
HOF VAN BEROEP GENT 30 JUNI 2003

FAILLISSEMENT

Voorwaarden – Faillissement van een vennootschap in vereffening – Vorderingsrecht van de Procureur des Konings – Geen automatisme tussen deficitairereffening en faillissement – Afwezigheid van onregelmatigheden voor en tijdens de vereffening – Stilzitten van de schuldeisers – Geen bewijs van gebrek aan vertrouwen

Het openbaar ministerie put zijn recht om te dagvaarden in faillietverklaring en zijn opdracht uit artikel 6 Faill.W. en beslist soeverein over de opportuniteit van het instellen van een faillissementsvordering op basis van een bijzonder eigen recht.

Bij het beoordelen van de voorwaarden tot faillissement van een vennootschap in vereffening dient rekening te worden gehouden met de specifieke situatie van de vereffening. Om de staking van betaling te beoordelen m.b.t. een vennootschap in vereffening dient bewezen te worden dat het onbetaald blijven van een schuld niet het gevolg is van de toepassing van artikel 190 W.Venn. maar te wijten is aan het niet diligent uitvoeren door de vereffenaar van zijn opdrachten. Het geschokt zijn van het krediet moet worden omschreven als het gebrek aan vertrouwen vanwege de schuldeisers in de organisatie en het verloop van de vereffeningswerkzaamheden. De bewijslast van dit gebrek aan vertrouwen ligt bij de eisende partij die aanstuurt op een faillissement.

**Mrs. Ch. Van Buggenhout en P. Balcaen q.q./O.M. en Mr. L. D'Hooghe q.q.
Zet.: H. Debuquoy (voorzitter), F. Deschoolmeester en G. Vanderstichele (raadsheren)
Pl.: Mrs. I. Van de Mierop, J. De Vos en adv.gen. L. De Smet**

(...)

velt het hof volgend arrest:

1. Partijen werden gehoord ter openbare terechtzitting van 16 juni 2003 in hun middelen en conclusies, alsook werden de stukken ingezien. De vrijwillig tussenkomende partij Eric Verbruggen is niet verschenen.

Bij verzoekschrift, neergelegd op 11 juli 2002 ter griffie van het hof, heeft appellante tijdig en regelmatig naar vorm hoger beroep ingesteld tegen het vonnis d.d. 27 juni 2002, tussen partijen op tegenspraak gewezen door de vierde kamer van de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde, Afdeling Dendermonde (AR 558/2002). Een exploit van betekening ligt niet voor.

Feiten en procedure in eerste aanleg

2. De NV Samko Automation werd in vereffening gesteld bij beslissing van de algemene vergadering van aandeelhouders

FAILLITE

Conditions – Faillite d'une société en liquidation – Droit à l'action du procureur du Roi – Pas d'automatisme entre une liquidation déficitaire et la faillite – Absence d'irrégularités avant et après la mise en liquidation – Inaction des créanciers – Pas de preuve d'un manque de confiance

Le droit du ministère public de citer en faillite ainsi que sa mission trouvent leur fondement dans l'article 6 L.Faill. Le ministère public décide souverainement de l'opportunité de l'introduction d'une demande en faillite sur la base d'un droit propre spécifique.

Dans l'appréciation des conditions de la faillite d'une société en liquidation, il faut tenir compte de la situation spécifique de la liquidation. L'état de cessation des paiements d'une société en liquidation, suppose qu'il soit démontré que le non-paiement des dettes ne soit pas la conséquence de l'application de l'article 190 Code des sociétés, mais est du au manque de diligence du liquidateur dans l'accomplissement de ses tâches. L'ébranlement du crédit doit être décrit comme le défaut de confiance des créanciers dans l'organisation et le déroulement des travaux de liquidation. La charge de la preuve de ce manque de confiance repose sur la partie demanderesse qui demande la faillite.

op 5 juli 1993, waarbij Mr. Van Buggenhout en dhr. Peter Balcaen als vereffenaars werden aangesteld.

Bij dagvaarding, betekend d.d. 8 april 2002, vorderde de Procureur des Konings bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde, op basis van de gegevens uit het dossier van het handelsonderzoek, de faillietverklaring van de NV Samko Automation in vereffening.

Bij vonnis d.d. 27 juni 2002 werd de NV Samko Automation in vereffening failliet verklaard, waarbij Mr. Lieven D'Hooghe als curator werd aangesteld.

