

V. Dispositif

Pour ces motifs, LA COUR,

1. Joint les appels introduits sous les numéros 2010/AR/2935 et 2010/AR/3057 du rôle général de la cour;

2. Reçoit l'appel dans la cause 2010/AR/2935 et le dit fondé;

Dit l'appel dans la cause 2010/AR/3057 irrecevable;

Réforme le jugement entrepris sauf en tant qu'il déboute la SA Nissim de sa demande de paiement de dommages et intérêts;

Statuant à nouveau pour le surplus,

Homologue le plan de réorganisation de la SA Nissim, dont le siège social est établi à 1190 Bruxelles, rue des Anciens

Etangs, 40, inscrite à la BCE sous le numéro 0415.112.488, tel qu'il a été approuvé par les créanciers sursitaires à l'audience du tribunal de commerce de Bruxelles du 13 octobre 2010;

Ordonne la publication du dispositif du présent arrêt au *Moniteur belge* par les soins du greffe;

3. Donne acte aux membres du personnel et à la SA Hencel & Co de leur intervention volontaire respective;

4. Met les dépens de première instance et d'appel de la SA Nissim à charge de la SA Les Publications Condé Nast, non liquidés en l'absence d'état de frais.

(...)

Noot***Van toegelaten differentiatie tot verboden discriminatie***

Arie Van Hoe¹ en Ivan Verougstraete

SAMENVATTING

De drie geannoteerde beslissingen (Brussel 16 december 2010, Antwerpen 10 februari 2011 en Kh. Kortrijk 31 januari 2011) betreffen de rol van de rechtbank bij de homologatie en de motieven welke deze kan invoeren om de homologatie van het reorganisatieplan, zoals goedgekeurd door de schuldeisers, te weigeren. De openbare orde wordt vaak, zij het onterecht, ingeroepen door de hoven en recht-

banken: het betreft een begrip dat restrictief geïnterpreteerd moet worden. De enkele differentiatie tussen schuldeisers verantwoordt een weigering van de homologatie niet: er moeten bovendien bijzondere omstandigheden aanwezig zijn die toelaten om het vertrouwen van de schuldeisers in de schuldenaar opzij te zetten.

SOMMAIRE

Les trois décisions annotées (Bruxelles 16 décembre 2010, Anvers 10 février 2011 et Comm. Courtrai 31 janvier 2011) concernent le rôle du juge de l'homologation et les motifs qu'il peut invoquer pour refuser le plan de réorganisation tel qu'approuvé par les créanciers. L'ordre public est souvent invoqué à mauvais escient par les cours et tribunaux: il

s'agit d'une notion qu'il faut interpréter de façon restrictive. La simple différenciation ne suffit pas pour rejeter une demande d'homologation: il faut en outre des circonstances particulières qui permettent d'écarter la décision des créanciers de faire confiance au débiteur.

I. INLEIDING

1. Nadat het reorganisatieplan door de (gekwalficeerde) meerderheid van de schuldeisers is goedgekeurd, moet het nog door de rechtbank van koophandel worden gehomologeerd om bindend te worden voor alle schuldeisers in de opschorting. De wetgever heeft de krijtlijnen voor de rechtbank van koophandel duidelijk uitgezet. De homologatie kan

slechts geweigerd worden in geval van niet-naleving van de pleegvormen of wegens schending van de openbare orde (art. 55, 2^{de} lid WCO)². De rechtbank kan de homologatie niet aan enige voorwaarde onderwerpen die niet in het plan vervat is, noch er enige wijziging in aanbrengen (art. 55, 3^{de} lid WCO).

¹ Universiteit Antwerpen.

² Vgl. art. 34, 1^{ste} lid WGA: "Indien de openbare orde er niet aan in de weg staat en de schuldenaar de nodige waarborgen biedt voor een eerlijk bestuur, kan de rechtbank de definitieve opschorting van betaling goedkeuren als meer dan de helft van de schuldeisers die aangifte hebben gedaan van hun schuldvordering, die hebben deelgenomen aan de stemming en die in waarde meer dan de helft van de schuldvorderingen vertegenwoordigen, hiermee instemmen."

Aan de hand van Brussel 16 december 2010, Antwerpen 10 februari 2011 en Kh. Kortrijk 31 januari 2011 (allen gepubliceerd in dit nummer) wordt onderzocht hoe de rechtbank van koophandel bij de toetsing van het reorganisatie-

plan aan de openbare orde tewerk moet gaan. Hierbij geldt als uitgangspunt een reorganisatieplan dat gebaseerd is op een gedifferentieerde uitbetaling van de schuldeisers.

II. TOEZICHT DOOR DE RECHTER: NIHIL OBSTAT

2. De wet continuïteit ondernemingen legt het oordeel over het reorganisatieplan in handen van de schuldeisers. Per slot van rekening zijn zij het die er de gevolgen van dragen. Het komt de rechtbank van koophandel niet toe om de haalbaarheid van het reorganisatieplan te beoordelen, of om zich te bekommeren om het lot van de schuldeisers³. Wordt het plan door de (gekwalificeerde) meerderheid van de schuldeisers goedgekeurd, dan volgt het *nil obstat*.

3. Hierop bestaat een beperkte uitzondering in de vorm van de toetsing van het reorganisatieplan aan de openbare orde. Dat dit wel degelijk een uitzonderlijk instrument betreft, blijkt uit de explicitering dat de rechter er moet op toezien dat wat niet tot de openbare orde behoort, niet als dusdanig wordt omschreven. Gewone bepalingen van dwingend recht zijn nog geen bepalingen van openbare orde⁴.

