
ONDERNEMINGSRECHTBANK ANTWERPEN 15 DECEMBER 2020

INSOLVENTIE**Faillissement – Kwijtschelding – Vorm verzoek – Kennelijk grove fout – Reikwijdte kwijtschelding**

Elke belanghebbende kan vorderen dat de kwijtschelding slechts voor een deel wordt toegekend of volledig wordt geweigerd bij gemotiveerde beslissing, indien de gefailleerde kennelijk grove fouten heeft begaan die hebben bijgedragen tot het faillissement.

Als de kennelijk grove fouten waarop de verzoekers zich beroepen en die door de rechtbank worden vastgesteld, zich niet situeren in de rechtstreekse onderlinge verhouding tussen de gefailleerde en de verzoekers, doch wel in de algemene houding van de gefailleerde in het economisch verkeer en die kennelijk grove fouten in een causaal verband staan met het gehele passief van het faillissement, wordt de kwijtschelding (in haar geheel) geweigerd ook al hebben de verzoekers alleen gevraagd de kwijtschelding tegenover hen te verwerpen.

INSOLVABILITÉ**Faillite – Effacement – Forme de la demande – Faute grave et caractérisée – Portée de l'effacement**

Tout intéressé peut demander que l'effacement ne soit accordé que partiellement ou refusé totalement par décision motivée si le débiteur a commis des fautes graves et caractérisées qui ont contribué à la faillite.

Si les fautes graves et caractérisées sur lesquelles se fondent les intéressés et qui sont constatées par le juge, ne se situent pas dans la relation contractuelle entre les intéressés et le failli, mais dans l'attitude générale du failli dont les fautes graves et caractérisées ont contribué à la faillite, l'effacement de la dette doit être refusé dans sa totalité.

K.V.H.

Zet.: T. Laurens (rechter), H. Tubax en L. Michiels (rechters in ondernemingszaken)

Pl.: Mrs. F. Sels en N. Vermeersch

1. Kader

1.a. De gefailleerde verzoekt de kwijtschelding bij toepassing van artikel XX.173 van het Wetboek van economisch recht ("WER").

1.b. Uit dit artikel XX.173 WER volgt dat een eventuele kwijtschelding slechts betrekking kan hebben op de "restschulden", zijnde de schulden die overblijven na sluiting van het faillissement.

1.c. De kwijtschelding wordt – al dan niet in zijn geheel – geweigerd indien de gefailleerde kennelijk grove fouten heeft begaan die hebben bijgedragen tot het faillissement (art. XX.173, § 3 WER), en zulks op vordering van een belanghebbende.

Het begrip "kennelijk grove fout" betreft een herneming van de aansprakelijkheidsgronden van (voorheen) artikelen 265-530 W.Venn. en thans artikel XX.225 WER.

Die "kennelijk grove fout" is de manifeste fout die elk normaal zorgvuldig en omzichtig bestuurder niet zou hebben gemaakt. "Kennelijk" duidt op marginale toetsing van het gevoerde beleid. Daarnaast moet het gaan om een grove fout, een fout die de essentiële normen van het dagelijks leven en van de samenleving aantast en waarvan de betrokkene wist

of hoorde te weten dat deze schade zou veroorzaken. Ze heeft een uitzonderlijk karakter, maar mag niet zo streng worden beoordeeld dat ze gelijk komt te staan met een strafbare inbreuk (zie ook Antwerpen 1 maart 2018, *TRV-RPS* 2018, nr. 4, 319-329, met noot N. SOMERS).

Vaak wordt besloten tot een "kennelijk grove fout" op basis van een samenspel van gedragingen, tegelijkertijd nefast voor de omvang van de activa en van de passiva

(zie ook K. DE SMET *et al.*, "Het nieuwe faillissementsrecht", *RDC-TBH* 2018, nr. 3, 255-265, vn. 51. Zie ook: D. PASTERGER en P. VANDEWEYER, "Examen de jurisprudence en matière d'effacement (et d'excusabilité): exorde (et épilogue)", *RDC-TBH*, 2020/9, 747).

