
HOF VAN BEROEP BRUSSEL 18 SEPTEMBER 2007

INSOLVENTIE

Faillissement – Gevolgen – Terugbrenging datum van staking van betaling – Artikel 12, laatste lid Faill.W. – Feitelijke ontbinding

De toepassing van artikel 12, laatste lid Faill.W. veronderstelt niet dat uitspraak moet gedaan worden over het al dan niet frauduleuze of gesimuleerde karakter van de rechtshandelingen, doch enkel dat wordt vastgesteld of er aanwijzingen zijn dat de (in casu, feitelijke) vereffening werd bewerkstelligd met de bedoeling om de schuldeisers te benadelen. Wanneer de verkoop van het handelsfonds, die een meerwaarde doet ontstaan, onmiddellijk gevolgd wordt door een onttrekking van alle liquide middelen uit de vennootschap door het nieuwe bestuur op een wijze die een indicatie vormt dat het de bedoeling was om de vennootschap onvermogen achter te laten en de inning van enige belastingschuld volkomen illusoir te maken, zijn er voldoende aanwijzingen om de toepassing van artikel 12, laatste lid Faill.W. te rechtvaardigen.

Belgische Staat/Mr. A. Haaren q.q. NV Top Star International en Mr. G. Vanhoucke q.q. NV Top Star International, de heer V.P. en de heer en Mevrouw V.-P.

Zet.: P. Blondeel (voorzitter), B. Lybeer en C. Van Santvliet (raadsheren)

Pl.: Mrs. A. Destrycker en T. Vanraes, M. Vandaele

(...)

Het hof wordt geadieerd betreffende het vonnis dat na tegenspraak op 20 februari 2003 werd uitgesproken door de rechtbank van koophandel te Antwerpen.

Tegen dit vonnis werd hoger beroep ingesteld bij verzoekschrift neergelegd ter griffe van het hof van beroep te Antwerpen op 5 maart 2003. Er volgde uitspraak op 8 april 2004.

Het Hof van Cassatie heeft bij arrest van 19 januari 2006 dit arrest vernietigd en de zaak verwezen naar het hof van beroep te Brussel.

Op verzoek van appellant werd de dagvaarding betekend op 14 augustus 2006.

De heer V. en mevrouw P. hebben op 14 september 2006 een verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst neergelegd op de griffe van het hof.

(...)

I. Voorwerp van het hoger beroep

1. De NV Top Star International werd gerechtelijk ontbonden bij vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen

INSOLVABILITÉ

Faillite – Effets – Fixation de la date de cessation de paiements – Article 12, dernier alinéa L.Faill. – Dissolution de fait

L'application de l'article 12, dernier alinéa L.Faill. ne nécessite pas que le caractère frauduleux ou simulé des actes juridiques soit constaté, mais seulement qu'il existe des indices que la liquidation (de fait, en l'espèce) ait été décidée avec l'intention de causer préjudice aux créanciers. Lorsqu'immédiatement après la vente du fonds de commerce, qui a permis de réaliser une plus-value, toutes les liquidités sont retirées de la société par sa nouvelle direction d'une manière qui laisse à penser que l'intention était de laisser la société dans un état d'insolvabilité et de rendre illusoire toute encaissement d'un impôt, il existe des indices suffisants pour justifier l'application de l'article 12, dernier alinéa L.Faill.

pen op 10 oktober 2000 wegens niet-tijdige neerlegging van jaarrekeningen.

Vervolgens werd de vennootschap failliet verklaard bij vonnis van dezelfde rechtbank op 18 juli 2002 op dagvaarding van de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van Financiën.

2. De curator bracht op 2 januari 2003 dagvaarding uit om de datum van staking van betaling te horen terugbrengen tot 12 september 1996, minstens tot 1 januari 1997, en uiterst ondergeschikt tot 10 oktober 2000.

De Belgische Staat kwam vrijwillig tussen in de procedure en sloot zich aan bij de vordering van de curator.

De curator en de Belgische Staat baseerden hun vordering op artikel 12, laatste lid Faillissementswet naar luid waarvan de datum van staking van betaling met meer dan zes maanden kan worden teruggebracht wanneer blijkt dat het een 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.

Volgens hen werd het besluit tot feitelijke vereffening genomen op 12 september 1996 en werd de vennootschap op

13 februari 1997 feitelijk vereffend, met terugwerkende kracht tot 11 januari 1997.

