

RECHTSLEER DOCTRINE

INSOLVENTIE/INSOLVABILITÉ

Kosteloze borgtocht: (een) nieuwe zekerheid(?)

Melissa Vanmeenen¹

I. Overzicht van de huidige regels	846
A. De kosteloze borg in het Burgerlijk Wetboek	847
1. Toepassingsgebied	847
2. Formaliteiten	849
3. Inhoudelijke vereisten	850
4. Informatieverplichting van schuldeiser	852
5. Bescherming erfgenamen van de borg	852
B. De bevrijding van de kosteloze persoonlijke zekerheidsteller bij faillissement van de hoofdschuldenaar	852
C. De bevrijding van de kosteloze persoonlijke zekerheidsteller bij collectieve schuldenregeling van de hoofdschuldenaar	853
II. Knelpunten en bezwaren bij de verschillende beschermingsregimes	854
A. Interpretatie van het begrip kosteloos	854
B. Bewijslast	857
C. Bevoegde rechtbank	857
D. Kosteloze borgen overbeschermd?	859
III. Besluit: efficiëntie en noodzaak van de beschermingsregels?	859

SAMENVATTING

Deze bijdrage geeft een overzicht en een stand van zaken met betrekking tot de verschillende regels die gelden ten aanzien van kosteloze borgen. Na een toelichting bij de wet van 3 juni 2007 en de bevrijdingsregels uit het faillissementsrecht en de regels inzake collectieve schuldenregeling wordt dieper ingegaan op de problematiek van kosteloosheid. Na een situering van de verschillende interpretaties van dit begrip wordt aandacht besteed aan het recente cassatiearrest van 26 juni 2008, dat een einde moet stellen aan de bestaande tweespalt in rechtspraak en rechtsleer.

RÉSUMÉ

Cette contribution donne un aperçu et un état des lieux à propos des différentes règles qui s'appliquent en matière de cautions gratuites. Après une analyse de la loi du 3 juin 2007, des règles relatives à la décharge en matière de la faillite et en matière du règlement collectif de dettes, nous nous attarderons sur la problématique de la gratuité. Après avoir passé en revue les différentes interprétations de cette notion, nous consacrerons notre attention à l'arrêt de cassation du 26 juin 2008, qui devrait mettre un terme aux dissensions actuelles dans la jurisprudence et la doctrine.

1. De afgelopen jaren heeft de kosteloze borgtocht een diverse groep betrokkenen menige kopzorgen bezorgd. Advocaten, magistraten, bankiers en borgstellers, allen werden geconfronteerd met een chaotische evolutie van de toe-

passelijke regels. Het pingpongspel tussen de wetgever en het Grondwettelijk Hof² leidde tot een snelle opeenvolging van wijzigingen aan de Faillissementswet. Vervolgens werd een bijzonder hoofdstuk "Kosteloze borgtocht" ingevoerd in

¹ Universiteit Antwerpen.

² Het Arbitragehof werd sinds mei 2007 omgevormd tot Grondwettelijk Hof. In wat volgt, worden beide termen gebruikt, naar gelang het tijdstip waarop het arrest gewezen is.

het Burgerlijk Wetboek. Kernprobleem bij al deze regels bleek de interpretatie van het toepassingsgebied: wie is een *kosteloze borg*? Het recente cassatiearrest van 26 juni 2008³ lijkt de discussie te beslechten. Hoog tijd om de zaken op een rijtje te zetten en na te gaan welke regels gelden ten aanzien van wie.

2. De kosteloze borgtocht is een veel besproken materie. Het is geenszins de bedoeling van deze bijdrage om (de evolutie van) deze regels opnieuw uitgebreid te bespreken. Hier-

voor wordt de lezer graag verwezen naar de talrijke uitgebreide commentaren terzake⁴.

Deze bijdrage bestaat uit twee delen. Voor een goed begrip, worden eerst de regels die de situatie van de kosteloze borg beheersen beknopt samengevat. Vervolgens wordt dieper ingegaan op enkele knelpunten en bezwaren bij de bestaande regels. Hierbij staat de vraag naar de interpretatie van het begrip *kosteloos* en alle aspecten die daarmee samenhangen centraal.

I. OVERZICHT VAN DE HUIDIGE REGELS

3. Dit overzicht bestaat uit drie delen: de situatie van de kosteloze borg in het Burgerlijk Wetboek, de situatie van de kosteloze borg in het raam van een faillissement en de situatie van de kosteloze borg in het raam van een collectieve schuldenregeling.

De bespreking van de wet van 3 juni 2007 krijgt in dit overzicht het meeste aandacht. Deze wet voerde een nieuwe "zekerheid" in in het Burgerlijk Wetboek: de kosteloze borg. De wet wordt gekenmerkt door streng formalisme en strikte beschermingsregels voor de kosteloze borgen.

Naast de bescherming van de kosteloze borg in het Burgerlijk Wetboek blijven de bevrijdingsregels voor kosteloze persoonlijke zekerheidstellers bestaan in het insolventie-

recht. Zowel in het raam van een faillissement van de hoofdschuldenaar, als bij de (mogelijke) toekenning van een collectieve schuldenregeling aan de schuldenaar kan een kosteloze borg als persoonlijke zekerheidsteller bevrijd worden van zijn verbintenis, indien zijn verbintenis niet in verhouding is met zijn vermogen.

De bevrijding van de kosteloze borg werd oorspronkelijk geïntroduceerd in het raam van het faillissement, deze bevrijding werd destijds gekoppeld aan de verschoonbaarheid. De regels werden de afgelopen jaren verschillende keren gewijzigd. Het Grondwettelijk Hof speelde hierbij telkens een sleutelrol⁵. Sinds de wet van 20 juli 2005⁶ bestaat een afzonderlijke procedure waarbij de kosteloze persoon-

³ Cass. 26 juni 2008, *T.B.H.* 2008, nr. 8 (met weergave van middel), *Juristenkrant* 2008, afl. 173, 4; *R.W.* 2008-09, 45 en *R.W.* 2008-09, 365, noot P. COUSSEMENT, *T.B.B.R.* 2008, 476, noot B. VAN BAEVEGHEM.

⁴ Zie wat betreft de wet van 3 juni 2007 o.a.: C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, "La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit", in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, nr. 100, Luik, Anthemis, 2008, 23-100; C. BIQUET-MATHIEU, "Actualité législative. La loi du 3 juin 2007 relative au cautionnement à titre gratuit", *Chronique notariales*, vol. 46; C. CAUFFMAN en B. MAILLEUX, "De nieuwe wet met betrekking tot de kosteloze borgtocht", *Not. Fisc. M.* 2007, 239-258; A. CUYPERS, "De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept", *Bank Fin. R.* 2007, 151-177; A. DE WILDE, "Actualia inzake kosteloze borgtocht", in B. ALLEMEERSCH en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 131-162; S. DEVOS, "De bescherming van de kosteloze borg", *NNK* 2008, afl. 2, 50-54; E. DIRIX, "De kosteloze borgtocht", *R.W.* 2007-08, 218-223; L. DU JARDIN, "Vers un droit commun des garanties personnelles? La loi relative au cautionnement à titre gratuit", *T.B.B.R.* 2008, 207-215; C. ENGELS, "De kosteloze borgtocht", *Rechtskroniek voor het notariaat 2007-08*, deel 12, 191-208; M. GRÉGOIRE, "Le cautionnement à titre gratuit. La loi du 3 juin 2007", *J.T.* 2007, 809-812; P. HEYMANS, "Kosteloze borgtocht en hypothecair krediet", *T. Fin. R.* 2008, 55-58; G. SUPPLY en S. REMMERY, "Kosteloze borg", *NjW* 2008, 238-245; K. TROCH, "Actuele ontwikkelingen inzake de borgtocht", *T. Fin. R.* 2008, 29-54; I. VAN DEN BOSSCHE, *Kosteloze borgtocht*, Brugge, Vanden Broele, 2007, 102 p.

Wat betreft de bevrijding van de kosteloze borgen (wet 20 juli 2005) o.a. in dit tijdschrift, M. VANMEENEN, "De Faillissementswet op de valreep aangepast: wie geen aangifte doet, is gezien!", *T.B.H.* 2005, 997-1007. Zie ook T. CAVENAILE en P. CAVENAILE, "La décharge de la caution dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites telle que modifiée par la loi du 20 juillet 2005" (noot onder Luik 4 oktober 2005), *J.L.M.B.* 2006, 770-777; T. CAVENAILE en P. CAVENAILE, "La situation du débiteur failli, du conjoint et des cautions dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites", in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, nr. 100, Luik, Anthemis, 2008, 101-149; V. DANNEELS, "De positie van de borg bij kredietovereenkomsten in het licht van de recente wijziging van de Faillissementswet", *T. Fin. R.* 2006, 1374-1382; A. DE WILDE, "Verschoonbaarheid en bevrijding in de Faillissementswet: een schone lei voor de wetgever?", *R.W.* 2005-06, 601-610; M. DEBUCQUOY, "De wet van 20 juli 2005: koppel verschoonbaarheid en bevrijding uit elkaar", *T.R.V.* 2006, 443-454; N. DEVOS, "Wet wijziging Faillissementswet", *RABG* 2005, 1441-1449; B. MAILLEUX, "Bevrijding kosteloze borg – wet van 20 juli 2005 past Faillissementswet aan", *NjW* 2005, 938-942; I. MOREAU-MARGRÈVE, "Égalité en droit, précarité du droit. Illustration en matière de sûretés", in *Liber Amicorum Paul Delnoy*, Brussel, Larcier, 2005, 335-358; P. MOUREAU, "La loi du 20 juillet 2005 et la décharge des personnes qui se sont constituées sûreté personnelle. Nouvelles interrogations?", *T.B.B.R.* 2006, 153-159; 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.), *Themis insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2006, 7-26; J. WOESTYN, "Gevolgen van het faillissement ten aanzien van de persoon die een persoonlijke zekerheid heeft verschaf", in VLAAMSE CONFERENTIE BALIE GENT (ed.), *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 2006, 7-38.

⁵ De twee belangrijkste arresten in deze materie zijn Arbitragehof 28 maart 2002, *R.W.* 2002-03, 457 met noot C. LEBON, *T.B.H.* 2002, 437, *Div. Act.* 2002, 75, noot E. VAN DEN HAUTE en Arbitragehof 30 juni 2004, *B.S.* 22 juli 2004, *T.B.H.* 2004, 884, noot J. WINDEY en K. DRIESEN, *R.W.* 2004-05, 662, noot M. VANMEENEN, *J.L.M.B.* 2004, 1309, noot J. RENARD, *J.T.* 2005, 80, noot P. HENRY en F. ABU DALU, *NjW* 2004, 1382, noot M. TISON. Voor een overzicht van de evolutie met talrijke verwijzingen, zie o.a. 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.), *Themis insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2006, 7-9.

⁶ Wet van 20 juli 2005 tot wijziging van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 en houdende diverse fiscale bepalingen, *B.S.* 28 juli 2005.

lijke zekerheidsteller een verzoek tot bevrijding kan richten aan de rechtbank van koophandel.

Bij wet van 13 december 2005⁷ werd een zeer gelijkaardige bevrijdingsregeling ingevoerd in de procedure van de collectieve schuldenregeling (nieuw art. 1675/16bis Ger. W.)⁸.

4. Dit overzicht wordt bewust beperkt tot de specifieke regels die voortvloeien uit de wet van 3 juni 2007 enerzijds en de relevante bepalingen uit de Faillissementswet en collectieve schuldenregeling anderzijds. Al deze bepalingen hebben één ding gemeen, nl. het vereiste van kosteloosheid.

Daarnaast bestaan nog andere wettelijke bepalingen die de (kosteloze) borg in specifieke gevallen kunnen beschermen. We denken hierbij bijvoorbeeld aan de vernietigingsmogelijkheid voorzien in artikel 224 § 1, 4^o B.W. Op grond van deze bepaling kan de ene echtgenoot een vordering tot nietigverklaring instellen van een persoonlijke zekerheid, dus ook een borgstelling, verleend door de andere echtgenoot indien deze de belangen van het gezin in het gevaar brengt⁹. Een tweede vermeldenswaardige regeling is de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet¹⁰, die tevens voorziet in een bijzondere bescherming voor persoonlijke zekerheden gesteld in het kader van een consumentenkrediet (art. 34-37 WCK). Verder kunnen ook de verbodsbepalingen in de wet handelspraktijken van 14 juli 1991 met betrekking tot onrechtmatige bedingen (art. 31-33 WHPC) in bepaalde gevallen van belang zijn¹¹. Deze regels kunnen cumulatief van toepassing zijn op kosteloze borgovereenkomsten, maar blijven verder buiten beschouwing aangezien ze het specifieke kenmerk van kosteloosheid ontberen.

