

FAILLISSEMENT EN CONTINUÏTEIT VAN DE ONDERNEMING

door

I. VEROUGSTRAETE en C. VAN BUGGENHOUT

Inhoudsopgave

Voorwoord

I. Inleiding

- A. Continuïteit, onderneming en overheid
- B. Continuïteit, onderneming en crediteuren
- C. De tegenstellingen van belangen

II. Het faillissement: de basisconcepten

- A. Wanneer is er, volgens de wet, een faillissement?
- B. De rol van de rechter bij de faillietverklaring — Opsporen van faillissementen
- C. De externe tussenkomsten: bankier, RSZ, fiscus en dgl.
- D. Conclusie

III. De rol van de organen van de onderneming in de periode die het faillissement voorafgaat: functie bestuur en interne controle op het bestuur

- A. Het bestuur
- B. De commissarisfunctie
- C. De aandeelhouders
- D. De werknemers

IV. Bestuurdersaansprakelijkheid: aansprakelijkheid van vennoten — pauliana en analoge vorderingen

- A. Algemeen
- B. De aansprakelijkheidsvorderingen
- C. Bevoordelingshandelingen — Pauliana en sterfhuis

V. De reorganisatie voor het faillissement

Gerechtigd akkoord; minnelijk akkoord; uitstel van betaling

VI. Reorganisatie na uitspraak van het faillissement

- A. Algemeen
- B. Voortzetten onderneming na faillissement
- C. Lopende overeenkomsten

1. Algemeen
2. Arbeidsovereenkomsten
3. Huurovereenkomsten (bij faillissement van de huurder)
4. Conclusie: afhandeling lopende contracten

VII. Problemen bij de overdracht van de onderneming door de curator

- A. Besluitvorming tot overdracht
- B. Verhuur onderneming
- C. Hiving down
- D. Rechten van werknemers bij overdracht van onderneming
- E. Overdracht onderneming en indeplaatsstelling overeenkomsten

VIII. Rechtspositie van de schuldeisers

- A. De rechtspositie van de schuldeisers in het algemeen
- B. Bijzondere gevallen: de separatisten
- C. Conclusie

Voorwoord

Dit preadvies handelt over faillissement van ondernemingen. Nu in België het faillissement van personen die geen kooplieden zijn of van verenigingen niet mogelijk is, wordt niet ingegaan op de problemen gesteld door het onvermogen van wie geen handelsactiviteit voert. Het gerechtelijk akkoord, dat slechts een voorportaal is van het faillissement, wordt slechts kort gesitueerd in de context van het faillissement.

I. Inleiding

A. CONTINUÏTEIT, ONDERNEMING EN OVERHEID

1. De continuïteit van de ondernemingen wordt vaak voorgesteld als een belangrijk doel van het economisch beleid van de overheid. Het belang van de continuïteit moet echter gerelativeerd worden. De vooruitgang vereist een zekere mobiliteit en aanpassing, zodat een nieuwe allocatie van middelen tenslotte het algemeen belang vaak beter dient dan de kunstmatige overleving, gebonden aan het behoud van inefficiënte ondernemingen die op korte termijn de stabiliteit verzekeren(1). De dynamische doelmatigheid vergt echter belangrijke offers in de zwakke economische sectoren, zodat de keuze voor de economische groei, die de welstand op korte termijn kan bedreigen, niet voor de hand ligt.

De keuze tussen mobiliteit en zekerheid, tussen voorspoed op korte termijn en voorspoed op middellange termijn, is in de eerste plaats een opdracht voor de uitvoerende macht van de Staat en niet voor de rechters, tenzij zeer marginaal in het kader van het ambtshalve uitgesproken faillissement(2). In een volledig vrije markteconomie wordt die keuze gedaan door de markt zelf die de minder efficiënte ondernemingen van de markt verdringt. In West-Europa is een

(1) Zie hierover SIAENS, A. en LÖWENTHAL, P., *Mouvements économiques*, Leuven, p. 46: „La vie économique est faite de changements et de recommencements, la sélection darwinienne est à l'œuvre, à cette nuance près que les sociétés peuvent prétendre tenir en main leur destinée... Le conflit auquel la société fait face est celui du progrès et de la stabilité...; les soucis de quiétude et de stabilité à court terme le disputent aux préoccupations d'optimalité économique à court terme”.

(2) Zie hierover o.m. KRINGS, E., „De rechterlijke macht en de faillissementsprocedure”, *Arr. Cass.*, 1986-87, 2; VEROUĞSTRAETE, I., „Le juge économique: juge ou gestionnaire”, in *Le droit économique et financier en 1985*, Brussel, Bruylant, 1985, 78 tot 81; VAN DER GUCHT, J. en VEROUĞSTRAETE, I., „Precontentieuze economische rechtsmachten”, in *Actes du colloque sur la magistrature économique*, Brussel, Bruylant, 1976, I, 6.

volledig vrije „random-walk” echter ondenkbaar, zodat bijsturing als nodig wordt ervaren(3).

De diverse pogingen om onder toezicht van de uitvoerende macht een vorm van begeleiding van de ondernemingen in moeilijkheden te organiseren zijn, zowel wat de pogingen van de centrale Staat als die van de Gewesten betreft, niet geslaagd. De sociale verplichtingen van ondernemingen kunnen gemilderd worden ten behoeve van ondernemingen die het statuut bekomen van ondernemingen in moeilijkheden, wat een rijke oogst biedt aan informatie voor de overheid die deze informatie echter niet schijnt te benutten (K.B. nr. 181 en 185 van 30 december 1982)(4).

Voor het Vlaams Gewest getuigt het Decreet van 27 juni 1985 gewijzigd op 31 juli 1990, van een meer voluntaristische aanpak: het decreet richt een commissie op die de grote bedrijven in moeilijkheden moet volgen. De activiteit van de commissie blijft bescheiden. De overheidssubsidiëring van ondernemingen in moeilijkheden heeft een tijdlang als surrogaat gediend voor een dergelijk beleid. Onder invloed van de Europese normen maar vooral dank zij het besef van de perverse effecten en de kostprijs van blinde subsidiëring, werd de toevloed van steun afgeremd, zowel door de Staat voor 1980 als door de Gewesten na 1980(5).

B. CONTINUÏTEIT, ONDERNEMING EN CREDITEUREN

2. Tegenover de drang naar het behoud van de onderneming, of anders uitgedrukt, de weerstand tegen de aanpassing aan de mededinging, is de rechtspositie van de schuldeisers complex. De concursus (samenloop), zowel bij vereffening als bij akkoord of bij faillissement, heeft voor gevolg dat in de regel de gelijkheid tussen de schuldeisers moet worden nageleefd, zodat de schuldeisers individueel geen beslag kunnen leggen op het vermogen van de debiteur en het collectief beslag de weg effent voor beperkte vormen van continuïteit. Die gelijkheid moet echter gerelativeerd worden nu zij doorkruist wordt door de voorrechten waarop steeds meer categorieën

(3) Over de band tussen de rechtsstaat en democratie en dergelijke bijsturing, zie DE BEUS, J.W., „Voorspoed, rechtsheerschappij en burgerschap: van trilemma naar drie-eenheid”, in *Rechtsstaat en sturing*, 141 e.v., Zwolle, Tjeenk Willink, 1987.

(4) B.S., 18 januari 1983, 753 en 775.

(5) Over een juridische en economische evaluatie van de steun, raadplege men DELAHAUT, P., „La création et le financement des entreprises par les pouvoirs publics”, *Colloquium Int. U. Centrum Publiek Recht*, 19-20 oktober 1984. De horror-stories van de Kempense Steenkolenmijnen, van Cockerill-Sambre en vele andere hebben ook een breed publiek overtuigd dat overheidssteun onredelijk kon zijn.

schuldeisers aanspraak kunnen maken en die door het faillissement en a fortiori door het gerechtelijk akkoord niet worden geraakt. De optie voor of tegen continuïteit zal ingevolge die vergaande toename van de voorrechten steeds meer afhangen van de (bevoorrechte) schuldeisers en steeds minder gecontroleerd kunnen worden door de rechter.

Indien b.v. de waarde van een onderneming als going concern groter is dan de waarde van de materiële bestanddelen apart genomen, is het voor de schuldeisers als een geheel beschouwd, een rationele keuze aan te dringen op een reorganisatie van de onderneming of op een overdracht in going concern. De rangschikking tussen de schuldeisers heeft echter voor gevolg dat die economisch rationele keuze niet steeds opgaat voor individuele schuldeisers⁽⁶⁾. De voordelen van een gedwongen likwidatie kunnen voor bepaalde schuldeisers veel groter zijn dan de voordelen van een reorganisatie of overdracht, wat overigens weerspiegeld wordt in het beleid dat banken voeren ten opzichte van bedrijven „in de grijze zone”⁽⁷⁾.

Vrij actief (d.i. actief waarop bevoorrechte schuldeisers geen aanspraak kunnen maken) is in faillissementen nauwelijks aanwezig zodat de verlangens van gewone schuldeisers amper relevant zijn. Hun belangen worden slechts in beperkte mate gevrijwaard door de „diensten voor handelsonderzoeken”, waarover verder sprake is.

C. DE TEGENSTELLINGEN VAN BELANGEN

3. In dit preadvies wordt onderzocht op welke wijze de tegenovergestelde belangen van de schuldeisers en de onderneming, onder het oogpunt van de continuïteit, juridisch vertaald worden in het huidige Belgisch recht.

De organen van de onderneming zelf kunnen ook een rol spelen in de evolutie van de „grijze zone” naar het faillissement en de discontinuïteit: hun rol zal dan ook eveneens worden toegelicht sub III.

(6) Zie hierover BUCKLEY, F.H., „The bankruptcy priority puzzle”, *Virginia Law Review*, vol. 72: 1393 sq.

(7) Zie evenwel infra, sub VII, B de economische risico's van de voortzetting die de overdracht in going concern steeds voorafgaat.

II. Het faillissement: de basisconcepten

A. Wanneer is er, volgens de wet, een faillissement?

4. Artikel 437 van de Faillissementswet luidt: „Iedere koopman die ophoudt te betalen en waarvan het krediet aan het wankelen is gebracht, is in staat van faillissement”. Wankelen van krediet is in feite geen autonome voorwaarde voor het faillissement maar hangt nauw samen met de eerste vereiste van het ophouden te betalen.

De uitlegging gegeven aan dit laatste concept wordt beïnvloed door het beleid dat de rechters voeren m.b.t. ondernemingen in moeilijkheden, en inz. in het kader van de beslissing het faillissement al dan niet ambtshalve uit te spreken. Het volstaat niet, naar vaste rechtspraak, dat op een bepaald ogenblik bewezen wordt dat enkele schuldeisers niet betaald worden. Er wordt ook vereist dat die niet-betaling van permanente aard zou zijn en niet opgevangen kan worden door krediet en dat de niet-betaalde schulden voldoende belangrijk zouden zijn om te wijzen op een algemene illikwiditeit(8).

De aangifte van die toestand is verplichtend binnen een termijn van drie dagen na de staking van betalingen (art. 440 F.W.). Wie dit niet doet, kan veroordeeld worden voor eenvoudige bankbreuk (art. 574 F.W.). Die verplichting en de strafsanctie die eraan kleeft wijzen erop dat de wetgever het faillissement als een storende toestand aanmerkt waaraan een einde moet gesteld worden.

Het faillissement blijft echter naar aard een procedure ten behoeve van de schuldeisers. De (duurzame) illikwiditeit van de schuldenaar verantwoordt de overgang van zijn patrimonium naar de gezamenlijke schuldeisers. Het faillissement is in de regel een „Zerschlagungsliquidation”. Over de economische rationaliteit van een dergelijk stelsel kan discussie bestaan(9), maar dit verandert niets aan de basisopvatting van de wetgever(10).

(8) Over die voorwaarden, zie MICHAUX, B., „Prévenir ou organiser la disparition des entreprises”, *Annales des Sc. Econ. appliquées*, 1976-77, nr. 5, 9-61; VEROUGSTRAETE, I., „De wettelijke criteria van de discontinuïteit”, in *Ondernemingsdiscontinuïteit*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 269-284.

(9) Zie bv. KARSTEN SCHMIDT, „Bericht über das Insolvenzensymposium des IDW”, *Beiträge zur Reform des Insolvenzenrechts*, 1987, 179 en vlg.; STEENBERGEN, J. en VEROUGSTRAETE, I., „De ontwikkeling van het faillissementsrecht in een Europese context”, *B.R.H.*, 1978, 535. In het laatst geciteerd werk onderstrepen de auteurs dat de „Zerschlagungsliquidation” perfect past in de optiek van het EEG-verdrag, dat op liberale leest is geschoeid.

(10) De algemene rapporteur van het Franse Code de commerce, dat gedeeltelijk als model gold voor de Belgische faillissementswet van 1851, drukte het als volgt uit: „La base du

Het faillissement, fundamenteel een instrument van privaatrechtelijke aard, is moeilijk verzoenbaar met een politiek gericht op de redding van ondernemingen. De objectieve constatering dat de onderneming nalaat meerdere schuldeisers te betalen volstaat als verantwoording van het faillissement. Een potentiële rendabiliteit op korte termijn is slechts relevant in zoverre zij laat blijken dat de debiteur dank zij die rendabiliteit nog krediet zou kunnen bekomen zodat hij in feite niet heeft opgehouden te betalen: zij is in se geen argument om het faillissement uit te stellen (b.v. als de zaakvoerder geen kredieten wil opnemen, of gewoon niet wil betalen).

De lege lata kan de continuïteit van de gefailleerde onderneming slechts worden verzekerd door het akkoord in het faillissement, dat de schuldeisers toelaat met kennis van zaken een kwijtschelding en/of moratorium te gunnen aan de gefailleerde of door de overdracht door de curator, in going concern, van leefbare takken van de onderneming(11). Het wettelijk instrumentarium is dus beperkt: de klemtoon ligt op de vereffening die — in de optiek van de wetgever — het best beantwoordt aan de eisen van een werkzame mededinging en een einde stelt aan de storende aanwezigheid op de markt van ondernemingen die de mededinging vervalsen door niet te betalen.

B. DE ROL VAN DE RECHTER BIJ DE FAILLIETVERKLARING — OPSPOREN VAN FAILLISSEMENTEN

1. *Rol van de rechter*

5. Het faillissement wordt uitgesproken door de rechtbank van koophandel op aangifte van de schuldenaar, op dagvaarding van een schuldeiser of nog ambtshalve door de rechtbank.

Zodra bewezen is dat de rechtspersoon of natuurlijke persoon opgehouden heeft te betalen, moet de rechter aan wie zulks gevraagd wordt het faillissement uitspreken. Hij is evenwel niet verplicht het faillissement ambtshalve uit te spreken: die verplichting berust alleen

nouveau système est d'exproprier le failli à l'instant même de sa déroute... La section est partie du principe simple que les créanciers sont saisis des biens, qu'en conséquence les biens ne doivent pas rester entre les mains du failli. Il est impossible d'agir (pour les créanciers) dès l'ouverture de la faillite. Cette considération a conduit à reconnaître la nécessité de faire intervenir un moment la puissance publique pour conserver aux créanciers leur gage" (rapport Cretet, LOCRÉ, d. XII, 44).

(11) Bij een dergelijke overdracht zou er continuïteit (gedeeltelijk) van de onderneming kunnen zijn, en discontinuïteit van de rechtspersoon. Het Belgisch recht is echter niet gebaseerd op een dichotomie tussen rechtspersoon en onderneming waarover zoveel sprake is in zekere rechtsleer.

op hem in zoverre een vordering in faillietverklaring voor hem is ingesteld(12).

De omstandigheid dat een vennootschap in vereffening is, ontslaat de rechter ook niet van die verplichting, alhoewel er reeds een samenloop ontstaat door de vereffening en het faillissement dan ook gedeeltelijk overbodig zou kunnen lijken(13).

