

# Vereffening van vennootschappen en faillissement: stand van zaken

Christian Van Buggenhout en Erik Van den Haute<sup>1</sup>

## SAMENVATTING

*In rechtsleer en rechtspraak bestaat verdeeldheid over de vraag of een vereffening op deficitaire wijze kan eindigen, d.w.z. zonder dat de vereffenaar er kan verplicht toe worden aangifte van faillissement te doen wanneer hij vaststelt dat de opbrengst van de activa niet zal volstaan om de schulden te voldoen. De wetgever heeft echter herhaaldelijk benadrukt dat de – weliswaar bonafide – vereffening te verkiezen valt boven de rechtsfiguur van het faillissement. Deze tendens wordt tevens bevestigd door de rechtspraak van het Hof van Cassatie waaruit mag worden afgeleid dat de organisatie van vereffening verrichtingen in hoofde van de ontbonden vennootschap geen enkel uitstaans heeft met het al dan niet vervuld zijn van de faillissementsvoorwaarden.*

## RÉSUMÉ

*La doctrine et la jurisprudence sont divisées sur la question qui consiste à savoir si une liquidation peut être clôturée de manière déficitaire, c'est-à-dire sans pouvoir obliger le liquidateur à faire aveu de faillite lorsqu'il constate que le produit de la réalisation des actifs ne suffira pas pour payer les dettes. Le législateur a, à plusieurs reprises, souligné que la liquidation – de bonne foi – doit être préférée à l'institution de la faillite. Cette tendance est également confirmée par la jurisprudence de la Cour de cassation dont il faut déduire que le déroulement des opérations de liquidation dans le chef de la société dissoute est totalement indépendant de la question qui consiste à savoir si les conditions de la faillite sont réunies ou non.*

1. Het overgrote deel van de vereffeningen heeft een deficitair resultaat, in de zin dat er geen vereffeningboni aan de aandeelhouders kunnen worden betaald en in de meerderheid van die gevallen kan de vereffenaar zelfs niets uitkeren aan de chirografaire schuldeisers.

Rechtsleer en rechtspraak zijn steeds verdeeld geweest over de vraag of een vereffening op deficitaire wijze kan eindigen, d.w.z. zonder dat de vereffenaar er kan toe verplicht worden aangifte van faillissement te doen wanneer hij vaststelt dat de opbrengst van de activa niet zal volstaan om de schulden te voldoen.

Nochtans heeft de wetgever steeds een mogelijke deficitaire vereffening voor ogen gehad wanneer hij in artikel 190 Venn.W. de wijze heeft bepaald waarop door de vereffenaar de opbrengst van de activa is aan te rekenen:

*“Onverminderd de rechten van de bevoorrechte schuldeisers betalen de vereffenaars alle schulden van de vennootschap naar evenredigheid en zonder onderscheid tussen opeisbare en niet-opeisbare schulden, onder aftrek, wat deze betreft, van het disconto...”*

Nu de wetgever van 8 augustus 1997 ontegensprekelijk de voorrang heeft gegeven aan de vrijwillige vereffening boven het faillissement wanneer de continuïteit van een onderneming niet langer kan worden gehandhaafd<sup>2</sup>, is de vraagstelling van de deficitaire vereffening (zonder faillissement) actueler dan ooit.

Het valt trouwens op dat – opnieuw – in de huidige voorbereidende werken de Wet op het Gerechtelijk Akkoord én de Faillissementswet samen worden behandeld, hetgeen

<sup>1</sup>. Advocaten.

<sup>2</sup>. Zie o.m. C. VAN BUGGENHOUT, *Commissaris van de opschorting: een jaar ervaring*, IBR-seminarie van 25 november 1998, p. 8 e.v.; Ph. ERNST, “Verbanden tussen het gerechtelijk akkoord, het faillissement en de vereffening van vennootschappen na 1 januari 1998”, *Vennootschapsrecht en Fiscaliteit* 1998, 213; VEROUGSTRAETE, “Manuel de la faillite et du curateur”, Diegem, Kluwer, 1998, 2507 drukt deze (r)evolutie op gevatte wijze als volgt uit: “Il s’agit donc d’une alternative à la faillite (d’office) que le tribunal pourrait prononcer. Afin de ne pas surprendre le débiteur, il est souhaitable que, dans la convocation du débiteur, il soit précisé que le tribunal peut soit déclarer ouverte la faillite soit ordonner au commissaire au sursis de convoquer l’assemblée en vue d’une éventuelle mise en liquidation.

*Il serait en vain objecté que si le tribunal estime que l’état de cessation de paiement est avéré, le tribunal doit prononcer la faillite d’office. Le tribunal n’est jamais tenu d’agir ainsi. Dans une ancienne conception, la notion d’ordre public semblait forcer le tribunal à agir. Cette conception est abandonnée par le législateur. Sans doute, la mise en liquidation ne peut-elle pas exclure la faillite: tant l’article 2, alinéa 3, de la loi sur la faillite que la jurisprudence de la Cour de cassation dans son arrêt du 17 juin 1994 le confirment. Mais rien n’empêche de tenter au préalable une phase de liquidation. C’est le vœu du législateur”.*

nogmaals bevestigt dat de wetgever – opnieuw – beide wetten als één geheel beschouwt.

Uit rechtsvergelijkende studies blijkt dat deze vraagstelling niet alleen in België actueel is, maar dat ook in andere juridische systemen actief gezocht wordt naar alternatieven voor het faillissement en o.m. gepleit wordt voor de invoering van de vrijwillige (deficitaire) vereffening mede gelet op de kosten en de negatieve uitstraling van een faillissement<sup>3</sup>.

