

RECHTSLEER

DOCTRINE

Faillissement en de Sluitingswet

Christian Van Buggenhout en Ilse Van de Mierop

I. Inleiding	308
II. Belangrijkste wijzigingen van de wet van 26 juni 2002	308
A. Het begrip “onderneming”	308
B. Het begrip “sluiting”	309
1. Faillissement	309
2. De (vrijwillige of gerechtelijke) vereffening	310
C. Het begrip “wettelijke sluitingsdatum”	310
D. Het begrip “overname van activa”	310
E. De verjaring	311
F. Wijzigingen in de rang van de voorrechten	312
1. Artikel 19, 3°bis Hyp.W.	312
2. Artikel 19, 4° Hyp.W.	313
3. Artikel 19, 4°ter en 4°quinquies Hyp.W.	313
G. Tussenkost Fonds	313
1. Contractuele vergoedingen	314
2. Vakantiegeld	315
3. Brugpensioenen	315
4. Sluitingsvergoedingen	315
5. Overbruggingsvergoeding	315
H. Transnationale situaties	316

SAMENVATTING

Met ingang van 1 april 2007 is de Sluitingswet in werking getreden.

Hierna wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste wijzigingen die de Sluitingswet meebrengt voor curatoren bij de afhandeling van een faillissement.

We gaan nader in op de begrippen onderneming, sluiting, wettelijke sluitingsdatum, overname van activa en verjaring, nu deze essentieel zijn om te weten wanneer en voor welke bedragen de werknemers een beroep kunnen doen op de tussenkost van het Fonds tot Vergoeding in geval van Sluiting van Ondernemingen.

We bekijken ook welke incidentie de Sluitingswet heeft voor een concrete rangregeling van een faillissement doordat de wet niet alleen de artikelen 19, 3°bis, 19, 4°ter en 19, 4°quinquies Hypotheekwet wijzigt, maar ook voorziet in een wettelijke indeplaatsstelling en terugbetalingsplicht door werkgever, curator of vereffenaar.

We bekijken ten slotte de territoriale werking van de Sluitingswet en de problemen waartoe dit aanleiding kan geven.

RÉSUMÉ

La loi relative aux fermetures d'entreprises est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2007 (ci-après dénommée “Loi de fermeture”).

Un récapitulatif des modifications les plus importantes apportées par la Loi de fermeture sera exposé ci-après, en particulier celles qui concernent les curateurs dans leur mission de gestion de faillites.

Nous entrerons plus amplement en détail sur les notions d'entreprise, de fermeture, de date légale de la fermeture, de reprise de l'actif, de prescription, étant donné que ces notions sont essentielles pour déterminer à quel moment et pour quel montant les travailleurs peuvent faire appel à l'intervention du Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprise.

Nous examinerons également l'incidence de la Loi de fermeture sur le règlement dans la pratique, entre les différents rangs des privilèges, en ce qu'elle modifie non seulement les articles 19, 3°bis, 19, 4°ter et 19, 4°quiquies de la loi hypothécaire, mais qu'elle prévoit également un droit de subrogation légale, ainsi qu'une obligation légale de remboursement par l'employeur, le curateur ou le liquidateur.

Enfin, nous examinerons le champ d'application territorial de la Loi de fermeture ainsi que les problèmes auxquels cela pourrait donner lieu.

I. INLEIDING

De wet van 26 juni 2002 betreffende de sluiting van de ondernemingen (hierna "Sluitingswet") coördineert het geheel van wetten inzake sluiting van ondernemingen.

Ze werd gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 8 augustus 2002. Deze wet vereiste evenwel dat een reeks uitvoeringsbesluiten zou worden aangenomen. De wetgever heeft dus voorzien dat de datum waarop de wet in werking zou treden, door de Koning zou worden bepaald.

Bij koninklijk besluit van 3 juli 2005, bekend gemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 12 juli 2005, zijn twee bepalingen van de Sluitingswet vervroegd in werking getreden: het betreft enerzijds de bepaling waarbij voor de werknemer wordt voorzien in het recht op de betaling van brutoloon en anderzijds de bepaling waarbij wordt voorzien in het recht op de betaling van interesten op het brutoloon.

Bij koninklijk besluit van 23 maart 2007, bekend gemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 30 maart 2007, zijn met ingang van 1 april 2007 de overige bepalingen van de Sluitingswet en daarmee de integrale wet in werking getreden.

De Sluitingswet had evenwel de omzetting van twee Euro-

pese richtlijnen die rechtstreeks betrekking hadden op de sluiting van ondernemingen niet gerealiseerd. Daarbij ging het om de richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 tot wijziging van de richtlijn 77/187/EEG van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen der vestigingen en de omzetting van de richtlijn 2002/74/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van richtlijn 80/987/EEG van de Raad betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de wetgever.

De wetgever heeft dus de Sluitingswet nog voor hij in werking trad al moeten aanpassen en wel door middel van de wet van 11 juli 2006, bekend gemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 24 augustus 2006.

Hierna wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste wijzigingen die de Sluitingswet (haar uitvoeringsbesluiten en de wijziging ervan doorgevoerd bij wet van 11 juli 2006) in petto heeft voor de rechtspractici betrokken bij de vereffeningsoverrichting in het kader van het faillissement.

II. BELANGRIJKSTE WIJZIGINGEN VAN DE WET VAN 26 JUNI 2002

A. Het begrip "onderneming"

Het Fonds heeft in principe de taak de werknemers te vergoeden die het slachtoffer zijn van een sluiting van hun onderneming. De Sluitingswet geeft een antwoord op de vraag wat precies moet worden verstaan onder het begrip onderneming.

De wet verwijst in haar artikel 2, 3°, a) naar de technische bedrijfseenheden zoals omschreven in artikel 14 § 1 van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven¹. Innoverend is dat (art. 2, 3°, b)) vanaf nu ook

ondernemingen zonder economische finaliteit onder het begrip "onderneming" vallen waarmee de wet in het zelfde artikel de beoefenaars van vrije beroepen voor de toepassing van deze wet gelijkstelt. Voor een verdere definitie van het begrip "onderneming zonder economische finaliteit" verwijst de wet naar een door de Koning op te stellen uitvoeringsbesluit. In zijn besluit van 23 maart 2007 omschrijft de Koning deze ondernemingen aan de hand van de gekozen rechtsvorm:

- de (internationale) VZW;
- de instelling of stichting van openbaar nut;

¹ B.S. 27 september 1948.

