

RECHTSLEER

DOCTRINE

Voortzetting van lopende overeenkomsten door de curators, verbrekingsvergoedingen en boedelschulden

Alain Zenner en Ivan Verougstraete

I. Inleiding	517
II. Lot van de verbrekingsvergoedingen. Rechtsleer en rechtspraak vóór 1997. Ter herinnering	518
III. Wet van 8 augustus 1997 op de faillissementen. Artikel 46. Parlementaire voorbereiding	519
a. Ontwerp 631 en zijn amendementen	519
b. Amendementen aan het ontwerp 330	520
IV. Rechtsleer en rechtspraak na 1997	521
V. Samenvatting en verzoening	522

I. INLEIDING

1. In principe brengt het faillissement niet van rechtswege de beëindiging van de lopende overeenkomsten op de datum van het faillissementsvonnis met zich mee. Dit principe van continuïteit van de overeenkomsten is wijd verspreid in alle Europese rechtssystemen en is van toepassing op alle collectieve procedures¹. Deze rechtssystemen wensen in het voordeel van de beheerder van de boedel een optierecht te behouden tot voortzetting van de overeenkomst precies in het belang van deze boedel. Het is de toestand onder Belgisch recht die zal onderzocht worden, uitsluitend in het kader van het faillissement en niet van het gerechtelijk akkoord of van de vereffening.

Bij uitzondering brengt het faillissement de beëindiging met zich mee van overeenkomsten die *intuitu personae* zijn aangegaan². Het impliceert tevens de beëindiging van overeenkomsten wanneer een clause uitdrukkelijk in de ontbinding ervan in geval van faillissement voorziet of de ontbinding wegens niet-uitvoering of de verbreking ervan toelaat, ten minste indien de medecontractant niet aanvaardt de uitvoering verder te zetten met de curators. De overeenkomsten kunnen tevens een einde nemen door de uitwerking van wettelijke bepalingen die vreemd zijn aan het faillissement.

2. Artikel 46 Faill.W., waarvan de redactie niet volledig helder is, regelt, minstens gedeeltelijk, het lot van de andere

overeenkomsten waaraan het faillissementsvonnis geen einde heeft gesteld³. Zijn bepalingen hebben een algemene draagwijdte en zijn van toepassing op alle lopende overeenkomsten, wat ook hun aard weze, en met name op de arbeids-overeenkomsten.

Overeenkomstig het eerste lid van deze bepaling zijn de curators gehouden na hun ambtsaanvaarding onverwijld te beslissen of zij de overeenkomsten die gesloten zijn voor de datum van het vonnis van faillietverklaring en waaraan door dat vonnis geen einde wordt gemaakt, al dan niet verder uitvoeren. De eerste zin van het tweede lid laat de medecontractant toe de curators aan te manen die beslissing te nemen binnen vijftien dagen. Haar tweede zin bepaalt dat indien geen verlenging van termijn overeengekomen is of indien de curators geen beslissing nemen, de overeenkomst geacht wordt verbroken te zijn door toedoen van de curators vanaf het verstrijken van deze termijn, en dat de schuldvordering van de schade die eventueel verschuldigd zou zijn aan de medecontractant wegens de niet-uitvoering, wordt opgenomen in de boedel. Overeenkomstig het derde lid, ten slotte, heeft de medecontractant, indien de curators beslissen de overeenkomst uit te voeren, ten laste van de boedel recht op de uitvoering van de verbintenis in zoverre zij betrekking heeft op prestaties geleverd na het faillissement.

¹. *Principles of European insolvency law*, Kluwer Legal Publishers, 2003, p. 46.

². Deze regel kent een belangrijke uitzondering: deze van de arbeidsovereenkomsten (art. 26 van de Wet van 3 juli 1978).

³. Voor een recent algemeen overzicht van de gevolgen van het faillissement op de lopende overeenkomsten, zie E. DIRIX, "Faillissement en lopende overeenkomsten", *R.W.* 2003-04, p. 201.

3. Behalve in de gevallen waar de wet de uitvoering van de overeenkomst onderwerpt aan de toelating van de rechter-commissaris, zullen de curators, die hun eigen keuze kunnen maken, uiteraard pas opteren voor de verderzetting van de lopende overeenkomst indien dit de boedel tot voordeel strekt, of ten minste noodzakelijk is voor de behoeften van de vereffening.