A. De kosteloze borg in het Burgerlijk Wetboek

5. De wet van 3 juni 2007 met betrekking tot de kosteloze borgtocht¹² voerde een nieuw hoofdstuk in in het Burgerlijk Wetboek¹³. In de artikelen 2043bis tot 2043octies B.W. vinden we de specifieke regels voor de kosteloze borgtocht. De regels werden ingevoerd om bepaalde kwetsbare partijen (familieleden, vrienden, enz.) te beschermen tegen ondoordachte borgstellingen¹⁴. Deze bescherming wordt op twee manieren nagestreefd. Enerzijds worden er regels opgelegd waardoor de borg zich bewuster zou moeten worden van zijn verbintenis, terwijl tegelijk de verbintenis van de borg in hoogte en duur wordt beperkt. Anderzijds zal een kosteloze borgtocht van een natuurlijke persoon nietig zijn, wanneer blijkt dat zijn verbintenis kennelijk niet in verhouding is met zijn terugbetalingsmogelijkheden op het ogenblik van het sluiten van de borgovereenkomst.

De nieuwe regels zijn enkel van toepassing op borgovereenkomsten gesloten na 1 december 2007, datum van de inwerkingtreding van de wet¹⁵.

1. Toepassingsgebied

6. Artikel 2043bis B.W. bepaalt het toepassingsgebied van de nieuwe regels.

Dit artikel geeft een definitie van het begrip kosteloze borgtocht. Het betreft de handeling waarmee een natuurlijke persoon kosteloos een hoofdschuld verzekert ten gunste van een schuldeiser. De kosteloze aard van de borgtocht slaat op het ontbreken van enig economisch voordeel, zowel rechtstreeks als indirect, dat de borg kan genieten dankzij de borgstelling.

7. Wet van 13 december 2005 houdende bepalingen betreffende de termijnen, het verzoekschrift op tegenspraak en de procedure van collectieve schuldenregeling, B.S. 21 december 2005.

8. Zie hierover o.a. A. DE WILDE, "Actualia inzake kosteloze borgtocht", in B. ALLEMEERSCH en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 131-162; A. DE WILDE, "Actualia inzake collectieve schuldenregeling", in H. COUSY en E. DIRIX (eds.), *Themis insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2006, 73-93; B. DE GROOTE, "Collectieve schuldenregeling. Fundamentele wijzigingen 2005", *NjW* 2006, 242-250; B. DE GROOTE en S. VOET, "De vernieuwde wet op de collectieve schuldenregeling", *P.&B.* 2007, 131-163; G. DE LEVAL, V. GRELLA en J.-L. LEDOUX, "Règlement collectif des dettes", in G. DE LEVAL (ed.), *Actualités en droit judiciaire*, CUP, nr. 83, Brussel, De Boeck, 2005, 241-299; J.-L. LEDOUX, "Règlement collectif de dettes – droit nouveau – concours et suretés", *Rev. not. b.* 2006, 6-28; A. VAREMAN, "De collectieve schuldenregeling naar de arbeidsrechtbank", *R.W.* 2005-06, 1281-1292.

9. Voor een recente analyse en vergelijking met de andere regels inzake kosteloze borg, zie A. DE WILDE, "Actualia inzake kosteloze borgtocht", in B. ALLEMEERSCH en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 131-162. Zie over art. 224 B.W. ook A. CUYPERS en S. STJNS, "Persoonlijke zekerheden en echtgenoten", in *Borgtocht en garantie – persoonlijke zekerheden – actualia*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 37-85; V. DE FRANCOUEN, "Quand le cautionnement consenti par un seul des conjoints est-il annulable?", *T.B.B.R.* 2000, 155-166. Verder afgekort als Wet Consumentenkrediet – WCK.

10. C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, "La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit", in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, nr. 100, Luik, Anthemis, 2008, 37-41, nrs. 18-22. B.S. 27 juni 2007.

11. Tevens werd een aanpassing gedaan aan art. 2023 B.W.: bij het voorrecht van uitwinning kan de borg goederen aanwijzen die in België liggen, terwijl dit voorheen beperkt was tot goederen gelegen in het rechtsgebied van het hof van beroep van de plaats waar betaling gedaan moet worden.

12. Er werden in het verleden meerdere pogingen ondernomen om de borgen te beschermen. Voor een uitgebreid overzicht van de verschillende parlementaire initiatieven, zie A. CUYPERS, "De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept", *Bank Fin. R.* 2007, 152-154, nrs. 2-5. Bij de voorbereiding van de nieuwe regels stond tevens de studie inzake borgtocht uitgevoerd door de Universiteit van Bergen op verzoek van de bevoegde minister centraal. E. BALATE, *Étude relative à la protection des consommateurs dans le domaine du cautionnement*, 2001, te raadplegen op www.mineco.fgov.be/protection_consumer/bail/home_nl.htm (1 oktober 2008).

13. Dit brengt tevens met zich mee dat de informatieverplichtingen in hoofde van de schuldeiser ten aanzien van de borg enkel gelden voor borgtochtovereenkomsten gesloten na 1 december 2007, voor "oudere" borgtochtovereenkomsten bestaan deze informatieverplichtingen niet. A. CUYPERS, "De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept", *Bank Fin. R.* 2007, 176, nr. 53.

We onderscheiden in deze definitie drie aspecten: “natuurlijke persoon”, “kosteloos” en “borgtocht”. De beschermingsregels gelden enkel in hoofde van borgstellers-natuurlijke personen. Het speelt echter geen rol of de borg handelaar is of niet.

Het begrip kosteloos wordt in het tweede deel van deze bijdrage uitgebreid besproken.

Rest ons het begrip borgtocht te bespreken en af te bakenen ten opzichte van andere persoonlijke zekerheden.

7. Borgtocht¹⁶ wordt in artikel 2011 B.W. omschreven als een overeenkomst waarbij iemand zich verplicht jegens de schuldeiser aan een verbintenis te voldoen, indien de schuldenaar niet zelf daaraan voldoet. De borgtocht heeft een subsidiair karakter, de borg zal betalen indien de hoofdschuldenaar dat niet doet, en een accessoir karakter, de borgverbintenis volgt het lot van de hoofdovereenkomst.

De kosteloze borgtocht kan beschouwd worden als een bijzondere verschijningsvorm van borgtocht en is in beginsel¹⁷ onderworpen aan de gemeenrechtelijke regels inzake borgtocht, tenzij deze regels onverenigbaar zijn met de specifieke kenmerken van kosteloze borgtocht¹⁸.

In dit kader rijst tevens de vraag in hoeverre de bijzondere regels inzake kosteloze borgtocht kunnen worden toegepast op verwante rechtsfiguren¹⁹. We denken hierbij aan de hoofdelijkheid als zekerheid (art. 1216 B.W.), zakelijke borgtocht en garanties op eerste verzoek. De meningen in de rechtsleer verschillen naar gelang de soort zekerheid.

De vraag of de (kosteloze) hoofdelijke medeschuldenaar die als borg wordt beschouwd in artikel 1216 B.W. onder het toepassingsgebied valt van de regels inzake kosteloze borgtocht, wordt verschillend beantwoord. Een deel van de

rechtsleer wil deze hoofdelijke medeschuldenaar-borg beschermen via de wet van 3 juni 2007, omdat er anders een niet-verantwoorde discriminatie zou ontstaan²⁰. Het zou al te gemakkelijk zijn om de formaliteiten van de wet te ontduiken²¹. Er wordt geopperd dat de rechter desgevallend de overeenkomst kan herkwalficeren in een kosteloze borgtocht²². Dergelijke aanpak lijkt ons echter nogal gevaarlijk, omdat men hiermee afbreuk doet aan de wilsautonomie van de partijen.

Tegenstanders²³ menen dat de wet van 3 juni 2007 niet van toepassing is, omdat de kwalificatie van borg enkel geldt in de interne verhouding tussen beide schuldenaren. Bovendien lijken de vormvereisten bij kosteloze borgtocht onverzoeikbaar met de essentie van hoofdelijkheid, m.n. samen een overeenkomst ondertekenen als hoofdelijke medeschuldenaren.

De zakelijke borgtocht vormt tevens voorwerp van discussie. De zakelijke borg verbindt zich niet met zijn gehele vermogen, maar vestigt tot zekerheid van andermans schuld een zakelijk zekerheidsrecht op een welbepaald goed uit zijn vermogen, bijvoorbeeld een hypotheek of een pand. Het Hof van Cassatie aanvaardde dat de regels van borgtocht toepasselijk zijn op een zakelijke borgtocht in zoverre deze geen afbreuk doen aan het zakelijk karakter van de waarborgovereenkomst²⁴. Men spreekt in dit geval van een gemengd karakter van de borgtocht²⁵.

Deze redenering zou doorgetrokken kunnen worden naar de regels inzake kosteloze borgtocht, deze kunnen van toepassing zijn in zoverre dit verenigbaar is met het zakelijk karakter²⁶. Desondanks wordt meestal aangenomen dat zakelijke borgtocht niet onder de toepassing van de wet van 3 juni 2007 valt²⁷. Men verwijst hiervoor naar de uitsluiting van de zakelijke borg van de bevrijdingsprocedu-

¹⁶. Zie over borgtocht o.a. M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, in *A.P.R.*, Antwerpen, E.Story-Scientia, 1999, 518 p.

¹⁷. Met uitzondering van art. 2014, eerste lid, 2018 en 2019 B.W.

¹⁸. Art. 2043^{quater} B.W.

¹⁹. Voor een recent overzicht van de persoonlijke zekerheden en de zakelijke borgtocht, zie C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, “La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit”, in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, nr. 100, Luik, Anthemis, 2008, 24-36, nrs. 2-17.

²⁰. Vgl. echter Arbitragehof 12 mei 2004, *B.S.* 30 augustus 2004, waarin het onderscheid tussen kosteloze borgen die bevrijd worden en kosteloze medeschuldenaars die niet bevrijd kunnen worden, niet strijdig wordt geacht met het gelijkheidsbeginsel. In dezelfde zin, Arbitragehof 11 mei 2005, *B.S.* 15 juni 2005.

²¹. E. DIRIX, “De kosteloze borgtocht”, *R.W.* 2007-08, 219-220, nr. 5; G. SUPPLY en S. REMMERY, “Kosteloze borg”, *NjW* 2008, 243, nr. 21; C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, “La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit”, in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, nr. 100, Luik, Anthemis, 2008, 44, nr. 26.

²². L. DU JARDIN, “Vers un droit commun des garanties personnelles? La loi relative au cautionnement à titre gratuit”, *T.B.B.R.* 2008, 209. Zie over de regels inzake herkwalficatie: C. CAUFFMAN en B. MAILLEUX, “De nieuwe wet met betrekking tot de kosteloze borgtocht”, *Not. Fisc. M.* 2007, 241, nr. 15.

²³. A. CUYPERS, “De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept”, *Bank Fin. R.* 2007, 163, nrs. 24-25; M. GRÉGOIRE, “Le cautionnement à titre gratuit. La loi du 3 juin 2007”, *J.T.* 2007, nr. 17; C. CAUFFMAN en B. MAILLEUX, “De nieuwe wet met betrekking tot de kosteloze borgtocht”, *Not. Fisc. M.* 2007, 241, nr. 13; S. DEVOS, “De bescherming van de kosteloze borg”, *NNK* 2008, 53, nr. 22; K. TROCH, “Actuele ontwikkelingen inzake de borgtocht”, *T. Fin. R.* 2008, 44, nr. 23.

²⁴. Cass. 22 december 2006, *R.W.* 2007-08, 275, noot R. VAN RANSBEEK.

²⁵. E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 298, nr. 445.

²⁶. Zie hierover genuanceerd C. ENGELS, “De kosteloze borgtocht”, *Rechtskroniek voor het notariaat 2007-08*, deel 12, 195, nr. 6; C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, “La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit”, in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, nr. 100, Luik, Anthemis, 2008, 45-46, nr. 28.

²⁷. A. CUYPERS, “De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept”, *Bank Fin. R.* 2007, 164, nr. 29; E. DIRIX, “De kosteloze borgtocht”, *R.W.* 2007-08, 220, nr. 5; S. DEVOS, “De bescherming van de kosteloze borg”, *NNK* 2008, 53, nr. 21; A. DE WILDE, “Actualia inzake kosteloze borgtocht”, in B. ALLEMEERSCH en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 146-147, nrs. 23-25.

res²⁸ en naar de moeilijke toepassing van de formaliteiten bij zakelijke borgtocht.

Over de toepasselijkheid van de wet van 3 juni 2007 op de garantie bestaat wel overeenstemming. Aangezien een garantie een zelfstandige verbintenis betreft, kan ze nooit worden beschouwd als een borgtocht die noodzakelijk een accessoir karakter heeft²⁹. De wet is bijgevolg niet van toepassing, tenzij er sprake zou zijn van wetsontduiking³⁰. In deze context waarschuwt de rechtsleer voor misbruiken van deze rechtsfiguur en het reëel risico op herkwalificatie wanneer de bewoordingen niet voldoende duidelijk geformuleerd zijn³¹.

8. Het toepassingsgebied van de regels inzake kosteloze borgtocht is beperkt tot borgtochtvereenkomsten gesteld ten voordele van schuldeisers die gekwalificeerd kunnen worden als verkoper in de zin van artikel 1 Wet Handelspraktijken³². De schuldeiser moet dus noodzakelijk optreden in het kader van zijn handels- of beroepsactiviteit, een particuliere schuldeiser valt niet onder het toepassingsgebied van de wet. Ook schuldeisers-vrije beroepers vallen buiten het toepassingsgebied van de nieuwe regels.