Het algemeen belang treedt geenszins op de voorgrond: als basso continuo geldt alleen dat de openbare orde vereist dat telkens een crediteur bewijst dat zijn schuldenaar opgehouden heeft te betalen, de schuldenaar de markt verlaat.

2. Opsporen van faillissementen

6. Voor de ondernemingen die zich in de grijze zone bevinden van de reorganisatie is er in praktijk een wettelijk vacuüm (zie infra, randnummer 23). De leemte is gedeeltelijk gevuld door de rechtbanken van koophandel die — gebruik makend van de mogelijkheid het faillissement ambtshalve uit te spreken — „diensten voor handelsonderzoeken” hebben opgericht.

In werkelijkheid is die activiteit niet beperkt gebleven tot het opsporen van mogelijke faillissementen — tot daar zijn de „diensten” overigens bestaanbaar met de wet. Daarnaast is een activiteit gegroeid van bijstand aan de ondernemingen in moeilijkheden. Dit is — de lege lata — onverzoenbaar met de taak van de rechter en leidt overigens tot moeilijke aansprakelijkheidsvragen(14) inz. als onder druk van de rechtbanken van koophandel, bepaalde offers gevraagd werden aan schuldeisers en de sanering niet het gewenste effect heeft. De kostprijs van ten onrechte gegeven raadgevingen kan moeilijk becijferd worden maar is veel groter dan het publiek vermoedt.

(12) Zie hierover KRINGS, E., „La juridiction consulaire et la situation économique”, *J.T.*, 1979, 534; VEROUGSTRAETE, I., „De wettelijke criteria van de discontinuïteit”, in *Ondernemingsdiscontinuïteit*, 278, Kluwer, 1983; zie ook KRINGS, E., „De rechterlijke macht en de faillissementsprocedure”, *Arr. Cass.*, 1986-87, 2, 14; 'T KINT, F., „Le pouvoir d'office du juge en matière de faillite”, in *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial*, Brussel, Bruylant, 1982, 519.

(13) Dit werd soms betwist, vooral in arrondissementen geteisterd door structurele economische problemen. Over deze vragen zie o.m. DUMON, Y., „Liquidations volontaires, concordats et faillites: les tentations du choix, ses dangers, objectifs et justifications de chaque institution”, *T.B.H.*, 1984, 472; MERSCH, M., „Note sur la liquidation des sociétés commerciales”, *T.B.H.*, 1985, 339; MIHAIL, P., „Quand une société en liquidation doit-elle être déclarée en faillite?”, *J.T.*, 1987, 65-68; VEROUGSTRAETE, I. en VAN SCHOUBROECK, C., „Faillissement en aanverwante procedures”, in *Ondernemingsrecht, Beginselen van Belgisch Privaatrecht, XIII A*, nr. 217.

(14) Zie hierover CORNELIS, L., „De aansprakelijkheid van de magistraten zetelend in opsporingsdiensten en van de Belgische Staat voor de gebeurlijke fout van die magistraten”, *T.B.H.*, 1983, 414; PARMENTIER, C., „De handelsonderzoeken”, in *Vademecum van de rechter-commissaris*, Brussel, 1987.

Het gevaar van ongepaste initiatieven is niet denkbeeldig omdat in het kader van de diensten voor handelsonderzoeken vooral wordt uitgegaan van de doelstelling van de redding van de onderneming en slechts in mindere mate van die van de economische sanering of aanscherping van de mededinging(15). Positief is dat de rechtbanken van koophandel ontijdige individuele initiatieven van schuldeisers afremmen en op die wijze de gelijkheid van de schuldeisers enigszins vrijwaren; positief is eveneens dat zij de schuldenaar waarschuwen voor daden van bevoordeling ten opzichte van de ene of de andere schuldeiser.

C. DE EXTERNE TUSSENKOMSTEN: BANKIER, RSZ, FISCUS EN DGL.

7. De relatieve nonchalance waarmee de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid en de fiscus zich opstellen tegenover de onderneming in moeilijkheden kan gedeeltelijk uitgelegd worden door de lage rang die zij hebben bij concursus (zie bijlage II). Het voorrecht van de fiscus, bevoorrecht op alle roerende goederen, is lager gerangschikt dan het voorrecht van de rijksdienst voor sociale zekerheid; het voorrecht van dit laatste is lager dan dat van de werknemers, die effectief, in de meeste gevallen, het actief dat de bijzonder bevoorrechte schuldeisers niet hebben opgeslorpt, opnemen.

De enige schuldeiser die nochtans openlijk actief optreedt op gerechtelijk vlak om het faillissement uit te lokken is de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid. De RSZ signaleert niet alleen aan de rechtbanken van koophandel de belangrijke achterstallen van betaling maar dagvaardt zelf in faillissement (vaak als drukkingsmiddel om betalingen te bekomen). De RSZ getuigt van een zekere souplesse in de inning van de vorderingen.

De belastingadministratie heeft een veel minder duidelijk beleid. Als quasi-concurrente schuldeiser heeft de fiscus overigens weinig redenen om een faillissement uit te lokken. De fiscus is niet zeer scherp op de incasso.

8. De banken zijn verplicht toezicht uit te oefenen op de ontwikkeling van het krediet en de zaken van de kredietnemer, zonder dat dit

(15) HORSMANS, G., „Les services des Enquêtes commerciales des tribunaux de commerce”, in *L'Entreprise en difficultés*, Ed. J.B. 1981, 75 wijst op de fundamentele zwakheden van de zgn. „diensten”.

evenwel een permanent toezicht moet worden(16). Nu de onderneming in moeilijkheden quasi per definitie aanspraak maakt op krediet, heeft het bankbeleid een determinerend belang. De bewegingsvrijheid van de banken is echter niet volledig, ondanks de algemene bankvoorwaarden van de banken die conventioneel aan de banken de mogelijkheid bieden het krediet te beëindigen, op te schorten of te handhaven.

Als de banken te lang het krediet handhaven, lopen zij het risico dat derden zouden voortbouwen op de schijn van kredietwaardigheid gegeven aan de kredietnemer en zelf krediet zouden verstrekken; dit zou kunnen leiden tot aansprakelijkheidsvorderingen. Als de banken het krediet afbouwen, kunnen zij ook het verwijt oplopen dit krediet derwijze af te bouwen dat zij hun zekerheden maximaal kunnen rendabiliseren door het faillissement te forceren op een ogenblik dat voor hen past en waarop de onderneming nog leefbaar was (en juist door het onzorgvuldig intrekken van het krediet failliet gaat). De angsten van de bankier mogen echter niet overdreven worden: het aantal tegen banken ingestelde en geslaagde vorderingen is opmerkelijk laag gebleven(17).

De banken verstrekken ook informatie aan hun cliënteel over de kredietwaardigheid van andere ondernemingen. Dit belangrijk aspect van de activiteit van de banken wordt vaak onderschat. Tegenover de rechtbanken en inz. de diensten van koophandel hanteren de banken een selectieve discretie(18).

9. De kredietverzekeraars — een zeer geconcentreerde bedrijfstak — spelen ook een rol door de kredietrating van de onderneming te bepalen. Het signaleren dat leveringen aan een bepaalde onderneming niet meer gedekt zullen worden door de verzekeraar betekent meteen ook praktisch het einde van die onderneming.

(16) Bankcommissie, Verslag 1966, 35; zie ook SIMONT, L. en VAN OMMESLAGHE, P., „De aansprakelijkheid van de banken en kredietverleners in het Belgisch recht”, *T.P.R.*, 1986, 1091; KILESTE, P., „L'escompte fournisseur”, *T.B.H.*, 1988, 668. Er zijn zeer veel beslissingen: zie inter alia, Antwerpen, 17 december 1986, *T.B.H.*, 1989, 3 en Brussel, 11 september 1987, *T.B.H.*, 1989, 7, die nogal getrouw de meerderheidsopvattingen vertolken.

(17) De openbare kredietinstellingen zijn onderworpen aan dezelfde voorzichtigheidsregels als de private banken. De N.M.K.N. kon dit een aantal keren ervaren, ter gelegenheid van kredieten toegestaan met staatswaarborg onder politieke druk aan de facto failliete bedrijven: Brussel, 14 september 1979, *J.T.*, 1980, 132, noot SIMONT en BRUYNEEL; Brussel, 14 september 1988, *T.B.H.*, 1989, 177, met kritische noot; Kph. Brussel, 8 juni 1990, A.R. 5816/81.

(18) Over het bankgeheim in België, raadpleeg BRUYNEEL, A., „Le secret bancaire en Belgique après l'arrêt du 25 octobre 1978”, *J.T.*, 1979, 376.

10. De kamers van koophandel zijn privé-initiatieven en hebben geen bevoegdheid in faillissementsaangelegenheden. Op het handelsregister, dat gehouden wordt in de rechtbanken van koophandel, valt weinig informatie te rapen over de ondernemingen: de inlichtingen bevestigen meestal alleen maar dat de onderneming effectief heeft opgehouden te betalen (zoals het verbod tot uitoefening van een werkzaamheid waarvoor inschrijving is vereist, de verklaring van afwezigheid, de aanwijzing van een voorlopig bewindvoerder, de verklaring van opheffing van een handel, de faillietverklaring en de sluiting van het faillissement, de veroordeling wegens bankbreuk, de afwijzing van het verzoek tot het bekomen van een gerechtelijk akkoord, de ontbinding, de vereffening of de vernietiging van een vennootschap of een samenwerkingsverband). In de „akten van vennootschappen” worden meer actuele gebeurtenissen vermeld van het leven van de vennootschappen, doch die informatie (zoals de jaarrekening) komt vaak te laat om nog iets te doen aan een faillissementstoestand.

D. CONCLUSIE

11. Het faillissement heeft tot doel het vermogen van de gefailleerde door bemiddeling van de curator ter beschikking te stellen van zijn schuldeisers. Het faillissement gaat normaal gepaard met het einde van de activiteit van de gefailleerde, behoudens als deze laatste een akkoord na faillissement bekomt, wat voor een vennootschap uitzonderlijk is(19), of nog als de curator leefbare takken van de onderneming kan afzonderen.

Het financieel risico weegt essentieel op de gewone schuldeisers(20) en op de algemeen bevoorrechte schuldeisers van een bescheiden rang (RSZ en fiscus), en in veel mindere mate op de werknemers en de bijzonder bevoorrechte schuldeisers (zie bijlage II). In se is dit eventueel niet volkomen irrationeel. De bevoorrechte schuldeisers (inz. diegene die een bijzonder voorrecht kunnen claimen) verschaffen een goedkoper krediet aan de ondernemingen daar zij hun risico kunnen beperken; de gewone schuldeisers calculeren hun risico in de prijs die zij aan hun medecontractanten doen betalen. Hetzelfde

(19) Uitzonderlijk doch niet onbestaand. Het kan voordelig zijn in bepaalde omstandigheden de rechtspersoon niet op te doeken, b.v. als zij bepaalde licentie- of concessierechten bezit.

(20) Eigendomsvoorbehoud kan aan de boedel niet worden tegengeworpen, volgens de huidige rechtspraak.

geldt voor de overheid die de heffingen en belastingen aanpast aan de niet betaling van belastingen door insolvente ondernemingen(21). De min of meer grote activiteit die de schuldeisers aan de dag leggen om het faillissement al dan niet uit te lokken vindt een uitleg in het belang dat die schuldeisers zien in de uitspraak van het faillissement. Veel schuldeisers zien, terecht, het nut niet in van een faillissement als zij alleen uit het faillissement de mogelijkheid putten een aftrekbaar verlies te boeken en eventueel een teruggave van de BTW op de niet betaalde facturen te bekomen. Het stilzwijgen van de schuldeisers en van de schuldenaar kan storend zijn voor de openbare orde: de niet-aangifte van het faillissement is overigens een geval van eenvoudige bankbreuk. Dit legt uit dat het openbaar ministerie, teoretisch op grond van artikel 138 van het Gerechtelijk Wetboek, het faillissement zou kunnen vorderen van niet betalende schuldenaars, indien de afwezigheid van faillissement bijzonder nadelige gevolgen zou kunnen hebben voor de openbare orde in de maatschappij.

III. De rol van de organen van de onderneming in de periode die het faillissement voorafgaat: functie bestuur en interne controle op het bestuur

A. HET BESTUUR

11. De primaire verantwoordelijkheid om de nodige maatregelen te treffen tegen een nakende discontinuïteit berust bij het bestuur. Het bestuur is in beginsel het best ingelicht nopens de werkelijke toestand van de onderneming(22).

Daarenboven is het bestuur — raad van bestuur bij de NV, zaakvoerder bij de BVBA — verantwoordelijk voor het nemen van de beslissing het faillissement aan te geven of een akkoord aan te vragen(23). De wet legt ook aan de bestuurders (c.q. zaakvoerders) de verplichting op te waken over het behoud van het kapitaal. Dit wordt geconcretiseerd door het verbod winsten uit te keren indien het

(21) De enige ware slachtoffers zijn in feite de schuldeisers tegenover wie een onrechtmatige daad werd begaan door de gefailleerde en niets kunnen terugvorderen noch enige voorzorgsmaatregel hebben kunnen nemen. Zij zouden een supervoorrecht moeten kunnen hebben: alle andere categorieën zijn beter beschermd.

(22) Alhoewel, de boekhouding niet steeds toelaat, o.m. wegens de contaminatie door fiscale beschouwingen, de werkelijke toestand van de onderneming te achterhalen: zie hierover Scohier, P., „Position du dirigeant de l'entreprise”, in *Ondernemingsdiscontinuïteit*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, p. 206.

(23) Wat dit laatste betreft: Cass., 21 september 1989, *T.B.H.*, 1989, 940, noot.

netto-actief gedaald is of tengevolge de uitkering zou dalen beneden het bedrag van het gestorte kapitaal, vermeerderd met de niet uitkeerbare reserves (art. 77bis Venn.W.; cfr. 105, lid 2, Ned. wet). Wanneer tengevolge van geleden verlies, het netto-actief gedaald is tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal, moet de algemene vergadering bijeenkomen om te beraadslagen en te besluiten over de ontbinding van de vennootschap; de raad van bestuur verantwoordt zijn voorstellen in een bijzonder verslag; wanneer het netto-actief tengevolge van geleden verlies gedaald is tot minder dan een vierde van het maatschappelijk kapitaal, volstaat een vierde van de uitgebrachte stemmen om tot de ontbinding over te gaan (art. 103 Venn.W.). Is de algemene vergadering niet overeenkomstig artikel 103 Venn.W. bijeengeroepen, dan wordt de door derden geleden schade, behoudens tegenbewijs, geacht uit het ontbreken van een bijeenroeping voort te vloeien.

De informatieverplichting van de bestuurders is grotendeels toegespitst op de hypothese van de onderneming in moeilijkheden. De bestuurders moeten, als de alarmbelprocedure van artikel 103 Venn.W. wordt toegepast, een bijzonder verslag opstellen. Het jaarverslag moet eveneens relatief gedetailleerde informatie inhouden betreffende de gang van zaken en de positie van de vennootschap (en informatie over belangrijke gebeurtenissen die na het einde van het boekjaar plaatsvonden) (art. 77 Venn.W.). De bestuurders zijn ook verplicht inlichtingen te geven aan de ondernemingsraad, indien er één is, over de gang van de onderneming (zie artikel 15, wet op de ondernemingsraden)(24). Die verplichting houdt in dat de ondernemingsraad voorafgaandelijk ingelicht wordt betreffende de voorziene aangifte van het faillissement, ook al heeft de ondernemingsraad desbetreffend geen enkele beslissingsbevoegdheid(25).