Procedure in hoger beroep

3. Het hoger beroep werd ingesteld door de oorspronkelijke verweerster. Appellante wil het bestreden vonnis horen vernietigen, teneinde te horen zeggen dat de oorspronkelijke vordering ontoelaatbaar, onontvankelijk, minstens ongegrond was. Haar grieven zijn: (1) het vonnis *a quo* is nietig

bij gebrek aan motivering; (2) de oorspronkelijke dagvaarding was nietig (art. 702 Ger.W.); (3) de oorspronkelijke vordering was onontvankelijk bij gebrek aan belang (art. 17 Ger.W.); (4) de oorspronkelijke vordering was ongegrond: de faillissementsvoorwaarden zijn niet vervuld.

In zijn conclusie stelt de procureur-generaal dat: (1) de oorspronkelijke dagvaarding geenszins nietig was; (2) het openbaar ministerie zijn bevoegdheid tot dagvaarding in faillissement put uit de wet nl. artikel 6 Faill.W.; (3) zijn ambt zich gedraagt naar de wijsheid van het hof m.b.t het vervuld zijn van de faillissementsvoorwaarden.

De curator stelt dat de voorwaarden tot faillissement vervuld zijn.

Volgens hem bieden deficitaire vereffeningen onvoldoende waarborgen voor de schuldeisers en kunnen dergelijke vereffeningen enkel voortgezet worden mits (a) het actieve akkoord – “informed consent” – van alle schuldeisers, en (b) inertie van het openbaar ministerie.

Volgens de curator wordt in de praktijk met een scenario van deficitaire vereffening vaak gepoogd om de dwingende bepalingen van de faillissementswetgeving te ontwijken. De bedoeling kan zijn om een objectief onderzoek te vermijden door een curator (die daartoe beschikt over verruimde wettelijke bevoegdheden) naar handelingen gesteld binnen de verdachte periode en naar eventuele aansprakelijkheid van de eigen organen van de vennootschap en aanverwante vennootschappen.

Hij verzoekschrift, neergelegd d.d. 22 januari 2003, kwam Eric Verbruggen vrijwillig tussen als schuldeiser. Hij sloot zich volledig aan bij de curator.

Bij conclusie, neergelegd d.d. 13 juni 2003, doet Eric Verbruggen uitdrukkelijk afstand van zijn tussenkomst, het geding en zijn vordering overeenkomstig de bepalingen van de artikelen 820-821 Ger.W.

Beoordeling

4. Als eerste grief stelt appellante dat het vonnis *a quo* nietig is bij gebrek aan motivering: er zou door de rechter niet geantwoord zijn op alle motieven uit haar conclusies in eerste aanleg. Appellante verduidelijkt vooreerst niet op welke verweermiddelen de eerste rechter niet zou hebben geantwoord.

De feitenrechter is ook niet verplicht te antwoorden op de bij conclusie voorgedragen beschouwingen waaruit de concludant geen enkel rechtsgevolg heeft afgeleid en die bijgevolg geen vordering, verweer of exceptie opleveren (Cass. 8 februari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 716; Cass. 26 juni 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1286).

Ook is regelmatig met redenen omkleed de beslissing die op grond van bepaalde feitelijke gegevens, hiermee strijdige en andere feitelijke gegevens van de conclusie verwerpt (Cass.

23 juni 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 1319; Cass. 16 maart 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 923).

De eerste rechter heeft de gronden en de feitelijke vaststellingen aangeduid op grond waarvan hij van oordeel was dat de dagvaarding niet nietig is, de vordering ontvankelijk is en de faillissementsvoorwaarden vervuld zijn. Het vonnis *a quo* voldoet aan de vereiste van artikel 149 van de Grondwet.

5. Verder voert appellante als tweede grief aan dat de oorspronkelijke dagvaarding nietig is overeenkomstig artikel 702, 3° Ger.W., dit vanwege het ontbreken van “het onderwerp en de korte samenvatting van de middelen van de vordering”.

Met “middelen van de vordering” worden bedoeld de feitelijke gegevens die aan de vordering ten grondslag liggen zodat door de verwerende partij een doelmatig verweer kan worden gevoerd en niet de rechtsgrond (Cass. 24 november 1978, *R.W.* 1978-79, 2877).

De Procureur des Konings te Dendermonde heeft op 8 april 2002 gedagvaard in faillietverklaring op basis van “staking van betaling” en “geschokt zijn van het krediet” van verweerster. Dit is een samenvatting van de feitelijke gegevens.

In het overwegend gedeelte van de dagvaarding wordt verwezen naar artikel 10, § 3 van de Wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord en naar de ontvangen gegevens van het handelonderzoek. Deze concrete feitelijke gegevens zijn op elk ogenblik ter inzage van de schuldenaar.

Op de vordering heeft verweerster uitgebreid (28 p.) in conclusies, neergelegd op 6 mei 2002, geantwoord. Haar rechten van verdediging werden nergens geschonden.

