

Pour la cour, le passage du gérant de Tabavin vers Lyfra Partagro ne peut même pas être qualifié de mesure de concrétisation de la concentration. Selon la cour, un tel passage est en effet une pratique extrêmement courante dans la vie économique. Il s'ensuit qu'est sans incidence le fait que l'ex-gérant de Tabavin puisse ou non être à nouveau réintégré dans son ancienne fonction.

En ce qui concerne la cession anticipée de la clientèle existante, la cour prend en considération la composition spécifique du marché concerné lorsqu'elle apprécie si l'exécution anticipée modifie ou non durablement la structure du marché (Tabavin avait seulement 146 clients, ce qui constituait une part de marché qui représente suivant les parties 0,96% du marché. En outre, sur le marché concerné, il y avait une cinquantaine d'entreprises actives avec une part de marché inférieure à 3% et 6 entreprises disposant d'une part de marché entre 5 et 22%). Sur base de ces données, la cour décide que même si, en cas de rejet de la concentration, il serait apparu que la clientèle de Tabavin était restée fidèle au repreneur, cela n'aurait pas entraîné de conséquences significatives ni durables sur le marché.

On peut donc apparemment en déduire que toute modification de la structure du marché qui résulte d'une exécution anticipée d'une concentration notifiée ne constitue pas une infraction à l'article 12, § 4, LBC. Il ressort de la décision de la cour d'appel dans l'affaire commentée ici que l'impact sur la structure du marché doit être significatif, et qu'un mouvement de parts de marché entre les parties notifiantes de moins de 1% n'est manifestement pas considéré comme tel.

En outre, contrairement au Conseil de la concurrence, la cour d'appel ne s'oppose pas, en l'espèce, par principe à une cession anticipée à Lyfra Partagro de la clientèle existante de Tabavin. Dans la conception de la cour, la réversibilité de la transaction est en l'espèce suffisamment garantie eu égard au fait qu'une clause résolutoire a été attachée à l'approbation par le Conseil de la concurrence. Une telle clause résolutoire impliquerait qu'en cas de refus éventuel de la concentration, la clientèle existante de Tabavin au moment de la notification serait retournée automatiquement chez Tabavin. Lyfra Partagro devrait s'abstenir, en cas de décision négative éventuelle, d'encore approcher activement les clients de Tabavin.

On peut toutefois douter du fait que cette obligation dans le chef de Lyfra Partagro emporte également, pour les anciens clients de Tabavin qui ont été approchés activement par le repreneur au cours de la période précédant la décision du Conseil de la concurrence, l'obligation de s'approvisionner à nouveau auprès de Tabavin après le refus éventuel de la concentration par le Conseil. Cela ne semble pas être le cas, ce qui signifie que la concentration serait devenue – partiellement – irréversible.

Par cette décision, la cour d'appel semble interpréter l'obligation de suspension contenue à l'article 12, § 4, LBC de

façon remarquablement moins large que le Conseil de la concurrence. Elle a en tout cas laissé plus d'espace pour une exécution (partielle) anticipée des concentrations notifiées, même lorsque celles-ci portent sur la cession d'immobilisations incorporelles, comme la clientèle.

Jan Bocken  
Assistant droit européen, Université Gand  
Avocat à Bruxelles

*L'arrêt commenté sera publié intégralement, accompagné d'une note plus complète de Johan Ysewyn et Thomas Franchoo, dans un prochain numéro.*

---

## VREDEGERECHT BRUGGE

### 16 OKTOBER 2003

---

#### FAILLISSEMENT

#### **Verschoonbaarheid – Gevolgen – Bevrijding van de echtgenoot van de gefailleerde – Vervolg van de schuldeiser tijdens de overgangperiode – Rechtsmisbruik**

*Zet.: A. Billiet*

*Pl.: Mrs. P. Tanghe en J. De Nolf*

*KBC Bank NV/Vanderyse*

1. In deze zaak vorderde de bank van de echtgenote van de gefailleerde de uitvoering van de loonoverdracht die deze op 6 februari 2001 had getekend als garantie voor verschillende kredieten die waarschijnlijk<sup>45</sup> aan haar en aan de gefailleerde waren toegestaan in het kader van de handelsactiviteiten van deze laatste.

