

Noot

*De bevrijding van de “kosteloze” borg*Lientje Van den Steen¹

De in dit nummer gepubliceerde arresten van het Gentse, Luikse en Antwerpse hof van beroep over de bevrijding van kosteloze zekerheidstellers, maken duidelijk dat de problematiek, waarover al veel inkt gevloeid is, controversieel blijft, met name over de interpretatie van het “kosteloze” karakter van de zekerheidsstelling van nieuw artikel 80 Faill.W., zoals aangepast door de wet van 20 juli 2005. Vooral het Gentse arrest zal opzien baren: het hof oordeelt dat kosteloos geen synoniem is van belangeloos en dat bijgevolg ook een zaakvoerder van het vrijstellingsregime kan genieten. Het Luikse en Antwerpse hof zien het in de in dit nummer opgenomen arresten anders, en op de website van *T.B.H.* werd een arrest van het Brusselse hof van beroep gepubliceerd² dat een gelijkaardige houding als Luik en Antwerpen aanneemt. Het Antwerpse arrest van 1 juni 2006 maakt wel duidelijk dat in deze aangelegenheid de concrete feiten een belangrijke rol spelen.

Opgemerkt moet worden dat een wetsontwerp is ingediend betreffende de borg, dat de definitie van het kosteloze karakter van de borgstelling overneemt uit het arrest van het Arbitragehof n° 114/2004 van 30 juni 2004, en aldus aansluit bij de meerderheidstendens in de rechtsleer (zie hieronder). Naar luid van nieuw artikel 2043bis B.W. in dit wetsontwerp slaat “[d]e kosteloze aard van de borgtocht [...] op het ontbreken van *enig voordeel*, zowel rechtstreeks als indirect, dat de borg *kan genieten* dankzij de borgstelling”. Het begrip “economisch voordeel” moet volgens de *Memorie van Toelichting* bij het wetsontwerp geval per geval worden bepaald³. Indien dit wetsontwerp wet wordt, zal de stelling van het Gentse hof van beroep wellicht onhoudbaar blijken.

In deze bibliografische noot wordt kort de wetshistoriek van de verschoning/bevrijding van de kosteloze borg in herinnering geroepen, en wordt vervolgens een overzicht gegeven van de verschillende interpretaties die aan het adjectief “kosteloos” werden toegekend.

Het oorspronkelijke artikel 82 eerste lid van de Faillissementswet bepaalde dat de gefailleerde die verschoonbaar

verklaard wordt, niet langer vervolgd kan worden door diens schuldeisers.

Het Hof van Cassatie bevestigde dat de gunst van de verschoonbaarverklaring niet kon worden uitgebreid tot de borgen⁴.

Het Arbitragehof achtte het onderscheid dat gemaakt wordt tussen de gefailleerde enerzijds en de borg anderzijds met betrekking tot de mogelijkheid tot verschoonbaarverklaring (en de daaruit volgende uitvoeringsimmunitet), een schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, zeker wanneer de borg kosteloos optreedt⁵.

Hierop werd de Faillissementswet aangepast door de “Reparatiewet” van 4 september 2002⁶: artikel 82 Faill.W. bepaalde nu dat het voordeel van de verschoonbaarheid automatisch ook gold voor de natuurlijke persoon die zich kosteloos borg stelde voor de gefailleerde natuurlijke persoon.

Volgens de *Memorie van Toelichting* bij de wet van 4 september 2002 impliceert de kosteloze aard van de borg dat deze zich niet “tegen een vergoeding borg heeft gesteld voor een verplichting van de gefailleerde”⁷.

Onder de gelding van de wet van 4 september 2002 werd verdedigd dat het “kosteloos” karakter van de borg in de meest ruime zin moest worden geïnterpreteerd en zowel op rechtstreeks als onrechtstreeks voordeel betrekking had. Het feit dat er geen financiële tegenprestatie was bedongen, was niet voldoende om te beslissen dat er sprake was van kosteloze borgtocht. Niet zozeer de bedoeling van de partijen, maar wel de daadwerkelijk genoten voordelen waren van belang bij de beoordeling van het kosteloos karakter. Dit leidde tot een vrij strikte beoordeling van het begrip “kosteloos”⁸.

