

De voorlopige bewindvoerder in de onderneming in moeilijkheden

Marijke Dreesden

Onder de wetenschappelijke begeleiding van prof. Dr. K. Geens

INLEIDING

Het Belgisch positief recht verwijst meermaals naar de notie van ‘*voorlopige bewindvoerder*’. Deze verschillende verwijzingen hebben echter betrekking op zeer uiteenlopende situaties.

Ten eerste is er de voorlopige bewindvoerder uit artikel 488*bis* B.W. Met dit artikel heeft de wetgever bescherming willen bieden aan meerderjarige personen die omwille van hun lichamelijke of geestelijke gezondheidstoestand volledig of gedeeltelijk onbekwaam zijn geworden om hun goederen te beheren. Artikel 488*bis* B.W. voorziet voor deze personen in een procedure van vertegenwoordiging of bijstand door een voorlopige bewindvoerder voor het beheer van hun vermogen. Dit soort van voorlopig bewind valt buiten het bestek van deze bijdrage.

Ten tweede is er sprake van een voorlopige bewindvoerder in artikel 74 2° d) W. Venn. Dit soort van voorlopig bewind, voornamelijk uitgewerkt door rechtspraak en rechtsleer met gebruikmaking van artikel 584 Ger.W., vormt het hoofdonderwerp van deze bijdrage. Ter vrijwaring van de continuïteit van de onderneming ten behoeve van haar eigenaars, kan aan een rechter, meestal in kort geding, de aanstelling worden gevraagd van een van de vennootschap onafhankelijke persoon als voorlopige bewindvoerder ervan. Klassiek werd er op dit type voorlopige bewindvoerder een beroep gedaan in geval van ernstige blokkering of disfunctie van de organen van een vennootschap. Vanaf de jaren '90 heeft de rechtspraak het aantal toepassingsgevallen evenwel op een nogal gecontesteerde manier uitgebreid. Op deze rechtsfiguur, op de gevallen waarin ze kan worden aangewend, en op de verruiming van deze gevallen wordt ingegaan in 1.1 van deel I.

Op 1 januari 1998 traden de Wet van 17 juli 1997 betreffende het Gerechtelijk Akkoord en de Wet van 8 augustus 1997 betreffende het Faillissement in werking. Deze wetten introduceerden twee nieuwe rechtsfiguren: de commissaris inzake opschorting die de onderneming in tijdelijke

moeilijkheden bijstaat, enerzijds, en de voorlopige bewindvoerder in het kader van preventieve ontzetting en voorlopig beheer, anderzijds.

Volgens sommige rechtsleer moet de commissaris inzake opschorting beschouwd worden als de ‘dubbelganger’, of ‘opvolger’ van de jurisprudentieel gecreëerde voorlopige bewindvoerder aangesteld in een onderneming in moeilijkheden. Om te achterhalen of dit inderdaad ook het geval is, wordt deze rechtsfiguur in al haar facetten besproken in 1.2 van deel 1 van deze bijdrage.

Uit de procedure van preventieve ontzetting en voorlopig beheer van de Faillissementswet vloeit vervolgens de derde variëteit van voorlopig bewind voort. Artikel 8 van deze wet biedt de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel de bevoegdheid om onder bepaalde voorwaarden aan een handelaar het beheer van zijn goederen deels of volledig te onttrekken, en één of meerdere voorlopige bewindvoerders aan te stellen. Deze voorlopige bewindvoerder komt aan bod in 1.3 van deel 1.

Welke ruimte is er uiteindelijk nog voor de aanstelling van een praetoriaans gecreëerde voorlopige bewindvoerder in een onderneming in moeilijkheden in het licht van de invoering van de twee nieuwe rechtsfiguren? De kernvraag of dit eerste type voorlopige bewindvoerder door de twee nieuw ingevoerde rechtsfiguren wordt vervangen, oftewel naast de twee andere regimes blijft bestaan, vormt het onderwerp van deel 2 van deze bijdrage, waarin de drie in deel 1 behandelde rechtsfiguren, en de gevallen waarin er op elk van hen een beroep moet worden gedaan, naast elkaar worden gelegd.

In deel 3 worden tenslotte enkele kritische bedenkingen gemaakt bij de figuur van de voorlopige bewindvoerder in het algemeen. Er zou door de rechtspraak immers maar met mondjesmaat mogen overgegaan worden tot de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder. Slechts indien andere instrumenten ter oplossing van problemen in de vennootschap geen oplossing kunnen bieden, mag er op deze ingrijpende maatregel een beroep worden gedaan.

1. BESPREKING VAN DE DRIE FIGUREN

1.1. DE VOORLOPIGE BEWINDVOERDER UIT HET GEMENE RECHT (VÓÓR 1998)

1.1.1. *Uitgangspunt*

a. Rechtsgrond

De voorlopige bewindvoerder in een vennootschap is een rechtsfiguur die vooral praetoriaans is gegroeid, met als wettelijke basis de artikelen 584 Ger.W. en 74 2° d) W. Venn.

Hoewel een voorlopige bewindvoerder ook door de rechtbank ten gronde kan worden aangesteld, wordt hij meestal benoemd in kort geding of op eenzijdig verzoekschrift op grond van artikel 584 Ger.W.

Volgens het eerste lid van dit artikel is de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg bevoegd om, in spoedeisende gevallen, bij voorraad in kort geding uitspraak te doen. Op grond van artikel 584, tweede lid Ger.W. is, in aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel behoren, ook de voorzitter van de rechtbank van koophandel daartoe bevoegd. Een procedure in kort geding is tegensprekelijk¹ De in kort geding aanhangig gemaakte vordering tot aanstelling van een voorlopige bewindvoerder moet aan die vereisten voldoen die in het algemeen gelden voor de tussenkomst van de rechter in kort geding: ten eerste moet het geval spoedeisend² zijn, ten tweede moet de uitspraak bij voorraad³ worden gewezen en mag er geen nadeel aan de zaak zelf worden toegebracht, en ten slotte mag de voorzitter geen maatregelen bevelen waardoor de rechten van de partijen “op definitieve en onherroepelijke wijze worden aangetast”⁴.

Artikel 584, derde lid Ger.W. regelt vervolgens de procedure op eenzijdig verzoekschrift, een variant van de gewone kortgedingprocedure. Een zaak aldus bij de voorzitter aanhangig maken is slechts mogelijk ingeval van “volstreckte noodzakelijkheid”. Naast de voor elk kort geding vereiste urgentie

¹ J.-M. NELISSEN GRADE en S. LOOSVELD, “Het deskundigenonderzoek in geschillen omtrent het bestuur van vennootschappen”, in X, *Gerechtigd deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brugge, Die Keure, 2003, 462 – 466.

² *Ibid.*, 462: “Een geval is spoedeisend indien een onmiddellijke beslissing wenselijk is om schade van een bepaalde omvang dan wel ernstige ongemakken te voorkomen.”

³ J. VERHAERT, “Patstellingen in vennootschappen”, *R.W.* 1994 – 1995, 173.

⁴ J.-M. NELISSEN GRADE en S. LOOSVELD, *l.c.*, 463: “Dit betekent niet dat de voorzitter geen maatregelen zou mogen bevelen die de situatie van de partijen in feite in belangrijke mate beïnvloeden en die bijvoorbeeld aan één van de partijen schade berokkenen of ongemakken voor haar meebrengen.[...] Dit houdt enkel in dat de voorzitter de rechtspositie van de partijen niet op onherroepelijke en definitieve wijze mag vaststellen of veranderen”.

veronderstelt de inwilliging van een vordering op eenzijdig verzoekschrift de volstreekte noodzaak van het afzien van het contradictoair debat.⁵

Artikel 74 2° d W.Venn. schrijft voor dat de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder moet worden neergelegd in het vennootschapsdossier bij het handelsregister en gepubliceerd in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad.⁶

b. Ratio legis

De oorspronkelijke bedoeling die aan de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder ten grondslag ligt is het veilig stellen van de continuïteit van de onderneming ten behoeve van de eigenaars ervan.⁷ Zoals zal blijken uit de bespreking van de gevallen waarin de rechtspraak overgaat tot aanstelling van een voorlopige bewindvoerder, ligt het ‘reddend’ van de onderneming inderdaad aan de basis van de zogenaamde ‘klassieke gevallen’ van aanstelling. De rechtspraak heeft het aantal toepassingsgevallen echter uitgebreid. Deze verruiming heeft op haar beurt ook een verruiming van het doel van de maatregel met zich meegebracht. Zo bestaan er talrijke beslissingen waarbij voorzitters de ‘vrijwaring van hét vennootschapsbelang’ als dusdanig hanteren als rechtvaardigingsgrond voor de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder, zelfs zonder dat de continuïteit van de onderneming echt op het spel staat.⁸

1.1.2. Aard van de functie

De rechter beschikt over een ruime beoordelingsvrijheid wat betreft de aan de voorlopige bewindvoerder te verlenen bevoegdheden. Afhankelijk van de omstandigheden varieert de taakomschrijving van zeer punctueel en beperkt, tot erg ruim en bijna onbeperkt. Nochtans zal de rechter, gelet op zijn terughoudendheidsverplichting, de toegekende bevoegdheden moeten beperken tot het strikte minimum. Bij gebrek aan beperking van de opdracht, zowel in tijd als in omvang, zou het voorlopig karakter van de maatregel in gevaar komen en daardoor botsen met de essentiële voorwaarden van de tussenkomst van de rechter in kort geding.⁹

⁵ M. DENEFF, “Conflicten in vennootschappen geïllustreerd: voorlopig bewind en geschillenregeling bij echtelijke perikelen”, in X, *Vennootschaps- en financieel recht*, Prof.dr. K. GEENS (ed.), Brugge, Die Keure, Themis, nr. 11, 2002, 49.

⁶ N. GOOSSENS, “Wanneer kunnen vennootschapsschuldeisers de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder verkrijgen?”, (noot onder Kh. Brussel 23 januari 2001), *T.R.V.* 2002, 323.

⁷ H. COUSY en C. VAN SCHOUWBROECK, “Preventieve ontzetting en voorlopig beheer”, in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, E. WYMEERSCH (eds.), *Faillissement en Gerechtigelijk Akkoord. Het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1998, 115; K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak, Vennootschappen”, *T.P.R.* 2000, 292.

⁸ K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak, Vennootschappen”, *T.P.R.* 2000, 292.

⁹ *Ibid.*, 295; H. BRAECKMANS, “Conflicten in vennootschappen”, *R.W.* 2002-2003, 1089.

De voorlopige bewindvoerder krijgt veelal een algemeen of meer beperkt bestuursmandaat toegekend. In geval van een algemene opdracht handelt hij gewoonlijk gedurende een korte periode als vennootschapsorgaan, waarbij hij optreedt in de plaats van het bestuursorgaan.¹⁰ Zijn opdracht kan ook beperkter zijn en slechts de verwezenlijking van één of meer specifieke handelingen beogen. In dat geval spreekt men eerder van een ad hoc-bewindvoerder. Soms bestaat zijn rol ook uit het verlenen van louter bijstand.¹¹ In dat geval vervolledigt of vervoegt hij een orgaan dat zelf al zijn bevoegdheden behoudt, of houdt hij hierop toezicht.

1.1.3. Vorderingsgerechtigden

Elke belanghebbende in de zin van artikel 17 Ger.W. kan een vordering instellen tot aanstelling van een voorlopige bewindvoerder.¹² Over het algemeen bestaat er weinig discussie over het feit dat vennootschapsorganen, individuele bestuurders, individuele aandeelhouders en commissarisrevisoren belanghebbenden kunnen zijn.

Meer omstreden daarentegen is de vraag of schuldeisers van de vennootschap een voldoende belang in de zin van artikel 17 Ger.W. kunnen hebben om de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder te vorderen.¹³ In dit verband wordt vaak benadrukt dat de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder enkel aanvaardbaar is wanneer minder verregaande methodes geen uitkomst bieden (zie deel III). Vaak zal de aanstelling van een sekwester, die zorgt dat activa of boekhoudkundige stukken niet worden vervreemd, volstaan ter vrijwaring van de rechten van schuldeisers.¹⁴ Volgens Ph. COLLE mag echter zeker niet *a priori* worden uitgesloten dat de rechter kan ingaan op de vordering van schuldeisers tot aanstelling van een voorlopige bewindvoerder.¹⁵

¹⁰ In deze bijdrage hangen we de visie aan dat de voorlopige bewindvoerder een orgaan *binnen* de vennootschap is, en geen externe bestuurder *over* de vennootschap. Zie voor een uitgebreide bespreking van de verschillende opvattingen over de aard van het jurisprudentiële voorlopig bewind: J. VANANROYE, "Voorlopig bewind: onbevoegdheid van de gewone organen of onbekwaamheid van de rechtspersoon. Een kritische kanttekening bij de toepassing door het arrest van het Hof van Cassatie van 4 november 2004 van de principes van organieke vertegenwoordiging in rechte.", *T.R.V.* 2005/1, 8 – 27.

¹¹ H. BRAECKMANS, *l.c.*, 1089 – 1090; J.-P. BUYLE, "De voorlopig bewindvoerder: enkele opmerkingen uit de praktijk", *T.R.V.* 1996, 4; E. POTTIER en M. DE ROECK, "L'administration provisoire: bilan et perspectives", *T.B.H.* 1997, 222 – 223, 231 – 238.

¹² E. POTTIER en M. DE ROECK, *l.c.*, 226.

