

RECHTSPRAAK

JURISPRUDENCE

FAILLISSEMENT/FAILLITE

HOF VAN CASSATIE 2 FEBRUARI 2007

FAILLISSEMENT

Gevolgen van het faillissement – Algemeen – Samenloop – Minnelijk kantonement – Tegenwerpelijkheid ondanks samenloop – Tegenwerpelijkheid aan de curator

De gelden die minnelijk gekantonneerd worden, komen uiteindelijk toe hetzij aan de debiteur-solvens, hetzij aan de schuldeiser, naar gelang de uitspraak over de rechten van de ene of andere partij. Samenloop doet hieraan geen afbreuk.

Als de debiteur-solvens na het kantonement failliet wordt verklaard, kan de curator niettemin de afgifte van het gekantonneerde bedrag vorderen, en er de bestemming aan geven die zal volgen uit de beslissing van de rechter.

KBC Bank NV/Mter A q.q. curator NV Datafer, Mter B, advocaat en Dhr. C, accountant

Zet.: I. Verougstraete (voorzitter), R. Boes (afdelingsvoorzitter), E. Stassijns, B. Deconinck en A. Smetryns (raadsheren)

O.M.: Chr. Vandewal (advocaat-generaal)

Pl.: Mrs. H. Geinger en L. De Gryse

I. Cassatiemiddelen

De eiseres voert in haar verzoekschrift drie middelen aan.

Eerste middel

(...)

Tweede middel

Geschonden wettelijke bepalingen

– artikel 149 van de gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994;

– de artikelen 15, 16, 19, 21, 22 en 44 tweede lid van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord;

– de artikelen 7, 8, 9, 17, 19, 1^o, 20, 4^o, 21 en 87 van de Hypotheekwet;

– de artikelen 1, 2, 3, 4, 5, 6, 11 en 12 van de wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van een handelszaak, het endossement van de factuur, alsmede de aanvaarding en de keuring van de rechtstreeks voor het verbruik gedane leveringen;

FAILLITE

Effets de la faillite – Généralités – Concours – Cantonement – Cantonement amiable – Opposabilité nonobstant concours – Opposabilité au curateur

Les sommes qui sont cantonnées amiablement reviennent finalement soit au débiteur-solvens, soit au créancier, en fonction de la décision sur les droits de l'une ou de l'autre partie. Le concours ne porte pas atteinte à ce principe.

Lorsque le débiteur-solvens est déclaré en faillite après le cantonnement, le curateur peut néanmoins demander la remise de la somme cantonnée pour y donner l'affectation résultant de la décision du juge.

– de artikelen 16, 43, 45, 51, zoals van toepassing vóór de wetwijziging van 4 september 2002, en 51, zoals van toepassing sinds de wetwijziging van 4 september 2002, van de wet van 8 augustus 1997 betreffende het faillissement;

– de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek;

– de artikelen 1134, 1168, 1179, 1181, 1183, 1234, 1235 van het Burgerlijk Wetboek.

Aangevochten beslissingen

Bij het bestreden arrest van 20 december 2004 verklaart het hof van beroep te Gent het hoger beroep van de verweerders gedeeltelijk gegrond en het incidenteel hoger beroep van de eiseres ongegrond, vernietigt de bestreden vonnissen in zoverre zij (1) de aanspraak van mr. B op de vereffening van zijn onkosten- en ereloonstaat voor de som van 3.460 euro met de door de commissaris inzake opschorting behaalde verkoopprijs voor het Waitermate-project ongegrond verklaarden en (2) van de curator het nauwgezette en precies bewijs eisten van het voordeel dat de schulden eigen aan de instandhouding “going concern” van het Waitermate-project hebben opgeleverd voor de bank die als pandhoudende schuldeiseres gerechtigd is op de behaalde verkoop-

som, zegt voor recht dat de titularissen van de kwaliteitsrekening de som van 3.460 euro, vermeerderd met de interesten die deze rekening heeft opgeleverd in verhouding tot de som van 3.460 euro, van de kwaliteitsrekening kunnen voorafnemen voor de vereffening van de onkosten en erelonen die tweede verweerder in het voordeel van de overdracht van het Waitermate-project heeft gepresteerd, slaat de gedingkosten betreffende de eis van mr. B tussen Mr. B en de KBC Bank om en verwijst elke partij hier in de eigen gedingkosten en beveelt de heropening van de debatten betreffende de eis van de curator.

Deze beslissing is onder meer op volgende overwegingen gegrond:

“KBC Bank NV is eerst ingeschreven pandhoudend schuldeiser op de handelszaak van Datafer NV/Keylogic NV en heeft zich op 16 januari 2001 met de verkoop akkoord verklaard onder de voorwaarde, dat zij de uitbetaling van de verkoopprijs werd gegarandeerd (zie stuk 1 in de bundel van KBC Bank NV... gegarandeerde betaling van de overnameprijs...).

Datafer NV/Keylogic NV zou zich tegen de uitbetaling van de verkoopprijs aan KBC Bank NV verzet hebben (zie de brief van 20 maart 2001 van de raadsman van KBC Bank NV, stuk 2 in haar bundel) en eerst op 3-4 april 2001 bereikte de commissaris inzake opschorting volgend akkoord over de ontvangen verkoopsom van 13.500.000 BEF:

– KBC Bank bekam de onmiddellijke betaling van 7.000.000 BEF op haar rekening;

– het saldo van de verkoopprijs van 6.500.000 BEF werd gestort op de kwaliteitsrekening Keylogic nr. 470-0516421-17 met als titularissen de commissaris inzake opschorting van Datafer NV en de raadsman van KBC Bank NV en waarbij voorzien werd ‘... uitdrukkelijk mee in te stemmen dat de storting op de rubriekrekening dezelfde gevolgen heeft als het kantonement, bedoeld in artikel 1404 Ger.W.’ (zie stukken 3 tot 9 in de bundel van KBC Bank NV).

(...)

1.3. Het hof weerhoudt volgende relevante overwegingen die de eerste rechter betreffende de resterende betwistingen maakte.

1.3.1. Wat de aanspraak van de curator van het faillissement Datafer NV op uitbetaling van de verkoopsom van 13.500.000 BEF betreft, stelde hij vast:

‘(...) ... het volgrecht van de pandhoudende schuldeiseres gaat door de goedgekeurde overdracht buiten het herstelplan teloor... maar het recht van deze bijzonder bevoorrechte schuldeiser gaat daarentegen over op de prijs (verg. H. De Page, Traité, T. VII, (uitg. 1943) nr. 844).

(...)

De commissaris inzake opschorting heeft met de pandhoudende schuldeiseres (KBC Bank NV) een overeenkomst gesloten waarbij het betwiste gedeelte van de overnamesom op een kwaliteitsrekening werd geplaatst bij wijze van minnelijk kantonement, dat ongetwijfeld de curator kan worden tegengesteld en dat in voorkomend geval buiten de massa van het faillissement valt en aan (KBC Bank NV) toekomt (nochtans infra).

Enkel het bedrag dat als boedelschuld kan worden afgenomen van dit provenu van de overdracht dient aan de curator te worden uitbetaald (infra). De rechtbank neemt aan dat deze betaling een voorwaardelijke inbetalinggeving is in afwachting dat uitspraak wordt gedaan over het probleem van de schulden die ontstaan zijn tijdens het gerechtelijk akkoord en ‘bevoeglijk’ werden aangegaan.

Daarbij is het onjuist te stellen dat er tussen de commissaris inzake opschorting en de pandhoudende schuldeiseres een akkoord zou bestaan dat deze som integraal naar de laatste zou gaan. Het gezeten meningverschil gold precies de vraag of de onder het gerechtelijk akkoord aangegane schulden mochten worden afgenomen van de prijs van de overdracht en in welke mate’.

1.3.2. Wat de verrekening betreft van de schulden voor de handelingen, die Datafer/Keylogic NV tijdens de akkoordprocedure heeft verricht en die als eventuele boedelschuld van het faillissement in samenloop komen met de bijzonder bevoorrechte schuldvordering die KBC Bank NV als pandhoudend schuldeiser van de handelszaak geniet, stelde hij vast:

‘Artikel 44 alinea 2 van de wet op het gerechtelijk akkoord voorziet (...) in een bijkomende bescherming voor de schuldeisers die het risico namen om met de schuldenaar verder te handelen onder het gerechtelijk akkoord. Zoals terecht door de commissaris inzake opschorting opgemerkt moet deze bepaling de continuïteit van de onderneming tijdens het gerechtelijk akkoord garanderen doordat de leveranciers op die manier hun vertrouwen behouden in de schuldenaar en de noodzakelijke leveringen en prestaties worden voortgezet onder het gerechtelijk akkoord. Dit zou geen enkele slaagkansen hebben wanneer deze schuldeisers geen beschermde (bevoorrechte) positie verwerven (...).

Concreet betekent dit dat alle schulden aangegaan tijdens de voorlopige opschorting met instemming, medewerking of bijstand van de commissaris inzake opschorting als boedelschulden in het faillissement van Datafer NV zijn te beschouwen.

Dit betekent niet dat al deze schulden vooraf dienen genomen te worden op de opbrengst van de overdracht. Zoals de curator terecht opmerkt kunnen enkel deze boedelschulden die nuttig waren voor het behoud en de verwezenlijking van het onderpand worden afgenomen van het provenu van de overdracht.

(...)

De rechtbank preciseert dat de boedelschulden een direct verband moeten hebben met het behoud of de realisatie van het onderpand.

De curator draagt de bewijslast. Hij moet dus aantonen welke schulden moeten worden aangezien als boedelschulden, nuttig met het oog op het behoud en de realisatie van het onderpand van KBC Bank NV en meer bepaald het Waitermate-project. Immers alleen deze kosten kunnen ingevolge de hierboven herhaalde principes van de gelden, die op de kwaliteitsrekening zijn gedeponneerd en afkomstig zijn van de verkoop van het Waitermate-project, worden afgenomen en aan de curator betaald. Ten aanzien van KBC Bank NV volstaat een eenvoudige verklaring van de curator vanzelfsprekend niet. De curator dient concreet aan te tonen dat de opgegeven boedelschulden concreet en direct nuttig waren voor het behoud dan wel de overdracht van het Waitermate-project.

2. Beoordeling

2.1. Het hof onderschrijft integraal het vonnis dat de aanspraak van de curator van het faillissement Datafer NV op de gelden, die de commissaris inzake opschorting van Datafer NV heeft gerealiseerd met de verkoop van het Waitermate-project, alleen gegrond verklaarde voor de boedelschulden die nuttig waren voor het behoud en de verzilvering van de handelszaak, waarop KBC Bank NV het bijzonder voorrecht van de pandhoudend schuldeiser kon uitoefenen. Het verwijst partijen naar de hierboven onder punt 1.3.1. weerhouden overwegingen die het juist bevindt. Aanvullend laat het alleen nog volgende overwegingen gelden.

De commissaris inzake opschorting besloot tot het minnelijk kantonement van het saldo op de verkoopprijs van 6.500.000 BEF op de kwaliteitsrekening Keylogic nr. 470-0516421-17 met als titularissen de commissaris inzake opschorting van Datafer NV en de raadsman van KBC Bank NV ingevolge de betwisting over de verrekening van de schulden voor de handelingen, die Datafer/Keylogic NV tijdens de akkoordprocedure heeft verricht. Deze schulden lopen samen met de schuldvordering van KBC Bank NV, die zich als pandhoudend schuldeiser van de handelszaak verzette tegen de verrekening van de schulden die gedurende de akkoordprocedure werden aangegaan op de verkoopprijs van het Waitermate-project (zie de laatste al. van p. 1 van de brief van 20 maart van de raadsman van KBC Bank, stuk 2 in de bundel van KBC Bank NV). Datafer/Keylogic NV stelden dat de schulden die gedurende de akkoordprocedure werden aangegaan de schuldvordering van KBC Bank NV voorafgaan, omdat zij hebben bijgedragen tot de verzilvering van een gedeelte van de handelszaak.

De fax van 3 april 2001 van de commissaris inzake opschorting, die verwijst naar 'het inbouwen van een veiligheidsmarge voor het geval een faillissement zou tussenkomen en uitputtende procedures zouden moeten gevoerd worden door

de curator', moet in eenzelfde context gesitueerd worden (zie laatste al. van p. 1 van stuk 5 in de bundel van KBC Bank NV). Hij verwijst impliciet naar de mogelijke samenloop tussen 'de schuldvordering van de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak' met 'de schulden die gedurende de akkoordprocedure werden aangegaan' en die bij een eventueel later faillissement overeenkomstig artikel 44 lid 2 als boedelschulden zouden gelden. Het voorwerp van de betwisting die het minnelijk kantonement verantwoordde, blijft onveranderd de betwisting over de verrekening van de samenlopende vorderingen op de verkoopprijs van het Waitermate-project.

