

# RECHTSLEER

## DOCTRINE

### FAILLISSEMENT/FAILLITE

## De Faillissementswet op de valreep aangepast: wie geen aangifte doet, is gezien!

Melissa Vanmeenen<sup>1</sup>

§ 1. Inleiding . . . . .	998
§ 2. Voorgeschiedenis . . . . .	998
§ 3. Mogelijkheid van bevrijding voor de kosteloze persoonlijke zekerheidsstellers – nieuw artikel 80 lid 3 Faill.W. . . . .	999
A. Toepassingsgebied . . . . .	999
B. Procedure . . . . .	1000
1. Het verzoek tot bevrijding . . . . .	1000
2. Proportionaliteitstest . . . . .	1001
3. Termijn . . . . .	1001
4. Schorsing van de middelen van tenuitvoerlegging – nieuw artikel 24bis Faill.W. . . . .	1001
§ 4. Verschoonbaarheid van de gefailleerde . . . . .	1002
A. Tijdstip van de verschoonbaarverklaring . . . . .	1002
B. (Her)bevestiging: artikelen 81 en 82 eerste zinsnede Faill.W. . . . .	1003
§ 5. Overgangsregeling . . . . .	1003
§ 6. Kritische bedenkingen . . . . .	1004
A. Vragen in verband met de draagwijdte van de toepassingsvoorwaarden . . . . .	1004
B. Toepasselijkheid van het regime van de bevrijding op de echtgenoot . . . . .	1005
C. De nieuwe opdracht van de rechtbank van koophandel . . . . .	1006
§ 7. Ten uitgeleide . . . . .	1006

### SAMENVATTING

*De wet van 20 juli 2005 heeft de Faillissementswet van 8 augustus 1997 op bepaalde punten ingrijpend gewijzigd. Opnieuw staan (de gevolgen van) de verschoonbaarheid centraal. In dit artikel worden deze nieuwe regels kritisch besproken en geëvalueerd. In de eerste plaats wordt dieper ingegaan op het nieuwe regime van de bevrijding van de personen die zich kosteloos persoonlijk zeker hebben gesteld. Daarna worden de wijzigingen met betrekking tot de verschoonbaarheid in hoofde van de gefailleerde behandeld. In laatste instantie wordt ruime aandacht besteed aan het overgangsregime.*

### RÉSUMÉ

*La loi du 20 juillet 2005 a sensiblement modifié sur certains points la loi sur les faillites du 8 août 1997. Les effets de l'excusabilité (re)trouvent une place centrale. Dans cet article, nous allons commenter et évaluer ces nouvelles règles d'un point de vue critique. En premier lieu, nous allons nous attacher au nouveau régime de la libération des personnes qui se sont portées caution personnelle à titre gratuit. Ensuite, nous aborderons les modifications relatives à l'excusabilité dans le chef du failli. Enfin, nous porterons notre attention au régime transitoire.*

<sup>1</sup> Aspirant FWO Vlaanderen K.U.Leuven.

## § 1. INLEIDING

1. De Faillissementswet<sup>2</sup> heeft de laatste drie jaar vele woelige stormen moeten doorstaan. In het oog van de storm stond de verschoonbaarheid en haar gevolgen voor de kosteloze borgen en echtgenoot, zoals ingevoerd door de Wet van 4 september 2002<sup>3</sup>. De discussies bereikten hun orgelpunt in het arbitragearrest van 30 juni 2004<sup>4</sup>: in dit arrest vernietigde het Hof artikel 81, 1° en artikel 82 eerste lid Faill.W.<sup>5</sup>. Om totale chaos te vermijden, werden de bepalingen tijdelijk gehandhaafd tot 31 juli 2005. Net vóór het verstrijken van deze deadline, kwam de wetgever met een totaal nieuwe regeling op de proppen in de wet van 20 juli 2005 tot wijziging van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 en houdende diverse fiscale bepalingen<sup>6</sup>. Deze bijdrage bespreekt

de wijzigingen die door de wet van 20 juli 2005 werden ingevoerd<sup>7</sup>.

Vooraleer dieper in te gaan op de concrete wijzigingen, wordt voor een goed begrip een beknopte samenvatting gegeven van het voorgaande regime en de bezwaren die het Arbitragehof hiertegen had (§ 2). Vervolgens wordt het nieuwe regime inzake de bevrijding van de kosteloze persoonlijke zekerheidsstellers<sup>8</sup> besproken (§ 3). Daarna komen de (ver)nieuw(d)e regels met betrekking tot de verschoonbaarheid van de gefailleerde aan bod (§ 4). Hierop volgt een overzicht van het overgangsregime (§ 5). De bijdrage wordt afgesloten met enkele kritische bedenkingen met betrekking tot de wijzigingen aangebracht door de wet van 20 juli 2005.

## § 2. VOORGESCHIEDENIS

2. Zoals reeds aangehaald, was het arbitragearrest van 30 juni 2004 de rechtstreekse aanleiding voor de invoering van de wet van 20 juli 2005. Dit arrest was één van de vele zaken<sup>9</sup> waarin het Hof een uitspraak moest doen over de grondwettelijkheid van de regels inzake de verschoonbaarheid zoals ingevoerd door de Wet van 4 september 2002. Deze wet introduceerde een automatische bevrijding van de kosteloze borgen naar aanleiding van de verschoonbaarheid

van de gefailleerde. De toenmalige versie van artikel 82 eerste lid Faill.W. stelde namelijk dat *“natuurlijke personen die zich kosteloos borg hebben gesteld voor een schuld van de gefailleerde door de verschoonbaarheid van deze gefailleerde automatisch worden bevrijd van hun verbintenis”*. Deze regel lokte, samen met andere nieuwigheden, veel kritiek uit in de rechtsleer<sup>10</sup>.

<sup>2</sup> Faillissementswet van 8 augustus 1997, *B.S.* 28 oktober 1997, *err. B.S.* 7 februari 2001 – verder geciteerd als “Faillissementswet” of “Faill.W.”

<sup>3</sup> Wet van 4 september 2002 tot wijziging van de Faillissementswet van 8 augustus 1997, het Gerechtelijk Wetboek en het Wetboek van Vennootschappen, *B.S.* 21 september 2002 – verder geciteerd als “Wet van 4 september 2002”.

<sup>4</sup> *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, *Juristenkrant* 2004, 7, noot M. STORME, *NjW* 2004, 1382, noot M. TISON.

<sup>5</sup> Zie hierover o.a. M. VANMEENEN, “De verschoonbaarheid – Het Arbitragehof hakt de knopen door...”, *R.W.* 2004-05, 666-670; J. WINDEY en K. DRIESEN, “Les effets de l’excusabilité sur la situation des cautions et du conjoint à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour d’arbitrage”, *T.B.H.* 2004, 889-898; P. HENRY en F. ABU DALU, “La Cour d’arbitrage et l’excusabilité: un difficile équilibre entre justice sociale et égalité”, *J.T.* 2005, 73-78; J. RENARD, “L’arrêt de la Cour d’arbitrage du 30 juin 2004 ou la faillite de l’excusabilité”, (noot onder Arbitragehof 30 juni 2004), *J.L.M.B.* 2004, 1316-1320.

<sup>6</sup> *B.S.* 28 juli 2005. Naast deze wet werden recent nog andere wijzigende wetten uitgevaardigd, m.n. de wet van 2 februari 2005 tot wijziging van art. 82 tweede lid van de Faill.W. (*B.S.* 21 februari 2005), de wet van 7 april 2005 tot wijziging van het K.B. nr. 4 van 29 december 1969 m.b.t. de teruggaven inzake BTW, de Faill.W. en het WIB 1992, strekkende tot een rechtvaardiger fiscale behandeling van de schuldeisers in het kader van een gerechtelijk akkoord of faillissement (*B.S.* 20 april 2005) en de wet van 15 juli 2005 tot aanvulling van de art. 10 en 46 van de Faillissementswet (*B.S.* 1 augustus 2005).

