
HOF VAN BEROEP GENT 6 DECEMBER 2006

ZEKERHEDEN**Persoonlijke zekerheid – Kosteloos karakter – Faillissement – BVBA – Zaakvoerder (ja)**

Een zekerheid wordt kosteloos verleend (in de zin van de wet van 20 juli 2005 omtrent de bevrijding van de persoonlijke zekerheidsteller) wanneer diegene die haar verstrekt, specifiek voor het verlenen van die zekerheid als dusdanig, geen tegenprestatie ontvangt of zal ontvangen.

Uit de enkele omstandigheid dat de zekerheidstelling verleend wordt voor een vennootschap, waarvan de zekerheidsteller zaakvoerder is, kan niet besloten worden dat ze kosteloos is.

Het begrip “belangeloos” heeft een andere en ruimere betekenis dan het begrip “kosteloos”. Of een zaakvoerder belang heeft bij de kredietverstrekking aan een vennootschap, moet overigens in concreto beoordeeld worden en kan niet als abstracte premisse steeds aangenomen worden.

SÛRETÉS**Sûretés personnelles – Caractère gratuit – Faillite – SPRL – Gérant (oui)**

Une sûreté est donnée à titre gratuit (dans le sens de la loi du 20 juin 2005 relative à la décharge de la caution) quand celui qui l'accorde, ne reçoit ou ne recevra pas une contrepartie pour cet engagement.

Il ne peut être déduit de la seule circonstance que la sûreté ait été consentie à une société, dont la caution est gérant, qu'elle a été donnée à titre gratuit.

La notion “désintéressé” a une signification différente et plus large que la notion “à titre gratuit”. L'intérêt que peut avoir un gérant d'accorder un crédit à une société, doit être apprécié in concreto et ne peut être présumé comme une règle absolue.

H. Meskallal/NV Geco**Zet.: E. Teirlinck (voorzitter), J. Baudrez en E. Dursin (raadsheren)****Pl.: Mrs. S. Szulanski en L. Decabooter**

Velt het hof het volgende arrest:

1. De partijen werden gehoord in openbare terechtzitting in hun middelen en conclusies en de door hen neergelegde stukken werden ingezien.

Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van dit hof op 2 maart 2005, heeft Huzman Meskallal hoger beroep ingesteld tegen het vonnis dat op 14 december 2004 tussen partijen op tegenspraak gewezen werd door de derde kamer van de rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk.

Feitelijke gegevens – Procedure voor de eerste rechter

2. Op 24 januari 2002 ondertekende Huzman Meskallal voor “gelezen en goedgekeurd” (“lu et approuvé”) een eigenhandig geschreven tekst met de volgende inhoud: “Ik ondergetekende Meskallal Huzman, wonende te Sint-Genesius-Rode, Dorpsstraat 10, verklaar hierbij dat ik, in geval van faillissement van de BVBA Sublimo, met zetel te 1000 Brussel, Antwerpsesteenweg 487 of wanneer zij haar boeken neerlegt, mij verbind om persoonlijk het saldo te betalen dat verschuldigd is aan Geco, onder aftrek van het saldo, verschuldigd voor de onderaannemingscontracten op de werf Puerto Cristo te Oostende voor een som van 3.000 EUR nog uit te voeren silicone werken” (vrije vertaling – stuk 1 van appelland).

3. Op 8 april 2003 maakte de NV Geco aan de BVBA Sublimo twee onderaannemingsovereenkomsten van

7 maart 2003 over voor het plaatsen van ramen op de werf Puerto Cristo te Oostende (stuk 3 van appelland). Een derde onderaannemingsovereenkomst werd gesloten op 14 mei 2003 (stuk 4 van appelland). Huzman Meskallal stelde vier facturen voor een totaal bedrag van 2.600,32 EUR op aan de NV Geco, die volgens hem betrekking hebben op deze onderaannemingsovereenkomsten (stukken 5 van appelland).

4. Bij verstekvonnis van 26 juni 2003 veroordeelde de rechtbank van koophandel te Kortrijk de BVBA Sublimo tot betaling aan de NV Geco van 6.127,39 EUR, meer de gerechtelijke rente op 4.902,63 EUR vanaf de dagvaarding en tot de kosten van het geding (stukken 6 en 8 van geïntimeerde).

In een faxbericht van 13 oktober 2003 aan gerechtsdeurwaarder Sacré te Koekelberg vroeg de BVBA Sublimo om deze schuld te mogen vereffenen in zes maandelijks afbetalingen van 1.000 EUR en een zevende van 1.011,96 EUR (stuk 2 van geïntimeerde).

5. Op 21 januari 2004 werd de BVBA Sublimo in staat van faillissement verklaard (stuk 3 van geïntimeerde). Op 27 januari 2004 deed de NV Geco aangifte van schuldverdering in het faillissement van de BVBA Sublimo voor 1 euro provisie in het bevoorrecht passief (stuk 10 van geïntimeerde).

Bij aangetekende brief d.d. 27 januari 2004 van haar raadsman stelde de NV Geco Huzman Meskallal in gebreke tot

betaling van de som van 7.714,78 EUR. Zij stelde dat hij gehouden was tot betaling van dit bedrag, rekening houdend met de verbintenis die hij op 24 januari 2002 had aangegaan en gelet op het faillissement van de BVBA Sublimo (stuk 4 van geïntimeerde).

