

Noot

Gedifferentieerde behandeling van schuldeisers in het reorganisatieplan: een privaatrechtelijke toets aan het verbod op rechtsmisbruikRoel Fransis¹**I. DE BEPERKTE TOETSINGSGRONDEN VAN ARTIKEL 55 WCO**

1. Artikel 49 WCO verleent aan de schuldenaar de bevoegdheid om in het reorganisatieplan een gedifferentieerde regeling te voorzien voor bepaalde categorieën van schuldvorderingen, onder meer op grond van de omvang of de aard ervan. Indien het plan wordt goedgekeurd door de vereiste meerderheid van de schuldeisers (art. 54, tweede lid WCO), zal het, mits homologatie door de rechtbank, bindend zijn voor alle schuldeisers in de opschorting (art. 57, eerste lid WCO)². Het is inmiddels genoegzaam bekend dat de wetgever de gronden tot weigering van de homologatie van het reorganisatieplan, en dus het toetsingsrecht van de rechter, heeft willen beperken: de rechter gaat enkel na of de door de WCO bepaalde pleegvormen zijn nageleefd en het reorganisatieplan niet in strijd is met de openbare orde (thans art. 55, § 3 WCO)³. Indien het plan aan deze vereisten niet voldoet, weigert de rechtbank de homologatie. De recente wetwijziging⁴ heeft aan deze “alles of niets”-benadering een welkome facultatieve uitweg geboden: indien de rechtbank van oordeel is dat de pleegvormen of de openbare orde door het voorgestelde reorganisatieplan niet werden nage-

leefd, kan de rechtbank aan de schuldenaar toestaan dat deze een aangepast reorganisatieplan aan de schuldeisers voorlegt (art. 55, § 2 WCO).

2. In de praktijk bleken de grenzen van de aldus door de wetgever verwoorde toetsingsgronden snel bereikt; de wetgever laat nauwelijks een inhoudelijke controle door de rechtbank toe tenzij op het punt van een eventuele strijdigheid met de openbare orde.

Aangezien de wetgever niet alleen de rechtbank vleugellam heeft gemaakt maar ook aan de schuldenaar het monopolie-recht heeft verleend om de pen vast te houden bij het opstellen van het plan (de schuldeisers wordt niet de bevoegdheid verleend om de inhoud van het plan (mee) te bepalen)⁵, hoeft het niet te verwonderen dat in de doctrine pogingen werden ondernomen om de bestaande toetsingsgronden (“pleegvormen” en “openbare orde”) op te rekken en de rechtbank meer armslag te verlenen bij de homologatie van het plan. De rechtspraak is daarin voor beide toetsingsgronden gevolgd.

II. EEN RUIMERE INVULLING VAN HET BEGRIP “PLEEGVORMEN”

3. Zo blijkt “pleegvormen” een rekbaar begrip te zijn. Volgens het Grondwettelijk Hof dient daar immers onder verstaan te worden “alle bepalingen van de WCO die de gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord beheersen”⁶. Anders dan de bewoordingen van artikel 55, § 3 WCO doen vermoeden, voert de rechter dus niet louter

een vormelijke controle uit (bv. naleving van de termijnen bepaald door art. 44 WCO) maar kan hij tevens een beperkte inhoudelijke controle verrichten, bijvoorbeeld door na te gaan of de rechten van de schuldeisers adequaat en voldoende duidelijk werden beschreven (art. 47, § 2 en 48 WCO).

¹ Dr. R. Fransis is wetenschappelijk medewerker van het Instituut voor Handels- en Insolventierecht KU Leuven en tevens advocaat-partner (balie Brussel) bij Liedekerke Wolters Waelbroeck Kirkpatrick.

² Art. 50 WCO bepaalt de voorwaarden waaronder het plan bindend is voor de buitengewone schuldeisers in de opschorting.

³ Zie o.m. E. DIRIX, “De *paritas*-regel en het reorganisatieplan” (noot onder Antwerpen 30 juni 2011), *RW* 2011-12, (575) 576, nr. 3; M. VANMEENEN, “De (veron)gelijk(t)e positie van de schuldeisers bij gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord”, *D.A. O.R.* 2011, (289) 296, nr. 10; I. VEROUGSTRAETE en A. VAN HOE, “De rechtsbescherming van schuldeisers bij een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord” (noot onder GwH 18 januari 2012, nr. 8/2012), *TBH* 2012, (443) 445, nr. 9.

⁴ Met name door art. 28 van de wet van 27 mei 2013 tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen (*BS* 22 juli 2013).

⁵ Zie over dit monopolie-recht: P. COUSSEMENT, “De Wet op de Continuïteit van de Ondernemingen van 31 januari 2009”, *TBH* 2009, (283) 308, nr. 79; zie ook de terechte kritiek op dit monopolie-recht van o.m. M. VANMEENEN, “De (veron)gelijk(t)e positie van de schuldeisers bij gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord”, *o.c.*, 292, nr. 6.

⁶ GwH 18 januari 2012, nr. 8/2012, overw. B.15.2. en B.15.3., *BS* 7 mei 2012, 26908, *JT* 2012, 125, noot M. RIGAUX, *TBH* 2012, 435, noot A. VAN HOE en I. VEROUGSTRAETE. Zie over deze extensieve opvatting tevens M. VANMEENEN, “De (veron)gelijk(t)e positie van de schuldeisers bij gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord”, *o.c.*, 296, nr. 10.

