

Insolventierecht

Inzake Borgtocht & Faillissement

Annick DE WILDE

Vrijwillig wetenschappelijk medewerker,
Instituut voor Insolventierecht, K.U. Leuven

I. Inleiding

1. Met de wet van 20 juli 2005 tot wijziging van de faillissementswet van 8 augustus 1997 en houdende diverse fiscale bepalingen breidde de wetgever een nieuw hoofdstuk aan de saga van de verschoonbaarheid van de gefailleerde en de uitbreiding van de gevolgen hiervan naar derden in het insolventierecht.¹ Deze wet is het resultaat van de denkoefening waartoe het Arbitragehof de wetgever verplichtte na het arrest van 30 juni 2004. Deze wet is in werking getreden 10 dagen na publicatie in het Belgisch Staatsblad, d.i. op 7 augustus 2005. In navolgend artikel zal eerst kort worden stilgestaan bij wat voorafging alvorens de artikelen van deze wet worden besproken.

II. Wat voorafging: het Arbitragehof wikt

2. De idee van de *fresh start* en de verschoonbaarheid deed haar intrede in het insolventierecht o.m. door de faillissementswet van 8 augustus 1997.² De oorspronkelijke tekst van art. 82, eerste lid Faill.W. bepaalde dat een gefailleerde die verschoonbaar is verklaard, niet meer kan worden vervolgd door zijn schuldeisers. De verschoonbaarheid leidde derhalve tot uitvoeringsimmunitéit lastens de gefailleerde. Het Hof van Cassatie sprak zich uit tegen de uitbreiding van de gunst van de verschoonbaarheid naar de borgen.³ De verschoonbaarheid werd terecht aangemerkt als een persoonlijke exceptie die de borg niet bevrijdt van zijn verplichtingen.

De toetsing aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel bracht het Arbitragehof ertoe te beslissen dat hiermee strijdig is de vaststelling dat de rechter op geen enkele wijze wordt toegestaan te beoordelen of er geen aanleiding is de borg en/of de echtgenoot te bevrijden, in het bijzonder wanneer zijn verbintenis van belangeloze aard is.⁴ Dit arrest inspireerde de wetgever bij de formulering van de zogenaamde Reparatiewet van 4 september 2002, die in werking trad op 1 oktober 2002. Art. 82, eerste lid Faill.W. werd immers gewijzigd: *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 wetgever ging derhalve een stap verder dan het Arbitragehof door de verschoonbaarheid automatisch te laten gelden voor de kosteloze borgen. Daarnaast werd de verschoonbaarheid van de rechtspersoon uitgesloten. Deze reparatiewet gaf aanleiding tot uitgebreide commentaar en kritiek in de rechtsleer. Het Arbitragehof werd tevens

¹ B.S. 28 juli 2005.

² Voor natuurlijke personen niet-handelaren biedt de wet op de collectieve schuldenregeling tevens een mogelijkheid tot een start met een schone lei via een kwijtschelding van de schulden in hoofdsom; cf. art. 1675/13, § 1 Ger.W.

³ Cass. 16 november 2001, *T.B.H.* 2002, 34, *J.L.M.B.* 2001, 1731.

⁴ Arbitragehof nr. 69/2002, 28 maart 2002, *T.B.H.* 2002, 437, *Div.Act.* 2002, 75, noot VAN DEN HAUTE

bedolven onder vragen betreffende het grondwettelijk karakter van deze bepalingen.⁵

Wij beperken ons hier tot de meest relevante arresten voor de bespreking van de wet van 20 juli 2005. In het arrest van 12 mei 2004 maakt het Hof (o.a.) de vergelijking tussen de kosteloze borg en echtgenoot van de gefailleerde enerzijds en de kosteloze medeschuldenaar anderzijds.⁶ Het verschil in behandeling wordt gerechtvaardigd door het eigen belang dat de codebiteur heeft bij het aangaan van het krediet.

3. De onmiddellijke aanleiding tot de wet van 20 juli 2005 is evenwel het arrest van het Arbitragehof dd. 30 juni 2004.⁷ Dit arrest betreft de mogelijke discriminatie tussen een kosteloze borg van de gefailleerde rechtspersoon en de kosteloze borg van de natuurlijke persoon gefailleerde. Aangezien de verschoonbaarheid van de gefailleerde rechtspersoon is uitgesloten, impliceert dit dat de kosteloze borg niet van de uitbreiding van de verschoonbaarheid kan genieten. Het Hof beantwoordt de vraag aan de hand van drie vergelijkingen.⁸

In de eerste plaats wordt de verschillende behandeling van rechtspersonen en natuurlijke personen onderzocht. De uitsluiting van de rechtspersonen van het voordeel van de verschoonbaarheid is gesteund op een objectief criterium en redelijk verantwoord. De ratio legis van de verschoonbaarheid, de *fresh start*, kan immers niet worden toegepast op de gefailleerde rechtspersoon. Als tweede vraag wordt de verschillende behandeling getoetst tussen de personen die zich kosteloos borg hebben gesteld en andere borgen. Hier verwijst het Arbitragehof naar het objectieve criterium waarop het bekritiseerde verschil in behandeling is gesteund: 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. Door enkel de personen die met hun borgstelling geen economisch voordeel nastreven van hun verplichtingen te ontslaan, heeft de wetgever de meest onbaatzuchtige en meest kwetsbare categorie van borgen in bescherming willen nemen. Dit onderscheid is derhalve redelijk verantwoord. In laatste instantie beoordeelt het Arbitragehof het verschil in behandeling van borgen van natuurlijke personen en rechtspersonen. Dit onderscheid wordt wel als discriminerend aangemerkt: het feit dat de kosteloze borg van een gefailleerde rechtspersoon nooit van zijn verbintenis kan worden ontslagen, terwijl een kosteloze borg van een gefailleerde natuurlijke persoon automatisch van zijn verbintenis wordt ontslagen indien deze laatste verschoonbaar wordt verklaard, is niet redelijk verantwoord en strijdig met de artt. 10 en 11 G.W. De kosteloze borgen van rechtspersonen verdienen dezelfde bescherming, aangezien hun situatie niet wezenlijk verschilt van die van kosteloze borgen van natuurlijke personen.

⁵ Zie voor een overzicht: M. VANMEENEN, "De verschoonbaarheid – Het Arbitragehof hakt de knopen door", (noot onder Arbitragehof 30 juni 2004), *R.W.* 2004-05, (666) 668 – 670.

⁶ Arbitragehof nr. 78/2004, 12 mei 2004, *R.W.* 2004-05, 658, noot. Zie hierover: M. VANMEENEN, *o.c.*, *R.W.* 2004-05, (666) 668 – 669.

⁷ Arbitragehof nr. 114/2005, 30 juni 2004, *R.W.* 2004-05, 662, noot M. VANMEENEN.

⁸ Zie M. VANMEENEN, *o.c.*, *R.W.* 2004-05, (666) 667.

