

RECHTSLEER

DOCTRINE

FAILLISSEMENT / FAILLITE

Over de noodzakelijke partij in het geding

Amaryllis Bossuyt¹

A. Arresten van het hof van beroep te Antwerpen van 17 maart 2005 en 16 november 2006	943
1. Arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 17 maart 2005	943
<i>a. Antecedenten</i>	943
<i>b. Arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 17 maart 2005</i>	943
2. Arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 16 november 2006	944
<i>a. Antecedenten</i>	944
<i>b. Arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 16 november 2006</i>	944
B. De partij in het procesrecht	944
1. De partij zelf	944
2. De vertegenwoordiger van de partij	945
C. De noodzakelijke partij in het faillissementsrecht	946
1. De curator, een noodzakelijke partij die in de faillissementsprocedure dient te worden betrokken	946
<i>a. Reden waarom de curator in de faillissementsprocedure moet worden betrokken</i>	946
<i>b. Wijze waarop de curator in de faillissementsprocedure wordt betrokken</i>	947
<i>c. Onsplitsbaarheid van de faillissementsprocedure</i>	948
<i>d. Vereffening en sluiting van het faillissement</i>	948
2. Enkele procesmogelijkheden van de curator	948
<i>a. Het verzet tegen het faillissementsvonnis en het arrest dat een faillissementsvonnis bevestigt</i>	948
<i>b. Cassatieberoep tegen een beslissing die het faillissement intrekt</i>	949
<i>c. Cassatieberoep tegen de beslissing betreffende de vervanging van de curator</i>	949
3. Artikelen L661-1 tot L661-7 van de Franse Code de commerce	950
D. Andere noodzakelijke partijen?	950
1. De schuldbemiddelaar	950
2. De vereffenaar	951
3. De voorlopige bewindvoerder over een vennootschap	951
4. De lasthebber ad hoc	951
5. Schuldeisers die een inschrijving of kantmelding hebben op het onroerend goed dat de curator uit de hand wil verkopen	952
6. Personen die krachtens artikel 73sexies van het BTW-Wetboek hoofdelijk gehouden zijn tot betaling van de ontdoken belasting	952
Conclusie	953

¹ De auteur is referendaris bij het Hof van Cassatie. Deze tekst bevat uitsluitend haar persoonlijk standpunt.

SAMENVATTING

Moet de gefailleerde zijn rechtsmiddel tegen het faillietverklarend vonnis richten tegen de wederpartij die het faillissement vorderde en tegen de curator, of is het voldoende dat deze laatste op een of andere wijze in de procedure wordt betrokken? Traditioneel wordt aangenomen dat het rechtsmiddel tegen beiden moet worden gericht, binnen de door de wet bepaalde termijnen.

Geen wettelijke procesbepaling schrijft voor dat de curator in de beroeps- of verzetsprocedure tegen het faillissementsvonnis moet worden betrokken. De grondslag van deze verplichting kan men echter zoeken in het materieel recht. Te rekenen van het vonnis van faillietverklaring wordt de failliete boedel immers door de curator bestuurd. Aan hem wordt het beheer van de goederen van de gefailleerde toevertrouwd die als gerechtelijk lasthebber de bij wet bepaalde machten uitoefent in het belang van zowel de gezamenlijke schuldeisers als van de gefailleerde.

Het Hof van Cassatie oordeelde reeds om analoge reden dat uit de aard zelf van de procedure vloeit dat wanneer hoger beroep wordt ingesteld door de schuldenaar die opkomt tegen een beslissing waarbij de herroeping van de beschikking van toelaatbaarheid van een collectieve schuldenregeling wordt uitgesproken, de schuldbemiddelaar moet betrokken worden in de rechtspleging in hoger beroep. De boedel van de schuldenaar wordt tijdens de collectieve schuldenregeling immers in vergaande mate door de schuldbemiddelaar bestuurd.

Zelfs indien eenieders rechtsgevoelen het ermee eens is dat de curator in de procedure tegen het faillissementsvonnis moet worden betrokken, bestaat er toch onenigheid over de wijze waarop dit dient te gebeuren. Is het voldoende dat kopie van de dagvaarding zonder meer aan hem wordt medegegeeld, of dient hij op straffe van niet ontvankelijkheid binnen de wettelijke termijnen te verschijnen of mede te worden gedagvaard? Geen van deze oplossingen lijkt ons de juiste. Wij opteren voor een middenweg.

Tenslotte zijn de bemiddelaar en de curator niet de enigen die, wegens de aard van hun opdracht waarmee ze worden belast, in bepaalde procedures dienen te worden betrokken; hetzelfde geldt ons inziens onder meer ook voor de vereffenaar, de voorlopige bewindvoerder over een vennootschap en de lasthebber ad hoc.

RÉSUMÉ

Le failli doit-il diriger son recours contre le jugement déclaratif de faillite contre l'autre partie qui a requis la faillite et contre le curateur, ou suffit-il que ce dernier soit impliqué d'une manière ou d'une autre dans la procédure? On accepte traditionnellement que le recours doive être adressé aux deux, dans les délais fixés par la loi.

Aucune disposition procédurale ne prescrit que le curateur doit être attiré à la procédure d'opposition ou d'appel contre le jugement de faillite. On peut toutefois rechercher le fondement de cette obligation dans le droit matériel. À compter du jugement déclaratif de faillite, la masse de la faillite est en effet administrée par le curateur. La gestion des biens du failli lui est confiée et il exerce les pouvoirs fixés par la loi en tant que mandataire judiciaire, dans l'intérêt tant des créanciers communs que du failli.

Pour des motifs analogues qui découlent de la nature même de la procédure, la Cour de cassation a décidé que lorsque l'appel est intenté par le débiteur qui s'oppose à une décision qui prononce la révocation de la décision d'admissibilité d'un régime de règlement collectif de dettes, le médiateur de dettes doit être attiré à la procédure d'appel. Durant le régime de règlement collectif de dettes, la masse du débiteur est en effet administrée dans une large mesure par le médiateur de dettes.

Même si le sens juridique de chacun est d'accord pour admettre que le curateur doit être impliqué dans la procédure contre le jugement de faillite, il n'y a pourtant pas d'unanimité sur la façon dont cela doit se faire. Suffit-il que la copie de la citation lui soit communiquée sans plus, ou doit-il, sous peine de l'irrecevabilité de la citation, être cité ou comparu dans les délais légaux? Aucune de ces solutions ne nous semble la bonne. Nous optons pour une voie médiane.

Enfin, le médiateur et le curateur sont-ils les seuls, vu la nature de la mission dont ils sont chargés, à devoir être impliqués de la sorte? Une solution analogue s'impose pour le liquidateur, l'administrateur provisoire d'une société et le mandataire ad hoc lors de l'exercice de voies de recours.

INLEIDING

1. Huidige bijdrage is opgesteld naar aanleiding van de arresten van het hof van beroep te Antwerpen van 17 maart 2005 en 16 november 2006².

De hamvraag in deze arresten is of de gefailleerde zijn rechtsmiddel tegen het faillietverklarend vonnis zowel tegen de wederpartij die het faillissement vorderde als tegen de curator moet richten, dan wel of het volstaat dat de curator op enigerlei wijze in deze procedure wordt betrokken. Traditioneel wordt aangenomen dat het rechtsmiddel tegen beiden

moet worden gericht, binnen de door de wet bepaalde termijnen.

Het probleem van de noodzakelijke partij betreft binnen het handelsrecht niet enkel insolventiegeschillen maar ook andere contexten, zoals bijvoorbeeld de vereffening. Na de procedurele positie van de curator vanuit de twee arresten van het hof van beroep te hebben behandeld, trachten we aldus de situatie van de partij en degene wiens rechten door de getroffen beslissing werden aangetast ook ruimer te bekijken.

A. ARRESTEN VAN HET HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN VAN 17 MAART 2005 EN 16 NOVEMBER 2006

1. Arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 17 maart 2005

a. Antecedenten

2. Bij vonnis van 29 april 2004 sprak de rechtbank van koophandel te Hasselt het faillissement uit van de VOF VEKO en haar twee zaakvoerders. Tevens werd een curator aangesteld. De curator liet op 5 mei 2004 het vonnis betekenen aan de zaakvoerders en op 6 mei 2004 aan de VOF VEKO. Als gevolg hiervan stelden één van de zaakvoerders en de VOF verzet in tegen het vonnis³. Zij dagvaardden op 5 en 6 mei 2004 degenen die de faillietverklaring hadden gevorderd en de andere zaakvoerder om te verschijnen op de terechtzitting van 27 mei 2004. Hierbij dient te worden vermeld dat de curator, niet gedagvaard, niettemin vrijwillig verscheen op die terechtzitting.

