



Leidraad Faillissement

Publicatiedatum: 15/04/2019 – versie 2.0



Inhoud

1	INLEIDING.....	3
2	HET FAILLISSEMENT – ALGEMEEN.....	4
3	FAILLISSEMENT KANDIDAAT/INSCHRIJVER TIJDENS PLAATSINGSPROCEDURE.....	7
3.1	VOOR DE GUNNINGSBESLISSING.....	7
3.2	NA DE GUNNINGSBESLISSING, VOOR SLUITING.....	7
4	FAILLISSEMENT OPDRACHTNEMER TIJDENS UITVOERING OVERHEIDSOPDRACHT.....	8
4.1	EERSTE REACTIES.....	8
4.1.1	Blokking betalingen.....	8
4.1.2	Briefwisseling.....	8
4.1.3	Aangifte schuldvordering.....	9
4.1.4	Aanmanen curator en proces-verbaal van ingebrekestelling.....	10
4.2	REACTIE TEN GRONDE.....	11
4.2.1	Voorzetting opdracht.....	11
4.2.2	Overname onderneming.....	12
4.2.3	Overdracht opdracht.....	13
4.2.4	Beslissing tot niet-voorzetting of geen beslissing.....	13
4.3	AFSLUITENDE MAATREGELEN.....	20
4.3.1	Positief verschil – betaling.....	20
4.3.2	Negatief verschil – indienen schuldvordering.....	21
4.4	PLAATSING NIEUWE OPDRACHT.....	21
5	SPECIFIEKE GEVALLEN.....	23
5.1	RECHTSTREEKSE VORDERING / BESLAG DOOR ONDERAANNEMER.....	23
5.1.1	5.1. Rechtstreekse vordering o.b.v. art. 1798 BW.....	23
5.1.2	Beslag door de onderaannemer.....	24
5.2	COMBINATIES ZONDER RECHTSPERSONLIJKHEID.....	24
5.3	GEZAMENLIJKE OPDRACHTEN.....	24
5.3.1	Eerste reacties.....	25
5.3.2	Reactie ten gronde.....	25
5.4	RAAMOVEREENKOMST.....	26



2 HET FAILLISSEMENT – ALGEMEEN

2.1 Faillissementsvoorwaarden

Iedere schuldenaar (= onderneming) die zich bevindt in een staat van faillissement, dit is indien hij op duurzame wijze heeft opgehouden te betalen én indien zijn krediet is geschokt (artikel XX.99 van de Insolventie Wet) kan failliet worden verklaard.

Onder “onderneming”^[1] wordt verstaan (artikel XX.1,§1):

- a) Iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent;
- b) Iedere rechtspersoon
- c) Iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid

Het begrip “onderneming” kent, in tegenstelling tot de vorige regelgeving, een ruimere invulling. Niet alleen “handelaars” vallen onder dit begrip, maar dus ook vrije beroepen, landbouwentiteiten, vzw's en alle natuurlijke personen met een zelfstandige beroepsactiviteit.

Het gaat enkel om “ondernemingen” die op “duurzame wijze” hebben opgehouden te betalen (“staking van betaling”) en wiens krediet is geschokt. Of concreter gesteld: hij verkeert in de blijvende onmogelijkheid om tegemoet te komen aan zijn financiële verplichtingen en hij ziet zijn krediet wankelen.

2.2 Faillissementsprocedure

2.2.1 Inleiding

De faillissementsprocedure kan op verschillende wijzen ingeleid worden (artikel XX.100):

- hetzij op aangifte van de schuldenaar (lees: de schuldenaar vraagt zelf een faillissement aan);
- hetzij via een dagvaarding (van één of meer schuldeisers, van het openbaar ministerie, van een voorlopige bewindvoerder^[2] of van een curator van de hoofdprocedure in het geval van een territoriale insolventieprocedure^[3])

Let op: de insolventierechtbank kan haar beslissing opschorten voor een termijn van vijftien dagen tijdens welke:

- de schuldenaar een gerechtelijke reorganisatie kan aanvragen

^[1] Zijn geen ondernemingen:

- a) Iedere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid die geen uitkeringsoogmerk heeft en die in feite geen uitkeringen verricht aan haar leden of aan personen die een beslissende invloed uitoefenen op het beleid van de organisatie
- b) Iedere publiekrechtelijke rechtspersoon
- c) De federale staat, de gewesten, de gemeenschappen, de provincies, de hulpverleningszones, de prezones, de Brusselse Agglomeratie, de gemeenten, de meer gemeentezones, de binnengemeentelijke territoriale organen, de Franse Gemeenschapscommissie, de Vlaamse Gemeenschapscommissie, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn

^[2] Zoals bedoeld in artikel XX.32

^[3] Zoals bedoeld in artikel XX.13

- of de procureur des Konings, een schuldeiser of een persoon geïnteresseerd in het verwerven van het geheel of een deel van de activa of van de activiteiten van de schuldenaar een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag kan aanvragen

2.2.2 Faillietverklaring bij vonnis

Indien er geen hoger vermelde aanvraag is ingediend, zal de insolventierechtbank bij wie de zaak aanhangig is gemaakt, de schuldenaar failliet verklaren bij vonnis (= vonnis van faillietverklaring).

Dit vonnis vermeldt de volgende zaken (artikel XX. 104):

- de benoeming van één of meerdere rechters-commissarissen;
- de aanstelling van één of meer curatoren al naargelang de belangrijkheid van het faillissement;
- het bevel aan de schuldeisers om in het centraal register solvabiliteit (de geïnformatiseerde gegevensbank: www.regsol.be) aangifte van hun vorderingen te doen binnen een termijn van ten hoogste dertig dagen te rekenen vanaf het vonnis;
- de vastlegging van de datum waarop het eerste proces-verbaal van verificatie van de schuldvorderingen in het register wordt neergelegd. Dit tijdstip wordt zo gekozen dat er ten minste vijf en ten hoogste dertig dagen verlopen tussen het verstrijken van de termijn van aangifte van de schuldvorderingen en de neerlegging van het eerste proces-verbaal van verificatie.

De taak van de curator bestaat erin om het vermogen van de gefailleerde te beheren en te vereffenen en desgevallend de opbrengst onder de schuldeisers te verdelen (artikel XX. 98).

Belangrijk: de gefailleerde wordt in principe geacht op te houden te betalen vanaf het vonnis van faillietverklaring.

Dit vonnis wordt door de curator binnen vijf dagen na hun respectievelijke dagtekening bij uittreksel bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad (artikel XX. 107). Opgelet: de bekendmaking in twee dagbladen door de curator is niet meer wettelijk verplicht.

Een aanbestedende overheid kan dus kennis nemen van het faillissement van de kandidaat/inschrijver/opdrachtnemer:

- via de aankondiging in het Belgisch Staatsblad;
- eventueel via de pers mocht de curator toch tot bekendmaking op deze wijze van het faillissement zijn overgegaan;
- via een melding door de curator zelf, die naar alle (gekende) schuldeisers een rondschriften stuurt;
- via Orafin dat automatisch facturen blokkeert bij faillissement van een opdrachtnemer;
- via een ander mogelijk kanaal.

Het is wel van belang dat de juistheid van deze gegevens steeds wordt geverifieerd in het Staatsblad of in het register.

2.2.3. Elektronische insolventieprocedure (Centraal Register Solvabiliteit):

De nieuwe Insolventie Wet voorziet in een volledige elektronische insolventieprocedure. In het Centraal Register Solvabiliteit worden de dossiers over de minnelijke akkoorden, de procedures van gerechtelijke reorganisatie of faillissement opgeslagen en bewaard.

Elke kennisgeving of mededeling of neerlegging bepaald in het Insolventie Wetboek bij of door een insolventiefunctionaris, een gedelegeerd rechter of rechter commissaris vindt plaats via het register. Wanneer de Wet een mededeling of kennisgeving voorschrijft of oplegt, geldt de plaatsing van het bericht in het register als mededeling of kennisgeving, mits hiervan een elektronische melding gebeurt aan de betrokkene.

3 FAILLISSEMENT KANDIDAAT/INSCHRIJVER TIJDENS PLAATSINGSPROCEDURE

3.1 VOOR DE GUNNINGSBESLISSING

Het is mogelijk dat een kandidaat of inschrijver tijdens het verloop van de plaatsingsprocedure, voordat de gunningsbeslissing is genomen, failliet wordt verklaard (door middel van een faillissementsvonnis). De vraag rijst of de kandidaat/inschrijver in dat geval mag/moet worden uitgesloten of niet.