Het minnelijk kantonement van 6.500.000 BEF op de kwaliteitsrekening Keylogic nr. 470-0516421-17 gold duidelijk niet als bewaargeving, maar als betaling in het voordeel van de schuldeisers die gerechtigd waren op de verkoopprijs (zie o.a. Cass. 9 november 1990, R.W. 1991-92, p. 535-538). De rechtbank machtigde bij toepassing van artikel 41 van de wet op het gerechtelijk akkoord de commissaris inzake opschorting met de overdracht van een gedeelte van de onderneming. Hij bekwam de verkoopprijs en waar hij onder zijn verantwoordelijkheid de verkoop realiseerde, is hij ook de betaling van de verkoopprijs verschuldigd aan KBC Bank NV, die als pandhoudende schuldeiser haar volgrecht op de handelszaak verloor en zag overgaan op de verkoopprijs. De betwisting over de verrekening van de schulden die Datafer/Keylogic NV gedurende het gerechtelijk akkoord aanging, voorkwam alleen dat KBC Bank NV vrij kon beschikken over de minnelijk gekantonnerde gelden zolang de betwisting niet was beslecht.

De curator van het faillissement Datafer NV put zijn rechten uit de faillietverklaring van Datafer NV en zijn aanstelling als curator. Hij kan alleen de rechten uitoefenen die de wetgever voor de curator reserveerde. Hij behartigt de belangen van de bijzonder bevoorrechte en hypothecaire schuldeisers niet. Deze laatste zijn bij faillissement van hun schuldenaar – zelfs al volgt dit op een gerechtelijk akkoord – gerechtigd, om hun bijzonder bevoorrechte en hypothecaire schuldvorderingen bij voorrang te verhalen op het onderpand van hun schuldvorderingen, zo de curator hun schuldvordering niet door een betaling inlost. Bij toepassing van de artikelen 88 en 89 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 kan de curator van het faillissement Datafer NV alleen het saldo na vereffening van de schuld van KBC Bank NV innen en op het eventueel beschikbaar saldo de boedelschulden van het faillissement verhalen.

De schulden die niet hebben bijgedragen tot het behoud en de verzilvering van de handelszaak, waarop KBC Bank NV het bijzonder voorrecht van de pandhoudende schuldeiser kon uitoefenen, kunnen dan ook niet op de verkoopprijs van het pand verhaald worden.

Dit geldt ook voor de schulden, die onder het gerechtelijk akkoord met medewerking, machtiging of bijstand van de commissaris inzake opschorting werden aangegaan; artikel

44 lid 2 van de wet op het gerechtelijk akkoord houdt geen bepalingen in die afbreuk doen aan de wettelijke regeling op de rangregeling van de diverse schuldvorderingen, die kunnen opgedeeld worden in gewone schuldvorderingen, algemeen bevoorrechte schuldvorderingen, bijzondere bevoorrechte schuldvorderingen en schuldvorderingen in of van de boedel; het stelt deze schulden alleen met boedelschulden van het faillissement gelijk (...).

Het is een uitgemaakte zaak dat de kosten die in het voordeel van de bijzondere schuldeiser werden gemaakt, moet verhandeld worden op het pand waarover de bijzondere schuldeiser beschikt en niet op de boedel (zie o.a. Cass. 13 september 1991, Arr. Cass. 1991-92, 43).

Het komt de commissaris inzake opschorting – die onder zijn verantwoordelijkheid de verkoop realiseerde – toe, om de rangregeling onder de bevoorrechte schuldeisers op te maken. De curator van het faillissement Datafer NV is dan ook alleen gerechtigd op de afgifte van boedelschulden, die hebben bijgedragen tot het behoud en de verzilvering van de handelszaak, aangezien:

– de schuldvordering van KBC Bank NV de verkoopprijs overtreft die de commissaris inzake opschorting met de verkoop van het Waitermate-project haalde;

– de commissaris inzake opschorting bij vonnis van 6 februari 2002 kwijting bekwam voor het uitgeoefende mandaat en de curator instaat voor de vereffening van de boedelschulden van het faillissement.

2.2. Rest de vraag ‘welke schulden – waartoe de commissaris inzake opschorting Datafer/Keylogic NV liet overgaan gedurende het gerechtelijk akkoord – bijgedragen hebben tot het behoud en de verzilvering van het Waitermate-project dat deel uitmaakte van de handelszaak’. Op dit punt volstaat het bewijs, dat deze schulden hebben bijgedragen tot het instandhouden ‘going concern’ van de handelszaak en dat de verkoop als ‘going concern’ juist heeft bijgedragen tot een voordelige verkoopprijs van de handelszaak. Alleen de schulden die geen verband houden met de verkoop ‘going concern’ van het Waitermate-project kunnen niet op de verkoopprijs verhaald worden.

– De curator bewijst dat de handelszaak ‘going concern’ – met behoud van de activiteit – werd gerealiseerd en gedurende het gerechtelijk akkoord juist belangrijke kosten werden gemaakt voor het behoud van het cliënteel, voor de voorraad (waaronder de afgewerkte producten) en het verder ontwikkelen van een bestaand programma. Zonder deze kosten had de commissaris inzake opschorting het Waitermate-project waarop KBC Bank NV als pandhoudend schuldeiser bevoorrecht was, niet aan dezelfde voorwaarden kunnen realiseren.

– Evenmin betwist is dat er alleen een onbeduidende faillissementsboedel aanwezig is, aangezien de belangrijkste handelsactiviteit van Datafer/Keylogic NV met alle bestaansde-

len die zij inhield, werd verkocht en de opbrengst van het Waitermate-project buiten de faillissementsboedel valt. Kosten gemaakt voor het Waitermate-project, waarvan de opbrengst niet in de boedel van het faillissement terechtkwam, moeten in beginsel dan ook op de behaalde verkoopprijs, die het onderpand van KBC Bank NV uitmaakt, verhaald worden en niet op de nog resterende faillissementsboedel voor wie de uitgaven niet bestemd waren.

(...)

2.3. Het hof moet zich alleen nog uitspreken over de schulden, waarvan curator van het faillissement Datafer NV en M. B de betaling vorderen.

2.3.1. De curator legt het proces-verbaal van de aanvaarde schuldvordering het faillissement niet over en deed evenmin een nauwgezette opgave van de aanvaarde schuldvorderingen, die rechtstreeks verband houden met de instandhouding ‘going concern’ van het Waitermate-project. Het hof kan alleen een aantal algemene vaststellingen maken en beveelt voor het overige de heropening van de debatten, om de curator toe te laten een nauwgezette opgave en verantwoording te doen naast elke schuld, die in het faillissement werd aanvaard en die naar zijn oordeel bijdroeg tot het instandhouden ‘going concern’ van het Waitermate-project.

Tot de schulden die bijgedragen hebben tot de instandhouding ‘going concern’ van het Waitermate-project behoren het inzetten van het personeel voor-, en de verdere ontwikkeling van de activiteiten en projecten eigen aan het Waitermate-project. Verbrekingsvergoedingen behoren hier niet toe, wel de eindejaarspremies en vakantiegelden die verworven werden op de tewerkstelling om de handelsactiviteit ‘going concern’ te houden, alsook de hierop verschuldigde fiscale heffingen en sociale bijdragen.

(...)

Het minnelijk kantonement hield de betaling in in het voordeel van de gerechtigde schuldeisers, die dan ook alleen gerechtigd zijn op de interesten die de gekantonnerde gelden oprichtten en dit in verhouding tot hun eigen schuldvordering.”

Grieven

EERSTE ONDERDEEL

Blijkens artikel 44 tweede lid van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord worden handelingen door de schuldenaar tijdens de akkoordprocedure verricht met medewerking, machtiging of bijstand van de commissaris inzake opschorting bij faillissement beschouwd als handelingen van de curator, waarbij de schulden, gedurende de akkoordprocedure aangegaan, gelden als boedelschulden van het faillissement.

Uit voornoemde bepaling volgt dat enkel die handelingen die worden verricht met medewerking, machtiging of bij-

stand van de commissaris inzake opschorting bij faillissement zullen kunnen worden beschouwd als boedelschulden.

Van medewerking, machtiging of bijstand van de commissaris inzake opschorting inzake artikel 44 tweede lid van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord is er per definitie slechts sprake in geval van actieve tussenkomst van de betrokkene.

De term "machtiging" verwijst meer bepaald naar de handelingen die door de gemachtigde persoon, in casu de schuldenaar, worden gesteld na hiertoe speciaal toelating van een daartoe door de wet aangewezen persoon, in casu de commissaris inzake opschorting, te hebben bekomen, anders gezegd naar handelingen die aan de voorafgaande machtiging van een derde zijn onderworpen, die de voorafgaande goedkeuring van die derde vereisen, hypothese die door artikel 15 § 1 derde lid van de wet van 17 juli 1997 wordt gevisieerd en derhalve veronderstelt dat de rechtbank bepaalde handelingen van de schuldenaar van die machtiging afhankelijk heeft gemaakt.

De begrippen "bijstand" en "medewerking" viseren hunnerzijds de tussenkomst van een derde bij de totstandkoming van een bepaalde handeling, zonder dat deze bijstand of medewerking, behoudens afwijkende bepaling in de wet, de rechtsgeldigheid van de kwestieuze handeling zal beïnvloeden.

Bijstand van de commissaris inzake opschorting kan slechts bestaan indien, vóór de handeling gesteld wordt, de commissaris inzake opschorting hulp biedt bij het tot stand komen van de handeling.

Medewerking van de commissaris inzake opschorting vereist dat hij daden stelt gericht op het tot stand komen van de handeling.

Uit het voorgaande volgt dat er slechts sprake zal zijn van een boedelschuld in de zin van artikel 44 tweede lid van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord wanneer blijkt dat de commissaris inzake opschorting op actieve wijze heeft bijgedragen tot de totstandkoming van die verbintenis.

Besluit

Zo uit het bestreden arrest blijkt dat de commissaris inzake opschorting door de voorzitter van de rechtbank van koophandel werd gemachtigd de overdracht van het Waitermate-project te bewerkstelligen, blijkt weliswaar uit geen enkele vaststelling van het bestreden arrest, noch uit deze van de eerste rechter die het hof van beroep overneemt, dat de commissaris inzake opschorting hetzij zijn medewerking, hetzij bijstand verleende bij de totstandkoming van de nieuwe schulden, volgende uit de voortzetting van de activiteit van de handelszaak, inzonderheid bij de tewerkstelling van het personeel dat werd ingezet, en andere exploitatiekosten, hetzij de schuldenaar daartoe machtigde op grond van een beslissing van de rechtbank, zoals bedoeld in artikel 15 § 1

derde lid van de wet van 17 juli 1997, zodat het hof van beroep op grond van de gedane vaststellingen niet wettig kon besluiten, zonder aldus het begrip "boedelschuld" in de zin van artikel 44 tweede lid van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord, te miskennen, dat alle schulden die hebben bijgedragen tot de instandhouding "going concern" van het Waitermate-project, waaronder "het inzetten van het personeel voor-, en de verdere ontwikkeling van de activiteiten en projecten eigen aan het Waitermate-project" behoren, met inbegrip van de eindejaarspremies en vakantiegeden, die verworven werden op de tewerkstelling om de handelsactiviteit "going concern" ("in werking") te houden, alsook de hierop verschuldigde fiscale heffingen en sociale bijdragen als boedelschulden in de zin van artikel 44 tweede lid van de wet van 17 juli 1997 waren te aanzien (schending van de art. 15 § 1 derde lid, 19 en 44 tweede lid van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord). Minstens maakt het bestreden arrest, waarvan de vaststellingen niet toelaten uit te maken of volgens het hof van beroep de hoger aangehaalde schulden inderdaad tot stand kwamen met de medewerking of de bijstand, hetgeen een actieve en voorafgaande tussenkomst van de commissaris inzake opschorting bij de totstandkoming van de nieuwe schulden vergde, of na machtiging van de commissaris inzake opschorting zijn totstandgekomen, met dien verstande dat in het ontkennende geval de beslissing door een onwettigheid zou zijn aangetast, de wettigheidscontrole van het Hof onmogelijk en is het derhalve niet regelmatig met redenen omkleed (schending van art. 149 van de gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994).

TWEEDE ONDERDEEL

(...)

DERDE ONDERDEEL

Indien uit de wet van 17 juli 1997 op het gerechtelijk akkoord volgt dat, in tegenstelling tot de reeds bestaande schuldeisers, de nieuwe schuldeisers betaling van hun schuldvordering kunnen eisen op het tijdstip waarop hun schuldvordering opeisbaar wordt, doet deze wet geen afbreuk aan de wettige redenen van voorrang, die de bestaande schuldeisers konden laten gelden op datum van de aanvraag van de akkoordprocedure.

