

HANDELSRECHTBANKEN
EN BEDRIJFSREVISOREN :
WELKE SAMENWERKING?

TRIBUNAUX DE COMMERCE
ET RÉVISEURS D'ENTREPRISES :
QUELLE COLLABORATION?

Unie der Rechters van de Rechtbanken van Koophandel
Unie der Consulaire Rechters van België
Instituut der Bedrijfsrevisoren

Union des Juges des Tribunaux de commerce
Union des Juges Consulaires de Belgique
Institut des Réviseurs d'Entreprises

HANDELSRECHTBANKEN
EN BEDRIJFSREVISOREN :
WELKE SAMENWERKING?

TRIBUNAUX DE COMMERCE
ET RÉVISEURS D'ENTREPRISES :
QUELLE COLLABORATION?

Studiedag
Brussel, 25 november 2003

Journée d'études
Bruxelles, 25 novembre 2003

BRUYLANT
BRUXELLES

2 0 0 3

ISBN 2-8027-1842-8

D / 2003 / 0023 / 136

© 2003 Etablissements Emile Bruylant, S.A.

Regentschapsstraat 67, 1000 Brussel.

Rue de la Régence 67, 1000 Bruxelles.

Alle rechten voorbehouden, zelfs de reproductie van uittreksels, onder gelijke vorm, evenals de vertaling.

Tous droits, même de reproduction d'extraits, de reproduction photomécanique ou de traduction, réservés.

IMPRIMÉ EN BELGIQUE

AVANT-PROPOS

L'Institut des Reviseurs d'Entreprises organise chaque année une journée d'études commune avec les représentants d'une profession proche des activités de ses membres. Les manifestations les plus récentes l'ont été avec *l'Institut des Experts-comptables et des Conseils fiscaux* et avec *la Fédération Royale du Notariat belge*.

Nous remercions André KILESSE et Michel DE WOLF, respectivement Vice-Président et membre du Conseil de l'IRE, d'avoir pris l'initiative de mettre sur pied cette journée d'études organisée de concert avec *l'Union des Juges des Tribunaux de commerce* et *l'Union des Juges Consulaires de Belgique*.

Les juges des tribunaux de commerce sont effectivement régulièrement en contact avec les réviseurs d'entreprises et l'organisation d'une journée d'études commune aux deux professions se justifie pleinement. L'analyse de certains problèmes pratiques et l'échange d'expériences ne peuvent que contribuer à améliorer l'exercice des deux professions.

Nous avons nécessairement dû limiter le nombre de sujets abordés. Ils sont au nombre de cinq. Chacun d'eux sera présenté par un duo magistrat-réviseur d'entreprises, après un exposé introductif dressant un bref portrait des deux professions. Nous remercions à cet égard Philippe EVRARD, Président du Tribunal de commerce de Liège, pour sa contribution.

Guido DE CROOCK, Président du Tribunal de commerce de Dendermonde, et Herman VAN IMPE, réviseur d'entreprises, analyseront l'importance des informations comptables dans le cadre de l'enquête commerciale.

Michel DE WOLF, réviseur d'entreprises et juge consulaire au Tribunal de commerce de Bruxelles, et l'un des deux soussignés appréhenderont les principes visés par l'article 138 du Code des sociétés relatif à la procédure dite d'alerte, et plus particulièrement le pouvoir d'appréciation du commissaire qui « *peut communiquer ses constatations au président du tribunal de commerce* ».

Jean-François CATS, réviseur d'entreprises, et Toon LYSSENS, Président du Tribunal de commerce de Tongeren, s'attacheront à mettre en lumière le contexte dans lequel une administration provisoire peut favorablement être envisagée.

Renée RUBINSTEIN, Vice-Président au Tribunal de commerce de Bruxelles, et Hugues FRONVILLE, réviseur d'entreprises, se pencheront sur les difficultés liées à l'exercice d'un mandat de commissaire au sursis.

Enfin, Philippe LEBEAU, Président du Tribunal de commerce de Charleroi, et Pierre P. BERGER, réviseur d'entreprises, nous donneront leur sentiment sur la manière d'exercer efficacement un mandat de liquidateur.

Cette publication qui reprend les différents rapports est mise à la disposition de tous ceux qui s'intéressent à ces matières. Nous formons le vœu qu'elle puisse contribuer à améliorer certaines faiblesses de la législation.

Novembre 2003

ANNE SPIRITUS-DASSESSÉ
et LUDO SWOLFS

PRÉSIDENTS RESPECTIVEMENT,
DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE BRUXELLES
ET DE L'IRE,
CO-PRÉSIDENTS DE LA JOURNÉE D'ÉTUDES

WOORD VOORAF

Het Instituut der Bedrijfsrevisoren organiseert elk jaar een gezamenlijke studiedag met de vertegenwoordigers van een beroep dat sterkt aanleunt bij de activiteiten van zijn leden. De meest recente evenementen werden georganiseerd met het *Instituut van de Accountants en de Belastingconsulenten* en met de *Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat*.

Wij danken André KILESSE en Michel DE WOLF, respectievelijk Ondervoorzitter en lid van de Raad van het IBR, de initiatiefnemers van deze studiedag, georganiseerd in samenwerking met de *Unie der Rechters van de Rechtbanken van Koophandel* en de *Unie der Consulaire Rechters van België*.

De rechters van de rechtbanken van koophandel staan regelmatig in contact met de bedrijfsrevisoren en de organisatie van een gezamenlijke studiedag afgestemd op de twee beroepen is volkomen gegrond. De analyse van bepaalde praktische problemen en de uitwisseling van ervaringen kunnen alleen maar bijdragen tot een betere uitoefening van de twee beroepen.

Wij waren genoodzaakt het aantal onderwerpen te beperken tot vijf. Elk van deze materies zal worden uiteengezet door een duo magistraat-bedrijfsrevisor, na een inleiding die een korte voorstelling van de twee beroepen inhoudt. Wij danken in dit opzicht Philippe EVRARD, Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Liège voor zijn bijdrage.

Guido DE CROOCK, Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde, en Herman VAN IMPE, bedrijfsrevisor, zullen het belang nagaan van boekhoudkundige informatie in het kader van het handelsonderzoek.

Michel DE WOLF, bedrijfsrevisor en rechter in handelszaken bij de Rechtbank van Koophandel te Brussel, en één van de twee ondergetekenden zullen trachten een nadere verklaring te geven van de principes uiteengezet in artikel 138 van het Wetboek van vennootschappen met betrekking tot de zogenaamde alarmprocedure, en meer in het bijzonder de beoordelingsbevoegdheid van de com-

missaris die « zijn vaststellingen *kan* meedelen aan de voorzitter van de rechtbank van koophandel ».

Jean-François CATS, bedrijfsrevisor en Toon LYSSENS, Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Tongeren, zullen trachten de context waarin een voorlopige bewindvoering gunstig kan worden overwogen, onder de aandacht te brengen.

Renée RUBINSTEIN, Ondervoorzitter bij de Rechtbank van Koophandel te Brussel, en Hugues FRONVILLE, bedrijfsrevisor, zullen zich buigen over de moeilijkheden die zich stellen bij de uitoefening van een mandaat van commissaris inzake opschorting.

Als slot zullen Philippe LEBEAU, Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Charleroi, en Pierre P. BERGER, bedrijfsrevisor, ons hun mening geven met betrekking tot het doeltreffend uitoefenen van een mandaat van vereffenaar.

Deze publicatie, die de verschillende uiteenzettingen herneemt, wordt ter beschikking gesteld van elkeen die belangstelling toont voor deze materies. Wij hopen dat deze publicatie kan bijdragen tot de verbetering van een aantal zwakke punten van de wetgeving.

November 2003

ANNE SPIRITUS-DASSESE
en LUDO SWOLFS

VOORZITTERS RESPECTIEVELIJK
VAN DE RECHTBANK VAN KOOPHANDEL
TE BRUSSEL EN VAN HET IBR,
MEDEVOORZITTERS VAN DE STUDIEDAG

HET BEROEP VAN BEDRIJFSREVISOR

DOOR

LUDO SWOLFS

VOORZITTER IBR

WOORD VOORAF

Er werd ons gevraagd om als inleiding van deze studiedag het beroep van bedrijfsrevisor in een tiental bladzijden samen te vatten.

Wanneer men weet dat de laatste editie (2002) van het *Vademecum* van de bedrijfsrevisor meer dan 1000 bladzijden bedraagt, ziet men in dat dit naar het onmogelijke vragen is.

Deze tekst is dus zeer onvolledig. De geïnteresseerde lezer verwijzen we door naar hetzij het *Vademecum* (1), hetzij onze website (www.accountancy.be), hetzij de vele publicaties van het Instituut waaronder bijvoorbeeld het laatste werk uitgegeven naar aanleiding van het vijftigjarige bestaan van het IBR (2).

INHOUD

- § 1. – KORT HISTORISCH OVERZICHT
- § 2. – HET STATUUT VAN DE BEDRIJFSREVISOR
- § 3. – DE TOEGANG TOT HET BEROEP
- § 4. – DE UITOEFENING VAN HET BEROEP
- § 5. – DE OPDRACHTEN
- § 6. – DE VORMING
- § 7. – DE PLICHTENLEER
- § 8. – DE AANSPRAKELIJKHEID
- § 9. – DE ROL EN DE WERKING VAN HET INSTITUUT
- § 10. – DE TUCHT

(1) *Vademecum van de bedrijfsrevisor*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2002, 1245 p.; dit werk kan worden aangevraagd bij de uitgever.

(2) *50 jaar revisoraat*, Brugge, die Keure, 2003, 363 p.; dit werk kan worden aangevraagd bij de uitgever.