Het verzet werd door de rechtbank van koophandel te Hasselt bij vonnis van 24 juni 2004 niet ontvankelijk verklaard om volgende redenen: “Uit het feit dat het verzet, op straffe van niet-ontvankelijkheid, tegen de curator moet worden gericht, volgt dat het principe van de ondeelbaarheid van het verzet in casu toepasselijk is en de curator binnen de verzetstermijn had moeten gedagvaard zijn of minstens binnen deze termijn vrijwillig had dienen te verschijnen.”

b. Arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 17 maart 2005

3. Het hof van beroep te Antwerpen is het met deze redering van de eerste rechter niet eens en oordeelt dat het verzet wel degelijk ontvankelijk is.

Volgens het hof van beroep dient overeenkomstig het gemeen procesrecht het rechtsmiddel in de regel enkel tegen de “tegenpartij” te worden ingesteld. De curator kan te dezen niet worden beschouwd als een partij in het geding *a quo*, aangezien hij pas door het faillietverklarend vonnis aangesteld wordt en vanaf dan het vereffeningsbewind over het buiten bezit gestelde vermogen waarneemt. Ook de Faillissementswet bepaalt niet dat het rechtsmiddel tegen een vonnis van faillietverklaring ook tegen de curator dient te worden ingesteld.

4. Het hof van beroep verwijst naar de rechtsleer die het er over eens is dat “uit de aard van de faillissementsprocedure voortvloeit dat hij die de wettelijke vertegenwoordiger van het buiten bezit gesteld vermogen van de gefailleerde is, met name de curator, in de zaak dient betrokken te worden”. Het hof van beroep gaat akkoord met deze stelling maar oordeelt dat daaruit niet kan of mag worden afgeleid, zonder enige wetsbepaling in die zin, dat op straffe van niet-ontvankelijkheid het aangewend rechtsmiddel ook tegen de curator zelf – die geen gedingpartij, noch was, noch is – moet *ingesteld* worden: “daartegen verzet zich de rechtszekerheid en duidelijkheid waarop elke rechtszoekende recht heeft bij het nalezen van de wetteksten over de wijze waarop een rechtsmiddel tegen een vonnis dient ingesteld te worden.”

² T.B.H. 2006, 1062.

³ Krachtens art. 14, lid 2 en 3 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997, kan tegen een vonnis van faillietverklaring verzet worden gedaan door de verstekdoende partijen en derdenverzet door de belanghebbenden die daarbij geen partij zijn geweest. Het verzet is slechts ontvankelijk indien het wordt gedaan binnen vijftien dagen na de betekening van het vonnis. Het derdenverzet is slechts ontvankelijk indien het wordt gedaan binnen vijftien dagen na de opnemings van het uittreksel van het vonnis in het *Belgisch Staatsblad*.

De terechte zorg om de curator in de procedure (volgend op het rechtsmiddel) te *betrekken*, opdat hij de rechtbank nuttig zou kunnen inlichten over de feiten ter beoordeling van de gegrondheid van het aangewend rechtsmiddel, kan volgens het hof van beroep op diverse manieren worden gerealiseerd. *In casu* is dit gebeurd door de vrijwillige verschijning van de curator op de inleidende zitting op verzet.

2. Arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 16 november 2006

a. Antecedenten

5. Op 20 april 2006 is de NV Jodico failliet verklaard en werden twee curators aangesteld. De NV Jodico tekende hoger beroep aan tegen deze beslissing, maar richtte deze niet tegen de curators. De BVBA Feestmaterialen Lieben, op wiens vordering de faillietverklaring is uitgesproken, voerde voor het hof van beroep aan dat het hoger beroep van de NV Jodico niet ontvankelijk was.

b. Arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 16 november 2006

6. Het hof van beroep oordeelt dat de curator, als gerechtelijk mandataris over de goederen van de gefailleerde, moet betrokken worden in het hoger beroep. Het hoger beroep kan volgens het hof niet ontvankelijk verklaard worden indien de curator niet in de zaak in hoger beroep betrokken is.

Aangezien de curator geen partij is in het geding dat tot het vonnis van faillietverklaring leidt en slechts door en als gevolg van dat vonnis zelf in hoger beroep dient te worden betrokken, was het hof van beroep van oordeel dat niet vereist is dat het in de zaak betrekken van de curators te dezen diende te geschieden binnen de in artikel 14 van de Faillissementswet bedoelde termijnen.

7. Om de gefailleerde toe te laten de procedure alsnog “te regulariseren” door de curator erin te betrekken, besloot het hof van beroep tot het heropenen van het debat. Aangezien de gefailleerde op deze uitnodiging niet is ingegaan, heeft het hof van beroep op 8 maart 2007 geoordeeld dat haar hoger beroep niet regelmatig en derhalve niet ontvankelijk was.

B. DE PARTIJ IN HET PROCESRECHT

1. De partij zelf

8. De kwalificatievereisten van de “partij” die hoger beroep kan instellen, werden door het Hof van Cassatie reeds onderzocht bij arrest van 1 maart 1888. Het Hof oordeelt dat om als partij in zake te worden beschouwd in een procedure strekkende tot de opname van schuldvorderingen, en derhalve het recht te hebben om hoger beroep in te stellen, het niet volstaat op de zitting aanwezig te zijn geweest en de mededeling van de dagvaarding en stukken tot staving van de schuldvordering te hebben gevraagd. Daarenboven moet een betwisting zijn opgeworpen ten aanzien van de vordering van de schuldeiser⁴. Geinger en Vanlersberghe stellen zich vragen betreffende deze noodzaak van het opwerpen door de oproepen persoon van een betwisting om als partij te kunnen worden beschouwd: “De omstandigheid dat een persoon niet verschijnt hoewel regelmatig gedagvaard, hetzij op de inleidende zitting, hetzij naderhand, belet niet dat hij als partij wordt beschouwd. Het criterium van de op te werpen betwisting lijkt ons dan ook moeilijk te hanteren om

uit te maken of een welbepaalde persoon al dan niet als partij dient te worden aangezien.”⁵.

9. Bij arrest van 31 januari 1986, oordeelt het Hof van Cassatie dat de enkele omstandigheid dat de schuldenaar, voordat de rechtbank van koophandel hem ambtshalve failliet verklaart, aan de rechtbank uitleg heeft gegeven, hem niet tot partij maakt. Procureur-generaal Krings blijkt in zijn conclusie bij dat arrest ervan uit te gaan dat iemand partij in een procedure is indien hij heeft deelgenomen in een tegensprekelijk debat. De enkele oproeping om door de rechtbank te worden gehoord is volgens Krings helemaal niet voldoende aangezien die oproeping geen waarborg biedt dat er een contradictoir debat wordt gevoerd⁶.

Ook bij arrest van 1 april 1993⁷, oordeelt het Hof dat uit de omstandigheden dat de schuldenaar uitleg heeft verstrekt aan de rechtbank van koophandel, dat hij zijn middelen heeft voorgedragen, dat de rechtbank het debat heeft gesloten, het Openbaar Ministerie heeft gehoord en de zaak in beraad heeft genomen, niet valt af te leiden dat de schuldenaar partij is geweest in het vonnis van ambtshalve faillietverklaring.

⁴ Cass. 1 maart 1888, *Pas.* 1888, I, 108.

⁵ H. GEINGER en P. VANLERSBERGHE, “Beschouwingen over de problematiek inzake het rechtsgeldig aanhangig maken van een geding strekkende tot faillietverklaring van een handelaar, de tegen dit vonnis bestaande rechtsmiddelen en de bevoegdheid die het Gerechtelijk Wetboek aan het hof van beroep toekent om desgevallend zelf het faillissement uit te spreken”, *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, E.Story Scientia, 1991, (583) 594.

⁶ Cass. 31 januari 1986, *T.B.H.* 1986, 280, concl. E. Krings. S. MOSSLMANS, “Tussenvorderingen in het civiele geding”, *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, Mechelen, Kluwer, 2007, p. 342, nrs. 307 en 308.

⁷ Cass. 1 april 1993, *Arr. Cass.* 1993, 350.

Wie geen partij was in een vonnis van faillietverklaring kan daartegen geen beroep instellen, maar wel verzet doen.