Op 27 juni 2003 wordt de echtgenoot failliet verklaard. De bank meent niettemin onmiddellijk de uitvoering van de loonoverdracht van de echtgenote te kunnen bekomen. Dit stuit echter op het verzet van de echtgenote. Zij beroept zich hiervoor op de figuur van het rechtsmisbruik in hoofde van de bank omdat deze de schuldvordering tijdens de faillissementsprocedure tracht te recupereren van de echtgenote van de gefailleerde, terwijl niet getwijfeld kan worden aan de verschoonbaarheid van haar man en – bijgevolg – aan het tenietgaan van de schuldvordering van de bank aangezien de

<sup>45.</sup> Uit de bewoordingen van het vonnis van 16 oktober 2003 blijkt niet duidelijk in welke hoedanigheid de echtgenote gehouden is voor de schulden van haar man: als borg "uit vrijgevigheid" of als medeschuldenaar in de betekenis van "persoonlijk gehouden zijn voor de schulden van de man"? Het gebruik van de term "verweerders" die tegenover de bank verbonden zijn door verschillende kredieten laat toe te veronderstellen dat de gefailleerde en de echtgenote hoofdelijke medeschuldenaars zijn ten aanzien van de bank, dat de echtgenote zich vrijwillig verbonden heeft voor de schuld van haar man (de gefailleerde) en dat zij ook voordeel kan halen uit de verschoonbaarheid van haar man.

verschoonbaarheid sinds de wet van 4 september 2002<sup>46</sup> een recht is geworden van de ongelukkige gefailleerde die te goeder trouw handelt.

De bank stelt dat de verschoonbaarheid slechts gevolgen sorteert vanaf het vonnis waarin de verschoonbaarheid wordt toegekend en dat diegenen die zich aan de gefailleerde hebben verbonden tijdens deze periode door de schuldeisers vervolgd kunnen worden.

De vrederechter gaat over tot een analyse van de rechtsleer en de rechtspraak over de verschoonbaarheid "nieuwe stijl" en stelt op basis hiervan de echtgenote in het gelijk. De vordering van de bank wordt afgewezen.

2. De verschoonbaarheid en zijn gevolgen voor de echtgenot(e) van de gefailleerde vormen de kern van dit interessante vonnis van het Vrederecht van Brugge.

Zoals men weet, werd het regime van de verschoonbaarheid voor natuurlijke personen aanzienlijk gewijzigd door de Reparatiewet van 4 september 2002. Deze wijzigingen zijn niet van toepassing op rechtspersonen en op bepaalde gefailleerde natuurlijke personen die een strafrechtelijke veroordeling hebben opgelopen of die als bewaarnemer, voogd, beheerder of andere rekenplichtige niet tijdig rekening en verantwoording heeft gedaan en niet tijdig heeft afgerekend<sup>47</sup>.

In de wet wordt de verschoonbaarheid niet beschouwd als een gunst maar als een recht van de gefailleerde<sup>48</sup> wanneer de door de wet opgelegde voorwaarden<sup>49</sup> (ongelukkig en te goeder trouw zijn) vervuld zijn. De wet wijzigde ook een aantal procedurele aspecten van de verschoonbaarheid. Het is evenwel in dit verband, en meer bepaald inzake de borg en de echtgenoot van de gefailleerde, dat de Wet van 4 september 2002 het voorwerp uitmaakte van commentaar en geschillen.

<sup>46</sup> B.S. 21 september 2002, p. 42928.