3. Het vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen d.d. 20 februari 2003 oordeelt dat de toepassing van artikel 12, laatste lid Faillissementswet een formele ontbinding van de vennootschap vereist. Aangezien de vennootschap gerechtelijk werd ontbonden, is een terugbrengen van de datum van staking van betaling overeenkomstig artikel 12, laatste lid Faillissementswet niet aan de orde. De datum van staking wordt vervolgens vastgesteld op 18 januari 2002, zijnde zes maanden voor de datum van faillietverklaring.

Dit vonnis wordt bevestigd door het hof van beroep te Antwerpen.

Het Hof van Cassatie vernietigt dit arrest. Het oordeelt dat de genoemde bepaling ook van toepassing is “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 op dat tijdstip. De toepassing van artikel 12 Faillissementswet vereist geen formele ontbinding van de vennootschap. Een feitelijke toestand van vereffening volstaat.

4. Voor dit hof hernemen de Belgische Staat en de curator hun vordering en verzoeken zij de datum van staking van betaling van de NV Top Star International vast te stellen op 12 september 1996, ondergeschikt op 5 december 1996 en uiterst ondergeschikt op 1 januari 1997.

Zij vorderen tevens de vrijwillige tussenkomst van de heer en mevrouw V.-P. ontvankelijk of minstens ongegrond te verklaren.

5. De vrijwillig tussenkomende partijen vragen in eerste instantie om de behandeling van de zaak op te schorten tot een definitieve beslissing is tussengekomen op strafrechtelijk vlak.

Vervolgens verzoeken zij het hoger beroep van appellant en het incidenteel beroep van de curator af te wijzen als onontvankelijk, minstens als ongegrond.

In zoverre het hof hun vrijwillige tussenkomst niet zou ontvangen, tekenen zij derdenverzet aan tegen het vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen van 20 februari 2003 en het arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 8 april 2004 in zoverre bij deze beslissingen werd geoordeeld dat de datum van staking van betaling op het ogenblik van een formeel ontbindingsbesluit werd geplaatst, en opnieuw rechtdoende, te horen zeggen voor recht dat bij gebrek aan enig bewijs van het vervuld zijn van de voorwaarden van artikel 12 Faillissementswet er geen terugstelling van datum van staking van betaling kan gebeuren.

Voor zover het hof ook het derdenverzet niet zou toelaten, verzoeken zij het hof de in hun conclusie geformuleerde

prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof.

II. Relevante feiten

6. De NV Top Star International wordt op 30 oktober 1984 opgericht door de echtgenoten V.-P. met de maatschappelijke benaming International Factory of Hydraulic Systems (I.F.H.S.) en onder de vorm van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Mevrouw P. is tevens zaakvoerder van de vennootschap.

De vennootschap heeft als maatschappelijk doel de fabricage en de herstelling van auto-onderdelen en de fabricage van artikelen uit plaatijzer. Het boekjaar valt samen met het kalenderjaar.

Op 15 maart 1993 verleent mevrouw P. aan de heer Z., accountant, een volmacht om de vennootschap te vertegenwoordigen ten opzichte van de administratie der directe belastingen.

Op 14 december 1993 wordt de vennootschap omgevormd tot een naamloze vennootschap. Mevrouw P., de heer V. en mevrouw U. (echtgenote van de heer Z.) worden benoemd tot bestuurder.

Op 20 juni 1995 koopt de vennootschap een industrieterrein met een nieuw opgericht gebouw voor een bedrag van 10.000.000 BEF.

7. Een jaar later wensen de heer en mevrouw V.-P. hun zaak te verkopen. De heer C. is geïnteresseerd. KBC is bereid de overname te financieren. Volgens de heer en mevrouw V.-P. worden partijen door KBC verwezen naar KB Consult NV.

Op 12 september 1996 wordt er vergaderd door de heren B. van KB Consult, de heer Z. en de heer P. Er wordt uitgegaan van een vraagprijs van 90.000.000 BEF door de heer en mevrouw V.-P. In functie hiervan worden verschillende waarderingen van de vennootschap opgesteld om tot de gewenste prijs te komen.

Op 18 november 1996 wordt er vergaderd door de heren C. (de koper), mevrouw D. (KBC Diest), de heer D. (KB Consult), de heer P. en de heer Z. Er wordt bevestigd dat de verkopers een nettobedrag van 90.000.000 BEF willen. De koper zal een nieuwe vennootschap oprichten met de naam I.F.H.S. om het onroerend goed en het handelsfonds over te nemen.