§ 11. – DE HOGE RAAD VOOR DE ECONOMISCHE BEROEPEN

§ 12. – BESLUIT

§ 1. – KORT HISTORISCH OVERZICHT

1. – Vóór de tweede wereldoorlog werden diverse wetsvoorstellen en wetsontwerpen ingediend om het beroep van accountant te organiseren, om de beroepsbeoefenaars van de accountancy en de controle van de boekhouding in een wettelijk orgaan te groeperen en om hun titel te beschermen. Deze projecten haalden de eindmeet niet.

De wetgever introduceerde echter een nieuwigheid in de banksector in 1935. Hij verplichtte de banken om een commissaris te kiezen uit de door de Bankcommissie erkende beroepsbeoefenaars met het oog op de controle van hun activiteiten. De instelling van de functie van bankrevisor is een belangrijk precedent geweest. Men mag de bankrevisoren echter niet verwarren met de bedrijfsrevisoren, want tot in 1976 kon men bankrevisor worden zonder bedrijfsrevisor te zijn.

Na de tweede wereldoorlog kwamen de discussies rond de organisatie van de boekhoudkundige beroepen weer op tafel. Twee fundamentele kwesties kwamen tijdens de debatten op de voorgrond : zal de wetgeving het beroep van accountant in haar geheel organiseren of een scheiding scheppen gebaseerd op plichtenleer en discipline ? Is het revisoraat een beroepsorde, zoals die van de advocaten of van de geneesheren, of is het een beroep met een functie van algemeen belang ?

2. – 1953 was een belangrijk jaar voor het revisoraat. Na vele discussies, werd een Instituut der Bedrijfsrevisoren opgericht bij wet van 22 juli (3).

De eerste opdracht was al ingesteld door de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven en dit nog vóór het beroep zelf was georganiseerd. Het betreft de controle van documenten overgemaakt aan de ondernemingsraad.

In 1953 gaf de wetgever aan de leden van het IBR een tweede opdracht, namelijk die van commissaris in de vennootschappen die

(3) Voor een kort historisch overzicht van 1953 tot 2003, zie b.v. *Vademecum*, 2002, p. 34-39 en *50 jaar revisoraat, op. cit.*, 2003, p. 5-11.

een openbaar beroep op het spaarwezen doen. Sindsdien zijn er vele andere wettelijke opdrachten bijgekomen.

3. – Zoals dat vaak gebeurt, werd na een twintigtal jaar na de inwerkingtreding van de wet, de wetgeving rond het beroep van bedrijfsrevisor bekritiseerd.

In een unaniem advies dat op 12 juli 1972 werd overgemaakt door de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven, werd door de sociale partners aan de bedrijfsrevisoren een corporatistische houding, gefocused op eigen belang, verweten. Het besluit was dat het Instituut plaats zou moeten maken voor een nieuwe instelling, die samen met de sociale partners gemanaged zou worden.

Zoals men kan vermoeden, was dit een groot trauma, maar een advies, al is het unaniem, van de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven is nog geen wet, en de relatieve labiliteit van de regering toen gaf de Raad van het Instituut de nodige tijd om het tijt de keren. De reactie van het beroep was het behoud van de onafhankelijkheid van hun instelling, en de actualiteit van de Europese Gemeenschappen ging er ook toe bijdragen (4).

4. – Het is in 1985 dat ons beroep de grootste hervorming heeft gekend. De wet van 21 februari, genoemd « hervorming van het bedrijfsrevisoraat », deed de autonomie van het Instituut zegeviereren. Deze wet gaf het Instituut immers de taak om de toezicht van het beroep te organiseren alsook de macht om beroepsnormen uit te vaardigen.

De hervorming van 1985 voert radicale wijzigingen door in de drie domeinen welke aan de basis lagen van de wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een Instituut der Bedrijfsrevisoren (5) :

- a) de functie van commissaris : conform de Vierde Europese Richtlijn is de wettelijke controle van de jaarrekeningen door een beroepsbeoefenaar uitgebreid naar alle vennootschappen van een bepaalde omvang, terwijl dat tot dan toe enkel verplicht was voor vennootschappen die een openbaar beroep deden op het spaarwezen;
- b) de controle van de economische en sociale informatie die aan de ondernemingsraad moet worden verstrekt : die controle wordt

(4) H. OLIVIER, « Twee essentiële mijlpalen in het bestaan van het Instituut der Bedrijfsrevisoren », *Periodieke Berichten IBR*, 2003, speciaal nummer 1953-2003, p. 11-12.

(5) H. OLIVIER, *ibid.*, p. 14-15.

niet enkel verplicht, ze wordt bovendien toevertrouwd aan de commissaris wiens onafhankelijkheid tegenover de *stakeholders* wordt versterkt;

- c) de beroepsstructuren : de wet richt het « Instituut der Accountants » op maar houdt tevens vast aan het principe van een gescheiden instituut voor bedrijfsrevisoren, die zich in de controle moeten specialiseren. Om het karakter van algemeen belang van de functie van bedrijfsrevisor te onderstrepen en op advies van de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven, heeft de wet een « Hoge Raad voor het Bedrijfsrevisoraat » opgericht om toe te zien op de naleving van dit algemeen belang.

5. – Tenslotte, en recenter, is het beroep sterk beïnvloed door de wet van 2 augustus 2002, « Wet *Corporate Governance* », die de artikelen 133 en 134 van het Wetboek van vennootschappen, betreffende de onafhankelijkheid van de commissaris en de doorzichtigheid van de honoraria grondig wijzigt (6).

§ 2. – HET STATUUT VAN DE BEDRIJFSREVISOR

6. – De bedrijfsrevisor is een vrij beroep. Hij mag geen commercieel bedrijf of een taak van bestuurder uitoefenen in een handelsvennootschap (artikel 7*bis* van de wet) (7).

Hij handelt op een onafhankelijke wijze in het kader van een opdracht van algemeen belang.

Hij is aan een strenge plichtenleer onderworpen, die door het K.B. van 10 januari 1994 betreffende de plichten van de bedrijfsrevisoren wordt geregeld, en hij kan worden gesanctioneerd door tuchtorganen (artikelen 19 e.v. van de wet).

(6) Over deze wijzigingen voorzien door de wet van 2 augustus 2002, zie I. DE POORTER en Ch. VAN DER ELST, « De onafhankelijkheid van de commissaris », in *Financiële Regulering : op zoek naar nieuwe evenwichten*, vol. I, M. TISON, C. VAN ACKER, J. CERFONTAINE, (uitgevers), Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 291-360; I. DE POORTER, « De onafhankelijkheid van de commissaris in het kader van de wet corporate governance », *T.R.V.*, 2003, p. 313-314; N. THIRION, « L'indépendance des commissaires », in *Sociétés : questions d'actualité*, C.U.P., U. Lg., maart 2003, vol. 62, p. 315-338; L. SWOLFS en D. SZAFRAN, « Evolutie van de onafhankelijkheidsregels van de commissaris », *Tijdschrift voor Economie en Management*, vol. XLVIII, 2, 2003, p. 279-293, Ch. VAN DER ELST, « De commissaris, non audit diensten en het comité voor advies en toezicht », in *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, Antwerpen, Intersentia, H. BRAECKMANS en E. WYMEERSCH, 2003, p. 169-207; H. DE WULF, « De onafhankelijkheid van de commissaris : afkoelingsperiode en vergoeding », in *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, loc. cit., p. 135-168.

(7) Onder « de wet » verstaat men de wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een Instituut der Bedrijfsrevisoren, onder andere gewijzigd door de wet van 21 februari 1985.

Het voeren van de titel van bedrijfsrevisor is uiteraard door de wet beschermd (artikel 7, eerste lid van de wet).

7. – De bedrijfsrevisoren oefenen hun beroep uit als zelfstandige. Ze mogen echter sinds de wet van 1985 een arbeidsovereenkomst aangaan bij een andere bedrijfsrevisor (artikel 7*bis*, 1° van de wet), maar in dat geval mogen ze geen certificeringsverslagen ondertekenen (art. 21 K.B. 10 januari 1994).

8. – De bedrijfsrevisor heeft als hoofdtaak het vervullen van controleopdrachten met betrekking tot boekhoudkundige staten (artikel 3 van de wet). Deze notie van « revisorale opdracht » werd verduidelijkt door het K.B. van 10 januari 1994 (artikel 1, 4°).

Deze verplichting van hoofdactiviteit vormt een waarborg voor de specialisatie en de bevoegdheid van de revisor. Het Instituut waakt in het bijzonder over de naleving van dit principe (8) en de gevallen waarin ontoereikendheden worden vastgesteld, worden voor de tuchtinstanties gebracht.

§ 3. – DE TOEGANG TOT HET BEROEP

9. – De voorwaarden voor de toegang tot het beroep zijn grotendeels gebaseerd op de Achtste Europese Richtlijn van 10 april 1984 betreffende de erkenning van personen belast met de controle van boekhoudkundige documenten. Het K.B. van 13 oktober 1987 betreffende de stage van de kandidaat-bedrijfsrevisoren is volkomen conform met de Europese bepalingen.

10. – De stage is enkel toegankelijk voor de houders van een universitair diploma (artikel 4, 4° van de wet en artikel 12 K.B., 13 oktober 1987). Er is een afwijking voorzien voor personen die geen houder zijn van een universitair diploma maar die over een ruime beroepservaring beschikken (artikel 13 K.B. 13 oktober 1987).

Het toelatingsexamen is verplicht en heeft betrekking op 17 vakken, maar vele universitaires zijn er deels of totaal van vrijgesteld.

