

**OVER  
PAARDENBRILLEN EN HEILIGE HUISJES  
IN HET  
INSOLVENTIERECHT**

**JORIS J. DE SMET**  
ADVOCaat - CURATOR

LUNCHCAUSERIE – PRO MANDATO – DE JACHTHOORN KONTICH  
29 SEPTEMBER 2020

- A) Drie markante evoluties in het insolventierecht:
  - A.1) Van een juridische functie van de insolventieprocedure evolueert men meer en meer naar een economisch-sociale functie:
    - Juridische functie: executie van het patrimonium van de schuldenaar op een ordelijke wijze, dit ten voordele van de schuldeisers – respect voor de *paritas*-regel – mogelijke sanctionering
    - Economisch-sociale functie: normale werking van de markt snel herstellen – de kans voor de schuldenaar om met een schone lei te herbeginnen (*fresh start*) enz. – continuering van de onderneming

- A.2) Hoe men kijkt naar overmatige schuldenlast ingevolge krediet
  - Is niet alleen meer de verantwoordelijkheid van de schuldenaar-kredietnemer
  - Maar wordt ook gezien als een verantwoordelijkheid van de kredietgever en van de maatschappij die dergelijk overmatig krediet toelaat
  - M.a.w. de schuldeiser moet het eventueel falen van de schuldenaar voorzien – hij mag geen absolute verwachting van betaling meer hebben – en neemt dus een zeker risico.
  - Verschoonbaarheid voor de schuldenaar – kwijtschelding
  - Bevrijding kosteloze persoonlijke zekerheidssteller

- Zie en vgl. inzake ‘private’ insolventie – toenemende aandacht voor de ethiek :
  - A.L. Verbeke, “Efficiënt en ethisch minnelijk invorderen: een paradigmaschift”, *R.W.* 2019-2020, 803 e.v.
    - *De focus niet langer op de vordering maar op de schuldenaar: zoektocht naar een juiste balans tussen het eigendomsrecht van de schuldeiser en het recht op privacy en het recht op een menswaardig bestaan van de schuldenaar*
    - *M.a.w. de paradigmashift duidt op de noodzaak de focus te verleggen van de individuele schuldvordering per schuldeiser naar de schuldenaar als mens met diverse schulden*
    - *Dit maakt efficiënt en ethisch invorderen noodzakelijk, teneinde het fundamenteel grondrecht van de schuldenaar op een menswaardig bestaan te garanderen (de schuldenaar moet voor hemzelf en zijn gezin kunnen voorzien in de elementaire basisbehoeften – recht op huisvesting, energie, onderwijs, gezondheid, mobiliteit, werk, ...)*

- Verdere uitholling van de draagwijdte art. 7-8 Hyp.W.
  - Verschoonbaarheid – kwijtschelding – bevrijding kosteloze persoonlijke zekerheidssteller
  - Bescherming gezinswoning (2007)
  - Cf. K. Geens bij de parlementaire besprekingen wetsontwerp Boek XX WER (Verslag eerste lezing, p. 56):
    - *Aangaande het zoeken naar een nieuw evenwicht inzake schuldvereffening na faillissement, meent de minister dat het tijd wordt af te stappen van de onverbiddelijkheid waarvan de artikelen 7 en 8 Hyp.W. nog getuigen ... Wil men vandaag de dag dat soort 'billijkheid' nog?*

- A.3) Uitholling van de *paritas creditorum*-regel:
  - Wet voorrechten en hypotheeken
  - Was vroeger van openbare orde; nu enkel nog van dwingend recht.
  - Wet financiële zekerheden van 15/12/2004
  - E. Dirix pleit voor meer moderne interpretatie, een flexibele invulling:
    - *Niet zozeer de gelijke behandeling van de schuldeisers, wel eerder een faire behandeling ...*

- B) De eigenlijke finaliteit van het faillissementsrecht/insolventierecht?
  - In essentie:
    - ongezonde ondernemingen uit het economisch verkeer halen om de gezonde bedrijven in een concurrentiële omgeving te laten werken.
    - Of anders gezegd:
      - Prof. M.E. Storme: *“de markt zuiveren van concurrentievervalsing door ondernemingen die hun schuld niet betalen...”*
      - Prof. H. Cousy spreekt van *“de noodzaak van een proces van autopurificatie van een concurrentiële markteconomie...”*

- Het faillissementsrecht raakt de economische openbare orde!
- GwH 21 februari 2008:
  - *“Met de faillissementswet van 8 augustus 1997 beoogde de wetgever een snelle en vlotte afwikkeling van de faillissementsprocedure teneinde het normale marktmechanisme zo weinig mogelijk te verstoren en teneinde de situatie van alle betrokkenen, en vooral van de schuldeisers, zo snel mogelijk uit te klaren.” (Parl.St. Kamer, 1991-1992, nr. 631/1, p. 29).*
  - *“Gezien de enorme risico’s waaraan ze het handelsleven blootstellen dienen economische dode ondernemingen uit de markt te verdwijnen.[...]” (Parl.St. Kamer, 1991-1992, nr. 631/13, p. 28).*



