
HOF VAN BEROEP GENT 17 MEI 2004

FAILLISSEMENT

Handelsonderzoek – Ambtshalve toevoeging van stukken van handelsonderzoek aan het dossier wanneer het openbaar ministerie niet optreedt als partij – Miskenning van de rechten van verdediging

Het handelsonderzoek wordt gevoerd door de kamer van handelsonderzoeken, die het dossier aan de procureur des Konings kan overmaken en die een zelfstandige vordering in faillietverklaring kan instellen, waarbij hij als partij in de zaak optreedt en zijn stukken overeenkomstig artikel 736 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek aan de tegenpartij moet overmaken. Wanneer het openbaar ministerie niet als partij in de zaak optreedt en de schuldeiser die in faillietverklaring gedagvaard heeft zich niet op de stukken van het handelsonderzoek beroept, moet de gedagvaarde schuldenaar zich niet aan de toevoeging van deze stukken aan het rechtsplegingsdossier verwachten en maakt dergelijke toevoeging een miskenning uit van de rechten van verdediging.

FAILLITE

Enquête commerciale – Pièces du dossier relatif à l'enquête commerciale versées d'office au dossier de la procédure lorsque le ministère public n'est pas partie au procès – Violation des droits de la défense

L'enquête commerciale est menée par la chambre des enquêtes commerciales qui peut transmettre le dossier au procureur du Roi, lequel peut introduire une demande autonome en déclaration de faillite, dans le cadre de laquelle il a la qualité de partie et doit dès lors communiquer, conformément aux articles 736 et s. du Code judiciaire, ses pièces. Lorsque le ministère public n'intervient pas en tant que partie et le créancier qui a cité en faillite n'invoque pas les pièces résultant de l'enquête commerciale, le débiteur cité ne peut s'attendre à ce que ces pièces soient versées au dossier de la procédure de sorte qu'un tel usage de ces pièces constitue une méconnaissance des droits de la défense.

BVBA Translini/Mr. J.M. Verschelden q.q. en RSZ

Zet.: H. Debucquoy (voorzitter), F. Deschoolmeester en G. Macours (raadsheren)

Pl.: Mrs. J.P. Devlamynck, J.M. Verschelden en I. Heughebaert

Partijen en Peter De Smet, substituut-procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Gent werden gehoord in openbare terechtzitting; de stukken werden ingezien.

1. Gegevens van de zaak in beroep

1.1. Translini BVBA stelde op 24 oktober 2002 hoger beroep in tegen het vonnis van 25 september 2002 van de Rechtbank van Koophandel te Veurne, dat haar – op dagvaarding van 13 februari 2002 van de RSZ – op volgende overwegingen failliet verklaarde:

“Gehoord de partijen ter zitting van 12 juni 2002 waarop de debatten gesloten werden, het openbaar ministerie advies verstrekt heeft en [Translini BVBA] repliek gegeven heeft, waarop de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak van het vonnis werd gesteld ter zitting van 24 juni 2002.

Gezien het verzoekschrift tot heropening der debatten, ter griffie neergelegd op 25 juni 2002. (...)

Het verzoek van [Translini BVBA] tot heropening der debatten volgens verzoekschrift neergelegd op 25 juni 2002, wordt afgewezen. Wat er op de zitting van 13 juni 2002 van de Arbeidsrechtbank te Veurne gezegd geworden is, is geen feit van overwegend belang in de zin van artikel 772 Ger.W. Voor de arbeidsrechtbank vordert de RSZ betaling van de achterstallige bijdragen en aanhorigheden die een werkgever verschuldigd is, terwijl de rechtbank van koophandel oordeelt

over de faillissementsvoorwaarden wanneer deze door een dergelijke vordering tegen een handelaar wordt gevat. Dat [Translini BVBA] op 17 juni 2002 een aanvraag tot uitstel van betaling aan de RSZ gericht heeft, is geen door [Translini BVBA] ontdekt nieuw feit en ook al niet van overwegend belang, nu uit de gegevens zelf van de zaak blijkt dat de RSZ geen krediet (meer) verleent aan [Translini BVBA]; dit blijkt op zich reeds uit de vordering in faillissement die de RSZ tegen [Translini BVBA] stelt. Dat [Translini BVBA] na het sluiten der debatten bepaalde betalingen aan de RSZ gedaan heeft, is evenmin een door [Translini BVBA] ontdekt nieuw feit. Dit element kan wel in de beoordeling betrokken worden maar noodzaakt de heropening der debatten in casu niet, gezien de RSZ deze betaling als zodanig niet betwist (dossier van de rechtspleging, stuk nr. 28).