Dit betekent dat de bestaande I.F.H.S. haar naam moet wijzigen. Haar boekjaar moet worden verlengd tot 30 september 1997 en ook haar maatschappelijk doel moet worden gewijzigd. Over deze punten heeft de heer B. diezelfde dag ook een gesprek met de heer V.P., zaakvoerder van de BVBA P&L Consulting. Deze meldt dat de nieuwe naam van de vennootschap Sun Star Promotions moet zijn.

Op 19 november 1996 meldt de heer B. aan de heer Z. dat hij in het bezit is van een getekende intentieverklaring waarbij P&L Consulting verklaart de intentie te hebben om de aan-

delen van I.F.H.S. (oud) over te nemen na de overdracht van al haar activa aan I.F.H.S. (nieuw). Op die dag ondertekenen P&L Consulting en KB Consult een commissieovereenkomst waarbij aan KB Consult een recht op commissie wordt verleend indien de overname doorgang vindt.

8. Op 5 december 1996 wijzigt I.F.H.S. (oud) haar naam in Sun Star Promotions. Haar maatschappelijk doel wordt uitgebreid met de activiteit van een immobiliënvennootschap. Haar kapitaal wordt verhoogd met een bedrag van 5.000.000 BEF door de incorporatie van reserves. Het boekjaar wordt gewijzigd in die zin dat het voortaan ingaat op 1 oktober om te eindigen op 30 september. Voor het lopende boekjaar houdt dat een verlenging in tot 30 september 1997.

Op 5 december 1996 wordt tevens de nieuwe I.F.H.S. opgericht.

9. Navolgend worden er ontwerpen van de overeenkomsten uitgewisseld waarin de heer B., de heer Z. en de heer V. zijn betrokken.

Op 12 februari 1997 maakt de heer V. een stappenplan over aan KB Consult waarin de verschillende stappen worden opgesomd die op 13 februari moeten worden genomen:

– I.F.H.S. (nieuw) betaalt de aankooprijks handelsfonds aan Sun Star Promotions voor een bedrag van 84.487.673 BEF. Deze overdracht werkt retroactief tot 1 januari 1997;

– in Sun Star Promotions zijn reeds voor 12.173.188 BEF aan liquiditeiten aanwezig en komen er 84.487.673 BEF aan liquiditeiten bij. Bijgevolg staat op de rekening van Sun Star Promotions bij KB een bedrag van 96.660.861 BEF;

– P&L Consulting koopt de aandelen Sun Star Promotions van de heer V. en mevrouw P. voor de overeengekomen prijs van 90.000.000 BEF en blijft de koopsom even schuldig;

– ontslag van de huidige bestuurders en de gedelegeerd bestuurder en benoeming van de nieuwe bestuurders en de nieuw gedelegeerd bestuurder, namelijk de heer V. Zijn twee vennootschappen, BVBA Ofac en de NV P&L Consulting, worden de twee andere bestuurders;

– Sun Star Promotions koopt 6.025 aandelen Kempische Zandgroeven NV van P&L Consulting voor de prijs van 97.044.675 BEF en betaalt nu reeds het grootste deel van deze koopsom, namelijk 96.660.861 BEF met de aanwezige liquiditeiten in Sun Star Promotions;

– P&L Consulting betaalt aan de heer V. en mevrouw P. de koopprijs van de aandelen Sun Star Promotions, namelijk 90.000.000 BEF.

Deze stappen worden feitelijk uitgevoerd op 13 februari 1997, minstens vermelden de overeenstemmende documenten deze datum als datum van uitvoering. De overname gebeurt met terugwerkende kracht per 1 januari 1997.

10. Op 17 februari 1997 worden de nieuwe bestuurders op hun beurt vervangen door de heer V., de NV Jep-Invest en de

BVBA Pead Assets & Properties. De maatschappelijke zetel van de vennootschap wordt verplaatst naar 2000 Antwerpen, Adriaan Brouwerstraat 29. Dit is tevens het adres van de NV Jep-Invest en de BVBA Pead Assets & Properties. Op dit adres blijkt er echter geen spoor te zijn van deze vennootschappen. Het gebouw wordt gehuurd door de heer V. die het volledig onderverhuurt aan een derde die geen banden heeft met de vennootschappen.

Op 26 februari 1997 zou de NV Jep-Invest opnieuw de enige eigenaar zijn geworden van de aandelen Kempische Zandgroeven zodat Sun Star Promotions deze aandelen onmiddellijk moet hebben overgedragen.

Op 3 maart 1997 vraagt mevrouw P. op het briefhoofd van de oude NV I.F.H.S. terugbetaling van een bedrag van 5.250.000 BEF aan voorafbetalingen.