De keuze van de curators kan stilzwijgend of uitdrukkelijk zijn. Hun beslissing kan slechts worden afgeleid uit ondubbelzinnige omstandigheden. Ze kan bijvoorbeeld niet afgeleid worden uit het enkel feit dat de curators kortstondig voordeel halen uit de overeenkomst⁴. Wanneer bijvoorbeeld personeel van een café gedurende dertien werkdagen de clientèle blijft bedienen om de curator toe te laten een voortzetting van de activiteit uit te proberen, bewijst diens afwachtende houding zijn wil zich te verbinden voor de boedel niet en rechtvaardigt ze niet dat de RSZ van hem sociale bijdragen eist die betrekking hebben op de lonen die normaal aan het personeel toekomen⁵. Evenzo, het feit de aanwezigheid van de gewezen gedelegeerd bestuurder te gedogen in de kantoren van de failliete vennootschap gedurende de eerste negen dagen volgend op het faillissementsvonnis, gedurende hetwelke hij mee de overdracht van de activa aan een overnemer heeft onderhandeld in de hoop er werk te vinden en die hem effectief opnieuw heeft aangeworven, volstaat niet om te besluiten dat de curator zich geëngageerd zou hebben om de bestaande overeenkomst tussen de failliete vennootschap en de managementvennootschap van de gewezen afgevaardigd bestuurder uit te voeren⁶.

In het geval dat de curators de overeenkomst voortzetten, wordt de medecontractant boedelschuldeiser. Maar in welke mate? Artikel 46 Faill.W. is zeker bedoeld om deze vraag te regelen. De controverse heeft zich evenwel verdergezet voor wat betreft de ontslagvergoedingen en is de afgelopen maanden gevoed geweest door de publicatie van een arrest van 20 maart 2001 van het Hof van Beroep te Antwerpen dat weliswaar uitgesproken is met betrekking tot een faillissement daterend van vóór de Wet van 8 augustus 1997 en waarop het toenmalige regime van de Wet van 1851 van toepassing was⁷.

Rekening houdend met de belangrijke inzet van deze vraag – het sociaal passief kan zeer zwaar zijn – leek het ons nuttig de wil van de wetgever ter herinnering te brengen, zoals hij geïllustreerd wordt door de voorbereidende werkzaamheden, en door drie zeer verschillende hypotheses te onderscheiden waarvan het onderzoek toelaat de stellingen te verzoenen.

De vraag is evenwel niet eigen aan ontslagvergoedingen: ze stelt zich ook voor contractuele, wettelijke of gerechtelijke schadevergoedingen wegens verbreking van andere overeenkomsten, zoals een huur of een leasing, of voor andere schadevergoedingen, zoals bijvoorbeeld in het kader van huur de wederhuurvergoeding, de vergoeding voor huurschade, enz. Een arrest dat op 1 maart 2002 gewezen is door het Hof van Beroep te Luik met betrekking tot de verbreking van een overeenkomst van handelsagentschap brengt nuttige aanwijzingen in dit verband⁸.

II. LOT VAN DE VERBREKINGSVERGOEDINGEN. RECHTSLEER EN RECHTSPRAAK VÓÓR 1997. TER HERINNERING

4. Indien de medecontractant van de gefailleerde boedelschuldeiser wordt wanneer de overeenkomst wordt voortgezet, wezen Van Ryn en Heenen⁹ erop, “wordt hij het evenwel slechts gedeeltelijk indien de overeenkomst deelbaar is; de schuldvordering die overeenstemt met prestaties voorafgaand aan het faillissement valt dan in de boedel, ten minste indien de schuldeiser de uitvoering van de overeenkomst niet heeft doen afhangen van de integrale regeling van zijn rechten, zonder enige beperking”.

Later heeft een deel van de rechtsleer, in het spoor van P. Van Ommeslaghe, gemeend uit een ongelukkig arrest van het Hof van Cassatie van 30 mei 1968¹⁰ te moeten afleiden dat het enige criterium voor het onderscheid tussen de boedelschulden en de schulden in de boedel zuiver chronologisch was. Een schuld moest *van de boedel* gekwalificeerd worden indien ze na de samenloop ontstaan was, zonder dat diende onderzocht te worden in welke mate zij aangegaan was voor de behoeften van de vereffening¹¹.

⁴ In het begin van de vereffening halen de curators dikwijls voordeel uit bepaalde overeenkomsten, zoals huurovereenkomsten, overeenkomsten met betrekking tot huur van materiaal of uitrusting, overeenkomsten tot levering van gas, elektriciteit, water, telefoon, enz. zonder er alle bepalingen en voorwaarden van te kennen en zonder zich evenzeer te verbinden om alle verbintenissen ervan uit te voeren.

⁵ Luik 26 mei 1998, *J.L.M.B.* 1999, p. 978.

⁶ Luik 27 april 2001, *J.L.M.B.* 2002, p. 1742.

⁷ Antwerpen 20 maart 2001, *R.W.* 2002-03, p. 349, *T.B.H.* 2003, p. 323.