Luidens artikel 2 van de Faillissementswet bevindt de koopman die op duurzame wijze heeft opgehouden te betalen en wiens krediet geschokt is, zich in staat van faillissement. (...) Ter vervulling van de voorwaarde van de staking van betalingen is het niet-betalen van één enkele schuld voldoende, indien de onmogelijkheid om deze schuld te voldoen niet van voorbijgaande aard is. Indien [Translini BVBA] weliswaar sinds de dagvaarding en sedert de sluiting der debatten belangrijke betalingen verricht heeft, dan nog blijft zij voor een belangrijk bedrag schuldenaar van [de RSZ]. Uit de conclusie van [de RSZ], ingediend op 11 juni 2002, blijkt dat [Translini BVBA] op 29 maart 2002 nog een bedrag van

68.201,14 euro verschuldigd was (t.e.m. vierde kwartaal 2001), waarop 2.300,00 euro werd betaald op 21 mei 2002. Daarnaast was [Translini BVBA] nog 17.476,74 euro verschuldigd uit hoofde van de vakantiebijdrage 2001, alsook 21.180,80 euro uit hoofde van de bijdragen voor het eerste kwartaal 2002. Indien het juist is dat [Translini BVBA] deze bedragen op 26 juni 2002 vereffend heeft, dan nog blijkt dat zij op 19 september 2002 schuldenaar blijft van de RSZ voor een bedrag van 71.407,66 euro (dossier van de rechtspleging, stuk nr. 28). Uit de voorliggende gegevens, inzonderheid de informatie die door de Dienst Handelsonderzoeken werd opgevraagd blijkt anderzijds (cf. dossier van de rechtspleging, stuk nr. 14), dat [Translini BVBA] een schuld had van 73.269,36 euro (interessen berekend tot 20 juni 2002) aan het BTW-Ontvangkantoor te Oostende, waarvoor géén afbetalingsplan was toegekend (stuk 14a); dat [Translini BVBA] een schuld had van 5.416,73 euro (interessen berekend t.e.m. 5 juni 2002) aan het Tweede Ontvangkantoor der Directe Belastingen (Vennootschappen) te Brugge (stuk 14c); dat bij de gerechtsdeurwaarders van het arrondissement Veurne dossiers in uitvoering waren ten bedrage van 3.724,82 euro (stukken 14d en 14g). Deze schuldenlast blijkt inmiddels niet wezenlijk verminderd te zijn, wel integendeel. Bovendien blijkt, dat [Translini BVBA] ook stelselmatig de bedrijfsvoorheffing niet betaalt en dat de fiscus is overgegaan tot beslag onder derden in handen van alle gekende klanten van [Translini BVBA] en van de KBC-Bank (dossier van de rechtspleging, stukken 27 en 29). Daarenboven blijkt uit een verslag d.d. 1 februari 2002 van de depistagerechter (cf. dossier van de rechtspleging stuk nr. 3) dat de laatst neergelegde jaarrekening doet blijken van een eigen vermogen van slechts 2.407.759 BEF (of 59.686,79 euro) tegenover een vreemd vermogen van 55.177.607 BEF (of 1.367.817,15 euro), wat zonder meer erbarmelijk is op het vlak van de solvabiliteit. Wat meer is, het blijkt uit alle voorliggende gegevens dat er voortdurend een schuld blijft bestaan van [Translini BVBA] aan de RSZ en aan de fiscus (BTW en belastingen), meer bepaald worden de schulden van het verleden betaald door de huidige of laatst vervallen schulden niet te betalen. Zulks houdt in dat [Translini BVBA] zichzelf op oneigenlijke en onrechtmatige manier krediet verschaft. Ten slotte blijkt uit de proef- en saldibalans per 30 juni 2001 dat de vennootschap verlieslatend is. Indien er weliswaar een winst van om en bij 3,5 miljoen BEF wordt vooropgesteld, dan blijkt anderzijds dat de afschrijvingen (méér dan 7 miljoen BEF op jaarbasis) niet geboekt zijn én dat de loonmassa niet volledig geboekt is. Uit al deze gegevens blijkt de aanhoudende, duurzame toestand van staking van betalingen; er is geen sprake van (slechts) een tijdelijke liquiditeitscrisis zoals [Translini BVBA] beweert.