B. DE COMMISSARISFUNCTIE

12. De commissaris-revisor (die niet de Nederlandse commissaris is maar wel de met de controle van de jaarrekening belaste persoon is, bedoeld in artikel 51 van de 4^e Richtlijn), die een onafhankelijke positie bekleedt in de vennootschap sinds de hervorming van de vennootschappenwet, kan ook actief betrokken worden bij de continuïteitsbeslissing. Tengevolge van de controle — minstens halfjaar-

(24) Er zijn geldboeten voorzien als sanctie voor die verplichting: zie artikel 32, 3^o van de wet van 20 september 1948 op de ondernemingsraden en 25, 2 van het koninklijk besluit van 27 november 1973.

(25) Cass., 30 april 1986, A.C., 1985-86, 1174.

lijks — op de boekhouding kent hij de werkelijke toestand van de onderneming. Hij heeft het recht een buitengewone algemene vergadering bijeen te roepen. Hij stelt een afzonderlijk verslag op ten behoeve van de vennoten. Daarenboven is hij de vertrouwensman van de ondernemingsraad doordat hij de getrouwheid certificeert van de gegeven informatie, de betekenis van de gegeven informaties toelicht en ontleedt ten behoeve van de werknemers en zelf initiatieven mag nemen om de ondernemingsraad rechtstreeks in te lichten indien het bestuur dit niet doet (art. 15*bis*, wet op de ondernemingsraden).

C. DE AANDEELHOUDERS

13. De aandeelhouders hebben een meer passieve rol. Waar er geen commissaris-revisor is, hebben zij een individueel controlerecht dat zij effectief door bemiddeling van een door hen betaalde en gevolmachtigde accountant kunnen uitoefenen. Verder kunnen zij in bepaalde omstandigheden een buitengewone algemene vergadering doen bijeenroepen. Voor de minderheidsaandeelhouder is wel van enige betekenis de mogelijkheid — door de rechtspraak gecreëerd — de aanstelling te vragen in kort geding van een voorlopige bestuurder die geheel of ten dele de taken vervult van de bestuurders(26). Dit wordt meestal toegestaan in gevallen waar de economische toestand van de onderneming labiel wordt of dreigt te worden tengevolge van beleidsbeslissingen of onenigheid tussen de bestuurders(27).

D. DE WERKNEMERS

14. De werknemers hebben — ondanks de rechten die zij kunnen putten m.b.t. de informatie uit de wet op de ondernemingsraden of uit bepaalde collectieve arbeidsovereenkomsten — weinig greep op de continuïteitsbeslissingen. Zij kunnen echter, onder dezelfde voorwaarden als de aandeelhouders, in kort geding de aanstelling vorderen van een voorlopige bestuurder en herstructurering van belangrijke bedrijven veronderstelt in praktijk een actieve samenwerking van de vakverenigingen.

(26) De wet heeft onrechtstreeks die rechtspraak kracht bijgezet door de verplichting opgelegd aan de vennootschappen een uittreksel uit de akten betreffende benoeming en de ambtsbeëindiging van de „voorlopige bewindvoerders” neer te leggen en bekend te maken (art. 12, § 1, 3, d, Venn.W.).

(27) De aanstelling van een „bijzondere commissaris” op verzoek van aandeelhouders die een vijfde van het vennootschapsvermogen bezitten is onder oogpunt van de continuïteit een weinig relevante maatregel (191 Venn.W.).

IV. Bestuurdersaansprakelijkheid: aansprakelijkheid van vennoten — De pauliana en analoge vorderingen

A. ALGEMEEN

15. De bevoegdheden en plichten die op de organen van de vennootschap berusten — inz. op de bestuurders — hebben ook als corrolarium de aansprakelijkheid van de bestuurders. Het stelsel van de aansprakelijkheid beïnvloedt de houding van de bestuurders ten opzichte van de continuïteit van de onderneming. Indien het stelsel al te sterk wordt aangescherpt, zal het verlangen van de bestuurders het risico van de continuïteit te lopen eerder gering zijn. De invloed van de aansprakelijkheidsregeling op de continuïteit mag echter niet overschat worden: de bestuurder kan even goed aansprakelijk gesteld worden omdat hij het zinkend schip te vroeg verlaat, zonder een behoorlijke opvolger te hebben aangesteld. Het kan niet de bedoeling zijn van dit opstel het volledig stelsel van de aansprakelijkheid van bestuurders uit te leggen. Een selectie zal gemaakt worden van bepaalde punten die rechtstreeks de continuïteit raken en de laatste maanden bijzonder controversieel zijn gebleken.

Op de pauliana en de analoge vorderingen moet ook ingegaan worden. De invloed van die vorderingen op het gedrag van de bestuurders voor het faillissement — en dus op de continuïteit — is merkbaar.

B. DE AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERINGEN

16. De aansprakelijkheidsvorderingen tegen de bestuurders, die na het faillissement worden ingesteld, mogen door de curator worden ingesteld⁽²⁸⁾, in zoverre zij ertoe strekken de vergoeding te bekomen van een gemene schade geleden door de schuldeisers.

De algemene opdracht van de curator bestaat er met name in het actief van de gefailleerde te gelde te maken en de gelden van de realisatie te verdelen; krachtens de vermogensrechtelijke buitenbezitting van de gefailleerde oefent de curator tot realisatie van het actief inzonderheid de rechtsoverdrachten uit die de gefailleerde zou kunnen uitoefenen en moet vervolgens de verdeling verrichten met inachtneming van de wettige redenen van voorrang die bepaalde

⁽²⁸⁾ Cass., 12 februari 1981, *B.R.H.*, 1981, 174, noot VAN BRUYSTEGEM; *Arr. Cass.*, 1980-81, 662.

schuldeisers hebben(29). Of het nu de specifieke bestuurdersaansprakelijkheid betreft of elke onrechtmatige daad gesteld door een derde ten nadele van de boedel, is de curator — zowel in België als in Nederland — gerechtigd op te treden voor rekening van alle crediteuren.

De vraag wordt in België nog steeds betwist of de curator het exclusieve recht bezit een herstel te vorderen van wat „collectieve” of „gemene” schade wordt genoemd(30). Volgens de enen zou hij over een monopolie beschikken om schade gemeen aan de schuldeisers te vorderen(31), volgens anderen kan er samenloop van vorderingsrechten zijn in die zin dat wanneer de curator zou beslissen niet te vorderen, een schuldeiser dit vorderingsrecht ten individuele titel zou kunnen uitoefenen(32).

De discussie berust gedeeltelijk op een misverstand.

Als de curator optreedt om vergoeding te vorderen van schade geleden door het onder bewind gestelde vermogen kan hij en slechts hij alleen optreden. Dit is niet het geval omdat hij de gezamenlijke schuldeisers vertegenwoordigt, want zulks doet hij in geen geval(33), maar omdat hij door collectief beslag van het patrimonium van de buitenbezitgestelde o.a. als wettelijke opdracht heeft de vorderingsrechten van het onder bewind gestelde vermogen uit te oefenen(34).

De vraag is nu of de schade geleden door de schuldeisers tengevolge van een fout begaan door de bestuurders wel als gemene schade kan aanzien worden, d.i. schade die geleden is door het onder bewind gestelde vermogen.

De loutere omstandigheid dat de schuldeisers een gelijksoortige

(29) Cass., 1 december 1989, *R.W.*, 1989-90, 1260. Opmerkelijk is dat in vroegere arresten sprake was dat de curator „een gerechtelijk lasthebber is die de belangen welke hem krachtens de wet worden toevertrouwd waarneemt” (zie o.m. Cass., 29 oktober 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 253). Terecht is die verwarrende uitdrukking achterwege gelaten.

(30) De curator kan geen individuele rechten van zijn schuldeisers uitoefenen: Cass., 8 april 1976, *R.C.J.B.*, 1980, 121.

(31) Zie b.v. FORIERS, P.A., noot onder Kh. Luik, 2 juni 1983, *T.B.H.*, 1984, 79.

(32) Zie hierover Antwerpen, 13 februari 1989, *T.B.H.*, 1990, 435; PARMENTIER, C., „La responsabilité des dirigeants d'entreprise en cas de faillite”, *T.B.H.*, 1986, 757.

(33) GAMBEAUX, „Les créanciers dans la masse en faillite”, *Ann. Droit Comm.*, 1907, 432: „le curateur n'est ni le préposé ni le représentant des créanciers ou du failli”; GÉRARD, P., „Observations sur la nature juridique des dettes et créances de la masse des créanciers en cas de faillite”, *R.C.J.B.*, 1986, 714; Brussel, 10 november 1983, A.R. 1118/82: „en réalité, le curateur ne représente ni le failli, ni les créanciers au sens spécifique du terme, il tire directement de la loi les pouvoirs nécessaires pour engager le patrimoine dont il assume la gestion”.

(34) Cass., 7 mei 1980, *Pas.*, I, 1104; Cass., 1 december 1989, *R.W.*, 1989-90, 1260.

schade hebben geleden volstaat niet om aan de curator het recht te gunnen een aansprakelijkheidsvordering in te stellen(35).

Toegepast op de bestuurdersaansprakelijkheid betekent dit het volgende. De curator heeft het uitsluitend recht een vordering in te stellen in vergoeding van de schade die de vennootschap geleden heeft door bestuursfouten (art. 62 lid 1 Venn.W.)(36) — of overtreding van de vennootschappenwet of van de statuten (art. 62 lid 2 Venn.W.). Traditioneel wordt er nog steeds van uitgegaan dat de aansprakelijkheid wegens bestuursfouten enkel ten opzichte van de vennootschap bestaat omdat bestuurders niet de verplichting hebben de vennootschap in het belang van derden te besturen(37).

De bestuursfout kan tot gevolg gehad hebben dat het actief verminderde of het passief vermeerderde. In beide gevallen oefent de curator de rechtsvordering uit die de gefailleerde had kunnen uitoefenen. Heeft de vennootschap echter kwijting van bestuur verleend(38), dan heeft hij o.i. het recht niet de vordering ex artikel 62, lid 1, vennootschappenwet zonder meer te vervangen door een vordering ex artikel 1382 B.W. (wegens schending van de algemene zorgvuldigheidsplicht door de bestuurders). M.a.w. de vraag is gesteld of bestuurders en zaakvoerders ook tot vergoeding van alle schade kunnen aansprakelijk gesteld worden jegens hun vennootschap wanneer een tekortkoming in hun bestuur terzelfdertijd een onrechtmatige daad is in de zin van artikel 1382 B.W.(39). De vraag moet opgelost worden volgens de regels van de samenloop. Opdat van samenloop sprake zou kunnen zijn wordt vereist dat aan de bestuurder een fout kan ten laste gelegd worden, die afgezien van zijn contractuele verplichtingen ten opzichte van de vennootschap, de miskenning inhoudt van de zorgvuldigheidsplicht die jegens eenieder

(35) De ganse discussie betreffende het al dan niet deel hebben aan het gezamenlijk belang de vordering in te stellen wordt mede hierdoor irrelevant.

(36) De miskenning van andere wetten dan de vennootschappenwet kan een bestuursfout uitmaken, zoals b.v. de overtreding van een fiscale wet of van de algemene strafwet (zie hierover: FORGES, M. en MASSART, L., „Entreprise et responsabilité: diversité des causes et des risques”, *DAOR*, 1990/15, 18 en de geciteerde rechtsleer; Kh. Antwerpen, 23 januari 1980, *B.R.H.*, 1981, 412).

(37) Zie DE BACKER, J.M. en RALET, O., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 65, Duculot, 1984; zie evenwel FAGNART, J.L., „La responsabilité personnelle envers les tiers des organes de la société commerciale”, *R.G.A.R.*, 1968, 7995.

(38) Aangezien de curator de schuldeisers niet vertegenwoordigt maar enkel de rechten uitoefent die de gefailleerde kon uitoefenen, wordt er soms ten onrechte van uitgegaan dat de kwijting van bestuur niet aan de curator zou kunnen worden tegengeworpen omdat hij „ne représente pas la société mais la masse des créanciers”, FORGET, M. en MASSART, L., „Entreprise et responsabilité: diversité des causes et des risques”, *DAOR*, 1990, 15, 19.

(39) Zie hierover RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.M. en VAN HULLE, K., „Overzicht van rechtspraak Vennootschapsrecht 1978-1985”, *T.P.R.*, 1987, 1249.

moet inachtgenomen worden en dat de schade waarvoor vergoeding wordt gevorderd een ander nadeel is dan hetgeen dat voortvloeit uit de tekortkoming in de uitvoering van de overeenkomst(40). Die mogelijkheid is dan ook nogal theoretisch: zelfs indien zou kunnen bewezen worden dat de bestuurders een verplichting hebben miskend die hen buiten hun opdracht van bestuurder is opgelegd, dan nog is hiermede niet aangetoond dat de door het onder bewind gestelde vermogen geleden schade onderscheiden is van de door de miskenning van het bestuursmandaat veroorzaakte schade(41).

De bestuurder zou evenwel ook voor de strafrechter kunnen aangesproken worden, op grond van artikel 1382 B.W. indien de bestuursfout tevens een strafbaar feit is, wat te dezen niet uitgesloten is nu de tardieve aangifte van het faillissement strafbaar is. Samenloop is dan uitgesloten(42). Een kwijting dekt zeker geen misdrijf.

Het is onmiskienbaar zo dat de hoven en rechtbanken de bestuurder op grond van artikel 1382 B.W. jegens de derden-schuldeisers aansprakelijk hebben gesteld wegens de voortzetting van een deficitaire activiteit, in de voorkennis dat de onderneming haar betalingen had gestaakt. Bepaalde rechtsleer ziet dit fenomeen als een groei van het vennootschapsrecht naar het ruimere ondernemingsrecht toe, hetgeen de neiging verklaart om bestuursfouten jegens de vennootschap in sommige gevallen tegelijk als onrechtmatige daden aan te houden(43).

Het is onzeker of de curator dit steeds kan doen. De vraag is of dergelijke vordering, die weliswaar gemeen is aan de schuldeisers in de boedel, niet vreemd is aan het buiten bezit gestelde vermogen. Als dit laatste juist is, zou de curator vorderingsrechten uitoefenen die individuele schuldeisers gezamenlijk hebben, maar die niet tot het vervullen van zijn opdracht zouden behoren. De curator zou overi-

(40) Zie Cass., 4 juni 1971, *A.C.*, 1971, 989.

(41) Zie VAN OMMESLAGHE, P., „Examen de jurisprudence relatif aux obligations”, *R.C.J.B.*, 1986, 211 sq.

(42) Zie hierover HERBOTS, J., „Samenloop contractuele en delictuele aansprakelijkheid”, in *Onrechtmatige daad*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1979, 138. In een voetnoot verwijst HERBOTS naar de kritiek uitgebracht op deze stelling door LE TOURNEAU, Ph., in *La responsabilité civile*, Parijs, Dalloz, 1976, 2, p. 351. O.i. miskent deze kritiek de autonomie en de voorrang van het strafrecht op het burgerlijk recht: aangezien het strafrecht zelfs de verjaringsregels van het burgerlijk recht ter zijde schuift kan men niet anders dan besluiten dat de vordering ex delictu nimmer door deze samenloop regels zou kunnen uitgesloten worden.

(43) VAN CROMBRUGGHE, S., „De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, *R.W.*, 1989-90, 1441; WILLAERT, C., „La responsabilité interne de l'entreprise”, *DAOR*, 1990/15, p. 21: „L'entreprise se doit à la fois de produire des biens et des services au bénéfice d'une communauté plus large dans laquelle elle s'insère, rémunérer ses actionnaires et promouvoir des hommes qui y œuvrent ensemble, vers la réalisation d'un objectif commun. Dès lors, l'entreprise a des obligations envers la communauté, ses actionnaires et son personnel”.

gens, na geslaagd te zijn in zijn aansprakelijkheidsvordering, buiten zijn opdracht optreden door de verdeling van een opbrengst die in feite toebehoort aan individuele schuldeisers maar niet aan de boedel en waarop dus geen rangregeling is toe te passen.

