

## DEFICITAIR IS NIET FAILLIET

### Over de vrijwillige ontbinding en vereffening van vennootschappen

**Een vennootschap in ernstige (financiële) moeilijkheden kan kiezen tussen twee paden: het pad van de continuïteit of dat van de discontinuïteit. De keuze zal geïnspireerd zijn door economische motieven en vooral door het toekomstperspectief.**

Continuïteit vereist ingrijpen in de kosten, beschikbaar van de kredieten, het aantrekken van nieuw kapitaal of quasi-kapitaal via aandeelhoudersleningen. Het kan een pijnlijke operatie zijn, waartoe de aandeelhouders en andere belanghebbenden bij het vennootschapsleven slechts bereid zijn als de vennootschap rendabel is, of het minstens kan worden.

Wie kiest voor het traject van de continuïteit, kan sinds 1 april 2009 gebruik maken van de Wet op de Continuïteit van Ondernemingen van 31 januari 2009 (WCO). In één jaar tijd hebben zowat 850 ondernemingen (vennootschappen of natuurlijke personen) de bescherming van deze wet aangevraagd. Deze bescherming is een tijdelijke opschorting van betalingen: tijdens dit moratorium kunnen de bestaande schuldeisers hun opeisbare vorderingen niet meer gedwongen laten uitvoeren op het vermogen van de onderneming. De geboden tijd kan worden aangegrepen om een minnelijk akkoord (met minstens twee schuldeisers) uit te werken, een gerechtelijke reorganisatie (doorgaans een schuldvermindering, met afbetalingsplan, variërend in functie van categorieën van schuldeisers) te laten goedkeuren of een overdracht van onderneming onder gerechtelijk gezag (door een gerechtsmandataris) te realiseren.

Kiezen voor de discontinuïteit is het opgeven van de bestaande vennootschap, het einde van de rechtspersoon. Deze keuze dreigt nog pijnlijker te worden. Ook hier zijn er nochtans twee paden die soms verrassend dicht bij elkaar lopen: het faillissement en de vrijwillige ontbinding van de vennootschap.

Het idee leeft echter dat de vennootschap die, omwille van financiële moeilijkheden, kiest voor het traject van discontinuïteit, noodzakelijk het faillissement moet aanvragen. Voor veel bedrijfsleiders is dit werkelijk een schrikbeeld, vermits aan het faillissement een stigma kleeft dat

zal afstralen niet alleen op de 'mislukte' bedrijfsleider zelf, maar ook op de al dan niet verwante vennootschappen waarin hij betrokken is. Dit idee is een misvatting, vermits ook de vrijwillige ontbinding, gevolgd door de vereffening van het vennootschapsvermogen dikwijls een optie zal zijn. Het is in dat geval de algemene vergadering van de vennootschap zelf die beslist wie wordt aangesteld als vereffenaar en die zijn bevoegdheden bepaalt. Een ontbindingsbesluit kan men ook nemen om andere redenen dan financiële moeilijkheden (bijvoorbeeld omdat de bedrijfsleider wil stoppen en geen opvolgers heeft), zodat dit discontinuïteitsscenario niet dezelfde kwalijke bijklank heeft als een faillissement. De afwikkeling van de vereffening na vrijwillige ontbinding is ook flexibeler, waardoor het vennootschapsvermogen dikwijls aan betere voorwaarden kan worden gerealiseerd.

#### WAAROM EEN FAILLISSEMENT ONAFWENDBAAR LEEK

Een vennootschap die omwille van financiële moeilijkheden kiest voor discontinuïteit, bevindt zich, per definitie, niet in een riant positie. Komt daarbij dat de ontbinding en vereffening van een vennootschap aanleiding zal geven tot het eisbaar worden van nog meer belangrijke schulden. Voorbeeld: de vereffenaar voert een collectief ontslag door, waardoor het sociaal passief eisbaar wordt.

Bovendien duurt het liquide maken van het vennootschapsvermogen soms lang. Voorbeeld: een onroerend goed kan maar verkocht worden, na het uitvoeren van een oriënterend, een beschrijvend bodemonderzoek of zelfs een bodemsanering. Gevolg van deze rampspoed is noodzakelijk dat de eisbare schulden langere tijd niet betaald kunnen worden. Een handelaar die zijn eisbare schulden niet meer kan betalen door duurzame liquiditeitsproblemen en die geen krediet meer krijgt om hieraan te verhelpen, is failliet. Het staat vast dat een vennootschap in vereffening een handelaar blijft. Vermits de faillissementsvoorwaarden van openbare orde zijn, leek er geen ontsnappen aan en het ontbinden van de vennootschap een maat voor niets.

Daarbij kwam nog een fiscaal probleem.