⁸ Luik 1 maart 2002, *J.L.M.B.* 2003, p. 149.

⁹ *Principes de droit commercial belge*, t. IV, nr. 2782.

¹⁰ Het arrest berustte op een sofisme: een schuldvordering ontstaat uit de niet-uitvoering van een overeenkomst voorafgaand aan het faillissement, is een schuldvordering voorafgaand aan het faillissement, in de mate dat de curator deze overeenkomsten niet op zich neemt (in die zin I. VEROUGSTRÆTE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer 2003, p. 458, noot 3).

¹¹ P. VAN OMMESLAGHE, “Les liquidations volontaires et les concordats”, in *L'entreprise en difficulté*, Brussel, Éd. du Jeune Barreau, 1981, p. 409 e.v., in het bijzonder p. 422 tot 424.

Het merendeel van de rechtspraak weigerde dit spoor te volgen, dat kon uitmonden in de creatie van een passief lastens de boedel dat ieder actief van het faillissement opsloort! Bepaalde auteurs waren de mening toegedaan, met name op basis van een ander arrest van het Hof van Cassatie van 20 juni 1975, dat het teleologisch criterium het enige geldige bleef¹².

Verzocht om de vraag opnieuw te onderzoeken nam het Hof van Cassatie, met de bedoeling de arresten van 1968 en 1975 met elkaar te verzoenen, een positie aan, die klaarblijkelijk het midden hield tussen de stelling van Prof. Van Ryn en Heenen en die van Prof. Van Ommeslaghe.

In zijn arrest van 28 april 1983¹³ plaatste het hof het verband tussen de opdracht van de curator en de boedelschulden op de voorgrond.

Maar, hoewel het hof herinnerd had aan de noodzakelijkheid van dit verband ter gelegenheid van drie principearresten van 16 juni 1988¹⁴ en er op die gelegenheid niet toe aangezet was geweest zich uit te spreken over het karakter van de ontslagvergoeding die verschuldigd is door de curators die de werknemers te hunner beschikking hebben gehouden, was een gezaghebbend deel van de rechtsleer van oordeel dat op basis van de overwegingen van een van die arresten deze schadevergoeding altijd integraal ten laste van de boedel zou kunnen vallen¹⁵, zonder opsplitsing tussen de vergoeding die betrekking heeft op de periode van tewerkstelling voorafgaand aan de samenloop en die ten dienste van de boedel.

Na een beslissing van het Hof van Beroep te Antwerpen in de tegenovergestelde zin¹⁶, beslechtte het Hof van Cassatie de controverse door een arrest van 2 mei 1997¹⁷. Het hof besliste in de eerste plaats dat de curator over de mogelijk-

heid beschikt een einde te stellen aan de arbeidsovereenkomsten binnen een redelijke termijn na het faillissement en dat in dergelijk geval de sociale schulden, schulden in de boedel zijn. Dat anticipeerde reeds op het toekomstige artikel 46 van de Faill.W. Het hof stelde vervolgens vast dat, volgens de vaststellingen van de appèlrechter, de handelsactiviteiten verdergezet waren geweest en dat de curator beslist had de arbeidsovereenkomsten uit te voeren. Het leidde eruit af dat in dergelijk geval de schuldvordering van de werknemer die voortkomt uit de verbreking door de curator van de overeenkomst voor het geheel een boedelschuld was (en dat er dus geen sprake was van herverdeling tussen het gedeelte van de schadevergoeding dat kon worden toegerekend op de periode vóór en deze volgend op de faillietverklaring). Het hof herneemt dus in dit arrest de logica van de voortzetting van de overeenkomst, maar stelt tezelfdertijd grenzen aan de rechten van de werknemers: de verbrekingsvergoeding is slechts voor het geheel een boedelschuld in zoverre de curator beslist heeft de exploitatie verder te zetten en de arbeidsovereenkomsten op zich te nemen met het oog op het behoorlijk beheren van de vereffening.

Deze situatie verplichtte in de praktijk de curators vanaf hun ambtsaanvaarding altijd een einde te stellen aan de arbeidsovereenkomsten en de werknemers die noodzakelijk waren voor een goede afwikkeling van het faillissement, aan te werven met opeenvolgende overeenkomsten van bepaalde duur¹⁸.

Een analoge oplossing drong zich uiteraard op voor andere verbrekingsvergoedingen, zoals deze van een huur- of leasingovereenkomst.