¹³ M. DENEFF, *l.c.*, 50.

¹⁴ H. DE WULF, "Geschillenregelingen in vennootschappen: capita selecta", in X, *Omgaan met vennootschappen: regulering en rechtspraktijk*, Antwerpen, Maklu, 2002, 83 – 84.

¹⁵ Ph. COLLE, "De voorlopige bewindvoerder in de onderneming in moeilijkheden: recente ontwikkelingen", in X, *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, Vlaams Pleitgenootschap (ed.), Kalmthout, Biblo, 1994, 221.

Ondanks de controverse zijn er toch voldoende voorbeelden in de rechtspraak waarin er op vraag van schuldeisers voorlopige bewindvoerders worden aangesteld. Zo werden o.m. de werknemers van een vennootschap¹⁶ en pandhoudende schuldeisers¹⁷ reeds geacht over een voldoende belang te beschikken. In een beschikking van 1 februari 1999 stelt de Rechtbank van Koophandel te Brussel¹⁸ zelfs dat het principieel mogelijk is dat een voorlopige bewindvoerder wordt aangesteld op verzoek van een schuldeiser van de vennootschap. Voor de gegrondheid van dit verzoek stelt de voorzitter zich wel strenger op dan voor een verzoek door een vennoot of een orgaan van de vennootschap.

1.1.4. Toepassing in de praktijk

Het Wetboek van Vennootschappen specificeert niets over de omstandigheden waarin een voorlopige bewindvoerder kan worden aangesteld. Het antwoord op deze vraag vinden we in de uiteenlopende beschikkingen van de voorzitters van de rechtbanken, veelal oordelend, zoals hierboven al aangehaald, in kort geding of op eenzijdig verzoekschrift.

a. Klassiek toepassingsgebied

De benoeming van een voorlopige bewindvoerder is vooreerst aangewezen bij het niet functioneren van een vennootschapsorgaan. Dit niet functioneren, kan het resultaat zijn van een *objectieve* onmogelijkheid om de normale werking van het orgaan te verzekeren, of van een *subjectief* geschil dat de normale werking blokkeert.¹⁹

Er is sprake van een objectieve onmogelijkheid om te functioneren wanneer de vennootschapsorganen zich in een soort ‘impasse’ bevinden. Dit is bijvoorbeeld het geval bij ziekte, overlijden, verdwijnen of aanhouding²⁰ van de enige zaakvoerder. Hetzelfde geldt voor onduidelijkheid of verwarring over de samenstelling van de raad van bestuur of de benoeming van zijn leden.²¹

Vervolgens is er de situatie waarin de vennootschapsorganen in de onmogelijkheid zijn om te functioneren door subjectieve meningsverschillen tussen bestuurders en/of aandeelhouders. Vereist is een ‘gekaracteriseerde

¹⁶ Kort Ged. Kh. Namen 2 juni 1993, *J.T.* 1993, 463 (de zaak ‘Tandy’ Kort Ged. Kh. Brugge 24 maart 1997, *V&F* 1997, 184.

¹⁷ Kort Ged. Kh. Tongeren (eenz.verz.) 7 februari 1994, *T.R.V.* 1995, 513.

¹⁸ Kort Ged. Kh. Brussel 1 februari 1999, *T.R.V.* 1999, 191.

¹⁹ E. POTTIER en M. DE ROECK, *l.c.*, 208 – 210.

²⁰ Kort Ged. Brugge 24 maart 1997, *V&F* 1997, 184, waar de enige zaakvoerder, die tevens essentieel was voor het functioneren van de algemene vergadering, in voorlopige hechtenis werd genomen.

²¹ E. POTTIER en M. DE ROECK, *l.c.*, 208.

onenigheid'²², die de besluitvorming blokkeert of de werking van de vennootschap verlamt. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer één van de 50 %-aandeelhouders op de jaarlijkse algemene vergadering weigert de jaarrekeningen goed te keuren, kwijting te verlenen aan de bestuurders en nieuwe bestuurders te benoemen, en de belangrijkste leveranciers hun leveringen wegens deze blokkering van de vennootschapsorganen opschorten.²³ Ook het zich publiekelijk distantiëren van een deel van de bestuurders van de overige medebestuurders, of het neerleggen van een strafklacht tegen medebestuurders zijn illustraties van subjectieve meningsverschillen die de besluitvorming kunnen paralyseren.²⁴

Ten tweede dringt de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder zich op in geval van wanbeheer. We hebben hier in feite al te maken met een eerste opmerkelijke uitbreiding van de mogelijke inmenging van de rechter in kort geding.²⁵ Het bestuur treedt namelijk wel degelijk op, maar doet dit op een onregelmatige manier: de bestuursorganen vergaderen niet meer; er worden noodlottige beslissingen genomen; de vennootschaps- en boekhoudwetgeving of de statuten worden niet gerespecteerd; er wordt misbruik gemaakt van vennootschapsgoederen.²⁶ De rechtbank moet hier steeds voldoende kritisch blijven. 'Wanbeheer' is immers, in tegenstelling tot het niet-functioneren van de vennootschapsorganen, niet op objectieve vaststellingen gebaseerd. De aanstelling van een voorlopige bewindvoerder is dan ook enkel gerechtvaardigd bij manifest wanbeheer. Een vrees of vermoeden van onregelmatigheden volstaat niet om de aanstelling te verantwoorden.²⁷

De zaak *Tandy* illustreert hoe delicaat deze afweging wel kan zijn.²⁸ In deze zaak ging de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Namen in op het verzoek van de werknemers die in het kader van de sluiting van de Belgische vestiging van de betrokken Canadese groep collectief zouden worden ontslagen, en stelde een 'sekwester-voorlopig bewindvoerder' aan. De werknemers hadden volgens de Voorzitter op voldoende wijze aangetoond dat de vennootschap zou worden vereffend met miskenning van de vennootschapswetgeving, en dat activa zouden worden verduisterd. In hoger beroep werd deze beslissing echter tenietgedaan, en vervangen door de aanstelling van een bedrijfsrevisor met beperkte opdracht, omdat "*le conflit social ne saurait être réglé par le biais d'un administrateur provisoire dont la*

²² B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking, en vertegenwoordiging*, Brugge, Die Keure, 2005, 188: "[...]outere meningsverschillen zijn dus niet voldoende, evenmin als een slecht klimaat, wanneer dit zich niet concreet vertolkt in een conflict m.b.t. specifieke punten."

²³ Kort Ged. Kh. Charleroi 1 februari 1996, *T.R.V.* 1996, 205; M. DENEFF, *l.c.*, 53.

²⁴ B. TILLEMANS, *o.c.*, 188 – 189.

²⁵ N. GOOSSENS, *l.c.*, 324.

²⁶ E. POTTIER en M. DE ROECK, *l.c.*, 210; J.-P. BUYLE, *l.c.*, 6.

²⁷ K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, *l.c.*, 287; J.-P. BUYLE, *l.c.*, 6.

²⁸ Kort Ged. Kh. Namen (eenz. verz.) 2 juni 1993, *J.T.* 1993, 463.

désignation ne se conçoit que si une société se trouve paralysée par suite de la défection de ses organes dirigeants”.

Ten derde is de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder gerechtvaardigd in geval van kennelijk misbruik van meerderheid, waardoor de belangen van de minderheidsaandeelhouder, de vennootschap en/of de vennootschapsschuldeisers ernstig worden bedreigd. De tussenkomst van de rechter in kort geding wordt evenwel begrensd door de normale regels van de werking van de meerderheid, en de eventuele andere mogelijkheden waarover minderheidsaandeelhouders beschikken.²⁹ Zo is voor de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder vereist dat het misbruik van meerderheid wordt begaan door het bestuursorgaan. Bij een misbruik van meerderheid op het niveau van de algemene vergadering, waarin de bestuurders niet noodzakelijkerwijs betrokken zijn, is de nietigverklaring of opschorting van het besluit genomen met miskenning van de rechten van de minderheid de meer aangewezen maatregel.³⁰

Ten slotte kan er eveneens een voorlopige bewindvoerder worden aangesteld wanneer de aandeelhouders een ernstig en aanhoudend meningsverschil hebben over de vennootschap.³¹ Een gewoon meningsverschil tussen de aandeelhouders in verband met het te voeren beleid volstaat niet om een voorlopige bewindvoerder te horen aanstellen, indien de vennootschap verder naar behoren blijft functioneren en de vigerende statutaire, vennootschapsrechtelijke en boekhoudkundige verplichtingen worden nageleefd.³²

b. Verruiming

In het begin van de jaren '90 begon een aantal voorzitters steeds soepeler om te springen met de vordering tot aanstelling van een voorlopige bewindvoerder. In hun rechtspraak is de figuur op opmerkelijke wijze geëvolueerd van een vrij uitzonderlijke maatregel bij 'een afwezigheid van of een gebrek in de werking van de vennootschapsorganen', naar een soort 'passe-partout-oplossing' voor allerlei bestuursproblemen. De aanstelling van een voorlopige bewindvoerder wordt in deze nieuwe tendens in de rechtspraak dan gezien als een soort ultieme remedie om ondernemingen in moeilijkheden te redden.

De 'moeilijkheden' van de onderneming gaan soms samen met één van de voormelde situaties van niet of niet naar behoren functionerende vennootschapsorganen, manifest wanbeheer of misbruik van meerderheid.³³

²⁹ E. POTTIER en M. DE ROECK, *l.c.*, 212.

³⁰ B. TILLEMANS, *o.c.*, 195.

³¹ E. POTTIER en M. DE ROECK, *l.c.*, 214.

³² K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, *l.c.*, 285 – 286.

³³ *Ibid.*, 289.

Maar er is ook rechtspraak die een voorlopige bewindvoerder aanstelt louter op basis van (financiële) moeilijkheden, zonder dat deze gepaard gaan met één van de ‘klassieke’ situaties. Aangemoedigd door de zorgwekkende financiële toestand van de onderneming, beslissen de aandeelhouders van de vennootschap, of de vennootschap zelf bij monde van haar bestuursorgaan, om de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder te vorderen.³⁴ De bewindvoerder verwordt hier dus tot een instrument ter voorkoming van het faillissement, tot een soort crisismanager of ‘pre-curator’³⁵ van de onderneming. Er wordt van hem vervolgens verwacht een objectieve financiële diagnose te stellen, en naar aanleiding daarvan initiatieven en beslissingen te nemen met het oog op ofwel de overname van de onderneming door een derde, de geleidelijke realisatie van het actief van de onderneming, of het maken van een herstelplan in overleg met de schuldeisers.³⁶ Dit takenpakket is beduidend ruimer dan de onder b) geschetste traditioneel aan de bewindvoerder toegekende bevoegdheden, en lijkt afbreuk te doen aan de subsidiaire, uitzonderlijke en bij uitstek voorlopige aard van de maatregel van het voorlopig bewind. Deze nieuwe tendens in de rechtspraak wordt dan ook fel bekritiseerd in de rechtsleer.

De verruiming in de rechtspraak kan worden geïllustreerd aan de hand van de zaak *Tonton-Tapis*³⁷. In casu werd een voorlopige bewindvoerder aangeduid, nadat de vennootschap hierom zelf bij eenzijdig verzoekschrift had verzocht. De onderneming, die beschikte over regelmatig functionerende organen, vreesde dat het instellen van bepaalde bewarende maatregelen de staking van betaling en het wankelen van het krediet van de onderneming zou veroorzaken. De bewindvoerder kreeg als opdracht het voorlopig bestuur van de vennootschap waar te nemen, de voortzetting van de activiteit te verzekeren, onderhandelingen met het oog op de overname aan te knopen, en beslissingen en initiatieven te nemen met het oog op de realisatie van het actief van de onderneming.

c. Het vennootschapsbelang

De aanstelling van een voorlopige bewindvoerder vindt zijn finale rechtvaardiging altijd in de vrijwaring van het ‘vennootschapsbelang’.³⁸ Het ‘vennootschapsbelang’ is echter een vlag die zowel een enge als een ruime lading dekt. In haar enge betekenis doelt het begrip op het collectieve winstbelang van de vennoten/aandeelhouders.³⁹ Ruim gedefinieerd wordt het

³⁴ E. POTTIER en M. DE ROECK, *l.c.*, 216.

³⁵ B. TILLEMANN, “De voorlopig bewindvoerder als precurator?”, (noot onder Kort Ged. Kh. Luik 16 augustus 1991), *T.R.V.* 1992, 40 – 45; M. WYCKAERT, noot onder Voorz. Kort Ged. Kh. Luik 20 juni 1997, *T.R.V.* 2000, 460.

³⁶ E. POTTIER en M. DE ROECK, *l.c.*, 216.

³⁷ Kort Ged. Kh. Luik 16 augustus 1991, *T.R.V.* 1992, 38 – 39 (met noot B. TILLEMANN).

³⁸ K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, *l.c.*, 291.

