtocht op (zowel aan het hierboven besproken afhankelijkheids- als subsidiariteitsvereiste wordt niet voldaan), maar indien de partijbedoeling op een borgtocht ziet, zal deze toch worden aangenomen. De benaming van de overeenkomst is immers niet bepalend voor de kwalificatie daarvan. De parlementaire geschiedenis is helder: *'Het antwoord op de vraag of, bij twee of meer hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren, zich al dan niet de bijzondere vorm van borgtocht voordoet, moet dus gezocht worden in de rechtsverhouding tussen elk der schuldenaren en de schuldeiser: heeft tegenover laatstgenoemde een schuldenaar zich aangediend als iemand wie de schuld niet aangaat, die zich aansprakelijk stelt voor de schuld van een ander, de hoofdschuldenaar - en voor de interpretatie van die overeenkomst kan wel van belang zijn maar is niet beslissend of het woord 'borg' of 'borgtocht' is gebruikt -, dan zijn de bepalingen omtrent borgtocht van toepassing.'*³² Aanwijzingen voor die partijbedoeling kunnen zijn dat de 'medehuurder' geen gebruik maakt van het gehuurde, dat hem nooit facturen zijn toegestuurd en dat hij pas wordt aangesproken als er sprake is van een (aanzienlijke) huurachterstand.

De medehuurder kan er een aanzienlijk belang bij hebben dat zijn rechtsverhouding met de verhuurder als een borgtocht wordt gekwalificeerd. Vaak zal immers niet aan de vereiste formaliteiten zijn voldaan. Voorts zal de borg zich in voorkomende gevallen op een wilsgebrek kunnen beroepen, waardoor de overeenkomst op die voet kan worden vernietigd. Bovendien heeft de borg in zijn relatie tot de huurder een volledig regresrecht; hij kan het aan de verhuurder betaalde bedrag in zijn geheel op de huurder verhalen (art. 7:866 BW).

7. Aanspreken borg

Zolang de huurder zijn verplichtingen nakomt, zal de borgtocht ongebruikt blijven. De borg kan niet worden aangesproken voordat de huurder in de nakoming van zijn verbintenis tekort is geschoten (art. 7:855 BW) en tevens in verzuim is geraakt.³³ Voor verzuim is in beginsel een ingebrekestelling vereist. Indien de huurder in gebreke wordt gesteld, dient de borg daarvan in kennis te worden gesteld (art.

7:855 lid 2 BW)³⁴. Is de huurder van rechtswege in verzuim, dan kan de mededeling aan de borg achterwege blijven³⁵ en.

Doorgaans zal de wanprestatie van de huurder betrekking hebben op de betaling van de huur. Vervaldata van huurtermijnen hebben meestal een fataal karakter. Het enkele verstrijken van een vervaldata is daarom voldoende om het verzuim van de huurder aan te nemen (art. 6:83 onder a BW)³⁶. Het versturen van een ingebrekestelling aan de huurder en de melding daarvan aan de borg is dus niet vereist. Toch lijkt het verstandig om de huurder al in een vroeg stadium aan te manen en de borg daarvan in kennis te stellen. Zodoende wordt de huurder expliciet op zijn tekortschieten gewezen en wordt de borg in de gelegenheid gesteld om de huurder tot betaling aan te sporen. Bovendien kan uit de hiervoor behandelde zorgplicht een waarschuwingsplicht tegenover de borg volgen, waarvan schending tot schadeplichtigheid kan leiden (zie hierboven punt 3).

De borg kan voor de volledige betalingsachterstand worden aangesproken. Hij is wettelijke rente verschuldigd over het tijdvlak dat hijzelf in verzuim is (art. 7:856 lid 1 BW). Tevens is hij gehouden om de kosten van rechtsvervolgning te vergoeden *'indien hij tijdig door mededeling van het voornemen tot rechtsvervolgning in de gelegenheid is gesteld deze kosten te voorkomen'* (art. 7:856 lid 2 BW). Asser-Van Schaick betoogt dat ook buitengerechtelijke kosten voor rekening van de borg zouden moeten komen³⁷. Deze rente en kosten kunnen bovenop het bij een particuliere borgtocht geldende maximumbedrag worden gevorderd (art. 7:858 lid 2 BW).