2. De behoudsgezinde strekking in rechtsleer en rechtspraak weigert nog steeds *elke* mogelijkheid tot het voeren van een deficitaire vereffening te aanvaarden<sup>4</sup> door te stellen dat, indien artikel 2 Faill.W. volgens hetwelk “de koopman die op duurzame wijze heeft opgehouden te betalen en wiens krediet geschokt is, zich in staat van faillissement bevindt” anders zou worden toegepast op vennootschappen in vereffening, dit zou neerkomen op het abstractie maken van de duurzaamheidsvereiste: m.a.w. opdat een koopman failliet zou kunnen verklaard worden, moet er een duurzame – in de zin van niet-tijdelijke maar permanente – staking van betaling worden vastgesteld. Tijdelijke liquiditeitsproblemen vallen hier in principe niet onder en zullen niet tot het faillissement kunnen leiden. Liquiditeitsproblemen van een vennootschap in vereffening zijn niet duurzaam indien het gaat om een niet-deficitaire vereffening; in het tegenovergestelde geval gaat het om een deficitaire vereffening die derhalve steeds failliet is te verklaren. De redenering die hierbij wordt gevolgd, wordt hierna samengevat.

Bij niet-deficitaire vereffeningen – vereffeningen waarbij de schuldeisers de algehele betaling van hun vordering mogen verwachten – heeft de opschorting van betalingen een tijdelijk karakter. Het uitblijven van de betalingen kan in deze gevallen te wijten zijn aan het feit dat de realisatie van bepaalde activa enige tijd vraagt. In het kader van de vereffening van een vennootschap is de tijdelijke opschorting van de betalingen door de vereffenaar wegens de samenloop en het behoud van de gelijkheid tussen de schuldeisers, op zich onvoldoende om de staking van betaling vast te stellen indien een *volledige* betaling mogelijk blijft door het *toereikend* actief. In deze hypothese vertoont de staking van betaling niet het duurzame karakter vereist door artikel 2 van de Faillissementswet.

Bij deficitaire vereffeningen – vereffeningen waarbij op het ogenblik van het nemen van de beslissing tot invereffeningstelling, hetzij nadien, vaststaat dat het passief van de vennootschap het actief overschrijdt en waardoor bijgevolg de

schuldeisers niet moeten rekenen op de volledige betaling van hun vordering – heeft de staking der betalingen een definitief en permanent karakter. Indien onvermijdelijk komt vast te staan dat op korte termijn niets of slechts een deel van de achterstallige schuldvorderingen betaald zal worden aan de schuldeisers en wanneer van de vereffenaar niet meer de betaling van het volledig passief kan verwacht worden wegens insolvabiliteit of gebrek aan actief van de vennootschap in vereffening, vervalt het tijdelijk karakter van de opschorting en bevindt de vennootschap zich onvermijdelijk in een toestand van staking van betaling<sup>5</sup>.

3. Uit deze stelling volgt derhalve dat de strekking die voorhoudt dat de voorwaarden van staking van betaling en geschokt zijn van het krediet bij een vennootschap in vereffening een andere invulling zouden moeten krijgen, a.h.w. automatisch artikel 2 Faill.W. zou schenden: inderdaad bestaat de duurzame staking van betaling, zoals bedoeld in artikel 1 van de Faillissementswet, erin dat de koopman zijn zekere, vaststaande en opeisbare schulden niet meer kan betalen, wat ook de oorzaak van deze onmogelijkheid is. Hetzelfde geldt voor een vennootschap in vereffening. Artikel 190 van het Wetboek van Vennootschappen doet geen afbreuk aan artikel 2 van de Faillissementswet. Door niettemin enerzijds te beslissen dat de staking van betaling bij een vennootschap in vereffening anders moet worden beoordeeld, gelet op artikel 190 van het Wetboek van Vennootschappen en anderzijds te beslissen dat bij 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 van het Wetboek van Vennootschappen, zou de vooruitstrevende strekking in rechtsleer en rechtspraak een voorwaarde toevoegen aan artikel 2 van de Faillissementswet. De behoudsgezinde strekking weigert aan te nemen dat door de wetgever van 1997 de vereffening van vennootschappen als een soepeler, eenvoudiger en veel minder tijdrovend en minder kostelijk alternatief voor het faillissement is aanzien geworden.

4. Ook de wetgever heeft niet alleen nog eens herhaald dat de voorkeur is te geven aan de vereffening maar heeft bovendien nogmaals – wellicht ten behoeve van de sceptici – zijn uitdrukkelijke voorkeur uitgedrukt voor de – weliswaar bonafide – vereffening boven de rechtsfiguur van het faillissement.

Het feit dat de wetgever de vereffening als een algemene voorkeur bestempelt<sup>6</sup>, blijkt ook uit het feit dat thans wordt

<sup>3</sup> Omtrent deze problematiek, zie o.m. *Comparative and international perspectives on bankruptcy law reform in the Netherlands*, R.D. VRIESENDORP, J.A. MC CAHERY en F.M.J. VERSTIJLEN (ed.), Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001; P. SANTELLA, “Bankruptcy and Law and Economics”, in *Bankruptcy legislation in Belgium, Italy and the Netherlands*, Quaderna di ricerca giuridica della Consulenza legale, Banca d’Italia, nr. 52/2001, p. 15.

<sup>4</sup> Kh. Tongeren 21 december 1999, *R.W.* 2000-01, 172: “Een vennootschap waarvan is komen vast te staan dat deze vereffening deficitair is, bevindt zich in staat van faillissement. Zoals onder het oude recht laat de nieuwe faillissementswet in zo’n geval evenmin een keuze bestaan tussen de aangifte van staking van betaling en de vrijwillige vereffening”.

