

3. Door het faillissement van Move Your Business BVBA niet in aanmerking te nemen als een eerder faillissement dat zich heeft voorgedaan in de periode van 5 jaar voorafgaand aan de faillietverklaring van All Move BVBA, op grond dat beide faillissementen op dezelfde datum werden uitgesproken, verantwoord de appelrechters hun beslissing niet naar recht.

Het onderdeel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent over aan de feitenrechter.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Gent.

(...)

Noot

Cassatie bevestigt: tijd is relatief

Arie Van Hoe¹ en Karel De Smet²

1. Inleiding. Zaakvoerders, gewezen zaakvoerders en alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad, kunnen door de RSZ en de curator persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het geheel of een deel van alle op het ogenblik van de uitspraak van het (derde) faillissement verschuldigde sociale bijdragen, bijdrageopslagen, verwijlinteressen en de vaste vergoeding bedoeld in artikel 54ter van het KB van 28 november 1969, indien zij in de loop van de periode van 5 jaar voorafgaand aan de faillietverklaring bij minstens twee faillissementen, vereffeningen of gelijkaardige operaties betrokken werden met schulden ten aanzien van een inningsorganisme van de socialezekerheidsbijdragen (art. 265, § 2, eerste lid W.Venn. juncto art. 38, § 3, 8° wet van 29 juni 1981 houdende de algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers³). Het Hof van Cassatie geeft in het hierboven gepubliceerde arrest een opmerkelijke invulling aan het begrip “voorafgaand”. Volgens het Hof van Cassatie kan voorafgaand ook gelijktijdig zijn. Om een en ander beter te begrijpen, vatten we eerst de aan het arrest onderliggende feiten en de bodemprocedures samen. Vervolgens onderzoeken we de (gevolgen van de) beslissing van het Hof van Cassatie.

2. Situering van het arrest. Op 13 oktober 2009 werd BVBA X. failliet verklaard. De zaakvoerder van BVBA X. is tevens zaakvoerder van BVBA Y. en BVBA Z., beiden failliet verklaard op 16 september 2012. Alle drie de vennootschappen hadden op het tijdstip van hun faillissement een RSZ-schuld. In 2013 vordert de RSZ de betaling van de achterstallige RSZ-schulden van de BVBA Z. jegens deze zaakvoerder, waarbij wordt gesteld dat hij in een periode van

5 jaar voorafgaand aan dit faillissement betrokken was in twee eerdere faillissementen, m.n. dat van de BVBA X. en dat van de BVBA Y. In rechte diende de vraag beantwoord te worden of een gelijktijdig faillissement voorafgaand kan zijn. De rechtbank van koophandel van Antwerpen, afdeling Hasselt en het hof van beroep te Antwerpen beantwoordden deze vraag negatief. In de woorden van het hof van beroep: “[v]ermits deze beide faillissementen op dezelfde datum werden uitgesproken heeft de eerste rechter terecht geoordeeld dat niet kan worden besloten dat het ene faillissement dateert van voor het andere. Opeenvolging in de tijd betekent dat het ene faillissement anterior moet zijn aan het andere. Dat is niet het geval bij faillissementen die op dezelfde dag worden uitgesproken en die geacht worden uitwerking te hebben op hetzelfde ogenblik. Aangezien wettelijk drie opeenvolgende faillissementen vereist zijn in een periode van 5 jaren heeft de eerste rechter correct besloten dat niet voldaan was aan deze vereiste.” Het hof van beroep merkte bovendien nog op dat “niet bewezen is dat geïntimeerde dermate gehandeld heeft dat beide faillissementen op dezelfde dag werden uitgesproken en aldus zelf aan de basis ligt van deze gang van zaken”. Een gelijktijdig faillissement kon voor de feitenrechters dus geen voorafgaand faillissement zijn, in de zin van artikel 265, § 2, eerste lid W.Venn.

3. Cassatie: gelijktijdig kan voorafgaand zijn. Het Hof van Cassatie ziet het anders. Wanneer de personen geïntimeerd in artikel 265, § 2, eerste lid W.Venn. “betrokken zijn bij een faillissement met schulden ten aanzien van een inningsorganisme van de socialezekerheidsbijdragen dat *eveneens wordt uitgesproken op de datum van het faillissement* van

¹ Advocaat bij NautaDutilh, vrijwillig wetenschappelijk medewerker onderzoeksgroep Onderneming & Recht, UA.

² Advocaat bij NautaDutilh.