Nieuwe schuldeisers zullen zich zodoende niet bij voorrang op de bijzonder bevoorrechte, hypothecaire of pandhoudende schuldeisers kunnen laten uitbetalen met de opbrengst van het onderpand van de betrokkenen, tenzij zij zich zelf kunnen beroepen op een wettige reden van voorrang die deze zekerheden primeert, zoals het voorrecht voor gerechtskosten of het voorrecht voor kosten gemaakt tot behoud van de zaak.

Waar eerstgenoemd voorrecht veronderstelt dat de kosten werden gemaakt onder gerechtelijk gezag, voorwaarde waaraan te dezen niet is voldaan, nu de kwestieuze kosten

zijn die werden gemaakt in het kader van de verdere uitbating van de handelszaak door de schuldenaar, vereist laatstgenoemd voorrecht dat de kosten werden gemaakt tot behoud van een welbepaalde roerende zaak, met uitsluiting van een algemeenheid, voorwaarde waaraan te dezen evenmin is voldaan blijkens de vaststellingen van het bestreden arrest, nu het hof van beroep uitdrukkelijk gewaagt van het instandhouden "going concern" ("in werking") van het Waitermate-project, belangrijkste handelsactiviteit van de vennootschap.

Ten slotte zullen deze kosten slechts dan de pandhoudende schuldeiser primeren wanneer meer specifiek blijkt dat zij werden gesteld in het belang van die schuldeiser, voorwaarde waaraan slechts is voldaan wanneer wordt vastgesteld dat zij hebben gestrekt tot het behoud en/of de verwezenlijking van diens onderpand.

De enkele omstandigheid dat de nieuwe schulden zouden hebben bijgedragen tot de overdracht "going concern" ("in werking") van de handelszaak dan wel van een deel ervan zal in geen geval volstaan om aan deze nieuwe schuldeisers een recht van voorrang toe te kennen, nu deze enkele vaststelling nog niet impliceert dat deze schulden ook tot voordeel van de pandhoudende schuldeiser strekten en derhalve in diens belang werden aangegaan.

Besluit

Voor zover het bestreden arrest aldus moet worden gelezen dat het hof van beroep heeft geoordeeld dat het volstond dat de schulden werden gemaakt teneinde het Waitermate-project "going concern" ("in werking") over te dragen om die schulden te aanzien als boedelschulden die bij voorrang op de pandhoudende schuldeiser kunnen worden uitbetaald met de opbrengst van de tegeldemaking van diens onderpand, miskent het hof van beroep enerzijds eiseres' recht om als pandhoudende schuldeiser op handelszaak bij voorrang op alle andere schuldeisers die niet kunnen bogen op een wettige reden van voorrang, met inbegrip van de schuldeisers wier schuldvordering tijdens de akkoordprocedure is ontstaan, te worden uitbetaald met de prijs van de opbrengst van voornoemd pand (schending van de art. 8, 9, 87 van de Hypotheekwet, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 11 en 12 van de wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van een handelszaak, het endossement van de factuur, alsmede de aanvaarding en de keuring van de rechtstreeks voor het verbruik gedane leveringen), anderzijds de gevolgen verbonden aan de voorlopige opschorting van betaling die geen afbreuk doet aan het recht van voorrang van de pandhoudende schuldeiser (schending van de art. 15, 16, 21 en 22 van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord). In ieder geval kon het hof van beroep op grond van de gedane vaststellingen niet wettig beslissen, zonder aldus het recht van voorrang, gehecht aan de eiseres' pand op handelszaak te miskennen, dat de opbrengst van de verkoop van het Waitermate-project, zijnde de belangrijkste handelsactiviteit van de vennootschap met alle bestaansdelen die zij inhield

(p. 15, derde al. van het bestreden arrest), bij voorrang diende te worden aangewend tot betaling van de schuldeisers van de vennootschap die hadden bijgedragen tot het instandhouden "going concern" ("in werking") van het Waitermate-project, nu hieruit niet blijkt dat de schuldvorderingen van de niet nader bij naam gepreciseerde schuldeisers, mr. B uitgezonderd, verrichtingen betreffen die werden gepresteerd onder gerechtelijk gezag en derhalve konden worden gekwalificeerd als gerechtskosten (schending van de art. 8, 9, 17, 19, 1^o, 21 van de Hypotheekwet, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 11 en 12 van de wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van een handelszaak, het endossement van de factuur, alsmede de aanvaarding en de keuring van de rechtstreeks voor het verbruik gedane leveringen) en hieruit evenmin blijkt dat voornoemde kosten werden gemaakt tot het behoud van een welbepaald roerend goed, met uitsluiting van een algemeenheid (schending van de art. 8, 9, 20, 4^o van de Hypotheekwet, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 11 en 12 van de wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van een handelszaak, het endossement van de factuur, alsmede de aanvaarding en de keuring van de rechtstreeks voor het verbruik gedane leveringen). Ten slotte kon het hof van beroep, dat trouwens uitdrukkelijk vaststelt dat de voortzetting van de activiteiten verlieslatend blijkt geweest te zijn, niet wettig besluiten dat voornoemde schulden primeerden op de eiseres' schuldvordering, zonder dat ook nog het voordeel van het "going concern" ("in werking") houden van de handelszaak voor de eiseres' onderpand diende te worden aangehouden (schending van al de hierboven aangehaalde bepalingen).

VIERDE ONDERDEEL

De curator heeft als opdracht de rechten die deel uitmaken van het buitenbezitgestelde vermogen uit te oefenen, zulks met het oog op de wedersamenstelling en tegeldemaking van het vermogen van de gefailleerde en de verdeling van de opbrengst van deze tegeldemaking onder de verschillende schuldeisers, zulks met inachtneming van de redenen van voorrang.

Behoren tot het vermogen van de gefailleerde alle goederen, zowel roerende als onroerende, die de gefailleerde toebehooren op datum van het faillissement, met uitsluiting van de goederen die het vermogen van de gefailleerde op voornoemde datum op rechtsgeldige wijze hebben verlaten.

Te dezen maakte de curator van de NV Datafer blijkens de samenvatting van het bestreden arrest uitdrukkelijk aanspraak, in hoofdorde, op de volledige koopsom voor het Waitermate-project, aanvoerende dat deze bedragen het patrimonium van de gefailleerde niet hadden verlaten en voerde, ondergeschikt, aan dat in ieder geval de som van 6.500.000 BEF het vermogen van de gefailleerde nooit zou verlaten hebben, maar gereserveerd zou zijn gebleven voor een rangregeling onder alle schuldeisers van Datafer/Keylogic.

Het hof van beroep stelt zelf op pagina 9, met overname van de redenen van de eerste rechter, vast dat het betwiste gedeelte, dat bij wijze van minnelijk kantonement werd geplaatst op een kwaliteitsrekening een voorwaardelijke inbetalinggeving is, in afwachting dat uitspraak werd gedaan over het probleem van de schulden die zijn ontstaan tijdens het gerechtelijk akkoord en bevoeglijk werden aangegaan, voorts op pagina 13 dat de curator alleen de rechten kan uitoefenen die de wetgever voor de curator reserveerde en dat hij alleen het saldo na vereffening van de schuld van de KBC Bank kan innen en op het eventueel beschikbaar saldo de boedelschulden van het faillissement verhalen, en ten slotte op pagina 14 dat het aan de commissaris inzake opschorting toekwam om de rangregeling onder de bevoorrechte schuldeisers op te maken en dat de curator alleen gerechtigd is op de afgifte van boedelschulden die hebben bijgedragen tot het behoud en de verzilvering van de handelszaak, aangezien de curator instaat voor de vereffening van de boedelschulden van het faillissement.

Op pagina 13 stelt het hof van beroep daarentegen dat het minnelijk kantonement duidelijk als betaling in het voordeel van de schuldeisers die gerechtigd waren op de verkoopprijs gold.

Op pagina 17 onderaan van het bestreden arrest stelt het hof van beroep voorts dat het minnelijk kantonement betaling inhield in het voordeel van de gerechtigde schuldeisers die dan ook alleen gerechtigd zijn op de interesten die de gekantonnerde gelden opbrengen en dit in verhouding tot hun eigen schuldvordering.

In de mate dat het hof van beroep aanvaardt dat alleen de gerechtigde schuldeisers op het gekantonnerde bedrag, dat gold als voorwaardelijke inbetalinggeving, aanspraak konden maken, met name eiseres en/of de schuldeisers wier schuldvorderingen hadden bijgedragen tot het behoud en de verzilvering van de handelszaak, maakte voornoemd bedrag in het geheel geen deel meer uit van het vermogen van de gefailleerde, zodat de curator op voornoemd bedrag evenmin enige aanspraak kon laten gelden namens deze schuldeisers.

Besluit

Waar het hof van beroep uitdrukkelijk vaststelt dat het minnelijk kantonement van 3-4 april 2001 gold als een voorwaardelijke inbetalinggeving ten voordele van de eiseres en/of de andere gerechtigde schuldeisers uit hoofde van de prestaties die zij leverden met het oog op het behoud en de verzilvering van de handelszaak tijdens de akkoordprocedure, impliceert deze vaststelling dat voornoemd bedrag geen deel meer uitmaakte van het vermogen van de gefailleerde op datum van faillietverklaring, zodat het hof van beroep niet wettig kon beslissen dat de curator, die de rechten van de gezamenlijke schuldeisers, met uitsluiting van de eigen rechten van de individuele schuldeisers, uitoefent, op de afgifte van voornoemd bedrag ten belope van de boedelschulden

aanspraak kon maken, aldus de onmiddellijke werking van deze voorwaardelijke betaling miskennend (schending van de art. 1134, 1168, 1179, 1181, 1183, 1234, 1235 van het Burgerlijk Wetboek, 7 en 8 van de Hypotheekwet en 16 van de wet van 8 augustus 1997 betreffende het faillissement), evenals de opdracht van de curator, aan wie het enkel toekomt om de gezamenlijke rechten van de schuldeisers uit te oefenen (schending van de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek, 16, 43, 45, 51, zoals van toepassing vóór de wetswijziging van 4 september 2002, en 51, zoals van toepassing sinds de wetswijziging van 4 september 2002, van de wet van 8 augustus 1997 betreffende het faillissement).

Derde middel

Geschonden wettelijke bepalingen

– de artikelen 10, 15, § 1, 19 en 44 tweede lid van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord;

– de artikelen 1 en 2 van het koninklijk besluit van 10 augustus 1998 houdende vaststelling van de regels en barema's betreffende de erelonen en de kosten van de commissaris inzake opschorting;

– de artikelen 8, 9, 17, 19, 1^o, 20, 4^o, en 21 van de Hypotheekwet;

– de artikelen 1, 2, 3, 4, 5, 6, 11 en 12 van de wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van een handelszaak, het endossement van de factuur, alsmede de aanvaarding en de keuring van de rechtstreeks voor het verbruik gedane leveringen.

Aangevochten beslissingen

Bij het bestreden arrest van 20 december 2004 verklaart het hof van beroep te Gent het hoger beroep van de verweerders gedeeltelijk gegrond en het incidenteel hoger beroep van de eiseres ongegrond, vernietigt de bestreden vonnissen in zoverre zij (1) de aanspraak van de tweede verweerder op de vereffening van zijn onkosten- en ereloonstaat voor de som van 3.460 euro met de door de commissaris inzake opschorting behaalde verkoopprijs voor het Waitermate-project ongegrond verklaarden en (2) van de curator het nauwgezette en precies bewijs eisten van het voordeel dat de schulden eigen aan de instandhouding “going concern” van het Waitermate-project hebben opgeleverd voor de bank die als pandhoudende schuldeiseres gerechtigd is op de behaalde verkoopsom, zegt voor recht dat de titularissen van de kwaliteitsrekening de som van 3.460 euro, vermeerderd met de interesten die deze rekening heeft opgeleverd in verhouding tot de som van 3.460 euro, van de kwaliteitsrekening kunnen voorafnemen voor de vereffening van de onkosten en erelonen die de tweede verweerder in het voordeel van de opdracht van het Waitermate-project heeft gepresteerd, slaat de gedingkosten betreffende de eis van de tweede verweerder tussen Mr. B en de KBC Bank om en verwijst elke partij hier

in de eigen gedingkosten en beveelt de heropening van de debatten betreffende de eis van de curator.

