

in de kosten, onverminderd de overeenkomst tussen partijen, die het eventueel bekrachtigt.

Artikel 1018 Gerechtelijk Wetboek geeft een niet-limitatieve opsomming van de gedingkosten. Als gedingkosten kunnen slechts worden aangemerkt de kosten die verband houden met het voeren van een procedure.

4. De kosten en erelonen van de curator voor het beheer van het faillissement zijn geen kosten die verband houden met de rechtspleging die aanleiding heeft gegeven tot het faillissement of met de rechtspleging die leidt tot de latere intrekking ervan.

Die kosten en erelonen van de curator zijn derhalve geen gedingkosten in de zin van de artikelen 1017 en 1018 Gerechtelijk Wetboek.

5. De uitvoering van een op vordering van een schuldeiser uitgesproken faillissementsvonnis gebeurt niet in opdracht van die schuldeiser, maar van de curator die voor alle schuldeisers in de boedel optreedt.

De kosten en het ereloon van de curator die verband houden met de uitvoering van een later ingetrokken faillissementsvonnis kunnen enkel door de ex-gefaillieerde worden verhaald op de schuldeiser indien de handelwijze van de laatstgenoemde lichtvaardig was.

6. De appelrechters die in het tussenarrest van 15 februari 2010 oordelen dat de kosten en erelonen van de curator die verband houden met de uitvoering van het faillissementsvonnis gedingkosten zijn en deze kosten ten laste leggen van de eiser zonder te onderzoeken of zijn handelwijze lichtvaardig was, verantwoord hun beslissing niet naar recht.

Het onderdeel is gegrond.

*Derde, vierde, vijfde en zevende onderdeel*

7. Anders dan de onderdelen aanvoeren, beslist het tussenarrest van 3 oktober 2005 niet dat de kosten en de erelonen van de eerste verweerder die verband houden met de uitvoering van een faillissementsvonnis dat later werd ingetrokken ten laste van de eiser worden gelegd.

De onderdelen berusten op een verkeerde lezing van het tussenarrest van 3 oktober 2005 en missen mitsdien feitelijke grondslag.

*Omvang van cassatie*

8. De vernietiging van het tussenarrest van 15 februari 2010 strekt zich uit tot het eindarrest van 8 november 2010, dat een gevolg ervan is.

**Dictum**

Het Hof,

Vernietigt de bestreden arresten van 15 februari 2010 en 8 november 2010.

Verwerpt het cassatieberoep voor het overige.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van de vernietigde arresten.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Antwerpen.

(...)

## Noot

### *De gevolgen van een ingetrokken faillissement*

*Arie Van Hoe<sup>1</sup>*

1. De eigenheid van de faillissementsprocedure vereist dat een vonnis van faillietverklaring bij voorraad en op de minuut uitvoerbaar is (art. 14, eerste lid Faill.W.). Tegen een vonnis van faillietverklaring kunnen rechtsmiddelen worden ingesteld. Het kan aldus voorkomen dat een faillissement na verloop van tijd ingetrokken wordt. Dan rijst de vraag wie de financiële gevolgen van het (ingetrokken) faillissement dient te dragen<sup>2</sup>. Zo ook in de zaak die aanleiding gaf tot het besproken arrest.

2. De NV T.E. (“schuldenaar”) werd failliet verklaard op dagvaarding van de RSZ (“schuldeiser”). Bij tussenarrest van 3 oktober 2005 werd het faillissement van de schuldenaar ingetrokken, en werden de *gedingkosten* lastens de schuldeiser gelegd. Het tussenarrest van 15 februari 2010 oordeelde vervolgens dat de gedingkosten (ook) de *erelonen en kosten van de curator q.q.* (“voormalige curator”) omvatten. Het cassatieberoep was gericht tegen de tussenarresten van 3 oktober 2005 en van 15 februari 2010, evenals tegen

<sup>1</sup> Onderneming & Recht, Universiteit Antwerpen.

<sup>2</sup> De handelaar die schade heeft geleden door het (ingetrokken) faillissementsvonnis kan (pogen) zijn schade (te) verhalen op de schadeverwekker op grond van art. 1382 BW, voor zover de toepassingsvoorwaarden van deze wetsbepaling voldaan zijn: H. GEINGER, Ch. VAN BUGGENHOUT en C. VAN HEUVERSWYN, “Overzicht van rechtspraak. Het faillissement en het gerechtelijk akkoord (1990-1995)”, *TPR* 1996, (909) 972, nr. 84. Op deze mogelijkheid wordt niet ingegaan, daar deze in het hier besproken arrest niet rechtstreeks ter discussie stond (zie evenwel, conclusie Adv.-Gen. m.o. VAN INGELGEM bij Cass. 7 juni 2012, [www.juridat.be](http://www.juridat.be), nr. 8).

het eindarrest van 8 november 2010.