Wanneer een kandidaat of inschrijver tijdens de plaatsingsprocedure failliet wordt verklaard, heeft de aanbestedende overheid overeenkomstig artikel 69, lid 1, 2° van de Wet Overheidsopdrachten de mogelijkheid om deze kandidaat of inschrijver de toegang tot de opdracht te weigeren.

Deze mogelijkheid van uitsluiting betreft eigenlijk een quasi-verplichting, aangezien een overheid gebonden is door de beginselen van behoorlijk bestuur en zich bijgevolg niet kan inlaten met een kandidaat of inschrijver die in een uitsluitingspositie verkeert. De mogelijkheid om corrigerende maatregelen te nemen die aantonen dat de kandidaat of inschrijver ondanks de uitsluitingsgrond toch betrouwbaar is, zoals vermeld in artikel 69, lid 1, 2° van de Wet Overheidsopdrachten, lijkt op het eerste zicht niet toepasbaar op de situatie van faillissement. Indien een kandidaat of inschrijver failliet is verklaard bij vonnis, zal de aanbestedende overheid dus in principe geen andere mogelijkheid hebben dan hem te weren.

3.2 NA DE GUNNINGSBESLISSING, VOOR SLUITING

Vervolgens rijst de vraag hoe men dient te reageren indien de gekozen inschrijver, aan wie de opdracht gegund is, maar waarvan de opdracht nog niet gesloten is, failliet wordt verklaard tussen het nemen van de gunningsbeslissing en de sluiting (of de aanbestedende overheid op dat ogenblik pas kennisneemt van het faillissement).

Aangezien de opdracht nog niet is gesloten, is er nog geen contractuele band tussen de aanbestedende overheid en de gekozen inschrijver tot stand gekomen. Daarom is het aangewezen om niet over te gaan tot sluiting van de opdracht, maar integendeel de bestaande gunningsbeslissing in te trekken en een nieuwe gunningsbeslissing te nemen.

De beslissing om de gunningsbeslissing in te trekken zal uiteraard afdoende gemotiveerd moeten zijn. Dit lijkt geen probleem, gezien het faillissement van de onderneming. Vervolgens is het aangewezen om de gunningbeslissing (en het bijhorende gunningsverslag) aan te passen in die zin dat de failliet verklaarde onderneming alsnog wordt uitgesloten op basis van artikel 69, §1, 2° Wet Overheidsopdrachten en de opdracht aan de tweede gerangschikte (die logischerwijs eerste gerangschikte wordt) te gunnen.

4 FAILLISSEMENT OPDRACHTNEMER TIJDENS UITVOERING OVERHEIDSOPDRACHT

Vervolgens bekijken we hoe men als aanbestedende overheid moet reageren wanneer een opdrachtnemer tijdens de uitvoering van een overheidsopdracht failliet verklaard wordt. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de eerste reacties, de reactie ten gronde en tot slot de afsluitende maatregelen.

4.1 EERSTE REACTIES

4.1.1 *Blokking betalingen*

Vanaf de dag van het vonnis van faillietverklaring verliest de gefailleerde het beheer over al zijn goederen.

Alle betalingen, verrichtingen en handelingen van de gefailleerde en alle betalingen aan de gefailleerde gedaan vanaf de dag van het vonnis, kunnen niet aan de boedel worden tegengeworpen (art. XX. 110 Insolventie Wet). Dit houdt in dat indien de gefailleerde na het vonnis een betaling doet aan de overheid, de overheid dit zal moeten terugbetalen aan de curator.

Omgekeerd zal de overheid, die na het faillissementsvonnis nog een betaling verricht aan de gefailleerde, niet bevrijd zijn en zal zij opnieuw moeten betalen aan de curator.

Vandaar dat, van zodra men kennis krijgt van het faillissement van de opdrachtnemer, alle eventueel aan hem uit het hoofde van het contract nog verschuldigde bedragen onmiddellijk moeten worden geblokkeerd en er vanaf dat ogenblik zeker geen enkele betaling aan de opdrachtnemer meer mag gebeuren. Aangezien Orafin de facturen van de gefailleerde automatisch blokkeert, zal dit (tot aan een deblokking van de betrokken factuur) niet meer mogelijk zijn voor entiteiten die met Orafin werken.

Voor entiteiten die samenwerken met de Dienst Derdengeschillen (met name Vlaams Gewest, Vlaamse Gemeenschap, entiteiten die ingestapt zijn in Dienstencentrum Boekhouding) zal de Dienst Derdengeschillen bij het departement Financiën en Begroting tussenkomen bij eventuele latere betalingen. De Dienst Derdengeschillen zorgt voor de correcte afhandeling van de betalingen die omwille van een 'geschil' bijzondere aandacht vragen en daarom aan het normale betalingscircuit onttrokken worden. In casu betreft het 'geschil' het faillissement van de opdrachtnemer. Bovendien zal enkel deze dienst de geblokkeerde facturen kunnen deblokken. Meer informatie over de Dienst Derdengeschillen en haar contactgegevens vindt u op <http://fb.vonet.be/derdengeschillen>.

4.1.2 *Briefwisseling*

Aangezien de curator instaat voor het beheer van het faillissement en de boedel, kan elk contact met de gefailleerde (mondeling of schriftelijk) enkel nog geldig verlopen via de curator. Brieven aan de curator kunnen, met het oog op bewijsvoering, best aangetekend verzonden worden.

4.1.3 Aangifte schuldvordering

Principe

Zoals reeds vermeld, zal het vonnis van faillietverklaring de schuldeisers bevelen om binnen dertig dagen vanaf het vonnis aangifte te doen van hun schuldvordering in het register solvabiliteit (toegang via www.regsol.be). Ook zal het vonnis de plaats, dag en uur van afsluiting van het eerste proces-verbaal van verificatie van de schuldvorderingen vaststellen.

Een aanbestedende overheid kan na kennisname van het faillissement en binnen de voorziene termijn 'aangifte van schuldvordering' doen via www.regsol.be. Het register bezorgt dan een bericht van ontvangst.

Tijdstip

Om in aanmerking te komen voor een 'uitdeling' (= uitbetaling van de schuldvorderingen die men heeft op de gefailleerde), is het aangewezen om de schuldvordering binnen 30 dagen na het faillissementsvonnis aan te geven. Hiertoe zal de curator aan de schuldeisers, van zodra deze bekend zijn, een rondschrijven sturen (zie art. XX. 155 Insolventie Wet).

U wacht best niet op dit rondschrijven, aangezien de termijn voor aangifte van schuldvordering (vermeld in het vonnis van faillietverklaring) vaak reeds verstreken is vooraleer die brief de betrokken afdeling van de aanbestedende overheid bereikt.

Indien de schuldvordering niet wordt neergelegd, komt men in principe niet in aanmerking bij de 'uitdeling van het actief'.

Een laattijdige neerlegging van schuldvordering kan toch aanvaard worden tot uiterlijk één jaar na het vonnis van faillietverklaring, mits de schuldeiser zelf de kosten voor opname en verificatie van de schuldvordering draagt. In dat geval heeft de schuldeiser slechts recht op een dividend (gedeeltelijke uitbetaling), berekend op het nog niet verdeeld actief (art. XX 165).

De beslissing om onmiddellijk, dan wel pas eventueel later, een schuldvordering neer te leggen, zal afhangen van de hoedanigheid van de gefailleerde enerzijds en van de redelijke kansen die er bestaan op een uitbetaling anderzijds.

De praktijk heeft namelijk uitgewezen dat het Vlaams Gewest en de Vlaamse Gemeenschap, die bij overheidsopdrachten geen bevoorrecht schuldeiser zijn, zeer weinig kansen hebben op een uitbetaling van de schuldvordering. In die gevallen kan met het indienen van een schuldvordering desnoods gewacht worden tot de interne afrekening gemaakt is en de schuldvordering begroot is (zie punt 4.3). De indiening dient echter sowieso binnen één jaar na het vonnis van faillietverklaring te gebeuren.

