

KMOBRIEF

NIEUWSBRIEF VOOR DE ONDERNEMER

ERNST & YOUNG
FROM THOUGHT TO FINISH.™

nummer 77

I N H O U D

WAT IS
BORGSTELLING?



WAT ZIJN
DE RECHTEN
VAN DE
SCHULDEISER?



WANNEER HEEFT
DE BORG
VERHAALRECHT?



WAT ZIJN
DE GEVOLGEN
BIJ EEN
FAILLISSEMENT?



CONCLUSIE



Maandelijkse nieuwsbrief van Ernst & Young
Oktober 2001, vijfde jaargang



Borgstelling en faillissement

Starters en jonge groeibedrijven kunnen de voor hun expansie noodzakelijke investeringen zelden financieren zonder bij een bank aan te kloppen. Maar juist tegenover starters en jonge groeibedrijven stellen de banken zich doorgaans erg terughoudend op: de beperkte financiële draagkracht van starters en jonge groeiers houdt voor een bank een hoog risico in.

De patsituatie die zich hier voordoet, wordt vaak door borgtocht opgelost: een derde belooft aan de schuldeiser dat hij de verplichtingen van de schuldenaar zal nakomen, als die dat niet zelf doet.

Het is duidelijk dat iemand die zich borg stelt voor een ander, een belangrijk risico op zich neemt – zeker in minder goede tijden. Gaat het de onderneming minder voor de wind dan was verhoopt, zodat zij niet aan haar verplichtingen kan voldoen of zelfs failliet gaat, dan zullen de banken de borg aanspreken en hem uitwinnen voor het saldo van de schuld. In dit artikel zetten we eerst de principes van

de borgtocht kort uiteen. Daarna gaan we dieper in op de vraag welke gevolgen een faillissement voor de borg met zich mee kan brengen. Hierbij komen ook de volgende vragen aan de orde: kan de borg verplicht worden om te betalen? En zo ja, heeft hij er dan belang bij dit te doen voor of na het afsluiten van het faillissement? En kan hij de schade nog op iemand anders verhalen?



Het is verstandig een borg in een schriftelijke overeenkomst vast te leggen en dit in zoveel exemplaren als er partijen zijn.



Uitwinnen = Aanspreken tot betaling van het saldo



Van bepaalde zekerheden kan contractueel afstand worden gedaan. Het is dus belangrijk de overeenkomst steeds grondig te lezen.



De borg kan alle verweermiddelen opwerpen waarover de hoofdschuldenaar beschikt, zelfs indien die laatste zelf afstand zou hebben gedaan van deze verweermiddelen.

Wat is borgstelling?



garant stelt tegenover de schuldeiser tot betaling van de hoofdschuld.

Onder 'borg' of 'borgtocht' verstaan we een overeenkomst waarbij iemand (de borg) zich jegens de schuldeiser (bv. een bank) van een verbintenis (bv. een lening) verbindt om met zijn eigen vermogen in te staan voor het nakomen van die verbintenis (de aflossing van de lening), indien de eigenlijke schuldenaar die verplichtingen niet zelf nakomt.

De overeenkomst wordt gesloten tussen de schuldeiser en de borg, waarbij de borg zich

De borgtocht geldt dus als waarborg voor de uitvoering van de verbintenis. Dat houdt onder meer in dat de borg nooit gedwongen kan worden meer te betalen dan de hoofdschuldenaar. Het aangaan van een borg is niet onderworpen aan specifieke vormvereisten. Meestal wordt een borg kosteloos afgesloten.

Borgtocht wordt niet vermoed: er is pas sprake van een borg als die uitdrukkelijk is aangegaan. Hij duurt ook nooit langer dan de periode waarvoor hij is aangegaan.

Wat zijn de rechten van de schuldeiser?



A. VOORRECHT VAN UITWINNING

De schuldeiser moet zich eerst tot de hoofdschuldenaar wenden. Komt hij meteen aankloppen bij de borg, dan kan die weigeren om te betalen, en eisen dat de schuldeiser eerst de hoofdschuldenaar aanspreekt. Pas als blijkt dat die in gebreke blijft, kan de schuldeiser zich opnieuw tot de borg wenden.

B. VOORRECHT VAN SCHULDSPLITSING

Indien verschillende personen zich borg hebben gesteld, kan de borg eisen dat de schuldeiser zijn vordering splitst en enkel aangesproken wordt voor zijn deel.

Let op! Dit is een voorrecht waarvan men in de borgtocht-overeenkomst kan afzien.

Wanneer heeft de borg verhaalrecht?