III. WET VAN 8 AUGUSTUS 1997 OP DE FAILLISEMENTEN. ARTIKEL 46. PARLEMENTAIRE VOORBEREIDING

5. De Wet op de faillissementen heeft gedeeltelijk maar op een beslissende wijze geïnnoveerd ten opzichte van het vroegere recht. De parlementaire voorbereiding wijst aan dat het Parlement, op zijn minst gedeeltelijk, wou vernieuwen.

a. Ontwerp 631 en zijn amendementen

6. De artikelen 45 en 46 van het ontwerp 631¹⁹ beoogden het verband met de opdracht van de curator te behouden als criterium voor de notie schuld *van de boedel* en specifiek het lot van de arbeidsovereenkomsten te regelen.

¹². A. ZENNER, "Dettes dites 'de masse' et contrats en cours au moment de la faillite", *J.T.* 1982, p. 85; "Des 'frais et dépens de l'administration de la faillite' aux 'dettes de masse'", in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruylant, 1983, p. 685; "Nouveaux propos sur les contrats en cours et les dettes de masse", *T.B.H.* 1983, p. 621.

¹³. *Pas.* 1983, I, p. 972, *R.C.J.B.* 1986, p. 708 en noot Ph. GÉRARD, "Observations sur la nature juridique des dettes et des créances de la masse des créanciers en cas de faillite", p. 714.

¹⁴. *Pas.* 1988, I, p. 1250 en noot, *J.T.* 1988, p. 631 en noot Y. DUMON, "Dettes de la masse et dettes dans la masse", p. 629, *T.B.H.* 1988, p. 765 en noot *J.L.M.B.* 1988, p. 1091 en noot J. CAEYMAEX, *T.R.V.* 1988, p. 352 en noot J. LIEVENS, "Venootschap in vereffening: boedelschulden gheherdefinieerd", p. 354, *R.C.J.B.* 1990, p. 5 en noot I. VEROUĞSTRAETE, "Dettes de masse, privilèges et monnaie de faillite"; H. GEINGER en R. BÜTZLER, "Bedenkingen over het begrip 'boedelschuld' inzake faillissement", in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Kluwer, 1994, p. 837.

¹⁵. I. VEROUĞSTRAETE, *o.c.*, p. 37, nr. 29; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruylant, 2002, nr. 201.

¹⁶. Antwerpen 20 februari 1996, *T.B.H.* 1997, p. 117 en noot R. PARIJS.

¹⁷. Cass. 2 mei 1997, *Arr. Cass.* 1997, nr. 213, *R.W.* 1997-98, p. 503.

¹⁸. I. VEROUĞSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, nr. 759, Kluwer 2003.

¹⁹. *Parl. St. Kamer*, nr. 631/1 (1991-92), p. 133 en 134.

Teneinde iedere onzekerheid met betrekking tot de beslissing van de curator af te schaffen, bood artikel 45 aan de schuldeiser de mogelijkheid hem aan te manen te beslissen. Het bepaalde dat “indien de curators beslissen de overeenkomst uit te voeren, de medecontractant recht heeft, ten laste van de boedel, op de uitvoering van zijn schuldvordering voor wat de periode na het faillissement betreft”.

Artikel 46 vestigde een regime dat aan de curators zou toelaten een einde te stellen aan de arbeidsovereenkomsten binnen vijftien dagen zonder schadevergoeding ten laste van de boedel, of later door middel van een opzegging van zes weken, terwijl de ontslagvergoedingen die verschuldigd zijn aan de werknemers omwille van hun voorafgaand engagement in ieder geval in de boedel zouden blijven²⁰.

7. De commissie belast met het onderzoek van dit ontwerp heeft grondig gedebatteerd over deze vragen en heeft het ontwerp 631 op belangrijke wijze aangepast²¹.

Ze heeft nader doen bepalen in artikel 45 dat de medecontractant slechts recht zou hebben op de uitvoering van de verbintenis van de gefailleerde ten laste van de boedel in geval van voortzetting van de overeenkomst door de curators, “in zoverre zij betrekking heeft op prestaties geleverd na het faillissement”. Ze beoogde zo elke dubbelzinnigheid te vermijden over de uitgestrektheid van de rechten van de medecontractant voor wat betreft de verbrekingsvergoedingen van overeenkomsten met opeenvolgende prestaties²².

De commissie heeft ook artikel 46 weggelaten van het ontwerp 631. Zij heeft gemeend dat, vanaf het ogenblik dat de moeilijkheid met betrekking tot verbrekingsvergoedingen van overeenkomsten met opeenvolgende prestaties opgelost was, het niet aangewezen leek de arbeidsovereenkomsten anders te behandelen dan de overige overeenkomsten²³.

b. Amendementen aan het ontwerp 330

8. De betreffende bepaling, hernomen in artikel 45 van ontwerp 330²⁴ (dat art. 46 Faill.W. geworden is), is het ontwerp geweest van nieuwe amendementen gedurende de bespreking van dit ontwerp, dat gericht was op de problematiek van arbeidsovereenkomsten²⁵.

