

Instandhouding en overdracht van ondernemingen in moeilijkheden door (gerechtelijk) bewindvoerders

Rik Crivits

INHOUDSOPGAVE

Inleiding	p. 2
Rechtspositie van de bewindvoerders	p. 5
<i>Algemeen</i>	p. 5
<i>De pandverzilveraar van een handelszaak</i>	p. 6
<i>De voorlopig bewindvoerder bij toepassing van art. 8 Faill. W.</i>	p. 8
<i>De vereffenaar van een ontbonden vennootschap</i>	p.12
<i>De commissaris inzake opschorting</i>	p.15
<i>De faillissementscurator</i>	p.19
Het instandhouden van de onderneming	p.22
<i>Algemeen – over samenloop</i>	p.22
<i>De pandverzilveraar van de handelszaak</i>	p.29
<i>De voorlopig bewindvoerder</i>	p.30
<i>De commissaris inzake opschorting</i>	p.33
<i>De vereffenaar en de curator</i>	p.36
Overdracht van ondernemingen	p.48
<i>Algemeen</i>	p.48
<i>De pandverzilveraar van de handelszaak</i>	p.49
<i>De voorlopig bewindvoerder van art. 8 Faill. W.</i>	p.51
<i>De commissaris inzake opschorting</i>	p.52
<i>De vereffenaar en de curator</i>	p.57
Verbanden en overgangen tussen de verschillende stelsels van bewindvoering	p.61

<i>Algemeen</i>	p.61
<i>De pandverzilveraar van de handelszaak</i>	p.61
<i>Voorlopig bewindvoerder in het raam van art. 8 Faill. W.</i>	p.62
<i>De vereffenaar</i>	p.62
<i>De commissaris inzake opschorting</i>	p.63
<i>De faillissementscurator</i>	p.64
Slotbedenkingen	p.67

Inleiding

1 Het begrip *onderneming* is niet éénduidig juridisch gedefinieerd. De uit de rechtsleer bekende definities zijn eerder economisch van aard¹. Van Gerven, bijvoorbeeld, definieert de onderneming als “*een zelfstandige en duurzame organisatie waarbinnen één of meerdere personen met behulp van materiële en immateriële middelen, goederen of diensten produceren of verdelen, d.i. toegevoegde waarde voortbrengen. Zij doen dit tegen betaling door de afnemer van die goederen of diensten, van een vergoeding welke ertoe strekt en erop berekend is om tenminste zoveel inkomsten op te leveren als er uitgaven nodig zijn voor een continue werking van de organisatie*”² Voor het doel van ons betoog is het van belang dat de *ondernemer*³ - die zowel een natuurlijke persoon als een vennootschap kan zijn – verschillende componenten samenbrengt in een organisatie. Deze organisatie is geen ééndagsvlieg, maar continu over een zekere tijdsduur. Alhoewel de organisatie ook een levend organisme is, waarvan delen wegvallen of wijzigen, wordt haar continuïteit bevestigd, onder meer door de naam waaronder ze naar buiten treedt. Het laat weinig twijfel dat dit geheel, deze organisatie, meer is dan de som van de samenstellende componenten. Hieruit wordt afgeleid dat de onderneming ook een *meerwaarde* heeft ten opzichte van alles wat haar samenstelt. Dit is doorgaans zo, als het derde onderdeel van de geciteerde definitie, niet alleen wordt nagestreefd, maar ook wordt bereikt: er wordt winst gemaakt of minstens is er geen *cashdrain*. Zodra de (kas-)opbrengsten echter de (kas-)kosten, die voor de werking nodig zijn, niet meer dekken dreigen moeilijkheden voor de onderneming. Van dan af, wordt het waarschijnlijker dat de componenten afzonderlijk, een grotere economische ruilwaarde hebben dan het geheel.

¹ voor een overzicht: DE NEF, M., “De V.Z.W.: aan winstoogmerk en koopman voorbij, naar een economisch ondernemingsrecht?”, in JAN RONSE INSTITUUT (Ed.), *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht, Zoeken naar oplossingen voor de 21^{ste} eeuw*, 1999, p. 435 e.v., inz. nrs. 20 – 29, p. 451 – 458.

² VAN GERVEN, W., *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. Handels- en economisch recht. Deel 1: Ondernemingsrecht. Volume A*. 3^{de} ed. 1989, nr. 56, p. 73; deze definitie is overgenomen in DIRIX, E., TILLEMANN, B. en VAN ORSHOVEN, P. (red.), *De Valks juridisch woordenboek*, Intersententia, 2001, p. 222.

³ In de verdere tekst wordt het begrip *onderneming* als economisch begrip gehanteerd, terwijl met *ondernemer* de rechtspersoon of natuurlijke persoon wordt bedoeld, die de titularis is van eigendoms- of andere gebruiksrechten op de activacomponenten van de onderneming (dus vooral van de handelszaak) en deze onderneming leidt.

Het uiteenvallen van een onderneming in moeilijkheden is niet *per se* slecht. De componenten, of toch sommige ervan, kunnen als het ware in het economisch circuit gerecycleerd worden. Dit geldt zowel voor activa-elementen van de onderneming, die verzameld zijn in haar handelszaak, als voor de bedrijfsleiding, de werknemers en de leveranciers ervan. Deze bij een onderneming betrokken personen zullen een nieuwe taak of afnemer zoeken en meestal vinden in een andere onderneming, waar ze hun knowhow kunnen aanwenden en nieuwe inzichten zullen verwerven. Deze recyclage kan leiden tot oprichting van nieuwe en tot groei van andere ondernemingen. De keerzijde is dat ook herbruikbare materialen, machines en kennis aan waarde inboeten of, economisch beschouwd, zelfs helemaal waardeloos worden⁴.

Vandaag is het meer in overeenstemming met de heersende opvatting, te streven naar het behoud van bestaande ondernemingen, zelfs al kennen deze moeilijkheden⁵. Iedereen lijkt het erover eens dat deze opvatting vertaald werd in de Wet op het Gerechtelijk akkoord van 17 juli 1997. Omwille van het doel de onderneming in moeilijkheden in stand te houden, impliceert toepassing van deze wet dat inspanningen worden gevraagd, onder meer van zij die goederen of diensten leverden aan die onderneming en hiervoor niet werden betaald. M.a.w. het belang van schuldeisers – die dikwijls ook inkomsten wilden verwerven om de uitgaven verbonden aan *hun* onderneming te dekken – wordt achtergesteld voor het hoger doel. Met de bescherming die de wet aan de zwakkere biedt, wordt de wet van de sterkste terzijde gesteld.

2. Op initiatief van de ondernemer zelf, van bepaalde van zijn schuldeisers, van de Procureur des Konings of zelfs ambtshalve, kan de Rechtbank van Koophandel (of haar Voorzitter) drastisch ingrijpen in het ondernemingsleven. De Voorzitter kan, bij toepassing van art. 8 van de Faillissementswet, een voorlopig bewindvoerder of, bij toepassing van de wet van 25 oktober 1919, een pandverzilveraar van de handelszaak aanstellen. De Rechtbank kan de gerechtelijke ontbinding, het gerechtelijk akkoord of het faillissement uitspreken. Deze maatregelen hebben gemeen, dat de Rechtbank (of de Voorzitter) een derde aanstelt met bevoegdheden i.v.m. de onderneming. Deze derde werd traditioneel *gerechtelijk mandataris* genoemd, maar heet thans veeleer een

⁴ DELMARTINO, Dirk, "Nv Sabena was te redden, Interview met Christian Van Buggenhout drie maanden curator bij Sabena", *De Standaard*, 5 februari 2002, 16, waarin o.m. volgende uitspraken van Van Buggenhout zijn opgetekend: "*Daar werken mensen die met hart en ziel gekozen hebben voor hun job. Sommigen zeggen wel dat je een airhostess kunt recyclen tot winkeljuffrouw, maar dat is niet hetzelfde. Daarenboven is dat een macro-economisch verlies. De vorming wordt nutteloos. In de tewerkstellingscellen is men nu volop bezig mensen om te turnen. Ook dat zijn kosten die vermeden worden als je de mensen werk kunt bieden in hun branche.*" "*Mijn taak is ook ervoor te zorgen dat de handdoek niet in de ring gegooit wordt. Ik heb zoveel waardevernietiging gezien, dat ik daar echt van doordrongen ben. Als ik één visie heb, is het dat je nooit mag opgeven de waarde van een onderneming te behouden. Je mag niet te vlug de sleutel onder de deur steken. Want eenmaal gedaan, is het gedaan. Kijk alleen al naar de solidariteit. Bij Sabena sprak men altijd van de Sabéniens. Wat zijn de Sabéniens vandaag? Niemand. Dat is meneer van Pieperzele en mevrouw Janssens. Sabena bestaat niet meer en is onherroepelijk weg. Verdwijnen gaat heel snel, opbouwen veel moeilijker.*"; voor een vergelijkbare benadering zie: VEROUGSTRAETE, I., en VAN BUGGENHOUT, C., "Faillissement en continuïteit van de onderneming", *T.P.R.*, 1990, p. 1731 e.v.

⁵ VAN BUGGENHOUT, C., "Het beleid van de rechter in de overdracht van de onderneming in moeilijkheden", *T.B.H.*, 2001, p. 72 e.v..

*bewindvoerder*⁶. Hij voert een beheers-, aanzuiverings- of vereffeningsbewind, over een vermogen dat, in min of meerdere mate, *buiten bezit* is gesteld, omdat de ondernemer zijn bevoegdheden verliest of door toezicht beknot ziet⁷. Bewindvoerders kunnen 'voorlopig-', 'pandverzilveraar', 'vereffenaar', 'commissaris in zake opschorting' of 'curator' zijn.

De figuur van ontbinding is de enige, waartoe een ondernemer, zonder tussenkomst van de Rechtbank, ook zelf kan beslissen, met inbegrip van de keuze van de vereffenaar. De rechtsstrijd tot uitbreiding van het gebruik van deze figuur, vindt vooral daarin zijn oorsprong. Vanuit het standpunt van een ondernemer, is het immers een stuk geruststellender zelf een vereffenaar te mogen kiezen, dan een wildvreemde bewindvoerder te moeten ondergaan.

3. Het behoud van een onderneming, nadat een bewindvoerder is aangesteld, veronderstelt dat het wettelijk kader dit toelaat. Gegeven dat een onderneming doorgaans niet van de ene dag op de andere kan worden overgedragen, impliceert dit veelal, dat de onderneming *on on going concern* blijft. Hiertoe is er geld nodig, moeten bestaande overeenkomsten kunnen worden verder gezet en eventueel nieuwe worden gesloten. Verder moet worden belet dat de schuldeisers activa die nodig zijn voor het voortbestaan van de onderneming, individueel kunnen uitwinnen.

Het is ook de bedoeling dat de bewindvoerder zo snel mogelijk zijn bevoegdheid over de onderneming afstaat. Indien de ondernemer niet in zijn bevoegdheden kan worden hersteld, is een overdracht van de gehele onderneming of van delen ervan het uiteindelijke doel. Hiertoe moet de bewindvoerder (desgevallend na wat snoeiwerk) de nodige componenten kunnen leveren aan de overnemer, die meestal de schulden van de vorige titularis niet op zich zal willen nemen en dus 'vrij en onbelast' geleverd wil zien .

4. De genoemde bewindvoerders zitten in aparte hokjes en hebben sterk afwijkende opdrachten en bevoegdheden. Dit sluit niet uit dat een onderneming achtereenvolgens of tezelfdertijd onder verschillende systemen van bewindvoering kan

⁶ DE CORTE, R., "Samenloop van preferente aanspraken", *T.P.R.*, 1983, , nr. 6, p. 216; i.v.m. de faillissementscurator, zie o.m.: COLLE, Ph., "Recente ontwikkelingen in het faillissementsrecht: de ware functie van de curator, de boedelschulden en het faillissement van de vennootschap in vereffening", *Handels-economisch en financieel recht*, Post-Universitaire cyclus Willy Delva 1994/1995,, p. 3, nr.2; VAN BUGGENHOUT, C., "De rechtspositie van de curator in het faillissementsrecht en het sociaal recht", *Handels-economisch en financieel recht*, Post-Universitaire cyclus Willy Delva 1994/1995, p. 28-29; DIRIX, E., "De bewindvoerder in het insolventierecht", *Liber Amicorum Walter van Gerven*, p. 521 e.v..

⁷ Vergelijk art. 1 van de Europese Insolventieverordening van 29 mei 2000: "Deze verordening is van toepassing op collectieve procedures die, op de insolventie van de schuldenaar berustend, ertoe leiden dat deze schuldenaar het beheer en de beschikking van zijn vermogen geheel of ten dele verliest en dat een curator wordt aangewezen." Uit de bijlage A bij de verordening blijkt dat enkel volgende Belgische insolventieprocedures onderworpen zijn: het faillissement, het gerechtelijk akkoord en de collectieve schuldenregeling. O.m. DIRIX, E. en SAGAERT, V., noteren dat het preciezer zou geweest zijn de overkoepelende term 'bewindvoerder' ('trustee' i.p.v. 'liquidator') te hanteren: "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening", *T.B.H.*, 2001, 582, nr. 4, noot 7.

terechtkomen. Krachtens de wet of hun deontologie zullen de personen die bewind voeren over dezelfde onderneming in een ander systeem, ook doorgaans anderen zijn.

De pogingen van een bewindvoerder tot behoud van een onderneming of tot overdracht ervan, kunnen worden doorkruist door de inwerkingstelling van een ander systeem van bewindvoering. Ook aan dergelijke verbanden en opvolgingssituaties moet dus aandacht worden besteed.

5. In deze uiteenzetting wordt in een eerste deel gepoogd de rechtspositie van de verschillende bewindvoerders in het algemeen te schetsen. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de mogelijkheden waarover ze beschikken om een onderneming *on going concern* te houden. Hierbij zal nader worden ingegaan op het begrip *samenloop* omdat dit een rol speelt bij het afweren van uitvoeringshandelingen van individuele schuldeisers. In een derde deel bespreken we de overdracht van de onderneming (of van een deel ervan) door de bewindvoerders. In een vierde en laatste deel worden de verbanden tussen de verschillende stelsels van bewindvoering benaderd.

Gezien de omvang van het onderwerp kan dit alles uiteraard niet exhaustief worden behandeld.

Rechtspositie van de bewindvoerders

Algemeen

6. De besproken bewindvoerders hebben gemeen dat ze als neutraal bewindvoerder⁸ worden aangesteld door de Rechtbank van Koophandel of haar Voorzitter⁹. Door hun aanstelling bekomen ze bevoegdheden, die betrekking hebben op een geheel van vermogensbestanddelen van de onderneming of zelfs op de gehele onderneming. Deze bevoegdheden gaan een stuk verder dan deze die een notaris of gerechtsdeurwaarder in het raam van een uitvoering na beslag hebben, al was het omdat de bevoegdheden van een notaris of een gerechtsdeurwaarder niet op een geheel betrekking hebben, maar enkel op welbepaalde activa.

De aanstelling heeft ook steeds betrekking op een onderneming die op één of andere manier in moeilijkheden verkeert, omdat de ondernemer er niet in slaagt zijn schulden of bepaalde van zijn schulden te voldoen¹⁰. Minstens is er een ernstige dreiging dat hij hierin in de nabije toekomst niet meer zal slagen.

⁸ DIRIX en DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, in, *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, deel XII, 1999, nr. 29, p. p. 27 – 29 en nr. 46, p. 38.

⁹ Of kunnen worden aangesteld, wat betreft de vereffenaar van een ontbonden vennootschap.

¹⁰ Vgl. COLLE, P., *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, 1989, 14, die stelt dat: “een onderneming in moeilijkheden verkeert vanaf het ogenblik dat haar toestand omwille van economische, financiële, sociale of andere redenen, zodanig evolueert dat redelijkerwijze verwacht mag worden dat zij vroeg of laat moeite zal ondervinden om voldoende inkomsten voort te brengen teneinde aan al haar wettelijke en contractuele verplichtingen te voldoen en de investeringen te blijven verrichten die zich opdringen”; zie ook: VAN BUGGENHOUT, C., “Overname van ondernemingen in moeilijkheden of in faillissement”, in VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (Ed.), *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, 1994, p. 187.

Er wordt een neutraal bewindvoerder aangesteld, omwille van de bescherming van een algemeen belang. Niet louter de individuele belangen van de initiatiefnemende schuldeiser, van de ondernemer of van de onderneming zijn aan de orde, maar ook een collectief belang van elkeen die aanspraken heeft of kan hebben ten aanzien van de onderneming of de ondernemer.

De Rechtbanken van Koophandel rekruteren dikwijls dezelfde personen tot het uitoefenen van de verschillende functies van bewindvoerder. Al naar gelang de gebruiken van de Rechtbank en de wettelijke bepalingen ter zake, zal het gaan om advocaten, accountants en revisoren en (soms) gerechtsdeurwaarders.

De pandverzilveaar van een handelszaak

7. De pandverzilveaar is de persoon “door wie” een pandhoudende schuldeiser zijn pand kan laten verkopen, nadat de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel hiertoe machtiging heeft verleend. Wat het pand op de handelszaak betreft volgt dit uit de artikelen 11 en 12 van de wet van 25 oktober 1919 en artikel 4 van de wet van 5 mei 1872 op het handelspand. De termen die de wetgever gebruikt, laten verstaan dat de pandverzilveaar een instrument is van de houder van het pand op de handelszaak. Nadat deze laatste beslag heeft laten leggen op “*alle elementen welke de in pand gegeven handelszaak vormen*”¹¹ en zijn beslag door de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel geldig is verklaard¹², is het de pandhoudende schuldeiser die tot verkoop van de in beslaggenomen elementen van de handelszaak kan laten overgaan¹³. De pandverzilveaar zal bijgevolg het controlerecht van de pandhoudende schuldeiser moeten respecteren en oor moeten hebben voor diens instructies nopens de wijze van verkoop. Ook zal hij zijn opdracht moeten beëindigen of eventueel de verkoop uitstellen om een meer gunstige gelegenheid af te wachten, zo de pandhoudende schuldeiser dit wenst. De regeling is niet anders dan voor de realisatie van vuistpand¹⁴.

Niettemin is de pandverzilveaar – die soms ook vereffenaar wordt genoemd¹⁵ – een neutraal bewindvoerder, die waarborgen moet bieden van professionaliteit en onafhankelijkheid ten aanzien van de partijen¹⁶. Hij dient daarbij de instructies van de Voorzitter i.v.m. de wijze van realisatie te volgen. In verband met een handelszaak kan de Voorzitter opleggen deze in het geheel of bij delen te verkopen¹⁷, openbaar of uit de hand¹⁸. Aangenomen wordt nochtans dat de Voorzitter de keuze van de wijze van verkoop mag delegeren aan degene die hij aanwijst, hetgeen ook meestal gebeurt¹⁹.

Wie als pandverzilveaar kan worden aangesteld, is wettelijk niet bepaald. Doorgaans gaat het om een advocaat of om een gerechtsdeurwaarder.

¹¹ Art. 11, I, van de wet van 25 oktober 1919.

¹² Art. 11, IV van de wet van 25 oktober 1919.

¹³ Art. 11, IV en 12 van de wet van 25 oktober 1919; art. 4 van de wet van 5 mei 1872.

¹⁴ DIRIX, E., “Vuistpand”, in *Comm. Voorr. en Hyp.*, nr. 33, p. 47 –78.

¹⁵ DIRIX, E., “Vuistpand”, *I.c.*; Antwerpen, 16 december 1996, *R.W.*, 1996-1997, 1202; Voorz. Kh. Bergen, 18 februari 1994, *Bank Fin.*, 1994, 419, met noot.

¹⁶ DIRIX, E., “Vuistpand”, *I.c.*

¹⁷ Art. 12, 2^{de} alinea, van de wet van 25 oktober 1919.

¹⁸ Art. 4, 1^{ste} alinea, van de wet van 5 mei 1872.

¹⁹ BIQUET-MATHIEU, Chr., “Actualités en matière de gage sur fonds de commerce.”, in *De handelszaak – Le Fonds de Commerce*, COUSY, H., TILLEMANN, B. en BENOIT-MOURY, A. (editors), 2001, nr. 130, p. 108.

Het beslag op de handelszaak zal worden bekend gemaakt door de gerechtsdeurwaarder in de beslagberichten. Er is geen bijzondere vorm van publicatie voorzien voor wat betreft de aanstelling van een pandverzilveaar.

8. De enige wettelijk bepaalde bevoegdheid van de pandverzilveaar is het verkopen van de *handelszaak*. In se is een handelszaak, zoals de onderneming, een feitelijke, economische eenheid, bestaande uit een geheel van rechten en goederen samengebracht om cliënteel aan te trekken²⁰. Het begrip handelszaak verwijst naar de goederen en middelen die worden aangewend om het ondernemingsdoel te verwezenlijken, terwijl het begrip onderneming eerder verwijst naar de mensen die dit zelfde doel nastreven²¹. Alleen in het raam van de wet van 25 oktober 1919 is de handelszaak ook te aanzien als een rechtsalgemeenheid. Art. 2 van deze wet geeft een exemplatieve opsomming van de bestanddelen van de handelszaak. Deze bestanddelen kunnen in de pandakte worden uitgebreid, hetgeen dan ook stelselmatig gebeurt, vermits de pandhouders steeds professionele kredietverstrekkers zijn. Concreet zullen dus onder de in pand gegeven handelszaak begrepen zijn: het cliënteel (voor zover al mogelijk), de handelsnaam, de handelsinrichting, intellectuele eigendomsrechten en knowhow, huurrechten, de lokalisatie of achandelage, voorraden²² ten belope van de helft van hun waarde, schuldvorderingen, waardepapieren en kastegoeden²³. Onroerende goederen kunnen niet behoren tot het pand op de handelszaak, met uitzondering van onroerende goederen door bestemming. Ook lopende overeenkomsten maken niet noodzakelijk deel uit van de handelszaak en de overdracht ervan stelt in ieder geval problemen²⁴.

9. De pandverzilveaar over een handelszaak heeft geen wettelijke bevoegdheden i.v.m. het beheer van de onderneming. De ondernemer blijft aan het hoofd van de onderneming staan en de componenten van de handelszaak blijven zijn eigendom, zolang ze niet zijn verkocht. De bevoegdheden van de ondernemer met betrekking tot de componenten van de handelszaak zijn echter ten zeerste beknot. Door de inpandgeving zelf, is hij van rechtswege aangesteld "als bewaarder van de

²⁰ GOOSSENS, W., "De handelszaak: definitie en bestanddelen", in *De handelszaak – Le Fonds de Commerce*, COUSY, H., TILLEMANN, B. en BENOIT-MOURY, A. (editors), 2001, nrs. 14 – 17, p. 17 –20;

²¹ VAN GERVEN, W., *Ondernemingsrecht*, o.c., nr. 113, p. 147.

²² door een meerderheid van de auteurs wordt aangenomen dat de restrictie tot 50 % van de voorraden enkel zou gelden voor de voorraden van koopwaren, in de zin van voor verhandeling bestemde afgewerkte producten, hetgeen te onderscheiden is van de nog te bewerken grondstoffen: DU LAING, B. en COUSY, H., "Het pand op de handelszaak", in *De handelszaak – Le fonds de commerce*, o.c., nrs. 51, p. 43- 44 en verwijzingen.

²³ Zie o.m. DU LAING, B. en COUSY, H., "Het pand op de handelszaak", in *De handelszaak – Le fonds de commerce*, o.c., nrs. 43 – 55, p. 41 – 47; BOUCKAERT, F., "De handelszaak", in, *A.P.R.*, o.m. nrs. 9-14, p. 4-14 en nrs. 151 –152, p. 66-67; KOKELENBERG, J., "Inpandgeving van handelszaak en andere voorrechten", in *Het zakenrecht: absoluut niet een rustig bezit, XVIII° Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1991-1992*, nrs. 5 - 26, p.143 – 154; DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, nrs. 496 – 501, p. 328 –330; MOREAU-MARGRÈVE, I., "Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce", *R.C.J.B.*, 1980, nrs. 5 – 9, p. 133 – 140; 't KINT, F., *Les sûretés*, 1991, nrs. 330-335, p.172-174; DE PESTEL, G., "Pand op de handelszaak (Wet van 25 oktober 1919) – Overzicht rechtspraak (1993 – 1998)", *T.B.H.*, 2001, 383 e.v..

²⁴ Cass., 6 februari 1997, *T.B.H.*, 1998, 225; BOUCKAERT, F., "De handelszaak", in *A.P.R.*, nrs. 81 – 83, p. 34 – 35.

elementen van het pand”²⁵. Dit geldt *a fortiori* nadat beslag is gelegd, vermits de pandgever van dan af onbevoegd is nog over een element van de handelszaak te beschikken ten nadele van de pandhouder²⁶. Aangezien het beslag van de pandhoudende schuldeiser de in pandgegeven handelszaak als geheel treft²⁷, treft het in principe ook de kasgelden en de schuldvorderingen van de beslagen ondernemer. Indien deze na het beslag nog schuldvorderingen int, dan doet hij dit als sekwester voor rekening van de pandhouder, zodat hij de gelden zal dienen af te geven aan de pandhouder²⁸ of aan de pandverzilveraar²⁹. De pandhouder kan ook de schuldvorderingen rechtstreeks innen van de schuldenaars van de beslagen ondernemer mits hij zijn pandrecht op deze schuldvorderingen aan deze schuldenaars ter kennis heeft gebracht overeenkomstig art. 2075 B.W.³⁰

10. Indien de pandhoudende schuldeiser hem, vóór de realisatie, niet opdraagt zijn werkzaamheden te stoppen, eindigt de opdracht van de pandverzilveraar nadat hij de (inbeslaggenomen elementen van de) handelszaak heeft verkocht en de opbrengst heeft uitgekeerd³¹.

11. De erelonen en kosten van de pandhoudende schuldeiser zijn bevoorrechte gerechtskosten en worden vooraf betaald uit de realisatieprijs van de handelszaak. Indien het niet tot realisatie komt, zijn deze kosten en erelonen ten laste van de pandhoudende schuldeiser, die ze op zijn beurt zal verhalen op de debiteur in het raam van de overeenkomst i.v.m. het toegestane krediet. Er zijn geen wettelijke normen ter bepaling van kosten en ereloon. Soms worden de tarieven die worden gehanteerd voor een faillissementscurator per analogie toegepast, maar dit is geen verplichting. Slechts indien er betwisting over het ereloon en de kosten van de pandverzilveraar rijst, zullen deze moeten begroot worden door de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel.

De voorlopig bewindvoerder bij toepassing van art. 8 Faill. W.

12. De voorlopig bewindvoerder³² wordt, bij toepassing van art. 8 Faill. W., aangesteld door de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel “wanneer het

²⁵ Art. 8 van de wet van 25 oktober 1919.

²⁶ DIRIX, E., en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, nr. 510, p. 336

²⁷ de visie dat het om een ‘sui generis’ beslag gaat wordt in de meest recente rechtspraak en rechtsleer vrij algemeen verdedigd: DIRIX, E., en BROECKX, K., “Beslag”, in *A.P.R.*, 2001, nr. 588, p. 350; DIRIX, E., en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, o.c., nr. 509, p. 335; DU LAING, B. en COUSY, H., “Het pand op de handelszaak”, o.c., nr. 101, p. 71; BIQUET-MATHIEU, Chr., “Actualités en matière de gage sur fonds de commerce.”, in *De handelszaak – Le fonds de commerce*, nr. 130, p. 107 ; DIRIX, E., Overzicht van rechtspraak – Voorrechten en hypotheeken (1991-1997), *T.P.R.*, 1998, nr.82, p. 562-563.

²⁸ DIRIX, E., “Overzicht van rechtspraak”, *I.c.*, nr. 83, p. 563.

²⁹ DIRIX, E., en BROECKX, K., “Beslag”, *I.c.*, nr. 588, p. 351.

³⁰ zie de verwijzingen in noten 27, 28 en 29; ook: DIRIX, E., “De vormvrije cessie”, *R.W.*, 1994-1995, nr. 30, p. 144-145; DIRIX, E., “Verpanding van schuldvorderingen”, in *Comm. Voorr. en Hyp.*, nr. 19 – 21, p. 14 – 17; Kh. Brugge, 2 juni 1999, *T. W.V. R.*, 2000, 128.

³¹ zie verder randnummer 51 over de wijze van uitbetaling.

³² Zie o.m.: LYSSENS, T., “Ontneming van beheer”, in *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Kluwer, deel I.C.; VAN SCHOU BROECK en COUSY, “Preventieve ontzetting – voorlopig beheer”, in *Faillissement en gerechtelijk akkoord: het nieuw recht*, 1998, 120;

volstrekt noodzakelijk blijkt en wanneer bepaalde, gewichtige en met elkaar overeenstemmende aanwijzingen bestaan dat de voorwaarden van het faillissement vervuld zijn". Uit de relatief schaarse rechtspraak blijkt dat de voorzitters het verenigd zijn van de wettelijke voorwaarden afleiden uit een geheel van indicies zoals de vaststelling dat jaarrekeningen niet worden gepubliceerd, dat uit de wel neergelegde jaarrekening een groeiend negatief eigen vermogen blijkt, dat er vele beslagen gelegd zijn die op korte termijn zullen ten uitvoer worden gelegd, dat er indicaties zijn dat actief wordt onttrokken aan de schuldeisers, dat er een verminderde bedrijfsactiviteit is, etc.³³

Deze bewindvoerder wordt ofwel ambtshalve aangesteld, ofwel op éézijdig verzoek van een belanghebbende. Zijn aanstelling gaat samen met een gehele of gedeeltelijke ontneming van het beheer aan de ondernemer, over het geheel of een gedeelte van zijn goederen. De rechtsfiguur werd ingesteld als correctief op de afschaffing van het ambtshalve faillissement en meer bepaald om de rechtbanken de mogelijkheid te geven tot "een snel en efficiënt optreden dat veelal vereist is om het vermogen ten bate van de schuldeisers te vrijwaren en om bedrieglijke manoeuvres te vermijden"³⁴. Indien een curator het orgaan is van een *collectief uitvoerend beslag*, is de voorlopig bewindvoerder het orgaan van een *collectief bewarend beslag*. Omdat het nog niet zeker is dat het bewarend in een uitvoerend beslag zal worden omgezet door faillietverklaring, dient de bewindvoerder de onderneming in principe gaande te houden om de activa in hun waarde en volgens hun bestemming in stand te houden.

De aan te stellen bewindvoerder moet "garanties van onafhankelijkheid en onpartijdigheid bieden. De betrokkene moet gebonden zijn door een deontologische code en zijn professionele aansprakelijkheid moet verzekerd zijn". Blijkens de ons bekende rechtspraak wordt altijd een advocaat met deze opdracht belast.

De beschikking tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder wordt door de griffier ter kennis gebracht aan het centraal handelsregister, bij toepassing van art. 25 van de wetten betreffende het handelsregister.

13. De Voorzitter dient nauwkeurig de bevoegdheid van de voorlopig bewindvoerder te bepalen. De bevoegdheidsomschrijving van het kortste type voorziet "dat de voorlopige bewindvoerder alle bestuursbevoegdheden zal uitvoeren in de plaats van de huidige zaakvoerder, met uitzondering van de aangifte van faillissement of de vertegenwoordiging van de vennootschap in de faillissementsprocedure"³⁵. Het lange type voorziet als opdracht:

VEROUGHSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, 1998, nrs. 415- 423, p. 266 –270; SCHEERS, D., "De procedure tot ontneming van beheer", in *Gerechtigd akkoord en faillissement*, II F.