8. Faillissement en surséance van betaling van de huurder

De huurder die niet meer aan zijn financiële verplichtingen uit de huurovereenkomst kan voldoen, zal vaak ook andere schulden onbetaald laten. Dit kan ertoe leiden dat hij in staat van faillissement wordt verklaard (art. 1 Fw) of dat hem surséance van betaling wordt verleend (art. 214 Fw). Een faillissement of surséance van betaling van de huurder komt voor rekening en risico van de borg.³⁸ Dit betekent dat de borg kan worden aangesproken voor de schade die de verhuurder daardoor lijdt. In de praktijk maakt de curator veelal gebruik van zijn bevoegdheid om de huurovereenkomst te beëindigen met een opzegtermijn van drie maanden. De huurpenningen over dat tijdvlak zijn boedelschuld (art. 39, 238 Fw). Deze wijze van beëindiging leidt op zichzelf niet tot een wanprestatie van de huurder.³⁹ Dit betekent dat de verhuurder zijn schade als gevolg van de tussentijdse beëindiging volgens de wettelijke regeling niet op de boedel kan afwentelen. Ook de borg - wiens verbintenis afhankelijk is van de hoofdverbintenis - kan hierdoor slechts worden aan-

32. *Parl. Gesch. InvW 7*, p. 418.

33. *Asser-Van Schaick 5-IV 2004*, nr. 194.

34. Van deze regel kan bij een particuliere borgtocht niet worden afgeweken (art. 7:862 onder a BW); bij een professionele borgtocht is dit artikel van regeland recht en kunnen partijen dus anders overeenkomen.

35. Rechtbank Rotterdam, 8 april 1999, *JOR* 1999, 111.

36. Dozy 2008, *T&C Huurrecht*, art. 212, aant. 2.

37. *Asser-Van Schaick 5-IV 2004*, nr. 202; anders: Blomkwist, nr. 20.

38. HR 14 juni 1929, *NJ* 1929, 1483.

39. HR 28 november 1929, *NJ* 1930, 668.

gesproken voor de verplichtingen tot het moment van beëindiging van de huurovereenkomst.

De doctrine is verdeeld over de vraag of het de verhuurder en de huurder vrijstaat om contractueel van deze wettelijke regeling af te wijken of dat de strekking daarvan - *beëindiging* van de huurovereenkomst - zich daartegen verzet.⁴⁰

Hof 's-Gravenhage oordeelt dat het partijen vrijstaat om van tevoren afspraken te maken over schadevergoeding ingeval van tussentijdse beëindiging van de huurovereenkomst vanwege een faillissement.⁴¹ Een dergelijke afspraak kan - het Hof 's-Gravenhage volgende - dus ook worden ingeroepen tegenover de borg. Tegen dit arrest is cassatie ingesteld door de curator van de gefailleerde huurder. Deze zal zich gesterkt voelen door de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam van 28 mei 2009⁴², waarin wordt geoordeeld dat een dergelijk beding in strijd is met de strekking van de Faillissementswet en om die reden als een dode letter moet worden beschouwd.

Een 'veilig' alternatief is dat de verhuurder en de borg apart overeenkomen dat laatstgenoemde aansprakelijk is voor het financieel nadeel dat de verhuurder lijdt als gevolg van een tussentijdse beëindiging van de huurovereenkomst bij surseance van betaling of faillissement. Ingeval deze afspraak niet geldt tussen de huurder en de verhuurder, wordt wel gesproken van een 'abstracte borgtocht'. Dit is een verwarrende term: aangezien de verbintenis niet op de huurder drukt, is immers geen sprake van een borgtocht. Titel 14 van boek 7 BW is niet van toepassing. De (strekking van de) Faillissementswet lijkt de rechtsgeldigheid van een dergelijke overeenkomst niet in de weg te staan. Het betreft immers een aansprakelijkheid die geheel losstaat van de aansprakelijkheid van de failliet. Partijen dienen wel duidelijk af te spreken dat de overeenkomst ook daadwerkelijk gescheiden is van de borgtocht. Anders riskeren zij dat deze eindigt op het moment dat de huurovereenkomst eindigt. Ook lopen zij dan het risico dat het afgesproken beding ongeldig zal blijken; in art. 7:860 BW is bepaald dat de particuliere borg niet aan meer bezwarende voorwaarden is gehouden dan die waaronder de hoofdverbintenis is gesloten. Volgens Asser-Van Schaick is deze regel gezien het afhankelijk karakter van de borgtocht ook van toepassing ingeval van een professionele borgtocht.⁴³