Dit verhaalrecht geldt niet in de volgende gevallen:

Als blijkt dat de borg verplicht is om de schuld te betalen, kan die zich op zijn beurt tot de schuldenaar wenden. Door de schuld te betalen, treedt hij zelf in de plaats van de oorspronkelijke schuldeiser en kan hij van de schuldenaar de betaalde bedragen teruggeisen.

Hij verkrijgt dezelfde rechten als de oorspronkelijke schuldeiser en kan een beroep doen op alle zekerheden die de eerste schuldeiser bedongen had.

1. Als de borg betaald heeft zonder door de schuldeiser te zijn vervolgd en zonder de hoofdschuldenaar daarvan in kennis te stellen, terwijl de schuldenaar op het ogenblik van de betaling goede gronden had om te stellen dat de schuld teniet was.
2. Als de borg betaald heeft zonder de schuldenaar daarvan in kennis te stellen en deze een tweede maal betaald heeft.
3. Als de borgtocht neerkomt op een schenking.

De schuldeiser kan de borg niet aanspreken, als hij er zelf verantwoordelijk voor is dat de borg niet meer in zijn rechten kan treden of de gestelde zekerheden kan aanspreken. Dat is bijvoorbeeld het geval als de schuldeiser geen

hypothecaire inschrijving genomen heeft. Of als de waarde van het onderliggend goed door toedoen van de schuldeiser verminderd is. Let op: de schuldeiser kan bedingen dat van dat recht wordt afgezien.

Wat zijn de gevolgen bij een faillissement?



In principe laat het faillissement de positie van de borg ongemoeid. Zo zal hij slechts kunnen worden aangesproken na het verstrijken van de oorspronkelijke contractueel voorziene termijn. De borg daarentegen kan wel zekerheden eisen van de schuldenaar. Indien de borg betaald heeft voor de hoofdschuldenaar, zal hij zijn vordering in het faillissement kunnen indienen.

VERSCHOONBAARHEID

Voor de borg zullen de gevolgen van het faillissement afhankelijk zijn van het feit of de gefailleerde schuldenaar al dan niet verschoonbaar wordt verklaard. Verschoonbaarverklaring betekent dat de gefailleerde na het sluiten van het faillissement niet meer vervolgd kan worden door de schuldeisers. Hij wordt geacht in eer hersteld te zijn en kan met een schone lei opnieuw deelnemen aan het maatschappelijke en economische verkeer. De gefailleerde die niet verschoonbaar is verklaard, kan nog altijd aangesproken worden door de schuldeiser voor de betaling van de nog openstaande schulden.

Maar wat betekent dat nu voor de borg?

Kan de borg een verschoonbaarverklaring zijn geld nog terugvragen bij de verschoonbaar verklaarde gefailleerde?

Aan die kwestie wordt momenteel in het parlement gesleuteld.

Huidige situatie

Op dit ogenblik wordt algemeen aanvaard dat, zodra de gefailleerde schuldenaar verschoonbaar is verklaard, ook de borg geen verhaal meer kan uitoefenen: de schuldenaar wordt

met die verklaring 'bevrijd' van zijn schulden, ook die t.a.v. de borg. De borg moet dus instaan voor het voldoen van de schuld zonder dat hij de betaalde sommen nog van iemand kan terugvorderen.

Wordt de gefailleerde niet verschoonbaar verklaard, dan blijft hij gehouden zijn schulden te betalen. Ook de borg zal zich dan vanzelfsprekend tot de gefailleerde kunnen wenden om de door hem voldane schuld terug te vorderen.

Nieuw wetsontwerp (in behandeling bij de senaat)

Een nieuw wetsontwerp tot wijziging van de faillissementswet tracht de positie van de borgen te verbeteren. Dit ontwerp voorziet ondermeer dat de 'borgen uit vrijgevigheid' hun verhaal op de schuldenaar zullen behouden, ook als het failliet van die schuldenaar verschoonbaar verklaard wordt.

Kan de borg nog aangesproken worden door de schuldeiser nadat de gefailleerde verschoonbaar verklaard is?

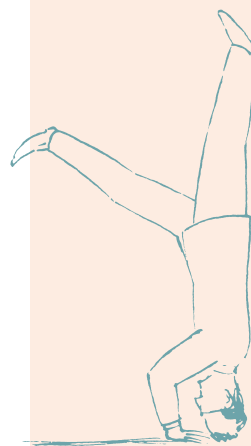
Ook in deze kwestie zou het nieuwe wetsontwerp verandering brengen.

Huidige situatie

In de huidige situatie bestaat er geen eensgezindheid over de vraag of de borg door de verschoonbaarverklaring bevrijd is.