1.d. In het kader van de vordering tot kwijtschelding dient de rechtbank onder meer de omstandigheden van het faillissement na te gaan, de oorzaken van het faillissement te bekijken (met name het gegeven dat al dan niet een kennelijk onredelijke fout werd begaan die aanleiding gaf tot het faillissement of die daartoe bijgedragen heeft) en een redelijke inschatting te hebben van de verwachte restschulden waarvan de kwijtschelding gevorderd wordt.

1.e. De rechtbank onderzoekt een en ander eveneens ambtshalve, gelet op onder meer artikel XX.7 van het WER:

“De rechtbank onderzoekt ambtshalve alle omstandigheden die relevant zijn voor de insolventieprocedure en beveelt ambtshalve elke nuttige onderzoeksmaatregel. Zij kan in dit verband getuigen horen en deskundigen aanstellen. In het kader van deze onderzoeksmaatregelen houdt de rechtbank rekening met de bijzondere regels die de ondernemingen bedoeld in artikel 1.1, 14°, beheersen en past, zo hiertoe aanleiding is, artikel XX.1, § 3, toe.

De rechter kan ambtshalve in de rechtsplegingen in dit boek bedoeld de rechtsdag bepalen en is daartoe niet gebonden door akkoorden die de partijen hebben gesloten.

Tegen deze maatregel staat geen rechtsmiddel open.”

Hierbij staat artikel XX.229 WER de rechtbank expliciet toe om “ambtshalve” na te gaan of “een kennelijke grove fout van de gefailleerde heeft bijgedragen tot het faillissement”. Uit de samenlezing van artikelen XX.229 en XX.173 WER volgt logischerwijze dat de rechtbank de kwijtschelding ook ambtshalve kan weigeren en dat de rechtbank in haar beoordeling niet beperkt is tot de elementen die bijgedragen zijn door partijen die zich tegen de kwijtschelding verzetten.

2. Standpunten partijen

(...)

3. Beoordeling

3.a. Vormvereisten, verzoekschrift

(...)

3.b. Prejudiciële vraag

In het algemeen stelt zich de vraag of een eventuele kwijtschelding zich kan uitstrekken tot schulden die (i) geen uitstaans hebben met de ondernemingsactiviteiten van de gefailleerde en (ii) die daarenboven hun grond vinden in feiten van voor de aanvang van de ondernemingsactiviteit. De rechtbank meent dat zulks niet of niet steeds het geval is.

Dergelijke schulden waren/zijn vooreerst per definitie kennelijk vreemd aan de onderneming en/of de rentabiliteit daarvan.

Gelet op de eenheid van vermogen, is het evident dat een insolvable natuurlijke persoon-ondernemer ook op privévlak in financiële problemen zal komen. In dat kader is het perspectief van de wetgever om ook dergelijke privéschulden op te nemen in de kwijtschelding begrijpelijk. In het andere geval kan het beoogde doel, de *fresh-startdoctrine* (“*nieuwe start*”), niet behaald worden, zijn privéschulden eerder te voldoen dan ondernemingsschulden. Dat zou leiden tot een ongelijkheid tussen de schuldeisers en is uitermate nadelig voor het ondernemingsbelang.

Dezelfde redenering geldt evenwel niet in de andere richting. De *fresh start* beoogt de failliete ondernemer een tweede kans te geven. De *fresh start* beoogt niet de – met alle respect

gezegd – veroordeelde en recidiverende crimineel een tweede kans te geven. De *fresh start* is geen aanmoediging voor een privépersoon zonder enige liquiditeit om een onderneming te starten, onvermijdelijk en uiterst voorspelbaar failliet te laten gaan en via die omweg zijn oude schulden kwijtgescholden te zien. Dat zou een ernstige afwending van het ondernemingsdoel uitmaken.

De (pecuniaire) vorderingen van BV Varko en BV VC Europe dateren van ruim voor de aanvang van de ondernemingsactiviteit van de gefailleerde per 1 januari 2018.

Bijgevolg hebben BV Varko en BV VC Europe geen belang bij hun vordering tot het stellen van een prejudiciële vraag.

3.c. Kennelijk grove fout?

3.c.i. De rechtbank volgt de theoretische argumentatie van de gefailleerde die stelt dat de kwijtschelding een recht is en dat dit recht met een quasi zekerheid toegekend dient te worden.

