

Noot

De aanwending van het batig saldo van het faillissement ter betaling van interesten*Jacques Embrechts*

1. De feiten en de geschilpunten in de zaak, die aanleiding gaf tot het arrest van het Hof van Cassatie d.d. 13 oktober 2011, worden weergegeven in het in dit nummer gepubliceerd arrest van het hof van beroep te Brussel d.d. 1 december 2009¹. Op de sluitingsvergadering van het faillissement bleek dat, na volledige betaling van het passief, nog activa overbleven. De curator meende dat het overblijvend actief diende uitgekeerd aan de aandeelhouders van de gefailleerde vennootschap, maar de Belgische Staat maakte als schuldeiser aanspraak op de interesten die tegenover de gefailleerde waren vervallen tijdens de duur van de faillissementsprocedure.

2. Krachtens artikel 23 Faill.W. houdt de rente van schuldvorderingen, die niet gewaarborgd zijn door een bijzonder voorrecht, pand of hypotheek, op te lopen vanaf het vonnis van faillietverklaring, doch alleen ten aanzien van de boedel. De vraag die aan het Hof van Cassatie werd voorgelegd was of, indien na de vereffening van het faillissement een batig saldo overblijft, het tot de opdracht van de curator behoort of kan behoren het saldo aan te wenden om de interesten, die tijdens het faillissement tegenover de gefailleerde waren vervallen, te betalen.

Artikel 23 Faill.W. is een overname van artikel 451 van de faillissementswet van 18 april 1851 en de voorgelegde problematiek is dus niet nieuw. De vraag heeft echter onder de huidige faillissementswet aan belang gewonnen omdat, krachtens artikel 83 Faill.W., de sluiting van de verrichtingen van het faillissement de ontbinding van de vennootschap en de sluiting van haar vereffening meebrengt. Indien de curator het batig saldo onverkort moet overmaken aan de aandeelhouders, leidt dit ertoe dat schuldeisers van wie de vordering op de gefailleerde niet tegenwerpelijk is aan de

boedel, niet meer bij machte zijn hun vordering te innen ondanks het overblijvende actief².

3. In een op 10 december 1925³ gewezen arrest had het Hof van Cassatie reeds geoordeeld dat de vordering van een schuldeiser tot betaling van de tijdens het faillissement vervallen interesten, ingesteld tegen de curator *q.q.*, toelaatbaar was⁴. Daartoe had het hof overwogen dat uit de buitenbezittingstelling volgt dat de curator niet enkel de schuldeisers vertegenwoordigt, maar ook de gefailleerde zelf. Ook het hof van beroep te Brussel wees er in zijn arrest d.d. 1 december 2009 op dat de curator niet enkel de boedel, maar ook de gefailleerde vertegenwoordigt en dat dit het geval bleef, zolang de verrichtingen van het faillissement nog niet waren gesloten.

4. Het concept van de curator als vertegenwoordiger van de schuldeisers en van de gefailleerde verliest aan bijval en maakt steeds vaker plaats voor de visie dat de curator de hoedanigheid heeft van bewindvoerder⁵. Omdat het faillissement een insolventieprocedure met vereffeningdoeleinden is, gaat het om een vereffeningbewind⁶. De faillietverklaring heeft tot gevolg dat de gefailleerde buiten het bezit van zijn vermogen wordt gesteld en er het beheer over verliest. Het beheer van dit vermogen wordt toevertrouwd aan de curator. Deze is belast met de vereffening en verdeling onder de schuldeisers tot beloop van de opgenomen schuldvorderingen, na betaling van de beheerskosten en de boedelschulden. Het Hof van Cassatie omschreef de curator als een gerechtsmandataris die, zowel in het belang van de schuldeisers als in het belang van de gefailleerde, de bij wet bepaalde machten uitoefent⁷. De omschrijving van de curator als vertegenwoordiger van de schuldeiser en van de gefailleerde, komt in de recente arresten van het Hof van Cassatie niet meer voor⁸.

¹ Zie in dit nummer, p. 457.

² Zie hierover: M. DE THELJE, "Verhaalbaarheid van interesten op batig saldo na faillissement van een vennootschap" (noot onder Cass. 18 maart 2004), *RW* 2004-05, 1101 e.v., randnrs. 7 en 8 evenals, voor wat de gevolgen van de sluiting van de vereffening betreft: H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 852-853, nrs. 1557-1558.

³ Cass. 10 december 1925, *Pas.* 1926, I, p. 106.

⁴ Deze oplossing werd niet unaniem door de rechtsleer bijgetreden. J. Van Ryn en J. Heenen, evenals L. Fredericq traden het arrest van 10 december 1925 bij (zie de verwijzingen onder randnrs. 8 en 9), maar A. Cloquet was van oordeel dat de curator niet dient in te staan voor schulden die niet tegenwerpelijk zijn aan de boedel (A. CLOQUET, *Les concordats et la faillite*, Brussel, Larcier, 1985, 509, nr. 1711).

