

RECHTSLEER

DOCTRINE

FAILLISSEMENT / FAILLITE

Medewerking, machtiging of bijstand van de commissaris inzake opschorting: enkele opvallende beslissingen

I. Verougstraete

SAMENVATTING

Artikel 44 van de wet op het gerechtelijk akkoord kent aan bepaalde schuldvorderingen verkregen tegen de debiteur een bijzonder statuut toe: als de schulden van de debiteur zijn aangegaan tijdens de procedure, dit is voor dat het gerechtelijk akkoord is goedgekeurd, worden zij beschouwd als boedelschulden in een later faillissement als het akkoord mislukt en een faillissement wordt uitgesproken. Dit geldt evenwel alleen wanneer de commissaris inzake opschorting aan de handelingen medewerking of bijstand heeft verleend of de handelingen gemachtigd heeft. In de rechtspraak heerste enige onzekerheid over de uitlegging van die voorwaarde. De recente rechtspraak die in dit nummer wordt weergegeven (gedeeltelijk onder vorm van uittreksels in deze noot) wijst uit dat de rechtszekerheid nu groter is geworden. Een algemene instemming met een beleid van de onderneming volstaat niet; een gedetailleerde instemming met elke aparte handeling is evenmin vereist. Het volstaat dat de commissaris inzake opschorting een kaderinstemming geeft met een precies omlinjnde type van handelingen.

RÉSUMÉ

L'article 44 de la loi sur le concordat judiciaire accorde aux dettes contractées par le débiteur pendant la procédure de concordat (c-à-d. jusqu'au moment où les propositions concordataires sont acceptées) le statut de dettes de la masse dans une faillite qui serait prononcée ultérieurement (après l'échec du concordat). Pour que ce statut soit acquis, il faut selon les termes de la loi, que les dettes aient été contractées avec la collaboration, l'autorisation ou l'assistance du commissaire au sursis. La jurisprudence a été divisée sur ce qu'impliquaient ces notions mais semble à l'heure actuelle stabilisée, ainsi qu'en attestent les décisions publiées dans ce numéro ou reproduites partiellement dans cette note. Une adhésion générale du commissaire au sursis à une continuation des activités, même si cette continuation implique nécessairement que soient accomplis certains actes, n'est pas suffisante. Il n'est pas requis non plus que chaque acte soit formellement approuvé par le commissaire au sursis: un accord-cadre à des actions définies de façon précise peut suffire.

1. Artikel 44 van de wet op het gerechtelijk akkoord bepaalt onder meer: "Handelingen door de schuldenaar tijdens de akkoordprocedure verricht met medewerking, machtiging of bijstand van de commissaris inzake opschorting, worden bij faillissement beschouwd als handelingen van de curator, waarbij de schulden gedurende de akkoordprocedure aangegaan gelden als boedelschulden van het faillissement."

2. De bedoeling van dat artikel is eenvoudig: als het akkoord wil lukken, dan moet de debiteur die per definitie in moeilijkheden is, toch iets kunnen bieden aan zijn nieuwe of oude contractanten als tegenprestatie voor nieuwe leveringen die niet contant worden betaald. Dit was de reden waarom die contractanten voor hun vordering de mogelijkheid krijgen dat hun vordering die betrekking heeft op prestaties geleverd tijdens de voorlopige periode beschouwd

wordt als een vordering van de boedel mocht er ooit later een faillissement intreden¹.

3. De termen “medewerking, machtiging of bijstand” zijn niet eenduidig en er is enige onzekerheid blijven bestaan over de draagwijdte van de termen.