De deficitaire voortzetting kan inderdaad schade toebrengen aan het vermogen: in de grenzen van de artikelen 62, lid 1 en 2 en 1382 B.W. kan de curator die vordering instellen in naam en voor rekening van de failliete boedel: de opbrengst wordt dan verdeeld tussen de schuldeisers, volgens de wettelijke rangregeling. De geleden schade is de vermindering van het netto-actief (d.i. de verslechtering van de vermogenstoestand, die zal blijken uit de vergelijking tussen de vermogenstoestand op het ogenblik dat de bestuurder de handelsactiviteiten had moeten beëindigen en de vermogenstoestand op datum van het faillissement): die schade is een andere dan de schade geleden door de medecontractanten van de gefailleerde die schade hebben geleden doordat zij gecontracteerd hebben nadat de gefailleerde opgehouden had te betalen (m.a.w. een andere dan de optelsom van de vorderingen van die schuldeisers in de boedel, verminderd met de te verwachten dividenden).

Individuele schuldeisers zullen aldus gerechtigd zijn een vordering in te stellen tegen de bestuurders tot vergoeding van door hen geleden schade — met uitsluiting van de curator — en zij kunnen dit doen hangende het faillissement(44), tenzij de curator, binnen zijn wettelijke opdracht, dergelijke vorderingen zou hebben ingesteld die, omdat zij de betaling van het gewone passief tot gevolg zou kunnen hebben, noodzakelijkerwijze de individuele schade van de schuldeiser omvat (dit zou het geval kunnen zijn indien een vordering gestoeld op artikel 63^{ter} Venn.W. wordt ingesteld: dit hoort bij de bijzondere bijkomende opdrachten van de curator enerzijds en het causaal verband wordt niet naar gemeen recht beoordeeld anderzijds). In dit geval wordt de vordering van de schuldeiser zolang opgeschort(45).

17. De bestuurders moeten tijdig aangifte doen van het faillissement (drie dagen nadat opgehouden is te betalen). De rechtbanken van koophandel bepalen in het faillissementsvonnis of in een later vonnis op welke dag de gefailleerde ophield te betalen. Dit tijdstip mag

(44) Met het gevolg dat de bestuurder het gevaar loopt tweemaal te betalen wegens dezelfde fout die twee schaden heeft veroorzaakt. Zelfs aangenomen zijnde dat de bestuurder de boedel heeft vergoed, is hiermede nog niet uitgemaakt dat een gewone schuldeiser een verhoogd dividend zou ontvangen. Mocht dit wel het geval zijn, dan zal hij het verhoogd bedrag als dividend ontvangen moeten toerekenen op hetgeen hij aan de bestuurder vordert.

(45) Kh. Brussel, 22 oktober 1982, *B.R.H.*, 1982, 574.

echter niet meer dan zes maanden voor het faillietverklarend vonnis worden teruggebracht.

Betekent dit meteen dat — iuris et de iure — vaststaat dat de gefailleerde voor die zes maanden niet had opgehouden te betalen, zodat de bestuurder slechts aansprakelijk zou kunnen gesteld worden voor de vermindering van het netto-actief vanaf die periode? De vraag lijkt voor betwisting vatbaar.

Men zou ervan kunnen uitgaan dat de curator gerechtigd zou zijn aan de hand van het vennootschapsdossier aan te tonen dat er reeds voor de zes maanden discontinuïteit was ingetreden: de bedoeling van de wetgever, bij het vaststellen van de periode van zes maanden zou er alleen in bestaan de rechtszekerheid betreffende de in die periode van zes maanden gestelde rechtshandelingen te vrijwaren (art. 445 tot 447) en de tijdsbeperking zou, in die stelling, geen uitstaans hebben met de aansprakelijkheidsproblematiek. Als de rechtbank de datum minder dan zes maanden voor het faillissement bepaalt, is zelfs niet zeker of dit enig impact heeft op de aansprakelijkheidsvraag(46).

Bepaalde rechtbanken hebben de neiging, zelfs bij faillissement op aangifte, stelselmatig de datum van de staking van betaling zes maanden voor het faillissement te plaatsen. Het automatisme is zeker te betreuren daar dergelijke beslissing erga omnes geldt. De rechter die het foutieve gedrag dient te beoordelen, heeft op het punt van het bestaan van de staking van betaling geen enkele vrijheid meer. Dit betekent echter niet dat uit de enkele omstandigheid dat op een gegeven ogenblik wordt geoordeeld dat zovele maanden ervoor de debiteur in discontinuïteit was getreden, zou afgeleid kunnen worden dat de bestuurders een aan hen toerekenbare fout begingen, ook al maakt het niet doen van de aangifte een misdrijf uit(47).

Volledig ten onrechte werd uit het enkele materiële feit van de niet-aangifte van faillissement het bestaan van een misdrijf afgeleid en werd aangenomen dat de strafrechtelijke (en derhalve de aquiliaanse) aansprakelijkheid automatisch uit dit misdrijf zou voortvloeien „als een schoolvoorbeeld van onrechtmatige daad”(48). Een feit kan nooit strafbaar zijn alleen maar wegens het materiële bestaan ervan; een misdrijf kan niet geheel bestaan in het materiële feit dat

(46) B.v. indien de rechtbank geen datum bepaalt en die datum, krachtens de wet, geacht wordt samen te vallen met de faillissementsbeslissing.

(47) Contra: RONSE, J., „La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite”, 1985, 208.

(48) LIEVENS, J., noot onder Rb. Antwerpen, 8 maart 1982, *T.B.H.*, 1983, 290.

dit misdrijf oplevert, los van enige fout; elk misdrijf, welk dan ook, houdt een moreel bestanddeel in, al is het maar de fout. Het strafrecht kent geen verantwoordelijkheid zonder fout(49).

Om het schuldelement in een civiel misdrijf op te sporen volstaat het dus — a fortiori — niet van de materiële overtreding in hoofde van de bestuurder vast te stellen; het moet tevens vaststaan dat hij op grond van zijn bekwaamheden, ervaring en feitelijke positie en kennis van de toestand, anders had kunnen handelen, zodat hem daadwerkelijk het verwijt kan worden toegestuurd zich aan de miskenning van de gedragsnormen schuldig te hebben gemaakt(50).

Het was dus geen verrassing dat het Hof van Cassatie in drie arresten besliste dat aan de bestuurders niet kan verweten worden een fout te hebben begaan indien niet eerst was aangetoond dat zij, op het tijdstip dat de litigieuze verbintenis werd aangegaan, wisten of behoorden te weten dat de vennootschap waarvan ze bestuurder waren, opgehouden had te betalen(51).

18. Indien bij faillissement van de vennootschap de schulden de baten overtreffen, kunnen bestuurders of gewezen bestuurders, alsmede alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuurdersbevoegdheid hebben gehad, persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden verklaard voor het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap tot het beloop van het tekort, indien komt vast te staan dat een door hen begane, kennelijke grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement (art. 63^{ter} Venn.W.)(52).

De kennelijke grove fout kan soms iuris et de iure vaststaan wanneer de rechtbank van koophandel op grond van de bepalingen van het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934 beslist heeft op grond van die fout — gepleegd minder dan één jaar voor het faillissement — dat de bestuurder geen bestuursactiviteiten meer in een vennootschap mocht uitoefenen.

(49) Cass., 12 mei 1987, *R.W.*, 1987-88, 539 en de conclusie DU JARDIN, J.; Cass., 10 oktober 1989, *T.B.H.*, 1990, 383.

(50) DELGANNIS, J., *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, Parijs, 1951, gecit. door CORNELIS, L., „Aansprakelijkheid van beheerders na faillissement”, *B.R.H.*, 1981, 126.

(51) Cass., 22 september 1988, *Arr. Cass.*, 1988-89, 91; *R.C.J.B.*, 1990, 203, noot DALCQ; Cass., 18 mei 1990, *A.R.* 1990; Cass., 7 september 1990, *A.R.* 6647. DALCQ stelt in zijn noot dat de bestuurder onoverwinnelijke dwaling zou moeten bewijzen.

(52) Die bepaling is onder zekere omstandigheden ook toepasselijk op de BVBA: 133^{bis} Venn.W.

Aansprakelijkheidsvorderingen op grond van artikel 63^{ter} kunnen evenwel in de tijd verder reiken dan het jaar bedoeld in het K.B. nr. 22(53).

De pogingen om van artikel 63^{ter} Venn.W. een effectief instrument te maken om het tekort aan te vullen kenden enig succes in de jaren na de inwerkingtreding van die bepaling doch zijn gevoelig verzwakt toen bleek dat de rechtbanken van koophandel slechts schoorvoetend de ontzetting bedoeld in K.B. nr. 22 uitspraken.

Het positief aspect van die vordering — een intelligente depenalisering en de wedersamenstelling van het vermogen ten behoeve van de schuldeisers zonder onderscheid van rang — had echter ook een negatief aspect vanuit het oogpunt van de continuïteit. De angst voor de mogelijke aansprakelijkheid heeft ook geleid tot een zekere vaandelvlucht van de onderneming in moeilijkheden toen enige discussie ontstond nopens de mogelijkheid de kennelijk grove fout van de bestuurders te verzekeren(54).

19. De aandeelhouders aansprakelijk stellen lijkt ons in het Belgisch recht een onwaarschijnlijke hypothese, zelfs als het de aandeelhouders betreft van een verbonden vennootschap.

Lifting the veil wordt niet gedaan tussen vennootschappen. De loutere omstandigheid dat een vennootschap een andere vennootschap in feite controleert laat niet toe de schulden van de gebonden vennootschap aan de moedervennootschap toe te rekenen (en a fortiori, ook niet het faillissement „uit te breiden” tot de moedervennootschap)(55). In een arrest van 29 juni 1990 (*T.B.H.*, 1990, 832) besliste het Hof van Cassatie dat nu vennootschappen rechtspersoonlijkheid hebben, de voorwaarden van het faillissement voor elke rechtspersoon moeten vaststaan en dat daaraan geen afbreuk wordt gedaan door de loutere omstandigheid dat deze zou zijn opgericht met het bedrieglijk oogmerk om de handel van haar oprichter voort te zetten.

De aansprakelijkheid voor de aangifte van het faillissement (of voor

(53) In die zin VEROUWSTRAETE, I., „L'action en comblement de passif”, in *Les créanciers et le droit de la faillite*, 437, Brussel, Bruylant, 1983.

(54) Over die problemen zie de noot HEENEN, J., „L'assurance de la faute grave et la responsabilité des administrateurs de sociétés”, *T.B.H.*, 1989, 872.

(55) De enige materie waarin dit probleem enigszins uitvoerig werd behandeld was die van de concessieovereenkomsten, waarbij een concessiegever de concessie overdroeg aan een dochtermaatschappij en de concessiehouder poogde zijn aanspraken op de moedermaatschappij te behouden (zie hierover o.m. RIGAUX, F., „Faillite et groupe transnational de sociétés”, in *Les créanciers et le droit de la faillite*, o.c., 569).

het nalaten een gerechtelijk akkoord te vragen) berust bij de bestuurders en alleen bij de bestuurders of zaakvoerders. Dat de aandeelhouder stemt voor de voortzetting van de activiteiten ontlast de bestuurders niet van hun (exclusieve) aansprakelijkheid.

Een aandeelhouder zou evenwel onder omstandigheden kunnen beschouwd worden als feitelijke bestuurder, zodat de specifieke aansprakelijkheid van artikel 63^{ter} tegen die aandeelhouder — die ook een vennootschap kan zijn — zou kunnen worden ingeroepen.

C. BEVOORDELINGSHANDELINGEN — PAULIANA EN STERFHUIS

1. De bevoordelingshandelingen

20. De vraag is of de kans dat de bevoordelingshandelingen later nietig zouden verklaard worden, een reorganisatie van de onderneming in de weg staat. Elke vorm van reorganisatie veronderstelt een zekere mate van ongelijke behandeling. Nu heeft de wet, om de gevolgen van het faillissement te milderen voor de concurrente schuldeisers en de voorsprong van de ijverigste schuldeisers uit te wissen een zgn. verdachte periode ingesteld. Daden in die verdachte periode gesteld kunnen ongedaan gemaakt worden, wat niet zonder invloed blijft op de continuïteit van de onderneming.

21. De rechtbank van koophandel die het faillissement uitspreekt bepaalt de datum waarop de gefailleerde opgehouden heeft te betalen: die datum kan tot zes maanden voor het faillissement teruggebracht worden⁽⁵⁶⁾. De bedoeling van de wetgever is te beletten dat een onderneming in moeilijkheden zich, bij concursus, zou verarmen ten nadele van de schuldeisers.

Het is niet de bedoeling van dit opstel zelfs bij benadering de gevallen te ontleden waarin de door de gefailleerde gestelde daden als nietig zullen worden beschouwd. Voor het begrip van dit verhaal kan het volstaan te vermelden dat:

- krachtens artikel 445 F.W. nietig en zonder gevolg ten aanzien van de boedel, de daden zijn die gesteld zijn door de gefailleerde sinds de dag van de staking van betaling en tien dagen ervoor, „alle handelingen waardoor roerende of onroerende goederen onder kosteloze titel in eigendom worden overgedragen, alsmede de handelingen, verrichtingen of overeenkomsten, vergeldend en onder bezwarende titel, indien de waarde van hetgeen door de

(56) Dit hoeft niet per se te gebeuren in het faillissementsvonnis doch kan ook op een later ogenblik tussenkomen.

gefaillleerde is gegeven, aanzienlijk diegene overtreft van hetgeen hij daarvoor heeft gekregen; alle betalingen, hetzij in geld, hetzij door overdracht, verkoop, schuldvergelijking of anders, van niet vervallen schulden, en, voor vervallen schulden, alle betalingen die anders dan in geld of handelseffecten zijn gedaan; iedere bedongen of gerechtelijke hypotheek en alle rechten van genots-pand of pand gevestigd op de goederen van de schuldenaar voor vroeger aangegane schulden'';

- krachtens artikel 446 F.W., alle andere betalingen dan die bedoeld in artikel 445 F.W. gedaan in de verdachte periode voor vervallen schulden kunnen nietig verklaard worden mits degene die de betaling ontving wist dat zijn debiteur opgehouden had te betalen en de betaling nadelig was voor de boedel;
- krachtens artikel 447 F.W. hypothecaire inschrijvingen genomen binnen de tien dagen die het tijdstip voorafgaan waarop werd opgehouden te betalen of nadien, indien meer dan tien dagen zijn verlopen tussen de dagtekening van de akte en de dagtekening van de inschrijving.

Een paar gevallen die voor het thema van het preadvies belangrijk zijn kunnen vermeld worden ter illustratie.

De leverancier die reeds gefactureerde goederen pro forma terugneemt en ze in consignatie terugbezorgt aan de schuldenaar verzekert een continuïteit van de schuldenaar die kan indruisen tegen de regel van artikel 445 F.W.(57).

De bankier die zijn krediet op termijn opzegt derwijze dat hij over de nodige tijd beschikt om de debetpositie van zijn cliënt aan te zuiveren verzorgt uiteraard zijn eigen belangen. De betalingen ontvangen in die periode zullen ongedaan kunnen gemaakt worden indien zij ten nadele zijn van de boedel. Daar de bankier meestal wel goed op de hoogte is van de toestand van de schuldenaar, zal het bewijs door artikel 446 F.W. opgelegd niet zo moeilijk te leveren zijn. Nadeel voor de boedel zal echter zelden aanwezig zijn omdat de bank meestal een pandrecht zal hebben op de vorderingen.

De betalingen ontvangen door de fiscus in de verdachte periode komen eveneens in aanmerking voor een nietigverklaring nu de fiscus bijzonder goed op de hoogte is van de toestand van de belastingplichtigen(58).