Het cassatiemiddel omvatte zeven onderdelen, waarvan het eerste en het zesde onderdeel geleid hebben tot de vernietiging van het tussenarrest van 15 februari 2010 en het eindarrest van 8 november 2010. Het derde, vierde, vijfde en zevende onderdeel richtten zich op het tussenarrest van 3 oktober 2005, en werden niet aangenomen, wegens het missen van een feitelijke grondslag. Het arrest laat het (lot van het) tweede onderdeel onvermeld.

Het dient nog te worden opgemerkt dat de schuldenaar na de intrekking van het faillissementsvonnis (opnieuw) failliet verklaard is<sup>3</sup>. Dit verklaart de aanwezigheid van de curator van de schuldenaar, naast de voormalige curator, en (vooral) het feit dat de (voormalige) curator zich richt tegen de schuldeiser.

3. Het tussenarrest van 3 oktober 2005 trok, zoals gezegd, het faillissement van de schuldenaar in, en bepaalde de (omvang van de) *gedingkosten* in de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar (dagvaarding/rolstelling verzetsprocedure, rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg en hoger beroep en rolrecht hoger beroep) enerzijds en in de verhouding tussen de schuldeiser en de (voormalige) curator (vermelding “P.M.”) anderzijds. In het tussenarrest van 15 februari 2010 oordeelden de appelrechters dat de gedingkosten (ook) de *erelonen en kosten* van de (voormalige) curator omvatten.

Het Hof van Cassatie oordeelt dienaangaande dat de appelrechters van het tussenarrest van 3 oktober 2005 een uitleg geven die met de bewoordingen ervan niet verenigbaar is, en zodoende de bewijskracht ervan miskennen. In zijn conclusie had advocaat-generaal m.o. VAN INGELGEM twee vernietigingsgronden geïdentificeerd<sup>4</sup>. Ten eerste, de schending van de bewijskracht van het tussenarrest van 3 oktober 2005 door het tussenarrest van 15 februari 2010<sup>5</sup>. Ter zake kan worden opgemerkt dat het zich niet eenvoudig laat vaststellen dat het hof van beroep (inderdaad) de bewijskracht van het tussenarrest van 3 oktober 2005 heeft miskend. Het eerste tussenarrest beperkte zich immers, wat de (omvang van de) gedingkosten in de verhouding tussen de schuldeiser en de (voormalige) curator betreft, tot de vermelding: “P.M.”. Ten tweede, in zoverre het tussenarrest van 3 oktober 2005 zou hebben beslist dat de schuldeiser (ook) moet instaan

voor de beheerskosten van het faillissement, dat zulks niet naar recht verantwoord is.

4. Krachtens artikel 1017, eerste lid Ger.W. verwijst ieder eindvonnis, tenzij bijzondere wetten anders bepalen, zelfs ambtshalve, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten, onverminderd de overeenkomst tussen partijen, die het eventueel bekrachtigt. Artikel 1018 Ger.W. geeft een niet-limitatieve opsomming van gedingkosten, zoals griffie- en registratierechten en de rechtsplegingsvergoeding bepaald in artikel 1022 Ger.W.<sup>6</sup>. De in het tussenarrest van 3 oktober 2005 bepaalde gedingkosten lastens de schuldeiser verschuldigd aan de schuldenaar ressorteren onder het begrip gedingkosten en kunnen aldus ten laste gelegd worden van de schuldeiser<sup>7</sup>. De rechter kan de gedingkosten omslaan wanneer een fout van de gefailleerde aan de oorsprong ligt van of heeft bijgedragen tot de faillietverklaring<sup>8</sup>. Dit alles in de veronderstelling dat de schuldeiser beschouwd kan worden als (de in het ongelijk gestelde) partij (*infra*, nr. 6).

Anders ligt het voor de kosten en erelonen van de voormalige curator. Dienaangaande oordeelt het Hof van Cassatie dat dit geen kosten zijn die verband houden met de rechtspleging die aanleiding heeft gegeven tot het faillissement of met de rechtspleging die leidt tot de latere intrekking ervan. De gedingkosten omvatten slechts de kosten die (rechtstreeks) verband houden met het voeren van een procedure. De voormalige curator ontleent zo niet aan artikel 1017, eerste lid Ger.W. het recht om de kosten van tenuitvoerlegging van het faillissementsvonnis van de schuldeiser terug te vorderen<sup>9</sup>.