De openbare orde, i.e. de fundamentele normen die een bepaalde maatschappij op een bepaald moment kenmerken, is een evolutieve toetssteen⁵. De vraag of de gelijke behandeling van de schuldeisers de openbare orde raakt, wordt onderscheiden beantwoord op verschillende momenten. De gelijke behandeling van de schuldeisers betreft de vraag of de schuldeisers in gelijke mate de last moeten dragen van de insolventie van de schuldenaar; anders gesteld of er tussen de schuldeisers een differentiatie kan worden gemaakt⁶. Deze vraag wordt verschillend beantwoord onder de faillissementswet (*infra* A) en de wet continuïteit ondernemingen (*infra* B).

A. Gelijke behandeling van de schuldeisers onder de faillissementswet

4. In het faillissementsrecht wordt het gelijkheidsbeginsel in de meest strikte zin ingevuld. Bij de vereffening van het vermogen van de schuldenaar worden alle (chirografaire) schuldeisers op gelijke voet geplaatst (art. 8 Hyp.W.). Het insolventierisico wordt gemutualiseerd.

De uitzonderingen op dit principe zijn evenwel legio⁷. In de eerste plaats zijn er de voorrechten en hypotheke die de titularis ervan een wettige reden van voorrang verlenen (art. 8 Hyp.W.). Deze hebben tot gevolg dat het actief bijna altijd volledig naar de bevoorrechte en hypothecaire schuldeisers gaat. De vraag werd reeds herhaaldelijk gesteld of alle voorrechten die onze rechtsorde kent een dergelijk ingrijpende afwijking op het gelijkheidsbeginsel verantwoorden. Het antwoord luidt waarschijnlijk negatief⁸. Het terugdringen van het aantal voorrechten of het reserveren van een percentage van de boedel voor de chirografaire schuldeisers, zou alvast een goede stap in de richting zijn om aan het gelijkheidsbeginsel meer inhoud te geven. Naast de voorrechten en hypotheke hebben diverse nieuwe zekerheidstechnieken hun intrede gedaan, soms op grond van economische overwegingen, soms om gelijke tred te houden met de evolutie in de ons omringende landen (bv. eigendomsvoorbehoud (art. 101 Faill.W.), netting (wet financiële zekerheden)). Tot slot heeft ook een betere bewustwording van de potentie van de tegenwerpelijke van overeenkomsten geleid tot de intrede van zgn. samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen⁹. Deze mozaïek levert geen fraai beeld op van de gelijkheid van de schuldeisers in het faillissementsrecht. Dit principe is verworpen tot een sterk

³ Zie duidelijk bij Luik 30 juni 2011, 2010/RG/1766, www.juridat.be/tribunal_commerce/vervierviers/images/3006.1766.pdf, 14.: "(...) il s'impose en toute hypothèse d'observer qu'en ce qu'ils concernent la faisabilité du plan et les chances de redressement de l'entreprise, les griefs émis ne sont pas de mise au stade de la question de l'homologation du plan puisqu'ils ne constituent pas l'une des causes permettant au juge de la refuser."

⁴ *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0160/002, 70.

⁵ W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 78.

⁶ Zie over het concept van de gelijkheid tussen schuldeisers (*égalité des créanciers*), M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1992, 23-28; W. DERIJCKE, "Dwars door het insolventierecht: de (on)gelijke behandeling van de schuldeisers in de diverse insolventieprocedures" in *XXXI^{ste} Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2004-2005*, Mechelen, Wolters Kluwer België, 2006, (541) 548-550; A. DE WILDE, "Gelijkheid tussen schuldeisers. Toetsing aan de wet op de continuïteit van de ondernemingen" in *Tendensen in het bedrijfsrecht*, Brussel, Bruylant, 2009, (77) 80-82.

⁷ I. VEROUGSTRATE, "Insolventierecht op zoek naar rationaliteit" in *XXXI^{ste} Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2004-2005*, Mechelen, Wolters Kluwer België, 2006, (567) 580-583. Verslag van de Expertengroep op de zekerheden opgericht door de Minister van Justitie S. De Clerck, en voorgezeten door Professor E. Dirix, *Voorontwerp van wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft*, www.moniteur.be/index_nl.htm, 14 oktober 2011, 4: "Het beginsel van de gelijkheid onder schuldeisers is in de praktijk meer uitzondering dan regel geworden."

⁸ F. T' KINT en W. DERIJCKE, "En nu de algemene voorrechten", *TBH* 2000, 276-285.

⁹ A. ZENNER en I. PEETERS, "Tegenwerpelijke van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen", *RW* 2004-05, 481-505; I. PEETERS, "Gelijkheid van schuldeisers en wilsautonomie" in *Liber Amicorum Achilles Cuypers*, Brussel, Larcier, 2009, 187-196.

afgezwakt concept, dat nog slechts residueel bepaalt hoe de vereffening van de boedel moet gebeuren¹⁰.

B. Gelijke behandeling van de schuldeisers onder de wet continuïteit ondernemingen

5. De gerechtelijke reorganisatie staat in een continuïteitssleutel¹¹. De drang naar continuïteit overstijgt de klassieke denkpatronen, waaronder de gelijke behandeling van de schuldeisers¹². In tegenstelling tot onder de faillissementswet wordt het insolventierisico niet (mathematisch) gemutualiseerd¹³. Men vertrekt daarentegen van het uitgangspunt dat de continuïteit van de onderneming een gedifferentieerde behandeling van de schuldeisers noodzaakt en verantwoordt¹⁴. Zo kan bijvoorbeeld een onderscheid gemaakt worden tussen een leverancier die goederen levert die de onderneming na het afstoten van een productlijn niet langer nodig heeft, en een leverancier die vitale onderdelen levert¹⁵. Een herstructurering opzetten op basis van een mathematische verdeelsleutel is zinloos vanuit de beleidsopatiek om in te zetten op de continuïteit van de onderneming.