³ Zie, art. 409, § 2, eerste lid W.Venn. (CVBA) en art. 530, § 2, eerste lid W.Venn. (NV).

de vennootschap waarvan de sociale schulden het voorwerp uitmaken van de in artikel 265, § 2, eerste lid Wetboek van Vennootschappen bedoelde aansprakelijkheid, wordt het eerstgenoemde faillissement voor de toepassing van artikel 265, § 2, eerste lid Wetboek van Vennootschappen **geacht zich te hebben voorgedaan in de periode van vijf jaar voorafgaand aan het laatstgenoemde faillissement**⁷ (eigen benadrukking). Door het faillissement van de BVBA Y. niet in aanmerking te nemen als een eerder faillissement dat zich heeft voorgedaan in een periode van 5 jaar voorafgaand aan het faillissement van de BVBA Z., op grond dat beide faillissementen op dezelfde dag werden uitgesproken, verantwoordden de appelrechters hun beslissing niet naar recht. Anders dan de feitenrechters, beslist het Hof van Cassatie hiermee dat een gelijktijdig faillissement (ook) een voorafgaand faillissement kan zijn. Tijd is relatief, ook voor het Hof van Cassatie.

4. Ratio legis. Met artikel 265, § 2, eerste lid W.Venn. wordt een betere inning van de socialezekerheidsbijdragen beoogd⁴. *Repeat offenders* die bij drie opeenvolgende faillissementen betrokken zijn, worden getroffen door een objectieve aansprakelijkheid⁵. *Three strikes and you're out*, zo u wil⁶. Onder deze lovenswaardige doelstelling, schuilt een niet mis te verstane bevoorrechtiging van de RSZ⁷. Talrijk zijn immers de schuldeisers die getroffen worden door opeenvolgende faillissementen waarbij dezelfde protagonisten betrokken zijn. Minder talrijk zijn de schuldeisers die automatisch toegang krijgen tot een ander vermogen dan dit van hun schuldenaar⁸. Het Grondwettelijk Hof, dat zich in andere contexten graag opwerpt als de hoeder van de gelijkheid der schuldeisers⁹, ziet hierin geen schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel¹⁰.

5. Beoordeling. Het faillissement van de vennootschappen Y. en Z. werd op dezelfde dag uitgesproken. Het faillis-

sement wordt geacht terug te werken tot het uur nul van de dag van de faillietverklaring (art. 16 Faill.W.). Een faillissement uitgesproken om 9 u, gaat aldus gezien niet eerder in dan een faillissement dat op dezelfde dag wordt uitgesproken om 14 u¹¹. Het Hof van Cassatie had op juridisch-technische gronden het arrest van het hof van beroep perfect kunnen bevestigen. Dat het dit niet gedaan heeft, duidt op een beleidskeuze. Door te oordelen dat een gelijktijdig faillissement (ook) een voorafgaand faillissement kan zijn, wordt – in de woorden van de eiser tot cassatie – belet dat “*iemand die (gewezen) zaakvoerder of bestuurder is van een groot aantal vennootschappen, welke allen op dezelfde datum met RSZ-schulden failliet worden verklaard, voor geen enkele van deze RSZ-schulden hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld op grond van artikel 265, § 2, eerste lid W.Venn.*” (p. 8 voorziening tot cassatie). Dat een (gewezen) zaakvoerder of bestuurder de RSZ te slim af zou willen zijn door het faillissement van meerdere vennootschappen op dezelfde dag te plannen (wat vrij eenvoudig kan), is een mogelijkheid die inderdaad niet uit te sluiten valt, en op grond van de “prediction theory of law”, kan het aangewezen zijn om uit te gaan van de lezing die de “bad man”¹² geeft aan de wet (het recht)¹³.

6. After you, my dear: het belang van de volgorde van faillissementen. Achterstallige RSZ-schulden kunnen maar verhaald worden op de zaakvoerder vanaf het derde faillissement. Voor de schulden van de eerste twee faillissementen blijft de zaakvoerder buiten schot. Bij gelijktijdige/opeenvolgende faillissementen betekent dit dat de volgorde van de faillissementen een groot belang krijgt. Voor zaakvoerders en bestuurders is het immers aangewezen dat eerst het (de) faillissement(en) van de vennootschap(en) met de grootste sociale zekerheidsschulden word(t)(en) uitgesproken (en omgekeerd, dat het faillissement van de vennootschap met de kleinste RSZ-schuld als derde wordt uitgesproken). In de

4. *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2517/011, p. 8.

5. *Adv.RvS*, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2517/3, p. 11.

6. Men kan zich vragen stellen bij de verhouding tussen deze aansprakelijkheidsbepaling en het in andere domeinen van het insolventierecht ontwikkelde tweedekansbeleid.