<sup>7</sup> Zie over deze wet ook bijdrage in oktobernummer van dit tijdschrift; A. Mombaerts, “De verschoonbaarheid – de wetgever maakt na aanbeveling van het Arbitragehof zijn huiswerk opnieuw in de tweede reparatiewet van 20 juli 2005”, *Fare Act.* 2005, afl. 2, 3-11 en B. Mailleux, “Bevrijding kosteloze borg. Wet van 20 juli 2005 past Faillissementswet aan”, *NjW* 2005, afl. 121, 938-941.

<sup>8</sup> Zie over de woordkeuze “zekerheidssteller”, B. Mailleux, “Bevrijding kosteloze borg”, *l.c.*, p. 938, voetnoot 2.

<sup>9</sup> Zie ook Arbitragehof van 29 januari 2004, 11 februari 2004, 5 mei 2004 (zaken 2004/0068 en 2004/0076), 12 mei 2004, 30 juni 2004, 28 oktober 2004, 12 januari 2005 (zaken 2005/002 en 2005/006), 27 april 2005 (zaken 2005/077, 2005/079 en 2005/081) en 11 mei 2005.

<sup>10</sup> Zie voor commentaar op de Wet van 4 september 2002 en de nieuwe regels inzake verschoonbaarheid in het bijzonder o.a. S. Brijs, “Fresh start en Discharge ingevoerd in het Belgische insolventierecht: een tweede kans voor de wetgever?”, in X. (ed.), *Liber Amicorum Philippe Gérard*, Brussel, Bruylant, 2002, 152-182; M. Vanmeenen en B. Windey, “Recente wijzigingen inzake faillissement. Wanneer repareren we de reparatiewet?”, *NjW* 2002, afl. 11, 372-382; T. Bosly en M. Alhadeff, “La loi de ‘réparation’ de la loi du 8 août 1997 sur les faillites: une nouvelle occasion manquée?”, *T.B.H.* 2002, 777-789; A. De Wilde, “Reparatiewet Faillissement”, *R.W.* 2002-03, 561-579; T. Lyssens, “Reparatiewet van 4 september 2002, een herstelling of een nieuwe bron van problemen”, *Fare Act.* 2002, afl. 1, 1-12; K. Creyf, “De gevolgen voor de borg of de echtgenoot bij bevrijding of kwijtschelding van schulden in het insolventierecht”, *R.W.* 2002-03, 441-457; A. Cuypers, “De verschoonbaarheid van de gefailleerde en de positie van de echtgenoot en de borgen in de gerepareerde Faillissementswet”, *T.B.H.* 2003, 267-285; W. Derijcke, “Recente ontwikkelingen in het faillissementsrecht”, in M. Tison, C. Van Acker en J. Cerfontaine (eds.), *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 515-542; M. Vanmeenen, “De Faillissementswet herbekeken”, in H. Cousy en E. Dirix (eds.), *Insolventierecht*, Cahier 20, Brugge, die Keure, 2003-04, 5-28; G.-A. Dal, “L’excusabilité dans la loi du 4 septembre 2002: réparation ou bricolage”, *J.T.* 2003, 633-637; S. Loosveld, “Het nieuwe artikel 82 Faillissementswet m.b.t. de gevolgen van de verschoonbaarheid”, *RAGB* 2003, 628-630; P. Henfling, “Excusabilité du failli: faut-il déclarer le législateur excusable?”, in X. (ed.), *Le Tribunal de commerce: un acteur de la vie économique*, Luik, Éd. du Jeune Barreau de Liège, 2003, 147-183; F. T’Kint en W. Derijcke, “Cautionnement et excusabilité du failli: quand le cautionnement survit à l’extinction de la dette garantie”, in Y. Pouillet, P. Wéry en P. Wynants (eds.), *Liber Amicorum Michel Coipel*, Brussel, Kluwer, 2004, 429-454.

In zijn arrest van 30 juni 2004 oordeelde het Hof dat het feit dat een kostloze borg van een rechtspersoon altijd uitgesloten was van de mogelijkheid op bevrijding, strijdig was met het gelijkheidsbeginsel. Dit principe vloeide voort uit de combinatie van de toenmalige artikelen 81, 1° Faill.W. (een rechtspersoon is uitgesloten van de verschoonbaarheid) en 82 eerste lid Faill.W. (de verschoonbaarheid van de gefailleerde ontslaat de natuurlijke persoon die zich kosteloos borg stelt van zijn verbintenis). Aangezien rechtspersonen niet verschoonbaar verklaard kunnen worden, konden kosteloze borgen van rechtspersonen nooit bevrijd worden. Het Hof benadrukte evenwel dat de bepalingen afzonderlijk niet ongrondwettig waren, enkel de combinatie ervan leidde tot een ongrondwettig resultaat. Toch liet het Hof duidelijk verstaan dat de toenmalige regels inzake de bevrijding van de kosteloze borgen niet bevreemdend waren. Vooral het automatisch karakter van de bevrijding, zonder enige controle van de vermogenstoestand van de borg, was te verregaand. Het Hof stelde dat de wetgever de schuldeisers daarmee een last

oplegde die niet redelijk verantwoord was ten aanzien van het doel dat hij nastreefde.

3. Deze overwegingen indachtig, stoomde de wetgever een nieuwe regeling klaar die de bevrijding van (onder andere) de borg volledig loskoppelt van de verschoonbaarheid en onderwerpt aan de beoordeling van de rechtbank van koophandel. De nieuwe regeling inzake bevrijding kent tegelijk een uitbreiding en een beperking van haar toepassingsgebied.

Naast de opmerkingen van het Arbitragehof hield de wetgever bij de opstelling van de wet van 20 juli 2005 ook rekening met andere knelpunten die door de rechtsleer werden opgeworpen m.b.t. de vroegere regels inzake bevrijding van de borg<sup>11</sup>.

Tot slot voorziet de wetgever ook een nieuwigheid inzake de verschoonbaarverklaring van de gefailleerde, naast de herbevestiging van enkele "oude" principes.

### § 3. MOGELIJKHEID VAN BEVRIJDING VOOR DE KOSTELOZE PERSOONLIJKE ZEKERHEIDSTELLERS – NIEUW ARTIKEL 80 LID 3 FAILL.W.

#### A. Toepassingsgebied

4. De mogelijkheid tot bevrijding staat open voor natuurlijke personen die zich kosteloos persoonlijk zeker hebben gesteld voor de gefailleerde. Er zijn dus twee cumulatieve toepassingsvoorwaarden: (1) een natuurlijke persoon die zich persoonlijk zeker heeft gesteld; (2) een kosteloze zekerheidstelling.

Wie moet begrepen worden onder de categorie *natuurlijke personen die zich persoonlijk zeker hebben gesteld voor de gefailleerde*? 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: namelijk de borg, maar ook de medeschuldenaar die handelt in de hoedanigheid van steller van een persoonlijke zekerheid"<sup>12</sup>. Het gaat met andere woorden om alle persoonlijke zekerheidstellingen. Van Quickenborne omschrijft een persoonlijke zekerheid als "een rechtsfiguur die tot doel en/of tot gevolg heeft aan de schuldeiser een bijkomende schuldenaar te bezorgen, op wiens vermogen hij zijn schuldvordering kan verhalen. De tweede schuldenaar verbindt er zich, subsidiair of hoofdelijk toe, de schuld van de schuldenaar te betalen, of

hij verbindt er zich toe een eigen schuld te betalen, waarvan de betaling de schuld van de schuldenaar geheel of gedeeltelijk zal uitdoven, zonder dat hij evenwel uiteindelijk zelf in de gewaarborgde schuld zal bijdragen"<sup>13</sup>.