³³ Zie o.m. Voorz. Kh. Gent, 26 januari 2001, *R.W.*, 1997-1998, 1343; *T.B.H.*, 1998, 122, met noot; Voorz. Kh. Hasselt, 1 april 1998, *T.B.H.*, 1998, 547, met noot; Voorz. Kh. Gent, 15 april 1998, *R.W.*, 1998-1999, 236; Voorz. Kh. Leuven, 19 juni 1998, *R.W.*, 1998-1999, 237; Voorz. Kh. Namen, 21 januari 1998, *J.T.*, 1998, 315; Voorz. Kh. Verviers, 15 januari 1998, *J.T.*, 1998, 315 DE WILDE, A., Kroniek van rechtspraak gerechtigd akkoord en faillissement, *R.W.*, 1999-2000, nrs. 32-33, p. 595.

³⁴ LYSSENS, T., "Ontneming van beheer", *I.c.*, p. 6, die het verslag VANDEURZEN citeert; zie ook: *ibidem*, *I.c.*, p. 16: "Toch treedt hij niet in de plaats van de schuldenaar. Dit is een belangrijk onderscheid met de voorlopig bewindvoerder over een vennootschap of een vereffenaar. Deze nemen meestal taken van de normale beheersorganen over, inclusief de bevoegdheid tot aangifte van staking van betalingen."

³⁵ Voorz. Kh. Brugge, 8 september 1999, volgnummer 99/00064, niet gepubliceerd.

- “het bestuur en ook het dagelijks bestuur van de vennootschap waar te nemen en haar ten aanzien van om het even welke derden te vertegenwoordigen, zulks met uitsluiting van de raad van bestuur en van de afgevaardigde bestuurder
- zich onmiddellijk in het bezit te stellen van het volledige patrimonium, dit patrimonium voorlopig te bewaren en te beheren, zich te dien einde toegang te verschaffen of te laten verschaffen tot alle gegevens en documenten, boekhoudkundige en administratieve, bij al wie of waar zij zich ook mogen bevinden, en/of zich deze te laten overhandigen
- als bewarende maatregel alle financiële rekeningen van de vennootschap te blokkeren en derden te verwittigen om uitsluitend in zijn handen te betalen
- indien een dag van verkoop van inbeslaggenomen goederen is bepaald die valt binnen de termijn van acht dagen volgend op de beschikking en door aanplakking was bekend gemaakt, deze verkoop te laten doorgaan voor zijn rekening of in het belang van de boedel binnen de termijn van acht dagen aan de Voorzitter om uitstel of afstel van de verkoop te verzoeken.”³⁶

Interessant is de opdracht die wordt meegegeven door de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Gent in het laatste onderdeel dat boven wordt geciteerd. Deze opdracht sluit aan bij de motivering dat de bewindvoerder als *pre-curator* wordt aangesteld in het belang van de schuldeisers en ter beveiliging van de gelijkheid die onder hen moet heersen. De voorlopig bewindvoerder, die de opbrengst van de verkoop van in beslaggenomen activa dient te innen, wordt hierdoor ook een soort sekwester ³⁷.

Waar het principieel niet uitgesloten is dat de voorlopig bewindvoerder ook daden van beschikking³⁸ stelt, zou hem, in geval van dringende noodzakelijkheid, ook opdracht kunnen gegeven worden de handelszaak van de onderneming te realiseren en de opbrengst – waarop de rechten van de aanspraakmakende schuldeisers ingevolge zakelijke subrogatie overgaan – onder zich te houden voor rekening van wie het behoort. Dergelijke opdracht zal, in principe, uitzonderlijk zijn, vermits het verzekeren van de continuïteit van de onderneming belangrijk wordt geacht en de activiteit dus doorgaans moet worden voortgezet³⁹.

De opdracht kan verder door de Voorzitter, op verzoek van de bewindvoerder, op elk moment worden aangepast⁴⁰.

³⁶ Voorz. Kh. Gent, 26 januari 1998, *I.c.* en Voorz. Kh. Hasselt, 1 april 1998, *I.c.*; vergelijk: LYSSENS, *I.c.*, p. 16: “*Hierbij kan gedacht worden aan inventarisatie, opsporen en samenbrengen van roerende activa, het blokkeren of minstens beheren van bankrekeningen in binnen- en buitenland. Maar ook het afsluiten van verzekeringen, het laten uitvoeren van dringende leveringen of het handhaven van nutsvoorzieningen. Hierbij zullen meestal, zelfs in het kort bestek van de aanstelling, contacten met de belangrijkste schuldeisers, zoals bankiers, andere bijzondere bevoorrechte en afgevaardigden van het personeel noodzakelijk zijn.*”

³⁷ vergelijk: Voorz. Rb. <niet Kh. zoals vermeld in de publicatie> Brugge, 29 april 1994, *T.R.V.*, 1994, 353, met noot TILLEMANN, B., “Een vereffenaar als sekwester”; TILLEMANN, B., “Het gerechtelijk sekwester in vennootschapsgeschillen”, *T.R.V.*, 1993, nr. 15, p. 511.

³⁸ VAN SCHOUBROECK en COUSY, *I.c.*, p. 120; VEROUGHSTRAETE, *I.*, o.c., nr. 415, p. 267

³⁹ LYSSENS, T., “Ontneming van beheer”, *I.c.*, p. 17.

⁴⁰ In het ontwerp van reparatiewet goedgekeurd door de Kamer op 19 juli 1997 is voorzien dat dit, in geval van dringende noodzakelijkheid zelfs op mondeling verzoek van de voorlopig

Bekentenis doen van staking van betalingen, kan niet tot de opdracht van de bewindvoerder behoren, evenmin als het vertegenwoordigen van de ondernemer in de faillissementsprocedure. De bewindvoerder kan desgevallend wel een verzoek tot gerechtelijk akkoord neerleggen, maar dit blijkt eerder theoretisch⁴¹.

14. De ondernemer kan derdenverzet aantekenen tegen de aanstelling van de bewindvoerder. Indien dit verzet wordt ingewilligd, zal de opdracht van de voorlopig bewindvoerder uiteraard eindigen. De opdracht zal ook een einde nemen, wanneer een gerechtelijk akkoord wordt toegestaan – niet bij de indiening van het verzoekschrift – of wanneer een faillissement wordt uitgesproken. Verder is een van rechtswege beëindiging voorzien als het faillissement van de ondernemer niet op zeer korte termijn wordt benaarstigd. Dit zal het geval zijn als de voorlopig bewindvoerder – ingeval van aanstelling ambtshalve – of de belanghebbende – ingeval van aanstelling op diens eenzijdig verzoek – niet binnen de acht dagen na de beschikking gedagvaard heeft in faillietverklaring⁴². De opdracht zal in ieder geval eindigen wanneer het faillissement niet is uitgesproken binnen de 4 maanden na de indiening van de vordering. Deze termijn wordt opgeschort “voor de duur van het uitstel dat aan de schuldenaar wordt toegekend of vereist na een heropening van debatten”.

Eens een voorlopig bewindvoerder werd aangesteld, zal de belanghebbende op wiens verzoek de bewindvoerder is aangesteld, niet op eigen gezag aan de opdracht een einde kunnen stellen. Deze belanghebbende zal desgevallend wel het ereloon en de kosten van de bewindvoerder, die op zijn verzoek werd aangesteld, moeten provisioneren. Indien de bewindvoerder ambtshalve werd aangesteld behoort deze verplichting tot de ondernemer. Het ereloon en de kosten zijn schulden van de boedel als er een faillissement volgt. Bij uitblijven van faillissement worden ze definitief gedragen door degene die dient te provisioneren.

15 Er zijn geen wettelijke bepalingen die de omvang van kosten en ereloon van de bewindvoerder regelen. Het gaat om een partijbeslissing, waarbij de normen die worden toegepast door advocaten of commissarissen inzake opschorting, in functie van de aard van de opdracht, als leidraad kunnen dienen. Enkel in geval van betwisting, worden kosten en ereloon getaxeerd door de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel, volgens de procedure die ook deskundigen kunnen volgen. Een bewindvoerder kan dus naar eigen inzichten zijn staat begroten en op die basis een aangifte van schuldvordering in het passief van het opvolgend faillissement

bewindvoerder zal mogelijk zijn: Belgische Kamer van Voksvertegenwoordigers, 19 juli 2001, Wetsontwerp tot wijziging van de faillissementswet van 8 augustus 1997, het Gerechtelijk Wetboek en het Wetboek van vennootschappen, Doc. 50 1132/015, art. 4.

⁴¹ LYSSENS, *l.c.*, p. 18 ; VEROUGSTRAETE, *o.c.*, nr. 83, p. 63; WINDEY, J., “Bilan de trois années d’application de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire”, *T.B.H.*, 2002, nr. 60, p. 25.

⁴² In het ontwerp van reparatiewet goedgekeurd door de Kamer op 19 juli 1997 is een verlenging van deze termijn tot 15 dagen voorzien: Belgische Kamer van Voksvertegenwoordigers, 19 juli 2001, Wetsontwerp tot wijziging van de faillissementswet van 8 augustus 1997, het Gerechtelijk Wetboek en het Wetboek van vennootschappen, Doc. 50 1132/015, art. 4.

neerleggen. Een voorafgaande taxatie door de Voorzitter of door de Rechtbank is niet vereist⁴³.

⁴³ Kh. Namen, 1 april 1998, *J.T.*, 1998, 623.

*De vereffenaar van een ontbonden vennootschap*⁴⁴

16. De vereffenaar is, extern, het *orgaan* dat een ontbonden vennootschap vertegenwoordigt en, intern, *lasthebber* van de vennootschap. Hij wordt doorgaans aangesteld door de Algemene Vergadering van de vennootschap⁴⁵ en, eerder uitzonderlijk, in de statuten⁴⁶ of door de Rechtbank⁴⁷. De vereffenaar komt in de plaats van de bestuurders, maar de algemene vergadering van de vennootschap blijft haar bevoegdheid in principe behouden.

Na ontbinding van de vennootschap is er geen enkele discontinuïteit in haar bestaan⁴⁸. Dit impliceert dat de vennootschap haar rechtspersoonlijkheid, haar naam en zetel behoudt. Wijzigingen van de naam zijn na invereffeningstelling zelfs verboden⁴⁹ en om de zetel te verplaatsen dient de beslissing van de algemene vergadering door de Rechtbank van Koophandel te worden gehomologeerd⁵⁰. Er is wel een legitiem motief om de zetel te verplaatsen naar het adres van de vereffenaar, al was het om te vermijden dat een betekening, die werd verricht op het adres van de maatschappelijke zetel⁵¹, aan zijn aandacht zou ontsnappen⁵².

Na invereffeningstelling worden procedures blijvend namens de vennootschap gevoerd. De vereffenaar vertegenwoordigt de vennootschap, maar treedt, overeenkomstig de regel *nul ne plaide par procureur*, in principe niet *qualitate qua* op⁵³. Bij dagvaardingen aan een ontbonden vennootschap, moet zelfs niet vermeld worden dat deze in vereffening is. De meldingsplicht geldt enkel voor stukken uitgaande van de ontbonden vennootschap⁵⁴, al heeft het ontbreken van deze melding in de dagvaarding of akte van hoger beroep die, na de ontbinding, namens de vennootschap wordt

⁴⁴ zie inz.: TILLEMANN, B., "Het statuut van de vereffenaar: benoeming, beëindiging, bezoldiging en besluitvorming (deel I)", *T.R.V.*, 1996, 339, "...(deel II)", *T.R.V.*, 1996, 423; DE BIE, E. en DE LEENHEER, J., *Vereffening van vennootschappen na de wet van 13 april 1995*, p. 67 – 105; DE BIE, E., "Vennootschapsrechtelijke aspecten van de ontbinding en vereffening van vennootschappen", *Leidraad bij de voordracht gehouden in het kader van een studiedag over de ontbinding en vereffening van vennootschappen georganiseerd door Kluwer opleidingen op 22 november 2001*; WUILLAUME, M., *Vade Mecum du liquidateur de sociétés et d'associations*, Crédadif, 1984; VREVEN, D., "De bevoegdheid van de vereffenaar om in rechte op te treden (deel 1)", *T.B.B.R.*, 1999, p. 490 – 507, "...(deel 2)", *T.B.B.R.*, 1999, 562 – 575.

⁴⁵ Art. 184 W. Venn.

⁴⁶ TILLEMANN, B., "Het statuut...", *I.c.*, p. 351 – 353, nrs. 38-46

⁴⁷ TILLEMANN, B., *Ontbinding van vennootschappen*, 1997, nrs. 381 – 443, p. 194 – 236.

TILLEMANN, B., "Het statuut...", *I.c.*, p. 356-360, nrs. 54 – 66.

⁴⁸ Art. 183 § 1 W. Venn.

⁴⁹ Art. 183 § 2 W. Venn.

⁵⁰ Art. 183 § 3 W. Venn.

⁵¹ Betekeningen zijn geldig indien ze worden gedaan op de woonplaats van de vereffenaar of op het adres van de maatschappelijke zetel – zie art. 42, 7° Ger. Wb.: zie o.m. Cass., 23 juni 1983, *J.T.*, 1983, 503; Brussel, 11 januari 1995, *R.W.*, 1994-1995, 1404, met noot RUYSEVELDT, S.

⁵² Bergen, 2 maart 2000, *R.R.D.*, 2000, 185.

⁵³ De regel is niet van openbare orde: Cass., 2 september 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 5 en men kan ernstig twijfelen aan de opportuniteit van dergelijke juridische woordspelletjes: vgl. GEENS, K., e.a. Overzicht van rechtspraak – Vennootschappen (1992-1998), *T.P.R.*, 2000, nr. 490, p. 496 – 497.

⁵⁴ Art. 183 § 2, 2^{de} alinea W. Venn. TILLEMANN, B., *Proceshandelingen...*, nr. 315, p. 157 – 158.

betekend, ook geen ontoelaatbaarheid tot gevolg⁵⁵. Het is in geen enkel geval vereist om de naam van de vereffenaar te vermelden⁵⁶.

Indien er geen discontinuïteit is in de rechtspersoonlijkheid van de ontbonden vennootschap, dan wijzigt het doel wel, vermits dit beperkt wordt tot de vereffening van de vennootschap⁵⁷. Volgens het Hof van Cassatie belet dit niet dat de ontbonden handelsvennootschap handelaar blijft tot zij volledig is vereffend⁵⁸.

Als vereffenaar kan om het even wie worden aangesteld, tenzij er wettelijke of deontologische onverenigbaarheden of beroepsverboden bestaan⁵⁹. Indien de vereffenaar een rechtspersoon is, moet de natuurlijke persoon die de rechtspersoon vertegenwoordigt voor de uitoefening van de vereffening in het benoemingsbesluit worden aangewezen⁶⁰. Indien het gaat om een gerechtelijke vereffenaar, stelt de Rechtbank doorgaans een advocaat aan, soms een accountant of een bedrijfsrevisor. Notarissen en gerechtsdeurwaarders komen niet in aanmerking. Het mandaat van vereffenaar kan niet worden uitgeoefend binnen het raam van een arbeidsovereenkomst met de vennootschap⁶¹. Dit sluit niet uit dat een werknemer wordt aangesteld als vereffenaar. Op dat ogenblik is er dualiteit van functies.

Indien er meerdere vereffenaars worden aangesteld, vormen deze een college⁶².

De beslissing tot aanstelling van een vereffenaar moet worden neergelegd op het handelsregister en bekendgemaakt in de Bijlagen tot het Belgisch Staatsblad⁶³.

17. De bevoegdheid van de vereffenaar ligt besloten in zijn statuut van *orgaan* en *lasthebber*. De algemene vergadering, de statuten of de Rechtbank kunnen zijn bevoegdheid nader bepalen, maar doorgaans wordt verwezen naar de bepalingen van de artikelen 186 – 195 W. Venn, waaraan kan worden toegevoegd dat de vereffenaar zonder nadere machtiging bevoegd is om zelfstandig alle andere handelingen te stellen, die nodig of dienstig zijn voor de vereffening⁶⁴. Zo zal de vereffenaar doorgaans “alle rechtsgedingen kunnen voeren, hetzij als eiser hetzij als verweerder, alle betalingen ontvangen, opheffing van inschrijving verlenen met of zonder kwijting, alle roerende waarden van de vennootschap te gelde maken, alle handelspapieren endosseren, dadingen of compromissen aangaan betreffende alle geschillen”. Hij kan de onroerende goederen van de vennootschap openbaar verkopen

⁵⁵ Gent, 25 september 1991, *R.W.*, 1991-1992, 614; *T.B.H.*, 1992, 499. zie ook GEENS, K., e.a., *Overzicht van rechtspraak – Vennootschappen (1992-1998)*, *T.P.R.*, 2000, nrs. 490 – 493, p. 496 – 498.

⁵⁶ Antwerpen, 22 mei 1979, *Rev. Prat. Soc.*, 1980, 106; TILLEMANS, B., *Proceshandelingen van en tegen vennootschappen*, 1997, nr. 316, p. 158.

⁵⁷ Art. 183 § 1 W. Venn.. TILLEMANS, B., *Proceshandelingen ...*, nr. 105, p.63.

⁵⁸ Cass., 17 juni 1994, *T.R.V.*, 1994, 598, met noot TERMOTE, P.; *R.W.*, 1994-1995, 561, met conclusie BRESSELEERS, Y.; *T.B.H.*, 1994, 876, met noot GERARD, Ph.; *DAOR.*, 1994, nr. 32, 93, noot PHILIPPE, D.; *A.J.T.*, 1994-1995, 44, met noot STRAETMANS, G.; *J.T.*, 1995, 27.

⁵⁹ TILLEMANS, B., “Het statuut van de vereffenaar...”, l.c., nrs. 7-14, p. 344 – 346 en 19 – 29, p. 347 – 349; MOEYKENS, F., “Curator van een faillissement, vereffenaar van een vennootschap en deontologische problemen”, in X., *Het faillissementsrecht geactualiseerd, Deel 1*, p. 27 – 83.

⁶⁰ Art. 184, W. Venn.

⁶¹ Arbrb. Nijvel, 28 februari 1996, *J.T.T.*, 1997, 159.

⁶² Art. 184 W. Venn.

⁶³ Art. 74, 2° W. Venn.

⁶⁴ DE BIE, E. en DE LEENHEER, E., *Vereffening van vennootschappen...*, p. 81.

indien hij de verkoop nodig acht voor de betaling van de schulden van de vennootschap.⁶⁵ Wel zal de vereffenaar een bijzondere machtiging van de algemene vergadering nodig hebben om het bedrijf of de handel voort te zetten, leningen aan te gaan, handelspapier uit te geven, de goederen van de vennootschap te hypothekeren of in pand te geven, de onroerende goederen onderhands te verkopen en het vermogen in een andere vennootschap in te brengen⁶⁶.

De vereffenaar dient verder jaarlijks een jaarrekening aan de algemene vergadering voor te leggen en staat in voor de neerlegging van deze jaarrekening⁶⁷.

De vereffenaar betaalt, na realisatie van het actief, onverminderd de rechten van de bevoorrechte schuldeisers, de schulden naar evenredigheid⁶⁸. Hieruit wordt afgeleid dat de vereffening samenloop doet ontstaan, waarover verder meer. De vereffenaar moet ingevolge deze taak, ook de belangen van de schuldeisers van de vennootschap verdedigen en hiervoor zo nodig in rechte opkomen⁶⁹.

18. De opdracht van de vereffenaar zal normaal eindigen nadat hij het gerealiseerd actief heeft verdeeld overeenkomstig art. 190 W. Venn. en kwijting heeft bekomen van de algemene vergadering of een vonnis van de Rechtbank waarbij de gerechtelijke afsluiting wordt uitgesproken. Hij kan, bij een gewone vereffening, echter ook vervroegd ontslagen worden door degene die hem aanstelde of zelf ontslag nemen. Indien hij werd aangesteld door de Rechtbank en vervroegd een einde wil laten stellen aan zijn mandaat, dient hij aan deze Rechtbank ontheffing van zijn mandaat te vragen⁷⁰. De vereffening zelf is evenwel onomkeerbaar en kan niet herroepen worden⁷¹. Na faillissement van de vennootschap eindigt het mandaat van de vereffenaar niet, maar wordt het geschorst⁷². Overeenkomstig art. 74, 2° Venn. W., dient ook het einde van het mandaat van de vereffenaar te worden bekendgemaakt.

Na het sluiten van de vereffening behoudt de vennootschap nog passieve rechtspersoonlijkheid gedurende 5 jaar vanaf de bekendmaking. Procedures worden tegen de vennootschap, vertegenwoordigd door de vereffenaar, ingesteld⁷³.

19. De normen tot bepaling van ereloon en kosten van de vereffenaar kunnen worden vastgesteld door de Rechtbank of de Algemene Vergadering, op het ogenblik van de benoeming. Bij gebreke hieraan bepaalt de vereffenaar zijn ereloon en kosten zelf. Hierbij kunnen maatstaven, die gelden voor de begroting van het ereloon van een faillissementscurator, eventueel als leidraad dienen. Ereloon en kosten zijn

⁶⁵ Art. 186 W.Venn.

⁶⁶ Art. 187 W.Venn.; art. 681 W. Venn.

⁶⁷ Art. 193 W. Venn.

⁶⁸ Art. 190 W. Venn.

⁶⁹ o.m. Beslagr. Luik, 20 december 1989, *J.L.M.B.*, 1991, 87; Rb. Dendermonde, 15 april 1996, *Bull. Bel.*, 1999, 1157; Luik, 16 maart 2000, *DAOR*, 2001, nr. 57, p. 67; Luik, 10 oktober 2000, *Rev. Prat. Soc.*, 2000, 388; VREVEN, D., "De bevoegdheid van de vereffenaar ...", *I.c.*, nrs. 15 – 27.

⁷⁰ TILLEMANS, B., "Het statuut van de vereffenaar...", *I.c.*, nrs. 80-126, p. 423 – 436.

⁷¹ TILLEMANS, B., *Proceshandelingen...*, nr. 105, p. 63; contra: TILQUIN, T., "De herroeping vande staat van vereffening", *T.R.V.*, 1993, 443 e.v.; i.v.m. de ontbinding van een VZW: Brussel, 12 oktober 1999, *T.R.V.*, 2001, 24.

⁷² TILLEMANS, B., "Het statuut van de vereffenaar...", *I.c.*, nr. 125, p. 436.

⁷³ Art. 198 § 1, 3de – W. Venn.

boedelschulden van de vennootschap in vereffening, maar niet van het faillissement, vermits door het faillissement een nieuwe en te onderscheiden samenloop is ontstaan⁷⁴. Enkel de erelonen en kosten van een gerechtelijk vereffenaar, kunnen genieten van het voorrecht van de gerechtskosten, indien de vennootschap na ontbinding failliet wordt verklaard^{73bis}. Het voorrecht van kosten tot behoud van de zaak kan doorgaans niet worden ingeroepen, omdat de werkzaamheden van de vereffenaar betrekking hebben op een algemeenheid en niet op welbepaalde goederen⁷⁵.

*De commissaris inzake opschorting*⁷⁶

20. De commissaris inzake opschorting wordt aangesteld door de Rechtbank van Koophandel, op het ogenblik dat deze de voorlopige opschorting van betaling toekent⁷⁷. De grondvoorwaarden hiertoe zijn tweeledig. Ten eerste moet blijken dat de ondernemer tijdelijk zijn schulden niet kan voldoen of dat de continuïteit van zijn onderneming bedreigd wordt, door moeilijkheden die op min of meer korte termijn kunnen leiden tot het ophouden van betalen. Ten tweede moet vaststaan dat de financiële toestand van de onderneming kan worden gesaneerd en het economisch herstel ervan mogelijk lijkt⁷⁸. Onder meer omdat de wetgever in art. 9 W. Ger. Akk. het woord “onderneming” gebruikt – waar in de door ons gebruikte terminologie eerder sprake zou moeten zijn van “ondernemer” – wordt in rechtsleer en rechtspraak soms verdedigd dat het gerechtelijk akkoord ook kan toegestaan worden, indien louter de overdracht van de onderneming – in de betekenis die ook wij hanteren – wordt beoogd⁷⁹. Toepassing hiervan werd onder meer gemaakt i.v.m. een herstructurering

⁷⁴ Antwerpen, 20 december 2001, *R.W.*, 2002-2003, 349, met noot.

^{73bis} Gent, 21 februari 2001, *T.B.H.*, 2002, 319, met noot P.C.: ze kunnen zelfs, zoals andere betalingen van boedelschulden die de vereffenaar heeft gedaan, niet tegenstelbaar worden verklaard bij toepassing van art. 18 Faill. W.

⁷⁵ TILLEMANS, B., “Het statuut van de vereffenaar...”, *I.c.*, nr. 150-154, p. 443-444; Cass., 22 maart 192, *R.C.J.B.*, 1963, p. 49, met noot RENAULD; Luik, 7 november 1996, *R.R.D.*, 1997, 49; Kh. Dendermonde, 1 maart 1993, *T.B.H.*, 1994, 939; Luik, 6 maart 1985, *Rev. Prat. Soc.*, 1985, 259; Antwerpen, 20 december 2001, *R.W.*, 2003-2004, 349, met noot: aanvaardt dat het ereloon van de vereffenaar bevoorrecht zou kunnen zijn als kost tot bewaring van de zaak in de mate dit ereloon betrekking heeft op de inning van schuldvorderingen en de bewaring en verkoop van de stock, in de mate de opbrengst in het later faillissement nog in de massa aanwezig is (*in casu* werd deze opbrengst door de vereffenaar uitgekeerd).

⁷⁶ zie o.m.: VANDEPITTE, P. en DE ROECK, M., “De commissaris inzake opschorting – aanstelling” en “De commissaris inzake opschorting – Opdracht, einde van de opdracht, erelonen en aansprakelijkheid”, in *Gerechtelijk akkoord en faillissement, I.E.10 en I.E.11*; VEROUGHSTRAETE, I., *Manuel...*, nr. 70 – 82, p. 57 – 63. Daarnaast is er een overvloed aan rechtsleer en rechtspraak, waarnaar o.m. verwezen wordt in volgende overzichten van rechtspraak: DE WILDE, A., “Kroniek van rechtspraak gerechtelijk akkoord en faillissement”, *R.W.*, 1999-2000, 585; ZENNER, A., “Faillites et concordats, Chronique de doctrine et de jurisprudence 1998-1999”, *Les dossiers du journal des tribunaux nr. 23*, 2000; GEINGER, H., “Twee jaar wet op het gerechtelijk akkoord”, in *C.B.R. Jaarboek 1999-2000 deel 1*, p. 97; WINDEY, J., “Bilan de trois années d’application de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire”, *T.B.H.*, 2002, 5.

⁷⁷ Art. 15 § 1 W. Ger. Akk.

⁷⁸ Art. 9 § 1 en § 2 W. Ger. Akk.

⁷⁹ o.m. VAN BUGGENHOUT, C., “Het beleid van de rechter in de overdracht van de onderneming in moeilijkheden”, *T.B.H.*, 2001, nr. 9, p. 76; contra: WINDEY, J., “Bilan de trois années d’application de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire”, *T.B.H.*, 2002, nrs. 12-23, p. 9-14.

tussen verbonden ondernemingen⁸⁰. De mogelijkheid van een economisch herstel zou dus de onderneming zelf betreffen, ongeacht de juridische eigendom ervan. Ook na overdracht wordt immers de continuïteit bewaard van de onderneming, die haar identiteit behoudt, niettegenstaande het wisselend eigenaarschap⁸¹.

Na zijn aanstelling legt de commissaris inzake opschorting tegenover de voorzitter van de Rechtbank een eed af⁸².

De commissaris inzake opschorting is van dan af een schakel tussen de ondernemer en de Rechtbank van Koophandel. In principe staat hij de ondernemer enkel bij, onder toezicht van de Rechtbank. Hierover brengt hij aan de Rechtbank verslag uit⁸³. Hij verkrijgt geen bestuursbevoegdheden i.v.m. de onderneming of het vermogen. De ondernemer behoudt al zijn bevoegdheden, tenzij de Rechtbank heeft bepaald dat hij voor bepaalde daden van bestuur of beschikking, machtiging van de commissaris moet bekomen⁸⁴. De termen “daden van bestuur en beschikking” dienen daarenboven restrictief te worden geïnterpreteerd, vermits de grote autonomie van de ondernemer een pijler is waarop de wet steunt⁸⁵.

De aan te stellen commissaris moet waarborgen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid bieden. Hij moet vertrouwd zijn met het bestuur van een onderneming en met boekhouden. Hij moet tevens gebonden zijn door een deontologische code en zijn professionele aansprakelijkheid moet verzekerd zijn⁸⁶. Doorgaans stellen de Rechtbanken advocaten, accountants en revisoren aan. Indien meerdere commissarissen worden aangesteld kunnen deze, behoudens andersluidende beslissing, individueel alle handelingen verrichten die nodig of nuttig zijn voor de vervulling van hun gemeenschappelijke opdrachten⁸⁷.

De beslissing waarbij de voorlopige opschorting wordt toegestaan, met inbegrip van de identiteit van de commissaris(sen) inzake opschorting wordt gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad⁸⁸. De commissarissen stellen daarenboven de schuldeisers hiervan persoonlijk in kennis⁸⁹.

21. De taken bevoegdheden van de commissaris in zake opschorting zijn in de wet vrij duidelijk omschreven:

⁸⁰ Kh. Brugge, 26 maart 1998, *T.B.H.*, 1998, 414, waarin het accent gelegd wordt op de voordelen van het behoud van de over te dragen onderneming. Kh. Brussel, 26 december 2001, *T.R.V.*, 2002, 74, met noot NAPOLITANO, David. Dit vonnis werd gewezen in de SIC-SABENA zaak en stelt dat de toepassingsvoorwaarden voor toekenning van het gerechtelijk akkoord, moeten beoordeeld worden vanuit het maatschappelijk belang van de aanvrager, zijn personeel en zijn schuldeisers en niet vanuit het groepsbelang.

⁸¹ VAN BUGGENHOUT, C., “Overname van ondernemingen in moeilijkheden”, in *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (Ed.), 1994, p. 187.

⁸² Art. 19 W. Ger. Akk.

⁸³ Art. 19 W. Ger. Akk.

⁸⁴ Art. 15 § 1, 3^{de} alinea W. Ger. Akk.

⁸⁵ Kh. Kortrijk, 19 april 2001, *R.W.*, 2001-2002, 928.

⁸⁶ Art. 19 W. Ger. Akk. Voor voorbeelden van creatief omspringen met deze vereiste: WINDEY, *l.c.*, nrs. 47–48, p. 21–22.

⁸⁷ Art. 15 § 1 2^{de} alinea W. Ger. Akk.

⁸⁸ Art. 17 § 1 W. Ger. Akk.

⁸⁹ Art. 17 § 2 W. Ger. Akk.