(...)

Het hoger beroep – Incidenteel hoger beroep – Vordering wegens tergend en roekeloos hoger beroep

7. Het hoger beroep van appellant, zoals gesteld in zijn appellante en gewijzigd in conclusies, strekte ertoe dat het hof het vonnis van 14 december 2004 hervormt en dat het, opnieuw rechtsprekend:

– in hoofdorde voor recht zegt dat hij bevrijd is van zijn verplichtingen tegenover geïntimeerde, de oorspronkelijke eis als ongegrond afwijst en geïntimeerde veroordeelt tot de kosten van beide aanleggen en de kosten van betekening van het bestreden vonnis;

– in ondergeschikte orde bij prejudiciële vraag het Arbitragehof verzoekt of de artikelen 4, 7 en 10 van de wet van 20 juli 2005 de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schenden, in zoverre ze zaakvoerders en bestuurders van een rechtspersoon uitsluiten van de bescherming van de kosteloze zekerheidstellers ingevolge het feit dat ze een materieel voordeel genoten uit de activiteiten van voornoemde rechtspersoon, daar waar handelaren wel “*verschoon*” kunnen worden en bijgevolg bevrijd worden van het geheel van hun aangegane schulden in het kader van hun commerciële activiteiten;

– in meer ondergeschikte orde, de zaak naar de rol verzendt tot de curator zich definitief heeft uitgesproken over de schuldvordering van de NV Geco;

– in uiterst ondergeschikte orde, de vordering van geïntimeerde beperkt tot 2.329,24 EUR onder aftrek van de reeds betaalde som van 750 EUR;

– overeenkomstig artikel 1244 B.W. appellant toestaat zijn schuld te voldoen door maandelijkse afbetalingen van 250 EUR;

– de kosten bij helften verdeelt ten laste van beide partijen.

8. Geïntimeerde besluit tot de niet-ontvankelijkheid, minstens ongegrondheid van het hoger beroep. Zij vraagt dat het hof het bestreden vonnis bevestigt in al zijn beschikkingen, met uitzondering van het toegestane betalingsuitstel. Bovendien vordert zij dat appellant veroordeeld wordt tot betaling van 3.000 EUR schadevergoeding wegens tergend en roekeloos hoger beroep. Ten slotte vraagt zij dat appellant veroordeeld wordt tot de kosten van het hoger beroep.

Als verweer tegen het hoger beroep en ter staving van haar incidenteel hoger beroep en haar vordering wegens tergend en roekeloos hoger beroep roept geïntimeerde de volgende middelen in:

– de vordering van appellant die ertoe strekt te horen zeggen dat hij bevrijd is als borg, is een nieuwe vordering, die niet ontvankelijk is;

– appellant kan de bevrijding van de kosteloze borg op grond van de wet van 20 juli 2005 niet inroepen;

° het vonnis van 14 december 2004, waarbij appellant tot betaling veroordeeld werd, dateert van vóór de inwerking-treding van deze wet, die geen afbreuk kan doen aan verworven rechten; in uitvoering van dit vonnis betaalde appellant nog 250 EUR op 12 augustus 2005;

° de verklaring d.d. 24 januari 2002 van appellant was geen persoonlijke zekerheidstelling, maar een schuldbekentenis; onder meer de artikelen 2015 B.W. en 2020 B.W. werden niet nageleefd;

° het begrip “*kosteloos*” dient gelijkgesteld te worden met de bereidwilligheid van de zekerheidsteller, die geen enkel persoonlijk belang heeft bij de betaling van de schuld; een zaakvoerder die zich borg stelt voor een lening van de vennootschap, waaruit hij een inkomen puurt, handelt niet belangeloos;

° het bestreden vonnis dient aanzien te worden als een aangifte overeenkomstig artikel 10 van de wet van 20 juli 2005;

° appellant toont niet aan dat hij zelf een verklaring heeft neergelegd, zoals bedoeld in artikel 72*bis* van de Faillissementswet;

– op grond van de schuldbekentenis van 24 januari 2002 dient appellant persoonlijk de openstaande schuld van de BVBA Sublimo te betalen. Deze schuld werd vastgesteld in het vonnis d.d. 26 juni 2003 van de rechtbank van koop-handel te Kortrijk, waartegen geen hoger beroep werd ingesteld;

– ingevolge het faillissement van de BVBA Sublimo werden de werken aan de werf Puerto Cristo, waarop de bedongen vermindering van de schuld met 3.000 EUR betrekking had, niet uitgevoerd, zodat appellant deze som niet in mindering kan brengen;

– appellant heeft, enkele maanden vóór het faillissement van de BVBA Sublimo, een andere vennootschap opgericht met dezelfde activiteit als de gefailleerde vennootschap; bovendien is hij het afbetalingsplan niet nagekomen, zodat hem geen betalingsuitstel meer kan verleend worden;

– de aanvaarde facturen van de BVBA Sublimo ten aanzien van geïntimeerde voor een bedrag van 1.739,32 EUR, werden gecompenseerd met het tegoed van geïntimeerde;

– geïntimeerde is zonder bericht over de aangifte van schuld-vordering in het faillissement van de BVBA Sublimo;

– appellant, tegen wie elke uitvoering onmogelijk blijkt te zijn, jaagt geïntimeerde nodeloos op kosten.