Deze beslissing is onder meer op volgende overwegingen gegrond:

“1.2.3. De derde betwisting sluit aan bij de tweede betwisting; zij betreft meer in het bijzonder de verrekening van de onkosten en ereloonstaat van M. B, die (1) als advocaat van Datafer/Keylogic NV het verzoekschrift dat strekte tot het gerechtelijk akkoord heeft neergelegd, (2) zich op vraag van de voorzitter de rechtbank van koophandel te Brugge akkoord zou verklaard hebben om de commissaris inzake opschorting de nodige bijstand te verlenen, wat de aanstelling van een tweede commissaris inzake opschorting zou hebben voorkomen en (3) waarvan de commissaris inzake opschorting bevestigt dat de tussenkomsten van M. B:... gebeurden met mijn akkoord en/of op mijn verzoek en het directe gevolg zijn van de afspraak bij aanvang van mijn mandaat. Genoemde tussenkomsten hebben vooral betrekking op de behandeling van de ingediende schuldvorderingen, de onderhandelingen met Pouliadis, personeelsdossiers.

M. B stelt dat zijn schuldvordering bij toepassing van artikel 44, 2 van de wet op het gerechtelijk akkoord als boedel-schuld van de minnelijk gekantonnerde gelden moet vooraf genomen worden, aangezien zijn juridische bijstand gelijklopend was met de taak van de commissaris inzake opschorting en eveneens strekte tot het behoud van de onderneming met het oog op de verkoop van het Waitermate-project. In ondergeschikte orde beroept hij zich op het voorrecht van de gerechtskosten en de kosten tot behoud van de zaak.

2.3.2. De schuldvordering van M. B kan weerhouden worden voor de som van 3.460 euro, zij de onkosten die rechtstreeks verband houden met de overdracht van het Waitermate-project, overeenkomstig de aangepaste staat in het dossier 3870, vermeerderd met de interesten die de kwaliteitsrekening Keylogic nr. 470-0516421-17 heeft opgeleverd in verhouding tot de som van 3.460 euro (zie de stukken 12 en 13 in de bundel van M. B.).

De commissaris inzake opschorting bevestigt dat M. B. hem op zijn verzoek bijstond bij de overdracht van het Waitermate-project, naast de bijstand die hij verleende met betrekking tot de behandeling van de ingediende schuldvorderingen en de personeelsdossiers. De behandeling van de ingediende schuldvorderingen en de personeelsdossiers drong zich op als gevolg van het gerechtelijk akkoord dat werd aangevraagd en droeg als dusdanig niet bij tot de instandhouding ‘going concern’ van het Waitermate-project. Alleen deze laatste tussenkomst strekte KBC Bank NV tot voordeel, aangezien zij haar schuldvordering op de behaalde verkoopprijs kan verhalen.

Het minnelijk kantonnement hield de betaling in in het voordeel van de gerechtigde schuldeisers, die dan ook alleen gerechtigd zijn op de interesten die de gekantonnerde gel-

den oprachten en dit in verhouding tot hun eigen schuld-vordering.

Het hof slaat de gedingkosten tussen M. B. en KBC Bank NV om en verwijst elke partij in de eigen gedingkosten betreffende deze eis, gezien hun wederzijds ongelijk.”

Grievens

EERSTE ONDERDEEL

(...)

DERDE ONDERDEEL

1. Schuldvorderingen die bevoorrecht zijn met betrekking tot bepaalde roerende goederen moeten na de tegeldemaking van die goederen eerst met de opbrengst daarvan worden betaald. Datzelfde geldt voor de hypothecaire schuldvorderingen of voor de schuldvorderingen bevoorrecht door een pand op handelszaak.

Ieder van de aldus bevoorrechte schuldeisers kan de tenuitvoerlegging strekkende tot de betaling van zijn schuldvordering vervolgen op het goed waarop zijn voorrecht, pand of hypotheek betrekking heeft.

In geval van vervreemding zal dat voorrecht, dat pand of die hypotheek op de opbrengst worden overgedragen, zoals te dezen uitdrukkelijk door het bestreden arrest vastgesteld.

De opbrengst zal zodoende bij voorrang tot uitbetaling van hun schuldvordering worden aangewend, behoudens de hypothese waarop een andere schuldeiser enig wettig recht van voorrang, zoals bedoeld in artikel 9 van de Hypotheekwet, zou kunnen laten gelden.

2. Luidens artikelen 17 en 19, 1° van de Hypotheekwet zijn de gerechtskosten bevoorrecht op de roerende en onroerende goederen ten aanzien van alle schuldeisers in wier belang zij zijn gemaakt.

Deze kosten zijn derhalve slechts bevoorrecht op de goederen die zij hielpen of zouden kunnen helpen behouden of te gelde maken.

Overeenkomstig artikel 21 van de Hypotheekwet gaan de gerechtskosten boven alle schuldvorderingen ten behoeve waarvan zij zijn gemaakt.

Dit prioriteitsbeginsel is ook vervat in artikel 19, 1° van de Hypotheekwet voor zover het voorrecht op roerende goederen wordt uitgeoefend.

Van gerechtskosten in de zin van voornoemde bepalingen is er weliswaar slechts sprake voor zover de kosten werden gemaakt op gerechtelijk gezag, in het belang van de schuldeisers, hetgeen impliceert dat zij strekken tot het behoud van de uitwinning of de vereffening van het vermogen van de gemeenschappelijke schuldenaar, nuttig waren en door de schuldeiser of door een derde, met uitsluiting van de schuldenaar zelf, zijn besteed.

Voldoet aldus niet aan voornoemde voorwaarde de ereloon- en onkostenstaat van een advocaat die, zonder zelf door een rechtbank als gerechtelijk mandataris te zijn aangesteld, de aangestelde commissaris inzake opschorting bijstand heeft verleend bij de overdracht van een project, bestanddeel van de handelszaak, waarop een ander schuldeiser een pand op handelszaak bezit.

3. Luidens artikel 20, 4° van de Hypotheekwet zijn de kosten, tot behoud van de zaak gemaakt, bevoorrecht op bepaalde roerende goederen, meer bepaald de roerende goederen, tot het behoud waarvan zij hebben bijgedragen.

Vereist is dat de kosten werden gemaakt tot behoud van een welbepaald roerende goed, met uitsluiting van onroerende goederen, roerende goederen die onroerend werden door bestemming of incorporatie dan wel een algemeenheid.

Uit het voorgaande volgt dat de kosten, gemaakt door een schuldeiser tijdens de periode van voorlopige opschorting van betaling, slechts dan bij voorrang op de opbrengst van de zaak waarop een voorrecht of pand slaat zullen kunnen worden uitbetaald wanneer blijkt dat deze kosten strekten tot het behoud van een welbepaalde roerende zaak, met uitsluiting van een algemeenheid, en dat zonder voormelde kosten de zaak geheel of gedeeltelijk zou zijn tenietgegaan of althans ongeschikt geworden voor het gebruik waartoe zij was bestemd.

Te dezen blijkt uit de gedane vaststellingen van het bestreden arrest dat de litigieuze kosten, met name de ereloon- en onkostenstaat van de tweede verweerder, gemaakt werden naar aanleiding van de overdracht van het Waitermate-project, zijnde de belangrijkste handelsactiviteit van de vennootschap, die met de bestaansdelen van de handelszaak werd overgedragen (p. 15, derde al.), en door het hof van beroep herhaaldelijk met de handelszaak zelf werd vereenzelvigd, begrippen die zelf verwijzen naar een algemeenheid.

Besluit

Op grond van de gedane vaststellingen, kon het hof van beroep niet wettig beslissen, zonder aldus het recht van voorrang, gehecht aan eiseres' pand op handelszaak te miskennen, dat de opbrengst van de verkoop van het Waitermate-project, zijnde de belangrijkste handelsactiviteit van de vennootschap met alle bestaansdelen die zij inhield (p. 15, derde al. van het bestreden arrest), diende te worden aangewend om de ereloon- en onkostenstaat van de tweede verweerder bij voorrang op eiseres' schuldvordering te vereffenen, nu hieruit niet blijkt dat de door de tweede verweerder gemaakte ereloon- en onkosten gemaakt werden onder gerechtelijk gezag en derhalve konden worden gekwalificeerd als gerechtskosten die eiseres' pand zouden primeren (schending van de art. 8, 9, 17, 19, 1°, en 21 van de Hypotheekwet, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 11 en 12 van de wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van een handelszaak, het endossement van de factuur, alsmede de aanvaarding en de

keuring van de rechtstreeks voor het verbruik gedane leveringen) en hieruit evenmin blijkt dat voornoemde kosten werden gemaakt tot het behoud van een welbepaald roerend goed (schending van art. 8, 9, 20, 4° van de Hypotheekwet, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 11 en 12 van de wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van een handelszaak, het endossement van de factuur, alsmede de aanvaarding en de keuring van de rechtstreeks voor het verbruik gedane leveringen) dan wel strekten tot het behoud of de verwezenlijking van eiseres' pand (schending van de hiervoren aangehaalde bepalingen).

II. Beslissing van het Hof

Beoordeling

(...)

Tweede middel

EERSTE ONDERDEEL

De appelrechters stellen vast dat de commissaris inzake opschorting de verkoop heeft gerealiseerd van het Waitermate-project, dat deel uitmaakte van de handelszaak van Datafer/Keylogic NV, na daartoe door de rechtbank van koophandel te zijn gemachtigd en oordelen dat alle schulden die hebben bijgedragen tot de instandhouding in "going concern" van het Waitermate-project, waaronder "het inzetten van het personeel voor -, en de verdere ontwikkeling van de activiteiten van de projecten eigen aan het Waitermate-project" als boedelschulden in de zin van vermeld artikel 44 tweede lid van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord (hierna: WGA) zijn te aanzien.

Zij laten dat oordeel berusten op de vaststellingen dat de commissaris inzake opschorting laat gelden dat geen van de schulden die gedurende het gerechtelijk akkoord werden aangegaan vermijdbaar waren om de handelszaak met behoud van de activiteit te realiseren en dat de commissaris inzake opschorting tot bepaalde schulden liet overgaan.

Het onderdeel, dat er volledig van uitgaat dat uit geen enkele vaststelling van het bestreden arrest blijkt dat de commissaris inzake opschorting hetzij zijn medewerking, hetzij bijstand verleende bij de totstandkoming van de nieuwe schulden, volgende uit de voortzetting van de activiteit van de handelszaak, hetzij de schuldenaar daartoe machtigde, berust op een verkeerde lezing van het arrest en mist feitelijke grondslag.

TWEDE ONDERDEEL

(...)

DERDE ONDERDEEL

Het arrest onderschrijft het beroepen vonnis in zoverre het de aanspraak van de curator van het faillissement Datafer NV op de gelden die de commissaris inzake opschorting heeft

gerealiseerd met de verkoop van het Waitermate-project – dat beschouwd wordt als een specifiek component van de handelszaak –, alleen gegrond verklaarde voor de boedelschulden die nuttig waren voor het behoud en de verzilvering van de handelszaak waarop de eiseres het bijzonder voorrecht van de pandhouder kon uitoefenen.

De appelrechters eisten dienaangaande het bewijs dat de schulden waartoe de commissaris inzake opschorting liet overgaan gedurende het gerechtelijk akkoord, “hebben bijgedragen tot het instandhouden in ‘going concern’ van de handelszaak en dat de verkoop in ‘going concern’ juist heeft bijgedragen tot een voordelige verkoopprijs van de handelszaak”.

Zij oordelen vervolgens dat de curator bewijst dat de handelszaak met behoud van activiteit werd gerealiseerd en er gedurende het gerechtelijk akkoord juist belangrijke kosten werden gemaakt voor het behoud van het cliënteel, voor de voorraad en het verder ontwikkelen van een bestaand programma. Zij stellen vast dat zonder deze kosten, de commissaris inzake opschorting het Waitermate-project niet tegen dezelfde voorwaarden had kunnen realiseren.

In zoverre het onderdeel ervan uitgaat dat het hof van beroep heeft geoordeeld dat het volstond dat de schulden werden gemaakt teneinde het Waitermate-project in “going concern” over te dragen om die schulden te aanzien als boedelschulden zonder dat ook nog het voordeel van het in “going concern” houden van de handelszaak voor het onderpand van de eiseres diende te worden aangetoond, berust het op een verkeerde lezing van het bestreden arrest, en mist in zoverre feitelijke grondslag.

Vervolgens oordeelt het bestreden arrest dat de voortzetting van de activiteiten verlieslatend was voor de som van 1.791.709 BEF, met als gevolg dat de vorderingen op klanten verminderden met 1.441.248 BEF, maar daartegenover staat dat de handelsactiviteit in “going concern” kon overgedragen worden voor de som van 13.500.000 BEF.