Het resultaat van de driedelige vraagstelling is derhalve dat, hoewel de artikelen 81, 1° en 82, eerste lid Faill.W. afzonderlijk gelezen redelijk verantwoord zijn, de combinatie ervan leidt tot een discriminatie. De bepalingen worden vernietigd opdat de wetgever het geheel van de vraagstukken met betrekking tot de verschoonbaarheid en de kosteloze borgstelling kan onderzoeken. De gevolgen van de vernietigde bepalingen bleven evenwel gehandhaafd totdat de nieuwe bepalingen in werking treden, en dit uiterlijk op 31 juli 2005.⁹

III. De wetgever beschikt

§1. Enkele krachtlijnen

4. De krachtlijnen van de Wet van 20 juli 2005 kunnen als volgt worden samengevat. De wetgever introduceert een nieuw begrip, nl. de *persoon die zich persoonlijk zeker heeft gesteld*. De markantste vernieuwing van de wet is ongetwijfeld de loskoppeling van de eventuele bevrijding van deze *persoonlijke zekerheidssteller* van de (eventuele) verschoonbaarheid van de gefailleerde natuurlijke persoon. Dit betekent tevens dat de kosteloze zekerheidssteller van een rechtspersoon ook kan worden bevrijd van zijn verbintenissen. De uitsluiting van de rechtspersoon van de verschoonbaarheid verhindert derhalve niet langer een bevrijding van de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller. De (eventuele) bevrijding van de *kosteloze* persoonlijke zekerheidssteller wordt getoetst aan de hand van het *proportionaliteitsbeginsel*. Dit alles vindt plaats tijdens de faillissementsprocedure die hierdoor in ernstige mate wordt verzaamd.

§2. Een nieuw begrip: de persoon die zich kosteloos persoonlijk zeker heeft gesteld

5. De wetgever introduceert een nieuw begrip, nl. de persoon die zich (kosteloos) persoonlijk zeker stelde voor de handelaar. Het betreft hier een enigszins ongelukkige vertaling uit het Frans: "*des personnes physiques qui, à titre gratuit, s'est constituées sûreté personnelle du commerçant*". Ook het nieuwe Hoofdstuk IVbis kon vanuit taalkundig perspectief beter worden geformuleerd: "Over de verklaring van de personen die zich persoonlijk zeker hebben gesteld voor de gefailleerde". De persoonlijke zekerheidssteller is diegene die als bijkomende schuldenaar wordt toegevoegd aan de schuldenaar. Hierdoor kan de schuldeiser de samenloop vermijden met de andere schuldeisers van de debiteur door zijn aanspraken te doen gelden op een ander vermogen dan dat van

⁹ Zoals hoger reeds vermeld is de wet van 20 juli 2005 in werking getreden de tiende dag na haar publicatie, d.i. op 7 augustus 2005. In de periode tussen 31 juli 2005 en 7 augustus 2005 bestond derhalve een juridisch vacuüm: de vernietigde bepalingen konden nog niet worden toegepast, terwijl de nieuwe bepalingen nog niet in werking waren getreden.

de eerste schuldenaar.¹⁰ Een persoonlijke zekerheidsstelling is bijvoorbeeld een borgstelling, een autonome garantie, medekredietschap, de patronaatsverklaring, het aval op een wisselbrief, cheque of orderbriefje, ... De introductie van de persoon die zich persoonlijk zeker heeft gesteld, sluit discussies uit aangaande de vergelijking van de positie van de borg versus codebiteur.

6. De eventuele bevrijding van de persoonlijke zekerheidssteller is enkel mogelijk indien zijn engagement een *kosteloos* karakter heeft (nieuw art. 80 Faill.W.). Op deze manier introduceert de wetgever het begrip *kosteloos* in de faillissementswetgeving. Voor een definitie van het begrip *kosteloos* dient evenwel inspiratie te worden gezocht in de parlementaire voorbereiding. Een kosteloze persoonlijke zekerheidssteller is elke persoon die, door zijn bereidwilligheid, verplicht is om de schulden van de gefailleerde te delgen, terwijl die persoon geen persoonlijk belang heeft bij de betaling ervan: namelijk de borg, maar ook de medeschuldenaar die handelt in de hoedanigheid van steller van een persoonlijke zekerheid.¹¹ De Vice-eerste minister en de minister van Justitie verwijzen naar de algemene definitie uit het Burgerlijk Wetboek luidende dat een contract om niet geen synallagmatisch (of wederzijds bindend) contract is.¹²

Tijdens de parlementaire voorbereiding werd een amendement ingediend ten einde het begrip te omschrijven: 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.¹³ Dit sluit aan bij de definitie zoals geformuleerd door het Arbitragehof in het arrest van 30 juni 2004. Bij dit amendement werd toegevoegd dat de borg gesteld door personen zoals zaakvoerders, aandeelhouders en bestuurders van een vennootschap, niet kan worden beschouwd als zijnde kosteloos, aangezien de vennootschap hen op de een of andere wijze bezoldigt. Hetzelfde geldt in bepaalde gevallen voor de echtgenoten van die personen, van wie de inkomsten in het huwelijk worden ingebracht. In de rechtspraak werd het al dan niet kosteloos karakter van een borgstelling reeds getoetst aan de vraag of de persoonlijke zekerheidssteller al dan niet rechtstreeks of onrechtstreeks voordeel haalt uit zijn engagement. Zo oordeelde de Rechtbank van Koophandel te Turnhout dat diegene die zich borg heeft gesteld voor de vennootschap waarvan hij de enige vennoot en één van de zaakvoerders is en die zijn inkomen uit die vennootschap betreft, niet kan worden beschouwd als een kosteloze borg in de zin van art. 82

10 E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 1999, p. 238, nr. 363.

11 Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2004-2005, nr. 1811/001, p. 5-6; Verslag namens de commissie belast met de problemen inzake handels- en economisch recht, *Parl.St.* Kamer, 2004-05, p. 3 - 4.

12 Verslag namens de commissie belast met de problemen inzake handels- en economisch recht, *Parl.St.* Kamer, 2004-05, p. 5.