III. “OPENBARE ORDE” EN HET GRONDWETTELIJK GELIJKHEIDSBEGINSEL: GWH NR. 8/2012 EN CASS. 7 FEBRUARI 2013

4. Ook wat het “openbare orde”-begrip betreft, leken de gevallen waarin op deze grond de homologatie kan worden geweigerd, aanvankelijk eerder beperkt: de wetgever heeft uitdrukkelijk laten verstaan dat in dit begrip geen principes moeten worden ondergebracht die kennelijk niet van openbare orde zijn, zoals de insolventierechtelijke *paritas*-regel (art. 8 Hyp.W.)⁷. Overigens is de *paritas*-regel niet aan de orde bij een procedure van gerechtelijke reorganisatie (de overdracht onder gerechtelijk gezag uitgezonderd), aangezien er geen sprake is van samenloop⁸. Aan de *paritas*-regel komt dus geen betekenis toe bij de beoordeling van een gedifferentieerde regeling van schuldeisers in het reorganisatieplan.

Al spoedig evenwel stak het gelijkheidsbeginsel alweer de kop op, maar dan in zijn constitutionele gedaante (art. 10 en 11 Gw.). Een bepaalde strekking in de rechtsleer en rechtspraak is van oordeel dat het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel van openbare orde is en ook geldt in puur privaatrechtelijke verhoudingen. Daarvoor wordt een beroep gedaan op het delicate leerstuk van de horizontale werking van grondrechten⁹. Dit moet toelaten een gedifferentieerde behandeling van categorieën van schuldeisers in het reorganisatieplan rechtstreeks te toetsen aan de differentiatiecriteria die door het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel worden opgelegd¹⁰, en de homologatie ervan te weigeren wegens schending van de openbare orde indien die criteria niet zijn vervuld.

5. In het reeds aangehaalde arrest nr. 8/2012 is het Grondwettelijk Hof deze strekking bijgevallen. Volgens het Hof is het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie een algemeen rechtsbeginsel van openbare orde “*dat niet louter een beginsel van behoorlijke wetgeving en behoorlijk bestuur is*” en “*personen [verbiedt] om verschillen in behandeling in het leven te roepen die niet redelijk zijn verantwoord*” (r.o. B.15.5.).

Het Hof verwijst hiervoor naar zijn arrest nr. 17/2009 waarin het Hof het gelijkheidsbeginsel voor de eerste keer uitdrukkelijk van toepassing had verklaard in privaatrechtelijke, horizontale verhoudingen. In dit laatste arrest wordt evenwel gepreciseerd dat het bepalende criterium voor de onderwerping aan het verbod op discriminatie niet het regelgevende optreden van een persoon is, maar wel de machtspositie, in feite of in rechte, die een persoon in het rechtsverkeer inneemt en die hem in de gelegenheid stelt om op discriminerende wijze afbreuk te doen aan de rechten van anderen (r.o. B.10.4.)¹¹.

Die voorwaarde wordt in het arrest nr. 8/2012 weliswaar niet herhaald, maar de uitdrukkelijke verwijzing naar het arrest nr. 17/2009 kan moeilijk anders worden uitgelegd dan dat het Hof het bestaan van een machtspositie nog steeds als determinerend beschouwt opdat het gelijkheidsbeginsel in een privaatrechtelijke verhouding geldt. Volgens het Grondwettelijk Hof dwingt het algemene rechtsbeginsel van gelijkheid de rechter ertoe na te gaan of een gedifferentieerde regeling van de schuldeisers in het reorganisatieplan

7. Amendement nr. 1 van de Regering bij het wetsvoorstel betreffende de continuïteit van de ondernemingen, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0160/002, 70. De *paritas*-regel is niet van openbare orde: Cass. 20 oktober 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1997, *NJW* 2006, 365, noot P. COUSSEMENT.

8. O.m. A. DE WILDE, “Gelijkheid tussen schuldeisers. Toetsing aan de hand van de wet op de continuïteit van de ondernemingen. All animals are equal, but some animals are more equal than others” in INSTITUUT VOOR BEDRIJFSJURISTEN (ed.), *Tendensen in het bedrijfsrecht. Gelijke behandeling in de bedrijfswereid*, Brussel-Antwerpen, Bruylant-Kluwer, 2009, 89-90; E. DIRIX en R. JANSEN, “De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (157) 159 *et seq.* maar zie ook de nuance op p. 161, *in fine*; A. ZENNER, J.-P. LEBEAU en C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique* in reeks *Dossiers du JT* (nr. 76), Brussel, Larcier, 2010, 143, nr. 104. *Contra*: J. WINDEY, “Les effets de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises sur les créanciers et leurs garanties” in JEUNE BARREAU DE BRUXELLES (ed.), *La loi relative à la continuité des entreprises*, Brussel, Larcier, 2009, 98-99.