9. Rechtsopvolging

Commercieel vastgoed wisselt vaak van eigenaar, terwijl ook huurders elkaar kunnen aflossen. Wat zijn de gevolgen voor de borgtocht? Te beginnen met de rechtsopvolging aan verhuurderszijde. Hof Arnhem signaleert in dat kader dat de borgtocht een afhankelijk recht is en tevens een nevenrecht, dat om die redenen met de hoofdverbintenis mee overgaat (art. 6:142 lid 1 BW, art. 3:82 BW).⁴⁴ Tevens oordeelt het hof dat art. 7:226 lid 3 BW, dat bepaalt dat de verkrijger alleen is gebonden aan bedingen die onmiddellijk verband houden met het gebruik van de zaak tegen betaling van een tegenprestatie, niet aan deze overdracht in de weg staat. Dit blijkt uit de parlementaire geschiedenis van art. 7:226 BW, die hierover vermeldt: '*Een dergelijke overgang vloeit reeds voort uit artikel 6:142 BW, nu het hier om een nevenrecht ten opzichte van het overgegangene recht op huurbetaling gaat. Dat wil niet zeggen dat de borgtocht ook overgaat, wanneer zij slechts is verleend aan de verhuurder persoonlijk.*'⁴⁵ Uit deze passage volgt tevens dat een borgtocht die expliciet vermeldt dat zij slechts tegen een specifieke verhuurder kan

worden ingeroepen wél eindigt ingeval het gehuurde wordt overgedragen aan een nieuwe verhuurder.

Ook de gewaarborgde huurder kan zijn rechten en verplichtingen aan een derde overdragen, mits de verhuurder daarmee instemt (art. 6:159 lid 1 BW) of althans - ingeval van winkelbedrijfsruimte - hij daartoe een vervangende machtiging van de kantonrechter verkrijgt (art. 7:307 BW). In art. 6:159 lid 2 jo. art. 6:157 lid 2 BW is bepaald dat de borgtocht door de contractsovername komt te vervallen. De borgtocht blijft echter gehandhaafd indien de borg met de contractsovername instemt of de oorspronkelijke huurder (mede) aansprakelijk blijft.⁴⁶

Tot slot

De borgtocht kan worden beschouwd als tweede in rang. Zij is immers subsidiair aan de gewaarborgde huurovereenkomst. Uit het voorgaande moge volgen dat het desalniettemin verstandig is om de ook overeenkomst van borgtocht met zorg vorm te geven en uit te voeren. Daarbij dient er rekening mee te worden gehouden dat er - ook ingeval de gewaarborgde huurovereenkomst ziet op *commercieel* vastgoed - verschillende (vorm)voorschriften kunnen gelden en dat de contractsvrijheid op belangrijke punten kan zijn ingeperkt. Met name voor verhuurders en hun eventuele raadslieden is het daarom van essentieel belang om zowel bij het afsluiten van de borgtocht als gedurende de looptijd van de overeenkomst scherp toe te zien op het naleven van deze voorschriften en van de daarmee samenhangende zorgplicht.

40. Zie bijvoorbeeld: F.C. Borst, *Faillissement van de huurder*, *WR* 2007, 6, p. 229 en A.R. De Jonge, *Huurrecht* 2009, p. 121, die op dit punt tegengestelde conclusies trekken uit het *Baby XL* arrest (HR 13 mei 2005, *WR* 2005, 65).

41. Hof 's-Gravenhage, 7 april 2009, *WR* 2009, 64.

42. Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 28 mei 2009, *WR* 2009, 115 m.nt. redactie.

43. Asser-Van Schaick 5-IV 2004, nr. 209.

44. Hof Arnhem 30 januari 2007, *LJN* AZ9813.

45. *Parl. Gesch. Huurrecht*, De Jonge/De Wijckerslooth, p. 375.

46. HR 12 mei 1995, *NJ* 1995, 497; Asser-Van Schaick 5-IV 2004, nr. 248.