Het verschil in behandeling tussen de kosteloze borg van een natuurlijke persoon (die automatisch verschoonbaar verklaard werd) enerzijds en de kosteloze borg van een rechtspersoon (die niet verschoonbaar verklaard kon worden) anderzijds, en de automatische toekenning van de verschoonbaarheid aan de kosteloze borg, werden evenwel door

¹ Assistente Financial Law Institute, UGent.

² Brussel 10 februari 2006, *T.B.H.* 2006, nr. 8 NET.

³ Wetsvoorstel van 6 november 2006 met betrekking tot de kosteloze borg, *Parl. St. Kamer, Doc. (51), 2006-07, 2730/001*.

⁴ Cass. 16 november 2001, *R.W.* 2002-03, p. 1053, *T.B.H.* 2002, p. 34.

⁵ Arbitragehof nr. 69/2002, 28 maart 2002, *R.W.* 2002-03, p. 457, noot, *T.B.H.* 2002, p. 437.

⁶ *B.S.* 21 september 2002.

⁷ Wetsontwerp van 7 maart 2001 tot wijziging van de Faillissementswet van 8 augustus 1997, de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord en het Wetboek van Venootschappen, *Parl. St. Kamer Doc. (50), 1132/001*, p. 18.

⁸ Zie o.m. Kh. Turnhout 21 oktober 2003, *R.W.* 2003-04, 913; Rb. Aarlen 13 maart 2003, *D.A.O.R.* 2005/65, p. 78; P. HENFLING, “Excusabilité du failli: faut-il déclarer le législateur excusable?”, in X. (ed.), *Le Tribunal de commerce: un acteur de la vie économique*, Luik, Éd. du Jeune Barreau de Liège, 2003, p. 178; A. DE WILDE, “De nieuwe faillissementswetgeving”, in CBR (ed.), *Jaarboek 2003-2004*, Antwerpen, 2004, nr. 46; A. CUYPERS, “De verschoonbaarheid van de gefailleerde en de positie van de echtgenoot en de borg in de gerepareerde faillissementswet”, *T.B.H.* 2003, p. (267) 275; K. CREYF, “De gevolgen voor de borg of de echtgenoot bij bevrijding of kwijtschelding van schulden in het insolventierecht”, *R.W.* 2002-03, p. (441) 448.

het Arbitragehof strijdig bevonden met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel in een aantal arresten⁹.

Het Arbitragehof definieerde de kosteloze aard van de borg als “het ontbreken van *enig* voordeel, zowel rechtstreeks als indirect, dat de borg *kan genieten* dankzij de borgstelling”. Kosteloze borgen werden evenwel verder omschreven als “de personen die met hun borgstelling geen *economisch* voordeel *nastreven*” (eigen cursivering)¹⁰.

In het in dit nummer gepubliceerde Gentse arrest van 6 december 2006 wordt aangegeven dat het Arbitragehof zich nogal ver gewaagd heeft met zijn poging tot definiëring van het begrip “kosteloos”, nu het volgens (latere) rechtspraak van het Arbitragehof¹¹ aan de feitenrechtters toekomt dat begrip “kosteloos” in te vullen. Inderdaad is het interpreteren en toepassen van de rechtsregels een taak van de gewone rechterlijke macht en niet prioritair van het Arbitragehof¹².

De wet van 20 juli 2005 probeert de ongelijkheid weg te werken, door artikel 80 Faill.W. aan te vullen met een bepaling betreffende de bevrijding van de kosteloze borg, m.n. “elke persoon die, door zijn bereidwilligheid, verplicht is om de schulden van de gefailleerde te delgen, terwijl die persoon geen persoonlijk belang heeft bij de betaling ervan”¹³. Bevrijding en verschoonbaarheid worden losgekoppeld van elkaar. Bovendien wordt deze bevrijding niet langer automatisch toegekend.