De stage is ook verplicht en bedraagt 3 jaar. Hij moet worden gevolgd bij een revisor die ten minste 5 jaar op de ledenlijst ingeschreven staat (artikel 16 van de wet). Tijdens de stage moet men

(8) Omzendbrief van de Raad van 8 november 2002, *Vademecum*, 2002, p. 478-482.

verschillende examens afleggen en op het einde moet de stagiair een bekwaamheidsexamen afleggen (9).

11. – Er bestaan bijzondere procedures van toegang tot het beroep voor de beroepsbeoefenaars die een gelijkwaardige hoedanigheid bezitten in het buitenland (artikel 40 K.B. 13 oktober 1987).

12. – Een overstapregeling is eveneens voorzien voor accountants die tenminste 7 jaar zijn ingeschreven bij het IAB (10).

§ 4. – DE UITOEFENING VAN HET BEROEP

13. – Een bedrijfsrevisor moet zijn beroep in alle omstandigheden onafhankelijk en onbevooroordeeld uitoefenen, en hij moet iedere vorm van belangenconflict vermijden (artikelen 6 en 7 K.B. 10 januari 1994).

Hij moet tevens de normen en aanbevelingen uitgevaardigd door het Instituut, naleven (artikel 2 K.B. 10 januari 1994). Heden telt men meer dan dertig normen en aanbevelingen (11).

14. – De wetgever heeft aan het Instituut de taak toevertrouwd van het bepalen van de beroepsnormen (artikel 18*bis* van de wet). Artikel 133, eerste lid van het Wetboek van vennootschappen betreffende het mandaat van de commissaris verwijst naar de « regels van het beroep van bedrijfsrevisor » en uit de parlementaire werkzaamheden van de wet van 1985 kan men afleiden dat de woorden « wat zij hadden moeten doen » vermeld in artikel 171, § 2 van hetzelfde Wetboek met betrekking tot de strafmaatregelen, te beschouwen zijn in het licht van de beroepsnormen.

15. – Naast de controlenormen, moet de bedrijfsrevisor ook de normen inzake plichtenleer volgen. Hij zal ook aandacht moeten schenken aan de boekhoudkundige normen.

Het Belgisch normatief kader, met betrekking tot audit, plichtenleer en boekhouding, wordt meer en meer door Europese en internationale instellingen beïnvloed. Iedereen kent vandaag de termen IAS, IFRS, ISA en vele anderen. De opdracht van controle van

(9) Voor meer details over de stage, zie *Vademecum*, 2002, p. 211-288.

(10) *Vademecum*, 2002, p. 279-284

(11) *Vademecum*, 2002, p. 877-1245.

financiële informatie kan echter in de huidige globaliserende economie enkel in een internationale context evolueren.

16. – De uitoefening van het beroep ontwikkelt zich niet alleen in een internationale context maar ook meer en meer in een context van vennootschappen.

Het aantal revisorenvennootschappen kende een evolutie van 8 in 1945 naar 404 in 2002. Wanneer men weet dat het aantal revisoren vandaag 980 bedraagt, beseft men het belang van deze vennootschappen (12). De uitoefening van het beroep wordt steeds complexer en dat zet de meeste confraters aan tot groepering.

Naast de vereniging met confraters, verenigen revisoren zich ook meer en meer in interprofessionele middenvennootschappen. De wetgever heeft sinds 1985 een juridische structuur voorzien om, onder bepaalde voorwaarden, zulke interprofessionele verenigingen toe te laten (art. 8, § 4 van de wet) (13).

§ 5. – DE OPDRACHTEN

17. – Samengevat, mag een revisor de volgende opdrachten uitvoeren :

- a) wettelijke permanente opdrachten
- b) wettelijke niet-permanente opdrachten
- c) conventionele opdrachten

18. – De wettelijke permanente opdrachten bestaan hoofdzakelijk uit het commissarismandaat in handelsvennootschappen (artikelen 130 tot en met 171 van het Wetboek van vennootschappen). In dit kader speelt de commissaris een zeer belangrijke rol t.o.v. de ondernemingsraad. Van de ongeveer 200.000 handelsvennootschappen schat men *ex aequo et bono* dat ongeveer 12.000 ervan de criteria vervullen die leiden tot de verplichte aanwijzing van een commissaris. Bovendien mogen enkel de revisoren het commissarismandaat zoals bepaald in de artikelen 130 en 142 van het Wetboek van vennootschappen, uitoefenen.

(12) E. VAN MEENSEL, « Evolutie van de ledenlijst van het IBR », *Per. Ber. IBR*, 2003, speciaal nummer 1953-2003, p. 24-27.

(13) Over dit onderwerp : A. KILESSE, « Le réviseur d'entreprises et les associations interprofessionnelles de moyens », *C.F.P.*, 2002, p. 601-610.

De revisoren voeren trouwens ook andere permanente controleopdrachten uit, hetzij als commissaris, hetzij als revisor bij verscheidene rechtspersonen die geen handelsvennootschap vormen. Het gaat b.v. om openbare ondernemingen, ziekenhuizen, NGO's, mutualiteiten, rusthuizen, intercommunales, onderwijs-instellingen, enz. Deze materies worden door bijzondere wettelijke of reglementaire bepalingen geregeld, hetzij op federaal, gemeenschappelijk of gewestelijk niveau.

19. – De wettelijke niet-permanente opdrachten bestaan hoofdzakelijk uit opdrachten die door het Wetboek van vennootschappen zijn voorzien. Voorbeelden hiervan zijn :

- a) inbreng in natura en quasi-inbreng;
- b) fusies en splitsingen;
- c) omzettingen;
- d) ontbindingen;
- e) beperkingen van het voorkeurrecht
- f) uitgiftes van aandelen beneden de fractiewaarde
- g) enz.

Een aantal van deze opdrachten vormen een monopolie die gedeeld wordt met de accountants.

20. – De conventionele opdrachten zijn uiteraard veelvuldig. Deze omvatten alle aspecten van advies, onder andere inzake boekhoudrecht, vennootschapsrecht en fiscaal recht.

Deze opdrachten kunnen worden uitgeoefend buiten het kader van het mandaat van commissaris of als aanvulling ervan. In het eerste geval is er geen onafhankelijkheidsprobleem. In het tweede geval zal de commissaris echter bijzonder voorzichtig moeten zijn, vooral sinds de inwerkingtreding van de wet van 2 augustus 2002 en het koninklijk besluit van 4 april 2003 betreffende de prestaties die de onafhankelijkheid van de commissaris in het gedrang brengen.

§ 6. – DE VORMING

21. – Het Instituut heeft ten doel te waken over de opleiding van de revisoren (artikelen 2 en 18ter, § 1, 1° van de wet) en heeft in dit kader een norm gepubliceerd over dit onderwerp (14).

(14) *Vademecum*, 2002, p. 447-449.

Het Instituut organiseert elk jaar een belangrijk vormingsprogramma, met meer dan 100 verschillende seminars, die gemiddeld meer dan 3.500 personen per jaar aantrekken (15).

Het Instituut investeert ook in wetenschappelijke publicaties die ten doel hebben de confraters te helpen bij de uitoefening van hun beroep.

§ 7. – DE PLICHTENLEER

22. – Het merendeel van de deontologische verplichtingen zijn te vinden in het koninklijk besluit van 10 januari 1994, met als voornaamste bepalingen (16) :

- a) de uitoefening van het beroep met rechtschapenheid en waardigheid (art. 3);
- b) het behoud van een strikte onafhankelijkheid zowel *de facto* als *de animo* (art. 6 en 7);
- c) de nauwgezette eerbiediging van onverenigbaarheden (art. 8 en 9);
- d) het verbod van reclame (art. 26);
- e) hoffelijkheid en bijstand aan confraters (art. 24 en 25);
- f) het verbod om een ereloon te ontvangen dat verbonden is aan het welslagen van een verrichting (art. 22).

23. – De revisoren zijn uiteraard ook aan het beroepsgeheim verbonden. Artikel 458 van het Strafwetboek is van toepassing door de bepaling in artikel 27, tweede lid van de wet (17).

24. – Door een beslissing van de Raad, zijn de revisoren verplicht hun burgerlijke aansprakelijkheid te laten dekken door een verzekering, die door de Raad moet worden aanvaard (18).

Er kan worden opgemerkt dat de wet (art. 9*bis*) deze dekking niet verplicht.

(15) P. VAN IMPE, « Commissie Vorming van toen tot nu », *Per. Ber. IBR*, 2003, speciaal nummer 1953-2003, p. 52-56.

(16) Voor meer details : zie *Vademecum*, 2002, p. 469-619.

(17) *Vademecum*, 2002, p. 553-571.

(18) Omzendbrief van 6 september 1996, *Vademecum*, 2002, p. 587-589.

§ 8. – DE AANSPRAKELIJKHEID

25. – De aansprakelijkheid van de commissaris is hoofdzakelijk gebaseerd op drie pijlers :

- a) de burgerrechtelijke aansprakelijkheid (art. 140 van het Wetboek van vennootschappen);
- b) de strafrechtelijke aansprakelijkheid (art. 170, eerste lid, 1° en 171, § 2 van het Wetboek van vennootschappen);
- c) de tuchtrechtelijke aansprakelijkheid (art. 9bis van de wet).

Men zal nog onthouden dat de bedrijfsrevisor persoonlijk aansprakelijk is voor de uitoefening van zijn opdracht en dat het hem verboden is zich aan deze aansprakelijkheid, zelfs gedeeltelijk, door een overeenkomst te onttrekken (artikel 9bis van de wet).

Het past niet in het kader van deze inleiding om dit complexe aansprakelijkheidssysteem te analyseren. We verwijzen liever naar de vele werken die met betrekking tot deze materie werden gepubliceerd (19).