- de feitelijke vereniging, voor zover het gaat om ondernemingen zonder handels- of industriële finaliteit;
- de vennootschap met een sociaal oogmerk waarvan de statuten bepalen dat de vennoten geen enkel vermogensvoordeel nastreven;
- de ziekenfondsen of landsbonden van ziekenfondsen;
- de beroepsverenigingen.

B. Het begrip “sluiting”

Een onderneming kan in principe maar onder de *toepassing* van de Sluitingswet vallen, indien ze het voorwerp heeft uitgemaakt van een sluiting. Dit zal het geval zijn wanneer

1. haar hoofdactiviteit definitief werd stopgezet; én
2. het aantal werknemers verminderd is tot onder het vierde van het aantal dat er gemiddeld was tewerkgesteld tijdens de vier trimesters voorafgaand aan het trimester gedurende hetwelk de definitieve stopzetting van de hoofdactiviteit van de onderneming heeft plaatsgevonden (art. 3 § 1, 1^{ste} lid Sluitingswet).

In principe gaat het dus om twee cumulatief te vervullen voorwaarden.

1. Faillissement

a. Op het eerste gezicht kan er niet veel twijfel bestaan over het feit dat de onderneming van een vennootschap in faillissement a.h.w. automatisch beantwoordt aan de eerste voorwaarde van een sluiting in de zin van de Sluitingswet.

Wanneer de curator na faillissement de economische activiteit behoudt en daarmee de overdracht van de onderneming in werking (het “going-concern”-principe) beoogt, doet deze wijze van realisatie van de activa die van het buitenbezitgestelde vermogen afhangen immers geen afbreuk aan het beginsel **dat de activiteit van de gefailleerde wordt stopgezet door het vonnis tot faillietverklaring**².

Het is een fundamentele regel dat alle beheersbeslissingen van een faillissementscurator per definitie juridisch “eindig” zijn: liquideren brengt onmiddellijk of op termijn de beëindiging van de (steeds voorlopig) lopende overeenkomsten met zich mee. Zelfs in het uitzonderlijke geval van de voortzetting van de onderneming wordt de eigenlijke vereffeningverdeling slechts uitgesteld omdat het door de curator gevoerde beheer over de onderneming geschiedt in het perspectief dat een ander dan de gefailleerde de onderneming zal voortzetten; de voortgezette onderneming is bestemd om

losgeweekt te worden van het (buitenbezitgestelde) vermogen van de gefailleerde ondernemer/schuldenaar³.

Volgens de Belgische wetgeving kan een faillissement niet eindigen in een akkoord waardoor de schuldenaar zijn bedrijf zou kunnen voortzetten. Elke medecontractant van de insolvent geworden schuldenaar dient dus vanaf het vonnis van faillietverklaring rekening te houden met de eindigheid van de lopende overeenkomst die hem met de gefailleerde verbindt; zelfs ingeval de curator een overeenkomst tot zich trekt in het raam van zijn conservatoir of executoir beheer dan wel om de onderneming voort te zetten, moet hij weten dat dit enkel voorlopig kan zijn: de curator heeft immers (slechts) de wettelijke (bevoegdheids)plicht om te vereffenen.

Dus zelfs indien de curator de machtiging zou hebben verkregen van de rechtbank van koophandel om voorlopig de handelsactiviteiten verder te zetten en hij er nadien zou in slagen om deel of geheel van de activa aan een derde over te dragen die een aantal werknemers van de gefailleerde onderneming in dienst zou nemen, doet dit geen afbreuk aan het principe dat de activiteiten geacht worden te zijn stopgezet door de faillietverklaring; enkel het tijdstip van deze stopzetting wordt uitgesteld⁴.

Dat er derhalve aan de arbeidsovereenkomsten die voor het faillissement zijn gesloten een einde zal worden gesteld is de absolute premisse maar alleen kan er in sommige gevallen twijfel bestaan over het tijdstip van de vereffeningswerkzaamheden en bij weeromstuit van de opzegging/verbreking van een lopende overeenkomst.

Nochtans heeft de Sluitingswet deze premisse, die alhoewel zij gestoeld is op faillissementsrechtelijke principes en derhalve van openbare orde is, niet in overweging genomen om te beslissen dat bij ieder faillissement de voorwaarden van sluiting zijn vervuld.

De Sluitingswet zal deze beoordeling in de hypothese van een faillissement – zoals voor een onderneming in continuïteit – laten afhangen van de feitelijke stopzetting van de hoofdactiviteit ongeacht de datum van het faillissement. Onder II. C. bespreken we de problemen waartoe dit aanleiding kan geven.

b. Herinneren we er aan dat een werkgever – wiens onderneming nog in “going concern” is – de verplichting heeft om, indien hij overweegt over te gaan tot sluiting van zijn onderneming, voorafgaandelijk de nodige informatie te verstrekken aan het personeel.

Indien de sluiting het gevolg is van discontinuïteit – althans in geval van faillissement op aangifte – is de werkgever ver-

² Kamer, B.Z. 1991-92, 631/1-91, *Memorie van Toelichting*, p. 24; Cass. 19 april 2004, A.R. nr. S.03.0078.N, www.cass.be; Cass. 22 februari 1999, *Arr. Cass.* 1999, 103.

³ H. GEINGER, C. VAN BUGGENHOUT en C. VAN HEUVERSWIJN, “Overzicht van rechtspraak. Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *T.P.R.* 1996, 248, 1121 e.v.

⁴ V. VANNES, “Le curateur de faillite et le travailleur protégé”, *J.T.T.*, 1190, 388; *Arbrb.* Luik 14 oktober 1994, *J.L.M.B.* 1995, 877.

plicht uiterlijk op het ogenblik van de aangifte van faillissement, de gegevens tot staving van de staat van het faillissement mee te delen aan het personeel (zie art. 9 Faill.W.).