Op 7 november 1997 wordt de benaming Sun Star Promotions gewijzigd in Top Star International. Op 4 december 1996 was de benaming Sun Star Promotions reeds gebruikt voor de wijziging van de benaming van een apotheek Goeminne. In deze constructie rond de apotheek Goeminne waren dezelfde personen betrokken.

11. Na de overdrachten van 13 februari 1997 wordt er geen boekhouding meer gevoerd in de NV Top Star International. Er worden geen jaarrekeningen meer gepubliceerd en er worden geen fiscale aangiften meer verricht.

Op 10 oktober 2000 wordt de vennootschap NV Top Star International gerechtelijk ontbonden.

12. De belastingadministratie meent dat het gaat om een kasgeldvennootschapconstructie die wordt opgezet om alle liquiditeiten uit de vennootschap te halen zonder betaling van de nog verschuldigde belasting en om deze liquide middelen volledig belastingvrij uit te keren aan de oorspronkelijke aandeelhouders.

Zij gaat over tot een aanslag van ambtswege in de vennootschapsbelasting en in de roerende voorheffing. Tegen deze aanslagen werd er geen bezwaarschrift ingediend.

Per 14 juni 2002 bedroeg haar schuldvordering 2.469.366,28 EUR in hoofdsom, 811.773,07 EUR aan nalatigheidsinteressen en 670,20 EUR aan kosten, of een totaal bedrag van 3.287.809,55 EUR.

III. Beoordeling

A. *Excepties*

13. Appellant en de curator betogen dat de vrijwillige tussenkomst van de heer en mevrouw V.-P. niet ontvankelijk is.

De echtgenoten zouden geen belang hebben om tussen te komen in deze procedure.

Dit kan niet worden beaamd.

De vordering van appellant en de curator strekt ertoe om de

datum van staking van betaling terug te brengen tot het moment waarop volgens hen de vennootschap Top Star International feitelijk werd vereffend, hetzij 12 september 1996, 5 december 1996 of 1 januari 1997. Indien hierop wordt ingegaan, dreigen bepaalde transacties waarin de echtgenoten partij zijn ook te worden geraakt door de sanctie van de niet-tegenwerpelijkheid aan de boedel.

Hiermee tonen de echtgenoten V.-P. een voldoende belang aan om in deze procedure tussen te komen.

De heer en mevrouw V.-P. hebben op 3 augustus 2007 een verzoekschrift tot heropening van het debat neergelegd. Op 17 juli 2007 werden zij, samen met anderen, gedagvaard door de curator tot betaling van een bedrag van 2.231.041 EUR op grond van de artikelen 17 en 18 Faillissementswet en tot betaling van een bedrag van 2.591.404,32 EUR op grond van hun beweerde aansprakelijkheid als vereffenaars en/of bestuurders. De heer en mevrouw V.-P. wensen deze dagvaarding in huidig debat te brengen teneinde hun belang aan te tonen.

Aangezien het hof om de hierboven reeds aangegeven redenen heeft aangenomen dat de heer en mevrouw V.-P. een voldoende belang om tussen te komen aantonen, dient op het verzoek tot heropening niet te worden ingegaan.

14. Verder menen de curator en appellant dat de vrijwillige tussenkomst van de heer en mevrouw V.-P. niet kan worden ontvangen wegens schending van artikel 812, tweede lid van het Gerechtelijk Wetboek.

Een partij kan enkel voor de eerste maal tussenkomen in graad van beroep als haar tussenkomst niet strekt tot het verkrijgen van een veroordeling maar tot de bevestiging van het beroepen vonnis en zij zich alleen aansluit bij de stellingen van de andere partijen.

De heer en mevrouw V.-P. zouden zich niet scharen achter de stelling van één van de andere partijen. Ze nemen duidelijk een ander standpunt in dan appellant en de curator. De overige geïntimeerde partijen laten verstek gaan.

15. In voorliggend geval streven de vrijwillig tussenkomende partijen geen veroordeling na. Zij vragen enkel de bevestiging van het bestreden vonnis. In het beroepen vonnis wordt de datum van staking van betaling teruggeplaatst op 18 januari 2002. Dit is zes maanden vóór de datum van het faillissementsvonnis.

In graad van beroep wordt het hof gevraagd na te gaan of er reeds veel vroeger een feitelijke vereffening van de vennootschap is geweest en waarvoor er aanwijzingen zijn dat deze is bewerkstelligd met de bedoeling nadeel toe te brengen aan de schuldeisers. In dat geval kan de datum van staking van betaling op het moment van de feitelijke vereffening worden geplaatst. Dit betreft de toepassing van artikel 12, laatste lid Faillissementswet dat behoort tot de openbare orde. Het hof dient de voorwaarden voor toepassing van dit artikel ambtshalve na te gaan.