<sup>47</sup> Art. 81, 2° van de Faillissementswet, zoals gewijzigd door de Wet van 4 september 2002. Zie in verband met dit artikel ook Arbitragehof 22 januari 2003, *T.B.H.* 2003, p. 318, Arbitragehof 3 april 2003, rolnummer 2629 en Arbitragehof 11 februari 2004, nummer 28/2004, rolnummer 2853; G.-A. DAL, "L'excusabilité dans la loi du 4 septembre 2002: réparation ou bricolage?", *J.T.* 2003, p. 635; M. VANMEENEN en B. WINDEY, "Recente wijzigingen inzake faillissement", *NjW* nr. 11, 27 november 2002, p. 380; A. DE WILDE, *De Nieuwe faillissementswetgeving* 1 maart 2004, Antwerpen, Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten, p. 17-19.

<sup>48</sup> G.-A. DAL, *o.c.*, p. 634. Dit is evenwel geen automatisme. De rechter behoudt een bepaalde beoordelingsbevoegdheid met betrekking tot de vervulling van de voorwaarden voor het toestaan van de verschoonbaarheid. F. T'KINT en W. DERIJCKE, "Une caution n'est pas l'autre: sévérité jurisprudentielle passée dans l'attente d'une bienveillance législative à venir (?)", *T.B.H.* 2002, p. 413.

<sup>49</sup> Onder de Wet van 1997 beschikte de rechter in dit verband over geen enkele richtlijn: G.-A. DAL, *o.c.*, p. 634; F. T'KINT en W. DERIJCKE, *o.c.*, p. 417. Eerste toepassingsgevallen in de rechtspraak over de voorwaarden: Gent 2 december 2002, *NjW* 2003, p. 1005, noot M.T.; Kh. Tongeren 5 december 2002, *R.W.* 2003-04, p. 638; Kh. Tongeren 24 oktober 2002, *R.W.* 2003-04, p. 638.

3. Vooral dit laatste aspect trekt hier onze aandacht.

De huidige tekst van artikel 82 van de Faillissementswet<sup>50</sup> laat geen enkele twijfel over het lot van de schuld van de gefailleerde wanneer deze verschoonbaar wordt verklaard: in tegenstelling tot hetgeen op 16 november 2001 door het Hof van Cassatie werd beslist met betrekking tot het oude artikel 82 van de Wet van 8 augustus 1997<sup>51</sup>, gaat deze schuld teniet.

De wetgever wou duidelijk afstand nemen van deze beslissing van het Hof van Cassatie. De vraag is echter of hij aan alle gevolgen van zijn regeling heeft gedacht, met name op het verbintenisrechtelijk vlak<sup>52</sup> en op het vlak van de zekerheden die verbonden zijn aan de schulden van de gefailleerde<sup>53</sup>. Het tenietgaan van de schulden van de gefailleerde lijkt niet absoluut te zijn vermits het enkel zou gelden voor de gefailleerde persoonlijk<sup>54</sup> en niet voor zijn borgen of medeschuldenaars, evenwel met uitzondering van de borgen "uit vrijgevigheid" en van de echtgenote van de gefailleerde die zich persoonlijk verbonden heeft voor de schulden van haar echtgenoot.

Zoals in de rechtsleer<sup>55</sup> werd aangehaald, blijkt hieruit een gebrek aan samenhang met de wetgeving inzake de borg. Bovendien lokken de kosteloze borgstelling en het concept "persoonlijk gehouden zijn voor de schuld" in de rechtsleer heel wat commentaar uit<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> Dit artikel bepaalt: "De verschoonbaarheid doet de schulden van de gefailleerde teniet en ontslaat de natuurlijke personen die zich kosteloos borg hebben gesteld voor een verbintenis van de gefailleerde van hun verplichtingen.

*De echtgenoot van de gefailleerde die zich persoonlijk aansprakelijk heeft gesteld voor de schuld van deze laatste, wordt ingevolge de verschoonbaarheid bevrijd van die verplichting.*

*De verschoonbaarheid heeft noch gevolgen voor de onderhoudschulden, noch voor de schulden voortvloeiend uit de verplichting tot herstel van de schade verbonden aan het overlijden of aan de aantasting van de lichamelijke integriteit van een persoon waaraan de gefailleerde schuld heeft".*