Om zeker te zijn dat een schuldvordering niet laattijdig wordt neergelegd (nadat de termijn van één jaar verstreken is, of na de uitdeling van het actief), kan het toch aangewezen zijn om na de kennisname van het faillissement zo spoedig mogelijk een (eventueel provisionele) schuldvordering neer te leggen.

Wel moet worden benadrukt dat ongeacht of de schuldvordering aan het begin van het faillissement, dan wel op een later tijdstip wordt ingediend, dit niets verandert aan de mogelijke reacties ten gronde en de hierna uiteengezette handelwijze.

Vermeldingen schuldvordering

Artikel XX. 156 Insolventie Wet somt het minimum aantal gegevens op die de aangifte van elke schuldeiser moet bevatten. Regsol geeft de stappen aan die moeten worden doorlopen bij het indienen van de schuldvordering (invullen gegevens van de schuldeiser; indien nodig invullen gegevens bijzonder gemachtigde; invullen van de gegevens van de schuldvordering evenals alle gegevens van de rekening waarop een dividend betaald kan worden; opladen alle documenten die de schuldvordering staven; men krijgt een overzicht van de ingevoerde schuldvordering te zien: controleer of alle gegevens die werden ingevuld correct zijn; na controle geef je akkoord met de juistheid van de gegevens: de digitale schuldvordering is slechts definitief ingediend en geldig nadat je eerst de gegevens hebt gevalideerd door de vermeldingen onderaan het overzicht inzake correctheid en volledigheid aan te vinken).

Uiteraard zal de schuldvordering door de daartoe bevoegde persoon moeten worden ingediend dan wel door de bijzondere gemachtigde (vb. raadsman).

Artikel XX. 156 Insolventie Wet bepaalt dat de schuldvordering onder meer het bedrag van de schuldvordering dient te vermelden. Aangezien bij het indienen van de schuldvordering aan het begin van het faillissement het exacte bedrag doorgaans nog niet kan worden bepaald, kan de schuldvordering worden neergelegd voor € 1,00 provisioneel. Indien het bedrag van de schuldvordering op dat ogenblik toch reeds vaststaat, wordt de schuldvordering uiteraard voor dat bedrag neergelegd.

Tot slot is het aangewezen om bij de aangifte van de schuldvordering meteen ook de nodige bewijsstukken te voegen. Deze kunnen geüpload worden in het register.

Verdere procedure

Na de neerlegging van de schuldvordering kan de rechter-commissaris de schuldeiser (m.a.w. de aanbestedende overheid) verzoeken te verschijnen om inlichtingen omtrent de schuldvordering te verstrekken (art. XX. 159 Insolventie Wet).

In principe verifieert de curator de schuldvorderingen (art. XX. 158 Insolventie Wet). Dit gebeurt de eerste keer op de datum vermeld in het vonnis van faillietverklaring.

Na respectievelijk zes en twaalf maanden na de datum van het vonnis van faillietverklaring leggen de curatoren in het register een aanvullend proces-verbaal van verificatie neer waarin zij het eerste proces-verbaal van verificatie overnemen, de aangehouden vorderingen verifiëren en de schuldvorderingen verifiëren die sindsdien werden ingediend (artikel XX. 161 Insolventie Wet).

De curatoren stellen de processen-verbaal van verificatie op, ondertekenen ze en leggen ze in het register neer met kennisgeving aan de rechter-commissaris (artikel XX. 160 Insolventie Wet).

Betwistingen over niet-aangenomen schuldvorderingen of schuldvorderingen die enkel betwist worden omwille van het bedrag, worden voor de rechtbank behandeld (art. XX. 161 Insolventie Wet).

4.1.4 Aanmanen curator en proces-verbaal van ingebrekestelling

Artikel XX. 139 Insolventie Wet bepaalt dat de curator na zijn ambtsaanvaarding onmiddellijk beslist of hij de overeenkomsten die gesloten zijn voor de datum van het vonnis van

faillietverklaring en waaraan door dat vonnis geen einde wordt gemaakt, al dan niet verder uitvoert.

De aanbestedende overheid kan de curator aanmanen om die beslissing binnen vijftien dagen te nemen. Praktisch betekent dit dat de dossierbehandelaar de curator onmiddellijk aanmaant om deze beslissing te nemen. Met het oog op bewijsvoering is het aangewezen deze aanmaning per aangetekende zending te versturen. In deze brief verzoekt u de curator zijn intenties omtrent de verdere uitvoering van de overeenkomst binnen de vijftien dagen te laten kennen.

Strikt genomen is een aanbestedende overheid niet verplicht om de beslissing van de curator af te wachten (en kan zij meteen overgaan tot de maatregelen bedoeld in punt 4.2.4). maar het is aangewezen om deze toch af te wachten.

Indien de curator niet binnen deze termijn reageert, wordt de overeenkomst overeenkomstig artikel XX. 139, § 1 Insolventie Wet beschouwd als zijnde verbroken lastens het faillissement, wat niet wegneemt dat de aanbestedende overheid haar rechten behoudt, o.m. het treffen van ambtshalve maatregelen zoals voorzien in het KB Uitvoering. Het is aangewezen dit zo ook uitdrukkelijk te vermelden in de brief.

Indien de gefailleerde opdrachtnemer in deze fase reeds in gebreke is voor de uitvoering van de opdracht, kan een proces-verbaal van ingebrekestelling op basis van artikel 44, §2 KB Uitvoering bij de aangetekende zending voor de curator worden gevoegd. Het samen verzenden van het proces-verbaal van ingebrekestelling en de aanmaning bedoeld in artikel XX. 139 Insolventie Wet heeft als voordeel dat de voor beide geldende reactie/verweertermijn van vijftien kalenderdagen op hetzelfde ogenblik begint te lopen. Dit vereenvoudigt de verdere stappen.

Indien de opdrachtnemer op dat ogenblik nog niet in gebreke is (wat uitzonderlijk is, aangezien een faillissement meestal niet 'uit de lucht komt vallen'), zal het proces-verbaal van ingebrekestelling logischerwijze nog niet kunnen worden verzonden.

4.2 REACTIE TEN GRONDE

Hoe de aanbestedende overheid dient te reageren, zal afhangen van de beslissing of het uitblijven van een beslissing van de curator. Bijgevolg wordt hier een onderscheid gemaakt naargelang de reactie van de curator.

4.2.1 Voorzetting opdracht

De curator kan beslissen dat de gefailleerde opdrachtnemer de opdracht verder zal uitvoeren (bv. omdat het contract reeds op zijn einde loopt). De uitvoering dient dan in overeenstemming met de clausules en voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht te gebeuren. Een substantiële wijziging van deze voorwaarden zou immers indruisen tegen het principe van de eerlijke mededinging (zie artikels 37-38/19 KB Uitvoering).

De voorzetting van de uitvoering van de opdracht kan voor de aanbestedende overheid een aangewezen oplossing zijn. In dat geval zal zij geen nieuwe opdrachtnemer moeten raadplegen voor de uitvoering van de opdracht.

4.2.2 Overname onderneming

Daarnaast kan de curator beslissen dat de onderneming zal worden overgenomen door een andere onderneming en dat deze de opdracht verder zal uitvoeren.

Overeenkomstig artikel 38/3 van het KB Uitvoering zoals gewijzigd bij KB van 22 juni 2017 mag een wijziging zonder nieuwe plaatsingsprocedure worden toegekend wanneer een nieuwe opdrachtnemer de opdrachtnemer aan wie de aanbestedende overheid de opdracht aanvankelijk had gegund, vervangt ten gevolge van:

- Een ondubbelzinnige herzieningsclausule zoals bepaald in artikel 38 KB Uitvoering (bv. op basis van onderaanneming);
- Een rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke opdrachtnemer, ten gevolge van herstructurering van de onderneming onder meer door overname, fusie, acquisitie of insolventie door een ander ondernemer die voldoet aan de aanvankelijk vastgestelde selectiecriteria, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen in de opdracht meebrengt en niet bedoeld is om de toepassing van de wetgeving inzake overheidsopdrachten te omzeilen.

De instemming van de aanbestedende overheid is evenwel vereist. Dit zal de aanbestedende overheid toelaten na te gaan of alle voorwaarden voor wijziging zijn vervuld bv. aan de kwalitatieve selectiecriteria is voldaan.