§ 9. – DE ROL EN DE WERKING VAN HET INSTITUUT

26. – Het Instituut heeft als hoofdtaken :

- a) het bijhouden van de ledenlijst, natuurlijke of rechtspersonen (art. 6, tweede lid van de wet);
- b) de organisatie van de toegang tot het beroep, meer bepaald de stage (art. 16);
- c) te waken over de opleiding van de leden (art. 2);
- d) het bepalen van de beroepsnormen (art. 18bis);
- e) het toezicht houden over de goede uitoefening van het beroep (art. 18ter);

(19) Onder de zeer recente werken, zie b.v. « De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor : burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aspecten », *Studies IBR, Recht*, 2003, 192 p.; P. KILESTE en C. STAUDT, « La responsabilité de l'administrateur et du réviseur d'entreprises dans les sociétés anonymes », in *Dernières évolutions en droit des sociétés*, éd. J.B. Brussel, 2003, p. 3-118; K. AERTS, « Taken en aansprakelijkheid van commissarissen en bedrijfsrevisoren », Brussel, Larcier, 2002, 199 p.; Verschillende auteurs, « Bronnen van aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor », *Studies IBR, Recht*, 2-1996, 142 p.; A. BENOÎT-MOURY en N. THIRION, « La responsabilité pénale du réviseur d'entreprises; épée de Damoclès ou tigre de papier », note sous Liège, 25 januari 1996, *Revue Pratique*, 1997, p. 177 et s.; P.-A. FORIERS en M. VON KUEGELGEN, « La responsabilité civile des réviseurs et des experts-comptables », *Rev. dr. ULB*, 1992, p. 1-61.

- f) het toelaten van de oprichting van professionele vennootschappen die het beroep uitoefenen en interprofessionele middenvennootschappen (art. 8);
- g) het aanhangig maken van een zaak bij de Tuchtcommissie (art. 20, § 2).

27. – Het Instituut wordt bestuurd door een Raad, samengesteld uit een Voorzitter, een Ondervoorzitter en uit twaalf leden, allen verkozen door de Algemene Vergadering (artikel 13 van de wet). Het Instituut is bevoegd over heel het land en zijn Raad is paritair samengesteld uit vertegenwoordigers van elke taalrol.

De bevoegdheden van de Raad worden uiteengezet in artikel 18 van het koninklijk besluit van 20 april 1989 tot vaststelling van het huishoudelijk reglement.

28. – Naast de bevoegdheden die de wetgever hem toekent, is het Instituut ook een beroepsorde. Vele diensten worden aan de leden aangeboden, zoals o.a. de vorming (het organiseren van seminars), de *helpdesk*, publicaties, de website, het intranet, enz.

29. – Het Instituut volgt nauwgezet de materies die het beroep aangehen, zowel op nationaal als op internationaal vlak.

Met het oog op een goede uitvoering van al zijn opdrachten, beschikt het Instituut over een permanent personeelsbestand van ongeveer 30 personen, wat veel is gezien de beperkte omvang van het beroep (980 leden). De werkingskosten worden gedekt door de bijdragen van de leden, die ongeveer 0.85 % van het ereloon bedragen.

Het Instituut kan ook rekenen op de medewerking van een twintigtal permanente commissies samengesteld uit confraters die vaak een beroep doen op derden om het debat te verruimen.

§ 10. – DE TUCHT

30. – In tegenstelling tot een vaak voorkomende gedachte, zijn de tuchtorganen volkomen onafhankelijk ten aanzien van de orga-

nen van het Instituut. De beroepstucht wordt geregeld door artikel 19 e.v. van de wet (20).

In eerste aanleg wordt de Tuchtcommissie voorgezeten door een magistraat. In hoger beroep is de Commissie van Beroep hoofdzakelijk samengesteld uit magistraten en wordt ook door een magistraat voorgezeten.

Een zaak kan aanhangig gemaakt worden bij de tuchtorganen hetzij door de Raad van het Instituut, hetzij door de Procureur-generaal, hetzij door de Hoge Raad voor de Economische Beroepen of hetzij door het recente externe Comité voor advies en controle op de onafhankelijkheid van de commissaris, voorzien in artikel 133, tiende lid van het Wetboek van vennootschappen (21).

§ 11. – DE HOGE RAAD VOOR DE ECONOMISCHE BEROEPEN

31. – Sinds 1985 is het beroep van bedrijfsrevisor in België onderworpen aan een zelfregulering « onder toezicht » (*monitored selfregulation*).

De Hoge Raad voor de Economische Beroepen (toen de Hoge Raad voor het Bedrijfsrevisoraat), beschikt onder meer over de volgende bevoegdheden (artikel 54, §§ 1 en 3 van de wet van 22 april 1999) (22) :

- a) op eigen initiatief of op verzoek, adviezen of aanbevelingen verstrekken die betrekking hebben op de uitoefening van het beroep;
- b) de verplichting voor de Koning om de Hoge Raad te raadplegen voor elke wettelijke of reglementaire bepaling betreffende het beroep en de verplichting om elke afwijking van een eensluidend advies met redenen te omkleden;
- c) de verplichting voor het Instituut om de Hoge Raad te raadplegen voor elke beslissing met een algemene draagwijdte;

(20) Voor meer details over tuchtrecht, zie B. TILLEMANS, « De bedrijfsrevisor en het tuchtrecht », in *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor : burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aspecten*, *Studies IBR, Recht*, 2003, 192 p.

(21) Zoals ingevoegd bij wet van 2 augustus 2002 « *corporate governance* ».

(22) Zie ook J.-P. SERVAIS en C. DENDAUW, « Le rôle du Conseil supérieur des Professions économiques dans l'évolution des professions économiques en Belgique », in *50 jaar revisoraat*, Brugge, die Keure, 2003, p. 217-267.

d) een klacht indienen tegen een bedrijfsrevisor bij de Tuchtcommissie.

De Hoge Raad bestaat uit zeven leden, allen extern aan het beroep, benoemd door de Koning en voorgedragen door hetzij de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven, hetzij de minister van Economische Zaken, de minister van Financiën en de minister van Middenstand.

T.o.v. de Verenigde Staten of de andere Europese landen, is België ongetwijfeld een trendsetter op het vlak van het toezicht op het beroep door de overheid (*public oversight*).

§ 12. – BESLUIT

32. – Na een vijftigjarig bestaan, heeft het beroep de doeltreffendheid van een zelfregulering « onder toezicht » kunnen aantonen.

Zoals blijkt uit verschillende studies, heeft de bedrijfsrevisor grotendeels een positief imago bij de ondernemingen en de sociale partners.

De opdracht van wettelijke controle van de financiële staten is een opdracht van algemeen belang die bijdraagt tot de geloofwaardigheid van de financiële informatie in het algemeen. De revisoren zijn zich van dit vertrouwen bewust en waken ervoor om dag in dag uit hun bekwaamheid en hun vorming te verbeteren om deze uitdaging aan te nemen.

LE TRIBUNAL DE COMMERCE : UNE BRÈVE PRÉSENTATION

PAR

PHILIPPE EVRARD

PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE LIÈGE

SOMMAIRE

1. – LES ORIGINES
2. – LES COMPÉTENCES DU TRIBUNAL DE COMMERCE
3. – L'ACCÈS À LA PROFESSION
 - 3.1. – *Les juges au tribunal de commerce*
 - 3.2. – *Les juges consulaires*
4. – L'INDÉPENDANCE
 - 4.1. – *L'indépendance institutionnelle*
 - 4.2. – *L'indépendance fonctionnelle*
5. – L'IMPARTIALITÉ
6. – LA RESPONSABILITÉ
 - 6.1. – *La responsabilité personnelle des magistrats*
 - 6.2. – *La responsabilité de l'Etat belge pour les fautes commises par les magistrats*

1. – LES ORIGINES

Dans un article remarquablement documenté, Paul TROISFONTAINES, président des tribunaux de commerce de Verviers-Eupen (1) rappelle, en quelques repères historiques, que l'idée de confier à des juridictions particulières, spécialisées, la solution des différends commerciaux, remonte à l'Antiquité et notamment à l'Antiquité égyptienne.

(1) Paul TROISFONTAINES, « Le tribunal de commerce en Belgique : une juridiction exemplaire ? », *R.D.C.*, 2000, p. 23.

De cette époque, en passant par la Grèce, Rome, les Cités italiennes, les Foires de Champagne et de Brie, les Consuls des marchands de Paris, la Révolution française et le Code Napoléon tout autant que le Congrès national de 1830, Paul TROISFONTAINES souligne la faveur dont ont bénéficié les tribunaux de commerce.

D'où vient cette étonnante pérennité ?

Paul MARTENS (2) met en évidence une considération triviale que l'on retrouve à travers toute l'Histoire : les juges consulaires ne sont point à charge de l'Etat, ou si peu.

Mais, ainsi que le souligne cet auteur, tout ne s'explique pas par le souci d'économie des dirigeants. C'est aussi le mode électif du recrutement des juges consulaires qui est en cause en ce qu'il a permis au cours des siècles aux commerçants de choisir, en leur sein, ceux qui leur paraissaient les plus aptes à juger.

Si le système actuel du recrutement des juges consulaires s'éloigne du système électif, le recrutement des meilleurs reste garanti par les avis préalables.

L'Histoire ainsi brièvement rappelée ne concerne bien entendu que les juges consulaires à l'exclusion des juges au tribunal de commerce.

L'intervention de ceux-ci dans la structure actuelle date de la loi du 10 octobre 1967 instaurant le Code judiciaire.