- De *ondernemer bij te staan* bij het bestuur tijdens de voorlopige opschorting, onder toezicht van de Rechtbank (art. 19).
- Machtiging verlenen aan de ondernemer om bepaalde handelingen van bestuur of beschikking te stellen, indien dit opgelegd werd door het vonnis (art. 15 §1).
- De *schuldeisers* verwittigen van het gerechtelijk akkoord (art. 17 § 2), de ingediende schuldvorderingen onderzoeken (art. 26), deze eventueel betwisten (art. 27 § 1) en gehoord worden op de terechtzitting voor de behandeling van de betwisting (art. 27 § 2).
- *Verslag* uitbrengen aan de Rechtbank telkens als de omstandigheden het vereisen en in ieder geval op verzoek van de Rechtbank (art. 19).
- Een verzoek indienen tot verlengen van de observatieperiode (art. 23).
- Een verzoekschrift indienen tot beëindiging van de voorlopige opschorting, indien de ondernemer niet meer voldoet aan de voorwaarden (art. 24).
- Gehoord worden vooraleer de Rechtbank een wijzigingsbeslissing i.v.m. de voorlopige opschorting neemt (art. 20).
- De *overdracht van de onderneming of van een gedeelte* ervan verwezenlijken, hiertoe machtiging vragen aan de Rechtbank, publiciteit maken, de voorstellen onderzoeken, besprekingen voeren met de kandidaten, het voorstel tot overdracht aan de Rechtbank voorleggen (art. 41).
- De ondernemer *bij te staan bij het opmaken van het herstelplan* (art. 29 § 1) en gehoord worden op de rechtsdag bepaald voor het oordelen over de definitieve opschorting (art. 31).
- *Toezicht en controle uitoefenen over de uitvoering* van het plan en de akkoordprocedure (art. 36).
- Hierover minstens om de zes maanden en telkens de Rechtbank er om verzoekt aan de Rechtbank verslag uit te brengen (art. 36) en in zijn verslag de herroeping van de opschorting vorderen als hij de niet-uitvoering van het plan vaststelt (art. 37 § 1).
- Gehoord worden door de Rechtbank als wijzigingen in het plan worden overwogen (art. 38).
- Eindverslag uitbrengen over het plan en de Rechtbank verzoeken het einde van de opschorting uit te spreken (art. 40).
- De *algemene vergadering van de ondernemer-rechtspersoon bijeenroepen* als dit bevolen wordt door de Rechtbank (art. 45) wat mogelijk is als de voorwaarden van het gerechtelijk akkoord meer niet vervuld zijn, het plan niet wordt nageleefd en faillissement dreigt (art. 24, 33, 37).

Algemeen is de taak van de commissaris dus deze van een *pedagogisch adviseur*. Hij verleent advies aan de ondernemer, en is tezelfdertijd *inspecteur* van de ondernemer en diens onderneming in opdracht van de Rechtbank.

Buiten deze algemene taak, vallen de opdrachten om de algemene vergadering bijeen te roepen en om de overdracht van ondernemingen te verwezenlijken. Als de commissaris de algemene vergadering bijeenroept oefent hij immers een functie uit, die normaal toekomt aan een orgaan van de ondernemer-rechtspersoon. Als hij de overdracht van een onderneming realiseert, beschikt hij over het vermogen van de ondernemer. Bij de realisatie van een overdracht vertegenwoordigt de commissaris inzake opschorting de ondernemer bij het sluiten van de overeenkomst en voor wat betreft de naleving van de formaliteiten tot tegenstelbaarmaking⁹⁰. Dit lijkt geen

⁹⁰ LYSSENS, T., "Gerechtelijk akkoord – procedure", in *Gerechtelijk akkoord en faillissement, I.D.*, p. 47: "De overdracht gebeurt niet door de normale bestuurders maar wel door de commissaris inzake opschorting."

wezenlijke verplichting van de commissaris. De ondernemer heeft het recht en de plicht verder op te treden, maar indien hij in gebreke blijft, kan de commissaris inzake opschorting optreden als zijn dwangvertegenwoordiger⁹¹.

Indien de Rechtbanken aan de wettelijke opdracht van de Commissaris iets toevoegen, houdt dit dikwijls verband met het besproken art. 41 en de voorbereiding van een eventuele overdracht⁹² of met het opvolgen van de werking van de raad van bestuur en de algemene vergadering⁹³.

22. De opdracht van de commissaris inzake opschorting eindigt door het verstrijken van de termijn van voorlopige opschorting, zonder dat een herstelplan is goedgekeurd. De opdracht eindigt ook wanneer, in de loop van het gerechtelijk akkoord, een faillissement wordt uitgesproken of nadat de commissaris de algemene vergadering heeft bijeengeroepen met de ontbinding van de rechtspersoon-ondernemer op de agenda. Voordien kan de Rechtbank, op verzoek van iedere belanghebbende, de commissaris inzake opschorting vervangen⁹⁴.

Bij het einde van de opschorting (ook wanneer de definitieve opschorting wordt geweigerd of wanneer de opschorting wordt herroepen) en telkens de opdracht van de commissaris inzake opschorting eindigt, kan de Rechtbank hem kwijting verlenen⁹⁵. De commissaris kan trouwens ook door de Rechtbank worden geëvalueerd⁹⁶.

23. Het ereloon (en allicht ook de kosten) van de commissaris worden door de Rechtbank begroot⁹⁷. Binnen de 8 dagen na zijn aanstelling en ten laatste 8 dagen voor over de definitieve opschorting zal worden geoordeeld, maakt de commissaris een raming op. De voorstellen kunnen aangepast worden als de commissaris onderschat heeft. Hij wordt verondersteld in uurtarief te rekenen volgens de gebruiken van de beroepscategorie waartoe hij behoort. Kosten moet hij omstandig verantwoorden. Voor de beëindiging van zijn opdracht kan hij aan de ondernemer een voorschot van maximaal $\frac{3}{4}$ van het totale bedrag van het voorstel vragen⁹⁸.

Ereloon en kosten zijn ten laste van de ondernemer en worden bij voorrang betaald⁹⁹. Indien een faillissement worden uitgesproken in de loop van de akkoordprocedure, zijn de erelonen en kosten van de commissaris ook boedelschulden in het faillissement¹⁰⁰. Erelonen en kosten genieten van het voorrecht van de gerechtskosten.

⁹¹ VEROUGHSTRAETE, *Manuel...*, nr. 233, p. 148; COUSY, H. en DIRIX, E., "Continuïteit van ondernemingen in moeilijkheden", *T.P.R.*, 1998, nr. 33, p. 1245.

⁹² Kh. Luik, 11 februari 1998, *T.R.V.*, 1998, p. 170.

⁹³ Kh. Ieper, 5 januari 2001, *T.R.V.*, 2001, p. 55.

⁹⁴ Art. 19, laatste alinea W. Ger. Akk.

⁹⁵ Art. 40 W. Ger. Akk.; VANDEPITTE, P. en DE ROECK, M., "De commissaris...", *I.c.*, I.E.11, p. 28-29.

⁹⁶ Art. 19, 3^{de} alinea W. Ger. Akk.

⁹⁷ Art. 19, 5^{de} alinea W. Ger. Akk.

⁹⁸ K.B. van 10 december 1998 tot vaststelling van de regels en barema's betreffende de erelonen en de kosten van de commissarissen inzake opschorting.

⁹⁹ Art. 19 W., 5^{de} alinea W. Ger. Akk.

¹⁰⁰ Art. 44 W. Ger. Akk.; VANDEPITTE en DEROECK, *I.c.*, p. 32; zie ook verder nr. 70 en de wijzigingen.

De faillissementscurator¹⁰¹

24. Ook de faillissementscurator wordt aangesteld door de Rechtbank van Koophandel, maar dan in het vonnis van faillietverklaring¹⁰². De ondernemer-handelaar wordt failliet verklaard als hij op duurzame wijze heeft opgehouden te betalen en indien zijn krediet geschokt is¹⁰³.

Bij het aanvaarden van zijn ambt legt de curator een eed af ten aanzien van de rechter-commissaris¹⁰⁴. Hij is zonder twijfel het voornaamste orgaan van het faillissement, dat moet beschouwd worden als een collectief beslag op alle goederen van de faillietverklarde ondernemer. Het Hof van Cassatie beschouwt de curator als een gerechtelijk mandataris die, in het belang van de gefailleerde en van de massa van schuldeisers, de bevoegdheden uitoefent die hem door de wet zijn toegekend¹⁰⁵. Zijn bevoegdheden hebben betrekking op het vermogen van de gefailleerde ondernemer, die volledig buiten bezit is gesteld. De taak van de curator bestaat uit het realiseren van het actief en de verdeling van de gelden die hieruit voortkomen¹⁰⁶. Actueel wordt de curator niet meer gezien als een vertegenwoordiger of lasthebber in de strikte zin van het woord, maar als een bewindvoerder van een buiten bezit gesteld vermogen, dat hij dient te vereffenen¹⁰⁷.

Van belang is dat de curator wordt aangesteld in een procedure van collectief beslag. Hij komt in het bezit van een vermogen zoals het is op het ogenblik van de faillietverklaring. Hoe dit vermogen is, wordt evenwel bepaald vanuit het standpunt van de beslagleggende collectiviteit, dus van de schuldeisers. Handelingen die vóór het faillissement door de ondernemer zijn gesteld en die niet tegenstelbaar zouden zijn aan beslagleggende derden, zijn dus ook niet tegenstelbaar aan de curator¹⁰⁸.

¹⁰¹ O.m. COLLE, Ph., "Recente ontwikkelingen in het faillissementsrecht: de ware functie van de curator, de boedelschulden en het faillissement van de vennootschap in vereffening", *Handels-economisch en financieel recht*, Post-Universitaire cyclus Willy Delva 1994/1995., p. 3, nr.2; VAN BUGGENHOUT, C., "De rechtspositie van de curator in het faillissementsrecht en het sociaal recht", *Handels-economisch en financieel recht*, Post-Universitaire cyclus Willy Delva 1994/1995, p. 28-29; DIRIX, E., "Het Janushoofd van de curator", *R.W.*, 1996-1997, 1162; VEROUGHSTRAETE, *Manuel...*, nrs. 362-388, p. 239-251; VAN BUGGENHOUT, C., "De organen van het faillissement – De curator", in *Gerechtigd akkoord en faillissement*, II, D.20; LYSSENS, T., "De organen van het faillissement – Procedure voor opname van de curatoren op de lijst", in *Gerechtigd akkoord en faillissement*, II.D.22.

¹⁰² Art. 11 Faill. W.

¹⁰³ Art. 2 Faill. W.

¹⁰⁴ Art. 30 Faill. W. Art. 8 van het ontwerp van faillissementswet voorziet dat de eedaflegging zal gebeuren bij de inschrijving van de curator op de lijst van curatoren.

¹⁰⁵ Cass., 2 mei 1994, *R.W.*, 1994-1995, 861; Cass. 16 februari 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 181.

¹⁰⁶ Cass., 5 december 1997, *T.B.H.*, 1998, 523, met conclusie SPREUTELS, J.

¹⁰⁷ VEROUGHSTRAETE, I., *Manuel...*, nr. 363, p. 239-240: "Le curateur ne représente pas à proprement parler le failli...Le curateur ne représente pas non plus, au sens usuel du terme, les créanciers dans la masse." en noot 6: "Ces arrêts utilisent encore l'expression mandataire de justice, mais il est bien connu qu'un mandataire de justice n'est pas une personne qui exerce un mandat au sens du droit civil."; zie ook voetnoot 6: supra.

¹⁰⁸ DIRIX, E., "Het Janushoofd...", *I.c.*; contra VAN BUGGENHOUT, C., "De organen ...", *I.c.*, p. 9. Deze laatste verliest o.i. uit het oog dat een niet overgeschreven verkoop van een onroerend goed ook niet tegenstelbaar is aan de schuldeiser, die individueel beslag legt op dit onroerend goed.

Indien de gefailleerde een vennootschap is, zullen de vennootschapsorganen grotendeels buiten werking gesteld worden, minstens voor de duur van het faillissement¹⁰⁹. De curator zal de rechten van de gefailleerde uitoefenen, maar treedt in procedures steeds *qualitate qua* op.

Curatoren zijn in principe steeds advocaten en wel deze die op de lijst van curatoren zijn ingeschreven. Om kandidaten-curator toe te laten op de lijst, dient de Algemene Vergadering van de Rechtbank van Koophandel aan te nemen dat zij een bijzondere opleiding hebben genoten en waarborgen bieden inzake bekwaamheid op het gebied van vereffeningprocedures. Exceptioneel kan, buiten de lijst, een toegevoegd curator worden aangesteld¹¹⁰.

De aanstelling van de curator in een bepaald faillissement wordt, door de zorg van de curator¹¹¹, bekendgemaakt bij uittreksel in het Belgisch Staatsblad en in minstens twee dagbladen of periodieke uitgaven met regionale spreiding, tenzij de curator van dit laatste wordt vrijgesteld door de rechter-commissaris¹¹². De curator verwittigt de schuldeisers ook schriftelijk¹¹³.

25. De taken en bevoegdheden van de curator zijn in de faillissementswet zeer omstandig omschreven. Ze hebben betrekking op het *vermogen* dat door de curator als goed huisvader en onder toezicht van de rechter-commissaris moet worden *beheerd*¹¹⁴, waarvan hij de omvang in een inventaris moet *vaststellen*¹¹⁵, dat hij in bepaalde gevallen kan *wedersamenstellen*¹¹⁶ en dat hij volgens welbepaalde procedures moet *realiseren*¹¹⁷. Ze hebben ook betrekking op de vaststelling van het *passief*¹¹⁸ en de *verdeling* van de gelden¹¹⁹. Opvallend bij dit alles is dat de curator zeer frequent dient te rapporteren aan de rechter-commissaris¹²⁰ en dat hij op vele vlakken bijzondere machtiging moet bekomen van deze rechter-commissaris¹²¹ of van

¹⁰⁹ Zij zullen hun functie t.a.v. vennootschap enkel hernemen als de gefailleerde vennootschap verschoonbaar wordt verklaard. Indien de gefailleerde vennootschap onverschoonbaar wordt verklaard, maakt dit onmiddellijk een einde aan haar bestaan, overeenkomstig art. 83 Faill. W. Zie hierover: POELMANS, O., "L'article 83 de la loi sur les faillites – La fin d'une controverse", *DAOR*, nr. 58, juli 2001, p. 152 e.v. Contra, maar ten onrechte omdat de vennootschap enkel passieve rechtspersoonlijkheid behoudt : Brussel, 23 juni 2000, 97/AR/1150; *J.T.*, 2002, 475.

¹¹⁰ Art. 27 Faill. W. en het K.B. van 5 december 1997 tot vaststelling van de procedure van voordracht van de kandidaten bepaald in artikel 27, vijfde lid van de faillissementswet van 8 augustus 1997. zie ook het antwoord van de Minister van Justitie op de parlementaire vraag van kamerlid F. Anthuenis van 29 juli 1999 (DO 0000199920023 – vraag 2).

¹¹¹ Indien het ontwerp van reparatiewet goedgekeurd wordt: door de griffier – art. 12 van het ontwerp goedgekeurd door de Kamer op 19 juli 2001.

¹¹² Art. 38 Faill. W.

¹¹³ Art. 62 Faill. W.

¹¹⁴ Art. 40 2^{de} alinea Faill. W.

¹¹⁵ Artt. 41 – 45 Faill. W.

¹¹⁶ Art. 17 – 21.

¹¹⁷ Art. 49 Faill. W. voor een versnelde verkoop. Art. 75 Faill. W. voor de gewone gang van zaken. Art. 100 Faill. W. en artt. 1190 - 1193 en art. 1193 ter Ger. Wb.voor de onroerende goederen.

¹¹⁸ Art. 62 – 72 Faill. W.

¹¹⁹ Art. 99 Faill. W. Art. 77 – 80 Faill. W.

¹²⁰ Art. 34 Faill. W.. Art. 60 Faill. W.

¹²¹ Die er in het bijzonder mee belast is toezicht te houden op het beheer en de vereffening van het faillissement en de verrichtingen ervan te bespoedigen – art. 35 Faill. W.

de Rechtbank¹²². De Procureur des Konings volgt het faillissement en kan inlichtingen vragen aan de curator¹²³. Ook met de inzichten van de gefailleerde moet rekening gehouden worden, zowel bij het realiseren van het actief, als bij het vaststellen van het passief¹²⁴. Andere derden, waaronder vooral werknemers en schuldeisers kunnen advies geven, tussenkomen of bezwaren aanbrengen¹²⁵. Het faillissementsdossier kan tenslotte ter griffie door elke belanghebbende worden ingezien¹²⁶.

In verband met ons onderwerp, is het tenslotte van belang te weten dat het faillissement in principe de stopzetting van de activiteiten van de onderneming als gevolg heeft¹²⁷. De curator mag deze activiteiten enkel voorlopig op eigen gezag voortzetten, maar dient hiertoe uiteindelijk een machtiging te bekomen van de Rechtbank van Koophandel¹²⁸.

26. Tegen het faillissement kan de gefailleerde uiteraard een rechtsmiddel aanwenden. Indien dit leidt tot intrekking van het faillissement, zal hij nochtans geen aanspraak kunnen maken op schadevergoeding overeenkomstig art. 1398, tweede lid Ger. W., wegens de uitvoering van het vonnis bij voorraad. Deze bepaling is volgens het Hof van Cassatie niet verenigbaar met de taak van de curator, die door de rechtbank is aangesteld en verplicht is onmiddellijk zijn opdracht in het algemeen belang uit te voeren, zonder dat hij hiertoe in werking moet worden gesteld door een

¹²² Onder meer: art. 38 laatste alinea Faill. W. wat betreft de publicatie; art. 43, 3^{de} alinea Faill. W. voor wat betreft bijstand door derden; art. 47 Faill. W. voor de verderzetting van de activiteiten; art. 48 Faill. W. voor wat betreft het afgeven van zaken of het toestaan van levensonderhoud aan de gefailleerde en zijn gezin; art. 49 voor de verkoop van bederfbare waren; art. 51 Faill. W. voor wat betreft het houden van gelden op een rubriekrekening; art. 58 Faill. W. voor het aangaan van dadingen; art. 77 Faill. W. voor het verrichten van een uitdeling aan schuldeisers; art. 88 Faill. W. voor het inlossen van het pand; art. 100 Faill. W. voor de verkoop van onroerende goederen; art. 107 Faill. W. voor het eisen van levering van bestelde koopwaren; art. 108 Faill. W. voor het inwilligen van verzoeken tot terugvordering.

¹²³ Art. 36 Faill. W.

¹²⁴ Onder meer: Art. 43 Faill. W.: de inventaris wordt opgemaakt in aanwezigheid van de gefailleerde of mits deze behoorlijk is opgeroepen. Art. 65 Faill. W.: de schuldvorderingen worden nagezien in aanwezigheid van de gefailleerde of nadat deze behoorlijk is opgeroepen; de gefailleerde wordt gehoord over de vereffening van het faillissement. Art. 58 Faill. W.: de gefailleerde wordt opgeroepen vooraleer een dading kan worden aangegaan. Art. 13 en 68 Faill. W.: de gefailleerde wordt opgeroepen voor de sluiting van het proces-verbaal van nazicht. Art. 69 en 70 Faill. W.: de gefailleerde kan bezwaren inbrengen bij het sluiten van proces-verbaal van nazicht. Art. 73 en 79: de gefailleerde wordt oproepen bij de sluitingszitting of vereffeningvergadering. Art. 75 Faill. W.: de gefailleerde wordt gehoord door de rechter-commissaris in verband met de vereffeningwijze en wordt opgeroepen vooraleer de Rechtbank hierover beslist; hij kan ook in kort geding de aanstelling van een curator ad hoc vragen. Art. 1193 ter Ger. Wb.: de gefailleerde wordt opgeroepen vooraleer over het toestaan van een onderhandse verkoop van onroerende goederen wordt beslist. Art. 76 Faill. W.: de gefailleerde wordt opgeroepen voor een tussentijdse vergadering van schuldeisers.

¹²⁵ Onder meer: Art. 47 Faill. W.: in verband met de voortzetting van de activiteit. Art. 75 § 3 in verband met de realisatie van activa. Art. 76 Faill. W.: in verband met het gelasten van de curator tot onderhandelen over de overdracht van rechten en rechtsvorderingen. Art. 69 Faill. in verband met de verificatie van schuldvorderingen en het aanbrengen van bezwaren.

¹²⁶ Art. 39, laatste alinea Faill. W.

¹²⁷ Cass., 25 juni 2001, *R.W.*, 2001-2002, 485.

¹²⁸ Art. 47 Faill. W.

partij¹²⁹. Bovendien zal ex-gefaillieerde ook nog de kosten van de curator moeten dragen, indien het faillissement aan hem te wijten is¹³⁰. Het mandaat van de curator eindigt, in normale omstandigheden, nadat de Rechtbank van Koophandel de sluiting van het faillissement heeft bevolen bij toepassing van art. 73 of 80 Faill. W. Het sluitingsvonnis dat wordt uitgesproken in het raam van de summie procedure bij ontoereikendheid van actief, heeft slechts gevolgen één maand na publicatie in het Staatsblad.

De Rechtbank kan ook op ieder moment de curator vervangen of het aantal curatoren vermeerderen of verminderen¹³¹.

27. Het ereloon en de kosten van de curator worden begroot door de Rechtbank en vastgesteld volgens de normen uitgewerkt in koninklijk besluit¹³². Eventueel kunnen provisies worden toegekend, die niet hoger mogen zijn dan $\frac{3}{4}$ van het totaal. Ereloon en kosten zijn schulden van de boedel en, als gerechtskosten, bijzonder bevoorrecht.

Het instandhouden van de onderneming

Algemeen

28. De instandhouding van een onderneming vereist dat de componenten ervan intact worden bewaard. Zuiver bewarende maatregelen of acties kunnen door elk van de besproken bewindvoerders genomen worden. Hieronder vallen het opstellen en vervolledigen van inventarissen, het opmaken of laten opmaken van schattingsverslagen, het controleren van de boekhouding, het nazien van de lopende overeenkomsten, het nazien van de verzekeringen en afsluiten van aanvullende polissen. In de onderzoeksfase zal de bewindvoerder pogen zich een volledig beeld te vormen, door aan de ondernemer en aan andere personen betrokken bij de onderneming, tal van vragen te stellen en zich zoveel mogelijk stukken te laten voorleggen.

Zeer snel na zijn aanstelling zal de bewindvoerder evenwel moeten beslissen of het zinvol is de onderneming *on going concern* te laten verder werken. Dit is afhankelijk van meerdere factoren die verband houden met de *rentabiliteit* en met het *behoud van waarde*. De nagestreefde rentabiliteit is bijzonder, vermits de traditionele bewindvoerder geneigd zal zijn deze te beoordelen in functie van een vereffeningsperspectief en dus in functie van de *liquiditeiten*. Voor hem is het van belang dat, onder zijn bewind en naar aanleiding van de voortzetting van activiteiten,

¹²⁹ Cass., 1^{ste} Kamer, 15 juni 2001, rolnummer C990127N; A.J.T., 2001-2002, 710, met noot DE POORTER, Ingrid, "De rechtsgevolgen van de kosten en erelonen van de curator in het kader van de intrekking van het faillissement".

¹³⁰ Cass., 15 juni 2001, geciteerd.

¹³¹ Art. 31 Faill. W.

¹³² Art. 33 Faill. W. K.B. van 10 augustus 1998 houdende vaststelling van de regels en barema's tot bepaling van de kosten en het ereloon van de curatoren.

minder geld wordt uitgegeven, dan er zal ontvangen worden. Deze zienswijze dringt zich overigens op, omdat voor een voortzetting van activiteiten *geld* nodig is, er zelden of nooit kan gerekend worden op bijkomende bankkredieten en de kas doorgaans ook niet bepaald goed gespijsd is. Het loon van werknemers en de bijhorende sociale en fiscale lasten, huur- en leasingkosten, aankopen van voorraad, onderhoud van machines en gebouwen, verlichting en verwarming van gebouwen etc., zijn dus kosten die met vers geld moeten worden betaald.

Wat het behoud van waarde betreft wordt, in traditionele stelsels van bewindvoering, enkel rekening gehouden met de *realisatiewaarde*. In die stelsels is het bijgevolg pas opportuun de werkzaamheden verder te zetten, als hierdoor een aanzienlijke kans bestaat dat, met beperkte risico's, de onderneming geheel of gedeeltelijk kan worden overgedragen aan een betere prijs, dan deze die kan behaald worden voor de afzonderlijke componenten. De filosofie van de wet op het gerechtelijk akkoord is anders, vermits in deze wet belang wordt gehecht aan andere waarden, meer bepaald aan het behoud van economische activiteit en van tewerkstelling.

29. Eén van de belangrijkste problemen bij het instandhouden van ondernemingen, is het afweren van acties van individuele schuldeisers tegen het onder bewindgestelde vermogen. De aanstelling van een bewindvoerder is doorgaans het gevolg van economische moeilijkheden waarin de ondernemer verkeert. Door deze moeilijkheden lopen de vele participanten en belanghebbenden bij het ondernemingsleven (werknemers, leveranciers, bankiers, fiscus, RSZ, aandeelhouders...) het gevaar niet meer betaald te worden voor wat hen, krachtens de wet of een overeenkomst, toekomt. Als er sprake is van een onderneming in moeilijkheden, worden al deze participanten bij een onderneming, van dan af aan aangeduid onder de generieke term *schuldeisers*. Schuldeisers willen in de eerste plaats betaald worden. Als een ondernemer hiertoe niet vrijwillig overgaat, zal elk voor zich pogen betaling te bekomen ofwel uit de opbrengsten van de activiteit van de onderneming (vertaald als *schuldvorderingen*) ofwel uit vermogenscomponenten van de ondernemer die meestal van functioneel belang zijn voor de onderneming (vertaald als *roerende of onroerende activa*).

De belangen van schuldeisers zijn niet alleen strijdig met deze van de onderneming als economische entiteit, maar zijn ook onderling conflicterend.

Elke schuldeiser kan immers individueel optreden en, volgens de toepasselijke regels overgaan tot het leggen van een beslag op één of meerdere activa-elementen van de ondernemer-debiteur¹³³. Het is hem er om te doen zelf betaald te worden, zodat er, bij veronderstelling, hierna minder overblijft voor andere schuldeisers¹³⁴.

Indien een bewindvoerder een onderneming probeert in stand te houden, doet hij dit minstens deels in het algemeen belang. Het ligt in de lijn van de groeiende collectivisering van het beslagrecht¹³⁵ dat individuele schuldeisers, bij het instellen van

¹³³ DIRIX, E., en BROECKX, K., "Beslag", in *A.P.R.*, ed. 2001, nr.30, p.19 e.v .

¹³⁴ VERBEKE, A., "Het nieuwe artikel 1524 Ger. W.: gemeenmaking van roerend beslag zonder collectivisering", *R.W.*, 2000 – 2001, p. 1545 e.v.; VERBEKE, A., "Praktische voorstellen voor een gemeen roerend beslag", *T.P.R.*, 2001, 813 e.v.

¹³⁵ Cass., 11 april 1997, *R.W.*, 1997-98, 186, met noot DIRIX, E.; DIRIX, E., "Een derdenbeslag legt men nooit alleen", in VERBEKE, A., VERSTRAETE, J. en WEYTS, L. (red.), *Facetten van*

een stelsel van bewindvoering, hun individuele acties zouden moeten staken¹³⁶. Dit is in ieder geval te verantwoorden, zo de onderneming mede in hun belang wordt in standgehouden en / of indien de eventuele realisatie ervan aan de best denkbare voorwaarden gebeurt. Vermits de activa gebruikt door de onderneming, duidelijk tot een bepaald doel bestemd zijn en deze, bij veronderstelling, gerealiseerd zullen worden door een neutraal bewindvoerder, ligt een veralgemeend gebruik van de leer van zakelijke subrogatie voor de hand¹³⁷. Dit is althans zo als het stelsel van bewindvoering leidt tot verkoop van vermogensbestanddelen. Tegenover de schorsing van de individuele actiemogelijkheden van de schuldeisers, staat dan het behoud van hun algemene of bijzondere (pand)rechten, op de prijs, die in de plaats komt van de verkochte vermogensbestanddelen¹³⁸. Ons lijkt het dat deze stelling actueel verdedigbaar is, met uitzondering voor wat betreft revindicatievorderingen. Het ligt in de lijn van de evolutie dat deze vorderingen van de eigenaar, na het instellen van een stelsel van bewindvoering, verder zullen kunnen worden uitgeoefend¹³⁹.

30. Voor het afweren van individuele acties van schuldeisers is de *theorie van de samenloop*, zoals deze actueel bestaat, niet algemeen bruikbaar in elk stelsel van bewindvoering.

Zodra er meerdere schuldeisers gelijktijdig aanspraken doen gelden op het vermogen (of een gedeelte ervan) van hun gemeenschappelijke debiteur, ontstaat *samenloop*. De wetgever voorziet veelal dat bij samenloop een bewindvoerder wordt gelast met de vereffening (inbegrepen de verdeling) van het (deel-) vermogen¹⁴⁰. Het begrip *samenloop* wordt verder onderverdeeld in *passieve* samenloop – wanneer de samenloop beperkt blijft tot het feitelijk toevallig samentreffen van concurrente aanspraken – en *actieve* samenloop¹⁴¹ – wanneer de bewindvoerder aan wie de vereffening werd opgedragen de verplichting heeft op actieve wijze potentiële

ondernemingsrecht. Liber amicorum Prof. Frans Bouckaert, 2000, p. 155 e.v.; VERBEKE, A., *Het nieuwe artikel 1524 Ger. W....*, *I.c.*

¹³⁶ vgl: Arbitragehof, 13 maart 2001, arrest nr. 35/2001: i.v.m. de collectieve schuldenregeling *“De financiële toestand van de persoon met overmatige schuldenlast wordt in kaart gebracht en de ongecontroleerde druk van de schuldeisers valt voor die persoon weg dankzij het optreden van een schuldebemiddelaar...”* – wat in de oorspronkelijke Franse tekst, geciteerd door VERBEKE, *“Het nieuwe artikel 1524 Ger. W....”*, *R.W.*, 2000-2001, noot 15 en, *ibidem*, *“Praktische voorstellen...”*, *T.P.R.*, 2001, p. 815, noot 4, klinkt als: *“La situation financière de la personne surendettée est globalisée et celle-ci est soustraite à la pression anarchique de créanciers grâce à l'intervention d'un médiateur de dettes.”*

¹³⁷ DE PAGE, *Traité*, T. V, 1975, p. 573 e.v., nrs. 593 – 617 ; DIRIX, E., *“Zakelijke subrogatie”*, *R.W.*, 1993-94, p. 273 e.v.; Rb. Hasselt, 13 maart 2000, *A.J.T.*, 2001-2002, 553; *T.B.B.R.*, 2001, 629: er is sprake van zakelijke subrogatie, wanneer een goed dat in de plaats komt van een ander goed dat in het vermogen een bepaalde functie vervult, die functie overneemt.

¹³⁸ Hetgeen dan wel veronderstelt dat de bewindvoerder bij een verkoop de prijs van de verschillende bestanddelen die hij *in globo* verkoopt, gedetailleerd opsplijst in functie van de verschillende voorrechten.

¹³⁹ Zie bijvoorbeeld art. 101 Faill. W. en art. 5 van de Europese insolventieverordening; VEROUGHSTRAETE, I. en VAN BUGGENHOUT, C., *“Faillissement en continuïteit van onderneming”*, *T.P.R.*, 1990, 1771 zagen al in 1990 *een onmiskenbare evolutie in die richting*.

¹⁴⁰ een gerechtsdeurwaarder bij beslag onder derden of op roerende goederen; een notaris bij beslag op onroerend goed; een curator bij faillissement; een vereffenaar bij ontbinding van een of een V.Z.W.; een schuldebemiddelaar bij collectieve schuldenregeling; een curator over een onbeheerde nalatenschap.

¹⁴¹ zowel de notaris, de gerechtsdeurwaarder, de vereffenaar en de curator zijn hiertoe gehouden

schuldeisers op te sporen, en in *kleine* samenloop¹⁴² – wanneer de samenloop beperkt is tot bepaalde schuldeisers – en *grote* samenloop¹⁴³ – wanneer de bewindvoerder opdracht krijgt om in het algemeen alle mogelijke schuldeisers van het te vereffenen vermogen op te sporen¹⁴⁴. Wat de stelsels van bewindvoering die wij bespreken betreft, ontstaat zeker een grote actieve samenloop bij faillissement en vereffening en ontstaat *ipso iure* zeker geen grote, noch actieve samenloop door beslag op de handelszaak. Of een gerechtelijk akkoord samenloop doet ontstaan, is bron van discussie. Niemand schijnt er zich, voor zover ons bekend, zorgen over te maken of een ontneming van beheer in de zin van art. 8 Faill. W. samenloop doet ontstaan.