Het concept “machtiging” is het eenvoudigste van de drie concepten, hoewel ook daar, zoals blijkt uit het in dit nummer afgedrukt arrest van 8 maart 2007 van het hof van beroep te Brussel², enige interpretatieruimte bestaat. De machtiging in de zaak die aanleiding gaf tot dit arrest was niet expliciet gegeven. Het hof van beroep zegt terecht dat de machtiging van de commissaris inzake opschorting niet aan bepaalde vormvereisten is onderworpen en dat het bewijs ervan kan geleverd worden met alle middelen als naar recht, met inbegrip van vermoedens. In casu wordt die machtiging afgeleid uit een kleine zin geschreven onderaan een dading gesloten door de debiteur met zijn contractant. De commissarissen inzake opschorting, schreven: “Les commissaires au sursis déclarent avoir pris connaissance de cette convention transactionnelle et de ne pas s’y opposer.” In de context van de zaak beschouwt het hof van beroep dit als een machtiging.

4. Bijstand en/of medewerking zijn moeilijker te omschrijven. Volgens het arrest van het Hof van Cassatie van 4 februari 2005:

“Er kan slechts bijstand van de commissaris inzake opschorting bestaan indien, voor de handeling gesteld wordt, de commissaris inzake opschorting hulp biedt bij het tot stand komen van de handeling.”

De omstandigheden van de zaak zullen uitwijzen of er effectief bijstand is geweest. Daarom zijn die concrete omstandigheden ook zo belangrijk.

Het Hof van Cassatie laat hierover een ruime mate van beleidsvrijheid aan de feitenrechter maar onderzoekt of de feitenrechter uit de door hem beoordeelde feiten kon afleiden dat de rechter-commissaris zijn bijstand of medewerking had verleend³.

In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van 4 februari 2005 stonden volgende feiten vast. Het zijn de feiten die de appelrechters als vaststaande hadden aangenomen en die het Hof van Cassatie nog eens uitdrukkelijk weergeeft om zijn leer te preciseren:

- de commissarissen hadden kennis van het voortleveren van cement tijdens de akkoordprocedure en stemden stilzwijgend in met dat voortleveren met het oog op de continuïteit van de onderneming;
- de commissarissen inzake opschorting waren behulpzaam bij de continuïteit van de onderneming;
- de leveringen waren onmisbaar in het productieproces van de debiteur en een voortzetting van de handelsactiviteit was ondenkbaar zonder leveringen.

De conclusie van de feitenrechters was dat de instemming met de voorlopige voortzetting ook een instemming met de aankoop van cement inhield, en dus ook inhield dat de commissaris inzake opschorting bijstand en medewerking verleende aan de aankopen.

Die laatste gevolgtrekking werd verworpen door het Hof van Cassatie: er was geen noodzakelijk verband tussen de eerste vaststelling en de kwalificatie als bijstand en machtiging.

In latere arresten van 8 september 2006 en 2 februari 2007 oordeelt het Hof van Cassatie dat de bijzondere regeling van artikel 44 slechts geldt voor de schulden die zijn aangegaan in de voorlopige periode. De hoofdreden die het Hof van Cassatie aangeeft is dat in de definitieve periode de commissaris inzake opschorting slechts toezicht en controle uitoefent over de uitvoering van het plan en de akkoordprocedure, met andere woorden niet de actieve rol speelt die van hem wordt verwacht in de voorlopige fase. Het is slechts in die voorlopige fase dat de commissaris inzake opschorting normaliter een zeer actieve rol kan spelen.

5. De feitenrechters hebben over het algemeen vrij goed begrepen wat de concepten bijstand en medewerking inhielden. Er zijn echter nuances.

Een vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen van 27 juni 2007⁴ moest beslissen of een vordering van de fiscus in betaling van bedrijfsvoorheffing die niet was doorbestort tijdens de periode van voorlopig akkoord een vordering was op de boedel van de ondertussen faillietverklarde debiteur. De separatisten verzetten zich tegen de erkenning van de vordering van de fiscus als schuld van de boedel.

De rechtbank van koophandel oordeelt als volgt:

“2. In tweede instantie menen NV Fortis Bank en NV Deutsche Bank dat de gevorderde bedrijfsvoorheffing niet ressorteert onder de toepassing van artikel 44, lid 2 WGA.