<sup>5</sup> J. RONSE en J.M. NELISSEN GRADE, “Overzicht van rechtspraak (1978-1985) Vennootschappen”, *T.P.R.* 1986, 1416-1919, nrs. 436-438; Ph. COLLE, “De vennootschap in vereffening, het faillissement en de (beperkingen aan) de bevoegdheid van de curator”, *T.R.V.* 1990, p. 45.

<sup>6</sup> *Contra*: Kh. Antwerpen 11 juli 2002, onuitg. A.R. 01/6107: “De wetgever heeft geen uitgesproken voorkeur voor de minnelijke vereffening”.

voorgesteld in een ontwerp Reparatiwet een tweede lid aan artikel 45 WGA toe te voegen om het de rechter mogelijk te maken naar een vereffeningsscenario te gaan eerder dan naar een faillissement, zelfs in het geval “*de rechtbank vaststelt dat de voorwaarden van het gerechtelijk akkoord niet zijn vervuld*”, zodat daarmee het bewijs is geleverd dat de voorkeur van de wetgever voor vereffening niet alleen kadert in het gerechtelijk akkoord maar zelfs is toe te passen in omstandigheden waarbij de voorwaarden om het gerechtelijk akkoord te bekomen niet voorhanden zijn en dus zelfs indien de procedure nog niet is gestart:

*“De wet beoogt evenwel niet het geval waarin de rechtbank de aanvraag tot het gerechtelijk akkoord als onontvankelijk beschouwt. De wijziging in artikel 15, § 2 van de wet betreffende het gerechtelijk akkoord strekt dan ook ertoe aan de rechtbank van koophandel een alternatief voor het faillissement te bieden, wanneer de rechtbank vaststelt dat de voorwaarden voor het gerechtelijk akkoord niet zijn vervuld...”.*

Dit standpunt was reeds eerder door de meerderheid van rechtsleer en rechtspraak onderschreven geworden door te benadrukken dat een vereffening in het algemeen een hogere realisatiewaarde oplevert en dat de pejoratieve commotie van een faillissement niet afstraalt op de activiteiten van een onderneming in vereffening<sup>7</sup>. Niet zelden worden de belangen van de onderneming en van de schuldeisers en zelfs van de aandeelhouders ingeroepen om na de intrekking van het gerechtelijk akkoord voor de ontbinding te beslissen eerder dan het faillissement uit te spreken<sup>8</sup>.

5. Zoals gezegd wordt in de Faillissementswet uitdrukkelijk voorzien in artikel 2 dat een ontbonden rechtspersoon failliet kan verklaard worden tot zes maanden na het sluiten van de vereffening.

Door deze bepaling in de Faillissementswet op te nemen heeft de wetgever voor het eerst de mogelijkheid om een vennootschap in vereffening failliet te verklaren voorzien. Uit de voorbereidende werken blijkt duidelijk dat de wetgever daarbij enkel de bevestiging op het oog had van de

rechtspraak van het Hof van Cassatie die, voor de inwerking-treding van deze wet, toeliet vennootschappen in vereffening failliet te verklaren en die louter ingegeven was door een zorg van algemene en economische ordehandhaving (met name bepaalde misbruiken te trachten te voorkomen). Deze zorg werd in de nieuwe wetgeving nog verscherpt door een uitgebreide verdachte periode en een verbod voor rechtspersonen om vereffenaar te zijn zonder opgave van een verantwoordelijke natuurlijke persoon.

Tevens blijkt uit de voorbereidende werken van de Faillissementswet dat een amendement dat ertoe strekte de vennootschap in vereffening in staat van faillissement te achten als zou blijken dat de schulden van de schuldeisers niet volledig zouden worden terugbetaald, verworpen werd<sup>9</sup>.

De Minister van Justitie motiveerde deze verwerping door uitdrukkelijk te stellen dat buiten het geval van fraude er moet worden gekozen voor de vrijwillige vereffening boven de lange, complexe en kostelijke procedure van het faillissement<sup>10</sup>.

Het was, zoals gezegd, ook de bekommernis om fraude die reeds aan het arrest van het Hof van Cassatie d.d. 4 juni 1997 ten grondslag lag, terwijl de voorbereidende werken precies naar deze rechtspraak verwijzen.

Het voorstel opgenomen in het Verslag Hatry/Vandenberghé dat de vereffenaar zou verplicht hebben om aangifte van faillissement te doen van zodra hij vaststelde dat de vereffening deficitair was, werd eveneens verworpen<sup>11</sup>.

Zoals gezegd aanvaardt de meerderheidsstrekking van de rechtspraak dat een vereffening deficitair kan worden gesloten<sup>12</sup>.

Dit mogelijk deficitair einde van de vereffeningsoverrichtingen is een rechtstreeks gevolg van de noodzakelijke boedelvorming, een rechtsfeit dat zich uit kracht van wet aan alle schuldeisers opdringt. Eenmaal de boedel na realisatie en proportionele verdeling van de activa is uitgeput, is de finaliteit van deze boedel bereikt en bestaat de vennootschap niet meer. Om deze reden kan de staking van betaling dus geenszins afgeleid worden uit het feit dat de schuldeisers bij het einde van de vereffening wellicht geen integrale betaling van

7. E. WYMEERSCH, *De invloed van de Faillissementswet en de Wet op het Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht* 1998, nr. 43; Kh. Bergen 28 juni 1993, A.R. 55.035/93; Kh. Antwerpen 18 april 1996, A.R. 1187/96: “Overwegende dat de gewone schuldeisers nadeel zullen ondervinden bij het uitspreken van het faillissement”.