(57) Over die problemen, zie Cass., 14 januari 1982, *R.C.J.B.*, 1985, 181, noot 'T KINT, F., „La résolution conventionnelle du contrat de vente en période suspecte au regard de l'article 445, alinéa 3, de la loi sur les faillites''.

(58) Zie Kh. Brussel, 30 maart 1982, *B.R.H.*, 1982, 513.

De betwistbaarheid van de diverse benadelingshandelingen kan voor gevolg hebben dat de continuïteit van de onderneming hierdoor moeilijker wordt gemaakt, omdat reorganisatie een zekere ongelijkheid veronderstelt en de niet tegenwerpelijke van die handelingen er juist op afgestemd is om de gelijkheid tussen de schuldeisers te handhaven. Dit instrument is niet volledig eigentijds en heeft een averechts effect omdat naast die opgelegde gelijkheid, geen wettelijke mogelijkheid bestaat tot een reorganisatie waarin de ongelijkheid onder controle van de rechter wordt toegestaan.

De mogelijke nietigverklaring van benadelingshandelingen heeft desondanks ook een vertragingseffect op de discontinuïteit omdat de schuldeisers, bewust van het gevaar van een dergelijke nietigverklaring, niet onmiddellijk bij onvoldoende betalingen zullen ingrijpen om vroeger ontvangen betalingen niet in gevaar te brengen en daarenboven mogelijks te vinden kunnen zijn voor een minnelijk akkoord dat de gelijkheid tussen alle schuldeisers — bevoorrecht of niet — handhaaft. Daarenboven is er een tweede positief effect doordat na faillissement de boedel door die nietigverklaringen opnieuw wordt samengesteld, de activa vermeerderd worden en meteen ook de kans op een globale overdracht van de onderneming verbetert.

2. De pauliana en de sterfhuisconstructies

22. De pauliana na faillissement (448 F.W.) wordt relatief weinig gebruikt door de curators. Krachtens genoemd artikel zijn alle handelingen of betalingen met bedrieglijke benadeling van de schuldeisers verricht, op welke datum ook (d.i. voor de verdachte periode) nietig. Dit is uit te leggen o.a. doordat de meeste verarmingshandelingen onder het stelsel van artikel 445 F.W. vallen en de curator in dit geval, in tegenstelling tot de pauliana, niet dient aan te tonen dat de derde op de hoogte was van het abnormaal karakter van de handeling. Daarenboven wijst de praktijk uit dat de meeste abnormale handelingen worden gesteld om bepaalde schuldeisers, met wie de debiteur zijn toekomstige relatie wil veilig stellen, te bevoordelen en niet zozeer om het patrimonium van vervolgingen vrij te stellen (de faillissementen van natuurlijke personen zijn slechts een minderheid). Daarentegen zullen de pauliaanse handelingen kunnen vastgesteld worden wanneer het geïnvesteerde vermogen in vennootschapsvorm werd uitgebaat. Teneinde de nodige externe werkingsmiddelen aan te trekken worden vlug zekerheden (borgtochten o.m.) gesteld met de vaste bedoeling in geval van verlies van het geïnvesteerde vermogen hiervan de gevolgen niet te dragen; om dit te bewerkstelli-

gen wordt het privé-vermogen van de bestuurder tijdig onttrokken aan de vervolgingen van de schuldeisers (de zaakvoerder zal immers borg staan) en ingebracht in een vennootschap met aandelen aan toonder. Tegen deze vorm van insolabiliteitsorganisatie is een pauliana een geschikte vordering: de inbreng kan nietig verklaard worden. Anders dan voor een gewone pauliana gaat het voordeel van die vordering naar alle schuldeisers, ook naar degenen van wie de rechten na de bedrieglijke handeling zijn ontstaan(59). Om op grond van artikel 448 Faillissementswet de nietigheid te doen uitspreken van een handeling of betaling, verricht met de bedrieglijke benadeling van de schuldeisers, kan de curator volstaan met te bewijzen dat de handeling of betaling abnormaal was en dat de schuldenaar gehandeld heeft met de wetenschap dat de schuldeisers zouden worden benadeeld(60).

Een eenvoudige methode om aan het faillissement te ontsnappen, voor een natuurlijke persoon, zou zijn een eenpersoons BVBA op te richten waarin het patrimonium van de handelszaak wordt ingebracht, zodat de zaakvoerder, die geen handelaar meer is, ook niet failliet kan verklaard worden. Dergelijke inbreng is voor nietigverklaring vatbaar althans indien het in de verdachte periode wordt tot stand gebracht of kan nietig verklaard worden indien bedrog bewezen is zelfs buiten de verdachte periode(61).

De zgn. sterfhuisconstructies zijn vaak op touw gezet met het duidelijk besef dat de schuldeisers of een deel onder hen hierdoor benadeeld worden. De term sterfhuisconstructie duidt op een juridisch procédé dat leidt tot defusie van bedrijfseconomisch gezonde en niet gezonde onderdelen van een concern. Om te voorkomen dat de gezonde takken in de ondergang van het concern zouden worden meegesleurd, worden zij ingebracht in een nieuwe niet verbonden vennootschap of holding. Nadat dit gebeurd is glijdt de oorspronkelijke holding naar het faillissement (desgevallend na een eerste poging tot gewone vereffening of overdracht van nog half leefbare delen)(62).

(59) Cass., 11 januari 1988, *A.C.*, 1987-88, 594.

(60) Cass., 15 maart 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 970.

(61) *La SPRL Unipersonnelle, approche théorique et pratique*, Brussel, Bruylant, 1988, 177; het Hof van Cassatie heeft in een dergelijk geval beslist dat die omstandigheden in se geen reden waren om de nieuw opgerichte BVBA failliet te verklaren (Cass., 29 juni 1990, cit.).

(62) Zie hierover WOELDERS, J.Th. en WOELDERS, A.J., *Sterfhuisconstructies*, Deventer, Kluwer rechtswetenschappen, 1986; VEROUGSTRAETE, I., „Het waterdicht beschot”, in *Liber Amicorum Ronse l.c.*

De toepassing van dit mechanisme, waaraan banken normaal actief meewerken(63), is niet automatisch geldig. De banken dienen ervoor te zorgen dat er voor de aandelen in de gezonde takken van het bedrijf een reële prijs wordt betaald, die in het vermogen van de vennootschap in discontinuïteit terecht komt. Vervolgens mag de operatie aan de banken niet de mogelijkheid bieden om hun vordering te reduceren of veilig te stellen; m.a.w. de daling van de met zekerheden gedekte schuld van het niet-gezonde concern, die gelijk is aan de totale waarde van de overgedragen aandelen, mag de totale waarde van de zekerheden, waarvan de banken in het kader van de constructie afstand hebben gedaan, niet te boven gaan. De formule is niet aantrekkelijk voor de gewone crediteuren van het zieke concern: de waarde van de aandelen gaat weliswaar naar de boedel, maar zelfs als die waarde correct zou zijn bepaald, gaat bij faillissement die opbrengst toch naar de separatisten.

Bedrog — en desgevallend bedrieglijke bankbreuk — zijn niet uitgesloten, zeker wanneer dezelfde bestuurders gevonden worden in het bestuur van de nieuwe holdingmaatschappij. Indien dit het geval is, kan de operatie teruggeschroefd worden, althans theoretisch: in praktijk zal dat wel moeilijk te realiseren zijn en vooral in grote bedrijven een enorme sociale kostprijs eisen.

V. De reorganisatie voor het faillissement

23. *Gerechtigd akkoord; minnelijk akkoord; uitstel van betaling*

Faillissement is in de geest van de wet een ultima ratio die alleen aan bod komt indien de onderneming niet meer te redden is. Ziet de schuldenaar het faillissement aankomen, dan wordt hij geacht een akkoord te bereiken met zijn schuldeisers of een uitstel van betaling te vragen in de gevallen waar het faillissement nog kan vermeden worden.

Het gerechtigd akkoord zou dan moeten de continuïteit verzekeren van de onderneming doordat de onwil van een minderheid van schuldeisers ondergeschikt wordt gemaakt aan een meerderheidsbeslissing van de schuldeisers. Hierdoor zou de synthese verwezenlijkt moeten worden tussen de eisen van het algemeen belang, de belangen van de schuldenaar en de beschermenswaardige belangen van de

(63) Banken moeten de nieuw op te richten holding, de aandelentransactie en het ontslag van de gezonde concernonderdelen uit de hoofdelijkheid financieren.

schuldeisers. Wat misbruik van recht heet vanwege de minderheids-schuldeisers wordt m.a.w. wettelijk gedefinieerd.

Het gerechtelijk akkoord kan echter in werkelijkheid in die synthese slechts zelden slagen. Het gerechtelijk akkoord is een vrijwillige maatregel die aan de schuldenaar niet kan worden opgedrongen. De maatregel laat evenmin een sanering toe doordat de bestuurder in beginsel ook de controle bewaart over de zaak indien hij een akkoord bekommt(64). Daarenboven, en die laatste reden is determinerend, kan het akkoord niet worden tegengeworpen aan de preferente schuldeisers, die de facto in de meeste gevallen de meerderheid hebben zowel in aantal als bedrag van de schuldvorderingen. Enige continuïteit kan dus door een aanvraag tot akkoord niet worden verzekerd en de meeste aanvragen tot akkoord sneuvelen in de eerste dagen na de aanvraag in de fase van het gerechtelijk akkoord tijdens dewelke de rechtbank nog voor de raadpleging van de schuldeisers moet oordelen of de voorstellen wel haalbaar zijn(65).

Uitstel van betaling (een door de wet van 1851 georganiseerde variante van het gerechtelijk akkoord) is een vorm van moratorium, die praktisch niet meer wordt aangewend, o.m. wegens de complexiteit van de procedure doch ook doordat uitstel slechts kan worden toegestaan aan de koopman die voldoende goederen of middelen bezit om al zijn schuldeisers, in hoofdsom en intrest, te voldoen. Dit komt zeer weinig voor.

Meer doeltreffend is het minnelijk akkoord. De schuldenaar poogt met al zijn schuldeisers een minnelijk akkoord te bekomen. Om rechtsgeldig te zijn, moet, van zodra samenloop ontstaat, een dergelijk akkoord voorgesteld worden aan alle schuldeisers en moet de gelijkheid tussen de schuldeisers worden geëerbiedigd (of, moet de ongelijkheid aanvaard worden door de overige schuldeisers). In een minder acute fase voorafgaand aan de concursus belet uiteraard niets de schuldenaar uitstel van betaling te vragen aan een deel van zijn schuldeisers.

Over voorlopige bestuurders werd reeds supra enig commentaar gegeven (nummer 13).

(64) Dit zou moeten genuanceerd worden. Het kan voorvallen dat om de akkoordvoorstellen aanvaardbaar te maken, de wijzigingen in het bestuur ook deel uitmaken van die voorstellen. Daarenboven is het alleen nodig de bestuurders te vervangen als de moeilijkheden te wijten zijn aan slecht management.

(65) Een oneigenlijk gebruik kan gemaakt worden van het gerechtelijk akkoord om de nodige tijdruimte te maken om bepaalde schuldeisers uit te betalen (b.v. de bank, die in de periode tussen de aanvraag van het akkoord, waarop zij aanstuurt, en het faillissement haar relatieve positie kan verbeteren).

VI. Reorganisatie na uitspraak van het faillissement

A. ALGEMEEN

24. Als algemene voorbemerking dient aangestipt te worden dat de curator die continuïteit zou betrachten, uitsluitend de belangen van het buiten bezit gestelde vermogen mag behartigen door een zo groot mogelijk actief te realiseren met het hoogst mogelijk dividend. Die zienswijze is niet voorbijgestreefd: de wetgever heeft naar dit belang uitdrukkelijk verwezen in de wet van 18 februari 1981 op de verkoop uit de hand van onroerende goederen (thans: art. 1193^{ter} van het Gerechtelijk Wetboek). De voorbereidende werken wijzen erop dat onder het belang van de boedel dient te worden begrepen dat een verkoop uit de hand is te verkiezen als deze formule leidt tot een hoger dividend voor de schuldeisers. De opdracht van de curator kan naar geldend recht er nooit in bestaan andere doelstellingen na te streven, hoe goed ook bedoeld (continuïteit, belang van de natie of van het gewest) tenzij deze doelstellingen samenvallen met het belang van het buiten bezit gestelde vermogen en dus van de schuldeisers. Een overdracht die de continuïteit verzekert maar aan minder gunstige voorwaarden dan de ontmanteling zou de aansprakelijkheid van de curator in het gedrang kunnen brengen.

De faillissementswet in haar huidige vorm laat slechts in beperkte mate reorganisaties toe voor het faillissement. De vraag die nu kan gesteld worden is of de continuïteit van de onderneming, na faillissement, te verwezenlijken is. Hiervoor moeten twee problemen onderzocht worden.

Het eerste betreft de rechtspositie van de schuldeisers. Heeft die rechtspositie enige invloed op de continuïteit van de onderneming? Hiervoor is inz. het probleem van de afhandeling van de lopende contracten belangrijk.

Het tweede, dat in het zevende hoofdstuk wordt behandeld, betreft de eigenlijke overdracht van ondernemingen na faillissement.

In het achtste hoofdstuk zal dieper ingegaan worden op de mogelijkheid die bepaalde schuldeisers hebben om de mogelijke continuïteit van de onderneming te verhinderen.

B. VOORTZETTEN ONDERNEMING BIJ FAILLISSEMENT

25. Het faillissement heeft in beginsel voor gevolg dat de activiteiten van de onderneming worden stopgezet. Het vermogen van de schul-

denaar gaat over op zijn schuldeisers die, door bemiddeling van de curator, het actief likwideren(66).

Artikel 475 van de Faillissementswet laat echter toe de handelsactiviteiten voort te zetten onder bepaalde omstandigheden. Artikel 475 luidt: „In (het bij artikel 474 voorziene geval van verklaring van solvabiliteit) en in alle gevallen waarin de gefailleerde een akkoord heeft gevraagd, en indien het belang van de schuldeisers het eist, kan de rechtbank, op verslag van de rechter-commissaris, de curators gehoord, bevelen dat de handelsverrichtingen van de gefailleerde voorlopig zullen voortgezet worden door de curators of door een derde onder hun toezicht. De rechtbank kan te allen tijde op verslag van de rechter-commissaris en nadat de curators zijn gehoord, deze maatregel wijzigen op opheffen”.

Die maatregel paste vooral goed in het kader van een mogelijk akkoord in het faillissement. Het is wel zo dat dergelijk akkoord uiterst zelden wordt gevraagd, hetgeen niet wegneemt dat het in specifieke gevallen enig nut kan hebben (zie infra, de akkoorden gevraagd in groepsverband, randnummer 32). De verantwoording is elders te zoeken. Ofwel worden in de boedel grote voorraden halffabrikaten en gedeeltelijk verwerkte grondstoffen aangetroffen, die waardeloos zijn in se doch na afwerking een belangrijke meerwaarde kunnen opleveren: een beperkte voortzetting dringt zich op omdat de curator mits het toestaan van adekwate kortingen (er kan geen waarborg geboden worden noch service na verkoop) de produkten aan de bestaande cliëntèle zal kunnen slijten(67). Anders is het wanneer een going concern na verkoop wordt gevisieerd omdat ontmanteling en likwidatie van deze losse bestanddelen een voor de boedel onaanvaardbare minderwaarde zou meebrengen. Het geheel van de verrichtingen die samenvallen met het bestuur van de ondernemingen en ermede gepaard gaande risicoverzwarende (omwille van de boedelschulden) vergen in elk geval een toestemming van de rechtbank. De rechtbank zal uitsluitend de voortzetting toestaan in zover-

(66) Zie echter Cass., 15 februari 1988, *T.B.H.*, 1988, 453, noot VAN BUGGENHOUT, C. en WINDEY, J. dat de curator verplicht de paritaire commissie te raadplegen vooraleer beschermde werknemers te ontslaan. Die beslissing is moeilijk bestaanbaar met de F. Wet.

