

Noot

De voorlopige bestuurder en het faillissement: uniformiteit gewenstArie Van Hoe¹

1. De gerechtelijke reorganisatie biedt geen garantie op succes. Wanneer de continuïteit van de onderneming niet langer verzekerd is, dringt een heroriëntatie van de schuldenaar naar het faillissement zich op. Het gepubliceerde vonnis behandelt de vraag wie de bevoegdheid heeft om deze heroriëntatie te initiëren, en hoe dit moet gebeuren. Teneinde deze vragen te onderzoeken, worden de procedurele voorgaanden van deze zaak eerst samengevat (I). Vervolgens

wordt de overgang van de gerechtelijke reorganisatie naar het faillissement besproken (II). Daarna wordt de initiatiefbevoegdheid inzake faillissement van de voorlopige bestuurder *ex* artikel 28 WCO onderzocht (III). Tot slot wordt een voorstel geformuleerd tot uniformisering van de procedure tot faillietverklaring op initiatief van de onderscheiden ‘voorlopige bestuurders’ in het insolventierecht (IV).

I. PROCEDURELE VOORGAANDEN

2. Op 17 november 2010 verklaarde de rechtbank van koophandel de aangifte van het faillissement door de schuldenaar onontvankelijk, overwegende dat de personen die de aangifte deden, de schuldenaar niet (langer) rechtsgeldig vertegenwoordigden. Op 25 november 2010 werd de schuldenaar toegelaten tot een gerechtelijke reorganisatie door minnelijk akkoord. Er werden twee voorlopige bestuurders *ex* artikel 28 WCO aangesteld, met de volgende opdracht:

“(...) de se substituer aux organes de la SA Brink’s Belgium et d’en reprendre la direction avec les pouvoirs d’administration et de gestion les plus étendus et ce, afin d’assurer la continuité de l’entreprise dans le respect des différents intérêts en présence.”

Op 5 januari 2011 werd het doel van de gerechtelijke reorganisatie gewijzigd tot een overdracht onder gerechtelijk gezag. Op 27 januari 2011 deden de voorlopige bestuurders aangifte van het faillissement van de schuldenaar. De aangifte vermeldde tevens dat afstand werd gedaan van het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie en de opschorting. Tegelijk legden de voorlopige bestuurders een verzoekschrift neer op grond van artikel 40 WCO, teneinde de gerechtelijke reorganisatie te beëindigen. Op de zitting van 31 januari 2011 maakte het Openbaar Ministerie voorbehoud omtrent de bevoegdheid van de voorlopige bestuurders en de door hen gevolgde procedure. Teneinde verdere vertraging te vermijden, legden de voorlopige bestuurders een nieuw verzoekschrift neer, ditmaal op basis van artikel 41 WCO.

II. DE OVERGANG VAN DE GERECHTELIJKE REORGANISATIE NAAR HET FAILLISSEMENT

3. Het voorbehoud van het Openbaar Ministerie bij de werkwijze van de voorlopige bestuurders was terecht. Gedurende de opschorting kan de schuldenaar niet failliet verklaard worden². De faillietverklaring is slechts mogelijk na beëindiging van de gerechtelijke reorganisatie, en dit ongeacht wie daartoe het initiatief neemt. De Wet Continuïteit Ondernemingen heeft de mogelijkheid om de gerechtelijke reorganisatie voortijdig te beëindigen aan voorwaarden en procedures onderworpen, die moeten worden nageleefd³. Hierbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen de verzaking⁴ aan, en de voortijdige beëindiging⁵ van, de gerechtelijke reorganisatie (opschorting).

Artikel 40 WCO beoogt de situatie waarbij de schuldenaar snel zijn situatie onder controle krijgt, en waarbij het beheer van de onderneming makkelijker zal zijn wanneer deze niet gebukt gaat onder een gerechtelijke procedure die ongunstig is voor het krediet van de onderneming⁶. In casu was precies het omgekeerde aan de orde. Door het afhaken van de potentiële overnemer en het uitputten van de liquiditeiten, konden de activiteiten van de schuldenaar niet langer worden verdergezet. Een verzaking aan de gerechtelijke reorganisatie was dus niet aan de orde⁷.

De aangewezen procedure was deze bepaald in artikel 41 WCO. Dit artikel beoogt de situatie waarbij tijdens de

¹ Universiteit Antwerpen, onderzoeksgroep Onderneming en Recht.

² Art. 30, 2^{de} lid WCO.

³ Hoofdstuk I, afdeling 8, WCO.

⁴ Art. 40 WCO.