Het geschokt krediet van [Translini BVBA] blijkt uit de hierboven aangehaalde gegevens, meer bepaald dat [Translini BVBA] enkel zichzelf een oneigenlijk en onrechtmatig krediet kan verschaffen door haar opeisbare schulden uit het

verleden met haar schulden van nu te betalen. Het blijkt anderzijds niet dat [Translini BVBA] bij derden krediet kan bekomen waardoor zij haar vaststaande en opeisbare schulden zou kunnen voldoen. Ten slotte blijkt uit de stukken nrs. 27 en 29 (dossier van de rechtspleging) dat [Translini BVBA] alleszins geen krediet heeft van de fiscus; er werd dienaangaande géén afbetalingsplan toegestaan. Ook [de RSZ] weigert nog krediet onder de vorm van afbetalingsfaciliteiten te verlenen aan [Translini BVBA] (dossier van de rechtspleging, stuk nr. 28)⁷⁷.

1.2. Translini BVBA betwist haar staking van betaling en haar wankelen van het krediet, (1) waar zij haar schuld tegenover de RSZ al in zeer grote mate had aangezuiverd door haar betalingen op 7 februari 2002, 13 februari 2002, 22 februari 2002, 20 maart 2002 en 25 maart 2002 van respectievelijk 8.699,99 euro, 8.799,99 euro, 32.500 euro, 29.997,52 euro en 37.574,51 euro (zij in het totaal 117.574,50 euro) en de daaropvolgende betaling van de bijdragen van het eerste kwartaal 2002 *ad* 21.180,80 euro en de jaarlijkse vakantiebijdragen van 2001 *ad* 17.476,74 euro en (2) waar de RSZ haar voor het saldo afbetalingstermijnen heeft toegestaan.

Zij stelt verder dat haar rechten van verdediging werden miskend, waar zij het recht zou onthouden zijn om schriftelijk het advies te beantwoorden dat het openbaar ministerie op de zitting van 12 juni 2002 uitbracht, het bestreden vonnis gewag maakt van stukken uit het handelsonderzoek die het voorwerp niet hebben uitgemaakt van een tegensprekelijk debat en waar de eerste rechter haar verzoek dat strekte tot de heropening van de debatten heeft afgewezen.

Zij vordert (1) de vernietiging van het vonnis, (2) de vaststelling dat de RSZ geen rechtmatig belang meer heeft bij haar eis in faillietverklaring waar zij enerzijds betaling van haar schuldvordering bekam en Translini BVBA anderzijds de toegestane afbetalingsfaciliteit voor de haar nog verschuldigde bijdragen scrupuleus naleefde en (3) de veroordeling van de RSZ tot de betaling van een schadevergoeding van 1.250.000 euro wegens het roekeloos en tergend handhaven van haar eis in faillietverklaring van Translini BVBA.

1.3. De RSZ volhardt in haar eis die strekt tot de faillietverklaring, waar Translini BVBA spijs de uitgevoerde betalingen, nog altijd een saldo van 52.983,51 euro (vermeerderd met de intresten en bijdrageopslagen 71.407,66 euro) verschuldigd blijft en uit de PV's van gerechtsdeurwaarder Roegiers en het attest van de Ontvanger van de Registratie volgt, dat Translini BVBA over geen goederen beschikt waarop zij deze schuldvordering zou kunnen verhalen.

1.4. Het openbaar ministerie adviseert de nietigverklaring van het bestreden vonnis waar de rechten van verdediging van Translini BVBA werden miskend, aangezien de eerste rechter de stukken 27, 28 en 29 uit het rechtsplegingsdossier – die na de sluiting van de debatten werden neergelegd – bij zijn beraad betrok.