Depuis cette réforme fondamentale, chaque chambre des tribunaux de commerce, actuellement présents dans tous les arrondissements judiciaires (art. 73 C.J.), comprend un juge au tribunal de commerce – magistrat de carrière – qui préside assisté de deux juges consulaires (art. 84, al. 2 C.J.).

Le régime de l'échevinage constitue, pour les tribunaux de commerce, l'innovation majeure du Code judiciaire. En 1946 déjà, le professeur L. FREDERICQ appelait de ses vœux ce régime lorsqu'il écrivait : « *Si nous pensons qu'il serait désirable que des juristes président le tribunal de commerce et ses différentes chambres, nous croyons que supprimer les juridictions composées de magistrats commerçants serait une erreur aussi au point de vue de l'évolution du droit commer-*

(2) Paul MARTENS, « La juridiction consulaire : archaïque ou postmoderne ? », *Union des juges consulaires de Belgique*, Namur, 22 avril 1994. Ce texte est disponible sur le site du tribunal de commerce de Verviers dans la rubrique consacrée à la doctrine (http://www.Cass.be/tribunal_commerce/verviers).

cial. Le progrès de celui-ci – comme d'ailleurs celui des différentes branches du droit privé – dépend, dans une large mesure, du travail jurisprudentiel. Pétri autant de faits que d'idées, le droit est en partie, comme on a pu le lire avec raison, 'ce que la jurisprudence le fait'! (...). Or, qui mieux que les commerçants eux-mêmes, vivant dans un milieu particulier, ayant une mentalité propre, connaissant les usages et les exigences des affaires non par ouï-dire, mais par la pratique, serait à même de faire du droit commercial ce qu'il doit être : une réalité vivante? Les magistrats civils et les juges consulaires se meuvent dans des ambiances différentes. Non seulement la suppression des tribunaux ne servirait pas les intérêts d'une bonne administration de la justice, mais elle risquerait encore d'entraver le progrès de la science juridique » (3).

En s'exprimant de cette manière, le professeur L. FREDERICQ soulignait non seulement l'utilité des tribunaux de commerce tels qu'ils existent actuellement avec des chambres présidées par des magistrats de carrière mais encore l'apport indispensable des juges consulaires. Ils sont actuellement au nombre de 769 pour 111 magistrats professionnels effectifs.

2. – LES COMPÉTENCES DU TRIBUNAL DE COMMERCE

Un édit de Charles IX de novembre 1553 confiait les contestations entre commerçants aux tribunaux consulaires mais « pour faits de marchandises seulement ».

La compétence des tribunaux de commerce s'est depuis lors très largement étendue et son examen exhaustif sort des limites du présent exposé (4). Il suffit ici de souligner que le tribunal de commerce est compétent pour connaître :

- des contestations entre commerçants relatives aux actes réputés commerciaux par la loi et qui ne sont pas de la compétence générale des juges de paix ni de la compétence des tribunaux de police (5) (art. 573, 1° C.J.);

(3) L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, T. I, p. 436.

(4) La compétence d'attribution du tribunal de commerce se trouve reprise aux articles 573 à 577 du Code judiciaire.

(5) Le juge de paix connaît de toutes demandes dont le montant n'excède pas 1.860 € (art. 490 C.J.).

- des contestations relatives aux lettres de change et aux billets à ordre lorsque le montant de la demande dépasse 1.860 € : cette compétence ne prend pas en considération la qualité de commerçant (art. 573, 2° C.J.);
- des contestations pour raison d'une société de commerce entre sociétés et associés, entre associés, entre sociétés et administrateurs ou gérants, entre administrateurs ou gérants, entre administrateurs ou gérants et tiers, entre administrateurs ou gérants et associés, entre commissaires, entre commissaires et sociétés, entre commissaires et administrateurs, gérants ou associés, entre liquidateurs, entre liquidateurs et tiers, entre liquidateurs et sociétés ou entre liquidateurs et associés, entre sociétés, associés, administrateurs ou gérants, commissaires ou liquidateurs et réviseurs d'entreprises, entre fondateurs, entre fondateurs et sociétés, entre fondateurs et tiers ou entre fondateurs, sociétés, associés et administrateurs ou gérants (art. 574, 1° C.J.) : en résumé, cette compétence peut se définir comme étant celle du contentieux au sein des sociétés commerciales et ce que les protagonistes aient ou non la qualité de commerçant;
- des actions et contestations qui découlent directement des faillites et des concordats judiciaires, conformément à ce qui est prescrit par la loi sur les faillites et par la loi relative au concordat judiciaire, et dont les éléments de solution résident dans le droit particulier qui concerne le régime des faillites et des concordats judiciaires (art. 574, 2° C.J.);
- le demandeur non commerçant peut aussi porter devant le tribunal de commerce un litige qui a trait à un acte réputé commercial par la loi et qui n'est pas de la compétence générale des juges de paix.

Avec Paul TROISFONTAINES (6) on regrettera qu'en matière de droits intellectuels, les compétences du tribunal de commerce et de son président soient réduites à la portion congrue.

Aux compétences du tribunal ainsi sommairement décrites, il faut ajouter celles du président de la juridiction et des chambres d'enquête commerciale créées par la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire.

Parmi les compétences du président du tribunal de commerce (7) on retiendra :

(6) Paul TROISFONTAINES, *op. cit.*, p. 32.

(7) Voir art. 584, 588 et 589 C.J.

- la matière du référé qui permet, en cas d'urgence, de prendre des mesures provisoires qui, en raison de cette nature, ne s'imposent pas au juge du fond. Ici, on notera tout particulièrement la désignation des administrateurs provisoires, procédure qui a connu un essor important durant les dernières années et qui peut constituer une parade à l'échec du concordat (8);
- l'action en cessation basée sur l'article 95 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur. Cette disposition permet au président du tribunal d'ordonner la cessation d'un acte, même pénalement réprimé, constituant une infraction aux dispositions de la loi et notamment d'un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale par laquelle un vendeur porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'un ou de plusieurs autres vendeurs;
- certains conflits entre actionnaires sont eux aussi confiés au président du tribunal siégeant au fond comme du reste en matière d'action en cessation. Il s'agit des procédures de résolution des conflits internes qui permettent la cession ou le rachat forcé d'actions pour de justes motifs (art. 334, 340, 636 et 642 C.Soc.).

Sur base des données collectées au sujet des entreprises qui sont en difficultés financières telles que la continuité de leur activité peut être mise en péril, les chambres d'enquête commerciale suivent la situation de ces entreprises en difficultés et peuvent examiner d'office si elles remplissent les conditions du concordat (9). Dans ces chambres, l'examen est confié soit à un juge au tribunal de commerce, soit à un juge consulaire.

Dans la pratique, il est rarissime que l'examen auquel procède la chambre d'enquête commerciale aboutisse à une demande de concordat. Plus concrètement, l'intervention de la chambre d'enquête commerciale permet de cerner les difficultés auxquelles l'entreprise est confrontée et d'examiner les mesures de redressement éventuellement déjà mises en œuvre et celles qui doivent encore l'être.

La convocation de l'entreprise par la chambre d'enquête commerciale déclenche souvent chez les dirigeants un électrochoc salutaire

(8) Voir Philippe EVRARD, « L'administration provisoire », in *Le tribunal de commerce : un acteur de la vie économique*, asbl Editions du jeune barreau de Liège, 2003, p. 65.

(9) Pour de plus amples développements sur cette question, voy. Fabienne BAYARD et Alain LONHIENNE, « La chambre d'enquête commerciale : pour qui, pour quoi ? », in *Le tribunal de commerce : un acteur de la vie économique*, asbl Editions du jeune barreau de Liège, 2003, p. 5.

de prise de conscience des difficultés vers lesquelles l'entreprise se dirige ou que déjà elle rencontre.

Confronté à un juge enquêteur soit à l'intervention de la chambre d'enquête commerciale, soit parce qu'elle en a fait elle-même la demande, l'entreprise reçoit une aide significative qui permet à ses dirigeants de réfléchir aux différentes pistes à explorer en vue soit de dégager des solutions de redressement, soit de dresser un constat d'échec qui aboutira à l'aveu de faillite ou à la mise en liquidation de la société.

S'il apparaît de l'examen de la situation du débiteur que ce dernier se trouve en état de faillite, la chambre d'enquête commerciale transmet sans délai le dossier au procureur du Roi, qui peut requérir la faillite.

La présentation, même sommaire, du tribunal de commerce ne peut faire l'impasse sur le rôle du ministère public auprès de ce tribunal dont les fonctions sont multiples. Aux termes de l'article 764, 8° du Code judiciaire, doivent lui être communiquées pour avis à peine de nullité, les demandes en concordat, en déclaration de faillite, en report de la date de cessation de paiement ainsi que les procédures en révocation de sursis de paiement et de clôture de la faillite.

En outre, le ministère public reçoit communication de toutes les autres causes et y siège lorsqu'il le juge convenable; le tribunal peut aussi l'ordonner d'office.

Indépendamment de cette compétence d'avis, le parquet intervient aussi par voie d'action devant le tribunal de commerce. Outre citer en faillite, il peut ainsi, notamment, postuler l'omission d'un curateur de la liste, introduire une procédure de concordat judiciaire, citer certains faillis ou responsables de sociétés faillies en interdiction professionnelle, solliciter la désignation d'un administrateur provisoire sur base de l'article 8 de la loi sur les faillites.

Il exerce également un contrôle sur les faillites sur base de l'article 36 de la loi sur les faillites qui permet au procureur du Roi d'assister à toutes les opérations de la faillite, consulter à tout moment le dossier de la faillite, prendre connaissance des livres et papiers du failli, vérifier sa situation et se faire donner par les curateurs tous les renseignements qu'il juge utile, de même que par l'examen du mémoire que les curateurs sont tenus de lui transmettre dans les deux mois de leur entrée en fonctions (art. 60 L.F.).