De vervanging wordt dus ofwel reeds in de overeenkomst vastgelegd, waarbij het dan vereist is dat in de opdrachtdocumenten de mogelijkheid tot overdracht in geval van faillissement wordt voorzien (zie ook de modelbestekken voor diensten op de website, waarin deze mogelijkheid uitdrukkelijk is opgenomen), ofwel is de vervanging het gevolg van een interne reorganisatie van de contractspartner (bv. overname, fusie,...).

Indien de curator beslist tot de overname van de gefailleerde onderneming door een andere onderneming zal er vermoedelijk sprake zijn van algemene rechtsopvolging, waardoor alle rechten en plichten overgaan op de overnemer. Dit kan worden gekwalificeerd als een interne reorganisatie. Er zal dan een beroep kunnen worden gedaan op deze overnemer voor de uitvoering van de opdracht. Het is wel vereist dat de aanbestedende overheid na die reorganisatie over dezelfde garanties voor goede uitvoering van de opdracht beschikt als voordien.

Dergelijke overname kan echter veel tijd in beslag nemen, waardoor deze optie mogelijks niet aangewezen is indien de opdracht op zeer korte termijn moet worden uitgevoerd.

Het is ook mogelijk dat er sprake is van een bijzondere rechtsopvolging, bijvoorbeeld wanneer de onderneming in twee delen wordt opgesplitst en beide delen in twee andere rechtspersonen opgaan. In dat geval is het niet meteen duidelijk welke rechten en plichten op welke wijze overgaan. Bijgevolg zal een onderzoek *in concreto* vereist zijn om na te gaan of er sprake kan zijn van een loutere interne reorganisatie.

In elk geval zal steeds voldaan moeten zijn aan hoger vermelde voorwaarden uit artikel 38/3 van het KB Uitvoering.

4.2.3 Overdracht opdracht

Vervolgens is het ook mogelijk dat de curator beslist om de opdracht over te dragen aan een andere onderneming, bv. een onderaannemer.

De aanbestedende overheid zou hiertoe ook het initiatief kunnen nemen en dit bij de aanmaning van de curator reeds voorstellen. Deze optie zou zeer voordelig kunnen zijn. In dat geval hoeft er geen nieuwe plaatsingsprocedure georganiseerd te worden.

Evenwel is overeenkomstig artikel 38/3 KB Uitvoering dergelijke overdracht van opdracht (die niet het gevolg is van een loutere interne reorganisatie) enkel mogelijk indien de vervanging van opdrachtnemer reeds voorzien is in de oorspronkelijke opdrachtdocumenten via een uitdrukkelijke herzieningsclausule.

Enkel dan kan deze wijziging worden doorgevoerd en is geen nieuwe plaatsingsprocedure nodig. Bij gebrek aan uitdrukkelijke herzieningsclausule gaat het om een wezenlijke wijziging van de opdracht, waardoor de overdracht niet mogelijk is.

De overdracht van opdracht zal steeds onderworpen zijn aan volgende voorwaarden :

- de instemming van de gecedeerde partij is vereist; de overnemer van de opdracht moet aan de passende selectievoorwaarden voldoen;
- er mogen geen andere wezenlijke wijzigingen worden aangebracht aan de opdracht en de overdracht mag niet gebruikt worden om de toepassing van de regelgeving overheidsopdrachten te omzeilen.

Bepaalde elementen uit de oorspronkelijke overeenkomst zullen dus nog gewijzigd kunnen worden, maar deze wijzigingen zullen niet wezenlijk mogen zijn.

Vaak zal bijvoorbeeld de uitvoeringstermijn moeten worden aangepast. Hierbij moet rekening worden gehouden met het feit dat er (normaal gezien) niets meer gepresteerd is vanaf het faillissementsvonnis. De periode van het vonnis tot de overdracht van de opdracht moet dan niet als onderdeel van de uitvoeringstermijn worden beschouwd.

Voor opdrachten van leveringen en diensten gelden respectievelijk de bepalingen van de artikelen 116 en 147 KB Uitvoering inzake de uitvoeringstermijn.

Voor opdrachten van werken is het wel aangewezen om aan de overnemer een aanvangsbevel te sturen, waarin de datum wordt bepaald vanaf dewelke de overnemer ertoe gehouden is de uitvoering van de opdracht verder te zetten. Hierbij zijn de bepalingen van artikel 76 van het KB Uitvoering van toepassing.

4.2.4 Beslissing tot niet-voorzetting of geen beslissing

Indien de curator beslist om de opdracht niet voort te zetten of over te dragen of indien hij geen beslissing neemt binnen vijftien kalenderdagen, zal u ofwel de opdracht moeten verbreken, ofwel maatregelen moeten nemen opdat u de opdracht door een andere aannemer, leverancier of dienstverlener kan laten uitvoeren.

Hiertoe kan de aanbestedende overheid de opdracht:

- Ofwel verbreken op basis van artikel 62 KB Uitvoering;

4.2.4.2 Ambtshalve maatregelen o.b.v. artikel 47 KB Uitvoering

a) Algemeen

Een ambtshalve maatregel kan slechts worden opgelegd wanneer de opdrachtnemer in gebreke is.

De aanbestedende overheid zal zijn tekortkomingen in een proces-verbaal moeten vaststellen en een afschrift daarvan bij aangetekende zending aan de curator verzenden. De curator heeft vervolgens vijftien dagen, volgend op de datum van verzending van het proces-verbaal, om zijn verweermiddelen aan de aanbestedende overheid te bezorgen. Indien de curator dit niet doet, of indien zijn aangevoerde middelen niet als gerechtvaardigd worden beoordeeld door de aanbestedende overheid, kan deze overgaan tot het treffen van ambtshalve maatregelen.

Zoals reeds hoger aangegeven, is het aangewezen om het proces-verbaal van ingebrekestelling meteen op te maken bij kennisname van het faillissement (indien dit nog niet gebeurd is wegens eerder in gebreke blijven). Dit zal uiteraard enkel mogelijk zijn indien de gefailleerde op dat ogenblik effectief in gebreke is.

De aanbestedende overheid kan bovendien de ambtshalve maatregelen treffen zonder het verstrijken van de vijftien dagen af te wachten, indien de opdrachtnemer op voorhand uitdrukkelijk de vastgestelde tekortkomingen heeft toegegeven.

Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de curator aan de aanbestedende overheid heeft kennisgegeven van het feit dat de opdracht niet verder zal worden uitgevoerd.

De beslissing om tot de gekozen ambtshalve maatregel over te gaan, moet bij aangetekende zending worden betekend aan de curator.

Volgens artikel 47, §2 KB Uitvoering heeft de aanbestedende overheid de keuze tussen drie verschillende ambtshalve maatregelen:

- Eenzijdige verbreking van de opdracht:

Bij eenzijdige verbreking van de opdracht verwerft de aanbestedende overheid van rechtswege, dus zonder enige verantwoording, het geheel van de borgtocht als forfaitaire schadevergoeding (of bij gebrek aan borgstelling een equivalent bedrag). Deze maatregel sluit wel de toepassing uit van iedere vertragingsboete op het deel waarop de verbreking slaat. Ook zullen kosten die later ontstaan (bv. door de organisatie van een nieuwe plaatsingsprocedure) niet nog afzonderlijk verhaald kunnen worden op de gefailleerde.

Deze maatregel heeft bij faillissement als voordeel dat de beëindiging van de relatie met de gefailleerde redelijk snel afgehandeld kan worden en de aanbestedende overheid toch de borgtocht als schadevergoeding verwerft.

- De uitvoering in eigen beheer van het geheel of van een deel van de niet-uitgevoerde opdracht:

Deze maatregel wordt getroffen op kosten en risico van de gefailleerde. De maatregel zal echter slechts aangewezen zijn voor kleine prestaties die gemakkelijk in eigen beheer kunnen worden uitgevoerd, of voor opdrachten die op hun einde lopen.

- Het sluiten van één of meerdere opdrachten voor rekening met één of meer derden voor het geheel of een deel van de nog uit te voeren opdracht:

Ook deze maatregel wordt getroffen op kosten en risico van de gefailleerde. Vertragsboetes en straffen die bij verdere uitvoering nog worden opgelegd, zijn wel ten laste van de nieuwe opdrachtnemer.

