

Nieuwe opdracht voor de accountant in het kader van de gewijzigde faillissementswet

Op 14 november 2003 organiseerde het Instituut van de Accountants en de Belastingconsulenten een studienamiddag over de nieuwe opdracht voor de accountant die werd ingevoerd door de Wet van 4 september 2002 tot wijziging van de faillissementswet van 8 augustus 1997, het Gerechtelijk Wetboek en het Wetboek van vennootschappen.

Na verwelkoming door Johan De Leenheer, Voorzitter van het I.A.B., werden de verschillende deelaspecten van de nieuwe opdracht op uitstekende wijze toegelicht door verschillende eminente sprekers, met name: mevrouw Anne Spiritus-Dassesse (Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel), de heer Eric Dursin (rechter in de Rechtbank van Koophandel te Kortrijk), de heer Eric Dirix (professor aan de Katholieke Universiteit Leuven en Raadsheer in het Hof van Cassatie) en de heer Gérard Delvaux (accountant en bedrijfsrevisor).

Hiernavolgend beperken wij ons tot een weergave van de belangrijkste aandachtspunten uit de bijdragen van de voormelde sprekers. De teksten zullen worden gebundeld in een naslagwerk dat aan alle leden zal worden ter beschikking gesteld.



Mevr. Spiritus-Dassesse,
Voorzitter van de
Rechtbank van Koop-
handel te Brussel

1. SITUERING VAN DE OPDRACHT

A. Wetgevend kader

1. Artikel 54 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997, zoals aangevuld door artikel 19 van de wet van 4 september 2002¹ luidt als volgt :

*“De curators ontbieden de gefail-
leerde om in zijn tegenwoordigheid
de boeken en bescheiden vast te
stellen en af te sluiten (ongewij-
zigd).”*

De curators gaan onmiddellijk over tot verificatie en verbetering van de balans.

Wanneer geen balans is neergelegd, moeten zij die opmaken, overeenkomstig de regels en de beginselen van het boekhoudkundig recht, met behulp van de boeken en bescheiden van de gefailleerde en met behulp van de inlichtingen die zij kunnen inwinnen, en deze neerleggen in het faillissementsdossier.

Indien de activa toereikend zijn om de kosten ervan te dekken, kunnen de curators de hulp inroepen van een accountant met het oog op de opmaak van de balans.

Wanneer de balans en de overige stukken bedoeld in artikel 10 niet zijn neergelegd bij de aangifte van staking van betaling of wanneer uit de verificatie blijkt dat aanzienlijke correcties noodzakelijk zijn, kan de rechtbank, op verzoek van de curators, de bestuurders en de zaakvoerders van de failliete rechtspersoon hoofdelijk veroordelen tot betaling van de kosten voor de opmaak van de balans."

(de nieuwe tekst, toegevoegd door de wet van 2002, werd onderlijnd).

B. Het nieuwe artikel 54 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997: een bijkomende garantie voor de curators om zich te vergewissen van de werkelijke boekhoudkundige toestand van de gefailleerde onderneming

2. Artikel 54, lid 1 van de Faillissementswet bepaalt dat de curators de gefailleerde ontbieden om in zijn tegenwoordigheid de boeken en bescheiden vast te stellen en af te sluiten.

Deze bepaling strekt ertoe de inlichtingen in te winnen die nodig zijn om een juiste staat van de activa en passiva van de gefailleerde vast te stellen en er aldus

voor te zorgen dat er een getrouwe "balans" beschikbaar is na verificatie en, zo nodig, na verbetering van de "balans van zijn zaken" die door de gefailleerde ter gelegenheid van zijn faillissementsaangifte wordt neergelegd ² (art. 10). Bij gebrek aan een "balans van zijn zaken" is het de curator die deze moet opstellen (art. 54, lid 2).

3. Teneinde aan deze formaliteiten te voldoen, stellen verschillende bepalingen van de faillissementswet de curators actiemiddelen ter beschikking : zo kunnen zij bijvoorbeeld, met machtiging van de rechter-commissaris, voor het opmaken van de boedelbeschrijving, alsmede voor het schatten van de voorwerpen, ..., zich onder hun verantwoordelijkheid laten bijstaan door degene die zij daartoe geschikt achten (art. 43, lid 3); de gefailleerde of de bestuurders en zaakvoerders van de gefailleerde vennootschap zijn gehouden gevolg te geven aan alle oproepingen die zij ontvangen van de rechter-commissaris of van de curators en verstrekken hun alle vereiste inlichtingen (art. 53, lid 1); ze kunnen via de rechter-commissaris de gefailleerde, diens werknemers en wie dan ook, in hun tegenwoordigheid, doen oproepen en horen en dit zowel aangaande het onderzoek van de boeken en de boekhoudkundige bescheiden als aangaande de oorzaken en de omstandigheden van het faillissement (art. 55); ze kunnen, onder de door de rechter-commissaris gestelde voorwaarden, een beroep doen op de gefailleerde om hen in hun beheer te helpen en voor te lichten (art. 59).

4. Naast deze middelen, en om de gedetailleerde opmaak van een getrouwe staat van de activa en passiva bij het begin van het faillissement te garanderen, stelt artikel 54, lid 3, van de Faillissementswet de curator een nieuw krachtig instrument ter beschikking, met name de eventuele bijstand van een accountant.

5. De idee om de curator door een accountant te laten bijstaan moet gunstig worden onthaald, ook al zullen in het merendeel van de faillissementen de activa niet toereikend zijn om de kosten van een accountant te dekken.

6. Om deze bedenking over de praktische toepassing van artikel 54 van de Faillissementswet te schragen, moeten diverse elementen in herinnering worden gebracht, nl:

a) Poging tot definitie van de "balans", bedoeld in het voormeld artikel 54

7. Bij gebrek aan een nauwkeurige definitie moet, onzes inziens ³, onder het begrip "balans" worden verstaan : een recente boekhoudkundige staat, die de activa en passiva van de onderneming op de vooravond van het faillissement vaststelt (bijvoorbeeld : tussentijdse cijfers die deze van het laatste per 31 december afgesloten boekjaar verbeteren). Het komt ons voor dat de economische logica van het faillissement en van artikel 54 vereist dat deze "balans" opgesteld wordt in discontinuïteit.

8. Wanneer het handelsvennootschappen betreft, moet deze "balans" resulteren uit de opmaak van een echte jaarrekening in de zin van de boekhoudwet, terwijl voor natuurlijke personen een staat van de activa en passiva volstaat.

9. Voorts is het van belang dat deze cijfers een volledig en gedetailleerd karakter vertonen.

10. Evenwel kan, overeenkomstig het adagium "ultra posse nemo obligator" (niemand kan tot het onmogelijke verplicht worden), van de curator moeilijk worden verlangd dat hij een "balans" opmaakt, wanneer geen enkel gegeven van boekhoudkundige of andere aard daartoe voorhanden is, of dat hij, met inachtneming van de bepalingen van de boekhoudwet, een volle-

dige jaarrekening opstelt, als hij slechts over gegevens beschikt die hem hooguit toelaten een staat van de activa en passiva op te maken. In dit kader komt het nuttig voor eraan te herinneren dat, rekening gehouden met de economische toestand, maar ook met de evolutie van de "engineering" en de consultancy, er tegenwoordig in de grote meerderheid van de gevallen geen activa meer over zijn op het ogenblik dat de onderneming failliet wordt verklaard. Er rest alleen een naam en een maatschappelijke zetel op papier.

11. De verplichting tot verificatie en verbetering van de balans moet finaal redelijk worden beoordeeld: het werk dat dit vereist moet in verhouding blijven met de economische werkelijkheid. Het is de taak van de handelsrechter om uit te maken of er nog realiseerbare activa beschikbaar zijn, wil de toepassing van de in artikel 54 ingeschreven beginselen niet enkel theoretisch blijven.

Immers, het spoor van verdwenen activa natrekken heeft vanuit economisch oogpunt en in het perspectief van de vereffening van een faillissement ten voordele van de schuldeisers enkel zin als ze kunnen worden teruggevonden, en ten voordele van de schuldeisers kunnen worden gerealiseerd. Zoniet blijft het bij een reconstructie van de historiek van deze activa, zonder enig praktisch nut voor het beheer van het faillissement. Dit laatste belet niet dat dergelijke historiek van belang kan zijn voor het Parket, met het oog op het instellen van strafvervolgingen lastens de bedrijfsleider(s) van de gefailleerde onderneming. In dergelijk geval komt het ons echter voor dat de boekhoudkundige taken die moeten worden verricht, kosten in verband met de strafprocedure uitmaken. Deze kosten mogen niet ten laste van de boedel worden gelegd omdat ze derwijze het gemeenschappelijk vermogen van de schuldeisers zouden verminderen.

b) Voorwaarden om de hulp van een accountant in te roepen

12. Er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen het derde lid en het laatste lid van artikel 54, die alternatieve of cumulatieve toepassingsvoorwaarden bieden, in die zin dat ze elkaar aanvullen.

Eenzijds bepaalt artikel 54, lid 3, dat de curator toelaat zich door een accountant te laten bijstaan: "**Indien de activa toereikend zijn om de kosten ervan te dekken, kunnen de curators de hulp inroepen van een accountant met het oog op de opmaak van de balans**".

Anderzijds bepaalt artikel 54, laatste lid, dat de aansprakelijkheid van de bestuursorganen van de onderneming betreft, dat: "**Wanneer de balans en de overige stukken bedoeld in artikel 10 niet zijn neergelegd bij de aangifte van staking van betaling of wanneer uit de verificatie blijkt dat aanzienlijke correcties noodzakelijk zijn, kan de rechtbank, op verzoek van de curators, de bestuurders en de zaakvoerders van de failliete rechtspersoon hoofdelijk veroordelen tot betaling van de kosten voor de opmaak van de balans**".

13. Voor een beter begrip van dit onderscheid, komt het nuttig voor een onderscheid te maken tussen twee gevallen:

○ **Indien de activa toereikend zijn om de kosten van een accountant te dekken**, staat, onzes inziens, niets de curator in de weg om tegelijkertijd een vordering tegen de bestuurders of zaakvoerders van de gefailleerde rechtspersoon in te stellen, ten einde de kosten voor de opmaak van een balans op hen te verhalen. Dit heeft als voordeel dat de kosten voor de accountant niet ten laste van de vennootschap – m.n. van de failliete boedel – worden gelegd, maar wel ten laste van het persoonlijk vermo-

gen van de bestuurders en zaakvoerders. Dit heeft tot gevolg dat het gemeenschappelijk dividend van de schuldeisers niet wordt verminderd met de kosten van de accountant. Dergelijke situatie is van praktisch belang als de bestuurders en zaakvoerders solvabel zijn.

○ zelfs **indien de activa niet toereikend zijn om de kosten daartoe te dekken**, staat niets de curator in de weg zich door een accountant te laten bijstaan, nadat hij de aansprakelijke bestuurders of zaakvoerders van de gefailleerde rechtspersoon heeft laten veroordelen tot betaling van de kosten voor de opmaak van de balans.