³⁹ A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht: inhoud en grondslagen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 742 – 743.

vennootschapsbelang gelijkgesteld met de som of de resultante van de afweging van diverse vaak tegenstrijdige deelbelangen, namelijk die van aandeelhouders, van werknemers, van leveranciers, van omwonenden, van schuldeisers, van onderaannemers, enz...⁴⁰ De Vennootschappenwet gaat uit van een enge basisfilosofie. Daarentegen kadert de in de jaren '90 ontstane neiging van rechtbanken om in te gaan op verzoeken tot aanstelling van een bewindvoerder in ondernemingen in moeilijkheden waarvan de organen nochtans regelmatig functioneren volledig in de verruimde visie op het vennootschapsbelang.⁴¹

d. Evaluatie van de verruiming

Uit het voorgaande volgt dat de verruiming van de aanstellingsgevallen van de voorlopige bewindvoerder gelijke tred houdt met de verruiming van de inhoud van het 'vennootschapsbelang'. De doctrine reageert zeer verdeeld op deze evolutie. Hieronder komen zowel de argumenten van de voorstanders, als die van de tegenstanders aan bod.

i. Voorstanders van de verruiming

Volgens de voorstanders van de verruiming mag de aanwending van de figuur van de voorlopige bewindvoerder niet worden beperkt tot de enkele gevallen waar de vennootschapsorganen niet of onregelmatig functioneren. Het vennootschapsbelang wordt naar hun mening immers evenzeer bedreigd door een weliswaar misschien normaal functionerend doch onbekwaam bestuursorgaan.⁴²

Een gedeelte van de hier besproken rechtsleer gaat ervan uit dat een beroep op een voorlopige bewindvoerder in een onderneming in moeilijkheden mogelijk is onder drie voorwaarden. Ten eerste moeten te allen tijde de regels van het faillissementsrecht worden nageleefd indien het gaat om een reddeloos verloren onderneming. De bewindvoerder mag door zijn tussenkomst geen schijn van kredietwaardigheid opwekken. Vervolgens mogen de in functie zijnde bestuurders hun taak en verantwoordelijkheid niet ontvluchten. De instelling van het voorlopig bewind is geen alternatief voor een chronisch onbekwaam bestuur. Ten slotte moet de rechter in kort geding de inmenging in het vennootschapsleven zo veel mogelijk beperken, hetzij door minder

⁴⁰ *Ibid.*, 748.

⁴¹ Zie Kort Ged. Kh. Luik 16 augustus 1991, *T.R.V.* 1992, 38: De rechter in eerste aanleg ging op het verzoek in overwegende dat "de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder gerechtvaardigd is, buiten elk conflict op het niveau van de vennootschapsorganen, met het oog op de verzekering van de vennootschapscontinuïteit en ter vrijwaring van de rechten van derden"

⁴² Ph. COLLE, *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, Antwerpen, Maklu, 1989, 343; -, "De voorlopige bewindvoerder in de onderneming in moeilijkheden: recente ontwikkelingen", *l.c.*, 216; M. WYCKAERT, "Waar ligt de redelijke grens aan de bevoegdheden van een voorlopig bewindvoerder?", (noot onder Kort Ged. Kh. Charleroi 1 februari 1996), *T.R.V.* 1996, 210.

verregaande maatregelen, hetzij door een strikte omschrijving van de opdracht van de voorlopige bewindvoerder.⁴³

ii. Tegenstanders van de verruiming

Een groot deel van de rechtsleer plaatst kritische bedenkingen bij de verruiming van de gevallen waarin een voorlopige bewindvoerder wordt aangesteld. De rechter zou zich hiermee een quasi-soevereine appreciatiemacht toe-eigenen en de conflictbeslechtingmodellen die de Vennootschapswet zelf vermeldt buiten spel zetten.⁴⁴ Het opzijschuiven van de organen van de vennootschap zou volgens deze rechtsleer alleen toegelaten mogen worden in de onder d.1. opgesomde klassieke gevallen.

Een door de tegenstanders van de verruimde visie vaak aangehaalde illustratie hiervan is de *Leonidas*-zaak.⁴⁵ In deze zaak werd op vraag van een minderheidsaandeelhouder een voorlopige bewindvoerder aangesteld, omdat de aandeelhouder zich niet kon neerleggen bij een dividendstop tijdens een periode van bloei van de vennootschap, terwijl de bezoldiging van de zaakvoerders op vijf jaar tijd verdrievoudigd was. Volgens H. DE WULF had deze aandeelhouder echter een hele reeks andere, veel meer aangepaste maatregelen te zijner beschikking. Zo had hij kunnen nagaan of de toekenning van de bestuurdersvergoeding volgens de wettelijke of statutaire regels was verlopen. Hij had eveneens kunnen argumenteren dat de dividendstop een misbruik van meerderheid uitmaakte, indien er kennelijk geen redelijke motivatie voor kon worden aangewezen. De aandeelhouder had dan een nietigheidsvordering tegen de beslissingen van de algemene vergadering en eventueel ook een aansprakelijkheidsvordering kunnen inleiden. DE WULF beklemtoont bovendien dat het in de plaats stellen van een andere aanvaardbare beslissing aan de organen zelf moet worden overgelaten, en niet aan de rechtbank of aan een bewindvoerder.⁴⁶

Hoewel de tegenstanders van de verruiming zich vaak op deze argumentatie beroepen, hebben we hier in feite te maken met een bevestiging van de hierboven geciteerde drie-voorwaarden-theorie, waarop bepaalde pro-verruiming-rechtsleer prat gaat. De derde voorwaarde houdt immers in dat er geen voorlopige bewindvoerder mag worden aangesteld indien andere meer aangewezen, of minder ingrijpende maatregelen voorhanden zijn. Zowel voorals tegenstanders van de verruiming gaan er dus van uit dat de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder een bij uitstek subsidiaire maatregel is. Bijgevolg kan dit argument contra verruiming niet echt overtuigen.

⁴³ E. POTTIER en M. DE ROECK, *l.c.*, 220 – 222; Ph. COLLE, *l.c.*, 218.

⁴⁴ K. BYTTEBIER, “Omtrent de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder ter voorkoming van de schending van de belangen van een minderheidsaandeelhouder in een vennootschap”, (noot onder Brussel 26 juni 1995), *A.J.T.* 1995-96, 347.

⁴⁵ Brussel 26 juni 1995, *A.J.T.* 1995-96, 340.

⁴⁶ H. DE WULF, *l.c.*, 86 – 87; K. BYTTEBIER, *l.c.*, 345 – 347.

De anti-verruiming-strekking in de rechtsleer bekritiseert voorts de pogingen om een voorlopige bewindvoerder te laten aanstellen teneinde het faillissement van de vennootschap uit te stellen. De op basis van artikel 584 Ger.W. en artikel 74 2° d) W.Venn. in een onderneming in moeilijkheden aangestelde voorlopige bewindvoerder mag niet fungeren als een soort pre-curator indien er ten gronde geen definitieve oplossing kan worden gevonden die tot vrijwaring of herstel van de vennootschapscontinuïteit bijdraagt.⁴⁷

Ook dit argument strookt in feite volledig met de door verruiming-voorstanders uitgewerkte drie-voorwaarden-theorie en mist daardoor overtuigingskracht. Volgens de eerste voorwaarde van deze theorie moeten immers de regels van het faillissementsrecht altijd worden nageleefd indien het gaat om een reddeloos verloren onderneming. Indien er toch een bewindvoerder wordt aangesteld, zal deze zijn aansprakelijkheid in het gedrang brengen wanneer hij de onderneming voortzet hoewel de faillissementsvoorwaarden vervuld zijn. Een moeilijkheid hierbij is echter wel dat het uitermate delicaat is een voorlopige bewindvoerder aangifte van faillissement te laten doen.⁴⁸

1.2. DE COMMISSARIS INZAKE OPSCHORTING

Sinds de inwerkingtreding van de Wet betreffende het Gerechtelijk Akkoord van 17 juli 1997 en van de Nieuwe Faillissementswet van 8 augustus 1997 op 1 januari 1998 is de kritiek op de verruimde rechtspraak met betrekking tot de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder nog toegenomen. Deze wetten introduceerden twee nieuwe rechtsfiguren: de commissaris inzake opschorting die de onderneming in tijdelijke moeilijkheden bijstaat, enerzijds, en de voorlopige bewindvoerder in het kader van preventieve ontzetting en voorlopig beheer, anderzijds. De tweede figuur wordt in hoofdstuk 3 onder de loep genomen.

1.2.1. *Uitgangspunt*

a. Rechtsgrond

Luidens artikel 9 van de Wet op het Gerechtelijk Akkoord⁴⁹ (hierna: W.G.A.) kan het gerechtelijk akkoord enkel aan de schuldenaar worden toegestaan indien hij tijdelijk zijn schulden niet kan voldoen of indien de continuïteit van zijn onderneming bedreigd wordt door moeilijkheden die op min of meer korte termijn kunnen leiden tot het ophouden van betalen. Het akkoord kan bovendien alleen worden toegestaan indien de financiële toestand van de

⁴⁷ A.-D. LEJEUNE en V. VERITER, "De voorlopig bewindvoerder in het vennootschapsrecht", *Pacioli* 2001, 3; J. V., noot onder Kort Ged. Kh. Brussel 1 februari 1999, *T.R.V.* 1999, 195.

⁴⁸ H. DE WULF, *l.c.*, 87.

⁴⁹ Wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord, *B.S.* 28 oktober 1997.

onderneming kan worden gesaneerd en het economisch herstel ervan mogelijk lijkt. Uit artikel 15 § 1 W.G.A. volgt vervolgens dat de rechtbank, indien ten eerste voldaan is aan de voorwaarden van artikel 9, er ten tweede geen sprake is van kennelijk kwade trouw, en ten derde de rechtbank op grond van een voorlopige beoordeling oordeelt dat de continuïteit van de onderneming geheel of gedeeltelijk kan worden gehandhaafd, een voorlopige opschorting van betaling toekent voor een observatieperiode van maximum 6 maanden, en in haar beslissing één of meer commissarissen inzake opschorting aanwijst. Volgens artikel 19 W.G.A. ten slotte wordt de commissaris inzake opschorting ermee belast de schuldenaar bij te staan bij het bestuur, onder toezicht van de rechtbank. De aangewezen commissaris moet waarborgen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid bieden, en vertrouwd zijn met het bestuur van een onderneming en met boekhouden.

b. Ratio legis

De ratio legis van de W.G.A. en van de hieruit voortvloeiende aanstelling van een commissaris inzake opschorting is af te leiden uit de bewoordingen van artikel 9 W.G.A. Het aanvragen van een gerechtelijk akkoord en de aanstelling van een commissaris strekken ertoe de continuïteit in de onderneming, die zich per definitie in moeilijkheden bevindt, te herstellen, en vervolgens te handhaven. Het is de bedoeling een preventief beleid te voeren om te verhinderen dat ondernemingen zouden afglijden naar discontinuïteit.⁵⁰

De bespreking van de ratio legis van deze wet verschaft ons de gelegenheid om te onderzoeken of de figuur van de commissaris inzake opschorting, en de instelling van het gerechtelijk akkoord in het algemeen, te linken zijn aan één van de twee visies op het vennootschapsbelang, zoals die werden beschreven onder punt d.3. van het vorige hoofdstuk.

Hoewel de W.G.A. op het eerste gezicht overwegend lijkt te kaderen in de vrijwaring van het ruim begrepen vennootschapsbelang, moet benadrukt worden dat de instelling van het gerechtelijk akkoord voornamelijk het duidelijk van het vennootschapsbelang onderscheiden belang van de onderneming behartigt.⁵¹ In artikel 38 W.G.A. wordt zelfs uitdrukkelijk naar dit ondernemingsbelang verwezen.⁵² Oorspronkelijk werd in het ontwerp inzake het gerechtelijk akkoord de nadruk gelegd op de belangen van de schuldeisers alleen. Na discussies in de Kamercommissie werd hiervan echter

⁵⁰ C. VAN BUGGENHOUT, "Kanttekeningen bij de wetten betreffende het gerechtelijk akkoord en het faillissement", *R.W.* 1997-1998, 449.

⁵¹ A. FRANÇOIS, "Vennootschapsrechtelijke aspecten van de wetten betreffende het gerechtelijk akkoord en het faillissement", in K. BYTTEBIER en R.R. FELTKAMP (eds.), *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord*, Antwerpen, Maklu, 1998, 249.

⁵² Artikel 38, eerste zin W.G.A. luidt als volgt: "In het belang van de onderneming kan de rechtbank, op verzoek van de schuldenaar of de commissaris inzake opschorting, wijzigingen in het plan goedkeuren, die de uitvoering ervan kunnen bevorderen."

afgestapt.⁵³ Hoewel de belangen van de schuldeisers in de uiteindelijke wet mijns inziens nog steeds een centrale plaats innemen, streeft de W.G.A. een evenwicht na tussen diverse zelfstandige belangen. De parlementaire voorbereiding stipuleert dat het gerechtelijk akkoord “*de individuele rechten van de schuldeisers en de werknemers tracht te verenigen met de collectieve belangen die gediend worden door de voortzetting van de activiteiten van een onderneming of van een gedeelte ervan, alsook door het behoud van de daarmee gepaard gaande werkgelegenheid en omzet*”. Dit evenwicht is gericht op het financiële herstel en het voortbestaan van de onderneming. Dat het *vennootschaps*belang hier niet primeert, blijkt bovendien uit het feit dat het herstel en voortbestaan van de onderneming desnoods *buiten* het kader van de vennootschap-rechtspersoon kan worden gerealiseerd, zoals blijkt uit de artikelen 41 tot 43 W.G.A. inzake de overdracht van de onderneming.

De aanstelling van de commissaris inzake opschorting moet dus worden gezien in het ruimere kader van de behartiging van een aantal van het vennootschapsbelang onderscheiden zelfstandige belangen, met daarin centraal de belangen van de schuldeisers.