8. Kh. Luik 2 februari 1999 bevestigd door Luik 1 maart 2001, R.R.D. 2001, 421: “Le tribunal peut décider de la dissolution d’une société commerciale concordataire plutôt que de la déclarer en faillite pour autant qu’il constate qu’il est de l’intérêt de l’entreprise et de l’intérêt des créanciers qu’elle regroupe”.

9. Am. n° 2/499 van Mevr. Van der Wildt, Doc. 499/2, p. 2 en 3.

10. Doc. 498/11, p. 77 tot 81 en p. 200.

11. Verslag door de heren Hatry en Vandenberghé namens de Senaatscommissie voor de Justitie, 20 juni 1997, Parl. St. Senaat 1996-97, p. 78.

12. Gent 16 juni 2003, R.W. 2003-04, 188, noot: “Een deficitaire vereffening kan een alternatief zijn voor het faillissement wanneer zij het vertrouwen wegdraagt van de schuldeisers”; Luik 16 maart 2000, DAOR 2001, 65; Rev. prat. soc. 2000, 185, noot W. DE RYCKE; Kh. Luik 2 februari 1999 bevestigd door Luik 1 maart 2001, T.B.H. 2002, 243: “Que rien n’interdit, loin s’en faut, aux créanciers d’une société dont l’état de cessation de paiements est avéré, de lui maintenir leur confiance, dès lors qu’il apparaît que celle-ci une fois dissoute et mise en liquidation, sera le mieux à même, à l’intervention de son liquidateur, de réaliser au mieux ses actifs à leur profit et ce quand bien même il apparaît certain que la liquidation sera inéluctablement deficitaire”; Gent 22 juni 1997, onuitg., A.R. 1997/676; Gent 19 juni 1997, T.B.H. 1997, 609; Gent 7 oktober 2002, onuitg., A.R. 2116 en 2139; Luik 1 maart 2001, T.B.H. 2002, 243.

hun schuldvordering zullen kunnen bekomen. De notie “staking van betaling” impliceert inderdaad een toestand waarbij een handelaar, beoordeeld vanuit een *continuïteitsperspectief* over onvoldoende liquiditeiten beschikt om zijn betalingen te voldoen. Wanneer de aandeelhouders, al dan niet in het raam van de alarmbelprocedure toegepast door de raad van bestuur en/of de commissaris van de vennootschap, beslissen *discontinuïteit* uit te lokken en het patrimonium van de vennootschap in vereffening ter beschikking te stellen van de schuldeisers, betekent dit derhalve niet dat de vennootschap a.h.w. op automatische wijze failliet is te verklaren: het is de vereffenaar immers opgelegd, indien er onvoldoende liquiditeiten zijn om meteen alle schulden te betalen, de betalingen te schorsen ingevolge de toestand van samenloop tussen de schuldeisers en de gelijkheid die tussen hen moet heersen (art. 190 W.Venn.)<sup>13</sup>. Blijkt later dat de schuldeisers niet in al hun rechten zullen kunnen worden voldaan, dan kan de vereffening deficitair worden afgesloten tenzij zij een rechtmatig belang zouden laten gelden om zich tegen deze vereffeningwijze te verzetten en het faillissement aan te vragen.

Dergelijk belang is te beoordelen op het ogenblik dat de vordering wordt ingesteld. Zelfs indien zou blijken dat de handelingen van een vennootschap of van haar vereffenaar in omstandigheden zouden kunnen bekritiseerd worden op strafgebied of op grond van de pauliaanse vordering, dan nog leidt de zoektocht naar een gepaste sanctie niet nood-

zakelijkerwijze tot de faillietverklaring van de vennootschap<sup>14</sup>.

Vast te stellen is derhalve dat de rechtsfiguur van de “staking van betaling”, op gevaar van aan het vereffeningregime elke zin te ontnemen, niet aangepast is aan de vereffeningstoestand en de boedel die erdoor in het leven wordt geroepen. Om deze reden bevestigen rechtsleer en rechtspraak dat het, niettegenstaande het arrest van het Hof van Cassatie van 17 juni 1994, mogelijk blijft een deficitaire vereffening te voeren zonder dat dit op automatische wijze aanleiding moet geven tot een faillietverklaring<sup>15</sup>.

Rechtsleer en rechtspraak gaan er terecht van uit dat de ontbonden vennootschap geen andere behoefte heeft aan krediet dan het louter vertrouwen van haar schuldeisers in de vereffeningswerkzaamheden en besluiten dat de schuldeisers op grond van artikel 2 van de Faillissementswet steeds de faillietverklaring kunnen vragen wanneer de staking van betaling niet het gevolg is van de naleving van het voorschrift van artikel 190 Wetboek van Vennootschappen maar van het feit dat de vereffenaar dermate nalatig is in de vervulling van zijn opdracht dat hij het vertrouwen van de schuldeisers verloren heeft<sup>16</sup>.