9. Zie algemeen: K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982; N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009. Zie in het bijzonder voor het gelijkheidsbeginsel: P. MARTENS, “Le principe d'égalité et de non-discrimination se soucie-t-il des entreprises?” in INSTITUUT VOOR BEDRIJFSJURISTEN (ed.), *Tendensen in het bedrijfsrecht. Gelijke behandeling in de bedrijfswereid*, Brussel-Antwerpen, Bruylant-Kluwer, 2009, (1) 31, daarbij steunend op het hierna geciteerde arrest nr. 17/2009 van het Grondwettelijk Hof. Zie ook reeds N. THIRION, “L'égalité et le droit commercial: un rapport à géométrie variable” (noot onder Luik 17 januari 2002), *JLMB* 2002, (1367) 1368. Zie i.v.m. WCO: M. VANMEENEN, “De (veron)gelijk(t) positie van de schuldeisers bij gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord”, *o.c.*, 294, nr. 7, en 297-298; A. ZENNER, “Le bon plan. Elaboration, vote et homologation du plan de réorganisation judiciaire”, referatenbundel seminarie *La loi sur la continuité des entreprises: premiers enseignements*, Verviers, 24 november 2010, nrs. 43 *et seq.*; P. HANNES, “Wet Continuïteit Ondernemingen. Vergeet de fiscus niet”, *NJW* 2012, (362) 365, nr. 10.

10. Het verschil in behandeling moet dus berusten op een objectief criterium (hetgeen betekent dat dit onderscheid moet steunen op concrete elementen, los van enige persoonlijke appreciatie: P. PEETERS, “Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. Recente ontwikkelingen en toetsing door het Arbitragehof” in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, in *Themis. School voor postacademische juridische vorming* (nr. 18), Brugge, die Keure, 2002, (39) 55, nr. 37), dat pertinent moet zijn om het beoogde doel te bereiken; voorts moet het onderscheid een legitiem doel dienen en moet het verschil in behandeling proportioneel zijn met de beoogde doelstelling. Zie over deze criteria, benevens de aangehaalde bijdrage van PEETERS: K. RIMANQUE, “De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel”, *RW* 1992-93, (6) 8 *et seq.*; J. THEUNIS, “Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor ‘corrigerende ongelijkheden’ en doorwerking in private rechtsverhoudingen” in *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, referatenbundel *XXIII^{ie} Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1996-1997*, nrs. 11 *et seq.*

11. GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, *BS* 12 maart 2009, p. 21.664.

“redelijk verantwoord” is (r.o. B.15.5.). De redelijke verantwoording verwijst hier naar de klassieke differentiatiecriteria die door het Grondwettelijk Hof worden gehanteerd bij de beoordeling van een eventuele schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel¹². Besluit de rechter tot een niet redelijk verantwoorde differentiatie, dan dient hij de homologatie te weigeren wegens schending van de openbare orde.

6. In het geannoteerde arrest van 7 februari 2013¹³ treedt het Hof van Cassatie deze rechtspraak van het Grondwettelijk Hof volledig bij, onder uitdrukkelijke verwijzing naar het arrest nr. 8/2012. In dit arrest oordeelt dus ook het Hof van Cassatie dat het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel in privaatrechtelijke verhoudingen moet worden nageleefd. Anders dan het Grondwettelijk Hof, lijkt het Hof van Cassatie hiertoe niet de voorwaarde te stellen dat er sprake moet zijn van een machtspositie.

IV. KRITISCHE BEOORDELING

7. Kan de uitkomst van beide arresten bekoren, in die zin dat de rechter een gedifferentieerde behandeling van de schuldeisers in het reorganisatieplan inhoudelijk kan toetsen, dan is dat veel minder het geval voor de rechtsgrond die daartoe wordt aangewend¹⁵ en de invulling die beide arresten geven aan de te hanteren rechtmatigheidstoets.

8. Het uitgangspunt dat beide arresten hanteren, met name dat het gelijkheidsbeginsel een algemeen rechtsbeginsel is dat eveneens van toepassing is op privaatrechtelijke verhoudingen, staat immers volkomen haaks op de fundamentele beginselen van het privaatrecht¹⁶. Het publiek- en het privaatrecht steunen op een verschillend paradigma. Het publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel kan bijgevolg niet zonder meer worden getransponeerd naar het privaatrecht. Van de wetgever of een overheid, die het algemeen belang dienen, mag worden verwacht dat zij alle burgers op voet van gelijkheid behandelen (“verdelende recht-

De redelijke verantwoording moet volgens het Hof worden “beoordeeld op grond van het doel en de gevolgen van de bekritiseerde maatregel en van de aard van de betrokken beginselen; het gelijkheidsbeginsel, dat van openbare orde is, wordt miskend wanneer er geen redelijke verhouding van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het nagestreefde doel”. Aldus herhaalt het Hof van Cassatie de klassieke bewoordingen waarin het Grondwettelijk Hof de toetsingscriteria uiteenzet voor de beoordeling van een verschil in behandeling in het licht van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel¹⁴. Dit blijkt ook verderop in het arrest waar het Hof oordeelt dat de rechtbank moet nagaan of de gedifferentieerde regeling berust op “objectieve criteria die redelijk zijn verantwoord en of er een redelijke verantwoording van evenredigheid bestaat tussen die differentiaties en het nagestreefde doel, met name het behoud van de continuïteit van de onderneming via een akkoord van de schuldeisers over dat plan”.