Inderdaad kan de kwijtschelding slechts geweigerd worden indien de gefailleerde een kennelijk grove fout heeft begaan die heeft bijgedragen tot zijn faillissement. Dergelijke kennelijk grove fout betreft een onbetwistbaar manifeste fout waarvan elk redelijk mens oordeelt dat ze grof is. Deze fout dient bijgedragen te hebben tot het faillissement zonder daartoe de (al dan niet uitsluitende) oorzaak te zijn. In de praktijk zal, aldus de parlementaire voorbereiding en de rechtsleer, in 95 tot 99 procent van de gevallen de kwijtschelding toegekend worden.

Dergelijk statistiek is beleidsmatig relevant, maar speelt op een individueel dossierniveau geen rol: de rechtbank dient immers nog altijd na te gaan welk dossier bij die “95 tot 99 procent” hoort, en welk dossier bij de overige “1 tot 5” procent. De statistiek is geen wettelijk criterium.

3.c.ii. De rechtbank meent dat volgende handelingen elk afzonderlijk, en evenzeer gezamenlijk, dergelijke kennelijk grove fouten uitmaken die hebben bijgedragen tot het faillissement.

1. Herhaaldelijke strafrechtelijke veroordelingen

Uit het verslag van de curator – die daarin niet tegengesproken wordt door de gefailleerde – volgt:

- dat de gefailleerde minstens vier strafrechtelijke veroordelingen heeft opgelopen die elk afzonderlijk gelden als afdoende bewijs van “*kennelijke grove fout*”;
- dat deze veroordelingen samen geleid hebben tot een schuld van meer dan dertien miljoen euro;
- dat deze schuld aanwezig was bij aanvang van de ondernemingsactiviteit;
- dat de oorzaak van het faillissement ligt in deze zware veroordelingen tijdens de periode 2014-2018.

De curator meent dat een en ander niet geldt als “*kennelijk grove fout*” die heeft bijgedragen tot het faillissement. Deze beoordeling door de curator bindt de rechtbank niet. De rechtbank volgt deze beoordeling ook niet. De beoordeling door de curator voegt een criterium toe dat door de wetgever niet voorzien is. Nergens in artikel XX.173 WER is bepaald dat de kennelijk grove fout zich dient te situeren in de ondernemingsactiviteit zelf. De enige voorwaarde is of de kennelijk grove fout tot het faillissement heeft bijgedragen. Dit laatste wordt door de curator bevestigd.

De aard van de procedure brengt inderdaad met zich mee dat een eventuele kennelijk grove fout in de zin van artikel XX.173 WER zich ook – minstens per hypothese – kan situeren in feiten die de aanvangsdatum van de ondernemingsactiviteit voorafgaan of die zich louter in de private sfeer situeren. Anders gezegd: voor de toepassing van artikel XX.173 WER is niet vereist dat de kennelijk grove fout zich situeert in de activiteit van of de uitoefening van de onderneming. Artikel XX.173 WER vermeldt zulks niet als voorwaarde van of beperking aan dergelijk “*kennelijk grove fout*”.

Er moet geen causaal verband worden aangetoond tussen de kennelijk grove fouten en het faillissement. Het volstaat dat zij ertoe hebben bijgedragen, ook al waren zij niet de enige oorzaak (zie ook: K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER, S. COOLS, F. JENNE en A. STEENO, “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen (1999-2010)”, *TPR* 2012, 331, nr. 267. Zie ook: Orb. Antwerpen (22ste k.) 25 juni 2019, *TIBR* 2020, afl. 1, RS-1 en www.tibr.be/ (6 mei 2020), *RDC-TBH*, 2020/6, 794 (in deze laatste publicatie wordt de datum van het vonnis foutief weergegeven – het betreft wel degelijk een en hetzelfde vonnis van 25 juni 2019).

2. Gebrek aan ernstig financieel plan bij aanvang van de onderneming – Ontoereikend aanvangsvermogen

K.V.H. beweert niet dat hij een financieel plan opgesteld of nageleefd heeft bij aanvang van zijn ondernemingsactiviteit. De rechtbank ziet niet in, en de heer V.H. licht niet toe, hoe zijn activiteit ooit rendabel had kunnen zijn of enige liquiditeit had kunnen genereren, mede gelet op zijn uiterst zware schuldenlast bij aanvang van de activiteit.