Hij stelt dat het Hof – ingevolge de devolutieve werking van het hoger beroep – het onderzoek “*of Translini BVBA zich in staat van faillissement bevindt*” moet overdoen.

Partijen hebben de gelegenheid gekregen zich uit te spreken over het advies en om besluiten in antwoord neer te leggen.

1.5. Translini BVBA legde op 16 april 2004 een verzoekschrift tot *conditionele* heropening van de debatten neer, waar zij bij toepassing van artikel 7 van de Faillissementswet een verzoek tot gerechtelijk akkoord heeft neergelegd ter griffie van de Rechtbank van Koophandel te Veurne. Binnen de acht dagen na de aanzegging van het verzoekschrift maakte de curator van het faillissement Translini BVBA zijn opmerkingen op het verzoekschrift over.

2. Beoordeling

2.1. Het hof vernietigt het vonnis van de eerste rechter waar de rechten van verdediging van Translini BVBA werden miskend.

2.1.1. Het faillissement werd uitgesproken op vordering van de RSZ en niet op vordering van het openbaar ministerie, die in de zaak alleen advies op de eis van de RSZ uitbracht, maar geen zelfstandige eis instelde.

2.1.2. Wel werden de gegevens betreffende de betaalmoelijkheden die Translini BVBA ondervond en die haar continuïteit konden bedreigen bij toepassing van artikel 5 van de Wet op het gerechtelijk akkoord verzameld en bij toepassing van artikel 10, § 1 door de kamer van handelonderzoeken van de Rechtbank van Koophandel te Veurne opgevolgd.

Uit de overgelegde stukken volgt, dat het onderzoek er gevoerd werd door René Desmet, consulaire rechter in handelonderzoeken (zie onder meer het verslag van 20 maart 2001, stuk 57 in het dossier van het handelonderzoek).

Met een brief gedagtekend op 1 februari 2002 legde Luc Dedecker het dossier van de gegevensinzameling over aan de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Veurne met volgende bevindingen: *“Ik heb het dossier met betrekking tot de vennootschap nagezien, alsook het dossier handelonderzoek. De vennootschap voldoet aan haar neerleggingsplicht. Uit de laatst neergelegde jaarrekening blijkt een eigen vermogen van 2.407.759 frank tegen een vreemd vermogen van 55.177.607 frank wat erbarmelijk is. Uit de negatieve info, blijkt dat de vennootschap niet solvabel is. Ter illustratie, doorlopend achterstallige schuld aan RSZ, BTW en Belastingen. De ene rekening is afgekort en de andere ligt weer klaar. Kortom de vennootschap betaalt haar schulden uit het verleden met de schulden van nu. De rechter handelonderzoek, concludeert dat de vennootschap tussentijds een winst had op 30 juni 2001 groot 3,5 miljoen frank, op basis van de voorgelegde proef- en saldibalans. Dit is volgens mij, met alle respect voor mijn collega, niet juist om twee redenen: de afschrijvingen meer dan 7 miljoen frank op jaarbasis zijn niet geboekt en ook de loonmassa is niet geboekt tot*

30 juni 2001, er is minstens één maand die ontbreekt. De vennootschap is dus verlieslatend! Mijn besluit is dat de vennootschap structureel ongezond is door gebrek aan eigen vermogen en enkel voorlopig kan in leven blijven door het betalen van oude schulden met nieuwe schulden. Deze onderneming is virtueel failliet”.

Zonder nadere verklaring werd het dossier van de gegevensinzameling dat Luc Dedecker aan de voorzitter overmaakte, op 22 februari 2002 aan het gerechtsbundel toegevoegd (zie stuk 3 van het rechtsplegingsdossier). Het dossier van de gegevensinzameling was toen nog niet afgesloten en het werd evenmin overgemaakt aan de procureur des Konings, die de faillietverklaring had kunnen vorderen (zie de stukken 6a tot h en 14a tot i in het rechtsplegingsdossier; zie art. 10, § 2 en § 3, van de Wet op het gerechtelijk akkoord. Zo werden – zonder nadere verklaring – op 28 maart 2002 en 4 juni 2002 aanvullende stukken van het dossier van de gegevensinzameling aan het rechtsplegingsdossier toegevoegd (zie de stukken 6 en 14 in het rechtsplegingsdossier). Daarenboven werd het rechtsplegingsdossier – nadat de debatten op 26 juni 2002 al gesloten waren en het openbaar ministerie al advies had verleend – verder aangevuld met stukken 27 tot 29, die op 23 en 24 september 2002 werd neergelegd.

