
HOF VAN BEROEP BRUSSEL 4 NOVEMBER 2003

FAILLISSEMENT**Faillietverklaring – Hoger beroep tegen faillissementsvonnis – Tijdstip van beoordeling van de faillissementsvoorwaarden – Geschokt krediet**

De vervulling van de faillissementsvoorwaarden dient beoordeeld te worden op het tijdstip waarop het bestreden faillissementsvonnis werd uitgesproken, zodat feiten die van daarna dateren, zoals de nieuwe bereidheid van schuldeisers of vennoten om de schuldpositie van de gefailleerde te verlichten, irrelevant zijn ter beoordeling van de gegrondheid van het hoger beroep dat wordt ingesteld tegen het faillissementsvonnis.

In het algemeen volstaat het initiatief van één schuldeiser niet om te besluiten tot een algemene geschokte kredietwaardigheid, indien blijkt uit de concrete gegevens dat het overwegend gedeelte van de commerciële en financiële partners van de handelaar hun vertrouwen niet hebben opgezegd, of het integendeel hebben bevestigd.

NV Keyware Smart Card Division/RSZ en S. Van Schoubroek q.q.

Zet.: P. Blondeel (voorzitter), S. Raes en B. Lybeer (raadsheren)

Pl.: Mrs. B. Simpelaere, D. Antoniou, De Kerpel, P. Derveaux en C. Guyot de Mishaegen

Over de rechtspleging

1. Met de inleidende akte wordt het hof geadieerd in hoger beroep betreffende een vonnis dat op 2 oktober 2003 na tegenspraak werd uitgesproken door de Rechtbank van Koophandel te Brussel.

(...)

Het voorwerp van het hoger beroep

6. De Rechtbank van Koophandel te Brussel heeft bij vonnis van 2 oktober 2003 de appellante failliet verklaard op vordering van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid – verder geciteerd als RSZ –, die hiertoe op 11 juni 2003 dagvaarding liet betekenen.

Advocaat Van Schoubroeck werd benoemd tot curator en de verificatie van de ingediende schuldvorderingen werd bepaald op 19 november 2003.

De vervulling van de faillissementsvoorwaarden werd afgeleid uit de omstandigheid dat appellante socialezekerheids-schulden onbetaald laat en aldus per 15 mei 2003 in totaal een bedrag van 328.897,47 euro verschuldigd bleef.

Er werd vastgesteld dat de laatste partiële aanzuiveringen van 12.000 euro dateren van januari, maart en mei 2003 en

FAILLITE**Déclaration de faillite – Appel interjeté contre le jugement déclaratif de faillite – Date à laquelle les conditions de la faillite sont appréciées – Crédit ébranlé**

Les conditions de la faillite doivent être appréciées à la date à laquelle le jugement déclaratif de la faillite attaqué a été prononcé, de sorte que des faits postérieurs à cette date, tels qu'une nouvelle volonté des créanciers ou des associés d'alléger la position débitrice du failli, ne sont pas pertinents pour l'appréciation du bien fondé de l'appel interjeté contre le jugement déclaratif de faillite.

En principe, l'initiative d'un seul créancier ne suffit pas pour conclure à un ébranlement généralisé du crédit, si des circonstances de la cause font apparaître qu'une majeure partie des partenaires commerciaux et financiers du commerçant n'ont pas retiré leur confiance ou ont même confirmé leur confiance.

dat zij ontoereikend zijn in verhouding tot de uitstaande schuld. Hieruit wordt afgeleid dat de betrokkene door de wanbetaling van deze schulden zichzelf krediet verschaft en er wordt besloten dat de betalingen duurzaam gestaakt werden en dat het krediet geschokt was.

7. Appellante komt op tegen haar faillietverklaring aangezien volgens haar de wettelijke voorwaarden hiertoe niet waren vervuld en zij wordt hierin gesteund door de tussenkomenende partijen NV Pardel en NV Jagernaut, die ieder een deelneming bezitten in de NV Keyware Technologies, de moedermaatschappij van appellante.

Zij duidt de faillissementsrechter ook euvel dat een verzoekschrift tot heropening van het debat, dat op 2 oktober 2003 om 11u33 werd neergelegd, niet in aanmerking werd genomen.

In ondergeschikte orde vraagt zij het faillissement op te heffen teneinde haar de mogelijkheid te bieden om binnen de 15 dagen een gerechtelijk akkoord aan te vragen.

8. De RSZ, die geen conclusie heeft genomen, verklaarde op de terechtzitting van 28 oktober 2003 niet langer aan te sturen op het faillissement van de NV Keyware Smart Card Division.