2. De (vrijwillige of gerechtelijke) vereffening

Nu het Hof van Cassatie in verscheidene arresten de analogie tussen het faillissement en de vereffening als wijze van realisatie van de activa van een handelsvennootschap in discontinuïteit heeft weerhouden om beide regimes zoveel mogelijk op elkaar te kunnen afstemmen, en de Vennootschappenwet bepaalt dat de handelsonderneming die in vereffening is enkel nog bestaat met het oog op haar vereffening, is ook voor de vennootschappen in vereffening de toepassing van de Sluitingswet een feit. Aangezien in geval van vereffening van een handelsvennootschap het perfect mogelijk is dat de vereffenaar de activiteiten van de vennootschap voor een beperkte duur verderzet indien hij daartoe de bevoegdheid heeft gekregen van de algemene vergadering (of voor wat de gerechtelijke vereffening betreft van de rechter), zal naar alle waarschijnlijkheid ook in dergelijk geval het Beheerscomité van het Sluitingsfonds zich het recht voorbehouden de feitelijkheid van een definitieve stopzetting te onderzoeken.

Zoals hierboven uiteengezet vallen thans ook burgerlijke vennootschappen (die niet failliet kunnen worden verklaard omdat zij geen handelaar zijn) en enkel het voorwerp van een vrijwillige of gerechtelijke vereffeningprocedure kunnen uitmaken, onder de toepassing van de Sluitingswet.

C. Het begrip “wettelijke sluitingsdatum”

a. Het bepalen van de “wettelijke sluitingsdatum” is belangrijk omdat deze datum in de regel en op grond van artikel 89 van de Sluitingswet in aanmerking wordt genomen voor het bepalen van de toepasbaarheid van de Sluitingswet.

Indien de wettelijke sluitingsdatum ligt vóór 1 april 2007 (d.i. datum van inwerkingtreding van de Sluitingswet) dan geldt de oude reglementering en indien de wettelijke sluitingsdatum ná 1 april 2007 valt, is de Sluitingswet van toepassing.

Dit heeft tot gevolg dat:

- het faillissement en de vereffening van een handelsvennootschap die vóór 1 april 2007 een feit zijn, voortsnog onder de toepassing van de Sluitingswet kunnen vallen wanneer de sluitingsdatum van de onderneming van de rechtspersoon wordt bepaald na de datum van de inwerkingtreding van de Sluitingswet;
- ná 1 april 2007 het faillissement en de vereffening van een handelsvennootschap onder de oude reglementering vallen in zoverre de sluitingsdatum van de onder-

neming van de rechtspersoon zich situeert vóór 1 april 2007.

Het probleem is evenwel dat de Sluitingswet ook wijzigingen heeft doorgevoerd in de regels van de voorrechten; in beginsel is een wet tot invoering van een nieuw voorrecht/wijziging van een voorrecht van toepassing op de schuldvorderingen die voor die datum zijn ontstaan, doch voor zover die toepassing geen afbreuk doet aan rechten die reeds onherroepelijk zijn vastgesteld, met name in het geval dat er een situatie van samenloop is ontstaan tussen de schuldeisers⁵.

Volgens de Sluitingswet zou de toepassing van de oude of de nieuwe regels inzake de voorrechten (in strijd met voormelde cassatierechtspraak) niet afhankelijk gemaakt worden van de datum van de samenloop (van het faillissement of van de invereffeningstelling) doch van de datum van de definitieve stopzetting van de hoofdactiviteit. Zeker voor faillissementen openverklaard in 2007 kan dit aanleiding geven tot problemen omdat al naar gelang de feitelijke situatie, de oude of nieuwe reglementering van de voorrechten (in dit laatste geval onmiddellijk) van toepassing zou kunnen zijn, hetgeen zal strijden met de principes van niet-terugwerking weerhouden in voormelde rechtspraak van het Hof van Cassatie.

b. Geven we verder nog mee dat het bepalen van de wettelijke sluitingsdatum belangrijk is omdat aan de hand van deze datum de toepassingsperiode zal worden bepaald gedurende de welke de werknemers in dienst moeten zijn geweest van hun onderneming om te kunnen genieten van de tussenkomst van het Fonds tot Vergoeding in geval van sluiting van ondernemingen.

Het Fonds zal enkel zijn tussenkomst verlenen voor werknemers van wie aan de arbeidsovereenkomst een einde werd gesteld binnen een bepaalde periode voor en na de wettelijke sluitingsdatum.

Voor arbeiders bedraagt die periode 1 jaar vóór en 1 jaar ná de wettelijke sluitingsdatum. Voor bedienden bedraagt die periode 18 maanden vóór en 3 jaar ná de wettelijke sluitingsdatum.

D. Het begrip “overname van activa”

a. Het uitgangspunt is dat het fonds niet zal tussenkomen indien de activiteiten van een onderneming ingevolge een conventionele overdracht onverminderd door een nieuwe werkgever worden verdergezet. Slechts voor zover de onderneming, die geheel of gedeeltelijk het voorwerp heeft uitgemaakt van een conventionele overdracht, ten gevolge van die overdracht de sluitingsvoorwaarden vervult zoals gedefinieerd in artikel 3 § 1 lid 1 van de Sluitingswet, zal er door

⁵ Zie terzake Cass. 22 februari 1998, *Pas.* 1988, I, nr. 381.

de niet overgenomen werknemers op het Fonds een beroep kunnen worden gedaan.

b. Wanneer de conventionele overdracht gerealiseerd werd in het kader van artikel 41 van de wet op het Gerechtelijk Akkoord (hierna “WGA”), kunnen er zich twee hypothesen voordoen. Eerst en vooral kan de tegemoetkoming van het Fonds gevraagd worden in geval van overdracht onafhankelijk van enige sluiting van de onderneming, of een gedeelte ervan, van de rechtspersoon die onder gerechtelijk akkoord staat.

Daarnaast kan het Fonds, zoals bij een conventionele overdracht buiten elke procedure van gerechtelijk akkoord om, ook nog tussenkomen als de overdracht die tot stand gekomen is in het kader van een gerechtelijke akkoordprocedure, wordt gevolgd door een sluiting.