2.1.3. De procesvoering waarin de Wet op het gerechtelijk akkoord van 17 juli 1997 en de Faillissementswet van 8 augustus 1997 voorzien werd niet gevolgd. De eerste rechter ging eraan voorbij dat deze wetgeving een einde stelde aan het ambtshalve onderzoek naar de staking van betaling en het wankelen van het krediet door de rechter die het faillissement uitspreekt. Het onderzoek wordt voortaan gevoerd door de kamer van handelonderzoeken, die het dossier van de gegevensinzameling aan de procureur des Konings kan overmaken en die een zelfstandige vordering in faillietverklaring kan instellen, waarbij hij als partij in de zaak optreedt en zijn stukken overeenkomstig de artikelen 736 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek aan de tegenpartij moet overleggen.

2.1.4. Gezien het openbaar ministerie hier geen partij was en de RSZ zich niet beriep op de gegevens die het dossier van de gegevensinzameling bevatte, moest Translini BVBA zich niet verwachten aan de toevoeging van dit dossier aan het rechtsplegingsdossier; daarenboven betrof de eerste rechter in zijn beraad zelfs stukken, die na het sluiten van de debatten werden neergelegd en waarop Translini BVBA zich niet heeft kunnen verdedigen.

2.2. De devolutieve werking van het hoger beroep is beperkt tot de eis, zoals de RSZ die op grond van haar schuldvoordering voor de eerste rechter heeft gesteld. Het hof is – zoals de eerste rechter – alleen gevat met de eis van de RSZ die strekt tot de faillietverklaring van Translini BVBA en moet alleen uitmaken of – op datum van het vonnis van faillietverklaring – de RSZ haar eis afdoende bewees en aantoonde dat de voorwaarden voor de faillietverklaring vervuld waren.

De Faillissementswet van 8 augustus 1997 verleent de beroepsrechter evenmin als de eerste rechter een inquisitoire bevoegdheid (zie Cass. 25 juni 1993, *Arr. Cass.* 1993, III, p. 630).

2.3. Het hof stelt vast dat de RSZ de staking van betaling en het wankelen van krediet van Translini BVBA op datum van het vonnis van faillietverklaring niet bewees.

(...)

Ook nu blijft het onbewezen, dat Translini BVBA deze betalingen heeft uitgevoerd door nieuwe opeisbare schulden te maken.

Geïntimeerden weerleggen evenmin, dat Translini BVBA op datum van de faillietverklaring nog het krediet genoot van haar banken (De Bank Nagelmackers en KBC). Voor het onrechtmatig opgenomen krediet tegenover de RSZ stond de arbeidsrechtbank een betalingsuitstel toe, zodat dit gegeven al evenmin toeliet om op datum van het vonnis van faillietverklaring het wankelen van het krediet van Translini BVBA te weerhouden.

2.4. Translini BVBA bewijst niet dat RSZ op tergende en roekeloze wijze het faillissement vorderde. De procedure volgde op een aanzienlijke betalingsachterstal van Translini

BVBA, die daarenboven niet kon uitgewonnen worden door de gerechtsdeurwaarder, die RSZ aanzocht.

Dit wettigde het vermoeden in hoofde van de RSZ dat Translini BVBA haar betalingen had gestaakt en dat haar krediet wankelde; voor dit vermoeden – die de procedure uitlokte – is Translini BVBA aansprakelijk, zodat het hof ook de gedingkosten tussen partijen omslaat en elke partij in de eigen gedingkosten verwijst.

2.5. Het verzoek tot heropening van de debatten bevat geen nieuw stuk of feit van overwegend belang, die de hierboven weerhouden vaststellingen zouden kunnen aanvullen.

Op deze gronden,

Het hof,

(...)

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk.

Vernietigt het bestreden vonnis.

Verklaart de wederzijdse vorderingen van partijen ontvankelijk maar ongegrond.

Slaat de gedingkosten tussen partijen om, en verwijst elke partij in de eigen gedingkosten.

(...)