De vrijwillige tussenkomende partijen menen dat deze voorwaarden niet vervuld zijn. Hun tussenkomst blijft dan ook binnen de grenzen van het debat zoals het voor dit hof wordt gevoerd.

Ten onrechte houdt appellant voor dat de feitelijke inhoud van het vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen van 20 februari 2003 en van het arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 8 april 2004 met meer kan worden bestreden of ontegensprekelijk moet worden aangenomen.

Het arrest van het hof van beroep te Antwerpen werd vernietigd door het Hof van Cassatie. Partijen bevinden zich opnieuw in de situatie zoals na het vonnis in eerste aanleg. Ingevolge de devolutieve werking van het hoger beroep moet het debat volledig opnieuw worden gevoerd voor dit hof.

De vrijwillige tussenkomst kan bijgevolg worden ontvangen.

16. De vrijwillig tussenkomende partijen betogen dat de behandeling van de vordering moet worden geschorst op grond van artikel 4 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

De vordering van appellant en de curator zijn gebaseerd op dezelfde feiten die het voorwerp van een strafonderzoek uitmaken.

Het strafonderzoek dat wordt gevoerd in het kader van de vermeende kasgeldvennootschapconstructie is nog niet afgesloten. Het strekt ertoe na te gaan of de bewuste rechtshandelingen (zoals de verkoop van het handelsfonds en de navolgende verkopen van aandelen) gesimuleerd dan wel frauduleus zijn.

Volgens de vrijwillig tussenkomende partijen vereist de toepassing van artikel 12, laatste lid van de Faillissementswet dat het hof zich dient uit te spreken over het gesimuleerde of frauduleus karakter van de bewuste rechtshandelingen. Aangezien dit zou plaatsgrijpen vooraleer de strafrechter uitspraak heeft kunnen doen, is er in hun ogen een reëel gevaar voor tegenstrijdige beslissingen.

17. De toets van artikel 12, laatste lid Faillissementswet bestaat erin na te gaan of er aanwijzingen zijn dat de vereffening van de vennootschap is bewerkstelligd met de bedoeling nadeel toe te brengen aan de schuldeisers.

Het hof dient zich niet uit te spreken over de kwalificatie van fraude of simulatie. Het volstaat vast te stellen dat er aanwijzingen zijn dat de vereffening bedoeld werd om de schuldeisers te benadelen. Het voorhanden zijn van dergelijke aanwijzingen is voldoende. Dit vereist geen kwalificatie van simulatie of fraude.

Er bestaat dan ook geen risico op tegenstrijdige beslissingen. De mogelijke vaststelling van aanwijzingen van de benadeling van de rechten van schuldeisers staat er niet aan in de

weg dat de strafrechter alsnog de kwalificatie van simulatie of fraude niet zou weerhouden.

De behandeling van de vordering dient niet te worden geschorst.

18. De vrijwillig tussenkomende partijen achten het hoger beroep onontvankelijk. Zij menen dat de betekening na cassatie is geschied op verzoek van – onder andere – een partij die noch betrokken partij was in de procedure voor de rechtbank van koophandel te Antwerpen, noch voor het hof van beroep te Antwerpen en noch voor het Hof van Cassatie.

De betekening wordt enerzijds gedaan op verzoek van de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van Financiën, wiens kabinet is gevestigd te 1000 Brussel, Wetstraat 12, voor wie optreedt de directeur der directe belastingen te Antwerpen, 2^{de} directie, wiens kantoor gevestigd is te 2000 Antwerpen, Tabakvest 50, en anderzijds op verzoek van de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van Financiën, wiens kabinet is gevestigd te 1000 Brussel, Wetstraat 12, op vervolging en benaerstiging van de ontvanger der directe belastingen te Antwerpen 13, met kantoren te 2000 Antwerpen, AMCA – Italiëlei, bus 1.

De eerste partij zou geen betrokken partij zijn geweest in de vorige procedures.

19. Appellant voert aan dat zij de eerste formulering enkel heeft toegevoegd omdat dit de formulering is die het Hof van Cassatie in zijn arrest heeft gebruikt, hoewel appellant zelf zich steeds op de tweede manier heeft aangeduid en omschreven.