Artikel 35 § 3 van de Sluitingswet voorziet in de eerste hypothese dat de tussenkomst van het Fonds erin bestaat aan de werknemer wiens arbeidsovereenkomst werd overgedragen krachtens een overdracht van zijn onderneming in toepassing van artikel 41 WGA, alle financiële verplichtingen te waarborgen die bestaan op datum van de overdracht en het gevolg zijn van een op die datum bestaande arbeidsovereenkomst wanneer de overdrager zijn verplichtingen niet naleeft. De waarborg door het Fonds dekt niet de schulden die zouden ontstaan zijn tijdens de procedure van het gerechtelijk akkoord (art. 36 § 3 Sluitingswet) maar die niet in dit kader konden betaald worden wegens de mislukking van de gerechtelijke akkoordprocedure. Deze schulden kunnen immers bij een later faillissement als boedelschuld worden aangezien die in overeenstemming met artikel 99 van de Faillissementswet moeten worden betaald voor er enige uitdeling aan de schuldeisers in de massa plaatsvindt⁶ voor zover in overeenstemming met artikel 44 van de Wet op het Gerechtelijk Akkoord de commissaris inzake opschorting hulp heeft geboden bij het totstandkomen van de handeling⁷.

Het lot van de werknemers die niet mee werden overgenomen in toepassing van artikel 41 WGA (tweede hypothese) zal niet verschillen van dit van de niet overgenomen werknemers in het geval van een overdracht krachtens overeenkomst: zij hebben recht op een tussenkomst in de hypothese van de sluiting van het niet overgedragen gedeelte van de onderneming.

c. Indien de overname van activa wordt gerealiseerd in het kader van een faillissement, voorziet de Sluitingswet in een specifiek regime. Deze bijzondere reglementering is niet van toepassing in geval van vereffening of gerechtelijk akkoord.

Artikel 7, 1^o, lid 1 van de Sluitingswet verstaat onder overname van activa in het kader van een faillissement het volgende:

- hetzij de vestiging van een zakelijk recht op het geheel of een deel van de activa van de failliete onderneming die gepaard gaat met de voortzetting van de hoofdactiviteit van de onderneming of van een afdeling ervan;
- hetzij de voortzetting van de hoofdactiviteit van de onderneming of van een afdeling ervan door een werkgever die net een deel of het geheel van de activa van de failliete onderneming heeft overgenomen.

De wet voorziet derhalve specifiek de voorwaarde van de “voortzetting van de hoofdactiviteit”. Het louter kopen of huren van activa uit een faillissement volstaat dus niet meer om, zoals in het verleden, van een “overname van activa” in een faillissementsrechtelijke context te kunnen spreken. De wetgever geeft echter geen definitie van het begrip “voortzetting van de hoofdactiviteit”. Het Fonds heeft de bevoegdheid om de feitelijkheid ervan te beoordelen onder controle van de rechter; daarbij schijnt het Fonds aan te nemen dat een voortzetting van de hoofdactiviteit kan plaatsvinden zonder een overname van bestanddelen van de activa (wanneer bv. een nieuwe werkgever het personeel verder of opnieuw in dienst neemt en dezelfde prestaties laat verrichten als in de onderneming van de gefailleerde).

Volgens artikel 12 zijn de bepalingen van de Sluitingswet van toepassing wanneer er een “overname van activa” in het kader van een faillissement plaatsvindt binnen de zes maanden na de faillissementsdatum.

Deze datum kan worden verlengd bij CAO binnen de nationale arbeidsraad en algemeen verbindend verklaard door de Koning. Ook wordt hij verlengd tot 9 maanden, voor de afdelingen wiens activiteiten door de curator in overeenstemming met artikel 47 Faill.W. werden verdergezet (art. 12 § 1 lid 2). De termijn van zes maanden blijft gelden voor de afdelingen die ingevolge het faillissement onmiddellijk werden gesloten.

De datum waarop de activa werden overgenomen in de zin van de Sluitingswet, d.i. het ogenblik waarop de hoofdactiviteiten van de failliet verklaarde onderneming effectief werden verdergezet door de overnemer, wordt op basis van feitelijke gegevens vastgesteld door het Beheerscomité van het Fonds (art. 7, 3^o, lid 2 Sluitingswet).

E. De verjaring

Principe: termijn van 1 jaar

Artikel 72 van de Sluitingswet voorziet dat de rechtsvorderingen van de werknemers inzake de betaling van de sluitingsvergoeding, de contractuele vergoedingen, de overbruggingsvergoedingen, de vergoedingen in geval van slui-

⁶ Zie ook I. VEROUWSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, uitg. 2003, Kluwer, nrs. 744 en 745.

⁷ Zie o.m. Cass. 4 februari 2005, A.R. nr. C.040054.N, www.cass.be.

ting tengevolge van een geval van overmacht, de aanvullende vergoeding verschuldigd aan bepaalde beschermde werknemers en de aanvullende vergoeding verschuldigd bij brugpensioen, verjaren na één jaar vanaf de dag waarop het dossier van de werknemer volledig is en goedgekeurd werd door het Beheerscomité van het Fonds.

Vast te stellen is evenwel dat deze verjaringstermijn in de praktijk dode letter dreigt te blijven; immers begint de termijn pas te lopen vanaf de dag waarop het dossier van de werknemer volledig is en goedgekeurd werd door het Beheerscomité. Uiteraard kan er geen dossier worden afgesloten dat nog niet werd ingediend. Zal dit concreet betekenen dat een werknemer die door nalatigheid of onwetendheid niet reageert nooit door het verval van zijn recht zal worden gesanctioneerd?

Er is immers rekening te houden met het feit dat zowel de Arbeidsovereenkomstenwet als de Faillissementswet m.b.t. de rechten uit contractbreuk van de ontslagen werknemers eveneens korte verjaringstermijnen hanteren.

Overeenkomstig artikel 15 van de Arbeidsovereenkomstenwet verjaren de rechtsvorderingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst 1 jaar na het einde van de arbeidsovereenkomst.

Overeenkomstig artikel 62 van de Faillissementswet beschikt een schuldeiser over maximum 1 jaar om de schuldvordering te doen aannemen in het passief van het faillissement.

Over de vraag of het Fonds moet tussenkomen indien de vordering van de werknemer verjaard is op grond van één van deze specifieke rechtsbepalingen, waardoor een aanneming in het passief van het faillissement alvast onmogelijk is geworden, hangt er momenteel een geschil voor de arbeidsrechtbank te Brussel.