14. Terzake zij erop gewezen dat de curator ook buiten de voornoemde gevallen de hulp van een accountant kan inroepen, maar dan wel op zijn eigen kosten (zie art. 10 van het KB van 10 augustus 1998 houdende vaststelling van de regels en barema's tot bepaling van de kosten en het ereloon van de curatoren) ⁴.

c) **Wat het inroepen van de aansprakelijkheid van de bestuurders of zaakvoerders van de failliete rechtspersoon betreft,**

moet de rechtbank van koophandel zich beperken tot **de economische werkelijkheid** en is ze niet gerechtigd zich uit te spreken over het strafrechtelijk karakter van deze aansprakelijkheid, die aan haar bevoegdheid ontsnapt: de uitvoering is delicaat, want voor de handelsrechter gaat het erom zich niet in de plaats te stellen van de strafrechter. De door de Faillissementswet bedoelde fouten van de bestuurder of de bedrijfsleider van de failliete rechtspersoon die tot hun veroordeling tot betaling van de kosten van de accountant kunnen leiden, kunnen immers ook overtredingen uitmaken die onder de bevoegdheid van het strafge-

recht (rechtbank van eerste aanleg, enz.) vallen (bijvoorbeeld: fraude gepaard gaande met valsheid in geschriften in de vennootschapsrekeningen, het niet-neerleggen van de jaarrekening, zie dienaangaande art. 489 bis 4° van het Strafwetboek betreffende de sancties tot bestrafing van het niet-neerleggen van de stukken voorzien bij art. 10 van de faillissementswet bij de aangifte van het faillissement ⁵).

d) Twee opmerkingen over de formulering van artikel 54 van de Faillissementswet

15. Vooreerst verwijst artikel 54 van de Faillissementswet in zijn nieuwe formulering enkel naar het te hulp roepen van een **accountant, en niet van een bedrijfsrevisor**: moeten we daaruit een vrijwillige uitsluiting van de revisoren, dan wel een simpele vergetelheid afleiden, dat laatste in de lijn van de talrijke “ongelukken” in de loop van de wetgevingsgeschiedenis? De uitsluiting zou kunnen worden verantwoord door het argument dat revisoren als zelfstandige controleurs van de jaarrekening van de onderneming moeten worden beschouwd en ze in principe geen jaarrekening opstellen.

16. Tegen dat argument zullen anderen - ongetwijfeld ten onrechte en zonder de toezichtregels die onlangs werden aangenomen om dergelijke risico's te vermijden in acht te nemen - inroepen dat de grote revisorenkantoren in werkelijkheid de beide taken vervullen.

17. Vervolgens wordt de curator overeenkomstig artikel 54 geacht zelf de “balans” op te maken. Dat is de regel. De Wet staat evenwel toe dat hij, op eigen verantwoordelijkheid, de hulp inroept van een accountant.

Uit de praktijk blijkt evenwel dat sommige curators in werkelijkheid soms met een boekhouder samen-

werken. Dat ontlokt sommigen de opmerking dat derwijze het wettelijk monopolie van de accountant niet wordt gerespecteerd. Dat monopolie is ingeschreven in de artikelen 34, 1°, 2° en 6°, en 37, 1° van de wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen ⁶.

2. EEN JURIDISCHE ANALYSE VAN ARTIKEL 54 VAN DE FAILLISSEMENTSWET

A. De verplichting voor de curator tot vaststelling, afsluiting, verificatie, verbetering en desgevallend opmaken van een balans

a) De curator stelt de boeken en bescheiden van de gefailleerde vast en sluit ze af

18. Zoals het geval was bij de oude faillissementswet, legt ook de wet van 8 augustus 1997 aan de curator de verplichting op om de boeken en bescheiden van de gefailleerde “vast te stellen en af te sluiten”.

19. Dit voorschrift van artikel 54, eerste lid, moet onderscheiden worden van artikel 10,2° van de faillissementswet, waarin bepaald wordt dat, bij faillissement op aangifte, de griffier de neergelegde stukken van de boekhouding afsluit en vaststelt in welke staat zij zich bevinden. De griffier beperkt zich tot een louter materiële vaststelling en afsluiting. Voor de griffier volstaat het onder de inschrijving in de boeken een lijn te trekken en vast te stellen tot op welke datum de inschrijvingen zijn gebeurd en of ze op het eerste gezicht doorlopend en volledig zijn⁷. Het behoort evenwel niet tot de taak van de griffier de neergelegde stukken te onderzoeken en te controleren ⁸. De curator daarentegen dient de balans *inhoudelijk “vast te stellen”* en af te sluiten ⁹. Hij zal de gefailleerde confronteren met de *werkelijke* staat van de boekhouding ¹⁰.

20. De aanwezigheid van de gefailleerde bij het *vaststellen* en *afsluiten* van de boeken en de bescheiden is niet enkel vereist om deze vaststelling en afsluiting aan hem

V.l.n.r.: Gérard DELVAUX, Eric DURSIN, Anne SPIRITUS-DASSESE, Eric DIRIX en Johan DE LEENHEER.



tegenwerpbaar te maken, maar ook om de curator toe te laten bij de gefailleerde informatie in te winnen over de vragen die kunnen rijzen bij het inhoudelijk onderzoek van de stukken.

b) Verificatie en verbetering van de balans

21. Zoals reeds gesteld laat de boekhouding van een onderneming in moeilijkheden dikwijls nogal wat te wensen over ¹¹. Correcties en aanvullingen zullen dan ook vaak nodig zijn. Doch zelfs wanneer de boekhouding tot op het tijdstip van de aangifte van het faillissement volledig is bijgehouden, kan de curator er niet mee volstaan de balans vast te stellen en af te sluiten. Hij moet verifiëren of het actief en passief, zoals ze blijken uit de boekhouding, overeenstemmen met de *werkelijke* activa en passiva van de failliete onderneming en indien nodig de vereiste correcties aanbrengen. Omdat in de faillissementswet van 1997 geen bepaling was opgenomen, die vergelijkbaar was met deze van artikel 484 van de oude faillissementswet, kon ten onrechte de indruk ontstaan dat dergelijke verificatie niet hoefde te gebeuren. Dit was nochtans geenszins het geval. De curator dient immers te beschikken over een correcte balans met het oog op het opstellen van een volledige inventaris van de activa en de verificatie van de schuldvorderingen ¹². Deze balans zal de curator bovendien kunnen helpen bij het opmaken, binnen de twee maanden na zijn ambtsaanvaarding, van de memorie of het kort verslag, bestemd voor de rechter-commissaris, en waarin de vermoedelijke toestand van het faillissement, de voornaamste oorzaken en omstandigheden ervan, en de kenmerken die het vertoont, worden uiteengezet ¹³.

Rekening houdend daarmee en gelet op het feit dat de wetgever het beschikken over een correcte balans als een belangrijk instru-

ment beschouwde om de oorzaken van het faillissement en eventuele zware fiscale fraude op te sporen, werd met de wet van 4 september 2002 de verplichting tot verificatie en aanvulling van de balans opnieuw *uitdrukkelijk* in de faillissementswet opgenomen. Daarbij werd er van uitgegaan dat het verifiëren, aanpassen, en zo nodig opstellen van een balans zal toelaten activa te ontdekken en de schuldeisers de nodige waarborgen te geven ¹⁴.

22. Dat de curator bij de aanvang van de vereffeningswerkzaamheden over een correcte balans dient te beschikken, is dus logisch. Minder evident is dat in artikel 54 van de faillissementswet ¹⁵ de opdracht tot *verificatie* van de balans wordt toevertrouwd aan de curator. Krachtens artikel 27 van de faillissementswet van 1997 wordt de curator gekozen uit de personen ingeschreven op een lijst, opgesteld door de algemene vergadering van de rechtbank van koophandel. Alleen advocaten, die geldig ingeschreven zijn op het tableau van de orde van een Belgische balie kunnen op deze lijst worden geplaatst. Zij moeten een bijzondere opleiding hebben genoten en waarborgen inzake bekwaamheid bieden op het gebied van vereffeningprocedures ¹⁶. Op het vlak van de verificatie en de correctie van een balans zijn advocaten evenwel geen specialisten. Volgens artikel 34,1° van de Wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen ¹⁷ behoren het nazien en corrigeren van boekhoudstukken tot de voorbehouden werkzaamheden van de accountant. Artikel 37,1° van dezelfde wet bepaalt trouwens dat enkel de natuurlijke personen en de vennootschappen, die ingeschreven zijn op de deellijst van externe accountants, gerechtigd zijn deze werkzaamheden en opdrachten geregeld uit te voeren of aan te bieden ¹⁸. Niettemin behoort de verificatie en correctie van de fail-

lissementsbalans tot de opdracht en de uitsluitende verantwoordelijkheid van de curator.

23. De mogelijkheid bestaat wel dat de rechtbank een curator toevoegt, die dan geen advocaat hoeft te zijn. Hij zal daartoe beslissen wanneer de aard en de omvang van het faillissement het vereisen ¹⁹. In belangrijke faillissementen is het niet ongebruikelijk dat een accountant als toegevoegd curator wordt aangesteld. Indien dit niet het geval is, ligt het *op het eerste gezicht* voor de hand dat de curator zich laat *bijstaan* door een accountant voor de controle en verbetering van de balans ²⁰.

c) Het opmaken van de balans

24. Wanneer geen balans voorhanden is bij de opening van het faillissement, moet de curator ze zelf opmaken overeenkomstig de regels en de beginselen van het boekhoudkundig recht ²¹. De verwijzing naar de regels en beginselen van het boekhoudkundig recht veronderstelt voornamelijk dat de financiële toestand bij het begin van de vereffening wordt vastgesteld op een manier die het best beantwoordt aan het doel ²².

25. De balans in de zin van artikel 54 van de faillissementswet is een staat die de activa en de passiva, het bezit en de schuld van het faillissement weergeeft. Dit werd aldus door de Minister bevestigd in de Senaatscommissie voor Justitie ²³. In zover dit mogelijk is moet de staat van activa en passiva voortvloeien uit de rekeningen. Het voorschrift dient aldus te worden begrepen als het opstellen van de gebruikelijke vorm van een eindrekening van het grootboek ²⁴. Zowel tijdens de parlementaire voorbereiding als in de commentaren op de wet van 4 september 2002 wordt gesteld dat aan de curator niet de verplichting wordt opgelegd om een geheel van rekeningen en bijlagen op te stellen

zoals handelsvennootschappen dat jaarlijks moeten doen ²⁵. Er wordt betoogd dat de term “balans” zoals hij gebruikt wordt in de boekhoudwetgeving, ruimer is dan deze bedoeld voor de toepassing van artikel 54 van de faillissementswet en dat men in dit laatste geval beter de term “boekhoudkundige staat van actief en passief” of “boekhoudkundige staat van vermogen” gebruikt om verwarring te vermijden ²⁶. Deze laatste term wordt gebruikt in artikel 11 § 1, 2° van de wet betreffende het gerechtelijk akkoord. Ter verantwoording van het feit dat men dit niet gedaan heeft in artikel 54 van de faillissementswet werd ingeroepen dat het woord “balans”, dat ook reeds in de wet van 1851 vermeld was, verwijst naar een bekend concept en dat het gebruik van andere termen zou kunnen leiden tot te algemene interpretaties, waardoor de wijziging van artikel 54 haar doel zou kunnen voorbij-schieten ²⁷.

26. De beschouwingen over de omvang van de verplichting van de curator, die zowel tijdens de voorbereiding van de wet als na het totstandkomen ervan werden gemaakt, kunnen geen afbreuk doen aan de vaststelling dat de wetgever ervoor geopteerd heeft om in artikel 54 van de faillissementswet dezelfde term te gebruiken als in artikel 10, zodat moet aangenomen worden dat de “balans”, die de curators opmaken, conform dient te zijn aan hetgeen daaromtrent wordt gesteld in het tweede lid van artikel 10.

27. De wet bepaalt dat de verificatie en de verbetering van de balans *onmiddellijk* dient te gebeuren na het openen van het faillissement. In de hypothese dat geen balans voorhanden is, wordt geen termijn vooropgesteld, waarbinnen zij door de curator dient opgesteld te worden. Aangezien de balans in eerste instantie een belangrijke bron van informatie is voor de

curator om de samenstelling van het actief en het passief te kennen, mag met het opstellen daarvan niet gewacht worden en zal zij beschikbaar dienen te zijn op het ogenblik dat tot het nazicht van de schuldvorderingen wordt overgegaan. De verificatie van de schuldvorderingen zal dan in veel gevallen tot de vaststelling leiden dat de gegevens in de balans niet volledig met de werkelijkheid overeenstemmen en er de curator toe nopen de staat van actief en passief aan te passen ²⁸.

