

BESLECHTE GESCHILLEN

Red.: Prof. Mr CHR. ZEVENBERGEN

Het ontslag van den borg op grond van art. 1885 B.W.

A. is aan B. een som gelds schuldig. Tot meerdere zekerheid van de betaling ervan heeft C. zich tegenover B. als borg verbonden. Als de tijd van betaling is aangebroken, blijkt A. niet in staat aan zijn verplichtingen te voldoen. Wel verkoopt hij aan zijn schuldeiser B. zijn inventaris tegen een prijs, welke geheel overeenstemt met de werkelijke waarde ervan. De koopsom wordt in mindering gebracht op zijn schuld aan B., terwijl deze voor het restant der schuld den borg C. aanspreekt, die, gelijk gebruikelijk is, afstand heeft gedaan van het hem van rechtswege toekomende voorrecht van voorafgaande uitwinning. C. weigert echter te betalen. Het komt tot een proces, waarin C. zich tegen den eisch van B. verweert met een beroep op de bepaling van art. 1885 B.W. Door den inventaris van den hoofdschuldenaar, A., te koopen, zoo werpt hij B. tegen, hebt Gij bewerkt, dat ik, na betaling aan U, geen verhaal kan zoeken op den certijds aan A. toebehoorenden inventaris. Indien Gij den inventaris niet had gekocht, zoudt Gij als schuldeiser daarop een recht van verhaal hebben gehad en dit recht zou op mij, na betaling aan U, zijn overgegaan. Nu dit laatste tengevolge van de door U met den hoofdschuldenaar gesloten koopovereenkomst niet meer mogelijk is, ben ik als borg tegenover U bevrijd. Want volgens art. 1885 B.W. is de borg ontslagen, wanneer hij, door toedoen van den schuldeiser, niet meer treden kan in de rechten, hypotheken en voorrechten van den schuldeiser.

Dit verweer van den borg vermocht blijkbaar geen grooten indruk te maken. De vordering van den schuldeiser tegen hem werd in eersten aanleg toegewezen. Zijn hooger beroep daartegen zag de borg al evenmin met succes bekroond, want het Hof te Amsterdam¹⁾ bevestigde het vonnis in eerste instantie gewezen.

Wij zullen hierop thans nader ingaan en daaraan vastknoopen eenige opmerkingen van algemeenen aard over den borgtocht en de rechtspositie van den borg.

**

„Borgtocht is eene overeenkomst, waarbij een derde zich, ten behoeve van den schuldeiser, verbindt om aan de verbintenis van den schuldenaar te voldoen, indien deze niet zelf „daaraan voldoet.” Aldus luidt art. 1857 van het Burgerlijk Wetboek.

De borgtocht wordt in deze omschrijving gekenmerkt als een overeenkomst. Juister gezegd ware: een verbintenscheppende overeenkomst, een contract. Zij wordt gesloten naar aanleiding van en in verband met een reeds bestaande verbintenis; de toekomstige borg verbindt zich ter meerdere zekerheid van den crediteur tot betaling van eens anders schuld. Daardoor ontstaat tusschen hem en den schuldeiser een accessoire, onzelfstandige, immers van het bestaan der gewaarborgde schuld afhankelijke, verbintenis. Een borgtocht zonder „wettige hoofdverbintenis” is onbestaanbaar, zegt dan ook art. 1858 lid 1 B.W.

Doeh niet alleen in haar ontstaan, ook in haar voortbestaan, ook in haar inhoud, komt het onzelfstandig karakter der borgtochtsverbintenis uit. Zoodra de hoofdschuld een einde neemt, houdt in beginsel ook de schuld van den borg op te bestaan.

En wat den omvang der borgtochtsverbintenis aangaat: deze kan niet grooter zijn dan die van de hoofdverbintenis. Daaruit vloeit voort, dat een borg zich wel voor een gedeelte van de hoofdschuld kan verbinden (art. 1859 lid 2 B.W.), maar niet voor meer dan de hoofdverbintenis omvat (art. 1859 lid 1 B.W.); in het laatste geval zou de borgtocht slechts werken tot den omvang der hoofdverbintenis (art. 1859 lid 2 B.W.).