In elk geval is te onderstrepen dat, zelfs indien het Fonds zou veroordeeld worden tot tussenkomst voor dergelijke vordering waarvan de werknemer jegens het faillissement van zijn recht vervallen is om ze te doen opnemen, dit in ieder geval niets verandert aan de vaststelling dat de curator aan het Fonds dat voor zijn terugvordering slechts over een recht op grond van de terugbetalingsplicht van de werkgever beschikt, deze exceptie van verjaring kan tegenstellen.

In de hypothese dat de vordering van de werknemer niet is verjaard, zal het Fonds er steeds over waken dat het, om zijn terugvorderingsrecht te kunnen uitoefenen ten aanzien van de gefailleerde werkgever, tijdig en in overeenstemming met artikel 62 van de Faillissementswet (te weten binnen het jaar na het faillissement) een schuldvordering indient, weze het ten provisionele titel.

⁸ B.S. 26 juli 1993.

F. Wijzigingen in de rang van de voorrechten

Artikel 83 van de Sluitingswet wijzigt de voorrechten van artikel 19, 3^obis, 19, 4^oter en 19, 4^oquinquies van de Hypotheekwet.

1. Artikel 19, 3^obis Hyp.W.

a. Voortaan geniet de werknemer over een voorrecht voor het brutobedrag van de *lonen, vergoedingen en voordelen* zoals bepaald in artikel 2 van de Loonbeschermingswet (art. 81 Sluitingswet). Herinneren we eraan dat de volgende vergoedingen die expliciet worden uitgesloten uit het loonbegrip van de loonbeschermingswet, niet bevoorrecht zijn op rang van artikel 19, 3^obis Hyp.W.: het vakantiegeld, de aanvullende vergoedingen ingevolge beroepsziekte of arbeidsongevallen, de vergoedingen die moeten worden beschouwd als een aanvulling van de voordelen toegekend in de verschillende takken van de sociale zekerheid. Evenwel heeft de wetgever, ondanks het feit dat de aanneming van zijn schuldvordering uit dien hoofde voortaan een brutobedrag betreft, het plafond van het voorrecht niet gewijzigd (te weten € 7.500) zodat de aanspraak van de werknemer op achterstallige loon de facto wordt verkleind. Let wel, deze beperking geldt niet voor de vergoedingen die in het loon zijn begrepen en die verschuldigd zijn aan de werknemers wegens de beëindiging van hun tewerkstelling (bv. opzeggingsvergoedingen, vergoedingen willekeurig ontslag, beschermingsvergoeding). Zelfs indien door de werknemer voortaan brutobedragen zijn te vermelden op zijn aangifte van schuldvordering en ook door de curator bij de aanneming ervan een brutobedrag is te weerhouden, betekent dit niet dat de werknemer (zoals in de periode vóór de rechtspraak van het Hof van Cassatie over de aanneming van nettobedragen) ten titel van dividend brutobedragen zal ontvangen. Het dividend waarop de werknemer recht heeft is een brutodividend waarop socialezekerheidsbijdragen en een door middel van een koninklijk besluit bepaalde forfaitair berekende bedrijfsvoorheffing wordt ingehouden. De werknemer krijgt aldus enkel een nettobedrag in handen. De wetgever heeft overigens artikel 270, 6^o WIB, ingevoegd ingevolge artikel 8 van de wet van 22 juli 1993⁸, onverminderd behouden zodat curatoren van faillissementen en vereffenaars van vennootschappen of personen die gelijkaardige functies uitoefenen, bedrijfsvoorheffing verschuldigd zijn indien zij “schuldvorderingen hebben te honoreren met de hoedanigheid van bezoldigingen”. Het uitvoeringsbesluit van de bepaling die voorzag in voormelde inhoudingsplicht voor de curator, stelt een eenvormig tarief vast voor de berekening van de in te houden bedrijfsvoorheffing, te weten 26,75%.

b. Voortaan zijn overeenkomstig artikel 82 van de Sluitingswet ook bruto-intresten bevoorrecht in de rang van artikel

19, 3^o*bis* Hypotheekwet. Zowel artikel 81 als 82 van de Sluitingswet zijn bij K.B. van 3 juli 2005 in werking getreden op 1 juli 2005. Evenwel is er overeenkomstig artikel 23 Faill. W. rekening mee te houden dat de rente op schuldvorderingen die niet gewaarborgd zijn door een bijzonder voorrecht, pand of hypotheek, ophoudt te lopen vanaf het vonnis van faillietverklaring (en met het feit dat het voorrecht van art. 19, 3^o Hyp. W. uiteraard slechts een algemeen voorrecht is).

De Programmawet van 8 april 2003 heeft de Hypotheekwet in deze zin gewijzigd dat, vanaf de inwerkingtreding van deze wet, de werknemer voor de netto *aanvullende vergoeding bij brugpensioen* eveneens een voorrecht geniet op rang van artikel 19, 3^o*bis* Hypotheekwet. De curatoren zullen erover waken op deze schuldvorderingen artikel 22 Faill. W. toe te passen. Overeenkomstig dit wetsartikel zijn niet vervallen schulden die geen rente dragen en waarvan de vervaldag meer dan een jaar na het faillissementsvonnis ligt, slechts in het passief op te nemen onder aftrek van het disconto voor de tijd die nog moet verlopen sedert het vonnis van faillietverklaring en tot de vervaldag. De curator zal met andere woorden deze categorie van schuldeisers uitnodigen om met het oog op de opname van het brutobedrag van hun schuldvordering uit hoofde van de nog te vervallen aanvullende vergoedingen die ten laste van de gefailleerde werkgever zijn, het bedrag van de nog te ontvangen aanvullende vergoedingen contant te maken. Bij de verrichtingen van verificatie en aanneming van deze vorderingen zal de curator erover waken de contantmaking ervan door middel van de aftrek van een disconto niet te verwarren met de indexering van de vergoedingen die enkel tot doel heeft de nominale waarde ervan te behouden.

2. Artikel 19, 4^o Hyp. W.

De wetgever heeft artikel 19, 4^o Hyp. W. niet aangepast zodat de werknemers voor het *vakantiegeld* een voorrecht genieten in een lagere rang dan deze van het loon en voornamelijk enkel op het netto-bevoorrecht gedeelte.

