

effeningstelling, hetzij op een tijdstip tijdens de vereffening³⁴. Artikel 12 laatste lid Faill.W. bepaalt immers dat het tijdstip van staking van betaling ten vroegste kan worden bepaald op de dag van het ontbindingsbesluit.

4. *Beslissing Hof van Cassatie* – Het Hof van Cassatie oordeelde als volgt:

”1. Naar luid van artikel 12, zesde lid, van de *Faillissementswet*, mag het vonnis het tijdstip van staking van betaling niet vaststellen op meer dan zes maanden voor het vonnis van faillietverklaring, tenzij dit vonnis het faillissement betreft van een meer dan zes maanden voor de faillietverklaring ontbonden rechtspersoon waarvan de vereffening al dan niet werd afgesloten, en waarvoor aanwijzingen bestaan dat deze is of wordt bewerkstelligd met de bedoeling nadeel te berokkenen aan de schuldeisers. In dat geval kan het tijdstip van het ophouden van betalen worden vastgesteld tot op de dag van het ontbindingsbesluit. Deze bepaling is ook van toepassing wanneer het vennootschapsvermogen, volgens het toen geldende recht, wordt vereffend zonder dat daartoe door de vennoten een formele beslissing tot ontbinding van de vennootschap werd genomen. In dat geval kan de datum van het ophouden van betalen worden vastgesteld tot op dat tijdstip.

2. Door te oordelen dat voor de toepassing van artikel 12 van de *Faillissementswet* een formele ontbinding van de vennootschap is vereist en dat een feitelijke toestand van vereffening niet volstaat en op die gronden de eisers, hun vordering om de datum van het ophouden te betalen vast te stellen op meer dan zes maanden voor het vonnis van faillietverklaring af te wijzen, schenden de appelrechters deze wetsbepaling.”

Het Hof van Cassatie vernietigt derhalve het beroepsarrest waarin werd geoordeeld dat de vaststelling dat de vennootschap in feite reeds in september 1996, minstens voor einde 1996, haar handelsfonds volledig heeft overgedragen en geen activiteiten meer uitoefende, niet toeliet te besluiten dat alsdan reeds een ontbindingsbesluit werd genomen. Het hof van beroep eiste voor de toepassing van artikel 12 Faill.W. het bestaan van een formeel ontbindingsbesluit, hetzij bij beslissing van de algemene vergadering van aandeelhouders, hetzij langs gerechtelijke weg op initiatief van een schuldeiser of van het Openbaar Ministerie. Een feitelijke vereffening volstaat, in de bewoordingen van de appelrechter, niet om de terugbrenging van de datum van staking van betaling te verantwoorden. Aangezien de vennootschap uiteindelijk gerechtelijk werd ontbonden wegens niet-tijdig neerleggen van de jaarrekeningen op 10 oktober 2000 en dergelijke ontbinding niet werd bewerkstelligd met de bedoeling nadeel te berokkenen aan de schuldeisers, maakte het hof van beroep geen toepassing van artikel 12, laatste lid Faill.W.

³⁴. I. VEROUWSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Brussel, Kluwer, 2003, p. 404, nr. 671.

5. *Evaluatie* – De beslissing van het Hof van Cassatie is gesteund op het principe “*fraus omnia corrumpit*”. Er anders over oordelen zou er op neerkomen dat via de weg van een feitelijke frauduleuze vereffening schuldeisers de bescherming van artikel 12 laatste lid Faill.W. zouden ontberen. Dit spoort niet met de hoger besproken *ratio legis* van de bepaling³⁵. Na lezing van het besproken arrest kan worden geconcludeerd dat de toepassing van artikel 12 laatste lid Faill.W. vereist dat twee voorwaarden zijn vervuld: 1° een meer dan zes maanden vóór faillietverklaring ontbonden rechtspersoon; 2° aanwijzingen dat de vereffening wordt bewerkstelligd met de bedoeling nadeel te berokkenen aan de schuldeisers. Het bestaan van een formeel ontbindingsbesluit wordt niet weerhouden als voorwaarde.

Annick De Wilde
Vrijwillig wetenschappelijk medewerker, KU Leuven
Bedrijfsjurist

COUR DE CASSATION 19 JANVIER 2006

LOI SUR LES FAILLITES

Modification de la date de cessation de paiement

B.S./H.A., Top Star International, V.G. et V.P.