Het is door dit accessoire, onzelfstandige, karakter, dat de verbintenis van den borg zich onderscheidt van die van een hoofdelijk verbonden schuldenaar (art. 1316 vlg. B.W.) en van dengene, die zich voor een ander „sterk maakt” (art. 1352 B.W.). „Borgstellen”, zoo lees ik bij Land-Loosecaat Vermeer, „kan men zich slechts voor een *schuldenaar*. De borg staat in „voor de nakoming van een, zij het ook toekomstige, *verbintenis* „van een ander, en is, indien deze nakoming uitblijft, zelf „tot voldoening van die verbintenis verplicht. Sterk maken kan „men zich daarentegen ook voor iemand, die niet verbonden is, „men staat er voor in, dat deze zekere handeling zal verrichten, „met het gevolg, dat men, blijft die handeling uit, gehouden is, „niet tot het verrichten dier handeling, maar tot vergoeding „van schade. Hier is dus van een zelfstandige, niet van een „accessoire verbintenis sprake.”

**

De borg is verbonden, zoo zegt art. 1857 B.W., „om aan de „verbintenis van den schuldenaar te voldoen, indien deze niet „zelf daaraan voldoet.” De schuldeiser kan, zoodra de tijd van betaling is aangebroken, te zijner keuze van den hoofdschuldenaar of van den borg betaling vragen. Hij is niet verplicht om, zooals de Kantonrechter te Rotterdam in zijn vonnis van 23 Juni 1925³⁾ meende, eerst zijn verhaal te zoeken op het vermogen van den debiteur, alvorens met succes den borg te kunnen aanspreken. Weliswaar wekt art. 1868 B.W. den indruk, dat zulk een verplichting inderdaad bestaat. „De borg is, zoo bepaalt dit artikel, „jegens den schuldeiser niet tot beta- „ling gehouden, dan bij gebreke van den schuldenaar, *viens „goederen vooraf moeten uitgewonnen worden*”. Echter blijkt uit art. 1870 B.W., dat aan art. 1868 B.W. niet de beteekenis moet worden toegekend, die het oogenschijnlijk heeft. Duidelijk zegt art. 1870 B.W., dat de schuldeiser niet verplicht is, den hoofdschuldenaar eerst uit te winnen. Hij kan dus beginnen met terstond den borg aan te spreken. Maar deze heeft alsdan, krachtens art. 1870 B.W. de bevoegdheid, bij wijze van exceptief verweer tegen de vordering van den crediteur te verlangen, dat deze eerst zijn verhaal zoekt op den hoofdschuldenaar⁴⁾. Maakt de borg van dit verweer geen gebruik, dan zal de vordering van den crediteur moeten worden toegewezen. Doet hij het wel — en dit zal dan moeten geschieden „op de eerste gerechtelijke tegen hem gerichte aanspraak” (art. 1870 B.W.), d.i. bij zijn conclusie van antwoord — dan moet hij, teneinde met zijn verweer succes te hebben, aan den schuldeiser de goederen van den hoofdschuldenaar aanwijzen, waarop de uitwinning zou kunnen geschieden alsmede „de noodige penningen voorschieten om de uitwinning te bewerkstelligen” (art. 1871 lid 1 B.W.).

Zeer duidelijk wordt de rechtspositie van den borg aangegeleid in het arrest van den Hoogen Raad van 9 Januari 1931⁵⁾ in de volgende bewoordingen: „dat een borg gehouden „is om aan de verbintenis van den schuldenaar te voldoen,

²⁾ *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, dl V (2de dr. 1932), bl. 703.

³⁾ *Nederlandsche Jurisprudentie* 1926, bl. 75.

⁴⁾ In de praktijk doet de borg gewoonlijk afstand van dit zoogenaamde voorrecht van uitwinning (verg. art. 1869, 1^o. B.W.).