3. Artikel 19, 4^o*ter* en 4^o*quinquies* Hyp. W.

a. De nieuwe voorrechten die de wetgever in de rang van artikel 19, 4^o*ter* en 4^o*quinquies* Hyp. W. heeft toegestaan aan het Fonds voor de sluitingsvergoeding en de overbruggingsvergoeding worden in het volgende hoofdstuk (tussenkost Fonds) besproken.

G. Tussenkost Fonds

a. Indien door de curator de tussenkost wordt gevorderd van het Fonds voor de uitkering – binnen de wettelijke grenzen – van het aan de werknemer verschuldigde loon, zal het de bedragen die het aan de werknemers heeft terugbetaald, terugvorderen in het passief van het faillissement, de vereffening of de buitenlandse insolventieprocedure.

De wet van 26 juni 2002 kent aan het Fonds voor bepaalde vergoedingen enerzijds een wettelijk subrogatierecht toe (art. 61 § 2 Sluitingswet) en anderzijds voorziet het in hoofde van de in gebreke gebleven werknemers een wettelijke plicht tot terugbetaling (art. 61 § 1 Sluitingswet). Ook voorziet de Sluitingswet in nieuwe voorrechten voor het Fonds in de rang van artikel 19, 4^o*ter* en 4^o*quinquies* Hyp. W. (art. 83 Sluitingswet).

b. De sluitingswet voorziet in artikel 61 § 2 en artikel 62 in een uitgebreid subrogatierecht voor bepaalde vergoedingen die het Fonds betaalt in de (in principe bevoorrechte) rechten en vorderingen van de werknemer, de fiscus of de instellingen van sociale zekerheid, tegenover de werkgever, de curator of de vereffenaar voor de vergoedingen of bijdragen die het heeft uitbetaald of voor de inhoudingen die het heeft verricht.

Het Fonds is van oordeel dat het ingevolge de invoering van dit subrogatierecht dat als een “*sui generis*”-subrogatierecht wordt bestempeld, in het geval van een situatie van samenloop met andere schuldeisers, voornamelijk op pondspoonsgewijze zou kunnen aantreden⁹.

Dit standpunt is voor ons een brug te ver.

Subrogatie in de rechten van de schuldeiser ten voordele van een derde persoon die hem betaalt, geschiedt bij overeenkomst of krachtens de wet (art. 1249 B.W.). De wetgever heeft na het in voege treden van het Burgerlijk Wetboek door middel van bijzondere wetgeving nog meer wettelijke subrogatiegronden in het leven geroepen (zie bv. art. 45 § 2 van de wet op de landverzekeringsovereenkomst of bv. art. 8 van de wet van 30 juni 1967 dat bepaalt dat het Fonds van ambtswege in de rechten van de werknemer treedt).

De vraag is of ook op deze wettelijke subrogatiegronden het regime van gemeen recht van de artikelen 1249 tot 1252 Burgerlijk Wetboek is toe te passen (waaronder het adagium “*nemo censetur subrogasse contra se*” – zie art. 1252 B.W.).

Beantwoorden we de vraag bevestigend dan zal, in geval van samenloop tussen de rechten van de werknemers, de RSZ, de RVP, de fiscus enerzijds en het Fonds anderzijds, dit laatste niet pondspoonsgewijze aantreden, zoals het Fonds het tracht te stellen, doch slechts nadat deze oorspronkelijke schuldeisers volledig werden voldaan in hun rechten.

⁹ Fr. DE PUTTER, K. FLORIZOONE en C. FRÉHIS, *Hoe nieuw is de Sluitingswet van 26 juni 2002. Grondige Analyse van de nieuwe reglementering*, nr. 1322.

Beantwoorden we de vraag ontkennend dan zal, in geval van samenloop tussen de rechten van de werknemers, de RSZ, de RVP, de fiscus enerzijds en het Fonds anderzijds, het Fonds pondspondsgewijze kunnen aantreden voor de vordering uit zijn tussenkomst, ook al is er niet voldoende geld voorhanden om de vordering van de oorspronkelijke schuldeisers volledig te voldoen.

De meningen zijn verdeeld over de vraag of artikel 1252 van het Burgerlijk Wetboek al dan niet toegepast moet worden op de andere gevallen van wettelijke subrogatie dan deze die beschreven worden in de artikelen 1249-1251 van het Burgerlijk Wetboek¹⁰.

Naar ons mening maakt de in artikel 1252 van het Burgerlijk Wetboek uitgedrukte voorrangregel een algemeen beginsel uit dat van toepassing is op alle gevallen van subrogatie tenzij in bepaalde bijzondere wetgeving de toepassing van het adagium "*nemo censetur subrogasse contra se*" zou worden uitgesloten.

Het Hof van Cassatie heeft in verscheidene arresten bevestigd dat het Fonds – indien het op basis van zijn subrogatierecht opgenomen in artikel 8 van de wet van 30 juni 1967 in samenloop komt met de RSZ – slechts zal worden betaald nadat de RSZ integraal werd terugbetaald¹¹.

Het Hof komt evenwel in voormelde arresten niet tot dat besluit op basis van de stelling dat het gemeen recht van het in artikel 1252 van het Burgerlijk Wetboek opgesomde algemeen beginsel ook van toepassing is op de subrogatiegronden die werden ingevoerd door middel van bijzondere wetgeving. In voormelde arresten verkoos het Hof van Cassatie de samenloop in het voordeel van de RSZ te beslechten onder verwijzing naar de "economie van de wet" (te weten de sluitingswet van 30 juni 1967) en verwijst het met geen woord naar de beginselen uitgedrukt in artikel 1252 van het Burgerlijk Wetboek.