10. Op 27 januari 2006⁸, oordeelde het Hof van Cassatie dat de eiseres in cassatie “geen buitenstaander was in het debat” voor de eerste rechter en partij bij de zaak was geworden. De eiseres had geen verzoekschrift tot tussenkomst neergelegd maar wel een conclusie met daarin haar middelen tot afwijzing van de door de verweerster gevorderde maatregel. Het Hof van Cassatie stelde vast dat de partijen daarover uitleg hebben gegeven. Op grond van deze elementen kon het bestreden vonnis niet oordelen dat de eiseres niet in de rechtspleging is tussengekomen en om die redenen het hoger beroep niet ontvankelijk verklaren.

2. De vertegenwoordiger van de partij

11. “De vertegenwoordiger in rechte heeft tot voorwerp de uitoefening van de rechtsvordering zelf voor rekening van de houder ervan, die om een of andere reden deze vordering niet zelf kan uitoefenen.” De vertegenwoordigingsbevoegdheid kan volgen uit de wet⁹, en/of een rechterlijke beslissing of een lastgevingsovereenkomst¹⁰.

12. De vertegenwoordiging van de gefailleerde door de curator heeft eigen kenmerken. Zoals Perceroux het uitdrukt, is het “*une représentation mécanique et passive*”¹¹. Als gevolg daarvan verbinden de daden gesteld door de curator ook de gefailleerde. De schuldeisers kunnen in de regel geen daden van uitvoering stellen of vorderingen richten tegen de gefailleerde, maar wel tegen de curator. Wanneer het gaat om gemene rechten van de schuldeisers, kan enkel de curator vorderingen innen tegen derden¹². Hij handelt in belang van de gezamenlijke schuldeisers, maar kan niet worden aange-

zien als hun mandataris aangezien hij het recht om in hun naam op te treden put uit de wet. Het is ook de wet die de grenzen aan het optreden van de curator vastlegt¹³.

13. Naast de curator denken we ook nog aan de figuur van de vereffenaar, de schuldbemiddelaar en de voorlopige bewindvoerder die allen als punt gemeen hebben dat zij een *bewind* voeren¹⁴. Zij besturen immers het vermogen van een derde. De bewindvoerder oefent geen eigen, maar een aan de onder bewind gestelde toebehorende bevoegdheid uit met betrekking tot de onder bewind gestelde goederen¹⁵.

Volgens Dirix en de Corte¹⁶ draagt het optreden van de bewindvoerders het kenmerk van een “naamloos of neutraal” handelen. Zij treden immers niet uitsluitend op in eigen naam en evenmin in naam van de vermogensgerechtigde, maar zijn enkel gericht op de te vereffenen of te saneren boedel. Van Gerven is van oordeel dat dergelijk neutraal handelen voorhanden is telkens wanneer een bepaalde boedel¹⁷ aan het onpartijdig bewind van een daartoe aangeduide beheerder wordt toevertrouwd en dit omwille van het bestaan van tegenstrijdige rechten en belangen ten aanzien van de boedel¹⁸.

14. Een rechtspersoon kan alleen door zijn organen in rechte verschijnen. Dit volgt uit artikel 703 van het Gerechtelijk Wetboek dat bepaalt dat de rechtspersonen slechts geldig in rechte kunnen optreden door tussenkomst van hun bevoegde organen¹⁹.

Vermits een vennootschap of een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid als rechtssubject niet bestaat, kan zij als dusdanig niet in rechte optreden²⁰. Proceshandelingen voor rekening van een vereniging of een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid vereisen – gelet op het feit dat zij de actieve procesbekwaamheid ontberen – in de regel²¹ het

⁸. Cass. 27 januari 2006, *J.L.M.B.* 2006, 1053, *NjW* 2007, 265, noot N. PEETERS.

⁹. Betreffende de vertegenwoordiging in rechte van de onbekwame, zie F. SWENNEN, “Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame: gevolgen van de afwezigheid van machtiging”, in *Imperat Lex – Liber Amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 385-403.

¹⁰. K. BROECKX, “Vertegenwoordiging in rechte en naamgeving in het geding”, *R.W.* 1994-95, p. 248, nrs. 6 en 8.

¹¹. PERCEROUX, geciteerd door I. VEROUGSTRAETE en C. VAN SCHOU BROECK, “Faillissement en aanverwante procedures”, in W. VAN GERVEN, H. COUSY en J. STUYCK, *Beginselen van Belgisch privaatrecht – XIII Handels- en economisch recht – Deel I A*, Gent, E.Story-Scientia, 1989, 257.

¹². België lijkt op dit punt te verschillen van andere EU-lidstaten: “*It seems that only Belgium relies on the court and the administrator alone to take care of the creditors’ interest. The prevailing rule is to have the creditors themselves in their meeting or some other group or person act on their behalf.*” (W.W. MCBRYDE, A. FLESSNER en S.C.J.J. KORTMANN (eds.), *Principles of European Insolvency Law*, Law of Business and Finance Volume 4, Deventer, Kluwer, 2003, 33).

¹³. I. VEROUGSTRAETE en C. VAN SCHOU BROECK, “Faillissement en aanverwante procedures”, in W. VAN GERVEN, H. COUS en, J. STUYCK, *Beginselen van Belgisch privaatrecht – XIII Handels- en economisch recht – Deel I A*, Gent, E.Story-Scientia, 1989, 257.

¹⁴. Voor meer over deze figuren, zie *infra* vanaf randnr. 32.

¹⁵. W. VAN GERVEN, geciteerd door E. DIRIX en R. DE CORTE, *Beginselen van Belgisch privaatrecht XII – Zekerheidsrechten*, Antwerpen, E.Story-Scientia, 1999, 28.

¹⁶. E. DIRIX en R. DE CORTE, *Beginselen van Belgisch privaatrecht XII – Zekerheidsrechten*, Antwerpen, E.Story-Scientia, 1999, 28.

¹⁷. Omtrent het begrip boedel, zie A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 5-57.

¹⁸. W. VAN GERVEN, geciteerd door E. DIRIX en R. DE CORTE, *Beginselen van Belgisch privaatrecht XII – Zekerheidsrechten*, Antwerpen, E.Story-Scientia, 1999, 29.

¹⁹. Over de vertegenwoordiging van de vennootschap door de bestuurders/zaakvoerders, zie B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen – Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Kalmthout, Biblo, 1996, 485-670.

²⁰. K. GEENS, “Procesrechtelijke en executieproblemen bij vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid”, *T.R.V.* 2005, 351; B. TILLEMANN, *Proceshandelingen van en tegen vennootschappen*, Antwerpen, Maklu, 1997, p. 30, nr. 6.

²¹. Zie voor de uitzondering betreffende de verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, B. TILLEMANN, *Proceshandelingen van en tegen vennootschappen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 26-27.

gezaamenlijk optreden van alle leden of vennoten²².

Teneinde een gezaamenlijk optreden van de leden of vennoten mogelijk te maken, kunnen zij aan elkaar of aan één van hen een volmacht verlenen. De procesvertegenwoordiging kan ook verleend worden aan een zaakvoerder, hetzij in de vennootschapsovereenkomst, hetzij in een afzonderlijke akte voor een concreet geschil²³.

Tenzij hij handelt in naam van de gezaamenlijke leden en over de nodige vertegenwoordigingsbevoegdheid beschikt, kan een vennoot alleen niet de vordering van de vennootschap uitoefenen. Hij kan niet in eigen naam een vordering instellen, ook niet voor zijn eigen aandeel in de vennootschap²⁴. We wensen hierbij te vermelden dat de Raad van State zich te dien aanzien iets soepeler opstelt²⁵.

15. Als vormvereisten voor de vertegenwoordiging in rechte, wordt traditioneel de voorwaarde gesteld dat de ver-

tegenwoordiger in de proceshandelingen de identiteit van de "vertegenwoordigde" aangeeft met de vermelding dat hijzelf optreedt in de hoedanigheid van vertegenwoordiger. Hij zal op straffe van nietigheid zijn eigen identiteit vermelden en in voorkomend geval de hoedanigheid van de "persoon op wiens verzoek het exploit wordt betekend"²⁶. In de praktijk wordt dit uitgedrukt als "Mr. X, handelend in zijn hoedanigheid van..." of "Mr. X *qualitate* *q(ua)*".

Vorderingen gericht tegen de curator als beheerder van de failliete boedel, zullen ook tegen hem worden gericht "*qualitate qua*", of "handelend in zijn hoedanigheid van curator"²⁷. Zonder deze vermeldingen wordt de vordering geacht gericht te zijn tegen de curator in persoonlijke naam, hetgeen kan in een vordering tot schadevergoeding wegens de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. Het Hof van Cassatie treedt ter zake niet te formalistisch op²⁸.