6. Hiervan onderscheiden is de vraag of de schuldenaar naar believen differentiaties kan creëren, en zijn schuldeisers in zoveel categorieën kan onderverdelen als hij wenst. Artikel 49 WCO geeft aan dat een differentiatie kan plaats-

vinden onder meer op grond van de omvang van de schuldvordering of de aard ervan. Een inhoudelijke richtlijn ontbreekt evenwel¹⁶. Vooral hier nader op in te gaan, moet toch worden opgemerkt dat de gedifferentieerde regeling bedoeld in artikel 49 WCO geen afwijking inhoudt op de artikelen 7 en 8 Hyp.W. De gerechtelijke reorganisatie doet geen samenloop ontstaan¹⁷, zodat de technische verdeelsleutel neergelegd in die bepalingen geen toepassing krijgt¹⁸.

7. De wet continuïteit ondernemingen laat enkel een toetsing aan de openbare orde toe (art. 55, 2^{de} lid WCO). Raakt de indeling van schuldeisers in onderscheiden categorieën de openbare orde? Het denken over de gelijke behandeling van de schuldeisers in het kader van een reorganisatieprocedure heeft een opmerkelijke evolutie doorgemaakt waarbij de rechtspraak van het Hof van Cassatie hand in hand met de evolutie van de wetgeving het dwingende karakter van de gelijkheid relativerde¹⁹.

Nog in 1985 vernietigde het Hof van Cassatie een arrest dat de homologatie van een gerechtelijk akkoord bevestigde, en dit op basis van de overweging dat de indeling van de schuldeisers in drie onderscheiden categorieën (op basis van de omvang van hun schuldvordering) strijdig was met de gelijke behandeling van de schuldeisers, zoals deze vervat ligt in de artikelen 7 en 8 Hyp.W.²⁰ Hierbij sprak het Hof

10. Vgl. R.J. MOKAL, *Corporate Insolvency Law. Theory and application*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 96 (*The myth of pari passu distribution*); V. FINCH, *Corporate Insolvency Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 628: "(...) exceptions to pari passu produce a principle that is unduly complex and uncertain."

11. De gerechtelijke reorganisatie door een overdracht onder gerechtelijk gezag wordt hier buiten beschouwing gelaten. Voor deze procedure gelden andere parameters.

12. I. VEROUĞSTRAETE, "Insolventierecht op zoek naar rationaliteit" in *XXXI^{ste} Postuniversitaire Cyclus Willy Deva 2004-2005*, Mechelen, Wolters Kluwer België, 2006, (567) 577; E. BRAUN, "Das Insolvenzplanverfahren" in GOTTWALD (ed.), *Insolvenzrechts-Handbuch*, München, Verlag C.H. Beck, 2010, (1038) 1043-1044.

13. A. DE WILDE, "Gelijkheid tussen schuldeisers. Toetsing aan de hand van de wet op de continuïteit van de ondernemingen" in *Tendensen in het bedrijfsrecht*, Brussel, Bruylant, 2009, (77) 90: "Een reorganisatie vergt een meer flexibele toepassing van het gelijkheidsbeginsel."; E. DIRIX, "Insolventierecht en gemeenrecht" in *Van alle markten, Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (411) 412; P. RAMQUET, "Un an d'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises. L'information, l'accord amiable et la réorganisation par accord, amiable ou collectif, des créanciers" in N. THIRION (ed.), *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualité et pratique*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, (61) 121.

14. Verslag van de Expertengroep op de zekerheden opgericht door de Minister van Justitie S. De Clerck, en voorgezeten door Professor E. Dirix, *Voorontwerp van wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft*, www.moniteur.be/index_nl.htm, 14 oktober 2011, 2: "Volledigheidshalve wordt nog vermeld dat de paritas-regel op een minder rigide wijze wordt toegepast bij insolventieprocedures die strekken tot sanering. Aangezien er geen vereffening is, vindt de behandeling van de schuldeisers niet plaats op een statische wijze, nl. door het bepalen van het aandeel van ieder schuldeiser in het provenu van het actief, maar op een flexibele wijze waarbij de posities van de schuldeisers worden afgemeten aan de noden van het welslagen van de procedure. Dit is bijvoorbeeld het geval onder de nieuwe procedure van gerechtelijke reorganisatie (Wet Continuïteit Ondernemingen) waar het concept zelf van de samenloop en het gelijkheidsbeginsel werden verlaten."

15. P. COUSSEMENT, *Herstelschema's voor ondernemingen in moeilijkheden, onuitg.*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2007, 468. Zie evenwel Gent 17 oktober 2011, 2011/AR/1271, III. C.: "Ten overvloede zij er overwogen dat de onderneming in het verleden het voor haar continuïteit wél nodig heeft geacht om contracten, c.q. schulden aan te gaan met de desbetreffende schuldeiser(s), zoniet zou(den) er uiteraard geen desbetreffende schuld(en) zijn. De continuïteit van de toekomst is in beginsel te aanzien als de continuïteit van het verleden. Het is willekeurig om een aantal schuldeisers die goed waren voor de continuïteit in het verleden, uit te sluiten omdat ze niet nodig zijn voor de continuïteit in de toekomst."

16. Vgl. art. 15, 1^{ste} lid WCO.

17. I. VEROUĞSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Wolters Kluwer België, 2011, 157.

18. Vgl. P. RAMQUET, "Un an d'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises. L'information, l'accord amiable et la réorganisation par accord, amiable ou collectif, des créanciers" in N. THIRION (ed.), *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualité et pratique*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, (61) 121, vn. 271. Zie verder theoretisch uitgewerkt, M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1992, 323.

19. C. LENFANT en M. FORGES, "Egalité des créanciers et réorganisation judiciaire: l'enseignement de l'arrêt du 2 mai 1985, le traitement différencié des créanciers et la portée de l'article 73 de la loi du 31 janvier 2009" (noot onder Cass. 2 mei 1985), *RPS* 2011, 159-166.