(67) De vraag kan gesteld worden of hiervoor de toelating van de rechtbank wel nodig is, nu het niet de bedoeling is nieuwe aankopen te verrichten om het productieapparaat draaiende te houden. Er moeten evenwel contracten gesloten worden (energie, lonen, telefoon, verzekeringen...). De goedkeuring van de bijzonder bevoorrechte schuldeisers kan volstaan in zoverre het productieapparaat, de volledige voorraden en de grondstoffen verpand zijn (of in zoverre een bijzonder voorrecht er op rust).

re zeker is dat de schuldeisers in hun geheel hierdoor niet worden benadeeld (een positief voordeel wordt doorgaans niet vereist)(68).

De geest van de wetgeving was duidelijk dat de belangen van de schuldeisers niet alleen moesten primeren doch ook de enige bekommernis mochten zijn van de rechtbank: van dit absolute standpunt is evenwel afgestapt.

In concreto moet de rechtbank afwegen of het eindresultaat een batig saldo zal opleveren. Als de curator, aan wie de toestemming werd gegeven, vaststelt dat zijn activiteit verlieslatend is en dat hierdoor de waarde van de activa niet voldoende toeneemt, zal hij de activiteit moeten beëindigen(69).

Moeilijke sociale problemen zijn dus geen reden om de activiteit in stand te houden. De toestand is evenwel anders indien de overheid beslist steun te verlenen aan dergelijke voortzettingen en aanvaardt het eventueel verlies van de voortzetting te dragen. Dit verplaatst echter alleen het rechtsprobleem. De overheid heeft wettelijk niet het recht dergelijke verlieslatende operaties te steunen. De teksten die de overheidssubsidiëring reguleren — inz. art. 75 van de wet van 4 augustus 1978 — laten aan de overheid niet toe voorschotten toe te kennen of renteloze leningen die aan de overheid slechts een achtergestelde positie bezorgen(70).

Om zich inzake voortzettingsproblemen beter in te dekken tegenover de schuldeisers voorziet de wet de mogelijkheid voor de curator om, wanneer er geen akkoord in het faillissement tot stand komt, van de gekwalificeerde meerderheid van de schuldeisers een afgebakende opdracht te bekomen. Leiden de verrichtingen van voortzetting tot een deficit dan zullen de schuldeisers die voor gestemd hebben de schulden die het actief zouden overtreffen dienen te dragen in verhouding tot hun vordering in de boedel (art. 529 F.W.)(71).

(68) Zie hierover o.m. DUMON, Y., „La position du curateur”, in *Ondernemingsdiscontinuïteit*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 299.

(69) Hij zou aansprakelijk kunnen gesteld worden op eigen vermogen indien hij persisteert.

(70) Voor een voorbeeld waar de rechtbank haar toelating opschortte tot wanneer de overheid aanvaard had het deficit ten laste te nemen zie Comm. Rouen, 10 maart 1981, *Rev. Jur. Comm.*, 1982, 153, noot MESTRE.

(71) Het gebruik van een dergelijke procedure is uitzonderlijk omdat er uitzonderlijk akkoordvergaderingen worden gehouden en de curator dan ook de kans niet heeft de schuldeisers te raadplegen nopens de voortzetting, tenzij hij precies omwille van de voortzettingsvraag de akkoordvergadering zou bijeenroepen.

C. LOPENDE OVEREENKOMSTEN

1. *Algemeen*

26. In zoverre de activiteit wordt verder gezet verdient het bijzondere aandacht na te gaan in welke mate de overeenkomsten gesloten voor het faillissement verder worden afgehandeld. Het beginsel is dat het faillissement geen einde stelt aan de overeenkomsten gesloten voor het faillissement. Hierop bestaan evenwel uitzonderingen: de contracten *intuitu personae* gesloten worden in beginsel door het faillissement beëindigd (met uitzondering van de arbeidsovereenkomsten: art. 18 van de wet van 3 juli 1978), hetzelfde geldt voor de overeenkomsten met een uitdrukkelijk ontbindend beding dat het faillissement als een reden van ontbinding noemt.

De rechtspositie van de curator laat hem echter toe de overeenkomsten eenzijdig te verbreken. Kon hij dit niet, dan zou de gelijkheid tussen schuldeisers in het gedrang komen. Die verbreking kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend geschieden. De curator zal ervoor zorgen dat er hier geen misverstand ontstaat: de rechten verkregen door de contractanten na faillissement zijn vorderingen van de boedel die prioritair worden terugbetaald⁽⁷²⁾.

2. *Arbeidsovereenkomsten*

27. De arbeidsovereenkomsten zijn van wezenlijk belang voor de voortzetting van de activiteiten. De curator heeft een teoretisch recht, indien hij de activiteiten wil verder zetten, de werknemers ondanks het faillissement aan het werk te houden. Om te vermijden dat hij dusdoende werknemers zou overnemen met hun anciënniteit, verkiest de curator in de regel de overeenkomsten eenzijdig te beëindigen. Als bepaalde werknemers als het ware deel uitmaken van de goodwill door hun kennis en ervaring en het de bedoeling is de onderneming in going-concern over te laten, komt een contractbreuk erg ongelegen: de anciënniteit van deze werknemers zal in de boedel uitgeput worden, hetgeen het voor een concurrent gemakkelijker maakt aanlokkelijke voorstellen te doen. Wanneer de werknemer in dienst wordt gehouden en zelf een tegenopzegging dient te betekenen, zal hij bij de nieuwe werkgever de overname van zijn continuïteit bedingen.

Ook wanneer de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd is gena-

(72) Over de begrippen schulden van de boedel, zie Cass., juni 1988, *R.C.J.B.*, 1990, 15, noot VEROGSTRAETE: „Dette de masse, privilège et monnaie de faillite”, *T.B.H.*, 1988, 741, noot MAES, B.; „Nieuwe rechtspraak van het Hof van Cassatie over het begrip ‘schuld van de boedel’”.

derd op het ogenblik van het faillissement, zal de curator veel kosten sparen door de verkorte opzeggingstermijn van zes maanden te betekenen.

De curator die de arbeidsovereenkomsten wil verder zetten stuit echter op heel wat juridische moeilijkheden. Vooreerst dient hij werk te doen verrichten in dezelfde voorwaarden, op dezelfde plaats en tijdstippen als wat met de gefailleerde is overeengekomen. Wijzigd de curator eenzijdig de voorwaarden of geeft hij andere functies, dan loopt hij het risico van een verbreking te zijne laste. Hetzelfde geldt wanneer de werknemer het overeengekomen werk niet kan verrichten. De curator kan hem ook niet, zonder zijn instemming, vrijstellen van prestaties tijdens de opzegperiode die voor het faillissement zou betekend zijn, op straffe een opzegvergoeding verschuldigd te zijn. In al die gevallen zou de opzegvergoeding die door de werknemer zou geëist worden een boedelschuld zijn en zouden de overige schuldeisers dit de curator ten kwade duiden.

Tenslotte kan men zich afvragen of het in dienst houden van de werknemers zonder verbreking wel verzoenbaar is met de vaststelling dat het faillissement normaal het einde betekent van de bedrijfsactiviteit, op korte of op middellange termijn. Zelfs als de curator de toelating krijgt van voortzetting, zal die gerechtelijke toelating nooit voor een lange periode verstrekt worden, zeker niet als er geen akkoordvoorstellen zijn (aangekondigd). De curator is m.a.w. niet zeker van enige continuïteit en a fortiori niet van enige overdracht van arbeidsovereenkomsten, nu de overnemer van de activa de keuze heeft van de werknemers die hij wenst in dienst te nemen.

Het verbreken van de contracten op het ogenblik van het faillissement beantwoordt dus aan de finaliteit van de rechtsfiguur van het faillissement (hetzelfde geldt overigens voor alle contracten van onbepaalde duur, zoals concessies, licenties...).

De beschermde werknemers vormen een specifiek probleem. Gelet op de finaliteit van de faillissementsprocedure (einde van de onderneming) werd terecht beslist dat de curator die de werknemers ontslaat vrijgesteld is het advies van de paritaire commissie te vragen, aangezien discriminatie door het faillissement zelf is uitgesloten(73). Houdt de curator nu geen rekening met deze finaliteit en gaat hij dus zijn opdracht te buiten door sommige contracten voor *onbepaalde* duur verder te zetten, dan heeft hij zich in een toestand van discriminatie voortbewogen en kan het vermogen desgevallend met de bijzon-

(73) Arbh. Brussel, 2 april 1990, *T.B.H.*, 1990, nr. 10.

dere beschermingsvergoedingen van diegenen die werden ontslagen worden bezwaard.

3. Huurovereenkomsten (bij faillissement van de huurder)

28. Het faillissement impliceert niet automatisch het einde van de huurovereenkomst. De curator kan beslissen de overeenkomst verder te zetten, kan beëindigen⁽⁷⁴⁾ of nog kan een nieuwe overeenkomst sluiten met de verhuurder (de huur wordt in dit laatste geval vanaf de datum van het faillissement boedelschuld). Voor de continuïteit is het belangrijk dat de curator de handelshuurovereenkomst kan overdragen, ondanks het faillissement (wat een overdracht van handelszaak mogelijk maakt)⁽⁷⁵⁾. De overdracht van handelshuur betekent echter meteen dat de curator op grond van artikel 11 van de handelshuurwet hoofdelijk aansprakelijk zou kunnen gesteld worden voor de verplichtingen van de overnemer, zodat in praktijk de ontlasting van de hoofdelijkheid moet bedongen worden.

4. Conclusie: afhandeling lopende contracten

29. Het besluit van het voorgaande is dat wat de lopende overeenkomsten betreft, de curator de facto aangewezen is op het sluiten van nieuwe overeenkomsten. De contractanten zullen echter niet mogen verlangen dat in de bedingen van de nieuwe overeenkomsten voorkomt dat de gefailleerde direct of indirect preferentieel de oude schulden afbetaalt. Soms kan dit een probleem opleveren indien de contractant de enig mogelijke contractant is. In die keuze zou de curator slechts mogen toestemmen mits het akkoord van de beter geplaatste schuldeisers. Dergelijk misbruik van economische machtspositie (en weigering te leveren) zou overigens indruisen tegen de termen van de wet van 27 mei 1960.

VII. Problemen bij de overdracht van ondernemingen door de curator

A. BESLUITVORMING TOT OVERDRACHT

30. De curator beslist in principe welke methode hem het meest geschikt voorkomt om de activa te gelde te maken. Die keuze behoort in beginsel niet toe aan de rechter-commissaris noch aan de recht-

(74) Dit stelt alleen bijkomende problemen als de overeenkomst gesloten is voor bepaalde duur en een vaste datum heeft.

(75) LAHAYE en VANKERKCHOVE, *Les baux commerciaux*, in *Les Nouvelles, Droit Civil*, VI, nr. 1708.

bank. Er zijn weliswaar uitzonderingen op die regel: b.v. bij de verkoop van voor bederf vatbare goederen, bij de verkoop van onroerende goederen uit de hand. Het blijven uitzonderingen en de praktijk die stilaan groeit elke delikate vorm van verkoop door de rechtbank te doen bekrachtigen is niet te verzoenen met de wet.

Naar gelang de techniek van overdracht van de onderneming zullen de controlemogelijkheden op de wijze van overdracht variëren. In een eenvoudig schema wordt de onderneming door de curator van haar overtollige afdelingen gesaneerd en verder overgedragen aan de derde die beslist welke werknemers hij overneemt.

Zelfs in een dergelijk eenvoudig schema stelt de gewone toepassing van de faillissementswet reeds moeilijke problemen. De wet is volledig gestructureerd op een onderscheid roerende-onroerende zaken: de laatste mogen niet verkocht worden, behoudens instemming van de gefailleerde zelf, voor de akkoordvergadering(76). Een globale overdracht van de onderneming, zonder meer, kan niet geschieden dan mits naleving in parallel van de procedures voorzien voor de verkoop van de roerende en van de onroerende goederen.

Ook in dergelijk schema is de overdracht volledig afhankelijk van de instemming van bepaalde hypothecaire of bevoorrechte schuldeisers: hierop wordt nader ingegaan in het achtste hoofdstuk.

B. VERHUUR ONDERNEMING

31. In een wat complexer schema kan de handelszaak verhuurd worden aan een derde die ook een koopoptie bedingt. De waarde voor het lichten van de koopoptie kan afhankelijk gesteld worden van later te bepalen voorwaarden: het volstaat dat het bedrag bepaalbaar zou zijn.

Die oplossing biedt het grote voordeel dat alle contracten niet moeten verbroken worden tengevolge van het faillissement, zodat het passief gedrukt wordt. Zij veronderstelt evenwel de toelating van de rechtbank (omdat zij gelijk staat met een voortzetting van activiteiten) en de instemming van de bevoorrechte en hypothecaire schuldeisers.

(76) Het zou de raad van bestuur zijn die een dergelijke instemming zou moeten geven.

C. HIVING DOWN

32. Een iets meer gesofistikeerde benadering is de oprichting van een opvangvennootschap (hiving down company)(77). De opvangvennootschap neemt zuivere activa over (onder voorbehoud van hetgeen gezegd werd betreffende de arbeidsovereenkomsten) en verkrijgt een precair recht op de gebouwen en machines. Zodra dit kan, d.i. zodra de nodige onderhandelingen zijn gesloten, worden de activa verkocht, vrij en onbelast aan de opvangvennootschap. Op dat ogenblik, om de aankoop te financieren, wordt de nodige kapitaalverhoging doorgevoerd en cedeert de curator zijn deelbewijzen aan de nieuwe eigenaars.

Op te merken is dat de opvangvennootschap, dank zij gelden van derden, preferentieel bepaalde schulden van het verleden kan afbetalen die nodig zijn voor de voortzetting van de zaak. De gelijkheid van de schuldeisers wordt hierdoor niet miskend. De oprichting van een hiving down company door de curator vraagt o.i. de toelating van de rechtbank: zij is gelijkwaardig met een voortzetting van activiteiten.

In een groepsstructuur is het reeds voorgekomen dat de moeder is opgetreden als tijdelijke opvangvennootschap om door middel van het afhuren van de handelszaak het aan de gefailleerde dochter mogelijk te maken een akkoord na faillissement te bekomen en aldus de continuïteit te verzekeren. Wanneer het faillissement van de moeder gepaard gaat met ernstige moeilijkheden van de dochter kan de curator de aandelen ervan voor de symbolische frank afstaan(78) om de vordering van de moeder te pogen veilig te stellen. Een niet te groot negatief onevenwicht in de balanswaarden kan vaak gecompenseerd worden door voordelen die specifiek zijn aan de aandelen: geen registratierechten op gebouwen, eventuele recupereerbare verliezen, lopende financieringen van de vaste activa aan gunstige voorwaarden, subsidies enz.

D. RECHTEN VAN WERKNEMERS BIJ OVERDRACHT VAN ONDERNEMING

33. Na faillissement kunnen de arbeidsovereenkomsten overgedragen worden samen met de onderneming. In dit geval wordt er door

(77) Zie hierover ALBERTI, „La crise de l'entreprise et la cessation de paiement dans l'ordre juridique italien”, *Rev. Jur. Com.*, 1981, 204; LONDON, M., „Hiving down”, *Insol. International*, 1985, 16; VEROUGSTRAETE, I., „Het waterdicht beschot”, in *Liber Amicorum Ronse*, 1986, Brussel, Story Scientia, 401.

