

Borgtocht en verschoonbaarheid, een gordiaanse knoop

OP 30 JUNI 2004 VELDE HET ARBITRAGEHOF EEN VRIJ SPECTACULAIR ARREST, WAARBIJ DE ARTIKELEN 81, 1^o EN 82 VAN DE FAILLISEMENTSWET, D.I. DE REGELING INZAKE DE GEVOLGEN VAN DE VERSCHOONBAARVERKLARING VAN EEN GEFAILLEERDE BORG EN HOOFDELIJK VERBONDEN ECHTGENOTEN, WERDEN VERNIETIGD EN DE WETGEVER DERTIEN MAANDEN DE TIJD KRIJGT OM EEN NIEUWE REGELING IN TE VOEREN. HOEWEL DE UITSpraak INHOUDELIJK ZEKER AANVAARDBAAR IS, DOET DE ZAAK WEL ERNSTIGE VRAGEN RIJZEN OVER DE VERHOUDING TUSSEN GRONDWET, PRIVAATRECHT EN POLITIEK BESTEL IN ONS LAND.

MATTHIAS STORME

De faillissementswet van 1997 voert de mogelijkheid in om de gefailleerde schuldenaar bij afsluiting van het faillissement verschoonbaar te verklaren, met als gevolg dat hij na faillissementsvereffening niet meer aangesproken kan worden voor de resterende schulden. De mogelijkheid werd bij de wijziging door de wet van 4 september 2002 verruimd, zodat de verschoonbaarheid de regel is geworden en slechts uitzonderlijk niet wordt toegekend. Het Belgische recht is door de soepele en verregaande toekenning ervan manifest schuldenaarvriendelijker dan de meeste andere rechtsstelsels. Niettemin is de aanvaardingsgraad van deze regeling hoog; zoals ook het Arbitragehof intussen heeft geoordeeld, gaat ze de grenzen van de redelijkheid niet te buiten. De verschooning vindt immers maar plaats nadat het gehele beslagbaar vermogen van de gefailleerde te gelde is gemaakt, inbegrepen de tijdens het faillissement verworven activa, en de gefailleerde alle beperkingen van het faillissement heeft moeten ondergaan.

Veel problematischer is een andere maatregel die in 2002 werd ingevoerd, namelijk de bevrijding van personen die zich voor de verschoonde schulden kosteloos borg hebben gesteld, en dit zonder dat er ook maar enige uitwinning van de borg aan vooraf moet zijn gegaan. De maatregel werd op zeer ruime schaal ingevoerd in art. 82 Faill. W. door de wet van 4 september 2002, wat het Belgische recht tot zowat het meest schuldeiseronvriendelijke recht ter wereld maakt. De schuldenaarvriendelijke politici werden hierbij

wel flink geholpen door arrest nr. 69/2002 van 28 maart 2002 van het Arbitragehof, dat oordeelde dat het onverantwoord is dat een rechter niet wordt toegestaan te beoordelen of er geen aanleiding is om na de verschooning van de hoofdschuldenaar ook diens borg niet te bevrijden, in het bijzonder wanneer zijn verbintenis van belangeloze aard is. Het Hof zag aldus een discriminatie in de regeling krachtens dewelke de gefailleerde van zijn schuld verschoond kon worden en de borg niet. De premisse van waaruit het arrest uitging, is echter onjuist: de borg kan evenzeer van zijn schulden bevrijd worden als de gefailleerde, namelijk door zelf een faillissement te ondergaan of een collectieve schuldenregeling. In een later arrest van het Arbitragehof wordt dat trouwens uitdrukkelijk ingeroepen om te verantwoorden dat de verschoonbaarheid niet ten goede komt aan een hoofdelijke medeschuldenaar (nr. 2004/78 van 12 mei 2004, overweging B.11.2.). De discriminatie die het Hof zag, was er dus gewoon niet.

Arrest nr. 69/2002 werd door de meeste auteurs vakkundig afgebroken. De wetgever daarentegen, die meer op emotie dan verstand rijdt, is gewoon verder blijven hollen tot hij nu dus in het arrest van 30 juni door hetzelfde Arbitragehof werd gestopt. Alras bleek wel dat Hof en wetgever in 2002 een doos van pandora hadden geopend, die enkel maar tot een imbroglion kon leiden dat quasi onoplosbaar is zonder de uitgangspunten terug in vraag te stellen. Dat blijkt alleen al uit de talloze prejudiciële vragen die de regeling heeft doen ontstaan en de vele andere die nog zouden kunnen worden gesteld, omdat in de ruime en privaatrechtsongevoelige interpretatie die toen aan het grondwettelijk gelijkheidsgebot is gegeven er een hele reeks nieuwe discriminaties zijn ontstaan c.q. niet opgeheven.