C. DE NOODZAKELIJKE PARTIJ IN HET FAILLISEMENTSRECHT

1. De curator, een noodzakelijke partij die in de faillissementsprocedure dient te worden betrokken

a. Reden waarom de curator in de faillissementsprocedure moet worden betrokken

16. Te rekenen van het vonnis van faillietverklaring wordt de boedel door de curator bestuurd. De gefailleerde verliest immers het beheer over al zijn goederen en dat beheer wordt toevertrouwd aan de curator. Deze zal als een gerechtelijk lasthebber de bij wet bepaalde machten uitoefenen in het belang van zowel de gezaamenlijke schuldeisers als van de gefailleerde²⁹.

17. Uit de aard zelf van de procedure blijkt dat wanneer de gefailleerde hoger beroep instelt tegen het faillissements-

vonnis dat is uitgesproken op dagvaarding van een schuldeiser, het Openbaar Ministerie of de voorlopige bewindvoerder, hij de curator *q.q.* moet *betrekken* in de rechtspleging.

Enkel in het eventuele geval dat de gefailleerde beroep instelt tegen het vonnis van faillietverklaring dat is uitgesproken op zijn aangifte, zal hij dit moeten *richten* tegen de curator, aangezien in dit geval noch een schuldeiser, noch het Openbaar Ministerie, noch een voorlopige bewindvoerder in het geding waren. Doordat de vordering tegen de curator is ingesteld is hij noodzakelijkerwijs in deze procedure *betrokken*.

We delen dus de mening van het hof van beroep te Antwerpen dat de oplossing voor de tussenkomst van de curator moet worden gezocht in het materieel recht: de curator dient, als gerechtelijk mandataris over de goederen van de gefailleerde, in de faillissementsprocedure te worden betrokken.

²² Zie Cass. 15 april 2004, *T.R.V.* 2004, 686, noot J. VANANROYE; D.-B. FLOOR, *Droit des sociétés. La société momentanée*, Brussel, Larcier, 2002, 60-66; B. TILLEMANS, *Proceshandelingen van en tegen vennootschappen*, Antwerpen, Maklu, 1997, nrs. 6-14; Gent 12 maart 2002, *NjW* 2002, 26.

²³ B. TILLEMANS, *Proceshandelingen van en tegen vennootschappen*, Antwerpen, Maklu, 1997, p. 30, nr. 8.

²⁴ K. GEENS, M. DENEFF, F. HELEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, "Overzicht van de rechtspraak. Vennootschappen (1992-1998)", *T.P.R.* 2000, p. 140, nr. 41 en p. 143, nr. 44; Gent 12 maart 2002, *NjW* 2002, 26. *Contra*, B. TILLEMANS, *Proceshandelingen van en tegen vennootschappen*, Antwerpen, Maklu, 1997, p. 33, nr. 15.

²⁵ K. GEENS, M. DENEFF, F. HELEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, "Overzicht van de rechtspraak. Vennootschappen (1992-1998)", *T.P.R.* 2000, p. 149, nr. 53.

²⁶ Art. 43, 702 en 703 van het Gerechtelijk Wetboek en het adagium "Nul ne plaide par procureur". Zie daarover K. BROECKX, "Vertegenwoordiging in rechte en naamgeving in het geding", *R.W.* 1994-95, p. 248, nrs. 13-23; R. TAS, "De identificatie van een rechtspersoon bij proceshandelingen" (noot onder Cass. 11 juni 1998), *Rec. Cass.* 1999, 51; B. TILLEMANS, *Proceshandelingen van en tegen vennootschappen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 30-33; J. VANANROYE, "Voorlopig bewind: onbevoegdheid van de gewone organen of onbekwaamheid van de rechtspersoon? Een kritische kanttekening bij de toepassing door het arrest van het Hof van Cassatie van 4 november 2004 van de principes van de organieke vertegenwoordiging in rechte", *T.R.V.* 2005, nrs. 16-18.

²⁷ Zie daarover, A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 345-381.

²⁸ Cass. 22 september 2005, C.02.0388.N, *niet gepubl.*

²⁹ Zie Cass. 16 februari 1995, *Arr. Cass.* 1995, 181; I. VEROUWSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Brussel, Kluwer, 2003, 260 e.v. en de art. 16 en 40 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997.

18. Niettegenstaande de curator de gefailleerde vertegenwoordigt, verliest deze laatste nog niet zijn rechtsbekwaamheid. Hier is er sprake van een onvolmaakte vertegenwoordiging. Procedures die geen betrekking hebben op rechten of verplichtingen van de boedel (bv. inzake echtscheiding of voogdij) kunnen immers nog door of tegen de gefailleerde persoonlijk worden voortgezet, zonder dat de curator daarbij moet worden betrokken³⁰.

b. Wijze waarop de curator in de faillissementsprocedure wordt betrokken

19. Moeite hebben we echter met de manier waarop het hof van beroep van Antwerpen de curator bij de procedure wil betrekken. Kan het hof van beroep blindelings vertrouwen op de *goodwill* van de curator om vrijwillig te verschijnen? Wat als deze laatste beslist om dit om een of andere reden niet te doen? Want, zoals Parmentier, terecht opmerkt, “*l'on n'aperçoit pas ce qui obligerait le curateur à intervenir volontairement*”³¹. Het is daarom ook niet voldoende dat het exploit van derdenverzet aan de curator louter wordt medegedeeld zonder een dagvaarding om te verschijnen. “*Cette façon d'agir présente des risques évidents et ne peut être encouragée.*”³². Het lijkt ons geen oplossing om telkenmale het debat te heropenen om de situatie te regulariseren, zoals het hof van beroep besliste te doen in het hierboven besproken arrest van 16 november 2006. Dit komt neer op een verbloemd bevel een derde in het geding te betrekken.

Is het anderzijds nodig dat het hoger beroep of verzet, op straffe van niet-ontvankelijkheid, ook tegen de curator wordt gericht binnen de in artikel 14 van de Faillissementswet bedoelde termijnen? Dit blijkt ons eveneens te verregaand en is trouwens niet voorgeschreven door de wet. Ofwel wordt het hoger beroep of verzet ook gericht tegen de curator, ofwel wordt hij in de zaak betrokken, met name door middel van zijn vrijwillige verschijning of een dagvaarding in gedwongen tussenkomst. Dit hoeft niet noodzakelijkerwijze te gebeuren binnen de in artikel 14 van de Faillissementswet bedoelde termijnen, aangezien de curator geen partij is in het geding dat tot het vonnis van faillietverklaring leidt en hij slechts door en als gevolg van het vonnis van faillietverklaring zelf in hoger beroep dient te worden betrokken³³.

Een illustratie van deze zienswijze vinden we terug in het recent arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 13 september 2007³⁴. Het oordeelde dat het verzet van de gefailleerde tegen het vonnis van faillietverklaring dat tegen hem is uitgesproken op vordering van de Procureur des Konings, ontvankelijk was aangezien de curators op regelmatige wijze aanwezig waren. Het hof van beroep stelde te dien einde vast dat de curators niet werden opgeroepen om gehoord te worden maar uit eigen beweging voor de rechter in de verzetsprocedure verschenen zijn en een “nota” hebben neergelegd “ten behoeve van de rechtbank in het kader van de verzetsprocedure”. In deze nota hadden zij een standpunt ingenomen en verdedigd zowel met betrekking tot de ontvankelijkheid van het verzet als met betrekking tot de gegrondheid ervan. Zij zouden ook bij de behandeling van het verzet verschenen zijn voor de eerste rechter en mondeling hun standpunt hebben toegelicht.

20. Kortom, de curator moet, gelet op de aard van zijn functie, voor het sluiten van het debat kennis genomen hebben van de zaak en zijn standpunt aan de rechter hebben kunnen kenbaar maken. De beslissing die de failliete boedel aanbelangt moet immers tegenstelbaar zijn aan de curator, die de failliete vennootschap vertegenwoordigt³⁵. Heeft de curator zijn standpunt niet kenbaar kunnen maken, dan is de procedure in hoger beroep of op verzet niet toelaatbaar.

We gebruiken hier bewust de term “toelaatbaar” en niet “ontvankelijk”. De dagvaarding dient immers niet op straffe van niet-ontvankelijkheid ook tegen de curator gericht te zijn. Deze kan perfect ontvankelijk zijn, maar de vordering in hoger beroep of op verzet zal uiteindelijk niet toelaatbaar zijn als de curator niet op een of andere manier in het hoger beroep betrokken is geweest.