⁵ Art. 41 WCO.

⁶ *Parl.St.* Kamer 2007-08, 160/2, 64.

opshorting vast komt te staan dat de schuldenaar kennelijk niet meer in staat is de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de onderneming of van haar activiteiten te verzekeren, overeenkomstig het doel van de procedure. De overstap van de gerechtelijke reorganisatie naar het faillissement

ment diende aldus overeenkomstig de procedure bepaald in artikel 41 WCO te gebeuren. Hierna wordt onderzocht hoe de voorlopige bestuurder *ex* artikel 28 WCO te werk moet gaan bij deze overstap.

III. DE INITIATIEFBEVOEGDHEID INZAKE FAILLISSEMENT VAN DE VOORLOPIGE BESTURDER *EX* ARTIKEL 28 WCO

4. De Faillissementswet bepaalt dat de faillissementsprocedure wordt geïnitieerd door de schuldenaar of door een derde (art. 6 Faill.W.). Procedureel gezien is het onderscheid belangrijk. Wanneer het initiatief van de schuldenaar uitgaat, geschiedt dit door middel van een aangifte. Wanneer het een derde is die het initiatief neemt, dan dient de schuldenaar gedagvaard te worden.

De vraag stelt zich hoe deze regeling zich verhoudt met de regeling voorzien in artikel 41, § 1, 2^{de} en 3^{de} lid WCO. Overeenkomstig artikel 41, § 1, 2^{de} lid WCO doet de rechtbank uitspraak *op verzoek* van de schuldenaar of *op dagvaarding* van het Openbaar Ministerie of van iedere belanghebbende, gericht tegen de schuldenaar, na het verslag van de gedelegeerd rechter te hebben gehoord. De rechtbank die de voortijdige beëindiging beveelt, kan in hetzelfde vonnis het faillissement van de schuldenaar uitspreken, wanneer zulks gevraagd is in de dagvaarding en aan de voorwaarden hiertoe wordt voldaan (art. 41, § 1, 3^{de} lid WCO). In casu hebben de voorlopige bestuurders *ex* artikel 28 WCO een verzoekschrift neergelegd, zonder de schuldenaar te dagvaarden. De rechtbank van koophandel keurde deze werkwijze goed. Hierbij kunnen nochtans vragen worden gesteld.

Om het oordeel van de rechtbank te kunnen evalueren, is het nuttig de link te leggen met de initiatiefbevoegdheid inzake faillissement van enerzijds de voorlopige bestuurder *ex* artikel 8 Faill.W. (a), en anderzijds de gemeenrechtelijke voorlopige bewindvoerder (b).

a) De initiatiefbevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder *ex* artikel 8 Faill.W.

5. De rechtsfiguur van de voorlopige bewindvoerder *ex* artikel 8 Faill.W. is ingevoerd naar aanleiding van de afschaffing van het ambtshalve faillissement⁸. De vrees bestond dat de schuldenaar voorafgaand aan de faillietverklaring handelingen in het nadeel van de schuldeisers zou stellen⁹. Teneinde dit te voorkomen, kan de voorzitter van de rechtbank van koophandel onder zeer strikte voorwaarden de schuldenaar geheel of ten dele het beheer van het geheel of een gedeelte van zijn goederen ontnemen¹⁰. De beschikking tot ontneming van het beheer blijft slechts gevolg hebben indien binnen vijftien dagen na de uitspraak een vordering tot faillietverklaring wordt ingesteld (*infra*), en vervalt van rechtswege indien het faillissement niet wordt uitgesproken binnen vier maanden na indiening van de vordering tot faillietverklaring¹¹.

6. De voorlopige bewindvoerder wordt aangesteld op eenzijdig verzoekschrift of ambtshalve. Het eenzijdig karakter van de procedure blijft beperkt tot de aanstelling van de voorlopige bewindvoerder. Het debat over de faillietverklaring gebeurt steeds op tegensprekelijke wijze¹². Hiertoe is vereist dat de schuldenaar gedagvaard wordt in faillissement, ofwel door de eisende partij (degene die de aanstelling van de voorlopige bewindvoerder heeft verzocht), ofwel door de voorlopige bewindvoerder(s) (ingeval de voorzitter van ambtswege heeft beschikt).

Het recht van verdediging van de schuldenaar wordt dus niet verder beperkt dan strikt noodzakelijk is. De ontneming van het beheer is een tijdelijke en conservatoire maatregel, in een

7. I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 152: "L'article 40 LCE ne vise donc pas l'hypothèse d'un échec de la procédure, hypothèse qui est régie par l'article 41 LCE, mais bien celle d'une réussite de celle-ci."