Hieruit volgt dat het toepassingsgebied van de bevrijding niet langer beperkt is tot borgen, maar zich eveneens uitstrekt tot (bepaalde) medeschuldenaars. We kunnen hierbij verwijzen naar artikel 1216 B.W., dat stelt dat hoofdelijke medeschuldenaars, die zich verbinden ten aanzien van een schuld die hen niet aangaat, in de onderlinge verhouding slechts als borgen beschouwd worden. Deze nieuwe regeling komt tegemoet aan de kritiek in de rechtsleer dat de situatie van medeschuldenaars vaak vergelijkbaar is met die van borgen. Dit niettegenstaande het Arbitragehof geen probleem zag in de uitsluiting van de medeschuldenaars onder de vroegere regeling<sup>14</sup>.

Naast de borg en de hoofdelijke medeschuldenaar bestaan er nog andere voorbeelden van persoonlijke zekerheidsstellers o.a. de avalgever en de schuldenaar van een patronaatsverklaring<sup>15</sup>.

Een tweede belangrijk criterium voor een eventuele bevrijding is het *kosteloos karakter* van de persoonlijke zekerheidstelling. Dit criterium werd behouden uit het vorige regime,

<sup>11</sup>. Bv. de schorsing van de middelen van tenuitvoerlegging ten aanzien van de borgen tijdens een lopende faillissementsprocedure. Zie hierover o.a. M. DE THELJE en M. VANMEENEN, "Roeien met de gegeven riemen: een praktische benadering van de verschoonbaarheid", *R.W.* 2003-04, 1552-1556.

<sup>12</sup>. *Parl. St.* Kamer 2004-05, 1811/001, 5-6.

<sup>13</sup>. M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, in *A.P.R.*, Antwerpen, E.Story-Scientia, 1999, p. 6-7.

<sup>14</sup>. Arbitragehof 12 mei 2004, *B.S.* 30 augustus 2004, *R.W.* 2004-05, 658, noot M. VANMEENEN, *T.B.H.* 2004, 876, noot J. WINDEY en K. DRIESEN, *J.L.M.B.* 2004, 24, 1032, *NjW* 2004, 1134, noot M. TISON. Dit arrest werd recent bevestigd door Arbitragehof 11 mei 2005, *B.S.* 15 juni 2005.

<sup>15</sup>. B. MAILLEUX, "Bevrijding kosteloze borg", *l.c.*, p. 939, nr. 7.

waar bevrijding eveneens enkel gold voor kosteloze borgen. Hoewel tijdens de parlementaire behandeling vanuit verschillende hoeken werd voorgesteld om een definitie in te voeren, is er hieromtrent geen verduidelijking in de wet aan gebracht<sup>16</sup>. De kwestie zal vooral van belang zijn voor zaakvoerders, bestuurders, e.d. die rechtstreeks of onrechtstreeks belang kunnen hebben bij een persoonlijke zekerheidstelling voor hun vennootschap<sup>17</sup>.

5. Er moet tot slot worden gewezen op het feit dat de bevrijding mogelijk is voor alle natuurlijke personen die zich persoonlijk zeker hebben gesteld, onafhankelijk van het feit of de gefailleerde een natuurlijke persoon of een rechtspersoon is. Met andere woorden de hoofdschuldenaar waarvoor de natuurlijke persoon zich zeker stelde kan zowel een natuurlijke als een rechtspersoon zijn<sup>18</sup>. Op deze manier komt de wetgever tegemoet aan de bezwaren van het Arbitragehof tegen het feit dat een borg van een rechtspersoon onder het vroegere regime niet kon worden bevrijd.

## B. Procedure

6. De wet van 20 juli 2005 maakt komaf met het automatisch karakter van de bevrijding: gewijzigd artikel 80 lid 3 Faill.W. voorziet slechts in een voorwaardelijke bevrijding. Om van de bevrijding te kunnen genieten, moet de persoonlijke zekerheidssteller (1) de bevrijding vragen aan de rechter, en (2) hij zal enkel bevrijd kunnen worden indien zijn verbintenis niet in verhouding is met zijn inkomsten en zijn patrimonium.

### 1. Het verzoek tot bevrijding

7. De steller van de persoonlijke zekerheid moet de bevrijding van zijn verbintenis uitdrukkelijk vragen. Nieuw artikel 72bis Faill.W. bepaalt dat de persoonlijke zekerheidssteller een verklaring ter griffie moet neerleggen, waarin hij bevestigt dat zijn verbintenis niet in verhouding is met zijn inkomsten en patrimonium. De wet bepaalt geen termijn voor het neerleggen van de verklaring. Men kan daaruit afleiden dat de verklaring tot aan de sluiting van het faillissement kan worden neergelegd<sup>19</sup>.

De verklaring vermeldt de identiteit, het beroep en de woonplaats van de persoonlijke zekerheidssteller. De persoonlijke zekerheidssteller is bovendien verplicht de nodige bewijs-

stukken neer te leggen bij zijn verklaring. De vereiste stukken zijn: 1° een kopie van zijn laatste aangifte in de personenbelasting; 2° een overzicht van alle activa of passiva die zijn patrimonium vormen; en 3° elk ander stuk dat van aard is om precies de staat weer te geven van zijn bestaansmiddelen en lasten. Deze informatie en stukken worden opgenomen in het faillissementsdossier (nieuw art. 72ter Faill.W.). Zo nodig zullen de bewijsstukken moeten worden geactualiseerd. Gewijzigd artikel 82 lid 4 Faill.W. verplicht de persoonlijke zekerheidssteller bijgewerkte documenten<sup>20</sup> neer te leggen op het ogenblik van de behandeling door de rechtbank indien er meer dan 12 maanden zijn verlopen sedert de neerlegging van zijn verklaring.

8. Om te garanderen dat de personen die kosteloos een persoonlijke zekerheid hebben gesteld hun rechten zouden kunnen uitoefenen, voorziet de wet in verschillende manieren om deze personen te identificeren en te contacteren.

Ten eerste is de gefailleerde verplicht om bij de aangifte van het faillissement een lijst toe te voegen met naam en adres van de natuurlijke personen die zich voor hem kosteloos persoonlijk zeker hebben gesteld (nieuw art. 10, 5° Faill.W.).

Ten tweede is elke schuldeiser die geniet van een kosteloze persoonlijke zekerheidstelling van een natuurlijke persoon verplicht om dit te melden (naam en adres van de zekerheidssteller) bij zijn aangifte of uiterlijk 6 maanden na de datum van faillissement. Indien dit niet gebeurt, geldt een zeer zware sanctie: in dat geval is de steller van de persoonlijke zekerheid bevrijd van zijn verbintenis (gewijzigd art. 63 Faill.W.). Gelet op deze zware sanctie is het aangewezen dat schuldeisers aangifte doen van alle persoonlijke zekerheden gesteld door natuurlijke personen, met eventueel een voorbehoud omtrent het kosteloos karakter<sup>21</sup>. Eventuele discussies omtrent het kosteloos karakter kunnen dan door de rechtbank worden beslecht. Mailleux wijst erop dat een schuldeiser maar beter zo snel mogelijk aangifte kan doen van een persoonlijke zekerheid in zijn voordeel gesteld. Faillissementen zonder activa kunnen immers op korte termijn worden gesloten overeenkomstig artikel 73 Faill.W., zelfs vóór de termijn van 6 maanden verstreken is<sup>22</sup>.