21. De situatie kan zich voordoen dat reeds van voor de faillietverklaring een procedure hangende is tussen een schuldeiser en de gefailleerde³⁶. Twee mogelijkheden staan open: 1) ofwel komt de curator tussen in het geding, 2) ofwel beslist hij niet tussen te komen en wordt hij daartoe ook niet gedwongen door de tegenpartij. In dat laatste geval zal de rechterlijke uitspraak niet tegenstelbaar zijn aan de boedel. Om daaraan te verhelpen kan de schuldeiser wel nog altijd aangifte doen van zijn schuldvordering³⁷.

30. I. VEROUWSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Brussel, Kluwer, 2003, p. 337, nr. 538. Hetzelfde geldt in Nederland, zie H.J. SNIJDERS, M. YNZONIDES en G.J. MEIJER, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, 2002, 335. Zie ook W.W. MCBRYDE, A. FLESSNER, S.C.J.J. KORTMANN (eds.), *Principles of European Insolvency Law*, Law of Business and Finance, Vol. 4, Deventer, Kluwer, 2003, 34.

31. C. PARMENTIER, “Faillite sur requête d'un créancier et opposition” (noot onder Kh. Luik 29 juni 1992), *J.L.M.B.* 1993, 719.

32. C. PARMENTIER, “Faillite sur requête d'un créancier et opposition” (noot onder Kh. Luik 29 juni 1992), *J.L.M.B.* 1993, 719. De rechtbank van koop-handel te Luik dacht daar in het vonnis van 29 juni 1992 anders over.

33. *Contra*: A. CLOQUET, *Les Nouvelles. Droit commercial, T. IV, Les concordats et la faillite*, Brussel, Larquier, 1975, nrs. 1218 en 1244; L. FRÉDÉRICQ, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, IV, Brussel, Bruylant, 1981, 63, nr. 2120; C. PARMENTIER, “Faillite sur requête d'un créancier et opposition” (noot onder Kh. Luik 29 juni 1992), *J.L.M.B.* 1993, 719; A. ZENNER, “Faillites et concordats 2002”, *Dossiers J.T.*, nr. 38, 2003, nr. 107.

34. Zie hierna p. 963.

35. Zie ook, I. VEROUWSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Brussel, Kluwer, 2003, p. 336, nr. 535.

36. Zie I. VEROUWSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Brussel, Kluwer, 2003, 335-336, 442-444.

37. Zie de art. 62 t.e.m. 72 van de Faillissementswet.

De aangegeven schuldvorderingen worden door de curator geverifieerd. De gefailleerde en de schuldeisers kunnen tegen de verrichte en te verrichten verificaties bezwaren inbrengen. De Faillissementswet bepaalt dat het bezwaar aan de curator en aan de schuldeiser wiens vordering wordt tegengesproken, moet worden betekend bij deurwaardersexploot. Hierbij worden de curator, de schuldeiser en de gefailleerde voor de rechtbank gedaagd teneinde uitspraak te horen doen over de schuldvordering waartegen bezwaar is ingebracht. De gefailleerde wordt door de curator verwittigd met een uitnodiging om te verschijnen.

c. *Onsplitsbaarheid van de faillissementsprocedure*

22. Aangezien de gezamenlijke tenuitvoerlegging van een beslissing waarbij een koopman failliet wordt verklaard en van een beslissing waarbij die faillietverklaring wordt ingetrokken, materieel onmogelijk is, is het geschil betreffende faillietverklaring onsplitsbaar³⁸.

Conform artikel 1053 van het Gerechtelijk Wetboek, moet in dit geval het hoger beroep op straffe van niet-toelaatbaarheid, worden gericht tegen alle partijen wier belang in strijd is met dat van de eiser in hoger beroep. Bovendien moeten de andere niet in beroep komende, niet in beroep gedagvaarde of niet opgeroepen partijen binnen de gewone termijnen van hoger beroep en ten laatste voor de sluiting van het debat in de zaak betrokken worden.

Om die reden dient het hoger beroep of verzet tegen het vonnis van faillietverklaring gericht te zijn tegen alle partijen die aanwezig waren in het geding voor de eerste rechter, dus zij die om de faillietverklaring hebben verzocht en zij die in de procedure zijn tussengekomen.

23. We vermeldden reeds dat de reden waarom de curator in de beroepsprocedure moet worden betrokken, gesteund is op zijn functie als beheerder van de boedel. Men kan moeilijk voorhouden dat het wegens de onsplitsbaarheid van het geschil is dat hij in de beroepsprocedure moet worden betrokken. De curator was immers geen partij voor de eerste rechter die het faillissementsvonnis heeft uitgesproken.

d. *Vereffening en sluiting van het faillissement*

24. Het derdenverzet van de schuldeiser tegen een beslissing tot verschoonbaarheid moet binnen een maand na publicatie van het vonnis in het *Belgisch Staatsblad*, gericht worden aan de curator en de gefailleerde³⁹.

De gefailleerde is partij in het geding betreffende zijn verschoonbaarheid en kan daarom hoger beroep instellen tegen een beslissing tot niet-verschoonbaarheid. Hij zal de dagvaarding niet moeten richten tegen de individuele schuldeisers, maar tegen de curator als vertegenwoordiger van de schuldeisers⁴⁰.

Tegen het vonnis dat de sluiting van het faillissement gelast, kan zowel de gefailleerde als de curator hoger beroep instellen, aangezien zij partijen zijn in het geding. De gefailleerde zal het hoger beroep richten tegen de curator en de curator zal het richten tegen de gefailleerde. De schuldeisers kunnen tegen dat vonnis een dagvaarding tot derdenverzet instellen, gericht tegen de curator en de gefailleerde⁴¹.

De sluiting van het faillissement stelt een einde aan de opdracht van de curator als beheerder van de boedel, waardoor een vordering door of tegen hem gericht na deze sluiting, in de regel⁴², niet meer ontvankelijk is⁴³.

2. Enkele procesmogelijkheden van de curator

a. *Het verzet tegen het faillissementsvonnis en het arrest dat een faillissementsvonnis bevestigt*

25. De diligente curator kan er in bepaalde omstandigheden belang bij hebben derdenverzet in te stellen tegen een faillissementsvonnis, met name wanneer de gefailleerde in werkelijkheid *in bonis* is en zich niet echt in staat van faillissement bevindt, ofwel wanneer de gefailleerde geen handelaar is. In deze gevallen zal de curator het verzet richten tegen de gefailleerde, en in voorkomend geval (en tenzij het faillissementsvonnis is uitgesproken naar aanleiding van de aangifte van de failliet) tegen de schuldeiser, het Openbaar Ministerie of de voorlopige bewindvoerder die het faillissement heeft aangevraagd⁴⁴.

³⁸. Cass. 26 januari 2004, *Arr. Cass.* 2004, nr. 43, andersluidende concl. J.-F. Leclercq.

³⁹. Art. 80, lid 2 van de Faillissementswet.

⁴⁰. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Brussel, Kluwer, 2003, p. 613, nr. 1045; M. VANMEENEN, "De faillissementswet herbekeken", in *Themis. Insolventierecht*, 2003-04, Brugge, die Keure, p. 15, nr. 33.

⁴¹. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Brussel, Kluwer, 2003, p. 620, nr. 1055.

⁴². I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Brussel, Kluwer, 2003, p. 614, nr. 1047.

⁴³. Cass. 1 juli 1880, *Pas.* 1880, I, 259; Cass. 23 november 1882, *Pas.* 1883, I, 6; Bergen 22 januari 2007, *J.L.M.B.* 2007, 977.

⁴⁴. Zie art. 6 Faillissementswet; L. FRÉDÉRICQ, *Handboek van Belgisch handelsrecht*, IV, Brussel, Bruylant, 1981, 59, nr. 2115; A. CLOQUET, *Les Nouvelles. Droit commercial, T. IV, Les concordats et la faillite*, Brussel, Larcier, 1975, 357, nr. 1228, en de referenties aldaar. Zie ook, Bergen 7 juni 1995, *J.T.* 1996, 50.

26. Het derdenverzet tegen een arrest dat een faillissementsvonnis bevestigt is daarentegen uitgesloten. Het Hof van Cassatie⁴⁵ steunt dit oordeel op het feit dat artikel 14, lid 2 en 3 van de Faillissementswet, geldt als een bijzonder recht om de rechtspleging inzake faillissement zonder verwijl en zo efficiënt mogelijk te laten verlopen. Daarom primeren deze bepalingen de algemene regeling van het derdenverzet⁴⁶.

b. Cassatieberoep tegen een beslissing die het faillissement intrekt

27. Een derde die geen partij was in de aanleg die de bestreden beslissing beëindigt, heeft in de regel geen hoedanigheid om hiertegen cassatieberoep in te stellen, uitgenomen wanneer de bestreden beslissing tegen hem een veroordeling, een sanctie of een andere maatregel uitspreekt⁴⁷.