Tijdens de parlementaire behandeling werd gepleit voor een definiëring van het begrip “kosteloos” in de wet. Er werd een amendement ingediend teneinde het begrip te omschrijven, aansluitend bij de definitie van het Arbitragehof: “de kosteloze aard van de persoonlijke borg slaat op het ontbreken van enig voordeel, zowel rechtstreeks als indirect, dat de persoonlijke borg kan genieten dankzij de borgstelling”. Hieraan werd in het amendement toegevoegd dat de borg gesteld door personen zoals zaakvoerders, aandeelhouders en bestuurders van een vennootschap, niet kan worden

beschouwd als zijnde kosteloos, aangezien de vennootschap hen op de een of andere wijze bezoldigt¹⁴. Dit amendement werd niet aangenomen.

De minister van Justitie maakte in de Kamercommissie een opmerking over het begrip “kosteloos”: “Als gevolg van een gebrek aan definiëring in de wet geldt de algemene definitie van het Burgerlijk Wetboek luidende dat een contract om niet geen synallagmatisch (of wederzijds bindend) contract is”. De minister lijkt evenwel een en ander te verwarren door klaarblijkelijk te verwijzen naar artikel 1102 B.W. (betreffende het wederkerig of tweezijdig contract)¹⁵. Nochtans kan men aannemen dat artikel 1105 B.W. (betreffende het contract uit vrijgevigheid) eerder verwijst naar het begrip “kosteloos”. Uit de definitie van het Burgerlijk Wetboek inzake contracten uit vrijgevigheid blijkt niet of dit enkel slaat op een rechtstreeks (geldelijk) voordeel, dan wel op alle mogelijke voordelen¹⁶.

Wegens het ontbreken van een coherente definitie, zijn de rechtsleer en de rechtspraak verdeeld betreffende de invulling van het begrip “kosteloos”¹⁷.

De kosteloosheid moet beoordeeld worden op het ogenblik van het aangaan van de verbintenis¹⁸.

Volgens de meerderheid van de rechtsleer betekent “kosteloos”: “zonder enig direct of indirect belang”, m.a.w. “belangeloos”. Deze interpretatie volgt in grote lijnen de invulling van het begrip “kosteloos” door de rechtsleer en rechtspraak onder de Reparatielwet van 2002, en door het Arbitragehof in zijn arrest van 30 juni 2004.

Een borg treedt aldus niet kosteloos op indien hij, zonder rechtstreeks vergoed te worden, toch een (economisch) belang heeft bij de verrichting die hij waarborgt.

Een zaakvoerder die borg staat voor zijn eigen vennootschap, treedt om die reden niet kosteloos op: hij betreft immers zijn inkomen uit de vennootschap¹⁹.

⁹ Zie o.m. M. VANMEENEN, “De verschoonbaarheid: het Arbitragehof hakt knopen door” (noot onder Arbitragehof 30 juni 2004), *R.W.* 2004-05, p. 668-670.

¹⁰ Arbitragehof nr. 114/2004, 30 juni 2004, *T.B.H.* 2004, p. 889, noot J. WINDEY et K. DRIESEN, par. B 5.4.

¹¹ Arrest nr. 187/2006 www.arbitrage.be.

¹² Over die problematiek, zie de bijdragen in *Het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2006, zijnde het verslagboek van een symposium gezamenlijk georganiseerd door Arbitragehof, Raad van State en Hof van Cassatie.

¹³ Wetsontwerp van 26 mei 2005 tot wijziging van de Faillissementswet van 8 augustus 1997, en houdende diverse fiscale bepalingen, *Parl. St. Kamer* 2004-05, Doc. (51), 1811/001.

¹⁴ *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1811/005, p. 3.

¹⁵ Verslag namens de Commissie belast met de problemen inzake handels- en economisch recht, *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1320/002, p. 5.

¹⁶ M. VANMEENEN, “De Faillissementswet op de valreep aangepast: wie geen aangifte doet, is gezien!”, *T.B.H.* 2005-10, p. (997) 1005, nr. 25.

¹⁷ Zie o.m. M. VANMEENEN en B. WINDEY, “De verschoonbaarheid en de bevrijding van de persoonlijke zekerheidsteller: nieuwe regels, nieuwe zorgen”, in H. COUSY en E. DIRIX (eds.), *Cahier Themis Insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2006, p. (7) 15 e.v.

¹⁸ Antwerpen 1 juni 2006, *elders in dit nummer gepubliceerd*.