De fiscale administratie stond lange tijd op het standpunt dat de schuldeisers die aanvaardden dat een vereffening werd afgesloten zonder (integrale) betaling van hun vordering, daarmee impliciet afstand deden van (een deel van) hun vordering op de vennootschap in vereffening. Dergelijke afstand verhoogt noodzakelijk het eigen vermogen van de vennootschap in vereffening, zodat deze een fiscaal belastbaar resultaat moest boeken. Bij veronderstelling kon de vennootschap in vereffening de hierop drukkende belasting niet betalen. Met de eindstreep in zicht impliceerde dit finaal dat de vereffenaar toch de boeken moest neerleggen.

#### DEFICITAIRE VEREFFENING IS EEN OPTIE

##### De wetgeving

Het idee dat een deficitaire vereffening buiten faillissement niet mogelijk zou zijn, spoort helemaal niet met de wetgeving. De vennootschapswetgeving aanziet niet het faillissement, maar wel de ontbinding als ultieme remedie tegen continuïteitsbedreigingen.

Bij bedreiging van de continuïteit van een vennootschap, schrijft het Wetboek van Vennootschappen inderdaad niet voor dat de vennootschap zich moet beraden over het aanvragen van een faillissement. Als de alarmbel luidt – het netto-actief is gedaald tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal – moet de Algemene Vergadering wel beraadslagen en besluiten over de ontbinding (artikel 332 W. Venn. voor de bvba en 633 voor de nv). Na (vrijwillige) ontbinding van de vennootschap is de kerntaak van de vereffenaar het vermogen te liquideren, om het vervolgens te verdelen tussen de schuldeisers, naar evenredigheid, rekening houdend met de wettelijke rangorde. Deze kerntaak is beknopt te lezen in artikel 190 § 1 W. Venn. Het heeft zelfs geen zin om te spreken over een evenredige verdeling, zo een vereffening maar kan voortgezet worden als alle schuldeisers volledig kunnen betaald worden. De opdracht van de vereffenaar impliceert dus dat een deficitaire vereffening mogelijk is. Recentere wetgeving bevestigt dit nog krachtiger en zonder dubbelzinnigheid.



We hadden het reeds over de WCO en de mogelijkheid om in dat raam te opteren voor een overdracht van onderneming. Het spreekt voor zich dat, eens de vennootschap niet meer beschikt over een onderneming, continuïteit moeilijk te handhaven zal zijn. Artikel 67 WCO voorziet dan ook dat de rechtbank van koophandel na overdracht van onderneming, bij het beoordelen van het verzoek tot afsluiting van de procedure, aan de schuldenaar rechtspersoon (een vennootschap dus) kan bevelen een algemene vergadering bijeen te roepen 'met de ontbinding als agenda'. Ook hier is bij continuïteitsbedreiging geen sprake van een mogelijk faillissement, wel van een vrijwillige ontbinding.

### De rechtspraak

In de rechtspraak is decennialang aan de weg getimmerd. Aan de ontbinding van een vennootschap, gevolgd door de vereffening van haar vermogen, kende het Hof van Cassatie geleidelijk aan dezelfde gevolgen toe als aan een faillissement. Deze gevolgen worden samengevat onder de noemer samenloop van schuldeisers. Alle schulden worden eisbaar, worden vastgelegd en de schuldeisers kunnen maar in de wettelijke rangorde betaling bekomen. De vereffenaar kan de schuldeiser, die hier tegen in wil gaan door beslag te leggen, een halt toeroepen en zelfs de fiscus beletten een wettelijk hypotheek te nemen. Schuldeisers van een vennootschap in vereffening zijn er dus niet beter aan toe dan schuldeisers van een failliete vennootschap. Beiden moeten in de rij staan tot ze bij de afwikkeling van het faillissement of de vereffening (al dan niet) een dividend ontvangen.

Het goede nieuws is dat deze schuldeisers ook niet slechter behandeld mogen worden. Dit besliste het Arbitragehof op 18 april 2007. Zoals bekend toetste het Arbitragehof (thans omgedoopt tot Grondwettelijk Hof) onze wetgeving aan het gelijkheidsbeginsel van artikel 10 en 11 van de Grondwet. Kort samengevat was het geval het volgende. Een gerechtelijk akkoord – de vroegere versie van de gerechtelijke reorganisatie – wees op financiële moeilijkheden en kon ook mislukken. Om leveranciers aan te moedigen toch te leveren aan een onderneming onder gerechtelijk akkoord, bevoordeelde artikel 44, 2de lid van de Wet op het Gerechtelijke Akkoord deze moedigen. Indien het gerechtelijk akkoord faalde en

