

prestaties die hebben bijgedragen tot het behoud van de zekerheid of de eigendom, althans ten aanzien van de schuldeiser met een pand op het handelsfonds zoals *in casu* (Cass. 28 februari 2014, *JLMB* 2014, 776; Cass. 22 februari 2018, AR C.17.0503.N, www.juridat.be).

5.4. Aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 37, derde lid WCO is eveneens voldaan.

ING Bank, en thans middels subrogatie appelland, kunnen voor de geleverde prestaties aanspraak maken op de toepassing van de in die wetbepaling opgenomen voorrangregel ten aanzien van de pandhoudende schuldeiser KBC Bank.

6. Ook de eis van appelland om aan de curator bevel op te leggen om binnen de maand na deze uitspraak over te gaan tot het opstellen van een aangepaste definitieve afrekening rekening houdend met hetgeen hoger is beslist, en met het feit dat de curator onterecht 100 % en niet slechts de helft van de voorraden heeft toegekend aan KBC Bank als pandhoudende schuldeiser, wordt ingewilligd in de hierna bepaalde mate.

Dat slechts 50 % van de waarde van de goederen in voorraad voorwerp uitmaken van de pandakte klopt en wordt trouwens door KBC Bank in conclusies niet bestreden.

7. Tot slot vordert appelland nog dat het hof zou bevelen aan de curator dat hij de provisionele betalingen die zijn gebeurd moet terugvorderen van de betrokken schuldeisers verhoogd met interesten.

Terecht merkt KBC Bank op dat het hof in het kader van huidige procedure slechts gevat is met de betwisting door de curator van de door appelland op 6 september 2012 ingediende aangifte van schuldvordering, doch niet met de verdeling van het actief van het faillissement.

Zijn betwistingen op de rekening van de curatele en met betrekking tot de verdeling van de gelden in het faillissement kan appelland aanhangig maken bij de rechtbank van koophandel overeenkomstig de artikelen 79 en 80 Faill.W. die in deze nog van toepassing zijn.

8. Het hoger beroep is gegrond.

Het incidenteel hoger beroep en de vorderingen van de vrijwillig tussengekomen partij zijn ongegrond.

De kosten van appelland komen voor de beide aanleggen ten laste van de failliete boedel. Deze van de vrijwillige tussenkomst blijven ten laste van de tussengekomen partij.

3. Beslissing

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der taal in gerechtszaken.

Het hof verklaart het hoger beroep grotendeels gegrond.

Het hof verklaart het incidenteel beroep evenals de vorderingen van de vrijwillig tussengekomen partij ongegrond.

Het hof wijzigt het bestreden vonnis in die zin dat voor recht wordt gezegd dat de schuldvordering van appelland voor een bedrag van 233.366,68 EUR meer de moratoire interesten aan de wettelijke rentevoet vanaf 6 september 2012 tot de betaling, dient te worden vooraf genomen op de opbrengst van het handelsfonds van NV Vervetank in faillissement, waarop NV KBC Bank een pandrecht heeft.

Het hof zegt verder voor recht dat de curator *q.q.* binnen de 2 maanden na uitspraak van huidig arrest dient over te gaan tot het opstellen van een aangepaste afrekening rekening houdend met het bij dit arrest aan appelland toegekende recht op voorafname op de opbrengst van de handelszaak en met het feit dat NV KBC Bank slechts op 50 % van de waarde van de voorraden een pand bezit.

Het hof wijst de vordering van appelland voor het overige af.

Het hof legt de gerechtskosten ten laste van de failliete boedel en vereffent deze aan de zijde van appelland op 1.440 EUR rechtsplegingsvergoeding per aanleg en 230 EUR rolrecht hoger beroep.

Het hof laat de kosten van de vrijwillige tussenkomst ten laste van NV KBC Bank.

(...)

Noot

1. In dit arrest spreekt het hof van beroep te Antwerpen zich uit over twee aspecten van artikel 37 WCO (thans art. XX.58 WER). Enerzijds de kwalificatie van het krediet verleend tijdens de opschorting als boedelschuld in het navolgend faillissement (art. 37, eerste lid WCO/art. XX.58, eerste lid WER). Anderzijds de voorafname van deze boedelschuld op de opbrengst van de handelszaak waarop een pandrecht is gevestigd (art. 37, derde lid WCO/art. XX.58, vijfde lid WER).

2. Schuldvorderingen buiten de opschorting moeten aan drie voorwaarden voldoen om als boedelschuld te worden gekwalificeerd in een navolgend faillissement: 1) beantwoorden aan prestaties uitgevoerd tijdens de procedure van gerechtelijke reorganisatie; 2) uitgevoerd zijn door een medecontractant en 3) de navolgende procedure van vereffening, faillissement of overdracht onder gerechtelijk gezag moet een nauwe band vertonen met de beëindiging van de

gerechtelijke reorganisatieprocedure¹.