¹ In de loop van de akkoordprocedure of zelfs na beëindiging ervan, maar dan in dat laatste geval wel op voorwaarde dat er een nauwe band bestaat tussen de faillietverklaring en het beëindigen van de procedure (Arbitragehof nr. 108/2005, 22 juni 2005). Over de ratio van die bepaling, zie o.m. A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, Larcier, 1998, nr. 1314.

² Zie p. 143.

³ Zie J. CAEYMAEX, “Les privilèges. Les modifications entraînées par les lois de 1997 et par la jurisprudence subséquente”, in *Concordat judiciaire et faillite*, 2002, 151-152; Y. DUMON en H. STRANART, “Le concordat judiciaire. Loi du 17 juillet 1997”, *J.T.* 1997, 870; L. HERVÉ, “Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur la faillite et sur le concordat judiciaire”, in *La Faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Faculté de droit de Liège, 1998, 517, nr. 57; M. TISON, “Dépistage et gerechtelijk akkoord na de wet van 17 juli 1997”, *R.W.* 1997-98, 432, 140; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer, 2003, 235, nr. 342.

⁴ Zie <http://www.rdc-tbh.be/>

Vooreerst dient hierbij opgemerkt dat het gerechtelijk akkoord hier beperkt bleef tot een periode van voorlopige opschorting, zodat de rechtspraak die aan de schulden ontstaan tijdens de definitieve opschorting het voordeel van artikel 44 WGA ontzegt hier niet relevant is.

De draagwijdte van de bewoordingen 'handelingen door de schuldenaar tijdens de akkoordprocedure verricht met medewerking, machtiging of bijstand van de commissaris inzake opschorting' uit artikel 44, lid 2 WGA is nog steeds het voorwerp van controverse.

De rechtbank schaarft zich op dit vlak achter die rechtspraak en rechtsleer die ervan uitgaat dat de medewerking of goedkeuring van de commissaris inzake opschorting mag worden bewezen met alle middelen als naar recht, vermoedens inbegrepen, voor zover er een vorm van effectieve betrokkenheid van de commissaris inzake opschorting voorhanden is (Ph. ERNST, 'Verbanden tussen het gerechtelijk akkoord, het faillissement en de vereffening van vennootschappen na 1 januari 1998', *Vennootschapsrecht en fiscaliteit*, 1998, nrs. 23 e.v.; Kh. Antwerpen 22 november 2001, T.B.H. 2003/4, p. 350.) Aan de bewijsvoering inzake deze betrokkenheid mogen dan ook geen overdreven eisen gesteld worden. Zo is een uitdrukkelijke schriftelijke toestemming van de commissaris met het aangaan van de bewuste schulden niet noodzakelijk. Van een commissaris inzake opschorting kan niet verwacht worden dat hij zich systematisch met de naleving van dergelijke formele aspecten zou bezig houden, en bovendien moeten de schuldeisers van een dergelijke onderneming voldoende vertrouwen kunnen hebben in een redelijk soepele toepassing van de vereisten van artikel 44 WGA, teneinde de kansen op succes van zulk gerechtelijk akkoord niet overmatig te hypothekeren.

In de huidige casus is het duidelijk dat het verderzetten van de tewerkstelling bij NV RC Leasing volstrekt noodzakelijk was om de continuïteit van de onderneming te verzekeren en om het gerechtelijk akkoord enige kans op slagen te geven. Vermits de commissaris onmiskenbaar instemde met het voorlopig verderzetten van de activiteiten van NV RC Leasing en kennis had van de daartoe noodzakelijke tewerkstelling, stemde hij ook in met deze tewerkstelling van de betrokken werknemers.