Een eerste amendement, gerechtvaardigd door het feit dat de curator enorme moeilijkheden zou ondervinden om de situatie correct in te schatten binnen vijftien dagen, strekte ertoe de curators toe te laten bij de rechtbank een gemotiveerd verzoek neer te leggen tot verlenging van de termijn van vijftien dagen waarbinnen ze een beslissing dienen te nemen²⁶. Het werd verworpen nadat, ter gelegenheid van het onderzoek van de andere voorgestelde amendementen, de nadelen van deze formule voor de werknemers op de voorgrond werden geplaatst.

Een tweede amendement, ingegeven door de zorg om te verduidelijken dat de bepaling ook van toepassing was op arbeidsovereenkomsten, beoogde te preciseren dat het faillissement “niet automatisch het einde betekent van de overeenkomst”²⁷. Het werd verworpen, klaarblijkelijk omdat het principe reeds geformuleerd is in de sociale wetgeving.

Werden integendeel aangenomen:

- de amendementen van een commissaris die de curators verplichten sinds hun ambtsaanvaarding te beslissen of ze al dan niet de uitvoering van de overeenkomsten die door de gefailleerde werden aangeaan, verderzetten en te voorzien dat, bij gebreke daarvan, de overeenkomst ontbonden zou zijn vanaf het verstrijken van deze termijn²⁸;
- een amendement, neergelegd door de minister, dat ertoe strekt de woorden “de overeenkomst is ontbonden” te vervangen door de woorden “de overeenkomst wordt geacht verbroken te zijn door toedoen van de curator” en geïnspireerd is door de overweging dat de wet op de arbeidsovereenkomsten vereist dat het initiatief tot ontslag op de werkgever berust (*in casu* de curator) opdat de werknemer aanspraak kan maken op een ontslagvergoeding, zodat het noodzakelijk was te preciseren dat het stilzwijgen van de curator, na aangehaald te zijn, equivalent is aan een door hem gegeven ontslag²⁹.

Twee amendementen werden nog neergelegd tijdens het onderzoek van het ontwerp in de Senaat³⁰.

Het eerste amendement beoogde de termijn binnen dewelke de curators een beslissing dienen te nemen te verlengen van vijftien dagen naar een maand en voorbehoud te maken voor het geval de termijn conventioneel verlengd wordt³¹. Het

²⁰. Uiteenzetting van de motieven, *Parl. St. Kamer*, nr. 631/1, p. 23 tot 25.

²¹. *Parl. St. Kamer*, nr. 631/13, p. 272 tot 275.

²². Amendement nr. 36/631 van M. De Clerck, *Parl. St. Kamer*, nr. 631/4, p. 18.

²³. Amendement nr. 97/631 van de regering, *Parl. St. Kamer*, nr. 631/11, p. 2.

²⁴. *Parl. St. Kamer*, nr. 330/1 (1995-96), p. 65.

²⁵. *Parl. St. Kamer*, nr. 329/17, p. 137 tot 144.

²⁶. Amendement nr. 37/330 van Dhr. Willems en Dhr. Vandeurzen, *Parl. St. Kamer*, nr. 330/7, p. 5 en 6.

²⁷. Amendement nr. 81/330 van Dhr. Jean-Jacques Viseur, *Parl. St. Kamer*, nr. 330/10, p. 3 en 4.

²⁸. Amendement nr. 70/330 en 71/330 van Dhr. Vandebossche, *Parl. St. Kamer*, nr. 330/9, p. 5.

²⁹. Amendement nr. 121/330 van de regering, *Parl. St. Kamer*, nr. 330/12, p. 5; het amendement maakte gebruik van de term “ontbonden”; de term “verbroken” werd in de plaats daarvan gesteld in de loop van de bespreking in de Commissie, zie *Parl. St. Kamer*, nr. 329/17, p. 140.

³⁰. *Parl. St. Senaat*, nr. 498/11, p. 121 tot 123 en 218.

³¹. Amendement nr. 55/499 van Dhr. Coene, *Parl. St. Senaat*, nr. 499/5, p. 10 en 11.

eerste voorstel werd verworpen, maar het tweede werd aangenomen en de tekst werd bijgevolg aangepast.

Het tweede amendement beoogde het moment waarop de overeenkomst verondersteld zou worden verbroken te zijn, vast te stellen op de dag van het vonnis van faillietverklaring, of indien de overeenkomst na die datum nog is uitgevoerd, vanaf de dag dat aan die overeenkomst geen uitvoering meer

is gegeven; het beoogde de werknemers een loon te waarborgen voor de periode tussen de datum van het faillissementsvonnis en het verstrijken van de termijn van vijftien dagen³². Het werd verworpen, waarbij de minister verklaarde te willen vermijden dat de bepaling bestaande rechten zou wijzigen.