vaardigheid” in verticale verhoudingen)¹⁷ en dat verschillen in behandeling kunnen worden verantwoord in het licht van de stringente criteria van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Een burger daarentegen dient niet het algemeen belang, zodat diens vrijheid en appreciatiemarge veel ruimer is dan deze waarover de wetgever en de overheid beschikken. In de horizontale verhoudingen die door het privaatrecht worden beheerst, gelden de principes van de wilsautonomie en de contractvrijheid (gebaseerd op de “ruilrechtvaardigheid”)¹⁸. Elke burger bepaalt in beginsel vrij zijn rechtspositie en bepaalt dus naar willekeur of hij een contract sluit, met wie hij een contract sluit en welke inhoud dat contract zal hebben (onder voorbehoud van bepalingen van openbare orde, de goede zeden en het dwingend recht)¹⁹. De burger die weigert een contract te sluiten of die met de ene partij een contract afsluit aan andere voorwaarden dan met een andere partij, is

¹² Vgl. S. LOOSVELD, “De gedifferentieerde behandeling van schuldeisers in een reorganisatieplan: de grenzen van de openbare orde” (noot onder Gent 10 september 2012), *RABG* 2013, (208) 211 *et seq.* *Contra*: J. BRONDEL, “De grenzen van de rechterlijke toetsing van het reorganisatieplan in het kader van de toepassing van de WCO” (noot onder GwH 18 januari 2012, nr. 8/2012), *D.A. O.R.* 2012, (362) 364.

¹³ *Pas.* 2013, 381, concl. GENICOT.

¹⁴ Zie bv. bij P. PEETERS, “Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. Recente ontwikkelingen en toetsing door het Arbitragehof”, *o.c.*, 51, nr. 23; zie recent nog GwH 30 juni 2014, nr. 99/2014, r.o. B.4.2. (www.const-court.be).

¹⁵ Vgl. de kritiek van I. VEROUGSTRÆTE en A. VAN HOE, “De rechtsbescherming van schuldeisers bij een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord”, *o.c.*, 448, nr. 17.

¹⁶ E. DIRIX, “Grondrechten en overeenkomsten” in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982 (35) 43, nr. 6, en 49, nr. 10 (die verderop een genuanceerde doorwerking bepleit).

¹⁷ Zie H. COUSY en M.E. STORME, “Recht en gelijkheid. Een tot naschrift herwerkte inleiding”, *RW* 1992-93, (1) 3, nr. 5.

¹⁸ Zie H. COUSY en M.E. STORME, “Recht en gelijkheid. Een tot naschrift herwerkte inleiding”, *o.c.*, 3, nr. 5.

¹⁹ Zie o.m. A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht” in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (95) 98 *et seq.* en 104.

daarvoor in beginsel geen verantwoording verschuldigd²⁰. Van een burger wordt niet verwacht dat hij zijn optreden kan verantwoorden aan de hand van dezelfde stringente publiekrechtelijke differentiatiecriteria²¹.

Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel legt derhalve geen rechtstreekse verplichtingen op aan burgers onderling; de artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn enkel gericht tot de wetgever en de overheid²².

Indien daarentegen aanvaard zou worden dat het gelijkheidsbeginsel een algemeen rechtsbeginsel is, zou daardoor het roer volledig worden omgegooid. Het zou betekenen dat de burger voortaan bij de bepaling van zijn rechtspositie eenieder gelijk dient te behandelen en dat hij daarvoor verantwoording moet kunnen afleggen volgens dezelfde criteria die op de wetgever van toepassing zijn. De fundamenten van het privaatrecht zouden daardoor volledig worden uitgehold. Ook de indirecte doorwerking van grondrechten vereist niet dat een inbreuk op een grondrecht in private verhoudingen volgens dezelfde criteria wordt beoordeeld als voor een overheid of de wetgever; dat is nochtans wel wat het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 8/2012 en het Hof van Cassatie in zijn arrest van 7 februari 2013 inzake het gelijkheidsbeginsel opleggen.

9. Het voorgaande betekent echter niet dat willekeur in het privaatrecht niet zou kunnen worden gesanctioneerd of dat het privaatrecht steeds een ongebreidelde uitoefening

van de contractvrijheid zou dulden.

Bepaalde fundamentele rechten en vrijheden werken indirect door in het privaatrecht via geëigende normen en sancties. Zo werkt het gelijkheidsbeginsel door in private verhoudingen door tussenkomst van de wetgever, met name in de antidiscriminatiewetgeving die beperkingen oplegt aan de contractvrijheid²³. Deze bijzondere wetgeving bewijst nogmaals dat het gelijkheidsbeginsel niet horizontaal werkt tussen burgers onderling²⁴; dit is enkel het geval in de mate dat bijzondere wetgeving zulks oplegt²⁵.