Op basis van de informatie verschaft door de gefailleerde en de schuldeisers zal de curator de personen die kosteloos een persoonlijke zekerheid hebben gesteld verwittigen via een aangetekende brief met ontvangstmelding. Deze brief moet de tekst bevatten van de artikelen 72bis, 72ter en 80 Faill.W. Daarenboven worden de betrokken personen ook verwittigd

<sup>16</sup> Parl. St. Kamer 2004-05, 1811/007, 4-5.

<sup>17</sup> Cf. *infra*, nr. 25. Voor een voorbeeld zie Rb. Turnhout 21 oktober 2003, R.W. 2003-04, 913.

<sup>18</sup> B. MAILLEUX, "Bevrijding kosteloze borg", *l.c.*, p. 939, nr. 6.

<sup>19</sup> In die zin ook B. MAILLEUX, "Bevrijding kosteloze borg", *l.c.*, p. 940, nr. 12.

<sup>20</sup> De meest recente aangifte in de personenbelasting, een bijgewerkte opgave van de activa en passiva die zijn patrimonium vormen en elk ander stuk dat van aard is om precies de staat weer te geven van zijn bestaansmiddelen en lasten.

<sup>21</sup> In die zin ook B. MAILLEUX, "Bevrijding kosteloze borg", *l.c.*, p. 940, nr. 10.

<sup>22</sup> B. MAILLEUX, "Bevrijding kosteloze borg", *l.c.*, p. 940, nr. 10.

via een bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* (nieuw art. 72bis tweede lid Faill.W.).

## 2. Proportionaliteitstest

9. De rechtbank van koophandel zal soeverein oordelen over het (on)evenwicht tussen de verbintenis en het vermogen van de persoonlijke zekerheidssteller. Men kan hierbij kiezen voor een oplossing op maat van het vermogen van de persoonlijke zekerheidssteller, aangezien de bevrijding geheel of gedeeltelijk kan worden toegekend. De wet voorziet geen specifieke beoordelingscriteria, maar wenste wel misbruiken te vermijden door de invoering van een bevrijdingsverbod in hoofde van de persoonlijke zekerheidssteller die zijn onvermogen frauduleus organiseerde.

Opvallend aan deze nieuwe regeling is het feit dat de rechtbank van koophandel bevoegd is om uitspraak te doen. Meestal zullen de persoonlijke zekerheidsstellers immers geen handelaar zijn.

De persoonlijke zekerheidssteller zal moeten bewijzen dat zijn verbintenis niet in verhouding is met zijn vermogen. Vooraleer een uitspraak te doen over de bevrijding, hoort de rechtbank zowel de persoonlijke zekerheidssteller, de betrokken schuldeiser als de gefailleerde in raadkamer (gewijzigd art. 80 lid 3 Faill.W.). Alle betrokkenen worden hiertoe opgeroepen met een gerechtsbrief en krijgen op deze manier de kans om de rechtbank hun bedenkingen over te maken. De rechtbank kan zowel rekening houden met de argumenten van de schuldeiser, als met die van de persoonlijke zekerheidssteller. Dezelfde procedure wordt gevolgd in het kader van een vervroegde sluiting van het faillissement wegens gebrek aan (voldoende) actief.

Tot slot moet nogmaals benadrukt worden dat de nieuwe bevrijdingsregels volledig los staan van de eventuele verschoonbaarverklaring van de gefailleerde. Voor de bevrijding houdt de rechtbank enkel rekening met de vermogenstoestand van de persoonlijke zekerheidssteller. De vraag rijst dan ook, of deze materie op haar plaats is in de Faillissementswet.

## 3. Termijn

10. Zowel de betrokken schuldeiser als de persoonlijke zekerheidssteller kunnen vanaf zes maanden na de datum

van het vonnis van faillietverklaring de rechtbank verzoeken om uitspraak te doen over de bevrijding van de persoonlijke zekerheidssteller (nieuw art. 80 lid 6 Faill.W.). Indien noch de schuldeiser, noch de persoonlijke zekerheidssteller dit initiatief neemt, zal de rechtbank uitspraak doen over de bevrijding op het ogenblik van de sluiting van het faillissement.

Het valt te verwachten dat de mogelijkheid tot vervroegde uitspraak over de bevrijding van de persoonlijke zekerheidssteller, gepaard zal gaan met speculaties omtrent de vermogenstoestand van de betrokkene. Is de persoonlijke zekerheidssteller weinig vermogend op dit tijdstip (6 maanden na het faillissementsvonnis of later), dan zal hij best zelf het initiatief nemen om een bevrijding te bekomen. Is hij daarentegen zeer vermogend, dan zal het initiatief vermoedelijk van de schuldeiser komen in de hoop dat de rechtbank beslist tot niet-bevrijding<sup>23</sup>.

De vraag rijst of er een nieuwe procedure kan worden gestart, indien de vermogenstoestand van de persoonlijke zekerheidssteller drastisch wijzigt na de uitspraak, maar vóór de sluiting van het faillissement<sup>24</sup>. Zou de persoonlijke zekerheidssteller waarover de rechtbank *ab initio* besliste dat hij de verbintenis moest nakomen gelet op zijn vermogen, later een tweede verklaring kunnen afleggen indien zijn vermogenstoestand aanzienlijk verslecht? Het gezag van gewijsde van de eerste uitspraak lijkt dit op het eerste gezicht te verhinderen.

## 4. Schorsing van de middelen van tenuitvoerlegging – nieuw artikel 24bis Faill.W.

11. Onder het oude regime was geen schorsing van de middelen van tenuitvoerlegging ten aanzien van de kosteloze borg (en de echtgenoot) voorzien. Dit betekende dat ze konden worden aangesproken en uitgewonnen tijdens de faillissementsprocedure, met als gevolg dat een eventuele bevrijding te laat kwam. Deze situatie lokte kritiek uit in de rechtsleer<sup>25</sup> en het Arbitragehof oordeelde in twee recente arresten van 27 april 2005<sup>26</sup> en 23 november 2005<sup>27</sup> dat het gebrek aan schorsing een ongeoorloofde discriminatie inhield. Daarom bepaalt het nieuwe artikel 24bis Faill.W. dat de middelen van tenuitvoerlegging opgeschort worden ten laste van de natuurlijke persoon die zich kosteloos persoonlijk zeker stelde vanaf het vonnis van faillietverklaring tot aan de sluiting van het faillissement.

<sup>23</sup>. MOMBARTS wijst er evenwel terecht op dat vermogenden liever zullen betalen, dan een verklaring neer te leggen bij de rechtbank van koophandel waarin ze hun hele vermogen moeten blootleggen (A. MOMBARTS, "De verschoonbaarheid", *l.c.*, p. 10).

<sup>24</sup>. Op voorwaarde uiteraard dat de persoonlijke zekerheidssteller nog niet heeft betaald, wat mogelijk is dankzij de schorsing van de middelen van tenuitvoerlegging – *cf. infra*, nr. 11.

<sup>25</sup>. Zie hierover o.a. A. CUYPERS, *l.c.*, p. 279-280, nrs. 38-41; P. HENFLING, *l.c.*, p. 177-178; M. DE THEUJE en M. VANMEENEN, *l.c.*, 1554-1555. Zie voor creatieve oplossingen onder het oude regime o.a. Vred. Brugge 16 oktober 2003, *T.B.H.* 2004, 621-624, met noot S. JACMAIN.

<sup>26</sup>. Zaak 2005/0077, *B.S.* 27 mei 2005.

<sup>27</sup>. Zaak 172/2005, *nog niet gepubliceerd*.