8. C. VAN SCHOU BROECK en H. COUSY, "Preventieve ontzetting en voorlopig beheer" in H. BRAECKMANS, E. DIRIX en E. WYMEERSCH (eds.), *Faillissement en gerechtelijk akkoord: het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, (109) 111; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 379; F. T'KINT en W. DERICKE, *La faillite*, Brussel, Larcier, 2006, 149; B. TILLEMANS, "Een voorlopig bewindvoerder: een middel ter voorkoming van faillissement", *TRV* (356) 358.

9. *Parl.St.* Kamer 1991-92, 631/1, 8.

10. Art. 8, 1^{ste} lid Faill.W.: "Wanneer er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende aanwijzingen bestaan dat de voorwaarden voor een faillissement vervuld zijn, en spoed vereist is (...)."

11. Art. 8, 5^{de} en 6^{de} lid Faill.W.

12. *Parl.St.* Kamer 1991-92, 631/4, 5: "De bezwaren tegen een rechterlijke uitspraak van ambtswege waarbij een ingrijpende maatregel als een faillietverklaring wordt getroffen, vervallen wanneer het optreden van de rechter beperkt blijft tot het uitvaardigen van een voorlopige louter conservatoire maatregel. Door de instelling van een debat op tegenspraak tussen de voorlopige bestuurder en de schuldenaar kan de rechter de controle uitoefenen die hem toekomt en toch zijn onafhankelijkheid bewaren, niet alleen voor de behandeling van de zaak zelf, maar ook naar de buitenwereld toe."

context die de afwezigheid van tegenspraak verantwoordt. Het vereiste dat het debat over de faillietverklaring op tegensprekelijke wijze moet plaatsvinden, maakt deze procedure evenwichtig¹³.

b) De initiatiefbevoegdheid van de gemeenrechtelijke voorlopige bewindvoerder

7. De gemeenrechtelijke voorlopige bewindvoerder vindt zijn oorsprong in de bevoegdheid van de voorzitter om op grond van artikel 584 Ger.W. in te grijpen in het vennootschapsleven¹⁴. Initieel werd de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder beperkt tot situaties waarbij een interne blokkering van de vennootschap aan de orde was¹⁵. Geleidelijk aan werd het toepassingsgebied van de gemeenrechtelijke voorlopige bewindvoerder breder opgevat¹⁶. De voorlopig bewindvoerder werd aangewend als een instrument om ondernemingen in moeilijkheden te redden¹⁷.

In de rechtspraak¹⁸ en rechtsleer bestaat onduidelijkheid over de bevoegdheid van de gemeenrechtelijke voorlopige bewindvoerder om aangifte te doen van het faillissement van de schuldenaar. Gezaghebbende rechtsleer sluit deze mogelijkheid niet uit, op voorwaarde dat deze aangifte kadert binnen de opdracht bepaald door de voorzitter¹⁹. Nu de voorlo-

pige bewindvoerder in de plaats treedt van het vennootschapsbestuur, zou het logisch zijn dat de aangifte van het faillissement tot zijn bevoegdheid behoort²⁰. De faillissementsaangifte is bovendien minder verregaand dan de verkoop van activa (hetgeen ontegensprekelijk tot de bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder behoort), nu het de rechtbank is die uiteindelijk zal oordelen of de faillissementsvoorwaarden verenigd zijn in hoofde van de schuldenaar. Andere rechtsleer daarentegen staat weigerachtig tegenover deze bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder. Het belangrijkste argument hiervoor is dat dergelijke aangifte de grenzen van het voorlopige overschrijdt, en aldus niet mogelijk is binnen het kader van een mandaat verleend op grond van artikel 584 Ger.W.²¹.

De vraag stelt zich of dit debat op heden nog zinvol is. De mogelijkheid om een gemeenrechtelijke voorlopige bewindvoerder aan te stellen in een onderneming in moeilijkheden, lijkt sterk beperkt door artikel 14 WCO (gerechtmandataris: voorafgaand aan gerechtelijke reorganisatie) en artikel 28 WCO (voorlopige bestuurder: eens de gerechtelijke reorganisatie geopend is). Beide kunnen worden beschouwd als de formalisering in de context van ondernemingen in moeilijkheden van de gemeenrechtelijke voorlopige bewindvoerder²².