20. Cass. 2 mei 1985, *RCJB* 1989, 420, noot M. FORGES en F. T. KINT; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1992, 318-328.

van Cassatie zich niet uitdrukkelijk uit over de vraag of de gelijke behandeling van de schuldeisers al dan niet de openbare orde raakt. Bij dit arrest moet opgemerkt worden dat het Hof van Cassatie overwoog dat de neerlegging van het verzoekschrift tot gerechtelijk akkoord (weliswaar onder de oude wetgeving van vóór 1997) een samenloop deed ontstaan, wat niet het geval met de gerechtelijke reorganisatie onder de wet continuïteit ondernemingen (*supra*, randnr. 6).

In het arrest van 9 maart 2000, gewezen onder de oude faillissementswet²¹, en het arrest van 20 oktober 2005, gewezen onder de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord²², oordeelde het Hof van Cassatie dat het gelijkheidsprincipe de openbare orde niet raakt. Naar aanleiding van het tweede arrest werd gesteld dat de beoordeling van het al dan niet

arbitraire karakter van het reorganisatieplan, de exclusieve taak van de schuldeisers is²³.

Dit is ook het uitgangspunt onder de wet continuïteit ondernemingen²⁴. Het zijn (uitsluitend) de schuldeisers die de haalbaarheid van het reorganisatieplan en de levensvatbaarheid van de onderneming moeten beoordelen, niet de rechtbank. Bij wijze van tussenbesluit dient dan ook te worden gesteld dat de (louter) gedifferentieerde behandeling van de schuldeisers, die de goedkeuring krijgt van de (gekwaliificeerde) meerderheid van de schuldeisers, de rechtbank van koophandel niet toelaat om de homologatie van het reorganisatieplan te weigeren. De vraag stelt zich evenwel of er een andere grondslag bestaat om de homologatie te weigeren op grond van artikel 55, 2^{de} lid WCO.

III. DIFFERENTIATIE TUSSEN DE SCHULDEISERS: (FUNCTIONELE) BEVOEGDHEID VAN DE SCHULDENAAR

8. De wet continuïteit ondernemingen geeft de schuldenaar de bevoegdheid om in te grijpen op de rechtspositie van zijn schuldeisers, minstens het in de minderheid gestelde gedeelte ervan. Deze bevoegdheid wordt aan de schuldenaar verleend met een bepaald doel voor ogen, te weten de continuïteit van de onderneming. Het is slechts wanneer de schuldenaar zijn recht uitoefent ter verwezenlijking van deze doelstelling, dat hij het voordeel ervan mag genieten. De continuïteitspremissie bepaalt de grenzen van de bevoegdheid van de schuldenaar om zijn schuldeisers in categorieën op te delen²⁵. Geen enkel recht kan op willekeurige wijze worden uitgeoefend²⁶. Dit geldt des te meer wanneer een privaatrechtelijk rechtssubject de bevoegdheid verleend wordt om in te grijpen op de rechtspositie van een ander privaatrechtelijk rechtssubject²⁷.

Hoewel artikel 49 WCO zulks niet uitdrukkelijk bepaalt, is niet elke differentiatie toegelaten. Er dringt zich een functionele toetsing op, waarbij de differentiatie tussen de schuldeisers moet worden verantwoord in (hun) verhouding tot het behoud van een deel of het geheel van de onderneming en van haar activiteiten²⁸. Artikel 49 WCO geeft de schuldenaar de bevoegdheid om zijn schuldeisers onderscheiden te behandelen. Het betreft evenwel geen 'blinde' bevoegdheid, doch een bevoegdheid die moet worden uitgeoefend op een redelijke wijze, in functie van de doelstelling op basis waarvan de schuldenaar deze bevoegdheid heeft verkregen²⁹. Hieruit kan een concrete toetssteen worden afgeleid. De rechthebbende (de schuldenaar) moet de personen die onderworpen zijn aan de hem door zijn positie verleende macht op gelijke manier behandelen, tenzij er objectieve redenen van

21. Cass. 9 maart 2000, *Pas.* 2000, I, p. 162, *RW* 2000-01, 480, noot A. DE WILDE. Het Hof oordeelt dat het gelijkheidsbeginsel van dwingend recht is, wat het omgaan van het Hof voor de latere zaken aankondigde.

22. Cass. 20 oktober 2005, *NjW* 2006, 365, noot P. COUSSEMENT; A. ZENNER, *Le bon plan. Elaboration, vote et homologation du plan de réorganisation judiciaire*, www.financialforum.be/FinancialForum/DOC/879a.pdf, 40-41.

23. P. COUSSEMENT, "Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia 2010, (65) 102-103.

24. S. BRIJS, "De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen", *TRV* (667) 704: "In de nieuwe procedure onder de wet continuïteit ondernemingen zijn het alleen de schuldeisers die de haalbaarheid van het reorganisatieplan en de levensvatbaarheid moeten beoordelen."

25. M. VANMEENEN, "De (veron)gelijk(t)je positie van de schuldeiser bij gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord", *DAOR* 2011, (289) 294.

26. W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, "Algemeen Deel. Veertig jaar later" in W. VAN GERVEN en R. DILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 404.