De schorsing van de middelen van tenuitvoerlegging tot aan de sluiting van het faillissement introduceert aldus een absoluut voorrecht van uitwinning ten voordele van de persoonlijke zekerheidssteller<sup>28</sup>. Dit wordt het meest treffend geïllustreerd indien de uitspraak over de bevrijding gebeurt vóór de sluiting van het faillissement (d.i. mogelijk vanaf 6 maanden na het faillissementsvonnis) en de rechter de persoonlijke zekerheidssteller niet bevrijdt. In dat geval worden de middelen van tenuitvoerlegging toch opgeschort tot aan de

sluiting van het faillissement. De schuldeiser zal eerst de uitering uit het faillissement moeten afwachten en kan pas na de sluiting van het faillissement de persoonlijke zekerheidssteller aanspreken voor de residuaire som. Dit “uitstel” is belangrijk voor de persoonlijke zekerheidssteller: aangezien hij slechts na de afsluiting van het faillissement en bijgevolg na de uitspraak over de verschoonbaarheid betaalt, zou kunnen worden verdedigd dat zijn regresrecht veilig gesteld is<sup>29</sup>.

#### § 4. VERSCHOONBAARHEID VAN DE GEFAILLEERDE

12. De wetgever neemt in de wet van 20 juli 2005 nogmaals de verschoonbaarheid onder handen. Er is zowel sprake van een nieuwigheid, als van een (her)bevestiging van enkele bestaande principes. Het nieuwe aspect heeft betrekking op het ogenblik van de verschoonbaarverklaring. De herbevestiging slaat op de gevolgen van de verschoonbaarheid voor de gefailleerde (art. 82 eerste zinsnede Faill.W.) en de personen die uitgesloten worden van de verschoonbaarheid (art. 81 Faill.W.).

##### A. Tijdstip van de verschoonbaarverklaring

13. Nieuw artikel 80 lid 5 Faill.W. bepaalt dat de gefailleerde vanaf 6 maanden na het vonnis van faillietverklaring de rechtbank kan verzoeken om uitspraak te doen over de verschoonbaarheid. De gefailleerde moet dus niet langer wachten tot de sluiting van het faillissement, zoals voorzien in het oude regime. Het betreft een mogelijkheid die de gefailleerde zelf moet vragen en de rechtbank kan steeds beslissen om de beslissing uit te stellen indien er nog bepaalde aspecten voor de beoordeling ontbreken<sup>30</sup>.

Deze aanpassing kadert binnen de verdere humanisering van het faillissementsrecht en is gebaseerd op de volgende uitgangspunten. Omdat de verschoonbaarverklaring onder het oude systeem op het ogenblik van de sluiting van het faillissement gebeurde, verkreeg een gefailleerde met weinig actief waarbij het faillissement vervroegd gesloten werd veel sneller zijn verschoonbaarheid, dan een gefailleerde met veel activa. Dit leidde tot het perverse resultaat dat een gefailleerde er belang bij had om zo weinig mogelijk actief te hebben, want in het omgekeerde geval kon de afwikkeling

van het faillissement zeer lang aanslepen, zodat de gefailleerde zeer lang moest wachten op zijn verschoonbaarverklaring en zijn “fresh start”<sup>31</sup>. De wetgever wil met deze nieuwe regel alle gefailleerden dezelfde kans geven om op korte termijn na het faillissement een “fresh start” te nemen, op voorwaarde uiteraard dat aan de criteria van verschoonbaarheid is voldaan.

14. Aan de nobele bedoeling van deze regel kan niet getwijfeld worden, niettemin is de regel weinig doordacht. Een vervroegde verschoonbaarheid met de bedoeling de gefailleerde daadwerkelijk een nieuwe start te geven, staat de normale ontwikkeling van de boedel in de weg. Ten eerste ontstaat er een conflict met artikel 16 Faill.W. dat alle goederen die de gefailleerde verkrijgt tijdens de faillissementsprocedure in principe in de boedel laat vallen<sup>32</sup>. Indien alle goederen in de boedel blijven vallen tot aan de sluiting van het faillissement, beschikt de gefailleerde niet over nieuwe inkomsten. Men kan zich afvragen hoe de gefailleerde dan een “fresh start” krijgt en wat het verschil is met een verschoonbaarverklaring bij de sluiting van het faillissement.

De vervroegde verschoonbaarheid brengt daarenboven nog een tweede probleem met zich mee. Het gevolg van de verschoonbaarheid is de onmogelijkheid voor de schuldeisers om hun schuldvorderingen ten aanzien van de gefailleerde te vervolgen<sup>33</sup>. Als deze redenering strikt wordt gevolgd, zou dit impliceren dat vanaf het ogenblik van de vervroegde verschoonbaarverklaring de schuldeisers niet meer over een opeisbare vordering beschikken. Dit zou op haar beurt kunnen betekenen dat het faillissement moet worden gesloten wegens gebrek aan opeisbare vorderingen. Dit kan uiteraard de bedoeling niet zijn.

<sup>28</sup> In die zin ook B. MAILLEUX, “Bevrijding kosteloze borg”, *l.c.*, p. 941, nr. 14.

<sup>29</sup> Dit regresrecht ontstaat immers pas op het ogenblik dat hij betaalt, zie M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht, o.c.*, nr. 458. In die zin ook J. WINDEY en K. DRIESEN, “Les effets de l’excusabilité”, *l.c.*, p. 896, nr. 26. Let wel: er bestaat betwisting over de gevolgen van de verschoonbaarheid op het regresrecht. Zie over deze problematiek ook Arbitragehof 5 mei 2004, evenwel onder het regime van 1997.

<sup>30</sup> Bv. een lopend strafrechtelijk onderzoek kan een belangrijk element zijn om de goede trouw van de gefailleerde te beoordelen.

<sup>31</sup> Het idee van de vervroegde verschoonbaarverklaring werd gelanceerd door de voorzitter van de rechtbank van koophandel van Dendermonde. G. DE CROOCK, in *Gerechtigd Akkoord of faillissement? Pijnpunten en remedies*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 188-189.

<sup>32</sup> In dezelfde zin, B. MAILLEUX, “Bevrijding kosteloze borg”, *l.c.*, p. 941, nr. 15.

<sup>33</sup> Zie hierover randnr. 16.

## B. (Her)bevestiging: artikelen 81 en 82 eerste zinsnede Faill.W.

15. De wet van 20 juli 2005 herstelt de Faillissementswet op twee vlakken. De “wijzigingen” hebben betrekking op de artikelen 81 en 82 eerste zinsnede Faill.W.

Wat betreft artikel 81 Faill.W. herhaalt de wet van 20 juli 2005 dat rechtspersonen niet verschoonbaar kunnen worden verklaard. Deze bevestiging was nodig na de vernietiging van artikel 81, 1° Faill.W. door het Arbitragehof in het arrest van 30 juni 2004.

Het vroegere tweede punt van artikel 81 Faill.W. (automatische uitsluiting van de verschoonbaarheid wegens een veroordeling voor bepaalde misdrijven<sup>34</sup>) wordt daarentegen niet herhaald. De wetgever legt zich neer bij de verschillende veroordelingen door het Arbitragehof van deze absolute uitsluiting<sup>35</sup>. Veroordelingen voor een misdrijf zoals opgesomd in het vroegere artikel 81, 2° Faill.W. kunnen dus de verschoonbaarheid niet meer automatisch verhinderen. Uiteraard kan de rechter deze veroordelingen wel in rekening brengen bij de beoordeling van de algemene criteria. De rechtbank zal steeds een belangenoverweging moeten doen en nagaan of het misdrijf verband houdt met de handelsacti-

viteit en of het misdrijf een indicatie is van het feit dat de gefailleerde in de toekomst een onbetrouwbare handelspartij zal/kan zijn<sup>36</sup>.