IV. RECHTSLEER EN RECHTSPRAAK NA 1997

9. Getrouw aan het cassatiearrest van 2 mei 1997, meende een deel van de rechtsleer dat in geval van verderzetting van de activiteit door de curator, de ontslagvergoeding, zelfs onder het nieuwe regime, integraal een boedelschuld uitmaakt³³.

Een ander deel van de rechtsleer meende integendeel dat de nieuwe tekst van artikel 46 Faill. W. leidde tot het verdringen van alle verbrekingsvergoedingen van de overeenkomsten naar het passief in de boedel, zelfs indien de curator tijdelijk de overeenkomst heeft voortgezet³⁴.

Voor een derde deel moest de bedoeling van de auteurs van de wet, met name alleen de rechtstreekse gevolgen van de voortzetting van de arbeidsovereenkomst door de curator ten laste nemen van de boedel, leiden tot het behoud van een *pro rata* van de verbrekingsvergoedingen als boedelschuld³⁵.

Het voornoemd arrest van 20 maart 2001 van het Hof van Beroep te Antwerpen in een faillissement weliswaar geopend onder het regime van de Wet van 1851, beslist dat, indien de curator de arbeidsovereenkomsten voortzet gedurende de voorlopige voortzetting van de handelsactiviteiten van de gefailleerde, de schulden die voortkomen uit de verbreking van deze overeenkomsten integraal boedelschulden zijn. *In casu* hadden de curators van een technologiebedrijf dat failliet verklaard was op 30 januari 1995, met toelating van de rechtbank, de activiteit verdergezet tot einde maart,

periode van de overdracht van de handelszaak waarbij, om de waarde ervan te bewaren, werd geoordeeld dat het personeel aan het werk moest blijven. De curators meenden de ontslagvergoedingen slechts te moeten betalen ten laste van de boedel *pro rata* van de duur van de verderzetting van de activiteit ten opzichte van de globale duur van de opzegging die zou moeten betekend worden. Het hof heeft integendeel geoordeeld dat de ontslagvergoeding ondeelbaar was. Deze oplossing, die niet van aard is het verderzetten van activiteiten aan te moedigen, lijkt vreemd aangezien in het arrest te lezen valt dat een akkoord zou gesloten geweest zijn tussen de curatele en de syndicaten om de afwezigheid van onmiddellijk ontslag niet als een verderzetting van de arbeidsovereenkomsten te beschouwen; dergelijk akkoord kon, volgens het hof, de rechten van werknemers niet beknotten.

In een recente studie over het lot van de lopende overeenkomsten op het moment van het faillissement, stelt E. Dirix de vraag of dergelijke oplossing gerechtvaardigd is onder het nieuwe regime en is hij van oordeel dat artikel 46, derde lid, Faill. W., door een duidelijk onderscheid te maken tussen de prestaties geleverd voor en na het faillissementsvonnis, lijkt te wijzen op een omslag *pro rata* over de twee periodes. Hij preciseert ook dat deze wettelijke bepaling beperkend dient uitgelegd te worden, zoals het principe is in geval van boedelschulden³⁶.

³². Amendement nr. 106/499 van Mevr. Van der Wildt, *Parl. St.* Senaat, nr. 499/7, p. 1 en 2.

³³. Zie J. CLESSE, "Examen de quelques aspects sociaux du concordat et de la faillite", in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Rapports du 47^{ème} Séminaire organisé par la C.D.V.A. de l'Université de Liège les 6 et 7 novembre 1997, doc. dact., nr. 21, p. 657; B. INGHELS, "La situation des travailleurs en cas de faillite et de concordat judiciaire", in *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite: Les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Actes de la journée d'études organisée le 5 décembre 1997 par le Centre d'études Jean Renauld de la Faculté de droit de l'UCL, Bruylant, 1997, p. 240.

³⁴. Zie F. T'KINT en W. DERIJCKE, "Dessaisissement et situation des créanciers en cas de faillite", in *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite: Les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Actes de la journée d'études organisée le 5 décembre 1997 par le Centre d'études Jean Renauld de la Faculté de droit de l'UCL, Bruylant, 1997, nr. 20, p. 191; R. PARIJS, "De arbeidsrechtelijke gevolgen van het faillissement en het gerechtelijk akkoord – in geval van voorlopige voortzetting van de handelsactiviteiten", in *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord, Fare (oktober 1998)*, V.A. 20-3, nr. 2.1.2.2.

³⁵. P. HENFLING, *Les contrats en cours et les dettes de masse*, C.U.P., 1996, vol. IX, p. 176.

³⁶. *O.c.*, nr. 26, p. 210.

V. SAMENVATTING EN VERZOENING

10. Is de controverse er eigenlijk wel één? In het licht van een nieuw onderzoek van de rechtsleer en de rechtspraak van voor 1997 en van het ontstaan van lid 3 van artikel 46 Faill.W. en door een onderscheid te maken tussen de verschillende hypothesen op basis van lid 2, lijken de stellingen in de rechtsleer te kunnen worden verzoend.

11. Een eerste hypothese is deze van een overeenkomst, waarvan het faillissement de beëindiging zou kunnen teweegbrengen (zie *supra*, nr. 1) of waaraan de medecontractant, ondanks haar voortzetting, op korte termijn een einde zou kunnen stellen, en die de curator absoluut wenst verdergezet te zien in het belang van de boedel. De situaties die men kan indenken zijn veelvoudig. De meest dienende is misschien deze waar het ontslag van een leidinggevende werknemer, verleid door het interessant aanbod van een concurrent van de failliete vennootschap, de overname van zijn handelszaak, overwogen in het voordeel van een andere, zou kunnen belemmeren. In soortgelijk geval is het denkbaar dat de werknemer, die trouw is aan zijn ploeg maar geconfronteerd wordt met de risico's van een onzekere onderhandeling, zijn risico indekt door de verzaking aan zijn opzegging te doen compenseren met de verbintenis van de curator om desgevallend het totaal van de vergoeding te zijnen laste te nemen. Men denke ook aan een leasingovereenkomst die bijna vervallen is, waarin een ontbindend beding is voorzien, en waarvan de uitvoering tot de overeengekomen termijn zou toelaten aan de curator de optie tot terugkoop van het goed te lichten, hetgeen een belangrijke realisatiemeerwaarde zou doen ontstaan. Kortom, de medecontractant doet in deze hypothesen, zonder misbruik te maken van zijn rechten, de verderzetting van de overeenkomst afhangen van de integrale regeling van zijn schuldvorderingen en de curator, die de boedel het voordeel van de uitvoering door de andere partij niet wil ontnemen, aanvaardt het, verder gaand dan wat artikel 46 Faill.W. voorziet, zodat hij, de gevolgen van de overeenkomst op zich nemend, ze als het ware "overneemt" in naam van de boedel.

In dergelijke omstandigheid dient de verbintenis van de curator gehonoreerd te worden en alles wat verschuldigd is uit hoofde van de overeenkomst valt ten laste van de boedel. Dit impliceert met andere woorden dat de curator de overeenkomst integraal op zich neemt – met inbegrip van de factor anciënniteit van de werknemers – en dat hij onderworpen is aan de financiële verplichtingen die van de werkgever zouden zijn geweest indien er geen faillissement was geweest. De verbrekingsvergoeding is integraal een boedel-schuld. Men zal in soortgelijk geval de rechten van de schuldeiser niet dienen te proratiseren voor wat betreft de verbrekingsvergoeding volgens de periode: de overeenkomst wordt volledig door de curator op zich genomen.

12. Een tweede hypothese is deze waar, hetzij los van

enige aanmaning om een beslissing te nemen, hetzij ten gevolge van dergelijke aanmaning, de curator eenvoudig de uitvoering van de lopende overeenkomst verderzet op basis van artikel 46 Faill.W., zonder enig ander engagement ten opzichte van de medecontractant op te nemen.

In dergelijke omstandigheid past het zich te richten naar de wil van de wetgever, zoals hij duidelijk blijkt uit de precisering in het derde lid *in fine* van de betreffende bepaling: de voortgezette overeenkomst geeft slechts recht op de uitvoering van verbintenissen aangegaan door de gefailleerde "in zoverre zij betrekking heeft op prestaties geleverd na het faillissement". Wanneer het gaat over verbrekingsvergoedingen of andere vergoedingen waarvan de oorzaak vóór het faillissement ligt of die berekend worden op grond van de looptijd van de overeenkomst, zowel vóór als na het faillissement, is er geen andere methode om vast te stellen welk deel van deze vergoedingen "betrekking heeft op prestaties geleverd na het faillissement" dan *pro rata* te berekenen op basis van de duur van elk van deze periodes.

Anders gesteld, rekening houdend met het verschillend lot voor deze vergoedingen, in de boedel of ten laste van de boedel, is het van primordiaal belang een onderscheid te maken tussen het geval waar de curator zich houdt aan de toepassing van artikel 46 Faill.W. en het geval waar hij aangespoord wordt door de medecontractant van de gefailleerde, evenwel zonder diens misbruik, zich, verder gaand dan voormeld artikel, te verbinden ze integraal uit te voeren.

13. Een derde hypothese is deze, aanleunend bij de voorgaande, waar de curator enkele werknemers aanneemt na het faillissement in het kader van een nieuwe overeenkomst om enkele conservatoire taken te verzekeren (bv. de uitrusting bewaren of de gebouwen bewaken). Het zijn nieuwe overeenkomsten die na het faillissement worden afgesloten in het kader van het beheer van de boedel en die los staan van de rechten die de in dienst genomen werknemers zouden hebben kunnen verwerven als schuldeisers in de boedel.

14. Het Hof van Beroep te Luik heeft in voormeld arrest van 1 maart 2002 in de in deze noot voorgestelde zin beslist in een zaak waar het debat in het kader van een faillissement geregeld door het regime van 1851 zich heeft toegespitst op de vraag of een overeenkomst van handelsagentuur al dan niet *intuitu personae* was aangegaan. De curator verdedigde die stelling door zich te beroepen op de familiebanden tussen de bestuurders van de failliete vennootschap, die zouden aangezet zijn door een menselijke bezorgdheid, en diegene van de vennootschap die als agent tussenkwam, evenals op de ongebruikelijke hoogte van de gestorte commissies. De rechtbank had hem gelijk gegeven, maar het hof heeft er anders over geoordeeld. Weliswaar had de curator de activiteiten voortgezet gedurende enkele maanden met behulp van de agent, had hij hem commissies gestort en had hij hem

zelfs zijn dank betuigd voor bewezen diensten bij het beëindigen van de overeenkomst. Het hof meende dat het moeilijk was te oordelen dat de curator de agent slechts had gebruikt met het oog op “het verzekeren van zijn voortbestaan”. In werkelijkheid was de stelling die de curator verdedigde manifest ingegeven door zijn vrees verbrekingsvergoedingen van meer dan vier miljoen frank te moeten betalen ten titel van boedelschuld voor een aanwerving door de curatele beperkt tot honderdenvijf kalenderdagen. We begrijpen dat het hof een dergelijk onevenwicht heeft willen vermijden. Het is de motivering die ze gevolgd heeft om daartoe te komen die interessant is. Ze heeft overwogen dat de curator de overeenkomst niet “op zich had genomen”, alhoewel hij de overeenkomst volledig had verdergezet. Het valt nochtans te betreuren dat het hof heeft gemeend dat artikel 46 Faill.W., dat *in casu* niet van toepassing was, zonder twijfel tot een verschillende oplossing zou leiden. We hebben het zonet gezien: dat is niet het geval.

15. De ingewikkeldheid van de oplossingen in het kader van lopende overeenkomsten komt voort uit het feit dat meerdere juridische normen dienen gecombineerd te worden.

Het verbintenissenrecht, indien het enkel van toepassing was, zou met zich brengen dat de curator die bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomsten voortzet, integraal de last op zich neemt en dat, indien hij een werknemer ontslaat, hij de hele loopbaan van deze werknemer bij de gefailleerde in rekening moet brengen. Het faillissementsrecht vertrekt van de idee dat het faillissement geen einde stelt aan de overeenkomst, maar kristalliseert evenwel het passief op de dag van het fail-

lissement (in naam van de gelijkheid van de schuldeisers in de vereffening van de actieve boedel). Een specifieke bepaling voor de overeenkomsten legt een proratisering op van de rechten van de schuldeiser wanneer de curator de overeenkomst uitvoert.

Wanneer deze begrippen gecombineerd worden, kan volgend schema voorgesteld worden:

	Schulden vóór het faillissement	Schulden na het faillissement	Verbrekingsvergoeding
Curator zet verder op basis van artikel 46, zonder meer	Schuld in de boedel	Boedelschuld	Geproratiseerde schuld naar gelang van de periodes
De curator neemt bovendien het verleden op zich, door zich te verbinden integraal uit te voeren	Schuld in de boedel	Boedelschuld	Boedelschuld (integraal)
De curator sluit een nieuwe overeenkomst	Schuld in de boedel	Boedelschuld	Boedelschuld (behalve wat voordien verschuldigd is)

Dit schema is zonder twijfel verre van perfect maar het is ingeburgerd in de praktijk van de buurlanden en geeft ten volle gevolg aan het principe van de proratisering opgenomen in artikel 46 van de Faillissementswet. Het zou curators er overigens toe moeten aanzetten niet meer automatisch alle werknemers te ontslaan na het faillissement en een minder strakke houding aan te nemen, wat uiteindelijk voordeliger zou zijn.