De rechtbank beschikt op geen enkele wijze over enige informatie over:

- een nauwkeurige beschrijving van de aard van zijn bedrijvigheid;
- een overzicht van alle financieringsbronnen bij oprichting, in voorkomend geval, met opgave van de in dat verband versterkte zekerheden;
- een openingsbalans;
- een geprojecteerde resultatenrekening;
- een begroting van de verwachte inkomsten en uitgaven;

– een beschrijving van de gehanteerde hypothesen bij de schatting van de verwachte omzet en de verwachte rentabiliteit (zie, per analogie, art. 5:4 WVV).

De wettelijke verplichting tot opmaak van dergelijk financieel plan geldt op zich niet voor een natuurlijke persoon-ondernemer. Het feit dat dergelijk fysiek financieel plan niet opgemaakt werd bij aanvang van de ondernemingsactiviteit maakt op zich geen kennelijk grove fout uit. Waar het evenwel om gaat, is dat de heer V.H. op geen enkel wijze toelicht hoe hij – op 1 januari 2018 – zijn ondernemingsactiviteit ooit ook maar enigszins rendabel had kunnen realiseren. Zijn openingsbalans stond toen reeds meer dan dertien miljoen euro in het rood. Reeds in 2016 en 2017 werden dwangbevelen betekend. Hij wist dat hij deze niet kon betalen.

De rechtbank kan niet anders dan vaststellen dat het aanvangsvermogen van deze onderneming geenszins toereikend was om de onderneming ook maar de geringste slaagkans te geven. Het nettoactief was bij aanvang uitermate negatief. De opeisbare schulden konden reeds bij aanvang niet voldaan worden. De liquiditeit was van bij aanvang uitermate negatief.

Wie als natuurlijke persoon een onderneming start, zonder zijn privévermogen af te scheiden, dient bij de beoordeling van de financiële slaagkansen vanzelfsprekend mee rekening te houden met zijn privévermogen en dus zijn privéschulden. Het gegeven dat zulks klaarblijkelijk niet gebeurd is, maakt een kennelijk grove fout uit in hoofde van de gefailleerde die bijgedragen heeft tot het faillissement. De onderneming had vanaf dag een geen enkele slaagkans. De onderneming had een kennelijk ontoereikend aanvangsvermogen.

3. Aanwending ondernemingsoogmerk – Laattijdige aangifte faillissement

Uit de stukken van het dossier in RegSol zelf blijkt dat ook de ondernemingsactiviteit zelf reeds lang voor faillissementsdatum haar betalingen gestaakt had (uit de door de curator aanvaarde aangifte van betaling van sociaal verzekeringsfonds “*Liantis*” blijkt dat sinds de aanvangsdatum van de onderneming per 1 januari 2018 werkelijk geen enkele sociale bijdrage betaald werd, zelfs niet voor het eerste kwartaal van de ondernemingsactiviteit; leverancier DPD werd klaarblijkelijk niet meer betaald sinds 3 april 2019).

De schuldenaar is evenwel verplicht, binnen een maand nadat hij heeft opgehouden te betalen, daarvan aangifte te doen ter griffie van de bevoegde rechtbank (art. XX.102.WER). K.V.H. heeft dat niet gedaan. Het niet tijdig aangifte doen van de staking van betaling is een kennelijk grove fout die bijgedragen heeft tot een verhoging van het passief in het faillissement (zie ook: Antwerpen (k. BS El) 6 februari 2020, 2019/AR/1330, *onuitg.*).

De rechtbank meent dat de omstandigheden en de timing evenwel doen vermoeden dat de gefailleerde zijn persoon-

lijke ondernemingsactiviteit slechts heeft aangevat (of geformeerd middels inschrijving in de KBO) teneinde in een nakende faillissementsprocedure het voorrecht van de kwijtschelding te kunnen genieten. De activiteit van de onderneming werd als het ware aangevat met het oog op de schuldsanering. Maar zelfs zo dit niet het geval is, dient de rechtbank vast te stellen dat de faillissementsaangifte laattijdig was: de staking van betaling binnen de ondernemingsactiviteit zelf, louter wat betreft de ondernemingsschulden, was minstens op 3 april 2019 een feit.

De laattijdige aangifte van staking van betaling (of *in casu*: het gebrek aan aangifte) maakt eveneens een kennelijk grove fout uit die bijgedragen heeft tot het faillissement.