5. Een alternatieve weg voor de voormalige curator om alsnog genoegdoening van de schuldeiser te bekommen, is artikel 1398, tweede lid Ger.W., overeenkomstig hetwelk de voorlopige tenuitvoerlegging van een vonnis geschiedt op risico van de partij die daartoe last geeft. Nu het faillissement werd uitgesproken op dagvaarding van de schuldeiser en een faillissementsvonnis (van rechtswege) uitvoerbaar bij voorraad is, kan geredeneerd worden dat de(ze) schuldeiser het risico van de voorlopige tenuitvoerlegging draagt. Deze redenering struikelt over de rechtspraak van het Hof van Cassatie, overeenkomstig dewelke de uitvoering van een op vordering van een schuldeiser uitgesproken faillissement niet in opdracht gebeurt van een (één) schuldeiser, maar van de curator die voor alle schuldeisers in de boedel optreedt<sup>10</sup>

<sup>3</sup>. Het arrest noch de conclusie van Adv.-Gen. m.o. VAN INGELGEM maken melding van het tweede faillissementsvonnis. Een zoektocht in de Referentiedatabank Rechtspersonen bevestigt evenwel deze chronologie.

<sup>4</sup>. Conclusie Adv.-Gen. m.o. VAN INGELGEM bij Cass. 7 juni 2012, [www.juridat.be](http://www.juridat.be), nr. 10.

<sup>5</sup>. Adv.-Gen. m.o. VAN INGELGEM verwijst hierbij naar rechtspraak van het Hof van Cassatie waarbij al dan niet een schending van de art. (1134), 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek werd vastgesteld bij de uitlegging van een (privaatrechtelijke) akte: Cass. 19 november 2007, *Arr.Cass.* 2007, nr. 562; Cass. 15 april 2004, *Arr.Cass.* 2004, nr. 198.

<sup>6</sup>. J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 482-496; M. CASTERMANS, *Gerechtelijk Privaatrecht*, Gent, Story Publishers, 2009, 567-593.

<sup>7</sup>. Cass. 2 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, nr. 382.

<sup>8</sup>. I. VEROUGSTRATE *et al.*, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 4101, nr. 3.2.4.26.

<sup>9</sup>. Conclusie Adv.-Gen. m.o. VAN INGELGEM bij Cass. 7 juni 2012, [www.juridat.be](http://www.juridat.be), nr. 2.

<sup>10</sup>. Cass. 15 juni 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 366; Cass. 2 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, nr. 382.

(*infra*, nr. 6). De schuldeiser noch de curator worden bijgevolg beschouwd als partij in de zin van artikel 1398, tweede lid Ger.W.

Het faillissementsvonnis heeft de vorming van een doelvermogen tot gevolg<sup>11</sup>. Kosten gemaakt n.a.v. een naderhand ingetrokken faillissementsvonnis komen in de regel ten laste van dit vermogen (*the loss lies where it falls*)<sup>12</sup>, en worden gedragen door de gerechtigde tot dit vermogen, m.n. de ex-gefaillieerde<sup>13</sup>. Wanneer de handelwijze van de schuldeiser evenwel *lichtvaardig* was, kunnen de kosten en het ereloon van de curator die verband houden met de uitvoering van een later ingetrokken vonnis door de *ex-gefaillieerde* worden verhaald op de schuldeiser<sup>14</sup>. Lichtvaardig dient in deze context begrepen te worden als foutief, m.n. afwijkend van (het gedrag van) een normaal, zorgvuldig en vooruitziend schuldeiser geplaatst in dezelfde omstandigheden<sup>15</sup>.

Eerder was reeds gebleken dat bij het (inmiddels afgeschafte) ambtshalve faillissement, de kosten van tenuitvoerlegging, *inclusief* de kosten en het ereloon van de (voormalige curator), ten laste komen van de Staat, in zoverre de faillietverklaring geenszins aan de failliet verklaarde handelaar te wijten is<sup>16</sup>. Het onderscheid dat in deze gemaakt werd (en wordt<sup>17</sup>) tussen de “private” en de “publieke” vordering tot faillietverklaring laat zich (conceptueel) maar moeilijk verantwoorden<sup>18</sup>. Nog meer dan de private vordering, dient de publieke vordering het algemeen belang, zodat het onduidelijk is waarom (enkel) m.b.t. de publieke vordering afgeweken wordt van de regel dat de (ex-)gefaillieerde de gevolgen van het naderhand ingetrokken faillissement dient te dragen.