Siég.: R. Boes, E. Waûters, G. Bourgeois, G. Londers et E. Dirix

M.P.: G. Dubrulle (avocat général)

Pl.: Me Claeys-Boúúaert

R.G. C.04.0446.N

1. *Exposé des faits* – L’arrêt du 19 janvier 2006 a trait à la modification de la date de cessation de paiement lors de la faillite d’une société en liquidation (application de l’art. 12 dernier al. L.faill.). Les faits les plus importants qui sont à la base de cet arrêt, peuvent être résumés comme suit.

La SA Top Star International a été mise en liquidation de fait suite à une décision du 12 septembre 1996. En date du 13 février 1997, la société a été liquidée de fait avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 1997. Dans le cadre de ladite liquidation de fait, la totalité du fonds de commerce a été vendue avec une plus-value. Les actions ont été transférées à une personne morale. Il n’y a eu aucune déclaration d’impôt. Tout les moyens liquides disponibles ont été retirés de la société pour le financement de l’achat d’actions sans valeur et les avoirs en caisse de la société ont été alloués aux époux V.-P. Par cette construction, la société échappe aux impôts. En réaction, l’État belge requiert la modification de la date

³⁵. Vgl. Chr. VAN BUGGENHOUT, “Kanttekeningen bij de wetten betreffende het gerechtelijk akkoord en het faillissement”, *R.W.* 1997-98, (449) 459.

de cessation de paiement jusqu'à la date de la décision de la liquidation de fait, à savoir le 12 septembre 1996. L'État belge a succombé aussi bien en première instance qu'en appel.

2. *Contexte* – En principe, la cessation de paiement est réputée avoir lieu à partir du jugement déclaratif de faillite. Le tribunal ne peut fixer à une date antérieure la cessation de paiement, sauf si des éléments sérieux et objectifs indiquent clairement que la cessation de paiement a eu lieu avant le jugement. La modification de la date de cessation de paiement n'est pas illimitée dans le temps. La date de la cessation de paiement ne peut être fixée à une date précédant de plus de six mois le jugement déclaratif de faillite³⁶. Toutefois, il existe une exception à cette règle pour la faillite d'une personne morale dissoute plus de six mois avant le jugement déclaratif de faillite, que sa liquidation soit clôturée ou non. Dans le cas où il existe des indices que la liquidation a été ou est menée dans l'intention de nuire aux créanciers, la date de la cessation de paiement peut être fixée au jour de la décision de dissolution. Dans cette hypothèse, le tribunal peut remonter plus de six mois en arrière³⁷.

3. *Ratio legis* – Le but de cette règle particulière est d'engager la lutte contre les liquidations volontaires frauduleuses des sociétés. La prolongation de la période de six mois précédant la faillite, vise à (pouvoir) frapper tout acte commis depuis la dissolution. Toutefois, l'application de cette disposition est soumise à deux conditions. La prolongation de la période suspecte ne sera réalisable que s'il existe des indices que la liquidation a été menée dans l'intention de nuire aux créanciers. À cet égard, on peut penser à une aliénation à des prix excessivement bas ou à un transfert en faveur d'actionnaires introuvables³⁸. Une autre hypothèse est celle d'une liquidation qui vise à échapper à la publicité et au contrôle accompagnant la faillite ainsi qu'aux sanctions civiles et pénales résultant de celle-ci³⁹. Une deuxième condition est que la prolongation soit appliquée vis-à-vis "d'une personne morale dissoute plus de six mois avant le jugement déclaratif de faillite, dont la liquidation est clôturée ou non". Cette condition comprend une limitation: la période suspecte ne peut être reportée plus de six mois pour des sociétés qui n'ont pas encore été dissoutes depuis plus de six mois⁴⁰. Le curateur ou

tout tiers intéressé qui requiert la modification de la date de cessation de paiement, sera tenu de démontrer les éléments objectifs et sérieux de nature à révéler que la société a cessé ses paiements, ainsi que la preuve, du moins des indices, que la liquidation a été frauduleusement réalisée, soit au moment de la dissolution, soit ultérieurement en cours de liquidation⁴¹. En effet, l'article 12 dernier alinéa L.faiill. stipule que la date de la cessation de paiement ne peut être fixée avant le jour de la décision de dissolution.