27. W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, "Algemeen Deel. Veertig jaar later" in W. VAN GERVEN en R. DILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 407. Vgl. vanuit een constitutionele insteek (*infra*, randnr. 11) J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor 'corrigerende ongelijkheden' en doorwerking in private rechtsverhoudingen" in *XXIII^{ste} Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2004-2005*, Gent, Mys & Breesch, 1997, (129) 178: "Belangrijk is bijvoorbeeld dat de privaatrechtelijke toetsing meer gelijkenissen zal vertonen met de publiekrechtelijke toetsing naarmate de differentiator (de schuldenaar IV/AVH) meer in een bovengeschiedte positie staat, een feitelijke machtspositie heeft, met andere woorden min of meer gelijkenissen vertoont met een regelgever." (eigen benadrukking). Vgl. GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, overw. B.10.4.: "Het bepalende criterium voor de onderwerping aan het verbod van discriminatie is derhalve niet het regelgevende optreden, maar de machtspositie, in feite of in rechte, die een persoon in het rechtsverkeer inneemt en die hem in de gelegenheid stelt om op discriminerende wijze afbreuk te doen aan rechten van anderen." (eigen benadrukking).

28. Vgl. Luik 30 juni 2011, 2010/RG/1766, www.juridat.be/tribunal_commerce/verviervers/images/3006.1766.pdf, 12: "L'objectif étant d'assurer la continuité de l'entreprise, il convient d'examiner si les catégories prévues par le plan reposent sur des critères objectifs et si les différenciations ainsi opérées sont dans un rapport raisonnable de proportionnalité par rapport à l'objectif poursuivi."

29. Antwerpen 30 juni 2011, 2011/AR/1109, nr. 2: "De gedifferentieerde behandeling van de schuldeisers en schulden is gericht op het herstel en de reorganisatie van de onderneming."; vgl. W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, "Algemeen Deel. Veertig jaar later" in W. VAN GERVEN en R. DILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 407-408.

differentiatie bestaan³⁰. Op deze wijze kan bijvoorbeeld een indeling van de schuldeisers worden ondervangen die enkel en alleen gebeurt met het oog op het behalen van de gekwalificeerde meerderheid (bv. de onmiddellijke en volledige uitbetaling van de kleine schuldeisers, louter en alleen om een meerderheid te behalen in de stemming, maar niet omdat het financieel beheer van deze kleine schuldeisers te veel zou wegen op de financiën van de debiteur)³¹. Zo ook kan een indeling van de schuldeisers worden ondervangen die erop gericht is insiders (bv. bestuurders, aandeelhouders, verbonden vennootschappen) te bevoordelen, maar die geen verband houdt met de continuïteit van de onderneming³².

9. De omstandigheid dat een differentiatie in strijd zou zijn met de regels van de wet continuïteit ondernemingen houdt hiermede echter nog niet noodzakelijk in dat die differentiatie de openbare orde schendt. De economische openbare orde kan alleen geschonden worden door daden die de fundamentele waarden en regels van de maatschappij aantasten. De vraag is of de miskening van de openbare orde in het kader van artikel 55, 2^{de} lid WCO erin kan bestaan dat het doel (het behoud van de onderneming) niet wordt geëerbiedigd door de voorstellen.

Waarin bestaat in concreto de schending van de openbare orde in de context van de WCO? Die schending kan verschillende vormen aannemen. Bij differentiatie tussen de schuldeisers kan de schuldenaar bedrieglijk optreden ten aanzien van bepaalde categorieën van schuldeisers, of nog, het behoud van de rechtspersoon verzekeren door de manipulatie van bepaalde schuldeisers³³. Enige twijfel kan bestaan of een regelrecht bedrog ten aanzien van bepaalde schuldeisers en dus de miskening van een fundament van het verbintenissenrecht op zich volstaat om een homologatie te weigeren. Wellicht kan dat, maar dit zal waarschijnlijk zelden als dusdanig voorkomen. Het ‘privaat’ bedrog begaan ten aanzien van bepaalde schuldeisers of de manipulatie van de schuldeisers zijn schendingen die de openbare orde raken, niet zozeer wegens de schending van private rechten van

derden, dan wel wegens het kunstmatig behoud van een rechtspersoon in een systeem waarin de schuldenaar ‘in possession’ blijft, en de principiële toelating krijgt om differentiërend op te treden met de steun van een meerderheid van schuldeisers³⁴. Het fundamentele afwegen van belangen dat de kern vormt van de wet continuïteit ondernemingen met de klemtoon op het behoud van de activiteiten van de onderneming – en niet het behoud van de rechtspersoon – wordt onmogelijk gemaakt door de houding van de debiteur. Kwijtscheldingen die kennelijk niet nodig zijn voor de continuïteit van de onderneming kunnen leiden tot een weigering van de homologatie, net zoals het maken van willekeurige categorieën die indruisen tegen de fundamentele van het verbintenissenrecht en die economisch niet te verantwoorden zijn door het behoud van de activiteit(en) van de onderneming of een deel ervan. Dit is niet omdat hierdoor de gelijkheid van de schuldeisers met de voeten wordt getreden, maar wel omdat de finaliteit van de wet continuïteit ondernemingen in het algemeen, en van de gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord in het bijzonder, wordt miskend.

10. De wetgever is ervan uitgegaan dat de schuldeisers en de debiteur ‘empowered’ zijn en het best weten waar zij aan toe zijn. A priori zal de controle van de rechter beperkt zijn tot een marginale toetsing³⁵. De toetsing door de rechtbank moet met grote schroom gebeuren, precies omdat ze reeds voorafgegaan werd door een toetsing van de uitoefening van deze bevoegdheid door de schuldenaar (bij de opmaak van het reorganisatieplan) en door de schuldeisers (bij de stemming van het reorganisatieplan). Daarenboven moet de rechter aan wie de schuldenaar de homologatie vraagt, ook het bewijs vinden in de omstandigheden van het geval, dat het plan onmogelijk kan worden uitgelegd als een plan om de activiteiten van de onderneming geheel of gedeeltelijk te redden en als het ware een *fraus legis* uitmaakt. Naar de rechter toe betekent dit dat de sanctiëring enkel de kennelijke inbreuken zal vatten, waarbij de rechter zich dient te onthouden van een (al te verre gaande) *second guessing* van

³⁰. W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, “Algemeen Deel. Veertig jaar later” in W. VAN GERVEN en R. DILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 407-408.