31. Het begrip *samenloop* speelt in de rechtsliteratuur, die erop gericht is te systematiseren, een zeer belangrijke rol, maar blijft onduidelijk wat zijn reële inhoud betreft¹⁴⁵. Dit komt tot uiting in de discussie of een gerechtelijk akkoord *nieuwe stijl* nu al dan niet een situatie van samenloop doet ontstaan. Wie stelt dat er samenloop is, voegt daaraan toe dat het een samenloop “*van een bijzondere aard is*”¹⁴⁶. Men kan dus zuiver terminologisch met evenveel recht stellen dat er “*proprement dit*” helemaal geen samenloop is¹⁴⁷, maar enkel een moratorium door middel van de schorsing van de individuele executierechten, zoals de Wet uitdrukkelijk bepaalt¹⁴⁸. In haar bespreking van een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen¹⁴⁹ – voorstander van de bijzondere vorm van samenloop – en een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Luik¹⁵⁰ – pleitbezorger van het absoluut moratorium aan alle schuldeisers – besluit een auteur dat de Rechtbanken weliswaar een andere term gebruiken, maar eigenlijk hetzelfde bedoelen¹⁵¹.

¹⁴² bij vereffening na beslag

¹⁴³ bij faillissement en vereffening van een vennootschap of een V.Z.W.

¹⁴⁴ zie over deze begrippen dikwijls in gelijke bewoordingen: DE CORTE, R., “Samenloop van preferente aanspraken”, *I.c.*, nrs. 6 – 19, p. 216 – 221; DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, XII, nrs. 8 – 50, p. 32 – 40; DIRIX, E., en BROECKX, K., « Beslag », *o.c.*, nr. 30, p. 20 – 21; nr. 129, p. 93 – 94; VINCENT, L., “Chronique de jurisprudence – La publicité foncière et les sûretés réelles”, *J.T.*, 1968, 757; VEROUGHSTRAETE, I., *Manuel de la faillite et du concordat*, 1998, “*Il y a concours quand il y a rencontre, due à l’initiative des créanciers ou à la volonté du législateur, de prétentions contradictoires des créanciers, sur un ou plusieurs biens du débiteur dont celui-ci a perdu la libre disposition. L’insolvabilité du débiteur n’est pas déterminante ; par contre, la perte de la libre disposition est caractéristique du concours.*”; TROCH, K., « Gevolgen van het faillissement. De opschorting van de tenuitvoerlegging: juridische grondslag en toepassingsgebied. », *Gerechtelijk akkoord en Faillissement*, II.E.30, p. 3 – 9.

¹⁴⁵ THIRION, N., “La théorie de l’égalité des créanciers en concours d’une personne morale en liquidation: nouveaux enseignements de la Cour de cassation”, *R.C.J.B.*, 2001, p. 171 e.v., inz. Nr. 6, p. 174 – 176 en nr. 18, p. 189.

¹⁴⁶ DIRIX, E., en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, *o.c.*, nr. 66, p. 56.

¹⁴⁷ VEROUGHSTRAETE, I., *Manuel de la faillite et du concordat*, nr. 130, p. 90: « *Cette incapacité partielle illustre qu’il n’y a pas, en matière de concordat, de concours proprement dit. Sans doute y a-t-il entrave à l’exploitation par le débiteur mais le concordat ne tend pas à ce stade à l’attribution des biens aux différents créanciers* ».

¹⁴⁸ VAN BUGGENHOUT, “Gerechtelijk akkoord en samenloop”, *T.B.H.*, 1999, 157 e.v.; GEINGER, H., “Twee jaar wet op het gerechtelijk akkoord”, in *CBR, Jaarboek 1999 – 2000*, deel 1, nr. 48 – 49, p. 114 – 116; THIRION, N., *La théorie de l’égalité...*, *I.c.*, nr. 17, p. 188 – 189

¹⁴⁹ Kh. Antwerpen, 16 juni 1998, *R.W.*, 1998-99, 227, met noot DECKMYN, V. en DERNICOURT, E; *T.B.H.*, 1999, 179.

¹⁵⁰ Kh. Luik, 3 april 1998, *T.B.H.*, 1999, 179.

¹⁵¹ DE WILDE, A., *Kroniek van rechtspraak gerechtelijk akkoord en faillissement*, *R.W.*, 1999 – 2000, nr. 22, p. 591- 592.

Indien een situatie met de term *samenloop* wordt aangeduid, worden vooral de gevolgen hiervan beschreven. Art. 1675/7 Ger. Wb., in verband met de collectieve schuldenregeling, bepaalt dat de beschikking van toelaatbaarheid van de vordering tot collectieve schuldenregeling een toestand van samenloop tussen de schuldeisers doet ontstaan en de opschorting van de loop van de interesten en de onbeschikbaarheid van het vermogen van de verzoeker tot gevolg heeft. Deze bepaling is één van de weinige, waarin de wetgever zelf de term *samenloop* hanteert. Vóór de wet op de collectieve schuldenregeling in voege trad, werd het begrip vooral in de rechtsleer gehanteerd, om bepaalde rechtsfiguren te groeperen, aan de hand van de vergelijkbare gevolgen die zij te weeg brengen. De uitleg die thans aan deze wettelijke term gegeven wordt, overstijgt bijgevolg het geval van collectieve schuldenregeling. In een arrest van 31 mei 2001 analyseert het Hof van Cassatie (in verenigde kamers)¹⁵² deze bepaling in die zin dat de beschikking van toelaatbaarheid (enerzijds) een toestand van samenloop doet ontstaan tussen de schuldeisers en (anderzijds) de opschorting van het recht van de schuldeisers om de betaling persoonlijk te vorderen. Hetzelfde arrest preciseert vervolgens *“dat in geval van samenloop, het in de artikelen 7 en 8 van de Hypotheekwet neergelegde beginsel van de gelijkheid onder de schuldeisers de regel is”*. Steeds volgens het Hof volgt uit de bepaling van artikel 8 Hyp. W. dan weer *“dat...de goederen van de schuldenaar strekken tot gemeenschappelijke waarborg voor zijn schuldeisers, en de prijs ervan onder hen wordt verdeeld naar evenredigheid van hun vordering, tenzij er onder de schuldeisers wettige redenen van voorrang bestaan.”* Bij een samenloop hebben de schuldeisers wier schuldvordering voordien is ontstaan en niet door een zakelijke zekerheid of een bijzonder voorrecht is gewaarborgd, dus recht op “gelijke” behandeling¹⁵³. Dit eerste gevolg van samenloop wordt het *gelijkheidsbeginsel* genoemd. Uit de overvloedige rechtspraak van het Hof van Cassatie i.v.m. de collectieve samenloopsituatie, vooral deze die volgt uit een in vereffeningstelling van een vennootschap of een V.Z.W., blijkt dat naast het hoger geciteerde *gelijkheidsbeginsel*, een situatie van samenloop ook tot gevolg heeft dat de rechten van de schuldeisers onderling onherroepelijk zijn gefixeerd. Het tweede gevolg wordt gevat onder de notie *fixatiebeginsel* en daaruit wordt onder meer afgeleid dat de loop der interest, wegens de samenloop, wordt geschorst¹⁵⁴. De

¹⁵² Cass., 31 mei 2001, *R.W.*, 2001 – 2002, 596, met noot DE WILDE, A., “Het gelijkheidsbeginsel en de voorrechten in de collectieve schuldenregeling”; *J.T.*, 2001, 568.

¹⁵³ Bijvoorbeeld: Cass., 2 mei 1985, *R.W.*, 1985-86, 27, met conclusie advocaat-generaal JANSSENS DE BISTHOVEN; *R.C.J.B.*, 1989, 420 met noot 't KINT en FORGES, (weliswaar in verband met het gerechtelijk akkoord oude stijl): *“Overwegende dat het indienen van een verzoekschrift tot verkrijging van een gerechtelijk akkoord een samenloop doet ontstaan onder alle schuldeisers van de schuldenaar, met het oog op een gelijkmatige vereffening; dat hieruit volgt dat, vanaf de indiening van bovenvermeld verzoekschrift, iedere schuldeiser een verkregen recht heeft dat een niet-bevoorrechte schuldeiser geen groter bedrag uitbetaald krijgt dan hijzelf;...”*.

¹⁵⁴ zie, bijvoorbeeld: Cass., 24 maart 1977, in DIRIX, E. en VAN HAEGENBORGH, G., *Zekerheden en executierechten in 115 uitspraken*, 1992, p. 40; *R.C.J.B.*, 1977, 628, met noot GERARD, “La règle de l'égalité entre les créanciers d'une société commerciale en liquidation”: *“Overwegende dat de dwingende tekst van artikel 184 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschap impliceert dat, onverminderd de rechten van de bevoorrechte schuldeisers, gelijkheid moet heersen bij de verdeling van het gemeenschappelijk vermogen tussen de schuldeisers wier schuldvordering is ontstaan vóór de invereffeningstelling van de vennootschap; dat hieruit volgt dat in de verhoudingen tussen deze niet-bevoorrechte schuldeisers en voor de vaststelling van hun rechten onderling de loop van de interest van hun schuldvorderingen geschorst is op datum van de invereffeningstelling wegens de samenloop welke deze doet ontstaan tussen die schuldeisers en om de gelijkmatige oplossing van de vereffening mogelijk te maken wanneer het actief van de vennootschap geen betaling van de*

schorsing van interest, is dus een gevolg van de samenloop en wordt allicht daarom in het arrest van 31 mei 2001 niet als afzonderlijk gevolg van de toepassing van art. 1675/7 Ger. W. aangehaald.

De schorsing van het recht van de schuldeisers om individueel uit te voeren op het vermogen van de schuldeiser, is daarentegen geen gevolg van de samenloop¹⁵⁵ en wordt allicht daarom, door het hoger besproken cassatiearrest, niet als een gevolg van de samenloop, maar wel als een hiervan te onderscheiden voorschrift van art. 1675/7 Ger. W. geanalyseerd. Een individueel schuldeiser, die slechts beschikt over een chirografaire vordering of een vordering gewaarborgd met algemeen voorrecht, mag na de invereffeningstelling inderdaad verder tot beslag en executie overgaan. Dit werd onder meer expliciet beslist in het cassatiearrest van 4 januari 2001. De casus had betrekking op de R.S.Z. De vordering van deze instelling tot betaling van sociale bijdragen geniet van het voorrecht voorzien in art. 19, 4° ter Hyp. W. gedurende drie jaar. De termijn wordt geschorst door *“de dood van de schuldenaar, de ontneming van het bezit of de inbeslagneming, zelfs gedeeltelijk van zijn goederen”*. In het cassatiemiddel betoogde de R.S.Z. dat hij geen middel van tenuitvoerlegging kon hanteren, gezien zijn debiteur een in vereffening gestelde BVBA was, waartegen hij niet kon laten uitvoeren. Het Hof antwoordt hierop bondig *“dat de invereffeningstelling van een handelsvennootschap op zichzelf niet belet dat de goederen van de schuldenaar in beslag worden genomen”* en *“dat het middel, dat betoogt dat de invereffeningstelling van een handelsvennootschap impliceert dat een schuldeiser die een algemeen voorrecht heeft geen individueel middel van tenuitvoerlegging mag hanteren, faalt naar recht”*¹⁵⁶. Indien geen uitdrukkelijke wetsbepaling het verbiedt, kan, zelfs in geval van grote samenloop, een individueel schuldeiser dus nog beslag leggen en de beslagen goederen laten uitwinnen. De vereffenaar (of een andere in samenloop komende schuldeiser) kan enkel de opheffing van dit beslag bekomen, mits het instellen van een procedure voor de beslagrechter en mits hij aantoonde dat door de individuele uitvoering de rechten van de andere schuldeisers worden geschaad¹⁵⁷. De

interest mogelijk maakt; dat immers, zoals inzake faillissement, de gelijke behandeling van niet-bevoorrechte schuldeisers het afsluiten van de rekeningen impliceert, met inbegrip van de rekening van de interest, bij de invereffeningstelling, opdat het bedrag van de schuldvorderingen die interest opbrengen niet zou verhogen ten nadele van de schuldvorderingen die geen interest opbrengen, naar rato van de duur van de vereffening; dat de schorsing van de loop van de interest het pendant is van het disconto van de schuldvorderingen op termijn zonder interest, die wegens de invereffeningstelling onmiddellijk eisbaar worden;...”

¹⁵⁵ GERARD, “La règle de l'égalité entre les créanciers d'une société commerciale en liquidation”, *I.c.*, nr. 22, p. 653 : *“La suspension de poursuites individuelles est, en matière de faillite et de concordat <N.B. : oude stijl>, davantage liée au dessaisissement du débiteur - ... - qu'au concours né du jugement déclaratif ou du dépôt de la requête. Or, la société en liquidation n'est point dessaisie de ses droits et biens, et la dissolution ne donne point naissance à un groupement de créanciers appelés à se partager son actif net.”*

¹⁵⁶ Cass., 4 januari 2001, *T.R.V.*, 2001, 169, met noot; RC 01441_1.

¹⁵⁷ zie, bijvoorbeeld: Cass., 24 maart 1977, in DIRIX, E. en VAN HAEGENBORGH, G., *Zekerheden en executierechten in 115 uitspraken*, 1992, p. 38; *R.C.J.B.*, 1977, 632, met noot GERARD, “La règle de l'égalité entre les créanciers d'une société commerciale en liquidation”: *“Overwegende dat de dwingende tekst van artikel 184 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschap impliceert dat, onverminderd de rechten van de bevoorrechte schuldeisers, gelijkheid moet heersen bij de verdeling van het gemeenschappelijk vermogen tussen de schuldeisers wier schuldvordering is ontstaan vóór de invereffeningstelling van de vennootschap; dat vanaf deze invereffeningstelling de rechten van deze schuldeisers onderling onherroepelijk zijn vastgelegd; dat hieruit volgt dat het voor de schuldeisers van een vennootschap in vereffening een verworven recht is dat een afzonderlijke niet-bevoorrechte*

oplossing is ook logisch, vermits samenloop, bijvoorbeeld na ontbinding van een vennootschap, niet noodzakelijk insolventie impliceert.

Hieruit blijkt dat een moratorium dat wordt opgelegd aan alle schuldeisers na gerechtelijk akkoord, geen gevolg is van een samenloop, maar van een uitdrukkelijke wetsbepaling. Het is dus onjuist te beweren dat dit moratorium een indicatie zou zijn dat een gerechtelijk akkoord samenloop doet ontstaan.

Stellen dat een gerechtelijk akkoord een situatie van samenloop doet ontstaan is ook in strijd met de definitie zelf, vermits samenloop maar ontstaat door gelijktijdige executie¹⁵⁸ tijdens de vereffening van een vermogen¹⁵⁹. Dit is in principe niet aan de orde bij een gerechtelijk akkoord, waar de ondernemer zelfs niet buiten bezit is gesteld, maar enkel wordt gecontroleerd. Verder gelden het fixatiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel, die de wezenlijke gevolgen zijn van samenloop, bij een gerechtelijk akkoord zeker niet. De interest loopt blijkens art. 21 § 2 W. Ger. Akk. verder. Het herstelplan kan in een gedifferentieerde behandeling van schulden voorzien (art. 29 § 3, 2^{de} lid).

32. De samenloop laat op zich *a fortiori* ook niet toe elke individuele actie te verlammen. Indien de gevolgen van de *samenloop* een middel opleveren om executie door schuldeisers op de activa van de ondernemer te beletten, op voorwaarde dat deze executie de rechten van andere schuldeisers kan schaden, dan kan dit middel niet aangewend worden om executie door de zogenaamde *separatisten* tegen te gaan.

Er bestaat geen discussie over dat, in principe, de hypothecaire en pandhoudende schuldeisers en, minstens bepaalde schuldeisers die beschikken over een bijzonder voorrecht (zoals de verhuurder) aan de gevolgen van de samenloop ontsnappen¹⁶⁰. Als uit de Cassatiearresten, i.v.m. de gevolgen van de inverteffeningstelling van een vennootschap of V.Z.W., volgt dat de bevoorrechte schuldeisers wel onverkort tot executie kunnen overgaan, worden hiermee duidelijk de bijzonder bevoorrechte schuldeisers bedoeld¹⁶¹.

Het gelijkheidsbeginsel heeft ook geen betrekking op de boedelschulden¹⁶². Na samenloop kan verder ook nog retentierecht uitgeoefend worden, kan de *exceptio non*

schuldeiser geen groter aandeel uitbetaald krijgt dan zijzelf; Overwegende dat wanneer één van de schuldeisers een individuele rechtsovereenkomst tegen een vennootschap instelt, met name teneinde zijn schuldsovereenkomst gerechtelijk te doen vaststellen, deze rechtsovereenkomst niet kan leiden tot daden van tenuitvoerlegging waardoor de rechten van de andere schuldeisers zouden worden geschaad; Overwegende dat de rechter bij wie het verzet aanhangig is van een niet-bevoorrechte schuldeiser wiens schuldsovereenkomst ontstaan is vóór de inverteffeningstelling, moet nagaan of deze daden de rechten van de andere schuldeisers zouden schaden en, in zoverre, het verzet aannemen;...

¹⁵⁸ DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, o.c., nr. 42, p. 36.

¹⁵⁹ DE CORTE, R., Samenloop van preferente aanspraken, *I.c.*, nr. 11, p. 217.

¹⁶⁰ O.m.: DIRIX, E., "Beslag en faillissement", VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE TE BRUSSEL (ed.), *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, 1994, p. 112 – 114, nrs. 14 – 19; DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, o.c., nr. 56 - 57, p. 45 – 48.

¹⁶¹ GERARD, "La règle de l'égalité ...", *I.c.*, nr. 8, p. 641.

¹⁶² O.m. VERCRUYSE, D., "Boedelschulden", in MARTENS, L. en VAN VOLCEM, M. (editors), *De onderneming in de branding, Actuele ontwikkelingen inzake de onderneming en haar continuïteit*, 2002, p. 196 e.v.; adde: Cass., 7 maart 2002, *T.B.H.*, 2002, 389, waaruit volgt dat de curator ook boedelschulden aangaat met het oog op het beheer van het faillissement

adimpleti contractus worden ingeroepen, wordt compensatie aanvaard tussen schuldvorderingen *ex eadem causa* (althoewel dit *contra legem*¹⁶³ is) en kan nog gerevindiceerd worden¹⁶⁴.

Gewapend met deze gegevens kunnen enkele bijzonderheden eigen de besproken stelsels van bewindvoering onderzocht worden.

De pandverzilveraar van de handelszaak

33. De pandverzilveraar heeft een beperkte opdracht en bijgevolg ook beperkte bevoegdheden. Strikt gesproken heeft hij geen wettelijke beslissingsbevoegdheid i.v.m. het al dan niet voortzetten van de onderneming, vermits de ondernemer aan het hoofd ervan blijft staan. De ondernemer zelf ziet zijn mogelijkheden evenwel danig beknot, zoals boven uiteengezet¹⁶⁵. Indien de pandhouder een strakke houding inneemt, behoudt de ondernemer geen enkele financiële armslag, zodat hij noodgedwongen tot stopzetting van zijn zaak zal dienen te besluiten.

De beslissing om de handelszaak voort te zetten zal bijgevolg in samenspraak moeten worden genomen. Indien de pandhouder ervan kan overtuigd worden dat het voortzetten van de activiteiten zal bijdragen tot een positiever liquidatieresultaat, kan hij afzien van zijn inningsbevoegdheid met betrekking tot de schuldvorderingen en van zijn beslag op de kasgelden. In dat geval zal de vervangende voorraad en de netto-opbrengst van de voortzetting van de handel, door zaakvervanging de plaats innemen van de oorspronkelijke schuldvorderingen, voorraden en kasgelden in de verpande en in beslaggenomen handelszaak¹⁶⁶. De pandgever zal van zijn kant het toezicht van de pandverzilveraar moeten accepteren en ertoe bereid gevonden worden de netto-baten af te staan. Het toezicht van de pandverzilveraar past overigens in het raam van zijn opdracht. Om een handelszaak te kunnen verkopen, moet hem toegestaan worden zich een beeld te vormen van deze handelszaak en zich in te spannen om deze zo goed mogelijk in stand te houden, met als finaliteit een optimale realisatie ervan.

34. Door de parate executie van de pandhouder op de handelszaak, ontstaat op zich *geen actieve samenloop*, in die zin dat de pandverzilveraar als bewindvoerder geen verplichting heeft op actieve wijze een samenloop te organiseren¹⁶⁷.

“wanneer die schulden ontstaan door handelingen die de curator voor dit beheer diende te stellen maar niet stelt”.

¹⁶³ THIRION, N., *La théorie de l'égalité des créanciers en concours ...*, *I.c.*, nr. 28, p. 202

¹⁶⁴ voor een beschrijving van deze mechanismen zie o.m. DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, nr. 40, p. 35 en de verwijzigingen; VEROUGHSTRAETE, I., *Manuel*, ..., o.c., nr. 832 –853, p. 462-469, w.b. revindicatie en nr. 854 –864, p. 470 – 477 wat betreft de preferentiële mechanismen; THIRION, N., *I.c.*, nrs. 22 – 28, p. 192 –203.

¹⁶⁵ *Supra* nr. 9.

¹⁶⁶ BOUCKAERT, “De handelszaak”, o.c., nr. 153, p. 67; DIRIX, E. en BROECKX, K., “Beslag”, o.c., nr. 40, p. 25; DIRIX, E., en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, nr. 217, p. 142; DIRIX, E., “Zakelijke subrogatie”, *I.c.*, nr. 4, p. 274 en nr. 16, p. 279.

¹⁶⁷ DE CORTE, R., “Samenloop van preferente aanspraken”, *I.c.*, nr. 16, p. 220: “Zo is in het geval van het te gelde maken van een pand, waarbij de rechter heeft besloten tot een openbare verkoop, door de wetgever de organisatie van een actieve samenloop niet voorzien. Indien op het inpandgegeven goed beslag was gelegd door een schuldeiser van de pandverstrekker kan

Keerzijde van de medaille is dat de andere schuldeisers van de ondernemer in principe ook ongehinderd de uitvoering kunnen eisen van verbintenissen, die de ondernemer tegenover hen heeft aangegaan. Zij kunnen tegen de ondernemer vonnis nemen en laten overgaan tot het leggen van bewarend of uitvoerend beslag op diens goederen, zelfs al maken ze deel uit van de in pandgegeven handelszaak¹⁶⁸. Vermits in principe alle elementen van de handelszaak op unieke wijze zijn in beslaggenomen, behalve de onroerende goederen van nature, maar met inbegrip van de volledige voorraad¹⁶⁹, is een afzonderlijke uitvoering door een andere schuldeiser weinig zinvol en zou deze getuigen van rechtsmisbruik¹⁷⁰. Om dergelijke beslagen te vermijden zal de pandverzilveraar er dus goed aan doen de gerechtsdeurwaarders uit het arrondissement te verwittigen, dat hij een aanvang heeft genomen met de globale realisatie van de handelszaak. Vermits de meeste schuldeisers, eens zij vernemen dat dergelijke pandrealisatie een aanvang heeft genomen, er terecht zullen van uitgaan dat executie van hun beslag hen geen baat kan opbrengen, zullen ook reeds voordien gelegde beslagen doorgaans niet worden voortgezet. Indien dit wel het geval zou zijn, oefent de pandhouder immers zijn voorrecht uit op de opbrengst¹⁷¹.

Op te merken valt dat, indien andere schuldeisers door beslag aanspraken laten gelden op elementen van de handelszaak, of zelf over een pand of bijzonder voorrecht op (een element) van handelszaak beschikken, er wel *passieve* samenloop is. Met de samenlopende aanspraken zal desgevallend rekening moeten worden gehouden, bij de verdeling van de gelden afkomstig van de realisatie. Hierop wordt later ingegaan.

35. Op de uitvoering van lopende overeenkomsten die werden aangegaan door de ondernemer, heeft de pandverzilvering in principe geen invloed. Ook schulden die, in uitvoering van dergelijke overeenkomsten, ontstaan zijn vóór het beslag blijven eisbaar. Wil de onderneming, althans de handelszaak, in stand worden gehouden, dan

zich volgende situatie voordoen: het pand wordt verkocht en de opbrengst dekt ruimschoots de pandhoudende schuldeiser. Het saldo mag uitgekeerd worden aan de beslagleggende schuldeiser, zonder dat de andere schuldeisers, die beslag hadden gelegd tegen de pandverstrekker, bij deze vereffening dienen betrokken te worden."

¹⁶⁸ Gent, 29 september 1987, *R.W.*, 1991-1992, 955; BOUCKAERT, F., "De handelszaak", o.c., nrs. 168 – 170, p. 74 –75; DIRIX, E., "Vuistpand", *l.c.*, nr. 36, p. 30 en nr. 38, p. 31; DIRIX, E. en BROECKX, K., "Beslag", o.c., nr. 568, p. 342; DIRIX, E., en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, nr. 454, p. 301

¹⁶⁹ Pas na realisatie kan de omvang van het pand i.v.m. de voorraden bepaald worden: BOUCKAERT, R., "De handelszaak", o.c., nr. 153, p. 67; DE CORTE, R., "Beslag en rechtsmisbruik", in, *Zakenrecht absoluut niet een rustig bezit. XVIII° Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1991-1992*, nr. 49, p. 206.

¹⁷⁰ DIRIX, E. en BROECKX, K., "Beslag", o.c., nr. 568, p. 343; DIRIX, E., "Vuistpand", *l.c.*, nr. 38, p. 31; DE CORTE, R., "Beslag en rechtsmisbruik", in, *Zakenrecht absoluut niet een rustig bezit. XVIII° Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1991-1992*, nr. 51, p. 207.

In geval van een vuistpand, gaf het Hof van Beroep te Gent de voorrang aan de schuldeiser die eerst tot verkoop werd gemachtigd: Gent, 29 september 1987, *l.c.*

¹⁷¹ BOUCKAERT, F., "De handelszaak", o.c., nr. 170, p. 75; DIRIX, E. en BROECKX, K., "Beslag", o.c., nr. 568, p. 342-343; DE CORTE, R., "Beslag en rechtsmisbruik", in, *Zakenrecht absoluut niet een rustig bezit. XVIII° Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1991-1992*, nr. 49, p. 206; Mons, 1 maart, 2001, *T.B.B.R.*, 2002, 236 maakt hiervan een toepassing door de gerechtsdeurwaarder, die een actiefbestanddeel van de in pandgegeven handelszaak in het raam van een uitvoering heeft verkocht, aansprakelijk te stellen tegenover de pandhouder omdat de gerechtsdeurwaarder, bij de evenredige verdeling van de verkoopopbrengst, geen rekening had gehouden met het ingeschreven pand op de handelszaak.

zullen o.m. loon van werknemers, huur- en leasingvergoedingen, kopen en leningen op afbetaling, kosten van nutsvoorzieningen ongetwijfeld moeten betaald worden. Dit gegeven mag niet uit het oog worden verloren, vooraleer beslist wordt de activiteiten te laten verderzetten.

De voorlopig bewindvoerder

36. Zoals boven uiteengezet, wordt de instandhouding van een onderneming gezien als de voornaamste taak van de voorlopig bewindvoerder, die wordt aangesteld bij toepassing van art. 8 Faill. W.¹⁷² In principe dient hij dus de activiteit voort te zetten. Deze taak is bepaald niet eenvoudig vermits de ondernemer niet geneigd zal zijn tot samenwerking met degene die hem plots en onaangekondigd terzijde stelt. Bovendien zal slechts tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder worden overgegaan wanneer de Voorzitter er zo goed als zeker van is dat de ondernemer aan de faillissementsvoorwaarden voldoet. Er kan dus ook van uit worden gegaan dat er tal van eisbare schulden zijn en er hoogstwaarschijnlijk meer dan één beslag is gelegd. Meestal zal ook een aanvang genomen zijn met kunstgrepen om actief te onttrekken.

37. Deze omstandigheden nopen de voorlopig bewindvoerder tot het creatief zoeken van oplossingen. Hij zal zich vooreerst dienen te verzekeren van medewerking van personen die met de onderneming vertrouwd zijn, in de eerste plaats de werknemers en eventueel ook de accountant. Vervolgens zal hij ook het vertrouwen moeten krijgen van leveranciers, banken en klanten en met hen afspraken maken. Tenslotte zal hij moeten pogen alle aanspraken op het vermogen van de onderneming zoveel mogelijk af te weren.

Om dit alles te realiseren zal ook de bewindvoerder over financiële middelen moeten beschikken. Hij kan onmogelijk het vertrouwen krijgen van de werknemers, als hun loon niet wordt betaald. Zeker voor leveringen die nog moeten worden uitgevoerd aan de onderneming, moet hij ook de leveranciers kunnen garanderen dat zij betaald zullen worden. Als er weinig kasgeld is, zal het geld slechts afkomstig kunnen zijn van betalingen van klanten. Indien een bankier zijn krediet heeft opgezegd zal hij betalingen op de bankrekeningen van de ondernemer compenseren met zijn vordering. Desgevallend kan hij ook beschikken over een pandrecht op de schuldvorderingen en langs deze weg innen. Mag de bewindvoerder zo creatief zijn dat hij de gelden laat storten op nieuw geopende rekeningen desgevallend op zijn naam *qualitate qua* en desgevallend bij een andere bank, om ze op die manier aan de inningsbevoegdheid van de pandhoudende schuldeiser te onttrekken? Hij vervult in ieder geval de bijzondere opdracht van sommige Voorzitters, als hij de debiteuren in zijn handen laat betalen.

Om verder te werken met de leveranciers kan de bewindvoerder ook pogen zijn aanstelling als de grens van een nieuw tijdperk te laten beschouwen. Schulden die ontstaan aan gene zijde van de grens worden voorlopig niet betaald, schulden aan de andere zijde wel. De bewindvoerder creëert hierdoor als het ware een eigen boedel en boedelschulden. Dergelijke regeling kan niet alleen praktisch verantwoord worden. Indien met deze methode in de periode van bewindvoering een *cashdrain* kan worden vermeden, zal ook de latere faillissementsmassa er geen schade door lijden. Vermits het de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel is die de verantwoordelijkheid

¹⁷² Supra nr. 12 en 13.

draagt voor de beslissing¹⁷³ – en de bewindvoerder allicht ook geregeld overleg zal plegen met deze Voorzitter – is de kans trouwens groot dat een later aangesteld curator geen acties zal ondernemen tegen een bewindvoerder, die naar best vermogen heeft gehandeld. Indien hij het toch doet, mag verhoopt worden dat de Rechtbank van Koophandel van de facultatieve mogelijkheid tot niet tegenstelbaarverklaring voorzien in art. 18 Faill. W. geen gebruik zal maken. Uit het gegeven dat art. 8, 9^{de} alinea Faill. W. voorziet dat bepaalde handelingen gesteld door de schuldenaar zelf, in strijd met de ontneming van beheer, op verzoek van de faillissementscurator niet tegenstelbaar kunnen worden verklaard, kan *a contrario* trouwens afgeleid worden dat de handelingen gesteld door de voorlopig bewindvoerder van rechtswege wel tegenstelbaar zijn aan de faillissementsmassa.

Anderzijds is het niet zeker dat een faillissement zal volgen. Indien dit niet het geval is, moet de bewindvoerder zijn beleid ten aanzien van de ondernemer kunnen verdedigen. Dit veronderstelt dat hij de onderneming zo goed mogelijk heeft geleid.