Het is dit vooruitstrevend standpunt dat het mogelijk heeft gemaakt de vereffening als instrument van continuïteit van de door de ontbonden rechtspersoon gevoerde activiteiten

<sup>13</sup>. Kh. Antwerpen 18 april 1996, onuitg., A.R. 118/96: “Overwegende dat men de economische werkelijkheid, eigen aan alle vereffeningen, niet uit het oog mag verliezen; de vereffenaars moeten beroep doen op een geëigend mechanisme om de gelijkheidsregels te doen eerbiedigen omdat hen de nodige liquiditeiten (meestal) ontbreken om alle schuldeisers van meet af te voldoen, en precies om aan de doeleinden van artikel 178 en 184 Venn.W. te voldoen, dienen eerst alle activa te worden vereffend en de prijs ervan te worden geïnd om alsdan tot (proportionele) betaling te kunnen overgaan”; Luik 16 maart 2000, DAOR 2001, 65: “Que le non-paiement des créances n’implique pas nécessairement la cessation des paiements, dès lors qu’il ne s’agit pas de créances protégées par un privilège spécial ou une sûreté réelle; que durant la liquidation, les mesures d’exécution sont suspendues et aucun paiement ne peut avoir lieu s’il est susceptible de rompre l’égalité entre créanciers; qu’il convient donc de tenir compte des règles propres au régime de la liquidation et d’apprécier différemment l’état de cessation de paiements et d’ébranlement du crédit”; hierover anders oordelen zou een miskenning inhouden van art. 190 Wetboek van Vennootschappen dat aan de vereffenaar de verplichting oplegt enkel op proportionele wijze dividenden uit te keren: M. GRÉGOIRE, noot onder Kh. Brussel 2 april 1991, T.B.H. 1991, 627; Kh. Brussel, A.R. 2000/00095: “Overwegende dat gedurende de vereffening de uitvoeringsmaatregelen zijn geschorst en dat geen enkele betaling meer kan gebeuren die de gelijkheid tussen de schuldeisers van dezelfde rang dreigt te verbreken; dat artikel 184 Vennootschappenwet de vereffenaar de verplichting oplegt enkel proportionele dividenden uit te keren”.

<sup>14</sup>. Luik 16 maart 2000, DAOR 2001, 65.

<sup>15</sup>. Ph. GÉRARD, “Liquidations des sociétés commerciales et faillite”, in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réformée de 1997*, p. 123: “Toutes les décisions de jurisprudence tiennent compte, dans leur appréciation, du fait que la société est en liquidation et de la circonstance que, pour cette raison, le fait qu’elle diffère ou suspend ses paiements ne signifie pas nécessairement qu’elle cesse ses paiements au sens de la loi sur la faillite. L’arrêt de la Cour de Cassation du 17 juin 1994 ne contraint nullement le juge du fond à modifier cette approche”; Kh. Veurne 15 maart 2000, DAOR 2000, 260: “De vereffening mag in beginsel deficitair zijn maar de vereiste van kredietwaardigheid dient te worden getoetst aan het vertrouwen dat de schuldeisers stellen in de vereffenaars”; Luik 1 maart 2001, T.B.H. 2002, 243: “Le tribunal n’est jamais tenu de prononcer la faillite même si les conditions en sont réunies. Pourquoi cette alternative? Parce que la technique de la liquidation est jugée intrinsèquement supérieure, ainsi que le précise clairement l’exposé des motifs”.

<sup>16</sup>. J.Ch. VAN GHYSEL, *Les masses de liquidation en droit privé*, Brussel, Bruylant, p. 304; Luik 16 maart 2000, onuitg., A.R. 1999/1117: “Attendu que ce qui déterminera si oui ou non il y a cessation de paiement persistant dépend de la confiance que gardent les créanciers dans le mode de liquidation suivi par le liquidateur”; Gent 16 juni 2003, A.R. 2002/2368: “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”; Kh. Brussel 22 november 2001; A.R. G/00/00095 en Kh. Brussel 30 oktober 2003, A.R. 2000/02773: “Indien de invereffeningstelling is tussengekomen zonder fraude en de afwikkeling in goede omstandigheden en ter voldoening van de schuldeisers of van een significante meerderheid ervan plaatsvindt, en dat hun instemming niet werd bekomen door onvolledige of onjuiste informatie, dat de manier waarop de vereffeningswerkzaamheden plaatsvinden niet van aard is het vertrouwen van de vennootschap bij de schuldeisers te laten wankelen, dat niet wordt aangehaald dat de gelijkheidsregel tussen de schuldeisers niet wordt gerespecteerd, is er geenszins aan de voorwaarde van geschokt krediet voldaan”; omgekeerd zal de rechter geneigd zijn veeleer het accent te leggen op het aspect van de bescherming der schuldeisers uit hoofde van de artt. 17 e.v. van de Faillissementswet en dus de vrijwillige vereffening en zelfs de gerechtelijke vereffening te weigeren wanneer blijkt dat de aandeelhouder al sinds maanden een overbruggingskrediet aankondigt en zelfs een kapitaalsverhoging heeft toegezegd om uiteindelijk een overname op grond van art. 41 WGA te bepleiten en wanneer blijkt dat de gedoodverfde overnemer zich op het laatste ogenblik heeft teruggetrokken: Kh. Brussel 19 januari 2004, A.R. H/04/00002, waartegen beroep is ingesteld geworden.

(m.a.w. de “onderneming van vennootschap” in de zin van o.m. art. 9 van de Wet op het Gerechtelijk Akkoord) in te schakelen in de interactieve driehoeksverhouding gerechtelijk akkoord – vereffening – faillissement om te pogen zoveel mogelijk activiteiten en werkgelegenheid te redden van de onderneming die (nog) niet economisch dood is, d.i. waarvan de activiteiten in een nieuwe juridische context en na herstructurering kunnen worden rendabel gemaakt, zelfs wanneer de vennootschap zich in een toestand van virtueel faillissement bevindt. Een bepaalde strekking in de rechtsleer en rechtspraak heeft dan ook niet gearzeld te pogen de wil van de wetgever zoveel mogelijk economische activiteit te redden in de praktijk om te zetten aan de hand van een extensieve interpretatie van de artikelen 7 van de Faillissementswet en 45 van de Wet op het Gerechtelijk Akkoord<sup>17</sup>.