In ieder geval staat het vast dat de betrokken partij de Belgische Staat is, vertegenwoordigd door de minister van Financiën, die vrijwillig is tussengekomen in de procedure in eerste aanleg, die hoger beroep en vervolgens een voorziening in cassatie heeft ingesteld en ten slotte ook de dagvaarding in voorliggende zaak heeft uitgebracht.

Het hof werd dan ook rechtsgeldig geadieerd.

B. Ten gronde

20. Appellant en de curator betogen dat de feitelijke vereffening van de NV Top Star International plaatsgreep op 12 september 1996 (of minstens op 5 december 1996 of 1 januari 1997) en er aanwijzingen zijn dat deze werd bewerkstelligd met de bedoeling nadeel te berokkenen aan de schuldeisers. Overeenkomstig artikel 12, laatste lid Faillissementswet vorderen zij de datum van staking van betaling terug te plaatsen tot één van de genoemde data.

21. De vrijwillig tussenkomende partijen werpen tegen dat er geen sprake is van een feitelijke invereffeningstelling van de NV Top Star International.

22. Deze stelling kan om volgende redenen niet worden aanvaard.

De volledige handelszaak en alle activa van de NV Top Star International werden verkocht aan een nieuw opgerichte vennootschap die ook de oorspronkelijke vennootschapsnaam I.F.H.S. overnam. De oorspronkelijke vennootschap I.F.H.S. voerde geen handelsactiviteit meer vanaf 1 januari 1997.

De liquide middelen die ingevolge deze verkoop in de vennootschap Top Star International terechtkomen, worden onmiddellijk via een aankoop van aandelen NV Kempische Zandgroeven door de vennootschap van haar nieuwe aandeelhouder P&L Consulting aan deze laatste uitbetaald opdat die de aankoop van de aandelen NV Top Star International van de oorspronkelijke aandeelhouders, de heer en mevrouw V.-P., zou kunnen betalen.

Deze nieuwe aandeelhouder, alsook haar achterman, de heer V. – die ook bij het uittekenen van het scenario betrokken was – en een andere met hem verbonden vennootschap worden op datzelfde moment tot bestuurder benoemd, doch slechts voor een zeer korte periode. Amper enkele dagen later worden ze vervangen door de heer V. en twee met hem verbonden vennootschappen, de NV Jep-Invest en de BVBA Pead Assets & Properties.

De maatschappelijke zetel wordt verplaatst naar een adres waar er geen enkel spoor van de vennootschap te bekennen is, zelfs geen postbus. De participatie in de NV Kempische Zandgroeven – een vennootschap waarachter tevens de heer V. en de heer V. en hun respectieve vennootschappen zitten en waarvan de maatschappelijke naam op 26 februari 1997 wordt gewijzigd in VVV-Beheer – is op 26 februari 1997 uit de vennootschap verdwenen: de genoemde vennootschap Jep-Invest verschijnt op de algemene vergadering van de NV Kempische Zandgroeven van diezelfde datum immers met alle aandelen (zie notariële akte). Zowel de NV Jep-Invest als de NV VVV-Beheer gaan failliet op 2 april 1998 respectievelijk 18 juni 1998. De heer V. en de heer V. blijken geen onbekenden te zijn in het circuit van de kasgeldvennootschappen.

Na de verkoop van het handelsfonds en de overdracht van de aandelen wordt er in de NV Top Star International geen boekhouding meer gevoerd. Er worden ook geen jaarrekeningen meer goedgekeurd en er worden geen belastingaangiften gedaan. Er gebeurt niets meer.

De feitelijke vereffening van de vennootschap die begint met de overdracht van het handelsfonds per 1 januari 1997 resulteert na een periode van minder dan twee maanden in het achterblijven van een lege schelp. Er zijn geen activiteit en vermogen meer, zelfs geen postbus.

Bijgevolg is er per 1 januari 1997 een feitelijke toestand van vereffening. Vanaf dat moment is er geen handelsactiviteit meer en het scenario van de volgende stappen ligt volledig vast.

Dit is nog niet het geval op 12 september 1996 en

5 december 1996. Op de eerste datum starten de gesprekken over het scenario dat in de loop van de nakomende weken verder wordt uitgetekend maar nog niet wordt uitgevoerd. Op de tweede datum worden er bepaalde stappen uitgevoerd die nog niet zo ver gaan dat zij een feitelijke vereffening inhouden.

23. Verder dienen appellant en de curator aan te tonen dat er aanwijzingen zijn dat deze feitelijke invereffeningstelling werd bewerkstelligd met de bedoeling nadeel te berokkenen aan de schuldeisers.