In dit geval zal de nieuwe overeenkomst die met de nieuwe opdrachtnemer wordt gesloten (bestek + offerte), aan de curator moeten worden bezorgd (zie punt 4.4 omtrent de aanwijzing van een nieuwe opdrachtnemer). Immers, wanneer de prijs van de uitvoering van de nieuwe opdracht hoger ligt dan de oorspronkelijke opdracht, zal deze meerkost ten laste van het faillissement kunnen worden gelegd. Hiertoe zal een schuldvordering moeten worden neergelegd bij de rechtbank van koophandel die het faillissement uitsprak (zie punt 4.1.3). Indien de prijs van de nieuwe opdracht lager zou liggen dan de prijs van de oorspronkelijke opdracht, komt het verschil ten goede aan de aanbestedende overheid.

Aangezien men bij deze ambtshalve maatregel normaliter pas op het einde van de opdracht kennis heeft van de grootte van de schuldvordering die de aanbestedende overheid heeft t.a.v. de gefailleerde, is het hierbij zeker aangewezen om een provisionele schuldvordering in te dienen (zie punt 4.1.3).

Ongeacht welke ambtshalve maatregel genomen wordt, moet er worden op toegezien dat de gefailleerde, vanaf de betekening van de beslissing, zelf niet meer tussenkomt in de verdere uitvoering van de opdracht.

b) Ambtshalve maatregelen bij opdrachten van werken (art. 87 KB Uitvoering)

b) 1) ambtshalve maatregelen vóór de voorlopige oplevering

– Gevolgen

Indien de aanbestedende overheid een ambtshalve maatregel treft, dient ze (samen met de aangetekende zending waarin de ambtshalve maatregel wordt opgelegd) de curator op te roepen op een bepaalde datum, uur en plaats, om de staat van de werken, het materieel en de materialen die op de bouwplaats zijn aangevoerd, op te maken.

Dit zal uiteraard enkel nodig zijn voor werken die zich reeds in de uitvoeringsfase bevinden. Indien de overeenkomst bijvoorbeeld reeds gesloten is, maar het aanvangsbevel nog niet werd afgeleverd, dient er geen uitnodiging voor plaatsopname aan de curator te worden verzonden. Dan hoeft men de curator enkel schriftelijk kennis te geven van de stand van zaken.

Verder heeft de aanbestedende overheid de mogelijkheid om de curator een lijst te bezorgen van het materieel en de materialen die ze, tegen vergoeding, wenst te gebruiken voor de voortzetting van de opdracht in eigen beheer of door een derde. Bij verbreking van de opdracht is deze maatregel niet mogelijk. Het materieel en de materialen die de aanbestedende overheid niet wenst te gebruiken, moeten zo snel mogelijk worden verwijderd van de bouwplaats.

Indien de opdracht in eigen beheer of door een derde (en dus voor rekening van de gefailleerde) verder wordt uitgevoerd, heeft de curator de mogelijkheid om de werken te volgen. Hierbij mag hij de uitvoering van de bevelen van de aanbestedende overheid echter niet verhinderen.

De curator wordt eveneens uitgenodigd voor de oplevering van het voor de gefailleerde zijn rekening uitgevoerde bouwwerk. Deze uitnodiging gebeurt bij aangetekende zending of via een schriftelijk stuk waarvan de curator de ontvangst bevestigt. De aanwezigheid van de curator is

echter niet vereist om tot oplevering over te gaan. Het lijkt wel aangewezen om hem een kopie op te sturen van het proces-verbaal dat naar aanleiding van de oplevering wordt opgemaakt.

– Afrekening

Indien de aanbestedende overheid de opdracht eenzijdig verbreekt als ambtshalve maatregel, verwerft zij de borgtocht als forfaitaire schadevergoeding.

Indien de aanbestedende overheid beslist om de opdracht in eigen beheer uit te voeren of de opdracht door een derde te laten uitvoeren, dit op risico en op kosten van de gefailleerde, kan de aanbestedende overheid volgende kosten verhalen op de failliete boedel:

- Alle vóór het faillissement reeds opeisbare straffen, boetes en andere bedragen.
- De boetes wegens laattijdige uitvoering die in dit geval, op basis van artikel 87, §2 KB Uitvoering, bepaald worden op het maximumbedrag vermeld in artikel 86 KB Uitvoering.
- Eventuele slopingskosten.
- De meerkost voor de voltooiing van de werken in eigen beheer of door een derde: dit is het positief verschil tussen enerzijds het bedrag van de uitgevoerde werken als gevolg van de ambtshalve maatregel en anderzijds het bedrag dat door de gefailleerde voor die werken zou zijn aangerekend. Deze bedragen worden desgevallend verhoogd met de btw. Indien het verschil negatief uitvalt, blijft het bedrag verworven voor de aanbestedende overheid.
- De kosten voor het plaatsen van de nieuwe opdracht of opdrachten. Ongeacht de gekozen gunningswijze, worden deze kosten bepaald op één procent van het oorspronkelijke opdrachtbedrag, met een maximum van € 15.000.

Volgende kosten mogen niet op de failliete boedel worden verhaald:

- De werken in min of in meer, die bevolen werden door de aanbestedende overheid ná de kennisgeving van het nemen van de ambtshalve maatregel.
- De prijsherzieningen.
- De nieuwe eenheidsprijzen die met de nieuwe aannemer zijn overeengekomen in toepassing van artikel 80, §2 en 81 KB Uitvoering.

b) 2. ambtshalve maatregelen tijdens de contractuele en de tienjarige waarborgtermijn

– Gevolgen

Indien de opdracht van werken op het ogenblik van het faillissement reeds voorlopig was opgeleverd, of wanneer de opdracht door de curator in eigen beheer werd voltooid, maar de verplichtingen tijdens de waarborgtermijn niet worden nagekomen, kan een beroep worden gedaan op artikel 87, §3 KB Uitvoering.

De aanbestedende overheid heeft de mogelijkheid om de herstellings- en verbouwingswerken voor rekening van de gefailleerde uit te voeren of te doen uitvoeren. (Merk op dat eenzijdige verbreking hier niet als mogelijke ambtshalve maatregel wordt vermeld!). Dit is echter enkel mogelijk indien de gefailleerde werkelijk in gebreke is. Het is namelijk vereist dat zijn tekortkomingen overeenkomstig artikel 44, §2 KB Uitvoering in een pv van ingebrekestelling worden vastgesteld. Indien de curator na het faillissementsvonnis laat weten dat de opdracht niet verder zal worden uitgevoerd of indien hij niet reageert op een aanmaning, kan dit als in gebreke blijven worden beschouwd, aangezien de opdrachtnemer dan niet meer beschikbaar is voor (toekomstige) herstellings- en verbouwingswerken.

De beslissing om de betreffende ambtshalve maatregel op te leggen zal bij aangetekende zending aan de curator moeten worden verzonden.

– Afrekening

In dat geval wordt het geheel van de door de aanbestedende overheid gedragen kosten, inclusief de kosten van de plaatsingsprocedure tot aanstelling van de nieuwe aannemer (als gevolg van de betreffende ambtshalve maatregel), in rekening gebracht. De hoger vermelde verdragingsboetes gelden niet bij ambtshalve maatregelen tijdens de waarborgtermijn.

c) Ambtshalve maatregelen bij opdrachten van leveringen (art. 124 KB Uitvoering)

c) 1. Ambtshalve maatregelen vóór de voorlopige oplevering

– Gevolgen

Voor de gevolgen van de eenzijdige verbreking als ambtshalve maatregel, kan naar bovenstaande algemene uiteenzetting hieromtrent worden verwezen.

Indien de aanbestedende overheid beslist om de opdracht door een derde (of in eigen beheer) te laten uitvoeren, maar het blijkt onmogelijk om identieke goederen te verkrijgen omdat deze niet meer in de handel zijn of omdat de goederen alleen door de gefailleerde konden worden geleverd, dan kan de aanbestedende overheid deze goederen door soortgelijke goederen vervangen. Hiertoe dient zij in de ingebrekestelling reeds aan te geven welke soortgelijke leveringen zij voornemens is te bestellen.

De goederen die geleverd worden door een derde worden gekeurd en opgeleverd volgens de voorschriften van de oorspronkelijke opdracht. Indien het een levering van soortgelijke goederen betreft (zie alinea hoger), kunnen de modaliteiten worden aangepast. De aanbestedende overheid kan dan bepalen aan welke proeven de leveringen worden onderworpen.

