

Noot

Fake it, 'till you make it': over de kwalificatie als boedelschuld na gerechtelijke reorganisatie*Inge Van de Plas*

1. De neerlegging van een verzoekschrift tot opening van de procedure van gerechtelijk reorganisatie veronderstelt dat een schuldenaar zich in financiële moeilijkheden bevindt¹. Bijgevolg is het niet verwonderlijk dat schuldeisers terughoudend zijn om met dergelijke schuldenaar in zee te gaan. Echter, net omwille van zijn financiële moeilijkheden zal een schuldenaar rekenen op zijn huidige contractpartijen om zijn onderneming draaiende te houden en zal hij bovendien op zoek zijn naar bijkomend krediet om zijn onderneming nieuw leven in te blazen.

Om te vermijden dat leveranciers en kredietverstrekkers onmiddellijk afhaken bij de opening van een gerechtelijke reorganisatie, heeft de wetgever voorzien in een voordelig statuut voor contractpartijen die prestaties blijven leveren aan de schuldenaar tijdens de gerechtelijke reorganisatie. Ten eerste vallen de schuldvorderingen naar aanleiding van prestaties geleverd na de opening van de gerechtelijke reorganisatie buiten de opschorting². Ondanks de financiële moeilijkheden van de schuldenaar mag minstens verwacht worden dat de schuldenaar alle schulden ontstaan naar aanleiding van lopende activiteiten betaalt. Ten tweede zullen schuldvorderingen voor prestaties uitgevoerd tijdens de procedure van gerechtelijke reorganisatie worden beschouwd als boedelschulden in een navolgende vereffening, faillissement of overdracht onder gerechtelijk gezag voor zover er een nauwe band bestaat tussen de beëindiging van de gerechtelijke reorganisatieprocedure en de daaropvolgende vereffeningprocedure³. Een kwalificatie als boedelschuld is interessant, omdat boedelschulden niet aan de samenloop zijn onderworpen en bij voorrang worden voldaan⁴.

2. Ondanks de goede intenties van de wetgever, leidt de bescherming van lopende overeenkomsten en nieuwe finan-

ciering niet altijd tot het gewenste resultaat. Zo bestaat er reeds een oneigenlijke praktijk om de betalingen voor prestaties geleverd tijdens de opschorting, toe te rekenen op de nog openstaande vorderingen van voor de opening van de gerechtelijke reorganisatie (i.e. schuldvorderingen in de opschorting). Dit resulteert in een win-winsituatie voor de betrokken contractpartij. De schuldeiser zal zijn schuldvorderingen in de opschorting, waarvan de betaling onzeker is, afbouwen en zal voor de openstaande schuldvorderingen buiten de opschorting zich op het statuut van boedelschuld-eiser mogen beroepen indien de gerechtelijke reorganisatie fout afloopt⁵.

Deze praktijk moet met voorzichtigheid worden benaderd. Indien er geen uitdrukkelijke afspraken zijn gemaakt over de toerekening van de binnenkomende betalingen door de schuldenaar, kan de schuldeiser proberen deze betalingen in zijn voordeel toe te rekenen op (oude) schuldvorderingen in de opschorting. Echter, wanneer de schuldeiser meerdere schuldvorderingen heeft ten aanzien van de schuldenaar, dan komt de bevoegdheid om toe te rekenen (i.e. imputatierecht) in principe toe aan de schuldenaar⁶. Enkel wanneer het imputatierecht contractueel wordt toegewezen aan de schuldeiser of de schuldenaar nalaat om de betaling toe te rekenen, zal de schuldeiser zelf kunnen beslissen op welke schuldvordering de betaling kan worden toegerekend⁷. Bijgevolg is het dus allesbehalve zeker of de schuldeiser zelf zal mogen kiezen op welke schuld hij de betaling toerekent.

Bovendien zelfs al heeft de schuldeiser het imputatierecht, dan nog zal hij in zijn keuze van de toe te rekenen schuldvordering gebonden zijn door het principe van rechtsmisbruik⁸. Zo kunnen bijvoorbeeld andere schuldeisers zich op rechtsmisbruik beroepen door aan te tonen dat de toerekening op

¹ Een voorwaarde tot toelating tot de procedure tot gerechtelijke reorganisatie is dat de continuïteit van de onderneming nu of op termijn bedreigd dient te zijn (art. XX.45, § 1 Wetboek economisch recht (WER)). In het geannoteerde arrest wordt nog verwezen naar de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen (BS 9 februari 2009, p. 8.436). Deze wet is opgeheven door de inwerkingtreding op 1 mei 2018 van de wet van 11 augustus 2017 houdende invoeging van het Boek XX "Insolventie van ondernemingen", in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek XX in het Boek I van het Wetboek van economisch recht (BS 11 september 2017, p. 83.100). Bijgevolg zal naar de wet continuïteit ondernemingen niet meer worden verwezen tenzij ter aanduiding van specifieke artikelen die ter discussie stonden in het besproken arrest.