6. Zowel de toepassing van artikel 1017, eerste lid Ger.W. als de toepassing van artikel 1398, tweede lid Ger.W. is problematisch in de context van een “faillissementsprocedure”. Dit houdt verband met de eigenheid van dergelijke procedure, die nog maar weinig deelt met een gemeenrechtelijke procedure. Een insolventieprocedure betreft niet louter een privaatrechtelijk geschil dat zich afspeelt tussen een beperkt aantal partijen, doch ambiert een hoger rangschikkend doel, m.n. de optimale vereffening dan wel reorganisatie van de schuldenaar<sup>19</sup>.

Zo stelt zich de vraag of een schuldeiser die het faillissement van zijn schuldenaar vordert überhaupt beschouwd kan worden als (de in het ongelijk gestelde) partij in de zin van artikel 1017, eerste lid Ger.W. Terwijl niet ontkend wordt dat deze schuldeiser het vuur aan de lont steekt, determineert zijn vordering het “procesverloop” allerminst<sup>20</sup>. De faillietverklaring strekt niet enkel tot voordeel van deze schuldeiser. Wanneer het faillissement op een later tijdstip ingetrokken wordt, komt het dan ook bevreedend over om (enkel) de schuldeiser als (de in het ongelijk gestelde) partij in de zin van artikel 1017, eerste lid Ger.W. te beschouwen<sup>21</sup>.

Eenzelfde *mismatch* tussen het gemene procesrecht en de faillissementsprocedure laat zich vaststellen inzake (de toepassing van) artikel 1398, tweede lid Ger.W. De in deze bepaling opgenomen risicoverdeling speelt niet in de verhouding tussen de schuldeiser en de (voormalige) curator enerzijds, en in de verhouding tussen de schuldenaar en de (voormalige) curator anderzijds, (precies) omwille van de constitutieve werking van het faillissementsvonnis, die een waterdicht beschot creëert tussen het faillissementsvonnis

11. E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 43, nr. 52; I. VEROUGSTRAETE *et al.*, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 414, nr. 3.3.2.1.
12. Het ingetrokken faillissement kan zo beschouwd worden als een binnen het normale bedrijfsrisico vallende gebeurtenis, die ten laste van de getroffenere komt. Zie: Cass. 24 juni 2010, *RW* 2010-11, 1217, noot S. LIERMAN.
13. Conclusie Adv.-Gen. VAN INGELGEM bij Cass. 7 juni 2012, [www.juridat.be](http://www.juridat.be), nr. 4; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 152, nr. 156; E. DIRIX, “De bewindvoerder in het insolventierecht” in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, (521) 539, nr. 14.
14. Het is opmerkelijk dat het Hof van Cassatie geen uitspraak doet over de vorderingsmogelijkheid van de (voormalige) curator jegens de schuldeiser in geval van een lichtvaardige handelwijze van laatstgenoemde.
15. Vgl. conclusie Adv.-Gen. m.o. VAN INGELGEM bij Cass. 7 juni 2012, [www.juridat.be](http://www.juridat.be), nr. 7 (“tergend en roekeloos”); A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 153, nr. 156 (“tergend en roekeloos”).
16. Cass. 15 juni 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 366; Cass. 24 mei 1996, *Arr.Cass.* 1996, nr. 190.
17. F. HELSEN, “Intrekking van een faillissement; wie betaalt het gelag?” (noot onder Cass. 7 juni 2012), *RW* 2012-13, (545) 545, nr. 4; I. DE POORTER, “De rechtsgevolgen van de kosten en erelonen van de curator in het kader van de intrekking van een faillissement” (noot onder Cass. 15 juni 2001), *AJT* 2001-02, (715) 715, vn. 7.
18. Zie: I.V., “Noot” (noot onder Antwerpen 27 april 1982), *TBH* 1983, (273) 273, nr. 3.
19. E. DIRIX, “Het insolventierecht anno 2013” in *Curatoren en vereffenaars III*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 30 (te verschijnen): “Een insolventieprocedure is in ons recht ook noodzakelijk een ‘procedure’. Nochtans beantwoordt een insolventieprocedure niet aan het beeld van een normale procesgang. Het gaat immers niet om een geschil tussen twee (of meer) partijen dat aan het oordeel van de rechter wordt onderworpen, maar de inzet is het bereiken van een bepaald vooropgesteld doel (vereffening/sanering) waarbij bovendien wordt ingegrepen in de materieelrechtelijke positie van zowel de partijen als van derden. Door gebruik te maken van de procedurevorm kunnen echter garanties worden geboden voor de noodzakelijke transparantie en de mogelijkheid tot wederwoord van al de betrokkenen.”
20. Vgl. J. EMBRECHTS, “Overzicht van rechtsmiddelen in het commercieel insolventierecht” in *Liber spei et amicitiae. Liber Amicorum Ivan Verougestraete*, Gent, Larcier, 2011, (315) 315, nr. 1: “Zo de dagvaarding of het verzoekschrift dat de opening van een insolventieprocedure tot voorwerp heeft een geding inleidt, beëindigt de rechterlijke uitspraak dit geding enkel indien de vordering tot faillietverklaring of het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie wordt afgewezen. In het andere geval wordt het faillissement of de gerechtelijke reorganisatie geopend en zal tot de afwikkeling ervan worden overgegaan volgens de wettelijke bepalingen, waarbij de rechtbank van koophandel een cruciale rol speelt.”
21. Vgl. m.b.t. art. 1398, tweede lid Ger.W.: I. DE POORTER, “De rechtsgevolgen van de kosten en erelonen van de curator in het kader van de intrekking van een faillissement” (noot onder Cass. 15 juni 2001), *AJT* 2001-02, (715) 716: “(...) niet enkel de schuldeiser die overgaat tot het vonnis van faillietverklaring zal voordeel halen uit de tenuitvoerlegging, alle schuldeisers zullen de vruchten ervan dragen.”