- ¹³. F. T'KINT en W. DERIJCKE, *La faillite*, Brussel, Larcier, 2006, 164: "On ne pouvait d'écemment admettre que l'administrateur provisoire désigné ex parte puisse en outre, sans souffrir la contradiction, user de son pouvoir de représentation pour faire l'aveu de faillite au nom du commerçant concerné."
- ¹⁴. B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 176; M. DREESDEN, "De voorlopige bewindvoerder in de onderneming in moeilijkheden", *Jura Falc.* 2005-06, 5.
- ¹⁵. E. POTTIER en M. DE ROECK, "L'administration provisoire: bilan et perspectives", *TBH* 1997 (203) 207; M. DREESDEN, "De voorlopige bewindvoerder in de onderneming in moeilijkheden", *Jura Falc.* 2005-06, 8.
- ¹⁶. M. WYCKAERT, "Waar ligt de redelijke grens aan de bevoegdheden van een voorlopig bewindvoerder", *TRV* 1996, (209) 210; B. TILLEMANN, "De voorlopige bewindvoerder een laatste redmiddel", *TRV* 1990 (324) 326-238; P. COUSSEMENT, "De wet op de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009", *TBH* 2009, (283) 295; M. DREESDEN, "De voorlopige bewindvoerder in de onderneming in moeilijkheden", *Jura Falc.* 2005-06, 10-14.
- ¹⁷. E. POTTIER en M. DE ROECK, "L'administration provisoire: bilan et perspectives", *TBH* 1997 (203) 216; Voorz. Kh. Luik 16 augustus 1991, *TRV* 1992, 38, noot B. TILLEMANN, "De voorlopige bewindvoerder als pre-curator?".
- ¹⁸. *Bevoegdheid voorlopige bewindvoerder*: Voorz. Kh. Charleroi 1 februari 1996, *RPS* 1996, 308, noot P. LAMBRECHT, "Illustrations récentes du référé en cas de blocage dans la société anonyme"; *buiten bevoegdheid voorlopige bewindvoerder*: Luik 9 maart 1995, *JLMB* 1995, 1610.
- ¹⁹. I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 377; P. GÉRARD, J. WINDEY en M. GRÉGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite. Lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Brussel, Larcier, 1998, 123-125; A. ZENNER, *Dépistage, faillites & concordats*, Brussel, Larcier, 1998, 239; J.-P. BUYLE, "De voorlopige bewindvoerder: enkele opmerkingen uit de praktijk", *TRV* 1996 (3) 9; H. DE WULF, "Geschiedenisregeling in vennootschappen: capita selecta" in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT en INSTITUUT FINANCIËEL RECHT (eds.), *Omgang met vennootschappen: regulering en rechtspraktijk*, Antwerpen, Maklu, 2002, (45) 89.
- ²⁰. De aangifte van het faillissement is een bevoegdheid van de raad van bestuur: F. T'KINT en W. DERIJCKE, *La faillite*, Brussel, Larcier, 2006, 159; A. ZENNER, *Dépistage, faillites & concordats*, Brussel, Larcier, 1998, 238; A. CLOQUET, "Les concordats et la faillite" in *Les Nouvelles. Droit commercial*, T. IV, Brussel, Larcier, 1985, p. 325, nr. 1076.
- ²¹. E. POTTIER en M. DE ROECK, "L'administration provisoire: bilan et perspectives", *TBH* 1997 (203) 236; zie ook B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 217: "Zelfs indien de bevoegdheden van de voorlopig bewindvoerder op algemene wijze omschreven worden, brengt het voorlopig karakter van het mandaat met zich mee, dat hij slechts in uiterste noodzaak beslissingen zal nemen die op fundamentele wijze en op lange termijn de toekomst van de vennootschap bepalen."
- ²². P. COUSSEMENT, "De wet op de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009", *TBH* 2009, (283) 295 en 303, *Parl.St.* Kamer 2007-08, 160/2, 51 en 60.

IV. DE ‘VOORLOPIGE BESTUURDER’ EN HET FAILLISSEMENT: UNIFORMITEIT DOOR DAGVAARDING VAN DE SCHULDENAAR

8. De rechtbank van koophandel oordeelde in casu dat de voorlopige bestuurders *ex* artikel 28 WCO de faillietverklaring van de schuldenaar konden initiëren door middel van een verzoekschrift²³. De voorlopige bestuurders *ex* artikel 28 WCO werden aldus volledig gelijkgesteld met de schuldenaar (*op verzoek van de schuldenaar*).