⁵⁾ *Nederlandsche Jurisprudentie* 1931, bl. 378 vlg.; *Weekblad van het Recht*, nr 12256.

¹⁾ Bij arrest van 20 Febr. 1936, *Nederlandsche Jurisprudentie* en *Weekblad van het Recht* 1937, nr 107.

„zoodra die voldoening van deze kan worden geeischt, zoodat „van dit oogenblik af ook op den borg rust een eigen verbintenis, die tot inhoud heeft de voldoening van de schuld, waarvoor hij borg gebleven is.”

**

De betaling door den borg heeft tot gevolg, dat zoowel de hoofdschuldenaar als hij zelf tegenover den crediteur bevrijd wordt. Maar aangezien hetgeen de borg betaalde strekte ten voordeele van den hoofdschuldenaar, is het redelijk, dat de borg te dier zake verhaal heeft op den hoofdschuldenaar. De wet geeft hem dan ook een recht verhaal (regresrecht) en wel in art. 1876 B.W. Het is gebaseerd op de onderlinge verhouding, waarin de hoofdschuldenaar en de borg tot elkaar staan. In den regel zal dit zijn een verhouding uit lastgeving, maar het is ook denkbaar, dat de borgstelling buiten medeweten van den hoofdschuldenaar is tot stand gekomen, zoodat alsdan tusschen borg en hoofdschuldenaar een verbintenis uit zaakwaarneming (art. 1390 B.W.) bestaat.

Daarnaast echter doet art. 1877 B.W. den borg, die de schuld heeft, treden in alle rechten, welke de schuldeischer tegen den hoofdschuldenaar gehad heeft. Krachtens wettelijke subrogatie (verg. ook art. 1438, 3^o. B.W.) zijn de rechten van den crediteur tegen den hoofdschuldenaar overgegaan op den borg, van wien hij betaling heeft ontvangen. Dat de wet hier den borg, naast zijn eigen recht, voortvloeiend uit de tusschen hem en den hoofdschuldenaar bestaande verhouding, de rechten van den vroegeren crediteur tegen den hoofdschuldenaar toekent, is onder meer van belang, indien de vordering van den crediteur tegen den hoofdschuldenaar, behalve door borgtocht, door een pandrecht of recht van hypotheek verzekerd is. Deze accessoire rechten gaan met de vordering zelve op den borg over. Het is dan ook begrijpelijk, dat de schuldeischer niet straffeloos handelingen mag verrichten, waardoor deze zekerheidsrechten zouden verdwijnen en dus niet zouden kunnen overgaan op den borg, die betaald heeft. Men denke aan het geval, dat de vordering gedekt was door een hypotheek en de crediteur roeyment van de hypotheek heeft verleend. De borg, die in een dergelijk geval door den crediteur tot betaling wordt aangesproken, is gerechtigd de betaling te weigeren. Men vindt dit in art. 1885 B.W. aldus omschreven: „De borg „is ontslagen, wanneer hij, door toedoen van den schuldeischer, „niet meer treden kan in de rechten, hypotheeken en voorrechten van dien schuldeischer”. Het is op dit artikel, dat de borg in het door ons hierboven vermelde geval een beroep daad. Was dat beroep gegrond? Ziehier de vraag, die wij tenslotte nog zullen behandelen.

**

Stellen wij ons de casuspositie nog eens goed voor oogen. De hoofdschuldenaar, A., had zijn inventaris aan zijn crediteur, B., verkocht tegen een prijs, gelijk aan de werkelijke waarde ervan; de koopsom was in mindering gebracht op de schuld. Voor het restant zijner vordering sprak nu de crediteur, A., den borg, C., aan. Deze verzette zich tegen den eisch, zich erop beroepende, dat, nu de crediteur de inventaris had gekocht, hij, borg, na betaling van het restant der schuld, daarop uiteraard geen verhaal meer kon uitoefenen. M.a.w. de borg bevoerde van zijn betalingsplicht tegenover den schuldeischer te zijn ontslagen, aangezien hij door toedoen van den crediteur niet meer kon treden in diens recht van verhaal op den inventaris van den hoofdschuldenaar. Naar de meening van den borg was dus art. 1885 B.W. rechtstreeks toepasselijk. Is die opvatting juist?