Het verderzetten van de tewerkstelling impliceert niet enkel de betaling van het loon, maar ook van de verschuldigde bedrijfsvoorheffing. Deze laatste wordt immers ingehouden op het loon en dient rechtstreeks door de werkgever aan de fiscus te worden doorbetaald. De bedrijfsvoorheffing geniet dan ook van hetzelfde juridisch statuut als het loon en vormt er een aan kleven van. Het feit dat de ene verbintenis (betalen van loon) van contractuele aard is, en de andere (betalen van bedrijfsvoorheffing) van wettelijke aard, doet hiervan niets af: beide verbintenissen spruiten voort uit hetzelfde feit

(de tewerkstelling van werknemers) en zijn zeer nauw met elkaar verbonden.

Uit deze feitelijke en juridische gegevens blijkt dan ook dat de commissaris, die behulpzaam was bij het verzekeren van de continuïteit van de onderneming, zijn medewerking verleende aan de tewerkstelling en aan de daaruit rechtstreeks voortvloeiende verplichtingen, met name betaling van het loon en van de daarop verschuldigde bedrijfsvoorheffing (zie in dezelfde zin o.m. Kh. Antwerpen 22 november 2001, T.B.H. 2003/4, p. 350).

NV Fortis Bank verwijst naar een recent arrest van het hof van beroep te Antwerpen d.d. 15 februari 2007 (A.R. 2006/526 inzake faillissement NV Henri Paes & C°). Hoewel de vordering van de fiscus daar hoofdzakelijk betrekking had op de periode van definitieve opschorting, is het duidelijk dat dit arrest ook met betrekking tot de voorlopige opschorting een restrictievere interpretatie geeft aan artikel 44 WGA. Dit arrest is een belangrijke bijdrage tot de discussie binnen de rechtspraak, maar daarmee is de bestaande controverse niet beëindigd. Onder andere vanuit de bekommernis om de kansen op succes van de procedures van gerechtelijk akkoord zoveel mogelijk te vrijwaren, wenst de rechtbank zich niet aan te sluiten bij de restrictieve interpretatie van dit arrest. Overigens dreigt zulke interpretatie op termijn te leiden tot systematische verzoeken van schuldeisers aan de commissaris inzake opschorting om voor alle verbintenissen van de betrokken firma zijn uitdrukkelijke machtiging of instemming te betuigen. Daardoor kan de begeleiding en het toezicht van de commissaris op het gerechtelijk akkoord veel tijdrovender, omslachtiger en vooral ook duurder worden. Het resultaat kan dan zijn dat er toch veel boedelschulden van een daarop volgend faillissement ontstaan, en dat bovendien de kost van het gerechtelijk akkoord sterk toeneemt."

De leer van het vonnis kan moeilijk worden bijgevallen omdat volgens de vaststellingen van het vonnis de commissaris inzake opschorting wat betreft die wel bepaalde schulden volledig passief was gebleven. De rechtbank zegt wel dat er een vorm van effectieve betrokkenheid vereist was van de commissaris inzake opschorting, maar volgens de eigen vaststellingen van het vonnis was er maar een algemene betrokkenheid.

Het hof van beroep van Antwerpen denkt er kennelijk anders over in een arrest van 15 februari 2007⁵ dat qua leer nauw aansluit bij het cassatiearrest van 2005.

"2. De Belgische Staat kan geen stuk overleggen waaruit blijkt dat de tewerkstelling, die aanleiding heeft gegeven tot het heffen van bedrijfsvoorheffing, verricht werd met medewerking, machtiging of bijstand van de commissaris inzake opschorting.

⁵ Zie <http://www.rdc-tbh.be/>; <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

3. De in artikel 44 tweede lid WGA bedoelde tussenkomst van de commissaris inzake opschorting vereist zijn actief optreden bij het totstandkomen van de handeling van de schuldenaar waardoor de litigieuze schuld ontstaat. Vereist is dat hij een beslissing heeft genomen met betrekking tot de handeling in kwestie zoals die zich concreet heeft voorgedaan.