De positie van de echtgenoot van een gefailleerde buiten beschouwing gelaten, bestaat de mogelijkheid om zonder uitwinning van zijn goederen bevrijd te worden van schulden, enkel voor personen die zich borg hebben gesteld voor een natuurlijke persoon-handelaar, die eerst failliet werd verklaard en vervolgens verschoonbaar, en dus niet:

- voor iemand die zich kosteloos borg heeft gesteld voor de schulden van een rechtspersoon (zo bijvoorbeeld is de handelaar die een vennootschap opricht en er zich borg voor stelt, slechter af dan de handelaar die de schulden zelf aangaat);
- voor iemand die zich kosteloos borg heeft gesteld voor een handelaar die failliet werd verklaard maar niet verschoonbaar;
- voor iemand die zich kosteloos borg heeft gesteld voor een handelaar, die niet failliet is verklaard, maar bijvoorbeeld een gerechtelijk akkoord heeft gekregen;
- voor iemand die zich kosteloos borg heeft gesteld voor een particulier die geen handel dreef;
- voor iemand die zich kosteloos hoofdelijk verbonden heeft voor andermans schulden;
- voor iemand die zich op andere wijze kosteloos verbonden heeft, al dan niet in het voordeel van een ander.

Al die personen moeten dus, zoals de hoofdschuldenaar, eerst zelf een uitwinning van hun goederen ondergaan.

NIEUWE START?

In het arrest van 30 juni 2004 heeft het Arbitragehof de enig juiste conclusie getrokken: de wetgever is te ver gegaan. Met de woorden van het arrest: 'Door het voordeel van de verschoonbaarheid, dat slechts onder bepaalde voorwaarden aan een gefailleerde wordt toegekend, automatisch uit te breiden tot de persoon die zich

kosteloos borg heeft gesteld, is de wetgever verder gegaan dan hetgeen krachtens het gelijkheidsbeginsel vereist was. Hij heeft de schuldeisers een last opgelegd die niet redelijk verantwoord is ten aanzien van het doel dat hij nastreeft'. Voor de hierboven aangegeven discriminaties tussen verschillende soorten schuldenaars kan maar een oplossing worden gevonden door de bevrijding van bepaalde soorten schuldenaars terug te schroeven. Met het arrest nr. 69/2002 was de geest uit de fles, en de wetgever krijgt nu van het Arbitragehof dertien maanden om hem er terug in te krijgen. De wetgever krijgt de opdracht een nieuwe regeling uit te dokteren, waarin de borgen van natuurlijke en rechtspersonen gelijk worden behandeld, en anderzijds niet meer automatisch van hun schulden bevrijd worden bij verschoonbaarheid van de hoofdschuldenaar.

GEEN EINDPUNT

Mijns inziens is het Hof in zijn overwegingen niet ver genoeg gegaan en zal dit niet kunnen gebeuren zonder het principe van bevrijding van borgen zonder enige uitwinning te moeten ondergaan, volledig terug te draaien. De rechtsvergelijking leert ons dat de oplossing voor het reël bestaande probleem slechts gevonden kan worden in een verstrenging van de regels van de borgtocht, zodat er minder borgschulden zijn, niet in een voorkeursbehandeling van borgschulden boven andere schulden. Het is het burgerlijk wetboek dat moet worden aangepast, zowel wat de totstandkoming van de borgtocht betreft als de verplichtingen van de schuldeiser jegens de borg. Wordt aan die strengere voorwaarden voldaan, dan is er geen reden meer om borgen beter te behandelen dan andere schuldenaars, en hun bevrijding niet afhankelijk te stellen van een collectieve schuldenregeling of een andere vorm van uitwinning. Dan is het ook mogelijk om het regres op de verschoonbaar verklaarde gefailleerde, van de borg die betaald heeft, te beperken (bijvoorbeeld tot een billijkheidsvordering vergelijkbaar met art. 1386bis B.W.).