Zijn gewijzigde houding is ingegeven door het feit dat zijn schuldvordering inmiddels op 23 oktober 2003 geheel werd voldaan.

Hij wenst evenwel dat de kosten verbonden aan de faillissementsprocedure en aan het geding ten laste van appellante worden gelegd.

9. De curator verklaarde zich te voegen naar de wijsheid van het hof en licht onder meer toe dat ingevolge de spoedige rechtspleging voor het hof geen omvattende gegevens inzake schuldvorderingen of eigen inzichten nopens de werkelijke toestand van de onderneming kunnen worden verstrekt.

Hij vraagt dat ingeval van opheffing van het faillissement de appellante zou worden veroordeeld om zijn kosten en erelonen ten laste te nemen.

Beoordeling

10. De grief van appellante betreffende de schending van artikel 772 Gerechdelijk Wetboek, gesteund op het feit dat haar verzoekschrift tot heropening van het debat niet werd in aanmerking genomen, is ongegrond.

Blijkens het proces-verbaal van de terechtzitting van 2 oktober 2003 van de vijfde kamer van de Rechtbank van Koophandel te Brussel, werd de buitengewone terechtzitting geopend om 08u45 en geheven om 08u55.

Het bestreden vonnis was zodoende reeds uitgesproken toen het verzoekschrift om 11u33 werd neergelegd.

11. Het middel gesteund op het gemis aan belang in hoofde van de RSZ om het faillissement te vorderen, nu zijn schuldvordering helemaal werd voldaan, en waaruit wordt afgeleid dat het faillissement moet worden opgeheven, is eveneens ongegrond.

Toen de faillissementsvordering werd ingeleid, had geïntimeerde als onbetaalde schuldeiser een belang om zijn rechtsvordering in te stellen.

Indien de wettelijke voorwaarden waren vervuld om de vordering in te willigen op de datum waarop zulks gebeurde, dient de faillissementsprocedure haar normaal beloop te krijgen.

De omstandigheid dat de schuldvordering van de RSZ inmiddels werd voldaan, verandert hier niets aan. Desgevallend kan deze evolutie aanleiding geven tot afsluiting van het faillissement bij gemis aan passief.

De partijen zouden overigens wel een akkoord kunnen treffen over de afstand van het geding in hoger beroep, maar niet over de gevolgen van een bij hypothese terechte gegrondverklaring van de vordering door de faillissementsrechter in functie van hun eigen belangen, aangezien die gevolgen het geheel van de schuldeisers en de openbare orde raken.

12. De vervulling van de faillissementsvoorwaarden dient te worden beoordeeld op de datum waarop het bestreden vonnis werd uitgesproken.

De feiten die later dateren en meer bepaald de nieuwe bereidheid van schuldeisers of vennoten om de schuldpositie van de gefailleerde te verlichten, zijn dan irrelevant ter beoordeling van de gegrondheid van het hoger beroep.

Feiten die van vroeger dateren maar eerst na de faillietverklaring werden meegedeeld, dienen daarentegen wel in aanmerking te worden genomen.

Evenzo kunnen feiten die dateren van na het faillissement een ander of beter licht werpen op de gekende feiten van voor het faillissement en in zoverre als relevant in aanmerking worden genomen.

13. De gefailleerde is een 100%-dochtervennootschap van de NV Keyware Technologies, een beursgenoteerd bedrijf (Euronext) uit de technologiesector (software/internet, toegangscontrolesystemen, ticketing en het opmaken van kaarten), die op 2 oktober 2003 eveneens werd failliet verklaard.

Haar volgestort maatschappelijk kapitaal bedraagt 248.000 euro.

Het jaarverslag van de raad van bestuur van de aandeelhouders betreffende het boekjaar 2000 vermeldt dat de vennootschap voor haar toekomst geheel afhankelijk is van de financiële ondersteuning en de investeringsbereidheid door de moedermaatschappij.

Bij arrest van 4 november 2003 heeft het hof het faillissement van NV Keyware Technologies evenwel opgeheven.

14. De balanscijfers per 30 september 2003 – waarover de commissaris-revisor stelt dat ze voortvloeien uit de boekhouding die regelmatig werd gevoerd, weze het dat ze niet werden geauditeerd – doen blijken dat de onderneming een balanstotaal heeft van 93.240,93 euro.

De financiële schulden belopen ruim 7,7 miljoen euro en 98,5% ervan wordt gevormd door een achtergestelde lening, verleend door de moedervennootschap.

De commissaris-revisor begroot de netto operationele schuldpositie op 482.000 euro debet en de netto financiële schuldpositie op 17.000 euro.

De handelsschulden belopen 310.480,21 euro, waarvan 77.384,76 euro intercompany.