Zoowel de Rechtbank in eerste instantie als het Hof in hooger beroep beantwoordde deze vraag ontkennend. O.i. te

recht. Allereerst op grond van de volgende overweging. In de rechtswetenschap en jurisprudentie⁶⁾ wordt algemeen aangenomen, dat art. 1885 B.W. alleen dan toepassing vindt, wanneer door toedoen van den crediteur een recht van dezen voor den betalenden borg is verloren gegaan. Dit nu is in het door ons besproken geval niet zoo. Door met zijn schuldenaar deze transactie af te sluiten verliest de crediteur weliswaar een verhaalsobject, maar het verhaalsrecht, dat de wet hem gelijk iederen crediteur, in art. 1877 B.W. toekent, blijft daardoor onaangetast. Zoolang de schuld niet geheel is betaald, blijft de schuldenaar tegenover hem met alle zijn goederen aansprakelijk (art. 1177 B.W.). En de borg, die straks na betaling, op zijn beurt crediteur van den hoofdschuldenaar wordt, heeft het verhaalsrecht dan eveneens. Volkomen juist overwoog dan ook het Hof te dezen aanzien: „dat immers, indien de concurrente schuldeischer gedeeltelijke betaling erlangt door de „uitwinning van den schuldenaar, voor den borg, die voor het „restant der vordering wordt aangesproken, diens verhaalsrecht als zoodanig ongeceerd is gebleven en art. 1885 B.W. „juist die gevallen op het oog heeft, waarbij inbreuk is gepleegd op bepaalde rechten als zoodanig, die de borg, op de „plaats getreden van den schuldeischer, anders zou hebben „kunnen uitoefenen.”

**

Doch niet alleen in het door ons behandelde geval is er geen sprake van, dat de borg zich op art. 1885 B.W. zou kunnen beroepen ter ontkoming aan zijn betalingsplicht. Ook indien men in het algemeen, d.i. dus los van dit bijzonder geval, de vraag stelt, of het verhaalsrecht, hetwelk art. 1177 B.W. den crediteur toekent op de goederen van zijn schuldenaar, begrepen is onder „rechten” in art. 1885 B.W., moet een ontkennend antwoord worden gegeven. Dit verhaalsrecht toch komt toe aan elken crediteur qua talis: wie op iemand een vordering heeft, kan bij niet voldoening daarvan te dier zake verhaal zoeken op het vermogen van zijn debiteur. Zoodra nu een borg den schuldeischer betaald heeft, is hij in diens plaats crediteur geworden van den hoofdschuldenaar en heeft hij in die hoedanigheid het recht van verhaal, waarvan art. 1177 B.W. spreekt. Geenerlei daad van den schuldeischer kan hem dat recht ontnemen en dus mist art. 1885 B.W. hier toepassing. Want van tweeën één: of het vorderingsrecht van den crediteur tegen den hoofdschuldenaar bestond niet meer op het moment, dat de borg betaalde en alsdan is die betaling geweest onverschuldigd, zoodat de borg te dier zake een recht van terugvordering heeft tegen den crediteur (art. 1395 lid 1 B.W.), of het vorderingsrecht van den crediteur bestond op dat oogenblik nog wel, maar dan wordt het door de betaling ook door den borg verworven. En, zooals wij zagen, met de verkrijging van het vorderingsrecht gaat de verwerving van het verhaalsrecht gepaard.