Wat het afweren van beslagen en vermijden van tenuitvoerlegging betreft, zal de bewindvoerder er goed aan doen alle gerechtdeurwaarders uit het arrondissement te informeren. Hij kan hen er desgevallend op wijzen dat een vordering tot faillietverklaring is ingesteld en uitvoering aanleiding zou kunnen geven tot toepassing van art. 18 Faill. W. door de curator. Verder zou hij, in functie van zijn opdracht, desgevallend ook kunnen pogen bij de beslagrechter opschorting van uitvoeringshandelingen te bekomen. Het is voor ons echter zeer de vraag of de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel zich in de beschikking tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder de bevoegdheid kan toe-eigenen, stopzetting van dergelijke verkopen te bevelen¹⁷⁴. Deze bevoegdheid komt, krachtens art. 1395 Ger. W. toe aan de beslagrechter. Voor de bewindvoerder is dergelijke beschikking van de Voorzitter niettemin een ruggensteun. Zijn kortlopende opdracht zal in ieder geval een heel eind gevorderd zijn, vooraleer een rechtsmiddel tegen dergelijke beschikking tot hervorming aanleiding geeft. Voor het overige zijn bepaalde onderdelen van de 'lange' opdracht, zoals hoger aangehaald¹⁷⁵, niet steeds nuttig. Rekeningen blokkeren is misschien niet zo wijs, als er nog mee moet betaald worden. Een kennisgeving van het vonnis aan de bankier, zal allicht volstaan om te beletten dat deze nog betalingsopdrachten van anderen dan de bewindvoerder aanvaardt.

38. Deze vaststellingen en voorstellen i.v.m. de feitelijke gedragslijn te volgen door een voorlopig bewindvoerder, brengen ons bij de vraag of het standpunt kan verdedigd worden dat de ontneming van beheer samenloop doet ontstaan. De situatie vertoont in ieder geval een aantal kenmerken hiervan. De ondernemer heeft immers het beheer over zijn goederen verloren en er is over deze goederen – of minstens een deel ervan, wat in de praktijk zelden zal voorkomen – een bewindvoerder aangesteld. Zoals hoger aangehaald strekt de ontneming van beheer er toe het vermogen ten bate van de schuldeisers¹⁷⁶ en de gelijkheid tussen dezen¹⁷⁷ te vrijwaren. Verder is er

¹⁷³ LYSSENS, T. , "Ontneming van beheer", *I.c.*, p. 17: "De voorlopig bewindvoerder zal zeer voorzichtig te werk gaan om te vermijden dat hij door zijn optreden het mogelijk faillissement in de hand werkt. Hij is dus niet verantwoordelijk voor de gevolgen van zijn aanstelling. Dit is de verantwoordelijkheid van de rechtbank. Hij is wel verantwoordelijk voor de wijze waarop hij zijn mandaat uitoefent. Dit onderscheid is fundamenteel."

¹⁷⁴ Voorz. Kh. Gent, 26 januari 1998, *I.c.*.

¹⁷⁵ Supra nr. 13.

¹⁷⁶ Zie supra randnummer 12.

weliswaar nog geen collectieve executie op de goederen van de ondernemer, maar het beheer wordt enkel ontnomen mits er zeer sterke vermoedens bestaan dat er redenen zijn om tot faillietverklaring, en dus tot collectieve executie, over te gaan. Zoals wij boven stelden kan de voorlopig bewindvoerder daarom als orgaan van een collectief bewarend beslag worden bestempeld¹⁷⁷. Dit collectief bewarend beslag gaat over in een uitvoerend beslag, indien aan de ontneming van beheer een einde wordt gesteld door een faillissement. De kosten van de voorlopig bewindvoerder zijn overigens, krachtens art. 8, 11^{de} alinea, Faill. W., boedelschulden in dit faillissement, hetgeen de innige band tussen beide instellingen nogmaals bevestigt. Bovendien blijkt dat de curator van het faillissement de handelingen gesteld door de voorlopig bewindvoerder, niet kan aanvechten op grond van art. 17 e.v. Faill. W.¹⁷⁹

Indien samenloop kan aanvaard worden, ontstaat deze op het ogenblik van de aanstelling van de bewindvoerder. Dit geeft de bewindvoerder het recht op te komen tegen elke individuele uitvoeringshandeling van een schuldeiser, indien deze de belangen van de andere schuldeisers zou kunnen schaden. Het geeft de bewindvoerder ook de nodige steun, om een onderscheid te maken tussen de gevolgen van schulden die, vóór zijn aanstelling, door de ondernemer werden gemaakt (en waarvan hij de betaling kan opschorten) en schulden die voortvloeien uit beheersbeslissingen die hij zelf nam (en die dienen betaald te worden). Het voorlopig bewind creëert op die manier ook wettelijk een eigen boedel.

Gezien de juridische eenheid tussen de ontneming van beheer en de faillietverklaring, zal deze boedel ook versmelten met de faillissementsboedel¹⁸⁰. Dit geldt niet alleen voor de eigen kosten van de bewindvoerder, maar ook voor deze die voortvloeien uit beheersbeslissingen die hij heeft genomen. Indien men er anders over oordeelt, zullen onvermijdelijk situaties ontstaan waarin verbintenissen aangegaan door de voorlopig bewindvoerder, door deze niet kunnen worden gehonoreerd. Dit is fundamenteel onrechtvaardig tegenover degenen die met de bewindvoerder handelen en tast het gewettigd vertrouwen, dat zij in de persoon van de bewindvoerder moeten kunnen hebben, aan¹⁸¹. Bovendien zou zelfs de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bewindvoerder in het gedrang kunnen komen.

Indien er geen faillissement volgt, zijn de schulden gemaakt door de voorlopig bewindvoerder ten laste van de ondernemer¹⁸². Deze laatste kan om dezelfde redenen als deze die gelden in geval van faillissement, geen beroep doen op artikel 1398, tweede lid, Ger.W.¹⁸³

¹⁷⁷ Zie supra randnummer 13.

¹⁷⁸ Zie supra randnummer 12.

¹⁷⁹ Zie supra randnummer 37.

¹⁸⁰ DIRIX, E. en DE CORTE, E., *Zekerheidsrechten*, o.c., nr. 84, p. 70 –71: “Wat de overige aspecten betreft, moet geval per geval bekeken worden, of dergelijke doorwerking gewenst is.”

¹⁸¹ Vergelijk: PARIJS, R., “De arbeidsrechtelijke gevolgen van het faillissement en het gerechtelijk akkoord – T.a.v. de individuele arbeidsverhouding – In geval van voorlopige voortzetting van de handelsactiviteiten.”, in *Gerechtelijk akkoord en faillissement V.A.20*, p. 11 – 12: “Ingeval echter de voorlopige bestuurder de lonen niet onmiddellijk kan betalen, zal naast de vraag van zijn persoonlijke aansprakelijkheid voornamelijk de vraag rijzen naar de natuur van deze schulden. Het zou wenselijk geweest zijn om aan de werknemers die arbeidsprestaties geleverd hebben, in deze grijze zone, de grootst mogelijke loonzekerheid te bieden (...).”

¹⁸² DIRIX, E., “De bewindvoerder in het insolventierecht”, *I.c.*, nr. 8, p. 532 en nr. 14, p. 539-540.

¹⁸³ Zie supra randnummer 26.

De commissaris inzake opschorting

39. Wat de instandhouding van een onderneming betreft, is de positie van commissaris inzake opschorting een stuk eenvoudiger en duidelijker. De onderneming wordt in principe voortgezet door de ondernemer. De commissaris ziet nauwlettend toe en verleent bijstand. I.v.m. de lopende overeenkomsten en de positie van schuldeisers in de loop van het gerechtelijk akkoord, gelden expliciete wetsbepalingen. Zeer summier samengevat lopen overeenkomsten verder, is de eisbaarheid van schulden die bestaan op datum van het verzoekschrift tot het bekomen van gerechtelijk akkoord opgeschort, behoudens wat de interest betreft, kunnen geen nieuwe beslagen worden gelegd en kunnen bestaande beslagen niet tot executie leiden¹⁸⁴.

Wij beperken ons tot enkele bedenkingen.

40. I.v.m. schulden die uit bestaande overeenkomsten volgen, maakt men een onderscheid tussen schulden, die ontstaan zijn vóór en schulden die ontstaan ná de akkoordaanvraag. De eerste categorie schulden valt onder de voorlopige opschorting, zodat de schuldeisers voor deze schulden niet kunnen laten uitvoeren, noch een nieuw beslag leggen¹⁸⁵. De tweede categorie schulden valt buiten de voorlopige opschorting, zodat deze schuldeisers betaald moeten worden. Bij gebreke hieraan kunnen de nieuwe schuldeisers wel tot beslag en executie overgaan.

In dit verband is er vooreerst een afbakeningsprobleem. Wat is het lot van schulden, die voortvloeien uit een bestaande overeenkomst en betrekking hebben op prestaties geleverd vóór het gerechtelijk akkoord, maar die pas eisbaar worden ná de toekenning ervan? Dit probleem kan en zal zich onder meer stellen voor schulden die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten – zowel het loon, als de sociale en fiscale lasten – voor huurschulden en voor schulden in verband met nutsvoorzieningen. In de regel lijkt het ons dat de datum van het ontstaan van de schuld bepalend moet zijn. Voor duurovereenkomsten, die zonder meer voortgezet worden, leidt dit echter tot artificiële en soms moeilijk te maken opsplitsingen.

Dat over de problematiek weinig rechtspraak of concreet hanteerbare rechtsleer¹⁸⁶ te vinden is, heeft allicht te maken met de vaststelling dat de ondernemer *de facto* niet

¹⁸⁴ Zie hierover onder meer: COUSY, H. en DIRIX, E., "Continuïteit van ondernemingen in moeilijkheden", *T.P.R.*, 1998, 1199 e.v.; CUYPERS, A., "De invloed van de nieuwe wetten betreffende het gerechtelijk akkoord en het faillissement op de kredieten en de kredietzekerheden", in *Voorrechten hypotheken. Grondige Studies*, 4, 1998; BONQUET, J., "Gerechtelijk akkoord – Het lot van de overeenkomsten", in *Gerechtelijk akkoord en faillissement*, I.G.; DIRIX, E., "Positie van schuldeisers en hun zekerheidsrechten", in BRAECKMANS, H., DIRIX, E. en WYMEERSCH, E. (Ed.), *Faillissement, Gerechtelijk akkoord: Het nieuwe recht*, 1998, 366 e.v.; LEUNEN, C.-A., "Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de ondernemingen in moeilijkheden", *T.P.R.*, 1998, p. 475 e.v.; VERSCHULDEN, J.-M., "Schuldeisers en de insolventie van hun schuldenaar in het kader van de wet gerechtelijk akkoord en faillissement", in U.P.V. – V.U.B. West-Vlaanderen (Ed.), *Het faillissementsrecht geactualiseerd*, 1998, p. 63 e.v..

¹⁸⁵ Art. 21 en 22 W. Ger. Akk.

¹⁸⁶ Vergelijk bijvoorbeeld: COUSY, H. en DIRIX, E., "Continuïteit van ondernemingen in moeilijkheden", *I.c.*, nr. 20, p. 1228: "Het is de taak van de rechtspraak om het begrip "nieuwe" schulden nader te omschrijven. Hierbij kan wat de contractuele verbintenissen betreft, het

anders kan dan bepaalde schulden te betalen. De schuldeisers kunnen zich onder meer, niettegenstaande de voorlopige opschorting, nog steeds beroepen op de niet-uitvoeringsexceptie of op andere gemeenrechtelijke sancties van schuldenaarsverzuim¹⁸⁷. Aldus zal het gerechtelijk akkoord niet beletten dat niet-betaalde verzekeraars geen dekking meer verlenen, noch dat leveranciers retentierecht uitoefenen op (half-)afgewerkte producten of hun prestaties schorsen. Het gerechtelijk akkoord zal zeker niet beletten dat werknemers, die voor hun prestaties in het verleden niet integraal betaald zijn, minstens een zeer groot stuk van hun motivatie zullen verliezen. Zij zien immers nog steeds dezelfde ondernemer – die hen niet betaalde – als hun werkgever optreden. Ook op dit vlak is het gelijkheidsprincipe, meer wens dan werkelijkheid. Het is ons inziens onbestaand omdat geen enkele wetbepaling verbiedt deze schuldeisers te betalen¹⁸⁸. Zelfs als men het tegendeel aanvaardt, biedt artikel 21 § 1, 3^{de} alinea voor sommige schuldeisers (hypothecaire, pandhoudende, bijzonder bevoorrechte en schuldeisers-eigenaars) nog een uitweg. Zij kunnen aan de Rechtbank een bijkomende ‘zekerheid’ vragen. Deze zekerheid kan er uit bestaan dat de vorderingen van deze schuldeisers als ‘nieuwe’ schulden van de onderneming, ontstaan tijdens het gerechtelijk akkoord, worden behandeld¹⁸⁹. Dit is uiteraard enkel nodig, zo men oordeelt dat de ondernemer, zonder dergelijke expliciete rechterlijke machtiging, verplicht is het gelijkheidsprincipe toe te passen. Daarenboven herwinnen alle schuldeisers, overeenkomstig artikel 21 § 2, hun uitvoeringsrechten, als de interest en de lasten verbonden aan hun vordering en vervallen sinds de toekenning van het akkoord, niet worden betaald.

41. Een tweede belangrijk probleem houdt verband met de verhouding tussen de ondernemer en zijn bankier. Tijdens het gerechtelijk akkoord zal er van een vertrouwensrelatie weinig of geen sprake meer zijn, zodat de toekenning van nieuwe kredieten allicht illusoir is.

*onderscheid aflopende overeenkomsten en duurovereenkomsten (met opeenvolgende prestaties) dienstig zijn. Vanuit die optiek kan verdedigd worden dat de “nieuwe” schulden, niet enkel de verbintenissen zijn uit nieuw gesloten overeenkomsten, maar ook de bestaande schulden die voortvloeien uit tijdens de observatieperiode geleverde prestaties. Te denken valt b.v. aan huurtermijnen die vervallen tijdens de observatieperiode of premies van lopende verzekeringscontracten.”; LEUNEN, C.-A., *I.c.*, p. 491; CUYPERS, A., “Kredieten en zekerheden...”, *I.c.*, nr. 49, p. 54.*

¹⁸⁷ Onder meer : COUSY, H. en DIRIX, E., *I.c.*, nrs. 18, p. 1226 en 19, p. 1227; BONQUET, *I.c.*, p. 17-19; LEUNEN, C.-A., *I.c.*, p. 483; Kh. Kortrijk, 28 september 2000, *R.W.*, 2001-2002, 1140 en *R.W.*, 2002-2003, 950: de observatieperiode en de regel van art. 28 W. Ger. Akk. staan er bijvoorbeeld niet aan in de wet dat de schuldeiser de ontbinding vordert wegens wanprestatie van de schuldenaar.

¹⁸⁸ Vergelijk: VAN BUGGENHOUT, C., “Gerechtelijk akkoord en samenloop”, *T.B.H.*, 1999, p. 162: “De praktijk wijst immers genoegzaam uit dat leveranciers die over “oude” schulden beschikken maar een toevallige dan wel “institutionele” machtspositie kunnen innemen in hun verhouding tot de schuldenaar, door de werking van de exceptie van niet-uitvoering betaling kunnen verkrijgen van de schuldenaar waardoor, in het hoger belang van alle schuldeisers, onderbrekingen in de werking van de onderneming vermeden kunnen worden.”; DIRIX, E. “De bewindvoerder in het insolventierecht”, *I.c.*, nr. 7, p. 530, nr. 6: “Het vorenstaande neemt niet weg dat de bewindvoerder een bepaalde schuldeiser kan voldoen buiten iedere evenredige verdeling wanneer hierdoor het hoger belang van de bewindvoering wordt gediend.”, en (met verwijzing naar VERSTIJLEN, *De faillissementscurator*): “In dergelijk geval, zo schrijft Verstijlen, ‘is er geen sprake van doorbreking van de rangregeling in economische zin, maar dient de curator het belang van de gezamenlijke schuldeisers en daarmee van alle individuele schuldeisers”.

¹⁸⁹ Onder meer: VEROUGHSTRAETE, I., *Manuel de la faillite et du concordat*, nr. 138, p. 93-94.

Daarenboven is de kans reëel dat de bankier, na het gerechtelijk akkoord, tot inning van schuldvorderingen van de ondernemer zal overgaan. Hij is en blijft hiertoe bevoegd, indien er een verpanding van schuldvordering is toegestaan, desgevallend begrepen in een pand op de handelszaak, maar in dit laatste geval enkel indien hij tot beslag is overgegaan vooraleer het gerechtelijk akkoord is toegestaan. Dergelijk beslag is een bewarende maatregel en dus nog mogelijk na neerlegging van het verzoekschrift, vermits van dan af aan enkel de tegeldemaking verboden is, krachtens artikel 13 W. Ger. Akk. Tijdens de observatieperiode kan dergelijk beslag niet meer gelegd worden bij toepassing van art. 22 W. Ger. Akk.

Zij die verdedigen dat samenloop ontstaat door de akkoordaanvraag, stellen als principe voorop dat, van dan af aan, compensatie tussen de vorderingen van de bank op de ondernemer en de betalingen op rekeningen die de ondernemer bij de bank aanhoudt, niet meer mogelijk is¹⁹⁰. Degenen die menen dat er van samenloop geen sprake is, verzetten zich met klem tegen deze stelling¹⁹¹. Zelfs een samenloopstelling belet echter niet dat een bankier, die een pand heeft op schuldvorderingen, bevoegd is deze schuldvorderingen te innen en de ontvangen bedragen te bewaren. Op het ogenblik dat de schuldvordering van de bankier op de ondernemer eisbaar is, oefent de bankier zijn voorrecht uit door te compenseren¹⁹². Deze mogelijkheid is het gevolg van het feit dat de wet op het gerechtelijk akkoord niet raakt aan de uitoefening van voorrechten.

42. Na een gerechtelijk akkoord een onderneming in stand houden is dus ook geen sinecure. Eenvoudig gezegd: er zal weinig geld door de ondernemer kunnen geïnd worden, om dit aan te wenden teneinde de continuïteit te verzekeren. Deels zullen debiteurs weigeren te betalen, omdat de verbintenis van de ondernemer niet of niet volledig is uitgevoerd. Deels zullen bankiers de bestaande schuldvorderingen van de ondernemer innen, in bewaring nemen en compenseren men hun bevoorrechte vordering. Anderzijds zullen veel participanten aan het ondernemingsleven wel verder betaald moeten worden, eventueel zelfs voor schulden die in het verleden zijn ontstaan. Tenslotte laat het ook geen twijfel dat het gerechtelijk akkoord het vertrouwen in de ondernemer en zijn ondernemer een flinke deuk zal geven.

De vereffenaar en de curator

¹⁹⁰ Kh. Antwerpen, 16 juni 1998, *R.W.*, 1998-1999, 227 met noot DECKMYN en DERNICOURT; *T.B.H.*, 1999, 179; Kh. Veurne, 17 november 1999, *T.B.H.*, 2000, 718, met noot; Vz. Kh. Nijvel, 15 september 1999, *T.B.H.*, 2000, 716.

¹⁹¹ VAN BUGGENHOUT, C., "Gerechtelijk akkoord en samenloop", *l.c.*, nr. 4.7., p. 161.

¹⁹² Zie hierover: DIRIX, E., en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, o.c., nrs. 480 – 481 bis, p. 317-318, die enkel voorwaardelijk en voorzichtig pogen te verantwoorden dat de verpanding niet zou spelen voor schuldvorderingen ontstaan na het gerechtelijk akkoord indien er geen "doorfinanciering", is. Uiteraard in dezelfde zin: DIRIX, E., "Posities van schuldeisers en hun zekerheidsrechten", o.c., nr. 10, p. 375; DIRIX, E., "Verpanding van schuldvorderingen", o.c., nr. 19 – 21, p. 14 – 17; Kh. Antwerpen, 16 juni 1998, *R.W.*, 1998-1999, 227: "Uit de memorie van toelichting bij de wet van 17 juli 1997 blijkt dat de wetgever geen afbreuk heeft willen doen aan de rechten van de pandhoudende schuldeiser:...Het pand van de N.V. K. op de handelszaak van de N.V. G. wordt niet aangetast door het gerechtelijk akkoord. Dienvolgens vallen alle betalingen die de N.V. K. ten voordele van de N.V. G. vanaf 28 april 1998 heeft ontvangen of nog zal ontvangen, tijdens de periode van voorlopige of definitieve opschorting onder het voorheen gevestigde pand."

43. Vermits het faillissement en de invereffeningstelling van een vennootschap de enige twee situaties zijn die, onbetwist, een grote samenloop doen ontstaan is het nuttig beide rechtsfiguren samen te bespreken. Dit lijkt ons des te meer nuttig, gezien de sinds jaren gevoerde discussie i.v.m. aanwending van de vereffening als alternatief voor het faillissement¹⁹³.

44. Om de vergelijking duidelijker voor te stellen, voeren we deze door in tabelvorm.

Curator	Vereffenaar
<i>Rechtspositie</i>	<i>Rechtspositie</i>
De curator is orgaan van een collectief beslag ¹⁹⁴ .	De vereffenaar is, intern, lasthebber van de vennootschap in vereffening en, extern, orgaan van de vennootschap. Het vennootschapsdoel is evenwel gewijzigd ¹⁹⁵ .
<i>Samenloop – boedel</i>	<i>Samenloop – boedel</i>
Het faillissement doet samenloop ontstaan. Schulden ontstaan vóór de samenloop zijn schulden in de boedel, onderworpen aan het gelijkheids- en fixatiebeginsel. Schulden ontstaan als gevolg van het beheer van de curator zijn schulden van de boedel ¹⁹⁶ .	De vereffening doet samenloop ontstaan. Schulden ontstaan vóór de samenloop zijn schulden in de boedel, onderworpen aan het gelijkheids- en fixatiebeginsel. Schulden ontstaan als gevolg van het beheer van de vereffenaar zijn schulden van de boedel ¹⁹⁷ .
<i>Interest en disconto</i>	<i>Interest en disconto</i>

¹⁹³ Zie hierover o.m. VAN BUGGENHOUT, C., "Vereffening van vennootschappen: aanrekening van schulden", *R.W.*, 2000-2001, 465 en voor samenvattingen van de rechtspraak van het Hof van Cassatie op diverse tijdstippen onder meer: GERARD, P., *La règle de l'égalité entre les créanciers d'une société commerciale en liquidation*, noot onder Cass. 24 maart 1977, *R.C.J.B.*, 1977, 634 e.v.; GREGOIRE, M., *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, 1992, nr. 483-516, p. 339-364; GREGOIRE, M., "L'effet d'une mesure conservatoire pratiquée après l'entrée en liquidation d'une personne morale", noot onder Cass., 23 januari 1992, *R.C.J.B.*, 1994, p. 398 e.v.; VAN HAEGHENBORGH, G., "Beslag ten laste van een vennootschap in vereffening", noot onder Cass. 23 januari 1992, *R.W.*, 1992-1993, 1088; DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, nr. 75, p. 64-66; THIRION, N., "La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation: nouveaux enseignements de la Cour de Cassation.", *R.C.J.B.*, 2001, p. 171 e.v.

¹⁹⁴ Zie supra nr. 24.

¹⁹⁵ Zie supra: nrs. 16 en 17.

¹⁹⁶ Cass., 26 oktober, 2000, rolnummer C990324Fv: "dat...een schuld alleen ten laste van de boedel kan vallen wanneer de curator qualitate qua verbintenissen heeft aangegaan met het oog op het beheer van die boedel, onder meer door de handelswerkzaamheden van de gefailleerde voort de zetten, de door laatstgenoemde gesloten overeenkomsten uit te voeren of nog, door de roerende of onroerende goederen ervan te gebruiken met het oog op het passend beheer van de failliete boedel."; zie ook art. 99 Faill. W.

¹⁹⁷ Cass., 30 mei 1968, *Pas.*, 1968, I, 1126 ; *R.P.S.*, 1969, 239, met noot 't Kint.

Curator	Vereffenaar
De interest op gewone schuldvorderingen en schuldvorderingen gewaarborgd door een algemeen voorrecht houdt op te lopen ten aanzien van de boedel (art. 23 Faill. W.).	De interest op gewone schuldvorderingen en schuldvorderingen gewaarborgd door een algemeen voorrecht houdt op te lopen ten aanzien van de boedel ¹⁹⁸ .
De nog niet vervallen schulden worden eisbaar, desgevallend onder aftrek van een disconto (art. 22 Fail. W.)	De nog niet vervallen schulden worden eisbaar, desgevallend onder aftrek van een disconto ¹⁹⁹ .
<i>Voortzetting onderneming</i>	<i>Voortzetting onderneming</i>
Het faillissement brengt, in principe, de beëindiging met zich van de economische activiteit, tenzij de curator bijzondere machtiging bekomt van de Rechtbank, om de onderneming voort te zetten ²⁰⁰ .	De vereffening brengt, in principe, de beëindiging mee van de economische activiteit, tenzij de vereffenaar machtiging bekomt van de Algemene Vergadering (of van de Rechtbank), om de activiteit verder te zetten ²⁰¹ . De staat van actief en passief, die vóór de ontbinding moet worden opgesteld, dient in principe (indien de vennootschap besluit haar activiteiten te beëindigen of indien niet langer ervan kan worden uitgegaan dat de vennootschap haar bedrijf zal voortzetten), opgesteld te worden in discontinuïteitsperspectief (d.w.z. met volledige afschrijving van oprichtingskosten, aanpassing van boekwaarde tot vermoedelijke realisatiewaarde, vormen van voorziening verbonden aan de beëindigingswerkzaamheden, o.m. in verband met het sociaal passief) ²⁰² .
<i>Ontslag beschermde werknemers</i>	<i>Ontslag beschermde werknemers</i>
Beschermde werknemers mogen in principe niet afgedankt worden om economische of technische redenen, tenzij deze vooraf door het bevoegde paritair	De vereffenaar zal het paritair comité dienen te raadplegen, vooraleer beschermde werknemers te ontslaan. Indien hij aangesteld is door de Algemene

¹⁹⁸ Cass., 24 maart 1977, *R.C.J.B.*, 1977, p. 632, met noot GERARD, P. « La règle de l'égalité entre les créanciers d'une société commerciale en liquidation » ; zie ook voetnoot 152.

¹⁹⁹ Cass., 24 maart 1977, *I.c.*

²⁰⁰ Zie supra nr. 25

²⁰¹ Zie supra nr. 17

²⁰² Art. 182 § 1 W. Venn. en art. 28 § 2 K.B. van 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van Vennootschappen.

Curator	Vereffenaar
<p>comité zijn erkend (art. 3§1 W. 19 maart 1991). Volgens het Hof van Cassatie is het doel van deze bepaling elke discriminatie ten aanzien van de beschermde werknemer uit te sluiten. Discriminatie is evenwel uitgesloten wanneer de stopzetting van de activiteit of de sluiting van de onderneming, gepaard gaat met het gelijktijdig of binnen zeer korte termijn ontslag geven aan alle werknemers, in uitvoering van een rechterlijke beslissing. Het faillissement is, in de regel, een gerechtelijke beslissing die de curator verplicht de arbeidsovereenkomsten te beëindigen, vermits eruit voortvloeit dat de werknemers de overeengekomen arbeidsprestaties niet meer kunnen leveren en de curator geen arbeidsprestaties meer zal kunnen opdragen aan de werknemers. De mogelijkheid tot voortzetting van activiteiten bij toepassing van artikel 47 Faill. W. is immers een uitzonderingsregeling. De curator mag dus de beschermde werknemers ontslaan, zonder het paritair comité te raadplegen, indien de activiteiten niet worden voortgezet²⁰³. De curator mag eveneens, zonder raadpleging van het paritair comité, de beschermde werknemers afdanken bij het bereiken van het einde van de periode van voortzetting, die werd toegestaan door de Rechtbank van Koophandel²⁰⁴.</p>	<p>Vergadering, zal hij dit in elk geval moeten doen, vermits een rechterlijke beslissing, in uitvoering waarvan de vereffenaar de activiteiten dient te staken, in dat geval ontbreekt. Eventueel zou de toepassing kunnen verdedigd worden van de hiernaast besproken rechtspraak van het Hof van Cassatie in geval van gerechtelijke ontbinding, met uitdrukkelijk verbod de handelsactiviteit verder te zetten, of een toelating die uitdrukkelijk in de tijd beperkt is.</p>
<i>Lopende overeenkomsten</i> ²⁰⁵	<i>Lopende overeenkomsten</i>
Het faillissement stelt op zich geen einde	De vereffening stelt op zich geen einde

²⁰³ Cass., 25 juni 2001, *R.W.*, 2001-2002, 485, met noot RAUWS, W., “Nogmaals het faillissement en de ontslagbescherming van personeelsafgevaardigden”; ELIAERTS, J., “Faillissement en het ontslag van de beschermde werknemers”, *R.W.*, 2001-2002, 905 e.v. Uit de vroegere rechtspraak van hetzelfde Hof van Cassatie werd afgeleid dat het faillissementsvonnis op zich niet volstond en dat er een meer expliciete uitspraak van de Rechtbank nodig was. Deze stelling werd thans door het Hof verlaten.

²⁰⁴ Cass., 22 februari 1999, *R.W.*, 1999-2000, 769, met noot RAUWS, J.R., “Een wettelijk gevolg van het faillissementsvonnis soms geëclispeerd”.

²⁰⁵ Eric DIRIX, Faillissement en lopende overeenkomsten, *R.W.*, 2003-2004, 201.

Curator	Vereffenaar
aan lopende overeenkomsten, tenzij deze <i>intuitu personae</i> zijn afgesloten ²⁰⁶ of indien de overeenkomst eindigt door de werking van een uitdrukkelijk ontbindende voorwaarde.	aan lopende overeenkomsten, tenzij deze <i>intuitu personae</i> zijn afgesloten of indien de overeenkomst eindigt door de werking van een uitdrukkelijk ontbindende voorwaarde.
<i>Lopende overeenkomsten – bedenktijd</i>	<i>Lopende overeenkomsten – bedenktijd</i>
De faillissementscurator beschikt over een bedenktijd om te beslissen of hij de lopende overeenkomsten zal voortzetten. Indien hij binnen de 15 dagen niet antwoordt op een sommatie van de medecontractant wordt de overeenkomst geacht door zijn toedoen te zijn verbroken vanaf het verstrijken van deze termijn. (art. 46 Faill. W.).	De vereffenaar heeft in principe geen mogelijkheid die afwijkt van het gemeen recht om overeenkomsten vervroegd te beëindigen. Indien hij wel over deze mogelijkheid beschikt, of, in het belang van de boedel <i>de facto</i> weigert een overeenkomst verder uit te voeren, zal hij zijn beslissing 'zonder verwijl' of 'binnen redelijke grenzen van tijd' dienen te nemen ²⁰⁷ .
<i>Verbrekingsvergoeding</i>	<i>Verbrekingsvergoeding</i>
Indien een curator een lopende overeenkomst niet voortzet of verbreekt, is de beëindigingsvergoeding een schuld in de boedel (art. 46 Faill. W.).	Indien een vereffenaar een lopende overeenkomst niet voortzet of verbreekt is de beëindigingsvergoeding een schuld in de boedel ²⁰⁸ .
Indien de curator een lopende overeenkomst verder zet, zijn de verbintenissen die hieruit voortvloeien ten laste van de boedel, in zoverre zij betrekking hebben op prestaties geleverd na faillissement (art. 46 Faill. W.).	Indien de vereffenaar een lopende overeenkomst verder zet, zijn de verbintenissen die hieruit voortvloeien ten laste van de boedel, in zoverre zij betrekking hebben op prestaties geleverd na ontbinding.
Indien een curator een lopende overeenkomst eerst verder zet en dan verbreekt, is er discussie of de	Indien een vereffenaar een lopende overeenkomst eerst verder zet en dan verbreekt, is de verbrekingsvergoeding

²⁰⁶ Wat betreft de uitzondering voor contracten *intuitu personae* zie: LEUNEN, C.-A., "Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van ondernemingen in moeilijkheden", *I.c.*, p. 499-502.