In zoverre het onderdeel ervan uitgaat dat het hof van beroep uitdrukkelijk vaststelt dat de voortzetting van de activiteiten verlieslatend blijkt geweest te zijn en niet wettig kon besluiten dat voornoemde schulden primeerden op eiseres’ schuld-

vordering, zonder dat ook nog het voordeel van het in ‘going concern’ houden van de handelszaak voor eiseres’ onderpand diende te worden aangetoond, gaat het uit van een onvolledige lezing van het arrest, en mist het in zoverre feitelijke grondslag.

VIERDE ONDERDEEL

De gelden die minnelijk gekantonneerd worden, komen uiteindelijk toe hetzij aan de debiteur-solvens, hetzij aan de schuldeiser, naar gelang de uitspraak over de rechten van de ene of andere partij. Samenloop doet hieraan geen afbreuk.

Als de debiteur-solvens na het kantonnement failliet wordt verklaard, kan de curator niettemin de afgifte van het gekantonneerde bedrag vorderen, en er de bestemming aan geven die zal volgen uit de beslissing van de rechter.

Het onderdeel faalt naar recht.

Derde middel

(...)

DERDE ONDERDEEL

Het arrest stelt uitdrukkelijk vast dat het bedrag van 3.460 euro ereloon rechtstreeks verband hield met de overdracht van het Waitermate-project, dat beschouwd wordt als een specifiek component van de handelszaak, en bijdroeg tot de meerwaarde die hierdoor, dankzij de hogere verkoopprijs van het project, ontstond voor de pandhouder.

Het onderdeel gaat ervan uit dat het arrest niet vaststelt dat de ereloon- en onkostenstaat strekte tot het behoud of de verwezenlijking van het pand van de eiseres.

Het onderdeel mist feitelijke grondslag.

(....)

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres in de kosten.

Noot

Het minnelijk kantonement uitdrukkelijk erkend als een samenloopvermijdend contractueel waarborgmechanisme*Ivan Peeters en Alain Zenner***1. DE FEITEN EN DE VORDERINGEN TEN GRONDE**

1. De feiten die aan de grondslag liggen van het arrest en de beslissing van de gevatte rechtsmachten kunnen als volgt worden samengevat.

Ter gelegenheid van de akkoordprocedure van Datafer NV (voorheen Keylogic), ingeleid bij verzoekschrift van 27 juli 2000, wordt bij gebrek aan herstelplan de commissaris inzake opschorting een week voor het einde van de (verlengde) opschorting gemachtigd tot overdracht van een project dat een wezenlijk deel van de handelszaak uitmaakt (er is omzeggens geen ander actief) en waarvoor hij, met de instemming van de bank als pandhoudende schuldeiseres, een prijs bekomt van 13,5 miljoen frank.

Uiteraard wil de bank de verkoopprijs onverwijld en onverkort innen. De raadsman van de debiteur, die bij de overdracht is tussengekomen, claimt echter ook betaling van zijn ereloon en onkosten op het provenu van de verkoop. Verder zijn tijdens de opschorting andere schulden aangegaan met de medewerking, machtiging of bijstand van de commissaris, o.m. loonkosten, verbrekingsvergoedingen, facturen van toeleveranciers, etc., die de debiteur en de commissaris betaald willen zien. Datafer verzet zich dan ook tegen de uitbetaling van de prijs aan de bank, terwijl de commissaris de mogelijkheid van een nuttige rangregeling wil behouden. Daarop wordt begin april overeengekomen dat het gedeelte van het provenu waarover geen discussie mogelijk is onmiddellijk aan de bank vrijgegeven wordt, terwijl het overige gedeelte op een door de commissaris en de raadsman van de bank geopende rubriekrekening wordt geconsigneerd met de uitdrukkelijke bepaling dat de storting op die rekening “dezelfde gevolgen heeft als het kantonement, bedoeld in artikel 1404 G.W.”. M.a.w. geldt de storting als voorwaardelijke betaling aan de bank; als de rechter later zou uitmaken dat de betaling onterecht was, moet die aan Datafer tot voldoening van de tijdens de voortzetting van de activiteit aangegane schulden terugkomen.

Ondertussen heeft de commissaris bij verzoekschrift van 28 februari de rechtbank gevraagd de beëindiging van de voorlopige opschorting te bevelen, alsmede de bijeenkomst van de algemene vergadering van Datafer met de ontbinding van de vennootschap op de agenda. De rechtbank verkiest echter Datafer failliet te verklaren, wat bij vonnis van 19 april 2001 gebeurt.

2. Na het faillissement van Datafer vordert de curator de totaliteit van de koopsom op. Volgens hem werden de beta-

ling aan de bank en het minnelijk kantonement uitgevoerd zonder goedkeuring van de gefailleerde, die onder het gerechtelijk akkoord volledig beschikkingsbevoegd bleef; ten andere werd het kantonement onder meer verantwoord “voor het geval een faillissement (...) zou tussenkomen en voor het uitvoeren van een rangregeling”. Hieruit leidt hij af dat de gelden het patrimonium van Datafer niet hebben verlaten en dat hij als curator over haar wedersamengesteld vermogen moet kunnen beschikken om de (boedel)schulden te kunnen vereffenen. Hij laat onder meer gelden dat na uitbetaling van de som van 7 miljoen frank aan de bank, geen voldoende middelen meer aanwezig zijn om de boedelschulden van het faillissement, die de schuldvordering van de bank volgens hem zouden primeren, te vereffenen.

Daartegenover stelt de bank dat aan het minnelijk kantonement de gevolgen van een betaling moeten toegekend worden, en dat op het ogenblik ervan nog geen sprake was van boedelschulden omdat het faillissement nog niet was uitgesproken. Verder is volgens haar niet bewezen dat de betrokken schulden aangegaan werden met de medewerking, machtiging of bijstand van de commissaris inzake opschorting en tot de continuïteit van de onderneming en het behoud en de realisatie van haar onderpand hebben bijgedragen; terloops klaagt zij de uitholling aan van de handelszaak onder het gerechtelijk akkoord. Ten slotte betwist zij de toepassing van artikel 44 van de wet op het gerechtelijk akkoord omdat het faillissement niet in de loop van de akkoordprocedure uitgesproken werd.

Aan zijn kant doet de commissaris inzake opschorting gelden dat geen van de betrokken schulden “vermijdbaar waren om de handelszaak met behoud van de activiteit te realiseren” en dat bij een gerechtelijk akkoord dit behoud van activiteit en niet het particuliere belang van de pandhoudende schuldeiser centraal staat.

Wat meer bepaald zijn staat van ereloon en onkosten betreft, voert de advocaat van Datafer aan dat hij het verzoekschrift tot gerechtelijk akkoord heeft neergelegd, dat hij op vraag van de voorzitter van de rechtbank van koophandel de commissaris inzake opschorting de nodige bijstand heeft verleend, wat de aanstelling van een tweede commissaris zou hebben voorkomen, en dat de commissaris zelf bevestigt dat zijn tussenkomsten gebeurden met zijn akkoord of op zijn verzoek en dat zij betrekking hadden op de behandeling van ingediende schuldvorderingen, de onderhandelingen met de koper en personeelsdossiers. Hij steunt dan ook zijn vorde-

ring op het feit dat zijn tussenkomst tot het behoud van de onderneming strekte, en in ondergeschikte orde beroept hij zich op het voorrecht van de gerechtskosten en de kosten tot behoud van de zaak. De curator en de bank opperen dat de eis ongegrond is omdat de prestaties van de advocaat de eigen verdediging van de gefailleerde betroffen, geen ver-

band hielden met de instandhouding van de handelszaak en evenmin met de overdracht van het project en niet beperkt bleven tot de looptijd van de opschorting. In meer ondergeschikte orde verrekent de advocaat dan ook alleen de prestaties die rechtstreeks verband houden met de overdracht, ten belope van 3.460 euro.

2. HET VONNIS IN EERSTE AANLEG, HET BEROEPSARREST EN HET ARREST VAN HET HOF VAN CASSATIE

3. Beide rechtsmachten aanvaarden dat de mislukking van het gerechtelijk akkoord de toepassing van artikel 44 lid 2 van de wet niet in de weg staat, wanneer het faillissement als gevolg van die mislukking uitgesproken wordt.

Wat het conflict tussen boedelschuldeisers en de bank betreft, stellen de rechtbank en het Hof dat alleen deze schulden die concreet en direct nuttig waren voor het behoud en de verwezenlijking van het onderpand voorrang hebben op de vordering van de bank; eisers (de curator en de advocaat) dragen elk wat hen betreft de concrete bewijslast: ten aanzien van de bank is een eenvoudige verklaring van de curator onvoldoende. Artikel 44 lid 2 – overweegt het Hof aanvullend – houdt geen bepalingen in die afbreuk doen aan de wettelijke regeling op de rangregeling van de diverse schuldvorderingen.

Wat echter de nadere precisering van de betrokken schuldvorderingen betreft, stelt het Hof dat het op dit punt volstaat “dat deze schulden hebben bijgedragen tot het instandhouden ‘going concern’ van de handelszaak en dat de verkoop als ‘going concern’ juist heeft bijgedragen tot een voordelige verkoopprijs van de handelszaak”, en aanvaardt het als bewezen dat zonder de kosten door de commissaris inzake opschorting gemaakt voor het behoud van het cliënteel, de voorraad en het verder ontwikkelen van een bestaand programma, hij de overdracht niet aan dezelfde voorwaarden had kunnen realiseren. Ten onrechte in haar ogen vordert de bank dat de curator “nauwgezet en precies het voordeel zou bewijzen, die het ‘going concern’ houden van de handelszaak inhield voor de verkoop van de handelszaak, die uiteindelijk alleen gerealiseerd werd in het voordeel van haar schuldvordering en waarmee zij heeft ingestemd”. Volgens het Hof kan inderdaad, bij gebrek aan nauwgezette begroting van de waarde van het handelsfonds op het ogenblik van het toestaan van de voorlopige opschorting, niemand dergelijk bewijs leveren; verder miskent dergelijke eis de eigenheid van de handelszaak en vereist de wet zulks niet.

Daar waar de rechtbank van mening was dat bij gebrek aan concrete aanwijzingen en bewijzen nopens de relatie tussen de geleverde prestaties en het behoud of de overdracht van het project geen enkele boedelschuld op de gekantonnerde sommen vooraf genomen kan worden, beslist het Hof dat de herleide vordering van de advocaat van Datafer weerhouden en wel vooraf genomen kon worden.

De tegenwerpelijke aan de curator van het minnelijk kantonnement met voorwaardelijke betaling wordt erkend zowel door de eerste rechter als, met verwijzing naar het cassatiearrest van 9 november 1990 (zie *infra*, randnr. 6), door het hof van beroep. In de mate dat een aantal boedelschulden en hun prioriteit op de bank als separatist zouden worden aanvaard, wordt het recht van de curator om aanspraak te maken op een deel van het gekantonnerde bedrag (nl. ten belope van die primerende boedelschulden) erkend.

4. Tegen het arrest wordt door de bank cassatieberoep aangetekend op grond van drie middelen, waarvan het tweede vier onderdelen telt en het derde drie. De eerste en de derde middelen, alsmede het eerste, het tweede en het derde onderdeel van het tweede middel worden door het Hof van Cassatie verworpen als falende in feite. In het vierde onderdeel van het tweede middel tracht de bank het beroepsarrest te laten verbreken in de mate dat het de (gedeeltelijke) aanspraken van de curator op het gekantonnerde bedrag erkent. Voor de eiseres is – zoals door het hof van beroep aanvaard – tengevolge van het geldige kantonnement het geconsigneerde bedrag uit het vermogen van de gefailleerde verdwenen en kon daarom het hof niet wettig beslissen dat de curator als vertegenwoordiger van de boedel gelden uit het kantonnement kan opeisen uitsluitend ten behoeve van de boedelschuldeisers. Met twee korte overwegingen over het vierde onderdeel van het tweede middel beslist het Hof dat het naar recht faalt. De summier motivering van het Hof van Cassatie is dat het kantonnement weliswaar geldig en tegenwerpelijk is aan de curator ondanks de samenloop, maar dat de curator niettemin een deel van het gekantonnerde bedrag kan ontvangen in de mate dat de uitspraak omtrent de samenloop tussen de pandhouder en de boedelschuldeisers deze laatste in hun gelijk stelt. Deze conclusie drong zich op aangezien het kantonnement specifiek werd in het leven geroepen tussen de schuldenaar (in concordaat en via de commissaris in opschorting) en de bank teneinde de schuldenaar later (hetzij in concordaat, in vereffening of faillissement) alsnog toe te laten zijn schulden die het pand zouden blijken te primeren, te voldoen. De boedelschuldeisers waren zelf geen partij bij het kantonnement. De curator elk recht op het gekantonnerde bedrag ontzeggen, zou volledig hebben ingedruist tegen het wezen van de overeenkomst tussen de schuldenaar en de bank.