9. De hoofdschuldenaar kan volgens artikel 2043*bis*, c) B.W. iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon zijn. Noch de hoedanigheid van de hoofdschuldenaar, noch de aard van de schuld speelt een rol voor de toepasselijkheid van de wet van 3 juni 2007. De schuldenaar kan zowel een privépersoon als een handelaar zijn.

Dit impliceert onder andere dat een krediet afgesloten door een consument en gewaarborgd door een kosteloze borgtocht tegelijk onder het toepassingsgebied van de Wet Consumentenkrediet en de wet van 3 juni 2007 valt³³.

2. Formaliteiten

10. Artikel 2043*quinquies* B.W. onderwerpt de kosteloze borgtocht aan strenge formaliteiten voorgeschreven op straffe van nietigheid.

Ten eerste moet de kosteloze borgtocht opgenomen worden in een geschreven overeenkomst die verschilt van de hoofdovereenkomst. Deze afzonderlijke borgtochtvereenkomst moet de subsidiariteit van de overeenkomst duidelijk maken. Cuypers vraagt zich echter terecht af of de borg geen beter inzicht heeft in de draagwijdte van zijn verbintenis door de lezing en medeondertekening van de hoofdovereenkomst³⁴. Om tegemoet te komen aan dit probleem, is het wellicht best om een exemplaar van de hoofdovereenkomst aan te hechten aan de borgtochtvereenkomst, zodat de borg minstens beschikt over alle voorwaarden opgenomen in de hoofdovereenkomst³⁵.

Ten tweede moet deze kosteloze borgtochtvereenkomst volgende door de borg handgeschreven bepaling bevatten: “Door me borg te stellen voor... voor de som beperkt tot... (in cijfers) als dekking van de betaling van de hoofdsom en interesten voor een duur van..., verbind ik me ertoe aan de schuldeiser van... de verschuldigde sommen terug te betalen op mijn goederen en inkomsten, indien, en in de mate dat,... er niet zelf aan heeft voldaan.” Dergelijke handgeschreven formule maakt artikel 1326 B.W. overbodig, wat tevens wordt bevestigd in de wet. De handgeschreven formule wordt beschouwd als een principiële bestaansvoorwaarde met betrekking tot de ondubbelzinnige wilsuïting in hoofde van de borg³⁶.

Het vereiste dat deze formule handgeschreven moet zijn, verhindert dat een borgtochtvereenkomst via elektronische middelen kan worden gesloten³⁷.

²⁸. De uitsluiting van de zakelijke borg van de bevrijdingsregels is geen discriminatie, zie Arbitragehof 25 januari 2006, *B.S.* 15 maart 2006; Arbitragehof 15 maart 2006, *B.S.* 23 mei 2006 en Arbitragehof 29 maart 2006, *B.S.* 7 augustus 2006 (twee verschillende arresten).

²⁹. C. CAUFFMAN en B. MAILLEUX, “De nieuwe wet met betrekking tot de kosteloze borgtocht”, *Not. Fisc. M.* 2007, 242, nr. 17; K. TROCH, “Actuele ontwikkelingen inzake de borgtocht”, *T. Fin. R.* 2008, 44, nr. 23.

³⁰. E. DIRIX, “De kosteloze borgtocht”, *R.W.* 2007-08, 220, nr. 5.

³¹. A. CUYPERS, “De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept”, *Bank Fin. R.* 2007, 163-164, nrs. 26-27.

³². Voor een opsomming van voorbeelden, zie wetsontwerp met betrekking tot de kosteloze borgtocht, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51 2730/001, 10-11.

³³. Zie *supra*, nr. 4. Zie ook A. CUYPERS, “De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept”, *Bank Fin. R.* 2007, 166, nr. 31; C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, “La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit”, in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, nr. 100, Luik, Anthemis, 2008, 72, nr. 55.

³⁴. A. CUYPERS, “De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept”, *Bank Fin. R.* 2007, 167, nr. 33.

³⁵. E. DIRIX, “De kosteloze borgtocht”, *R.W.* 2007-08, 220, nr. 7; C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, “La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit”, in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, nr. 100, Luik, Anthemis, 2008, 55, nr. 35.

Vgl. ook art. 34 WCK waarin een voorafgaande verplichting tot afgifte van de hoofdovereenkomst aan de persoonlijke zekerheidsteller is voorzien.

³⁶. A. CUYPERS, “De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept”, *Bank Fin. R.* 2007, 168, nr. 37; C. ENGELS, “De kosteloze borgtocht”, *Rechtskroniek voor het notariaat 2007-08*, deel 12, 199, nr. 13.

³⁷. C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, “La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit”, in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, nr. 100, Luik, Anthemis, 2008, 56, nr. 36.

Deze dwingende formaliteiten maken van de kosteloze borgtochtovereenkomst een plechtige overeenkomst³⁸, in tegenstelling tot de gemene borg die louter consensueel tot stand komt.

3. Inhoudelijke vereisten

11. De wetgever stelt tevens inhoudelijke vereisten aan de borgtochtovereenkomst. Zoals reeds uit de handgeschreven formule blijkt, moeten zowel de duur als de omvang van de borgverbintenis expliciet worden vermeld.

Wat betreft de duur van de borgtochtovereenkomst voorziet artikel 2043*quinquies* § 2 B.W. in twee hypothesen³⁹. Ofwel is de duur van de hoofdverplichting bepaald en in dat geval moet deze duur worden vermeld in de borgtochtovereenkomst⁴⁰. Ofwel is de duur van hoofdverplichting onbepaald, in welk geval de borgtochtovereenkomst niet langer kan zijn dan vijf jaar. In dat geval kan de duur wel verlengd worden voor een nieuwe periode van vijf jaar, mits uiteraard tijdig een nieuwe borgtochtovereenkomst wordt gesloten die aan alle wettelijke vereisten voldoet.

Artikel 2043*quinquies* § 2 B.W. voorziet niet in een nietigheid bij gebrek aan vermelding van de duur of bij vermelding van een langere duur. Bij gebrek aan vermelding van de duur zal de nietigheidssanctie mogelijk toch spelen, aangezien de handgeschreven formule (waarin de duurvermelding voorkomt) voorgeschreven is op straffe van nietigheid⁴¹. Bij vermelding van een langere duur rijst de vraag of de passende sanctie niet zou kunnen bestaan in de automatische vermindering van duur tot vijf jaar.

De duur vermeld in de borgtochtovereenkomst is de periode tijdens dewelke de borg kan worden aangesproken⁴². De wetgever had immers de bedoeling dat de borg precies zou

weten hoe lang hij gehouden zal zijn. Na het verstrijken van de duur kan de borg niet langer worden aangesproken door de schuldeiser⁴³. Dit heeft uiteraard implicaties op de te bedingen duurtijd van de borgtochtovereenkomst. Om de borg nuttig te kunnen aanspreken, moet de duur van de borgtocht noodzakelijk langer zijn dan de duur van de hoofdschuld, om over voldoende tijd te beschikken de borg aan te spreken bij wanprestatie van de hoofdschuldenaar.

12. Overeenkomstig artikel 2043*sexies* § 1 B.W. is de omvang van de borgtocht noodzakelijk beperkt. De omvang van de borgtocht kan maximum gelijk zijn aan de som die is vermeld in de overeenkomst, verhoogd met interesten tegen de wettelijke of conventionele rente zonder dat deze interesten evenwel hoger mogen zijn dan 50% van de hoofdsom. De borg kan dus slechts gehouden zijn tot de hoofdsom, verhoogd tot maximum 50% voor eventuele interesten. Aangezien de wettekst enkel spreekt over interesten, wordt verdedigd dat de kosteloze borg niet moet instaan voor andere accessoria zoals bijvoorbeeld strafbedingen en andere kosten van tenuitvoerlegging⁴⁴.

We kunnen ons echter de vraag stellen welk bedrag nu moet worden ingevuld in de handgeschreven formule “door me borg te stellen voor... voor de som beperkt tot... (in cijfers) als dekking van de betaling van de hoofdsom EN interesten [...]”⁴⁵. Veelal wordt aangenomen dat dit bedrag gelijk is aan de hoofdsom van de borgtocht, zonder hierbij het bedrag (max. 50% van de hoofdsom) van de interesten te tellen. Dit impliceert echter dat het bedrag vermeld in de borgtochtovereenkomst niet gelijk is aan de totale som waarvoor de borg aangesproken kan worden.

Gelet op de wil van de wetgever dat de borg zijn maximale gehoudenheid op voorhand zou kennen, is het dus logischer om in de handgeschreven formule het maximum bedrag te vermelden⁴⁶: zijnde de hoofdsom plus de interesten, m.a.w.

³⁸. E. DIRIX, “De kosteloze borgtocht”, *R.W.* 2007-08, 220, nr. 7; M. GRÉGOIRE, “Le cautionnement à titre gratuit. La loi du 3 juin 2007”, *J.T.* 2007, nr. 5 en nr. 9; S. DEVOS, “De bescherming van de kosteloze borg”, *NNK* 2008, 51, nr. 6; C. ENGELS, “De kosteloze borgtocht”, *Rechtskroniek voor het notariaat 2007-08*, deel 12, 200, nr. 16; C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, “La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit”, in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, nr. 100, Luik, Anthemis, 2008, 42, nr. 23.

³⁹. Zie hierover zeer uitgebreid met een overzicht van de verschillende mogelijke interpretaties, C. CAUFFMAN en B. MAILLEUX, “De nieuwe wet met betrekking tot de kosteloze borgtocht”, *Not. Fisc. M.* 2007, 248-251, nrs. 48-60.

⁴⁰. De duur van een bepaalde borgtochtovereenkomst mag zonder probleem langer zijn dan vijf jaar.

⁴¹. Vgl. echter S. DEVOS, “De bescherming van de kosteloze borg”, *NNK* 2008, 52, nr. 14.

⁴². Zie ook M. GRÉGOIRE, “Le cautionnement à titre gratuit. – La loi du 3 juin 2007”, *J.T.* 2007, nr. 15; C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, “La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit”, in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, nr. 100, Luik, Anthemis, 2008, 65-66, nr. 46. *Contra* E. DIRIX, “De kosteloze borgtocht”, *R.W.* 2007-08, 221, nr. 8.

⁴³. Om de borgtocht niet elke zin te ontnemen, wordt vaak een onderscheid gemaakt tussen de waarborgverbintenis en de betaalverbintenis. De waarborgverbintenis is gekoppeld aan de duur van de borgtochtovereenkomst, terwijl de betaalverbintenis ook na het verstrijken van de duur doorloopt. Zie hierover E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 263, nr. 399. In het kader van kosteloze borgtocht lijkt het echter aangewezen om aan te sluiten bij de gedachte van bescherming van de borg en de betaalverbintenis tevens te laten ophouden bij het verstrijken van de duur van de borgtochtovereenkomst.

⁴⁴. A. CUYPERS, “De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept”, *Bank Fin. R.* 2007, 170-171, nr. 41; E. DIRIX, “De kosteloze borgtocht”, *R.W.* 2007-08, 221, nr. 10; C. CAUFFMAN en B. MAILLEUX, “De nieuwe wet met betrekking tot de kosteloze borgtocht”, *Not. Fisc. M.* 2007, 247, nr. 44; A. DE WILDE, “Actualia inzake kosteloze borgtocht”, in B. ALLEMEERSCH en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 134, nr. 8.

⁴⁵. Zie ook C. CAUFFMAN en B. MAILLEUX, “De nieuwe wet met betrekking tot de kosteloze borgtocht”, *Not. Fisc. M.* 2007, 252, nr. 64.

⁴⁶. Zie ook L. DU JARDIN, “Vers un droit commun des garanties personnelles? La loi relative au cautionnement à titre gratuit”, *T.B.B.R.* 2008, 212; C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, “La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit”, in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, nr. 100, Luik, Anthemis, 2008, 59-60, nr. 39.

150% van het bedrag in plaats van 100%. Het is uiteraard zeer belangrijk dat eensgezindheid bestaat over deze interpretatie, anders bestaat het gevaar dat de schuldeiser zijn recht op interesten verliest, omdat het bedrag vermeld in de handgeschreven formule beschouwd wordt als het totaalbedrag. Om alle twijfel weg te nemen, kan een schuldeiser naast de handgeschreven formule een bijkomende clausule opnemen in de borgtochtovereenkomst die specificeert welk bedrag de hoofdsom van de borgverbintenis uitmaakt en tot welk bedrag dit maximum kan worden verhoogd met de bijkomende interesten.

Hoewel de parlementaire voorbereiding een andere indruk geeft, wordt aangenomen dat de maximum drempel van de interesten enkel betrekking heeft op de interesten die verschuldigd zijn door de hoofdschuldenaar. Wanneer de borg zelf in gebreke blijft zijn verbintenis na te komen, zal hij bovenop de maximum gehoudenheid bepaald in de borgtochtovereenkomst kunnen worden aangesproken voor de interesten die verschuldigd zijn vanaf zijn wanprestatie⁴⁷.

De sanctie voor de niet-naleving van bovenstaande regel (hoofdsom plus maximum 50% interesten en geen andere accessoria) is (opnieuw) de nietigheid van de borgtochtovereenkomst. We kunnen ons afvragen of een vermindering van rechtswege tot het wettelijk bepaalde maximum geen betere sanctie is, waarbij de belangen van alle partijen evenwichtiger worden behandeld⁴⁸.