Een tweede beperking van de contractvrijheid volgt uit het verbod op rechtsmisbruik. Onder omstandigheden kan contractweigeren rechtsmisbruik uitmaken wanneer de vrijheid om niet te contracteren wordt uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen van de normale uitoefening van die vrijheid door een bedachtzaam en zorgvuldig persoon te buiten gaat^{26,27}. Uit de feiten die aanleiding gaven tot het geciteerde cassatiearrest van 7 oktober 2011 (*in casu* een ziekenhuis dat weigerde een overeenkomst met een arts-specialist af te sluiten, terwijl het soortgelijke overeenkomsten wel had afgesloten met andere artsen in dezelfde specialisatie), kan worden afgeleid dat in het bijzonder wanneer de weigering tot contracteren uitgaat van een partij die zich in een machtsverhouding bevindt, de contractweigeren rechtsmisbruik kan uitmaken. Ook hierin kan men een wijze van indirecte doorwerking van het gelijkheidsbeginsel onderkennen²⁸: het gelijkheidsbeginsel is hier de onderliggende waarde die het gedragspatroon verklaart²⁹ dat men van een partij, die zich in

²⁰. Zie reeds: Cass. 13 september 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, nr. 22, *RW* 1991-92, 882, noot K. BROECKX, *TRV* 1993, 72, noot D. VAN GERVEN: het Hof besliste dat in het decreet d'Allarde (2-17 maart 1791), dat de vrijheid van koophandel, nijverheid en arbeid waarborgt, voor eenieder de vrijheid besloten ligt om de overeenkomsten te sluiten die hij wil; die vrijheid impliceert volgens het Hof, behoudens bijzondere wetsbepaling (cf. de antidiscriminatiewetgeving), "dat het feit dat iemand een aanbod doet, voor hem niet een subjectief recht in het leven roept waardoor hij de macht zou hebben om degene aan wie hij het aanbod doet, tot uitvoering te dwingen van een verbintenis die erop zou neerkomen dat hij het aanbod moet aanvaarden tenzij hij een rechtvaardiging verstrekt voor zijn weigering om zulks te doen" en dat "degene tot wie een aanbod is gericht, wanneer hij er niet op wenst in te gaan, voor zijn weigering geen reden hoeft op te geven"; E. DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten", *o.c.*, 55-56, nrs. 14-15; H. LAGA, "Het gelijkheidsbeginsel in het vennootschaps- en effectenrecht", *RW* 1991-92, (1161) 1170, nr. 28; A. VAN OEVELEN, "Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht", *o.c.*, 108, nr. 12.

²¹. Terecht wordt er dan ook in de rechtsleer gewaarschuwd voor het gevaar van overjuridisering waarin elke rechtsvrije ruimte verdwijnt: H. COUSY en M.E. STORME, "Recht en gelijkheid. Een tot naschrift herwerkte inleiding", *o.c.*, 5, nr. 7; cf. E. DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten", *o.c.*, 55-56, nr. 14.

²². Cass. 29 maart 2010, *Arr.Cass.* 2010, nr. 227, *Soc.Kron.* 2011, 44, noot J. JACQMAIN.

²³. Zo ook S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2013, (2) 9, nr. 17.

²⁴. Zie nochtans S. JANSEN, "De invloed van het Europese antidiscriminatierecht op privaatrechtelijke verhoudingen" in I. SAMOY, V. SAGAERT en E. TERRY (eds.), *Invloed van het Europees recht op het Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 145-204; N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, *o.c.*, 123, nr. 210 (beide auteurs leiden ten onrechte uit het bestaan van de antidiscriminatiewetgeving af dat het gelijkheidsbeginsel in privaatrechtelijke verhoudingen geldt).

²⁵. Het gehanteerde differentiatie criterium kan ook strijdig zijn met open normen als de openbare orde en de goede zeden of het vereiste van een geoorloofde oorzaak waaraan fundamentele rechten en vrijheden een nadere invulling kunnen geven. Zie voor een toepassing in het huurrecht: A. VAN OEVELEN, "Eerbiediging van de grondrechten en het woonrecht" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, (93) 106, nr. 13.

²⁶. Cass. 7 oktober 2011, *Arr.Cass.* 2011, 2032, *RCJB* 2013, 537, noot T. LEONARD, *RW* 2012-13, 1181, noot S. JANSEN en S. STIJNS, *TBBR* 2012, 491, noot A. DE BOECK; zie de uitvoerige bespreking hiervan door S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *o.c.*, 4 *et seq.*

²⁷. Te denken valt ook aan onrechtmatige verkoopsweigeren en misbruik van dominante marktpositie: E. DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten", *o.c.*, 56 *et seq.*; A. VAN OEVELEN, "Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht", *o.c.*, 108-109 en verwijzingen aldaar.

²⁸. Zo ook S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *o.c.*, 13, nr. 29.

²⁹. Zie over de functie van het gelijkheidsbeginsel als richtsnoer voor het rechtsvindingsproces, dat tevens bijdraagt tot een transparantere rechtsvinding omdat impliciete waardeoordelen aldus geëxpliciteerd worden: F. DE LY, "Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht", *RW* 1991-92, (1141) 1159, nr. 46.

een machtsverhouding bevindt, verlangt en dat invulling geeft aan de criteria van het rechtsmisbruik³⁰.

10. Een tweede kritiek ten aanzien van beide arresten bestaat erin dat het merkwaardig is vast te stellen dat er voor de oplossing van een privaatrechtelijk geschil een beroep wordt gedaan op een publiekrechtelijk beginsel. Zulke capitulatie van het privaatrecht voor het publiekrecht werd in de rechtsleer reeds terecht bekritiseerd³¹. Het privaatrecht reikt immers zelf afdoende, algemene rechtsbeginselen en concepten aan om een onrechtmatige differentiatie van schuldeisers in het reorganisatieplan te sanctioneren, zodat voorrang moet worden gegeven aan een privaatrechtelijke oplossing³². Zo werden reeds genoemd: de kwalificatie als een partijbeslissing die te goeder trouw moet worden genomen, welke vereiste van openbare orde wordt geacht te zijn en waarbij de inhoud van die partijbeslissing marginaal kan worden getoetst³³, of het verbod op afwijking van de functionele bevoegdheid die aan de schuldenaar werd toegekend voor het bepalen van de inhoud van het plan³⁴. Zelf heb ik elders voorgesteld het reorganisatieplan te toetsen aan het verbod op rechtsmisbruik³⁵ (*infra*).