28. De balans moet worden neergelegd in het faillissementsdossier dat ter griffie van de rechtbank van koophandel wordt bijgehouden ²⁹. Elke belanghebbende kan kosteloos inzage nemen van dit dossier en kan er een kopie van krijgen mits hij de griffierechten betaalt ³⁰. De balans is dus niet enkel een werkinstrument voor de curator en de rechter-commissaris bij de aanvang van zijn vereffeningswerkzaamheden, maar ook een bron van informatie voor de schuldeisers.

29. De verplichting voor de curator tot het opstellen van de faillissementsbalans geldt in alle gevallen, zowel wanneer het faillissement een natuurlijke persoon betreft als wanneer het om een vennootschap gaat.

30. Volgens het tweede lid van artikel 54 van de faillissementswet moeten de curatoren een balans opmaken, wanneer deze niet is neergelegd. In het derde lid wordt bepaald dat de curator de hulp kan inroepen van een accountant met het oog op het opmaken van deze balans, indien de activa toereikend zijn om de kosten ervan te dekken. Uit het samen lezen van beide bepalingen moet afgeleid worden dat de balans ook moet opgemaakt worden wanneer de activa niet toereikend zijn om deze kosten te betalen. In dat geval zal de curator de hulp van een accountant niet kunnen inroepen op kosten van de failliete boedel. De wet stelt niet het

opmaken van de balans zelf afhankelijk van de aanwezigheid van toereikend actief om de kosten ervan te betalen, maar enkel de bijstand door een accountant.

In beginsel dient de curator dus steeds een balans op te maken. Hij wordt van deze verplichting niet ontslagen omdat de boekhouding slechts fragmentarisch of onvolledig zou zijn ³¹, of omdat er slechts een beperkt actief aanwezig is op het ogenblik van het faillissement. Indien dit zou aangenomen worden zou de maatregel zijn doel missen — namelijk aan de curator een instrument ter beschikking stellen aan de hand waarvan hij actief en passief van de gefailleerde onderneming kan vaststellen — en zouden *mala fide* ondernemers al te gemakkelijk vrij spel krijgen. Het zou volstaan er voor te zorgen dat nog weinig of geen actief “aanwezig” is, om te vermijden dat de curator nog enig onderzoek van de boekhouding voert met het oog op het opstellen van een balans.

Wanneer er onvoldoende actief is om de bijstand van een accountant te betalen, dan zal dit meestal — alhoewel niet noodzakelijk — betekenen dat er ontoereikend actief is om de beheerskosten van de vereffening te voldoen. Ook in die gevallen dient de curator een *balans* op te maken, op basis waarvan de rechtbank dan zal oordelen of aan de voorwaarde voor summiere rechtspleging tot sluiting van het faillissement overeenkomstig artikel 73 van de faillissementswet voldaan is. De toepassing *in redelijkheid* van artikel 54, waarvoor gepleit wordt, houdt dan in dat van de curator, die in de boedel geen actief aantreft en die bijgevolg voor de kosten die hij maakt en het werk dat hij presteert niet vergoed wordt, niet kan verwacht worden dat hij een grondig onderzoek van de boekhouding voert, zodat hij geacht wordt aan zijn verplichting voldaan te hebben door een eenvoudige staat van actief en passief voor te leggen.

B. Bijstand door een accountant

a) Bijstand door de accountant in het kader van artikel 54 van de faillissementswet: voorwaarden en modaliteiten

31. Thans voorziet de wet uitdrukkelijk in de mogelijkheid voor de curator om, indien de activa toereikend zijn om de kosten ervan te dekken, de hulp in te roepen van een accountant met het oog op de opmaak van de balans ³². Op deze manier wil men garanderen dat er bij het begin van de vereffening een gedetailleerde staat van activa en passiva wordt opgemaakt ³³.

32. Op grond van het adagium "*qui peut le plus, peut le moins*" mag worden aangenomen dat de curator eveneens een beroep kan doen op een accountant met het oog op de verificatie en de verbetering van de door de gefailleerde neergelegde balans ³⁴.

33. Om de redenen die hoger werden aangehaald ³⁵ ligt het voor de hand dat het *de accountant* is die de curator bijstaat bij de uitvoering van deze opdracht. Artikel 34 van de Wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen bepaalt dat de werkzaamheden van de accountant erin bestaan, in privé-ondernemingen, openbare instellingen of voor rekening van elke belanghebbende persoon of instelling, de volgende opdrachten uit te voeren:

- 1° alle boekhoudstukken nazien en corrigeren;
- 2° zowel privé- als gerechtelijke expertise met betrekking tot de boekhoudkundige organisatie van ondernemingen alsook de analyse met boekhoudtechnische procédés, van de positie en werking van ondernemingen vanuit het oogpunt van hun kredietwaardigheid, rentabiliteit en risico's;
- 3° boekhoudkundige en administratieve diensten bij onderne-

- mingen organiseren en advies verstrekken inzake boekhoudkundige en administratieve organisatie bij ondernemingen;
- 4° de boekhouding van derden organiseren en voeren;
- 5° de in artikel 38 bedoelde werkzaamheden, met uitzondering van de in artikel 38,3° bedoelde werkzaamheden voor ondernemingen, waarin hij opdrachten bedoeld in 6° en in artikel 37, eerste lid, 2° verricht;
- 6° de opdrachten andere dan deze bedoeld in 1° tot 5° en waarvan de uitvoering hem bij of krachtens de wet is voorbehouden."

In artikel 38 van dezelfde wet wordt bepaald dat de functie van belastingconsulent erin bestaat advies te verstrekken in belastingaangelegenheden, belastingplichtigen bij te staan bij de nakoming van hun fiscale verplichtingen en belastingplichtigen te vertegenwoordigen. De opdrachten waarvan sprake in artikel 37, eerste lid, 2° zijn de opdrachten bedoeld in artikel 166 van het Wetboek van vennootschappen ³⁶.

De leden van het Instituut van de Accountants en Belastingconsulenten die de hoedanigheid hebben van accountant, worden ingeschreven op de lijst van de accountants ³⁷. De natuurlijke personen of vennootschappen, die accountant zijn en die erom verzoeken, kunnen worden ingeschreven op een *deellijst van externe accountants*, wanneer zij alle of sommige van de werkzaamheden bedoeld in artikel 34 op exclusieve wijze, in hoofdzaak of in bijkomende orde uitoefenen of dat voornemens zijn, buiten het kader van een arbeidsovereenkomst of een door de overheid bezoldigde betrekking ³⁸.

34. Alleen de externe accountants kunnen de werkzaamheden en opdrachten uitvoeren, die vermeld zijn in de artikelen 34,1°, 2° en 6° van de wet van 22 april 1999 en in artikel 166 van het Wetboek van vennootschappen. De accountants

die niet op de deellijst van de externe accountants staan kunnen nochtans de werkzaamheden bedoeld in de artikelen 34,1° en 2° wél uitvoeren in ondergeschikt verband krachtens een arbeidsovereenkomst of een door de overheid bezoldigde betrekking, wanneer zij niet leiden tot een attest of een expertiseverslag bestemd om aan derden te worden afgegeven. De opdracht die door artikel 54 van de faillissementswet aan de accountant wordt gegeven om de curator bij te staan, is een opdracht die aan de accountant wordt voorbehouden in de zin van artikel 34, 6° van de wet van 22 april 1999. Alleen de externe accountant kan hem uitvoeren.

35. Opdat de curator zich zou kunnen laten bijstaan door een accountant voor het opmaken van de balans, dient slechts één voorwaarde vervuld te zijn, namelijk dat er voldoende actief voorhanden is in de failliete boedel om de kosten van de bijstand door de accountant te betalen. Dit impliceert geenszins dat de curator zich *moet* laten bijstaan wanneer er voldoende geldmiddelen zijn. Het tegendeel zou nochtans kunnen afgeleid worden uit een passage in het verslag van de Kamercommissie belast met de problemen inzake handels- en economisch recht, waarin gesteld werd: "*De opdracht dient te worden uitgevoerd door een accountant voor zover er voldoende middelen aanwezig zijn*" ³⁹. De tekst van artikel 54 is evenwel duidelijk: de curators "*kunnen*" de hulp inroepen van een accountant. Of zij dit zullen doen, zal afhankelijk zijn van diverse factoren, waaronder het belang en de omvang van het faillissement, de toestand van de boekhouding op het ogenblik van het faillissement en de mate waarin vermoedens bestaan dat er significante verschillen zouden kunnen zijn tussen het actief en passief dat in de boedel wordt aangetroffen en het actief en passief dat uit de balans zal blijken.



Dhr. Dursin, rechter in de Rechtbank van Koophandel te Kortrijk

In de meeste gevallen zal de bijstand van de accountant nuttig zijn, omdat hij op technisch vlak de specialist bij uitstek is voor het opmaken en verifiëren van de balans. Bovendien biedt de uitvoering van de opdracht van artikel 54 van de faillissementswet met tussenkomst van de externe accountant de curator de mogelijkheid om op objectieve wijze de waarde van de actiefbestanddelen te bepalen⁴⁰. Een objectieve raming van de waarde van de actiefbestanddelen heeft de curator hoe dan ook nodig in het kader van onderhandelingen omtrent de overname van het actief⁴¹.

36. Wanneer de rechtbank in toepassing van artikel 27 van de faillissementswet, gelet op de aard en de omvang van het faillissement, een accountant als toegevoegde curator

aanstelt, en deze accountant, samen met de andere curator of curators, de balans vaststelt, verifiëert, corrigeert of opmaakt, handelt hij zelf in zijn hoedanigheid van curator en is er geen sprake van bijstand in de zin van het derde lid van artikel 54.

37. De curator, die beslist zich te laten bijstaan door een accountant, dient daarvoor niet de voorafgaande machtiging te vragen van de rechter-commissaris⁴². De kosten die voor deze bijstand aan de accountant verschuldigd zijn, vormen een boedelschuld of schuld van de massa. Zij worden immers aangegaan door de curator *qualitate qua* met het oog op het beheer van de boedel⁴³. Deze kosten zullen dan ook vergoed worden met gelden uit de boedel en in mindering komen van de opbrengst uit het actief dat wordt uitgekeerd aan de schuldvorderingen in de boedel, met inbegrip van de bevoorrechte⁴⁴. Sommige auteurs zijn niettemin van oordeel dat de curator, wanneer

hij een beroep doet op een accountant, voorafgaandelijk een verzoekschrift dient neer te leggen bij de rechter-commissaris, opdat deze kosten als boedelschulden zouden mogen worden beschouwd⁴⁵.

38. Als de curator bijstand vraagt aan een accountant, terwijl in de boedel niet voldoende actief voorhanden is om de kosten daarvan te betalen, zijn deze kosten ten laste van de curator. In uitzonderlijke omstandigheden kan de curator beslissen niettemin een beroep te doen op een accountant alhoewel onvoldoende actief *aanwezig* is. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer ernstige aanwijzingen bestaan dat het opmaken van de balans aan de hand van de boekhoudkundige stukken zal leiden tot vaststellingen die kunnen resulteren in een aangroei van het actief, eventueel na het instellen van een aansprakelijkheidsvordering tegen de bestuurders of zaakvoerders van de failliete vennootschap.

Het feit dat de curator in dat geval vooraf een verzoekschrift indient bij de rechter-commissaris, belet niet dat deze kosten uiteindelijk toch te zijnen laste kunnen worden gelegd. Dit zal met name het geval zijn wanneer zou blijken dat deze kosten niet tot voordeel hebben gestrekt van de in de samenloop betrokken schuldeisers, bijvoorbeeld omdat ze nutteloos zijn gebleken of omdat geoordeeld werd dat het opmaken van de balans, gelet op de concrete gegevens van de zaak, geen bijstand van een specialist vereiste⁴⁶. In dat geval zullen deze kosten wel als een boedelschuld worden beschouwd. Zij werden immers gemaakt door de curator in het kader van het beheer van het faillissement. Omdat ze evenwel nutteloos en overbodig waren, zal de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator eventueel kunnen ingeroepen worden⁴⁷.