Tot welk een absurde consequentie een hieraan tegenovergestelde opvatting leidt, wordt door het Hof in de volgende overweging duidelijk aangetoond: „dat trouwens, ware in art. „1885 B.W. ook begrepen het in art. 1177 B.W. bedoelde algemeene verhaalsrecht, tegen elken concurrenten schuldeischer, die, na verhaal te hebben gezocht op de goederen des „schuldenaars, gedeeltelijk is bevredigd en den borg voor het „onbetaald gedeelte der vordering aanspreekt, door den borg „met grond een beroep zou kunnen worden gedaan op art. „1885 B.W., hetgeen echter zou strijden met den aard van „den borgtocht.”

**

⁶⁾ Verg. o.a. Land-Losecaat Vermeer, t.a.p., dl V, bl. 759 en de aldaar vermelde jurisprudentie.

Over de door ons verdedigde opvatting, dat onder „rechten” in art. 1885 B.W. niet valt het verhaalsrecht, dat den crediteur in art. 1177 B.W. wordt toegekend, vonden wij in de rechtsliteratuur ten onzent geenerlei opmerking gemaakt, wel echter bij de Fransche schrijvers. Eenstemmig wijzen zij erop in hun bespreking van het met ons art. 1885 B.W. overeenstemmende art. 2037 van den Code Civil, dat het hier uitsluitend gaat om allerlei bijzondere rechten, waardoor het vorderingsrecht van den crediteur wordt versterkt. Het zijn deze rechten, die de crediteur moet bewaren, teneinde hen straks op den betalenden borg te kunnen doen overgaan. Zoo schrijft Planiol⁷⁾: „L’art. 2037 parle évidemment de *sûretés exceptionnelles*, telles que *gages, hypothèques, privilèges, droits de rétention*, etc.” En voorts:⁸⁾ „Le créancier est donc tenu de „conserver ses *sûretés*” pour les transmettre à la caution, le „jour où celle-ci le paiera, car la caution a compté sur elles „pour obtenir son remboursement.” En Baudry Lacantinieric¹⁰⁾ betoogt: „L’application de l’art. 2037 est subordonné à diverses conditions. Il faut: 1°. que le créancier jouisse de *sûretés „spéciales*”¹¹⁾, quelle qu’en d’ailleurs la nature.” Terwijl tenslotte in een der nieuwste handboeken, nl. dat van Planiol en Ripert, wordt gezegd: „La subrogation suppose, de la part de „la caution, un paiement effectif à l’aide de ses biens personnels. Elle s’opère dans toutes les *sûretés garantissantes* la „dette.”

CHR. ZEVENBERGEN

DE REGELING VAN HET ACCOUNTANTSBEROEP IN DENEMARKE

In het M.A.B. van 1930, pagina 153/7, zijn de voornaamste bepalingen dezer regeling afgedrukt, vertaald in de Engelsche taal. In 1937 heeft de „Foreningen af Statsautoriserede Revisorer” een boekje uitgegeven eveneens in het Engelsch, waarin de regeling wat vollediger te vinden is.

De grondslag van de regeling is vervat in de paragrafen 65 tot 73 van het handelswetboek. Twee Ministerieele Besluiten (de Engelsche vertaling heeft „Proclamation”) bevatten resp. de examenregeling en het reglement van arbeid. Paragrafen 52, 53, 54 en 90 van de wet op de vennootschappen en paragraaf 14 van de bankwet, die regelingen bevatten over verplicht accountantsonderzoek, zijn mede afgedrukt, evenals de statuten der bovengenoemde vereeniging en medegedeeld wordt dat bij wetten, dateerende van 1933 tot 1937, voorschriften, gelijk of gelijksoortig aan die voor de banken, gegeven zijn voor verschillende instellingen als de Nationale Bank, Spaarbanken, Pensioenfondsen, Ziektefondsen, Credietvereeningen, Provinciale Hypotheekbanken e.a.

Deze regeling

- a. beschermt den titel;
- b. stelt in sommige gevallen controle door titeldragers verplichtend;
- c. kent bewijskracht toe aan verklaringen van titeldragers;

daartegenover

- d. stelt voorwaarden voor de toekenning van den titel;
- e. stelt eischen voor den arbeid voor de mededeelingen en voor de standshouding;
- f. stelt een tuchtrecht in.

a. De titel luidt: „Statsautoriseret Revisor”; in de Engelsche vertaling staat „State-Authorised Accountant”. Ik vertaal „toegelaten accountant”.