13. De verplichting tot vermelding van het maximumbedrag van de borgtocht kan onmiddellijk in verband gebracht worden met het verbod om zich borg te stellen voor verbintenissen die disproportioneel zijn met het vermogen van de borg. Cruciaal element binnen de nieuwe regelgeving is immers het verbod op straffe van nietigheid om een borgtochtovereenkomst af te sluiten waarvan het bedrag kennelijk⁴⁹ niet in verhouding is tot de terugbetalingsmogelijkheden van de borg, waarbij deze mogelijkheid beoordeeld moet

worden in het licht van de roerende en onroerende goederen en inkomsten van deze laatste.

De beoordeling van het kennelijk onevenwicht moet zich situeren op het ogenblik van de totstandkoming van de borgtochtovereenkomst. Indien de borg op het ogenblik dat hij wordt aangesproken wel in staat zou zijn om zijn verbintenis na te komen, kan dit niet in rekening worden gebracht⁵⁰. Een kennelijk onevenwicht bij de totstandkoming van de borgtochtovereenkomst volstaat en zal de borgverbintenis doen verdwijnen. De sanctie voor de niet-naleving van dit verbod is de relatieve nietigheid⁵¹. Er is geen bijzondere termijn voorzien waarbinnen de borg de nietigheid moet vragen.

Om te vermijden dat de borgtochtovereenkomst nietig wordt verklaard, zal de schuldeiser zich dus op voorhand moeten informeren over de roerende en onroerende goederen en inkomsten van de potentiële borg⁵².

14. De inhoudelijke beperkingen qua duur en omvang zijn niet alleen gericht op het informeren van de borg, maar zouden volgens de wetgever tevens een verbod inzake de allesommen-borgtocht inhouden⁵³. Dit wordt tevens bevestigd door sommige auteurs⁵⁴. Technisch gezien is de beperking in duur en omvang echter geen beletsel voor een allesommen-borgtocht⁵⁵. Een allesommen-borgtocht bestaat immers in een borgstelling voor alle bestaande en toekomstige schulden die ontstaan binnen de zakenrelatie tussen de schuldeiser en de hoofdschuldenaar. Wanneer de borgtochtovereenkomst een bepaald maximumbedrag en een termijn bevat, is het nog steeds mogelijk dat de borg binnen deze contractueel bepaalde grenzen instaat voor alle bestaande en toekomstige schulden die zullen voortvloeien uit de zakenrelatie.

Tot slot moet erop gewezen worden dat de verplichte inhoud van de afzonderlijke borgtochtovereenkomst verder aangevuld kan worden bij koninklijk besluit⁵⁶.

47. A. CUYPERS, "De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept", *Bank Fin. R.* 2007, 170-171, nr. 41; C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, "La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit", in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, nr. 100, Luik, Anthemis, 2008, 62, nr. 41.

48. In die zin ook C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, "La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit", in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, nr. 100, Luik, Anthemis, 2008, 62, nr. 40.

49. Kennelijk impliceert dat er geen redelijke discussie mogelijk mag zijn over het onevenwicht. E. DIRIX, "De kosteloze borgtocht", *R.W.* 2007-08, 222, nr. 12; C. CAUFFMAN en B. MAILLEUX, "De nieuwe wet met betrekking tot de kosteloze borgtocht", *Not. Fisc. M.* 2007, 253, nr. 70. Merk op dat deze voorwaarde van kennelijk onevenwicht niet vereist is bij de bevrijdingsregels bij faillissement en collectieve schuldenregeling.

50. A. CUYPERS, "De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept", *Bank Fin. R.* 2007, p. 171, nrs. 42-43; E. DIRIX, "De kosteloze borgtocht", *R.W.* 2007-08, 222, nr. 13.

51. A. CUYPERS, "De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept", *Bank Fin. R.* 2007, 171, nr. 42.

52. Dirix suggereert om dit te doen aan de hand van een vragenlijst, E. DIRIX, "De kosteloze borgtocht", *R.W.* 2007-08, p. 222, nr. 12.

53. Wetsontwerp met betrekking tot de kosteloze borgtocht, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51 2730/001, 13, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51 2730/001, 13, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51 2730/003, 5, *Parl. St. Senaat* 2006-07, nr. 3 2056/3, 13.

54. A. CUYPERS, "De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept", *Bank Fin. R.* 2007, 169, nrs. 38-39; E. DIRIX, "De kosteloze borgtocht", *R.W.* 2007-08, 221, nr. 9; G. SUPPLY en S. REMMERY, "Kosteloze borg", *NjW* 2008, 244, nr. 22; A. DE WILDE, "Actualia inzake kosteloze borgtocht", in B. ALLEMEERSCH en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 134, nr. 9.

55. In dezelfde zin M. GRÉGOIRE, "Le cautionnement à titre gratuit. La loi du 3 juin 2007", *J.T.* 2007, nr. 13; C. CAUFFMAN en B. MAILLEUX, "De nieuwe wet met betrekking tot de kosteloze borgtocht", *Not. Fisc. M.* 2007, 248, nr. 45 en 252, nrs. 62-63; C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, "La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit", in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, nr. 100, Luik, Anthemis, 2008, 57-58, nr. 37.

56. Zie art. 2043quinquies B.W. Tot op heden is er nog geen sprake van dergelijk K.B.

4. Informatieverplichting van schuldeiser

15. In het gemeen recht bestaat er geen algemene informatieverplichting van de schuldeiser ten aanzien van de borg met betrekking tot de nakoming van de hoofdschuld⁵⁷. Met het oog op de maximale bescherming van de borg, wordt een dergelijke informatieplicht wel opgelegd in het raam van een kosteloze borgtocht.

Artikel 2043septies B.W. voorziet in een dubbele informatieplicht⁵⁸. Ten eerste moet de schuldeiser de borg eenmaal per jaar informeren indien de hoofdschuldenaar de hoofdovereenkomst regelmatig uitvoert. De wet geeft geen toelichting over de noodzakelijke inhoud van dit bericht, noch over een eventuele sanctie bij niet-naleving⁵⁹.

Ten tweede moet de borg gelijktijdig en in dezelfde vorm een exemplaar krijgen van elke mededeling inzake niet-uitvoering die wordt gedaan aan de schuldenaar door de schuldeiser met betrekking tot de niet-betaling van de schuld. Bij gebrek daaraan kan de schuldeiser zich niet beroepen op de aangroei van de schuld, vanaf de datum waarop hij ter zake in gebreke blijft.

Naast deze informatieverplichtingen is de schuldeiser in beginsel niet gehouden om de borg op de hoogte te brengen van veranderingen aan de gewaarborgde hoofdovereenkomst bijvoorbeeld bij wijziging van de betalingsmodaliteiten⁶⁰.

5. Bescherming erfgenamen van de borg

Naar gemeen recht gaan de verbintenissen van de borgen over op hun erfgenamen (art. 2017 B.W.). Bovendien is het gebruikelijk dat kredietinstellingen vragen dat de borg zich ondeelbaar met zijn erfgenamen verbindt, zodat elk van de erfgenamen kan worden aangesproken voor de ganse borgschuld. Dit heeft tot gevolg dat een erfgenaam kan worden aangesproken voor verbintenissen van de erflater-borg, ook al is deze verbintenis veel hoger dan zijn aandeel in de erfenis. Aangezien er geen publiciteit bestaat omtrent borgstellingen, kan een erfgenaam totaal onwetend zijn over het feit van een borgstelling door de erflater.

Om de erfgenamen te beschermen, introduceerde de wetgever een bijzondere beschermingsregel bij kosteloze borg-

tocht⁶¹. Artikel 2043octies B.W. bepaalt dat de verbintenissen van de erfgenamen van een borg inzake de borgtocht beperkt zijn tot het erfdeel dat aan elk van hen toekomt. Bovendien wordt de clause inzake hoofdelijkheid tussen de erfgenamen voor verbintenissen van de borg verboden.

B. De bevrijding van de kosteloze persoonlijke zekerheidsteller bij faillissement van de hoofdschuldenaar

16. De wet van 20 juli 2005 voerde een bijzondere bevrijdingsprocedure in in de Faillissementswet⁶². Artikel 80, lid 3 Faill.W. bepaalt dat de rechtbank van koophandel elke natuurlijke persoon, die zich kosteloos persoonlijk zeker stelde voor de gefailleerde, geheel of gedeeltelijk kan bevrijden, wanneer de verbintenis van de betrokkene niet in verhouding staat met zijn inkomsten en patrimonium, tenzij er sprake zou zijn van frauduleuze organisatie van zijn onvermogen. De bevrijdingsmogelijkheid is beperkt tot natuurlijke personen, het speelt echter geen rol of de gefailleerde voor wie de zekerheid werd gesteld een natuurlijke persoon, dan wel een rechtspersoon is.

Met het oog op zijn mogelijke bevrijding moet de persoonlijke zekerheidsteller een verklaring neerleggen waarin hij stelt dat zijn verbintenis niet in verhouding is met zijn inkomsten en zijn patrimonium (art. 72bis Faill.W.). De verklaring geldt als een verzoek tot bevrijding aan de rechtbank. De verklaring moet de wettelijk bepaalde elementen bevatten en tevens gestaafd worden met de wettelijk vereiste stukken⁶³. De verklaring moet voor de sluiting van het faillissement worden neergelegd ter griffie van de rechtbank van koophandel.

De rechtbank van koophandel beoordeelt soeverein of er sprake is van een (on)evenwicht tussen de actuele verbintenis en het vermogen van de persoonlijke zekerheidsteller. De behandeling van de bevrijding gebeurt in raadkamer (art. 80, lid 3 Faill.W.). Zowel de persoonlijke zekerheidsteller, de schuldeiser als de gefailleerde worden opgeroepen en gehoord. De uitspraak kan op verzoek van de schuldeiser of de persoonlijke zekerheidsteller gebeuren vanaf zes maanden na de opening van het faillissement. Bij gebrek aan een dergelijk verzoek zal de rechtbank de zaak behandelen bij de sluiting van het faillissement.

⁵⁷. Uiteraard moet de schuldeiser de borg voldoende informatie verstrekken op grond van de uitvoering te goeder trouw van de borgovereenkomst. Dit impliceert echter geen algemene informatieplicht.

⁵⁸. Vergelijk met de informatieverplichtingen uit de Wet Consumentenkrediet: art. 34-36 WCK.

⁵⁹. Zie hierover uitgebreider A. CUYPERS, "De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept", *Bank Fin. R.* 2007, 172-173, nr. 45.

⁶⁰. S. DEVOS, "De bescherming van de kosteloze borg", *NNK* 2008, 53, nr. 17.

⁶¹. Zie hierover uitgebreider A. CUYPERS, "De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept", *Bank Fin. R.* 2007, 174-175, nrs. 49-51.

⁶². Zie hierover in dit tijdschrift M. VANMEENEN, "De Faillissementswet op de valreep aangepast: wie geen aangifte doet, is gezien!", *T.B.H.* 2005, 997-1007. Zie ook verwijzingen in voetnoot 4.

⁶³. Art. 73ter Faill.W.: 1° een kopie van de laatste aangifte in de personenbelasting; 2° een overzicht van alle activa en passiva die het patrimonium vormen; 3° elk ander stuk dat van aard is om precies de staat weer te geven van de bestaansmiddelen en lasten. Zo nodig zullen de bewijsstukken moeten worden geactualiseerd (zie art. 82, lid 4 Faill.W.).

Opdat de bevrijding nuttig zou kunnen gebeuren, worden overeenkomstig artikel 24*bis* Faill.W. de middelen van tenuitvoerlegging opgeschort in hoofde van de kosteloze persoonlijke zekerheidsteller vanaf het vonnis van faillietverklaring. Deze opschorting duurt tot het ogenblik van de uitspraak over de bevrijding.

17. Ter zijde kunnen we tevens wijzen op de bijzondere positie van de echtgenoot van de gefailleerde. Wanneer een echtgenoot zich kosteloos persoonlijk zeker stelde voor schulden van de gefailleerde, kan deze verzoeken bevrijd te worden van zijn verbintenis overeenkomstig de regels zoals hierboven toegelicht. Daarnaast wordt de echtgenoot overeenkomstig artikel 82, lid 2 Faill.W. automatisch bevrijd van alle schulden van de gefailleerde waartoe de echtgenoot meegehouden is op het ogenblik dat de gefailleerde verschoonbaar wordt verklaard. De verschoonbaarheid van de gefailleerde impliceert met andere woorden de automatische bevrijding van de echtgenoot⁶⁴.

C. De bevrijding van de kosteloze persoonlijke zekerheidsteller bij collectieve schuldenregeling van de hoofdschuldenaar

18. Artikel 1675/16*bis* Ger. W. voorziet in de mogelijkheid van een gehele of gedeeltelijke bevrijding van de natuurlijke persoon die zich kosteloos persoonlijk zeker heeft gesteld ten behoeve van de verzoeker van een collectieve schuldenregeling, indien zijn verbintenis onevenredig is met zijn inkomsten en met zijn vermogen, onverminderd toepassing van artikel 1287 B.W.⁶⁵. Deze mogelijkheid geldt uiteraard niet voor de kosteloze persoonlijke zekerheidsteller die op bedrieglijke wijze zijn onvermogen heeft georganiseerd.