²⁰⁷ Vergelijk: Cass., 2 mei 1997, *R.W.*, 1997-1998, 503: weliswaar gewezen i.v.m. een faillissement, maar vóór de nieuwe faillissementswet.

²⁰⁸ Cass., 16 juni 1988 (drie arresten), *Arr. Cass.*, 1988, 1357; *Arr. Cass.*, 1988, 1360 en *Arr. Cass.*, 1988, 1363.

Curator	Vereffenaar
verbrekingsvergoeding een schuld is van of in de boedel ²⁰⁹ .	een schuld van de boedel ²¹⁰ .
<i>Toegepast op arbeidsovereenkomsten</i>	<i>Toegepast op arbeidsovereenkomsten</i>
Zolang er geen duidelijkheid is i.v.m. het lot van de beëindigingsvergoedingen, zal de curator er toe geneigd zijn de lopende arbeidsovereenkomsten te beëindigen en nieuwe overeenkomsten te sluiten voor bepaalde duur, indien de activiteit wordt verder gezet. Nadeel hiervan is dat het sociaal passief zeer groot kan worden, zelfs als dezelfde werknemers opnieuw in dienst komen van de overnemer van de onderneming ²¹¹ . Het is dus <i>de lege ferenda</i> wenselijk de beëindigingsvergoedingen als schulden in de boedel te aanzien. Om hiertoe <i>de lege lata</i> reeds te kunnen besluiten wordt nu eens verwezen naar art. 90 Faill. W., waarin te lezen is dat de beëindigingsvergoedingen verschuldigd aan werknemers, die voortvloeien uit ontslag na faillissement, bevoorrechte schuldvorderingen in de boedel zijn, dan weer naar de tekst van art. 46 Faill. W. en de voorbereidende werken. Deze laatste bepaling zou als bedoeling hebben enkel de betaling van de prestaties geleverd in het raam van een door de curator voortgezette overeenkomst, als schulden van de massa te beschouwen. Hierbuiten vallen de verbrekingsvergoedingen, die	Indien de vereffenaar niet zo goed als zeker is dat hij de onderneming <i>on going concern</i> zal kunnen overdragen, doet hij er goed aan de lopende arbeidsovereenkomsten onmiddellijk te beëindigen. Doet hij dit niet dan worden de verbrekingsvergoedingen schulden van de boedel.

²⁰⁹ Zie onder meer: PARIJS, R., "De arbeidsrechtelijke gevolgen van het faillissement en het gerechtelijk akkoord – T.a.v. de individuele arbeidsverhouding. – In geval van voorlopige voortzetting van handelsactiviteiten.", in *Gerechtelijk akkoord en faillissement V.A.20*, p. 9 –11; NULENS, Johan, "Gerechtelijk akkoord, faillissement en het sociaal recht", in U.P.V. – V.U.B. West-Vlaanderen, *Het faillissementsrecht geactualiseerd*, deel 2, 1998, p. 130 – 134. Het hoger geciteerd Cassatiearrest van 2 mei 1997, waarin werd beslist dat de verbrekingsvergoeding in dat geval integraal een schuld is in de massa, werd gewezen onder de gelding van de oude faillissementswet. In dezelfde zin, maar ook onder de gelding van de oude faillissementswet: Antwerpen, 20 maart 2001, *R.W.*, 2002-2003, 349, met noot.

²¹⁰ Cass., 2 mei 1997, *l.c.*; vergelijk ZENNER, A., *Dépistage, faillites & concordats*, nr. 605, p. 448 en nr. 653, p. 475-476 en verwijzigingen; VERCRUYSSSE, D., "Boedelschulden", in MARTENS, L. en VAN VOLCEM, M., *De onderneming in de branding*, p. 207-208

²¹¹ MEERTS, J., "Het faillissement. – Het passief van het faillissement. – De boedelschulden.", in *Gerechtelijk akkoord en faillissement II.H.30*, p.43; DUBOIS, B. en PLETS, I., "Sociaal recht en faillissement: het correctief in de tragedie", in VERBEKE, A., VERSTRAETE, J. en WEYTS, L. (red.), *Facetten van ondernemingsrecht, Liber Amicorum Professor Frans Bouckaert*, 2000, p. 167 e.v., inz. nr. 17, p. 184.

Curator	Vereffenaar
verschuldigd worden als een curator, na initiële voortzetting van een overeenkomst, beslist de overeenkomst alsnog te verbreken ²¹² .	
<i>Vaststelling schuldvorderingen</i>	<i>Vaststelling schuldvorderingen</i>
<p>Om in aanmerking te komen voor een uitdeling alsmede om enig recht van voorrang te kunnen uitoefenen, zijn alle schuldeisers gehouden aangifte van schuldvordering te doen in de wettelijk voorziene vormen (art. 62 Faill. W. e.v.).</p> <p>De schuldeisers die niet tijdig aangifte deden, komen niet in aanmerking voor enige uitdeling (art. 72 Faill. W.²¹³).</p>	<p>Er bestaat geen bijzondere procedure om de schuldvorderingen op definitieve en onherroepelijke wijze te laten vaststellen. De vereffenaar doet er goed aan alle schuldeisers te verzoeken hun schuldvordering te bevestigen, zodat hij de jaarrekening kan aanpassen. Een eigenlijke verplichting om aangifte te doen bestaat, in hoofde van de schuldeisers, niet.</p> <p>Mede door deze onzekerheid bestaat er een overvloedige rechtspraak, die de vereffenaar aansprakelijkheid stelt omdat hij, bij de uitdeling, een schuldeiser over het hoofd heeft gezien²¹⁴.</p>
<i>(Geen) vaststelling schuldvorderingen en (on)mogelijkheid tot tenuitvoerlegging gevolg</i>	<i>(Geen) vaststelling schuldvorderingen en (on)mogelijkheid tot tenuitvoerlegging gevolg</i>
<p>Vermits de gewone en algemeen bevoorrechte schuldeisers geen betaling kunnen bekomen tijdens faillissement, leidt het Hof van Cassatie uit art. 452 Faill. W. (oud), art. 24 Faill. W. (nieuw) en art. 2251 B.W. af, dat de verjaring niet loopt tegen de schuldeiser die aangifte heeft gedaan van zijn vordering en dit tot datum van sluiting van het faillissement²¹⁵.</p>	<p>Vermits er na ontbinding in principe nog beslag kan worden gelegd en tenuitvoergelegd, is er geen sprake van stuiting van verjaring²¹⁶.</p>

²¹² Zie: de verwijzingen naar ZENNER en VERCRUYSSÉ onder voetnoot 207.

²¹³ Arbitragehof, 9 oktober 2002, Arrest nr. 140/2002, *J.T.*, 2002, 837: artikel 72 alinea 1 schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet.

²¹⁴ Onder meer: Brussel, 7 februari 2000, *DAOR*, 2000, 213; Gent, 21 december 1998, *Fisc. Act.*, 1999, afl. 2, 6; Antwerpen, 14 december 1998, *R.W.*, 1999-2000, 227; Rb. Dendermonde, 13 oktober 1997, *Bull. Bel.*, 1999, 1583; Rb. Brugge, 23 juni 1997, *Bull. Bel.*, 2000, 2163; Rb. Veurne, 20 september 1996, *Bull. Bel.*, 1998, 729; Rb. Oudenaarde, 13 oktober 1995, *Bull. Bel.*, 1996, 2506.

²¹⁵ Cass., 13 november 1997, *R.W.*, 1997-1998, 1287; *T.B.H.*, 1998, 103.

²¹⁶ Cass., 4 januari 2001, *T.R.V.*, 2001, 169, met noot; RC 01441_1.

Curator	Vereffenaar
<i>Verhaalsrechten gewone en algemeen bevoorrechte schuldeisers</i>	<i>Verhaalsrechten gewone en algemeen bevoorrechte schuldeisers</i>
<p>Het vonnis van faillietverklaring doet elk beslag gelegd ten verzoeken van de gewone en algemeen bevoorrechte schuldeisers ophouden.</p> <p>Indien de dag van de gedwongen verkoop van de in beslag genomen roerende of onroerende goederen reeds voor dat vonnis was bepaald en door aanplakking was bekend gemaakt, geschiedt de verkoop voor rekening van de boedel.</p> <p>Wanneer evenwel het belang van de boedel het vereist, kan de rechter-commissaris op verzoek van de curators uitstel of afstel van de verkoop toestaan (artikel 25 Faill. W.).</p> <p>De gewone of algemeen bevoorrechte schuldeisers 'in de boedel' kunnen na faillissement geen bewarende of uitvoerende beslagen meer leggen (artikel 25 Faill. W. – <i>a fortiori</i>).</p>	<p>De in vereffeningstelling doet de gelegde beslagen niet ophouden en belet evenmin dat gewone en algemeen bevoorrechte schuldeisers nog beslag kunnen leggen. De vereffenaar kan wel tegen deze beslagen in rechte opkomen ter bescherming van de gelijkheid tussen de schuldeisers en het normaal verloop van vereffening²¹⁷.</p>
<i>Verhaalsrechten van hypothecaire, pandhoudende en bijzonder bevoorrechte schuldeisers.</i>	<i>Verhaalsrechten van hypothecaire, pandhoudende en bijzonder bevoorrechte schuldeisers.</i>
<p>De rechten van hypotheek en van voorrecht, die op geldige wijze verkregen zijn, kunnen ingeschreven worden tot de dag van het vonnis van faillietverklaring.</p> <p>De inschrijvingen die na het tijdstip van staking van betalingen zijn genomen, kunnen niet-tegenstelbaar verklaard worden, indien meer dan vijftien dagen verlopen zijn tussen de datum van de akte waaruit de hypotheek of het voorrecht volgt, en de datum van inschrijving (art. 19 Faill. W.).</p>	<p>De rechten van hypotheek en van voorrecht, die op geldige wijze verkregen zijn, kunnen ingeschreven worden tot datum van het ontstaan van de samenloop.</p> <p>Voordien genomen inschrijvingen kunnen door de vereffenaar niet worden aangevochten.</p>
De ontvanger der directe belastingen kan, in afwijking van art. 19 Faill. W., nog een	Na in vereffeningstelling bestaat er strikt genomen geen bezwaar dat de

²¹⁷ Cass., 24 maart 1977, *l.c.*; zie ook: voetnoot 155.

Curator	Vereffenaar
<p>wettelijke hypotheek inschrijven voor belastingen opgenomen in kohieren die vóór het faillissement uitvoerbaar zijn verklaard (art. 427 W.I.B.)²¹⁸. De ontvanger van de B.T.W. kan dit niet meer. Enkel is de tweede alinea van art. 19 Faill. W. niet van toepassing op de hypotheek van de B.T.W. (art. 88§3W.B.T.W.). Als tegengewicht tegen deze mogelijkheid van de ontvanger der directe belastingen om nog na faillissement een wettelijke hypotheek te laten inschrijven, beschikt de curator over de mogelijkheid om een wettelijke hypotheek te nemen ten bate van de massa (art. 57, 3^{de} alinea Faill. W.). De eerst ingeschreven hypotheek primeert.</p>	<p>ontvangers van directe belastingen of B.T.W. nog wettelijke hypotheek inschrijven. De vereffenaar zal evenwel tegen deze hypothecaire inschrijving met succes kunnen opkomen – alhoewel de maatregel enkel een bewarende werking heeft – wanneer deze het normaal verloop van de vereffening verstoort en afbreuk doet aan de rechten van de samenlopende schuldeisers²¹⁹. De vereffenaar beschikt niet over de mogelijkheid een wettelijke hypotheek te nemen.</p>
<p>De betreffende schuldeisers zijn separatisten. Nochtans wordt elk middel tot tenuitvoerlegging tot betaling van schuldvorderingen die bevoorrecht zijn op roerende goederen geschorst tot aan de sluiting van het proces-verbaal van nazicht (behalve bewarende maatregelen en het recht van de eigenaar – leasinggever of verhuurder om verhuurde goederen weer in bezit te nemen). De curator kan zelfs schorsing bekomen van verdere tenuitvoerlegging tegen deze bijzonder bevoorrechte schuldeisers voor een maximumtermijn van één jaar vanaf faillietverklaring “indien het belang van de boedel het vereist en op voorwaarde dat een tegeldemaking van de roerende goederen kan worden verwacht die de bevoorrechte schuldeisers niet benadeelt” (artikel 26 Faill. W.).</p>	<p>De betreffende schuldeisers zijn separatisten en kunnen na invereffeningstelling, ongehinderd tot uitvoering overgaan²²⁰. “De vereffenaar die een vlotte realisatie van de met hypotheek of pand bezwaarde activa beoogt, zal dus de instemming van deze categorieën van schuldeisers nodig hebben en met hen afspreken onder welke voorwaarden zij bereid zijn handlichting te geven.”²²¹</p>

²¹⁸ VAN CROMBRUGGE, S., “Fiscale aspecten. – De fiscale aspecten van het faillissement.”, in *Gerechtigd akkoord en faillissement IV*, p. 41-43, nrs. 42-43.

²¹⁹ Cass., 23 januari 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 1085, met noot VAN HAEGHENBORGH, G.

²²⁰ Zie supra nr. 32.

²²¹ VAN BUGGENHOUT, C. , “Vereffening van vennootschappen: aanrekenen van schulden”, *l.c.*, p. 468. De suggestie van deze auteur om eventueel toepassing te maken van de procedure van burgerlijke zuivering voorzien in art. 109 Hyp. W., is weinig realistisch. Van deze procedure wordt zo goed als nooit gebruik gemaakt, al was het omdat de koper er een te groot risico mee neemt.

Curator	Vereffenaar
<p>Specifiek wat pandrechten betreft, kan de curator, met machtiging van de rechter-commissaris, te allen tijde het pand ten bate van de boedel inlossen door betaling van de schuld (art. 88 Faill. W.).</p>	<p>Indien het in het belang is van de massa, kan de vereffenaar beslissen het pand op dezelfde wijze te lossen.</p>
<p>Enkel de eerst ingeschreven hypothecaire schuldeisers kan, na faillissement, en pas na de sluiting van het proces-verbaal van verificatie, tot tenuitvoerlegging op het onroerend goed laten overgaan. Zijn uitvoeringsrechten zijn evenwel niet geschorst als hij reeds voor het faillissement een aanvang nam met de uitvoering.</p> <p>Wanneer dit laatste het geval is of wanneer de eerst ingeschreven hypothecaire schuldeiser de uitvoering na sluiting van het proces-verbaal van nazicht aanvangt, kan de curator de rechtbank verzoeken de schorsing van de tenuitvoerlegging te bevelen voor een maximumtermijn van één jaar “wanneer het belang van de boedel het vereist en op voorwaarde dat een tegeldemaking van het bezwaarde goed kan worden verwacht die de hypothecaire schuldeisers niet benadeeld” (art. 100, 2^{de} alinea Faill. W.)²²².</p> <p>De hypothecaire schuldeiser zal hier doorgaans mee instemmen, omdat de curator over meer mogelijkheden beschikt om het onroerend goed, eventueel onderhands, op een gunstige wijze te verkopen.</p>	<p>In het raam van een vereffening is de regeling dezelfde voor hypothecaire schuldeisers, als voor bijzonder bevoorrechte schuldeisers op roerende goederen of pandhoudende schuldeisers.</p>
<p><i>Andere preferentiële regelingen</i></p>	<p><i>Andere preferentiële regelingen</i></p>
<p><u>Eigendomsvoorbehoud</u> kan na faillissement nog ingeroepen worden. Vereist is dat de goederen zich nog in natura bij de schuldenaar bevinden, niet onroerend geworden zijn door incorporatie en niet vermengd zijn met een ander</p>	<p>Aangenomen wordt dat het <u>eigendomsvoorbehoud</u>, mits voldaan is aan dezelfde grond- en vormvoorwaarden, ook kan ingeroepen worden na invereffeningstelling.²²⁵ De vervaltermijn is evenwel niet toepasselijk, zodat de</p>

²²² WINDEY, Bart, rechtspraaknoot Kh. Hasselt, 16 oktober 1991, *T.B.H.*, 2002, 401 en verwijzingen.

²²⁵ in die zin: Antwerpen, 18 november 2002, DAOR, 2002, nr. 63, p. 290.

Curator	Vereffenaar
<p>roerend goed. Formeel moet het eigendomsvoorbehoud schriftelijk zijn overeengekomen ten laatste op het ogenblik van de levering van het goed. De vordering moet (vormvrij) worden ingesteld voor de sluiting van het proces-verbaal van nazicht van schuldvorderingen (art. 101 Faill. W.).</p> <p>Met machtiging van de rechter-commissaris, kan de curator de terugvordering inwilligen of, in het belang van de boedel, afwijzen, mits betaling van de prijs (exclusief intresten en strafbedingen) – art. 108 Faill. W.²²³</p> <p>Andere <u>buitenwettelijke zakelijke zekerheden</u>, zijn niet tegenstelbaar aan de curatele²²⁴</p>	<p>eigenaar in principe steeds het eigendomsvoorbehoud kan invoeren²²⁶.</p> <p>In het belang van de massa kan de vereffenaar op de eigendomsvordering ingaan. Afwijzen kan hij deze niet, tenzij mits betaling van ofwel de volledige vordering, ofwel een bedrag dat met de schuldeiser wordt afgesproken.</p> <p>Andere <u>buitenwettelijke zakelijke zekerheden</u>, zijn niet tegenstelbaar aan de vereffenaar.</p>
<p><u>Compensatie</u> is niet meer toegestaan, indien de voorwaarden hiertoe pas na faillissement ontstaan, tenzij het gaat om wederkerige verknochte en samenhangende vorderingen. Het principe is een gevolg van de samenloop en een toepassing van art. 1298 B.W., waaruit volgt dat schuldvergelijking niet plaats vindt ten voordele van de verkregen</p>	<p><u>Compensatie</u> is niet meer toegestaan, indien de voorwaarden hiertoe pas na ontbinding ontstaan, tenzij het gaat om wederkerige verknochte en samenhangende vorderingen²²⁷. Het principe is een gevolg van de samenloop en een toepassing van art. 1298 B.W., waaruit volgt dat schuldvergelijking niet plaats vindt ten voordele van de verkregen</p>

²²³ DIRIX, E., "Eigendomsvoorbehoud in een notendop", MINISTERIE VAN JUSTITIE, DIRECTORAAT-GENERAAL RECHTERLIJKE ORGANISATIE, Ed., *De zekerheden en de voorrechten*, referaattekst studiedag 14 december 2000, 3/Vorm/2000.13; DIRIX, E., "Eigendomsvoorbehoud", *R.W.*, 1997-1998, p. 481 e.v.; DIRIX, E., "Positie van schuldeisers en hun zekerheidsrechten", *I.c.*, nrs. 44-86, p. 393-418; DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, nrs. 553-585, p. 378-403; MEERTS, J., "Het faillissement. – Het passief van het faillissement. – Het eigendomsvoorbehoud.", in *Gerechtigd akkoord en faillissement II.H.20*; GREGOIRE, M., "Questions liées à l'invocation d'une clause de réserve de propriété", in *Mélanges offerts à P. van Ommeslaghe*, 2000, 465 e.v.; o.m. Luik, 29 juni 2001, *J.T.*, 2001, 839 met noot i.v.m. de voorwaarde van een geschrift.

²²⁴ Luik, 24 april 2001, *T.B.B.R.*, 2002, 402.

²²⁶ VAN BUGGENHOUT, C., "Vereffening van vennootschappen: aanrekening van schulden", *I.c.*, p. 470, die meent dat de schuldeiser zijn vordering binnen een "redelijke termijn" zal dienen in te stellen; zie ook: COLLE, Ph., en VAN DEN BRANDE, B., "Het eigendomsvoorbehoud: verbintenisrechtelijk bekeken en tegenwerpelijheid van het beding in de verschillende samenloopssituaties", (voorlopige) referaattekst voorgebracht in de interuniversitaire studiedag KULAK – ULB, *De koop / La Vente*, van 20 maart 2002, nr. 40, p. 33-34. Deze laatsten stellen dat er van uitgegaan moet worden dat de principiële niet tegenstelbaarheid van het eigendomsvoorbehoud blijft gelden en het minstens onzeker is dat het Hof van Cassatie zijn rechtspraak i.v.m. de gevolgen van de samenloop, in functie van de nieuwe bepaling van art. 101 Faill. W., zal wijzigen.

²²⁷ Voor een recente toepassing: Antwerpen, 17 april 2001, *R.W.*, 2002-2003, 301.

Curator	Vereffenaar
rechten van derden. De uitzondering wordt verantwoord om billijkheidsredenen.	rechten van derden. De uitzondering wordt verantwoord om billijkheidsredenen ²²⁸ .
<u>Retentierecht</u> kan na faillissement nog worden ingeroepen. Hetzelfde geldt voor de <u>exceptie van niet-uitvoering</u> ²²⁹ .	<u>Retentierecht</u> kan na ontbinding nog worden ingeroepen. Hetzelfde geldt voor de <u>exceptie van niet-uitvoering</u> ²³⁰ .
<p><u>Ontbinding van overeenkomsten</u> na faillissement, kan nog gevorderd worden.</p> <p>Indien de vordering werd ingesteld vóór faillissement, zal de retroactieve ontbinding, zelfs als vonnis wordt uitgesproken na faillissement, tegenstelbaar zijn aan de massa. De curator zal desgevallend de, in het raam van de ontbonden overeenkomst door de verkoper geleverde goederen, moeten teruggeven. De koper die in dezelfde omstandigheden ontbinding bekommt tegen de failliete verkoper, zal voor de terugbetaling van het voorschot, echter enkel een schuldvordering in de boedel hebben²³¹.</p> <p>Indien de vordering wordt ingesteld na faillissement, dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de schuldeiser die geleverd heeft en deze die nog niet heeft geleverd. Deze laatste kan, middels de ontbinding, bekomen, dat hij definitief ontslagen wordt van zijn leveringsplicht. Hij wordt dus 'bevoordeeld' en enkel zijn aanspraken op schadevergoeding zijn schulden in de boedel. De schuldeiser die wel geleverd heeft, zal slechts aanspraken hebben in de boedel voor reeds geleverde prestaties. Als de betreffende schuldeiser</p>	<p><u>Ontbinding van overeenkomsten</u> na in vereffeningstelling, kan nog gevorderd worden.</p> <p>Indien de vordering werd ingesteld vóór ontbinding, zal de retroactieve ontbinding, zelfs als vonnis nadien wordt uitgesproken, tegenstelbaar zijn aan de massa. De vereffenaar zal desgevallend de, in het raam van de ontbonden overeenkomst door de verkoper geleverde goederen, moeten teruggeven. De koper die in dezelfde omstandigheden ontbinding bekommt tegen de ontbonden vennootschap-verkoper, zal voor de terugbetaling van het voorschot, echter enkel een schuldvordering in de boedel hebben.</p> <p>Indien de vordering wordt ingesteld na in vereffeningstelling, dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de schuldeiser die geleverd heeft en deze die nog niet heeft geleverd. Deze laatste kan, middels de ontbinding, bekomen, dat hij definitief wordt ontslagen van zijn leveringsplicht. Hij wordt dus 'bevoordeeld' en enkel zijn aanspraken op schadevergoeding zijn schulden in de boedel. De schuldeiser die wel geleverd heeft, zal slechts aanspraken hebben in de boedel voor reeds geleverde prestaties. Als de betreffende schuldeiser een verkoper is, zal hij, na het ontstaan</p>

²²⁸ VAN BUGGENHOUT, C., *l.c.*, p. 470; voor een kritiek op de uitzonderingsregel: THIRION, N., *l.c.*, nrs. 24-28, p. 196-203.

²²⁹ LEUNEN, *l.c.*, p. 505.

²³⁰ THIRION, N., *l.c.*, nr. 23, p. 193.

²³¹ Cass., 9 maart 2000, *R.W.*, 2000 –2001, 480, met noot DE WILDE, A., "De positie van de koper bij faillissement van de verkoper"; *T.B.B.R.*, 2002, 585, met noot I. VERVOORT, "Ontbinding en faillissement".

Curator	Vereffenaar
<p>een verkoper is, zal hij, na het ontstaan van de samenloop, slechts uitzonderlijk een vordering in ontbinding (en terugvordering) kunnen instellen. Meer bepaald moet het gaan om een verkoop zonder tijdsbepaling, moet de vordering zijn ingesteld binnen de acht dagen na levering en moeten de voorwerpen zich nog in dezelfde staat bevinden als ten tijde van de levering²³².</p>	<p>van de samenloop, slechts uitzonderlijk een vordering in ontbinding (en terugvordering) kunnen instellen. Meer bepaald moet het gaan om een verkoop zonder tijdsbepaling, moet de vordering zijn ingesteld binnen de acht dagen na levering en moeten de voorwerpen zich nog in dezelfde staat bevinden als ten tijde van de levering²³³.</p>
<p>Het <u>uitdrukkelijk ontbindend beding</u> heeft, na faillissement, slechts uitwerking, indien het voordien uitdrukkelijk werd ingeroepen²³⁴.</p>	<p>Het <u>uitdrukkelijk ontbindend beding</u> heeft, na in vereffeningstelling, slechts uitwerking, indien het voordien uitdrukkelijk werd ingeroepen²³⁵.</p>
<p><u>Cessie van schuldvorderingen</u> die voor het faillissement is toegestaan is tegenstelbaar aan de massa. Er is discussie of hiertoe vereist is dat de kennisgeving voordien ter kennis gebracht is van de gecedeerde schuldenaar²³⁶.</p> <p>Hetzelfde geldt voor de <u>in pandgeving van schuldvorderingen</u>, vermits aan de pandhouder een inningsbevoegdheid wordt toegekend, hetgeen hem de mogelijkheid geeft, om, na de inning, zijn voorrecht door compensatie te realiseren. Voor pandhouders op de handelszaak ontstaat deze realisatiebevoegdheid pas na beslag op de handelszaak, maar hiermee wordt een overeenkomst gesloten met de curator om tot de realisatie van de handelszaak over te gaan, gelijkgesteld²³⁷. Deze inningsbevoegdheid geldt niet voor schuldvorderingen, die ontstaan zijn na het faillissement omdat de pandgever op dat moment niet meer over de</p>	<p><u>Cessie van schuldvorderingen</u> die voor de ontbinding is toegestaan is tegenstelbaar aan de massa. Er is discussie of hiertoe vereist is dat de kennisgeving voordien ter kennis gebracht is van de gecedeerde schuldenaar²³⁹.</p> <p>Hetzelfde geldt voor de <u>in pandgeving van schuldvorderingen</u>, vermits aan de pandhouder een inningsbevoegdheid wordt toegekend, hetgeen hem de mogelijkheid geeft, om, na de inning, zijn voorrecht door compensatie te realiseren. Voor pandhouders op de handelszaak ontstaat deze realisatiebevoegdheid pas na beslag op de handelszaak, maar hiermee wordt een overeenkomst gesloten met de curator en, per analogie, met de vereffenaar om tot de realisatie van de handelszaak over te gaan, gelijkgesteld²⁴⁰. Dat deze inningsbevoegdheid niet geldt voor schuldvorderingen, die ontstaan zijn na de ontbinding, is moeilijker te</p>

²³² Art. 20, 5° Hyp. W.; THIRION, *I.c.*, nr.23, p. 192; DIRIX, E., "De positie van schuldeisers...", *I.c.*, nr. 84, p. 416-417; DIRIX, en DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, nr. 271, p. 184-186.

²³³ Art. 20, 5° Hyp. W. THIRION, *I.c.*, nr.23, p. 192; DIRIX, E., "De positie van schuldeisers...", *I.c.*, nr. 84, p. 416-417; DIRIX, en DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, nr. 271, p. 184-186.

²³⁴ DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, nr. 271, p. 184-186.

²³⁵ DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, nr. 271, p. 184-186.

²³⁶ DIRIX, E. en DE CORTE, R. *Zekerheidsrechten*, nr. 106, p. 100.

²³⁷ Kh. Brugge, 2 juni 1999, *T.W.V.R.*, 2000, 128.

Curator	Vereffenaar
bevoegdheid beschikt om over de vorderingen te beschikken ²³⁸ .	verdedigen. Door de invereffeningstelling is de ontbonden vennootschap immers niet echt buiten bezit gesteld, vermits de vereffening geen discontinuïteit van de rechtspersoon voor gevolg heeft ²⁴¹ .
Of de <u>rechtstreekse vordering</u> van de onderaannemer, voor het eerst na de samenloop kan worden ingesteld is een discussiepunt. De tegenstanders menen dat deze uitzondering op de paritasregel op dat moment niet meer kan worden ingeroepen ²⁴² . De voorstanders stellen dat de rechtstreekse vordering een eigen recht is van de onderaannemer ten aanzien van de bouwheer ²⁴³ .	Of de <u>rechtstreekse vordering</u> van de onderaannemer, voor het eerst na de samenloop kan worden ingesteld is een discussiepunt. De tegenstanders menen dat deze uitzondering op de paritasregel op dat moment niet meer kan worden ingeroepen. De voorstanders stellen dat de rechtstreekse vordering een eigen recht is van de onderaannemer ten aanzien van de bouwheer.

45. In verband met de instandhouding van de onderneming, beschikt de vereffenaar in belangrijke mate over gelijkaardige middelen als de faillissementscurator, als gevolg van de samenloop. Nochtans is het klaar dat de middelen ter beschikking van faillissementscurator duidelijker zijn omlind dan deze van de vereffenaar. De rechtszekerheid is dus een stuk groter, te meer daar de curator voor vele handelingen de machtiging van de rechtbank of van de rechter-commissaris dient te bekomen. Daarenboven zijn de mogelijkheden van de curator (bijvoorbeeld i.v.m. het afweren van uitvoering door bijzonder bevoorrechte schuldeisers) uitgebreider dan deze van de vereffenaar.

Overdracht van ondernemingen

Algemeen

46. Het is niet noodzakelijk de basistaak van een bewindvoerder een onderneming *on going concern* over te dragen. Bij faillissement en ontbinding van een vennootschap wordt de activiteit in principe stilgelegd. Dit zal slechts anders zijn, indien

²³⁹ DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, nr. 106, p. 100

²⁴⁰ Kh. Brugge, 2 juni 1999, *T.W.V.R.*, 2000, 128.

²³⁸ DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, nr. 481bis, p. 318.

²⁴¹ Vergelijk de verwijzing in voetnoot 153.

²⁴² DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, nr. 543, p. 371-372; Antwerpen, 13 december 2001 (twee arresten), *T.B.H.*, 2002, 466 en 470, met noot DERIJCKE, W., "De rechtstreekse vordering van de onderaannemer kan niet meer worden ingestelde na faillissement van de hoofdaannemer of na beslag op diens vordering ten opzichte van de bouwheer"

²⁴³ CUYPERS, A., "De rechtstreekse vordering en het voorrecht van de onderaannemer", in *Postuniversitaire cyclus Willy Delva XXVI*, 1999-2000, nr. 591, p. 476 e.v.

de faillissementscurator of de vereffenaar menen dat een *on going concern* overdracht, een ernstige kans biedt tot realisatie aan betere voorwaarden. Dit is ook de optiek van de pandverzilveraar van de handelszaak. Een voorlopig bewindvoerder, in het raam van artikel 8 Faill. W., zal doorgaans wel de taak hebben de onderneming *on going concern* te houden, maar niet om deze over te dragen. Alleen een overdracht door een commissaris inzake opschorting zal in principe betrekking hebben op een onderneming die in werking is gebleven. De overdracht is, in dat *wettelijk kader*, eerder uitzondering dan regel. *In de praktijk* is overdracht echter meer regel dan uitzondering, omdat het gerechtelijk akkoord blijkbaar niet werkt om de onderneming, zonder wijziging van ondernemer, blijvend in stand te houden.