3. HET MINNELIJK KANTONNEMENT: BETWISTE CREATIVITEIT VAN DE PRAKTIJK

5. Ingevolge de artikelen 1403-1404 Ger.W. kan een schuldenaar het bewarend of uitvoerend beslag verhinderen of de in beslag genomen goederen bevrijden door bij de Deposito- en Consignatiekas of bij een erkende of aangestelde sekwester een bedrag te kantonneren dat volstaat als waarborg voor de schuld in hoofdsom, interesten en kosten. Bij uitvoerend beslag geldt het kantonnement als een betaling onder opschortende voorwaarde¹. Artikel 1404 lid 2 Ger.W. bepaalt uitdrukkelijk dat de storting van het geld conform artikel 1403 Ger.W. plaats heeft met bijzondere bestemming van de som tot voldoening van de schuldvordering van de beslaglegger en geldt als betaling voor zover de beslagene erkent schuldenaar te zijn of als zodanig wordt erkend. Vervulling van de voorwaarde, met name de veroordeling van de schuldenaar, werkt retroactief tot het ogenblik van het kantonnement². De schuldeiser heeft geen samenloop te vrezen aangezien de bestemming die via het kantonnement aan de betrokken geldsom is gegeven tegenwerpelijk is aan de schuldeisers van de debiteur in geval zij in samenloop komen: ondanks de samenloop die ontstaat na de kantonnering maar voor de definitieve uitspraak, moeten de gekantonnerde bedragen worden uitbetaald aan de in zijn gelijk bevestigde schuldeiser. Aldus voorziet het Ger.W. een bijzonder effectieve vorm van zekerheidstelling.

6. Het minnelijk kantonnement is een door de praktijk ontwikkelde techniek waarbij men buiten de strikte voorwaarden van het gerechtelijk kantonnement eenzelfde resultaat wil bekomen. Een som geld waartoe een schuldenaar bij uitvoerbare beslissing is veroordeeld, wordt geblokkeerd op een gemeenschappelijke rekening ten name van de advocaten van schuldenaar en schuldeiser, met als exclusieve bestemming hetzij de vordering van de schuldeiser te voldoen in geval van een bevestiging van de door de debiteur bestreden beslissing, hetzij te worden terugbetaald aan de debiteur indien de bestreden beslissing wordt hervormd. Dat een dergelijke afspraak geldig kan worden gemaakt tussen gedingvoerende partijen en tussen hen onverkort uitwerking kan hebben, wordt niet

betwist. Wél wordt betwist of een dergelijke afspraak en storting van een geldsom buiten de voorwaarden van de artikelen 1403 en 1404 Ger.W. in dezelfde mate als een gerechtelijk kantonnement de schuldeiser bescherming biedt in geval van de insolventie van de debiteur of bij een andere vorm van samenloop. Voor een bepaalde strekking in rechtspraak en rechtsleer kunnen partijen buiten de wettelijke voorwaarden van het gerechtelijk kantonnement niet op contractuele wijze een som geld blokkeren zodanig dat de betrokken schuldeiser ontsnapt aan de samenloop³. Dit zou neerkomen op de creatie van een voorrecht buiten de wet. Daarom wordt betoogd dat het minnelijk kantonnement een loutere bewaargeving is, waarbij het geld eigendom blijft van de debiteur en onderworpen is aan de samenloop. Anderen daarentegen betogen dat de tegenwerpelijkheid van het minnelijk kantonnement niet kan worden betwist en wijzen op de gelijkenis met de overdracht van een geldsom tot zekerheid, waarvan de tegenwerpelijkheid vast staat, of tonen aan dat een minnelijk kantonnement aan de regelen van de samenloop ontsnapt omdat het een loutere verbintenisrechtelijke basis heeft⁴. Deze laatste strekking werd bevestigd door het Hof van Cassatie in een arrest van 9 november 1990⁵. Het Hof stelde dat de consignatie van een som geld niet in alle gevallen en onder alle omstandigheden als een bewaargeving moet worden aangemerkt en dat kan worden overeengekomen dat een werkelijke betaling zal tot stand komen waardoor de geconsigneerde gelden aan de schuldeiser toekomen, wanneer⁶ is komen vast te staan dat de gelden verschuldigd zijn. Essentieel voor de kwalificatie van het minnelijk kantonnement als voorwaardelijke betaling is niet alleen de bedoeling der partijen in deze zin⁷, maar ook het feit dat de gelden buiten de macht van de schuldenaar worden geplaatst, door overhandiging aan de schuldeiser of aan één of meer overeengekomen derden. In navolging van dit belangwekkend arrest wordt de tegenwerpelijkheid van een minnelijk kantonnement door de grote meerderheid van de rechtspraak⁸ en door een overwegend deel van de rechtsleer aanvaard, maar van een eensgezinde aanvaarding was tot op heden nog geen sprake⁹.

¹ E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Kluwer, 2006, randnr. 582.

² E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, A.P.R., randnr. 367.

³ Zie onder meer G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Luik, 1988, nr. 275, B; G. DE LEVAL, "Opposabilité d'une convention tenant lieu de cantonnement sur exécution provisoire" (noot onder Bergen 20 juni 1989), *Ann. dr. Liège* 1990, 70-72; J.-L. LEDOUX, "Chronique. Les saisies", *J.T.* 1989, 619-620, nr. 30; I. MOREAU-MARGRÈVE, in *Chronique de droit à l'usage du notariat*, XIV, Luik, Unité de droit notarial, 1989, p. 162; STEVENS, *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, nr. 925; A.-M. STRANART, "Les voies d'exécution. Développements récents", *Cah. dr. jud.* 1991, 77-78.

⁴ Zie verder E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, A.P.R., randnrs. 371-372; E. DIRIX, "Het minnelijk kantonnement", *R.W.* 1991-92, 537, randnr. 3; M.E. STORME, "Minnelijk kantonneren: een perfect geldige delegatie", *T.P.R.* 2003, 1299-1308; V. SAGAERT, "Het eigendomsrecht als volwaardig zekerheidsinstrument", in *Insolventierecht 2004-2005*, Cyclus Willy Delva, Kluwer, 2006, p. 215-216; I. PEETERS, "Eigendom tot zekerheid", in *Comm. Voorr.*, randnr. 134; A. ZENNER en I. PEETERS, "Tegenwerpelijkheid van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen", *R.W.* 2004-05, p. 481 en "L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours", *J.T.* 2004, p. 865 en 881.

⁵ Cass. 9 november 1990, *R.W.* 1991-92, 535, noot DIRIX.

⁶ Zie de kritiek van I. MOREAU-MARGRÈVE, *o.c.*, 162, die er op wijst dat het niet is "wanneer" (dès que), maar "indien" (si) komen vast te staan dat de gelden verschuldigd zijn.

⁷ Cf. Gent 4 januari 1994, *P. & B.* 1994, 77, noot BRIJS.

⁸ Brussel 18 december 1991, *J.L.M.B.* 1992, 701; Rb. Brussel 4 februari 1998, *T.B.B.R.* 1998, 157; Bergen 5 april 1995, *R.R.D.* 1995, 464; Gent 30 mei 1995, *R.W.* 1996-97, 678; Gent 26 april 1996, *R.W.* 1996-1997, 680, met noot E. DIRIX; Kh. Charleroi 14 december 1999, *R.R.D.* 2000, 208; Gent 27 september 2005, *R.W.* 2006-07, 410.

⁹ In de rechtsleer werd de kritische analyse opnieuw sterk belicht door F. GEORGES, "Cantonnements et consignations", *J.T.* 2004, p. 125-134. Ook een deel van de rechtspraak lijkt de analyse van het Hof niet te zijn gevolgd, zo onder meer Brussel 16 december 1997, *T.B.B.R.* 1999, 472 met noot VAN MELLAERT.

4. EEN BIJZONDER BELANGRIJK ARREST

7. Het hierboven gepubliceerd arrest is wellicht te summiër om op algemene en directe wijze in de praktijk elke discussie omtrent de tegenwerpelijheid van minnelijke kantonementen uit de wereld te helpen. Het arrest laat immers niet toe te bepalen aan welke voorwaarden een minnelijk kantonement moet voldoen (moet de uitdrukkelijke bedoeling aanwezig zijn dezelfde gevolgen als een gerechtelijke kantonement teweeg te brengen?) en bepaalt evenmin precies welk mechanisme (voorwaardelijke betaling? tegenwerpelijheid van aangegane verbintenissen?) de tegenwerpelijheid bij samenloop bewerkstelligt. Niettemin is het opnieuw een positieve uitspraak, die de resterende negatieve benadering van het minnelijk kantonement nog verder zal marginaliseren. Nog belangwekkender lijken ons de meer fundamentele consequenties die men ondanks de erg summiëre overwegingen van het Hof kan verbinden aan dit arrest. Die consequenties zijn o.i. immers van aard een ruimere impact te hebben op de principiële discussie over de tegenwerpelijheid van samenloopvermijdende contractuele (waarborg)mechanismen.

Tegenwerpelijheid van samenloop vermijdende contractuele (waarborg)mechanismen – Hoe ver reikt het gelijkheidsbeginsel?

8. Omwille van het toenemend aantal gevallen van insolventie en van faillissement in het bijzonder, hebben schuldeisers sinds de jaren '70 van de vorige eeuw ijverig gezocht naar manieren om zich beter te kunnen indekken tegen het risico van wanbetaling vanwege hun schuldenaren. Dit heeft geleid tot het ontstaan van (waarborg)mechanismen die gesteund zijn op het verbintenissenrecht (meer bepaald op de principes van de wilsautonomie, de tegenwerpelijheid aan

derden van de externe gevolgen van overeenkomsten en de samenhang), die toelaten om te ontsnappen aan de samenloop met andere schuldeisers van de schuldenaar. Het minnelijk kantonement is hiervan een typisch voorbeeld, dat bovendien in de praktijk zeer frequent wordt toegepast met de medewerking van de bij het geschil betrokken advocaten.

9. In 2004 hebben wij in een studie omtrent uit de praktijk gegroeide waarborgen de evolutie van rechtsleer en rechtspraak inzake het minnelijk kantonement en andere samenloopvermijdende waarborgmechanismen toegelicht¹⁰. Ondanks de in die studie beschreven evoluties blijft de essentie van deze waarborgmechanismen (nl. het samenloopvermijdend karakter) ook vandaag nog omstreden doordat sommigen nog steeds voorhouden dat samenloopvermijdende waarborgmechanismen (zoals het minnelijk kantonement) op grond van het beginsel van de gelijke behandeling van schuldeisers ("*paritas creditorum*") systematisch opzij kunnen worden geschoven door de curator (in geval van faillissement) of door de andere schuldeisers in samenloop (bij andere vormen van samenloop). De meest uitgesproken recente verwoording van deze benadering vindt men in de markante doctoraatsthesis van Frédéric Georges¹¹. Christine Biquet-Mathieu verzette zich eveneens onlangs tegen voornoemde conventionele waarborgmechanismen¹². Verwijzend naar de brouwerijhuur die aanleiding heeft gegeven tot het cassatiearrest van 20 juni 2004 over de draagwijdte van de in artikel 46 § 2 Faill.W. voorziene optierecht van de curator inzake lopende overeenkomsten¹³, stelde zij dat het gelijkheidsbeginsel niet enkel verantwoordt om overeenkomsten met zakelijke werking, zoals de overdracht tot zekerheid, aan de kant te schuiven, maar tevens alle contractuele combinaties die zijn bedoeld om zich in te dekken tegen de gevolgen van het faillissement van de schuldenaar, *in casu* de brouwerijhuurovereenkomst¹⁴.

¹⁰. Zie A. ZENNER en I. PEETERS, "Tegenwerpelijheid van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen", *R.W.* 2004-05, p. 481 en "L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours", *J.T.* 2004, p. 865 en 881. De meest prominente figuren onder de voorstanders van de tegenwerpelijheid van dergelijke waarborgmechanismen waren toen P. VAN OMMESLAGHE, "Les sûretés nouvelles issues de la pratique. Développements récents", in *Le droit des sûretés*, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1992, p. 377 e.v. en M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1992. Aan de kant van de andere strekking stonden G. DE LEVAL, "Opposition d'une convention tenant lieu de cantonnement sur exécution provisoire" (noot onder Bergen 20 juni 1989), *Ann. dr. Liège* 1990, p. 65 e.v. en I. MOREAU-MARGRÈVE, "Rapport Belge", in *Les garanties de financement*, Travaux de l'Association Henri Capitant, L.G.D.J., t. XLVII, 1996, p. 73 et s., sp. p. 83-85.