Het komt toe aan de arbeidsrechtbank die bevoegd is voor de (toekenning van de) collectieve schuldenregeling om het verzoek tot bevrijding te beoordelen. De kosteloze persoonlijke zekerheidsteller zal hiertoe een verklaring ter griffie moeten neerleggen, waaruit blijkt dat zijn verbintenis onevenredig is met zijn inkomsten en met zijn vermogen. De verklaring moet de wettelijk bepaalde elementen bevatten en tevens gestaafd worden door de wettelijk vereiste stukken⁶⁶.

De uitspraak over de bevrijding gebeurt in beginsel bij de homologatie van de minnelijke aanzuiveringsregeling of bij het opleggen van de gerechtelijke aanzuiveringsregeling⁶⁷. De rechter zal de hoofdschuldenaar, de persoonlijke zekerheidsteller en de betrokken schuldeisers oproepen en horen over de bevrijding.

Naar analogie met de bevrijdingsregeling bij faillissement worden de middelen van tenuitvoerlegging tegen de kosteloze persoonlijke zekerheidsteller geschorst vanaf het ogenblik van de neerlegging van zijn verklaring totdat uitspraak werd gedaan over de bevrijding⁶⁸.

19. Belangrijk verschil met het faillissement is het feit dat het verzoek tot gehele of gedeeltelijke bevrijding niet noodzakelijk afhankelijk is van het doorlopen van een collectieve schuldenregeling door de hoofdschuldenaar. Indien de hoofdschuldenaar voldoet aan de voorwaarden om een verzoek tot collectieve schuldenregeling in te dienen, doch nalaat zulks te doen, kan tevens om bevrijding worden verzocht bij de rechter die bevoegd is inzake collectieve schuldenregeling (art. 1675/16*bis* § 5 Ger. W.).

Tweede verschil met het faillissementsrecht is het feit dat er geen gelijkaardige automatische bevrijding van de echtgenoot is voorzien (*cf.* bij verschoonbaarheid van gefailleerde), wanneer de schulden van de schuldenaar worden kwijtgescholden in het raam van de collectieve schuldenregeling.

⁶⁴. Sinds 28 augustus 2008 wordt dit recht ook verleend aan de ex-echtgenoot. Zie wet van 18 juli 2008 tot wijziging van art. 82, tweede lid van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 wat betreft de verschoonbaarheid van voormalige echtgenoten. Art. 82, lid 2 Faill.W. luidt thans: “*De echtgenoot van de gefailleerde die persoonlijk aansprakelijk is voor de schuld van zijn echtgenoot, of de voormalige echtgenoot die persoonlijk aansprakelijk is voor de schuld die zijn voormalige echtgenoot tijdens de duur van het huwelijk was aangegaan, wordt ingevolge de verschoonbaarheid van die verplichting bevrijd.*” Voor een beknopte bespreking, zie bijdrage elders in dit tijdschrift.

⁶⁵. Art. 1287 B.W. bepaalt dat kwijtschelding of ontslag bij overeenkomst aan de hoofdschuldenaar verleend, de borgen bevrijdt. Wanneer de schuldeisers bijgevolg een schuldvermindering toestaan in het raam van de minnelijke aanzuiveringsregeling, zullen de borgen hier automatisch ook van kunnen genieten, zonder dat ze de specifieke bevrijding moeten vragen. Deze regel geldt bovendien voor alle borgen, ook de niet-kosteloze borgen.

⁶⁶. Art. 1675/16*bis* § 3 Ger.W.: 1° het afschrift van zijn laatste aangifte in de personenbelasting; 2° de lijst van alle activa en passiva die behoren tot zijn vermogen; 3° alle andere stukken aan de hand waarvan de staat van zijn middelen en zijn lasten nauwkeurig kan worden opgemaakt.

⁶⁷. De wet voorziet tevens dat de zaak kan worden uitgesteld tot een later tijdstip indien de behandeling van de bevrijding de beoordeling van het verzoek tot collectieve schuldenregeling kan vertragen. Hoe men dit moet interpreteren is onduidelijk, er is in deze hypothese immers al een collectieve schuldenregeling opgestart?

⁶⁸. Merk op dat de formulering in art. 1675/16*bis* § 5 Ger. W. “*De indiening van het verzoek schorst de middelen van tenuitvoerlegging ten laste van de persoon die een persoonlijke zekerheid heeft gesteld ten voordele van de hoofdschuldenaar, zulks tot over het verzoek een in kracht van gewijsde gegane beslissing wordt genomen*” veel sluitender is dan de formulering in art. 24*bis*, lid 2 Faill.W. “*Wanneer de persoonlijke borg door de rechtbank niet volledig van zijn verplichting is ontslagen, verkrijgen de schuldeisers opnieuw het recht om individueel een vordering op zijn goederen in te stellen.*”

II. KNELPUNTEN EN BEZWAREN BIJ DE VERSCHILLENDE BESCHERMINGSREGIMES

A. Interpretatie van het begrip kosteloos

20. Het begrip “kosteloos” is een sleutelement bij alle bevrijdingsregimes en gaf aanleiding tot oeverloze interpretatiediscussies. De inzet van deze interpretatie is hoog: een soepele interpretatie geeft de bevrijdingsregimes een zeer ruim toepassingsgebied, terwijl een strikte interpretatie de gevolgen van de bevrijding (zijnde het verdwijnen van de zekerheid voor de schuldeiser) beperkt tot een kleine groep.

21. De discussie ontstond in het kader van de toenmalige bevrijding van de kosteloze borgen in de Faillissementswet in zijn versie van 4 september 2002, maar bleef pertinent voor de latere bevrijdingsregels aangezien de voorwaarde kosteloos steeds werd behouden. Hoewel het kosteloos karakter determinerend blijft voor de bevrijdingsregels uit de wet van 20 juli 2005, werd een wettelijke definitie van het begrip overbodig geacht⁶⁹. De vraag naar de draagwijdte van het begrip kosteloos won aan belang, aangezien de voorwaarde ook werd gesteld bij de bevrijding in het kader van een collectieve schuldenregeling, evenwel opnieuw zonder wettelijke definitie. De volgende stap in de ontwikkeling van het begrip kosteloos was de definiëring van het begrip in de wet van 3 juni 2007 inzake kosteloze borgtocht. Deze wettelijke definitie deed echter de storm niet luwen. Het recente cassatiearrest van 26 juni 2008 hakt de knoop uiteindelijk door, wellicht zal dit het eindpunt betekenen van de discussies.

22. Wat zijn nu de mogelijke interpretaties van het begrip kosteloos? In beginsel kunnen twee stellingen worden ver-

dedigd. Gemakshalve worden deze stellingen hierna benoemd als de strikte stelling en de ruime stelling.

De strikte stelling, tevens de meerderheidsopvatting, stelt kosteloos gelijk met “zonder enig direct of indirect belang”. Centraal aanknopingspunt voor deze stelling is de definitie van het toenmalig Arbitragehof. In zijn arrest van 30 juni 2004⁷⁰ interpreteerde het Arbitragehof het begrip kosteloos (weliswaar onder het regime van 2002) als “het ontbreken van enig voordeel, zowel rechtstreeks als onrechtstreeks, dat de borg kan genieten dankzij de borgstelling” (overweging B.5.4.).

In de parlementaire voorbereiding van de wet van 20 juni 2005 vinden we tevens een gelijkaardig standpunt. De *Memorie van Toelichting* spreekt over “elke persoon die, door bereidwilligheid, verplicht is om de schulden van de gefailleerde te helpen delgen, terwijl die persoon geen persoonlijk belang heeft bij de betaling ervan”⁷¹.

In de rechtsleer vinden we eveneens verschillende voorstanders van de interpretatie “kosteloos = belangeloos”⁷². Dezelfde visie wordt vertolkt in de meerderheid van de rechtspraak over de bevrijding van kosteloze borgen/persoonlijke zekerheidstellers⁷³.

De ruime stelling interpreteert kosteloos als “het gebrek aan een concrete tegenprestatie voor de zekerheidsstelling”. Kosteloos betekent in het normaal taalgebruik “niets kostend, zonder kosten voor degene die ervan profiteert, gratis”⁷⁴. Voor de vertaling van dit uitgangspunt op juridisch vlak zoekt men aansluiting bij het concept “verbintenis om niet” uit het Burgerlijk Wetboek (art. 1105 B.W.)⁷⁵. Een verbintenis om niet is volgens het Hof van Cassatie een verbintenis

⁶⁹. Hoewel tijdens de parlementaire behandeling vanuit verschillende hoeken werd voorgesteld om een definitie in te voeren, is er hieromtrent geen verduidelijking in de wet aangebracht. Zie *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51 1811/007, 4-5 en *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51 1811/005, 3. Voor een bespreking, zie K. TROCH, “Actuele ontwikkelingen inzake de borgtocht”, *T. Fin. R.* 2008, 36, nr. 9.

⁷⁰. Arbitragehof 30 juni 2004, *B.S.* 22 juli 2004, *T.B.H.* 2004, 884, noot J. WINDEY en K. DRIESEN, *R.W.* 2004-05, 662, noot M. VANMEENEN, *J.L.M.B.* 2004, 1309, noot J. RENARD, *J.T.* 2005, 80, noot P. HENRY en F. ABU DALU, *NjW* 2004, 1382, noot M. TISON.

⁷¹. *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51 1811/001, 5-6.

⁷². Wat betreft een algemeen standpunt: M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, in *A.P.R.*, Gent, E.Story-Scientia, 1999, 18, nr. 39. Wat betreft de interpretatie bij de bevrijdingsregels: T. CAVENAILE en P. CAVENAILE, “La décharge de la caution dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites telle que modifiée par la loi du 20 juillet 2005” (noot onder Luik 4 oktober 2005), *J.L.M.B.* 2006, 773 en 776; A. CUYPERS, “De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept”, *Bank Fin. R.* 2007, 154-157, nrs. 7-13 en 160-162, nrs. 19-23; A. DE WILDE, “Verschoonbaarheid en bevrijding in de Faillissementswet: een schone lei voor de wetgever?”, *R.W.* 2005-06, 603, nr. 6; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 293, nr. 439; M. GRÉGOIRE, “Le cautionnement à titre gratuit. La loi du 3 juin 2007”, *J.T.* 2007, nr. 7; B. MAILLEUX, “Bevrijding kosteloze borg – wet van 20 juli 2005 past Faillissementswet aan”, *NjW* 2005, 939-940, nr. 8 (die verwijst naar de fiscale rechtspraak over belangeloosheid); P. MOUREAU, “La loi du 20 juillet 2005 et la décharge des personnes qui se sont constituées sûreté personnelle. Nouvelles interrogations?”, *T.B.B.R.* 2006, 155, nr. 3.

⁷³. Luik 4 oktober 2005, *T.B.H.* 2007, 273, noot L. VAN DEN STEEN, *J.L.M.B.* 2006, 767-770; Brussel 10 februari 2006, *T.B.H.* 2006, nr. 8 – zie website *T.B.H.*; Antwerpen 1 juni 2006, *T.B.H.* 2007, 282, noot L. VAN DEN STEEN, *R.W.* 2006-07, 1013; Antwerpen 23 november 2006, *T.B.H.* 2007, 284, noot L. VAN DEN STEEN; Antwerpen 18 januari 2007, *R.W.* 2006-07, 1284; Luik 28 juni 2007, *J.T.* 2007, 838; Kh. Dendermonde 12 december 2005, *R.W.* 2005-06, 953; Kh. Turnhout 10 januari 2006, *R.W.* 2005-06, 1312; Kh. Hasselt 9 februari 2006, *T.B.H.* 2006, 868, *NjW* 2006, 468, noot P. COUSSEMENT; Kh. Bergen 6 april 2006, *Rev. not. b.* 2007, 18; Kh. Charleroi 26 april 2006, *J.L.M.B.* 2006, 1381; Kh. Tongeren 1 maart 2007, *R.W.* 2007-08, 745. Zie ook de onuitgegeven rechtspraak geciteerd door M. VANMEENEN en B. WINDEY, “De verschoonbaarheid en de bevrijding van de persoonlijke zekerheidssteller: nieuwe regels, nieuwe zorgen”, in H. COUSY en E. DIRIX (eds.), *Themis insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2006, 15-19, nrs. 14-18 en rechtspraak geciteerd door K. TROCH, “Actuele ontwikkelingen inzake de borgtocht”, *T. Fin. R.* 2008, 38-40, nr. 13.

⁷⁴. Zie definitie in het *Van Daele Woordenboek*.

⁷⁵. In dezelfde parlementaire voorbereiding bij de wet van 20 juli 2005 vinden we een verwijzing naar dit concept, *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51 1811/007, 5, waar de minister stelde dat “als gevolg van een gebrek aan definiëring in de wet de algemene definitie van het Burgerlijk Wetboek geldt dat een contract om niet geen synallagmatisch (of wederzijds bindend) contract is”. Deze verwijzing gebeurde echter naar de foute definitie.

waarvoor de partij geen enkele concrete tegenprestatie kreeg, ook al heeft ze een algemeen belang bij deze verbintenissen⁷⁶. Een minderheid van rechtsleer⁷⁷ en rechtspraak⁷⁸ verdedigt op basis van bovenstaande argumenten dat kosteloos een gebrek aan tegenprestatie impliceert. De kosteloze persoonlijke zekerheidsteller mag dus wel een belang hebben bij zijn zekerheidsstelling, zolang hij hiervoor geen tegenprestatie ontvangt blijft zijn zekerheid toch kosteloos.