6. Dit is ook het standpunt geweest van het Hof van Cassatie, dat op geregelde tijdstippen wordt herhaald.

In zijn arrest van 17 juni 1994, waarvan ten onrechte werd aangenomen dat het een breuk zou betekenen met het verleden<sup>18</sup>, besliste het hof dat een vennootschap in vereffening, die haar eisbare schulden niet betaalt of waarvan vaststaat dat zij haar schulden niet zal kunnen voldoen omdat zij niet in staat is bij gebrek aan eigen middelen of krediet haar verbintenissen na te leven, in staat van faillissement is. De vennootschap in vereffening die haar eisbare schulden niet kan betalen of op korte termijn niet zal kunnen voldoen, aan wie haar schuldeisers weigeren een uitstel van betaling of een vermindering van hun schuldvordering toe te staan en die geen krediet kan krijgen, is in staat van faillissement<sup>19</sup>.

In zijn conclusie, voorafgaand aan het arrest dat door het Hof van Cassatie werd gewezen op 6 maart 2003, wees advocaat-generaal Werquin erop dat het hof aldus duidelijk de deficitaire vereffening had aanvaard. Uit voornoemd arrest kan inderdaad de regel worden afgeleid dat, wanneer de schuld-

eisers aanvaarden aan de vennootschap in vereffening een termijn van betaling of een vermindering van hun schuldvordering toe te staan, zij aldus te kennen geven dat de vereffening hen vertrouwen inboezemt en het krediet bijgevolg niet is geschokt<sup>20</sup>.

Wanneer de schorsing van de betaling niet in vraag wordt gesteld door de meerderheid van de schuldeisers door integrale en onmiddellijke betaling van hun schuldvordering te eisen of door uitvoeringsmaatregelen in werking te stellen, moet er worden aangenomen dat de schuldeisers aanvaarden dat de vereffening deficitair is en dat de vennootschap zich van haar betalingsverplichtingen kan kwijten door bepaalde betalingen uit te stellen. In dergelijk geval kan worden besloten dat het krediet van de vennootschap in vereffening niet aan het wankelen is.

Het Hof van Cassatie bevestigde dus recentelijk dat, zo de rechter ten gronde vaststelt dat de vereffening niet frauduleus is, zich in goede omstandigheden afspeelt, tot voldoening van de schuldeisers of een betekenisvolle meerderheid onder hen, dat hun instemming niet werd bekomen op grond van onvolledige of onjuiste informatie, dat de wijze van vereffening niet van die aard is het krediet van de vennootschap te schokken bij haar schuldeisers, dat er niet wordt voorgehouden dat de regel van de gelijke behandeling van de schuldeisers werd geschonden of dat juridische constructies werden opgezet die de rechten van de schuldeisers kunnen aantasten, hij aan de hand van een feitelijke beoordeling kan vaststellen dat een voldoende meerderheid van schuldeisers haar vertrouwen in de vereffening behoudt.

M.a.w. in geval van een vordering tot faillietverklaring van een vennootschap in vereffening zal de beoordeling van de voorwaarde aangaande het wankelen van krediet, welke nauw verbonden is met de eerste voorwaarde, zich meer specifiek toespitsen op de vraag of de vereffenaar het vertrouwen van de schuldeisers behoudt<sup>21</sup>.

17. J.Ph. LEBEAU en C. VAN BUGGENHOUT, “De extensieve toepassing van de wet betreffende het gerechtelijk akkoord, haar grondslag en haar praktische gevolgen”, *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Volume 1, Intersentia 2002, p. 504, nr. 9: “Om niet te besluiten tot de incoherentie van artikel 7 F.W., moeten we ervan uitgaan dat de wetgever de rechtbank van koophandel via deze bepaling de mogelijkheid wou geven, niet om de schuldenaar een laatste opschorting met welk doel dan ook toe te staan, maar om in het kader van het debat over het faillissement, de grens te trekken tussen failliete ondernemingen en die welke het niet zijn: gezien de finaliteit van het faillissement (vereffenen van de activa in het belang van de schuldeisers) moeten de rechtbanken zich ervan vergewissen dat het onmogelijk is om de onderneming te redden vóór ze naar deze extreme maatregel teruggrijpen”; M. MERSCH, *C.D.V.A.* 1997, nrs. 31 en 32, p. 659; Luik 1 maart 2001, *T.B.H.* 2002, 243: “Qu’en effet, la loi du 17 juillet 1997 prévoit la dissolution en alternative à la faillite en cas d’échec du concordat; que le tribunal n’est jamais tenu de prononcer la faillite même si les conditions en sont réunies. Pourquoi cette alternative? Parce que la technique de la liquidation est jugée intrinsèquement supérieure, ainsi que le précise clairement l’exposé des motifs: le gouvernement estime notamment que la technique de la dissolution sera bien plus simple et bien plus rapide que la technique de la faillite et que dans ce cas, ce système convient mieux lorsque le (concordat) échoue. En outre, la dissolution ne comporte pas un certain nombre d’inconvénients qu’occasionne une faillite. La liquidation n’a pas la même publicité que la faillite; la sensibilité et les implications sociales sont autres: l’aspect de la réprobation disparaît tout à fait”.

18. P. TERMOTE, “Het faillissement van de vennootschap in vereffening en de drogerende werking van de samenloop”, noot onder Cass. 17 juni 1994, *T.R.V.* 1994, 601.

19. Cass. 17 juni 1994, *Pas.* 1994, I, 624 en *R.W.* 1994-95, 561, conclusie van adv.-gen. Bresseleers; Ph. GÉRARD, “Liquidation des sociétés commerciales en faillite”, in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Commission Droit et Vie des Affaires, Éd. Collection Scientifique de la Faculté de Liège, 1998, 144 e.v.