3.d. Bij het bovenstaande houdt de rechtbank geen rekening met de merkwaardige discrepantie in het feitenrelaas van de gefailleerde die enerzijds bij conclusie stelt *“werkonbekwaam”* te zijn, doch anderzijds de rechtbank per 5 oktober 2020 liet weten niet naar de zitting te kunnen komen nu hij zijn *“werkgever hiervan (dient) te berichten aangezien ik sinds enkele dagen werk heb”*. Mogelijk betreft dit evenwel een louter communicatief misverstand, waarvoor op zich begrip.

3.e. Reikwijdte kwijtschelding

Rest nog de vraag of de niet-kwijtschelding beperkt is tot de schulden van BV Varko en/of BV VC Europe. Beide vennootschappen menen dat zulks het geval is. Zij vragen de overige schulden wel kwijt te schelden.

Elke belanghebbende kan vorderen dat de kwijtschelding slechts voor een deel wordt toegekend of volledig wordt geweigerd bij gemotiveerde beslissing, indien de gefailleerde kennelijk grove fouten heeft begaan die hebben bijgedragen tot het faillissement (zie ook: B. WYLLEMAN, *“Kwijtschelding”* in X, *Faillissement & Reorganisatie*, 2018, 7.F-35. Deze auteur stelt eveneens in het zelfde artikel (p. *“F-39”*): *“Wanneer enkel een individuele schuldeiser zich verzet tegen de kwijtschelding en niet ook de curator of het Openbaar Ministerie, rijst de vraag of de rechtbank ook dan de gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van alle schulden kan weigeren dan wel of zij enkel de kwijtschelding kan weigeren van de schuld jegens de verzetdoende schuldeiser.*

Het antwoord op deze vraag is onzeker. Vanuit procesrechtelijk oogpunt heeft de schuldeiser enkel belang om te vorderen dat de kwijtschelding van de schuld jegens hemzelf wordt geweigerd. Meer nog: het druist tegen zijn belangen in dat

ook de kwijtschelding van andere schulden wordt geweigerd, aangezien hij in dat geval bij het latere verhaal tegen de schuldenaar in concurrentie zal treden met deze schuldeisers. Een schuldeiser hoeft niet ‘de hoeder van zijn broeder’ te zijn en treedt in beginsel op in zijn eigen belang. Vanuit deze optiek valt er veel voor te zeggen dat het verzet of het derdenverzet van een individuele schuldeiser enkel hem ten goede komt.”

De rechtbank treedt deze visie slechts beperkt bij, zo bijvoorbeeld:

– in de mate dat de *“kennelijk grove fout”* zich enkel situeert in de commerciële of contractuele verhouding tussen de betreffende individuele schuldeiser en de gefailleerde;

– ofwel in de mate dat de *“kennelijk grove fout”* slechts bijgedragen heeft tot een verhoging van het passief en in de mate van dergelijke verhoging van het passief.

In casu dient de rechtbank vast te stellen dat de kennelijk grove fouten waarop van BV Varko en/of BV VC Europe zich beroepen en die door de rechtbank worden vastgesteld, zich niet situeren in de rechtstreekse onderlinge verhouding tussen de partijen, doch wel in de algemene houding van de gefailleerde in het economisch verkeer. Dezelfde kennelijk grove fouten staan in een causaal verband met het gehele passief van het faillissement.

Gelet op het voorgaande wordt de kwijtschelding (in zijn geheel) geweigerd.

3.f. Partijen vorderen onderling een rechtsplegingsvergoeding. De (eventuele) kwijtschelding is evenwel een incident van de afwikkeling van de faillissementsprocedure en noopt niet tot een afzonderlijke rechtsplegingsvergoeding (zie ook: Antwerpen (k. BS El) 12 maart 2020, 2019/AR/2082, *onuitg.*).

Beslissing

(...)

De staat van kosten en erelonen van de curator wordt bekrachtigd. De rechtbank kent K.V.H. de kwijtschelding niet toe.

Het faillissement wordt gesloten.

Een uittreksel van dit vonnis dient door de curator bekendgemaakt te worden in het *Belgisch Staatsblad*. De kosten hiervan zijn ten laste van de boedel.