Een dagvaarding is een proceshandeling waarop de procedurele nietigheidsleer, vervat in de artikelen 860 t.e.m. 867 Ger.W., van toepassing is. Appellante is erin geslaagd om een degelijk en uitgebreid verweer te voeren t.o.v. de oorspronkelijke vordering. Het normdoel van de door artikel 702 Ger.W. voorgeschreven vormvoorschriften werd bereikt.

De inleidende dagvaarding is niet nietig omdat de belangen van appellante nergens werden geschaad (art. 861 Ger.W.). De tweede grief van appellante faalt.

6. Voorts stelt appellante als derde grief dat de oorspronkelijke vordering onontvankelijk is bij gebrek aan belang (art. 17 Ger.W.). Volgens appellante kan het openbaar ministerie enkel handelen in het algemeen belang en niet voor private belangen van schuldeisers.

Dit argument faalt ten zeerste. Het openbaar ministerie put zijn bevoegdheid om te dagvaarden in faillietverklaring en zijn opdracht immers uit de wet (art. 6 Faill.W.).

Hij beslist soeverein over de opportuniteit van het instellen van een faillissementsvordering op basis van een bijzonder

eigen recht (Bergen 12 december 2001, *DAOR* 2001, afl. 60, 374).

7. Ten slotte argumenteert appellante met haar vierde grief dat de oorspronkelijke vordering ongegrond was omdat de faillissementsvoorwaarden (art. 2 Faill.W.) niet vervuld zijn.

Uit het feit dat het openbaar ministerie in hoger beroep m.b.t. de beoordeling van de vervulling van de faillissementsvoorwaarden, besluit zich te gedragen naar de wijsheid van het hof, kan niet worden afgeleid dat het openbaar ministerie afstand zou doen van zijn oorspronkelijke vordering in faillietverklaring.

Het feit dat een eiser voor een bepaald onderdeel van zijn vordering verwijst naar de wijsheid van de rechter, impliceert géénszins afstand van rechtsvordering of van geding (Cass. 9 maart 1993, *Arr. Cass.* 1993, 271). Al evenmin valt hieruit af te leiden dat de verwijzende partij de stelling van zijn tegenpartij zou erkennen (Cass. 7 januari 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 587).

Uit de houding van het openbaar ministerie *in casu*, kan enkel worden afgeleid dat hij aan het hof de vrijheid laat om m.b.t. de faillissementsvoorwaarden zelf te oordelen over het recht en over het bewijs van de aangevoerde feiten.

7.1. Bij het beoordelen van de voorwaarden tot faillissement van een vennootschap in vereffening, moet rekening gehouden worden met de specifieke situatie van de vereffening om de “staking van betaling” en het “geschokt zijn van het krediet” te beoordelen.

Vooreerst is er de betaaltoestand van de debiteur, waarbij het de vereffenaar juist wettelijk is opgelegd om de betalingen te schorsen, gelet op de toestand van samenloop tussen de schuldeisers en de gelijkheid die tussen hen zal heersen (art. 190 W.Venn.).

“De enkele omstandigheid dat de vereffening deficitair is, laat evenwel nog niet toe het faillissement te weerhouden. De wetgever hield uitdrukkelijk rekening met de mogelijkheid van een deficitaire vereffening (zie het art. 184 van de Vennootschapswet, dat een evenredige verdeling onder de schuldeisers voorschrijft)” (Gent 19 juni 1997, *T.B.H.* 1997, 609).

Er is geen automatisme tussen deficitaire vereffening en faillissement (zie o.a. Luik 16 maart 2000, onuitg., 1999/RG/1117 – stuk 8 appellante; Gent 22 mei 1997, onuitg., 1997/AR/676 – stuk 4 appellante).

Om “staking van betaling” te beoordelen m.b.t. een vennootschap in vereffening, dient bewezen te worden dat het onbetaald blijven van een schuld niet het gevolg is van de toepassing van artikel 190 W.Venn., maar te wijten is aan het niet diligent uitvoeren door de vereffenaar van zijn opdrachten.

De curator beweert dat *in casu* de vereffenaars hebben nagelaten om een aantal onregelmatigheden te onderzoeken uit de periode 1991-1992 (voorafgaand aan de vereffening),

wanneer de toenmalige raad van bestuur van de gefailleerde “*de facto*” zou hebben vereffend met een sterke discrepantie tussen de verkochte activa van de vennootschap en de uiteindelijke schuldreductie.

De curator stelt dat moet onderzocht worden of de activa van de vennootschap destijds in 1991-1992 al dan niet werden overgedragen aan de moedermaatschappij de NV Samko (thans de NV Ahrend) en of dit al dan niet gebeurde tegen betaling van een reële prijs. Volgens de curator zou de boekhouding van voor de vereffening het bewijs kunnen vormen om een mogelijke aansprakelijkheidsvordering tegen de toenmalige bestuurders te schragen.