¹⁹ Zie o.m. B. MAILLEUX, “Bevrijding kosteloze borg. Wet van 20 juli 2005 past Faillissementswet aan”, *NjW* 2005, afl. 121, p. (938) 939-940; P. MOREAU, “La loi du 20 juillet 2005 et la décharge des personnes qui se sont constituées sûreté personnelle. Nouvelles interrogations?”, *T.B.B.R.* 2006, afl. 3, p. (153) 155-156, nr. 3; A. DE WILDE, “Verschoonbaarheid en bevrijding in de Faillissementswet: een schone lei voor de wetgever?”, *R.W.* 2005-06, afl. 16, p. (601) 603, nr. 3; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, nr. 439; N. DEVOS, “Wet wijziging faillissementswet”, *RABG* 2005, p. (1441) 1448; T. CAVENAILE en P. CAVENAILE, “La décharge de la caution dans la loi du 8 août sur les faillites telle que modifiée par la loi du 20 juillet 2005” (noot onder Luik 4 oktober 2005), *J.L.M.B.* 2006, p. (770) 773 en 776; M. VAN QUICKENBORNE, *A.P.R.*, v^o *Borgtocht*, Antwerpen, E.Story-Scientia, 1999, p. 18, nr. 39.

Een overgroot deel van de rechtspraak volgt deze interpretatie. Volgens sommige rechtbanken zou de “intentie” om inkomsten te verwerven, reeds voldoende zijn om de bevrijding uit te sluiten, maar veelal houdt de rechtspraak bij de beoordeling rekening met de daadwerkelijke genoten inkomsten of andere voordelen²⁰.

De minderheidstendens binnen de rechtsleer en de rechtspraak interpreteert “kosteloos” als “het gebrek aan een *concrete tegenprestatie* voor de zekerheidstelling”. Dit wordt o.m. gestaafd door de verwijzing van de minister naar het

Burgerlijk Wetboek, volgens dewelke een contract om niet geen synallagmatisch contract is.

De omstandigheid dat de zekerheidsteller als gevolg van de borgstelling al dan niet enig inkomen of voordeel heeft genoten uit of van de vennootschap voor wie hij zich zeker stelde, is niet bepalend.

De borg is dus niet “kosteloos” indien hij *daadwerkelijk* voordelen heeft genoten. De loutere intentie om inkomsten te verwerven volstaat niet²¹.

Deze strekking werd gevolgd in een aantal zaken²².

²⁰ Zie o.m. Antwerpen 23 november 2006; Antwerpen 1 juni 2006; Luik 4 oktober 2005, *alledrie elders in dit nummer opgenomen*; Kh. Charleroi (3^{de} k.) 26 april 2006, *J.L.M.B.* 2006, afl. 31, p. 1381; Kh. Hasselt 9 februari 2006, *NjW* 2006, afl. 143, p. 468, noot P. COUSSEMENT, *T.B.H.* 2006, afl. 8, p. 868; Kh. Turnhout (2^{de} k.) 10 januari 2006, *R.W.* 2005-06, afl. 33, p. 1312, noot; Kh. Dendermonde (6^{de} k.) 12 december 2005, *R.W.* 2005-06, afl. 24, 953; Luik 4 oktober 2005, *J.L.M.B.* 2006, p. 767-770; Rb. Turnhout (6^{de} k.) 21 oktober 2003, *R.W.* 2003-04, afl. 23, 913.

²¹ Zie o.m. M. DEBUCQUOY, “De wet van 20 juli 2005: koppel verschoonbaarheid en bevrijding uit elkaar”, *T.R.V.* 2006, p. 449, nr. 13; J. WOESTYN, “Gevolgen van het faillissement ten aanzien van de personen die een persoonlijke zekerheid heeft verschaft”, in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 2006, p. (7) 21-24, nrs. 61-75; M. STORME, “Actualia Zekerheden”, *C.B.R.* mei 2006, p. 23.

²² Gent 6 december 2006, *elders in dit tijdschrift gepubliceerd*; Kh. Gent (5^{de} k.) 27 april 2006, *T.G.R.-T.W.V.R.* 2006, afl. 3, p. 192.