<sup>51</sup> Cass. 16 november 2001, *T.B.H.* 2002, p. 34: volgens het Hof van Cassatie houdt art. 82 van de Faillissementswet inzake de verschoonbaarheid in "dat de verschoonbaarheid van de gefailleerde niet het tenietgaan van zijn schulden tot gevolg heeft. Overwegende dat de rechtbank van koophandel de gefailleerde verschoonbaar verklaart wanneer er redenen voorhanden zijn die verband houden met de persoon en het gedrag van de gefailleerde, zodat de verschoonbaarheid geen exceptie is die de schuld zelf betreft, maar een exceptie is die enkel de schuldenaar persoonlijk betreft, in de zin van artikel 2036 van het Burgerlijk Wetboek".

<sup>52</sup> M. VANMEENEN en B. WINDEY, *o.c.*, p. 380.

<sup>53</sup> Uit het tenietgaan van een schuld volgt in principe zijn verdwijning, alsook de bevrijding van de schuldenaar. Bijgevolg leidt zij ook tot diens bevrijding wat de *accessoria* (zekerheden, borg, ...) betreft. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, 1942, p. 361, nr. 389. Creyf gaat zeer ver in zijn analyse van de gevolgen van het tenietgaan op de door de gefailleerde toegestane zekerheden, K. CREYF, "De gevolgen voor de borg of de echtgenoot bij bevrijding of kwijtschelding van schulden in het insolventierecht", *R.W.* 2002-03, p. 445. Zie ook het debat over de zakelijke borg, A. DE WILDE, *o.c.*, p. 25.

<sup>54</sup> Hiermee lijkt de wetgever de beslissing van het Hof van Cassatie van 16 november 2001 te volgen, M. VANMEENEN en B. WINDEY, *o.c.*, p. 381.

<sup>55</sup> F. T'KINT en W. DERIJCKE, *o.c.*, p. 420.

<sup>56</sup> A. DE WILDE, *o.c.*, p. 25, 28 en 29.

De wetgever heeft nagelaten te verduidelijken welke schulden van de gefailleerde tenietgaan ten gevolge van de verschoonbaarheid<sup>57</sup>. Hij achtte het voldoende in artikel 82, derde lid te voorzien in twee uitzonderingen op het tenietgaan, enerzijds voor de onderhoudsschulden van de gefailleerde en anderzijds voor de schulden voortvloeiend uit de verplichting tot herstel van de schade verbonden aan het overlijden of aan de aantasting van de lichamelijke integriteit van een persoon waaraan de gefailleerde schuld heeft. De term “schulden” is bijgevolg niet voldoende duidelijk<sup>58</sup>.

Bovendien heeft het tenietgaan van de schulden van de gefailleerde geen terugwerkende kracht. Zodoende kan de schuldeiser de borg “uit vrijgevigheid” en de echtgenoot vervolgen vooraleer een vonnis wordt geveld waarin tot de verschoonbaarheid wordt besloten. Dit heeft belangrijke gevolgen wanneer deze personen al aan de schuldeiser betaald hebben: zij ondergaan immers geen subrogatie en krijgen geen terugvorderingsrecht op basis van de onverschuldigde betaling in geval van de verschoonbaarheid van de gefailleerde<sup>59</sup>.

De huidige regeling inzake de verschoonbaarheid geeft aanleiding tot verschillende gevallen van discriminatie die in de rechtsleer al aan bod kwamen<sup>60</sup> en die, in voorkomend geval, door het Arbitragehof moeten worden aangepakt<sup>61</sup>.

In de rechtsleer werd terecht gewezen op het bestaan van enkele onduidelijkheden in de huidige tekst van de wet met enkele perverse gevolgen die ingaan tegen de oorspronkelijke doelstellingen van de wetgever<sup>62</sup>. Hoewel de wetgever deze verschillende problemen wel opgemerkt heeft<sup>63</sup>, lijkt

hij het aan de rechtspraak – en meer bepaald aan het Arbitragehof – over te laten om deze op te lossen<sup>64</sup>.