Onder deze rubriek gaan wij ervan uit dat de bewindvoerder de onderneming in werking (of een deel ervan) effectief overdraagt. Dat hij dit effectief kan, behoeft behalve voor de voorlopig bewindvoerder, weinig toelichting. Wel stelt de vraag zich naar de mogelijkheid tot overdracht van de lopende overeenkomsten, in het algemeen en, in het bijzonder van arbeidsovereenkomsten en lopende huurcontracten. Tevens is van wezenlijk belang dat de bewindvoerder, de onderneming 'zuiver' kan leveren.

De pandverzilveraar van de handelszaak

47. Een pandverzilveraar zal er nooit alleen in slagen een onderneming *on going concern* over te dragen, indien de locatie van belang is voor de voortzetting ervan en de gebouwen eigendom zijn van de ondernemer. In dit geval zal samenwerking met de ondernemer zelf, of met de hypothecaire schuldeiser noodzakelijk zijn. Desgevallend kan de handelszaak bijvoorbeeld openbaar verkocht worden door een notaris, tezelfdertijd als het onroerend goed wordt verkocht.

48. Een volkomen contractsoverdracht, waarbij alle contractuele rechten en verplichtingen worden overgedragen en de oorspronkelijke contractspartij wordt bevrijd, is slechts mogelijk met instemming van de medecontractant. Een onvolkomen contractsoverdracht heeft dezelfde gevolgen, met uitzondering van de bevrijding van de oorspronkelijke contractspartij en is mogelijk in specifieke wettelijke gevallen²⁴⁴. Hieruit volgt dat de pandverzilveraar, wil hij de overdracht van lopende overeenkomsten realiseren, in principe de instemming van de wederpartij zal moeten proberen te bekomen. Dit kan bijvoorbeeld van belang zijn voor wat betreft de contracten met onderaannemers of toeleveranciers, de huurcontracten van roerende goederen etc. Doorgaans zullen deze medecontractanten met de contractsoverdracht instemmen, indien zij ervan verzekerd zijn dat zij voor de toekomst een betere debiteur zullen treffen.

Indien dergelijk contractsoverdracht niet mogelijk is of door de overnemer of de medecontractant niet is gewenst, zal de pandverzilveraar hiervan weinig hinder ondervinden. Hij is immers niet qq. tot de voortzetting van de overeenkomst verbonden. Eventuele aanspraken op schadevergoeding zullen dus door de medecontractant tegen de ondernemer zelf worden geformuleerd.

²⁴⁴ VAN GERVEN, W. en COVEMAERKER, S., *Verbintenissenrecht*, 2001, p. 356- 358; Cass., 4 maart 1982, *R.C.J.B.*, 1984, 175, met noot FONTAINE, M., "L'apport d'une branche d'activités et la cession des contrats".

49. Op een overdracht van 'onderneming' door een pandverzilveraar is hoofdstuk II van CAO 32 bis van toepassing²⁴⁵. Dit impliceert dat de rechten en plichten t.a.v. de werknemers krachtens de bestaande overeenkomsten overgaan op de overnemer. Er is met andere woorden geen keuzerecht, zoals voorzien in hoofdstuk III, in geval van faillissement.

50. Voor wat een overdracht van huurovereenkomsten betreft is er, benevens de regeling van art. 10 van de Wet op de handelshuurovereenkomsten, een bijzondere bepaling. Art. 10 van de Wet Inpandgeving handelszaak, voorziet immers dat een beding houdend verbod tot afstand van huur niet kan worden ingeroepen tegen de pandhoudende schuldeiser of zijn rechtverkrijgenden, indien zij dezelfde handel in het verhuurde goed voortzetten en het genoegzaam van meubelen voorzien.

51. De realisatie van de handelszaak door de pandverzilveraar, doet uiteraard het pandrecht uitdoven. Evenwel kunnen nog andere, samenlopende aanspraken van schuldeisers, rusten op bepaalde vermogensbestanddelen die deel uitmaken van de handelszaak. Hoe de pandverzilveraar in dit geval moet handelen, om de overgedragen handelszaak volledig van alle mogelijke aanspraken te zuiveren is wettelijk niet geregeld. Bovendien staat van meet af aan vast dat een gedeelte van de opbrengst – meer bepaald de helft van de voorraad – niet aan de pandhoudende schuldeiser toekomt. Idealiter zouden de artikelen 1627 e.v. Ger. W. i.v.m. de evenredige verdeling, bij wet toepasselijk moeten verklaard worden op de pandverzilveraar. Nu dit niet het geval is, is het enigszins behelpen.

Om het opmaken van een correcte rangregeling mogelijk te maken, zal de pandverzilveraar er, in samenspraak met de overnemer, voor zorgen dat in de overeenkomst tot overdracht, de prijs niet enkel globaal maar ook per relevant onderdeel is bepaald. Dit geldt trouwens in het algemeen voor elke overdracht van onderneming door een bewindvoerder.

Er zijn verschillende mogelijke gevallen van samenloop.

Rusten op bepaalde elementen van de handelszaak andere bijzondere bevoorrechte aanspraken, bijvoorbeeld van niet-betaalde verkopers of van de verhuurder, dan zal de pandverzilveraar effectief zelf tot een minnelijke rangregeling van de executieopbrengst moeten overgaan. Slaagt hij hier niet in, dan wordt gesteld dat hij tot rangregeling met toepassing van art. 1627 Ger. W. e.v. dient over te gaan, zoals een gerechtsdeurwaarder na uitvoerend beslag. Hij stelt dus een ontwerp van evenredige verdeling op, waartegen de betrokken schuldeisers kunnen opkomen voor de beslagrechter, die deze geschillen beslecht²⁴⁶.

²⁴⁵ Arbrb. Namen, 16 oktober 1995, *R.R.D.*, 1996, 153; Luik (sectie Namen), 22 januari 1998, *Soc. Kron.*, 1998, 226.

²⁴⁶ BOUCKAERT, "De handelszaak", o.c., nr. 176, p. 79; DIRIX, "Vuistpand", *l.c.*, nr. 36, p. 30; DIRIX, E., Overzicht van rechtspraak. Voorrechten en hypotheeken. 1991-1997, *T.P.R.*, 1998, nr. 84, p. 564-565; Rb. Antwerpen, 20 april 1993, *R.W.*, 1993-1994, 61: "Overwegende dat een pandverzilvering ongetwijfeld een vorm is van gedwongen tenuitvoerlegging in de zin van art. 1395 Ger. W.; dat bij pandverzilvering er immers evengoed sprake is van de uitwinning van het vermogen van de debiteur; dat enkel hier bepaalde aspecten van die uitwinning aan de bevoegdheid van de beslagrechter worden onttrokken, zoals de geldigverklaring van het beslag (art. 11 Wet 25 oktober 1919) en de aanstelling van de vereffenaar; dat hiervoor telkens de

Indien beslag is gelegd door algemeen bevoorrechte of gewone schuldeisers op een element van de handelszaak, wordt gesteld dat de pandverzilveaar kan verkopen en uit de opbrengst, na inhouding van zijn kosten en ereloon, het aan de pandhouder toekomend bedrag uitbetalen. Het saldo dient hij dan over te maken aan de beslagleggende gerechtsdeurwaarder.

De pandverzilveaar kan zeker aldus handelen indien derdenbeslag is gelegd in zijn handen ten laste van de ondernemer. De meest eenvoudige en rechtszekere oplossing is in dit geval dan ook dergelijk derdenbeslag uit te lokken, zodat na betaling van de bijzonder bevoorrechte schuldeisers en de pandhouder, het saldo aan de gerechtsdeurwaarder kan worden overgemaakt. Deze zal vervolgens dienen te zorgen voor evenredige verdeling.

52. De pandverzilveaar zal ook bijzondere aandacht besteden aan art. 442bis W.I.B.²⁴⁷. Om de overdracht tegenstelbaar te maken aan de ontvanger der directe belastingen, dient een afschrift van de akte van overdracht door de pandverzilveaar ter kennis gebracht te worden aan de ontvanger van de woonplaats van de beslagen ondernemer. De overdracht is hierna pas na verloop van een maand, te rekenen vanaf de maand die volgt op deze van kennisgeving, tegenstelbaar aan de fiscus. Theoretisch zou de fiscus in die periode nog beslag kunnen leggen op de handelszaak. Dit kan echter bestreden worden, vermits dergelijke wijze van handelen schadelijk is voor schuldeisers, die uit de opbrengst vóór de fiscus dienen betaald te worden, inzonderheid de pandhouder zelf. De fiscus heeft bovendien geen rechtmatig belang om aldus te handelen, vermits een neutraal bewindvoerder is aangesteld, met opdracht te realiseren aan de best mogelijke voorwaarden, zodat de belangen van alle de schuldeisers afdoende beveiligd zijn. Om die reden zijn overdrachten door een faillissementscurator of een commissaris inzake opschorting, trouwens niet onderworpen aan de wettelijke bepaling (art. 442bis § 2 W.I.B.).

Art. 442bis §2 W.I.B. houdt ook gevaar in voor de overnemer. Indien deze, vóór het verstrijken van de maand, reeds betaald heeft, is hij ten belope van het betaalde bedrag, hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de belastingsschulden van de beslagen ondernemer (art. 442bis § 2 W.I.B.).

De problemen worden vermeden, indien, samen met de kennisgeving van de akte van overdracht ook een bijzonder certificaat, dat werd verleend door dezelfde ontvanger en waaruit blijkt dat de beslagen ondernemer geen fiscale schulden heeft, kan worden mee betekend (art. 442 bis§3 W.I.B.). Ook is een regeling denkbaar, waarbij de overnemer de prijs niet definitief betaalt, maar een voldoening gevende waarborg vestigt, die kan aangesproken worden nadat de overdracht aan de fiscus tegenstelbaar werd.

voorzitter van de rechtbank van koophandel de bevoegde rechter is; dat verder algemeen wordt aangenomen dat de aangestelde vereffenaar van het pand bij de verdeling van de opbrengst moet handelen als bij een evenredige verdeling na uitvoerend beslag op roerend goed en dat de bepalingen van de artt. 1627 e.v. Ger. W. van overeenkomstige toepassing zijn (A.P.R., tw. Handelszaak, 78, nr.176)".

²⁴⁷ zie hierover VAN BREEDAM, Sofie, "Commentaar bij artikel 442 bis W.I.B. 1992", in *Commentaar voorrechten en hypotheke*, p. 122 e.v.

De voorlopig bewindvoerder van art. 8 Faill. W.

53. Het is slechts zeer uitzonderlijk dat een voorlopig bewindvoerder tot overdracht van onderneming zal dienen over te gaan. In ieder geval zal hij dit slechts kunnen mits bijzondere opdracht van de Voorzitter. Nochtans is het denkbaar dat, op het moment van de aanstelling van de bewindvoerder, de onderneming reeds in een verregaande staat van ontbinding is, zodat slechts door snelle overlating verder bederf en waardeverlies kan worden vermeden. Ook is denkbaar dat de ondernemer zelf reeds onderhandelingen voerde tot overdracht en de – bij veronderstelling interessante – overnemer deze op korte termijn wil realiseren.

54. Hetgeen hoger werd uiteengezet i.v.m. de pandverzilveraar i.v.m. de overdracht van lopende overeenkomsten, de toepassing van C.A.O. 32 bis en toepassing van art. 442 bis W.I.B. geldt ook voor de voorlopig bewindvoerder.

55. Om tot een overdracht van onderneming te kunnen overgaan zal de bewindvoerder, zoals een vereffenaar, moeten overeenkomen met de separatisten zoals de pandhoudende en hypothecaire schuldeisers. Dit kan uiteraard een moeilijk te nemen klip zijn.

56. Indien hij een onderneming overdraagt zal deze bewindvoerder echter de gelden niet dienen te vereffenen. Vermits wij verdedigen dat samenloop ontstond om de gelijkheid van schuldeisers te waarborgen in het raam van een collectief bewarend beslag, zal de bewindvoerder de verkoopopbrengst, eventueel na betaling van bijzonder bevoorrechte schuldeisers, plaatsen op een kwaliteitsrekening, in afwachting van het resultaat van het eventueel derdenverzet of van de ingestelde procedure in faillietverklaring. Volgt een faillissement, dan worden de gelden, met behoud van de preferente aanspraken van schuldeisers, overgedragen aan de faillissementscurator. Volgt geen faillissement dan komen de gelden toe aan de ondernemer zelf of aan de schuldeisers die aanspraken op de goederen hebben laten gelden, bijvoorbeeld door het leggen van beslag.

De commissaris inzake opschorting

57. De overdracht van onderneming door de commissaris inzake opschorting, is onderworpen aan grond- en vormvoorwaarden. Wat de grond betreft moet de overdracht bijdragen tot de terugbetaling aan de schuldeisers en moet er economische activiteit en werkgelegenheid door worden gehandhaafd. Wat de vorm betreft, heeft de commissaris één of twee maal machtiging nodig van de rechtbank van Koophandel. Indien men aanneemt dat twee maal machtiging nodig is – maar hierover bestaat discussie²⁴⁸ – is de eerste machtiging vereist om de procedure te kunnen starten. De

²⁴⁸ VAN BUGGENHOUT, C., "Het beleid van de rechter in de overdracht van de onderneming in moeilijkheden", *T.B.H.*, 2001, nr. 11, p. 77; zie ook over de overdracht van onderneming in het raam van art. 41: DENEFF, M., "De 'overdracht' van de onderneming in de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord: welke lading dekt de vlag?"; *De Belg. Acc.*, 1998, afl.2, 7-17; GUTT, O., "Le transfert d'entreprise tel qu'il est organisé par les lois des 17 juillet et 8 août 1977 sur le concordat et la faillite", *DAOR*, 2000, p. 83 –92.

tweede beoogt goedkeuring te bekomen om de effectieve overdracht van de gehele onderneming of een gedeelte ervan te realiseren. Vooraleer hierover te beslissen hoort de rechtbank ook een afvaardiging van het bestuur van de onderneming en van de werknemers. Tussenin moet de commissaris publiciteit voeren, de voorstellen onderzoeken “in het licht van het behoud van een economisch levensvatbare activiteit en de weerslag op de mogelijkheden van terugbetaling van de schuldeisers”, diepgaander besprekingen voeren met één of meer kandidaten, overleggen met de werknemers en de bestuursorganen en uiteindelijk een project van overeenkomst sluiten. Met de werknemers moet gepoogd worden een consensus te bereiken. Van belang is ook dat de overdracht al dan niet een onderdeel kan zijn van het herstelplan. Indien de overdracht onderdeel is van het herstelplan, is goedkeuring door de schuldeisers vereist. Hetzelfde geldt als de overdracht de gehele onderneming betreft, zelfs al maakt de overdracht geen deel uit van het herstelplan. Dit alles wordt geregeld in art. 41 W. Ger. Akk.

Van meet af aan werd voorspeld dat een gedeeltelijke overdracht van onderneming, buiten het herstelplan de regel zou worden, omdat in dat geval het akkoord van de schuldeisers niet vereist is en elke onderneming in moeilijkheden niet rendabele delen heeft²⁴⁹. Geregeld wordt dergelijke overdracht vergeleken met het opzetten van een sterfhuisconstructie, omdat de rendabele delen, van een onderneming elders worden ondergebracht²⁵⁰. De ondernemer die onder gerechtelijk akkoord is, zal na dergelijke overdracht geen rendabele zaak meer overhouden en is als het ware gedoemd om ‘zakelijk’ te sterven²⁵¹. De rechtbanken erkennen dat dergelijke overdrachten frustrerend kunnen zijn voor de schuldeisers, die niet gehoord worden en hun uitwinningsmogelijkheden definitief verloren zien gaan, maar benaderen de voorwaarde dat de overdracht moet bijdragen tot de terugbetaling van de schuldeisers niettemin met het nodige realisme. Zo werd een gedeeltelijke overdracht goedgekeurd, alhoewel de overnemer voor geen enkel bestanddeel van de over te nemen activa meer bood dan de prijs, die bij een gedwongen verkoop kan worden verwacht. De rechtbank overwoog dat een faillissementsscenario geen betere perspectieven bood, omdat in dat geval een aanzienlijk bijkomend sociaal passief zou ontstaan en de realisatie van de lopende projecten dan uitgesloten was²⁵².

Vermits in dit stadium het behoud van economische activiteit en van tewerkstelling essentieel is, is ook hier geen sprake van gelijkheid van schuldeisers, zoals dit begrip traditioneel wordt gehanteerd in gevallen van samenloop. De overdracht buiten plan kan dus zo georganiseerd worden dat bepaalde schuldeisers prioritair worden behandeld, omdat ze feitelijk of juridisch een machtspositie bekleden. Dit kan het geval zijn voor (bijzonder) bevoorrechte schuldeisers – waarover verder meer – maar ook voor de schuldeisers die actief aan het succes van de overdracht moeten meewerken,

²⁴⁹ VEROUGHSTRAETE, I., *Manuel de la faillite et du concordat*, o.c., nr.208, p ; 135 ; nr.230, p.146.

²⁵⁰ LAUWERS, M., “Gerechtelijk akkoord. Overdracht van ondernemingen.”, in, *Gerechtelijk akkoord en faillissement I.K.*, p. 9; VAN BUGGENHOUT, C., “Het beleid van de rechter in de overdracht van ondernemingen in moeilijkheden”, *T.B.H.*, 2001, p. 79; WINDEY, Bart, “Gerechtelijk akkoord: de toetsingsbevoegdheid van de rechter bij de goedkeuring van de definitieve opschorting, de mogelijkheid van de rechter om het herstelplan te wijzigen en het gebruik van de sterfhuisconstructie”, noot onder Kh. Ieper, 21 september 2001, Gent, 18 oktober 2001 en Kh. Ieper, 24 oktober 2001, *T.R.V.*, 2002, 71; Gent, 18 oktober 2001, *R.W.*, 2002-2003, 707.

²⁵¹ VEROUGHSTRAETE, I., *Manuel de la faillite et du concordat*, nr. 208, p. 135.

²⁵² Kh. Veurne, 10 februari 2000, *T.B.H.*, 2000, 595.

zoals bijvoorbeeld belangrijke leveranciers, de verhuurder van onroerend goed etc²⁵³. Zowel het betalen van bepaalde schuldeisers uit de opbrengst van de overgelaten activa, als het laten overnemen door de overnemer van bepaalde verbintenissen ten aanzien van dergelijke schuldeisers, zijn voorbeelden van prioritaire behandeling. Het hof van beroep te Gent stelde in de zaak Lernout & Hauspie – zij het naar aanleiding van een overdracht die kaderde in het definitief herstelplan – terecht dat het gerechtelijk akkoord dat een ‘ontmanteling van de onderneming’²⁵⁴ voorziet, veeleer één van de mogelijke vereffeningsprocedures is geworden²⁵⁵. Aan deze bedenking koppelt het hof de gevolgtrekking dat men ook in deze fase oog moet hebben voor de gelijkheid van schuldeisers. Dit impliceert niet dat er geen gedifferentieerde behandeling van de schuldeisers mag zijn, maar wel dat deze gedifferentieerde behandeling ‘niet arbitrair, onredelijk of onrechtvaardig mag zijn’²⁵⁶.

In ieder geval is het zo dat een goedgekeurde overdracht, zelfs na de herroeping van het akkoord, niet meer kan worden aangevochten²⁵⁷.

58. Voor de overdracht van lopende overeenkomsten geldt, in het algemeen, in grote mate hetzelfde als wat wij hebben uiteengezet in verband met de pandverzilveraar²⁵⁸. Wat de overdracht van lopende arbeidsovereenkomsten in het bijzonder betreft, was er nimmer discussie over de toepasselijkheid van C.A.O. 32 bis. De toepasselijkheid is, ten overvloede, bevestigd in de C.A.O. quinquies van 13 maart 2002^{248bis}. Wel rees de vraag of op de overdracht hoofdstuk III van deze C.A.O. toepasselijk is. Volgens de titel regelde dit hoofdstuk “de rechten van de werknemers, die overgenomen worden in geval van overname van activa na faillissement of gerechtelijk akkoord door boedelafstand”. Het voornaamste verschil met het algemeen toepasselijke hoofdstuk II, is hierin gelegen dat de overnemer, blijkens art. 12, in geval van faillissement of gerechtelijk akkoord met boedelafstand, kan kiezen welke werknemers hij wenst over te nemen. Vermits een overdracht door de commissaris inzake opschorting vergelijkbaar is met een overdracht door een faillissementscurator of in het raam van een gerechtelijk akkoord met boedelafstand, werd er voor gepleit het hoofdstuk III toepasselijk te verklaren²⁵⁹. Dit was nochtans niet de meerderheidsopvatting²⁶⁰. Onder verwijzing naar arresten van het Hof van Justitie,

²⁵³ VEROUGHSTRAETE, I., *Manuel de la faillite et du concordat*, nr. 211, p. 136 – 137.

²⁵⁴ Aldus omschrijft het hof de overdracht van de kernactiviteiten, dus van een gedeelte van de onderneming.

²⁵⁵ Vergelijk met de gedachtengang van DIRIX, E., “De bewindvoerder in het insolventierecht”, *I.c.*, nr. 2, p. 522: “Hierbij dient wel de aantekening te worden gemaakt dat de grens tussen saneren en liquideren niet altijd scherp te trekken valt. Zo zal het welslagen van een saneringsplan niet zelden afhangen van de vereffening van bepaalde vermogensbestanddelen (bv. Art. 41 e.v. Wet Gerechtelijk Akkoord)”.

²⁵⁶ Gent, 18 oktober 2001, *T.R.V.*, 2002, 61.

²⁵⁷ VERCRUYSSSE, D., “Het gerechtelijk akkoord en de opschorting van betalingen”, in U.P.V. – V.U.B. West-Vlaanderen (ed.), *Het faillissementsrecht geactualiseerd*, deel 2, p. 26

²⁵⁸ vgl. VAN BUGGENHOUT, C., “Het beleid van de rechter...”, *I.c.*, nr. 12, p. 77-78.

^{248bis} Goedgekeurd bij K.B. van 14 maart 2002, *B.S.*, 29.03.2002; art. 2 wijzigd art. 1, 1° van C.A.O. 32 bis als volgt: “...de overgang in het kader van een gerechtelijk akkoord is een overgang krachtens overeenkomst waarop het principe van het behoud van de rechten van de werknemers van toepassing is behoudens de bij artikel 8 bis van deze collectieve arbeidsovereenkomsten bepaalde uitzonderingen”.

²⁵⁹ VAN BUGGENHOUT, C., “Het beleid van de rechter...”, *I.c.*, nr. 13, p. 78-79.

²⁶⁰ VEROUGHSTRAETE, I., *Manuel de la faillite et du concordat*, nr. 274-276, p. 168-170; NULENS, J., “Gerechtelijk akkoord, faillissement en het sociaal recht”, in U.P.V. – V.U.B. West-Vlaanderen (ed.), *Het faillissementsrecht geactualiseerd*, deel 2, p. 119 –123; PARIJS, R., “De

gewezen in verband met *surséance van betaling*, het Nederlands equivalent van ons huidig gerechtelijk akkoord, wordt doorgaans gesteld dat de uitzonderingsregeling niet toepasselijk is, zodat de overnemer de rechten en verplichtingen van alle personeelsleden, die in dienst zijn op het ogenblik van de overdracht, onverkort zal moeten respecteren. Het besluit was dat de commissaris inzake opschorting desgevallend vóór de overdracht een oplossing moest zoeken, in het raam van het overleg dat hij met de werknemers dient te voeren.

Door C.A.O. 32 quinquies is deze discussie achterhaald. Vooreerst werden alle verwijzingen in C.A.O. 32 bis naar het gerechtelijk akkoord met boedelafstand geschrapt, vermits deze rechtsfiguur niet meer bestaat. De bijzondere regeling van hoofdstuk III blijft alleen gelden voor faillissementen. Vervolgens werd voor de overdracht bij toepassing van art. 41 W. Ger. Akk. een bijzondere regeling uitgewerkt^{250bis}. Deze regeling beperkt zich tot twee zaken. I.v.m. de bestaande schulden aan de werknemers voorziet de gewijzigde C.A.O. dat de overnemer de schulden aan de werknemers van de overgedragen onderneming niet ten laste moeten nemen, als de betaling van die schulden gewaarborgd wordt door het sluitingsfonds. I.v.m. de arbeidsvoorwaarden wordt thans expliciet aangenomen dat deze kunnen gemoduleerd worden in het raam van collectief overleg tussen de ondernemer, de commissaris inzake opschorting, de overnemer en de 'in de vakbondsafvaardiging vertegenwoordigde organisaties'.

Op het eerste gezicht wijzigt deze C.A.O. op dit vlak ten gronde bijzonder weinig.

59. Een zeer netelig probleem is de kwestie van 'zuivering' van de in de overdracht begrepen activabestanddelen en de hiermee samengaande problematiek van de rechten van de hypothecaire, pandhoudende en bijzonder bevoorrechte schuldeisers, die beschikken over een volgrecht²⁶¹. Doorgaans stelt men dat de rechten en verplichtingen in het kader van een overdracht, die door de commissaris

arbeidsrechtelijke gevolgen van het faillissement en het gerechtelijk akkoord. T.a.v. de individuele arbeidsverhouding. In geval van voortzetting van de activiteiten door wijziging van werkgever. De overname van werknemers in geval van overname van activa na faillissement.", in *Gerechtelijk akkoord en faillissement V.A.31*, p. 5 – 7.

^{250bis} In C.A.O. 32 bis wordt een artikel 8 bis wordt ingevoegd dat als volgt luidt: "Wanneer de overgang plaatsvindt in het kader van een gerechtelijk akkoord, zoals bedoeld bij artikel 2 van onderhavige overeenkomst, gaan de op het tijdstip van overgang bestaande schulden die uit de op dat tijdstip bestaande arbeidsovereenkomsten voortvloeien, niet over op de verkrijger indien de betaling van die schulden wordt gewaarborgd door het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers binnen de grenzen die voor zijn tussenkomst van toepassing zijn in de wetgeving betreffende de sluiting van ondernemingen. Bovendien kunnen, in hetzelfde geval, de verkrijger, de vervreemder of de persoon (personen), die de functies van de vervreemder uitoefent (uitoefenen) enerzijds en alle in de vakbondsafvaardiging vertegenwoordigde organisaties anderzijds in het kader van een collectieve onderhandelingsprocedure overeenkomen om in de arbeidsvoorwaarden wijzigingen aan te brengen die bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van een onderneming of een gedeelte ervan te verzekeren."

²⁶¹ Dit zijn inzonderheid: de hypothecaire schuldeiser en de houder van een pand op de handelszaak. Het volgrecht van de pandhoudende schuldeiser is evenwel niet zo sterk. Het slaat enkel op grondstoffen, materieel en gereedschappen die zonder zijn toestemming werden verplaatst (art. 11, II, W. 25 oktober 1919) en op de handelszaak in haar geheel. Het volgrecht kan niet uitgeoefend worden op individuele onlichamelijke roerende goederen, die deel uitmaken van de handelszaak (Cass., 21 oktober 1999, *R.W.*, 2000-2001, 341). Slechts indien er geen volgrecht is, kan, volgens de traditionele leer, zakelijke subrogatie toegepast worden.

inzake opschorting wordt gerealiseerd, dezelfde zijn als in het gemeen recht, zodat het gemeenrechtelijke koopverkooprecht toepassing vindt²⁶². Dit impliceert onder meer dat de verkoper vrijwaring voor uitwinning verschuldigd is, zoals voorzien in art. 1626 B.W. Om het inroepen van deze vrijwaring te vermijden, dient de commissaris inzake opschorting, de overgedragen activabestanden vrij, zuiver en onbelast te leveren. Minstens moet geleverd worden “voor vrij, zuiver en onbelast”, wat impliceert dat de commissaris er voordien moet van verzekerd zijn dat hij, na overdracht, de zuivering zal kunnen bekomen.

Hoger hebben wij al gesteld dat het gerechtelijk akkoord niets afdoet aan de voorrechten²⁶³. Dit is althans zo in de fase van voorlopige opschorting. In de fase van de definitieve opschorting daarentegen, kunnen de voorrechten gemoduleerd worden, mits het herstelplan, dat hierin voorziet, werd goedgekeurd²⁶⁴. Ook de auteurs die verdedigen dat het gerechtelijk akkoord een bijzonder geval is van samenloop, komen tot de bevinding, dat deze zakelijke zekerheidsrechten moeten toegepast worden, op het ogenblik dat aan het onderpand wordt geraakt²⁶⁵. Hetzelfde geldt bij een collectieve schuldenregeling, die, zoals het gerechtelijk akkoord, een saneringsprocedure is. Zolang slechts inkomsten worden verdeeld, gelden de voorrechten niet. Zodra actief wordt verkocht, moet rekening gehouden worden met de wettelijke redenen van voorrang²⁶⁶.

Tenslotte staat vast dat de verkoop door de commissaris inzake opschorting, niet tot gevolg heeft dat een rangregeling moet worden opgesteld of een procedure van evenredige verdeling moet worden toegepast.

Als aan sommige verkopen van onroerende goederen zuiverende werking wordt toegekend, kadert dit in een uitdrukkelijke wetsbepaling, die een procedure van rangregeling – met mogelijkheid tot tegenspraak van de berokken schuldeisers - toepasselijk maakt. Het voornaamste toepassingsgeval is art. 1639 Ger. W., voor het geval van toewijzing van een onroerend goed in het raam van een uitwinning na uitvoerend beslag. Andere toepassingen zijn de gevallen van verkoop bedoeld in art. 1326 Ger. W. (bepaalde verkopen ten opzichte van de Vrederechter, veiling om uit onverdeeldheid te treden, openbare en onderhandse verkoop na faillissement)²⁶⁷.

Indien, buiten deze gevallen, een onroerend goed verkocht wordt, zelfs met machtiging van een Rechtbank, heeft deze verkoop echter van rechtswege geen zuiverende werking. Dit geldt o.m. voor de tegeldemaking van onroerende goederen in een minnelijke aanzuiveringregeling, in het raam van een collectieve schuldenregeling. In tegenstelling tot de gerechtelijke aanzuiveringregeling met kwijtschelding van schulden, heeft de minnelijke aanzuiveringregeling geen ‘zuiverende’ werking. Er is geen overwijzing op de prijs met toepassing van art. 1639 e.v. Ger. W., want de verkoop is

²⁶² zie LEUNEN, Ch.-A., “Het notariaat en het vernieuwde recht van de ondernemingen in moeilijkheden : een overzicht”, in X., *Zekerheden, beslag en faillissementsrecht in de notariële praktijk*, 1998, 10; VEROUGSTRAETE, I. e.a., *Manuel de la faillite et du concordat*, 1998, p. 148, nr. 235

²⁶³ DIRIX, E., “Schuldeisers en hun zekerheidsrechten”, *I.c.*, nr. 10, p. 375, met verwijzing naar de voorbereidende werken.

²⁶⁴ DEWILDE, A. en SAGAERT, V., “Collectieve saneringsprocedures en zakelijke zekerheidsrechten”, *R.W.*, 2000-2001, p. 914 – 916.