39. De opdracht van de accountant die optreedt in het kader van artikel 54 van de faillissementswet beperkt

zich tot bijstand aan de curator bij het opmaken van de balans die moet worden neergelegd ter gelegenheid van de aangifte van het faillissement.

Het feit dat de curator de hulp inroept van een accountant wijzigt niets aan de aard of de omvang van de verplichting die de curator heeft op grond van artikel 54 van de faillissementswet⁴⁸.

b) Aansprakelijkheid voor het opmaken van de balans en voor de daarbij verleende bijstand

40. De verplichting tot het opstellen van de balans rust op de curator. De accountant staat hem enkel bij. Tegenover de boedel is de curator verantwoordelijk voor de behoorlijke uitvoering van deze taak.

Hij dient er voor in te staan dat de balans is opgemaakt overeenkomstig de regels van het boekhoudkundig recht, op basis van de bescheiden van de gefailleerde en met behulp van de inlichtingen die hij kan inwinnen⁴⁹.

Deze opdracht voor de curator is niet gering⁵⁰. Er wordt verondersteld dat hij over de vereiste bekwaamheid beschikt om deze balans op te stellen. Dit sluit aan bij de voorwaarde die de wetgever sedert de faillissementswet van 8 augustus 1997 stelt ten aanzien van de curators, namelijk dat zij waarborgen bieden inzake bekwaamheid op het gebied van vereffeningprocedures⁵¹.

Zijn aansprakelijkheid wordt getoetst aan het gemeen recht. Hij moet bij de uitoefening van zijn mandaat en bijgevolg ook bij het verbeteren en eventueel opstellen van de balans bij de opening van het faillissement, handelen als een goede huisvader⁵². Zijn aansprakelijkheid wordt beoordeeld door zijn handelwijze te toetsen aan deze van een gemiddeld voorzichtig en redelijk curator. Daarbij zal rekening gehouden worden met de bijzondere omstandigheden van elk faillissement⁵³, zoals onder meer de

boekhoudkundige en andere nuttige stukken waarover hij kon beschikken, de medewerking die hij van de gefailleerde en derden ontving en de inlichtingen die hij op basis van een normaal onderzoek kon bekomen, mede gelet op het tijdsbestek waarin de balans dient opgesteld te worden.

Reeds onder de toepassing van de wet van 1851 werd er op gewezen dat het resultaat van het werk dat de curator terzake moet doen, dikwijls slechts bij benadering de toestand van actief en passief zal weergeven, gelet op het feit dat het opstellen van de balans in veel gevallen neerkomt op het samenbrengen van de stukjes van een puzzel⁵⁴. De loutere vaststelling dat sommige gegevens in de balans onvolledig of onjuist zijn, zal dan ook zeker niet volstaan om de curator een foutieve uitvoering van zijn opdracht te verwijten. Zijn aansprakelijkheid kan bijvoorbeeld wel in het gedrang komen wanneer hij nagelaten heeft een balans op te stellen en naderhand blijkt dat, indien deze balans was opgesteld, zij informatie zou bevat hebben die kon leiden tot het realiseren van bijkomend actief of op grond waarvan sommige schuldvorderingen konden afgewezen of beperkt worden. De belanghebbende die een aansprakelijkheidsvordering instelt tegen de curator dient vanzelfsprekend steeds zijn schade te bewijzen en het causaal verband tussen de fout van de curator en zijn schade.

41. Wanneer de curator wordt aangesproken, kan hij desgevallend op zijn beurt verhaal nemen op de accountant die hem heeft bijgestaan, indien deze laatste een fout heeft begaan in de uitoefening van zijn opdracht. Externe accountants zijn overeenkomstig het gemeen recht aansprakelijk voor de uitoefening van hun professionele opdracht. Het is hen verboden om zich – zelfs gedeeltelijk – door een bijzondere overeenkomst aan hun aansprakelijkheid te onttrekken en

zij zijn ertoe gehouden om een beroepsaansprakelijkheidsverzekering te onderschrijven die voorafgaandelijk werd goedgekeurd door de Raad van het Instituut van de Accountants en de Belastingconsulenten⁵⁵.

Opdat de aansprakelijkheid van de externe accountant zou kunnen ingeroepen worden, is vereist dat hij ten aanzien van de curator een contractuele fout heeft begaan waardoor schade is ontstaan in hoofde van zijn medecontractant. Aangezien het optreden van de accountant in het kader van artikel 54 van de faillissementswet moet gekwalificeerd worden als een inspanningsverbintenis⁵⁶, zal de fout ook ten aanzien van hem beoordeeld worden aan de hand van het criterium van de “*bonus pater familias*”. De curator zal derhalve moeten aantonen dat de accountant niet heeft gehandeld zoals een normaal voorzichtig en redelijk schuldenaar, geplaatst in dezelfde feitelijke omstandigheden⁵⁷. Hoewel de beoordeling van de fout in beginsel “*in abstracto*” gebeurt, moet zij verder worden geconcretiseerd aan de hand van de omstandigheden waarin de contractuele wanprestatie zich heeft voorgedaan. Zo zal rekening worden gehouden met de professionele activiteit van de schuldenaar. Van de accountant mag de opdrachtgever verwachten dat hij zijn taak uitvoert als een bekwaam “*specialist*”, die omwille van zijn titel alle vereiste waarborgen biedt inzake bekwaamheid, onafhankelijkheid en professionele rechtschapenheid. Derhalve zal het gedrag van de accountant bij de uitoefening van zijn opdracht moeten worden getoetst aan dat van een normaal voorzichtig accountant, geplaatst in dezelfde omstandigheden⁵⁸.

De contractuele fout is op zich onvoldoende om bij miskennis van een resultaats- of inspanningsverbintenis tot de aansprakelijkheid van de accountant te besluiten. De schuldeiser moet ook zijn

schade en het causaal verband met de contractuele fout van de accountant bewijzen.

42. De rechtsverhouding tussen de curator en de extern accountant moet in deze worden gekwalificeerd als een aanneming van (intellectueel) werk. De bijstand bij het opstellen van de balans, of in voorkomend geval bij de verificatie of de correctie ervan, is immers een materiële handeling die de accountant stelt zonder zijn cliënt te vertegenwoordigen ⁵⁹.

c) De aansprakelijkheid van de bestuurders en zaakvoerders

43. Wanneer de balans niet is neergelegd bij de aangifte van de staking van betaling of wanneer uit de verificatie blijkt dat aanzienlijke correcties noodzakelijk zijn, kunnen de kosten voor de opmaak van de balans door de rechtbank, op verzoek van de curator, worden verhaald op de bestuurders en de zaakvoerders van de failliete rechtspersoon, die hiervoor hoofdelijk aansprakelijk zijn. Of een balans is neergelegd of niet, wordt beoordeeld op het ogenblik van de aangifte van het faillissement ⁶⁰. Het zijn de personen die op dat ogenblik het mandaat van zaakvoerder of bestuurders uitoefenen, die door de maatregel gevisieerd worden. Het spreekt voor zich dat deze mogelijkheid niet bestaat ten aanzien van natuurlijke personen die handelaars zijn. Een veroordeling tot betaling van de kosten zou immers zinloos zijn ten aanzien van de gefailleerde ⁶¹.

44. Volgens de parlementaire voorbereiding strekt deze bepaling ertoe de bestuurders en zaakvoerders van gefailleerde vennootschappen te sensibiliseren om hun verplichtingen op dit punt strikt na te leven en biedt ze de rechter de mogelijkheid zo nodig straffend op te treden ⁶². Artikel 54, vierde lid van de faillissementswet lijkt dus een bijkomende aansprakelijkheids-

grond voor de bestuurders en zaakvoerders in het leven te roepen, namelijk wanneer zij de balans en de overige stukken bedoeld in artikel 10 niet hebben neergelegd bij de aangifte van de staking van betaling of wanneer uit de verificatie blijkt dat aanzienlijke correcties noodzakelijk zijn. Men steunt daarvoor op de stelling dat het houden van een regelmatige boekhouding een wettelijke verplichting is die bestaat in hoofde van de bestuurders of zaakvoerder(s) van een vennootschap, zodat zij en niet het vermogen van de vennootschap moeten opdraaien voor een verzuim op dit vlak. Dit argument is evenwel niet overtuigend. De balans die moet neergelegd worden op grond van artikel 10 van de faillissementswet dient, zoals gesteld, de staat van actief en passief weer te geven op de datum waarop aangifte van staking van betaling wordt gedaan. Wanneer aangifte van staking van betaling wordt gedaan in de loop van een boekjaar, dan bestaat er op grond van de boekhoudwet geen verplichting om een balans op te maken. Deze verplichting steunt dan enkel op de faillissementswet ⁶³. In werkelijkheid vindt deze maatregel zijn oorsprong in de wens van de wetgever om de kosten voor het opstellen van een balans niet ten laste te leggen van de schuldeisers. Volgens sommigen is deze sanctie moeilijk te verzoenen met een belangrijke doelstelling die de wetgever gesteld had bij de hervorming van het faillissementsrecht in 1997, namelijk het humaniseren van de faillissementsprocedure ⁶⁴. Deze kritiek is niet helemaal terecht, omdat de verplichting om in te staan voor de kosten voor het opstellen van een balans de gefailleerde – natuurlijke persoon niet treft. Het is trouwens veeleer bij het onderscheid in behandeling tussen de schuldeisers, naargelang van het geval of de gefailleerde een natuurlijke persoon of een vennootschap is, dat vragen kunnen gesteld worden.

45. Wat de curator van de bestuurders en zaakvoerders kan terugvorderen zijn “de kosten voor de opmaak van de balans”. Dit zijn alle kosten die verband houden met het opmaken van deze balans of het uitvoeren van aanzienlijke correcties aan de balans die door deze zaakvoerders of bestuurders werden neergelegd. De sanctie blijft dus niet beperkt tot de kosten van “bijstand voor de opmaak”.

46. Deze sanctie staat bovendien los van de financiële toestand van de vennootschap. De aansprakelijkheid van de bestuurders of zaakvoerders kan derhalve worden ingeroepen in het geval dat de vennootschap over voldoende activa beschikt om de kosten te dragen voor de opmaak of het corrigeren van de balans. Het spreekt voor zich dat deze sanctie geen zin meer heeft als de bestuurders of zaakvoerder(s) voorafgaandelijk hun onvermogen hebben georganiseerd ⁶⁵.

47. De vordering tegen de zaakvoerders en bestuurders van de vennootschap wordt ingesteld met een dagvaarding ⁶⁶. De bevoegde rechter is de rechter die het faillissement heeft uitgesproken ⁶⁷. Het betreft immers een geschil dat ontstaat uit het faillissement en waarvan de gegevens voor de oplossing zich bevinden in het bijzonder recht dat het stelsel van het faillissement beheerst ⁶⁸.

48. De bestuurders of zaakvoerders zijn *hoofdelijk* aansprakelijk voor de kosten voor de opmaak van de balans. Deze hoofdelijkheid vloeit niet voort uit het feit dat het een aansprakelijkheid zou betreffen op grond van artikel 528 W. Venn. wegens schending van een bepaling van het Wetboek van vennootschappen. De bepalingen van de boekhoudwet ten aanzien van vennootschappen, die in dit wetboek zijn opgenomen, voorzien immers niet in de verplichting om een balans neer te leggen bij faillissement ⁶⁹. De hoofdelijkheid steunt enkel op

het feit dat zij uitdrukkelijk bedongen is in artikel 54 van de faillissementswet.