28. In het verleden heeft men voor het Hof de weinig logische stelling verdedigd dat als een faillissementsvonnis door het hof van beroep wordt vernietigd, de curator, ingevolge dat vernietigingsarrest, geen bevoegdheid meer heeft om op te treden en derhalve ook geen cassatieberoep kan richten tegen het arrest.

De beslissing van het hof van beroep die het faillissement intrekt, betreft volgens het Hof van Cassatie de vraag of het faillissement al dan niet moest worden gehandhaafd en dus of de curator het beheer van de boedel moest blijven uitoefenen. Derhalve moet het cassatieberoep tegen de beslissing die het faillissement intrekt, ingesteld kunnen worden door de curator en de adjunct-curator die – volgens de bewoordingen van het Hof – “in het geding” waren⁴⁸. Gelet op het tijdig cassatieberoep tegen het arrest van het hof van beroep is dat laatste nog niet in kracht van gewijsde getreden. Een rechtsmiddel moet uitgeoefend worden zonder vooruit te lopen op de uitleg die een rechtsmiddel zou opleveren: het zijn de partijen vóór de uitspraak van het arrest van het hof van beroep die tellen.

c. Cassatieberoep tegen de beslissing betreffende de vervanging van de curator

29. Overeenkomstig artikel 37, lid 2.1. van de Faillissementswet, is geen verzet of hoger beroep mogelijk tegen het vonnis waarbij een curator wordt benoemd of vervangen⁴⁹.

Een cassatieberoep tegen dergelijke beslissing is wel mogelijk. Dit blijkt uit het arrest van het Hof van Cassatie van 30 juni 2006⁵⁰. Op 6 juni 2006 oordeelde de rechtbank van koophandel te Brussel dat de curator en de adjunct-curator van de failliete NV Sabena vervangen moesten worden. De rechter verweet hen met name dat zij zichzelf exorbitante honoraria hadden toegekend en de richtlijnen van de rechter-commissaris niet opvolgden. Tegen deze beslissing stelden zij een cassatieberoep in. Het Openbaar Ministerie bij het Hof van Cassatie werp geen middel van niet-ontvankelijkheid op en het Hof oordeelde dat wat betreft die beschuldigingen, de curator en de adjunct-curator zich niet hadden kunnen verdedigen. Aangezien de rechtbank van koophandel hun recht van verdediging niet had gerespecteerd, vernietigde het Hof de beslissing om hen als curator te vervangen.

30. Bij arrest van 18 februari 2005⁵¹ oordeelde het Hof van Cassatie dat de gefailleerde cassatieberoep kan instellen tegen de beslissing van de rechtbank de vordering tot vervanging van de curator niet in te willigen. *In casu* was het faillissementsvonnis immers ambtshalve uitgesproken en de gefailleerde, met tegengestelde belangen als die van de curator, was volgens het Hof partij in de zaak waarin de rechtbank uitspraak had gedaan.

Ook de procureur des Konings bij de rechtbank van eerste aanleg, die de faillietverklaring gevorderd had, moest volgens het Hof in de bestreden beslissing als partij in de zaak worden behandeld wat al de genomen beslissingen betreft. Hij moest dus ook betrokken worden in het cassatieberoep tegen de vervanging van de curator. Het behoeft geen uitleg dat dit cassatieberoep ook tegen de curator moet gericht zijn.

⁴⁵. Cass. 9 februari 2007, C.05.0308.N, concl. G. Dubrulle, te raadplegen op <http://jure.juridat.just.fgov.be>; S. VOET, “Geen derdenverzet mogelijk na faillissementsarrest”, *Juristenkrant* 2007, 7.

⁴⁶. Art. 1122 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek.

⁴⁷. Cass. 24 juni 1997, *Arr. Cass.* 1997, nr. 298. Zie ook Cass. 8 oktober 2004, *Arr. Cass.* 2004, nr. 467.

⁴⁸. Cass. 14 januari 2005, *Arr. Cass.* 2005, nr. 25; Cass. 18 februari 2005, C.03.0508.N – C.04.0331.N, te raadplegen op <http://jure.juridat.just.fgov.be>, en Cass. 15 december 2005, *Arr. Cass.* 2005, nr. 678.

⁴⁹. Tegen de afwijzing door de algemene vergadering van de rechtbank van koophandel van het verzoek van een advocaat tot opname op de lijst van curatoren, kan de advocaat hoger beroep instellen (Antwerpen 12 mei 2006, *R.W.* 2006-07, 452).

⁵⁰. Cass. 30 juni 2006, C.06.0298.F, concl. Ph. de Koster – te raadplegen op <http://jure.juridat.just.fgov.be>; *J.T.* 2006, 606, en een verkorte weergave in *R.W.* 2006-07, 602, met noot.

⁵¹. Cass. 18 februari 2005, *Arr. Cass.* 2005, nr. 103.

3. Artikelen L661-1 tot L661-7 van de Franse Code de commerce

31. Boek VI – De ondernemingen in moeilijkheden – van de Franse Code de commerce, bevat een titel VI – Algemene bepalingen betreffende de procedure, met daaronder een hoofdstuk I dat specifiek handelt over de rechtsmiddelen. Heel duidelijk wordt er gesteld wie tegen welke beslissing een rechtsmiddel kan instellen. Zo bepaalt artikel L661-1: “I. – Sont susceptibles d’appel ou de pourvoi en cassation: 1. Les décisions statuant sur l’ouverture des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire de la part du débiteur, du créancier poursuivant ainsi que du ministère public même s’il n’a pas agi comme partie principale; 2. Les décisions statuant sur la liquida-

tion judiciaire, arrêtant ou rejetant le plan de sauvegarde ou le plan de redressement de la part du débiteur, de l’administrateur, du mandataire judiciaire, du comité d’entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ainsi que du ministère public même s’il n’a pas agi comme partie principale.”

De rechtsmiddelen tegen de benoeming of vervanging van de “curator” zijn er beperkt en liggen in handen van het Openbaar Ministerie. Dit blijkt uit artikel L661-6, dat bepaalt: “I. Ne sont susceptibles que d’un appel de la part du ministère public même s’il n’a pas agi comme partie principale: 1. Les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement de l’administrateur, du mandataire judiciaire, du liquidateur, des contrôleurs, du ou des experts.” Tegen deze arresten kan geen derdenverzet of cassatieberoep worden ingesteld (art. L661-7).

D. ANDERE NOODZAKELIJKE PARTIJEN?

1. De schuldbemiddelaar

32. Dat de rol van de curator in de beroepsprocedure in het materieel recht wordt gezocht, vindt steun in het arrest van het Hof van Cassatie van 4 september 2003, betreffende de collectieve schuldenregeling⁵².

De schuldenaar die financiële problemen heeft, kan via een dergelijke collectieve schuldenregeling een sanering van zijn toestand trachten te realiseren⁵³.

33. De toelating van de collectieve schuldenregeling heeft de opschorting van de loop van de interesten en de onbeschikbaarheid van het vermogen van de schuldenaar tot gevolg⁵⁴. Alle goederen van de verzoeker op het ogenblik van de beschikking alsmede de goederen die hij later verkrijgt, kunnen tot voldoening van de schuldeisers in samenloop worden aangewend. De schuldenaar blijft aan het hoofd van zijn vermogen, maar beschikt slechts over een doelgebonden bevoegdheid onder het toezicht van de beslagrechter en de schuldbemiddelaar⁵⁵.

De beschikking van toelaatbaarheid van de collectieve schuldenregeling kan worden herroepen door de rechter op verzoek van de schuldbemiddelaar of, onder de voorwaarden gesteld in artikel 1675/15 § 1 van het Gerechtelijk Wetboek, van een belanghebbende schuldeiser. Tegen de herroeping is hoger beroep mogelijk door de partijen die voor de eerste rechter zijn verschenen, m.i.v. de schuldenaar.

34. In de rechtspleging van dit hoger beroep tegen de herroeping van de beschikking van toelaatbaarheid, moet de schuldbemiddelaar betrokken worden. Zolang de schuldenaar zijn hoger beroep alleen richt tegen de schuldeisers zonder de schuldbemiddelaar in de zaak te betrekken, kan hij volgens het Hof geen uitspraak over zijn hoger beroep verkrijgen.