Welke interpretatie technisch de "juiste" is, valt moeilijk te zeggen. Voor beide stellingen bestaan valabele argumenten. De vraag die achter deze problematiek schuilt, is echter belangrijker. Dit is de vraag naar de gevolgen van de strikte of de ruime interpretatie. De strikte interpretatie beperkt het toepassingsgebied van de bevrijdingsregels tot een kleine groep, terwijl de ruime interpretatie de poort open zet voor massale bevrijding van de persoonlijke zekerheidstellers. Dergelijke massale bevrijding van de kosteloze zekerheidstellers zou het zekerhedenrecht bijzonder negatief beïnvloeden. Persoonlijke zekerheden zijn in deze hypothese immers niets meer waard, aangezien ze kunnen verdwijnen precies op het ogenblik dat ze zouden worden aangewend.

23. De invloed van beide interpretaties laat zich het duidelijkste illustreren bij de zaakvoerders en bestuurders, die zich vaak (noodgedwongen) persoonlijk zeker moeten stellen indien hun vennootschap een krediet wil bekomen. Aangezien de zaakvoerder of bestuurder zijn inkomen in beginsel uit de vennootschap verkrijgt, heeft hij er belang bij dat de vennootschap nieuwe middelen krijgt om haar activiteit voort te kunnen zetten of uit te kunnen breiden. Volgens de strikte interpretatie kunnen zaakvoerders of bestuurders

nooit "kosteloze" persoonlijke zekerheidstellers zijn, aangezien ze een belang hebben bij de zekerheidsstelling⁷⁹. Volgens de ruime interpretatie zal de persoonlijke zekerheidsstelling van een zaakvoerder of bestuurder in beginsel wel kosteloos zijn, tenzij kan worden aangetoond dat de zaakvoerder of bestuurder een tegenprestatie heeft ontvangen voor zijn zekerheidsstelling⁸⁰.

Dezelfde redenering wordt toegepast bij aandeelhouders en werknemers die belang hebben bij de instandhouding van de onderneming⁸¹.

Een laatste belangrijke categorie betreft de echtgenoten/samenwonende partners van zaakvoerders en bestuurders die zich persoonlijk zeker hebben gesteld voor de vennootschap⁸². *In globo* zien we ook hier de toepassing van de strikte interpretatie⁸³. Wanneer het echtgenoten betreft gehuwd onder het wettelijk stelsel is de redenering dat de inkomsten van de echtgenoot-zaakvoerder ook ten goede komen aan de echtgenoot die geen zaakvoerder is, aangezien ze in de gemeenschap vallen. Hieruit volgt dat de echtgenoot een belang heeft bij de zekerheidsstelling⁸⁴. Dezelfde redenering zien we echter bij echtgenoten gehuwd met scheiding van goederen, waarbij men verwijst naar de bijdrageplicht in de lasten van het huwelijk die tussen echtgenoten geldt. Inkomsten uit de vennootschap in hoofde van de echtgenoot-zaakvoerder zorgen ervoor dat er inkomsten zijn voor de huishouding, wat beide echtgenoten ten goede komt.

Voor samenwonende partners ligt de situatie iets moeilijker⁸⁵, maar ook hier wordt vaak verdedigd dat de samenwonende partner voordeel haalt uit de inkomsten van de partner-zaakvoerder en bijgevolg een belang heeft.

⁷⁶ Cass. 9 maart 2000, *T.B.H.* 2000, 782, noot C.-A. LEUNEN.

⁷⁷ K. CREYF, "Wat is er loos met kosteloos?", (noot onder Gent 6 december 2006), *R.W.* 2006-07, 1282-1284; J. WOESTYN, "Gevolgen van het faillissement ten aanzien van de personen die een persoonlijke zekerheid heeft verschaft", in VLAAMSE CONFERENTIE BALIE GENT (ed.), *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 2006, 21, nrs. 60 e.v.; G. SUPPLY en S. REMMERY, "Kosteloze borg", *NjW* 2008, 242, nr. 18; B. VAN BAEVEGHEM, "Nog meer onzekerheid over een niet zo belangeloos concept: de kosteloze borgtocht" (noot onder Gent 8 januari 2007), *R.W.* 2007-08, 1636-1640. Genuanceerd C. ENGELS, "De kosteloze borgtocht", *Rechtskroniek voor het notariaat 2007-08*, 194-195, nr. 4.

⁷⁸ Gent 6 december 2006, *T.B.H.* 2007, 286, noot L. VAN DEN STEEN, *R.W.* 2006-07, 1277, noot K. CREYF, *T.G.R.-T.W.V.R.* 113; Gent 8 januari 2007, *R.W.* 2007-08, 1631, noot B. VAN BAEVEGHEM, *NjW* 2008, 260; Kh. Gent 27 april 2006, *T.G.R.-T.W.V.R.* 2006, 192. Zie ook onuitgegeven rechtspraak geciteerd door K. TROCH, "Actuele ontwikkelingen inzake de borgtocht", *T. Fin. R.* 2008, 40-41, nr. 14.

⁷⁹ Rb. Aarlen 13 maart 2003, *DAOR* 2003, 78; Rb. Turnhout 21 oktober 2003, *R.W.* 2003-04, 913; Luik, 4 oktober 2005, *J.L.M.B.* 2006, 767, noot T. CAVENAILE en P. CAVENAILE; Kh. Dendermonde 12 december 2005, *R.W.* 2005-06, 953-955; Kh. Turnhout 10 januari 2006, *R.W.* 2005-2006, 1312; Kh. Hasselt 9 februari 2006, *NjW* 2006, 468. Zie ook verwijzingen naar Franstalige rechtspraak bij T. CAVENAILE en P. CAVENAILE, "La décharge de la caution dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites telle que modifiée par la loi du 20 juillet 2005" (noot onder Luik 4 oktober 2005), *J.L.M.B.* 2006, 770-777.

⁸⁰ Zie hierover C. CAUFFMAN en B. MAILLEUX, "De nieuwe wet met betrekking tot de kosteloze borgtocht", *Not. Fisc. M.* 2007, 243, nr. 24.

⁸¹ Antwerpen 18 januari 2007, *R.W.* 2006-07, 1284. Zie ook 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.), *Themis insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2006, 17, nr. 16 met verwijzing naar talrijke onuitgegeven rechtspraak.

⁸² Zie hierover uitgebreid met talrijke rechtspraak: A. CUYPERS, "De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept", *Bank Fin. R.* 2007, 160-162, nrs. 19-23. Zie ook C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, "La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit", in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, nr. 100, Luik, Anthemis, 2008, 47-51, nr. 29; K. TROCH, "Actuele ontwikkelingen inzake de borgtocht", *T. Fin. R.* 2008, 41-42, nr. 16.

⁸³ Zie voor een terughoudende kritiek, E. DIRIX, "De kosteloze borgtocht", *R.W.* 2007-08, 219, nr. 4; S. DEVOS, "De bescherming van de kosteloze borg", *NNK* 2008, 50, nr. 4.

⁸⁴ Kh. Dendermonde 12 december 2005, *R.W.* 2005-06, 953; Antwerpen 1 juni 2006, *T.B.H.* 2007, 282, met noot L. VAN DEN STEEN, *R.W.* 2006-07, 1013.

⁸⁵ We kunnen hierbij het onderscheid maken tussen wettelijk samenwonende partners, voor wie tevens een bijdrageplicht geldt (art. 1477 § 3 B.W.) en feitelijk samenwonende partners, waar dergelijke regel niet geldt. Het spreekt voor zich dat de bewijslast voor feitelijk samenwonende partners het zwaarste is.

24. Met al deze aspecten in het achterhoofd introduceerde de wetgever met de wet van 3 juni 2007 een definitie van het begrip kosteloos in het Burgerlijk Wetboek. Artikel 2043bis B.W. stelt dat “de kosteloze aard van de borgtocht slaat op het ontbreken van enig economisch voordeel, zowel rechtstreeks als indirect, dat de borg kan genieten dankzij de borgstelling”. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt duidelijk dat men aansluiting zoekt bij de definitie van het Arbitragehof in zijn arrest van 30 juni 2004⁸⁶. Enige nuance is de toevoeging van het woord “economisch” [voordeel]. Dit gebeurde op voorstel van de Raad van State, zodat uit de definitie zou blijken dat een louter affectief voordeel het kosteloos karakter niet verhindert⁸⁷. Dit zorgt ervoor dat een borgstelling door een vader voor zijn zoon toch kosteloos kan zijn, ook al heeft de vader wellicht een moreel belang dat zijn zoon het gevraagde krediet krijgt.

De definitie in het Burgerlijk Wetboek sluit tevens aan bij de meerderheidstrekking, m.n. de strikte interpretatie, die gehanteerd wordt bij de interpretatie van het begrip kosteloos bij de bevrijdingsregelingen in het insolventierecht. Dit verhinderde echter niet dat aanhangers van de ruime interpretatie hun standpunt bleven verdedigen⁸⁸.

25. Het cassatiearrest van 26 juni 2008 is (voorlopig?) de laatste stap in de evolutie over de interpretatie van het begrip kosteloos. Het Hof moest uitspraak doen over de interpretatie van het begrip kosteloos in het raam van de bevrijdingsregels in de Faillissementswet. Het Hof sloot zich aan bij de strikte interpretatie en oordeelde dat de kosteloze aard van de persoonlijke zekerheidstelling het ontbreken is van enig economisch voordeel, zowel rechtstreeks als onrechtstreeks, dat de persoonlijke zekerheidsteller kan genieten ten gevolge van de zekerheidstelling. Het Hof van Cassatie koppelt op deze manier de definitie van kosteloosheid uit het Burgerlijk Wetboek aan het begrip kosteloos uit de Faillissementswet. Het Hof verduidelijkte tevens dat het feit of de zekerheidsteller al dan niet een concrete tegenprestatie heeft bedongen voor het aangaan van de zekerheidstelling niet bepalend is voor de oplossing van de vraag of de zekerheidstelling kosteloos is in de zin van de Faillissementswet.

De uitspraak van het Hof was het resultaat van een cassatieberoep tegen twee arresten van het hof van beroep te Gent⁸⁹, waarbij de verweerdere in cassatie zich borg hadden gesteld tot zekerheid van een krediet aan de vennootschap waarvan zij zowel de aandeelhouders waren als respectievelijk zaakvoerder en meewerkende vennoot.

Het hof van beroep te Gent oordeelde, als voorstander van de ruime interpretatie van het begrip kosteloos, dat de omstandigheid dat een zaakvoerder of een bestuurder een belang hebben dat een krediet aan de vennootschap wordt toegekend omdat zij uit deze vennootschap een inkomen verwerven en zij, in het algemeen, er belang bij hebben dat de financiële positie van de vennootschap gedijt, nog niet betekent dat hun borgstelling voor de vennootschap niet kosteloos is. Op basis van de concrete feiten en de bewijsstukken besliste het hof van beroep vervolgens dat de borgstelling door de verweerdere kosteloos was, omdat niet werd aangetoond dat zij enige vorm van vergoeding hebben ontvangen voor deze zekerheidstelling. Met andere woorden, bij gebrek aan een concrete tegenprestatie, is de zekerheidstelling kosteloos.

Het Hof van Cassatie sluit zich niet aan bij deze minderheidsopvatting en kiest voor de strikte interpretatie van het begrip kosteloos. Het arrest van het Hof van Cassatie moet worden goedgekeurd omwille van verschillende redenen. Ten eerste is er het pragmatisch aspect, de ruime interpretatie breidt het toepassingsgebied van de bevrijdingsregels dermate uit dat het zekerhedensysteem onder druk komt te staan. Zoals reeds hoger gesteld, betekent de aanvaarding van de ruime interpretatie het doodsvonnissen voor de borgtocht als zekerheid⁹⁰. Het Hof van Cassatie sluit met zijn beslissing ook naadloos aan bij zijn eerdere rechtspraak over de bevrijding van de borg. In zijn arrest van 16 november 2001⁹¹ hanteerde het Hof tevens een strikte interpretatie wanneer het oordeelde dat de verschoonbaarheid een persoonlijke exceptie was in hoofde van de schuldenaar, waarvan de borg niet kon genieten. Ook hier wenste het Hof wellicht de borgtocht als zekerheidsmechanisme te vrijwaren.

Ten tweede verdient het aanbeveling dat het begrip kosteloos in alle wettelijke bepalingen op dezelfde manier wordt geïnterpreteerd. Door het begrip kosteloos strikt te interpreteren, krijgt dit begrip eenzelfde invulling in het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet⁹². We kunnen ervan uitgaan dat dezelfde interpretatie tevens zal gelden voor de bevrijdingsregels in het raam van een collectieve schuldenregeling.