49. De voormelde sanctie laat de overige aansprakelijkheidsgronden voor bestuurders onverkort bestaan ⁷⁰. Zo zullen, indien bij faillissement van een naamloze vennootschap de schulden de baten overtreffen, bestuurders of gewezen (feitelijke) bestuurders persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld voor het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap tot beloop van het tekort, indien komt vast te staan dat een door hen begane, kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement ⁷¹. Deze aansprakelijkheidsgrond geldt ook voor bestuurders en zaakvoerders van grote coöperatieve vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid ⁷². Dezelfde wet van 4 september 2002, waarbij artikel 54 van de faillissementswet werd aangevuld, maakt het mogelijk dat deze aansprakelijkheidsvordering niet enkel ingesteld kan worden door de curator, maar ook door de benadeelde schuldeisers ⁷³.

Bovendien wordt voortaan als “kennelijk grove fout” weerhouden, iedere vorm van ernstige en georganiseerde fiscale fraude in de zin van artikel 3, §2 van de Wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld.

3. DE PROBLEMATIEK INZAKE VOORRECHTEN EN HYPOTHEKEN

A. Inleiding

50. Art. 54 Faill.W. zoals gewijzigd door de ‘reparatiewet’ van 4 september 2002 legt aan de curator nieuwe verplichtingen op. In de eerste plaats moet hij de door de gefailleerde verplicht neer te

leggen balans (art. 10) verifiëren en afsluiten.

Indien de gefailleerde geen balans heeft neergelegd, rust op de curators bovendien de verplichting tot het opmaken van een *faillissementsbalans*. Dit dient te gebeuren aan de hand van de boeken en bescheiden van de gefailleerde en met behulp van de inlichtingen die zij kunnen inwinnen.

De curators kunnen de hulp inroepen van een accountant met het oog op het opmaken van de balans indien de activa toereikend zijn om de kosten ervan te dekken, (art. 54, derde lid Faill.W.). Men mag redelijkerwijze aannemen dat deze bepaling van overeenkomstige toepassing is voor wat betreft het verifiëren van de door de gefailleerde neergelegde balans.

51. De nieuwe bepalingen zijn, blijkens de parlementaire voorbereiding, ingegeven door de strijd tegen het gebruik van het faillissement als techniek bij zware en georganiseerde fiscale fraude ⁷⁴. Zij kaderen tevens in de bedoeling van de wetgever om strenger op te treden tegen fouten van bestuurders die tot het faillissement hebben geleid ⁷⁵.

Aansprakelijkheidsvorderingen tegen bestuurders kunnen immers maar slagen wanneer er voldoende inzicht bestaat in de oorzaken en omstandigheden die tot het faillissement hebben geleid.

Meer algemeen moet de faillissementsbalans ook worden gezien tegen de achtergrond van het streven, dat door wetgever reeds in 1997 werd ingezet, naar meer transparantie van de faillissementsafwikkeling zelf. Op deze wijze wordt meer inzicht verschaft in de omvang van de boedel en de efficiëntie van de procedure. “Aucune perspective de liquidation ne peut-être envisagée adéquatement sans bilan” zo besluit ZENNER ⁷⁶.

In het bijzonder kan nog worden gedacht aan o.m.:

- meer mogelijkheden tot controle door rechter-commissaris en schuldeisers op de doeltreffendheid van de vereffening: resultaten van verkopen, omvang van boedelschulden etc.
- een beter inzicht in het vermogen zoals dit uit de faillissementsbalans blijkt, verzekert dat de boedel ook effectief wordt samengesteld en dat geen activa over het hoofd worden gezien (bv. bepaalde schuldvorderingen op derden); desgevallend kunnen dan maatregelen worden getroffen ter bewaring;
- voorkomen dat bepaalde schuldeisers over het hoofd worden gezien en/of dat hun zekerheidsrechten worden miskend;
- de verkregen informatie kan aan het licht brengen dat het actief ontoereikend is om de kosten van het beheer te dekken zodat een summiere rechtspleging tot sluiting van het faillissement zich opdringt; wanneer b.v. blijkt dat slechts een bepaald activa voorhanden is dat geheel bestemd is voor het zekerheidsrecht van een bepaalde schuldeiser (b.v. een hypotheek) en waarvan de waarde ternauwernood toereikend is om diens schuldvordering te voldoen, dan is het efficiënter het faillissement af te sluiten teneinde die schuldeiser toe te laten zelf tot executie over te gaan. Het faillissement is immers bij essentie een ‘collectieve’ procedure ⁷⁷;
- nuttige informatie voor het bepalen van de ‘verdachte periode’.

52. De wijze waarop de *faillissementsbalans* moet worden opgesteld, dient dan ook te beantwoorden aan de doelstelling van transparantie en efficiëntie van de faillissementsvereffening. Dit betekent concreet dat:

- de balans de toestand moet weergeven op een *tijdstip* dat zich zo dicht mogelijk bij het vonnis van faillietverklaring situeert;



Dhr. Dirix, Raadsheer in het Hof van Cassatie

- aangezien het faillissement uitsluitend nog een vereffeningsdoel heeft, gebeurt de waardering overeenkomstig de waarderingsregels die gelden voor de onderneming in discontinuïteit (art. 28, §2 KB 30 januari 2001); hetgeen in essentie betekent: de waardering van het actief volgens de vermoedelijke *realisatie* waarde;
- het *passief* wordt weergegeven rekening houdend met de voorrechten, pandrechten en *hypotheken* en andere zekerheidsrechten die op deze schuldvoorwaarden rusten: dus rangschikking van de schulden volgens hun nuttige orde ⁷⁸.

53. De faillissementsbalans aldus opgevat, komt tegemoet aan de doelstellingen van de wetgever en draagt in het bijzonder bij tot een

grotere transparantie en efficiëntie van het faillissement. Voor de curator levert zij dus een nuttig werkinstrument op.

54. Het beschikken over deze informatie kan voor de curator er bovendien toe leiden dat kan worden voorkomen dat zijn aansprakelijkheid in het gedrang komt. Zoals voor alle professionelen komt ook de aansprakelijkheid van de curator veel meer dan vroeger het geval was aan de orde. De curator kan immers op talrijke manieren aansprakelijkheid oplopen: tekortkomingen in de wedersamenstelling en bewaring van het actief van de boedel, tegeldemaking van goederen van derden, miskenning van de rechten van schuldeisers en hun zekerheidsrechten, onzorgvuldige wijze van verkoop, het aangaan van teveel boedelschulden etc. Wat al deze aspecten betreft, kan de faillissementsbalans dus kostbare informatie verschaffen.

B. Principes betreffende de faillissementsboedel en zijn vereffening

a) Algemeen

55. Vanaf de dag van het vonnis van faillietverklaring verliest de gefailleerde van rechtswege het beheer over zijn vermogen. Dit vermogen wordt vanaf dat tijdstip de 'faillissementsboedel' met aan het hoofd een of meer curators. Geen enkele rechtshandeling gesteld na faillissement is nog rechtsgeldig tegenover de boedel.

56. Het doel van het faillissement is de vereffening van het vermogen van de gefailleerde met het oog op de betaling van zijn schuldeisers. Het faillissement kan dus omschreven worden als een collectief beslag; het omvat niet bepaalde vermogensbestanddelen, maar het gehele vermogen van de debiteur en de vereffening geschiedt ten voordele van de gezamenlijke schuldeisers ⁷⁹.

57. Het vermogen (de boedel) omvat alle activa van de gefailleerde op het ogenblik van het vonnis van faillietverklaring evenals de activa die hij tijdens de duur van de procedure zou verwerven (art. 16 Faill.W.) ⁸⁰. De curatoren hebben als opdracht dit vermogen opnieuw samen te stellen, te bewaren en te vereffenen en de opbrengst ervan te verdelen onder de verzamelde schuldeisers.

58. Het faillissement doet verder een samenloop ('concoures') ontstaan. Voor de verdeling van deze gelden geldt het beginsel van de gelijkheid tussen schuldeisers. Dit betekent dat elke schuldeiser deelt in het provenu naar evenredigheid van zijn schuldvordering. De toepassing van dit gelijkheidsbeginsel blijft echter in grote mate theoretisch omdat: 1) de wetgever aan talrijke categorieën van schuldeisers preferenties heeft verleend (voorrechten), 2) de schuldenaar

zelf aan bepaalde schuldeisers zekerheidsrechten heeft verschaft (hypotheek, pand) of 3) de overeenkomst tussen partijen voorziet in bepaalde mechanismen tot zekerheid (b.v. compensatie, directe vordering).

b) Boedelschulden

59. Het gelijkheidsbeginsel geldt enkel voor de schuldeisers in de samenloop, d.w.z. de op het tijdstip van het faillissement bestaande schuldeisers. Een verschillend statuut hebben de nieuwe schulden die door de curator werden aangegaan in het kader van zijn bestuur. Deze schulden zijn de zgn. schulden van de boedel (in tegenstelling tot de schulden in de boedel). Te denken valt aan de procedurekosten, erelonen, kosten tot bewaring, schulden ten gevolge van de voortzetting van lopende overeenkomsten (art. 46 Faill.W.) enz.

60. *Boedelschulden* ('dettes de la masse') zijn niet onderworpen aan de samenloop van het faillissement. Dit betekent o.m. dat zij niet worden onderworpen aan aangifte en verificatie, zij betaalbaar zijn van zodra zij opeisbaar worden, de rente ervan niet wordt geschorst, er geen beperking is van het recht op compensatie en zij bij voorrang boven faillissementsschuldeisers worden voldaan.

Het concept van boedelschuld is niet exclusief voor de faillissementsvereffening, maar komt aan de orde bij iedere collectieve procedure (vereffening van een vennootschap, gerechtelijk akkoord). De boedelschulden uit zo'n collectieve procedure die aan het faillissement voorafgaat en die daar onbetaald zijn gebleven worden echter geen boedelschulden in het latere faillissement. Aldus kunnen kosten i.v.m. de vereffening van een ontbonden vennootschap die nadien wordt faillietverklaard door de curator niet als boedelschuld worden erkend⁸¹. Op deze regel

bestaat een belangrijke uitzondering: Luidens art. 44, tweede lid, Wet Gerechtelijk Akkoord worden de tijdens de procedure van gerechtelijk akkoord door de schuldenaar gestelde handelingen "met medewerking, machtiging of bijstand" van de commissaris inzake opschorting in het latere faillissement beschouwd als handelingen van de curator. De voorkeur verdient de opvatting dat dit enkel geldt voor de schulden ontstaan tijdens de observatieperiode en niet deze ontstaan gedurende de periode van definitieve opschorting⁸². Verder wordt door de rechtspraak de eis gesteld dat het faillissement wordt uitgesproken in het raam van de procedure van gerechtelijk akkoord of, ten minste, onmiddellijk aansluit op de beëindiging van de akkoordprocedure.

61. Welke praktische lessen kunnen hieruit worden getrokken voor de *accountant*? Het onbetaalde ereloon van een accountant die werd belast door een vennootschap in vereffening die naderhand failliet wordt verklaard, kan in dat later faillissement niet worden beschouwd als een boedelschuld⁸³. Deze schuldvordering wordt evenmin beschermd door enig voorrecht. Het gaat niet om gerechtskosten aangezien zij hun oorsprong vinden buiten iedere procedure. Evenmin kan art. 20, 4° Hyp.W. (kosten gemaakt tot behoud) bescherming bieden omdat dit voorrecht enkel geldt voor kosten m.b.t. het behoud van een bepaalde zaak, niet voor het behoud van de ganse onderneming of een algemeenheid van goederen (b.v. de handelszaak).

In geval van gerechtelijk akkoord zal het ereloon van de commissaris inzake opschorting of van de met diens toestemming aangestelde accountant daartegen wel gelden als boedelschuld in een eventueel later faillissement⁸⁴. Dit vloeit voort uit art. 44 Wet Gerechtelijk Akkoord. De eis wordt echter gesteld dat het gerechtelijk

akkoord en het faillissement op elkaar aansluiten. Aldus werd de toepassing van art. 44 op het ereloon van een commissaris inzake opschorting uitgesloten wanneer het faillissement werd uitgesproken meerdere maanden na de beëindiging van de akkoordprocedure⁸⁵.