³¹. P. COUSSEMENT, “Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia 2010, (65) 103.

³². Luik 24 maart 2011, *JT* 2011, (468) 470: “(...) la situation des créanciers anciennement repris comme ‘créanciers intragroupe’ (...) s’est améliorée, ce qui n’est pas objectivement justifié puisque, au contraire, il doit être attendu de ces créanciers, directement impliqués dans la poursuite de l’activité de l’appelante, qu’ils consentent des efforts plus importants.” (eigen benadrukking); Antwerpen 30 juni 2011, 2011/AR/1109 (voordelige behandeling schuldeiser/aandeelhouder); A. ZENNER, “P.R.J. et. Q.P.C.” (noot onder Luik 24 maart 2011), *JT* 2011, (470) 472.

³³. Vgl. M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1992, 324: “La procédure prévue pour le vote des propositions concordataires nous paraît constituer une autre situation, où, en droit privé, dans des conditions très strictes, il peut être porté atteinte au droit d’autrui, sauf fraude ou abus.” (eigen benadrukking).

³⁴. Vgl. M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1992, 325: “Une procédure précise et d’ordre public a été établie.”; A. CLOQUET, “Les concordats et la faillite” in *Les Nouvelles. Droit commercial*, T. IV, 3^{de} ed., Brussel, Larcier, 1985, p. 256, nr. 840: “L’homologation du concordat est une matière d’ordre public.”

³⁵. Luik 24 maart 2011, *JT* 2011, (468) 470: “Sur la base d’une appréciation marginale, les différenciations ainsi opérées par l’appelante ne sont dès lors en soi pas critiquables.”; Luik 30 juni 2011, 2010/RG/1766, www.juridat.be/tribunal_commerce/vervierviers/images/3006.1766.pdf, 15; W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, “Algemeen Deel. Veertig jaar later” in W. VAN GERVEN en R. DILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 408: “(...) hoe meer appreciatieruimte de titularis toekomt, hoe terughoudender de rechter zich in zijn controle moet opstellen.” Zie ook over de beoordeling van de rechter in het economisch recht, I. VEROUGSTRAETE, “Economische opvattingen van het Hof van Cassatie” in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant 2002, 239 e.v.

de schuldenaar. De sanctie bestaat in de weigering van de homologatie. Gelet op de uitdrukkelijke bepaling van artikel 55, 3^{de} lid WCO kan de rechter het reorganisatieplan niet zelf bijsturen, of de homologatie aan voorwaarden onderwerpen.

11. De zonet beschreven toetsing op grond van de doelstelling van de wet continuïteit ondernemingen, sluit aan bij de toetsing van het reorganisatieplan aan de horizontale werking van het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatie beginsel (art. 10-11 Grondwet), minstens in de moderne betekenis die hieraan wordt toegekend³⁶. Het grondwette-

lijkheid gelijkheidsbeginsel sluit een onderscheiden behandeling niet uit, voor zover voor deze op een redelijke verantwoording steunt en er een evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel³⁷. Hierin ligt een toets besloten op grond van de doelstelling van de desbetreffende regeling³⁸. Een manifest arbitraire behandeling van bepaalde (groepen van) schuldeisers kan een strijdigheid opleveren met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, dat de openbare orde raakt, wanneer de fundamentele doelstellingen van de gerechtelijke reorganisatie niet kunnen teruggevonden worden in het plan³⁹. Differentiatie mag, discriminatie niet⁴⁰.

IV. BEOORDELING VAN DE GEANNOTEEERDE BESLISSINGEN

12. Aan het hof van beroep van Brussel werd een reorganisatieplan ter homologatie voorgelegd waarin de schuldeisers waren ingedeeld in de categorieën A tot M die op verschillende wijze werden behandeld. Een zgn. niet strategische schuldeiser (ingedeeld in categorie K) diende genoeg te nemen met een terugbetaling van 60% van zijn schuldvordering, gespreid over een termijn van 60 maanden. De referentieaandeelhouder van de schuldenaar, die tevens eigenaar was van een belangrijk merk, was ingedeeld in de categorie M van de zgn. strategische schuldeisers. Zijn schuldvordering werd achtergesteld aan de uitvoering van het plan, maar werd niet verminderd⁴¹. De zgn. niet strategische schuldeiser verzette zich tegen de homologatie van het reorganisatieplan, en voerde hiertoe een strijdigheid met de openbare orde aan, en een inbreuk op de gelijkheid van de schuldeisers. Na een omstandige analyse van de indeling van de schuldeisers in de onderscheiden categorieën besloot het hof van beroep dat: *“in casu l'inégalité de traitement est liée à une différence de position susceptible d'une justification objective*

dans un rapport d'adéquation raisonnable aux fins légitimes recherchées”. Het hof van beroep gaat ervan uit dat de uitbetaling aan, en de preferentie gegeven aan, strategische partners *an sich* niet verkeerd is. Ook logisch is de vaststelling dat de betaling aan een leverancier die voor de onderneming niet meer belangrijk is, wegens de beëindiging van een bepaalde productie, legitiem is. Ten slotte is ook opvallend dat het hof van beroep in beginsel aanneemt dat het weren van een domino-effect ten aanzien van de zgn. strategische schuldeisers op zichzelf onvoldoende is als reden om de homologatie toe te kennen. Het mag niet de enige factor zijn. Dit is opnieuw een juiste redenering.

13. Het arrest van het hof van beroep van Antwerpen vermeldt twee redenen om de homologatie te verwerpen. Eén reden volstond, maar het hof van beroep wou blijkbaar alle poorten sluiten. De eerste reden is dat de pleegvormen niet werden nageleefd. De schuldenaar had nagelaten het lot van de schuldeisers die niet geraakt werden door het reorganisa-

³⁶. Luik 30 juni 2011, 2010/RG/1766, www.juridat.be/tribunal_commerce/vervierviers/images/3006.1766.pdf, 12.