4. Niettegenstaande het feit dat de Wet van 2002 bepaalde lacunes op het vlak van de verschoonbaarheid uit de Wet van 1997 herstelde, heeft zij dus ook nieuwe lacunes doen ontstaan. Het is één van deze lacunes, met name de uitoefening door de schuldeiser van zijn rechten tegen de echtgenoot van de gefailleerde vóór de toekenning van de verschoonbaarheid, die het voorwerp van het vonnis van 16 oktober 2003 uitmaakt.

De wetgever heeft duidelijk niet willen voorzien in de opschorting van de vervolging door de schuldeiser van de borg of de echtgenote van de gefailleerde in afwachting van een vonnis over de verschoonbaarheid van de gefailleerde<sup>65</sup>.

Zoals uit de rechtsleer blijkt, vergemakkelijkt een dergelijk systeem de aanpak van de borg en/of de medeschuldenaars door de schuldeisers, leidt zo'n systeem tot een toename van het aantal dilatoire procedures door de borgen en de medeschuldenaars en bevordert het – in het algemeen – potentiële vormen van discriminatie<sup>66</sup>.

Hieromtrent stelde de burgerlijke Rechtbank van Luik in een interessant vonnis twee prejudiciële vragen aan het Arbitragehof<sup>67</sup>.

De Vrederechter van Brugge benadert dit probleem echter vanuit de invalshoek van het rechtsmisbruik. Na een minutieuze maar soevereine analyse van de feiten, oordeelt de rechter dat de bank misbruik maakte van haar recht door de uitvoering te eisen van de loonoverdracht die door de echtgenote van de gefailleerde was getekend. Zo besteedt de

<sup>57</sup>. G-A. DAL, *o.c.*, p. 636.

<sup>58</sup>. M. VANMEENEN en B. WINDEY, *o.c.*, p. 382.

<sup>59</sup>. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, editie 2003, Kluwer, p. 619; M. VANMEENEN en B. WINDEY, *o.c.*, p. 38; K. CREYF, *o.c.*, p. 446.

<sup>60</sup>. Het is onmogelijk om in het bestek van deze noot een uitgebreid overzicht te geven van alle potentiële gevallen van discriminatie die in de rechtsleer beproven zijn. Een verwijzing naar de rechtsleer waarin dit onderwerp aangesneden wordt, lijkt meer gepast: S. BRIJS, “Fresh Start en Discharge ingevoerd in het Belgische insolventierecht: een tweede kans voor de wetgever?”, in *Liber Amicorum Ph. Gérard*, Brussel, Bruylant, 2002, p. 169, nr. 19 tot 28; C. LEBON, “Beter morgen dan vandaag? De bevrijding van de borg van de verschoonbaar verklaarde gefailleerde volgens de Faillissementswet van 1997 en volgens het Ontwerp ‘Reparatiewet’ Faillissement”, *T.B.H.* 2002, p. 429; E. DIRIX, “Borgtocht in het ontwerp reparatiewet faillissement: omwille van je blauwe ogen”, *R.W.* 2001-02, p. 716; M. VANMEENEN en B. WINDEY, *o.c.*, p. 382.

<sup>61</sup>. *Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-877/8, p. 85. Zie ook het arrest van het Arbitragehof van 29 januari 2004 inzake een beroep tot nietigverklaring van art. 81, 1° op grond waarvan een gefailleerde rechtspersoon niet verschoonbaar kan worden verklaard, het woord “kosteloos” in art. 82 en een prejudiciële vraag van de Rechtbank van Eerste Aanleg van Dinant in de zaak nr. 2789, Arbitragehof 29 januari 2004, nr. 19/2004, rolnummer 2674.

<sup>62</sup>. M. VANMEENEN en B. WINDEY, “Recente wijzigingen inzake faillissement”, *NjW* nr. 11, 27 november 2002, p. 380-381.

<sup>63</sup>. Zie de debatten en de voorgestelde amendementen in het kader van het wetsontwerp tot wijziging van de Faillissementswet van 8 augustus 1997, het Gerechtelijk Wetboek en het Wetboek van vennootschappen, *Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-877/8, p. 80-86.