Het ereloon van de accountant voor het opmaken van de faillissementsbalans die door de gefailleerde bij zijn aangifte wordt gevoegd (art. 10 Faill.W.) kan beschermd worden door het voorrecht van de gerechtskosten. Het gaat immers om kosten noodzakelijk voor de naleving van de wettelijke voorschriften voor de opening van de faillissementsprocedure.

Het ereloon van de accountant die zijn medewerking verleent aan de curator bij het opstellen of verifiëren van de faillissementsbalans geldt als faillissementskost en wordt dus behandeld als een boedelschuld.

c) Omvang van de boedel

62. De faillissementsboedel omvat alle activa op het ogenblik van het vonnis van faillietverklaring evenals de activa die hij tijdens de duur van de procedure zou verwerven.

63. De geldigheid van door de gefailleerde gesloten transacties met betrekking tot activa (b.v. verkopen) wordt gedetermineerd door de vraag of vóór het tijdstip van faillissement de voor die transacties geldende publiciteitsvoorschriften werden nageleefd. Dit hangt af van het soort goederen.

Zo zal een verkoop van onroerende goederen slechts tegenwerpelijk zijn wanneer de akte van verkoop vóór de datum van het faillissement werd overgeschreven op het hypotheekkantoor. Een onderhandse akte, zelfs met vaste datum, is niet-tegenwerpelijk aan de curator.

64. Buiten de boedel vallen uiteraard de goederen die zich in het bezit van de gefailleerde bevinden maar die eigendom zijn van een derde.

Kunnen aldus hun goederen uit het faillissement revindiceren o.m.:

- een verhuurder;
- een bewaarnemer;
- een leasingmaatschappij (zowel bij *financial lease als sale and lease back*);
- een verkoper die goederen aan de gefailleerde verkocht onder eigendomsvoorbehoud.

Buiten de boedel vallen ook de goederen die de gefailleerde onder zich houdt krachtens een (door onze rechtsorde erkende) *trust*-verhouding.

d) Principes inzake voorrechten

65. Een voorrecht is een recht dat door de wet aan een schuldeiser wordt verleend wegens de bijzondere aard van zijn schuldvordering waardoor die schuldeiser in geval van samenloop bij voorrang wordt betaald uit de opbrengst van de goederen waarop het voorrecht betrekking heeft.

66. Een voorrecht kan enkel uit de wet voortvloeien. Het voorrecht ontstaat in beginsel van rechtswege, zonder dat publiciteitsvoorschriften moeten worden in acht genomen (uitzondering: voorrechten op onroerende goederen).

67. Een voorrecht gaat vóór een hypotheek (art. 12 Hyp.W.). Bijzondere voorrechten gaan vóór algemene voorrechten. De voorrechten op alle roerende zaken worden gerangschikt in de volgorde, waarin ze in art. 19 Hyp.W. worden opgesomd. Bekleden verscheidene voorrechten dezelfde rang, dan komen ze samen in aanmerking (art. 14 Hyp.W.).

68. Voorrechten worden restrictief geïnterpreteerd.

69. De wet kent talrijke voorrechten, zowel in het B.W. als in bijzondere wetten. Men maakt het onderscheid tussen algemene en bijzondere voorrechten naargelang het onderpand ('assiette'). De meeste algemene voorrechten betreffen enkel het roerend patrimonium. Algemene voorrechten op het gehele vermogen van de debiteur (roerend en onroerend) komen haast niet voor. Dit heeft te maken met de regel "voorrecht gaat vóór hypotheek" waardoor het hypothecair krediet zou worden uitgehold. Men onderscheidt dus:

- voorrechten op het gehele vermogen (algemeen voorrecht)
- voorrechten op al de roerende goederen (algemeen voorrecht)
- voorrechten op bepaalde roerende goederen (bijzonder voorrecht)
- voorrechten op bepaalde onroerende goederen (bijzonder voorrecht).

e) Onroerende goederen

70. Voor de zekerheden op onroerende goederen dient men rekening te houden met *hypotheken* en (bijzondere) onroerende *voorrechten*. Algemene voorrechten op onroerende goederen komen nauwelijks voor.

71. Om te weten te komen of de onroerende goederen van een schuldenaar met hypotheken (en voorrechten) zijn bezwaard dient men zich te richten tot het hypotheekkantoor. Hypothecaire inlichtingen kunnen per gewone brief worden aangevraagd, waarin het voorwerp van de opzoeking (inschrijvingen, overschrijvingen van akten, beslagexploiten, kantmeldingen) moet worden gepreciseerd.

Het hypotheekkantoor beschikt ook over een model van aanvraagformulier. Dit model wordt ter invulling aangeboden aan diegenen die in de voormiddag (tijdens de openingsuren) inlichtingen ter plaatse komen vragen. De banken die frequent een beroep doen op deze informatie gebruiken eigen modellen voor de aanvraag.

72. Verlenen geen hypothecaire rechten:

- een hypotheek die niet werd ingeschreven vóór het faillissement (uitz: hypotheek van de fiscus);
- een hypotheekbelofte;
- een hypothecaire volmacht. In de bankpraktijk komt het vaak voor dat de bank genoeg neemt met een (onherroepelijke) volmacht tot het vestigen van een hypotheek. Aldus kan de bank op het tijdstip waarop zij dit nodig acht, de volmacht uitvoeren en de hypotheek vestigen zonder medewerking van de schuldenaar. Uiteraard is na faillissement een omzetting van de volmacht niet meer mogelijk. Verder is een omzetting tijdens de "verdachte periode" tot zekerheid van schulden die voordien reeds bestonden, niet tegenwerpelijk aan de failliete boedel ⁸⁶.

f) Roerende goederen

73. Roerende goederen kunnen het voorwerp zijn van zowel voorrechten als pandrechten. Bijzondere voorrechten hebben op hun onderpand voorrang boven de algemene voorrechten. Wat de algemene voorrechten betreft, bepaalt art. 19 Hyp.W. hun rangorde. Een pandrecht geeft aanleiding tot een bijzonder voorrecht.

g) Schema

ACTIEF	
■ Materiële vaste activa	
Terreinen en gebouwen:	• hypotheken en onroerende voorrechten
Installaties, machines en uitrusting:	• hypotheken en onroerende voorrechten • pand op de handelszaak • voorrecht verhuurder • voorrecht onbetaalde verkoper • voorrecht landbouwlening
Meubilair en rollend materieel:	• pand op de handelszaak • voorrecht verhuurder • voorrecht onbetaalde verkoper • voerecht kosten tot behoud
Leasing en soortgelijke rechten overige materiële vaste activa	• voorrecht onbetaalde verkoper
■ Vlottende activa	
vorderingen op meer dan één jaar	• pand op de handelszaak • pand op schuldvorderingen
voorraden	• pand op de handelszaak • voorrecht verhuurder • voorrecht onbetaalde verkoper
vorderingen op ten hoogste één jaar	• pand op de handelszaak • pand op schuldvorderingen • voorrecht onderaannemer
liquide middelen	• pand op de handelszaak
PASSIEF	
■ Kapitaal	
■ Bevoorrechte schuldvorderingen	
- Hypothecaire vorderingen	
- Vordering pandhouder handelszaak	
- Bijzondere voorrechten	
- onbetaalde verkoper	
- pandhouder	
- verhuurder	
- onderaannemer	
- andere (gerechtskosten, kosten tot behoud etc.)	
- Algemene voorrechten	
- Werknemers	
- RSZ	
- Belastingen	
- Directe belastingen	
- BTW	
- andere	

4. DE VOORSTELLING VAN DE BALANS

A. Over welke balans gaat het ?

74. De rol van de accountant is van essentieel belang bij het verstrekken van advies aan het bestuursorgaan met het oog op het nemen van de wettelijke maatregelen die zich opdringen wanneer een onderneming getroffen wordt door verliezen die de eigen middelen van de onderneming aantasten tot aan het verlies van de helft van het maatschappelijk kapitaal (art. 633, 634 W. Venn.).

Wanneer de continuïteit van de activiteiten niet meer is verzekerd, kunnen de gebruikelijke waardeeringsregels voor de opstelling van de jaarrekeningen niet meer worden toegepast en moeten deze worden voorgesteld volgens de regels van artikel 28 § 2 van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen.

De waardering van de verschillende posten van de activa en passiva moet dan rekening houden met de toestand van discontinuïteit van de exploitatie. Het is duidelijk dat de balans die wordt opgesteld door het bestuursorgaan van de gefailleerde onderneming, zal moeten worden neergelegd met inachtneming van de voorzichtigheidsnormen en volgens de waardering bij liquidatie.

Een eerste bijzonderheid betreft de waardeeringsregels die door het bestuursorgaan of door de onderneming moeten worden aangepast vóór de neerlegging van de balans. In de praktijk wordt aan de interne accountant van de onderneming of aan de adviserende externe accountant aangeraden om een verslag op te stellen dat enerzijds de balans bevat bij voortzetting van de activiteit en anderzijds een bijzonder hoofdstuk met een duidelijke vermelding van de aanpassingen

waarmee dient rekening te worden gehouden in het kader van een stopzetting. Deze werkwijze laat toe om de balans bij vereffening op te stellen, maar laat terzelfdertijd ook toe om het verschil te bepalen met de normale balans die wordt opgesteld ingeval van een toestand van going concern van de onderneming.

Een tweede bijzonderheid betreft de meer dynamische voorstelling van de balans in functie van de omstandigheden. De schulden op lange termijn alsook de schuldverordeningen op lange termijn zijn immers opeisbaar geworden. Het is dan interessant om een onderscheid te voorzien tussen de schuldenrekeningen in functie van de orde van prioriteit die bij de vereffening moet worden gerespecteerd (schulden van de massa, hypotheken, voorrechten, per rang, ...) Deze voorstelling lijkt mij niet strijdig met de structuur van de balans, aangezien zij immers mogelijk moet zijn in het kader van het boekhoudrecht en gericht is op het bekomen van een grotere helderheid door een aanpassing van de structuur van de boekhouding aan de bijzonderheden van de onderneming.

B. De opstelling en verbetering van de balans door de curator – doelstelling van de wetgever

75. Het nieuwe faillissementsregime past in het kader van de strijd tegen het gebruik van het faillissement als een techniek in de grote georganiseerde fiscale fraude. Een correcte balans is daarbij een conditio sine qua non om de oorzaken en de omstandigheden van het faillissement te bepalen. Deze verplichting laat toe om de aansprakelijkheid van de bestuurders of de zaakvoerder(s) vast te stellen in geval van bestuursfouten ⁸⁷.

76. De verplichting voor de curator om, naargelang het geval, over te gaan tot de herziening of de opstelling van de balans was ingeschreven in artikel 484 van de oude

Faillissementswet ⁸⁸, maar zij werd zonder enige uitleg in de nieuwe Faillissementswet achterwege gelaten, vermoedelijk door een vergetelheid van de wetgever ⁸⁹.

De curator is derhalve opnieuw belast met de neerlegging van de balans van het faillissement. Hij is dus belast met nieuwe verplichtingen, te weten deze om onmiddellijk over te gaan tot het nazicht en de correctie van de balans. Bovendien heeft hij, ingeval de balans niet is neergelegd, de verplichting om deze op te stellen overeenkomstig de regels en beginselen van het boekhoudrecht aan de hand van de boeken van de gefailleerde en de inlichtingen die hij kan inwinnen.

77. Het is merkwaardig dat de wetgever de opdracht om de balans te verifiëren en te corrigeren oplegt aan de curator. Hoeft het gezegd dat deze opdracht in wezen behoort tot de functie van de accountant die dit monopolie in principe deelt met de bedrijfsrevisor? Voor wat betreft het opmaken van de balans zoals voorzien in artikel 54, werd deze opdracht voorbehouden aan de accountant.