³⁷. A. ZENNER, “P.R.J. et. Q.P.C.” (noot onder Luik 24 maart 2011), *JT* 2011, (470) 471: “Certes, sur le plan des principes, il doit être admis qu’il n’y a pas d’égalité de traitement sans proportionnalité dans la différenciation entre l’objectif recherché et les moyens utilisés (la continuité de l’entreprise et le sacrifice des créanciers qu’elle suppose).”

³⁸. Luik 24 maart 2011, *JT* 2011, (468) 469: “Il convient d’examiner si les catégories prévues par le plan reposent sur des critères objectifs et non arbitraires et si les différenciations ainsi opérées sont dans un rapport raisonnable de proportionnalité par rapport à l’objectif poursuivi, à savoir assurer la continuité de l’entreprise.” (eigen benadrukking); Antwerpen 30 juni 2011, 2011/AR/1109; X. DIEUX en J. WINDEY, “Nouvelles observations sur la théorie générale du concours entre les créanciers à la lumière de la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire et de ses premières applications” in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Brussel, Bruylant, 2000, (377) 397: “(...) un principe de proportionnalité s’est en effet superposé au principe d’égalité, en sorte qu’il n’y a pas violation de celui-ci lorsque l’inégalité de traitement est liée à une différence de position susceptible de la justifier objectivement dans un rapport d’adéquation raisonnable aux fins légitimes recherchées.” Vgl. A. DE WILDE, “Gelijkheid tussen schuldeisers. Toetsing aan de hand van de wet op de continuïteit van de ondernemingen” in *Tendensen in het bedrijfsrecht*, Brussel, Bruylant, 2009, (77) 99-100. Vgl. A. ZENNER, *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, 126 en 131-134.

³⁹. S. BRIJS, “De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen”, *TRV* (667) 704.

⁴⁰. S. BRIJS en S. JACMAIN, “De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord” in Ph. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises. De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, (77) 95; C. LENFANT en M. FORGES, “Egalité des créanciers et réorganisation judiciaire: l’enseignement de l’arrêt du 2 mai 1985, le traitement différencié des créanciers et la portée de l’article 73 de la loi du 31 janvier 2009” (noot onder Cass. 2 mei 1985), *RPS* 2011, (159) 164.

⁴¹. Hier kan worden verwezen naar de discussie of aandeelhouders op dezelfde wijze behandeld moeten worden als ‘externe’ schuldeisers. Lees ter inleiding: J.-M. LANDERS, “A Unified Approach to Parent, Subsidiary and Affiliated Questions in Bankruptcy”, (1975) *University of Chicago Law Review* 1975, 589-652; R. POSNER, “The Legal Rights of Creditors of Affiliated Corporations: An Economic Approach”, *University of Chicago Law Review* 1976, 499-527; J. M. LANDERS, “Another Word on Parent, Subsidiaries and Affiliates in Bankruptcy”, *University of Chicago Law Review* 1976, 527-540. Zie ook P. COUSSEMENT, *Herstelschema’s voor ondernemingen in moeilijkheden, onuitg.*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2007, 474: “Schuldeisers die een bijzondere band hebben met de ondernemingen, zoals vennoten, bestuurders of verbonden ondernemingen moeten alleszins in een afzonderlijke categorie worden geplaatst omwille van de manifeste belangtegenstellingen met andere schuldeisers.”

tieplan (omdat zij buiten de opschorting vielen) in het reorganisatieplan te vermelden. Dit is inderdaad een tekort in het plan omdat de doorbetaling aan bepaalde schuldeisers de haalbaarheid van de uitvoering van het reorganisatieplan beïnvloedt, en aldus aan de schuldeisers in de opschorting moet worden meegedeeld. Het is een strenge oplossing, doch deze valt niet buiten het bereik van de rechtbank. Die reden volstond om de homologatie te weigeren, maar het hof van beroep was er kennelijk niet gerust in en voegde een tweede reden toe, die niet zo overtuigend is:

“In het plan is een categorie van schuldeisers voorzien die hun rechten putten uit een achtergestelde lening. Deze schuldeisers krijgen volgens het plan geen enkele betaling. Het gaat om LRM, schuldeiser voor een bedrag van 233.870,96 EUR en de aandeelhouders voor een bedrag van 51.682,21 EUR.

Geen objectief criterium bestaat om deze schuldeisers uit te sluiten van elke betaling. Het loutere feit dat deze schuldeisers een achtergestelde lening hebben verstrekt is niet van aard hen elke betaling te ontzeggen. Terecht heeft de eerste rechter geoordeeld dat dergelijk plan strijdig is met de openbare orde.”

De achterstelling is een vaak gebruikte financieringstechniek waarbij een schuldeiser (de zgn. *junior*) met zijn debiteur overeenkomt dat hij zijn vordering zal achterstellen aan een andere schuldeiser (de zgn. *senior*)⁴². Een (gewone) lening en een achtergestelde lening zijn objectief van elkaar te onderscheiden. Een achtergestelde lening gaat gewoonlijk gepaard met een hogere vergoeding, precies ter compensatie van het achtergesteld karakter ervan (risico en opbrengst zijn op elkaar afgestemd), of wordt toegestaan door een insider (bv. aandeelhouder, bestuurder), precies omwille van zijn verbondenheid met de schuldenaar⁴³. Het hof van beroep geeft geen nadere toelichting waarom het de homologatie van het reorganisatieplan, zoals goedgekeurd door de (gekwalificeerde) meerderheid van de schuldeisers, strijdig acht met de openbare orde, buiten de vermelding van het achtergestelde karakter van de lening. Het hof zou preciezer

moeten aanduiden waarom de behandeling van de achtergestelde schuldeiser onevenredig is, in het licht van de continuïteitsdoelstelling van de wet continuïteit ondernemingen.