16. De wetgever keert helemaal op zijn stappen terug bij de aanpassing van artikel 82 eerste lid Faill.W., dat in zijn oorspronkelijke staat (van 1997) wordt hersteld: “*indien de gefailleerde verschoonbaar wordt verklaard, kan hij niet meer worden vervolgd door zijn schuldeisers*”. Dit impliceert dat de fel bekritiseerde formulering van de Wet van 4 september 2002, “*de schulden gaan teniet*”, verdwijnt. De schulden van een verschoonbaarverklaarde gefailleerde blijven dus bestaan, maar de schuldeisers kunnen deze schulden niet meer verhalen op de gefailleerde. Indien gewenst, kan de gefailleerde wel vrijwillig deze schulden voldoen, het gaat m.a.w. om een natuurlijke verbintenis.

Deze aanpassing was noodzakelijk om ervoor te zorgen dat de persoonlijke zekerheden blijven bestaan. Het tenietgaan van de hoofdschuld brengt immers ook de bevrijding van de borg met zich mee<sup>37</sup>. Om het nieuwe systeem van bevrijding werkbaar te maken, moeten de persoonlijke zekerheden uiteraard behouden blijven na een eventuele verschoonbaarverklaring, zoniet heeft de nieuwe regeling weinig zin.

## § 5. OVERGANGSREGELING

17. De wet van 20 juli 2005 voorziet geen specifieke datum van inwerkingtreding. Dit impliceert dat de algemene regel moet worden toegepast, m.n. inwerkingtreding op de tiende dag na publicatie. Aangezien de wet van 20 juli 2005 in het *Belgisch Staatsblad* is verschenen op 28 juli 2005, traden de wijzigingen in werking op 7 augustus 2005. Strikt genomen bestond er dus een rechtsvacuüm tussen 1 augustus en 6 augustus, aangezien de artikelen 81, 1° en 82 eerste zin Faill.W. ingevolge het arbitragearrest van 30 juni 2005 verdwenen waren op 31 juli 2005. De wetgever had hier nochtans gemakkelijk kunnen aan verhelpen door te stipuleren dat de wet in werking trad op 31 juli 2005<sup>38</sup>.

Gelet op de grote impact van de overgangsregeling, is het van belang hier even bij stil te staan. Artikel 10 van de wet van 20 juli 2005 regelt immers het lot van de kosteloze persoonlijke zekerheidsstellers in faillissementen die nog niet zijn afgesloten op het ogenblik van de inwerkingtreding van

de nieuwe bepalingen. De overgangsregeling voorziet zowel verplichtingen voor de schuldeisers, de curator, de persoonlijke zekerheidssteller als de rechtbank van koophandel.

18. De wet introduceert allereerst een verplichting voor de schuldeisers die genieten van een persoonlijke zekerheidsstelling. Deze moeten binnen drie maanden na de inwerkingtreding van de wet bij de griffie van de rechtbank van koophandel een bijkomende verklaring indienen met vermelding van de naam, voornaam en het adres van de persoonlijke zekerheidssteller. Gebeurt dit niet, dan is die zekerheidssteller bevrijd. In concreto moeten de schuldeisers die genieten van een persoonlijke zekerheid en hun rechten willen veiligstellen een aangifte doen tegen 7 november 2005. Dit betekent ongetwijfeld een zware werklast voor de banken, die in elk lopend faillissement zullen moeten nagaan of er persoonlijke zekerheden zijn, op straffe van verlies van de zekerheid: stress verzekerd en de sancties zijn ongenadig.

<sup>34</sup>. Een veroordeling wegens inbreuk op art. 489ter van het Strafwetboek, wegens diefstal, valsheid, knevelarij, oplichting of misbruik van vertrouwen, of het niet tijdig rekening en verantwoording doen en niet tijdig afrekenen als bewaarnemer, voogd, beheerder of andere rekenplichtige.

<sup>35</sup>. Arbitragehof 22 januari 2003, *B.S.* 25 maart 2003, bevestigd door Arbitragehof 3 april 2003, *B.S.* 5 juni 2003, en gevolgd door een vernietigingsarrest van 11 februari 2004, *B.S.* 27 februari 2004.

<sup>36</sup>. Zie voor toepassingen in die zin, vóór de vernietiging van de bepaling: Brussel 23 september 2003, *T.B.H.* 2004, 82, met noot I.V.: veroordeling lang voor het opstarten van de handelsactiviteit en geen verband met faillissement; Kh. Gent 14 april 2003, *T.G.R.* 2003, 115: valsheid in geschriften en diefstal 10 jaar voor de inschrijving in het handelsregister.

<sup>37</sup>. In die zin ook, A. MOMBAERTS, “De verschoonbaarheid”, *l.c.*, p. 11. Zie hierover ook, F. T’KINT en W. DERIJCKE, “Cautionnement et excusabilité du failli”, *l.c.*, p. 443 e.v.

<sup>38</sup>. Zie hierover ook, A. MOMBAERTS, “De verschoonbaarheid”, *l.c.*, p. 11.

Terloops kan opgemerkt worden dat de tekst van deze verplichting zeer slordig werd opgesteld, er staat immers “*de schuldeiser die geniet van een persoonlijke zekerstelling*” zonder te preciseren dat het moet gaan om een kosteloze persoonlijke zekerheid door een natuurlijke persoon. Strikt genomen zouden schuldeisers dus ALLE persoonlijke zekerheidstellingen moeten aangeven, om te vermijden dat de betrokken personen bevrijd worden. Deze verplichting kan beperkt worden tot de natuurlijke personen-persoonlijke zekerheidsstellers, aangezien de schuldeiser opgave moeten doen van de “naam en voornaam”, iets wat voorbehouden is aan natuurlijke personen.

**19.** De tweede categorie van personen die geïndiceerd worden in de overgangsbepaling zijn de curatoren. Zij moeten de personen die kunnen genieten van de nieuwe regels op de hoogte brengen van de mogelijkheid tot bevrijding. Op basis van de verklaringen van de schuldeisers en na het horen van de gefailleerde<sup>39</sup> moeten ze de personen die een persoonlijke zekerheid hebben gesteld (ook hier geldt de opmerking inzake de onnauwkeurige formulering) uiterlijk binnen de 4 maanden na de inwerkingtreding van de wet een aangetekende brief tegen ontvangstmelding sturen, met daarin de tekst van de artikelen *72bis*, *72ter* en 80 Faill.W.<sup>40</sup> *De facto* moet de curator dus het nodige doen tegen 7 december 2005.

**20.** De wetgever verwacht ook iets van de persoonlijke zekerheidsstellers die willen genieten van de regeling. Alle natuurlijke personen die een kosteloze persoonlijke zekerheid hebben gesteld en in aanmerking willen komen voor bevrijding, moeten binnen de 5 maanden na de inwerkingtreding van de wet een verklaring neerleggen, samen met de stukken bedoeld in artikel *72ter* bij de griffie van de rechtbank van koophandel. Actie is dus vereist tegen 7 januari 2005. Gebeurt dit niet, dan kunnen deze personen niet worden bevrijd. Is de verklaring tijdig neergelegd, dan zal de

rechtbank volgens de regels bepaald in artikel 80 Faill.W. oordelen over de bevrijding.

**21.** Ook de rechtbanken van koophandel ontsnappen niet aan de strikte termijnen van de wet van 20 juli 2005. Artikel 10 regelt immers het bijzonder geval waarbij het vonnis tot sluiting van het faillissement zou tussenkomen vóór het verstrijken van de termijn van 5 maanden waarbinnen de verklaring door de persoonlijke zekerheidssteller moet worden afgelegd. In dat geval moet de rechtbank na de sluiting van faillissement toch nog uitspraak doen over de bevrijding van de personen die de verklaring indienden. De uitspraak over de bevrijding kan slechts gebeuren nadat de termijn van 5 maanden (d.i. de voorziene termijn voor neerlegging van de verklaring) is verstreken en moet plaatsvinden binnen de maand na het verstrijken van deze termijn. Als hier concrete data op worden geplakt, dan geldt volgende regeling: indien de sluiting van het faillissement vóór 7 januari 2006 plaatsvindt, kan er toch nog een bevrijding volgen mits de persoonlijke zekerheidssteller vóór deze datum een verklaring heeft neergelegd. De uitspraak over de bevrijding zal dan gebeuren tussen 7 januari en 7 februari 2006.