Het valt te betreuren dat de wetgever de kans heeft verkeken om deze aangelegenheid definitief en eenvormig te regelen. Immers, enerzijds lijkt het er wel op dat de toepassing van het adagium "*nemo censetur subrogasse contra se*" zou uitgesloten zijn geworden doordat de Sluitingswet voor bepaalde socialezekerheidsbijdragen betaald door het Fonds voorziet in een nieuw voorrecht in de rang van artikel 19, 4^{ter} Hypotheekwet (benevens het subrogatierecht), maar dit voorrecht is niet algemeen en in de gevallen waar het Fonds zich enkel op zijn subrogatierecht zal kunnen beroepen, zonder een eigen voorrecht (zoals bv. het vakantiegeld) zal het voormeld adagium nog steeds blijven gelden.

c. Daarnaast voorziet de Sluitingswet in de mogelijkheid zich te beroepen op een terugbetalingsplicht. Deze terugbetalingsplicht is uitgesloten voor de persoonlijke socialezekerheidsbijdragen en voor de bedrijfsvoorheffing op de

vergoedingen die het Fonds aan de slachtoffers van een sluiting betaalt, met uitzondering van de persoonlijke socialezekerheidsbijdragen en de bedrijfsvoorheffing op de overbruggingsvergoeding.

Het Fonds zal hierop een beroep doen voor zover

- het geen beroep kan doen op een subrogatierecht;
- het beschikt over een subrogatierecht maar dit niet uitvoerbaar is
 - * omdat het Fonds zijn tussenkomst al heeft verricht op een tijdstip dat de werknemer zijn schuldvordering nog niet heeft ingediend en/of niet zal indienen omdat hij reeds door het Fonds werd betaald en derhalve geen belang meer heeft;
 - * of omdat de werknemer niet over een voorrecht beschikt.

Indien het Fonds zich beroept op de terugbetalingsplicht, zal het net als een andere schuldeiser zijn aanspraken moeten uitoefenen door binnen het jaar na het openvallen van het faillissement een aangifte van schuldvordering in te dienen in het faillissement in overeenstemming met artikel 72, lid 2 Faill.W. Het Fonds heeft er belang bij zo spoedig mogelijk (binnen dat jaar) een schuldvordering in te dienen, nu overeenkomstig artikel 72, lid 2 Faill.W. een schuldeiser slechts recht heeft op een dividend op het op het ogenblik van indienen nog niet verdeelde actief. Er is van uit te gaan dat het Fonds onmiddellijk nadat duidelijk is geworden dat er door hem vergoedingen zullen zijn uit te keren aan ex-werknemers, een voorlopige aangifte van schuldvordering in het faillissement zal indienen, waarin het zich het recht voorbehoudt deze later te begroten nadat door het Fonds vergoedingen zullen zijn uitgekeerd in het raam van zijn wettelijke opdracht.

De rechten van het Fonds na de invoering van het (uitgebreid) subrogatierecht en van de terugbetalingsplicht en van de toekenning van nieuwe voorrechten kunnen, als volgt worden samengevat:

1. Contractuele vergoedingen

- Het Fonds beschikt naast de wettelijke subrogatie ingevolge artikel 62, 2^o Sluitingswet in de rechten en dus in het brutovoortrecht van de werknemer (te weten in de rang van art. 19, 3^{o bis} Hyp.W.) over een terugvorderingsrecht jegens de werkgever, curator en vereffenaar, zowel voor de betaalde *nettobedragen*, *de persoonlijke zekerheidsbijdragen* als *de bedrijfsvoorheffing*. Omdat het daarnaast ook over een eigen voorrecht beschikt in de rang van artikel 19, 3^o Hyp.W. zal er in deze rang, indien er voldoende actief is, een ponds-

¹⁰ Zie D. LECHEIN, noot onder Cass. 16 oktober 1989, *T.B.B.R.* 1991, 6.

¹¹ Cass. 16 oktober 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 819; Cass. 12 oktober 1990 en Cass. 9 november 1990, www.cass.be.

pondsgewijze verdeling plaatsvinden tussen de vordering van het Fonds en de vordering van de werknemer.

- Voor de door het Fonds op voormelde loonsvergoedingen betaalde *patronale socialezekerheidsbijdragen*, is het overeenkomstig artikel 62, 2° Sluitingswet gesubrogeerd in de rechten van de RSZ en dus ook in het voorrecht van deze instelling (te weten art. 19, 4°ter Hyp.W.) en beschikt het ook ingevolge artikel 83, 2° Sluitingswet over een eigen voorrecht in de rang van artikel 19, 4°ter Hyp.W. Indien er derhalve voldoende actief is vindt er in de rang van artikel 19, 4°ter Hyp.W. een pondspondsgewijze verdeling plaats tussen het voorrecht van het Fonds en het voorrecht van de RSZ.

2. Vakantiegeld

- De wetgever heeft artikel 19, 4° Hyp.W. niet gewijzigd zodat het Fonds voor het betaalde *vakantiegeld* geen eigen voorrecht heeft en is het op basis van het in artikel 61 § 2, 2° Sluitingswet toegekend recht, enkel gesubrogeerd in de rechten van de werknemers voor het *nettobedrag* in de rang van artikel 19, 4° Hyp.W. doch met toepassing van het beginsel uitdrukt in artikel 1252 van het Burgerlijk Wetboek (“*nemo censetur subrogasse contra se*”).
- Voor de op deze vakantiegelden door het Fonds betaalde *persoonlijke socialezekerheidsbijdragen* heeft het daarentegen wel een eigen voorrecht in de rang van artikel 19, 4°ter Hyp.W. ingevolge artikel 62, 2° Sluitingswet.
- Voor de patronale socialezekerheidsbijdragen en voor de bedrijfsvoorheffing op dit vakantiegeld is het Fonds gesubrogeerd in de rechten van RSZ en de fiscus in de rang van artikel 19, 4°ter Hyp.W. doch mits toepassing van het beginsel uitgedrukt in artikel 1252 van het Burgerlijk Wetboek (“*nemo censetur subrogasse contra se*”).