Beoordeling

(...)

Toelaatbaarheid van de vordering tot bevrijding

10. In zover appellant vordert dat het hof voor recht zegt dat hij bevrijd is van zijn verplichtingen tegenover geïntimeerde, is geïntimeerde van oordeel dat dit een nieuwe vordering betreft die niet voor het eerst in hoger beroep kan worden ingesteld.

Volgens het Hof van Cassatie is artikel 807 Ger.W. van toepassing op de door de oorspronkelijke verweerder voor het eerst in hoger beroep ingestelde tegenvordering (vgl.: Cass. 10 april 1978, *Arr. Cass.* 1978, 917; Cass. 10 september 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 55; Cass. 18 januari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 525). Alhoewel artikel 807 Ger.W. enkel geldt voor de oorspronkelijke eiser, dient aangenomen te worden dat, inzonderheid omwille van de *wapengelijkheid*, een voor het eerst in hoger beroep ingestelde tegenvordering alleen mogelijk is onder dezelfde voorwaarden, als die waaronder de oorspronkelijke eiser zijn vordering kan wijzigen of uitbreiden. Het voorwerp van een dergelijke tegenvordering moet minstens enig feitelijk verband vertonen met een bij de eerste rechter aanhangige vordering en derhalve met de oorzaak daarvan (vgl.: M. CASTERMANS, *Gerechtigd Privatrecht*, nr. 858, p. 460; J. LAENENS, K. BROECKX en D. SCHEERS, *Handboek Gerechtigd Recht*, nr. 949, p. 444).

De vordering van geïntimeerde voor de eerste rechter strekte tot betaling van de schuld van de BVBA Sublimo waartoe appelland zich volgens haar "*persoonlijk verbonden*" had. Ongeacht de betwisting over de aard van deze verbintenis – volgens geïntimeerde een schuldbekentenis, volgens appelland een borgstelling – bestaat er een feitelijk verband tussen deze oorspronkelijke vordering van geïntimeerde en de tegenvordering van appelland, die ertoe strekt dat het hof voor recht zegt dat hij bevrijd is van deze verbintenis.

Aard van de verbintenis van appelland

11. Volgens geïntimeerde hield de verklaring die appelland op 24 januari 2002 ondertekende geen persoonlijke zekerheidsstelling in, maar betrof het een schuldbekentenis.

Een schuldbekentenis is een geschrift waarbij een partij zich tegenover de andere verbindt om haar een geldsom of een waardeerbare zaak te betalen (E. DIRIX, B. TILLEMANS en P. VAN ORSHOVEN, *De Valks Juridisch Woordenboek*, 2001, p. 288).

Een zekerheidssteller is iemand die een zekerheidsrecht verleent. Een zekerheidsrecht is iedere rechtsfiguur die ertoe strekt het verhaalsrecht van een schuldeiser te versterken en waarvan de uitoefening strekt tot de voldoening van de schuld. Een persoonlijk zekerheidsrecht komt erop neer dat aan de schuldeiser een bijkomende schuldenaar wordt verschafte (*De Valks Juridisch Woordenboek*, p. 363; A. DE WILDE, "Inzake borgtocht en faillissement", in *Recht in beweging* 2006, p. 203, nr. 5). Hierdoor ontsnapt de schuldeiser aan de samenloop die zich voordoet bij de hoofdschuldenaar (vgl. M. DEBUCQUOY, "De wet van 20 juli 2005: koppeling verschoonbaarheid en bevrijding uit elkaar", *T.R.V.* 2006, 443).

Appelland verbond er zich in zijn verklaring van 24 januari 2002 toe "*in geval van faillissement van de BVBA Sublimo, met zetel te 1000 Brussel, Antwerpsesteenweg 487 of wanneer zij haar boeken neerlegt (...) om persoonlijk het saldo*

te betalen dat verschuldigd is aan Geco (...)". Deze verbintenis hield geen schuldvernieuwing in, waardoor appelland als schuldenaar in de plaats kwam van de BVBA Sublimo, noch werd appelland daardoor een medeschuldenaar, die geïntimeerde – al dan niet solidair – samen met de BVBA Sublimo kon aanspreken. Zijn verbintenis beperkte zich ertoe dat hij, wanneer de BVBA Sublimo haar betalingen gestaakt had, als bijkomende schuldenaar werd toegevoegd aan de BVBA Sublimo. Hij ging aldus geen eigen schuld aan ten aanzien van geïntimeerde. Enkel in de aangegeven gevallen kon hij aangesproken worden. Zijn verbintenis had een accessoir en een subsidiair karakter en was aldus een persoonlijke zekerheidsstelling. De omstandigheid dat de schuld van de BVBA Sublimo ten aanzien van geïntimeerde werd vastgesteld in het vonnis d.d. 26 juni 2003 van de rechtbank van koophandel te Kortrijk, doet daaraan geen afbreuk.

12. Geïntimeerde houdt voor dat de artikelen 2015 B.W. en 2020 B.W. niet werden nageleefd, zonder te verduidelijken waaruit de vermeende schending bestaat.