(78) Dergelijke verkoop is geldig: Cass. fr., 12 december 1984, *G.P.*, 2 juli 1985, *Somm.* 143.

de CAO 32^{quater} een beperkte bescherming geboden aan de werknemers die in beginsel recht hebben op behoud van hun anciënniteit en van de collectieve arbeidsvoorwaarden die golden bij de gefailleerde werknemer. De overnemer is echter niet verplicht iedereen over te nemen en daarenboven kan hij een proefperiode opleggen aan de overgenomen werknemer. Dit vormt een afgezwakte bescherming van de regeling die geldt bij normale overdracht van ondernemingen en door de Europese Richtlijn van 14 februari 1977 (P.B. L 1977, L. 61/26) wordt opgelegd(79).

De werknemers van de gefailleerde onderneming worden beschermd indien de activa van de failliete onderneming worden overgenomen binnen de zes maanden vanaf de datum van het faillissement. Door de overname van activa wordt bedoeld de overname van een substantieel deel van de activa, hetzij door verkoop, hetzij door verhuring hetzij door elk welkdanig contract dat de economische beheersing verleent over de activa.

De werknemers worden beschermd indien zij samen met de activa worden overgenomen, met dit voorbehoud dat het volstaat dat de aanwerving door de nieuwe werkgever in de zes maanden na de overdracht van de activa nog mag geschieden.

De toestand van de werknemers is nochtans minder eenvoudig dan op het eerste gezicht lijkt.

De werknemers wier contract verbroken wordt hebben recht op een overbruggingsvergoeding uit te betalen door het Sluitingsfonds. In dit geval hebben zij geen recht op een opzeggingsvergoeding ten aanzien van het Sluitingsfonds.

Indien zij echter hun rechten laten gelden ten opzichte van de curator stelt zich de vraag of zij, desondanks hun overname door de nieuwe werkgever, toch geen recht kunnen laten gelden op een opzeggingsvergoeding. Het Hof van Cassatie heeft dit probleem beslecht in positieve zin in een arrest van 14 september 1990(80). Op te merken is dat in die laatste zaak voor de feitenrechter niet was opgeworpen dat er novatie was van schuldvordering, zodat dit middel voor het Hof van Cassatie in elk geval nieuw was.

(79) De richtlijn is niet toepasselijk op faillissementstoestanden. Vroeger werd dit nog wel eens betwist door een deel van de sociaalrechtelijke doctrine, maar wordt thans algemeen aanvaard tengevolge van de arresten van het Hof van Justitie o.m. van 7 februari 1985, *Jur.*, *J.T.T.*, 1985, 167.

(80) *T.B.H.*, 1990, concl. LENAERTS.

E. OVERDRACHT ONDERNEMING EN INDEPLAATSSTELLING OVEREENKOMSTEN

34. Voor het overige worden overeenkomsten niet overgedragen tenzij met instemming van de schuldeiser, die de vroegere schuldenaar (in casu, de curator) kan ontheffen van verdere verplichtingen indien de cessionaris die verplichtingen overneemt.

Novatie kan stilzwijgend gebeuren doch moet zeker zijn.

VIII. Rechtspositie van de schuldeisers

A. DE RECHTSPOSITIE VAN DE SCHULDEISERS IN HET ALGEMEEN

35. Tijdens het faillissement kunnen de schuldeisers in de regel het beleid van de curator noch beïnvloeden noch bepalen. De wet is aldus opgevat dat om de faillissementsafwikkeling te versnellen de gewone en algemeen bevoorrechte schuldeisers in de regel niet worden geraadpleegd⁽⁸¹⁾ noch verzet kunnen aantekenen tegen beslissingen van de curator. Misnoegde schuldeisers kunnen alleen aan de rechter-commissaris vragen dat de curator zou ontzet worden en moeten in beginsel wachten tot de rekeningen zijn voorgelegd vooraleer zij enige vordering tegen de curator kunnen instellen.

Een keuze van de curator voor de continuïteit zou slechts uitzonderlijk kunnen bestreden worden. Dit zou het geval zijn indien de voortzetting van activiteiten wordt ondernomen zonder toelating van de rechtbank, indien de overdracht zelf geschiedt zonder de nodige toestemmingen van schuldeisers c.q. rechtbank, of nog indien de voortzetting deficitair wordt gevoerd in de hoop de activa in going concern en dus voor een hogere prijs te kunnen verkopen. Dit laatste is niet uitzonderlijk.

In de praktijk komt het voor dat er op het eerste zicht een evenwicht is in de uitbatingsrekening omdat de voorraden en grondstoffen, aanwezig op het tijdstip van het faillissement, niet als kostprijs in aanmerking worden genomen. In die hypothese zijn de algemeen bevoorrechte en gewone schuldeisers het kind van de rekening omdat zelfs indien de vaste activa door de voortzetting voor een hogere prijs verkocht kunnen worden deze meerwaarde meestal de bijzonder bevoorrechte schuldeisers te goede komt.

(81) Tenzij in het zeer uitzonderlijk geval omschreven in artikel 532 F. wet: de rechter-commissaris kan na afwijzing of vernietiging van het akkoord na faillissement, de schuldeisers bijeenroepen. Dit kan gebeuren o.m. om de curator te machtigen activa van de hand te doen voor een forfaitair bedragen prijs.

Procedurieel is de rechtspositie van de gewone en algemeen bevoorrechte schuldeisers weinig gunstig (althans in de gebruikelijke hypothese dat de schuldeisers niet zijn opgeroepen voor een akkoordvergadering en dan ook geen toestemming kunnen geven tot de voortzetting).

Daar de individuele schuldeiser „vertegenwoordigd” wordt door de curator, dringt het zich op dat hij de aanstelling zou vragen van een curator ad hoc die de vorderingen zou kunnen instellen voor de rechtbank in naam van de gezamenlijke schuldeisers.

Dit is echter hoogst uitzonderlijk. Gebruikelijk is dat de curator voor de schade ontstaan door zijn foutieve beleidsbeslissingen wordt aangesproken bij het doen van de rekeningen. Heeft de curator een fout begaan in de uitoefening van zijn opdracht, verbindt hij twee vermogens, het zijne en het neutrale vermogen dat hij bestuurt. In geval van voortzetting die feitelijk deficitair is wegens de opslorping van de voorraden en grondstoffen zal de consistentie ervan en de hoegrootheid van de schade kunnen gemeten worden aan de hand van de ter griffie van de rechtbank van koophandel neergelegde inventaris (art. 489 F.W.).

B. BIJZONDERE GEVALLEN: DE SEPARATISTEN

36. Een aantal schuldeisers kunnen tijdens het faillissement het beleid ombuigen en een „Uebertragende Sanierung” effectief beletten.

De hypothecaire schuldeiser hoeft niet het slachtoffer te zijn van een voortzetting: hij kan verder verkopen op de wijze die hem belooft (82). De eerst ingeschreven hypothecaire schuldeiser is in elk geval aan geen enkele wettelijke beperking onderhevig. Dit betekent met andere woorden dat ook al heeft de onderneming nood aan een industriegebouw, dit toch kan verkocht worden ondanks de voortzetting of de geplande overdracht aan een derde.

Bij verkoop uit de hand door de curator van de onroerende activa, moeten de ingeschreven hypothecaire en bevoorrechte schuldeisers gehoord worden en kunnen dus de beslissing die genomen wordt — verkoop uit de hand voor een bepaalde prijs — bestrijden (art. 1193ter, Ger.W.).

De handelszaak kan in pand gegeven worden. Het te gelde maken van de in pand gegeven handelszaak moet worden vervolgd overeen-

(82) Het is alleen in het geval van een uitstel van betaling dat de rechtbank de hypothecaire schuldeiser in bepaalde omstandigheden op afstand zou kunnen houden.

komstig de artikelen 4 tot 10 van titel I van de wet van 5 mei 1872. De pandhouder bekomt, bij wanbetaling op de vervaldag, „verlof om het pand te doen verkopen, hetzij openbaar, hetzij uit de hand, naar keuze van de voorzitter (van de rechtbank van koophandel) en door de persoon die deze aanwijst” (art. 4). De pandhouder op de handelszaak kan de handelszaak ook na faillissement doen verkopen, mits toestemming van de voorzitter van de rechtbank van koophandel. Vraag was of de voorzitter voor die opdracht de curator mocht aanstellen. Dit biedt het evidente voordeel dat de curator die de handelszaak verkoopt zal pogen de doelstellingen van de likwidatie van het faillissement met de belangen van de pandhoudende schuldeiser te combineren.

Aangezien de algemene opdracht van de curator er precies in bestaat, als neutrale beheerder bij uitstek, de botsende belangen van de onderscheiden categorieën van schuldeisers, na een gemaximaliseerde vereffening door de wettelijke rangregeling te arbitreran, is het een maatregel van gezond verstand en goed beheer dat dezelfde persoon zou worden aangesteld om het geheel van het (meestal) verstrengelde vermogen van de gefailleerde debiteur te realiseren en te verdelen. Daarenboven is het gevaar reëel dat de pandhoudende schuldeiser genoeg zou nemen met gelijk welke prijs die volstaat om zijn vordering te dekken: dit kan bijzonder nadelig zijn, indien de curator ook de overdracht had overwogen. In de praktijk zullen het echter dikwijls precies de pandhoudende schuldeisers zelf zijn die op een voortzetting zullen aandringen en ze soms zelfs met de inhoud van hun pand zullen financieren om reden, enerzijds dat de waarde van sommige industriële activa, wanneer hun werking is onderbroken, nagenoeg tot nihil is herleid (b.v. hoogovens, glasovens,...), anderzijds dat hun waarde in going concern vele malen die van de openbare verkoping zal overtreffen, o.m. dank zij de waarde van de goodwill in ruime zin.

De rechtspraak en de rechtsleer reageerden nogal verdeeld op dit probleem(83).

De schuldeisers van de boedel kunnen eveneens de redding van de

(83) In de zin dat de curator mag aangesteld worden, zie Antwerpen, 30 mei 1988, *T.B.H.*, 1989, 254; in tegenovergestelde zin: Gent, 27 maart 1986, *T.B.H.*, 1987, 280; Luik, 9 januari 1987, *R.C.J.B.*, 1989, 267; de doctrine pro: VEROUGSTRAETE, I., „De schizothyme curator”, *T.B.H.*, 1987, 289; X., „L’opportunité du choix du curateur pour réaliser le gage sur fonds de commerce”, *T.B.H.*, 1987, 244; MERCHERS, Y., „La réalisation du gage sur fonds de commerce du failli”, *R.C.J.B.*, 1989, 272; als doctrine contra: DU BOIS, G., „Les rapports curateur/créancier gagiste sur fonds de commerce: manichéisme ou réalisme”, *Bank. Fin.*, 1988, 15, 29.

onderneming in voortzetting dwarsbomen. Boedelschulden zijn schulden die rechtstreeks op het onder bewind gestelde vermogen wegen en derhalve ten laste zijn van de curator in zijn hoedanigheid van bestuurder(84). Zij zijn dus rechtstreeks te betalen door dit vermogen zonder aan de vormvereisten van het nazicht van schuld-vorderingen onderworpen te zijn. Zolang de curator binnen de grenzen van zijn opdracht handelt, verbindt hij het door hem bestuurd vermogen en niet zichzelf(85). Wordt de voortzetting deficitair gevoerd en is er geen externe financiering voorhanden (niet terugbetaalbare voorschotten), dan zullen de onbetaald gebleven schuldeisers van het buitenbezitgestelde vermogen hun vorderingen op de actiefbestanddelen uitvoeren. Dit vermogen, en niet het vermogen van de curator, strekt hen tot pand(86).

37. In zoverre ooit zou beslist worden dat eigendomsvoorbehoud ook effect heeft na het faillissement, kan dit de bewegingsvrijheid van de curator nog meer afremmen. Een onmiskenbare evolutie tekent zich af in die richting, ook in de rechtspraak. Het nuttig effect na faillissement van bedingen van eigendomsvoorbehoud of van commissaire bedingen die ingeroepen worden voor het faillissement wordt algemeen erkend(87).

De rechtspraak heeft de laatste stap nog niet gezet en heeft nog niet beslist dat alle bedingen geldig gesloten voor het faillissement aan de curator kunnen worden tegengeworpen. Nu de gelijkheid tussen schuldeisers toch grotendeels een fictie is, zal die laatste weerstand wel ook wegbrokkelen. Dan zullen alle schuldeisers, krachtens de wet of de overeenkomst, een voorrecht of een ekwivalent kunnen claimen...

(84) Over het begrip, zie Cassatie, 16 juni 1988, *R.C.J.B.*, 1990, 15, en de noot VEROU-
STRAETE, I., „Dettes de masse, privilège et monnaie de faillite”.

(85) Gent, 27 juni 1983, *A.R.* 359/76.

(86) VEROU-
STRAETE, I., noot in *R.C.J.B.*, cit. Dit belet evenwel niet dat er vorderingen zouden ingesteld worden tegen de curator in zoverre de handelingen gesteld door de curator strafbaar zijn, of nog indien de schade door de contractant opgelopen, een andere was dan diegene die uit de wanuitvoering van de overeenkomst voortvloeit.

(87) Erkenning van de geldigheid van een dergelijk in het buitenland aanvaard beding bij faillissement van een Belgische vennootschap stelt problemen omdat de *lex concursus* best toepasselijk zou kunnen verklaard worden: zie GÉRARD, J.F., „De clause van eigendoms-
voorbehoud in het internationaal privaatrecht - Houding van de rechtspraak”, *T.B.H.*, 1989, 631. De rechtspraak evolueert geruisloos naar de erkenning van de volledige effecten van overeenkomsten gesloten voor faillissement, ook al hebben die overeenkomsten tot gevolg dat de gelijkheid doorbroken wordt. Dit was bijzonder merkbaar voor de overeenkomsten van rekening courant (waarop art. 445 F. wet geen greep heeft), en voor de tijdelijke handelsven-
nootschappen (die eerst na faillissement volledig gelijkwideerd worden waarna de curator enkel aanspraak kan maken op het batig saldo van de gefailleerde tijdelijke vennoot).

C. CONCLUSIE

38. De continuïteit hangt aldus grotendeels af van de beslissing genomen door die individuele schuldeisers.

In zoverre dit treft, zal de wetgever tegenmaatregelen moeten nemen die toelaten de weerstand van individuele schuldeisers te overwinnen. Het probleem zal zijn de hypothesen hiervoor te formuleren en ervoor te zorgen dat de naeffecten niet oneconomisch werken en de kostprijs van het krediet niet verhogen.

Een eenvoudige aanpassing zou zijn dat de rechters — de lege lata — het optreden van de schuldeisers zouden toetsen aan de criteria van het misbruik van recht. Een kennelijk onredelijke uitoefening door de schuldeisers van hun onbetwiste rechten zou kunnen ingetoomd worden. De gewone economische uitoefening door de schuldeiser van zijn rechten zou echter niet mogen verhinderd worden. De regels van het spel moeten voorspelbaar blijven.

BIJLAGE I

Statistieken over de faillissementen van het jaar 1986

Aantal inwoners: afgerond 10.000.000

Aantal failliete inwoners zonder bedrijf: 0

Aantal faillissementen per jaar: 3871

Aantal faillissementen kooplieden: 1782

Aantal faillissementen rechtspersonen: 2089

Aantal akkoorden (gerechtelijk akkoord): 101

Aantal faillissementen beëindigd door akkoord in het faillissement: 13

Bedrag van het passief:

Minder dan 100.000 F: 29

Van 100.000 tot 500.000 F: 188

Van 500.000 tot 1.000.000 F: 242

Van 1.000.000 tot 5.000.000 F: 962

5.000.000 F en meer: 527

Onbekend: 1948

Aantal faillissementen gesloten wegens gebrek aan activa: 1919

BIJLAGE II

Sammier overzicht van de rang van enkele algemene voorrechten; een geordende lijst van voorrechten wordt gevonden in de A.M.R.