Hiertegen kan worden ingebracht dat de voorlopige bestuurder *ex* artikel 28 WCO belast wordt met het bestuur van de onderneming (van de schuldenaar)²⁴. De aangifte van het faillissement is geen bestuursdaad over de *onderneming*, doch heeft betrekking op de *schuldenaar* zelf. Beide zijn duidelijk te onderscheiden in de Wet Continuïteit Ondernemingen²⁵. De faillietverklaring is bovendien nooit een automatisme. De rechtbank moet steeds nagaan of de faillissementsvoorwaarden voldaan zijn²⁶. Onder het regime van de Wet Gerechtelijk Akkoord diende de rechtbank de schuldenaar te horen over het vervuld zijn van de faillissementsvoorwaarden, vooraleer diens faillissement uit te spreken²⁷. De parlementaire voorbereiding van de Wet Continuïteit Ondernemingen verduidelijkt niet waarom dit niet langer het geval zou zijn bij een voortijdige beëindiging van de gerechtelijke reorganisatie. Er anders over oordelen, geeft bovendien aanleiding tot een niet te verantwoorden incongruentie tussen de procedure bepaald voor het aanstellen van een voorlopige bestuurder *ex* artikel 28 WCO, en de faillietverklaring. De schuldenaar wordt immers steeds gehoord naar aanleiding van elk verzoek (van een belanghebbende of van het Openbaar Ministerie) om een voorlopige bestuurder *ex* artikel 28 WCO aan te stellen²⁸.

9. De coherentie tussen de Faillissementswet en de Wet Continuïteit Ondernemingen vereist dat de schuldenaar steeds gehoord wordt wanneer de rechtbank uitspraak doet over de faillietverklaring. Dit wordt mogelijk gemaakt door de voorlopige bestuurder *ex* artikel 28 WCO op te leggen de schuldenaar te dagvaarden, wanneer hij oordeelt dat de faillissementsvoorwaarden in hoofde van de schuldenaar voldaan zijn. *De lege ferenda* wordt de lijst van de initiatiefge-rechtigden om de schuldenaar in faillietverklaring te dagvaarden (art. 6 Faill.W.) uitgebreid met de voorlopige bestuurder *ex* artikel 28 WCO.

10. Het insolventierecht sluit in beginsel aan bij het gemeen procesrecht, maar waar zulks noodzakelijk is, worden afwijkende regels geformuleerd²⁹. Zo wordt de aanstelling op eenzijdig verzoekschrift of ambtshalve van een voorlopige bewindvoerder *ex* artikel 8 Faill.W. verantwoord door de vrees dat de schuldenaar bepaalde activa zou doen verdwijnen. Er is geen gelijkaardige verantwoording voorhanden om de schuldenaar de mogelijkheid te ontzeggen om tegenspraak te voeren over het al dan niet verenigd zijn van de faillissementsvoorwaarden in zijn hoofde bij de vroegtijdige beëindiging van de gerechtelijke reorganisatie. Nu het recht op tegenspraak tot de kern van het gemeen procesrecht behoort, dient de schuldenaar betrokken te worden in de zaak, hetgeen het best geschiedt door middel van een dagvaarding.

23. “*Au vu de ces circonstances, les pouvoirs des administrateurs incluaient le pouvoir de saisir le tribunal de commerce pour faire constater la faillite par le tribunal à tout le moins sur base de l’article 41 LCE.*”

24. C. VAN BUGGENHOUT, “De gerechtelijke actoren in de Wet Continuïteit Ondernemingen” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (197) 202: “*In het geval van artikel 28 WCO staat de mandataris niet alleen daadwerkelijk in voor het beheer, maar wordt van hem verwacht dat hij alles in het werk stelt om de continuïteit van de activiteiten te verzekeren.*”

25. *Parl.St.* Kamer 2007-08, 160/2, 54.

26. Art. 41, § 1, 3^{de} lid WCO.

27. Zie art. 15, § 2, art. 24, laatste zin en art. 37, § 3 WGA; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Brussel, Kluwer, 2003, 235: “*Cette procédure ne heurte pas les droits de la défense. La loi précise chaque fois que le débiteur doit être entendu spécialement sur les conditions de la faillite.*”; H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Brussel, Larcier, 2010, 95: “*Afin d’assurer le respect des droits de la défense, le débiteur devrait être ‘spécialement entendu sur les conditions de la faillite’.*”

28. Art. 28 WCO bepaalt niet hoe dit geschiedt. Samen met Windey wordt gesteld dat de schuldenaar hiertoe gedagvaard moet worden, J. WINDEY, “La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises”, *JT* 2009, (237) 242.

29. E. DIRIX, “Insolventierecht en gemeen recht” in H. DE WULF, R. STEENNOT, M. TISON en C. VAN DER ELST (eds.), *Liber Amicorum E. Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (411) 417.