4. *Décision de la Cour de cassation* – La Cour de cassation a statué comme suit:

"1. Aux termes de l'article 12, sixième alinéa, de la Loi sur les faillites, le jugement ne peut pas fixer la date de la cessation de paiement à une date précédant de plus de six mois le jugement déclaratif de faillite sauf s'il s'agit d'une faillite d'une personne morale dissoute plus de six mois avant le jugement déclaratif de faillite, dont la liquidation est clôturée ou non et s'il existe des indices que la liquidation a été ou est menée dans l'intention de nuire aux créanciers. Dans ce cas, la date de la cessation de paiement peut être fixée au jour de la décision de dissolution. Cette disposition est également applicable quand l'avoir social, conformément au droit qui était en vigueur autrefois, est liquidé sans que les associés aient pris une décision formelle en dissolution de la société. Dans ce cas, la date de cessation de paiement peut être fixée à cette date.

2. En statuant qu'une dissolution formelle de la société est requise pour l'application de l'article 12 de la Loi sur les faillites et qu'une situation de fait ne suffit pas, et en rejetant à ce titre la demande de fixer la date de cessation de paiement à plus de six mois avant le jugement déclaratif de faillite, la juridiction d'appel viole cette disposition de la loi."

La Cour de cassation casse l'arrêt qui avait considéré que la constatation que la société avait déjà transféré son fonds de commerce au mois de septembre 1996, du moins avant fin 1996, et qu'elle n'exerçait plus d'activités, ne permettait pas de conclure que la décision de dissolution avait déjà été prise à ce moment. Pour l'application de l'article 12 L.faiill., la cour d'appel a requis l'existence d'une décision formelle de dissolution, soit par décision de l'assemblée générale des actionnaires, soit par la voie judiciaire sur l'initiative d'un créancier ou du Ministère Public. Selon la juridiction d'appel, une liquidation de fait ne suffit pas pour justifier le report de la date de la cessation de paiement. Etant donné que la société était finalement légalement dissoute le 10 octobre 2002 pour dépôt tardif des comptes annuels et que la dissolution n'était pas menée dans l'intention de nuire aux créanciers, la cour d'appel n'a pas fait application de l'article 12, dernier alinéa L.faiill.

³⁶. Voy. p. ex. Comm. Bruges (section Ostende), *R.W.* 1999-2000, 786.

³⁷. Il convient d'observer que cette règle ne porte pas atteinte à l'art. 2 al. 4 L.faiill. stipulant que la personne morale ne peut être déclarée en faillite que jusqu'à six mois après la clôture de la liquidation.

³⁸. E. WYMEERSCH, "Toepassingsvoorwaarden", in H. BRAECKMANS, E. DIRIX et E. WYMEERSCH, *Faillissement & Gerechtelijk akkoord: het nieuwe recht*, Antwerpen, Intersentia, 1998, (79) 86-87, n° 9.

³⁹. J. WINDEY-GOUDER DE BEAUREGARD, "La procédure", 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 Droit de Liège, 1998, (159) 206-207, n° 78.

⁴⁰. E. WYMEERSCH, "Toepassingsvoorwaarden", in H. BRAECKMANS, E. DIRIX et E. WYMEERSCH (eds.), *Faillissement & Gerechtelijk akkoord: het nieuwe recht*, Anvers, Intersentia, 1998, (79) 86-87, n° 9.

⁴¹. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Brussel, Kluwer, 2003, p. 404, nr. 671.

5. *Évaluation* – La décision de la Cour de cassation se fonde sur le principe “*fraus omnia corrumpit*”. Une autre appréciation impliquerait que par une liquidation de fait frauduleuse, les créanciers seraient privés de de la protection de l’article 12 dernier alinéa L.faill., ce qui est contradictoire à ce qui a été évoqué dans la *ratio legis* de la disposition évoquée ci-dessus⁴². On doit conclure de la lecture de l’arrêt évoqué que deux conditions doivent être remplies pour l’application de l’article 12 dernier alinéa L.faill.: 1° une personne morale dissoute plus de six mois avant le jugement déclaratif de faillite; 2° des indices que la liquidation est menée dans l’intention de nuire aux créanciers. L’existence d’une décision formelle de dissolution n’est pas considérée comme une condition.

Annick De Wilde
Collaborateur scientifique volontaire, K.U.Leuven
Juriste d’entreprise

HOF VAN BEROEP ANTWERPEN

5 DECEMBER 2005

ONDERAANNEMING

Rechtstreekse vordering (art. 1798 B.W.)

B.V. q.q./A.-J.D., C.S. en BVBA DD P.

Zet.: M. Carette, A. Peeters, G. Bresseleers
2004/AR/2191

Zevende kamer

De feiten die aanleiding gaven tot het besproken arrest zijn eenvoudig. Een bouwheer betaalde rechtstreeks aan een onderaannemer nadat deze hiertoe de vraag had gesteld. Op de facturen van de onderaannemer aan de hoofdaannemer werd opgenomen: “*voldaan, gebruik gemaakt van het rechtstreekse invorderingsrecht; wetboek artikel 1798*”. Na het faillissement van de hoofdaannemer stelde de curator dat deze betaling onrechtmatig was geschied.