**22.** Tot slot kunnen we verwijzen naar de bedenking van Mailloux, die erop wijst dat de overgangsregeling niet alle problemen regelt. Er is m.n. geen wettelijke oplossing voor faillissementen die werden gesloten vóór 7 augustus 2005, maar waar de beslissing tot verschoonbaarheid werd aangevochten bij derdenverzet of hoger beroep<sup>41</sup>. Kunnen de kosteloze borgen (en eventueel andere persoonlijke zekerheidsstellers) genieten van de nieuwe bevrijdingsregels? De wijzigingen van de Faillissementswet zijn immers al van toepassing, wat impliceert dat deze personen niet meer bevrijd kunnen worden door de verschoonbaarheid van de gefailleerde. Indien men niet zou toelaten dat deze personen kunnen genieten van de nieuwe bevrijdingsregels, vallen ze overal buiten de boot.

## § 6. KRITISCHE BEDENKINGEN

**23.** De wet van 20 juli 2005 komt ongetwijfeld tegemoet aan de verzuchtingen van het Arbitragehof en zal heel wat problemen oplossen. Niettemin blijven er nog een aantal onopgeloste vragen. Hierna geven we enkele bedenkingen mee met betrekking tot het toepassingsgebied, de situatie van de echtgenoot van de gefailleerde en de zware opdracht van de rechtbank van koophandel.

### A. Vragen in verband met de draagwijdte van de toepassingsvoorwaarden

**24.** De nieuwe regeling is van toepassing op natuurlijke personen die zich kosteloos persoonlijk zeker hebben gesteld. Door de invoering van het criterium van de kosteloze persoonlijke zekerheid ten gunste van de gefailleerde werd het toepassingsgebied van de bevrijding sterk uitgebreid. De vraag rijst echter of de zakelijke borg ook onder dit

<sup>39</sup> Zie hierover de kritische commentaar van B. MAILLEUX, “Bevrijding kosteloze borg”, *l.c.*, p. 941, nr. 23.

<sup>40</sup> MAILLEUX wijst er terecht op dat de overgangsregels ook een zware werklast voor de griffies met zich meebrengen. De griffie zal immers de verklaringen van de schuldeisers op zeer korte termijn moeten verwerken en deze informatie moeten doorgeven aan de curatoren (B. MAILLEUX, “Bevrijding kosteloze borg”, *l.c.*, p. 941, nr. 22).

<sup>41</sup> B. MAILLEUX, “Bevrijding kosteloze borg”, *l.c.*, p. 942, nr. 27.



toepassingsgebied kan vallen. Voordien was de kwestie reeds betwist en nu lijkt een uitsluiting eerder voor de hand liggend<sup>42</sup>. Indien men zou aannemen dat de zakelijke borg niet onder de regeling valt, dan bestaat er een nieuwe uitwijkingmogelijkheid voor de kredietverstrekkers (naast andere zakelijke zekerheden uiteraard)<sup>43</sup>.

In dit verband is het ook interessant om te wijzen op een recente prejudiciële vraag die aan het Arbitragehof werd voorgelegd. Bij arrest van 16 juni 2005 stelde het hof van beroep te Luik de volgende vraag: *“Bestaat er, ten aanzien van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, een onverantwoorde discriminatie tussen de situatie van de hypotheekgever en die van de borg, aangezien artikel 82 van de Faillissementswet laatstgenoemde de door de gefailleerde verkregen verschoonbaarheid laat genieten, terwijl het niet in de bevrijding van eerstgenoemde voorziet, hoewel beiden, natuurlijke personen, hebben aanvaard de gefailleerde kosteloos te steunen?”*<sup>44</sup>. Deze vraag heeft betrekking op het oude regime, maar behoudt uiteraard haar belang voor de nieuwe regels aangezien het kosteloos karakter behouden blijft als toepassingsvoorwaarde.

**25.** Naast het probleem van de kwalificatie van de zekerheid kan er ook hevige discussie verwacht worden over het “kosteloos” karakter van de persoonlijke zekerheid<sup>45</sup>. Dit is zowel van belang voor de schorsing van de middelen van tenuitvoerlegging, als voor de eventuele bevrijding. Onder de gelding van de Wet van 4 september 2002 werd verdedigd dat het “kosteloos” karakter van de borg in de meest ruime zin moest worden geïnterpreteerd en zowel op rechtstreeks als onrechtstreeks voordeel betrekking had. Het feit dat er geen financiële tegenprestatie was bedongen, was niet voldoende om te beslissen dat er sprake was van kosteloze borgtocht. Niet zozeer de bedoeling van de partijen, maar wel de daadwerkelijk genoten voordelen waren van belang bij de beoordeling van het kosteloos karakter<sup>46</sup>. Een strenge toepassing van dit principe is te lezen in een vonnis van de rechtbank van koophandel te Turnhout<sup>47</sup>. In dit vonnis oordeelde de rechtbank dat degene die zich borg heeft gesteld voor een vennootschap waarvan hij de enige vennoot en één van de zaakvoerders is en die zijn inkomen uit die vennootschap betreft, niet kan beschouwd worden als een kosteloze borg.

Zoals reeds aangehaald werd er tijdens de parlementaire behandeling gepleit voor een definiëring van het begrip kosteloos in de wet. De minister van Justitie antwoordde hierop als volgt “als gevolg van een gebrek aan definiëring in de wet geldt de algemene definitie van het Burgerlijk Wetboek luidende dat een contract om niet geen synallagmatisch (of wederzijds bindend) contract is”<sup>48</sup>. Er lijkt hier sprake te zijn van een verwarring: de minister schijnt te verwijzen naar artikel 1102 B.W. (een contract is wederkerig of tweezijdig wanneer de contractanten zich over en weer jegens elkaar verbinden), terwijl men kan aannemen dat de definitie van “kosteloos” in het Burgerlijk Wetboek eerder te vinden is in artikel 1105 B.W. (het contract uit vrijgevigheid is dat waarbij een partij aan de andere geheel om niet een voordeel verschaft). Uit de definitie van het Burgerlijk Wetboek inzake contracten uit vrijgevigheid blijkt evenwel niet of dit enkel slaat op een rechtstreeks (geldelijk) voordeel, dan wel op alle mogelijke voordelen.

Het staat evenwel vast dat heel wat personen alsnog uitgesloten kunnen worden van het toepassingsgebied van de bevrijding, indien de strikte interpretatie van het begrip “kosteloos” geldend onder de Wet van 4 september 2002 wordt aangehouden.

## B. Toepasselijkheid van het regime van de bevrijding op de echtgenoot

**26.** Een tweede belangrijke kwestie is de verhouding tussen het bijzondere regime voor personen die kosteloos een persoonlijke zekerheid hebben gesteld en het regime van de echtgenoot van de gefailleerde die nog steeds door de verschoonbaarheid bevrijd wordt. Beide regimes beogen de bevrijding, maar inhoudelijk verschillen ze sterk: het eerste regime is losgekoppeld van de verschoonbaarheid en gebaseerd op een rechterlijke beoordeling van de verhouding tussen de verbintenis en het vermogen van de persoonlijke zekerheidssteller; het tweede regime is een automatisme dat rechtstreeks gelinkt is aan de verschoonbaarheid.