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

Faill.W.¹⁴ Hier kan tenslotte (opnieuw) worden opgemerkt dat een onderscheid tussen professionele en particuliere borgen beter zou zijn geweest.¹⁵

7. Een zakelijke borg kan niet worden beschouwd als diegene die zich kosteloos persoonlijk zeker heeft gesteld voor de handelaar. De derde-hypotheekverstrekker of de derde-pandgever kan derhalve niet van de bevrijding genieten. De zakelijke borg verbindt zich immers niet als schuldenaar en dus niet met zijn gehele vermogen, maar vestigt tot zekerheid van andermans schuld een zakelijk zekerheidsrecht op een welbepaald goed. De zakelijke borg moet bijgevolg onder de zakelijke zekerheden (pand, hypotheek) worden ondergebracht.¹⁶ Na de inwerkingtreding van de reparatiewet oordeelde een meerderheidsstrekking in de rechtsleer, bevestigd door de (gepubliceerde) rechtspraak, dat de zakelijke borg niet kan genieten van de uitbreiding van de verschoonbaarheid.¹⁷

§3. Procedurele wijzigingen

8. De besproken wet bevat een aantal procedurele wijzigingen die tot doel hebben de eventuele begunstigden van de bevrijding te identificeren en de rechtbank van koophandel voldoende informatie te verstrekken teneinde te oordelen over de eventuele bevrijding van de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller. In de eerste plaats zal de schuldenaar bij de aangifte van faillissement een lijst dienen toe te voegen met naam en adres van de natuurlijke personen die zich kosteloos persoonlijk zeker hebben gesteld voor de koopman (aanvulling van art. 10 Faill.W.). Dit informatiekanaal zal derhalve niet worden benut indien de schuldenaar wordt gedagvaard in faillissement of indien het faillissement door de rechtbank wordt uitgesproken na een mislukt gerechtelijk akkoord.

Tegelijkertijd wordt aan de schuldeiser een bijkomende aangifte verplichting opgelegd. Overeenkomstig de aangepaste tekst van art. 63 Faill.W. dient de schuldeiser die geniet van een persoonlijke zekerheidsstelling dit te vermelden in zijn aangifte van schuldvordering of uiterlijk binnen zes maanden vanaf de datum van het vonnis van faillietverklaring, tenzij het faillissement eerder werd afgesloten. Hierbij dient de schuldeiser naam, voornaam en adres van de

¹⁴ Rb. Turnhout 21 oktober 2003, *R.W.* 2003 – 2004, 913.

¹⁵ E. DIRIX, *o.c.*, *R.W.* 2001-02, (716) 717, nr. 4 met verwijzing naar *A.P.R. v° Borgtocht*, p. 26, nr. 51.

¹⁶ E. DIRIX, "Overzicht van rechtspraak – Zekerheden 1998-2003", *T.P.R.* 2004, (1163) 1303, nr. 219.

¹⁷ A. CUYPERS, *o.c.*, *T.B.H.* 2003, (267) 278, nr. 36; E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 2004, (1163) 1303, nr. 219; V. SAGAERT, "Medeverbondenheid in het" insolventierecht. Een overzicht van de positie van de borg, echtgenoot en hoofdelijke medeschuldenaar" in K.F.B.N. (Ed.), *Beslagrecht en de rechtspositie van de schuldenaar*. Verslagboek van de studiedag op 3 april 2003, Brussel, 2003, p. 30 – 31, nr. 62; Luik 3 november 2003, *R.R.D.* 2004, 31. Zie evenwel: K. CREYF, "De gevolgen van de borg of de echtgenoot bij bevrijding of kwijtschelding van schulden in het insolventierecht", *R.W.* 2002-03, (441) 447, nr. 12; *Beslagr. Gent* 14 september 2004, *NjW* 2005, 672.

natuurlijke persoon die zich *kosteloos* persoonlijk zeker heeft gesteld voor de gefailleerde. De schuldeiser is derhalve verplicht aangifte te doen van zijn schuldvordering en tevens een lijst toe te voegen van de kosteloze persoonlijke zekerheidsstellers. De sanctie op de niet-vermelding is zwaar: de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller zal bevrijd worden van zijn verbintenissen. Deze sanctie doorstaat moeilijk de toets van het proportionaliteitsbeginsel, een beginsel dat verder in de wet nochtans wél wordt gehanteerd (cf. infra nr. 20).

9. Op basis van de informatie verstrekt door de gefailleerde zelf en zijn schuldeisers zal de curator de natuurlijke personen die zich kosteloos persoonlijk zeker hebben gesteld, verwittigen via bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* en via een aangetekende brief tegen ontvangstmelding (nieuw art. 72bis, tweede lid Faill.W.). Het is uiteraard ook niet uitgesloten dat de lijst van de kosteloze persoonlijke zekerheidsstellers zoals opgesomd door de gefailleerde die aangifte van betaling doet en de opgave door de schuldeisers verschilt. Teneinde zijn aansprakelijkheid niet in het gedrang te brengen, zal de curator alle personen oproepen en de rechtbank van koophandel zal zich dienen uit te spreken over het al dan niet kosteloos karakter van het engagement. Deze oproeping bevat de (gewijzigde) artikelen uit de faillissementswet betreffende de bevrijding van de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller.

10. Om te kunnen genieten van de bevrijding moeten de personen die zich kosteloos persoonlijk zeker hebben gesteld voor de gefailleerde ter griffie van de rechtbank van koophandel een verklaring neerleggen, waarin zij bevestigen dat hun verbintenis niet in verhouding is met hun inkomsten en hun patrimonium (nieuw art. 72bis, eerste lid Faill.W.). Deze verklaring dient naast de identiteit, beroep en woonplaats, een aantal verplichte vermeldingen te bevatten: 1° een kopie van de laatste aangifte in de personenbelasting; 2° het overzicht van alle activa of passiva die het patrimonium vormen; 3° elk ander stuk dat van aard is om precies de staat weer te geven van de bestaansmiddelen en lasten. Deze verklaring wordt bij het faillissementsdossier gevoegd (nieuw art. 72ter Faill.W.).¹⁸

Indien er meer dan 12 maanden zijn verlopen sedert de initiële verklaring, dient deze verklaring te worden geactualiseerd door neerlegging van een kopie van de meest recente aangifte in de personenbelasting, een bijgewerkte opgave van de activa en passiva die het patrimonium vormen en elk ander stuk dat van aard is om precies de staat weer te geven van zijn bestaansmiddelen en lasten (nieuw art. 80, derde lid Faill.W.). Aan de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller wordt zowel voor de initiële verklaring als voor de aanvullende geactualiseerde verklaring geen termijn bepaald waarbinnen deze verklaring dient te worden afgelegd. De neerlegging van de verklaring geldt als een voorwaarde om het debat over de bevrijding te openen. Aangezien de uitspraak over de volledige of gedeeltelijke bevrijding (ten laatste) zal plaatsvinden bij de afsluiting van het faillissement, is een neerlegging van een verklaring vóór de afsluiting van het faillissement uiteraard een voorwaarde om in aanmerking te komen voor een bevrijding van de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller. Uit

¹⁸ Het faillissementsdossier kan op de griffie door iedere belanghebbende worden ingezien (art. 39 Faill.W.).

de verklaring dient immers de bevestiging te blijken dat zijn verbintenissen niet in verhouding staan met zijn inkomsten en zijn patrimonium.

11. In een volgende fase worden de gefailleerde, de personen die de verklaring bedoeld in art. 72^{ter} Faill.W. aflegden en de schuldeisers die in hun aangifte de natuurlijke personen hebben vermeld die zich kosteloos zeker hebben gesteld opgeroepen per gerechtsbrief. Deze partijen worden in raadkamer gehoord over de bevrijding van de personen die zich persoonlijk zeker hebben gesteld (gewijzigd artt. 73 en 80 Faill.W.).¹⁹ De schuldeisers die een verklaring hebben neergelegd zullen bij dit debat worden betrokken. Het gebrek aan precieze omschrijving van het begrip *kosteloos* zal in deze fase tot de nodige discussies tussen de betrokken partijen leiden.