¹¹. F. GEORGES, *La saisie de la monnaie scripturale*, Larcier, 2006, in het bijzonder randnr. 78 e.v.

¹². Chr. BIQUET-MATHIEU, "Les sûretés", *Chroniques notariales*, 3/2006, vol. 43, p. 151 e.v.

¹³. Cass. 24 juni 2004, *T.B.H.* 2005, p. 241 met noot van A. ZENNER et C. ALTER, "Faillite et contrats en cours: faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur?" en noot van Ch. VAN BUGGENHOUT en I. VAN DE MIEROP, "Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil", *R.W.* 2005-06, p. 53 en noot S. BRIJS, "Artikel 46 Faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaar?"; A. DE WILDE, "Beheer van het insolventievermogen", in *Gandaius, Insolventierecht 2004-2005*, XXXI^{ste} Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2006, p. 160; A. ZENNER en C. ALTER, "Faillites et contrats en cours: la portée de l'option du curateur (article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites)", *J.T.* 2006, p. 573; E. DIRIX, "Recente arresten faillissement, gerechtelijk akkoord en zekerheden", *Insolventierecht*, Themis, die Keure, 2006, n° 23, p. 55 en 56.

¹⁴. Chr. BIQUET-MATHIEU, o.c., p. 168: "... Zo zou men in dergelijke hypothese kunnen beschouwen dat de handelshuurovereenkomst, zijnde van haar finaliteit omgeleid, in werkelijkheid een buitenwettelijke zakelijke zekerheid uitmaakt in de mate dat zij de brouwerij toelaat om zich dank zij haar huurrecht in een gunstigere situatie te verwerken, dit ten nadele van de andere schuldeisers die ten gevolge van deze constructie enkel een verminderd dividend zullen krijgen. Nu zij een buitenwettelijke zakelijke zekerheid uitmaakt zou de huurovereenkomst op grond van het in artikelen 7 en 8 van de hypothecaire wetgeving ingeschreven gelijkheidsbeginsel niet tegenwerpelijk zijn in het geval van samenloop, maar dan zonder dat er enige welkdanige vergoeding lastens de massa verschuldigd zou zijn."

10. De essentie van het debat omtrent het al dan niet erkennen van de uitwerking van deze mechanismen bij samenloop komt neer op de vraag hoe ver het gelijkheidsbeginsel reikt. Dat de gelijkheid een fundamenteel beginsel uitmaakt, zowel op grondwettelijk vlak als op het niveau van het insolventierecht, zal niemand betwisten. Dat het in bepaalde gevallen afbreuk kan doen aan het principe van de tegenwerpelijkheid van de overeenkomsten is evenmin betwistbaar, daar dit beginsel verschillende wettelijke bepalingen met dergelijke strekking onderbouwt¹⁵. Dit betreft meer bepaald de artikelen 7 en 8 van de Hypotheekwet, de artikelen 17 en 18 van de Faillissementswet inzake de verdachte periode, de artikelen 24 tot 26 van de Faillissementswet betreffende de beëindiging van individuele vervolgingen, het artikel 46 van de Faillissementswet, die aan de curatoren toelaat om de lopende overeenkomsten niet uit te voeren of nog artikel 99 van de Faillissementswet betreffende de herverdeling van de activa van het faillissement, de artikelen 21 en 22 van de Wet Gerechtelijk Akkoord met betrekking tot de gevolgen van de opschorting of artikel 28 alinea 2 van de Wet Gerechtelijk Akkoord, dat ontbindende bedingen omwille van de aanvraag of homologatie van een akkoord verbiedt, het artikel 190 van het Wetboek van Vennootschappen, enz. In onze ogen is het echter nodig dat een precies wettelijke bepaling de niet-tegenwerpelijkheid van de overeenkomst verantwoordt.

De strekking die vandaag wordt vertegenwoordigd door Georges en Biquet-Mathieu staat een uiterst verre gaande toepassing van de gelijkheid voor bij elke samenloop, zodanig dat waarborgmechanismen gesteund op de wilsautonomie, op de vrijheid van contracteren en op samenhang hun tegenwerpelijkheid wordt ontnomen bij samenloop telkens die mechanismen zijn ingegeven door de bedoeling de strikte gelijke behandeling van schuldeisers te doorbreken of te vermijden zonder een beroep te kunnen doen op de door de wet voorziene voorrechten of zakelijke zekerheden¹⁶.

11. De o.m. door Van Ommeslaghe, Dieux¹⁷, Grégoire en onszelf voorgestane stelling dat het gelijkheidsbeginsel de erkenning van samenloopvermijdende contractuele mechanismen niet in de weg staat, is gebaseerd op een meer legalistische benadering. Vanuit dat oogpunt kan de gelijkheid

van de schuldeisers niet worden gezien als een rechtsplicht die in alle omstandigheden in acht moet worden genomen tussen schuldeisers (die integendeel voorafgaand aan het ontstaan van de samenloop juist mogen proberen om voorrang te verkrijgen¹⁸), maar eerder als een deelaspect van het hogere gelijkheidsideaal dat net als in andere onderdelen van ons recht verschillende concrete rechtsregels onderbouwt waarvan de draagwijdte in elke concrete materie dient ingeschat. Naast de hoger beschreven concrete corrigerende normen (zie randnr. 10) gaat het bij de artikelen 7 en 8 van de Hypotheekwet kennelijk om een toepassing met beperkte draagwijdte, in essentie om een regeling van de verdeling van de goederen die het voorwerp van de samenloop uitmaken (boedel of beslagen goederen)¹⁹. Het gaat met andere woorden om een logische regel voor de verdeling van de waarde van de op het ogenblik van samenloop aanwezige activa tussen die schuldeisers die (zonder zich te kunnen beroepen op een voorrecht of zakelijke zekerheid) aanspraak maken op de liquidatiewaarde van die goederen. Indien de liquidatiewaarde van de goederen onvoldoende is om alle zich aanbiedende schuldeisers te voldoen, dan moet de opbrengst *pro rata* worden verdeeld tussen de chirografairen. Hiermee correspondeert een verbod om aan één van de schuldeisers, zonder het akkoord van de andere schuldeisers, een betere rang te geven bij de verdeling van de opbrengst van de realisatie van de goederen van de schuldenaar (behoudens ingevolge een voorrecht of zakelijke zekerheid). Schuldeisers, die op basis van voordien geldig ontwikkelde mechanismen²⁰, zich voor de voldoening van hun vorderingen niet moeten verhalen op de liquidatiewaarde van de in de samenloop begrepen activa worden daarentegen niet gevat door de *paritas creditorum*.

Erkenning van de vrijheid om samenloop te vermijden: het gelijkheidsbeginsel tot zijn ware proporties herleid

12. Het Hof stelt zeer bondig dat gelden die minnelijk gekantonneerd werden, toekomen hetzij aan de debiteur-solvens, hetzij aan de schuldeiser, naar gelang de uitspraak over de rechten van de ene of andere partij en dat samenloop hier-

15. "Onderbouwen" of "innerver" in het Frans: de formule is deze van N. THIRION, *o.c.*

16. F. GEORGES, *o.c.*, randnr. 78.

17. X. DIEUX en C. ALTER, "Observation sur la nature juridique de la monnaie scripturale (spécialement en relation avec l'opposabilité aux tiers des comptes qualifiés)", *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruylant, 2006, p. 396, n° 8.

18. Is de indekking van het risico van insolventie van de contractspartij niet wezenlijk aanwezig bij elke financiële of economische verhandeling die een dergelijk risico kan inhouden?

19. Zie onder meer P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, p. 402, randnr. 16; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1992; E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, randnrs. 35-40; M.E. STORME en D. DE MAREZ, "Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden", Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, 2006, *te verschijnen*, randnrs. 3 en 11 in het bijzonder; A. ZENNER en I. PEETERS, *o.c.*, *R.W.*, randnr. 14. Zie ook N. THIRION, "L'égalité et le droit commercial: un rapport à géométrie variable" (noot onder Luik 17 januari 2002), *J.L.M.B.* 2002, p. 1363 e.v., in het bijz. p. 1369: "verre van een basisprincipe van Belgisch recht in te houden, van dezelfde orde als de artikelen 1134 en 1165 van het Burgerlijk Wetboek, houdt (de regel van gelijkheid van de schuldeisers) enkel een bescheiden verdeelsleutel in van de opbrengst van de uitwinning van de activa van de schuldenaar tussen zijn verschillende schuldeisers welke onderworpen zijn aan de samenloop".

20. D.i. zonder in strijd te komen met meer bijzondere bepalingen, zoals vooral deze beschreven in randnr. 10.

aan geen afbreuk doet. Aldus erkent het Hof dat bij dergelijke consignatie van een geldsom louter contractueel een bestemming kan worden gegeven die tegenwerpelijk is aan de curator of, bij een andere vorm van samenloop, aan de concurrerende schuldeisers. Nergens blijkt de bedoeling van de partijen dat het overmaken van de geldsom een inpandgeving zou uitmaken of de overdracht van een geldsom tot zekerheid. Het resultaat dat de begunstigde van het kantonement (de bank in casu) niet in samenloop komt met de schuldeisers van haar schuldenaar steunt dus niet op een door de wet voorziene of erkende reden van voorrang (art. 8 en 9 Hypotheekwet), terwijl het hier toch duidelijk (naar doelstelling en gevolgen) om een waarborgmechanisme gaat en de definitieve verarming van het vermogen van de schuldenaar pas plaatsvindt ná het ontstaan van de samenloop en niet voordien²¹. Deze conclusie en uitspraak is duidelijk niet te verzoenen met de ruimere interpretatie van de *paritas creditorum*-regel zoals die door sommigen wordt voorgehouden (zie randnrs. 8 en 9) maar strookt volledig met een beperkende interpretatie van de gelijkheidsregel. Het is een schuldenaar en een schuldeiser in beginsel dus toegestaan via contractuele mechanismen (d.i. buiten de wettige redenen van voorrang) de schuldeiser in een positie te stellen zijn opeisbare schuldvordering ondanks en na samenloop te voldoen met fondsen die hun oorsprong vinden in het vermogen van de schuldenaar en die voorafgaand aan de samenloop bestemd werden tot de toekomstige voldoening van die schuldvordering op het tijdstip van of na de samenloop. Zoals hoger gezegd, valideert dit arrest aldus niet alle contractuele waarborgmechanismen. Voor ieder type zal moeten bekeken worden op welke concrete grondslag het samenloopvermijdend effect al dan niet kan worden erkend. Het arrest bevestigt wel algemeen dat de gelijkheidsregel neergelegd in de artikelen 7 en 8 van de Hypotheekwet *in se* alternatieve waarborgmechanismen niet in de ban doet.

Geen verrassende of geïsoleerde uitspraak

13. Vooreerst sluit dit arrest natuurlijk aan bij het eerdere arrest van 9 november 1990 inzake minnelijk kantonement (zie randnr. 6). Voor ons ligt het besproken arrest verder volledig in de lijn van de recente, uitgesproken wending van de rechtspraak van het Hof van Cassatie over de rechten van de schuldeisers, in het bijzonder wat betreft de mogelijkheid om contractuele samenloopvermijdende waarborgmechanismen in het leven te roepen en in werking te stellen, een mogelijkheid die door het *Socol*-arrest van het Hof van Cassatie van 18 februari 1985 reeds werd erkend maar volgens bepaalde commentatoren terug in vraag gesteld werd door het *Sart-Tilman*-arrest van 17 oktober 1996. Men zal zich de verklaringen herinneren welke door de hoge magistraten van het Hof van Cassatie, ter gelegenheid van de bespreking van zijn activiteitenverslag van 2003 in de Senaatscommissie Justitie, werden aangebracht met betrekking tot het vernoemd arrest *Sart-Tilman*, dat gekwalificeerd werd als een “onduidelijk arrest... dat geen gevolgen heeft gehad”²².

Zo ook heeft het Arbitragehof de vermenigvuldiging van de mechanismen welke afwijken van het ideaal van de gelijkheid ingeroepen om het recht van schuldvergelijking door de fiscus grondwettelijk te verantwoorden²³.

Sinds het arrest van het Hof van Cassatie van 20 oktober 2005²⁴, valt ook niet meer te twifelen aan het feit dat het principe van de gelijkheid tussen schuldeisers niet van openbare orde is²⁵. Een arrest van 27 april 2006²⁶ erkent voortaan de tegenwerpelijkheid van het “verlengde” retentierecht, als garantie voor de “integrale betaling van al onze schuldvorderingen, zonder dat zij in rechtstreeks verband dienen te staan met de weerhouden goederen”. Bovendien heeft het Openbaar Ministerie bij het Hof van Cassatie in zijn voorafgaand advies bij het arrest van 7 april 2006²⁷ in verband met de schuldvergelijking na de opening van de akkoordprocedure, zich de formule van Prof. Van Ommeslaghe eigen gemaakt om de uit de praktijk afkomstige zekerheden te rechtvaardigen²⁸.