78. De uitvoering van deze opdracht vereist dus noodzakelijkerwijs de tussenkomst van een accountant, rekening houdend met de complexiteit van de boekhoudkundige documenten die aan de omstandigheden moeten worden aangepast. Het is dus moeilijk te begrijpen dat de curator, in heel wat gevallen waarin het actief ontoereikend is, zich ten koste van zijn honoraria moet laten bijstaan door een accountant.

79. De verplichting voor de curator om een balans op te stellen geldt immers ook wanneer het actief van de gefailleerde vennootschap ontoereikend is. De tekst van de wet laat daarover geen enkele twijfel bestaan. De parlementaire werken laten echter wel verstaan dat

wanneer het actief ontoereikend is om deze formaliteiten te vervullen of wanneer er aanzienlijke correcties door te voeren zijn, het normaal is dat de bestuurders die hun plicht verzuimden om de balans op te stellen of te corrigeren binnen zekere perken de kosten van de opstelling van de balans door de curator ten laste dienen te nemen. Anderzijds lijkt de mogelijkheid die aan de curatoren wordt geboden om de hoofdelijke veroordeling te bekomen van de bestuurders en zaakvoerders van de gefailleerde om op hun kosten de balans op te stellen, niet altijd realistisch aangezien in kleine ondernemingen veelal een totale vermenging wordt vastgesteld tussen de vennootschap en haar bestuursorgaan of zaakvoering.

80. De gefailleerden die enkel verplicht zijn om een vereenvoudigde boekhouding te voeren, zijn niet ontslagen van de neerlegging van een balans. De curator zal ze in die gevallen evengoed moeten opstellen volgens de regels en beginselen van het boekhoudrecht. Hiermee komen we bij het begrip van de inventaris of de vermogenstoestand waarvan de structuur identiek is aan die van de balans. Artikel 5 van de wet van 17 juni 1975 voorziet dat de natuurlijke personen of de vennootschappen onder firma of de gewone commanditaire vennootschappen, waarvan de omzet van het laatste boekjaar, met uitsluiting van de belasting op de toegevoegde waarde, een bepaald bedrag niet overtreffen dat bij koninklijk besluit wordt vastgesteld, de mogelijkheid hebben om geen boekhouding te voeren volgens de bepalingen van artikel 3 en 4, d.w.z. een dubbele boekhouding, voor zover zij stipt, getrouw en volledig een boekhouding voeren die als een vereenvoudigde boekhouding kan worden omschreven. Het voeren van een vereenvoudigde boekhouding ontslaat echter de handelaar niet van de plicht om de inventaris op te stellen die voorzien is in artikel 9.

Beroep

Deze inventaris bestaat uit een inventaris van alle tegoeden, schulden, rechten, verbintenissen en vorderingen.

C. In de praktijk

81. De situatie die door de wet wordt vereist, zoals in het verleden voor de kleine ondernemingen, zal bij gebrek aan voldoende inlichtingen en een bewijskrachtige boekhouding, leiden tot een inventaris.

Deze bevat dan de vermogenstoestand van de vennootschap die zo goed mogelijk de staat van activa en passiva benadert zoals die uit de boekhouding blijkt. Deze benaderende getrouwheid blijkt uit de coherentieproeven die elke boekhoudkundige professional in dergelijke situaties uitvoert. Het zal moeilijk zijn om van het bestuurs-

orgaan een correctie te bekomen, want de toestand van de gefailleerde onderneming stemt meestal overeen met de toestand van de vennoten.

In de grote ondernemingen is de opstelling van een vertrekbalans op het ogenblik van het faillissement onontbeerlijk als zij nog niet is opgesteld door het bestuursorgaan. Gelet op de complexiteit ervan kan deze balans niet worden opgesteld zonder de medewerking van een accountant die zich dient te baseren op de bescheiden van de gefailleerde.

D. Voorstel van model van balans op het ogenblik van het faillissement

82. Volgens de artikelen 2 tot 4 van de wet betreffende de boekhouding

moeten de open rekeningen worden opgenomen in een boekhoudkundig plan dat is aangepast aan de activiteiten van de onderneming. Deze bepaling maakt het mogelijk om de rubrieken van de balans aan te passen in functie van de noodwendigheden van de onderneming.

83. Aangezien de balans voor de curator het eerste werkinstrument vormt voor de vereffening van de boedel, zullen wij deze zo opstellen dat zij de uitvoering van zijn opdracht kan vergemakkelijken.



VOORBEELD :
FAILLISSEMENT VAN BVBA HETFAILLISSEMENT, VONNIS VAN 18 NOVEMBER 2002 –
INVENTARIS OP BASIS VAN DE BALANS VAN DE OVERGEMAAKTE ALGEMENE REKENINGEN

ACTIVA	Toestand zoals opgegeven (*)	Op datum van het faillissement 18.11.2002	Op 18.11.2003	Op 18.11.2004	Bij sluiting
VASTE ACTIVA					
Oprichtingskosten		0,00			
Onlichamelijke vaste activa		0,00			
Lichamelijke vaste activa					
- Terreinen en gebouwen		0,00			
- Installaties, machines, uitrusting		0,00			
- Meubilair, materieel en rollend materieel		36.802,23			
- Financieringshuur en gelijkgestelde rechten		41.765,63			
- Andere lichamelijke vaste activa		8.756,95			
- Borgstellingen		91,03			
Totaal der vaste activa		87.415,84			
VLOTTENDE ACTIVA					
Vorraden en bestellingen in uitvoering		198.977,47			
Handelsvorderingen		64.151,28			
Andere schuldvorderingen		0			
- Verpakkingen met waarborg		26,77			
- R/c bestuurder (onmiddellijk te innen)		441,26			
- Vorderingen van het personeel		0,00			
Totaal van de vorderingen		263.596,78			
Beschikbare waarden					
- Kas		23,99			
- Toegestane kredieten					
o Overgedragen middelen		852,40			
o Bank A.		0,00			
o Factoring mij.		0,00			
Totaal van het beschikbare		876,39			
Regularisatierekeningen		0,00			
TOTAAL VAN HET ACTIEF		351.889,01			

(*) door het bestuursorgaan

Beroep

PASSIVA	Situatie zoals meegedeeld (*)	Op datum van het faillissement 18.11.2002	Op 18.11.2003	Op 18.11.2004	Bij sluiting
SCHULDEN					
Kapitaal					
- Onderschreven kapitaal		18.600,00			
- Niet volgestort kapitaal af te trekken		0,00			
Totaal kapitaal		18.600,00			
Bevoorrechte schulden					
Hypothecaire		0,00			
Verhuurders		0,00			
Pandhoudende schuldeisers		0,00			
Werknemers (inbegrepen het sociaal passief)		209.081,61			
RSZ		792,33			
Andere organismen		0			
- Fiscale schulden		2.806,35			
- BTW		66.755,48			
Totaal van de bevoorrechte schulden		279.435,77			
Gewone schulden					
Bankschulden					
- Bank A		101.036,79			
- Bank B		8.138,88			
- Bank C		38.466,98			
- Bank A factoring		8.910,75			
- Investeringskrediet		118.603,23			
Handelsschulden		0			
- Leveranciers		251.278,99			
- Ontvangen voorschotten		0,00			
Andere schulden		0			
- Leasingschulden		49.307,82			
- Rekening courant		86,39			
Totaal van de gewone schulden		575.829,83			
Aan te rekenen lasten		468,51			
TOTAAL DER PASSIVA		874.334,11			
ONTOEREIKENDHEID VAN DE ACTIVA		-522.445,10			
		351.889,01			

(*) door het bestuursorgaan

Noten

- ¹ B.S. 21 september 2002, Ed. 2
- ² Artikel 10 van de Faillissementswet bepaalt dat de koopman, bij zijn aangifte van faillissement, “de balans van zijn zaken” moet voegen. De verplichting tot neerlegging van een actuele staat van de activa en passiva geldt zowel voor failliete natuurlijke personen als voor rechtspersonen. Wanneer de boekhoudkundige stukken niet beschikbaar zijn of geen enkel stuk van boekhoudkundige aard wordt teruggevonden, moet de curator zelf trachten een balans op te stellen op grond van andere stukken (bijvoorbeeld met behulp van de opgave van de schuldeisers en schuldenaars, bankrekeningen, enz.).
- ³ Zie dienaangaande, *Verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Steverlynck, Parl.St. Senaat, 2-877/8*, Anne Spiritus-Dassesse, Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel voor de Commissie van de Justitie van de Belgische Senaat.
- ⁴ Artikel 10, lid 1, van het KB van 10 augustus 1998 houdende vaststelling van de regels en barema's tot bepaling van de kosten en het ereloon van de curatoren bepaalt: “Het ereloon en de kosten betaald aan derden, advocaten, revisoren, **accountants**, technische adviseurs, bewaarders van goederen en andere personen die de curator in zijn opdracht bijstaan, mogen slechts ten laste van de boedel worden gebracht als de rechter-commissaris daartoe vooraf machtiging heeft verleend.”
- ⁵ Art. 489bis, 4° van het Strafwetboek bepaalt: “Met gevangenisstraf van een maand tot twee jaar en met geldboete van honderd frank tot vijfhonderdduizend frank of met een van die straffen alleen worden gestraft de personen bedoeld in artikel 489 die (...) 4° met hetzelfde oogmerk, verzuimd hebben binnen de bij artikel 9 van de faillissementswet gestelde termijn aangifte te doen van het faillissement; wetens verzuimd hebben naar aanleiding van de aangifte van het faillissement de inlichtingen vereist bij artikel 10 van dezelfde wet te verstrekken; wetens naar aanleiding van de aangifte van het faillissement of naderhand, op de vragen van de rechter-commissaris of van de curators, onjuiste inlichtingen hebben verstrekt.”
- ⁶ Artikel 34, 1°, 2° en 6° van de wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen bepaalt: “De werkzaamheden van accountant bestaan erin, in privé-ondernemingen, openbare instellingen of voor rekening van elke belanghebbende persoon of instelling, de volgende opdrachten uit te voeren:
1° alle boekhoudstukken nazien en corrigeren;
2° zowel privé- als gerechtelijke expertise met betrekking tot de boekhoudkundige organisatie van ondernemingen alsook de analyse met boekhoudtechnische procédés, van de positie en werking van ondernemingen vanuit het oogpunt van hun kredietwaardigheid, rentabiliteit en risico's;
- 6° de opdrachten andere dan deze bedoeld in 1° tot 5° en waarvan de uitvoering hem bij of krachtens de wet is voorbehouden.
- Artikel 37, 1° van de wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen bepaalt: “Enkel de natuurlijke personen en de vennootschappen die zijn ingeschreven op de deel lijst van externe accountants, bedoeld in artikel 5, zijn gerechtigd de volgende werkzaamheden en opdrachten geregeld uit te voeren of aan te bieden:
1° de in artikel 34, 1°, 2° en 6°, bedoelde werkzaamheden.”
- ⁷ E. VAN CAMP, *De nieuwe faillissementswet*, Antwerpen, Kluwer, 1997, p. 171.
- ⁸ Volgens sommigen dient overwogen te worden de tussenkomst van de griffie te herwaarder en een eerste min of meer grondige controle in te lassen op het moment van de aangifte. De griffier zou dan dienen na te kijken of de boekhoudkundige stukken *up to date* zijn en moeten controleren of de in- en verkopen en de financiële bewegingen volledig geregistreerd zijn: D. SMETS, l.c., p. 6.
- ⁹ I. VEROUGSTRAETE, *Manuel du curateur de faillite*, Brussel, Editions SWINNEN H., 1979, nr. 208, p. 138-139 ; A CLOQUET, *Les Nouvelles, Droit Commercial, T. IV, Les concordats et la faillite*, Brussel, Larcier, 1985, nr. 2234, p. 652; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, Gent, Fechey, 1949, nr. 204, p. 341.
- ¹⁰ E. VAN CAMP, t.a.p.
- ¹¹ D. SMETS, l.c., p. 6.
- ¹² A. ZENNER, *Faillites et concordats 2002*, Brussel, De Boeck & Larcier, p. 261.
- ¹³ Art. 60 van de faillissementswet.
- ¹⁴ *Parl. St. Kamer*, nr. 1132/013, p. 84.
- ¹⁵ Zoals trouwens in artikel 484 van de oude faillissementswet.