1.2.2. Aard van de functie

De commissaris inzake opschorting is een sleutelfiguur in het scenario van de akkoordprocedure. Hoe zijn functie *in concreto* moet worden ingevuld, is een kwestie van casuïstiek. De omvang van zijn taak zal afhankelijk zijn van de capaciteiten en voorbije gedragingen en tekortkomingen van de schuldenaar.⁵⁴

De commissaris inzake opschorting dient de onderneming die in tijdelijke moeilijkheden verkeert in eerste instantie louter bijstand te verlenen bij het bestuur (artikel 19 W.G.A.). Zijn takenpakket omvat onder meer het bijstaan van de schuldenaar bij de redactie van een herstel- en afbetalingsplan (artikel 29 W.G.A.); het toezicht op de gang van zaken bij de schuldenaar (artikel 36 W.G.A.); het verwittigen van de schuldeisers van het bestaan van een voorlopige opschorting (artikel 17 § 2 W.G.A.); het informeren van het personeel over de inhoud van het plan. Slechts uitzonderlijk kan de commissaris worden gemachtigd om de overdracht van de onderneming of van een gedeelte ervan te organiseren (artikel 41 W.G.A.). In sommige gevallen ten slotte kan de rechtbank bepalen dat de schuldenaar geen daden van bestuur of van beschikking meer mag verrichten zonder machtiging van de commissaris inzake opschorting (artikel 15 § 1, derde lid W.G.A.).⁵⁵

⁵³ A. FRANÇOIS, “Vennootschapsrechtelijke aspecten van de wetten betreffende het gerechtelijk akkoord en het faillissement”, *l.c.*, 249, voetnoot 17; *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 631/13, 198-200; *Parl. St. Kamer* 1993-94, nr. 1406/1, 10: “*Als voornaamste en prioritaire doelstelling stelt het ontwerp de voldoening van de schuldeisers voorop.*”; *Parl. St. Kamer* 1995-96, nr. 329/17, 86.

⁵⁴ *Parl. St. Kamer*, 1993-94, nr. 1406/1, 18; E. BALLON, J. DE LEENHEER, M. DENEFF, M.D. DE SIMPELAERE, *De nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord*, Diegem, Ced. Samson, 1997, 99.

⁵⁵ K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, *l.c.*, 290 – 291.

Uit voorgaande taakomschrijving blijkt al meteen het verschil tussen de opdracht van de jurisprudentiële voorlopige bewindvoerder in een onderneming in moeilijkheden en die van de commissaris inzake opschorting. De voorlopige bewindvoerder beschikt veelal over de bevoegdheden van het orgaan dat hij vervangt, meestal de raad van bestuur, zodat hij bestuursbevoegdheden heeft. De commissaris inzake opschorting daarentegen vervult meestal slechts een bijstandsrol, waarbij de organen zelf aan het hoofd van de vennootschap blijven staan.⁵⁶ In deel 2 wordt onderzocht of er, ondanks de conceptuele verschillen, misschien toch overlappingsen zijn tussen de respectievelijke mandaten van beide rechtsfiguren, tengevolge van de (verruimde) invulling ervan door de rechtspraak.

1.2.3. Vorderingsgerechtigden

De enige die een aanvraag tot gerechtelijk akkoord kan indienen is de handelaar-schuldenaar zelf (artikel 11 W.G.A.). Het akkoord kan dus niet worden aangevraagd door andere personen die met de onderneming verbonden zijn zoals werknemers, schuldeisers, of minderheidsaandeelhouders... Dit brengt een beduidende verenging van de bruikbaarheid van deze rechtsfiguur met zich mee: het gerechtelijk akkoord zal niet zo vaak worden aangevraagd bij gebrek aan initiatiefgerechtigden.

De schuldeisers, die niet bevoegd zijn om een gerechtelijk akkoord aan te vragen, kunnen wel via informele weg druk uitoefenen op de vennootschap, opdat deze zelf een gerechtelijk akkoord in overweging neemt.⁵⁷ Bovendien kunnen ze wel verzoeken om de aanstelling van een praetoriaanse voorlopige bewindvoerder.⁵⁸ Hoewel de wet niet voorziet in de aanvraag van het gerechtelijk akkoord door een voorlopige bewindvoerder⁵⁹, behoort dit volgens E. BALLON tot de normale daden van bestuur van deze rechtsfiguur, gezien deze maatregel ertoe strekt de continuïteit van de onderneming te handhaven.⁶⁰ Andere rechtsleer suggereert dan weer dat de rechtbank bij de aanstelling zou kunnen preciseren dat het indien nodig aanvragen van een gerechtelijk akkoord deel uitmaakt van de opdracht van de voorlopige bewindvoerder.^{61 62}

⁵⁶ E. BALLON, J. DE LEENHEER, M. DENEFF en M.D. DE SIMPELAERE, *o.c.*, 100.

⁵⁷ H. DE WULF, *l.c.*, 90.

⁵⁸ E. POTTIER, "L'intervention d'un administrateur provisoire dans le fonctionnement d'une société, en ce compris dans le contexte d'une entreprise en difficulté", *C.J.* 1999, 6.

⁵⁹ E. BALLON, J. DE LEENHEER, M. DENEFF en M.D. DE SIMPELAERE, *o.c.*, 143, voetnoot 64: "Tijdens de voorbereidende werken werd hieromtrent nochtans gedebateerd; gezien de verdeeldheid werd blijkbaar geopteerd om de voorlopig bewindvoerder niet expliciet te vermelden als initiatiefgerechtigde"; *Parl. St. Kamer*, 1991-92, nr. 631/13, 211.

⁶⁰ *Ibid.*, 144.

⁶¹ *Ibid.*, 143 – 144; H. DE WULF, *l.c.*, 90; I. VEROUGSTRAETE, "Evoluties in het recht van de onderneming in moeilijkheden: overzicht van de instrumenten in de op komst zijnde wetgeving", in E. WYMEERSCH (ed.), *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Antwerpen, Maklu, 1996, 889 – 890.

1.3. DE VOORLOPIGE BEWINDVOERDER IN DE PROCEDURE VAN PREVENTIEVE ONTZETTING EN VOORLOPIG BEHEER

1.3.1. *Uitgangspunt*

a. Rechtsgrond

De procedure van preventieve ontzetting en voorlopig beheer is geregeld in artikel 8 van de nieuwe Faillissementswet van 8 augustus 1997. De voorzitter van de rechtbank van koophandel krijgt de bevoegdheid om de koopman hetzij ambtshalve, hetzij op eenzijdig verzoekschrift van iedere belanghebbende geheel of ten dele het beheer van het geheel of een gedeelte van zijn goederen te ontnemen en één of meer voorlopige bewindvoerders aan te wijzen. Deze ontneming van beheer en aanstelling van één of meer voorlopige bewindvoerders is afhankelijk van de vervulling van twee cumulatieve voorwaarden: er moet sprake zijn van een volstreekte noodzakelijkheid, enerzijds, en er moeten bepaalde gewichtige en met elkaar overeenstemmende aanwijzingen bestaan dat de faillissementsvoorwaarden vervuld zijn, anderzijds.

De wetgever verwijst in artikel 8 dus naar het begrip ‘volstreekte noodzakelijkheid’ als eerste toepassingsvoorwaarde voor de procedure. Algemeen wordt aangenomen dat dit begrip dezelfde draagwijdte heeft als het analoog begrip in artikel 584, derde lid Ger.W. betreffende de procedure op eenzijdig verzoekschrift.⁶³ Uit artikel 584 Ger.W. volgt dat er slechts sprake is van volstreekte noodzakelijkheid indien de vordering zodanig spoedeisend is dat zelfs de termijn om te dagvaarden te tijdrovend is. In de parlementaire voorbereiding van de Faillissementswet werd hieraan toegevoegd dat er verder moet worden aangevoerd en bewezen dat de schuldenaar zijn onvermogen zou kunnen inrichten.⁶⁴ De voorzitter die oordeelt overeenkomstig artikel 8 Faill.W. beslist bovendien ‘zoals in kort geding’. Hij spreekt aldus recht ten gronde, ook al kent artikel 8, vijfde lid Faill.W. aan de maatregel slechts een voorlopige werking toe.⁶⁵

⁶² Dergelijke vordering werd ingesteld, zij het door de aandeelhouders, in de zaak *Lernout & Hauspie*. De voorzitter ging niet in op dit verzoek, maar gaf wel te kennen dat een aanstelling van een voorlopige bewindvoerder met als opdracht het onderzoeken van de opportuniteit van een akkoord en het desnoods aanvragen ervan eventueel wel mogelijk was. De maatregel was in het concrete geval niet gerechtvaardigd, gezien de raad van bestuur nog functioneerde.

⁶³ H. COUSY en C. VAN SCHOU BROUCK, *l.c.*, 116; J.-M. NELISSEN GRADE en S. LOOSVELD, *l.c.*, 469.

⁶⁴ B. WINDEY, “Art. 8 Faill.W.”, in X, *Handels- en economisch recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl., 130.

⁶⁵ E. MONARD en D. DEGREEF, *Het eenzijdig verzoekschrift*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1998, 83.

Uit de tweede voorwaarde voor de procedure van preventieve ontzetting en voorlopig beheer vloeit vervolgens voort dat de ontneming van beheer gebeurt vóór de faillietverklaring en de aanstelling van een curator. Waar de voorlopige bewindvoerder aangesteld in ondernemingen in moeilijkheden tot ‘redding’ van deze ondernemingen op basis van artikel 584 Ger.W. en 74 2° d) W.Venn. al kritisch werd aangeduid als een onbevoegd optredend ‘precurator’⁶⁶, kan men hier wel terecht spreken van een precuratele.⁶⁷

b. Ratio legis

In de parlementaire voorbereiding wordt de invoering van de procedure van preventieve ontzetting en voorlopig beheer rechtstreeks gelieerd aan de afschaffing van het ambtshalve faillissement. De ratio legis is de vrees dat, door de afschaffing van het ambtshalve faillissement, een door dagvaarding in faillissement gealarmeerde koopman een aantal daden zou stellen die zijn schuldeisers onherroepelijk zouden benadelen.⁶⁸

Net als de Wet betreffende het Gerechtelijk akkoord, behartigt ook de Faillissementswet een aantal zelfstandige belangen, die niet zomaar te vereenzelvigen zijn met deelbelangen in een ruim gedefinieerd vennootschapsbelang. De Faillissementswet vrijwaart niet het collectieve winstbelang van de vennoten/aandeelhouders, maar wel de belangen van de schuldeisers. Deze wet streeft ernaar de belangen van deze schuldeisers te verzoenen met die van de andere betrokkenen bij de onderneming.⁶⁹

Uit deze ratio legis blijkt dat de regeling van artikel 8 Faill.W. duidelijk verschillend is van de jurisprudentieel ontwikkelde regeling van aanstelling van een voorlopige bewindvoerder. De bedoeling van het voorlopig bewind beschreven in de Faillissementswet is de veiligstelling van het actief, door de ontneming van het beheer aan de koopman, met het oog op een ordelijke faillissementsafwikkeling in het belang van de schuldeisers. De bedoeling van het jurisprudentieel voorlopig bewind in de onderneming in moeilijkheden is de vrijwaring van de continuïteit van de vennootschap ten behoeve van de eigenaars ervan.⁷⁰ Of dit ook met zich meebrengt dat beide procedures zonder overlapping naast elkaar kunnen blijven bestaan, wordt onderzocht in deel II van deze bijdrage.

⁶⁶ B. TILLEMANS, “De voorlopig bewindvoerder als precurator?”, *l.c.*, 40.

⁶⁷ B. WINDEY, *l.c.*, 128; Voorz. Kh. Gent 26 januari 1998, *T.B.H.* 1998, 123: “Dat [...] ter beveiliging van de gelijkheid die onder de schuldeisers moet heersen, de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder als pre-curator onverwijld nodig is.”

⁶⁸ M. WYCKAERT, noot onder Voorz. Kh. Luik 20 juni 1997, *l.c.*, 461.

⁶⁹ A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang, o.c.*, 669 – 670; -, “Vennootschapsrechtelijke aspecten van de wetten betreffende het gerechtelijk akkoord en het faillissement”, *l.c.*, 249.

⁷⁰ H. COUSY en C. VAN SCHOUBROUCK, *l.c.*, 112 – 115; Ph. COLLE, *o.c.*, 226; E. MONARD en D. DEGREEF, *o.c.*, 82 – 83; J.-M. NELISSEN GRADE en S. LOOSVELD, *l.c.*, 470.

1.3.2. Aard van de functie

De voorzitter van de rechtbank van koophandel beslist over de mate waarin hij aan de schuldenaar het beheer over zijn goederen ontnemt, en dus tegelijk over de omvang van de bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder (artikel 8, lid 3 Faill.W.). De omvang van de bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder is immers omgekeerd evenredig met de mate van buitenbezitstelling van de schuldenaar. Afhankelijk van de concrete omstandigheden, kunnen deze bevoegdheden gaan van een gewoon toezicht, over een machtigingsbevoegdheid, tot de waarneming van een deel of het geheel van de bestuursbevoegdheden. Meestal zal de voorlopige bewindvoerder zich beperken tot het nemen van louter bewarende maatregelen: inventariseren, blokkeren of minstens beheren van bankrekeningen, afsluiten van verzekeringen.⁷¹ De voorzitter kan te allen tijde deze bevoegdheden wijzigen (artikel 8, lid 6 Faill.W.).