² Art. XX.57 WER.

³ Art. XX.58, eerste lid WER (oud art. 37, eerste lid WCO).

⁴ A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 481 *et seq.*

⁵ C.A. LEUNEN en M. SCHELKENS, "Enkele bedenkingen over lopende overeenkomsten in het insolventierecht" in H. BRAECKMANS, J. VANANROYE, M. E. STORME, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, IV, Antwerpen, Intersentia, 2017, (211) 220.

⁶ Art. 1253 BW. Zie ook S. RUTTEN, *De betaling*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 199.

⁷ S. RUTTEN, *De betaling*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 209-210.

⁸ Deze limitering is een toepassing per analogie van de toepassing van het principe van rechtsmisbruik met betrekking tot het imputatierecht van de schuldenaar ten aanzien van de schuldeiser en derden. Zie S. RUTTEN, *De betaling*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 220, 224 en 234. Voor een algemene analyse van de criteria van rechtsmisbruik, zie J. VELAERS, "Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit" in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (1) 17-25.

schuldvorderingen in de opschorting een kennelijk onredelijke uitoefening van het imputatierecht is, omdat de schuldeiser uit de verschillende mogelijkheden die optie kiest die het meest nadelig is voor de andere schuldeisers⁹. De keuze van de schuldeiser om toe te rekenen op de schuldvorderingen in de opschorting en niet de schuldvorderingen buiten de opschorting, betekent dat de (oude) schuldvorderingen in de opschorting afnemen én dat de (nieuwe) schuldvordering buiten de opschorting een boedelstatuut krijgt in een navolgend faillissement. Wanneer er effectief sprake is van een navolgend faillissement in hoofde van de schuldenaar, zal een toename in het aantal boedelschulden de kans op betaling voor de andere schuldeisers doen afnemen. De keuze om toe te rekenen op schuldvorderingen in de opschorting en niet de schuldvorderingen buiten de opschorting is bijgevolg de meest nadelige keuze voor de andere schuldeisers.

Om de problemen omtrent de toerekening te vermijden, zou de schuldeiser betalingen verricht tijdens de procedure van gerechtelijke reorganisatie kunnen kwalificeren als vrijwillige betalingen van schuldvorderingen in de opschorting. Ondanks de opschorting kan de schuldenaar immers vrijwillige betalingen doen, zolang deze noodzakelijk zijn voor de continuïteit van de onderneming¹⁰. Echter, ook hier hebben schuldeisers geen vrij spel. Zoals de wet aangeeft, moeten de vrijwillige betalingen noodzakelijk zijn voor de continuïteit van de onderneming. Bijgevolg kan niet elke schuldeiser deze strategie gebruiken om vrijwillige betaling te bekomen van (oude) schuldvorderingen in de opschorting alvorens nieuwe prestaties te leveren waarvoor men schuldvorderingen buiten de opschorting met een mogelijk boedelstatuut verwerft.

3. Uit het feitenrelaas in bovenstaand cassatiearrest blijkt dat sommige kredietverstrekkers nu een meer vergaande praktijk hebben ontwikkeld waarbij nieuw krediet, verstrekt tijdens de gerechtelijke reorganisatie, wordt gebruikt om kredietlijnen die dateren van vóór de opschorting af te betalen en alsnog het statuut van boedelschuld voor het nieuwe krediet te verwerven. Dit is anders dan bovenvermelde praktijk, omdat hier de nieuwe prestatie (i.e. het verleende krediet) louter wordt ingezet om het historisch passief af te bouwen.