- C) Wat stellen we vast?
  - Er bestaan ondertussen allerlei alternatieve stelsels met ‘oplossingen’ voor financieel en economisch ongezonde ondernemingen die hun schulden niet betalen:
    - Gerechtelijk akkoord – WCO – Gerechtelijke reorganisatie
    - Deficitaire vereffeningen
  - De wetgever plaatst de ‘*continuïteit van de onderneming*’ op het voetstuk, maar vergeet dat ‘geredde’ ongezonde ondernemingen, gezonde ondernemingen (kunnen) infecteren.
  - **Het faillissementsrecht biedt wel degelijk mogelijkheden om de “onderneming” te redden, de continuïteit te waarborgen en een overlating *going concern* te organiseren.**
    - Zie de artikelen XX.140 en XX.166, § 3 WER .... *Onbekend is onbemind (?)*

- D) Hoe kijkt de praktijk tegen deze alternatieve stelsels aan?
  - D.1) concordaat/gerechtigd akkoord/gerechtigde reorganisatie...:
    - Faillissementswet 1851: concordaat na faillissement
      - Géén succes, o.a. door de invoering in 1851 Wet Voorrechten en Hypotheken
    - Regentbesluit 25/09/1946 op het gerechtigd akkoord
      - Beoogt het herstel van een onderneming in moeilijkheden
      - Géén succes

- Wet 17/07/1997 op het gerechtelijk akkoord
  - Preventief optreden
  - Economisch potentieel van de onderneming garanderen
  - Scheiding onderneming/rechtspersoon
  - Géén succes
  
- WCO 31/01/2009
  - Preventief optreden
  - Continuïteit onderneming: drie varianten... Minnelijk akkoord/collectief akkoord/overdracht
  - Aanpassing in 2013 om misbruiken tegen te gaan
  - Géén succes, zie ook HvJ 16/05/2019, *Plessers*

- Wet 11/08/2017 – Boek XX WER – Gerechtelijke Reorganisatie
  - Uitbreiding toepassingsgebied
  - Strengere voorwaarden
  - Art. XX.45, § 3 WER: bij vervulling faill.vw. is het faill. niet verplicht ...
  - Art. XX.62 WER: is de continuïteit niet meer verzekerd? => faillissement/gerecht. Vereffening
  - Problematiek boedelschulden: art. 37 vs. art. XX.58 WER
- Statistieken:
  - 10.000 à 11.000 faillissementen per jaar
  - 1000 procedures gerechtelijke reorganisatie per jaar, waarvan 70% mislukt (...)
- Conclusie: deze alternatieve stelsels werken niet (...)

- D.2) Deficitaire vereffeningen:

- Een alternatief voor een faillissement?

- Cass. 17/06/1994: géén deficitaire vereffening mogelijk

- Cass. 14/01/2005 en 18/02/2005: wèl deficitaire vereffening mogelijk

- *Voorwaarden:*

- significant deel SE is akkoord (*wat is significant??*)

- Vertrouwen in de vereffening en in de vereffenaar

- Geen fraude

- Voortaan: wettelijke verankering van de mogelijkheid van een deficitaire vereffening
  - *Cf. art. 2:84 en 2:97 WVV*
- Een faillissement biedt veel meer voordelen dan een (deficitaire) vereffening:
  - De curator is onafhankelijk; de vereffenaar niet.
  - De curator heeft bijkomende middelen om actief te verwerven die de vereffenaar niet heeft:
    - *Datum staking betalingen*
    - *Niet-tegenstelbaarheid handelingen*
    - *Faillissementsrechtelijke aansprakelijkheden (o.a. XX.225 en XX.227 WER)*

- Zie bv. Kh. Brussel 19 januari 2004, *Sobelair*, TRV 2004, 171 met noot M. Vanmeenen, “Sobelair gekortwiekt: de keuze tussen faillissement en vereffening”:
  - *“De rechtbank kan niet toestaan dat een onderneming zichzelf kunstmatig in stand houdt met als enige bedoeling zichzelf te vereffenen; een faillissementsprocedure biedt aan de schuldeisers een zekerheid die de vereffening niet heeft: de curator wordt door de rechtbank benoemd en dient de rechtsplegingen te volgen die een controle van de schuldeisers, de rechter-commissaris en de rechtbank op de daartoe bepaalde tijdstippen mogelijk maakt ten aanzien van de afhandeling van het faillissement en de kosten ervan. Anderzijds biedt het faillissement betere waarborgen voor de bescherming van de schuldeisers, o.m. door de artikelen 12, 17-20 Faill.W. en artikel 530 W.Venn. (zie ook hof van beroep Antwerpen 27/06/2002, TBH 2004, p. 64)”*
- MvT, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, 32:
  - *“Een vereffening na een ontbinding biedt daarbij niet dezelfde waarborgen. De persoon van en de ambtsvervulling door een vereffenaar is niet met dezelfde waarborgen omgeven als die van een curator.”*