De beschikking tot ontneming van beheer, waarbij een voorlopige bewindvoerder wordt aangesteld, blijft slechts gevolg hebben indien er binnen de vijftien dagen na de beschikking een vordering tot faillietverklaring wordt ingesteld (artikel 8, lid 4 Faill.W.). Daarenboven stipuleert de wet dat de beschikking van rechtswege vervalt, indien het faillissement niet wordt uitgesproken binnen vier maanden na de vordering tot faillietverklaring (artikel 8, lid 5 Faill.W.). Uit deze erg korte termijnen blijkt duidelijk dat de ontneming van beheer een *bewarende* maatregel is die nauw samenhangt met het faillissement. Net als bij een bewarend beslag op het gehele vermogen verliest de schuldenaar niet de eigendom over zijn goederen, maar enkel het beschikkingsrecht.⁷²

Opdat de beschikking tot ontneming van het beheer dus verder gevolgen zou blijven sorteren moet binnen de 15 dagen na de uitspraak de faillissementsvordering worden ingesteld. Dit moet gebeuren door de eisende partij, wanneer de procedure is gevoerd bij eenzijdig verzoekschrift, of door de voorlopige bewindvoerder, wanneer de ontneming van beheer ambtshalve is uitgesproken.⁷³ Al laat de benaming ‘ontneming van beheer’ dit vermoeden, toch treedt de voorlopige bewindvoerder niet in de plaats van de schuldenaar. Hij kan dus niet in naam van de schuldenaar aangifte van het faillissement doen of hem vertegenwoordigen in een faillissementsprocedure (artikel 8, lid 2 Faill.W.). Hij mag daarentegen wel *in eigen naam* de schuldenaar in

⁷¹ Ph. COLLE, “Enkele vragen i.v.m. de toepassing van de nieuwe wetten van het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht*, Cyclus Willy Delva 1998/1999, Gent, Mys & Breesch, 1999, 222; T. LYSSENS, “De voorlopige bewindvoering”, in X, *Handelsrechtbanken en bedrijfsrevisoren: welke samenwerking?*, Brussel, Bruylant, 2003, 180 – 182.

⁷² D. SCHEERS, *Gerechtelijk Akkoord en Faillissement. De procedure tot ontneming van beheer*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 15 – 17.

⁷³ B. WINDEY, *l.c.*, 132.

faillissement dagvaarden (zie artikel 6 Faill.W.).⁷⁴ Dit is een belangrijk onderscheid met de voorlopige bewindvoerder aangesteld in een onderneming in moeilijkheden op grond van artikel 584 Ger.W. en artikel 74 2° d) W.Venn. Deze bewindvoerder neemt meestal alle taken van de normale bestuursorganen over.

Over de vraag of deze ‘gemeenrechtelijke’ voorlopige bewindvoerder aangifte van faillissement mag doen bestaat er nochtans geen eensgezindheid in rechtspraak en rechtsleer. Zoals in hoofdstuk 1 werd aangetoond, is de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder in een onderneming in moeilijkheden op basis van de artikelen 584 Ger.W. en 74 2° d) W.Venn. immers een maatregel die uiteindelijk is bedoeld als een overgangsfase met eerder bewarend karakter, die geldt totdat de vennootschap weer kan functioneren volgens de haar geëigende wijze. De vraag is dan ook of een eventuele aangifte van faillissement nog wel te kaderen valt in een maatregel met zulk bewarend karakter?⁷⁵

1.3.3. Vorderingsgerechtigden

Luidens artikel 8, lid 2 Faill.W. kan iedere belanghebbende de vordering tot ontneming van beheer instellen. In tegenstelling tot wat het geval is bij de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder op grond van artikel 584 Ger.W. en 74 2° d) W.Venn.⁷⁶, staat de mogelijkheid voor schuldeisers om een vordering tot aanstelling in te stellen hier niet ter discussie.⁷⁷ Voorts worden ook werknemers, vennoten of bestuurders van de vennootschap als mogelijke belanghebbenden vernoemd in de parlementaire voorbereiding. Ook het openbaar ministerie kan als verzoeker optreden.⁷⁸ Aangezien de procedure bedoeld is als correctief voor het wegvallen van het ambtshalve faillissement, is het logisch dat de rechter terzake ambtshalve kan optreden.⁷⁹

Een verzoek tot aanstelling van een voorlopige bewindvoerder door een schuldeiser kan enkel worden ingewilligd indien dit noodzakelijk is om een onherstelbaar nadeel te vermijden voor deze schuldeiser. Alle schuldeisers die beschikken over een opeisbare vordering die verloren dreigt te gaan kunnen dus ‘belanghebbende’ zijn in de zin van de wet: een werknemer, die reeds enkele maanden geen loon meer heeft ontvangen, maar nog geen procedure heeft ingeleid; of een pandhoudende schuldeiser die vaststelt dat de

⁷⁴ J.-M. NELISSEN GRADE en S. LOOSVELD, *l.c.*, 449, voetnoot (67).

⁷⁵ M. WYCKAERT, “Waar ligt de redelijke grens aan de bevoegdheden van een voorlopig bewindvoerder”, *l.c.*, 211; Zie voor een uitvoerige bespreking van deze problematiek H. DE WULF, *l.c.*, 88.

⁷⁶ Cf. *supra*

⁷⁷ H. COUSY en C. VAN SCHOU BROUCK, *l.c.*, 117.

⁷⁸ *Parl. St.*, Kamer, 1991-92, nr. 631/1, 8.

⁷⁹ H. COUSY en C. VAN SCHOU BROUCK, *l.c.*, 117; H. GEINGER, “De initiatiefgerechtigden tot het instellen van een faillissementsvordering”, in K. BYTTEBIER en R.R. FELTKAMP, *o.c.*, 30 – 31; T. LYSSENS, *l.c.*, 173 – 174.

schuldenaar de voorraden of de verpande invorderingen te gelde maakt zonder de opbrengst af te dragen.⁸⁰

2. VERGELIJKING: IS ER NOG RUIMTE VOOR DE PRAETORIAANS ONTWIKKELDE VOORLOPIGE BEWINDVOERDER IN EEN ONDERNEMING IN MOEILIKHEDEN NA DE WET BETREFFENDE HET GERECHTELIJK AKKOORD EN DE FAILLISEMENTSWET?

2.1. PROBLEEMSTELLING

Hierboven werd al aangehaald dat de reeds bestaande kritiek op de verruimde rechtspraak met betrekking tot de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder in ondernemingen in moeilijkheden nog is toegenomen sinds de inwerkingtreding op 1 januari 1998 van de Wet op het Gerechtelijk Akkoord van 17 juli 1997 en van de Nieuwe Faillissementswet van 8 augustus 1997. De in deze wetten geïntroduceerde commissaris inzake opschorting en voorlopige bewindvoerder zouden voortaan de exclusieve remedies uitmaken ter invulling van het ‘vacuüm’ dat de rechtspraak ertoe had aangezet over te gaan tot een verruimd gebruik van de praetoriaans ontwikkelde voorlopige bewindvoerder in ondernemingen in moeilijkheden.

Wat is de impact van de invoering van de twee nieuwe rechtsfiguren op de bestaansredenen *van* en de gevallen waarin een beroep kan worden gedaan *op* de voorlopige bewindvoerder uit het gemene recht? Heeft de wetgever de tendens in de rechtspraak van aanstelling van voorlopige bewindvoerders in ondernemingen in moeilijkheden in zekere mate geïstitutionaliseerd in de twee nieuwe wetten? Vervangen de twee nieuwe figuren de bestaande praktijk inzake ondernemingen in moeilijkheden, of blijft deze naast de twee andere regimes voortbestaan? Of kortweg: is er nog ruimte voor de aanstelling van een bewindvoerder in een onderneming in moeilijkheden op basis van de artikelen 584 Ger.W. en 74 2^o d) W.Venn.? Deze kwesties worden besproken in wat volgt.

⁸⁰ T. LYSSENS, *l.c.*, 173.

2.2. ONDERZOEK VAN UITSLUITING

2.2.1. *Klassieke toepassingsgevallen*

Naar mijn mening kan de rechtspraktijk probleemloos een beroep blijven doen op de jurisprudentieel ontwikkelde voorlopige bewindvoerder in de gevallen waarin deze ook voor 1998 ‘klassiek’ werd aangesteld.

Indien er van belangrijke financiële moeilijkheden in de onderneming geen sprake is, kan er logischerwijs nooit een beroep worden gedaan op een commissaris inzake opschorting of op een artikel 8 Faill.W.-voorlopige bewindvoerder. Beide nieuwe rechtsfiguren hebben immers een specifiek toepassingsgebied, en kaderen per definitie in de vrijwaring van een aantal belangen die slechts in het gedrang komen doordat de onderneming in (financiële) problemen zit. Ook na 1 januari 1998 kan dus enkel (andersoortige oplossingen, zoals de aanstelling van een sekwester of deskundige, buiten beschouwing gelaten) de benoeming van de praetoriaans gecreëerde voorlopige bewindvoerder een oplossing bieden voor financieel gezonde ondernemingen waarvan de vennootschapsorganen niet of niet regelmatig functioneren, zich schuldig maken aan kennelijk wanbeheer of hun meerderheidspositie misbruiken.

2.2.2. *Verruiming: de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder in ondernemingen in moeilijkheden*

In wat volgt wordt de op basis van de artikelen 584 Ger.W. en 74 2° d) W.Venn. in een onderneming in moeilijkheden aangestelde voorlopige bewindvoerder vergeleken met de commissaris inzake opschorting, enerzijds, en met de voorlopige bewindvoerder aangesteld op basis van artikel 8 Faill.W., anderzijds. Uit deze vergelijkingen moet blijken of er al dan niet overlappingen bestaan tussen de respectievelijke toepassingsgebieden van deze figuren, en of er bijgevolg nog ruimte bestaat voor de aanstelling van de praetoriaans gecreëerde voorlopige bewindvoerder in een onderneming in moeilijkheden.

a. Commissaris inzake opschorting

Zoals blijkt uit de bespreking van de verruiming in de rechtspraak, wordt de figuur van de voorlopige bewindvoerder sinds de jaren '90 steeds vaker gebruikt in een laatste poging om een onderneming in moeilijkheden te redden. Het ‘redden’ van een onderneming, of het vrijwaren van haar continuïteit is echter sinds 1 januari 1998, zoals in deel I werd aangetoond, ook de taak van de commissaris inzake opschorting in het kader van een gerechtelijk akkoord.

De figuur van de commissaris inzake opschorting is ongetwijfeld deels geïnspireerd door de rechtspraak inzake de aanstelling van voorlopige

bewindvoerders in ondernemingen in moeilijkheden. Door sommige rechtsleer wordt hij zelfs diens ‘dubbelganger’ genoemd.⁸¹ Vervangt deze nieuwe procedure echter de bestaande praktijk van voorlopig bewind of blijven beide regimes naast elkaar bestaan?

i. Argumenten contra coëxistentie

Volgens K. GEENS is er in het kader dat hoort bij de voorlopige bewindvoerder weinig of geen ruimte voor taken die gelijklopen met of verdergaan dan deze die toekomen aan de commissaris inzake opschorting. De aanstelling van een voorlopige bewindvoerder op grond van de artikelen 584 Ger.W. en 74 2° d) W.Venn. in een onderneming in moeilijkheden mag immers niet worden aangewend om de dwingende en omslachtiger regels van het gerechtelijk akkoord, daar waar deze voor de betrokken partij strenger uitvallen, te omzeilen, en mag dus niet worden beschouwd als een alternatief voor de aanstelling van een commissaris inzake opschorting. Volgens bepaalde rechtsleer is de kans hierop, bij een coëxistentie van beide rechtsfiguren, nochtans reëel.⁸²

Nog andere rechtsleer poneert kortweg, zonder verdere argumentatie, dat de extensieve toepassing van de jurisprudentieel gecreëerde voorlopige bewindvoerder in ondernemingen in moeilijkheden overbodig is geworden sinds de hervorming van de wetgeving betreffende [het faillissement en] het gerechtelijk akkoord.⁸³

Het belangrijkste argument voor een sceptische houding tegenover een coëxistentie van beide regimes echter is de kans dat het bestuursorgaan van een onderneming in moeilijkheden in tijden van hoge nood het bestuur en de ermee gepaard gaande aansprakelijkheid zou trachten af te wentelen door op eigen initiatief een praetoriaans voorlopige bewindvoerder te laten aanstellen.⁸⁴

ii. Argumenten pro coëxistentie

Er zijn gevallen waarin de aanstelling van een commissaris inzake opschorting in een onderneming in moeilijkheden niet mogelijk is. In deze situaties moet ook na 1998 een beroep kunnen worden gedaan op een praetoriaanse

⁸¹ M. DENEFF, “De voorlopig bewindvoerder als voorloper van de commissaris inzake opschorting”, (noot onder Voorz. Kh. Ieper 12 december 2000), *T.R.V.* 2001, 42 – 43.

⁸² - , “Conflicten in vennootschappen geïllustreerd: voorlopig bewind en geschillenregeling bij echtelijke perikelen”, *l.c.*, 55; K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, *l.c.*, 290; M. WYCKAERT, “Waar ligt de redelijke grens aan de bevoegdheden van de voorlopig bewindvoerder?”, *l.c.*, 211.

⁸³ A. MAURAU, “Onenigheid binnen de vennootschap: de opschorting van een besluit tot ontslag van een bestuurder en de voorlopig bewindvoerder versus de deskundige”, (noot onder Kort. Ged. Kh. Hasselt 11 december 2001), *T.R.V.* 2003, 436.