Artikel 2015 B.W. bepaalt dat borgtocht niet wordt vermoed, doch uitdrukkelijk moet zijn aangegaan. Bovendien mag men hem niet verder uitstrekken dan de perken waarin hij is aangegaan. Evenwel is hij aan geen vormvereisten onderworpen. Wel dient de uiting van een onduidelijkzinnige wil te blijken (vgl. Cass. 10 maart 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 798). Dit is het geval in de verklaring van 24 januari 2002.

Artikel 2020 B.W. bepaalt dat, wanneer de borg, die door de schuldeiser vrijwillig is aangenomen of die de rechter hem heeft toegewezen, naderhand onvermogen is geworden, een andere borg moet gesteld worden. Dit is geen voorwaarde voor de geldigheid van de borgstelling en het verweer dat geïntimeerde daaruit put is niet ter zake dienend.

Toepasselijkheid van de wet van 20 juli 2005 op het geschil

13. Appelland vordert in hoofdorde dat het hof voor recht zegt dat hij bevrijd is van zijn verplichtingen tegenover geïntimeerde. Hij beroept zich daartoe op de wet van 20 juli 2005 tot wijziging van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 en houdende diverse fiscale bepalingen. Onder de daarin bepaalde voorwaarden kunnen natuurlijke personen, die zich kosteloos persoonlijk zeker gesteld hebben voor een gefailleerde bevrijd worden.

14. Het artikel 10 van de wet van 20 juli 2005 voorziet in een overgangsregeling voor de lopende faillissementen die nog niet afgesloten zijn op het moment van de inwerkingtreding van de wet.

De wet heeft onmiddellijke werking. Dit betekent dat ze niet enkel van toepassing is op situaties die na de inwerkingtreding ervan ontstaan, maar ook op alle toekomstige gevolgen van de onder de vroegere wet ontstane toestand die zich voordoen of voortduren onder de gelding van de nieuwe wet, voor zover daardoor geen afbreuk wordt gedaan aan reeds onherroepelijk vastgestelde rechten (vgl. Cass. 6 oktober

2000, *Arr. Cass.* 2000, 1518; A. DE WILDE, *a.w.*, nr. 35, p. 215).

Uit een e-mailbericht d.d. 18 januari 2006 van de curator van de BVBA Sublimo, waarin hij stelt dat het dossier bij zijn boekhouder is met het oog op het voorbereiden van de sluiting van de vereffeningswerkzaamheden van het faillissement, blijkt dat het nog niet afgesloten was op 7 augustus 2005, datum van de inwerkingtreding van de wet van 20 juli 2005. Bijgevolg zijn de bepalingen van deze wet van toepassing.

De omstandigheden dat appellant vóór de inwerkingtreding van deze wet op grond van de door hem verleende zekerstelling reeds veroordeeld was bij een vonnis, waartegen hoger beroep was ingesteld en het feit dat hij, in uitvoering van dit vonnis drie afbetalingen verrichtte, waarvan de laatste vijf dagen na de inwerkingtreding van deze wet, beletten niet dat hij er zich vooralsnog op kan beroepen (vgl. A. DE WILDE, *a.w.*, p. 215, nr. 35).

Rechtsgevolg van de nalatigheid van geïntimeerde om de in artikel 10 van de wet voorziene verklaring neer te leggen (art. 10, 1° wet 20 juli 2005)

15. Elke schuldeiser die geniet van een persoonlijke zekerstelling vermeldt dit in zijn aangifte van schuldvordering of uiterlijk binnen zes maanden vanaf de datum van het vonnis van faillietverklaring, tenzij het faillissement eerder werd afgesloten, en vermeldt naam, voornaam en adres van de natuurlijke persoon die zich kosteloos persoonlijk zeker heeft gesteld voor de gefailleerde, bij gebrek waaraan deze bevrijd is (art. 63 tweede lid Faillissementswet). De bevrijding is in deze hypothese een vrijgevigheid van de wetgever aan de kosteloze persoonlijke zekerheidsteller bij een (weliswaar verschoonbare) nalatigheid van de schuldeiser (A. DE WILDE, *a.w.*, p. 209, nr. 18).

Voor de lopende faillissementen, die nog niet waren afgesloten op het moment dat de wet van 20 juli 2005 in werking trad, bepaalt artikel 10, 1°: *“De schuldeiser die geniet van een persoonlijke zekerstelling dient binnen drie maanden na de inwerkingtreding van deze wet bij de griffie van de rechtbank van koophandel een bijkomende verklaring in met vermelding van de naam, voornaam en het adres van de persoonlijke zekerheidsteller. Bij gebreke hieraan is die zekerheidsteller bevrijd.”*

Appellant verwijst naar het hoger aangehaalde e-mailbericht d.d. 18 januari 2006, waarin de curator van de BVBA Sublimo verklaart dat geïntimeerde bij zijn weten geen bijkomende verklaring heeft gedaan (stuk 9 van appellant). Geïntimeerde bewijst het tegendeel niet. Het vonnis d.d. 14 december 2004 van de rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk kan niet aanzien worden als een aangifte overeenkomstig artikel 10 van de wet van 20 juli 2005. Het bestaan van dit vonnis ontsloeg geïntimeerde niet van haar verplichting om een dergelijke verklaring in te dienen.