14. Het vonnis van de rechtbank van koophandel Kortrijk is opmerkelijk⁴⁴. De onderliggende feiten waren als volgt. Gedurende de opschorting werd de RSZ correct betaald. In het reorganisatieplan werd de schuldvordering van de RSZ herleid tot 0 EUR. Het reorganisatieplan deelde de schuldeisers in vier categorieën in: (i) een restcategorie (vermindering van 95%), (ii) belangrijke leveranciers (verminderingen van 60%), (iii) sleutelleveranciers (vermindering van 20%) en (iv) kleine leveranciers (reeds voor 95% uitbetaald in de opschorting, saldo valt weg). De rechtbank van koophandel had er geen probleem mee dat de schuldeisers ondergebracht werden in onderscheiden categorieën. De eigenaars deden overigens zelfs een ernstige inspanning. Het enige probleem was de behandeling van de RSZ in het reorganisatieplan. Hierover stelde de rechtbank van koophandel dat:

“Een manifest arbitraire behandeling van bepaalde groepen kan wel worden opgeworpen in het kader van de controle van de openbare orde, omdat het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel van openbare orde is en de horizontale werking ervan in privérelaties wordt erkend.”

Op basis van deze overweging werd de behandeling van de RSZ strijdig bevonden met de openbare orde, en werd de homologatie van het reorganisatieplan geweigerd. Een dergelijke radicaal plan dat de vordering van één (belangrijke) schuldeiser tot nul herleidt, is inderdaad dubieus. Het feit dat volledig komaf wordt gemaakt met openbare schulden is niet altijd vereist voor de redding van een onderneming⁴⁵. Maar was het in casu niet opvallend dat de RSZ een niet onaardig bedrag had ontvangen als vrijwillige betaling en dat de schuldeisers het plan gebaseerd op die toestand hadden goedgekeurd. Waarin bestaat dan de schending van de openbare orde⁴⁶? Moet dan ook niet worden gesteld dat de rechtbank gewoon het plan heeft getoetst en zich hierbij in de plaats heeft gesteld van de schuldeisers?

⁴² R. FRANSIS, “Achterstelling” in *Voorrechten en hypotheken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2008, afl. 33; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 240.

⁴³ Vgl. M. VASSEUR, *L'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, Parijs, Ed. Rousseau, 1949, 200: “La durée de l'emprunt obligatoire et son montant élevé le rapprochent de l'associé. En mettant ses deniers à la disposition de la société, l'obligatoire a entendu faire un placement à long terme; il ne désire pas profiter de la déchéance du terme dont bénéficie sa créance, car il n'a pas besoin de son argent et le remboursement de celui-ci le gênerait. La conservation de son capital le préoccupe seule. Dans ce dessein, il est prêt aux concessions les plus lourdes, remise des intérêts, prorogation de leur paiement, réduction de leur taux, modifications des modalités d'amortissement.”; R. FRANSIS, “Achterstelling” in *Voorrechten en hypotheken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2008, afl. 33, 8-11.

⁴⁴ Het vonnis werd hervormd door Gent 17 oktober 2011, 2011/AR/416.

⁴⁵ Vgl. nochtans Luik 24 juni 2010, 2009/RG/1947, 10: “Le plan, qui vise à assurer le redressement de l'entreprise pour l'avenir, ne crée aucune distinction arbitraire entre les bailleurs de fond, sur lesquels l'entreprise doit encore pouvoir compter pour l'obtention de nouveaux crédits, et l'appelant qui n'a pas cette vocation.”

⁴⁶ Gent 17 oktober 2011, 2011/AR/416, “Betalingen zoals in de onderhavige zaak verricht door de appelante aan de RSZ, zijn feiten die niet zomaar als irrelevant of niet aan de orde kunnen weggeveegd worden binnen het kader van de beoordeling of er strijdigheid is met de openbare orde waar de afbetalingen/kwijtscheldingen in het plan worden vooropgesteld. Als ‘feit’ maken de vrijwillige betalingen niet alleen een objectief criterium uit maar ook een element dat mede in rekening moet worden gebracht bij de beoordeling of er een in alle opzichten ongeoorloofde discriminatie zou zijn geschied.”

V. EEN BESLUIT

15. De wetgever heeft een duidelijke keuze gemaakt in de wet continuïteit ondernemingen. De schuldeisers worden belast met de inhoudelijke controle van het reorganisatieplan, niet de rechtbank. Deze keuze, die op rationale gronden gevestigd is, verdient door iedereen, en in het bijzonder de hoven en rechtbanken te worden gerespecteerd. Het past niet voor de rechter om een dergelijke beleidskeuze in vraag te stellen: *Ut res magis valeat quam pereat*⁴⁷.

De rechter moet wel toezicht houden op het respect voor de openbare orde. Deze toetsing situeert zich op een niveau hoger dan het respect voor de gelijke behandeling van de schul-

eisers. De toetsing aan de openbare orde betreft de vraag of de schuldenaar de aan hem verleende bevoegdheid om de schuldeisers op een gedifferentieerde wijze te behandelen (met instemming van de meerderheid van zijn schuldeisers) op een objectieve en evenredige wijze heeft uitgeoefend. Als dit kennelijk niet het geval is, mag de rechter vaststellen dat de schuldenaar in strijd heeft gehandeld met de kernvoorwaarden die de wet stelt om de debiteur aan de macht van zijn schuldeisers of bepaalde onder hen te onttrekken. Dit aspect van de economische ordening raakt de openbare orde.

⁴⁷ Zie ook P. SCHOLLEN, *De greep van de wetgever op de rechter*, Brugge, die Keure, 2011, 240.