De feiten waren als volgt. Op 3 mei 2011 werd een schuldenaar toegelaten tot de procedure van gerechtelijke reorganisatie. Op 1 augustus 2011 stond ING Bank een *business krediet* toe aan de schuldenaar. Het krediet wordt vervolgens gebruikt om een ander kaskrediet, dat eerder was verstrekt door ING, af te betalen. De schuldenaar was niet in staat het

business krediet van 1 augustus 2011 af te betalen, waarna de heer Van Hool (hierna verweerder) als borg hiervoor werd aangesproken. Verweerder betaalde het *business krediet* af en werd bijgevolg gesubrogeerd in de rechten van ING Bank. Helaas was de procedure van gerechtelijke reorganisatie niet succesvol, waarna de schuldenaar failliet werd verklaard. Binnen de faillissementsprocedure deed KBC Bank (hierna eiser) aangifte van haar schuldvordering die gewaarborgd was door een pand op de handelszaak. Verweerder deed eveneens aangifte van zijn schuldvordering voor de terugbetaling van het *business krediet* dat de verweerder als borg had terugbetaald. Bovendien stelde de verweerder aanspraak te maken op het statuut van boedelschuldeiser gelet op het tijdstip waarop het *business krediet* werd verleend aan de schuldenaar (i.e. na de opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie). Eiser ging hier echter niet mee akkoord, omdat het *business krediet* werd gebruikt om een ander kaskrediet af te betalen en dus niet werd aangewend om een nieuwe financiële injectie te geven aan de betrokken schuldenaar.

4. In de beroepsprocedure gingen de appelrechters akkoord met de redenering van de gesubrogeerde borg. De appelrechters oordeelden dat het voor de kwalificatie als boedelschuld volstond dat het krediet werd toegestaan tijdens de procedure van gerechtelijke reorganisatie en dat er een nauwe band bestond tussen de beëindiging van de procedure van gerechtelijke reorganisatie en de opening van de faillissementsprocedure. Er anders over oordelen zou een bijkomende voorwaarde toevoegen aan de wet. Bovendien stelde het hof van beroep dat deze beslissing in de lijn ligt van de doelstelling van de wetgever. De appelrechters stelden dat de *ratio legis* van deze wetsbepaling bestaat in het waarborgen van het vertrouwen van de bestaande en nieuwe contractanten van de schuldenaar door aan die contractanten een bevoorrechte positie te verlenen voor het geval de reorganisatieprocedure op een mislukking uitdraait¹¹. Volgens de appelrechters is de voornaamste doelstelling van deze bepaling om schuldeisers aan te moedigen om handel te blijven drijven met de schuldenaar in de gerechtelijke reorganisatie. Zonder de garantie van het statuut als boedelschuldeiser in een navolgend faillissement of vereffening zou men contractpartijen of kredietverstrekkers hiertoe niet kunnen bewegen. Het feit dat bepaalde kredietverstrekkers deze bepaling kunnen misbruiken om boedelschulden te “creëren”, staat er volgens het hof niet aan in de weg dat het krediet verstrekt door ING Bank en gebruikt ter terugbetaling van een ouder kaskrediet valt onder de toepassing van artikel 37, eerste lid WCO¹².

⁹ Voorbeeld van rechtsmisbruik in relatie tussen de toerekende schuldenaar en schuldeiser; Cass. 16 januari 1986, *RW* 1987-88, 1470, noot A. VAN OEVELEN.

¹⁰ Art. XX.53 WER.

¹¹ Wetsvoorstel betreffende de continuïteit van de ondernemingen, *Parl.St.* Kamer 2007, nr. 0160/001, 23. Wetsvoorstel betreffende de continuïteit van de ondernemingen, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0160/002, 63.

¹² Antwerpen 21 juni 2018, *TBH* 2019, afl. 4, 569, noot I. VAN DE PLAS.

De redenering van het hof van beroep kan worden begrepen tegen de achtergrond van een steeds verdergaande uitbreiding van het statuut van boedelschuldeiser in een faillissement, vereffening of overdracht onder gerechtelijk gezag volgend op een gerechtelijke reorganisatie. Zo heeft de wetgever immers in Boek XX van het Wetboek economisch recht het statuut van boedelschuld in een navolgende collectieve insolventieprocedure uitgebreid naar fiscale en socialezekerheidsschulden ontstaan tijdens de gerechtelijke reorganisatie¹³. Deze beslissing is het sluitstuk van een lange periode van twist en onzekerheid, waarbij het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof verschillende keren moesten oordelen over de kwalificatie van de fiscus en RSZ als boedelschuldeisers¹⁴. Initieel leek de wetgever zich aan te sluiten bij de Nederlandstalige rechtspraak van het Hof van Cassatie waarin het statuut van boedelschuldeiser voor de fiscus en RSZ werd afgewezen¹⁵, om dan te elfder ure alsnog aan deze schuldeisers het statuut van boedelschuldeiser te geven. Deze beslissing kwam als een donderslag bij heldere hemel, aangezien weinigen hadden verwacht dat de wetgever zijn eerste versie van deze bepaling¹⁶ zou wijzigen ten voordele van de RSZ en de fiscus¹⁷. Gelijkaardig aan bovenstaande redenering van het hof van beroep lijkt de wetgever voorbij te gaan aan het feit dat de fiscus of RSZ geen echte contractpartij is van de schuldenaar¹⁸ en dat schuldvorderingen van deze schuldeisers niet voortvloeien uit prestaties die hebben bijgedragen tot de continuïteit van de onderneming. Ook in dit scenario lijkt het tijdstip waarop de schulden zijn ontstaan, namelijk na de opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie, doorslaggevend om deze als boedelschulden te beschouwen. Gelet op de aanzienlijke uitbreiding van boedelschulden in een navolgend faillissement, vereffening of overdracht onder gerechtelijk gezag is het niet verwonderlijk dat er felle kritiek kwam op deze wetwijziging¹⁹.