Eén van de vragen die rezen, was de vraag of de rechtstreekse vordering van de onderaannemer tegen de bouwheer *ex* artikel 1798 B.W. al dan niet door middel van een dagvaarding dient te worden ingesteld. Dit was in voorkomend geval niet gebeurd. Het doel van de curator was duidelijk. Indien een dagvaarding vereist was, was de rechtstreekse vordering niet ingesteld en had de bouwheer niet bevrijdend aan de onderaannemer betaald.

Het hof te Antwerpen stelde in het besproken arrest dat dit niet het geval is.

⁴² Vgl. Chr. VAN BUGGENHOUT, “Kanttekeningen bij de wetten betreffende het gerechtelijk akkoord en het faillissement”, *R.W.* 1997-98, (449) 459.

“*In het procesrecht duidt het woord ‘rechtstreekse vordering’ alleen op het vorderingsrecht, met name de wettelijke bevoegdheid van een rechtssubject om een zaak voor de rechtbank te brengen. Zodra dit recht ook daadwerkelijk wordt uitgeoefend spreekt men niet meer van rechtstreekse vordering, doch van ‘vordering’ of ‘eis’, dit is de processuele handeling waardoor de rechtstreekse vordering concreet wordt uitgeoefend via de gemeenschappelijke modaliteit van de dagvaarding. De stelling dat de rechtstreekse vordering bij dagvaarding wordt uitgeoefend is dan ook het gevolg van een verwarring tussen de begrippen ‘rechtstreekse vordering’ en ‘eis’. Daarbij is de rechtstreekse vordering niet meer dan een door de wetgever aangeboden waarborg om betaling te bekomen, waarbij het de genoemde titularissen vrij staat al dan niet van deze waarborg gebruik te maken. Het valt niet in te zien waarom deze wilsuïting meteen moet veruitwendigd worden via een proces met de bouwheer. Het is immers niet de bedoeling de onder schuldenaar in gebreke te stellen, noch hem uit te winnen.*”

Hiermee maakte het hof een toepassing van het principearrest van het Hof van Cassatie d.d. 25 maart 2005 dat ter zake stelde dat een (aangetekend) schrijven volstond⁴³.

De oplossing van de zevende kamer van het hof van beroep te Antwerpen en het Hof van Cassatie ligt ongetwijfeld in de lijn van de tekst van artikel 1798 B.W. doch het is duidelijk dat één en ander in de praktijk tot problemen zal leiden.

Vooreerst valt het te vrezen dat de betreffende brieven niet steeds duidelijk zullen zijn opgesteld en het niet duidelijk is of de rechtstreekse vordering nu al dan niet wordt ingesteld.

Daarenboven is het niet uitgesloten dat bouwheren geconfronteerd worden met brieven van aannemers waarvan zij zelfs het bestaan niet kenden. Kan men van deze bouwheren vragen dat zij nagaan of deze onderaannemers wel degelijk op de werf werkzaam waren?

Ten derde is de vraag of een bepaalde contractant van een aannemer als onderaannemer en derhalve als titularis van de rechtstreekse vordering dient te worden beschouwd (met andere woorden verbonden door een overeenkomst van aanneming van werk), niet steeds eenvoudig te beantwoorden. Vraag is of men van bouwheren/leken kan verwachten dat zij deze afweging maken.

Van het antwoord op deze twee laatste vragen hangt nochtans heel wat af. Een betaling aan de eigen (hoofd-)aannemer na een brief waarin een onderaannemer de rechtstreekse vordering (terecht) instelt, heeft grote gevolgen en de bouwheer loopt het risico twee maal te zullen moeten betalen. Omgekeerd heeft ook een betaling aan de onderaannemer na een

⁴³ Cass. 25 maart 2005, *T.B.B.R.* 2005, 405.

Zie reeds A. CUYPERS, “De rechtstreekse vordering en het voorrecht van de onderaannemer”, *R.W.* 1997-98, 797, nr. 13; A. CUYPERS, “De rechtstreekse vordering en het voorrecht van de onderaannemer”, in *Overeenkomstenrecht*, PUC Willy Delva, Antwerpen, Kluwer, 2000, 455, nr. 569; F. GEORGES (noot onder Luik 23 mei 1996), *J.L.M.B.* 1997, 602.