De Belgische Staat roept in dat alle transacties kaderden in een opgezette constructie met de bedoeling om nagenoeg alle liquiditeiten uit te keren aan de aandeelhouders zonder nog enige verschuldigde belasting te betalen. Van meet af aan zouden partijen niet zinnens zijn geweest om de belasting op de meerwaarde, die werd gecreëerd bij de overdracht van het handelsfonds, te betalen. Door de vennootschap onvermogen te maken en het aanstellen van stromannen als bestuurders, werd elke normale invordering van latere belastingsschulden onmogelijk gemaakt. Op geen enkel moment werd rekening gehouden met de latent aanwezige belastingdruk.

Zelfs de vennootschapsbelasting over het resultaat van het boekjaar 1996 werd niet betaald. Ook hiervoor werden niet de nodige aangiftes verricht.

24. Anders dan de vrijwillig tussenkomende partijen beweren, moet de bedoeling als dusdanig om schuldeisers te benadelen niet worden aangetoond. Het volstaat dat er aanwijzingen zijn die op dergelijke bedoeling wijzen.

Het geheel van de transacties die onder randnummer worden beschreven en hun chronologie vormen inderdaad aanwijzingen dat de bedoeling voorlag om te verhinderen dat de fiscus ooit nog zijn belastingsschuld zou kunnen invorderen.

De verkoop van het handelsfonds die een meerwaarde deed ontstaan, werd onmiddellijk gevolgd door een onttrekking van alle liquide middelen uit de vennootschap door het nieuwe bestuur op een manier waarvoor er indicaties zijn dat het wel degelijk de bedoeling was om de vennootschap onvermogen achter te laten. De inning van enige belastingsschuld wordt volkomen illusoir.

De curator voert in haar conclusie een aantal elementen aan die erop wijzen dat bij de waarde van de aangekochte deelneming in de NV Kempische Zandgroeven ernstige vragen moeten worden gesteld. Deze aandelen blijken als pasmunt te worden gebruikt in verschillende kasgeldvennootschapconstructies waarin de heren V. en V. en ook KB-Consult een rol zouden hebben gespeeld.

De vrijwillig tussenkomende partijen wijzen erop dat deze aankoop gebeurde op basis van een verslag opgesteld door bedrijfsrevisor B. op 16 december 1996 over de balans per 15 december 1996 van de NV Kempische Zandgroeven en de NV KZ-Invest. Het zou dan ook niet zijn aangetoond dat

de deelneming van NV Kempische Zandgroeven waardeloos was.

Dit verslag behelst evenwel enkel een verklaring dat de verschillende elementen van de balansen per 15 december 1996 correct en verifieerbaar zijn. Over de waarde van de aandelen wordt er geen uitspraak gedaan. Er wordt trouwens gewezen op de belangrijkste kruisparticipatie tussen beide vennootschappen hetgeen de waarde van de aandelen sterk beïnvloedt. Bovendien is deze verklaring reeds twee maanden oud op het moment van de aankoop van de deelneming door de NV Top Star International en zijn er aanwijzingen dat de informatie van de verklaring op dat moment niet meer accuraat is.

Verder blijkt de deelneming twee weken later te zijn verdwenen uit de NV Top Star International. Dat deze vennootschap na de overdracht van de aandelen ook geen boekhouding meer voerde, maakt het voor de curator moeilijk zo niet onmogelijk om uit te zoeken wat er juist is gebeurd. De vrijwillig tussenkomende partijen verwijten haar dan ook ten onrechte dat hierover geen klaarheid wordt gegeven. Er mag worden aangenomen dat het creëren van deze onduidelijkheid juist deel uitmaakte van het opgezette plan.

Een andere indicatie van de bedoeling om alle middelen belastingvrij uit te betalen, is de vaststelling dat bij de aanvang van de onderhandelingen werd uitgegaan van de premisse dat de heer en mevrouw V.-P. netto 90.000.000 BEF in handen moesten krijgen en dat hiervan uitgaande de ganse structuur is opgebouwd.

Er werd ook besloten tot een wijziging van het boekjaar waardoor het lopende boekjaar kon worden verlengd met negen maanden en een overeenstemmende tijdswinst werd gemaakt voor de fiscale aangifte (die dan evenwel nooit gebeurde).

25. Het hof dient zich niet uit te spreken over het al dan niet frauduleuze of gesimuleerde karakter van de rechtshandelingen en de eventuele rol daarin van de vrijwillig tussenkomende partijen. Dit debat is in voorliggend geding niet aan de orde.