Uit de overgelegde stukken blijkt niet in welke mate ze per einde september 2003 al vervallen waren.

De schulden in de overheidssector belopen op hetzelfde tijdstip 331.400,26 euro.

15. Ingevolge de gecumuleerde verliezen is het eigen vermogen negatief geworden tot beloop van 9.067.148,61 euro, hetgeen betekent dat het minimumkapitaal niet meer voorhanden is.

Per 30 september 2003 is het bedrijfsverlies over 2003 opgelopen tot 48.628,11 euro.

De toekomst van appellante is onlosmakelijk verbonden met deze van de “Keyware” Technologies.

Deze vennootschap heeft een “Business Plan Horizon 2005” ontworpen waarin de toekomstperspectieven optimistisch worden ingeschat in termen van omzet voor de verschillende producten en van financiële implicaties.

De commissaris-revisor verklaart over dit plan dat het geen assumpties of anomalieën bevat die leiden tot verkeerde prognoses.

16. Uit de gegevens waarop het hof vermag acht te slaan, blijkt niet tot welk beloop de 36 commerciële schuldeisers, met een totaal tegoed van 310.480,21 euro, op het einde van het derde trimester 2003 onbetaald waren gebleven wegens reeds vervallen schulden.

Bij uitsluiting van een geboekte vordering van 484.000 euro op NV Keyware, beliepen de inbare gewone handelsvorderingen slechts 127.175,32 euro per 30 september 2003.

Er worden liquide middelen geboekt ten bedrage van 94.796,21 euro, maar in termen van beschikbare banktegoeden waren die in werkelijkheid beperkt tot ongeveer 6.500 euro.

17. De curator maakt in zijn memorie ten behoeve van de Procureur des Konings wel gewag van veroordelingen ten laste van appellante en van getroffen beslagmaatregelen, maar zonder aantallen of bedragen te citeren.

Geen van die feiten schijnt evenwel dermate ernstig te zijn bevonden dat ze aanleiding hebben gegeven tot een oproeping voor de kamer der handelonderzoeken in de Rechtbank van Koophandel te Brussel.

In samenhang met de veroordelingen die bekomen werden door de RSZ, die een vordering had van ongeveer 338.500 euro en hiervoor ook uitvoerbare titels bekam, moet dan ook worden aangenomen dat appellante een uitgesproken thesaurieprobleem kent.

18. De vaststelling in het bestreden vonnis dat appellante sedert ettelijke kwartalen in gebreke bleef om haar sociale schulden te voldoen en dat de aanzuivering van de RSZ-schuld te beperkt is, vergeleken met het uitstaande bedrag ervan, wettigt op zich nog niet de conclusie dat ze ook op duurzame wijze opgehouden had te betalen.

De RSZ blijkt immers een naar omstandigheden bepaald lankmoedige schuldeiser te zijn die aldus in hoofde van de schuldenaar de mening kan laten groeien dat er een zeker stilzwijgend gedogen gehuldigd wordt nopens wanbetaling van socialezekerheidsbijdragen en nopens het niet prompt doen uitvoeren van bekomen uitvoerbare titels.

Overigens zijn de afbetalingen door appellante belangrijker dan in het bestreden vonnis wordt vermeld.

19. Appellante heeft nog op 18 september 2003 en laatst op 2 oktober 2003 – datum van de faillietverklaring – aan de RSZ een bedrag van 12.000 euro, respectievelijk 30.000 euro betaald, zodat ze sedert juni 2003 in totaal 78.000 euro had aangezuiverd.

Daarnaast had ze op 22 september 2003 de RSZ aangewezen als begunstigde van een terugbetaalbaar BTW-tegoed van ruim 54.509 euro.

Op grond van deze gegevens kan dan ook niet worden besloten dat appellante per einde september duurzaam had opgehouden te betalen.

20. Appellante betwist tevens dat haar kredietwaardigheid per einde september 2003 geschokt was.

In het algemeen moet worden aangenomen dat het initiatief van een schuldeiser, die zoals de RSZ boogt op een belangrijke vervallen schuldvordering, die het faillissement wenst uit te lokken en aldus doet blijken dat hij zijn schuldenaar geen krediet meer waard acht, niet volstaat om te besluiten tot een algemene geschokte kredietwaardigheid.

Indien de concrete gegevens doen blijken dat het overwegend gedeelte van de commerciële en financiële partners van de handelaar hun vertrouwen niet hebben opgezegd, of het integendeel hebben bevestigd, is de kredietwaardigheid niet geschokt (vgl. Cass. 6 maart 2003, met conclusie van advocaat-generaal T. Werquin, en noot, *T.R.V.* 2003, 413-415).