Het belang van dit cassatiearrest staat buiten kijf: het arrest maakt een einde aan de discussies en zorgt voor duidelijkheid over het begrip kosteloos. De keuze van het Hof van Cassatie was in deze context van bevrijding de meest logische en rationele stap. Deze rechtspraak betekent volgens ons echter niet dat we de ruime interpretatie kunnen afschrijven als zijnde totaal verkeerd. De meest voor de hand lig-

⁸⁶. *Memorie van Toelichting, Parl. St. Kamer 2006-07, nr. 51 2730/001, 9.*

⁸⁷. *Advies Raad van State, Parl. St. Kamer 2006-07, nr. 51 2730/001, 21.*

⁸⁸. Zie G. SUPPLY en S. REMMERY, “Kosteloze borg”, *NjW* 2008, 244-245, nrs. 23-26; B. VAN BAEVEGHEM, “Nog meer onzekerheid over een niet zo belangeloos concept: de kosteloze borgtocht” (noot onder Gent 8 januari 2007), *R.W.* 2007-08, 1640. Vgl. L. VAN DEN STEEN, “De bevrijding van de kosteloze borg”, *T.B.H.* 2007, 275.

⁸⁹. Gent 8 januari 2007, *R.W.* 2007-08, 1631, noot B. VAN BAEVEGHEM, *NjW* 2008, 260 en vervolgens Gent 17 september 2007, *onuitg.*

⁹⁰. A. CUYPERS, “De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept”, *Bank Fin. R.* 2007, 176, nr. 55.

⁹¹. Cass. 16 november 2001, *Arr. Cass.* 2001, 623, *T.B.H.* 2002, 34, *J.T.* 2002, 63, *J.L.M.B.* 2001, 1734.

⁹². Zie in die zin, ook A. CUYPERS, “De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept”, *Bank Fin. R.* 2007, 157, nr. 13.

gende interpretatie van het begrip kosteloos is wel degelijk “zonder kost” of “zonder tegenprestatie”. Dergelijke interpretatie is echter nefast voor het zekerhedensysteem, zodat gezocht werd naar een beter hanteerbare interpretatie. Wanneer kosteloos gelijk staat met belangeloos, bereiken de bevrijdingsregels beter hun doel zonder het zekerhedenrecht volledig onderuit te halen. Slotsom: kosteloos betekent dus belangeloos. We sluiten ons graag aan bij deze interpretatie, maar tegelijk willen we een pleidooi houden voor de introductie van het begrip “belangeloos” in plaats van “kosteloos” in de verschillende wetsbepalingen⁹³. Het verdient aanbeveling om in de wet de begrippen te gebruiken die men in werkelijkheid bedoelt, dit komt een goed begrip – ook door leken – van de wet ten goede.

B. Bewijslast

26. Nu het begrip kosteloos verduidelijkt is, komen we tot een volgende vraag. Wie moet aantonen of een bepaalde persoon zich kosteloos borg heeft gesteld? Het bewijs van het kosteloos karakter is niet altijd evident.

Overeenkomstig het beginsel “*actori incumbit probatio*” (art. 870 Ger. W.; art. 1315 B.W.) is elke partij ertoe gehouden het bewijs te leveren van datgene wat hij beweert. Het bewijs van het kosteloos karakter van de persoonlijke zekerheid zal dus in beginsel geleverd moeten worden door degene die zich erop beroept. Dit impliceert dat de borg die zijn bevrijding vraagt, zou moeten aantonen dat hij voldoet aan de toepassingsvoorwaarden en kosteloos een persoonlijke zekerheid heeft gesteld⁹⁴. Dat betekent dat de borg het bewijs van een negatief feit, nl. ik heb geen belang bij de zekerheidstelling, zal moeten leveren⁹⁵. Dergelijke bewijslast is bijzonder zwaar, zodat de rechtbanken in de praktijk vaak beslissen tot een verdeling van de bewijslast. Wanneer de borg aannemelijk kan maken dat hij kosteloos de zekerheid heeft verstrekt, komt het aan de schuldeiser toe om te bewijzen dat de borg wel een belang heeft⁹⁶.

27. Bij de invoering van de wet van 3 juni 2007 anticiperde de wetgever op deze bewijsproblemen en legde de

bewijslast inzake het kosteloos karakter wettelijk vast. Artikel 2043ter B.W. stelt dat de bewijslast om aan te tonen dat de borgtocht niet kosteloos werd verstrekt, bij de schuldeiser ligt. Met andere woorden, er wordt een vermoeden van kosteloosheid in hoofde van de borg ingevoerd⁹⁷.

Het lijkt verdedigbaar om dit vermoeden van kosteloosheid ook toe te passen bij de bevrijdingsprocedures van de kosteloze persoonlijke zekerheidstellers in het insolventierecht⁹⁸.

Het vermoeden van kosteloosheid in hoofde van de borg of de kosteloze persoonlijke zekerheidsteller leidt niet tot een automatische toepassing van de regels. Er geldt immers in alle regimes een tweede toepassingsvoorwaarde nl. het onevenwicht tussen de verbintenis en het vermogen. De bewijslast inzake dit onevenwicht rust steeds op de borg of de persoonlijke zekerheidsteller (art. 870 Ger. W.; 1315 B.W.)⁹⁹. Op deze manier is de bewijslast evenwichtig verdeeld.

C. Bevoegde rechtbank

28. De veelheid aan beschermingsregels van de kosteloze borg, dan wel de kosteloze persoonlijke zekerheidsteller, leidt ertoe dat verschillende rechtbanken uitspraak zullen kunnen doen over deze samenhangende kwesties.

We moeten in de eerste plaats de verschillende regimes onderscheiden: de bescherming van de kosteloze borg werkt in beginsel preventief, terwijl de bevrijding van de kosteloze persoonlijke zekerheidsteller in het raam van een insolventieprocedure curatief werkt. De eerste groep regels wil voorkomen dat iemand zich borg stelt voor een verbintenis die disproportioneel is aan zijn vermogen, de tweede groep regels wil een persoonlijke zekerheidsteller te hulp snellen die zijn verbintenis niet kan nakomen wegens een onevenwicht met zijn vermogen. Wanneer de eerste groep regels goed werkt, zou de tweede groep regels in principe overbodig moeten worden, aangezien men op voorhand voorkomt dat iemand zich onterecht borg stelt. Toch zijn hier heel wat bemerkingen bij te maken. De eerste opmerking is het feit dat het vermogen van de borg kan evolueren. Een bemiddelde borg kan tegenspoed kennen en zijn vermogen verlie-

⁹³. Zie in deze zin ook amendement voorgesteld door H. Vandenberghe, *Parl. St.* Senaat 2006-07, nr. 3 2056/2, 1.

⁹⁴. Kh. Turnhout 10 januari 2006, *R.W.* 2005-06, 1312; Luik 28 juni 2007, *J.T.* 2007, 838.

⁹⁵. Zie hierover ook, A. DE WILDE, “Actualia inzake kosteloze borgtocht”, in B. ALLEMEERSCH en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 154, nr. 42.

⁹⁶. Zie over de verdeling van de bewijslast, 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.), *Themis insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2006, 18, nr. 17, met verwijzingen naar onuitgegeven rechtspraak.

⁹⁷. E. DIRIX, “De kosteloze borgtocht”, *R.W.* 2007-08, 220, nr. 6; A. DE WILDE, “Actualia inzake kosteloze borgtocht”, in B. ALLEMEERSCH en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 154, nr. 41. Zie voor kritiek hierop, L. DU JARDIN, “Vers un droit commun des garanties personnelles? La loi relative au cautionnement à titre gratuit”, *T.B.B.R.* 2008, 209-210. Zie ook C. CAUFFMAN en B. MAILLEUX, “De nieuwe wet met betrekking tot de kosteloze borgtocht”, *Not. Fisc. M.* 2007, 245, nr. 32, die een vermoeden van niet-kosteloosheid in hoofde van zaakvoerders en bestuurders voorstellen, waardoor de bewijslast voor deze groepen verschuift naar de borgsteller-zaakvoerder of bestuurder.

⁹⁸. In deze zin ook, C. CAUFFMAN en B. MAILLEUX, “De nieuwe wet met betrekking tot de kosteloze borgtocht”, *Not. Fisc. M.* 2007, 245, nr. 33.

⁹⁹. E. DIRIX, “De kosteloze borgtocht”, *R.W.* 2007-08, 222, nr. 13; A. DE WILDE, “Actualia inzake kosteloze borgtocht”, in B. ALLEMEERSCH en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 154, nr. 41.

zen, waardoor hij op een later tijdstip toch bescherming nodig heeft. Een tweede opmerking betreft het verschillende toepassingsgebied: de bescherming in het Burgerlijk Wetboek blijft beperkt tot de borggen, terwijl de bevrijdingsregels uit het insolventierecht alle persoonlijke zekerheidstellers betreffen. Beide groepen van regels kunnen dus nuttig naast elkaar blijven bestaan. Dit neemt niet weg dat het wellicht veel beter zou zijn om te streven naar een ééngemaakt beschermingsregime in het Burgerlijk Wetboek voor alle persoonlijke zekerheidstellers los van elke insolventieprocedure¹⁰⁰.

Op heden worden we nog steeds geconfronteerd met verschillende beschermingsregels die cumulatief kunnen worden toegepast. Dit kan leiden tot een verward kluwen van procedures. Laten we de verschillende opties bekijken van een kosteloze borg.

29. Problemen die zich stellen bij de toepassing van de regels uit het Burgerlijk Wetboek zullen voorgelegd worden aan de rechtbank van eerste aanleg, of aan de vrederechter indien het een geschil betreft dat minder bedraagt dan 1.860 EUR. Wanneer echter de schuldeiser gedagvaard wordt, zal dit in beginsel gebeuren voor de rechtbank van koophandel, aangezien de schuldeiser noodzakelijkerwijze een verkoper moet zijn in de zin van artikel 1 WHPC¹⁰¹. Betwistingen kunnen o.a. rijzen over het kosteloos karakter, over het kennelijk onevenwicht tussen de borgverbintenis en het vermogen (op het ogenblik van de totstandkoming van de overeenkomst), over de naleving van de vormvereisten van de kosteloze borgtocht, over de hoogte en de duur van de gehoudenheid. De meeste van deze bepalingen zijn voorgeschreven op straffe van nietigheid, zodat de kans bestaat dat de borgtochtverbintenis verdwijnt. De rechter zal veelal moeten oordelen over de situatie zoals deze bestond bij de totstandkoming van de borgtochtovereenkomst.

Vaak zullen de betwistingen ontstaan op het moment dat de schuldeiser de borg aanspreekt tot betaling. De schuldeiser zal dit meestal doen wanneer duidelijk wordt dat de hoofdschuldenaar zijn verbintenis niet zal nakomen. De kans is niet irreëel dat de hoofdschuldenaar in dat geval afstevent op een faillissement of voldoet aan de voorwaarden van een collectieve schuldenregeling. Dit brengt de borgtocht onder het toepassingsgebied van de bevrijdingsregels uit het insolventierecht.

30. Bij een faillissement van de hoofdschuldenaar zal de kosteloze borg zich voor zijn bevrijding kunnen wenden tot de rechtbank van koophandel. De rechtbank van koophandel is exclusief bevoegd om de kosteloze borg te bevrijden op basis van artikel 80 Faill.W.¹⁰², terwijl de andere burgerlijke rechtbanken in beginsel bevoegd blijven om te oordelen over de titel en de uitvoering ervan (met inbegrip van de beschermingsregels uit het B.W.). In de praktijk komt het echter voor dat de rechtbank van koophandel ook uitspraak doet over de gehoudenheid van de borg ten gronde op basis van artikel 563 Ger. W.¹⁰³. Nu de regels inzake kosteloze borgtocht tevens verband houden met de gehoudenheid van de borg, is het niet uitgesloten dat de rechtbank van koophandel ook deze regels zal moeten toetsen. Zo zou een kosteloze borg bijvoorbeeld in ondergeschikte orde bij zijn verzoek tot bevrijding kunnen opwerpen dat de borgtocht nietig was wegens een kennelijk onevenwicht tussen de verbintenis en zijn vermogen bij het sluiten van de borgtochtovereenkomst^{104,105}.

De exclusieve bevoegdheid van de rechtbank van koophandel inzake bevrijding neemt niet weg dat ook andere burgerlijke rechtbanken rekening zullen moeten houden met de regels uit de Faillissementswet. Zoals reeds hoger gesteld, worden alle middelen van tenuitvoerlegging geschorst in hoofde van de kosteloze persoonlijke zekerheidsteller vanaf het faillissementsvonnis tot de uitspraak over de bevrijding, dan wel de sluiting van het faillissement. Deze schorsing van de middelen van tenuitvoerlegging is echter beperkt tot de kosteloze persoonlijke zekerheidsteller. Dit betekent dat de beslagrechter gevat kan worden voor een uitvoerend beslag, waarbij hij zal moeten oordelen of de toepassingsvoorwaarden voor de schorsing (en de eventueel daarop volgende bevrijding) al dan niet vervuld zijn. Het gaat hier om een *prima facie*-beoordeling.

Dezelfde regels gelden *mutadis mutandis* in het geval een collectieve schuldenregeling wordt toegekend aan de hoofdschuldenaar, of indien deze hoofdschuldenaar aan de toepassingsvoorwaarden van de collectieve schuldenregeling voldoet. In deze hypothese is de arbeidsrechtbank exclusief bevoegd voor de bevrijding van de kosteloze persoonlijke borg.

31. Het mag duidelijk zijn dat er heel wat verschillende rechtbanken (de verschillen kunnen zich zowel op territo-

^{100.} In dezelfde zin, A. DE WILDE, "Actualia inzake kosteloze borgtocht", in B. ALLEMEERSCH en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 160-161, nr. 40.

^{101.} Tenzij het bedrag van de vordering kleiner is dan 1.860 EUR, in welk geval de vrederechter bevoegd is.

^{102.} De bevoegdheid van de rechtbank van koophandel inzake de bevrijding van de kosteloze persoonlijke zekerheidsteller komt enigszins vreemd over. In de meerderheid van de gevallen zal de zekerheidsteller immers geen handelaar zijn. Bovendien staat de bevrijding op heden volledig los van de verschonbaarheid van de gefailleerde, zodat er geen echte band meer bestaat met het faillissement.

^{103.} Zie Luik 22 november 2007 en Kh. Namen 8 februari 2008, *onuitg.*, waar zowel het hof als de rechtbank de bevrijding van de borg weigeren en tegelijk ten gronde uitspraak doen over de gehoudenheid van de borg en de schuldeiser een uitvoerbare titel verschaffen.

^{104.} *Contra* C. CAUFFMAN en B. MAILLEUX, "De nieuwe wet met betrekking tot de kosteloze borgtocht", *Not. Fisc. M.* 2007, 257, nrs. 93-94.

^{105.} Dit betekent dus dat de rechtbank van koophandel 1) bij de bevrijding in de zin van art. 80 Faill.W. moet oordelen of er een onevenwicht is tussen de borgtochtverbintenis en het *huidig* vermogen en 2) bij de vordering tot nietigverklaring moet oordelen of er een *kennelijk* onevenwicht was tussen de borgtochtverbintenis en het vermogen *ten tijde van het sluiten van de borgtocht*.

riaal vlak¹⁰⁶, als op vlak van bevoegdheid situeren) vaak tegelijk uitspraak zullen moeten doen over de regels inzake kosteloze borg. Hieruit blijkt des te meer dat er bijzondere nood is aan een e nduidige interpretatie van het begrip. Zoniet dan zullen er onvermijdelijk tegenstrijdige beslissingen worden genomen, wanneer de ene rechter het kosteloos karakter wel aanneemt en de andere niet.

D. Kosteloze borgen overbeschermd?

32. Het is lovenswaardig dat de wetgever de meest kwetsbare borgen wil beschermen, maar men kan zich de vraag stellen of de bescherming niet te verregaand is. De verschillende regimes hanteren op bepaalde punten bijzonder strenge sancties.

De beschermingsregels uit het Burgerlijk Wetboek zijn meestal voorgeschreven op straffe van nietigheid. In de parlementaire voorbereiding is er zelfs sprake van absolute nietigheid¹⁰⁷. Ons inziens gaat dit te ver, aangezien de regels slechts de bescherming van particuliere belangen beogen. Een relatieve nietigheid beantwoordt veel beter aan de doel-

stelling van de wet, die uitdrukkelijk het systeem van borgtocht niet verregaand wou belasten¹⁰⁸.

Daarnaast kunnen we ons afvragen of een nietigheidssanctie in alle gevallen van niet-naleving de meest aangewezen en passende sanctie is. De sanctie waarbij de borgverbintenis verminderd wordt tot een bedrag dat wel haalbaar is voor de borg, is tegelijk menselijk en doet minder afbreuk aan het zekerhedensysteem¹⁰⁹.

Dezelfde kritiek kan geuit worden op de bevrijdingsregels in de Faillissementswet. Uit artikel 63 Faill.W. volgt immers dat de kosteloze persoonlijke zekerheidsteller automatisch bevrijd wordt van zijn verbintenis, wanneer de schuldeiser nalaat tijdig aangifte te doen van het bestaan van de kosteloze persoonlijke zekerheid bij de rechtbank van koophandel¹¹⁰. Deze sanctie lijkt buitensporig, aangezien men de terugbetalingsmogelijkheden van de persoonlijke zekerheidsteller volledig buiten beschouwing laat¹¹¹.

Deze regel komt des te streng over, nu deze aangifteplicht totaal niet bestaat voor schuldeisers in het raam van een collectieve schuldenregeling. Wellicht kan dit verschil succesvol aangekaart worden bij het Grondwettelijk Hof.

III. BESLUIT: EFFICIËNTIE EN NOODZAAK VAN DE BESCHERMINGSREGELS?

33. Uit bovenstaande bespreking blijkt dat er drie verschillende beschermingsregimes bestaan voor "kosteloze" borgen: specifieke regels die betrekking hebben op de totstandkoming van de kosteloze borgtocht en twee bevrijdingsprocedures voor kosteloze persoonlijke zekerheidstellers naar aanleiding van een faillissement of een (potentiële) collectieve schuldenregeling.

We stellen vast dat er twee verschillende toepassingsgebieden zijn: een regeling beperkt tot borgen en een regeling beperkt tot persoonlijke zekerheidstellers. Het hoeft weinig betoog dat dit nefast is¹¹². Om de zware formaliteiten en informatieverplichtingen te vermijden die verbonden zijn aan de kosteloze borgtocht, zou het volstaan om een andere

persoonlijke zekerheid te gebruiken, zoals de garantie of de hoofdelijkheid in de zin van artikel 1216 B.W.

Tweede vaststelling is de complexiteit die de gelijktijdige toepassing van de verschillende regels door verschillende rechtbanken met zich mee kan brengen. Kan het niet eenvoudiger door alle regels te integreren in één regime, dat exclusief zijn plaats krijgt in het Burgerlijk Wetboek. Wanneer men dergelijke aanpak overweegt, is het noodzakelijk om ook de andere relevante beschermingsregels zoals de bepalingen uit de Wet Consumentenkrediet bij de denkoefening te betrekken, zodat men tot één coherent geheel komt.

Bij de ontwikkeling van een dergelijk eengemaakt systeem¹¹³ kan men zich ook de vraag stellen of het kosteloos

¹⁰⁶. Bv. een borg die de nietigheid van de borgtochtovereenkomst vordert voor de rechtbank van koophandel van de woonplaats van de schuldeiser (bv. Brussel) en tegelijk een verzoek tot bevrijding inleidt bij de rechtbank van koophandel bij wie het faillissement van de hoofdschuldenaar aanhangig is (bv. Antwerpen).

¹⁰⁷. Wetsontwerp met betrekking tot de kosteloze borgtocht, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 51 2730/001, 13.

¹⁰⁸. In die zin ook, C. CAUFFMAN en B. MAILLEUX, "De nieuwe wet met betrekking tot de kosteloze borgtocht", *Not. Fisc. M.* 2007, 247, nr. 42; G. SUPPLY en S. REMMERY, "Kosteloze borg", *NjW* 2008, 244, nr. 22; C. ENGELS, "De kosteloze borgtocht", *Rechtskroniek voor het notariaat 2007-08*, deel 12, 201, nr. 17; S. DEVOS, "De bescherming van de kosteloze borg", *NNK* 2008, 51, nr. 11. *Contra* K. TROCH, "Actuele ontwikkelingen inzake de borgtocht", *T. Fin. R.* 2008, 47, nr. 29.

¹⁰⁹. In die zin ook C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, "La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit", in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, nr. 100, Luik, Anthemis, 2008, 53, nr. 34.

¹¹⁰. Om deze zware sanctie te vermijden, is het bijgevolg aangewezen dat schuldeisers aangifte doen van alle persoonlijke zekerheden gesteld door natuurlijke personen, met eventueel een voorbehoud omtrent het kosteloos karakter. Het komt dan aan de rechtbank toe om te oordelen over het vervuld zijn van de toepassingsvoorwaarden.

¹¹¹. In die zin ook, G. SUPPLY en S. REMMERY, "Kosteloze borg", *NjW* 2008, 240, nr. 5.

¹¹². Zie over dit verschillende toepassingsgebied ook de parlementaire vraag nr. 7 van 10 januari 2008, *Parl. Vr.* 2007-08, 2582-2583.

¹¹³. Zie in dit kader het "gedroomde" voorstel van C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, "La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit", in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, nr. 100, Luik, Anthemis, 2008, 99-100, nr. 96.

karakter van de borgstelling een goed onderscheidingscriterium is¹¹⁴. Het zou wellicht nuttiger zijn om in dit systeem een onderscheid te maken tussen ten eerste borgstellingen voor commerciële of professionele kredieten en borgstellingen voor particuliere kredieten¹¹⁵ en ten tweede particuliere borgen en borgen die optreden in het kader van hun beroepsbezigheid. In die zin is het Nederlandse systeem inspirerend met een aparte regeling voor “lekenborgen”, dit zijn natuurlijk personen die noch handelen in de uitoefening van hun beroep of bedrijf, noch ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, waarvan ze bestuurder zijn en alleen of met andere medebestuurders de meerderheid der aandelen hebben (art. 7:857 e.v. Ndl. B.W.)¹¹⁶.

Bij deze idealistische oplossingen hoort echter een kritische bedenking. Het risico is immers reëel dat de bankwereld totaal geen interesse meer zal hebben in zogenaamde kosteloze persoonlijke zekerheden¹¹⁷, indien de mogelijkheid van bevrijding van de persoonlijke zekerheidsteller behouden blijft. Wanneer een zekerheid geen “zekerheid” kan bieden en zoals nu omringd wordt met allerlei formaliteiten en verplichtingen, is dit instrument niet meer interessant. Het werd al meermaals onderstreept, de opkomst van de zakelijke zekerheden is onvermijdelijk. De soepele uitvoeringsmogelijkheden die de Wet Financiële Zekerheden biedt, vormt een extra pluspunt. Dan rest de vraag: is de bescherming van de kosteloze persoonlijke zekerheidstellers (die verondersteld worden de zwakste categorieën te zijn) zinvol, indien dit ertoe leidt dat er quasi geen kosteloze persoonlijke zekerhe-

den meer zullen worden gebruikt?

34. De tendens van (over?)bescherming van natuurlijke personen manifesteert zich de laatste jaren steeds meer in het insolventierecht. Naast de uitgebreide bescherming en bevrijding van de kosteloze persoonlijke zekerheidstellers, kunnen we verwijzen naar de veralgemening van de verschoonbaarheid en de automatische uitbreiding ervan naar de echtgenoot (nu ook de ex-echtgenoot)¹¹⁸, de vervroeging van de verschoonbaarheid¹¹⁹, de bescherming van de woonplaats van de zelfstandige natuurlijke persoon¹²⁰, enz. Dit in tegenstelling tot de situatie van de zaakvoerders en bestuurders die handeldrijven in het raam van een vennootschap. Hoewel hun privévermogen technisch afgescheiden is van het vermogen van de vennootschap bedreigen steeds meer regels dit privévermogen. Door de uitbreiding van de regels inzake persoonlijke aansprakelijkheid van zaakvoerders en bestuurders en de uitsluiting van de zaakvoerders en bestuurders van de bevrijdingsregels is het lot van de zaakvoerders en bestuurders gevoelig verslechterd ten aanzien van natuurlijke personen-handelaars.

Tot slot kunnen we ons afvragen of de bevrijding van de kosteloze zekerheidsteller als *deus ex machina* werkelijk zo noodzakelijk is. We mogen immers niet vergeten dat een borg bij onoverkomelijke financiële problemen beroep kan doen op de collectieve schuldenregeling of het faillissement. In dit kader kunnen desgevallend de schulden kwijtscholden worden, dan wel kan de schuldenaar verschoonbaar verklaard worden¹²¹.

¹¹⁴. Voor een pleidooi voor een ééngemaakt systeem voor kosteloze persoonlijke zekerheidstellers, zie L. DU JARDIN, “Vers un droit commun des garanties personnelles? La loi relative au cautionnement à titre gratuit”, *T.B.B.R.* 2008, 207-215.

¹¹⁵. A. CUYPERS, “De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept”, *Bank Fin. R.* 2007, 153, nr. 5.

¹¹⁶. A. DE WILDE, “Actualia inzake kosteloze borgtocht”, in B. ALLEMEERSCH en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 160-161, nr. 40.

¹¹⁷. Zie in die zin ook, A. CUYPERS, “De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept”, *Bank Fin. R.* 2007, 151-177, die op verschillende plaatsen in zijn bijdrage wijst op het weinig aantrekkelijk karakter op heden van de kosteloze borg. Er zijn teveel formaliteiten en verplichtingen én er is onzekerheid over het lot bij faillissement of (potentiële) collectieve schuldenregeling van de hoofdschuldenaar. Zie ook K. TROCH, “Actuele ontwikkelingen inzake de borgtocht”, *T. Fin. R.* 2008, 53, nr. 41.

¹¹⁸. Art. 82 Faill. W.

¹¹⁹. Art. 82 Faill. W.

¹²⁰. Wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV), *B.S.* 8 mei 2007, 3^{de} ed., inwerkingtreding 8 juni 2007.

¹²¹. Vgl. in die zin ook de redenering van het Arbitragehof in zijn arrest van 29 november 2007, *B.S.* 7 februari 2007, *J.L.M.B.* 2007, 460.