⁵ Ph. COLLE, "Recente ontwikkelingen in het faillissementsrecht: de ware functie van de curator, de boedelschulden en het faillissement van de vennootschap in vereffening" in *Handels-, economisch en financieel recht*, Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1994-1995, Gent, Mys & Breesch, 1995, 2-3, nr. 2; E. DIRIX, "Het janushoofd van de curator" (noot onder Antwerpen, 13 februari 1996), *RW* 1996-97, 1162-1163; I. VEROUGSTRÆTE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 342-343, nr. 3.1.5.3.

⁶ F. T'KINT en W. DERIJCKE, *La faillite*, Brussel, Larcier, 2006, 310, nr. 421.

⁷ Cass. 28 april 1983, *RW* 1983-84, 1698, *RCJB* 1986, 708, met noot Ph. GERARD; Cass. 16 februari 1995, <http://jure.juridat.just.fgov.be>, *RW* 1995-96, 88.

⁸ I. VEROUGSTRÆTE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 343, nr. 3.1.5.3.

5. Van Ryn en Heenen⁹ verklaren de opvatting, volgens dewelke het de curator toekomt om in geval van overblijvend actief ook de tijdens het faillissement tegenover de gefailleerde lopende interesten te verdelen, aan de hand van de bestaansreden van artikel 23 Faill.W. Zij leggen uit dat deze bepaling ingegeven is door redenen van eenvoud en de quasi onmogelijkheid tot correcte afrekening over te gaan indien rekening zou dienen gehouden met de steeds verder lopende interesten. Met Fredericq¹⁰ wijzen zij er ook op dat deze regel de gelijke behandeling van de schuldeisers dient, wat niet het geval zou zijn indien het aandeel van iedere schuldeiser in de verdeling zou verschillen naar gelang de onderscheiden rechten op interesten. Eens het passief, zoals het bestond op het tijdstip van de faillietverklaring, werd aangezuiverd, valt echter de bestaansreden van artikel 23 Faill.W. weg. Verdedigd wordt dat in die gevallen de boedel zelf schuldenaar wordt van de interesten die tijdens het faillissement vervallen waren¹¹, al lijkt die stelling moeilijk verzoenbaar met de bepaling van artikel 23 Faill.W.

6. In het arrest d.d. 13 oktober 2011 wordt niet gesteund op enige bevoegdheid van de curator, de gefailleerde te vertegenwoordigen, noch op zijn wettelijke opdracht. Het Hof van Cassatie zet de regels uiteen, zoals zij voortvloeien uit de artikelen 23, 79, 80 en 83 Faill.W.

De randnummers 3 en 4 van het arrest geven aan dat de artikelen 23 en 83 Faill.W. een probleem stellen, dat enkel kan

worden opgelost door aan de curator de macht te geven om het batig saldo, dat overblijft na integrale uitbetaling van de schulden van en in de boedel, te verdelen ter voldoening van vorderingen die niet tegenwerpelijk zijn aan de boedel maar wel aan de gefailleerde zelf.

Uit randnummer 5 van het arrest volgt dat de betaling van vorderingen op de gefailleerde, die niet tegenwerpelijk zijn aan de boedel, niet wordt beschouwd als horende tot de wettelijke opdracht van de curator, maar dat deze opdracht wel door de rechtbank aan de curator kan worden gegeven¹².

Het feit dat de wettelijke taak van de curator erin bestaat de boedel te vereffenen ten bate van de schuldeisers, die vorderingen hebben waarvoor de boedel hun onderpand is binnen de faillissementsvereffening, staat er niet aan in de weg dat de gefailleerde door het faillissement buiten bezit wordt gesteld van zijn ganse vermogen. De curator beheert dit ganse vermogen en beheert dus ook het batig saldo dat overblijft na voldoening van de in het passief opgenomen vorderingen.

In randnummer 5 lijkt het Hof van Cassatie aan te geven dat de rechtbank deze opdracht enkel mag geven wanneer de gefailleerde een rechtspersoon is. De beslissing van het Hof van Cassatie kan daarom verklaard worden door de noodzaak te verhelpen aan de hoger toegelichte gevolgen van artikel 83 Faill.W.

⁹ J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1965, 301, nr. 2753.

¹⁰ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, VII, Gent, Fecheyr, 1949, 296-297, nrs. 170-171.

¹¹ J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1965, 301, nr. 2753; A. ZENNER, *Dépistage, faillites & concordats*, Brussel, Larcier, 1998, 662, nr. 920.

¹² Het Hof stelt dat de curator onder toezicht van de rechtbank de rente mag betalen. De rechtbank van koophandel te Leuven had in het vonnis d.d. 1 december 2008 gezegd voor recht dat de curator de vordering van de Belgische Staat (die bestond uit tijdens het faillissement vervallen interesten) 'zal voldoen', wat niet zozeer een mogelijkheid is, maar wel een verplichting die de rechtbank hem had opgelegd. Dit vonnis werd met het bestreden arrest op dit punt bevestigd.