enerzijds en de (daaropvolgende) faillissementsprocedure anderzijds<sup>22</sup>. De risicoverdeling, zoals deze aan de grondslag ligt van artikel 1398, tweede lid Ger.W., laat zich niet naar dit kader transponeren<sup>23</sup>. Dit beslot verzet zich logischerwijze (ook) tegen de toepassing van artikel 1017, eerste lid Ger.W.

7. De afwezigheid van een op maat gesneden, exhaustieve faillissementsprocedure, noopt tot een moeizame

entente tussen het gemeen procesrecht en het faillissementsrecht<sup>24</sup>. Naarmate het insolventierecht een volwaardiger onderdeel van het ondernemingsrecht wordt, en aldus zijn procesrechtelijke schoenen (“sluitstuk van het privaats vermogensrecht”) ontgroeit<sup>25</sup>, wordt de afstand tussen het gemeen procesrecht en het insolventierecht steeds moeilijker te overbruggen<sup>26</sup>. Een bezinning over (de verdere uitbouw van) een faillissementsprocedure *sui generis* dringt zich op.

<sup>22</sup> E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, Mechelen, 2010, 255, nr. 372: “[a]rtikel 1398, tweede lid Ger.W. is niet van toepassing op een vonnis van faillietverklaring. Dit vonnis is constitutief, zodat er geen gedwongen tenuitvoerlegging kan zijn door een partij die daartoe last geeft. De schade die de gefailleerde ondergaat ten gevolge van het faillissement, is niet veroorzaakt door een partij, maar vloeit rechtstreeks voort uit het vonnis.”

<sup>23</sup> P. COPPENS en F. T' KINT, “Examen de jurisprudence. Les faillites, les concordats et les privilèges (1997-2003)”, *RCJB* 2003, (597) 636, nr. 32: “L'article 14 de la loi du 8 août 1997 (...) se démarque des articles 1397 et suivants du Code judiciaire qui règlent l'exécution provisoire du jugement, laquelle est poursuivie, en droit commun, 'aux risques et périls de la partie'. **L'intérêt général commande ici une solution différente** et, comme le rappelle la Cour de cassation, par ses arrêts des 2 octobre 1997 (...) et 14 juin 2001 (...), l'exécution du jugement de faillite est assurée non à la diligence du créancier demandeur à l'action mais par le curateur désigné, dont ce texte impose l'intervention nonobstant tout recours.” (eigen benadruking).

<sup>24</sup> Vgl. P. TAELEMAN en S. VOET, “Rechtsmiddelen in het faillissementscontentieux” in *Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (833) 834, nr. 2.

<sup>25</sup> Zie hierover: E. DIRIX, “Het insolventierecht op nieuwe wegen”, *RW* 2011-12, 74-80.

<sup>26</sup> Vgl. de vervaging tussen (het statuut van) “partij” en “derde” in moderne insolventieprocedures, en de invloed hiervan op de aan te wenden rechtsmiddelen: H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Brussel, Larcier, 2010, 67, nr. 64.