16. Artikel 10, 1° van de wet van 20 juli 2005 beperkt de verplichting om een bijkomende verklaring in te dienen niet tot de schuldeisers die genieten van een kosteloze persoonlijke zekerstelling *door een natuurlijke persoon*. Daaruit kan evenwel niet besloten worden dat *elke* persoonlijke zekerheidsteller, ook wanneer het een rechtspersoon betreft of wanneer de zekerstelling *niet kosteloos* werd verleend, bevrijd is wanneer de schuldeiser nalaat de verklaring in te dienen.

Voor de nieuwe faillissementen geldt de bevrijding, in geval van nalatigheid van de schuldeiser om in de aangifte van schuldvordering of in een verklaring binnen zes maanden vanaf de datum van het vonnis van faillietverklaring melding te maken van de persoonlijke zekerheidstellers, enkel in het voordeel van de natuurlijke persoon, die zich *kosteloos* persoonlijk zeker heeft gesteld voor de gefailleerde (art. 63 tweede lid Faillissementswet). De overgangsregeling strekt er enkel toe de termijnen vast te leggen waarin, voor de toepassing van de wet, de daarin vermelde formaliteiten dienen nageleefd te worden voor de faillissementen die reeds opengevallen waren bij de inwerkingtreding van de wet.

Uit de redactie van artikel 10, 1° van de wet van 20 juli 2005 kan niet afgeleid worden dat de wetgever daarmee beoogde de bevrijding voor de lopende faillissementen uit te breiden tot andere zekerheidstellers dan de natuurlijke personen die zich kosteloos zeker hebben gesteld. Voor een dergelijke uitbreiding bestond trouwens geen verantwoording, temeer omdat ook in het artikel 82 eerste lid van de Faillissementswet, zoals het gold voor de wijziging door de wet van 20 juli 2005, enkel de natuurlijke persoon die zich *kosteloos* borg had gesteld, kon bevrijd worden.

De bevrijding blijft aldus, ook in het kader van de overgangsregeling, beperkt tot de *kosteloze* persoonlijke zekerheidsteller (vgl. A. DE WILDE, “Verschoonbaarheid en bevrijding in de faillissementswet: een schone lei voor de wetgever”, *R.W.* 2005-06, 608).

Het kosteloze karakter van de zekerstelling

17. Volgens geïntimeerde kan appellant niet bevrijd worden, omdat zijn zekerstelling niet kosteloos was. Zij argumenteert dat appellant er alle belang bij had om *“een schuldbekentenis af te leggen”*, omdat dit een voorwaarde was voor het voortzetten van haar handelsrelatie met de BVBA Sublimo. Door zich borg te stellen bekwam appellant dat het faillissement van de BVBA Sublimo werd uitgesteld en dat hij nog maandenlang een inkomen had van deze vennootschap.

18. De wet van 20 juli 2005 definieert de term *“kosteloos”* niet. Dit gebeurde evenmin in de wet van 4 september 2002, die het begrip in de Faillissementswet invoerde.

In de *Memorie van Toelichting* bij de laatstgenoemde wet werd gesteld: *“Bijgevolg voorziet het ontwerp in de onthefing van de borg uit vrijgevigheid door het uitdoven van de*

hoofdschuld ingevolge de verschoonbaarheid. De borg uit vrijgevigheid is de persoon die zich ertoe heeft verbonden aan de gefailleerde een louter gratis voordeel te verstrekken, zoals omschreven in artikel 1105 van het Burgerlijk Wetboek. Bijgevolg kan de persoon die zich tegen een vergoeding borg heeft gesteld voor een verplichting van de gefailleerde niet van zijn bijkomende verbintenis worden bevrijd.” (Parl. St. Kamer 2000-01, Doc. 50-1132/001, p. 17-18).

In het arrest nr. 114/2004 d.d. 30 juni 2004 van het Arbitragehof, dat de artikelen 81, 1° en 82 eerste lid van de Faillissementswet, zoals gewijzigd door de wet van 4 september 2004, vernietigde, werd onder meer overwogen: “de kosteloze aard van de borg slaat op het ontbreken van enig voordeel, zowel rechtstreeks als indirect, dat de borg kan genieten, dankzij de borgstelling” en verder: “Door enkel de personen die met hun borgstelling geen economisch voordeel nastreven van hun verplichtingen te ontslaan, heeft de wetgever de meest onbaatzuchtige en de meest kwetsbare categorie van borgen in bescherming willen nemen” (R.W. 2004-05, 662).

In de *Memorie van Toelichting* bij de wet van 20 juli 2005 wordt het kosteloos karakter van de borg dan als volgt omschreven: “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.” (Parl. St. Kamer 2004-05, Doc. 51-1811/001, p. 5-6).

In de Kamer werd een amendement ingediend, dat ertoe strekte het begrip te definiëren als volgt: “De kosteloze aard van de persoonlijke borg slaat op het ontbreken van enig voordeel, zowel rechtstreeks als indirect, dat de persoonlijke borg kan genieten dankzij de borgstelling.” (Parl. St. Kamer 2004-05, Doc. 51-1811/005, p. 3). Dit amendement werd evenwel niet aanvaard, terwijl de minister, die vaststelde dat er inderdaad geen omschrijving van de persoonlijke zekerheidstelling om niet was opgenomen, verklaarde: “als gevolg daarvan geldt de algemene definitie van het Burgerlijk Wetboek luidende dat het contract om niet geen synallagmatisch (of wederzijds bindend) contract is” (Parl. St. Kamer 2004-05, Doc. 51-1811/007, p. 5).