Het hof dient enkel vast te stellen of er aanwijzingen zijn dat de feitelijke vereffening werd bewerkstelligd met de bedoeling om de schuldeisers te benadelen.

Op basis van de overwegingen in de voorgaande randnummers komt het hof tot het besluit dat die er zijn.

26. In dat geval kan het tijdstip van staking van betaling worden vastgesteld op de dag van de feitelijke invereffeningstelling. De grens van zes maanden die algemeen geldt voor het terugstellen van deze datum van staking van betaling, speelt dan niet.

De vrijwillig tussenkomende partijen voeren nog aan dat het tijdstip enkel kan worden teruggebracht tot de dag van de feitelijke invereffeningstelling indien er op die dag staking

van betaling is, d.w.z. indien de rechter vaststelt dat op die dag de koopman op duurzame wijze heeft opgehouden te betalen en zijn krediet is geschokt. Naar hun mening was dit niet het geval voor de NV Top Star International omdat de belastingschulden waarover het gaat, niet op 1 januari 1997 maar pas veel later werden ingekohierd. Op datum van 1 januari 1997 waren er geen opeisbare belastingschulden zodat er ook geen sprake kan zijn van staking van betaling op dat moment.

27. Artikel 12 Faillissementswet bepaalt als algemene regel dat de gefailleerde wordt geacht op te houden te betalen vanaf het vonnis van faillietverklaring. Bij wijze van uitzondering mag de rechtbank dit tijdstip van staking van betaling vervroegen. Daartoe is vereist dat ernstige en objectieve omstandigheden ondubbelzinnig aangeven dat de betalingen vóór het vonnis hebben opgehouden.

Dat er staking van betaling was vóór het faillissementsvonnis wordt door de vrijwillig tussenkomende partijen erkend aangezien zij een bevestiging van het beroepen vonnis vragen waarin deze datum werd vastgelegd op 18 januari 2002.

Voor ontbonden vennootschappen geldt dan een bijzondere regel in die zin dat de rechtbank de verdachte periode kan laten ingaan meer dan zes maanden vóór het vonnis van faillietverklaring. Als voorwaarde geldt dat er aanwijzingen zijn dat de vereffening is of wordt uitgevoerd met de bedoeling nadeel te berokkenen aan de schuldeisers. De bedoeling van de wetgever ligt hierin dat inzake handelingen die worden gesteld in het kader van verdachte vereffeningen de door de wet bepaalde niet-tegenwerpbaarheden zouden kunnen worden ingeroepen. Voor dit type van vereffeningen geldt een uitzonderingsregel op de algemene bepalingen van staking van betaling.

Indien er indicaties zijn van het voornemen de schuldeisers te benadelen, houdt dit precies in dat door de vereffening

beoogd wordt dat de schuldeisers of bepaalde onder hen niet zullen worden betaald. Van enig vertrouwen in hoofde van de schuldeisers in de vereffening kan dan ook geen sprake zijn. De vrijwillig tussenkomende partijen kunnen moeilijk voorhouden dat de NV Top Star International nog het vertrouwen van de fiscus genoot, wanneer er aanwijzingen zijn dat met de vereffening de bedoeling voorlag de fiscus te verhinderen nog enige belastingschuld te kunnen innen.

De rechtspraak waaraan de vrijwillig tussenkomende partijen refereren, betreft trouwens niet de bijzondere situatie van een twijfelachtige of frauduleuze vereffening.

De vordering van appellant en van de curator is gegrond.

Om deze redenen:

Het hof, rechtdoende op tegenspraak,

(...)

Verklaart het hoger beroep en het incidenteel beroep ontvankelijk en gegrond,

Verklaart de vrijwillige tussenkomst ontvankelijk doch ongegrond,

Vernietigt het bestreden vonnis, behoudens in zoverre het de kosten ten laste heeft gelegd van de boedel,

Stelt de datum van staking van betaling van de NV Top Star International, in vereffening, vast op 1 januari 1997,

Beveelt dat onderhavig arrest binnen de vijf dagen door de griffier bij het hof van beroep te Brussel bij uittreksel zou worden bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* en door de curator binnen dezelfde termijn in twee dagbladen,

Veroordeelt de vrijwillig tussenkomende partijen in hun kosten.

(...)

Note

Voy. également, dans la même affaire, Cass. 19 janvier 2006, *R.D.C.* 2006, p. 481, commenté par A. DE WILDE.

Noot

Zie ook, in dezelfde zaak, Cass. 19 januari 2006, *T.B.H.* 2006, p. 480, becommentariëerd door A. DE WILDE.