<sup>64</sup>. Volgens de minister was het de bedoeling de tekst in overeenstemming te brengen met de rechtspraak van het Arbitragehof, *Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-877/8, p. 85.

<sup>65</sup>. *Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-877/8, p. 86; P. HENFLING, “Excusabilité du failli: faut-il déclarer le législateur excusable”, in *Le tribunal de commerce: un acteur de la vie économique*, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2003, p. 177.

<sup>66</sup>. G-A. DAL, “L’excusabilité dans la loi du 4 septembre 2002, réparation ou bricolage”, *J.T.* 2003, p. 637.

<sup>67</sup>. Rb. Luik 21 januari 2004, *J.L.M.B.* 2004, p. 561. De rechtbank stelde deze prejudiciële vragen:

– schenden de artt. 25, 26 en 82 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997, zoals gewijzigd bij de Wet van 4 september 2002, de artt. 10 en 11 van de Grondwet doordat de verschoonbaar verklaarde gefailleerde de gevolgen van de verschoonbaarheid ten volle zal genieten voor het passief dat bij de sluiting van het faillissement onbetaald is, terwijl de echtgenoot of borg van de gefailleerde de facto dat voordeel kan worden ontnomen doordat de middelen van tenuitvoerlegging die tegen hen worden aangewend, niet zijn geschorst?

– schenden de art. 25, 26 en 82 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997, zoals gewijzigd bij de Wet van 4 september 2002, de artt. 10 en 11 van de Grondwet doordat de verschoonbaar verklaarde gefailleerde de gevolgen van de verschoonbaarheid ten volle zal genieten voor het passief dat bij de sluiting van het faillissement onbetaald is, terwijl de echtgenoot of borg van de gefailleerde de facto dat voordeel kan worden ontnomen doordat de middelen van tenuitvoerlegging die tegen hen worden aangewend, niet zijn geschorst?

vrede rechter bijzondere aandacht aan het bijkomstige karakter van de loonoverdracht ten opzichte van de hoofdschuld en aan het feit dat het lot van de hoofdschuld onzeker is vermits deze door de verschoonbaarheid van de gefailleerde kan tenietgaan. De rechter acht rechtsmisbruik in hoofde van de bank mogelijk wanneer deze aandringt op de uitvoering van zekerheden vóór een beslissing over de verschoonbaarheid van de gefailleerde is gevallen aangezien de gefailleerde en zijn echtgenote niet in staat zijn om het verloop en de beëindiging van de faillissementsprocedure te bespoedigen. Hij bestempelt de handelswijze van de bank als bijzonder deloyaal aangezien zij de uitvoering van een recente loonoverdracht ter dekking van oudere kredieten tracht te bekomen hoewel aan de verschoonbaarheid van de gefailleerde niet getwijfeld kan worden en de bank over voldoende andere zekerheden beschikt. Vervolgens gaat de rechter over tot de afweging van de belangen van de bank, van de gefailleerde, van diens echtgenote en meer bepaald van hun familiale situatie. Op basis hiervan verwerpt hij de eis van de bank en verwijst hierbij naar de wil van de wetgever om de regelgeving menselijker te maken.

In voorliggend geval koos de vrede rechter dus voor een praktische oplossing van het geschil zonder aan het Arbitragehof een prejudiciële vraag voor te leggen over de eventuele discriminatie tussen de borgen/echtgenoten die door de schuldeiser vervolgd worden tijdens de overgangperiode, zijnde de periode tussen het declaratieve faillissementsvonnis en een eventueel vonnis tot toekenning van de verschoonbaarheid van de gefailleerde. Op dit vlak verschilt deze aanpak met die van de burgerlijke rechtbank van Luik die in een vonnis van 21 januari 2004 hieromtrent twee prejudiciële vragen stelde aan het Arbitragehof<sup>68</sup>.