19. Noch de parlementaire voorbereiding, noch het voormeld arrest van het Arbitragehof, geven uitsluitsel over wat met een “kosteloze borg”, wordt bedoeld.

Volgens de *Memorie van Toelichting* bij de wet van 2 augustus 2002 werd het begrip “kosteloos” aldus geïnterpreteerd dat de borgtocht enkel niet kosteloos was, wanneer hij tegen een vergoeding werd toegestaan.

In het kader van het onderzoek naar de mogelijke schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet legde het Arbitragehof in het hoger aangehaalde arrest van 30 juni 2004 het begrip “kosteloos” beperkter uit, zij het dat de gegeven omschrijvingen enigszins tegenstrijdig voorkomen: enerzijds stelt het Arbitragehof dat er kosteloosheid is in geval

van “het ontbreken van enig voordeel, zowel rechtstreeks als indirect, dat de borg kan genieten” (onderlijning door het hof), wat laat veronderstellen dat elk voordeel in hoofde van de borg de kosteloosheid uitsluit. Anderzijds wordt in hetzelfde arrest evenwel het niet nastreven van een economisch voordeel als criterium gehanteerd. Daaruit zou kunnen besloten worden dat niet elk voordeel de kosteloosheid uitsluit en dat niet het realiseren van een voordeel, doch wel het nastreven daarvan, doorslaggevend is.

De interpretatie die het Arbitragehof in het voormeld arrest aan het begrip “kosteloos” schijnt te hebben gegeven, kan hoe dan ook niet bepalend zijn. In een arrest van 29 november 2006 benadrukte hetzelfde Hof immers: “Het staat aan de verwijzende rechter en niet aan het Hof om te oordelen of de persoon die vraagt het voordeel van artikel 80 derde lid van de Faillissementswet te genieten, in de zin van die bepaling een kosteloze borg is.” (arrest nr. 187/2006, www.arbitrage.be).

In de *Memorie van Toelichting* bij de wet van 20 juli 2005 werd dan het criterium van het “persoonlijk belang” vooropgesteld. Volgens de aangehaalde passage wordt evenwel niet het persoonlijk belang bedoeld van de borg bij het aangaan van zijn verbintenis, maar wel zijn persoonlijk belang bij de betaling van de schuld.

Het amendement dat beoogde een definitie van de kosteloosheid in de wet op te nemen, greep terug naar de – eerste – omschrijving, aangehaald door het Arbitragehof. In de verantwoording voor dit amendement verduidelijkte de indiener: “De borg die wordt gesteld door personen zoals zaakvoerders, aandeelhouders en bestuurders van een vennootschap kan niet worden beschouwd als zijnde kosteloos, aangezien de vennootschap hen op de ene of andere wijze bezoldigt.” (Parl. St. Kamer 2004-05, Doc. 51-1811/005, p. 3).

Aangezien dit amendement werd verworpen, kan het niet ingeroepen worden ter uitlegging van het begrip kosteloosheid.

In haar uiteindelijke verklaring verwees de minister dan naar het onderscheid tussen de wederkerige en eenzijdige overeenkomsten, zoals gedefinieerd in de artikelen 1102 en 1103 B.W. De kwestie die hier aan de orde is, betreft evenwel het onderscheid tussen een contract onder vrijgevigheid of “om niet” en een contract onder bezwarende titel (art. 1105 en 1106 B.W.; vgl. P. MOREAU, “La loi du 20 juillet 2005 et la décharge des personnes qui se sont constituées sécurité personnelle. Nouvelles interrogations?”, *T.B.B.R.* 2006, 155). De begrippen eenzijdige overeenkomst en overeenkomst om niet, vallen niet noodzakelijk samen. Het contract om niet is een eenzijdig contract maar het tegendeel is niet noodzakelijk waar (vgl. A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *R.P.D.B.*, Compl. V, v° *Cautionnement*, nr. 19, p. 140).

20. De bevrijding van de natuurlijke persoon, die zich kosteloos persoonlijk zeker heeft gesteld, zoals geregeld in de wet

van 20 juli 2005, dient in het ruimer perspectief gezien te worden van één van de doelstellingen van de faillissementswetgever van 1997, namelijk de gefailleerde, die ongelukkig en te goeder trouw was, een tweede kans te geven door hem verschoonbaar te verklaren. In de mate dat deze verschoonbaarheid de schuldenaar (gefailleerde) bevrijdde van zijn schulden, doch niet degene die zich borg had gesteld, achtte het Arbitragehof deze regeling strijdig met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (arrest nr. 69/2002 van 28 maart 2002, *R.W.* 2002-03, 457).