De vereffenaars repliceren hierop dat ze destijds (na hun aanstelling op 5 juli 1993) de boekhouding hebben onderzocht en geen onregelmatigheden hebben vastgesteld (zie verslag van de commissaris-revisor d.d. 19 mei 1993 – stuk 10 curatele).

Na het faillissement (27 juni 2002) hebben de vereffenaars de volledige boekhouding en archieven aan de curator overgemaakt tussen 11 juli en 17 september 2002 (stukken 16 t.e.m. 35 appellante).

Ondanks het feit dat de curator sinds *medio* september 2002 over de betrokken boekhouding beschikt, kan hij de beweerde onregelmatigheden uit de periode 1991-1992 niet aantonen. Hij slaagt niet in zijn bewijslast.

Dat de professionele aansprakelijkheid van de vereffenaars op enigerlei wijze in het gedrang zou kunnen komen, wordt niet in het minst bewezen.

7.2. Het “geschokt zijn van het krediet” krijgt eveneens een andere invulling bij een vennootschap in vereffening. Het kan worden omschreven als het gebrek aan vertrouwen vanwege de schuldeisers in de organisatie en het verloop van de vereffeningswerkzaamheden (Gent 7 oktober 2002, onuitg., 2001/AR/2116 – stuk 11 appellante; Luik 26 juni 1997, *R.P.S.* 1998, 112).

Vereffenaars dienen vanwege de schuldeisers het vertrouwen te genieten en te behouden m.b.t. hun werkzaamheden om de activa van de vennootschap in het belang van allen – en in het bijzonder in het belang van de schuldeisers – te gelde te maken.

In casu wordt nergens aangetoond dat de schuldeisers van de vereffende vennootschap op enig ogenblik gedurende 9 jaar werkzaamheden van vereffening, hun vertrouwen in de vereffenaars en de omstandigheden van het verloop van de vereffening zouden hebben verloren. Geen enkele schuldeiser van de NV Samko Automation in vereffening heeft ooit een vordering in faillietverklaring ingesteld.

Eric Verbruggen kwam als schuldeiser voor het eerst vrijwillig tussen in huidige beroepsprocedure (na faillissement) bij verzoekschrift, neergelegd d.d. 22 januari 2003. Bij conclusie, neergelegd d.d. 13 juni 2003, deed hij echter uitdrukke-

lijk afstand van deze tussenkomst, het geding en zijn vordering conform de artikelen 820-821 Ger.W. Aan deze tussenkomst kan dus géén enkel gevolg worden gehecht, noch middel uit worden geput.

De bewijslast omtrent het gegeven dat de schuldeisers niet langer hun vertrouwen zouden schenken aan de organisatie en het verloop van de vereffening, ligt bij de eisende partij die aanstuurt op faillissement. Aan deze bewijslast is *in casu* niet voldaan.

In zijn beroepsconclusie (p. 5) stelt het openbaar ministerie zelf:

“Anderzijds staat niet vast dat de schuldeisers van betrokken vennootschap in vereffening weigeren aan deze vennootschap een uitstel van betaling of een vermindering van hun schuldvordering toe te staan. In dit verband blijft het argument van appellanten overeind ‘dat alle schuldeisers hun vertrouwen in de NV Samko Automation in vereffening behouden en geen enkele schuldeiser aandringt op faillissement’”.

Het louter stilzitten van de schuldeisers, die op transparante wijze geïnformeerd worden en juridisch correct behandeld worden door de vereffenaar, bewijst ook géénszins hun gebrek aan vertrouwen in de vereffening.

7.3. Uit het voorgaande blijkt dat *in casu* niet voldaan is aan de voorwaarden gesteld in artikel 2 Faill.W. De vaststelling

dat de vereffening deficitair zal zijn, is op zichzelf onvoldoende om te zeggen dat de voorwaarden tot faillissement vervuld zijn, nu ook deze vaststelling de credibiliteit van de vereffening bij de schuldeisers niet ondergraven heeft.

Het bestreden vonnis dient te worden vernietigd. De gedingkosten van het hoger beroep vallen lastens de oorspronkelijke eiser met inbegrip van de kosten en eventuele erelonen van de curatoren.

Om deze redenen,

Het hof,

Rechtdoende op tegenspraak,

(...)

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond:

Doet het bestreden vonnis teniet;

Derhalve opnieuw rechtsprekende:

Verklaart de oorspronkelijke vordering tot faillietverklaring toelaatbaar en ontvankelijk, maar ongegrond;

Veroordeelt de oorspronkelijke eiser tot de kosten van beide aanleggen.

(...)