7. Zie hierover, K. GEENS en R. TAS, “De nieuwe vereffeningprocedure – nieuwe ontwikkelingen inzake aansprakelijkheid van bestuurders” in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2008, (221) p. 234, nr. 26: “*Hoewel de ratio legis van deze nieuwe bepalingen enigszins begrijpelijk is, rijst toch de vraag of het nodig en wenselijk is om slag om slinger nieuwe aansprakelijkheidsregels te ontwerpen, specifiek voor schulden t.a.v. de overheid.*”

8. Vgl. M. DE ROECK, “Verzwaarde persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders. De Programmawet 20 juli 2006”, *T.Fin.R.* 2008, (1) p. 6, nr. 5.

9. Zie bv. GwH 18 februari 2016, nr. 23/2016, *NJW* 2016, 385, met noot E. DIRIX.

10. GwH 17 september 2009, *NJW* 2010, 61, met noot S. DE GEYTER.

11. In de voorziening tot cassatie lezen we hierover het volgende, met verwijzing naar art. 783 Ger.W.: “*Wanneer faillissementsvonnissen op dezelfde dag worden uitgesproken, zal er derhalve, in functie van de chronologische volgorde van de uitspraken, die wordt vastgesteld op het zittingsblad, sprake zijn van anterieure en posterieure faillissementsvonnissen, waarbij het eerst gevelde vonnis eerder uitwerking zal hebben dan een later geveld vonnis.*” Op basis van de uur nul-regel, die (functioneel) voorrang heeft op het gemeen procesrecht, kan uit art. 783 Ger.W. geen anterioriteit dan wel posterioriteit van beide faillissementsvonnissen afgeleid worden.

12. Merk op dat het hof van beroep in feite vastgesteld had dat de bestuurder het samenvallen van faillissement A en faillissement B niet gemanipuleerd had.

13. Zie in die zin, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2760/030, p. 6: “*De bepalingen zijn vooral gericht tegen malafide ondernemers. Het gaat niet op dat sommige malafide werkgevers ondernemingen oprichten, op het ogenblik dat de eerste betalingen moeten worden betaald, om vervolgens een nieuwe vennootschap op te richten, enz. Het komt erop aan dat de verschuldigde bijdragen correct worden betaald.*” Zie hierover algemeen, O. WENDELL HOLMES JR., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review* 1897, (457) 459: “*If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience.*”

voorziening tot cassatie wordt de volgorde waarin de faillissementsvonnissen door de rechtbank worden uitgesproken als relevant criterium naar voren geschoven. Dit criterium is arbitrair, en in strijd met de uur-nul-regel.

7. Het kind van de rekening: de groepsbestuurder?

Voor één categorie van bestuurders betekent de gelijkstelling van gelijktijdig met voorafgaand bovendien een wel zeer onwelkome tijding: de “groepsbestuurder”. Hiermee wordt de bestuurder bedoeld die tegelijk in meerdere groepsvennootschappen actief is¹⁴. Wanneer een vennootschaps-groep valt, vallen ook de verschillende groepsvennootschappen. De groepsbestuurder bevindt zich in een *catch-22*. Ofwel stelt hij de aangifte van het faillissement van de groepsvennootschappen uit (met alle risico's van dien).

Ofwel doet hij aangifte van faillissement, wetende dat hij aansprakelijk gesteld kan worden voor uitstaande sociale zekerheidsschulden. Het weze duidelijk dat de situatie van een groepsbestuurder te goeder trouw te onderscheiden is van de door de wetgever geïmagineerde *repeat offender*. Niet alles is evenwel verloren voor de groepsbestuurder: de bijzondere aansprakelijkheidsregeling ten voordele van de RSZ is facultatief (art. 265, § 2 W.Venn. voorziet dat zaakvoerders en bestuurders aansprakelijk gesteld “kunnen” worden): de feitenrechter behoudt het laatste woord, niettegenstaande de objectieve aansprakelijkheid¹⁵. Ook wanneer aansprakelijkheid weerhouden wordt, kan de feitenrechter de schade op dergelijke wijze begroten dat rekening gehouden wordt met voormeld onderscheid.

¹⁴ L. GAMET, “Le droit du licenciement économique à l’épreuve de l’autonomie juridique des sociétés du groupe” in *Mélanges offerts au Professeur Pascale Bloch*, Brussel, Larcier, 2016, (65) 65: “La balkanisation des groupes, éclatés sur le plan de l’organisation juridique en une kyrielle de sociétés est une caractéristique de notre société.”

¹⁵ B. TILLEMANS en M. VANDENBOGAERDE, “Nieuwe bestuurdersaansprakelijkheid ten aanzien van fiscus en RSZ” in H. BRAECKMANS *et al.* (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, II, Antwerpen, Intersentia, 2010, (73) 95.