Gerechtskosten

Begrafeniskosten

Kosten laatste ziekte

Werknemers

Sluitingsfonds

RSZ-bijdragen en ekwivalenten

Levensmiddelen aan schuldenaar en familie

Directe belastingen

Successierechten

Douanerechten

Slijterijen en gegiste dranken

BTW

Bedragen betaald bij inkleding

Schadevergoeding aan slachtoffers van oorlogsmisdaden

BIJLAGE III

Wetteksten: art. 62, 63ter, 103 en 104 Venn.W.

62. De bestuurders zijn overeenkomstig het gemene recht verantwoordelijk voor de vervulling van de hun opgedragen taak, en aansprakelijk voor de tekortkomingen die zij in hun bestuur begaan hebben.

Zij zijn, hetzij jegens de vennootschap, hetzij jegens derden, hoofdelijk aansprakelijk voor alle schade die het gevolg is van overtreding van de bepalingen van deze titel of van de statuten van de vennootschap. Ten aanzien van de overtredingen waaraan zij geen deel hebben gehad, worden zij van die aansprakelijkheid ontheven wanneer hun geen schuld te wijten is en zij die overtredingen hebben aangeklaagd op de eerste algemene vergadering nadat zij er kennis van hebben gekregen.

63ter. [Indien bij faillissement van de vennootschap de schulden de baten overtreffen, kunnen bestuurders of gewezen bestuurders, alsmede alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijk bestuursbevoegdheid hebben gehad, persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden verklaard voor het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap tot het beloop van het tekort, indien komt vast te staan dat een door hen begane, kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement.]

103. [Wanneer tengevolge van geleden verlies het netto-actief gedaald is tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal, moet de algemene vergadering, behoudens strengere bepalingen in de statuten, bijeenkomen binnen een termijn van ten hoogste twee maanden nadat het verlies is vastgesteld of krachtens wettelijke of statutaire bepalingen had moeten worden vastgesteld om, in voorkomend geval, volgens de regels die voor een statutenwijziging zijn gesteld, te beraadslagen en te besluiten over de ontbinding van de vennootschap en eventueel over andere in de agenda aangekondigde maatregelen.

De raad van bestuur verantwoordt zijn voorstellen in een bijzonder verslag dat vijftien dagen voor de algemene vergadering op de zetel van de vennootschap ter beschikking van de aandeelhouders wordt gesteld. Indien de raad van bestuur voorstelt de activiteit voort te zetten, geeft hij in het verslag een uiteenzetting van de maatregelen die hij overweegt te nemen tot herstel van de financiële toestand van de vennootschap. Dat verslag wordt in de agenda vermeld. Aan iedere aandeelhouder wordt, tegen overlegging van zijn effect, vijftien dagen voor de vergadering kosteloos een exemplaar van de verslagen verstrekt. Een afschrift ervan wordt, samen met de oproepingsbrief, toegezonden aan degenen die voldaan hebben aan de formaliteiten, door de statuten voorgeschreven om tot de vergadering te worden toegelaten.

Op dezelfde wijze wordt gehandeld wanneer het netto-actief tengevolge van geleden verlies gedaald is tot minder dan een vierde van het maatschappelijk kapitaal, met dien verstande dat de ontbinding plaatsheeft wanneer zij wordt goedgekeurd door een vierde gedeelte van de ter vergadering uitgebrachte stemmen.

Is de algemene vergadering niet overeenkomstig dit artikel bijeengeroepen, dan wordt de door derden geleden schade, behoudens tegenbewijs, geacht uit het ontbreken van een bijeenroeping voort te vloeien.]

104. [Wanneer het netto-actief gedaald is tot beneden het minimumbedrag gesteld in artikel 29, kan iedere belanghebbende de ontbinding van de vennootschap voor de rechtbank vorderen. In voorkomend geval kan de rechtbank aan de vennootschap een termijn toestaan om haar toestand te regulariseren.]

SOMMAIRE

FAILLITE ET CONTINUITÉ DE L'ENTREPRISE

1. La continuité de l'entreprise ne constitue pas un phénomène naturel dans une économie libérale. Les autorités s'efforcent, certes, souvent dans une optique à court terme, de prendre des mesures pour promouvoir cette continuité, mais elles se trouvent freinées par des facteurs économiques autant que juridiques. La législation n'offre guère de points d'appui pour départager les intérêts des créanciers se trouvant en conflit sur la question de la continuité.

2. La faillite est un système de saisie collective sans rapport avec la continuité: le juge doit uniquement constater l'état de cessation de paiement de l'entreprise et contrôler la liquidation. Les services de dépistage ou d'analyse commerciale sont une timide tentative de tempérer les conséquences radicales d'une application pure et simple de la loi sur les faillites, mais ils n'emportent aucune modification fondamentale de la nature de cette législation, les créanciers — et principalement les banques — décident en fait du sort de l'entreprise et du timing de la faillite.

3. Les mesures préventives de nature générale, telles les exigences d'un capital minimal, les procédures d'alarme, l'amélioration du contrôle au sein de la société, ont des effets favorables marginaux sur la continuité.

Le régime de responsabilité des administrateurs n'a pas d'influence nettement perceptible: une conception plus sévère de ce régime aboutirait du reste à décourager les administrateurs de courir le risque de la continuité. Les nombreuses insécurités juridiques qui caractérisent ce régime, en diminuent au demeurant l'impact sur la continuité.

Le régime de la période suspecte contribue également à la fois à promouvoir et à freiner la continuité. Il n'empêche pas vraiment certaines opérations de sauvetage comme les montages juridiques transformant des divisions déficitaires de l'entreprise en filiales condamnées.

Les mesures préventives spécifiques telles que le concordat et les délais de paiement n'ont plus guère de signification économique et la désignation d'un administrateur provisoire ou le concordat amiable n'a guère plus de contenu. Il convient dès lors de rechercher dans la faillite elle-même la solution de la continuité des éléments encore viables d'une entreprise, et ce nonobstant le fait que la faillite n'a pas été conçue dans ce but.

4. La poursuite des activités commerciales est possible tant avant qu'après l'assemblée concordataire. Cette poursuite s'avère généralement difficile, notamment parce que le sort des contrats en cours fait légalement courir maints risques au curateur. Même le transfert de l'entreprise dans un groupe de sociétés, à peine abordé dans la législation, n'est possible qu'en recourant à des montages juridiques compliqués.

Toutes les formules exigent en outre l'assentiment des créanciers gagistes ou hypothécaires, ceux-ci prenant en fin de compte les décisions essentielles en matière de continuité. Probablement cette solution n'est-elle pas fondamentalement mauvaise; on pourrait cependant attendre du législateur qu'il offre de meilleures possibilités de maintenir dans des limites raisonnables l'attitude égocentrique de certains créanciers et donne au juge la possibilité de concilier les intérêts de l'entreprise et des créanciers.

ZUSAMMENFASSUNG

KONKURS UND KONTINUITÄT DES UNTERNEHMENS

1. Die Kontinuität des Unternehmens ist in der freien Marktwirtschaft kein natürliches Phänomen. Die Obrigkeit versucht zwar, oft kurzfristig, Maßnahmen zu ergreifen um die Kontinuität zu fördern, aber sie wird durch wirtschaftliche wie durch juristische Faktoren gebremst. Die Gesetzgebung bietet einen geringen Halt um die hinsichtlich der Kontinuität konfliktären Belange der Gläubiger abzuwägen.

2. Der Konkurs ist ein System der Kollektivpfändung aber er hat mit der Kontinuität nichts zu tun: der Richter muß bloß feststellen, daß das Unternehmen aufgehört hat zu zahlen und er muß die Begleichung überprüfen. Die „Ämter für Handelsüberprüfungen“ sind der schüchterne Versuch die radikaleren Folgen der strengen Anwendung des Konkursgesetzes zu mildern aber sie führen keineswegs eine grundlegende Abänderung der Art der Konkursgesetzgebung herbei. Die Gläubiger — und vor allem die Bank — entscheiden in Wirklichkeit über das Schicksal des Unternehmens und die Zeitplanung des Konkurses.

3. Präventivmaßnahmen allgemeiner Art, wie die Forderung eines Mindestkapitals, das „Alarmverfahren“, die Verbesserung der Kontrolle in der Gesellschaft, haben auf die Kontinuität günstige Randeffekte.

Das System der Haftung des Vorstands hat keine nachweisbare Wirkung: sollte das System tatsächlich verschärft werden, dann würde es die Vorstandsmitglieder entmutigen das Risiko der Kontinuität zu übernehmen. Die zahlreichen Rechtsunsicherheiten hinsichtlich dieses Systems verringern übrigens dessen Wirkung auf die Kontinuität.

Das System der Verdächtigkeitsfrist hat ebenfalls sowohl kontinuierkeitsfördernde wie -bremsende Effekte. Es verhindert in Wirklichkeit kaum gewisse Rettungsoperationen wie die Gesundschumpfungskonstruktionen.

Die spezifischen Präventivmaßnahmen wie der Vergleich und der Zahlungsaufschub haben kaum noch eine wirtschaftliche-Bedeutung; die Einsetzung eines vorläufigen Verwalters oder der friedliche Vergleich sind zwecklos. Deshalb muß die Lösung in Bezug auf die Kontinuität der noch ertragreichen Elemente eines Unternehmens im Konkurs an sich gesucht werden, trotz der Tatsache daß das Konkursgesetz nicht mit dieser Absicht entworfen wurde.

4. Die Weitersetzung der Geschäftstätigkeiten ist möglich, sowohl vor der Vergleichsversammlung im Konkurs als nachher. Die Weitersetzung verläuft meistens mühsam, zumal das Schicksal der laufenden Verträge für den Konkursverwalter erhebliche gesetzliche Risiken herbeiführt. Sogar die Übertragung des Unternehmens in going concern — in der Gesetzgebung kaum erwähnt — läßt sich nur mit Hilfe komplizierter juristischer Konstruktionen durchführen.

Alle Formeln erfordern außerdem die Genehmigung der Separatisten, die letzten Endes hinsichtlich der Kontinuität die Hauptentscheidungen treffen. Grundlegend falsch dürfte man dies nicht nennen, nur könnte man erwarten, daß der Gesetzgeber bessere Möglichkeiten bieten würde um das egozentristische Verhalten gewisser Gläubiger innerhalb der Grenzen der Billigkeit zu halten und den Richter zu ermöglichen, die Belange des Unternehmens und der Gläubiger zu versöhnen.

SUMMARY

BANKRUPTCY AND THE CONTINUITY OF THE UNDERTAKING

1. In a free-market economy, the continuity of an undertaking does not constitute a natural phenomenon. However, the authorities will, often with short-term objectives, endeavour to adopt certain measures in order to promote business continuity, but are hampered in this endeavour by legal and economic circumstances. The relevant legislation has little on which to proceed in order to weigh up the rights of the creditors who have conflicting interests in relation to the continuity of the undertaking.

2. Bankruptcy constitutes a system of collective distraint, but is totally unrelated to the continuity of the undertaking, since all the court needs to do is to establish that an undertaking has ceased to pay its debts and to supervise the liquidation process. The various „commercial investigation services” represent a cautious attempt at mitigating some of the more radical implications of the unqualified application of the Law on Bankruptcies, but make no fundamental alterations in the nature of bankruptcy legislation; the creditors, in the first place the banks, will decide the fate of the undertaking and the timing of the bankruptcy.

3. General precautionary measures, such as the required minimum capital, the „red alert procedure”, and improved supervision procedures within the company all produce favourable side effects in relation to the continuity of the undertaking.

The system of liability to which the managers are subject has no discernible effect; moreover, if the system were to be truly tightened up, this would prove a disincentive for the managers to run the risk of continuity. In addition, the various elements of legal uncertainty inherent in this system reduce its impact on the continuity of the undertaking.

The „suspect period” system also produces both effects which enhance continuity and effects which are detrimental to it. However, it does not prevent certain rescue operations such as „mortuary constructions”.

Specific preventative measures such as agreement and periods of grace in relation to payment currently hardly have any economic significance, and the appointment of a temporary manager or amicable settlements have retained hardly any substantive meaning. This is why any solution seeking to maintain the continuity of those elements of the undertaking which are still viable must be found in the bankruptcy itself, even though the bankruptcy legislation was not enacted for that purpose.

4. The continuation of commercial activity remains possible, both before and after the meeting seeking to reach agreement concerning the bankruptcy. In most cases, this continued trading will be a laborious process, not least because law requires the receiver to incur many risks in relation to the outcome of the running contracts. Even the transfer of the company as a going concern, which is hardly mentioned in the relevant legislation, is only possible by means of a series of complex legal scenarios.

Moreover, all these methods require the consent of the „separatist” creditors, who in the final analysis will take crucial decisions in relation to the question of continuity. Very probably this is no bad thing; however, the legislature could be expected to provide better opportunities for keeping the egotistical attitudes of certain creditors within reasonable limits and to give the courts the powers to reconcile the interests of the company with those of the creditors.

RESUMEN

QUIEBRA Y CONTINUIDAD DE LA EMPRESA

1. La continuidad de la empresa no es un fenómeno natural en una economía de mercado. Es verdad que las autoridades intentan, muchas veces en una óptica a corto plazo, tomar medidas para promover la continuidad, pero son frenadas por factores tanto económicos como jurídicos. La legislación ofrece poco apoyo para contraponer los intereses de los acreedores, que tienen interoco respecto de la continuidad.

2. La quiebra es un sistema de embargo colectivo, pero no tiene nada que ver con la continuidad: el juez tiene que constatar meramente que la empresa ha sobrepasado los pagos corrientes y controlar la liquidación. Los „servicios para investigaciones comerciales” son un esfuerzo tímido para aliviar las consecuencias más radicales de una aplicación pura de la ley de quiebra, pero no modifican fundamentalmente la índole de la legislación concursal: de hecho, los acreedores — sobre todo la banca — deciden de la suerte de la empresa y del momento de la quiebra.

3. Medidas preventivas de índole general, tales como los requisitos de un capital mínimo, el „procedimiento del timbre de alarma”, la mejora del control en la sociedad, tienen efectos secundarios propicios a la continuidad.

El sistema de responsabilidad con respecto a los administradores no tiene una influencia claramente perceptible: además, si el sistema fuera verdaderamente más severo, los administradores se verían desanimados para correr el riesgo de la continuidad. Por otra part, las numerosas inseguridades jurídicas que existen acerca de este sistema, reducen su impacto en la continuidad.

El sistema del período sospechoso también tiene efectos que tanto favorecen la continuidad, como otros que la frenan. No impide realmente ciertas operaciones de salvamento tales como „construcciones cementerio”.

Las medidas preventivas específicas tales como el convenio y el plazo de gracia para el pago apenas ya tienen un sentido económico; la designación de un administrador provisional o el acuerdo conciliatorio apenas tienen más contenido. Por eso, hay que buscar la solución de la continuidad de los elementos susceptibles de producir la supervivencia de una empresa en quiebra, a pesar de que la ley de quiebra no fuera escrita con tal fin.

4. La continuación de las actividades comerciales es posible, antes del convenio de acreedores tanto como después de éste. En la mayoría de los casos, esta continuación se hace difícil, entre otras razones porque el destino de los contratos vigentes expone al síndico a muchos riesgos desde el punto de vista legal. Incluso el traspaso de la empresa en pleno funcionamiento, apenas tratado en la legislación, sólo puede realizarse con la ayuda de construcciones jurídicas complicadas.

Además, todas las fórmulas necesitan el asentimiento de los legítimos acreedores que, al final, son las personas que toman las decisiones principales en cuanto a la continuidad. Tal vez, esto fuera justificado: solamente, se podría esperar que el legislador ofreciera mayores posibilidades para mantener el comportamiento ego-céntrico de ciertos acreedores dentro de los límites de lo razonable y que ofreciera al juez la posibilidad de conciliar los intereses de la empresa y de los acreedores.