Sommigen gaan ervan uit dat ook de borg bevrijd is, vermits de borg gelinkt is aan de hoofdschuld. In deze opvatting zou de borg er alle belang bij hebben om de betaling uit te stellen tot na het afsluiten van het faillissement, in de hoop dat de hoofdschuldenaar verschoonbaar verklaard wordt en diens schuld dus vervalt.

Een borg uit vrijgevigheid is de persoon die met zijn borgstelling geen direct of indirect financieel voordeel nastreeft.





In de toekomst zal de rechtbank de 'borgers uit vrijgevigheid' kunnen ontslaan van hun schulden. Tenzij zij hun onvermogen op bedrieglijke wijze geregeld hebben.



De meerderheid van de rechtsleer verwerpt deze stelling. Zij redeneert dat de hoofdverbintenis, ook als die niet meer ingevorderd kan worden, toch blijft bestaan en dat de verschoonbaarverklaring enkel de schuldenaar betreft en niet de borg. De huidige rechtspraktijk stelt dat de borg op voorhand wist dat hij tot betaling gehouden zou zijn, zodra de schuldenaar in gebreke zou blijven. De borg zal aldus in de huidige praktijk gehouden zijn de schulden te betalen.

Nieuw wetsontwerp (in behandeling bij de senaat)

Het vertrekpunt van het vermelde wetsontwerp is nog steeds dat personen die zich borg hebben gesteld, door de verschoonbaarverklaring van de schuldenaar niet ontslagen worden van hun verplichtingen.

In principe kan de schuldeiser de borg dus nog steeds aanspreken voor de betaling van de

schuld, zelfs al kan die borg zelf geen verhaal meer uitoefenen.

Bij wijze van uitzondering voorziet het wetsontwerp in een zogenaamde 'bevrijdingsmaatregel' voor 'borgers uit vrijgevigheid'.

In dergelijke gevallen zal de rechtbank de borg kunnen ontslaan van zijn verplichtingen wanneer zij vaststelt dat de levensomstandigheden van de borg ernstig zouden verslechteren als hij zijn verplichtingen moet nakomen.

Met 'ernstig verslechteren' wordt concreet bedoeld: 'iedere verslechtering die tot gevolg heeft dat de borg moet leven in omstandigheden die strijdig zijn met de menselijke waardigheid.' In zo'n geval zal een gedwongen verkoop van de eigen woning niet meer mogelijk zijn. De gedwongen verkoop van een buitenverblijf zal daarentegen wel toegestaan worden.

Conclusie

Dat een schuldenaar failliet gaat, verandert in principe niets voor de borgsteller. Hij zal niet onmiddellijk aangesproken kunnen worden door de schuldeiser, ook al kan hijzelf wel zekerheden eisen van de schuldenaar. Maar zodra de contractueel bepaalde termijn verstrijkt, kan de schuldeiser bij de borg de betaling van de schuld eisen.

Op dat ogenblik wordt het (voor de borg) van groot belang, of de schuldenaar al dan niet verschoonbaar verklaard is. Is dat namelijk het geval, dan zal de borg (volgens de huidige wetgeving) geen verhaal meer kunnen uitoefenen op de schuldenaar, terwijl hij wel de schuld moet betalen. Is de gefailleerde schuldenaar niet verschoonbaar verklaard, dan kan de borg zich nog wel tot hem wenden om de betaalde sommen te recupereren.

De senaat behandelt momenteel een wetsontwerp dat de positie van de borg aanzienlijk verbetert, vooral als die borg geen financieel voordeel uit de borgstelling puurt. Deze zogenaamde 'borgers uit vrijgevigheid' zullen zich in de nieuwe regeling namelijk ook tot de



verschoonbaar gefailleerde schuldenaar kunnen wenden om hun geld terug te eisen. Daarnaast zal de rechter deze borgers ook kunnen ontslaan van hun borgverplichtingen indien het nakomen ervan hun levensomstandigheden ernstig zou verslechteren.

HERMAN DE WILDE
Peeters Advocaten-Avocats

ERNST & YOUNG
FROM THOUGHT TO FINISH.™

MAANDELIJKE NIEUWSBRIEF
VAN ERNST & YOUNG

VERANTWOORDELIJKE
UITGEVER

Ernst & Young - Riet Bots,
Marcel Thiryalaan 204, 1200 Brussel.
Prijs: 2.500 BEF/jaargang
Verschijnt niet in juli en augustus.

INLICHTINGEN

Riet Bots,
Tel. 02/774 91 17 Fax 02/774 90 90
e-mail : riet.bots@ey.be
<http://www.kmobrief.be>
<http://www.lettrepre.be>