⁸⁴ M. DENEFF, “Conflicten in vennootschappen geïllustreerd: voorlopig bewind en geschillenregeling bij echtelijke perikelen”, *l.c.*, 55.

voorlopige bewindvoerder. De figuur van de commissaris inzake opschorting is immers beperkt bruikbaar om verschillende redenen.

Ten eerste kan het gerechtelijk akkoord slechts worden aangevraagd door de schuldenaar zelf of door het openbaar ministerie. Dit gebrek aan initiatiefgerechtigden betekent een aanzienlijke verenging van de bruikbaarheid van het gerechtelijk akkoord (cf. supra). Wanneer de schuldenaar immers verzuimt een gerechtelijk akkoord aan te vragen, of wanneer de akkoordaanvraag wordt geweigerd, kan er nooit een commissaris inzake opschorting worden aangesteld. Ten tweede vervult de figuur van de commissaris inzake opschorting in principe enkel een bijstandsrol (art. 19 W.G.A.). Slechts uitzonderlijk kan de rechtbank de commissaris machtigen de overdracht van de onderneming of van een gedeelte ervan te verwezenlijken (art. 41 W.G.A.), of hem een vetorecht toekennen, waardoor de schuldenaar geen daden van bestuur of beschikking meer mag verrichten zonder zijn machtiging (art. 15 §1 lid 3).

De W.G.A. moet mijns inziens worden beschouwd als een *lex specialis*.⁸⁵ Zodra aan alle toepassingsvoorwaarden van deze *lex specialis* is voldaan, moet er een beroep op worden gedaan, en kan er geen toepassing meer worden gemaakt van de rechtsfiguur van het voorlopig bewind op basis van de artikelen 584 Ger.W. en 74 2° d) W. Venn., die *in casu* de *lex generalis* vormt. Indien daarentegen niet alle toepassingsvoorwaarden vervuld zijn, is een beroep op de W.G.A. als *lex specialis* uitgesloten, en is het wel weer mogelijk om terug te vallen op het praetoriaans ontwikkelde voorlopig bewind als *lex generalis*. Dit wordt bevestigd door de rechtspraak, die ook na 1998 nog frequent overgaat tot de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder in ondernemingen in moeilijkheden. Beide rechtsfiguren zouden dus perfect naast elkaar moeten kunnen blijven bestaan.⁸⁶

Zo vorderden in de zaak 'L&H'⁸⁷ een honderdtal aandeelhouders bij eenzijdig verzoekschrift de aanstelling van een of meer bewindvoerders voor de naamloze vennootschap *Lernout & Hauspie Speech Products* (LHSP). Dit verzoek volgde op de verwerping van de eerste aanvraag tot gerechtelijk akkoord van LHSP.⁸⁸ Deze eerdere afwijzing van de akkoordaanvraag van L&H maakte een aanstelling van een commissaris inzake opschorting theoretisch onmogelijk. Dit verantwoordt naar mijn mening een teruggrijpen naar de *lex generalis* van het praetoriaanse voorlopig bewind. De Voorzitter

⁸⁵ H. COUSY en C. VAN SCHOU BROUCK, *l.c.*, 114: "De procedure van ontneming van beheer met aanstelling van voorlopige bewindvoerder(s) is derhalve bijzonder naar doelstelling en draagwijdte."; M. WYCKAERT, noot onder Voorz. Kh. Luik 20 juni 1997, *T.R.V.* 2000, 461: "De vraag is of de gemeenschappelijke aanstelling van een voorlopig bewindvoerder kan en zal blijven bestaan naast deze bijzondere wettelijke procedures."

⁸⁶ E. POTTIER, *l.c.*, 6.

⁸⁷ Voorz. Kh. Ieper 12 december 2000, *T.R.V.* 2001, 41.

⁸⁸ Kh. Ieper 8 december 2000, *T.R.V.* 2001, 37, met noot E. BALLON.

stelde drie voorlopige bewindvoerders aan, en kende hen een vetorecht toe dat duidelijke parallellen vertoont met het vetorecht dat de commissaris inzake opschorting kan toebedeeld krijgen op grond van artikel 15 §1, derde lid W.G.A. Net zoals deze laatste maatregel de beveiliging en instandhouding van het patrimonium van de handelaar beoogt⁸⁹, wilde ook hier de Voorzitter de activa van LHSP beschermen met het verbod om “*activa te vervreemden, te verpanden of te bezwaren zonder de collectieve toestemming van de voorlopig bewindvoerders*”. Op 5 januari 2001 werd vervolgens een tweede aanvraag tot gerechtelijk akkoord ingediend, en dit keer werd de voorlopige opschorting van betaling wel toegestaan.⁹⁰ Hierbij benoemde de rechter hetzelfde trio dat als voorlopige bewindvoerder was aangesteld tot commissaris inzake opschorting. Nu de toepassingsvoorwaarden van de *lex specialis* van het gerechtelijk akkoord vervuld zijn, is de aanstelling van een commissaris inzake opschorting inderdaad gerechtvaardigd.

Hoewel de mening van K. GEENS in sommige rechtsleer⁹¹ wordt aangehaald ter bekrachtiging van de argumenten contra een coëxistentie van de figuur van de commissaris inzake opschorting met de figuur van de voorlopige bewindvoerder uit het gemene recht (cf. supra), bevestigt de LHSP-rechtspraak mijns inziens zijn stelling dat de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder in een onderneming in moeilijkheden op basis van de artikelen 584 Ger.W. en 74 2° d) W.Venn. nooit als alternatief kan worden gebruikt voor de aanstelling van een commissaris inzake opschorting.⁹² Immers, indien een beroep op de bijzondere wet mogelijk is doordat aan haar toepassingsvoorwaarden is voldaan, moet de algemene wet opzij worden geschoven, en kan er geen voorlopige bewindvoerder meer worden aangesteld met dezelfde opdracht. Er is in dat geval geen sprake van enige keuze.

iii. Evaluatie

De argumenten pro een coëxistentie van beide rechtsfiguren wegen mijns inziens zwaarder door dan de argumenten contra zulke coëxistentie.

De taken van de commissaris inzake opschorting vertonen inderdaad gelijkenissen met het takenpakket dat in de verruimde strekking van de rechtspraak kan worden toegekend aan een voorlopige bewindvoerder aangesteld in een onderneming in moeilijkheden op basis van de artikelen 584 Ger.W. en 74 2° d) W.Venn. Hierdoor kan de indruk ontstaan dat er aan de

⁸⁹ E. BALLON, J. DE LEENHEER, M. DENEFF en M.D. DE SIMPELAERE, *o.c.*, 113; M. DENEFF, “De voorlopig bewindvoerder als voorloper van de commissaris inzake opschorting”, *l.c.*, 42 – 43.

⁹⁰ Kh. Ieper 5 januari 2001, *T.R.V.* 2001, 55.

⁹¹ M. DENEFF, “Conflicten in vennootschappen geïllustreerd: voorlopig bewind en geschillenregeling bij echtelijke perikelen”, *l.c.*, 55; M. WYCKAERT, “Waar ligt de redelijke grens aan de bevoegdheden van de voorlopig bewindvoerder?”, *l.c.*, 211.

⁹² K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, *l.c.*, 291.

figuur van de praetoriaanse voorlopige bewindvoerder geen behoefte meer is, omdat zijn functie nu volledig zou worden waargenomen door de commissaris inzake opschorting.

Er bestaan echter ook belangrijke verschillen tussen beide procedures, die een coëxistentie in de vorm van een *lex specialis/lex generalis*-verhouding rechtvaardigen. Waar het gerechtelijk akkoord, en bijgevolg ook de aanstelling van een commissaris inzake opschorting, slechts kan worden aangevraagd door de uit vrije wil handelende schuldenaar zelf of door het O.M., kan de aanstelling van een praetoriaanse voorlopige bewindvoerder worden gevorderd door elke belanghebbende en tegen de wil in van de betrokken vennootschap.⁹³ Waar de schuldenaar in het kader van een gerechtelijk akkoord doorgaans zelf het bestuur van de vennootschap blijft waarnemen en de commissaris inzake opschorting slechts een bijstandsrol vervult, treedt de voorlopige bewindvoerder in een onderneming in moeilijkheden veelal in de plaats van het bestuursorgaan.⁹⁴

Uit al het voorgaande volgt dat telkens de voorwaarden voor het gerechtelijk akkoord vervuld zijn, er geen voorlopige bewindvoerder meer kan worden aangesteld. Als we het praetoriaanse voorlopig bewind inderdaad benaderen als de *lex generalis*, en de W.G.A., en meer specifiek de commissaris inzake opschorting, als de *lex specialis*, kan van een concurrentie tussen beide rechtsfiguren geen sprake meer zijn.

In het algemeen moet overigens worden benadrukt dat het grotendeels de verantwoordelijkheid van de rechtspraak is om beide rechtsfiguren slechts aan te wenden in de juridische kaders waarvoor ze zijn ontwikkeld.⁹⁵

Naar mijn mening zouden verantwoord oordelende rechters aldus de argumenten contra coëxistentie monddood kunnen maken. Immers, indien van beide rechtsfiguren op een juiste manier gebruik wordt gemaakt, kan er geen sprake meer zijn van een omzeiling van de regels van de W.G.A. of van een afwenteling van aansprakelijkheid door bestuursorganen. Hiertoe moet de rechtspraak, telkens een gerechtelijk akkoord en de hiermee gepaard gaande aanstelling van een commissaris inzake opschorting aangewezen is, consequent weigeren om in te gaan op vorderingen tot aanstelling van een voorlopige bewindvoerder. Aldus kan de rechtspraak op indirecte wijze mee druk uitoefenen op ondernemingen om zelf een gerechtelijk akkoord aan te vragen. De gerechtelijk akkoordprocedure lijdt immers aan een acuut tekort aan initiatiefgerechtigden. Bovendien betekent de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder in een onderneming in moeilijkheden een intensievere ingreep in het vennootschapsleven dan de aanstelling van een

⁹³ E. POTTIER, *l.c.*, 6.

⁹⁴ E. POTTIER en M. DE ROECK, *l.c.*, 245 – 246.

⁹⁵ K. BYTTEBIER, *l.c.*, 347.

commissaris inzake opschorting. Indien dus om de één of andere reden het gerechtelijk akkoord wordt geweigerd of gewoon niet wordt aangevraagd, en de initiatiefgerechtigden ter redding van de vennootschap hun toevlucht nemen tot een vordering tot aanstelling van een praetoriaanse voorlopige bewindvoerder, mag de voorzitter niet te vlug ingaan op dit verzoek. Vaak kan immers een beroep worden gedaan op andere instrumenten ter oplossing van de problemen van de vennootschap, en dezen moeten voorrang krijgen. (Zie deel 3.)

b. De voorlopige bewindvoerder uit artikel 8 Faill.W.

Hierboven werd al aangetoond dat, hoewel de wetgever zich ook hier heeft laten inspireren door de rechtspraak en rechtsleer inzake de praetoriaanse voorlopige bewindvoerder⁹⁶, de voorlopig bewindregeling in artikel 8 Faill.W. duidelijk verschillend is van de jurisprudentiële regeling van voorlopig bewind.

Rechters die de verruiming van het aantal gevallen waarin een voorlopige bewindvoerder werd benoemd op grond van de artikelen 584 Ger.W. en 74 2° d° W. Venn. voorstonden, verantwoordden hun beslissingen tot aanstelling nogal eens op basis van de vrees dat, indien ze deze maatregel niet namen, activa zouden kunnen verdwijnen uit het patrimonium van een vennootschap, en dat aldus de schuldeisers benadeeld zouden worden.⁹⁷ Hoewel deze doelstelling inderdaad overeenstemt met de ratio legis van de procedure van preventieve ontzetting en voorlopig beheer, is artikel 8 Faill.W. geen wettelijke bekrachtiging van de tendens in de rechtspraak en rechtsleer om een voorlopige bewindvoerder aan te stellen in vennootschappen die in moeilijkheden verkeren. Dit blijkt ten eerste uit het feit dat een regeringsamendement strekkende tot dergelijke bekrachtiging in de W.G.A. uiteindelijk werd ingetrokken.⁹⁸ En ten tweede was deze ‘vrees’ slechts één van de vele mogelijke argumenten ter verantwoording van het verruimd gebruik van het gemeenrechtelijk voorlopig bewind.

⁹⁶ M. DENEFF, “De voorlopig bewindvoerder als voorloper van de commissaris inzake opschorting”, *l.c.*, 42; H. COUSY en C. VAN SCHOU BROUCK, *l.c.*, 115; D. SCHEERS, *l.c.*, 3.

⁹⁷ Brussel 14 juli 1995, *T.R.V.* 1997, 582; K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, *l.c.* 286.

⁹⁸ *Parl. St.* Kamer 1993 – 1994, nr. 1406/4, 3 – 5: De regering steunde in haar amendement op het feit dat “de rechtsleer gewonnen is voor de mogelijkheid tot aanstelling van een voorlopig bestuurder om de continuïteit van een onderneming in moeilijkheden te verzekeren.” Hieraan voegde ze vervolgens toe: “De procedure tot aanstelling van voorlopige bestuurders, zoals het ontwerp deze uitwerkt, wijkt niet af van de thans bestaande praktijk van de aanstelling van voorlopige bestuurders in het vennootschapsrecht. In dit geval gaat het echter niet om een kort geding – dus urgentie is niet vereist – maar om een specifieke procedure.”; A. FRANÇOIS, “Vennootschapsrechtelijke aspecten van de wetten betreffende het gerechtelijk akkoord en het faillissement”, *l.c.*, 264; D. SCHEERS, *l.c.*, 3.