uitmondde in een faillissement, kregen deze schuldeisers een preferente behandeling en moesten zij betaald worden op dezelfde voet als de beheerskosten die de curator zelf had gemaakt, dit wil zeggen in principe voor alle andere schuldeisers. Een mislukt gerechtelijk akkoord kon echter ook eindigen in een vrijwillige ontbinding van de vennootschap schuldenaar. Dezelfde moedige leveranciers werden in dat geval door artikel 44, 2de lid niet bevoordeeld. Dit was – aldus het Arbitragehof – in strijd met de bedoeling van de wetgever 'om van ontbinding een alternatief te maken voor het faillissement in geval van mislukking van het gerechtelijk akkoord.' De WCO, die de wet op het gerechtelijk akkoord heeft vervangen, heeft het gewraakte onderscheid dan ook laten varen (artikel 37).

Het finaal besluit van het Hof van Cassatie was dan ook logisch: alhoewel een vennootschap in vereffening nog failliet verklaard kan worden, moeten de faillissementsvoorwaarden in dat geval anders bekeken worden. Het feit zelf dat de vereffenaar niet (onmiddellijk) alle eisbare schulden van de vennootschap kan betalen, leidt niet tot een faillissement, oordeelde het Hof. Het krediet van een vennootschap in vereffening wankelt immers niet zolang een significant deel van schuldeisers het vertrouwen in de vereffenaar en de vereffening bewaart, wat wil zeggen dat deze schuldeisers het feit accepteren dat ze geen volledige betaling zullen bekomen (Cassatie 6 maart 2003 en 14 januari 2005).

### De controle door de rechtbank

Het wantrouwen dat bestond tegen de vrijwillige ontbinding, gevolgd door een deficitaire vereffening, had ook te maken met cowboypraktijken van malafide vereffenaars, van hetzelfde slag als degenen die kasgeldvennootschappen 'kochten' en met het geld verdwenen. De wetgever heeft met de Wet van 2 juni 2006 de redenen om een vereffenaar en de vereffening te wantrouwen grotendeels weggenomen. Sinds deze wet kunnen vereffenaars enkel maar in werking treden, nadat hun benoeming door de rechtbank van koophandel is bevestigd. De vereffenaar mag geen ex-gefaillieerde zijn, geen vermogensdelicten op zijn kerfstok hebben en moet 'alle waarborgen van rechtchapenheid bieden'. Vervolgens moet de vereffenaar jaarlijks (in het eerste jaar twee keer) een verslag over de evolutie

van de vereffening neerleggen op de griffie van de rechtbank van koophandel. Het verslag is ter inzage van de schuldeisers. Ten slotte moet de vereffenaar ook zijn verdeelstaat aan de rechtbank van koophandel voor akkoord voorleggen, vooraleer de vereffening kan worden gesloten. De wijzigingen werden opgenomen in het wetboek van vennootschappen en zijn becommentarieerd in een omzendbrief van de Minister van justitie van 14 november 2006.

### De rullingcommissie

De laatste kaap die genomen moest worden, was – hoe kan het anders – de fiscale. Uiteindelijk onderkende ook de rullingcommissie de nieuwe juridische realiteit in een voorafgaande beslissing van 28 juli 2009 (nr. 800.412). De rullingcommissie besliste dat het feit dat de schuldeisers instemmen met een deficitaire vereffening geen kwijschelding van schulden impliceert en dus ook geen belastbaar resultaat creëert. De rullingcommissie verwees in haar motivering naar de cassatierechtpraak, maar ook naar een advies van de Commissie van Boekhoudkundige Normen (advies 170/1, Bull. C.B.N, nr. 34, maart 1995, blz. 34). De C.B.N. adviseerde reeds in 1995 dat 'wanneer bij het sluiten van de vereffening niet alle schulden kunnen worden terugbetaald bij gebreke aan voldoende activa, deze niet betaalde schulden in de vereffeningstaat van de vennootschap als schulden geboekt moeten blijven, wat zal leiden tot een negatief eigen vermogen'.

### BESLUIT

Als een vennootschap noodgedwongen besluit tot discontinuïteit, kan zij opteren voor ontbinding, gevolgd door vereffening, zelfs al zal deze deficitair zijn. Bij het ontbindingsbesluit zal bijzondere aandacht moeten worden besteed aan de keuze van de vereffenaar. Deze zal immers niet alleen het vertrouwen van de aandeelhouders, maar ook van de schuldeisers en vooral van de rechtbank van koophandel moeten genieten. Eens de vereffeningprocedure correct is opgestart, zijn de gevolgen ervan analoog met deze van een faillissement en is er – mits de wettelijke regels eigen aan een samenloop worden gerespecteerd – actueel weinig kans dat de vennootschap in vereffening uiteindelijk nog failliet zal worden verklaard op vordering van een individuele schuldeiser. ■