11. Een derde kritiek bestaat erin dat men door een beroep te doen op een publiekrechtelijk beginsel voor de oplossing van een specifiek privaatrechtelijk vraagstuk van de WCO-procedure, het paard van Troje lijkt te hebben binnengebracht in het privaatrecht.

De kwalificatie van het gelijkheidsbeginsel als een algemeen rechtsbeginsel van openbare orde overstijgt immers ruimschoots de specifieke context van de problematiek waarvoor deze oplossing werd gehanteerd, met name de problematiek van de machtsverhoudingen tussen de verschillende partijen bij het reorganisatieplan tijdens een procedure van gerechtelijke reorganisatie³⁶. Als algemeen rechtsbeginsel zou het publiekrechtelijk gelijkheidsbeginsel in alle takken van het privaatrecht toegepast moeten worden. Privaatrechtelijke concepten en beginselen riskeren door dit potentiële “*spill-over effect*” te moeten wijken voor het publiekrechtelijk gelijkheidsbeginsel, waardoor de oplossing van een privaatrechtelijk vraagstuk wel eens onvoorzienbare of misschien zelfs onwenselijk geachte contouren kan aannemen. Wat bijvoorbeeld te denken van een schuldenaar die, buiten een geval van samenloop en achterstelling, beslist om bepaalde schuldeisers wel, en andere schuldeisers nog niet te betalen? Vermits de *paritas*-regel niet van toepassing is zolang er nog geen *concursum creditorum* is ingetreden, wordt het optreden van de schuldenaar klassiek getoetst aan de algemene zorgvuldigheidsnorm. Zal de schuldenaar er voortaan op bedacht moeten zijn dat hij zal moeten kunnen aantonen dat het verschil in behandeling berust op een objectief onderscheidingscriterium, dat dit criterium pertinent is in het licht van de door hem nagestreefde doelstellingen en dat het verschil in behandeling proportioneel is ten aanzien van de nagestreefde doelstelling? Zal een schuldeiser aan de hand van deze publiekrechtelijke criteria moeten kunnen verantwoorden waarom hij aan de ene contractpartij een langere betalingstermijn gunt dan aan een andere contractpartij? Zal de ene schuldeiser op grond van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel kunnen aanvechten dat de andere schuldeiser voorrang geniet op basis van een zekerheidsrecht of een zekerheidsmechanisme³⁷?

Men zou natuurlijk op elk van deze vragen negatief kunnen antwoorden door te betogen, onder verwijzing naar het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 17/2009, dat er in elk van deze gevallen in beginsel geen sprake is van een machtsverhouding die de toepassing van het gelijkheidsbeginsel rechtvaardigt, maar (*ex ante*) rechtszekerheid verschaft dat antwoord niet: het zal immers *a posteriori* van de rechter afhangen om te bepalen of er sprake is van een machtsverhouding, en dus volgens welke criteria (publiekrechtelijke criteria volgens het gelijkheidsbeginsel indien er een machtsverhouding is, of de privaatrechtelijke algemene zorgvuldigheidsnorm indien er geen machtsverhouding bestaat) het optreden van de schuldenaar of schuldeiser moet worden getoetst.

Het is daarom verkieslijker om privaatrechtelijke problemen op te lossen aan de hand van privaatrechtelijke normen en concepten, waar nodig gekleurd door de indirecte horizontale werking van de grondrechten.

³⁰. Van partijen die zich in een machtspositie bevinden, wordt inderdaad verlangd dat zij hun wederpartijen gelijk behandelen. Zie o.m. H. COUSY en M.E. STORME, “Recht en gelijkheid. Een tot naschrift herwerkte inleiding”, *o.c.*, 5, nr. 8 *in fine*; H. LAGA, “Het gelijkheidsbeginsel in het vennootschaps- en effectenrecht”, *o.c.*, 1170, nr. 28 en 1177, nr. 45 (die een privaatrechtelijke benadering vooropstelt).

³¹. E. DIRIX, “De *paritas*-regel en het reorganisatieplan”, *o.c.*, 576, nr. 4.

³². *Cf.* de aanbeveling van N. VAN LEUVEN in haar model van indirecte horizontale werking van grondrechten: *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, *o.c.*, 290, nr. 493 (in privaatrechtelijke verhoudingen vertrekt de rechter voor zijn beoordeling bij voorkeur vanuit privaatrechtelijke categorieën).

³³. E. DIRIX, “De *paritas*-regel en het reorganisatieplan”, *o.c.*, 576-577, nr. 4.

³⁴. A. VAN HOE en I. VEROUGSTRATE, “Van toegelaten differentiatie tot verboden discriminatie” (noot onder Brussel 16 september 2010), *TBH* 2011, (921) 924, nr. 8.

³⁵. R. FRANSIS, *Achterstelling van schuldvorderingen in het insolventierecht*, diss. KU Leuven (ter perse bij Intersentia), 2013, 168 en vn. 664.