Het staat naar mijn mening buiten kijf dat de nieuw ingevoerde voorlopige bewindvoerder uit artikel 8 Faill.W. niet zomaar in de plaats komt van de praetoriaans ontwikkelde voorlopige bewindvoerder aangesteld in een onderneming in moeilijkheden, en dat daarentegen beide regimes na 1998 naast elkaar blijven bestaan.

Hoe verhouden beide procedures zich echter tot elkaar? Zijn er overlappingen in de toepassingsgevallen der rechtsfiguren, te wijten aan een *lex specialis/lex generalis*-verhouding? Of staan de verschillende figuren volledig los van elkaar, en treden ze beiden slechts op de voorgrond in specifieke gevallen, zonder in elkaars vaarwater te komen?

i. Eerste mogelijke piste: ‘*lex specialis derogat generalibus*’

De wettelijke procedure tot aanstelling van een voorlopige bewindvoerder heeft, net als de W.G.A., *geen algemeen* karakter en is integendeel beperkt tot de gevallen waarin een vennootschap kennelijk in faillissementsstoestand verkeert.⁹⁹ De Faillissementswet zou dus eveneens kunnen worden beschouwd als een *lex specialis*, terwijl de rechtsfiguur van het voorlopig bewind op basis van de artikelen 584 Ger.W. en 74 2° d) W. Venn. dan ook hier de *lex generalis* zou vormen.

Hierbij mag men wederom niet uit het oog verliezen dat de aanstelling van een artikel 8-voorlopige bewindvoerder uitgesloten is indien niet aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 8 Faill.W. is voldaan. In de hypothese dat de faillissementsvoorwaarden dus niet vervuld zijn, maar de onderneming wel met zekere ‘moeilijkheden’ worstelt, zou de benoeming van een praetoriaanse voorlopige bewindvoerder met aan de concrete omstandigheden aangepaste bevoegdheden dan principieel mogelijk moeten zijn.

ii. Tweede mogelijke piste: verschillende ratio legis, verschillende toepassingsgebieden

Waar het, gezien hun gemeenschappelijk ‘redding van de onderneming’-oogmerk, logisch lijkt dat de praetoriaanse voorlopige bewindvoerder en de commissaris inzake opschorting in een *lex generalis/lex specialis*-verhouding staan ten opzichte van elkaar, lijkt dit toch moeilijker vol te houden voor de relatie tussen de praetoriaanse voorlopige bewindvoerder en de artikel 8 Faill.W.-voorlopige bewindvoerder.

Beide bewindvoerders behartigen immers tegenovergestelde belangen: de bewindvoerder uit het gemene recht beoogt de onderneming in moeilijkheden

⁹⁹ A. FRANÇOIS, “Vennootschapsrechtelijke aspecten van de wetten betreffende het gerechtelijk akkoord en het faillissement”, *l.c.*, 263; De Faillissementswet wijst er in artikel 8, lid 1 immers op dat er bepaalde gewichtige en met elkaar overeenstemmende vermoedens moeten bestaan dat de voorwaarden voor het faillissement vervuld zijn.

te redden en handelt dus in het belang van de ruim gedefinieerde vennootschap en vooral in het belang van haar eigenaars; de bewindvoerder van artikel 8 Faill.W. daarentegen moet het actief vrijwaren in afwachting van het faillissement, en dit voornamelijk in het belang van de schuldeisers van de vennootschap.

De procedure van ontneming van beheer heeft dus een beperkt toepassingsgebied en een welomschreven finaliteit. Dit heeft grote gevolgen met betrekking tot het verloop van de procedure, de bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder, en de gevolgen van de door de handelaar gestelde rechtshandelingen.¹⁰⁰ Omwille van deze verschillende ratio legis zou van een interferentie met (volgens H. COUSY en C. VAN SCHOUBROUCK zelfs “*slechts ogenschijnlijk*”) aanverwante rechtsfiguren zoals de op basis van de artikelen 584 Ger.W. en 74 2° d) W.Venn. aangestelde voorlopige bewindvoerder [of de commissaris inzake opschorting in de W.G.A.] dus eigenlijk nooit sprake mogen zijn.¹⁰¹ De praetoriaans ontwikkelde voorlopige bewindvoerder aangesteld in een onderneming in moeilijkheden en de artikel 8 Faill.W.-voorlopige bewindvoerder moeten dan in feite beschouwd worden als van elkaar los staande rechtsfiguren, met uiteenlopende, niet overlappende toepassingsgebieden.

Een beslissing van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Tongeren van 8 mei 1998 illustreert het feit dat de voorlopige bewindvoerder uit artikel 8 Faill.W. op de voorgrond treedt in precies het omgekeerde geval als de praetoriaans ontwikkelde voorlopige bewindvoerder. In deze zaak ging de Voorzitter over tot ontzetting uit het beheer van de gefailleerde en aanstelling van een voorlopige bewindvoerder als gevolg van artikel 8 Faill.W., nadat eerder – in kort geding – een voorlopige bewindvoerder in zijn reddingsoperatie had gefaald. Hier hebben we dus te maken met de opeenvolgende aanstelling van de twee verschillende soorten bewindvoerders.¹⁰²

Ook de beschikking van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Leper van 12 december 2000¹⁰³ in de zaak ‘L&H’ maakt de verschillende ratio legis van beide rechtsfiguren duidelijk (cf. supra). *In casu* benoemde de Voorzitter enkele bewindvoerders op basis van de artikelen 584 Ger.W. en 74 2° d) W. Venn., om zo de “*mogelijke onttrekking van activa aan de Belgische schuldeisers*” te vermijden. Omdat dit oogmerk juist overeenstemt met dat van de aanstelling van een artikel 8 Faill.W.-voorlopige bewindvoerder, voegde hij hieraan toe dat “*het nodig is dat de Belgische activa beschermd worden om de continuïteit van de activiteiten niet in het gedrang te brengen*”. Aldus geeft de Voorzitter aan dat de uiteindelijke doelstelling van de door hem opgelegde

¹⁰⁰ H. COUSY en C. VAN SCHOUBROUCK, *l.c.*, 115.

¹⁰¹ *Ibid.*, 130.

¹⁰² Voorz. Kh. Tongeren 8 mei 1998, zoals geciteerd in E. MONARD en D. DEGREEF, *o.c.*, 83.

¹⁰³ Voorz. Kh. Leper 12 december 2000, *T.R.V.* 2001, 41.

maatregel nog steeds de redding van de onderneming is, wat niet het primaire oogmerk is van een aanstelling op grond van artikel 8 Faill.W.¹⁰⁴

In de praktijk is het bovendien niet altijd even eenvoudig om uit te maken of de faillissementsvoorwaarden al dan niet zijn vervuld, terwijl dit juist vereist is voor de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder in het kader van de procedure tot preventieve ontzetting en voorlopig beheer van artikel 8 Faill.W. Er lijken grensgevallen mogelijk.¹⁰⁵ Een onderneming kan zich namelijk inderdaad in moeilijkheden bevinden, zonder evenwel in staking van betaling te zijn in de zin van artikel 8 Faill.W.¹⁰⁶, met als gevolg dat de aanstelling van een artikel 8 Faill.W.-voorlopige bewindvoerder niet mogelijk is.

Een treffend voorbeeld van deze vage grens tussen een daadwerkelijke staking van betaling en andere minder nefaste maar desondanks toch continuïteitsbedreigende moeilijkheden, vinden we in een beschikking van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Luik van 20 juni 1997, waarin een gemeenrechtelijke voorlopige bewindvoerder werd aangesteld. Hoewel deze beschikking dateert van voor de inwerkingtreding van de W.G.A. en de Faill.W. op 1 januari 1998, zouden volgens M. WYCKAERT in deze zaak ook na 1998 noch de procedure van voorlopig bewind uit artikel 8 Faill.W. noch het regime van de commissaris inzake opschorting soelaas hebben kunnen bieden. Immers, een onmiddellijk dreigend faillissement met risico van wegmaking van activa, bevoordeling van bepaalde schuldeisers of gelijkaardige risico's leek niet aan de orde, en ook een nuttig gerechtelijk akkoord drong zich niet op. Verder was er volgens M. WYCKAERT ook niet echt sprake van een blokkering van het bestuursorgaan. Het draaide hier dus evenmin om één van de klassieke gevallen van aanstelling van een praetoriaanse voorlopige bewindvoerder¹⁰⁷, waarvan niet betwist wordt dat hiervoor ook na 1998 nog een voorlopige bewindvoerder kan worden aangesteld (cf. supra).

Enerzijds tonen de in de hierboven geciteerde beslissingen aan dat er zich situaties kunnen voordoen waarin geen van de nieuwe rechtsfiguren nuttig kan worden ingezet, en dat ook na 1998 nog terecht gebruik wordt gemaakt van de 'gemeenrechtelijke' instelling van voorlopig bewind in ondernemingen kampend met louter financiële moeilijkheden die niet gepaard gaan met één van de klassieke situaties. Anderzijds illustreren ze duidelijk dat de voorlopige bewindvoerder aangesteld op basis van de artikelen 584 Ger.W. en 74 2° d) W.Venn. en de artikel 8 Faill.W.-voorlopige bewindvoerder een volledig verschillende taak te vervullen hebben.

¹⁰⁴ M. DENEFF, "De voorlopig bewindvoerder als voorloper van de commissaris inzake opschorting", *l.c.*, 42.

¹⁰⁵ J. V., *l.c.*, 195.

¹⁰⁶ E. MONARD en D. DEGREEF, *o.c.*, 55.

¹⁰⁷ Voorz. Kh. Luik 20 juni 1997, *T.R.V.* 2000, met noot M. WYCKAERT.

iii. Evaluatie

Mijns inziens dienen we hier de tweede stelling te volgen, en staan de procedure van voorlopig bewind op grond van artikel 8 Faill.W. en de praetoriaanse procedure van voorlopig bewind niet in een *lex specialis/ lex generalis* verhouding ten opzichte van elkaar.

‘Gemeen recht’ is het recht dat geldt wanneer geen bijzondere rechtsregels toepasselijk zijn, terwijl die bijzondere regels per hypothese het uitzonderingsrecht of ‘bijzondere recht’ uitmaken. Dit bijzondere recht stelt het gemeen recht in voorkomend geval buiten werking, met toepassing van het beginsel *lex specialis derogat generalibus*. Het onderscheid wordt bepaald door de (omvang van de) werkingssfeer van de rechtsregel. Deze ‘werkingssfeer’ behelst de situaties of gevallen waarop de rechtsregel toepasselijk is, en wordt zowel territoriaal, materieel als temporeel bepaald. De werkingssfeer van de algemene regel omvat de werkingssfeer van de bijzondere regel, of de bijzondere regel is slechts toepasselijk op een subcategorie van de werkingssfeer van de algemene regel.¹⁰⁸

In casu omvat de jurisprudentiële voorlopig bewindregeling niet de volledige werkingssfeer van de artikel 8 Faill.W.-voorlopig bewindregeling. Omwille van haar tegengestelde ratio legis, is de artikel 8-regeling immers toepasselijk op een volledig van de werkingssfeer van de jurisprudentiële regeling onderscheiden categorie van situaties.

Uit dit alles moet naar mijn mening de conclusie worden getrokken dat beide procedures van voorlopig bewind dus niet in een bijzonder recht/gemeen rechtsverhouding staan, maar beschouwd moeten worden als volledig verschillende en van elkaar los staande rechtsfiguren.

III. ALGEMENE BEDENKINGEN BIJ DE FIGUUR VAN DE PRAETORIAANS ONTWIKKELDE VOORLOPIGE BEWINDVOERDER

Hierboven werd al melding gemaakt van de vrees van sommige rechtsleer dat de toenemende inmenging van rechters in vennootschapsrechtelijke materies de conflictbeslechtingmodellen die de vennootschap zelf vermeldt meer en meer buiten spel zou kunnen zetten. In plaats van hun onderlinge geschillen zelf te regelen in de daartoe geëigende fora (waaronder de algemene vergadering en de raad van bestuur), stappen misnoegde aandeelhouders sneller en liever naar de rechter om daar hun gelijk te halen. Deze houding gaat

¹⁰⁸ P. VAN ORSHOVEN, *Inleiding tot de bronnen en de beginselen van het recht*, Leuven, Acco, 2000, 19 – 20.

niet alleen voorbij aan de mogelijkheden die de wet zelf biedt, maar maakt ook het zoeken naar meer pragmatische- en/of compromisoplossingen, die zouden toelaten om de vennootschap in een geest van ‘kameraadschap’ of ‘*societas*’ verder te zetten, quasi onmogelijk.¹⁰⁹

Door een voorlopige bewindvoerder aan te stellen, komt de rechter op de meest ingrijpende wijze tussen in de werking van de vennootschapsorganen. Hij vertrouwt immers (in de gevallen waarin de bewindvoerder de bevoegdheid krijgt op te treden in de plaats van het bestuursorgaan) de leiding van de vennootschap toe aan een persoon die de vennoten zelf niet hebben gekozen. Bovendien kan de publicatieverplichting uit artikel 74 2° d) W. Venn. ernstige nadelige gevolgen hebben voor de kredietwaardigheid van de vennootschap. Een dergelijk rechterlijk ingrijpen kan slechts in uitzonderlijke omstandigheden legitiem zijn.¹¹⁰ Verschillende argumenten pleiten dan ook voor een grote rechterlijke terughoudendheid bij de aanstelling van voorlopige bewindvoerders.