3. Brugpensioenen

Het Fonds zal de aanvullende vergoeding bij brugpensioen betalen in geval van sluiting (art. 35 Sluitingswet) of in geval van in gebreke blijven van de werkgever (art. 51 Sluitingswet):

- 1.a.indien het Fonds deze aanvullende vergoeding betaalt in geval van sluiting, is het in gevolge artikel 61 § 2, 2° Sluitingswet gesubrogeerd in de rechten van de werknemer voor het *brutobedrag* van de vergoedingen die het hen heeft uitbetaald, maar nu enkel de netto-aanvullende vergoedingen van brugpensioen bevoorrecht zijn in de rang van artikel 19, 3°bis Hyp.W., zal het voorrecht van het Fonds beperkt zijn tot het netto-bedrag;

- 1.b.voor de door het Fonds op deze aanvullende vergoedingen in geval van sluiting betaalde *persoonlijke sociale inhoudingen* beschikt het Fonds over een eigen voorrecht in de rang van artikel 19, 4°ter Hyp.W. Voor de bedrijfsvoorheffing zal het Fonds enkel ingevolge het subrogatierecht zijn rechten kunnen uitoefenen in de rechten van de RVP en de fiscus in de rang van artikel 19, 4°ter Hyp.W.;
- 2.a.indien het Fonds deze aanvullende vergoeding betaalt in geval van in gebreke blijven van de werkgever, is het in gevolge artikel 61 § 2, 2° Sluitingswet gesubrogeerd in de rechten van de werknemer maar dit subrogatierecht is in de praktijk niet haalbaar omdat het Fonds in deze hypothese zijn tussenkomst reeds zal hebben verricht voor het faillissement zodat de werknemer voor deze bedragen – bij gebrek aan belang – geen aangifte van schuldvordering zal kunnen doen aannemen. De Sluitingswet voorziet wel in een terugbetalingsplicht zodat het Fonds deze bedragen vooralsnog ten individuele titel kan terugvorderen in het faillissement middels een aangifte van schuldvordering;
- 2.b.voor de door het Fonds op deze aanvullende vergoedingen in geval van in gebreke blijven van de werkgever betaalde *persoonlijke sociale inhoudingen* en *bedrijfsvoorheffing* en *de fiscus*, is het Fonds niet gesubrogeerd in de rechten van het RVP gezien het evenmin is gesubrogeerd voor het nettobedrag van deze vergoeding.

4. Sluitingsvergoedingen

- De Sluitingswet voorziet in artikel 61 § 1 een terugbetalingsplicht en in artikel 61 § 2 een subrogatie in de rechten van de werknemer voor de door het Fonds betaalde *netto-sluitingsvergoedingen*.
- Voor de op deze sluitingsvergoeding ingehouden en betaalde *bedrijfsvoorheffing* is het Fonds enkel bevoorrecht door subrogatie in de rechten van de fiscus in de rang van artikel 19, 4°ter Hyp.W.

5. Overbruggingsvergoeding

Enkel het Fonds is schuldenaar van de overbruggingsvergoeding zodat de wetgever geen subrogatierecht heeft voorzien doch enkel een terugbetalingsplicht door de werkgever voor de brutovergoedingen op grond van hetwelk het Fonds gerechtigd is een schuldvordering in te dienen voor de betaalde vergoedingen. Het Fonds is ingevolge de wijziging doorgevoerd door artikel 83, 2° Sluitingswet op rang van artikel 19, 4°ter Hyp.W. bevoorrecht voor de socialezekerheidsbijdragen die het heeft betaald. Het standpunt van het Fonds dat het eveneens bevoorrecht zou zijn voor de betaalde nettovergoedingen en bedrijfsvoorheffing, vindt geen steun in de Sluitingswet. De wet voorziet enkel in een

subrogatierecht voor de bedrijfsvoorheffing die het aan de fiscus overmaakt (steeds met de beperking van het adagium “*nemo censetur subrogasse contra se*”).

H. Transnationale situaties

De Sluitingswet is van toepassing wanneer de onderneming (d.w.z. de technische bedrijfseenheid) zich op het Belgische grondgebied bevindt.

Bij de omzetting van de richtlijn 2002/74/EG (richtlijn 2002/74/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van richtlijn 80/987/EEG van de Raad betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgeving der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever) heeft de Sluitingswet voorzien dat het Fonds voortaan gehouden is tussen te komen voor een werknemer die verbonden is met een onderneming (juridische entiteit) die gevestigd is op het grondgebied van een lidstaat die aan voormelde richtlijn is onderworpen en die zijn werk gewoonlijk uitoefent of uitoefende in België.

Vast te stellen is dat de omzetting en de toepassing van voormelde richtlijn door de omringende landen niet op dezelfde manier is gebeurd zodat het risico bestaat dat bij grensoverschrijdende situaties een werknemer, werkzaam voor een in een ander land (van de EG) gelegen bijhuis van een Belgisch gefailleerde hoofdbedrijf ofwel nergens ofwel zowel in het andere land van de EG als in België tussenkomst kan genie-

ten. Bij grensoverschrijdende faillissementen zal dit ongetwijfeld aanleiding geven tot moeilijkheden.

Door rechtspractici is te noteren dat de Belgische curator, voor zover hij (enkel) beroep kan doen op de tussenkomst van een buitenlands waarborgfonds, de formaliteiten en termijnen opgelegd door deze instanties, op straffe van verval zal moeten naleven. De praktijk leert bovendien dat de toepassing van buitenlandse wetgeving inzake de tussenkomst van het Fonds wel eens strijdt met de Belgische faillissementswetgeving. In Frankrijk bijvoorbeeld onderwerpt het AGS (Franse waarborgfonds) zijn tussenkomst aan de voorwaarde dat de breuk van de arbeidsovereenkomst tussenkomt binnen de 15 dagen na de “*liquidation judiciaire*”. Het AGS stelt een Belgisch faillissement zonder meer met het Franse “*liquidation judiciaire*” gelijk, zodat een werknemer, ongeacht de toepassing van artikel 46 Faill.W. en/of de mogelijkheid voor de curator tot het (tijdelijk) verderzetten van de hoofdactiviteit (met behoud van de arbeidsovereenkomsten), van de tussenkomst van het AGS niet zou kunnen genieten indien hij de termijn van 15 dagen laat verstrijken. Maar vast te stellen is dat zelfs in de veronderstelling dat de curator onmiddellijk na het faillissement de (Franse) arbeidsovereenkomst zou wensen te verbreken, hij nimmer zal kunnen ontkomen aan de (loodzware) procedure tot ontslag van de Franse werknemers, die een ingewikkelde consultatieprocedure veronderstelt. De termijn voor het naleven ervan gevoegd bij de noodzakelijke informatie-inwinnings- en bedenktijd zal maken dat de naleving van de (verval)termijn van 14 dagen een huzarenstuk wordt.