De aanbestedende overheid dient aan de curator kennis te geven van de plaats waar en de datum waarop de proeven (opleveringsmodaliteiten) zullen doorgaan. De curator kan hierbij aanwezig zijn of mag zich laten vertegenwoordigen. De nieuwe leverancier kan zich hier echter tegen verzetten indien de keuringsverrichtingen in zijn gebouwen moeten plaatsvinden. In dat geval kan de curator wel de mededeling van het resultaat van de keuring en van de oplevering eisen.

– Afrekening

Indien de aanbestedende overheid de opdracht eenzijdig verbreekt als ambtshalve maatregel, verwerft zij de borgtocht als forfaitaire schadevergoeding.

Indien de aanbestedende overheid beslist om de opdracht in eigen beheer uit te voeren of door een derde te laten uitvoeren, dit op risico en op kosten van de gefailleerde, kan de aanbestedende overheid volgende kosten verhalen op de failliete boedel:

- Alle vóór het faillissement reeds opeisbare straffen, boetes en andere bedragen.
- De boetes wegens laattijdige uitvoering die blijven lopen ten laste van de gefailleerde tot de datum van de levering (of van productie). Indien de opdracht door een derde wordt uitgevoerd, lopen de verdragingsboetes uiterlijk tot het verstrijken van de termijn die bepaald is voor de ambtshalve uitvoering.
- De meerkosten, die uitsluitend berekend worden op de leveringen die de gefailleerde moest uitvoeren en die werkelijk werden uitgevoerd in eigen beheer of door een derde.

Deze bedragen worden desgevallend verhoogd met de btw. Eventuele prijsherzieningen en kortingen wegens minderwaarde die de prijzen van de gefailleerde of van de nieuwe leverancier hadden kunnen wijzigen, worden niet in rekening gebracht.

- De kosten voor het plaatsen van de nieuwe opdracht of opdrachten. Ongeacht de gekozen gunningswijze, worden deze kosten bepaald op één procent van het oorspronkelijke opdrachtbedrag, met een maximum van € 15.000.

c) 2. Ambtshalve maatregelen tijdens de waarborgtermijn

Hoewel artikel 124 van het KB Uitvoering niet in een regeling voorziet voor ambtshalve maatregelen tijdens de waarborgtermijn, is het logisch dat de aanbestedende overheid ook voor leveringen waarbij een waarborgtermijn is bepaald, de kosten voor de herstelling van de vastgestelde gebreken tijdens die termijn, die in eigen beheer of door een derde moeten worden hersteld, op de gefailleerde kan verhalen. Naar analogie met opdrachten van werken worden enkel de herstellings- en vervangingskosten en de kosten voor het voeren van de plaatsingsprocedure aangerekend, en niet de hoger vermelde verdragingsboetes.

d) Ambtshalve maatregelen bij opdrachten van diensten (art. 155 KB Uitvoering)

d) 1. Ambtshalve maatregelen vóór de voorlopige oplevering

– Gevolgen

Voor de gevolgen van de eenzijdige verbreking als ambtshalve maatregel, kan naar bovenstaande algemene uiteenzetting hieromtrent worden verwezen.

De diensten die uitgevoerd worden door een derde, worden gekeurd en opgeleverd volgens de voorschriften van de oorspronkelijke opdracht. De aanbestedende overheid dient aan de curator kennis te geven van de plaats waar en de datum waarop de proeven (opleveringsmodaliteiten) zullen doorgaan. De curator kan hierbij aanwezig zijn of mag zich laten vertegenwoordigen. De nieuwe dienstverlener kan zich hier echter tegen verzetten indien de keuringsverrichtingen in zijn gebouwen moeten plaatsvinden. In dat geval kan de curator wel de mededeling van het resultaat van het nazicht, de keuring en de oplevering eisen.

– Afrekening

Indien de aanbestedende overheid de opdracht eenzijdig verbreekt als ambtshalve maatregel, verwerft zij de borgtocht als forfaitaire schadevergoeding.

Indien de aanbestedende overheid beslist om de opdracht in eigen beheer uit te voeren of de door een derde te laten uitvoeren, dit op risico en op kosten van de gefailleerde, kan de aanbestedende overheid volgende kosten verhalen op de failliete boedel:

- Alle vóór het faillissement reeds opeisbare straffen, boetes en andere bedragen.
- De boetes wegens laattijdige uitvoering, die blijven lopen ten laste van de gefailleerde tot de datum van de uitvoering van de diensten. Indien de opdracht door een derde wordt uitgevoerd, lopen de verdragingsboetes uiterlijk tot het verstrijken van de termijn die bepaald is voor de ambtshalve uitvoering.
- De meerkosten, die uitsluitend berekend worden op de diensten die de gefailleerde moest uitvoeren en die werkelijk werden uitgevoerd in eigen beheer of door een derde. Deze bedragen worden desgevallend verhoogd met de btw. Eventuele prijsherzieningen en

kortingen wegens minderwaarde die de prijzen van de gefailleerde of van de nieuwe dienstverlener hadden kunnen wijzigen, worden niet in rekening gebracht.

- De kosten voor het plaatsen van de nieuwe opdracht of opdrachten. Ongeacht de gekozen gunningswijze, worden deze kosten bepaald op één procent van het oorspronkelijke opdrachtbedrag, met een maximum van € 15.000.

d) 2. Ambtshalve maatregelen tijdens de waarborgtermijn

Hoewel artikel 155 van het KB Uitvoering niet in een regeling voorziet voor ambtshalve maatregelen tijdens de waarborgtermijn, is het logisch dat de aanbestedende overheid ook voor diensten waarbij een waarborgtermijn is bepaald, de kosten voor de herstelling van de vastgestelde gebreken tijdens die termijn, die in eigen beheer of door een derde moeten worden hersteld, op de gefailleerde kan verhalen. Naar analogie met opdrachten van werken en leveringen worden enkel de herstellingskosten en de kosten voor het voeren van de plaatsingsprocedure aangerekend, en niet de hoger vermelde vertragingsboetes.

4.3 AFSLUITENDE MAATREGELEN

Zodra de opdracht verbroken is of in eigen beheer of door derden volledig voltooid is en een overzicht gemaakt is van alle kosten, straffen en boetes die op basis van bovenstaande uiteenzetting op de failliete boedel mogen worden verhaald, kan de definitieve afrekening worden opgemaakt.

Daartoe wordt het verschil gemaakt tussen de bedragen die de aanbestedende overheid nog verschuldigd is aan de gefailleerde, uit hoofde van de vóór het faillissement geleverde, maar nog niet betaalde prestaties (bv. facturen die nog geblokkeerd staan in Orafin wegens bijvoorbeeld een inhoudingsplicht of beslag door werknemers van de gefailleerde, of bedragen die pas nadien door de curator werden gevorderd) en bovenvermelde bedragen. Deze verrekening is een toepassing van het recht op compensatie, voorzien in artikel 72 van het KB Uitvoering. Dit houdt in dat de borgtocht zal kunnen worden aangewend bij de afrekening. Bij eenzijdige verbreking als ambtshalve maatregel zal de borgtocht uiteraard sowieso in zijn geheel kunnen worden ingehouden.

4.3.1 *Positief verschil – betaling*

Indien het verschil positief is, zal de aanbestedende overheid tot betaling kunnen overgaan. Vooraleer dit kan gebeuren, zal er onder meer moeten worden nagegaan of er op de openstaande facturen geen verplichting bestaat tot inhouding en doorstorting aan de FOD Financiën (voor fiscale schulden) en/of aan de Rijksdienst voor Sociale zekerheid (voor sociale schulden).

Meer informatie over de inhoudingsplicht vindt u online en in de betreffende omzendbrief van de federale overheid van 22 juli 2014.

Zoals reeds vermeld, moeten alle betalingen na een faillissement via de Dienst Derdengeschillen gebeuren. Deze dienst moet nagaan of er geen andere beletsels zijn tegen een betaling op de faillissementsrekening, zoals de hierboven vermelde inhoudingsplicht voor sociale of fiscale schulden, afstand, beslag, endossement, rechtstreekse vordering van een onderaannemer, enz.

Het is de taak van de Dienst Derdengeschillen om onder meer rekening te houden met artikel XX.120 Insoventie Wet/WER (Wetboek Economisch Recht) en andere geldende bepalingen, de

rechtsgeldigheid en de rangorde van deze betalingsbeletsels na te gaan en de betalingen dienovereenkomstig uit te voeren.