Dit volgt volgens het Hof van Cassatie uit de aard zelf van de procedure. De taak van de schuldbemiddelaar is immers niet alleen toezicht uit te oefenen op de naleving van de bepalingen inzake de collectieve schuldenregeling, kennis te nemen van de aangiften van schuldvordering en inlichtingen in te winnen. De schuldbemiddelaar bestuurt en verbindt ook in belangrijke mate de boedel van de schuldenaar. Aldus ontvangt hij inkomsten bestemd voor de schuldenaar en kan hij goederen die voor beslag vatbaar zijn, te gelde maken. Het Hof concludeert daaruit dat de boedel in vergaande mate door de schuldbemiddelaar wordt bestuurd.

In die omstandigheden kon het hof van beroep te Gent, na te hebben vastgesteld dat de schuldbemiddelaar niet betrokken is geweest in de procedure in hoger beroep en dat hij – hoe dan ook – de tussenkomst van de schuldbemiddelaar niet kan bevelen, het hoger beroep als ontoelaatbaar afwijzen.

35. Vermelden we hierbij nog dat het Hof van Cassatie oordeelt bij arrest van 26 april 2001⁵⁶ dat het geschil dat betrekking heeft op de collectieve schuldenregeling, onsplitsbaar is. De vraag stelde zich of bij dergelijke regeling rekening moest worden gehouden met het algemeen

⁵² Cass. 4 september 2003, *Arr. Cass.* 2003, nr. 414.

⁵³ Zie daarover A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 54, en de referenties aldaar.

⁵⁴ Art. 1675/7 § 1 van het Gerechtelijk Wetboek.

⁵⁵ A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 55. Zie ook S. LEFEBVRE, “Organen van insolventie: de schuldbemiddelaar”, in *Insolventierecht*, XXXI^{ste} Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, 2004-05, 391-427.

⁵⁶ Cass. 26 april 2001, *Arr. Cass.* 2001, nr. 237.

voorrecht op de inkomsten en op de roerende goederen dat bij de artikelen 422 en 423 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 ten voordele van een schuldeiser was gesteld. Deze houder van het algemeen voorrecht had zijn cassatieberoep niet gericht tegen de overige schuldeisers, die, volgens het Hof, bij de bestreden beslissing betrokken partijen zijn en wier belang strijdig is met het zijne. Het Hof was van oordeel dat hij dit nochtans diende te doen, op straffe van niet-ontvankelijkheid van het beroep, aangezien de gezamenlijke tenuitvoerlegging van een collectieve schuldenregeling, enerzijds en, anderzijds, van een beslissing die een gewijzigde regeling oplegt, materieel onmogelijk is.

2. De vereffenaar

36. Net zoals de bemiddelaar en de curator “noodzakelijke partijen” zijn, is de vereffenaar dit ook.

37. De invereffeningstelling van de vennootschap met rechtspersoonlijkheid maakt van rechtswege een einde aan het mandaat van de zaakvoerders of bestuurders. Voor zover niet anders is overeengekomen, wordt de wijze van vereffening bepaald en de vereffenaar benoemd door de algemene vergadering. De vereffenaars treden pas in functie nadat de rechtbank van koophandel is overgegaan tot de bevestiging van hun benoeming. Deze gaat daar pas toe over nadat zij heeft nagegaan dat de vereffenaars alle waarborgen van rechtshandelingen bieden⁵⁷. De vereffenaar vertegenwoordigt – in tegenstelling tot de curator – enkel de ontbonden rechtspersoon en niet de schuldeisers⁵⁸. De vereffenaar is het orgaan van de vennootschap tijdens haar vereffening, het is enkel door hem dat de vennootschap in vereffening handelt⁵⁹.

Uit het arrest van het Hof van Cassatie van 11 juni 1998⁶⁰ blijkt dat de vennootschap die ontbonden wordt en daardoor in vereffening treedt, door de aangestelde vereffenaar in rechte wordt vertegenwoordigd. Voor een coöperatieve vennootschap in vereffening, was na het ontslag van P. Mels en

M. Weemaes, L. van Hassel op 9 mei 1994, als vereffenaar aangesteld. Het debat voor de appelrechter werd gesloten op 19 april 1994, dus vóór de wijziging van de vertegenwoordigingsbevoegdheid in de vennootschap in vereffening. Het cassatieberoep opgesteld namens de CV in vereffening, “vertegenwoordigd door haar vereffenaars P. Mels en M. Weemaes”, werd niet ontvankelijk bevonden aangezien de CV niet door het bevoegde orgaan was vertegenwoordigd toen zij het cassatieberoep instelde. Het feit dat de opvolgende vereffenaar, L. van Hassel, in de memorie van wederantwoord de verklaring aflegde dat hij “de voorziening bevestigt” of “het geding herneemt”, kon het gebrek in het cassatieberoep niet opheffen.

3. De voorlopige bewindvoerder over een vennootschap

38. Een analoge redenering kan gehouden worden betreffende de voorlopige bewindvoerder over een vennootschap. Wanneer een gerechtelijke beslissing een voorlopige bewindvoerder heeft aangesteld die het bestuur en het beleid van de vennootschap in plaats van de bestuurders moet uitvoeren, neemt de voorlopige bewindvoerder tijdens de duur van zijn opdracht de plaats in van de raad van bestuur of de zaakvoerder. Hij is de enige die de vennootschap nog kan vertegenwoordigen zowel ten aanzien van derden, als in rechte. De bestuurders hebben vanaf de aanstelling van de bewindvoerder geen vertegenwoordigingsbevoegdheid meer. De vordering door hen ingesteld en niet door de voorlopige bewindvoerder, is dan niet ontvankelijk. Dit blijkt uit het arrest van het Hof van Cassatie van 4 november 2004⁶¹.

4. De lasthebber *ad hoc*

39. Ook de lasthebber *ad hoc* die door de rechtbank is aangesteld om een rechtspersoon te vertegenwoordigen, zou kunnen worden aanschouwd als een “noodzakelijke partij”.

⁵⁷. Art. 184 van het Wetboek van Vennootschappen. Een akte houdende benoeming van een vereffenaar kan slechts geldig worden neergelegd en bekendgemaakt in de bijlagen van het *Belgisch Staatsblad* (art. 74 en 75 W. Venn.) wanneer er een afschrift van de beslissing tot bevestiging of homologatie door de rechtbank van koophandel wordt bijgevoegd. In de lijn van het arrest van het Hof van Cassatie van 17 september 1965 (*Pas.* 1966, I, 78) kan men ervan uitgaan dat de niet-publicatie van de aanwijzing van de vereffenaar, niet de nietigheid van die aanwijzing teweegbrengt, maar de niet-tegenwerpelijheid ervan aan derden.

⁵⁸. A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 44.

⁵⁹. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. II, Brussel, Bruylant, 1957, 111, nr. 1062 (met verwijzing naar het arrest van het Hof van Cassatie van 12 november 1903, *Pas.* 1904, I, 47) en de art. 186 t.e.m. 190 van het Wetboek van Vennootschappen.

⁶⁰. Cass. 11 juni 1998, *Arr. Cass.* 1998, nr. 301; R. TAS, “De identificatie van een rechtspersoon bij proceshandelingen” (noot onder Cass. 11 juni 1998), *Rec. Cass.* 1999, 51; D. VREVEN, “De bevoegdheid van de vereffenaar om in rechte op te treden”, *T.B.B.R.* 1999, 490.

Over de vertegenwoordiging van de vereffende vennootschap, zie F. BOUCKAERT, “Wie is bevoegd om op te komen voor de rechten van een vennootschap die vereffend werd?”, *T.R.V.* 1993, 164. Interessant is ook het arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van 8 maart 2007, *Arma/Frankrijk*, en de noot daarbij van H. LÉCUYER, “Représentation d’une société en liquidation judiciaire. Irrecevabilité de l’appel d’une décision de liquidation judiciaire interjeté par la gérante de l’EURL dissoute”, *Dr. sociétés* 2007, comm. 172.

⁶¹. Cass. 4 november 2004, *Arr. Cass.* 2004, nr. 533; J. VANANROYE, “Voorlopig bewind: onbevoegdheid van de gewone organen of onbekwaamheid van de rechtspersoon? Een kritische kanttekening bij de toepassing door het arrest van het Hof van Cassatie van 4 november 2004 van de principes van de organieke vertegenwoordiging in rechte”, *T.R.V.* 2005, 8.