De echtgenoot die *“persoonlijk aansprakelijk is”* in de zin van artikel 82 tweede zin Faill.W. zal in vele gevallen aansprakelijk zijn op grond van een persoonlijke zekerheidsstelling. Valt de echtgenoot in dat geval ook onder het algemeen

<sup>42</sup>. In die zin ook, B. MAILLEUX, “Bevrijding kosteloze borg”, *l.c.*, p. 939, nr. 7; E. DIRIX, “Zekerheden, eigendomsvoorbehoud en rangregeling”, in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX e.a. (eds.), *Curatoren en vereffenaars – Actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, te verschijnen, nr. 121.

<sup>43</sup>. Het is duidelijk dat kredietverstrekkers persoonlijke zekerheden zullen mijden en hun toevlucht zullen nemen tot zakelijke zekerheden. De recente wet van 15 december 2004 betreffende de financiële zekerheden (B.S. 1 februari 2005) met haar verregaande uitwinningmogelijkheden zal deze trend alleen maar versterken. Zie over deze wet o.a. V. SAGAERT en H. SEELDRAEYERS, “De wet financiële zekerheden”, *R.W.* 2004-05, 1521-1550; themanummer “De Wet Financiële Zekerheden: het zekerhedenrecht doorengeschud?”, *Bank Fin.* 2005, afl. 3, 155-216.

<sup>44</sup>. Rolnummer 3738, B.S. 28 juli 2005.

<sup>45</sup>. Zie over deze problematiek ook B. MAILLEUX, “Bevrijding kosteloze borg”, *l.c.*, p. 939-940, nr. 8. Deze auteur interpreteert het begrip kosteloos als belangeloos en verwijst naar de fiscale rechtspraak ter zake.

<sup>46</sup>. A. DE WILDE, “De nieuwe faillissementswetgeving”, in CBR (ed.), *Jaarboek 2003-2004*, Antwerpen, 2004, nr. 46.

<sup>47</sup>. Kh. Turnhout 21 oktober 2003, *R.W.* 2003-04, 913. Zie in dezelfde zin ook P. HENFLING, *l.c.*, p. 178.

<sup>48</sup>. *Parl. St.* Kamer 2004-05, 1811/007, 5.

regime of moet artikel 82 tweede lid Faill.W. beschouwd worden als een *lex specialis*? In deze laatste hypothese, indien m.a.w. het algemeen regime niet zou gelden voor de echtgenoot, is deze in sommige gevallen benadeeld. Dergelijke interpretatie leidt dus mogelijk tot nieuwe discriminaties.

Aangezien de bevrijding van een persoon die zich kosteloos persoonlijk zeker heeft gesteld voor de gefailleerde volledig losgekoppeld is van de verschoonbaarheid, is het verdedigbaar dat elkeen die aan de voorwaarden voldoet, dus ook de echtgenoot, hiervan kan genieten. De verschoonbaarheid heeft daarnaast bepaalde gevolgen, waaronder o.a. de bevrijding van de echtgenoot. De echtgenoot geniet op deze manier van een dubbele bescherming. Deze dubbele bescherming is niet overbodig, want ze garandeert een volledige bevrijding (niet enkel de bevrijding van een persoonlijke zekerheidsstelling, maar ook wettelijke gehoudenheid<sup>49</sup>).

Deze oplossing is evenwel niet perfect, want de cumulatie van de regimes kan ertoe leiden dat de echtgenoot als kosteloze persoonlijke zekerheidssteller niet bevrijd wordt (bv. omdat de echtgenoot zeer vermogend is), maar via de verschoonbaarheid van de gefailleerde alsnog wordt bevrijd. Omwille van de schorsing van de middelen van tenuitvoerlegging zal een schuldeiser deze echtgenoot nooit kunnen aanspreken, noch vóór de verschoonbaarverklaring, noch erna.

## § 7. TEN UITGELEIDE

28. De Faillissementswet werd de afgelopen maanden verschillende keren gewijzigd. Globaal genomen kunnen de nieuwe regels positief geëvalueerd worden. Toch blijven er een aantal vragen onopgelost, de rechtbanken van koophandel staan voor een grote uitdaging. Ook mogelijke inmening van het Arbitragehof valt niet uit te sluiten.

## C. De nieuwe opdracht van de rechtbank van koophandel

27. De nieuwe regeling voor de kosteloze persoonlijke zekerheidsstellers legt een moeilijke opdracht bij de rechtbank van koophandel: het is uiteraard een zeer delicate kwestie om te oordelen wanneer een bepaalde verbintenis al dan niet “in verhouding is” met het vermogen van de betrokken persoon<sup>50</sup>. Ongetwijfeld zal de invulling van dit criterium tot diverse uitspraken aanleiding geven, met de nodige rechtsonzekerheid tot gevolg.

De nieuwe opdracht zorgt onmiskenbaar ook voor een verhoging van de werklast van de rechtbanken van koophandel. Ze zullen in één faillissement geconfronteerd kunnen worden met meerdere procedures in hoofde van verschillende kosteloze persoonlijke zekerheidsstellers, die allen op verschillende tijdstippen de rechtbank kunnen verzoeken om uitspraak te doen over hun bevrijding. En dan zwijgen we nog maar van de enorme papiermolen die deze nieuwe regeling op gang brengt door de verplichte neerlegging van talrijke verklaringen en bewijsstukken<sup>51</sup>.

Dankzij de overgangsregels belooft het jaar 2006 voor de rechtbanken van koophandel bovendien explosief in te zetten.

*Sic lex, sic iudex.* We moeten de wetgever evenwel krediet geven: het nieuwe regime tracht een nieuw evenwicht te vinden tussen de belangen van alle betrokkenen. Het is aan de rechtbanken van koophandel om de balans nu in evenwicht te houden.

<sup>49</sup>. In het kader van de wettelijke gehoudenheid moet gewezen worden op de recente wetwijziging van 2 februari 2005 (*B.S.* 21 februari 2005). Deze wet veranderde de formulering van art. 82, 2<sup>de</sup> lid Faill.W. De wijziging bestaat erin dat de oorspronkelijke formulering “de echtgenoot die zich aansprakelijk gesteld heeft” werd omgevormd tot “de echtgenoot die aansprakelijk is”. Dit werd aangepast om de discussie te beslechten of de bevrijding van de echtgenoot ook geldt ingeval een echtgenoot gehouden is tot de schuld van de gefailleerde op grond van de wet. In dat geval heeft de echtgenoot zich immers niet aansprakelijk “gesteld”, maar is hij/zij automatisch gehouden tot betaling (zie hierover ook, Arbitragehof 12 mei 2004, *B.S.* 30 augustus 2004 en 12 januari 2005, *B.S.* 11 maart 2005). De nieuwe formulering dekt alle gevallen: de echtgenoot zal door de verschoonbaarheid steeds bevrijd zijn van schulden van de gefailleerde waartoe hij/zij (mee)gehouden is. Volledigheidshalve moet hieraan worden toegevoegd dat een beroep tot nietigverklaring van de wet van 2 februari 2005 hangend is bij het Arbitragehof, *B.S.* 11 oktober 2005.

<sup>50</sup>. MAILLEUX geeft volgende voorbeelden als criterium van wanverhouding: de schuld kan enkel voldaan worden door verkoop van de gezinswoning; het voor beslag vatbaar deel van het loon is niet toereikend om meer dan de intresten te betalen, of de schuld slechts op zeer lange termijn bijvoorbeeld 30 jaar af te betalen; de opvoeding van de kinderen komt in het gedrang (B. MAILLEUX, “Bevrijding kosteloze borg”, *l.c.*, p. 940, nr. 13).

<sup>51</sup>. Zie over de bureaucratie die de nieuwe wet met zich meebrengt en het nut hiervan, A. MOMBAERTS, “De verschoonbaarheid”, *l.c.*, p. 10.