4. Daaruit volgt dat een loutere instemming van de commissaris inzake opschorting met de verderzetting van de handel door de schuldenaar niet volstaat als bewijs van medewerking, bijstand of machtiging tot het stellen van de concrete handeling die aan de basis ligt van de schuld.

Hoe de schuldenaar zijn bedrijvigheid concreet verder zette en meer bepaald met inzet van welke middelen en arbeidskrachten hij deze verderzetting wenste te realiseren blijkt niet het voorwerp geweest te zijn van enige inmenging van de commissaris inzake opschorting. Uit niets blijkt dat de commissaris inzake opschorting daadwerkelijk machtiging, bijstand of medewerking heeft verleend in de verdere tewerkstelling.

5. Het is dan ook onjuist zoals de Belgische Staat in conclusies voorhoudt dat bewezen is dat de commissaris inzake opschorting 'zijn medewerking en goedkeuring heeft verleend aan het verderzetten van de tewerkstelling'. Dit feit kan niet als vermoeden afgeleid worden uit de loutere instemming met de verderzetting van de handel.

6. Dit feit kan ook niet afgeleid worden uit de omstandigheid dat het vonnis d.d. 12 oktober 1998 van voorlopige opschorting bepaalde dat de schuldenaar geen daden van beschikking mocht stellen zonder machtiging van de commissaris inzake opschorting.

Onterecht meent de Belgische Staat dat hierdoor het bestuur werd ontnomen en 'de akkoordschuldenaar in feite handelingsonbekwaam' werd. Krachtens artikel 15 § 1 derde lid WGA kan de rechtbank immers bepalen dat de schuldenaar geen daden van bestuur of beschikking mag verrichten zonder machtiging van de commissaris inzake opschorting. Vermits enkel de daden van beschikking geïsoleerd werden in het vonnis kan de handelingsbeperking niet uitgebreid worden tot het bestuur.

De verderzetting van de bestaande tewerkstelling is een daad van bestuur en niet van beschikking.

7. Vermits niet bewezen is dat voldaan werd aan de wettelijke voorwaarden opdat de kwestieuze schuld overeenkomstig artikel 44 tweede lid WGA als boedelschuld zou kunnen worden aangezien is de vordering van de Belgische Staat ongegrond.

8. Ten overvloede blijkt de schuldvordering van de Belgische Staat betrekking te hebben op de bedrijfsvoorheffing voor de maanden juli 2000, december 2000 en april 2001.

Vermits de periode van voorlopige opschorting beëindigd werd bij vonnis van 18 juli 2000 en van dan af de periode van definitieve opschorting liep gaat de Belgische Staat er in conclusies op niet correcte wijze van uit dat de bedrijfsvoorheffing in kwestie betrekking heeft op de periode van de voorlopige opschorting. Dit is maar het geval voor een beperkt deel.

9. Zoals uiteen gezet door de Belgische Staat bestaat de handeling waaruit de schuld (de bedrijfsvoorheffing) is ontstaan in de beslissing tot verderzetting van de tewerkstelling.

Daaruit moet worden afgeleid dat de tewerkstelling reeds bestond op het ogenblik dat de schuldenaar het gerechtelijk akkoord heeft aangevraagd.

10. Vermits de wettelijke taak van de commissaris inzake opschorting vanaf de definitieve opschorting beperkt is tot de controle en toezicht op de uitvoering van het herstelplan en op het verloop van de akkoordprocedure moet onder handelingen door de schuldenaar tijdens de akkoordprocedure verricht met medewerking, machtiging of bijstand van de commissaris inzake opschorting zoals bedoeld in artikel 44 tweede lid WGA verstaan worden de handelingen die door de schuldenaar zijn verricht tijdens de periode van voorlopige opschorting. Alleen maar de schulden die uit die handelingen ontstaan en zijn aangegaan voor de homologatie van het akkoord gelden als boedelschulden van het latere faillissement.