Op het vlak van de bevrijding van de borg en van de echtgenote van de gefailleerde wou de wetgever – zie hieromtrent ook de kritiek van de rechtsleer<sup>69</sup> – de beoordelingsbevoegdheid van de rechter niet behouden op basis van het evenredigheidsbeginsel<sup>70</sup>. Anders dan in het arrest van het Arbitragehof van 28 maart 2002<sup>71</sup>, waarin geoordeeld werd dat artikel 82 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt in zoverre het op geen enkele wijze een rechter toestaat de echtgenoot of de borg van de verschoonbaar verklaarde gefailleerde van hun

verbintenis te bevrijden, heeft de wetgever evenwel gekozen voor een automatische band tussen de verschoonbaarheid van de gefailleerde en de bevrijding van de kosteloze borg en van de echtgenote van de gefailleerde die zich persoonlijk heeft verbonden tot de schulden van haar man<sup>72</sup>. Dit arrest van het Arbitragehof lokte heel wat kritiek uit<sup>73</sup> maar leek voor de vernietiging van het oude artikel 82 vooral het debat naar het onderwerp van de evenredigheid te willen verschuiven. Het feit dat een borg of een hoofdelijke medeschuldenaar van de gefailleerde niet kan genieten van de verschoonbaarheid is onevenredig gelet op de doelstelling van de wetgever, met name op een redelijke wijze de verschillende belangen afwegen in geval van een faillissement en tot een menselijke regeling komen waarin rekening wordt gehouden met alle belanghebbende partijen<sup>74</sup>. Door te voorzien in een automatisme ontnam de wetgever aan de rechter elke beoordelingsbevoegdheid.

De wetgever heeft bij de reparatie echter grijze zones overgelaten en potentiële gevallen van discriminatie gecreëerd<sup>75</sup>. Daardoor is de positie van de borg en van de echtgenoot van de gefailleerde nog brozer geworden en krijgt de rechter een ruime beoordelingsbevoegdheid. Dat is nu precies wat gebeurt in de rechtspraak inzake de vervolging van de borg of de echtgenote van de gefailleerde door een schuldeiser tijdens de overgangperiode. In de besproken beslissing wijst de rechter deze handelswijze af op grond van de figuur van het rechtsmisbruik na een afweging van de belangen van de partijen en met verwijzing naar de wil in hoofde van de wetgever van een meer humane regeling voor de borg en de echtgenote van de gefailleerde. In andere rechtspraak, zoals in het vonnis van de burgerlijke Rechtbank van Luik van 21 januari 2004, wordt dit probleem doorgeschoven naar het Arbitragehof.

Kan hieruit besloten worden dat de wetgever zijn doel heeft gemist? Mijn inziens wel.

Sophie Jacmain

Advocaat

Assistente aan de Vrije Universiteit te Brussel

<sup>68</sup>. Cf. supra.

<sup>69</sup>. E. DIRIX, "Borgtocht in het ontwerp reparatiewet faillissement: omwille van je blauwe ogen", *R.W.* 2001-02, n° 20, p. 717.

<sup>70</sup>. Nota van de Minister van Justitie betreffende art. 82 van de Faillissementswet: de gevolgen van de verschoonbaarheid, annex *Parl. St. Senaat* 2001-02, 2-877/8, p. 90-93.

<sup>71</sup>. Arbitragehof, arrest nr. 69/2002 van 28 maart 2002.

<sup>72</sup>. G.-A. DAL, *o.c.*, p. 636; A. DE WILDE, *o.c.*, p. 30.

<sup>73</sup>. C. LEBON, *o.c.*, p. 433-434; G.-A. DAL, *o.c.*, p. 636; F. T'KINT en W. DERIJCKE, *o.c.*, p. 414-415.

<sup>74</sup>. F. T'KINT en W. DERIJCKE, *o.c.*, p. 415.

<sup>75</sup>. Zie in dit verband de prejudiciële vragen van de Rechtbank van Eerste Aanleg van Leuven op 13 december 2002, rolnummer 2595, van de Rechtbank van Eerste Aanleg van Gent op 15 januari 2003, rolnummer 2608 en van het Hof van Beroep van Antwerpen op 30 januari 2003, rolnummer 2628, aangehaald door A. DEWILDE, *o.c.*, p. 30-31.