Dit leiden we af uit het arrest van het Hof van Cassatie van 7 januari 2003⁶² en de noot daarbij van advocaat-generaal Duinslaeger. In de zaak die tot dat arrest aanleiding gaf, werden zowel de rechtspersoon als degene die bevoegd was om deze rechtspersoon te vertegenwoordigen, vervolgd. De rechtbank van eerste aanleg te Gent had, in toepassing van artikel 2bis van de voorafgaande titel bij het Wetboek van Strafvordering, een lasthebber *ad hoc* aangesteld om de rechtspersoon, als strafrechtelijk verantwoordelijk gedaagde, in de strafvordering te vertegenwoordigen. Op het hoger beroep van de rechtspersoon zelf en van de medege-daagde, die de persoon was die normalerwijze bevoegd was om de rechtspersoon in rechte te vertegenwoordigen, werd de zaak in hoger beroep behandeld door het hof van beroep te Gent. Het hof van beroep veroordeelde de rechtspersoon, zonder de aangewezen lasthebber *ad hoc* te hebben opgeroepen of gehoord.

De lasthebber *ad hoc* stelde, in deze hoedanigheid, cassatieberoep in tegen het arrest van het hof van beroep en preciseerde met name dat hij noch opgeroepen, noch gehoord was door het hof van beroep, hoewel hij partij was ingevolge het bij voorraad uitvoerbare vonnis van de rechtbank van eerste aanleg, houdende zijn aanwijzing als lasthebber *ad hoc*.

Het Hof van Cassatie achtte het cassatieberoep ontvankelijk aangezien het de grieven ten gronde beantwoordde. Dit toont volgens Duinslaeger aan dat het Hof van oordeel is dat de lasthebber *ad hoc* een belang had om cassatieberoep in te stellen omdat hij ingevolge zijn gerechtelijke opdracht als lasthebber wel degelijk in de procedure in hoger beroep diende te worden betrokken.

5. Schuldeisers die een inschrijving of kantmelding hebben op het onroerend goed dat de curator uit de hand wil verkopen

40. Artikel 1193ter, eerste lid van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de curator van het faillissement op voorwaarde dat hij daartoe de machtiging krijgt van de rechtbank van koophandel, de onroerende goederen die tot een failliete boedel behoren, uit de hand kan verkopen.

Gelet op het belang dat zij daarbij hebben, worden, naast de gefailleerde, alle personen die hetzij een inschrijving, hetzij een kantmelding hebben op het onroerend goed dat de curator uit de hand wil verkopen, gehoord of bij gerechtsbrief behoorlijk opgeroepen. Zij kunnen van de rechtbank vorderen dat de machtiging om uit de hand te verkopen afhankelijk wordt gesteld van bepaalde voorwaarden zoals een minimumverkoopprijs⁶³. We kunnen er van uitgaan dat zij die

van deze vorderingsmogelijkheid gebruik maken, partij worden in het geding. Zij zullen derhalve ook moeten worden betrokken in het hoger beroep tegen de beschikking van de rechtbank die de verkoop⁶⁴ – desgevallend onder die voorwaarden – toelaat.

41. Dergelijk geschil is volgens het arrest van het Hof van Cassatie van 6 oktober 1995⁶⁵ onsplitsbaar. De feiten die aanleiding gaven tot dit arrest waren de volgende: de curator over de faillissementen van H. De Cloeck en van M.-T. De Groof had aan de rechtbank van koophandel de machtiging gevraagd tot verkoop uit de hand van een tot de failliete boedel behorend onroerend goed waarvoor een voorlopige verkoopovereenkomst was gesloten onder de opschortende voorwaarde dat die machtiging wordt verkregen. Het hof van beroep machtigde de curator om twee onroerende goederen uit het faillissement van H. De Cloeck, respectievelijk aan J. De Bruyn en aan P. Delbaere, uit de hand te verkopen. Daarbij stelde het hof van beroep dat laatstgenoemden in de zaak voor de feitenrechter als vrijwillig tussenkomende partijen zijn opgetreden om “het verzoek van de curator te steunen”.

De gefailleerde die deze machtiging voor het Hof van Cassatie betwist, diende zijn cassatieberoep, op straffe van niet-ontvankelijkheid, niet enkel te richten tegen de curator maar ook tegen de voorwaardelijke koper. Het Hof van Cassatie oordeelt dat ingeval het geschil wordt gesplitst, aan de curator bij een beslissing verbod kan worden opgelegd om de onroerende goederen aan voornoemde vrijwillig tussengekomen partijen uit de hand te verkopen, terwijl ten opzichte van die partijen de beslissing, waarbij hij daartoe werd gemachtigd, blijft bestaan. De gezamenlijke tenuitvoerlegging van de onderscheiden beslissingen waartoe het geschil aanleiding geeft, zou materieel onmogelijk zijn.

6. Personen die krachtens artikel 73sexies van het BTW-Wetboek hoofdelijk gehouden zijn tot betaling van de ontdoken belasting

42. Artikel 73sexies van het BTW-Wetboek bepaalt dat personen die als daders of als medeplichtigen van misdrijven bedoeld in de artikelen 73 en 73bis werden veroordeeld, hoofdelijk gehouden zijn tot betaling van de ontdoken belasting. De natuurlijke personen of de rechtspersonen zijn burgerlijk en hoofdelijk aansprakelijk voor de geldboeten en kosten die het gevolg zijn van de veroordelingen welke krachtens de artikelen 73 tot 73quater tegen hun aangestelden of beheerders, zaakvoerders of vereffenaars zijn uitgesproken.

⁶² Cass. 7 januari 2003, *Arr. Cass.* 2003, nr. 10, concl. P. Duinslaeger.

⁶³ Art. 1193ter, lid 2 van het Gerechtelijk Wetboek.

⁶⁴ Art. 1193ter, lid 4 van het Gerechtelijk Wetboek.

⁶⁵ Cass. 6 oktober 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 420.

43. In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van het Hof van Cassatie van 28 januari 1997⁶⁶, waren de bestuurder en aangestelde van de NV Brugse roomcentrale A. Lampo veroordeeld voor inbreuken op de artikelen 73 en 73^{sexies} van het BTW-Wetboek. Niettegenstaande de NV hoofdelijk en burgerlijk aansprakelijk was, is zij nooit in het geding

betrokken door het Openbaar Ministerie. Dit hoefde niet volgens het Hof van Cassatie: het in de zaak betrekken van de belastingplichtige of van de civielrechtelijk aansprakelijke is geen voorwaarde van vervolgbaarheid of strafbaarheid van de beklaagde wegens een fiscaal misdrijf.

CONCLUSIE

44. Geen wettelijke procesbepaling schrijft voor dat de curator in de beroeps- of verzetsprocedure tegen het faillissementsvonnis moet worden betrokken. De grondslag van deze verplichting kan men echter zoeken in het materieel recht. Te rekenen van het vonnis van faillietverklaring wordt de failliete boedel immers door de curator bestuurd. Aan hem wordt het beheer van de goederen van de gefailleerde toevertrouwd die als gerechtelijk lasthebber de bij wet bepaalde machten uitoefent in het belang van zowel de gezamenlijke schuldeisers als van de gefailleerde.

Deze redenering is niets nieuws onder de zon. Het Hof van Cassatie oordeelde reeds om analoge reden dat uit de aard zelf van de procedure vloeit dat wanneer hoger beroep wordt ingesteld door de schuldenaar die opkomt tegen een beslissing waarbij de herroeping van de beschikking van toelaatbaarheid van een collectieve schuldenregeling wordt uitgesproken, de schuldbemiddelaar moet betrokken worden in de rechtspleging in hoger beroep. De boedel van de schuldenaar

wordt tijdens de collectieve schuldenregeling immers in vergaande mate door de schuldbemiddelaar bestuurd.

Zelfs indien eenieders rechtsgevoelen het ermee eens is dat de curator in de procedure tegen het faillissementsvonnis moeten worden betrokken, bestaat er toch onenigheid over de wijze waarop dit dient te gebeuren. Is het voldoende dat kopie van de dagvaarding zonder meer aan hem wordt medegedeeld, of dient hij op straffe van niet ontvankelijkheid binnen de wettelijke termijnen te verschijnen of mede te worden gedagvaard? Geen van deze oplossingen lijkt ons de juiste. Wij opteren voor een middenweg.

Ten slotte zijn de bemiddelaar en de curator niet de enigen die, wegens de aard van hun opdracht waarmee ze worden belast, in bepaalde procedures dienen te worden betrokken; hetzelfde geldt ons inziens onder meer ook voor de vereffenaar en de voorlopige bewindvoerder over een vennootschap.

⁶⁶. Cass. 28 januari 1997, *Arr. Cass.* 1997, nr. 51.