- ¹⁶ De Koning kan de voorwaarden inzake opleiding en inzake bekwaamheid op het gebied van vereffeningsprocedures nader bepalen (art. 27, laatste lid van de faillissementswet). Dit is tot op heden nog niet gebeurd.
- ¹⁷ B.S. 11 mei 1999.
- ¹⁸ Artikel 37, eerste lid is evenwel niet van toepassing op de leden van het Instituut der bedrijfsrevisoren en op het nazicht en de correctie van boekhoudstukken indien ze worden uitgevoerd in ondergeschikt verband krachtens een arbeidsovereenkomst of een door de overheid bezoldigde betrekking, die niet leiden tot een attest of een expertiseverslag bestemd om aan derden te worden afgegeven (artikel 37, tweede lid van de wet van 22 april 1999).
- ¹⁹ Artikel 27, vierde lid van de faillissementswet.
- ²⁰ Zie hierna, hoofdstuk V, vanaf randnummer 28.
- ²¹ Artikel 54, tweede lid van de faillissementswet.
- ²² *Parl. St. Senaat* 2001-2002, nr. 2-877/8, 10; A. ZENNER, *o.c.*, p. 264; M. VANMEENEN en B. WINDEY, *l.c.*, p. 374.
- ²³ *Parl. St. Senaat* 2001-2002, nr. 2-877/8, 69.
- ²⁴ A. DE WILDE, *l.c.*, nr. 20, p. 566
- ²⁵ Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St. Senaat* 2001-2002, nr. 2-877/8, 10 en 69; M. VANMEENEN en B. WINDEY, *l.c.*, p. 374; A. DE WILDE, t.a.p.; W. DERIJCKE, "Recente ontwikkelingen in het faillissementsrecht", M. TISON, C. VAN ACKER en J. CERFONTAINE (eds.), *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten. Volume I. Privaat bankrecht. Ondernemingsrecht. Insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 531; A. ZENNER, *o.c.*, p. 263.
- ²⁶ A. HENDERICKX, *l.c.*, p. 21; T. BOSLY en M. ALHADEFF, "La loi de "réparation" de la loi du 8 août 1997 sur les faillites: une nouvelle occasion manquée", *T.B.H.* 2002, p. 780.
- ²⁷ A. ZENNER, *o.c.*, p. 262.
- ²⁸ E. VAN CAMP, *o.c.*, p. 171.
- ²⁹ Art. 54, lid 2 van de faillissementswet.
- ³⁰ Art. 39 van de faillissementswet; art. 36 van de faillissementswet
- ³¹ A. ZENNER, *Dépistage, Faillites & Concordats*, Larcier, 1998, nr. 803, p. 584.
- ³² Artikel 54, derde lid van de faillissementswet
- ³³ M. VANMEENEN en B. WINDEY, a.w., 374.
- ³⁴ In die zin: B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 532, model van dagvaarding door de curator van bestuurders of zaakvoerders teneinde hoofdelijke veroordeling te bekomen tot betaling van de kosten voor de opmaak van de balans.
- ³⁵ Zie hoger: randnummer 21
- ³⁶ Deze opdracht betreft de verteenwoordiging van vennoten bij de uitoefening van hun individuele onderzoeks- en controlebevoegdheid in vennootschappen waarin geen commissaris is aangesteld.
- ³⁷ Artikel 5 van de wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen.
- ³⁸ Artikel 35 en 36 van de wet van 22 april 1999.
- ³⁹ *Parl. St. Kamer*, 2000 – 2001, nr. 1132/013, p. 84.
- ⁴⁰ G. DELVAUX, *l.c.*, p. 25.
- ⁴¹ D. SMETS, *l.c.*, p. 8.
- ⁴² Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St. Senaat* 2001-2002, nr. 2-877/8, 9; A. DE WILDE, *l.c.*, p. 566; T. BOSLY en M. ALHADEFF, *l.c.*, 781; A. ZENNER, *Faillites et concordats*, 2002, p. 262.
- ⁴³ Cass. 27 april 1992, *Arr. Cass.* 1991-1992, 813; Cass. 16 juni 1988 (3 arresten), *Arr. Cass.*, 1987-1988, 1357, 1360 en 1369.
- ⁴⁴ Artikel 99 van de faillissementswet.
- ⁴⁵ B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSE, *o.c.*, p. 49, nr. 102 bis..
- ⁴⁶ zie in dit verband: M. GREGOIRE, "L'effet d'une mesure conservatoire pratiquée après l'entrée en liquidation d'une personne morale", *R.C.J.B.* 1994, 425.
- ⁴⁷ H. GEINGER, Chr. VAN BUGGENHOUT en Chr. VAN HEUVERSWYN, *l.c.*, nr. 217, p. 1100.
- ⁴⁸ Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St. Senaat* 2001-2002, nr. 2-877/8, 10 en 69; M. VANMEENEN en B. WINDEY, *l.c.*, p. 374; W. DERIJCKE, *l.c.*, p. 531; A. ZENNER, *o.c.*, p. 263.
- ⁴⁹ Artikel 54, tweede lid van de faillissementswet
- ⁵⁰ Vander Meulen, B. en Vercruyse, D., a.w., p. 49, nr. 102 bis.
- ⁵¹ Artikel 27, tweede lid van de faillissementswet.
- ⁵² Artikel 40, tweede lid van de faillissementswet.
- ⁵³ I. VEROUGSTRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1998, nr. 385, p. 249.
- ⁵⁴ A. CLOQUET, *o.c.*, nr. 2234, p. 652.
- ⁵⁵ Artikel 33 van de Wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen.
- ⁵⁶ Vergelijk: A. VAN OEVELEN, "De burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de accountant – vervolg", *T. Acc.* 1991, afl. 1, p. 3; R. DEVLOO, "De aansprakelijkheid van de accountant en de belastingconsulent. Nieuwe aspecten. Deel 2", *Acc&Tax* 2001, afl. 1, p. 6.
- ⁵⁷ A. VAN OEVELEN, *l.c.*, p. 12; R. DEVLOO, *l.c.*, p. 5; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, p.

- 558-560; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, p. 105-106.
- ⁵⁸ A. VAN OEVELEN, *l.c.*, p. 12; R. DEVLOO, *l.c.*, p. 5; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 559.
- ⁵⁹ A. VAN OEVELEN, *l.c.*, p. 8; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk: Het gemeenrechtelijk dienstencontract, Reeks recht en onderneming*, Brugge, Die Keure, 2003, p. 163.
- ⁶⁰ Verslag namens de Commissie belast met de problemen inzake handels- en economisch recht, *Parl. St.* Kamer 2000-2001, nr. 1132/013, 85; A. DE WILDE, *l.c.*, p. 566.
- ⁶¹ Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St.* Senaat 2001-2002, nr. 2-877/8, 10; M. VANMEENEN en B. WINDEY, *l.c.*, p. 374; A. ZENNER, *Faillites et concordats 2002*, p. 262..
- ⁶² *Parl. St.* Senaat 2001-2002, nr. 2-877/8, 9-10.
- ⁶³ T. BOSLY en M. ALHADEFF, *l.c.*, p. 781.
- ⁶⁴ T. BOSLY en M. ALHADEFF, t.a.p.
- ⁶⁵ A. HENDERICKX, *l.c.*, p. 22.
- ⁶⁶ W. DERIJCKE, *l.c.*, p. 530; B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSSSE, *o.c.*, p. 531.
- ⁶⁷ B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSSSE, t.a.p.
- ⁶⁸ Artikel 574, 2° van het gerechtelijk wetboek.
- ⁶⁹ in tegenstelling tot wat de heer Zenner verklaarde tijdens de parlementaire voorbereiding (*Parl. St.* Kamer, 2000-2001, 85); Zie ook hoger: randnummer 38.
- ⁷⁰ J.-L. VERELST, "Le « nouveau » droit de la faillite et du concordat: dernières nouveautés ...", *Actualité comptable* 29 november 2002, afl. 21, 2.
- ⁷¹ Artikel 530 van het Wetboek van vennootschappen.
- ⁷² Artikelen 265 en 409 van het Wetboek van vennootschappen. Deze aansprakelijkheidsgrond geldt niet voor bestuurders en zaakvoerders van een CVBA of BVBA waarvan de gemiddelde omzet gedurende de laatste drie boekjaren vóór het faillissement minder bedroeg dan 620.000 EUR en het balanstotaal minder dan 370.000 EUR.
- ⁷³ Zie hierover o.m. A. DE WILDE, *l.c.*, p. 578-579.
- ⁷⁴ Verslag Barzin, *Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 1132/013, 83.
- ⁷⁵ Ook wat dat betreft werd de wetgeving aangescherpt: zie het nieuwe art. 530 W.Venn.
- ⁷⁶ A. ZENNER, *Faillites et concordat 2002*, in *JT-Dossiers*, 2003, 261, nr. 234.
- ⁷⁷ Cass. 1 februari 2002 *J.L.M.B.* 2002, 817.
- ⁷⁸ G. DELVAUX, "Le bilan de liquidation dans le cadre de la loi sur les faillites", in *Chron.Compt.* 2002 (23) 24; A.ZENNER, *o.c.* 264, nr. 234.
- ⁷⁹ Cass. 1 februari 2002 *J.L.M.B.* 2002,
- ⁸⁰ Voor fysieke personen gelden uitzonderingen voor bepaalde onbeslagbare goederen en uitkeringen (zie art. 16 Faill.W.).
- ⁸¹ Antwerpen 22 april 1996, *RW* 1996-97, 712.
- ⁸² Kh. Bergen 8 november 1999 (A.R 04951/99), *onuitgeg.*: « un débiteur en phase de sursis définitif n'est donc plus un débiteur à risque comme il l'était en période de sursis provisoire, mais au contraire un débiteur faible, ne présentant pas plus de risque que tout entrepreneur (...) que dans ces conditions, il ne se justifie plus d'accorder à ses nouveaux partenaires, le super privilège de l'article 44, §2 ». Zie ook: Kh. Turnhout 26 juni 2001, *RW* 2001-2002, 420, *TBH-RDC* 2003, 342.
- ⁸³ Gent 21 februari 2001, *TBH-RDC* 2002, 319: bovendien wordt de accountant geacht kennis te hebben van de toestand van staking van betaling zodat de betalingen door de vennootschap aan hem verricht onder toepassing van art. 18 Faill.W. vallen.
- ⁸⁴ Kh. Namen 18 december 2001, *TBH-RDC* 2002, 480: «les créances relatives aux honoraires des commissaires doivent être considérées comme dettes de la masse».
- ⁸⁵ Kh. Namen 18 december 2001, *gecit.*
- ⁸⁶ Cass. 24 oktober 2002, *RW* 2002-2003, 1343.
- ⁸⁷ Verslag namens de Commissie die belast is met de problemen van handels- en economisch recht, *Parl. St.* Kamer 2000-2001, nr. 1132/013, 83-84.
- ⁸⁸ Wet van 18 april 1851.
- ⁸⁹ Verslag namens de Commissie Justitie, *Parl. St.* Senaat 2001-2002, nr. 2-877/8, 8 ; A. ZENNER, *Faillites et concordats 2002. La réforme de la réforme et sa pratique. Commentaire de la loi «de réparation» du 4 septembre 2002, du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité du 29 mai 2000 et de la doctrine et de la jurisprudence 2000-2002*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2003, 261.