11. Uit hetgeen hiervoor onder randnr. 8 werd vermeld bestaat de handeling uit de beslissing tot verderzetting van de tewerkstelling. De beslissing om ook in de periode van definitieve opschorting de tewerkstelling verder te zetten is geen handeling verricht tijdens de periode van voorlopige opschorting. Derhalve vloeit de kwestieuze schuld (althans voor een belangrijk deel) niet voort uit een handeling verricht tijdens de periode van voorlopige opschorting.

Ook om die reden is de vordering wat betreft de bedrijfsvoorheffing betrekking hebbend op de tewerkstelling na 18 juli 2000 ongegrond.

12. De schuldvordering van de Belgische Staat wat betreft de bedrijfsvoorheffing voor de tewerkstelling tijdens akkoordprocedure kan niet als een boedelschuld van het faillissement worden aangezien.

De zaak wordt terug naar de rechtbank van koophandel te Antwerpen verzonden voor desgevallende opname van de schuldvordering in het passief."

Het arrest eist aldus een werkelijk effectieve betrokkenheid bij de verrichtingen. Zoals het Antwerpse hof terecht laat opmerken had de commissaris inzake opschorting zich nooit ingelaten met een precieze omschrijving van de nodige inzet van werkkrachten (wat meteen ook een standpunt had geïmpliceerd in verband met de accessoria of componenten van de lonen, zoals de bedrijfsvoorheffing).

6. Een afzonderlijke plaats verdient ook het hierna gepubliceerde arrest van het hof van beroep te Brussel van 8 maart 2007.

Het arrest oordeelt eerst volkomen terecht overigens dat de schulden van de debiteur City Bird die voortvloeiden uit contracten gesloten voor het akkoord maar betrekking hadden op prestaties geleverd tijdens de akkoordprocedure toch in het toepassingsgebied vallen van artikel 44. De rechtsleer is overigens ook gevestigd in die zin en dat valt onder de rede: een andere oplossing zou onmiddellijk ertoe leiden dat de contractanten de bestaande contractuele relaties zouden beëindigen.

Vervolgens beslist het arrest, even pertinent, dat “un acte positif du commissaire au sursis en rapport avec l’acte ayant donné lieu à la créance litigieuse est donc requis pour qu’il y ait collaboration ou assistance”. Het hof van beroep vindt nog een paar goede argumenten: boedelschulden ontstaan pas in het faillissement wanneer er een actieve beleidsdaad is (Cass. 30 maart 1995) en voor de specifieke boedelschulden van artikel 44 van de WGA hoeft het niet anders te zijn. Ook het feit dat de rechtbank krachtens artikel 15 WGA de debiteur gedeeltelijk of volledig buiten bezit kan stellen

betekent dat de debiteur in de regel een “debtor in possession” blijft en dat de commissaris geen impliciete goedkeuring geeft.

Kortom toen een dading gesloten werd over de bestaande leasingcontracten moest het hof onderzoeken of er *in concreto* wel een machtiging was gegeven. Dit kon het hof van beroep perfect afleiden uit de concrete omstandigheden van de zaak, met name uit het feit dat de commissarissen inzake opschorting die niet bij de dading betrokken waren dan toch onder die dading geschreven hadden dat zij kennis hadden genomen van de dading en zich daartegen niet verzetten.

7. De conclusie is duidelijk. Het feit dat tijdens de voorlopige periode de economische activiteit verder wordt gezet en dat de commissaris inzake opschorting het eens is met die voortzetting houdt nog niet in dat hij voor concrete handelingen een machtiging geeft, eraan medewerkt of de schuldenaar bijstaat. Natuurlijk is het evenmin vereist dat elke individuele daad formeel en uitdrukkelijk zou worden bekrachtigd of goedgekeurd door de commissaris inzake opschorting (bv. elke individuele bestelling) en een kadermachtiging die voldoende concreet is kan ook volstaan.