Indien het positieve verschil uit (een deel van) de borgtocht bestaat, zal deze worden vrijgegeven ten voordele van de gefailleerde / de curator. Enkel bij eenzijdige verbreking als ambtshalve maatregel zal de borgtocht sowieso volledig verworven worden door de aanbestedende overheid.

4.3.2 *Negatief verschil – indienen schuldvordering*

Indien het verschil negatief is (en dus ook de borgtocht niet het volledige saldo dekt) en de aanbestedende overheid het negatief saldo wenst te verhalen op de failliete boedel, zal de aanbestedende overheid na het opmaken van de definitieve afrekening een schuldvordering moeten indienen in het gewoon passief van de failliete boedel (en niet in het bevoorrechte passief, aangezien de aanbestedende overheid een gewone schuldeiser is, geen bevoorrechte schuldeiser):

- Indien de aanbestedende overheid voorheen reeds een provisionele schuldvordering heeft ingediend, zal zij deze moeten laten vervangen door de begrote schuldvordering. Dit wordt dan best gemeld aan de curator.
- Indien de aanbestedende overheid voorheen nog geen schuldvordering heeft ingediend, zal zij dit alsnog moeten doen, indien de termijn van één jaar inmiddels nog niet verstreken is. Zelfs indien de reële kansen op uitbetaling voor de niet-bevoorrechte schuldeisers eerder klein zijn, lijkt het aangewezen vanuit het principe van “het handelen als een goede huisvader” steeds een schuldvordering in te dienen.

Bij het indienen van de schuldvordering dient bij de curator wel nog voorbehoud gemaakt te worden voor een eventuele verhoging van dat bedrag, mochten er zich nog kosten aandienen die kaderen in de contractuele of tienjarige waarborgtermijn, die nog ten laste van de gefailleerde zouden vallen.

4.4 PLAATSING NIEUWE OPDRACHT

Indien de aanbestedende overheid de opdracht verbreekt of door een derde laat uitvoeren, zal een nieuwe opdrachtnemer moeten worden aangeduid. Hiervoor kan niet zonder meer worden overgestapt op de inschrijver die tweede gerangschikt was bij de oorspronkelijke procedure, aangezien deze procedure definitief is afgesloten en de inschrijvers niet langer gebonden zijn door hun offerte. Men dient in principe de mededinging te laten spelen en bijgevolg een nieuwe plaatsingsprocedure te organiseren.

Het organiseren van de nieuwe plaatsingsprocedure wordt in deze leidraad ná de opmaak van de definitieve afrekening en de afsluitende maatregelen besproken. Indien men echter de ambtshalve maatregel treft waarbij men de opdracht voor rekening van de gefailleerde in eigen beheer of door een derde laat uitvoeren, zal de definitieve afrekening logischerwijze ná de uitvoering plaatsvinden.

Om te bepalen welke plaatsingsprocedure er kan worden aangewend, zal de (resterende) opdracht opnieuw geraamd moeten worden.

Wel zou er in bepaalde gevallen een beroep kunnen worden gedaan op artikel 42, § 1, 1^o, b Wet Overheidsopdrachten. Een aanbestedende overheid kan een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking “voor zover zulks strikt noodzakelijk is, de termijnen voor de openbare of niet-openbare procedure of de mededingingsprocedure met onderhandeling wegens dwingende

5 SPECIFIEKE GEVALLEN

5.1 RECHTSTREEKSE VORDERING / BESLAG DOOR ONDERAANNEMER

Bij een opdrachtnemer in problemen wordt een aanbestedende overheid vaak geconfronteerd met een rechtstreekse vordering van een onderaannemer. Deze rechtstreekse vordering moet thans gebaseerd worden op artikel 1798 BW (en staat naast voor de onderaannemers ook nog open voor metselaars, timmerlieden, arbeiders, vaklui van de aannemer doch niet voor leveranciers van materialen van de aannemer en dienstverleners van intellectuele prestaties).

Sinds de schrapping van de regeling van artikel 43 Wet OO van 15 juni 2006 die voorzag dat de schuldvorderingen van de opdrachtnemers uit hoofde van de uitvoering van een overheidsopdracht tot aan de oplevering in principe niet het voorwerp mochten zijn van beslag, verzet, overdracht of inpandgeving, doch uitzonderlijk toch beslag en verzet in handen van de overheid mogelijk was maar enkel voor de arbeiders en bedienden van de aannemer, leverancier of dienstverlener van de opdrachtnemer en dit beperkt tot de opdracht waarvoor ze prestaties hadden verleend, is in principe ook weer algemeen beslag mogelijk op de schuldvorderingen van de opdrachtnemers uit hoofde van de uitvoering van een overheidsopdracht.

Beslag door een onderaannemer of andere schuldeisers zal bij gebrek aan specifieke bepaling in de overheidsopdrachtenregelgeving, moeten worden uitgeoefend overeenkomstig het algemeen beslagrecht van het Gerechtelijk Wetboek.

De vraag rijst welke invloed het faillissement heeft op dergelijke rechtstreekse vordering en eveneens op een mogelijk beslag gelegd op de door de bouwheer aan de hoofdaannemer verschuldigde bedragen

5.1.1 Rechtstreekse vordering o.b.v. art. 1798 BW

Het faillissement van de hoofdaannemer heeft tot gevolg dat een onderaannemer vanaf het vonnis van faillietverklaring geen rechtstreekse vordering o.b.v. artikel 1798 BW meer kan instellen. De rechtstreekse vordering kan namelijk enkel nog worden ingesteld indien de schuldvordering van de hoofdaannemer op de aanbestedende overheid nog beschikbaar is in het vermogen van de hoofdaannemer. Het faillissement heeft echter tot gevolg dat deze schuldvordering van de hoofdaannemer onbeschikbaar wordt. Bijgevolg zal de onderaannemer geen rechtstreekse vordering kunnen instellen na het faillissement van de hoofdaannemer.

Rechtstreekse vorderingen die vóór het faillissement reeds werden ingesteld, blijven wel volledig van toepassing. De rechtstreekse vordering maakt de gerechtigde ervan (de onderaannemer) los van zijn eigenlijke schuldenaar (hoofdaannemer) zodat hij niet met de andere schuldeisers van de eigenlijke schuldenaar in samenloop komt. De curator van de failliete hoofdaannemer kan de vordering die de hoofdaannemer had op de aanbestedende overheid dus niet meer opeisen (uiteraard binnen de perken van de vordering van de onderaannemer!), vermits de aanbestedende overheid rechtstreeks dient te betalen aan de onderaannemer.

Dit is het grote verschil met een beslag of derdenbeslag dat als het ware verdwijnt op het moment van de faillietverklaring (zie verder).

5.1.2 Beslag door de onderaannemer en andere schuldeisers

Naar analogie met bovenstaande uiteenzetting, heeft het faillissement van de opdrachtnemer tot gevolg dat een onderaannemer en andere schuldeisers van de opdrachtnemer vanaf het vonnis van faillietverklaring geen beslag meer kan instellen. De schuldvordering is immers onbeschikbaar geworden door het faillissement.

Wel geldt een andere regeling voor beslag dat vóór het faillissement werd ingesteld, maar nog niet werden uitgevoerd.

Artikel XX.120, § 1 Insolventie Wet luidt: "Alle beslagen gelegd vóór het vonnis van faillietverklaring worden geschorst". Dergelijk beslag zal dus niet meer kunnen worden uitgevoerd vanaf de datum van het vonnis van faillietverklaring.

Indien evenwel de dag van de gedwongen verkoop van de in beslag genomen roerende goederen voor dat vonnis was bepaald en door aanplakking bekendgemaakt, geschiedt die verkoop voor rekening van de boedel.

5.2 COMBINATIES ZONDER RECHTSPERSOONLIJKHEID

Artikel 8, § 2 Wet Overheidsopdrachten stelt uitdrukkelijk dat combinaties van ondernemers mogen deelnemen aan overheidsopdrachten en dat de aanbestedende overheid niet kan eisen dat deze voor het indienen van een aanvraag tot deelname of een offerte een bepaalde rechtsvorm aannemen (het betreft de zogenaamde combinaties zonder rechtspersoonlijkheid zoals bv. tijdelijke vereniging, tijdelijke handelsvennootschap,... De deelnemers aan deze combinatie zijn dan overeenkomstig artikel 44 KB Plaatsing hoofdelijk verbonden t.a.v. de aanbestedende overheid.

Indien één van de deelnemers aan de combinatie failliet wordt verklaard, blijven de andere deelnemers hoofdelijk verbonden, waardoor zij gehouden zijn om de uitvoering van de opdracht gewoon voort te zetten.

In toepassing van artikel 62 van het KB Uitvoering heeft de aanbestedende overheid in geval van faillissement van één van de deelnemers wel de mogelijkheid om de opdracht te verbreken. Deze optie zal echter zelden in het belang van de aanbestedende overheid zijn, tenzij zij van oordeel is dat het ontbreken van de deelnemer de goede uitvoering van de opdracht al te zeer in het gedrang brengt.

5.3 GEZAMENLIJKE OPDRACHTEN

Bij een gezamenlijke opdracht wordt de opdracht al dan niet integraal gezamenlijk gerealiseerd in naam en voor rekening van meerdere aanbesteders.

Wanneer het gaat om een gezamenlijke opdracht waarbij een volledige plaatsingsprocedure gezamenlijk wordt doorlopen namens en voor rekening van alle betrokken aanbestedende overheden (of aanbestedende overheden en privaatrechtelijke personen) zal de plaatsing en de uitvoering van de opdracht gebeuren in gezamenlijke naam van de betrokken overheden (of overheden en privaatrechtelijke personen), waarbij één van de entiteiten optreedt als leidende aanbestedende overheid. We beperken deze uiteenzetting tot het scenario dat het Vlaams Gewest of de Vlaamse Gemeenschap optreedt als leidende aanbestedende overheid.

De behandeling van een faillissement bij een dergelijke gezamenlijke opdracht verloopt grosso modo op dezelfde wijze als hoger uiteengezet. Er moeten echter enkele elementen worden benadrukt.

5.3.1 Eerste reacties

Vooreerst is het zo dat de leidende aanbestedende overheid alle entiteiten vertegenwoordigt. Alle contacten met de curator kunnen dus via de leidende aanbestedende overheid verlopen. De indiening van de schuldvordering in het passief van het faillissement kan ook door de leidende aanbestedende overheid gebeuren, indien de andere entiteiten hiervoor een specifiek mandaat verlenen aan de leidende aanbestedende overheid. Er zal dan uitdrukkelijk moeten worden aangegeven in de aangifte van schuldvordering voor welke entiteiten (met rechtspersoonlijkheid) de aanbestedende overheid optreedt.

Wanneer de leidende aanbestedende overheid kennis krijgt van het faillissement, meldt zij dit zo snel mogelijk aan de andere entiteiten. Ze licht hen ook in over de intenties van de curator i.v.m. de verdere uitvoering van de opdracht.

5.3.2 Reactie ten gronde

5.3.2.1 Keuze reactie

Het is aangewezen dat de leidende aanbestedende overheid samen met de andere entiteiten bekijkt wat de meest aangewezen handelswijze is. Of de leidende aanbestedende overheid bevoegd is om dit alleen te beslissen, zal afhangen van de afspraken in een eventuele samenwerkingsovereenkomst.

Indien de andere entiteiten bijvoorbeeld hun akkoord moesten geven voor de gunning van de (oorspronkelijke) opdracht, lijkt het aangewezen om hun akkoord ook te vragen bij een eventuele overdracht van de opdracht. Zij staan immers in voor de betaling van hun deel aan de nieuwe opdrachtnemer.

Indien de leidende aanbestedende overheid gehele delegatie heeft gekregen voor de uitvoering van de opdracht, zal zij in principe zelf kunnen beslissen om de opdracht te verbreken op basis van artikel 62 KB Uitvoering of om een ambtshalve maatregel te nemen. Toch lijkt het ten eerste aangewezen om voor dergelijke beslissingen de andere entiteiten te raadplegen. Indien er beslist wordt om de opdracht door een derde te laten uitvoeren en hier een nieuwe plaatsingsprocedure wordt voor opgestart, zal het, afhankelijk van de gemaakte afspraken, aangewezen zijn om het akkoord te vragen van de andere entiteiten voor de gunningsbeslissing.

5.3.2.2 Gevolgen en afrekening

- a) Verbreking o.b.v. art. 62 KB Uitvoering

Indien men besluit om de opdracht te verbreken op basis van artikel 62 van het KB Uitvoering, zal de opdracht vereffend worden in de staat waarin zij zich bevindt op het ogenblik van de verbreking. Elke entiteit zal tot betaling van zijn aandeel moeten overgaan.

- b) Ambtshalve maatregel

Tenzij anders bedongen in een samenwerkingsovereenkomst, maakt de leidende aanbestedende overheid de afrekening van de ambtshalve maatregel overeenkomstig de hoger vermelde modaliteiten.

Bij eenzijdige verbreking zal de borgtocht als forfaitaire schadevergoeding kunnen worden verworven. Dit bedrag zal tussen alle entiteiten moeten worden verdeeld overeenkomstig ieders aandeel in het oorspronkelijke opdrachtbedrag.

Indien men de opdracht voor rekening van de gefailleerde door een derde laat uitvoeren, komen de kosten voor het voeren van een nieuwe plaatsingsprocedure integraal toe aan de leidende aanbestedende overheid. Deze zal namelijk (in principe) instaan voor het voeren van die procedure.

De verdragingsboete wordt verdeeld overeenkomstig ieders aandeel in het oorspronkelijke opdrachtbedrag.

De afrekening zal bovendien in zijn geheel moeten worden gemaakt, en niet per entiteit. Dat wil zeggen dat indien een entiteit tot een positief verschil komt, dat wordt aangewend ter compensatie van een negatief verschil van een andere entiteit. De opdracht maakt voor de gefailleerde immers één geheel uit. Uiteraard zal na deze compensatie nog een interne afrekening tussen de entiteiten moeten worden gemaakt.

Indien na voormelde compensatie geheel of gedeeltelijk beslag op de borgtocht nodig blijkt, dan wordt deze verdeeld in verhouding tot de waarde van de vorderingen van de verschillende entiteiten.

De nadien nog resterende schuldvordering wordt door de leidende aanbestedende overheid in eigen naam én in naam van de andere entiteiten ingediend in het passief van het faillissement (indien deze hiertoe een mandaat heeft verkregen van de andere entiteiten). Indien men in aanmerking komt voor uitbetaling uit het faillissement, zal dat bedrag tussen de verschillende entiteiten worden verdeeld in verhouding tot het bedrag van hun niet-gerecupereerde schuldvordering.

5.4 RAAMOVEREENKOMST

Bij een raamovereenkomst is het belangrijk om het onderscheid tussen het niveau van de raamovereenkomst en het niveau van de opdracht gebaseerd op de raamovereenkomst te maken. Indien de opdrachtnemer failliet wordt verklaard, zal men voor de opdrachten gebaseerd op de raamovereenkomst bovenvermelde werkwijze kunnen hanteren. Een reactie ten gronde t.a.v. de raamovereenkomst zal een ietwat andere aanpak vergen.

Tenzij anders bepaald in de opdrachtdocumenten van de raamovereenkomst, zijn enkel hoofdstuk 1 en de artikelen 12, § 4, 37 tot 38/19 en 61 t.e.m. 63 van het KB Uitvoering van toepassing op de raamovereenkomst. Het is uiteraard steeds mogelijk – en aangewezen – om in de opdrachtdocumenten een afzonderlijk luik omtrent uitvoering van de raamovereenkomst uit te werken. Dit zal zeker van belang zijn indien de aanbestedende overheid als aankoop- of opdrachtcentrale optreedt.

Aangezien artikel 62 KB Uitvoering sowieso van toepassing is op de raamovereenkomst, kan de aanbestedende overheid in geval van faillissement van de opdrachtnemer steeds de raamovereenkomst op basis van dat artikel verbreken. Dit heeft tot gevolg dat er geen nieuwe opdrachten meer kunnen worden geplaatst binnen de raamovereenkomst. Opdrachten die reeds binnen de raamovereenkomst werden geplaatst, worden niet geraakt door deze verbreking.

De artikelen omtrent ambtshalve maatregelen zijn – behoudens andersluidende bepalingen in de opdrachtdocumenten – niet van toepassing op de raamovereenkomst. Vaak zal het treffen van