3. – L'ACCÈS À LA PROFESSION

3.1. – *Les juges au tribunal de commerce*

Dans le cadre du présent exposé, il ne paraît pas utile de s'étendre sur les conditions de nomination à la fonction de juge au tribunal de commerce – magistrats de carrière – dès lors que les dispositions applicables à cette matière (art. 190 à 194 C.J.) sont extrêmement techniques. Il suffit de souligner que, bien entendu, tout magistrat de carrière doit être docteur en droit ou licencié en droit et que, pour l'essentiel, existent deux voies principales de l'accès à la magistrature à savoir le stage judiciaire et l'examen d'aptitude professionnelle.

L'entrée dans le stage judiciaire impose la réussite préalable d'un concours tandis que la réussite de l'examen d'aptitude professionnelle permet l'accès à la magistrature sans le passage par un stage mais à la condition que le candidat puisse justifier d'une expérience professionnelle spécifique d'une durée qui varie en fonction de l'expérience en question.

Il est également important de préciser que depuis la création du Conseil supérieur de la Justice, les Commissions de Nomination et de Désignation (CND) jouent un rôle décisif en ce qui concerne la nomination des magistrats. Pour chaque place vacante, le Conseil supérieur de la Justice présente un seul candidat au ministre qui ne peut porter son choix sur un autre candidat. Si, dans un délai de soixante jours, la nomination du candidat proposé n'a pas été concrétisée dans un arrêté royal, le dossier est renvoyé au Conseil supérieur de la Justice qui soit représente le même candidat, soit fait choix d'un autre candidat. En cas de nouveau blocage de la part du ministre, la procédure est reprise dès le début par une nouvelle publication de la vacance au *Moniteur belge*.

Grâce au Conseil supérieur de la Justice, l'objectivation et la dépolitisation du recrutement au sein de la magistrature sont devenues une réalité.

3.2. – *Les juges consulaires*

Quant aux juges consulaires, ils doivent, pour accéder à cette fonction (art. 205 C.J.) :

– être âgés de trente ans accomplis,

- avoir pendant cinq ans au moins, avec honneur, exercé le commerce ou participé
 - soit à la gestion d'une société commerciale ayant son établissement principal en Belgique;
 - soit à la direction d'une organisation professionnelle ou interprofessionnelle représentative du commerce ou de l'industrie;
 - soit avoir de l'expérience en matière de gestion d'entreprises et de comptabilité.

Sont considérés comme participant à la gestion d'une société commerciale :

1. s'il s'agit d'une société en nom collectif : les associés,
2. s'il s'agit d'une société en commandite : les associés,
3. s'il s'agit de sociétés anonymes, de sociétés privées à responsabilité limitée ou de sociétés coopératives : les administrateurs ou les gérants,
4. les membres du personnel de ces sociétés exerçant une fonction dirigeante au sein de l'entreprise.

Sont considérés comme participant à la direction d'une organisation professionnelle ou interprofessionnelle : les administrateurs et les gérants, et toute personne exerçant à titre permanent une fonction dirigeante au sein de ladite organisation.

Sont notamment considérés comme ayant de l'expérience en matière de gestion d'entreprises et de comptabilité :

1. les réviseurs d'entreprises inscrits sur la liste de l'Institut des réviseurs d'entreprises,
2. les experts comptables inscrits sur la liste de l'Institut des experts comptables.

Les juges consulaires sont nommés pour cinq ans et leur nomination peut être renouvelée pour cinq ans après chaque terme.

Dès lors qu'ils ont la qualité de magistrats, les juges consulaires sont soumis aux mêmes règles d'incompatibilité que les autres juges à la seule exception de celle relative à l'exercice d'un commerce, de l'administration, de la direction ou de la surveillance d'une société commerciale (art. 300, al. 2 C.J.).

Le régime disciplinaire des magistrats professionnels leur est applicable mais, en matière pénale, ils sont par contre soumis au droit commun et échappent ainsi au privilège de juridiction en vertu duquel un magistrat de carrière prévenu d'avoir commis un

délit emportant une peine correctionnelle, est justiciable de la seule cour d'appel sans qu'il puisse y avoir appel (art. 479 et 483 C.I.C.) (10).

Ils sont également soumis au régime de récusation et aux empêchements résultant de la parenté ou de l'alliance.

4. – L'INDÉPENDANCE

L'article 151 de la Constitution consacre le principe de l'indépendance des juges dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles.

Dans l'exposé des motifs de la Recommandation R(94) 12 sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe souligne que « *La portée de la notion d'indépendance des juges ne se limite pas aux juges eux-mêmes mais s'étend au système judiciaire dans son ensemble* » (11).

On distingue ainsi l'indépendance institutionnelle, liée à la place indépendante de l'institution judiciaire au sein de l'Etat, de l'indépendance fonctionnelle, liée à la fonction même de juger ou de décider (12).

4.1. – *L'indépendance institutionnelle*

Trois grands pouvoirs exercent la souveraineté de la Nation : le pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif.

Le Congrès national de 1830 a voulu que la justice soit rendue par des juges indépendants.

En vertu du concept de l'Etat de droit qui veut que les citoyens bénéficient d'un ensemble de garanties contre le pouvoir de l'Etat, celui-ci doit se soumettre au droit et donc à la sanction d'un juge indépendant.

(10) Cass., 15 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 509).

(11) « L'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges », *Conseil de l'Europe*, Strasbourg, 1995, 16.

(12) Pour de plus amples développements sur cette question, voy. Xavier de RIEMAECKER et Ghislain LONDERS, « La place du pouvoir judiciaire dans l'Etat et son corollaire, l'indépendance des magistrats », in *Statut et déontologie du magistrat*, La Charte, 2000, p. 7.

C'est ce concept qui est à la base du choix du Constituant belge quant à la création d'un pouvoir judiciaire distinct des deux autres pouvoirs de l'Etat.

L'indépendance du pouvoir judiciaire n'exclut pas un contrôle confié par le législateur belge, institué en chambres constituantes en 1998, au Conseil supérieur de la Justice, organe qui intervient non seulement dans le recrutement, la nomination et la désignation des magistrats mais auquel est également confiée une mission de contrôle externe du bon fonctionnement de l'appareil judiciaire, sans pour autant intervenir directement en matière disciplinaire. Le Conseil supérieur de la Justice est composé paritairement de membres magistrats élus par leurs pairs et de membres non-magistrats désignés par le Sénat à la majorité des deux tiers.

Au contraire de ce qui se passe dans d'autres pays, le Conseil supérieur de la Justice présente ceci de remarquable qu'il est un organe indépendant qui ne relève pas du pouvoir judiciaire, ni des deux autres pouvoirs. On a ainsi pu dire de lui qu'il s'agit d'une « autorité inclassable » (13).

4.2. – *L'indépendance fonctionnelle*

Le principe de l'indépendance implique que le juge puisse statuer en toute conscience concernant le litige dont il est saisi sans qu'il doive se justifier vis-à-vis d'une autorité quelconque. Seules les voies de recours – appel ou cassation – devant une autre instance judiciaire sont ouvertes à l'encontre de sa décision.

Ce principe implique également qu'au cours du processus de décision, le juge ne peut subir aucune influence externe.

Ainsi le pouvoir d'enquête directe confié au Conseil supérieur de la Justice ne peut porter que sur le fonctionnement de l'Ordre judiciaire et pas sur un dossier individuel et c'est aussi la raison pour laquelle l'évaluation à laquelle le magistrat de carrière est soumis ne peut en aucun cas porter sur le contenu de ses décisions judiciaires.

L'indépendance du juge inscrite dans l'article 151 de la Constitution se trouve en outre garantie par diverses dispositions inscrites dans celle-ci à savoir l'inamovibilité des juges nommés à vie et la fixation de leurs traitements et pensions par le pouvoir législatif.

(13) Donatienne DE BRUYN, « Le Conseil supérieur de la Justice », *J.T.*, 1999, p. 402.

Il faut souligner que l'indépendance du juge qui constitue le pilier fondamental de la justice n'est pas une prérogative du juge, n'est pas faite pour lui : c'est le privilège du justiciable.

L'indépendance n'est pas synonyme de liberté. Le juge ne peut statuer librement dès lors qu'il est tenu de respecter la loi sans qu'il lui soit interdit de l'interpréter. Cette contrainte ne limite pas le rôle du juge à celui du « pâle exécutant des normes juridiques » alors que sa mission, à savoir celle de juger, consiste à « départager le juste de l'injuste en se servant des lois, mais sans y être asservi » (14).

5. – L'IMPARTIALITÉ

L'indépendance du juge implique également qu'il soit impartial vis-à-vis des parties, exempt de tout parti pris ou préjugé quant à l'issue du litige dont il est saisi (15).

Dans un arrêt médiatiquement célèbre (16), dit arrêt *Spaghetti*, la Cour de cassation a rappelé que l'impartialité des juges est une règle fondamentale de l'organisation judiciaire et qu'elle constitue, avec le principe de l'indépendance des juges à l'égard des autres Pouvoirs, le fondement même non seulement des dispositions constitutionnelles qui règlent l'existence du Pouvoir judiciaire mais de tout Etat démocratique et que les justiciables y trouvent la garantie que les juges appliqueront la loi de manière égale.

La Cour de cassation a également mis en évidence le lien entre l'impartialité du juge et son indépendance en s'exprimant de la manière suivante :

Attendu que la condition essentielle de l'impartialité du juge d'instruction est son indépendance totale à l'égard des parties, en manière telle qu'il ne puisse s'exposer au soupçon de partialité dans l'instruction des faits, que ce soit à charge ou à décharge ;

Que le juge d'instruction ne cesse à aucun moment d'être un juge ne pouvant susciter dans l'esprit des parties ou dans l'opinion générale une apparence de partialité ; qu'aucune circonstance, fût-elle exceptionnelle, ne le dispense de ce devoir.