20. Cass. 6 maart 2003, *T.R.V.* 2003, 413, concl. adv. gen. Werquin, 413.

21. W. DERYCKE, “Faillite d’une société en liquidation: entre aphérèse et apocope”, *R.P.S.* 1998, 117; D. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Kroniek van het vennootschapsrecht 2001-2002”, *T.R.V.* 2002, 447, nr. 92.

Er kan dan ook niet (meer) worden betwist dat deze tweede voorwaarde wel degelijk een andere invulling krijgt bij een vennootschap in vereffening.

Men kan derhalve aan de rechter niet verwijten bij het beoordelen van de voorwaarden tot faillissement van een vennootschap in vereffening rekening te houden met de specifieke situatie van de vereffening om de staking van betaling en het geschokt zijn van het krediet te beoordelen en meer bepaald ervan uit te gaan dat het geschokt zijn van het krediet kan worden omschreven als het gebrek aan vertrouwen vanwege de schuldeisers in de organisatie en het verloop van de vereffeningwerkzaamheden<sup>22</sup>.

De vereffenaars dienen vanwege de schuldeisers het vertrouwen te genieten en te behouden met betrekking tot 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.

Belangrijk is tevens vast te stellen dat de rechtspraak weigert uit het louter stilzitten van de schuldeisers een gebrek aan vertrouwen af te leiden, m.a.w. voor het verderzetten van een deficitaire vereffening is geenszins een *positieve* vertrouwensverklaring aan het adres van de vereffenaar vereist<sup>23</sup>.

7. M.b.t. de vordering ingesteld door het openbaar ministerie op grond van artikel 6 van de Faillissementswet is te besluiten dat er geen reden is om af te wijken van het gemeen recht van zijn tussenkomst: het openbaar ministerie handelt steeds in het algemeen belang.

De rechtspraak onderstreept echter dat het openbaar ministerie soeverein beslist over de opportuniteit van het instellen van een faillissementsvordering<sup>24</sup>, waarbij blijkbaar het vereiste van artikel 17 Ger.W. moet wijken voor wat door de rechtspraak "een bijzonder eigen recht" wordt genoemd<sup>25</sup>.

De vraag blijft echter of het openbaar ministerie zich op grond van dit "eigen recht" in de plaats kan stellen van de schuldeisers die beslist hebben de deficitaire vereffening te aanvaarden wanneer er geen sprake is van fraude en de rekeningen zowel voor als tijdens de vereffening op transparante wijze worden bijgehouden en de schuldeisers naar genoegen van recht zijn geïnformeerd.

Het belang is immers het resultaat, het voordeel dat wordt nagestreefd door de eiser door aan de rechter een aanspraak voor te leggen waarvan hij wenst de gegrondheid te horen erkennen. Voor wat betreft het openbaar ministerie kan men niet anders dan ervan uit te gaan dat het specifieke, eigen recht om op grond van artikel 6 van de Faillissementswet een faillissementsvordering te stellen, slechts ingegeven kan zijn door de verdediging van het openbaar belang maar niet door het individueel belang van een schuldeiser die meent dat het faillissementsregime, in omstandigheden, voor hem voordeliger kan uitkomen dan de voortzetting van de vereffening, hetgeen in zijn hoofde een rechtmatig belang kan uitmaken, zoniet zou men desgevallend rechtsmisbruik kunnen verwijten aan de schuldeiser die een eis zou instellen die niet zou beantwoorden aan de bekommernissen die de wetgever beoogt te beschermen<sup>26</sup>.

8. Door de invereffeningstelling van een vennootschap ontstaat er een toestand van samenloop op haar ganse vermogen waardoor elke schuldeiser een gelijke behandeling dient te krijgen. De samenlooptheorie toegepast op vennootschappen in vereffening werd ontwikkeld door het Hof van Cassatie in een lange reeks arresten<sup>27</sup>. Het Hof van Cassatie heeft, vertrekkend van de regel van de gelijkheid der schuldeisers vervat in artikel 190 Venn.W., ernaar gestreefd het regime van de grote samenloop van het faillissement, dat het ganse vermogen treft, naar de toestand van vereffening van een ontbonden vennootschap uit te breiden, zodat beide regimes thans grotendeels samenvallen<sup>28</sup>.

De merkwaardige uitwerking van steeds meer rechtsgevolgen van de samenloop op de toestand van vereffening heeft enkele tientallen jaren in beslag genomen en was voorzeker geen toevalligheid, maar geïnspireerd door een economische wetmatigheid: net zoals bij het fenomeen faillissement, doet de ontbinding van een vennootschap immers een **vereffeningsboedel** ontstaan die als enige instelling de garantie biedt dat de vereffening van een geheel van goederen op een ordentelijke wijze zal verlopen. In het gemeenrecht van de vereffening heeft de wetgever nadrukkelijk gekozen voor de vorming van een boedel<sup>29</sup>.

<sup>22</sup> Dit vertrouwen wordt gemeten aan de hand van de bekwaamheden en diligent optreden van de vereffenaar en de transparantie en juistheid van de verstrekte informatie, Luik 1 maart 2001, *T.B.H.* 2002, 243; Kh. Brussel 30 oktober 2003, onuitg., A.R. 2000/02773: "Dat de jaarrekeningen zijn opgesteld en gepubliceerd waarop door eiseres geen enkele opmerking is gemaakt, dat de vragen van eiseres steeds werden beantwoord door de vereffenaar" en Luik 3 april 2003, onuitg., A.R. 2002/811: "Que les renseignements fournis par le liquidateur sont totalement insuffisants; qu'il a fallu l'intervention du tribunal pour que les comptes soient produits; que le curateur signale également le manque de coopération à son égard".