12. De beslissing over de bevrijding van de kosteloze persoonlijke zekerheidsstellers dient evenwel niet te worden uitgesteld tot de fase van de sluiting van het faillissement. Zowel de schuldeisers die aangifte hebben gedaan van de kosteloze persoonlijke zekerheidsstellingen waarover zij genieten, als de personen die de verklaring hebben afgelegd, kunnen vanaf zes maanden na de datum van het vonnis van faillietverklaring de rechtbank verzoeken om uitspraak te doen over de bevrijding (nieuw art. 80, laatste lid Faill.W.). Aangezien de bevrijding van de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller volledig is losgekoppeld van de verschoonbaarheid van de gefailleerde is het logisch dat het oordeel over het lot van de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller niet dient te worden uitgesteld tot op het ogenblik van sluiting van het faillissement.

13. Het vonnis van faillietverklaring heeft evenwel een belangrijk gevolg voor de positie van de *natuurlijke persoon die zich kosteloos zeker stelde voor de gefailleerde*. Het nieuwe artikel 24^{bis} Faill.W. bepaalt immers dat vanaf het faillissementsvonnis de middelen van tenuitvoerlegging zijn opgeschort ten laste van de natuurlijke persoon die zich kosteloos persoonlijk zeker stelde voor de gefailleerde. Het verkrijgen van een uitvoerbare titel en het nemen van bewarende maatregelen ten laste van de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller blijven in principe dus mogelijk. Bedoeling van deze bepaling is een "wedloop naar de borgen" te vermijden tijdens de faillissementsprocedure.²⁰ Tijdens de procedure tot het verkrijgen van een uitvoerbare titel zal de borg argumenteren dat de vraag naar de bevrijding nog hangende is voor de rechtbank van koophandel en zal een schorsing van de procedure voor de bodemrechter een

¹⁹ Bij de summiere rechtspleging tot sluiting van het faillissement werd de procedure tevens in dezelfde zin aangepast. De gefailleerde, de persoonlijke zekerheidsstellers die de verklaring hebben neergelegd, alsook de schuldeisers die aangifte hebben gedaan met een lijst van de kosteloze persoonlijke zekerheidsstellers worden opgeroepen. De opgeroepen partijen worden in raadkamer gehoord en de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller zal onder dezelfde voorwaarden kunnen genieten van een gehele of gedeeltelijke bevrijding als in de normale afwikkeling van het faillissement (gewijzigd art. 73 Faill.W.).

²⁰ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2004-2005, nr. 1811/001, p. 5, 8-9. Strikt genomen liet de faillissementswet derhalve vóór deze wetswijziging een versneld verhaal op de borg toe tijdens de afwikkeling van het faillissement. De rechtspraak toetste deze versnelde uitwinning evenwel aan de theorie van het rechtsmisbruik: Vred. Brugge 16 oktober 2003, *T.Vred.* 2003, 420.

realistisch scenario vormen.²¹ Indien de schuldeiser reeds een uitvoerbare titel heeft verkregen na de inwerkingtreding van de wet van 20 juli 2005 en deze toch uitvoert, zal dit aanleiding geven tot een verzetsprocedure voor de beslagrechter. De beslagrechter kan dan de tenuitvoerlegging schorsen omdat de titel niet meer actueel is. De beoordeling van de actualiteit van de uitvoerbare titel behoort immers tot de bevoegdheid van de beslagrechter. De uitvoerbare titel geeft enkel de materieelrechtelijke positie aan van de partijen op het ogenblik van zijn ontstaan. Het is evenwel mogelijk dat deze titel, ten gevolge van gebeurtenissen die zich voordoen na zijn ontstaan, niet meer de juiste materieelrechtelijke verhouding van partijen weergeeft op het ogenblik dat wordt overgegaan tot tenuitvoerlegging.²² Deze bevoegdheid van de beslagrechter wordt uitdrukkelijk erkend door het Hof van Cassatie.²³ De beslagrechter kan echter enkel de tenuitvoerlegging schorsen: aan de materieelrechtelijke bevoegdheid kan hij zelf niet raken.

14. Via de automatische schorsing van de middelen van tenuitvoerlegging komt de wetgever tevens tegemoet aan een recent arrest van het Arbitragehof waarin de onmogelijkheid voor de faillissementsrechter om de tenuitvoerlegging lastens de borg/echtgenoot op te schorten als ongrondwettelijk werd aangemerkt in vergelijking met de positie van de gefailleerde na faillissement.²⁴ In dit arrest maakt het Arbitragehof een vergelijking tussen de artikelen 25/26 en art. 82 Faill.W. Indien de gefailleerde verschoonbaar wordt verklaard, worden de echtgenoot en de borg van hun verbintenis bevrijd (faillissementswet zoals geldend vóór de besproken wetswijziging). Doordat geen enkele bepaling in de faillissementswet voorziet in een schorsing van de middelen van tenuitvoerlegging, worden de gevolgen van de uitbreiding van de verschoonbaarheid grotendeels tenietgedaan. Om deze redenen besluit het Arbitragehof tot een schending van het gelijkheidsbeginsel.

15. Niettegenstaande de opmerking hieromtrent van de Raad van State voorziet de wetgever niet in een opschorting van de loop van de intresten lastens de persoonlijke zekerheidssteller tijdens het faillissement.²⁵ Deze intrest zal evenwel ook in rekening worden gebracht bij de toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel (cf. infra, nr. 20).

21 Zie ook: M. DE THEIJE en M. VANMEENEN, "Roeien met de gegeven riemen: een praktische benadering van de verschoonbaarheid", *R.W.* 2003-04, (1552) 1554.

22 *A.P.R. v° Beslag*, nrs. 472 e.v.; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, 440 e.v.; E. DIRIX, "Overzicht van rechtspraak – Beslag en collectieve schuldenregeling 197-2001", *T.P.R.* 2002, (1187) 1247, nr. 80.

23 Cass. 15 januari 1999, *Arr.Cass.* 1999, nr. 26, *R.W.* 1999-00, 148, noot DE WILDE, *R.Cass.* 2000, 1, noot BROECKX.

24 Arbitragehof nr. 77/2005, 27 april 2005.

25 Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2004-2005, nr. 1811/001, p. 9: *de regering is van mening dat de vraag van de opschorting van de lopende rente gedurende het verloop van een gerechtelijke procedure een zeer gevoelige kwestie is, die dus zorgvuldig moet worden onderzocht. Anderzijds moet deze problematiek in overweging genomen worden en moet er indien dat nodig zou zijn op een globale manier op worden geantwoord en niet alleen in verband met de faillissementsprocedure.*

16. Uitvoeringsmaatregelen blijven geschorst tot de sluiting van het faillissement. Hierbij verloor de wetgever evenwel uit het oog dat een uitspraak over de eventuele gehele of gedeeltelijke bevrijding van de persoonlijke zekerheidssteller in een eerdere fase kan worden uitgesproken, m.n. vanaf zes maanden na de datum van het vonnis van faillietverklaring. Het is onlogisch de middelen van tenuitvoerlegging lastens de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller verder op te schorten op een ogenblik dat reeds vaststaat dat hij niet kan genieten van een bevrijding van zijn verbintenissen.

17. Deze procedurele wijzigingen die het "bevrijdingscontentieux" met zich meebrengen, leiden duidelijk tot een verzwaring van de faillissementsprocedure en van het takenpakket van de curator. De idee van een faillissementsprocedure omschreven als een dwingende en collectieve procedure die beoogt op een zo efficiënt mogelijke wijze het actief van de gefailleerde te gelde maken teneinde een verdeling onder de schuldeisers mogelijk te maken, strookt niet (meer) met de huidige tekst van de faillissementswet.²⁶

§4. Bevrijding van de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller

18. Zoals hoger reeds vermeld beoordeelde het Arbitragehof de verschillende behandeling van de kosteloze borg van een rechtspersoon en de kosteloze borg van de natuurlijke persoon als strijdig met het gelijkheidsbeginsel. Deze vaststelling bracht de wetgever tot een aantal aanpassingen van de faillissementswet. In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat de vraag naar de bevrijding van de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller volledig wordt losgekoppeld van de vraag of de gefailleerde verschoonbaar is verklaard. In concreto betekent dit dat de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller een bevrijding kan genieten wanneer de gefailleerde natuurlijke persoon niet-verschoonbaar wordt verklaard én dat de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller van een rechtspersoon een kwijtschelding van zijn verbintenissen kan bekomen. In alle faillissementsdossiers zal de vraag naar de bevrijding van de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller derhalve aan bod komen.

19. De (gehele of gedeeltelijke) bevrijding van de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller kan in twee hypothesen worden bekomen. Zoals hoger reeds vermeld wordt de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller bevrijd indien de schuldeiser nalaat een lijst neer te leggen met opgave van alle natuurlijke personen die zich kosteloos persoonlijk zeker hebben gesteld. De bevrijding is in deze hypothese een vrijgevigheid van de wetgever aan de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller bij (een weliswaar verschoonbare) nalatigheid van de schuldeiser.

²⁶ Nochtans valt in de parlementaire voorbereiding te lezen dat er geen massa's natuurlijke personen zijn die de kredietwaardigheid van een koopman versterken. De maatregel zou derhalve niet van aard van een log en kostelijk proces te doen ontstaan: zie Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2004-2005, nr. 1811/001, p. 8. Kwantitatieve gegevens die deze enigszins laconieke mededeling ondersteunen, worden evenwel niet bijgebracht.

20. Daarnaast werd art. 80 Faill.W. aangevuld met een grond voor bevrijding waar een proportionaliteitstoets aan voorafgaat. Tenzij hij zijn onvermogen frauduleus organiseerde, bevrijdt de rechtbank geheel of gedeeltelijk elke natuurlijke persoon die zich kosteloos persoonlijk zeker stelde voor de gefailleerde, wanneer zij vaststelt dat diens verbintenis niet in verhouding is met zijn inkomsten en zijn patrimonium. Er dient een wanverhouding te worden vastgesteld tussen de verbintenissen van de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller en zijn vermogen. Er is derhalve afstand genomen van het automatisch, onvoorwaardelijk en integraal karakter van de bevrijding van de borg zoals dit werd ingevoerd door de Reparatiewet van 4 september 2002.

21. De rechtbank van koophandel beschikt voortaan over een appreciatiebevoegdheid. In de parlementaire voorbereiding valt hierover te lezen dat het proportionaliteitsonderzoek meer evenwicht brengt tussen de belangen van de schuldeisers en die van de personen die de kredietwaardigheid van de gefailleerde versterkten. Door de verplichtingen van een handelaar te garanderen, heeft de betrokken persoon de kredietwaardigheid van die koopman verstrekt, het hem mogelijk gemaakt om zijn economische activiteiten verder te zetten en zodoende bijgedragen aan de economische dynamiek van het land. Het zou dus buitensporig zijn om die persoon niet toe te laten te genieten van een volledige of gedeeltelijke bevrijding, wanneer bepaalde gebeurtenissen hem in een moeilijke persoonlijke situatie deden belanden. De rechtbank zal derhalve bevoegd zijn om tussen te komen om de ernstige menselijke gevolgen te herstellen die zouden kunnen voortvloeien uit een strikte uitvoering van de contractuele verbintenissen van de betrokken persoon.²⁷ Op deze manier beantwoordt de faillissementswet aan het arrest van het Arbitragehof van 28 maart 2002 (cf. supra, nr. 2).

22. In het aanvankelijke wetsontwerp werd melding gemaakt van een *klaarblijkelijke* onevenredigheid tussen de inkomsten en het vermogen van de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller.²⁸ Vanuit de zorg met de beoogde wetswijziging tegemoet te komen aan het arrest van het Arbitragehof van 28 maart 2002, waarin de onmogelijkheid voor de rechter om te oordelen over het lot van de borg en de echtgenoot als ongrondwettelijk werd aangemerkt, stelde de Raad van State zich de vraag of het begrip *klaarblijkelijk* de beoordelingsruimte van de bevoegde rechter om de borg te bevrijden niet zodanig inperkte dat de draagwijdte van het arrest van het Arbitragehof daardoor werd beperkt.²⁹ Deze opmerking leidde tot de schrapping van het begrip *klaarblijkelijk*. Thans kan de bevrijding niet ondergeschikt zijn aan de voorwaarde dat er een duidelijke onevenredigheid bestaat tussen de verplichting en de vermogenstoestand. De eenvoudige vaststelling door de rechter van een onevenredigheid volstaat om recht te hebben op de bevrijding.³⁰

23. Deze wanverhouding dient te bestaan op het moment waarop de persoonlijke zekerheidssteller de verklaring betreffende zijn vermogenstoestand aflegt

²⁷ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2004-2005, nr. 1811/001, p. 6-7.

²⁸ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2004-2005, nr. 1811/001, p. 21.

²⁹ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2004-2005, nr. 1811/001, p. 25.

³⁰ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2004-2005, nr. 1811/001, p. 10.

(cf. supra, nr. 8) en dient te blijven bestaan tot wanneer de rechtbank hierover beslist, namelijk ten laatste tot bij het afsluiten van het faillissement, wanneer geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid in een eerdere fase een uitspraak over de bevrijding af te dwingen. Een dergelijke vereiste heeft tot doel te vermijden dat de persoon die zich persoonlijk zeker stelde voor de gefailleerde zou kunnen genieten van een bevrijdingsmaatregel, indien blijkt dat zijn persoonlijke situatie verbeterd is sedert het ogenblik waarop hij zich persoonlijk zeker stelde.³¹ De verplichting om de informatie i.v.m. de vermogenstoestand te actualiseren beoogt de rechtbank dan ook de meest actuele informatie ter beschikking te stellen teneinde hierover te oordelen.

24. Alhoewel de wetgever via deze wet alle ongelijkheden in het verschoonbaarheidsdiscours wenst te effenen, kan hier (opnieuw) de vraag worden gesteld of de wetgever in dit opzet is geslaagd. De vergelijking kan bijvoorbeeld worden gemaakt tussen de borg van de gefailleerde en de borg van de niet-gefaillieerde. Aangezien de (gehele of gedeeltelijke) bevrijding van de borg onafhankelijk is van de verschoonbaarheid van de gefailleerde, kan elke kosteloze persoonlijke zekerheidssteller in een faillissementsprocedure een bevrijding van zijn verbintenissen vragen. Daarnaast blijft uiteraard de mogelijkheid bestaan om via de wet op de collectieve schuldenregeling een aanzuivering en/of kwijtschelding van schulden te bekomen. De kosteloze persoonlijke zekerheidssteller van de niet-gefaillieerde kan slechts via één procedure schuldverlichting trachten te bekomen, m.n. de collectieve schuldenregeling. Biedt het enkele feit van het faillissement van de hoofdschuldenaar een objectief criterium om een redelijk verantwoord onderscheid te maken tussen de twee genoemde categorieën van kosteloze persoonlijke zekerheidsstellers? Uiteraard kan de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller nog steeds uitstel van betaling vragen overeenkomstig art. 1244, tweede lid B.W.

25. Daarnaast valt een debat over het al dan niet *kosteloos* karakter van de persoonlijke zekerheidsstelling, bij gebrek aan duidelijke definitie, niet uit te sluiten. De eventuele bevrijding zal immers slechts aan de persoonlijke zekerheidsstellingen met een *kosteloos* karakter worden toegekend (cf. supra, nr. 6). Dit alles brengt ons tot de bedenking of het debat omtrent de proportionaliteit tussen de verbintenissen van de persoonlijke zekerheidssteller en zijn vermogenstoestand dient te worden gevoerd voor de faillissementsrechter tijdens de afwikkeling van de faillissementsprocedure. Zoals eerder reeds betoogd is een coherente regeling van de positie van de borg in de verschillende collectieve procedures in het Burgerlijk Wetboek op zijn plaats.³²

§5. Ondertussen: de verschoonbaarheid van de gefailleerde ?

26. Aan de verschoonbaarheid van de gefailleerde natuurlijke persoon wordt niet geraakt door de besproken wet. Een natuurlijke persoon gefailleerde die te

³¹ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2004-2005, nr. 1811/001, p. 7.

³² E. Dirix, "Borgtocht in het ontwerp reparatiewet faillissement: "omwille van je blauwe ogen"", *R.W.* 2001-02, (716) 717, nr. 4; F. T'KINT en W. DERYCKE, *o.c.*, *T.B.H.* 2002, (411) 420, nr. 15.

goeder trouw en ongelukkig is, zal derhalve nog steeds verschoonbaar worden verklaard, tenzij er gewichtige omstandigheden bestaan die met bijzondere redenen dienen te worden omkleed (art. 80 Faill.W.).³³

27. Hoger werd reeds vermeld dat de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller de afsluiting van het faillissement niet dient af te wachten teneinde een uitspraak te verkrijgen over de bevrijding (cf. supra nr.). In dezelfde lijn geeft art. 80 Faill.W. ook aan de gefailleerde de kans om vanaf zes maanden na de datum van het vonnis van faillietverklaring de rechtbank te verzoeken zich uit te spreken over de verschoonbaarheid. De mogelijkheid om een uitspraak over de verschoonbaarheid te laten plaatsvinden vanaf zes maanden na het vonnis van faillietverklaring heeft tot doel de discriminatie op te heffen tussen de gefailleerde van een meer complex faillissement en een faillissement zonder activa. Bij een complex faillissement zal de afsluiting van het faillissement jaren op zich laten wachten, waardoor de gefailleerde ondertussen zonder de verschoonbaarheid uit het economisch en beroepsleven verdwijnt. Een gelijkaardige redenering wordt toegepast voor de bevrijding van de stellers van kosteloze persoonlijke zekerheden. Het is in ieders belang dat er zo snel mogelijk duidelijkheid komt over het lot van deze zekerheden. Indien de rechter van oordeel is dat er nog geen uitspraak kan worden gedaan over de verschoonbaarheid of de bevrijding, bijvoorbeeld als er nog onvoldoende gegevens beschikbaar zijn om hierover te oordelen of indien er nog een gerechtelijk onderzoek loopt, kan hij beslissen zijn uitspraak uit te stellen.³⁴

Onrechtstreeks kan het lot van de echtgenoot die persoonlijk aansprakelijk is voor een schuld van de gefailleerde derhalve ook in een eerdere fase dan de afsluiting van het faillissement worden bezegeld. De positie van de echtgenoot blijft immers afhankelijk van de verschoonbaarheid van de natuurlijke persoon (cf. infra, nr. 28).

28. Het principe dat de gefailleerde rechtspersoon niet verschoonbaar kan worden verklaard, blijft gehandhaafd.³⁵ Hier weze herhaald dat de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller van de rechtspersoon daarentegen wel tijdens de afwikkeling van het faillissement de nodige stappen kan ondernemen teneinde de gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van zijn verbintenissen te verkrijgen.

29. Tenslotte wordt art. 82, eerste lid Faill.W. in ere hersteld. Na de reparatiewet bepaalde het gewijzigde art. 82 Faill.W. dat de verschoonbaarheid de

³³ Zie voor enkele toepassingsgevallen: Gent 2 december 2002, *NjW* 2003, 1005, noot MT; Luik 27 maart 2003, *J.T.* 2003, 643; Luik 20 november 2003, *J.L.M.B.* 2004, 554, met noot P. Cavenaile; Luik 15 januari 2004, *J.L.M.B.* 2004, 558; Luik 8 januari 2004, *J.T.* 2004, 578; Kh. Tongeren 24 oktober 2002 en 5 december 2002, *R.W.* 2003-04, 638; Kh. Dinant 10 juni 2003, *J.T.* 2003, 644.

³⁴ Verslag namens de commissie belast met de problemen inzake handels- en economisch recht, *Parl.St.* Kamer, 2004-05, p. 8 –9.

³⁵ De uitsluiting van rechtspersonen uit het personele toepassingsgebied werd ingevoegd door de reparatie wet van 4 september 2002. Zie hierover o.m.: A. De Wilde, "De faillissementswet zoals gewijzigd door de reparatiewet van 4 september 2002 en de programmawet van 8 april 2003", CBR Jaarboek 2003-2004, Antwerpen, Maklu, 2004, (209) 235 – 236.

schulden teniet deed. Voortaan wordt immers (opnieuw) bepaald dat de gefailleerde die verschoonbaar is verklaard, niet meer kan worden vervolgd door zijn schuldeisers. De verschoonbaarverklaring van de gefailleerde natuurlijke persoon leidt derhalve niet tot een juridisch tenietgaan van schuldvorderingen, maar geldt enkel als een uitvoeringsexceptie. De tekst van de wet sluit ook opnieuw aan bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie die oordeelt dat de verschoonbaarheid van de gefailleerde niet leidt tot de uitdoving van de schulden.³⁶

§6. Het lot van de echtgenoot van de gefailleerde

30. De nood tot humanisering van het faillissementsrecht bracht de wetgever ertoe in de zogenaamde reparatiewet van 4 september 2002 de gevolgen van de verschoonbaarheid uit te breiden tot de echtgenoot die zich persoonlijk aansprakelijk heeft gesteld voor de schuld van de verschoonbaarverklarde gefailleerde. De concrete toepassing van deze bepaling leidde opnieuw tot de enkele (grondwettelijke) vragen omtrent de precieze interpretatie en toepassingsgebied van *het zich persoonlijk aansprakelijk stellen voor de schuld van de gefailleerde*. Geldt dit ook voor de *wettelijke* medegehoudendheid van de echtgenoot voor de betaling van de fiscale schulden (cf. art. 394 W.I.B.)? Indien deze vraag in negatieve zin wordt beantwoord, betekent dit dat de echtgenoot gehouden is tot betaling van de onroerende voorheffing en/of personenbelasting, terwijl de verschoonbaar verklaarde gefailleerde zelf niet meer verplicht is deze belastingschuld te betalen. De (lagere) rechtspraak zocht zelf een grondswetconform antwoord op deze vraag of ging te rade bij het Arbitragehof.³⁷ Het Arbitragehof beantwoordde deze vraag in het hoger reeds vermelde arrest van 12 mei 2004.³⁸ De interpretatie van art. 82 Faill.W. in die zin dat de echtgenoot van de gefailleerde niet bevrijd zou worden van een belastingschuld waartoe hij/zij op basis van een fiscale bepaling gehouden is, is strijdig met het gelijkheidsbeginsel.

31. De faillissementswet werd op dit punt reeds eerder aangepast via de Wet van 2 februari 2005 tot wijziging van art. 82, tweede lid Faill.W.³⁹ Voortaan is de echtgenoot die persoonlijk aansprakelijk *is* voor de schuld van deze laatste (d.i. de verschoonbaarverklarde gefailleerde natuurlijke persoon), bevrijd van die verplichting ingevolge de verschoonbaarheid van de hoofdschuldenaar. De bevrijding van de echtgenoot van de gefailleerde is aldus van toepassing op het geheel van schulden waartoe de echtgenoot persoonlijk is gehouden, hetzij als gevolg van de wettelijke bepalingen, hetzij uit vrije wil.⁴⁰ Voor de echtgenoot blijft derhalve gelden dat de bevrijding afhankelijk is van de verschoonbaar-

³⁶ Cass. 16 november 2001, *T.B.H.* 2002, 34, *J.L.M.B.* 2001, 1731.

³⁷ Rb. Leuven 13 december 2002, *R.W.* 2003-04, 1274, *T.F.R.* 2003, 934, noot Voet, *Fiscoloog* 2003, nr. 875.

³⁸ Arbitragehof nr. 78/2004, 12 mei 2004, *R.W.* 2004-05, 658, noot.

³⁹ B.S. 21 februari 2005. Deze wet is in werking getreden op de dag waarop zijn in het *Belgisch Staatsblad* wordt bekendgemaakt.

⁴⁰ Verslag namens de commissie belast met de problemen inzake handels- en economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1320/002, p. 4.

heid van de hoofdschuldenaar. Bij verschoonbaarheid geldt een automatische, onvoorwaardelijke en integrale bevrijding. Volgens de letter van de wet geldt er geen opschorting van de middelen van tenuitvoerlegging t.a.v. de echtgenoot. Hoger werd reeds verwezen naar het recente arrest van het Arbitragehof waarbij het gebrek aan schorsing t.a.v. de borg en de echtgenoot als een schending van het gelijkheidsbeginsel werd beschouwd (cf. supra nr. 14). Een grondwetsconforme interpretatie zal de rechtspraak ertoe aanzetten ook t.a.v. de echtgenoot de voortzetting van de middelen van tenuitvoerlegging te schorsen.

§7. Overgangsregeling

32. De wijzigingen zoals ingevoegd door de wet van 20 juli 2005 traden in werking op 7 augustus 2005. Art. 10 van de besproken wet voorziet evenwel in een overgangsregeling voor de lopende faillissementen die nog niet afgesloten zijn op het ogenblik van inwerkingtreding. Deze overgangsregeling heeft in essentie betrekking op de procedurele wijzigingen.

De schuldeisers beschikken voor de faillissementen die nog niet zijn afgesloten op 7 augustus 2005 over een termijn van drie maanden om een bijkomende verklaring in te dienen met vermelding van de naam, voornaam en het adres van de persoonlijke zekerheidssteller. Opnieuw geldt hier als sanctie dat bij gebrek aan bijkomende verklaring door de schuldeiser de persoonlijke zekerheidssteller is bevrijd. Opvallend hierbij is een verschil in formulering van deze overgangsregeling en de bepaling voor de nieuw geopende faillissementen. Strikt genomen is de verplichting van de bijkomende aangifte in de nieuwe faillissementen beperkt tot de *kosteloze* persoonlijke zekerheidsstellers. Deze beperking tot de kosteloze persoonlijke zekerheidsstellers geldt niet bij de faillissementen die nog niet zijn afgesloten op datum van inwerkingtreding van de huidige wet. De eventuele gehele of gedeeltelijke bevrijding blijft evenwel beperkt tot de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller.

33. Na het horen van de gefailleerde, en uiterlijk binnen vier maanden na 7 augustus 2005 dient de curator de persoonlijke zekerheidssteller zodra die bekend is, te verwittigen per aangetekende brief met ontvangstmelding zodat laatstgenoemde de nodige stappen kan ondernemen teneinde een gehele of gedeeltelijke bevrijding te verkrijgen van zijn verbintenissen. Binnen een termijn van vijf maanden na 7 augustus 2005 dient de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller een verklaring inclusief bewijsstukken in te dienen bij de griffie van de rechtbank van koophandel. Hier wordt wél een sanctie bepaald voor de nalatige kosteloze persoonlijke zekerheidssteller: bij gebreke hieraan kan de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller niet worden bevrijd.

34. De partijen die een bijkomende verklaring hebben ingediend (de schuldeisers en de kosteloze persoonlijke zekerheidsstellers), zullen worden gehoord door de rechtbank. Voor de lopende faillissementen geldt ook dat, behoudens frauduleuze organisatie van het onvermogen, de rechtbank de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller geheel of gedeeltelijk zal bevrijden wanneer een

disproportionaliteit bestaat tussen zijn verbintenis en zijn inkomsten en zijn patrimonium.

35. Deze wet die (mogelijkerwijs) verregaande invloed kan hebben op de rechtspositie van de schuldeisers en de personen die zich kosteloos zeker hebben gesteld, doet uiteraard ook de vraag rijzen naar de temporele werking ervan. De nieuwe wet heeft in principe onmiddellijke werking.⁴¹ Dit betekent dat de nieuwe wet niet enkel van toepassing is op situaties die na haar inwerkingtreding ontstaan, maar ook op de toekomstige gevolgen van de onder de vroegere wet ontstane toestand die zich voordoen of voortduren onder gelding van de nieuwe wet, voor zover daardoor geen afbreuk wordt gedaan aan reeds onherroepelijk vastgestelde rechten, de zogenaamde *droits acquis*.⁴² Dit betekent derhalve dat een kosteloze persoonlijke zekerheidssteller lastens wie nog geen definitieve titel bestaat én in de hypothese dat het faillissement nog niet is afgesloten, zich kan beroepen op de nieuwe wet. Aangezien afstand is genomen van het automatisch, onvoorwaardelijk en integraal karakter van de bevrijding, betekent de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet niet automatisch een verbetering van de positie van de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller. Op het ogenblik dat de schuldeiser evenwel over een onherroepelijk vastgestelde rechten beschikt tegen de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller, kan hieraan geen afbreuk meer worden gedaan door toepassing van de gewijzigde faillissementswet. De schuldeiser kan in deze hypothese middelen van tenuitvoerlegging aanwenden lastens de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller. In een eventuele verzetsprocedure waartoe deze tenuitvoerlegging kan aanleiding geven, zal de beslagrechter niet kunnen tornen aan het gezag van geijde van de definitieve rechterlijke uitspraak.

IV. Besluit

36. De Wet van 20 juli 2005 beoogde – op aansturen van het Arbitragehof – te remediëren aan een aantal grondwettelijke ongelijkheden. Positief is dat afstand is gedaan van het integrale en onvoorwaardelijke karakter van de uitbreiding van de verschoonbaarheid naar de kosteloze borgen. Tegelijkertijd wordt het accessoir karakter van de borgtocht (opnieuw) genuanceerd: de bevrijding van de kosteloze borg staat los van de vraag naar de verschoonbaarheid van de gefailleerde natuurlijke persoon en is derhalve ook mogelijk indien het faillissement een rechtspersoon betreft. De herkwalficatie van de verschoonbaarheid als een uitvoeringsexceptie die de verdere vervolging van de gefailleerde uitsluit kan tevens als een pluspunt van deze wetgeving worden beschouwd. Onduidelijkheid blijft bestaan over de precieze invulling van het begrip *kosteloos*. Eindeloze discussies hierover dreigen onvermijdelijk te worden en een efficiënte afwikkeling van het faillissement in het gedrang te brengen. Rekening houdende met de komende wijziging van de wet op de collectieve schuldenre-

⁴¹ Zie hierover o.m.: M. DE THEJE en M. VANMEENEN, *o.c.*, *R.W.* 2003-04, (1552) 1554 en de verwijzingen aldaar; A. DE WILDE, *l.c.*, in *CBR Jaarboek 2003-2004*, Antwerpen, Maklu, 2004, (209) 265 – 266 en de verwijzingen aldaar.

⁴² Cass. 6 oktober 2000, *Pas.* 2000, 525, *Arr.Cass.* 2000, 525.

geling, kan tenslotte worden betreurd dat een globale oplossing voor het (eventueel) disproportioneel karakter tussen de gehoudenheid van de borg en zijn verbintenissen in het burgerlijk wetboek vooralsnog ontbreekt.

Bibliografie

- Th. BOSLY en M.D. ALDAHEFF, "La loi de "réparation", de la loi du 8 août 1997 sur les faillites: une nouvelle occasion manquée?", *T.B.H.* 2002, 777-789
- S. BRIJS, "Fresh start en discharge ingevoerd in het Belgische insolventierecht: een tweede kans voor de wetgever?" in *Liber amicorum Philippe Gérard*, Brussel, Bruylant, 2002, 152-182
- K. CREYF, "De gevolgen van de borg of de echtgenoot bij bevrijding of kwijtschelding van schulden in het insolventierecht", *R.W.* 2002-03, 441 – 457
- P. CAVENAILLE, "Modifications apportées au droit de la faillite depuis 1997, en ce compris les récentes modifications de la loi du 4 septembre 2002", in *Concordat judiciaire et faillites*, CUP, 2003, 11 – 115
- A. CUYPERS, "De verschoonbaarheid van de gefailleerde en de positie van echtgenoot en borgen in de gerepareerde faillissementswet", *T.B.H.* 2003, 267 – 285
- G.A. DAL, " L'excusabilité dans la loi du 4 septembre 2002: réparation ou bricolage?", *J.T.* 2003, 633- 637
- M. DE THEIJE en M. VANMEENEN, "Roeien met de gegeven riemen: een praktische benadering van de verschoonbaarheid", *R.W.* 2003-04, 1552-1556
- E. DIRIX, "Borgtocht in het ontwerp reparatiewet faillissement: "omwille van je blauwe ogen"", *R.W.* 2001-02, 716- 718
- W. DERYCKE, "Recente ontwikkelingen in het faillissementsrecht", in *Financiële regelgeving: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 517 – 547
- A. DE WILDE, "De faillissementswet zoals gewijzigd door de reparatiewet van 4 september 2002 en de programmawet van 8 april 2003", *CBR Jaarboek 2003-2004*, Antwerpen, Maklu, 2004, (209) 234-260
- A. DE WILDE, "Verschoonbaarheid en kwijtschelding in de Faillissementswet: een schone lei voor de wetgever?", *R.W.* 2005-2006, 601- 610.
- M. FORGES, "Décharge de la caution en cas de faillite: attention aux délais prescrits par la loi du 20 juillet 2005 », *J.T.* 2005, 517-519.
- B. MAILLEUX, "Bevrijding kosteloze borg – Wet van 20 juli 2005 past faillissementswet aan", *NjW* 2005, 938-942
- M. VANMEENEN, "De faillissementswet herbekeken", in *Themis Insolventierecht*, nr. 20, Brugge, Die Keure, 2003, 5 – 27
- M. VANMEENEN en B. WINDEY, "Recente wijzigingen inzake faillissement. Wanneer repareren we de reparatiewet?", *NjW* 2002, 372 – 382
- M. VANMEENEN, "De faillissementswet op de valreep aangepast: wie geen aangifte doet, is gezien !", *T.B.H.* 2005, 997-1006.
- M. VANMEENEN, "De nieuwe regeling inzake de bevrijding van persoonlijke zekerheidstellers en de verschoonbaarheid", *T.B.H.* 2005, 886-890.