De wet van 4 september 2002 kwam daaraan tegemoet, door te bepalen dat de natuurlijke persoon, die zich kosteloos borg gesteld had voor de verschoonbaar verklaarde gefailleerde, van zijn schulden ontslagen was (art. 82 eerste lid van de Faillissementswet, zoals gewijzigd door de wet van 4 september 2002). Omdat deze wet de mogelijkheid om verschoonbaar te worden verklaard evenwel uitsloot voor gefailleerde rechtspersonen (art. 81, 1° Faillissementswet, zoals gewijzigd door de wet van 4 september 2002), achtte het Arbitragehof deze bepaling opnieuw discriminerend, doordat zij, zonder redelijke verantwoording, ertoe leidde dat de kosteloze borg van een gefailleerde rechtspersoon nooit van zijn verbintenis kon worden ontslagen, terwijl een kosteloze borg van een gefailleerde natuurlijke persoon automatisch van zijn verplichtingen werd ontslagen indien deze laatste verschoonbaar wordt verklaard (arrest nr. 114/2004 van 30 juni 2004).

De wet van 20 juli 2005 komt aan dit bezwaar van het Arbitragehof tegemoet door in de mogelijkheid te voorzien dat de natuurlijke persoon, die zich kosteloos zekerstelt, bevrijd wordt, ongeacht of hij zich zeker heeft gesteld voor een natuurlijke persoon of een rechtspersoon. Aangezien de verschoonbaarheid van de rechtspersoon ook onder deze wet uitgesloten blijft, werden de criteria voor de verschoonbaarheid van de gefailleerde en voor de bevrijding van de zekerheidsteller losgekoppeld.

21. Kosteloos betekent: niets kostend, d.w.z. zonder kosten voor degene die ervan profiteert. Van een bestuurdersmandaat in een vennootschap wordt gezegd dat het kosteloos is, wanneer het onbezoldigd is, wanneer de vennootschap de bestuurder niet vergoedt voor de uitoefening van zijn mandaat. Een zekerheid wordt “kosteloos” verleend, wanneer diegene die haar verstrekt, *wegens* die zekerheid geen tegenprestatie ontvangt of zal ontvangen (vgl. Cass. 7 april 2005, *J.L.M.B.*, 866).

Of iets kosteloos is, wordt beoordeeld vanuit het standpunt van diegene die van de kosteloosheid geniet, te dezen de schuldenaar.

Het Burgerlijk Wetboek gebruikt niet de term “kosteloos”, maar wel “uit vrijgevigheid”. Het contract uit vrijgevigheid is dat waarbij een partij aan de andere geheel om niet een voordeel verschafft (art. 1105 B.W.). Uit deze definitie blijkt niet of dit enkel slaat op een rechtstreeks (geldelijk) voor-

deel, dan wel op alle mogelijke voordelen (M. VANMEENEN, “De Faillissementswet op de valreep aangepast: wie geen aangifte doet, is gezien”, *T.B.H.* 2005, p. 1005, nr. 25).

22. In hoofde van de schuldeiser is de borgtocht nooit een contract uit vrijgevigheid, ook niet wanneer de borg daarvoor geen vergoeding ontvangt. De kredietverstrekker laat immers van het verlenen van de borgtocht afhangen of hij, naar gelang van het geval, krediet toekent of de invordering van een reeds bestaande schuld opschort (A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *a.w.*, nr. 25, p. 141).

In de verhouding tussen de hoofdschuldenaar en de borg kan de zekerheidstelling zowel om niet als ten bezwarenden titel worden verleend (vgl. R. VANDEPUTTE, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, X, Overeenkomsten*, Deel 2, p. 267-268).

Er wordt aangenomen dat het kosteloos karakter tot de aard, maar niet tot het wezen van de borgtocht behoort (vgl. A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, nr. 19, p. 140; FREDERICQ, *Handboek Belgisch Handelsrecht*, nr. 127).

De kosteloze borg is degene die *daarvoor*, d.w.z. voor het verlenen van de zekerheidstelling, geen enkele vorm van vergoeding ontvangt. Deze vergoeding kan rechtstreeks en financieel zijn, maar ook bestaan uit een andere door de schuldenaar te leveren tegenprestatie (vgl. M. DE GRAEVE en T. HERMANS, *t.a.p.*; K. CREYF, “De gevolgen voor de borg of de echtgenoot bij bevrijding of kwijtschelding van schulden in het insolventierecht”, *R.W.* 2002-03, 447).

23. Uit de enkele omstandigheid dat de zekerheidstelling verleend wordt voor een vennootschap, waarvan de zekerheidsteller zaakvoerder is, kan niet besloten worden dat ze niet kosteloos is.

Een zaakvoerder of bestuurder van een vennootschap kunnen er ongetwijfeld *belang* bij hebben dat een krediet aan deze vennootschap wordt toegekend, in de mate dat zij uit deze vennootschap een inkomen verwerven. Dit inkomen vormt evenwel niet een tegenprestatie, een vergoeding of een voordeel dat zij bekomen *wegens* de zekerheidstelling. Het wordt hen integendeel toegekend in ruil voor de uitoefening van hun vennootschapsmandaat.

Het begrip *belangelooos* heeft een andere – en ruimere – betekenis dan *kosteloos* (vgl. B. MAILLEUX, “Bevrijding kosteloze borg”, *NjW* 2005, p. 939). Waar de kosteloosheid wordt beoordeeld vanuit het standpunt van de schuldenaar, wordt het belang beoordeeld vanuit het standpunt van de borg.