³⁶. Zie voor gelijkaardige bekommernissen: A. ZENNER, “Actualité de la continuité, continuité de l’actualité. Considérations conclusives” in A. ZENNER en M. DAL (eds.), *Actualité de la continuité, continuité de l’actualité. Etats généraux de la continuité des entreprises*, Brussel, Larcier, 2012, (725) 742-743.

³⁷. Er is hier in wezen geen sprake van ongelijke behandeling: het staat de andere schuldeisers vrij om eveneens zekerheidsrechten te bedingen om hun positie in de samenloop te verstevigen of om, indien de schuldenaar de gevraagde zekerheden niet kan of wenst te verstrekken, te weigeren te contracteren. Zie R. FRANSIS, *Achterstelling van schuldvorderingen in het insolventierecht*, *o.c.*, 169-170, nr. 160 *in fine*.

V. HET CASSATIEARREST VAN 13 MAART 2014: VERBOD OP RECHTSMISBRUIK

12. In het geannoteerde arrest van 13 maart 2014 werpt het Hof van Cassatie het over een andere boeg. De gedifferentieerde behandeling van schuldeisers in een reorganisatieplan dient te beantwoorden aan twee cumulatieve, inhoudelijke voorwaarden: (i) het moet functioneel zijn, *i.e.* het verschil in behandeling moet bijdragen tot de verwezenlijking van de doelstelling van de gerechtelijke reorganisatie en dus tot de continuïteit van de onderneming (*cf.* art. 16 WCO) en (ii) het verschil in behandeling moet proportioneel zijn ten aanzien van die doelstelling, hetgeen door de rechter marginaal getoetst wordt. Een plan waarbij een schuldeiser door een meerderheidsbesluit gebonden wordt aan een gedifferentieerde behandeling die niet aan deze vereisten voldoet, is volgens het Hof strijdig met de openbare orde.

13. Men herkent hierin twee bijzondere toetsingscriteria van rechtsmisbruik, met name (i) het verbod op doelafwending luidens hetwelk rechten die voor een specifiek doel zijn verleend niet van dat doel mogen worden afgewend³⁸ en (ii) het proportionaliteitscriterium³⁹. Beide criteria worden door het Hof meteen geconcretiseerd voor de beoordeling van de gedifferentieerde behandeling van schuldeisers in een reorganisatieplan. Ook de marginale toetsing wijst er onmiskenbaar op dat het Hof thans het verbod op rechtsmisbruik, en dan in het bijzonder de twee genoemde, bijzondere en door het Hof geconcretiseerde, toetsingscriteria van rechtsmisbruik, als standaard hanteert⁴⁰. Elke verwijzing naar het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel blijft voortaan achterwege. De rechter zal een gedifferentieerde behandeling voortaan dus niet meer rechtstreeks dienen te toetsen aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel maar aan de privaatrechtelijke criteria van rechtsmisbruik.

Deze paradigmawijziging van het Hof van Cassatie kan dan als volgt worden geduid. Met het oog op de verwezenlijking van de continuïteit van de onderneming, verleent de wetgever in artikel 49 WCO aan de schuldenaar, in afwijking van het principe van artikel 1134, eerste lid BW, een *ius variandi*, een eenzijdig wijzigingsrecht (preciezer: wijzigingsbevoegdheid) om de inhoud van de overeenkomsten gesloten met elk van zijn schuldeisers eenzijdig te wijzigen

en de verschillende categorieën van schuldeisers daarbij verschillend te behandelen. De schuldenaar heeft ter zake een monopolie en deze wijziging is bindend voor de schuldeisers niettegenstaande zij daarin niet individueel hebben toegestemd, mits het plan althans met de bij wet voorziene meerderheden werd goedgekeurd. De keerzijde van de medaille is echter dat de schuldenaar, die aldus duidelijk in een machtsverhouding staat tegenover zijn schuldeisers, geen rechtsmisbruik mag plegen door de eenzijdige wijzigings- en differentiatiebevoegdheid af te wenden van het doel waarvoor het hem door de wetgever werd verleend⁴¹. Het verbod op rechtsmisbruik vereist ook dat de voorgestelde wijzigingen en differentiaties niet verder strekken dan hetgeen vereist is voor het bereiken van de continuïteitsdoelstelling. In geval van rechtsmisbruik bestaat de passende sanctie er dan in dat de homologatie van een dergelijk plan wordt geweigerd.

14. De toevoeging van het Hof dat een gedifferentieerde behandeling die niet aan beide criteria beantwoordt in strijd is met de openbare orde, lijkt verklaard te kunnen worden door artikel 55 (thans, § 3) WCO dat bepaalt dat de rechter de homologatie slechts kan weigeren indien hetzij de pleegvormen niet werden nageleefd, hetzij het plan strijdig is met de openbare orde. Indien deze toevoeging zo moet worden verklaard, lijkt zij overbodig te zijn. De vaststelling van rechtsmisbruik zou namelijk reeds moeten volstaan om de homologatie op die grond te weigeren, ook al is die weigeringsgrond niet uitdrukkelijk door de wetgever voorzien: elk door de wet verleend recht of bevoegdheid is immers onderworpen aan het algemene rechtsbeginsel op het verbod van rechtsmisbruik, tenzij de bedoeling van de wetgever vaststaat dat hij de toepassing van dat rechtsbeginsel heeft willen uitsluiten⁴². Welnu, uit de bewoordingen van artikel 55 (thans, § 3) WCO kan men alvast niet afleiden dat de wetgever de toepassing van dit algemeen rechtsbeginsel zou hebben willen uitsluiten.