(14) Paul. MARTENS, « Sur la libido judicandi », *Liber amicorum, E. Krings*, Story Scientia, 1991, p. 101.

(15) Georges DE LEVAL, *Institutions judiciaires*, 2^e éd., Liège, 1993, p. 37.

(16) Cass., 14 octobre 1996, *Pas.*, 1996, I, 981.

Si cet arrêt a été rendu en matière pénale, la règle de l'impartialité s'impose en toutes circonstances et est absolue. Non seulement le juge ne peut faire preuve de partialité mais encore doit-il prendre toutes mesures pour éviter de donner la moindre impression de partialité : l'apparence ou le doute légitime quant à l'aptitude du juge à remplir sa mission d'une manière objective et impartiale sont aussi destructeurs du rôle du juge que l'impartialité elle-même.

6. – LA RESPONSABILITÉ

6.1. – *La responsabilité personnelle des magistrats*

La responsabilité des magistrats ne peut être recherchée pour des fautes professionnelles sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil, en dehors des cas où ils auraient été condamnés pénalement ou des cas pouvant donner lieu à la prise à partie.

L'article 1140 du Code judiciaire énumère, de manière limitative, les fautes professionnelles des magistrats pouvant engager leur responsabilité civile personnelle.

Ainsi il est possible de demander des comptes à un juge qui s'est rendu coupable de dol ou de fraude, soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements ou encore lui reprocher un déni de justice.

La Cour de cassation a défini le dol du juge comme étant tout acte de nature à tromper le tribunal, soit dans le but d'en tirer un profit personnel, soit dans le but de favoriser une partie ou de lui nuire (17).

Si une action en responsabilité personnelle dirigée contre le juge, action dénommée « prise à partie », est accueillie, la Cour de cassation, suivant les circonstances, condamne le juge à la réparation du préjudice souffert, ou annule le jugement et renvoie la cause devant d'autres juges (art. 1147 C.J.).

(17) Cass. 7 novembre 1949, *Pas.*, 1950, I, 123.

6.2. – *La responsabilité de l'Etat belge
pour les fautes commises par les magistrats*

Dans un arrêt du 19 décembre 1991 (18) la Cour de cassation a décidé que les principes de la séparation des pouvoirs, de l'indépendance du pouvoir judiciaire et des magistrats qui le composent, ainsi que de l'autorité de la chose jugée n'impliquent pas que l'Etat serait, d'une manière générale, soustrait à l'obligation de réparer le dommage causé à autrui par sa faute ou celle de ses organes dans l'administration du service public de la justice, notamment dans l'accomplissement des actes qui constituent l'objet direct de la fonction juridictionnelle.

Ainsi la responsabilité de l'Etat n'est pas nécessairement exclue par le fait que celle de son organe ne peut, quant à elle, être engagée à la suite de l'acte dommageable que celui-ci a commis, soit que l'organe ne soit pas identifié, soit que l'acte ne puisse être considéré comme une faute de l'organe en raison d'une erreur invincible de celui-ci ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité le concernant personnellement, soit que cet acte constitue une faute mais que l'organe soit personnellement exonéré de la responsabilité pouvant en découler.

L'Etat peut ainsi, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, être, en règle, rendu responsable du dommage résultant d'une faute commise par un juge ou un officier du ministère public lorsque ce magistrat a agi dans les limites de ses attributions légales ou lorsque celui-ci doit être considéré comme ayant agi dans ces limites, pour tout homme raisonnable et prudent (19).

Toutefois, si cet acte constitue l'objet direct de la fonction juridictionnelle, la demande tendant à la réparation du dommage ne peut, en règle, être reçue que si l'acte litigieux a été retiré, réformé, annulé ou rétracté par une décision passée en force de chose jugée en raison de la violation d'une norme juridique établie et n'est plus, dès lors, revêtu de l'autorité de la chose jugée.

Il ne peut être question de faute pouvant entraîner une action en responsabilité formée à l'encontre de l'Etat que lorsque le caractère incorrect de l'appréciation contestée est tellement manifeste en

(18) Cass., 19 décembre 1991, *J.T.*, 1992, 142.

(19) Pour de plus amples développements sur cette question, voy. Ann-Lawrence DURVIAUX, *La responsabilité de l'Etat pour des fautes commises par des magistrats judiciaires dans l'exercice de leurs fonctions*, Commission Université – Palais, Formation permanente CUP, vol. XX, p. 115.

droit ou en fait qu'un magistrat normalement prudent et diligent placé dans les mêmes conditions aurait pris une décision différente (20).

(20) Réf. Liège, 13 novembre 1996, *J.L.M.B.*, 1996, 1623.

ONDERNEMINGEN IN MOEILIKHEDEN. BOEKHOUDKUNDIG-FINANCIËLE INFORMATIE EN HANDELSONDERZOEK

DOOR

GUIDO DE CROOCK

VOORZITTER VAN DE RECHTBANK VAN KOOPHANDEL
TE DENDERMONDE

EN

HERMAN J. VAN IMPE

BEDRIJFSREVISOR

INHOUD

INLEIDING

DEEL 1. DE GRIJZE ZONE EN DE EVOLUTIE VAN EEN ONDERNEMING IN GOING CONCERN NAAR DISCONTINUÏTEIT

- I. *Gezonde onderneming versus onderneming in moeilijkheden*
- II. *De begrippen continuïteit en discontinuïteit bij ondernemingen in moeilijkheden*
- III. *De cruciale rol van het management bij ondernemingen in moeilijkheden*
- IV. *De onderneming in de grijze zone tussen continuïteit en discontinuïteit*
- V. *Houding van de ondernemingsleiding*
- VI. *Financiële analyse als hulpmiddel bij detectie van ondernemingen in moeilijkheden*
- VII. *Detectie aan de hand van knipperlichten*

DEEL 2. DE ROL VAN DE COMMISSARIS IN EEN ONDERNEMING IN MOEILIKHEDEN

- I. *Verslaggeving van de commissaris aan de Algemene Vergadering der Aandeelhouders in een onderneming in moeilijkheden*
- II. *De rol van de commissaris in het kader van de alarmprocedure*
- III. *De rol van de commissaris ten aanzien van de ondernemingsraad bij ondernemingen in moeilijkheden*
- IV. *Informatie op de algemene vergadering der aandeelhouders bij ondernemingen in moeilijkheden*
- V. *Besluit*

DEEL 3. DE ROL VAN DE KAMERS VOOR HANDELSONDERZOEK

- I. *Organisatie*
- II. *De rol van de kamers voor handelsonderzoek in het bewustwordingsproces*
- III. *De rol van de kamers voor handelsonderzoek in de zoektocht naar oplossingen tot de actie en de follow-up*

EEN AANTAL OVERWEGINGEN TOT BESLUIT

INLEIDING

1. – Ons land telde in 2002 meer dan zeventuizend faillissementen. Sommige faillissementen van grote ondernemingen hadden op sociaal en economisch vlak enorme gevolgen. In een klassieke benadering kan men stellen dat falen nu eenmaal eigen is aan het ondernemen. Zolang er ondernemers zijn, zullen er wellicht ook faillissementen zijn. De overheid besteedde slechts sporadisch aandacht aan het preventiebeleid ten aanzien van ondernemingen in moeilijkheden. Evenwel is elkeen het erover eens dat een faillissement in vele gevallen door een ernstig preventiebeleid kan worden voorkomen. In huidige bijdrage trachten we de rol van *de commissaris* en van *de kamers voor handelsonderzoek* nader te belichten en ook na te gaan in welke mate de bestaande preventie voor verbetering vatbaar is.

2. – De maatschappelijke taak van de commissaris bestaat erin de eerste plaats in ervoor te zorgen dat de werkelijke toestand van de onderneming kenbaar, vergelijkbaar en betrouwbaar is. Zijn opdracht is dan ook heel ruim en beperkt zich niet tot de ondernemingen in moeilijkheden. Zijn tussenkomst bij de onderneming in moeilijkheden zal echter onrechtstreeks tot gevolg hebben dat hij wel degelijk een belangrijke rol kan vervullen in het preventiebeleid. Indien zijn vaststellingen of ontvangen signalen er zouden kunnen op wijzen dat de onderneming in moeilijkheden verkeert of op korte termijn dreigt te komen, zal de commissaris zijn rol slechts optimaal kunnen invullen mits een aanpassing van zijn controlewerkzaamheden. Zijn verantwoordelijkheid bestaat erin het oordeel van de ondernemingsleiding te evalueren omtrent de mogelijkheid om de activiteiten van de vennootschap voort te zetten. Het ontbreken van een opmerking betreffende de continuïteit in het contro-

leverslag mag niet worden geïnterpreteerd als een waarborg voor de bedrijfscontinuïteit (1).

3. – De kamers voor handelonderzoek in de rechtbanken van koophandel ontlenen hun wettelijke basis aan de wet op het gerechtelijk akkoord van 17 juli 1997. Zij zijn operationeel in alle rechtbanken van koophandel sinds 1 januari 1998. Op deze wijze werd de werking van de in bepaalde rechtbanken reeds bestaande depistagediensten gelegaliseerd. Hoewel de wetgever van de kamers voor handelonderzoek vooral preventie verwachtte, hebben de kamers voor handelonderzoek in feite een dubbele opdracht. Naast de opdracht om ondernemingen in moeilijkheden indien mogelijk te redden, hebben ze ook de opdracht de virtueel failliete ondernemingen snel uit het economisch verkeer te verwijderen. Beide opdrachten zijn even belangrijk. Virtueel failliete ondernemingen verstoren ernstig het economisch landschap en zijn een constante bedreiging voor de normale regels van de concurrentie.