- **Deficitaire vereffeningen: *over and out* ...??**
  - **Cass. 5 juni 2020, C.19.0550.F: OMMEKEER IN DE CASSATIELEER**
    - *“ Par ces énonciations, d’où il suit qu’aux yeux de la cour d’appel, qui n’a pas retenu l’existence d’une fraude, si le déroulement de la liquidation est exempt de tout reproche, il existe en revanche des indices que la décision même de mise en liquidation est préjudiciable aux créanciers en ce qu’elle les priverait du bénéfice d’actions pouvant être menées par un curateur et que, dès lors, la confiance des créanciers est factice, l’arrêt a pu, sans violer l’article XX.99 précité, décider que le crédit de la demanderesse était ébranlé et, partant, que les conditions de la faillite étaient réunies.”*
    - Een significant deel van de schuldeisers bleef achter de vereffening staan
    - De schuldeiser in kwestie vertegenwoordigde maar 0,16% van het passief
    - Over de vereffenaar en de wijze van vereffening waren er geen opmerkingen
    - Er was geen fraude vastgesteld



- E) Wat is de conclusie?
  - Globale visie over aanpak ondernemingen in moeilijkheden ontbreekt: de wetgever lijkt te kijken met een paardenbril (...)
  - De gerechtelijke reorganisatie en de deficitaire vereffeningen zijn de heilige huisjes van het insolventierecht gebleken.
  - De gerechtelijke reorganisatie werkt niet, slaat niet aan.
  - Grote rechtsonzekerheid, o.a. ook door gehaast en dus onzorgvuldig wetgevend werk.

- En wat met de schuldeisers??
- En wat met de maatschappelijke opdracht – gezondmaking van de markt?
- Er moet ook vastgesteld worden dat de wetgever sterfhuisconstructies toelaat en ondersteunt, en er een juridische rechtvaardiging voor geeft.
- Er moet eveneens vastgesteld worden dat misbruiken heel dikwijls ongestraft gelaten worden bij gebreke aan wettelijke middelen, gebrek aan tijd, gebrek aan mensen en middelen, ...
- *De lege ferenda*: herstructurering – EU-Richtlijn 2019/1023 van 20/06/2019 – omzetting
  - Wetsvoorstel van 10/06/2020 tot wijziging van Boek XX WER (DOC 55 1337/001)
  - Belang van preventie !!!

- De richtlijn (EU) 2019/1023 van 20/06/2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsel, ... wijst erop dat niet-levensvatbare ondernemingen zonder overlevingskansen zo snel mogelijk vereffend moeten worden :
  - Overweging (3) : *“... Tegelijkertijd moeten niet-levensvatbare ondernemingen zonder overlevingskansen zo snel mogelijk worden vereffend. Wanneer een schuldenaar in financiële moeilijkheden economisch niet levensvatbaar is of zijn economische levensvatbaarheid niet onmiddellijk kan worden hersteld, kunnen herstructureringsplannen ertoe leiden dat sneller verliezen worden gemaakt en deze zich opstapelen, ten nadele van schuldeisers, werknemers en andere betrokkenen, en van de economie als geheel.”*

- Prof. M.E. Storme:
  - *Is er voor de SE nog sprake van een 'equal protection of the law'? Er is weinig reden tot fundamentele vrolijkheid!*
  - *Het insolventierecht schiet zwaar te kort in haar taak de markt te zuiveren van...*
- Prof. J. Tirole – Nobelprijswinnaar economie 2014:
  - *Het is de fundamentele taak van het insolventierecht erover te waken dat de SE voldoende beschermd worden.*
  - *Het behoud van de werkgelegenheid is in die context contraproductief.*
  - *In het insolventierecht prioriteit geven aan de belangen van de SE verbetert de financiering van de gezonde bedrijven en draagt bij aan de gezondmaking van ondernemingen in moeilijkheden.*

- F) Enkele vragen die zich opdringen:
  - Wordt het niet eens stilaan tijd dat niet alleen op het nationale, maar ook op het Europese niveau kritisch nagedacht wordt over hoe in het belang van een gezonde macro-economische situatie met ongezonde ondernemingen omgegaan moet worden?
  - Helt de balans vandaag niet al te zeer door ten voordele van 'schuldenaarsbescherming' en 'tweede kansen' allerhande?
  - Welke moeten de aangepaste macro-economische ingrepen zijn om gezonde ondernemingen optimale kansen te geven?

Voor vragen, suggesties, opmerkingen:

**Joris J. De Smet**  
**Advocaat – Avocat**

*Lic. Rechten*

*Graduaat fiscale wetenschappen*

*Certificaat advocaat Hof van Cassatie in strafzaken*

**Avenue Winston Churchillaan 118B – Bruxelles 1180 Brussel**

**T +32 2 345 50 08 Fax +32 2 343 41 50**

**Res. Westerfield, Westerlaan 37B – 8790 Waregem**

**T +32 56 61 10 81 Fax +32 56 61 53 67**

**Bruul 27 – 9630 Zwalm**

**T +32 55 30 12 74 Fax +32 55 30 27 91**

[joris@jorisjdesmet.be](mailto:joris@jorisjdesmet.be)