²⁶⁵ DEWILDE, A. EN SAGAERT, V., *I.c.*

²⁶⁶ Cass. (verenigde kamers), 31 mei 2001, *R.W.* 2001-2002, p. 596 e.v., met noot DE WILDE, A., “Gelijkheidsbeginsel en de voorrechten in de collectieve schuldenregeling”.

²⁶⁷ o.m. DIRIX en DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, nr. 733, p. 479-480.

geen gedwongen verkoop en is er evenmin mee gelijkgesteld. Ten aanzien van de koper, dient er evenwel verkocht te worden voor 'vrij, zuiver en onbelast', dit wil zeggen dat het onroerend goed vrij moet zijn van bezwarende over- en inschrijvingen en kantmeldingen. Aangezien de verkoop in de minnelijke aanzuiveringregeling geen 'zuiverende werking' heeft, kan de doorhaling enkel gebeuren op grond van het gemeen recht, dit zijn art. 92 e.v. Hyp. W²⁶⁸. Een zuivering buiten de voorwaarden van de hypotheekwet is niet mogelijk²⁶⁹.

Ook voor de roerende componenten, die in de overdracht van een gedeelte van onderneming zijn begrepen, zijn de artikelen 1627 e.v. niet van toepassing. Evenmin is er een bijzondere vereffeningprocedure voorzien, zodat de rechtsleer vrij algemeen besluit dat de commissaris inzake opschorting geen vereffenaar van een vermogen is en dus niet bevoegd om tot evenredige verdeling van de gelden onder schuldeisers over te gaan²⁷⁰.

Om al deze redenen, wordt in de rechtsleer doorgaans gesteld dat de commissaris inzake opschorting, vóór hij de overdracht realiseert, in onderhandelingen dient te treden met de bijzonder bevoorrechte schuldeisers, die beschikken over een volgrecht. Hij dient immers hun akkoord te bekomen, dat handlichting zal worden gegeven²⁷¹.

In twee vonnissen heeft de Rechtbank van Koophandel te Brugge, nochtans gesteld dat dergelijk akkoord tot handlichting van de pandhouder op de handelszaak (tweede vonnis) of de hypothecaire schuldeiser (eerste vonnis) niet nodig is²⁷². Beide vonnissen werden uitgesproken nadat het gerechtelijk akkoord beëindigd was en de ondernemer was failliet verklaard. De vonnissen zijn vrij gelijklopend en wij halen de motivering van het tweede vonnis²⁷³ in extenso aan:

"De overdracht van een deel van de onderneming...kan niet beschouwd worden als een vrije verkoop waarop alle regels van het burgerlijk recht nopens de koop van toepassing zijn. Het is een rechtsfiguur sui generis waarbij de overdracht van de onderneming en de deel uitmakende onderdelen geschiedt volgens eigen regels voorzien in de wet op het gerechtelijk akkoord van 17 juli 1997, op verzoek van de commissaris inzake opschorting onder toezicht van de rechtbank van koophandel en na machtiging door deze laatste.

²⁶⁸ ENGELS, "De tegeldemaking van de onroerende goederen in het raam van een collectieve schuldenregeling", *R.W.* 2001-2002, p. 577 e.v., inz. p. 581 nr. 11 en p. 581, nr. 12 ; zie ook: Besl. Brussel, 10 maart 2000, *R.W.* 2000-2001, 630, met noot MICHIELS, D., "Praktijkoplossingen inzake verkoop van onroerend goed bij collectieve schuldenregeling".

²⁶⁹CUYPERS, A., "Kredieten en zekerheden bij faillissement en gerechtelijk akkoord", in X., *Voorrechten en hypotheeken : grondige studies 4*, 1998, 84

²⁷⁰ onder meer: VAN BUGGENHOUT, C., "Vereffening van vennootschappen: aanrekening van schulden", *R.W.*, 2001-2002, p. 469.

²⁷¹ VAN BUGGENHOUT, C., Kanttekeningen bij de wetten betreffende het gerechtelijk akkoord en het faillissement, *R.W.*, 1997-98, 453, die wijst op de noodzaak van een voorafgaande raadpleging van pandhoudende en/of hypothecaire schuldeisers; DIRIX, "De positie van schuldeisers en hun zekerheidsrechten", *I.c.*, nr. 23, p. 384: "Deze schuldeisers zullen bij de onderhandelingen die leiden tot de overdracht moeten gekend worden met het oog op het verlenen van handlichting"; COUSY, H. en DIRIX, E., "Continuïteit van de onderneming in moeilijkheden", *T.P.R.*, 1998, 1245.

²⁷² Kh. Brugge, 16 mei 2001, volgnummer A/00/02539, niet gepubliceerd; Kh. Brugge, 6 februari 2002, *R.W.*, 2002-2003, 791.

²⁷³ Kh. Brugge, 6 februari 2002, *I.c.*

Het is geen vrijwillige verkoping omdat de schuldenaar, eigenaar van de onderneming hiervoor geen toestemming moet geven en de overdracht zelfs kan beslist worden tegen zijn wil in. Het is evenmin een verkoop na openbaar opbod vermits niet overgedragen wordt aan wie de hoogste prijs biedt en de bekomen prijs uiteindelijk niet doorslaggevend is bij de beoordeling van de verschillende voorstellen. Weliswaar moet de voorgenomen overdracht de terugbetaling van de schuldeisers dienen en moet de commissaris inzake opschorting uitdrukkelijk rekening houden met de rechtmatige belangen van de schuldeisers, maar de wetgever achtte het veel belangrijker dat de voorgenomen overdracht een economische activiteit en tewerkstelling zou waarborgen. Om dezelfde redenen behoeft de commissaris inzake opschorting niet de instemming van de pandhoudende schuldeiseres en kan de overdracht geschieden zonder diens instemming. Weliswaar zal de commissaris inzake opschorting wel de pandhoudende schuldeiseres moeten informeren nopens de voorgenomen overdracht en dient hij te waken over de rechtmatige belangen van de schuldeisers. De pandhoudende schuldeiseres kan wanneer ze meent dat de overdracht haar belangen schaadt verzet aantekenen tegen de voorgenomen overdracht. Ook kan de commissaris inzake opschorting teneinde te vermijden dat het voorrecht van de pandhoudende schuldeiseres zou teloor gaan (verg. I. Veroughstraete, Manuel de la faillite et du concordat, uitg. 1998, nr. 272 in fine), met de pandhoudende schuldeiser onderhandelen of evenwaardige zekerheden geven. Aldus gaat het volgrecht van de pandhoudende schuldeisers door de goedgekeurde overdracht ...teloor (...). Maar gaat het recht van deze bijzonder bevoorrechte schuldeiser daarentegen over op de prijs (verg. De Page, H., Traité, T. VII (uitg. 1943) nr. 844)".

De rechtbank beschouwt de verkoop door de commissaris inzake opschorting dus als een verkoop onder gerechtelijk toezicht, die van rechtswege de zuivering inhoudt, met behoud van de rechten van de bijzonder bevoorrechte schuldeisers op de prijs²⁷⁴.

60. Art. 442bis W.I.B. is niet toepasselijk op de overdracht van onderneming door een commissaris inzake opschorting²⁷⁵.

De vereffenaar en de faillissementscurator

61. Zoals voor de instandhouding van onderneming, bespreken wij de overdracht van onderneming door een faillissementscurator en een vereffenaar naast elkaar.

Curator	Vereffenaar
<i>Procedure – de regel</i>	<i>Procedure – de regel</i>
De faillissementscurator dient de wijze van vereffening van het actief, en dus ook de eventuele overdracht, te bespreken met	De vereffenaar heeft geen bijzondere machtigingen nodig en kan onmiddellijk overgaan tot overdracht.

²⁷⁴ Wij onthouden ons van verdere commentaar, omdat het tweede vonnis nog niet in kracht van gewijsde is getreden.

²⁷⁵ Voor een kritiek hierop: VAN BUGGENHOUT, C., "Vereffening van vennootschappen: aanrekening van schulden", *R.W.*, 2000-2001, p. 469.

Curator	Vereffenaar
<p>de gefailleerde (art. 65 Faill. W.). De gefailleerde moet in dit verband ook gehoord worden door de rechter-commissaris (art. 75§1 Faill. W.). Doorgaans wordt de gefailleerde hiertoe op initiatief van de curator opgeroepen, in hetzelfde exploit als dit waarmee het faillissementsvonnis wordt betekend. Het horen van de gefailleerde gaat dan door, onmiddellijk na de sluiting van het proces-verbaal van nazicht.</p> <p>Pas van dan af aan kan de curator en dan nog mits machtiging van de Rechtbank van Koophandel, die andermaal de gefailleerde en de rechter-commissaris hoort, tot overdracht overgaan (art. 75§2 Faill. W.). Er is geen beletsel dat deze machtiging gevraagd wordt, vóór het proces-verbaal van nazicht is afgesloten. Uit de tekst van art. 75§2 leidt men doorgaans af dat de machtiging echter pas nadien kan worden verleend.</p> <p>De termijn houdt verband met de vervaltermijn, die is ingesteld voor het terugvorderingsrecht (art. 101 Faill. W.). Facultatief kunnen de curators ook aan de Rechtbank bekrachtiging vragen van een overdracht van een onderneming in werking (art. 75§4).</p>	
<i>Procedure – de onroerende goederen</i>	<i>Procedure – de onroerende goederen</i>
<p>De materie is geregeld door art. 100 Faill. W. en de artikelen 1190 e.v. Ger. Wb. De curator dient machtiging te bekomen van de rechter-commissaris, die tevens de notaris aanwijst (art. 1190 Ger. W.). In principe moet openbaar worden verkocht (art. 1193 Ger. W.). Toelating kan bekomen worden van de rechtbank van koophandel om onderhands te verkopen, indien het belang van de boedel dit vereist. De ontwerpkte wordt voorgelegd, samen met een schattingsverslag en hypothecaire staat. De gefailleerde en de ingeschreven schuldeisers worden opgeroepen en de rechter-commissaris geeft advies (art. 1193 ter. B.W.).</p>	<p>De vereffenaar dient bijzondere machtiging te bekomen van de algemene vergadering, om de onroerende goederen onderhands te verkopen.</p>
<i>Procedure – de uitzondering</i>	<i>Procedure – geen uitzondering</i>

Curator	Vereffenaar
Art. 49 Faill. W. laat de curator toe, met machtiging van de rechter-commissaris, dadelijk over te gaan tot de verkoop van activa die aan snelle waardevermindering onderhevig zijn. De meeste rechtbanken van koophandel nemen aan dat deze bepaling ook toegepast kan worden op de verkoop van een handelszaak of van een (gedeelte) van een onderneming ²⁷⁶ .	
<i>Lopende overeenkomsten</i>	<i>Lopende overeenkomsten</i>
De problematiek i.v.m. overdracht van overeenkomsten is dezelfde als bij overdracht in andere stelsels.	De problematiek i.v.m. overdracht van overeenkomsten is dezelfde als bij overdracht in andere stelsels.
<i>Lopende arbeidsovereenkomsten</i>	<i>Lopende arbeidsovereenkomsten</i>
De CAO 32 bis, hoofdstuk III is van toepassing. Vermits de curatoren doorgaans het personeel ontslaan en opnieuw in dienst nemen met overeenkomsten van bepaalde duur, kan te weinig toepassing gemaakt worden van deze bepaling.	De C.A.O. 32 bis, hoofdstuk II, is van toepassing.
<i>Lopende overeenkomsten en fusie</i>	<i>Lopende overeenkomsten en fusie</i>
De curator kan het vermogen van de gefailleerde vennootschap – dus ook de rechten en verplichtingen verbonden aan lopende overeenkomsten – als geheel laten overgaan in het raam van een fusieoperatie. Op hem rusten in dat geval dezelfde verplichtingen als op de raad van bestuur en de algemene vergadering (art. 681 Venn. W.).	De vereffenaar kan het vermogen van de ontbonden vennootschap – dus ook de rechten en verplichtingen verbonden aan lopende overeenkomsten – als geheel laten overgaan in het raam van een fusieoperatie. Op hem rusten in dat geval dezelfde verplichtingen als op de raad van bestuur. De algemene vergadering blijft bevoegd om de beslissing tot fusie te nemen (art. 681 Venn. W.).
<i>Rechten bijzonder bevoorrechte schuldeisers en schuldeisers met een zakelijk zekerheidsrecht</i>	<i>Rechten bijzonder bevoorrechte schuldeisers en schuldeisers met zakelijk zekerheidsrecht</i>

²⁷⁶ Art. 75§4 verhindert dit o.i. niet. Art. 75§4 is facultatief en beoogt enkel een bekrachtiging van een overdracht van onderneming, zodat alle belanghebbenden, ook na sluiting van het faillissement, zich op de voorwaarden verbonden aan deze overdracht kunnen beroepen. Er is geen beletsel deze bepaling ook toe te passen, indien de curator machtiging bekwam van de rechter-commissaris, in het raam van art. 49 Faill. W. om tot dergelijke overdracht over te gaan. Contra: VAN BUGGENHOUT, C., "Het beleid van de rechter in de overdracht van de onderneming in moeilijkheden", *T.B.H.*, 2001, nr. 10, p. 76-77.

Curator	Vereffenaar
De verkochte activabestanddelen worden gezuiverd. Bij verkoop van een onroerend goed dient een rangregeling te worden opgesteld, door de tussenkomenende notaris. Dit geldt zowel bij openbare (art. 1326 Ger. W. en 1621 Ger. W.), als bij onderhandse verkoop (art. 1193 ter, 4 ^{de} alinea en art. 1326, 2 ^{de} alinea Ger. W.). Bij verkoop van een handelszaak treedt de curator doorgaans op als pandverzilveraar, in akkoord met de pandhoudende schuldeiser ²⁷⁷ . Hij kan ook door de voorzitter worden aangesteld ²⁷⁸ . Is er geen dergelijk akkoord, noch een beschikking van de voorzitter dan treedt hij op, bij stilzitten van de pandhouder krachtens de algemene bepaling van art. 16 en 75 §1 Faill. W. ²⁷⁹ De opbrengst van de realisatie van de handelszaak, wordt vereffend door de curator als een sub-boedel ²⁸⁰ . De rechten van de pandhouder zijn op de verkoopprijs overgegaan ²⁸¹ .	De verkochte activabestanddelen worden niet gezuiverd. De vereffenaar zal dus de instemming van deze categorieën van schuldeisers nodig hebben en met hen afspreken onder welke voorwaarden zij bereid zullen worden gevonden om handlichting te geven ²⁸² .
<i>Art. 442 bis W.I.B.</i>	<i>Art. 442 bis W.I.B.</i>
Art. 442bis W.I.B. is niet toepasselijk.	Art. 442 bis W.I.B. is wel toepasselijk.
<i>Kwijting – aansprakelijkheid</i>	<i>Kwijting – aansprakelijkheid</i>
Bij elke uitdeling die hij verricht op bevel of met toestemming van de rechter-commissaris, bekomt de curator kwijting (art. 77 Faill. W.). Finaal bekomt hij kwijting van de rechtbank (art. 80 Faill. W.), nadat zijn rekeningen zijn goedgekeurd. Eens de rekening is goedgekeurd, kan er niet meer worden op teruggekomen door een individuele schuldeiser.	De kwijting die de vereffenaar bekomt van de algemene vergadering, beschermt hem niet tegen aanspraken van schuldeisers.

²⁷⁷ CUYPERS, A., "Wet 25 oktober 1919", in *Commentaar voorrechten en hypotheke*, nr. 79, p. 101; Kh. Brugge, 2 juni 1999, *T.W.V.R.*, 2000, 128.

²⁷⁸ DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, nr. 511, p. 337.

²⁷⁹ DIRIX, E. en DE CORTE, R., o.c., nr. 512, p. 337-338 ; vgl bijvoorbeeld ook: Antwerpen, 18 november 1996, *R.W.*, 1997-1998, 952.

²⁸⁰ DIRIX, E. en DE CORTE, R., o.c., nr. 513, p. 338.

²⁸¹ Cass., 18 december 1970, *R.W.*, 1970-1971, 1756.

²⁸² VAN BUGGENHOUT, C., "Vereffening van vennootschappen: aanrekening van schulden", *R.W.*, 2000-2001, p. 468.

62 De procedure die een faillissementscurator moet volgen om de overdracht van een onderneming te realiseren, lijkt een stuk zwaarder dan deze van toepassing op de vereffenaar. Daartegenover staat dat de gevolgen van de overdracht gerealiseerd door een faillissementscurator duidelijker zijn, inzonderheid wat de positie van de bijzonder bevoorrechte schuldeisers met volgrecht betreft. De faillissementscurator loopt, dankzij de duidelijker procedurevoorschriften i.v.m. de rangregeling en de eindrekeningen, ook beduidend minder risico om later aansprakelijk te worden gesteld.

Verbanden en overgangen tussen de verschillende stelsels van bewindvoering

Algemeen

63. In het algemeen besteedt de rechtsleer vooral aandacht aan opeenvolgende situaties van *samenloop*²⁸³. Indien situaties van 'grote' samenloop *naadloos*²⁸⁴ elkaar opvolgen, aanvaardt men een doorwerking in de opvolgende samenloopsituatie, van de gevolgen van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel en het fixatiebeginsel, die in werking traden bij de eerste samenloopsituatie. De overige aspecten moeten geval per geval bekeken worden. Doorgaans zullen de boedelschulden, ontstaan in de eerste situatie van samenloop, geen boedelschulden zijn in de daaropvolgende²⁸⁵.

Voor het overige kwamen de meeste verbanden en overgangen tussen de verschillende stelsels van bewindvoering reeds voordien ter sprake. Hierna overlopen wij in het kort nog even enkele verbanden en overgangen.

De pandverzilveraar van de handelszaak

64. Het beslag op de handelszaak, noch de inwerkingstelling van een pandverzilveraar beletten, dat de ondernemer onder bewind wordt geplaatst, in vereffening wordt gesteld, een gerechtelijk akkoord bekomt of failliet wordt verklaard.

Faillissement na aanvang van uitwinning door de pandhoudende schuldeiser, komt veelvuldig voor. Ontneming van beheer zal zelden voorkomen, vermits reeds een bewindvoerder is aangesteld, van wie de voorzitter van de rechtbank van koophandel informatie zal bekomen.

²⁸³ Voor een samenvatting: DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, nrs. 84 –85, p. 70-72.

²⁸⁴ DIRIX, E. en DE CORTE, R., *o.c.*, *l.c.*

²⁸⁵ Antwerpen, 22 april 1996, *R.W.*, 1996-1997, 712, met noot DIRIX, E., "Boedelschulden en opeenvolging van situaties van samenloop"; zie hierover ook de bedenkingen van VAN BUGGENHOUT, C., "Vereffening van vennootschappen: aanrekening van schulden", *l.c.*, p. 471.

65. De invereffeningstelling van een vennootschap, belet niet dat de pandverzilveraar de handelszaak realiseert. Het faillissement, belet dit tijdelijk. Het is bovendien vrij gebruikelijk dat dezelfde persoon als pandverzilveraar en als curator wordt aangesteld, zodat zich op dit vlak weinig conflicten voordoen. Tijdens de voorlopige opschorting, zal de pandverzilveraar zijn werkzaamheden moeten schorsen.

Voorlopig bewindvoerder in het raam van art. 8 Faill. W.

66. Voorlopig bewind belet niet dat alsnog beslag wordt gelegd op de handelszaak, noch dat een pandverzilveraar wordt aangesteld. Faillissement van degene aan wie het beheer werd ontnomen, zal eer regel dan uitzondering zijn. Een gerechtelijk akkoord kan, maar is theoretisch. Theoretisch zou een ondernemer-rechtspersoon, die onder voorlopig bewind geplaatst werd, ook in vereffening kunnen worden gesteld. Bij faillissement eindigt het mandaat van de voorlopig bewindvoerder evenals bij gerechtelijk akkoord. De aanstelling van een pandverzilveraar of van een vereffenaar heeft geen invloed op de opdracht van de voorlopig bewindvoerder.

67. Ereloon en kosten van de bewindvoerder zijn boedelschulden in een opvolgend faillissement. Wij verdedigen dat deze regel moet doorgetrokken worden, tot de kosten die gemaakt werden door de voorlopig bewindvoerder, in het raam van zijn beheer.

De vereffenaar

68. Vereffening belet niet dat nog een pandverzilveraar wordt aangesteld en belet evenmin de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder. Een ontbonden vennootschap kan geen gerechtelijk akkoord bekomen. Door de vennootschap te ontbinden werd immers reeds tot discontinuïteit van de rechtspersoon beslist. Een vennootschap in vereffening kan zonder twijfel wel failliet worden verklaard en dit tot zes maanden na de sluiting van de vereffening. Dit volgt niet alleen uit de cassatierechtspraak van 17 juni 1994²⁸⁶, maar vooral uit de niet mis te verstane bepaling van art. 2 Faill. W. Men neemt aan dat, ook voor vennootschappen in vereffening, het voorhanden zijn van de faillissementsvoorwaarden moet worden beoordeeld op datum van de uitspraak²⁸⁷. Deze faillissementsvoorwaarden moeten evenwel anders worden ingevuld. Van een staking van betaling zal maar sprake zijn, als de vereffenaar de vaststaande en opeisbare schulden niet betaalt, om andere redenen dan omwille van het gelijkheidsprincipe onder de schuldeisers. Wankelen van het krediet zal aanwezig zijn, als er een algemene weigering van de schuldeisers bestaat om elk verder krediet aan de vereffening te verstrekken²⁸⁸. Dit wankelen van

²⁸⁶ zie supra: voetnoot nr. 58.

²⁸⁷ TROCH, K., "Het tijdstip van de beoordeling van de faillissementsvoorwaarden ten aanzien van een vennootschap in vereffening", *R.W.*, 1996-1997, p. 1041 e.v.

²⁸⁸Cass., 6 maart 2003, *T.R.V.*, 2003,413, met conclusie Advocaat-Generaal T. WERQUIN; *J.T.*, 2003, 598; zie ook: Gent, 16 juni 2003, *R.W.*, 2003-2004, 188, met noot; Brussel, 2 oktober 2001, *R.W.*, 2002-2003, 1182, met noot; Gent, 19 juni 1997, *T.B.H.*, 1997, 609; Luik, 16 maart 2000, *DAOR*, 2001, nr. 57, p. 65; Kh. Brugge, 21 februari 2001, *T.W.V.R.*, 2001, 41; Kh.

het krediet wordt doorgaans afgeleid uit een wantrouwen in de bekwaamheid en oprechtheid van de vereffenaar.

De commissaris inzake opschorting

69. Het gerechtelijk akkoord kan gevolgd worden door een faillissement of door een vereffening. Op de daartoe voorziene tijdstippen, is de rechtbank niet verplicht het faillissement uit te spreken. Dit is een faculteit²⁸⁹. De wet laat expliciet toe dat aan de algemene vergadering de kans wordt gegeven om eventueel tot ontbinding van de vennootschap te beslissen. Ontneming van beheer is praktisch uitgesloten tijdens de voorlopige opschorting. De pandverzilveaar zal in die periode ook niet kunnen realiseren.

70. Over de toepassing van art. 44 W. Ger. Akk. i.v.m. de boedelschulden in een navolgend faillissement, is het laatste woord nog niet gezegd. Uit tekstanalyse en de regel dat preferentiële rechten restrictief moeten worden geïnterpreteerd, wordt doorgaans afgeleid dat de nieuwe schulden gemaakt tijdens de voorlopige opschorting "met medewerking, machtiging of bijstand van de commissaris inzake opschorting", slechts boedelschulden kunnen zijn in het faillissement dat er naadloos op aansluit²⁹⁰. In het boven geciteerd vonnis oordeelde de rechtbank van koophandel te Brugge²⁹¹ nochtans dat het volstaat dat het faillissement wordt uitgesproken als gevolg van de mislukking van het gerechtelijk akkoord, ongeacht het gegeven dat het faillissement niet onmiddellijk na het einde van het gerechtelijk akkoord was uitgesproken.

Ook in verband met de rang die deze boedelschulden zullen innemen, t.a.v. bijzonder bevoorrechte vorderingen, is nog onduidelijkheid. De rechtbanken van koophandel te Turnhout²⁹² en te Brugge²⁹³, menen dat deze boedelschulden slechts aan de vorderingen van separatisten voorgaan als deze schulden nuttig waren voor de instandhouding en realisatie van de overgedragen activa, waarop het zekerheidsrecht betrekking heeft. De situatie kan zich voordoen, als het faillissement quasi onmiddellijk volgt op de overdracht van onderneming en de commissaris inzake opschorting, de opbrengst niet heeft uitbetaald. Indien bepaalde schulden, die gemaakt werden tijdens de voorlopige opschorting, in die periode niet betaald zijn, kan dit echter op twee zaken wijzen. Ofwel worden de vorderingen die ontstaan zijn tijdens het gerechtelijk akkoord, als gevolg van de voortzetting van de activiteit, pas na het faillissement geïnd. Ofwel was het gerechtelijk akkoord deficitair. In het eerste geval, komt het ons voor dat deze

Brugge, 17 december 1997, *R.W.*, 1999-2000, 683; vergelijk: Kh. Bergen, 8 maart 2001, *T.R.V.*, 2001, 505, met noot LOOSVELD, S., "De beoordeling van de faillissementsvoorwaarden in geval van een vennootschap in vereffening"; Kh. Bergen, 12 december 2001, *J.T.*, 2002, 841.

²⁸⁹ VEROUGHSTRAETE, I., *Manuel de la faillite en du concordat*, nr. 308, p. 207.

²⁹⁰ ZENNER, *Faillite et concordats, Chronique de jurisprudence*, nr. 166, p. 116; TISON, "Verloop van en afwikkeling van het gerechtelijk akkoord en het faillissement", in BRAECKMANS, DIRIX en WYMEERSCH (ed.), *Het faillissement en het gerechtelijk akkoord, Het nieuwe recht*, nr. 70, p. 60-61; DIRIX, "Positie van schuldeisers en hun zekerheidsrechten", in BRAECKMANS e.a., o.c., nr. 16, p. 379; GEINGER, H., "Twee jaar nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord", *I.c.*, nr. 47; Kh. Namen, 18 december 2001, *T.B.H.*, 2002, 480.

²⁹¹ Kh. Brugge, 6 februari 2002, *R.W.*, 2002-2003, 791.

²⁹² Kh. Turnhout, 26 juni 2001, *R.W.*, 2001-2002, 420, met noot.

²⁹³ Kh. Brugge, 6 februari 2002, geciteerd.

bijzondere boedelschulden in eerste instantie moeten worden betaald uit de opbrengst van vorderingen, die worden geïnd na faillissement en niet op de realisatieprijs van een met pand of hypotheek belast vermogensbestanddeel, die in een bijzondere boedel valt. In de tweede hypothese, is het de vraag welk voordeel, in het bijzonder de pandhoudende of de hypothecaire schuldeiser uit de voortzetting van de activiteiten onder gerechtelijk akkoord heeft gehaald. Bij veronderstelling is de handelszaak immers tijdens het gerechtelijk akkoord uitgehold. In het algemeen stelt zich trouwens de vraag, welk voordeel de pandhoudende en hypothecaire schuldeiser halen uit een overdracht van onderneming, aan prijzen die niet eens hoger zijn dan deze, die bij een openbare verkoop voor de individuele bestanddelen zouden zijn behaald.

De faillissementscurator

71. Het faillissement is niet steeds een eindpunt. De gefailleerde vennootschap kan, tot vandaag, theoretisch nog herleven als ze verschoonbaar wordt verklaard. Indien de verschoonbaarheid niet wordt toegestaan, wat de regel is, behoudt de vennootschap enkel nog passieve rechtspersoonlijkheid, zoals hoger uiteengezet²⁹⁴.

Slotbedenkingen

72. Wij willen besluiten met enkele bedenkingen.

1) In alle besproken stelsels van bewindvoering is een instandhouding van de onderneming mogelijk. De instandhouding is het eenvoudigst in het raam van een gerechtelijk akkoord, omdat dit stelsel specifiek gericht is op continuïteit. Alhoewel de bewindvoering bij toepassing van art. 8 Faill. W. ook, in principe, continuïteit veronderstelt, is dit hoofdstuk wetgevend al te summier behandeld. Er zijn nochtans redenen om voor te houden dat de ontneming van beheer een vorm van samenloop impliceert. Vanuit het standpunt van de voorlopige bewindvoerder hebben de gevolgen van de samenloop, meer dan voor een commissaris inzake opschorting, een toegevoegde waarde. De overige stelsels impliceren doorgaans discontinuïteit zowel van de ondernemer-rechtspersoon, als van de onderneming. Deze stelsels zijn gericht op een optimale vermogensvereffening, waarin een instandhouding van onderneming niet steeds past.

2) De last van het instandhouden van een onderneming onder een stelsel van bewindvoering wordt afgewenteld op de schuldeisers van de onderneming, indien deze instandhouding deficitair is. Ongeacht de vraag welke schuldeisers (de bijzonder bevoorrechte of de nieuwe) nu deze last moeten dragen, lijkt dit gevolg maatschappelijk en economisch slechts uitzonderlijk te verdedigen. Deficitaire instandhouding van een onderneming, moet dan ook strikt beperkt worden²⁹⁵.

²⁹⁴ Zie voetnoot 108.

²⁹⁵ Vgl. Kh. Ieper, 24 oktober 2001, *T.R.V.*, 2002, 68: "Het gerechtelijk akkoord mag er niet toe leiden dat de normale marktmechanismen worden verstoord door, langs gerechtelijke beslissingen om, ondernemingen kunstmatig in de markt te houden."

3) Alle besproken stelsels, met uitzondering van de ontneming van beheer, of zij nu gericht zijn op continuïteit of discontinuïteit, leiden frequent tot een overdracht van (een gedeelte van) de onderneming. Een gerechtelijk akkoord, blijkt dus doorgaans ook niet te leiden tot een behoud van de ondernemer aan het hoofd van zijn gesaneerde onderneming. Bij een overdracht van onderneming, door een commissaris inzake opschorting, is er *de facto* een overgang van een saneringsbewind, naar een vereffeningbewind. Hier ontbreekt echter een wettelijke regeling om de vereffening ordentelijk en met respect voor de rechten van de schuldeisers te laten verlopen.

4) Een overdracht van onderneming, binnen het raam van een faillissement, biedt technisch het meest zekerheid voor de bewindvoerder, de overnemer en de schuldeisers. Keerzijde van de medaille is het stigma dat kleef aan het faillissement en de zware procedurevoorschriften, in verband met de realisatie van activa. Deze procedurevoorschriften getuigen van een 'formeel' wantrouwen ten aanzien van de curator, alhoewel deze met de meeste zorg wordt geselecteerd, beëdigd is en, in het algemeen, werkt onder toezicht van een rechter-commissaris en de rechtbank van koophandel zelf.

5) Er is ons inziens geen reden om twee stelsels van 'grote samenloop', te weten de vereffening en het faillissement, *per se*, te behouden. De stelsels zijn sterk naar elkaar toegegroeid en hebben beide voor- en nadelen: de vereffening is soepeler, maar weinig gecontroleerd en onzeker; het faillissement is stroef, maar sterk gecontroleerd en biedt meer zekerheid. Ook omwille van het stigma dat aan 'het faillissement' kleeft, is een unieke regeling van gecontroleerde gerechtelijke vereffening denkbaar, ongeacht of deze vereffening al dan niet deficitair is. Dergelijke regeling veronderstelt vooral dat de bewindvoerder die wordt aangesteld neutraal is en professioneel bekwaam en dat flexibiliteit en controle in evenwicht zijn.

Brugge, 18 juni 2002

Rik CRIVITS – advocaat Crivits & Persyn