Bij een veelheid van schuldeisers dient aldus een kwalitatief en kwantitatief betekenisvolle meerderheid van schuldeisers, die een meerderheid van de uitstaande schuldvorderingen vormen, haar vertrouwen te hebben opgezegd vooraleer tot een algehele wankele kredietwaardigheid kan worden besloten.

21. In het voorliggende geval blijkt benevens de RSZ geen enkele andere schuldeiser zijn vertrouwen in appellante te hebben opgezegd, ondanks eventuele overschrijding van de vervalddag.

Verder is de kredietwaardigheid van appellante ten nauwste verbonden met deze van NV Keyware Technologies, aangezien deze appellante geheel controleert en omzeggens haar enige geldschieter is.

Vijf van de belangrijkste aandeelhouders van NV Keyware Technologies nu, hebben op 17 juli 2003 de intekening onderschreven van een obligatielening ten belope van 850.000 euro.

Per 30 september 2003 was 575.000 euro hiervan ook effectief ter beschikking gesteld.

Het geheel van deze feiten wettigt het besluit dat de kredietwaardigheid van appellante niet in het algemeen was teloorgegaan per 2 oktober 2003.

22. Een evolutie die is ingetreden na 2 oktober 2003 bevestigt de conclusie nopens de eerder bestaande kredietwaardigheid.

Vier van die vijf inschrijvers op de evenvermelde obligatielening van juli 2003 hebben na 2 oktober 2003 immers nog een investeringsovereenkomst gesloten waarbij ze zich verbinden om aanvullende fondsen ter beschikking te stellen van Keyware Technologies tot beloop van 1,825 miljoen euro, waarvan 1,6 miljoen reeds effectief werd gestort en aangewend.

In die overeenkomst wordt nadrukkelijk vermeld dat die fondsen ook bestemd zijn om de noden van appellante te financieren.

Aldus mag worden aangenomen dat de kredietwaardigheid van appellante kan overeind blijven.

23. De eindconclusie luidt dat appellante onterecht werd failliet verklaard.

Het hoger beroep is gegrond.

Het faillissement van appellante dient te worden opgeheven.

24. Wat de last van de reeds veroorzaakte kosten betreft, overweegt het hof dat appellante is tekortgekomen aan haar verplichting om de rechtbank zo getrouw en volledig mogelijk in te lichten nopens haar toestand.

Zij heeft in eerste aanleg geen conclusie genomen en geen dossier met overtuigingsstukken overgelegd. Een initiatief daartoe heeft ze eerst genomen met haar verzoekschrift tot heropening van het debat, dat evenwel laattijdig werd ingediend.

Geïntimeerde heeft van zijn kant ook niet alle betalingen vermeld die hij heeft ontvangen, terwijl in het vonnis van 7 augustus 2003, waarbij de rechtbank van koophandel het debat heeft heropend, om duidelijkheid wordt gevraagd betreffende een betaling die voor 20 augustus 2003 diende te gebeuren, en overigens ook gedaan was.

25. In die omstandigheden komt het gepast voor appellante en geïntimeerde ieder de helft ten laste te leggen van de kosten en erelonen die verbonden zijn aan de opening, de afwikkeling en de opheffing van het faillissement.

De gedingkosten komen evenwel geheel ten laste van geïntimeerde, wiens vordering wordt verworpen.

Om deze redenen

Het hof, rechtdoende op tegenspraak

(...)

Ontvangt het hoger beroep en zegt dat het gegrond is;

Ontvangt de vordering in vrijwillige tussenkomst door NV Jagernaut en NV Pardel en verklaart ze gegrond;

Doet het bestreden vonnis teniet, behoudens waar de vordering impliciet wordt ontvangen;

Beslist opnieuw als volgt:

Verklaart de vordering ongegrond;

Zegt dat het op 2 oktober 2003 ten name van appellante geopende faillissement is opgeheven en dat de curator uit zijn aanstelling wordt ontlast, behoudens het hierna bepaalde.

Zegt dat de curator dient in te staan voor het verzekeren van de publicatie van een uittreksel van dit arrest in de bijlagen tot het *Belgisch Staatsblad* en in de kranten waarin de opening van het faillissement werd gepubliceerd.

Zegt dat alle kosten verbonden aan de opening, de afwikkeling en de opheffing van het faillissement, evenals de erelonen die de curator toekomen, bij helften ten laste komen van NV Keyware Smart Card Division en van de RSZ.

Zegt dat de begroting van de kosten en erelonen van de curator staat aan de Rechtbank van Koophandel te Brussel.

Veroordeelt de geïntimeerde RSZ in de gedingkosten, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep.