

VI. CONCLUSION

23. Faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur?

Voilà que les décisions commentées posent de nouvelles questions aux praticiens du droit de la faillite.

Ce ne sont pas, selon nous, les dispositions de l'article 46 L.faill. qui permettent de conclure à un véritable droit de résiliation dans le chef du curateur.

Au-delà des discussions terminologiques – qui ont certes également leur importance – il y a un arbitrage à effectuer entre des impératifs contradictoires.

À cet égard, le cas de la faillite du bailleur d'immeuble cristallise parfaitement l'enjeu du débat.

Il est évident, en effet, que la liquidation de la masse s'en trouvera grandement facilitée si le curateur peut vendre un immeuble débarrassé des baux dont cet immeuble faisait l'objet.

Toutefois, c'est la position des cocontractants du commerçant failli – déjà peu enviable – qui s'en trouve alors fragilisée, et avec elle la difficile recherche de la sécurité des transactions.

Nous avons tenté de défendre l'idée qu'une conciliation – certes imparfaite – est possible entre ces intérêts divergents: le curateur peut décider de ne pas poursuivre l'exécution des contrats en cours – droit qui ne lui a jamais été contesté – et prévenir ainsi la naissance de nouvelles dettes de masse à charge de la faillite; mais il ne dispose pas pour autant de la prérogative extraordinaire qui lui permettrait de résilier le contrat lorsque ni les règles du droit commun ni le contrat ne lui reconnaissent un tel droit.

P.S.

La lecture qu'il nous a été donné de faire de la contribution de M. Christian Van Buggenhout et de Mme Ilse Van de Mierop, laquelle surprend par son titre et procède davantage par affirmation que par argumentation, n'est pas de nature à modifier notre point de vue.

Indépendamment de la prescription constitutionnelle qui prohibe tout traitement discriminatoire entre citoyens par le législateur, la règle de l'égalité des créanciers n'a d'autre portée normative que celle déposée à l'article 8 de la loi hypothécaire, qui impose de distribuer le prix de la réalisation des actifs entre les créanciers au marc le franc, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence⁴⁴. Quant à la théorie qui voudrait que les intérêts des créanciers soient systématiquement sacrifiés sur l'autel de la survie espérée de l'entreprise défaillante, elle ne se vérifie pas dans la pratique: pourquoi mettre en péril la continuité de l'entreprise du preneur qui se trouverait privé du bénéfice du bail commercial qui en constitue l'élément fondateur, pour faciliter la réorganisation aléatoire de celle du bailleur?

Au demeurant le législateur semble se départir progressivement de cette idée: en consacrant en 1997 l'efficacité de la réserve de propriété, et plus récemment, dans la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières⁴⁵, celle de la cession fiduciaire et de la compensation conventionnelle, malgré la faillite, il a opté pour une vision dans laquelle l'objectif ne doit plus être le partage égal entre créanciers des pertes de leur débiteur, mais l'octroi de chances égales aux entreprises pour se prémunir elles-mêmes, ainsi que leurs travailleurs et leurs créanciers, des conséquences préjudiciables de la défaillance de leurs débiteurs.

Noot

Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil

Christian Van Buggenhout en Ilse Van de Mierop

1. Voor de faillissementscurator leveren de op het ogenblik van de faillietverklaring lopende wederkerige overeenkomsten in vele gevallen een serieus probleem op. Daarbij is de aandacht te vestigen op het feit dat uit praktisch oogpunt gezien niet de beëindigingsproblematiek van deze overeenkomsten op de eerste plaats komt van de curators bekommeren maar wel de prangende vraag of en onder welke omstandigheden de voortzetting van de onderneming kan

worden georganiseerd nadat de debiteur insolvent is geworden. In ons land is immers steeds meer geaccepteerd dat de voortzetting van de onderneming na het faillissement van de schuldenaar wenselijk is zowel in het belang van de bijdrage die het kan betekenen voor de terugbetaling aan de schuldeisers, als in het belang van het behoud van economische activiteiten en van de weeromstuit van zoveel werkgelegenheid als mogelijk.

⁴⁴. A. ZENNER et I. PEETERS, "L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours", *J.T.* 2004, p. 870, n° 14.

⁴⁵. Loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, *Mon. B.*, 1^{er} février 2005, éd. 2, p. 2961.

Het spanningsveld dat ontstaat doordat curators de onderneming van de insolvente schuldenaar wensen voor te zetten en het feit dat ondertussen die voortzetting *in concreto* onmogelijk dreigt te worden door een quasi automatische leveringsstop die gepaard gaat met het eisen van allerlei voor de boedel bezwarende voorwaarden om de leveringen te hervatten, heeft al geleid tot heel wat rechtsgedingen.

Toch kan men er niet aan voorbij dat, ook al heeft het Hof van Cassatie reeds bij herhaling onderstreept dat het faillissement in principe geen einde stelt aan de lopende overeenkomsten, de positie van de curator vaak zeer precair is doordat de leveranciers gerechtigd blijven allerlei gemeenrechtelijke excepties op te werpen zoals het uitdrukkelijk ontbindend beding of een *intuitu personae*-clausule, waardoor gaten dreigen te ontstaan in de beleving van de onderneming.

Aangezien het statistisch bewezen is dat de overlevingskansen van de onderneming van de schuldenaar veel hoger liggen na de faillietverklaring eerder dan in het raam van een gerechtelijkakkoordprocedure die nochtans een doorleveringsverplichting heeft georganiseerd (vooral omwille van de uiterst conservatieve toepassing van de wet op het gerechtelijk akkoord door de rechter), lijkt het in de rede te liggen verder na te denken over de wenselijkheid van dergelijke uitzonderingsregel in het raam van de door de Faillissementswet voorziene voortzetting van de insolvente onderneming.

De voortzettingproblematiek van de lopende wederkerige overeenkomsten in het raam van de voortzetting van de onderneming gaat automatisch gepaard met de problematiek over de aard van de schulden die met dergelijke voortzetting gepaard gaan; indien de overdracht van de onderneming onverhoopt niet mogelijk blijkt, dan geldt de bijzondere regeling van voorrang van betaling van boedelschulden: de opbrengsten verkregen uit de bedrijfsvoering zullen in de eerste plaats tot betaling strekken van deze boedelverplichtingen en mochten deze onvoldoende zijn, zal desgevallend de opbrengst van de andere activa worden aangesproken.

Meteen is een van de lastigste vraagstukken aangeroerd die het probleem stelt van de totstandkoming van de boedelschulden en van de voorrang die aan deze vorderingen is te verlenen die als gevolg van de faillietverklaring tot het afgescheiden boedelvermogen zijn gaan behoren.

2. De prioriteit die aan boedelschulden is te geven geldt ook voor vorderingen die zijn ontstaan in het raam van een “klassiek” liquidatiescenario van de activa die tot het faillissement behoren.

Staat in het eerste geval voorop dat de voortzetting van de insolvente onderneming met de eventuele overdracht ervan niet tot de benadeling van de boedel mag leiden – men accepteert in ons land (nog) niet dat het verwezenlijken van andere doelstellingen dan het maximaliseren van de opbrengstprijis, zoals het behoud van werkgelegenheid, een prijs zou kunnen vergen ten nadele van de schuldeisers – dan geldt deze regel zeker voor een “klassieke” liquidatie die per definitie zo min mogelijk nadelig mag uitpakken voor de schuldeisers verenigd in de boedel.

Daarbij wordt vaak de fundamentele regel over het hoofd gezien dat alle beheersbeslissingen van een faillissementscurator per definitie juridisch “eindig” zijn: liquideren brengt onmiddellijk of op termijn de beëindiging van de (steeds ten voorlopigen titel lopende) overeenkomsten met zich mee. Zelfs in het uitzonderlijke geval van de voortzetting van de onderneming wordt de eigenlijke vereffening – verdeling slechts uitgesteld⁴⁶ omdat het door de curator gevoerde beheer over de onderneming geschiedt in het perspectief dat een ander dan de gefailleerde de onderneming zal voortzetten; de voortgezette onderneming is bestemd om losgeweekt te worden van het (buiten bezit gestelde) vermogen van de gefailleerde ondernemer/schuldenaar.

3. Het faillissement heeft het karakter van een conservatoir beslag (inventarisatie en behoud van de activa) dat overgaat in dat van een executoir beslag (tegeldemaking van de activa en verdeling van de opbrengstprijis). In die zin verschilt de positie van de curator van deze van een individuele schuldeiser die beslag legt: de curator dient op ondernemend actieve wijze een algemeenheid van activa en passiva te beheren (d.i. waardevermindering voorkomen) en uiteindelijk te vereffenen, wat in het geval van een rechtspersoon leidt tot diens ontbinding.

Vereffenen betekent dat door de curator alle vermogensbestanddelen van de failliet zijn te vervreemden in omstandigheden die aan de schuldeisers een maximale opbrengst garanderen.

Aangezien in ons land een faillissement niet kan eindigen in een akkoord waardoor de schuldenaar zijn bedrijf zou kunnen voortzetten, is door elke medecontractant van de insolvent geworden schuldenaar vanaf het vonnis van faillietverklaring rekening te houden met de *eindigheid* van de lopende overeenkomst die hem met de gefailleerde verbindt; zelfs in het geval de curator een overeenkomst tot zich trekt in het raam van zijn conservatoir of executoir beheer dan wel om de onderneming voort te zetten, moet hij weten dat dit enkel voorlopig kan zijn: de curator heeft immers (slechts) de wettelijke (bevoegdheids)plicht om te vereffenen.

⁴⁶ Cass. 22 februari 1999, *Arr. Cass.* 1999, 103: “Overwegende dat in beginsel een vonnis tot faillietverklaring de onmiddellijke stopzetting impliceert van de handelsverrichtingen; overwegende dat het arrest, na erop gewezen te hebben dat de onmiddellijke stopzetting van de activiteiten van de failliete vennootschap werd uitgesteld in het kader van een goed beheer van het faillissement...”.

Enkel over het *tijdstip* van de vereffeningsovereenkomsten en bij weeromstuit van de opzegging/verbreking van een lopende overeenkomst heeft de curator volheid van beoordelingsbevoegdheid. In die zin preciseert de aanhef van artikel 46 Faill.W. dat door het vonnis van faillietverklaring in principe geen einde wordt gesteld aan de lopende overeenkomsten (maar waarbij deze dus wel onomkeerbaar door de curator zijn te verbreken, hetzij onmiddellijk, hetzij in uitgesteld relais); meent hij als een goed(e) (huisvader) ondernemer dat de activa meer zullen opbrengen door nog enige tijd gebruik te maken van (lopende) leveringen van goederen en/of diensten, dan moeten de contractanten wiens overeenkomst niet is beëindigd omwille van het failliet weten dat alle inkomsten en activa van de boedel ter beschikking komen te staan van deze schuldeisers voor de na het vonnis van faillietverklaring geleverde goederen/prestaties die bij absolute voorrang als boedelschuld zijn te betalen.

4. Het beginsel van gelijkheid van de schuldeisers staat echter in de weg dat er tevens betaling zou kunnen gevorderd worden ten titel van boedelschuld van een beëindiging-vergoeding wegens contractbreuk wanneer, na voortzetting van de overeenkomst, de curator door de uitvoering van zijn opdracht van vereffening van de activa of door de overdracht van de onderneming aan een derde, verplicht wordt een einde te stellen aan de voorlopige voortzetting: in dat geval zou een schuldeiser die *normaliter* als anterieure schuldeiser enkel zijn rechten in het passief van de boedel kan doen gelden, dankzij de boedelschulden, die zijn ontstaan door de tijdelijke voortzetting van de overeenkomst die hem met de gefailleerde verbond, plotsklaps m.b.t. de contractbreuk-vergoeding over een recht van voorrang beschikken ten nadele van alle andere schuldeisers waarop hij in geval van onmiddellijke beëindiging van deze overeenkomst door de curator kort na de faillietverklaring *normaliter* geen enkel ander recht zou hebben dan een vordering uit te oefenen in het passief van het faillissement. Het belang van de boedel

vereist dat dit recht van voorrang beperkt wordt tot de vergoeding van de na het faillissement geleverde prestaties. Dit brengt de betrokken schuldeiser geen nadeel toe in zijn verhouding tot de andere schuldeisers nu hij zich door de tussenkomst van het faillissement sowieso aan de opzegging/verbreking van de overeenkomst moest verwachten, omwille van de eindigheid van de vereffeningsovereenkomst van de curator; het verschil in tijdstip van de verbreking/opzegging van de overeenkomst kan nooit de rechtvaardiging uitmaken voor de toekenning van een recht van voorrang voor deze verbintenis uit de voortgezette overeenkomst.

Deze bijzondere toepassing van de *paritas*regel is thans o.m. neergelegd in artikel 46, laatste lid, Faill.W.⁴⁷

De curator (en met hem de schuldeisers) wordt dus duidelijk in bescherming genomen door de wet (en de rechters) omwille van de specifieke rechtspositie die hem door zijn wettelijke opdracht wordt opgelegd⁴⁸: het normale verloop van de vereffening die de ruggengraat uitmaakt van de opdracht van de curator mag, in het belang van de schuldeisers voor de bescherming waarvan de rechtsfiguur van het faillissement net in het leven is geroepen, niet belemmerd worden door de mogelijkheid voor contractanten van de insolvente schuldenaar om de uitvoering van overeenkomsten af te dwingen die de vereffening van een actief zouden onmogelijk maken of die een nadelige invloed zouden kunnen hebben voor de opbrengst ervan (bv. een beding van voorkoop waarvan de uitvoering tot gevolg zou hebben dat de publieke verkoping van de onroerende goederen die de regel is, onmogelijk wordt gemaakt) of door overeenkomsten waarvan de uitvoering het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers zou schenden⁴⁹.

Zenner en Alter betwisten niet dat het mechanisme van artikel 46 Faill.W. erop gericht is zoveel mogelijk boedelschulden te vermijden maar weigeren blijkbaar in te zien dat de wetgever door de bepalingen van artikel 46 Faill.W., doordat het principe van de eindigheid van alle met de insolvente

47. Te vergelijken met de specifieke toepassing van deze algemene regel neergelegd in art. 90 Faill.W.

48. Zie Cass. 9 maart 2000, R.W. 2000-01, 480: "Overwegende dat ingevolge het faillissement het vermogen van de schuldenaar moet worden vereffend ten bate van de schuldeisers..."

49. H. DE PAGE, (Traité élémentaire du droit civil belge, VI, nr. 752) formuleert dit beginsel als volgt: "Ce qui est interdit par les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire, ce sont les conventions par lesquelles le débiteur et l'un des créanciers porteraient atteinte aux droits que ces articles confèrent aux autres créanciers et dont ils forment le statut." Het betreft in essentie bedingen die tot voorwerp hebben de wet van de samenloop te omzeilen door op conventionele wijze delen van het vermogen aan de regel van de gemeenschappelijke waarborg en van de pondspondsgewijze verdeling ervan onder alle schuldeisers te onttrekken ten gunste van één of meer schuldeisers.

De werking van het gelijkheidsbeginsel is niet beperkt tot de verhouding schuldenaar/schuldeisers maar het staat ook in de weg dat schuldeisers andere schuldeisers zouden kunnen bevoordelen, zoals soms ten onrechte wordt beweerd (A. ZENNER en I. PEETERS, "Tegenwerpelijke van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen", R.W. 2004-05, 489 volgens wie alle schuldeisers zouden kunnen beslissen een van hen te bevoordelen). De *paritas*regel is immers van dwingend recht, hetgeen impliceert dat wanneer de toepassingsvoorwaarden ervan nog niet verenigd zijn, de bij de rechtsverhouding betrokken partijen de rechtsregel door hun loutere wil niet buiten werking kunnen stellen. Elke potentiële schuldeiser in een samenloop situatie is beschermd door de *paritas*regel die na samenloop uitwerking krijgt en kan deze bescherming invoeren tegen de andere schuldeisers: "C'est lorsqu'ils sont unis par une même procédure que les créanciers doivent tenir compte les uns des autres et se répartir le produit de l'opération en fonction de l'importance des droits de chacun d'eux. Sauf causes légitimes de préférence, le prix des biens se répartit entre eux "par contribution", c'est-à-dire en proportion de la valeur de leurs droits" (M. GRÉGOIRE, Théorie générale du concours des créanciers en droit belge, Bruylant, 1992, nr. 72).

Na het ontstaan van de samenloop kan elke schuldeiser ten individueel titel afstand doen van deze bescherming omdat de *paritas*regel de (economische) openbare orde niet raakt. Na de samenloop die ontstaat door het faillissement is uitsluitend de curator bevoegd om de *paritas*regel te doen toepassen omdat deze opdracht de vertegenwoordiging van de collectieve rechten van de boedel impliceert. Deze bevoegdheidsattributie is wel van openbare orde.

schuldenaar gesloten lopende overeenkomsten precies het gevolg is van de gedwongen vereffening van het vermogen, een rechtsregel heeft tot stand gebracht waardoor de curator de verbintenissen uit de door de gefailleerde schuldenaar aangegane rechtshandelingen eenzijdig kan opzeggen/verbreken.

Volgens artikel 1134, lid 2, B.W. kan een overeenkomst immers niet enkel door wederzijdse toestemming van de partijen, maar ook op gronden door de wet erkend, worden herroepen. Deze auteurs menen ten onrechte een onderscheid te kunnen ontwaren tussen het zgn. recht van de curator een lopende overeenkomst niet verder uit te voeren en het recht van de curator om eenzijdig deze verbintenissen te verbreken.

5. Het hoeft geen lang betoog om het gekunstelde karakter van deze redenering aan te tonen. Dit kunstmatig onderscheid is louter ingegeven ten behoeve van hun stelling omdat zij op deze wijze pogen aan te tonen dat de curator boedelschulden zou kunnen vermijden door simpelweg als verhuurder te beslissen een huurovereenkomst niet verder uit te voeren, zonder dat een eenzijdige verbreking zich zou opdringen, m.a.w. met het gevolg dat de verbintenissen uit de overeenkomst nog enkel “op theoretische wijze” zouden voorbestaan.

Vooreerst is te onderstrepen dat zelfs indien de stelling van het onderscheid tussen de zgn. niet-uitvoering en de verbreking zou kunnen gevolgd worden – *quod certe non* – de curator zich op deze wijze in geen geval van boedelschulden zou kunnen vrijwaren, aangezien in deze stelling de huurovereenkomst blijft bestaan maar de curator ze niet moet uitvoeren omdat hij “*doit simplement permettre la jouissance du locataire*”. Welnu, deze verbintenis is nooit louter passief want de hoofdverbintenis van de verhuurder bestaat erin het pand in verhuurbare staat te houden waardoor de curator in elk geval verplicht is – op kosten van de boedel – alle noodzakelijke onderhoudswerken te verrichten die aan de huurder het rustig genot moeten waarborgen. Aangezien de insolvente schuldenaar in vele gevallen door liquiditeitsgebrek aan zijn verplichten zal zijn tekortgekomen, is de invulling ervan door de curator verre van passief en/of theoretisch te noemen.

6. Verder menen Zenner en Alter uit een zgn. tekstargument te kunnen putten om hun stelling kracht bij te zetten dat de wetgever aan de curator het recht zou hebben ontzegd om eenzijdig de lopende verbintenissen te verbreken⁵⁰.

Om evidente tekstredenen snijdt deze interpretatie geen hout.

De tekst van paragraaf 2 van artikel 46 Faill.W. stelt immers helemaal geen vermoeden van verbreking in, maar betreft een bijzonder toepassingsgeval van de algemene regel van de faculteit van eenzijdige opzegging of verbreking geformuleerd in de eerste paragraaf; de verbreking is immers geen plechtige rechtshandeling en moet dan ook niet noodzakelijk schriftelijk worden meegedeeld: een stilzwijgende verbreking is mogelijk op voorwaarde dat de wederpartij met de feitelijke omstandigheden wordt geconfronteerd waaruit onmiskenbaar de wil van de titularis van het verbrekingsrecht blijkt om een verbintenis eenzijdig te beëindigen⁵¹.

Wanneer de curator op de schriftelijke aanmaning om standpunt te nemen uitgaande van de contractpartij niet heeft geantwoord binnen de veertien dagen, stelt de bepaling van artikel 46 Faill.W. vast dat hij stilzwijgend geacht wordt (toestand die met een vermoeden geen uitstaans heeft) van zijn eenzijdig recht op verbreking te hebben gebruik gemaakt.

Daarenboven stelt die rechtshandeling een einde aan alle rechtsgevolgen van de verbintenissen waarop zij betrekking heeft: dit is nu precies het voorwerp van de verbreking die geen ruimte laat voor een “theoretisch” verder bestaan van de overeenkomst.

7. Besluit

Een overeenkomst die aan de boedel kan worden tegengeworpen is in principe door de curator verder uit te voeren. De curator kan dus een overeenkomst door de gefailleerde gesloten zonder fraude aan de *paritas creditorum*-regel niet verwerpen om de enkele reden van de totstandkoming van de samenloop⁵².

De bevoegdheid die door artikel 46 Faill.W. aan de curator is gegeven om eenzijdig de verbintenissen uit een overeenkomst gesloten door de failliete schuldenaar op te zeggen/te verbreken slaat op alle overeenkomsten waarin de gefailleerde contractpartij is. Van de curator wordt verwacht dat hij zijn (grote) bevoegdheden aanwendt om zijn opdracht zo efficiënt mogelijk uit te voeren.

Terecht wordt derhalve door het Hof van Cassatie andermaal de centrale rol van de curator onderlijnd: deze is door zijn wettelijke opdracht belast met het beheer en de verzilvering van de vermogensrechten van de gefailleerde schuldenaar, enerzijds, en anderzijds handelt hij daarbij steeds in het belang van de schuldeisers verenigd in de boedel.

Op logische en consistente wijze legt het Hof van Cassatie het verband tussen de uitoefening van het optierecht van artikel 46 Faill.W. en de behartiging van de belangen van de boedel. Na enige aarzeling had het Hof⁵³ immers ook als

⁵⁰. Il est permis de considérer qu'en disposant que le contrat est “présupposé être réalisé”, l'alinéa 2 de l'article 46 conserve implicitement la thèse que le curateur ne peut résilier le contrat: “s'il y a présomption de résiliation, c'est qu'il n'y a pas à proprement parler résiliation”.

⁵¹. L. CORNELIS, *Verbintenissenrecht*, Intersentia, 2000, nr. 624.

⁵². Brussel 10 november 1983, A.R. 111/82, bevestigd door Cass. 18 februari 1985, *T.B.H.* 1985, 377.

⁵³. Cass. 16 juni 1988, *Pas.* 1988, 1250.

maatstaf voor de toekenning aan een contractpartij van de voorrang die gepaard gaat met een boedelschuld, gekozen voor het noodzakelijk verband tussen het ontstaan van de

schuld en de concrete uitvoering van de opdracht van de curator – eerder dan de maatstaf van het tijdstip waarop de schuld is aangegaan⁵⁴.

⁵⁴. M. GRÉGOIRE, “Dettes de la masse: définition et applications en clair-obscur le cas du précompte immobilier”, in *Liber Amicorum J. Kirkpatrick* 2004, p. 374: “Chargé de la gestion de la faillite en bon père de famille, c’est le curateur qui appréciera l’opportunité de la création d’une dette de la masse, eu égard aux objectifs de sa mission et aux conséquences de ces actes”.