5. In tegenstelling tot het hof van beroep, gaat het Hof van Cassatie niet mee in deze graduele uitbreiding van het aantal boedelschuldeisers in een insolventieprocedure volgend op een gerechtelijke reorganisatie. In zijn beoordeling stelt het Hof dat artikel 37 WCO (op heden art. XX.58 WER) strekt tot het in stand houden van bestaande, het aanmoedigen van nieuwe contractuele verhoudingen en het versterken van het krediet van de schuldenaar teneinde de continuïteit van de onderneming te waarborgen²⁰. Volgens het Hof van Cassatie is het dus niet enkel belangrijk dat contractuele verhoudingen worden aangegaan of krediet wordt verstrekt, maar is evenzeer van belang in welke mate deze prestaties hebben bijgedragen tot de continuïteit van de onderneming. Bijgevolg oordeelt het Hof dat een kwalificatie van een krediet ontstaan tijdens de opschorting als boedelschuld louter op basis van het tijdstip waarop deze boedelschuld is ontstaan en zonder rekening te houden met het feit dat dit krediet heeft bijgedragen tot de herfinanciering van een voor de opening van de procedure toegestaan krediet niet naar recht is verantwoord. Meer nog, het Hof van Cassatie is van oordeel dat voor de toepassing van artikel 37 WCO (op heden art. XX.58 WER) aan schuldeisers wel degelijk de voorwaarde kan worden opgelegd dat zij aan de schuldenaar nieuwe financiële middelen ter beschikking moeten stellen. Met andere woorden, een fictieve bijdrage tot de continuïteit van de onderneming tijdens de gerechtelijke reorganisatie wordt niet beloofd met het statuut van boedelschuldeiser in een navolgend faillissement, vereffening of overdracht onder gerechtelijk gezag.

6. De uitspraak van het Hof van Cassatie moet worden toegejuicht. Ten eerste omdat deze beslissing de doelfunctie van artikel XX.58 WER in de kiem smoort. Het spreekt immers voor zich dat schuldeisers en contractpartijen moeten worden aangemoedigd om handel te blijven drijven met een schuldenaar in een procedure van gerechtelijke reorgani-

¹³. Art. XX.58, tweede en derde lid WER.

¹⁴. Cass. 16 mei 2014, *Bank Fin.R.* 2014, afl. 4, 224, noot P. FRANÇOIS, *TBH* 2015, afl. 6, 569, noot S. JACMAIN en C. DE BOE; Cass. 27 maart 2015, *RABG* 2015, afl. 16, 1189, noot V. LAWAREE; Cass. 27 maart 2015, *TBH* 2015, 596-599, noot S. JACMAIN en C. DE BOE, *JLMB* 2016, afl. 23, 1077, noot C. PARMENTIER; GwH 27 april 2017, nr. 47/2017, *TFR* 2017, afl. 525, 574, noot R. SMET. Zie ook C.A. LEUNEN en M. SCHELKENS, "Enkele bedenkingen over lopende overeenkomsten in het insolventierecht" in H. BRAECKMANS, J. VANANROYE, M.E. STORME, B. TILLEMANN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, IV, Antwerpen, Intersentia, 2017, (211) 218-220; N. OUCHINSKY, "Les moyens d'action spécifiques à certaines catégories de créanciers" in A. DESPONTIN *et al.* (eds.), *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (r)évolution?*, Brussel, Larcier, 2017, (105) 124-137; C. VAN DEN BROECK, "De voorrang van reorganisatieschulden in een navolgend faillissement", *TRV* 2018, afl. 7, (691) 694; S. BRIJS, "Beslag en insolventieprocedures" in V. SAGAERT (ed.), *Vraagpunten op de grens van insolventierecht, goederenrecht en verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, (137) 165-167.

¹⁵. Cass. 27 maart 2015, *TBH* 2015, 596-599.

¹⁶. Wetsontwerp van 20 april 2017 houdende invoeging van het Boek XX "Insolventie van ondernemingen", in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XX, en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek XX, in Boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl. St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 69-70.

¹⁷. Wetsontwerp van 28 juni 2017 houdende invoeging van het Boek XX "Insolventie van ondernemingen", in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XX, en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek XX, in Boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl. St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/006, 65.

¹⁸. Het feit dat art. XX. 58, tweede lid WER uitdrukkelijk specificeert dat de fiscus en RSZ moeten worden beschouwd als medecontractant doet vermoeden dat deze kwalificatie niet natuurlijk komt.

¹⁹. S. BRIJS, "Beslag en insolventieprocedures" in V. SAGAERT (ed.), *Vraagpunten op de grens van insolventierecht, goederenrecht en verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, (137) 167-168; C. ALTER en Z. PLETINCKX, "Dépistage, mesures provisoires et réorganisation judiciaire" in A. CEDRIC (ed.), *Le nouveau Livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Brussel, Larcier, 2018, 132.

²⁰. Cass. 10 mei 2019, C.18.0564.N, *TBH* 2019, afl. 10, randnr. 3.

satie. Op basis van deze logica kan het statuut van boedelschuldeiser in een navolgend faillissement, vereffening of overdracht onder gerechtelijk gezag een uitstekend middel zijn om schuldeisers over de streep te trekken om alsnog prestaties te leveren aan de schuldenaar. Echter, het kan niet de bedoeling zijn dat schuldeisers zouden worden beloond met het statuut van boedelschuld terwijl zij niet werkelijk nieuw risico op zich nemen, noch bijdragen tot de continuïteit van de onderneming. De nieuwe prestatie mag niet louter dienen tot het afbouwen van historisch passief. Dit soort gedrag waarbij de doelstelling van de wet wordt ondermijnd en afgebogen naar de belangen van bepaalde partijen zou zelfs kunnen worden beschouwd als een vorm van rechtsmisbruik²¹ en dient bijgevolg te worden tegengehouden.

Ten tweede leidt deze uitspraak tot een beperking van het aantal boedelschuldeisers in een navolgend faillissement, vereffening of overdracht onder gerechtelijk gezag. Een voorrangpositie is immers maar zoveel waard als het onderpand waarop het betrekking heeft. Als de groep van boedelschuldeisers systematisch groter wordt, dan zal er na verloop van tijd niet langer voldoende onderpand zijn om al deze boedelschuldeisers te voldoen met mogelijk negatieve boedels tot gevolg. Met de kwalificatie van de fiscus en de RSZ als boedelschuldeisers is het aantal boedelschuldeisers reeds toegenomen, waardoor de kans op negatieve boedels gevoe-

lig stijgt. Bijgevolg is het zeker af te raden om nog meer schuldeisers de kans te geven om op oneigenlijke wijze het statuut van boedelschuldeiser te verwerven. Bovendien zou deze ongebreidelde uitbreiding van het aantal boedelschuldeisers ook de initiële doelstelling van de wetgever ondermijnen. Het statuut van boedelschuldeiser is immers enkel aantrekkelijk indien dit statuut nog steeds het vooruitzicht biedt op een betere kans op betaling. Indien er te veel boedelschuldeisers zijn, dan wordt de kans op betaling kleiner, waardoor het nog moeilijker wordt om schuldeisers te overtuigen om met een schuldenaar in een procedure van gerechtelijke reorganisatie in zee te gaan.

7. Met deze beslissing roept het Hof van Cassatie een halt toe aan kredietverstrekking die louter de vermindering van het historisch passief en het verkrijgen van het boedelstatuut op het oog heeft. Kredietverstrekkers die “gewoon zichzelf zijn” door nieuw krediet te verstrekken en hierdoor bijdragen aan de continuïteit van de onderneming in moeilijkheden, zullen nog steeds worden beloond met de sterkere positie van boedelschuldeiser in een navolgende insolventieprocedure. Wij kunnen dan ook alleen maar vaststellen dat de *fakers did not make it* en dat het verlenen van fictieve prestaties met als louter doel het bekomen van boedelschulden niet wordt beloond.

²¹. Zie voor een gedetailleerde analyse van doelafwending als rechtsmisbruik, P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 63-67.