In dit arrest stond ter discussie of het businesskrediet verleend door ING Bank aan de schuldenaar tijdens de gerechtelijke reorganisatie kon worden beschouwd als een nieuwe prestatie die als boedelschuld kan worden gekwalificeerd in het navolgend faillissement. In eerste aanleg had KBC immers betoogd dat het krediet van ING niet als een nieuwe prestatie kon worden beschouwd, omdat ING reeds een kredietverstrekker was van de schuldenaar en het krediet grotendeels werd gebruikt om een openstaand kaskrediet van de schuldenaar af te betalen. Het hof van beroep te Antwerpen volgt deze redenering niet. Het hof van beroep stelt dat KBC onterecht een voorwaarde toevoegt aan artikel 37, eerste lid WCO, thans artikel XX.58, eerste lid WCO. Volgens het hof dient men voor de toepassing van artikel 37, eerste lid WCO/artikel XX.58, eerste lid WER geen rekening te houden met de vraag of door het krediet een nieuwe injectie van financiële middelen bij de schuldenaar plaatsvond. Het argument van KBC dat de kwalificatie als boedelschuld van dergelijke prestaties misbruik mogelijk maakt door het creëren van fictieve boedelschulden neemt volgens het hof niet weg dat het krediet van ING aan de voorwaarden van artikel 37, eerste lid WCO/artikel XX.58, eerste lid WER voldoet².

3. Na de vaststelling van het krediet van ING als boedelschuld in het navolgend faillissement, ging het hof over naar de volgende kwestie: de voorafname van de boedelschuld op de opbrengst van de handelszaak bezwaard met een pandrecht (art. 37, derde lid WCO/art. XX.58, vijfde lid WER)³.

In eerste aanleg oordeelde de rechter dat de boedelschuld niet kon worden vooraf genomen op de opbrengst van de handelszaak. De rechtbank verwees naar de louter algemene

argumenten van de boedelschuldeiser, die onvoldoende aantonden hoe het krediet *in concreto* had geleid tot het behoud van de waarde van de handelszaak. Het hof van beroep oordeelde evenwel in een andere zin en bevestigde dat de schuldvordering kon worden vooraf genomen op de opbrengst van de handelszaak. Deze beslissing omtrent de voorafname berustte op de concrete stukken die werden voorgelegd om het concrete voordeel waartoe deze prestaties hadden geleid te staven. De verwijzing naar de concrete stukken is een verwijzing naar het nieuwe criterium aangaande de voorafname van boedelschulden in een recent arrest van het Hof van Cassatie⁴. Bovendien, stelt het hof van beroep dat het zich aansluit bij de ruimere invulling die het Hof van Cassatie geeft aan de prestaties die hebben bijgedragen tot het behoud van de zekerheid of eigendom. Hierbij stelt zich de vraag of het Hof van Cassatie een dergelijke verruiming van het statuut van boedelschuldeisers en hun potentiële voorafname op de opbrengst van goederen gewaarborgd door een zakelijke zekerheid of eigendom wettelijk voor ogen heeft. In het arrest verstrengt het Hof van Cassatie immers zijn criterium voor de toepassing van artikel 37, derde lid WCO/artikel XX.58, vijfde lid WER door toe te voegen dat de medecontractant *in concreto* zal moeten aantonen hoe zijn prestaties hebben bijgedragen tot de economische waarde van het goed bezwaard met een zekerheidsrecht. Tijd zal uitwijzen of het hof van beroep te Antwerpen het nieuwe criterium voor de voorafname van boedelschulden correct heeft geïnterpreteerd, aangezien tegen dit arrest reeds cassatieberoep is ingesteld.

Inge Van de Plas

Deelredactie insolventierecht

¹ C. VAN DEN BROECK, “De voorrang van reorganisatieschulden in een navolgend faillissement”, *TRV* 2018, (691) 693; I. VEROUĞSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 177.

² Voor meer over de creatie van “synthetische boedelschulden” en de impact hiervan op de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement, zie S. BRIJS, “Beslag en insolventieprocedures” in V. SAGAERT (ed.), *Vraagpunten op de grens van insolventierecht, goederenrecht en verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, (137) 163 *et seq.*

³ C.A. LEUNEN, “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, (221) 220 *et seq.*

⁴ “Indien het zekerheidsrecht betrekking heeft op het geheel of een gedeelte van de activa van een onderneming, zoals een pand op de handelszaak, dan dragen de prestaties geleverd tijdens de periode van opschorting ertoe bij dat de handelsactiviteiten kunnen worden voortgezet met alle risico's van dien, maar heeft dit daarom nog niet tot gevolg dat de economische waarde van deze activa bewaard worden in het vermogen van de onderneming. Dit laatste zal eerst het geval zijn indien de medecontractant in concreto aantoonbaar dat de geleverde prestaties de economische waarde van het voorwerp van het zekerheidsrecht hebben bewaard.” (Cass. 22 februari 2018, *RW* 2018, 899). Zie ook I. VAN DE PLAS, “Boedelschuldeiser vs. separatist in een faillissement volgend op de gerechtelijke reorganisatie: voor wat, hoort wat?” (noot onder Cass. 22 februari 2018), *RW* 2018, 901; L. VAN COILLIE, “Over de verhouding tussen fictieve boedelschuldeisers en schuldeisers met zakelijke zekerheidsrechten bij faillissement” (noot onder Cass. 22 februari), *TBBR* 2018, 7.