De bescherming van den titel is opgenomen in Paragraaf 65 der handelswet. Het gebruik voor acquisitie-doeleinden van uitdrukkingen, bedoeld om verwarring met toegelaten accountants te veroorzaken, in het bijzonder het gezamenlijk gebruik van het woord Revisor met „autoriseret” of „Statsautoriseret” is verboden.

b. Paragraaf 52 van de Lov om Aktieselskaber schrijft aan alle naamlooze vennootschappen voor, hun jaarrekeningen te doen controleren door accountants, die door de algemeene vergaderingen benoemd worden. Indien de aandeelen eener N.V. aan de beurs genoteerd worden, dan moet de controleur titeldrager zijn. Dit is eveneens het geval in een besloten N.V., indien dit verlangd wordt door houders van één derde deel van het kapitaal, dat op een algemeene vergadering vertegenwoordigd is. Een overgangsmaatregel (par. 90) laat de herbenoeming toe van accountants, die den titel niet mogen voeren, maar vóór de invoering der wet met de controle belast waren. De jaarrekening eener bank moet gecontroleerd worden door minstens twee tieldraggers (Bankwet par. 14).

c. De verklaring van een titeldrager geldt in rechten als authentieke acte, behoudens tegenbewijs (par. 69 der handelswet). Indien een deskundige op comptabel gebied benoemd moet worden, dan komt bij voorkeur de titeldrager in aanmerking.

d. Ter verkrijging van den titel moet de accountant Deen zijn, in Denemarken wonen, 25 jaar oud zijn en niet onder curateele gesteld, bewijs van goed gedrag kunnen bijbrengen, en een bewijs van bekwaamheid dat door een examen verkregen wordt (§ 65).

Het examen is verdeeld in een theoretisch en een praktisch gedeelte.

Het theoretisch deel omvat

1. Techniek van den Handel, waaronder begrepen economische geschiedenis, de belangrijkheid der verschillende takken van koophandel, factoren van de prijsvorming, sociale wetgeving, handelstractaten en openbare financiën, vooral wat betreft belastingwetgeving;
2. Handels- en Scheepvaartrecht, Burgerlijk Recht en Strafrecht;
3. Boekhouding (algemeen gebruikelijke methoden en vormen);
4. Contrôle-techniek (cijferbeoordeeling, controle der boekhouding, balanscontrole).

Het praktische deel bestaat uit de uitwerking van vier vraagstukken (blijkbaar thuiswerk), dan wel, ter keuze van den candidaat, uit de uitwerking van twee vraagstukken en de inlevering van twee rapporten over door den candidaat verrichte boekhoud- of controlewerkzaamheden.

De vraagstukken resp. rapporten moeten de volgende onderwerpen betreffen:

Inrichting of kritiek daarop;

Liquidatie of Aanbieding van Accoord;

Belastingaangifte;

Controle van boekhouding of balans of kritiek daarop.

Bewijs moet geleverd worden, dat de uitwerking en rapporten eigen werk zijn; de examinatoren kunnen voor iedere uitwerking verder schriftelijke uiteenzettingen verlangen.

Hierop volgt een mondeling examen waarvoor geen programma is vastgesteld.

Om te slagen moet de candidaat 62½ % van de punten halen voor het theoretisch examen, met een minimum van 33⅓ % voor ieder vak afzonderlijk, van het praktisch examen 72 %

⁷⁾ *Traité élémentaire de droit civil*, dl II (8e dr. 1921), nr 2385.

⁸⁾ *T.a.p.*, nr 2382.

⁹⁾ Cursiveering van ons.

¹⁰⁾ *Précis de droit civil*, dl II (13de dr. 1925), nr 1306.

¹¹⁾ Cursiveering van ons.

¹²⁾ *Traité pratique de droit civil français*, dl XI (1932), nr 1541.