In de wet van 20 juli 2005 is geen sprake van het *belang van de borg*, als criterium voor het beoordelen van de mogelijkheid voor de persoonlijke zekerheidsteller om bevrijd te worden. Nog minder is daarin enige grond te vinden voor een onderscheid tussen een economisch belang en een louter moreel belang. In de hypothese dat “kosteloos” dient gelijkgesteld te worden met “belangelooos”, zou de wettelijke regeling – zonder dit onderscheid – elke praktische beteke-

nis verliezen, aangezien men zich moeilijk kan voorstellen dat iemand zich zeker stelt, zonder daarbij minstens een moreel belang te hebben. Het genoemde onderscheid vindt evenwel geen steun in de wet.

Dat de zaakvoerder belang heeft bij de versterking van de kredietwaardigheid van de vennootschap, kan evident lijken, doch dit sluit het kosteloos karakter van de zekerheidstelling niet uit. Voor de beoordeling daarvan is het niet de vraag of de zekerheidsteller belang heeft, maar wel of hij een vergoeding ontvangt die – rechtstreeks of onrechtstreeks – aanwijsbaar in verband staat met de zekerheidstelling.

24. De stelling, volgens dewelke een zaakvoerder of bestuurder nooit een kosteloze zekerheidsteller kan zijn, vertrekt trouwens van een premisse, die *in abstracto* wordt geformuleerd, zonder dat zij de toets van een concreet onderzoek doorstaat. De toekenning van een door de zaakvoerder van een vennootschap gewaarborgd krediet leidt immers niet noodzakelijk tot het verwerven of veilig stellen van het inkomen van de zaakvoerder. Een niet oordeelkundig toegekend of aangewend krediet kan soms zelfs de oorzaak zijn van de staking van betaling van een vennootschap, of althans deze versnellen, waardoor de zaakvoerder zijn inkomen uit de vennootschap (vroeger) verliest. Wanneer een zaakvoerder niet als kosteloze zekerheidsteller kan worden beschouwd, zou hij zelfs in die hypothese niet kunnen bevrijd worden.

Bij de beoordeling van de vraag of tegenover de verbintenis van de zekerheidsteller een tegenprestatie staat van de schuldenaar – waardoor ze niet kosteloos is –, kunnen trouwens de bedoelingen of verwachtingen van de zekerheidsteller bij het aangaan van de zekerheidstelling niet doorslaggevend zijn, maar enkel de daadwerkelijk genoten voordelen (vgl. M. DEBUCQUOY, “De wet van 20 juli 2005: koppel verschonbaarheid en bevrijding uit elkaar”, *T.R.V.* 2006, 447; M.E. STORME, “Actualia Zekerheden”, *C.B.R.* mei 2006, 23).

25. Uit geen enkel voorliggend element blijkt dat appellant enige vergoeding ontving als tegenprestatie voor de door hem verleende zekerheidstelling.

Evenmin blijkt dat de toekenning of het behoud van een bezoldiging als zaakvoerder van de BVBA Sublimo afhan-

kelijk was van de verleende zekerheidstelling. Dit kan niet besloten worden uit de loutere bewering van geïntimeerde dat de zakelijke relatie die bestond tussen haar en de BVBA Sublimo zou beëindigd zijn, indien hij zich niet zeker stelde voor de vordering van geïntimeerde op de BVBA Sublimo. De zekerheidstelling was kosteloos.

26. Aangezien geïntimeerde nagelaten heeft tijdig de verklaring te doen, voorgeschreven door artikel 10, 1° van de wet van 20 juli 2005, is appellant bevrijd, zonder dat het noodzakelijk was dat hij op zijn beurt de verklaring, voorgeschreven door artikel 10, 3° van dezelfde wet indiende en zonder dat dient onderzocht te worden of zijn verbintenis al dan niet in verhouding was met zijn inkomsten en zijn patrimonium.

Incidenteel hoger beroep – Vordering wegens tergend en roekeloos hoger beroep

27. Gelet op de gegrondheid van het hoger beroep, zijn zowel het incidenteel hoger beroep van geïntimeerde als haar vordering wegens tergend en roekeloos hoger beroep ongegrond.

Om deze redenen,

Het hof,

Rechtdoende op tegenspraak;

(...)

Verklaart het hoger beroep van appellant ontvankelijk en gegrond;

Doet het bestreden vonnis teniet en, opnieuw rechtdoende:

Zegt voor recht dat appellant bevrijd is van zijn verplichtingen ten aanzien van geïntimeerde op grond van de verbintenis die hij aanging op 24 januari 2002;

Verklaart de vordering van geïntimeerde ten aanzien van appellant ontvankelijk, doch ongegrond;

Wijst het incidenteel hoger beroep van geïntimeerde, evenals haar vordering wegens tergend en roekeloos hoger beroep af als ontvankelijk, doch ongegrond;

(...)

Noot

Zie noot L. VAN DEN STEEN onder hof van beroep Luik 4 oktober 2005, in dit nummer, p. 275.

Note

Voy. note L. VAN DEN STEEN sous cour d’appel de Liège 4 octobre 2005, dans ce numéro, p. 275.