15. Het cassatiearrest van 13 maart 2014 verdient bijval. Het Hof van Cassatie verkiest een privaatrechtelijke oplossing voor een privaatrechtelijk probleem. De marginale toetsing van het rechtsmisbruik beantwoordt beter aan de vrij-

³⁸ Zie over dit criterium: Cass. 28 april 1972, *Arr. Cass.* 1972, 815, *RW* 1972-73, 217, noot R. BUTZLER; o.m. S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)?”, *JT* 1990, nr. 5533, (33), 38-39, nr. 2.3.2; S. STIJNS, “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie” in S. STIJNS en J. SMITS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (79) 91, nr. 4.3.5; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, *Introduction. Sources des obligations (première partie)*, Brussel, Bruylant, 2010, 63 *et seq.* en 78, nr. 33.

³⁹ Zie P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, *o.c.*, 78 *et seq.*, nr. 34; S. STIJNS, “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie”, *o.c.*, 90-91.

⁴⁰ Over de *ratio* van de marginale toetsing o.m. S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)?”, *o.c.*, 41-42, nr. 3.4; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht”, *o.c.*, 142-143 (die het verband legt met de wilsautonomie).

⁴¹ Vgl. over de functionele bevoegdheid van de schuldenaar: A. VAN HOE en I. VEROUGSTRÆTE, “Van toegelaten differentiatie tot verboden discriminatie”, *o.c.*, 924, nr. 8; M. VANMEENEN, “De (veron)gelijk(t)e positie van de schuldeisers bij gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord”, *o.c.*, 294, nr. 7.

⁴² *Cf.* de functie van het algemene rechtsbeginsel als aanvullende of interpretatieve rechtsbron: P. VAN ORSHOVEN, “*Non scripta, sed nata lex*” in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991 (59) 79. Er is hier dus geen sprake van de aanwending van het rechtsbeginsel *contra legem*.

heid en de appreciatiemarge die aan de burger in privaatrechtelijke verhoudingen wordt gelaten, welke ruimer is dan de marge die aan de wetgever of overheid wordt gelaten door de differentiatiecriteria van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel^{43, 44}. Ook om die reden was de rechtstreekse toetsing van het reorganisatieplan aan de publiekrechtelijke differentiatiecriteria van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel “typevreemd” te noemen. Vanuit theoretisch oogpunt althans zou de toepassing van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel tot een strengere beoordeling moeten leiden dan de marginale toetsing van het rechtsmisbruik^{45, 46}, omdat

beide toetsingsgronden nu eenmaal ontwikkeld werden voor een andere bestemming met een verschillende beleids-marge.

Het arrest verdient ten slotte ook bijval omdat de paradigma-verschuiving (van grondwettelijk gelijkheidsbeginsel naar het privaatrechtelijk leerstuk van het rechtsmisbruik) de deur dichtdoet voor het hierboven aangehaalde risico op onvoorziene of misschien zelfs ongewenste “*spillover effecten*” in andere takken van het privaatrecht.

⁴³. Zie over het verschil in beleidsmarge voor de overheid en de contractvrijheid van de burger: J. THEUNIS, “Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor ‘corrigerende ongelijkheden’ en doorwerking in private rechtsverhoudingen”, *o.c.*, 38, nr. 44.

⁴⁴. Ook bij de toetsing aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel wordt een zekere appreciatiemarge gelaten aan de regelgever en wordt, bij de beoordeling van de proportionaliteit, een zekere terughoudendheid gehanteerd. Nochtans is die appreciatiemarge niet steeds even ruim (zie ook de volgende voetnoot): K. RIMANQUE, “De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel”, *o.c.*, 13, nrs. 22 *et seq.*; S. SOTTIAUX, “Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen”, *RW* 2008-09, (690) 693.

⁴⁵. Peeters beklemtoont dat, indien de betwiste maatregel afbreuk doet aan een grondrecht of een algemeen rechtsbeginsel, het Grondwettelijk Hof een strikte controle uitoefent op de naleving van de evenredigheidsvoorwaarde: P. PEETERS, “Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. Recente ontwikkelingen en toetsing door het Arbitragehof”, *o.c.*, 57, nr. 42. Indien men derhalve het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel als een algemeen rechtsbeginsel beschouwt en een gedifferentieerde regeling in het reorganisatieplan hieraan moet worden getoetst, zou men m.i. dus een strikte controle op de naleving van deze criteria moeten verrichten.

⁴⁶. Het is dan ook enigszins schizofreen om enerzijds op grond van de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel de publiekrechtelijke toetsingscriteria *mutatis mutandis* van toepassing te achten op verschillen in behandeling in privaatrechtelijke verhoudingen, en anderzijds de rechter toch aan te manen tot een grotere terughoudendheid bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel in privaatrechtelijke verhoudingen (zie nochtans in die zin: J. THEUNIS, “Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor ‘corrigerende ongelijkheden’ en doorwerking in private rechtsverhoudingen”, *o.c.*, 38, nr. 44). Dit bewijst nogmaals de typevreemdheid van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in het privaatrecht.