Ten eerste is het nut van deze rechtsfiguur sinds de invoering bij Wet van 13 april 1995 van de wettelijke geschillenregeling¹¹¹ aanzienlijk afgenomen. Bovendien biedt het Wetboek van Vennootschappen, naast deze wettelijke geschillenregeling, nog andere instrumenten om bepaalde moeilijkheden in de vennootschap mee te lijf te gaan. De tussenkomst van de rechter (in kort geding) wordt aldus begrensd door de normale regels van de werking van de meerderheid, en de eventuele andere mogelijkheden waarover minderheidsaandeelhouders beschikken.¹¹²

Zo vormt het feit dat een aandeelhouder het totaal oneens is met het gevoerde beleid en zelfs meent fouten in hoofde van het bestuur te kunnen aantonen geen voldoende rechtvaardiging voor de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder. Deze aandeelhouder beschikt immers over andere dienstige instrumenten: hij kan proberen een vordering tot uittreding (of indien het om een sterke aandeelhouder gaat: een vordering tot uitsluiting) in te stellen; hij kan trachten de bestuurders via een minderheidsvordering¹¹³ aansprakelijk te stellen; of hij kan eventueel een nietigheidsvordering¹¹⁴ wegens misbruik van meerderheid inleiden tegen de beslissingen die hem niet bevallen.¹¹⁵ Daarenboven zal de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder wegens een conflict tussen vennoten veelal slechts voorlopig kunnen verhinderen dat de vennootschap op korte termijn aan geruzie ten onder gaat, en zal de

¹⁰⁹ K. BYTTEBIER, “Omtrent de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder ter voorkoming van de schending van de belangen van een minderheidsaandeelhouder in een vennootschap”, *l.c.*, 347.

¹¹⁰ B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen, o.c.*, 176.

¹¹¹ Zie voor de B.V.B.A.: artt. 334 – 342 W.Venn., en voor de N.V.: artt. 635 – 644 W.Venn.

¹¹² E. POTTIER en M. DE ROECK, *l.c.*, 212.

¹¹³ Zie artikel 562 e.v. W.Venn.

¹¹⁴ Zie artikel 178 e.v. W.Venn.

¹¹⁵ H. DE WULF, *l.c.*, 83 en 85; Zie ook de *Leonidas*-zaak.

uiteindelijke oplossing meestal toch moeten komen van een uitkoopregeling. Ten slotte is ook de aanstelling van een bewindvoerder met als taak onder meer de controle der rekeningen een te verregaande en bovendien overbodige maatregel. Indien immers geen commissaris wordt benoemd, beschikt iedere vennoot individueel over de onderzoeks- en controlebevoegdheid.¹¹⁶

Ten tweede mag de procedure inzake voorlopig bewind, die eventueel ook door werknemers mag worden ingesteld, niet worden gebruikt in een poging om het normaal sociaal overleg te vervangen door de buitenwerkinstelling van de raad van bestuur, ook al heeft die bepaalde onregelmatigheden begaan die ten nadele van de werknemers kunnen uitdraaien. Deze les lijkt getrokken te kunnen worden uit de zaak *Tandy*, waarin het Luikse Hof van Beroep besliste dat de vordering uitgaande van vakbondsvertegenwoordigers die geen werknemer van de betrokken vennootschap waren, onontvankelijk was.¹¹⁷

Een derde argument ligt in het feit dat een aantal problemen opgelost kan worden door de vennootschapsorganen zelf. Conflicten binnen de vennootschap dienen in eerste instantie intern, dus in de schoot van de algemene vergadering, te worden aangekaart, zodat allereerst hier, volgens de wet en de statuten, naar een oplossing kan worden gezocht.¹¹⁸ In vele vennootschappen bestaat er echter een verregaande identiteit in de samenstelling van de raad van bestuur en de algemene vergadering. In dat geval situeren de moeilijkheden zich wellicht op beide niveaus, zodat de bijeenroeping van een algemene vergadering geen uitkomst biedt voor problemen op het niveau van de raad van bestuur. Wanneer evenwel een raad van bestuur niet behoorlijk functioneert, of te weinig leden telt, maar de algemene vergadering in staat is deze raad te vervangen door een raad die wel zal functioneren, dan is de aanstelling van een bewindvoerder niet gerechtvaardigd.¹¹⁹

De woorden van B. TILLEMANS vatten al het voorgaande goed samen: “*Uit dit alles blijkt het uitzonderlijk en subsidiair karakter van de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder.[...] De rechter dient steeds voorafgaandelijk na te gaan of er dringende en speciale omstandigheden aanwezig zijn, die een normale toepassing van de vennootschapsrechtelijke bestuursregels onmogelijk zouden maken. Een voorlopige bewindvoerder kan slechts worden aangesteld in uiterste nood, op vordering van een beperkt aantal personen, wanneer minder ingrijpende maatregelen niet effectief zijn. Als de rechter dan uiteindelijk toch beslist een voorlopige bewindvoerder te benoemen, dient hij de omvang van diens bevoegdheden en de duur van zijn aanstelling nauwkeurig en restrictief te omschrijven*”.¹²⁰

¹¹⁶ Zie artikel 166 W. Venn.; H. BRAECKMANS, “Conflicten in vennootschappen”, *l.c.*, 1086.

¹¹⁷ Luik 30 juni 1993, *T.R.V.* 1993, 549; H. DE WULF, *l.c.*, 84.

¹¹⁸ A. MAURAU, *l.c.*, 436; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen, o.c.*, 177.

¹¹⁹ Voorz. Kh. Gent 14 november 1997, *T.R.V.* 1998, 54; H. DE WULF, *l.c.*, 85.

¹²⁰ B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen, o.c.*, 177 – 178.

CONCLUSIE

In deel 1 van deze bijdrage werden achtereenvolgens de jurisprudentieel gecreëerde voorlopige bewindvoerder, de commissaris inzake opschorting en de voorlopige bewindvoerder uit artikel 8 Faill.W. besproken.

In 1.1 werd stilgestaan bij de voorlopige bewindvoerder aangesteld op grond van de artikelen 584 Ger.W. en 74 2° d) W. Venn. De benoeming van deze figuur heeft als primaire doelstelling het veilig stellen van de continuïteit van de onderneming ten behoeve van de eigenaars ervan. Veelal krijgt deze voorlopige bewindvoerder een algemeen of meer beperkt bestuursmandaat toegekend.

Klassiek werd deze rechtsfiguur aangesteld in vennootschappen kampend met niet of niet naar behoren functionerende vennootschapsorganen, manifest wanbeheer of misbruik van meerderheid. Vanaf de jaren '90 ontstond er echter een tendens in de rechtspraak om in te gaan op verzoeken tot aanstelling van een voorlopige bewindvoerder ter 'redding' van ondernemingen in moeilijkheden waarvan de organen nochtans regelmatig functioneerden.

Er bestaan argumenten pro en argumenten contra deze evolutie. In deze bijdrage werd aangetoond dat een consequente navolging van de drievoorwaarden-theorie die wordt aangehangen door bepaalde pro-verruiming-rechtsleer, de argumenten van de contra-rechtsleer kan neutraliseren. In feite zijn de voor- en tegenstanders van de uitbreiding der toepassingsgevallen het er over eens dat de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder in een onderneming in moeilijkheden waar geen sprake is van geparalyseerde organen, wanbeheer of misbruik van meerderheid, mogelijk zou moeten zijn indien ten eerste de regels van het faillissementsrecht worden nageleefd, ten tweede de bestuurders hun taken en verantwoordelijkheden niet ontvluchten, en ten derde de rechter in kort geding de inmengingen in het vennootschapsleven zoveel mogelijk beperkt, hetzij door een beroep op minder verre gaande maatregelen, hetzij door een strikte omschrijving van de opdracht van de bewindvoerder in omvang en tijd.

Sinds de inwerkingtreding van de Wet betreffende het Gerechtelijk Akkoord en van de Nieuwe Faillissementswet is de kritiek op de verruimde rechtspraak met betrekking tot de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder nog toegenomen. Deze wetten introduceerden immers twee nieuwe rechtsfiguren: de in 1.2 van deel 1 aan bod gekomen commissaris inzake opschorting die de onderneming in tijdelijke moeilijkheden bijstaat, enerzijds, en de in deel 1.3 van deel 1 besproken voorlopige bewindvoerder in het kader van preventieve ontzetting en voorlopig beheer, anderzijds. In het licht van de invoering van deze twee nieuwe rechtsfiguren rijst de vraag welke ruimte er nog is voor de aanstelling van een bewindvoerder in een onderneming in moeilijkheden op basis van de artikelen 584 Ger.W. en 74 2° d) W.Venn? Wordt de bestaande

praktijk door de twee nieuwe rechtsfiguren vervangen, of blijft hij naast de twee andere regimes bestaan? Of institutionaliseren de nieuwe wetten misschien de tendens in de rechtspraak van aanstelling van voorlopige bewindvoerders in ondernemingen in moeilijkheden? Deze kwesties vormden het onderwerp van deel 2.

Als antwoord op deze vragen wordt in deze bijdrage ten eerste het standpunt verdedigd dat de commissaris inzake opschorting de praktijk van aanstelling van een praetoriaans gecreëerde voorlopige bewindvoerder in een onderneming in moeilijkheden niet vervangt. Beide regimes blijven daarentegen naast elkaar bestaan, en dit in een *lex specialis/lex generalis*-verhouding ten opzichte van elkaar. In deze benadering, kan van een concurrentie tussen de twee figuren geen sprake zijn: telkens de voorwaarden voor het gerechtelijk akkoord vervuld zijn, kan er geen voorlopige bewindvoerder meer worden aangesteld.

Immers, ondanks het feit dat de gemeenrechtelijke voorlopige bewindvoerder aangesteld in een onderneming in moeilijkheden en de commissaris inzake opschorting beiden beogen de onderneming te ‘redden’, en de taak hebben de continuïteit van de onderneming te vrijwaren, bestaan er belangrijke, voor deze analyse doorslaggevend verschillen tussen beide procedures. Waar het gerechtelijk akkoord, en bijgevolg ook de aanstelling van een commissaris inzake opschorting, slechts kan worden aangevraagd door de uit vrije wil handelende schuldenaar zelf of door het O.M., kan de aanstelling van een praetoriaanse voorlopige bewindvoerder worden gevorderd door elke belanghebbende en tegen de wil in van de betrokken vennootschap. Waar de schuldenaar in het kader van een gerechtelijk akkoord doorgaans zelf het bestuur van de vennootschap blijft waarnemen en de commissaris inzake opschorting slechts een bijstandsrol vervult, treedt de voorlopige bewindvoerder in een onderneming in moeilijkheden veelal in de plaats van het bestuursorgaan.

Ten tweede wordt er in deze bijdrage van uitgegaan dat de procedure van preventieve ontzetting en voorlopig beheer van artikel 8 Faill.W. geen wettelijke bekrachtiging is van de tendens om een voorlopige bewindvoerder aan te stellen op grond van de artikelen 584 Ger.W. en 74 2° d) W.Venn. in vennootschappen die in moeilijkheden verkeren. De voorlopige bewindvoerder uit artikel 8 Faill.W. komt niet zomaar in de plaats van de praetoriaans ontwikkelde voorlopige bewindvoerder aangesteld in een onderneming in moeilijkheden. Beide soorten voorlopig bewind blijven naast elkaar bestaan, en moeten beschouwd worden als volledig van elkaar los staande rechtsfiguren, met uiteenlopende, niet overlappende toepassingsgebieden.

De regeling van artikel 8 Faill.W. en de jurisprudentieel ontwikkelde regeling van aanstelling van een voorlopige bewindvoerder hebben immers een volledig verschillende *ratio legis*. De bewindvoerder uit het gemene recht beoogt de

onderneming in moeilijkheden te redden en handelt dus vooral in het belang van haar eigenaars; de bewindvoerder van artikel 8 Faill.W. moet het actief vrijwaren in afwachting van het faillissement, en dit voornamelijk in het belang van de schuldeisers van de vennootschap. De twee procedures gaan duidelijk uit van tegenovergestelde objectieven, behartigen verschillende belangen, en hebben elk hun eigen aparte toepassingsgebied, zodat van enige interferentie tussen beide rechtsfiguren eigenlijk nooit sprake zou mogen zijn.

In het algemeen moet ten slotte worden benadrukt dat het grotendeels de verantwoordelijkheid van de rechtspraak is elke rechtsfiguur slechts aan te wenden in het juridische kader waarvoor hij is ontwikkeld. Op deze problematiek werd dieper ingegaan in deel 3.

Rechters zouden een grote terughoudendheid aan de dag moeten leggen bij de inwilliging van vorderingen tot aanstelling van gemeenrechtelijke voorlopige bewindvoerders. In geen geval mag het voorlopig bewind aangegrepen worden als vrij te kiezen alternatief voor de conflictbeslechtingmodellen die de wet zelf vermeldt, of aangewend worden als een manier om aan de normale regels van de meerderheid te ontsnappen. Een groot aantal problemen kan bovendien opgelost worden door de vennootschapsorganen zelf. Pas indien geen enkele van de aangewezen instrumenten ter oplossing van de problemen in de vennootschap heil kan brengen, is de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder op grond van de artikelen 584 Ger.W. en 74 2° d) W.Venn. met aangepaste bevoegdheden gerechtvaardigd.