<sup>23</sup> Gent 16 juni 2003, onuitg., A.R. 2002/2367: "Het louter stilzitten van de schuldeisers, die op transparante wijze geïnformeerd worden in juridisch correct behandeld worden door de vereffening, bewijst ook geenszins hun gebrek aan vertrouwen in de vereffening".

<sup>24</sup> Bergen 12 december 2001, *DAOR* 2001, 374.

<sup>25</sup> Gent 16 juni 2003, onuitg., A.R. 2002/2367.

<sup>26</sup> Luik 26 juni 1997, *R.R.D.* 1998, 70; Luik 1 maart 2001, *T.B.H.* 2002, 343.

<sup>27</sup> Waaronder de voornaamste deze zijn van 23 november 1939, *Pas.* 1939, I, 486; 31 januari 1964, *Pas.* 1964, I, 573 en 30 mei 1968, *Pas.* 1968, I, 1126.

<sup>28</sup> Kh. Bergen 24 april 1995, A.R. 63.367/95: "Attendu qu'il n'est plus à démontrer que les règles relatives à la faillite sont applicables, en grande majorité, à la liquidation d'une société".

<sup>29</sup> "... qui permet seule une liquidation harmonieuse de l'ensemble des actifs et passifs", J. HEENEN, noot onder Cass. 2 december 1952, *R.C.J.B.* 1953, p. 291.

9. De wetgever heeft de vorming van een boedel gewild vanaf het vereffeningbesluit door:

1. te voorzien in de sterk verminderde rechtspersoonlijkheid;
2. door de regel der gelijkheid onder de schuldeisers te voorzien onder de vorm van de proportionele betalingswijze, hetgeen veronderstelt dat de schuldeisers niet onmiddellijk of volledig in al hun rechten kunnen worden voldaan (art. 184 Venn.W.).

De rechtsleer heeft steeds het onderliggende idee van de boedelvorming verdedigd omwille van de grote voordelen ervan voor de maximalisering van de opbrengst van de vereffening ten gunste van de schuldeisers<sup>30</sup>. De rechtspraak heeft op haar beurt deze economische wetmatigheid in de rechtspraktijk omgezet<sup>31</sup>.

Vertrekkende van het gegeven van de boedelvorming die aan de organisatie van de vereffening ten grondslag ligt, was de rechtspraak nog maar een stap verwijderd van het concept van “grote samenloop” dat er het corollarium van is doordat de regels die er het gevolg van zijn de wilde vereffening en een wedloop op het actief zullen beletten.

Zo heeft het Hof van Cassatie aan de vereffenaars, naar analogie van de mogelijkheden die de curator uit de Faillissementswet kan putten, de mogelijkheid gegeven zich tot de beslagrechter te wenden om de gelijke rechten van de schuldeisers op het vereffening actief te doen eerbiedigen<sup>32</sup>. Voorheen hadden de vereffenaars om dit doel te bereiken en zich aldus met succes te kunnen verzetten tegen gedwongen uitvoeringsmaatregelen, geen andere keuze dan aangifte te

doen van faillissement. Deze praktijk raakt derhalve ingeburgerd, niet omdat aan de faillissementscriteria is voldaan, maar louter om één van de gevolgen van een faillissementstoestand op de vennootschap in vereffening te kunnen toepassen.

Met de economische werkelijkheid als uitgangspunt, criterium dat zowel door wetgever als door rechtsleer en rechtspraak is gehanteerd, werd snel duidelijk dat in nagenoeg alle gevallen de vereffenaars beroep moeten kunnen doen op een geëigend mechanisme om de gelijkheidsregel te doen eerbiedigen, omdat het hen aan de nodige liquiditeiten zal ontbreken om alle schuldeisers van meet af aan te voldoen<sup>33</sup>.

Indien het Hof van Cassatie derhalve in zijn vaste rechtspraak aan de vereffenaars het middel heeft gegeven om zich te verzetten tegen individuele uitvoeringsmaatregelen en drukingsmiddelen van de schuldeisers, is het omdat het de uitdrukkelijke wil van de wetgever was een vereffeningsoedel in het leven te roepen, rechtsfiguur die door de rechtspraak gaandeweg geperfectioneerd is geworden zonder – zoals de oude rechtsleer het reeds onderstreepte – aangifte te doen van faillissement. Daarmee werd enkel de economische realiteit bevestigd dat de organisatie van de vereffeningverrichtingen – ook al laten zij omwille van de benodigde tijd voor het realiseren van goederen en schuldvorderingen niet toe meteen een dividend uit te betalen – in hoofde van de ontbonden vennootschap geen enkel uitstaans heeft met het al dan niet vervuld zijn van de faillissementsvoorwaarden.

<sup>30</sup>. J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, deel II, nr. 1044; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Brussel, Bruylant, 1995, nr. 257, p. 214-215: “*En principe, les personnes morales devraient perdre leur personnalité juridique au moment de leur dissolution. Il en résulterait toutefois des inconvénients pratiques considérables. Pour les pallier, la loi prévoit généralement que les personnes morales conservent leur personnalité pour les besoins de la liquidation*”.

<sup>31</sup>. “*Les sociétés dotées de la personnalité juridique en liquidation, forment des masses d’une très grande perfection avec application du concept de concours*”, Cass. 16 juni 1988, *Pas.* 1988, I, 1250.

<sup>32</sup>. Cass. 23 februari 1992, *Bull. Bel.* 1994, 734.

<sup>33</sup>. Ph. GÉRARD, “La règle de l’égalité entre les créanciers d’une société commerciale en liquidation”, *R.C.J.B.* 1977, 634 e.v.