De meest gezaghebbende doctrine juicht deze evolutie

21. Tot op het ogenblik dat het gekantonneerde geld aan de begunstigde (de bank) wordt toegekend behoudt de debiteur (boedel) immers een voorwaardelijke (contractuele) aanspraak op die som.

22. Uitvoerig besproken en geciteerd in A. ZENNER en I. PEETERS, *o.c.*, *R.W.* 2004-05, p. 481 e.v., randnr. 14.

23. Arbitragehof nr. 54/2006, 19 april 2006, *J.T.* 2006, p. 701 met noot van F. GEORGES; *adde* E. VAN DEN HAUTE en M.D. WEINBERGER, “L'article 334 de la loi-programme du 27 décembre 2004: entre compensation et voie d'exécution”, *Annuaire du crédit* 2005, p. 229.

24. *NjW* 2006, p. 3654 en noot P.C.

25. Zich uitsprekend over een middel van niet-ontvankelijkheid, had het Hof in het arrest van 9 maart 2000 reeds beslist dat de gelijkheid van de schuldeisers een principe is van dwingend recht dat voor de eerste maal mag worden ingeroepen voor het Hof. Het Hof was hiermee afgeweken van zijn vroegere formulering die impliceerde dat het principe de openbare orde raakte (*Arr. Cass.* 2000, nr. 544, *R.W.* 2000-01, p. 480 en noot A. DE WILDE, “De positie van de koper bij faillissement van de verkoper”, *R.D.C.* 2002, p. 585 en noot I. VERVOORT, “Ontbinding en faillissement”).

26. *Cass.* 27 april 2006 (C.040478.N).

27. *T.B.H.* 2006, p. 810, *J.L.M.B.* 2006, p. 896. De conclusies van het Openbaar Ministerie kunnen geraadpleegd worden op www.cass.be.

28. Het Openbaar Ministerie overweegt er inderdaad het volgende: “De regel ‘geen voorrecht zonder tekst’, vervat in artikel 9 van de Hypotheekwet, verbiedt alleen maar de overeenkomsten of de eenzijdige rechtshandelingen met als voorwerp aan de begunstigde schuldeisers betaling te verzekeren op het vermogen van de schuldenaar; eventueel na preferentiële uitwinning met miskening van de gelijkheid van de schuldeisers buiten de gevallen van voorrechten en hypotheek. Maar zij verhindert op geen enkele wijze het inwerkingstellen, ondanks de samenloop, van bepaalde instellingen, wezen zij van contractuele oorsprong, die zonder echt een voorrecht in het leven te roepen, toch als gevolg hebben een schuldeiser te bevoordelen in het nadeel van anderen en die worden gekwalificeerd als waarborgmechanismen.”

toe²⁹. Zo schrijft Verougstraete: “Het arrest Sart-Tilman van 17 oktober 1996 wekte nog de indruk, terecht of onterecht dat een overeenkomst die een niet bij de wet bepaalde zekerheid stelde niet aan de concurrente schuldeisers kon worden tegengeworpen. Latere cassatiearresten hebben zich na kritiek van de rechtsleer welwillend getoond ten aanzien van die fiduciaire eigendomsoverdrachten, inzonderheid een arrest van 4 april 2003 dat aanneemt dat de overdracht in eigendom van een som geld door een schuldenaar ten bate van zijn schuldeiser geen inpandgeving uitmaakt, ook al geschiedt die overdracht tot zekerheid van zijn schuldeiser. De trend naar een algemene tegenwerpelijheid van de fiduciaire eigendomsoverdrachten, met een beperkt aantal uitzonderingen, is alvast te ontwaren in het

recht: wetgeving en rechtspraak wijzen in dezelfde richting en de logische evolutie zal eerder leiden tot een beginsel van tegenwerpelijheid met duidelijk afgebakende uitzonderingen dan tot een regel van niet-tegenwerpelijheid.”³⁰.

Ook in het op 12 januari jl. door de minister van Justitie aan de Regering voorgelegde wetsontwerp over de continuïteit van de ondernemingen, dat de wet betreffende het gerechtelijk akkoord dient te vervangen maar waarvan de goedkeuring werd uitgesteld omwille van een blijvend meningsverschil over het artikel 51 van het ontwerp inzake de rechten van de werknemers bij overdracht van de onderneming onder gerechtelijk gezag, werden in het verlengde van deze evoluties de rechten van de schuldeisers bestendig³¹.

5. HET CONFLICT TUSSEN PANDHOUDENDE SCHULDEISER EN BOEDELSCHULDEISERS

14. In het arrest komt ook de vraag aan bod naar de samenloop, in geval van mislukking van het gerechtelijk akkoord en opvolgend faillissement, tussen de pandhoudende schuldeiser en de schuldeisers wiens rechten ontstaan zijn uit hun handelingen met de debiteur of hun tussenkomst anderszins tijdens de akkoordprocedure met de medewerking, toestemming of bijstand van de commissaris inzake opschorting. In toepassing van artikel 44 lid 2 van de Wet Gerechtelijk Akkoord vormen de rechten van die bijzondere categorie schuldeisers in deze omstandigheden schulden ten laste van de boedel, die bij voorrang moeten worden betaald.

15. Bepaalde vraagstukken die door dit artikel worden opgeworpen werden recent verhelderd. In arresten van 4 februari 2005 et 8 september 2006 heeft het Hof van Cassatie inderdaad geoordeeld, enerzijds dat er slechts bijstand kan zijn geweest van de commissaris in de zin van de wet indien bij het vervullen van de handeling in kwestie de commissaris vooraf bijstand verleent en dat “de medewerking van de commissaris vereist dat hij handelingen stelt tot verwezenlijking van de handeling”³² en anderzijds dat “hande-

lingen verricht door de schuldenaar tijdens de procedure met medewerking, toestemming of bijstand van de commissaris inzake opschorting in de zin van artikel 44 lid 2 slechts de handelingen dekken tijdens de periode van voorlopige opschorting”³³.

16. Anderzijds heeft het Arbitragehof bij arrest nr. 108/2005 van 22 juni 2005³⁴ beslist dat dezelfde bepaling, indien zo geïnterpreteerd dat schulden aangegaan tijdens de procedure van gerechtelijk akkoord met medewerking van de commissaris inzake opschorting slechts boedelschulden zijn indien de schuldenaar failliet wordt verklaard tijdens de procedure, maar niet indien de debiteur failliet wordt verklaard nadat de procedure is beëindigd, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt.

17. Blijft dan de vraag of en onder welke voorwaarden deze boedelschulden voorrang kunnen hebben op de vorderingen van separatisten, zoals een pandhouder of hypotheekhouder. Zoals geweten is deze vraag in rechtsleer en rechtspraak omstreden³⁵. In casu, dient, volgens de eerste rechter de cura-

²⁹. We delen dan ook niet de mening, zoals verwoord door F. Georges in een noot over Arbitragehof nr. 54/2006, 19 april 2006, *J.T.* 2006, p. 701, dat er ten aanzien van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismes “geen dominante stroming” zou bestaan.

³⁰. “Insolventierecht: op zoek naar rationaliteit”, *Gandaius, Insolventierecht 2004-2005*, XXXI^{ste} Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2006, nr. 10, p. 581.

³¹. Zie het commentaar op art. 2 f) van dit ontwerp: “De filosofie die de basis vormt van dit ontwerp maakt zich de evolutie eigen van het Hof van Cassatie inzake de rechten van de schuldeisers, die de ontworpen wet tot regel wil verheffen, en meer in het bijzonder inzake de mogelijkheid voor de partijen om vrij, op basis van de tegenwerpelijheid van de contracten, alle vormen van conventionele waarborgen aan te leggen (de rechtsleer noemt ze nu eens ‘zekerheden voortkomend uit de praktijk’, dan weer ‘garantiemechanismen’ of ‘conventionele garanties die het mogelijk maken te ontsnappen aan de samenloop’, onafhankelijk van die welke de vorm aannemen van de zekerheden in de zin van de Hypotheekwet. Er moet worden opgemerkt dat het Arbitragehof zich deze evolutie eveneens eigen maak... Omdat, zoals deze hoge jurisdicties aanwijzen, de tegenwerpelijheid van dergelijke mechanismen moet worden erkend, en ook omdat de eigendomsoverdracht in regel alleen tegenstelbaar is met de instemming van de verkoper en de koper tegenover derden zoals tussen partijen, met name in geval van verkoop van lichamelijke roerende goederen, moet het toepassingsveld van de reglementering van de effecten van deze garantiemechanismen in het procedurerecht ruim worden begrepen.”

³². *R.W.* 2004-05, 1301.

³³. *T.B.H.* 2006, p. 834 en *NjW* 2007, nr. 155, p. 76.

³⁴. *R.W.* 2006-07, p. 1335. Over deze vraag, zie de noot van A. MAHY, “La mise en œuvre du droit de préférence reconnu au commissaire au sursis pour le paiement de ses honoraires”, *T.B.H.* 2006, p. 838.

³⁵. Zie desbetreffend voor verwijzingen, A. ZENNER, *Faillites et concordats 2002*, in *Les dossiers du J.T.*, nr. 38, Larcier, 2003, nr. 426; adde Kh. Brussel 26 december 2003, *T.B.H.* 2004, p. 501 en noot A.Z. “Qui prime quand le concordat débouche sur la faillite? Une nouvelle application de l’article 44, alinéa 2, L.C.”. Zie ook uitvoerig A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 618 p., in het bijzonder randnrs. 628-634.

tor daartoe “aan te tonen dat de opgegeven boedelschulden concreet en direct nuttig waren voor het behoud dan wel de overdracht van (de onderneming)”, zodat “een eenvoudige verklaring van de curator vanzelfsprekend niet volstaat”. Het hof van beroep neemt de stelling van de eerste rechter over dat enkel die boedelschulden die nuttig waren voor het behoud en de verzilvering van de handelszaak een prioritaire behandeling kunnen krijgen. In de concrete beoordeling lijkt het hof zich echter soepeler op te stellen door te poneren dat wanneer het gaat om een handelszaak, het volstaat aan te tonen dat de kosten effectief hebben bijgedragen tot het in stand houden van de handelszaak in “going concern”. Voor het hof is het meest relevant het verschil tussen de realisatiewaarde van een handelsfonds “in going concern” enerzijds en de realisatiewaarde van individuele activa van een ten dode opgeschreven handelsfonds anderzijds. Ongetwijfeld zal deze problematiek steeds zeer casuïstisch moeten benaderd worden (hoe direct is de relatie met de assiette van de zekerheid van de separatist? hoe groot was het voordeel? moet het voordeel een meerwaarde zijn of kan het ook het voorkomen van een potentiële minwaarde zijn? enz.). Een redelijke toepassing met inachtnaam van alle concrete elementen is dan

ook aangewezen. Zo ook kan de houding van de separatist tijdens de loop van het concordaat mee in overweging genomen worden. Heeft de separatist ingestemd of zich verzet tegen de voorgenomen handelingen?

18. Uit het arrest blijkt dat in de procedures ten gronde niet werd aangegeven op welke wettelijke basis werd gesteund om de boedelschulden voorrang te geven op de pandhouder. Aangezien een handelszaak een onlichamelijk roerend goed is, kan enkel het voorrecht van de gerechtskosten (art. 17 en 19, 1° Hypotheekwet) ingeroepen worden en niet het voorrecht voor kosten tot behoud van de zaak³⁶. Zoals blijkt uit de middelen aangevoerd door eiseres in cassatie, kon betwijfeld worden of alle als boedelschulden aangevoerde vorderingen aan de voorwaarden voldeden om als gerechtskosten te worden gekwalificeerd. Nu de juiste wettelijke basis voor de voorrang van boedelschulden op separatisten zowel bij faillissement als in het geval van artikel 44 Wet Gerechtelijke Akkoord niet volledig vaststaat³⁷, maar de economische en beleidsmatige rechtvaardiging ervan voor de hand liggen, kan men tegen een dergelijke beslissing weinig inbrengen nu aan de “nutsvereiste” voldoende aandacht werd besteed³⁸.

^{36.} Zie terzake A. DE WILDE, *o.c.*, randnrs. 116-123 en randnrs. 628-634; A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, nr. 962.

^{37.} Zie terzake A. DE WILDE, *o.c.*, randnrs. 114-131.

^{38.} Zie ook A. DE WILDE, *o.c.*, randnrs. 631-634.