Ik kan het toch niet laten om uit de hele saga de les te trekken dat het Arbitragehof door zijn bevoegdheidsomschrijving zowel als door zijn samenstelling niet het geschikte orgaan is om het specifieke soort evenwicht in regeling te realiseren dat het privaatrecht moet kenmerken. Het enorme gebrek aan vertrouwde met die materie maakt dat in de arresten die betrekking hebben op vermogensrechtelijke vragen de overwegingen een hoog Pythiagehalte hebben en een heleboel constructieve elementen van het door de eeuwen heen gegroeide bouwsel van het privaatrecht duidelijk aan de aandacht ontsnappen. Kortom, de spreekwoordelijke olifant in de porseleinwinkel. De bevoegdheid die het Hof zichzelf heeft gegeven om na te gaan of regels van privaatrecht een billijk evenwicht inhouden tussen schuldeiser en schuldenaar, leidt er bovendien ook toe dat het privaatrecht door de compleet vertekende en nog steeds bijziende bril van artikel 10 GW wordt bekeken (natuurlijk, het perspectief van de leden van de wetgevende macht is nog stukken beperkter; maar die kan je dan tenminste nog wegstemmen). Daarmee is niet gezegd dat hoogste rechtscollages geen rechtsvormende rol in het privaatrecht kunnen en moeten spelen; maar de quasi totale afwezigheid van privatisten in ons Arbitragehof contrasteert dan ook sterk met hun meerderheid in vele andere grondwettelijke hoven.

(De auteur is advocaat en hoogleraar)

Arbitragehof, arrest nr. 114/2004, 30 juni 2004, www.arbitrage.be

+++++

T **Koen Lenaerts** wordt verkozen tot kamervoorzitter van de vierde kamer van het Europees Hof van Justitie, voor een termijn van één jaar. +++ De rechtbank van Dendermonde verklaart zeven zakenlui Vlaanderen schuldig aan valsheid in geschrift en subsidiefraude bij **Boelwerf Vlaanderen**. +++ In het Staatsblad verschijnt het kb van 17 september 2004 dat de **Europese vennootschap** in ons vennootschapsrecht vorm moet geven. Bovendien keuren de vakbonden en de werkgevers in de Nationale Arbeidsraad de cao goed met betrekking tot de rol van de werknemers in een Europese vennootschap. Daardoor worden Europese vennootschappen in België mogelijk. +++ Bij de begrotingsbesprekingen sleept de FOD justitie een **budgetverhoging** van 4,1 procent uit de brand. +++ Europees commissaris voor de vrije markt **Frits Bolkestein** sleept Duitsland voor het Europees Hof van Justitie. Een Duitse wet die autobouwer **Volkswagen** beschermt tegen vijandige overnames is volgens Bolkestein in strijd met het vrij verkeer van kapitaal. +++ Het accountantskantoor **KPMG** sluit een minnelijke schikking met de voormalige aandeelhouders van het failliete spraaktechnologiebedrijf **Lernout & Hauspie**. De minnelijke schikking komt er naar aanleiding van de gezamenlijke juridische procedure of 'class action suit' van de aandeelhouders in de VS. **KPMG** betaalt in totaal 115 miljoen euro uit. +++ De Hasseltse kortgedingrechter geeft een school de toestemming om het dragen van de **hoofddoek** in de school te verbieden. +++ De Spaanse onderzoeksrechter **Balthazar Garzon** pleit voor een harmonisering in de Europese Unie van de nationale wetgevingen op inlichtingen- en politiediensten en een grotere rol voor Europol. Garzon is zelf betrokken bij het onderzoek naar de aanslagen van 11 maart in Madrid. +++ **Marie-France Botte** wordt buiten vervolging gesteld voor vervalsing, verduistering en misbruik van vertrouwen. Botte werd ervan verdacht geld te hebben achtergehouden dat bestemd was voor een vzw die zich het lot van Thaise en Cambodjaanse misbruikte kinderen aantrekt. +++ Het Antwerpse parket start een onderzoek naar mogelijke **fraude** bij het OCMW van de stad. +++ Commissaris **Herman Lefief**, hoofd van de dienst fraude betaalmiddelen van de gerechtelijke dienst van het arrondissement Brussel wordt verkozen tot 'law enforcement officer of the year'. Hij krijgt de onderscheiding van de International Association of Financial Crimes Investigators, voor het ophelderen van een zaak van grootschalige kredietkaartenfraude. +++ Opnieuw ontsnappen drie gedetineerden uit de gevangenis van **Nijvel**. Minister van justitie **Onkelinx** laat alle gevaarlijke gevangenen naar andere, beter bewaakte gevangenissen overbrengen. Er wordt een onderzoek gestart naar de ontsnappingen. +++ De Antwerpse SPA onderwijsschepen **Robert Voorganger** wil het spijbelprobleem bij de Antwerpse jeugd strenger aanpakken; hij pleit ervoor de PV's tegen ouders van spijbelende kinderen niet langer te seponeren +++

PRIVE-DETECTIVES

STROBBE, ERVIJN & HURTECANT®



Uw vertrouwen waard

ADVIES
ONDERZOEK
ANALYSE

BEERNEM • GENT • KORTRIJK

0495/20 10 10

www.prive-detectives.com