DEEL 1. – DE GRIJZE ZONE EN DE EVOLUTIE VAN EEN ONDERNEMING IN GOING CONCERN NAAR DISCONTINUÏTEIT

4. – De onderneming in moeilijkheden detecteren in het economisch landschap is de eerste stap in het preventiebeleid. Naarmate men zich dichterbij het fatale einde bevindt, zijn de signalen meestal dermate sterk dat detectie niet zo moeilijk is. De eerste tekenen zijn vaak zwak en voor interpretatie vatbaar. Snelle detectie is evenwel een noodzaak. Hoe sneller de detectie, hoe sneller de oplossing kan worden gevonden voor de moeilijkheden.

I. – *Gezonde onderneming versus onderneming in moeilijkheden*

5. – In de eerste plaats is het voor de onderneming zelf van belang haar overleefbaarheid juist te bepalen. De vaststelling en erkenning door de onderneming dat zij in moeilijkheden verkeert, moeten immers de vertrekbasis vormen voor een reddingsoperatie. De afbakening tussen de gezonde onderneming en de onderneming

(1) INSTITUUT DER BEDRIJFSREVISOREN, « Onderneming in moeilijkheden », in *Vademecum van de bedrijfsrevisor*, Brussel, Standaard Uitgeverij, 2002, blz. 685.

in moeilijkheden is bovendien noodzakelijk om in een preventiebeleid een duidelijk actieplan te kunnen vastleggen, waarvan de actieradius alle potentiële ondernemingen in moeilijkheden omvat.

6. – De succesvolle onderneming is de onderneming die erin slaagt haar contractuele relaties met alle belanghebbenden (klanten, leveranciers, personeel, overheid, crediteuren en aandeelhouders) op continue wijze te honoreren (2). Bij een onderneming in moeilijkheden is de realisatie van deze doelstelling ernstig bedreigd. De onderneming in moeilijkheden is diegene die om economische, financiële, organisatorische, sociale of andere redenen vroeg of laat moeilijkheden zal ondervinden om haar wettelijke of contractuele verplichtingen na te komen en om de noodzakelijke investeringen te doen (3). De detectie van een onderneming in moeilijkheden impliceert zich uitspreken over de toekomst op basis van de gegevens zoals die vandaag bekend zijn. Elke voorspelling is echter kwetsbaar. Interne en externe factoren in de onderneming kunnen de situatie drastisch wijzigen. Fouten bij de detectie zijn dan ook onvermijdelijk, welk hulpmiddel men ook gebruikt.

II. – *De begrippen continuïteit en discontinuïteit bij ondernemingen in moeilijkheden*

7. – De commissaris zal moeten oordelen of de vennootschap zich al dan niet in going concern bevindt en of hij zich kan verenigen met de visie van de raad van bestuur in de jaarrekening en met de verklaringen vervat in het jaarverslag. Sinds 1 januari 2000 worden de begrippen continuïteit en discontinuïteit gedetailleerd omschreven in een controleaanbeveling van het Instituut der Bedrijfsrevisoren inzake controle van een vennootschap in moeilijkheden (4) :

(2) OOGHE, H. en VAN WYMEERSCH, C., *Financiële analyse van de onderneming*, Diegem, Kluwer/Ced. Samsom, 2000, blz. 5.

(3) DELVAUX, G., « Importance pour les mandataires sociaux de détecter à temps les difficultés de l'entreprise. Mesures à prendre – Le rôle de l'expert-comptable », in X., *Liber Amicorum Raymond Krockaert : Het accountancyberoep in volle expansie*, Brussel, Instituut der Accountants, 1998, blz. 107.

(4) INSTITUUT DER BEDRIJFSREVISOREN, « Controleaanbevelingen inzake de controle van een vennootschap in moeilijkheden », in *Vademecum van de bedrijfsrevisor*, Brussel, Standaard Uitgeverij, 2002, blz. 1129.

AERTS, K., *Taken en aansprakelijkheden van commissarissen en bedrijfsrevisoren*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, blz. 22.

« De hypothese van de bedrijfscontinuïteit veronderstelt dat de vennootschap in staat is om haar activiteiten verder te zetten gedurende een voorzienbare toekomstige periode. Deze hypothese leidt ertoe de vennootschap niet als een patrimonium te beschouwen dat op een bepaald moment in vereffening kan gaan, maar wel als een dynamische entiteit die haar doelstellingen op langere termijn kan verwezenlijken. De hypothese van de bedrijfscontinuïteit ligt aan de grondslag van de waarderingsregels.

Om te beoordelen of de hypothese van de bedrijfscontinuïteit passend is, zal de leiding, volgens de IAS-boekhoudnorm 1 (§ 24), rekening houden met alle inlichtingen waarover zij beschikt over de voorzienbare toekomst, die zich minstens uitstrekt over (maar niet beperkt is tot) twaalf maanden te rekenen vanaf de afsluitdatum van het boekjaar. De mate waarin hiermee rekening wordt gehouden, is afhankelijk van de feiten in elk geval.

De revisor beoordeelt de geschiktheid van de hypothese van de bedrijfscontinuïteit in hetzelfde tijdsperspectief als de leiding. Daarom zal de periode waarop de beoordeling van de continuïteit betrekking heeft, tenminste twaalf maanden bedragen, te rekenen vanaf de afsluitdatum van het boekjaar. De beoordelingselementen die op het einde van de voornaamste controlewerkzaamheden gekend zijn, dienen te worden onderzocht, zelfs indien hun uitwerking zich ook na deze periode van twaalf maanden manifesteren ».

8. – Het gevaar voor discontinuïteit is voorspelbaar en falings-predictiemodellen zijn hierbij een handig hulpmiddel. Vaak kan worden gesteld dat bij gelijkblijvende omstandigheden de onderneming failliet zal gaan op middellange termijn. Sommigen stellen dat faillissementen jaren op voorhand te voorspellen zijn. De voorzienbaarheid van de bedrijfsdiscontinuïteit zal echter steeds beperkt zijn door het feit dat het management in de meeste gevallen zal kunnen ingrijpen om de situatie om te keren. De mogelijkheid tot herstel door een tijdige ingreep van het management verklaart dat de commissaris met dit gegeven rekening dient te houden bij het uitoefenen van zijn controleopdracht.

III. – *De cruciale rol van het management bij ondernemingen in moeilijkheden*

9. – Onervaren of onbekwaam management vormt vaak dé niet-uitgesproken primaire oorzaak van discontinuïteit. Hoe verklaart men anders dat twee ondernemingen in een zelfde sociaal-economische omgeving en met een vergelijkbaar potentieel aan financiële middelen, een fundamenteel verschillende weg opgaan : de ene naar permanent succes, de andere naar een lijdensweg tot de definitieve discontinuïteit erop volgt.

10. – Bij ondernemingen in moeilijkheden komen de kwaliteiten of het falen van het (crisis)management onverbloemd tot uiting. Het vermogen van het management om crisissituaties te onderkennen en te beheersen is een absolute vereiste om de neerdalende trend om te buigen en om het keerpunt tot duurzame verbetering te bewerkstelligen.

IV. – *De onderneming in de grijze zone tussen continuïteit en discontinuïteit*

11. – De grijze zone tussen continuïteit en discontinuïteit is niet egaal grijs. In deze zone voltrekt zich een proces in achtereenvolgende fasen gaande van de erkenning van het probleem tot de uitvoering van de gekozen oplossing. Elke onderneming in moeilijkheden staat voor de opgave om de op haar afkomende problemen tot oplossing te brengen. Naarmate de onderneming complexer is, zal ook de detectie van de oorzaak van de moeilijkheden niet eenvoudig zijn. Een toenemend aantal producten of diensten, een toenemend aantal markten, ingewikkelder en geavanceerdere productieprocessen en technieken leiden ertoe dat in een complexe onderneming niet alleen meer, maar ook ingewikkeldere problemen moeten worden opgelost. Daarbij is voor een aantal engagementen de periode langer geworden. Maakt men een beoordelingsfout in de voorbereidingsfase van de beslissing, dan kunnen de gevolgen zeer groot zijn, met weinig mogelijkheden om later op eigen krachten de « fout » nog bij te sturen.

12. – Bij een onderneming in moeilijkheden zal niet enkel het management betrokken zijn in het besluitvormingsproces maar vaak ook functionarissen van verschillende niveaus en afdelingen uit de onderneming alsook ondernemingsraden en externe belanghebbenden. Wil dit niet tot vertraging in de besluitvorming leiden, dan vereist dit speciale aandacht en doorgaans aanpassingen.

13. – In de grijze zone tussen continuïteit en discontinuïteit kunnen we vier fasen onderscheiden :

- fase 1 : stellen van het probleem (bewustmakingsproces)
- fase 2 : ontwikkelen van alternatieven en aangeven van gevolgen (denkproces)
- fase 3 : maken van een keuze (actie)
- fase 4 : opvolging en terugkoppeling (follow-up en feedback)

Fase 1 richt zich op *probleemanalyse*, terwijl de volgende drie fasen zich richten op *probleemoplossing*.

14. – Voor de onderneming in moeilijkheden komt het er in de eerste plaats op aan zich *bewust* te worden van de moeilijkheden; een vaststelling die meestal nogal moeilijk ligt. Verder is de precieze en volledige omschrijving van de aard, omvang en oorzaak van de moeilijkheden cruciaal. *Een juist gesteld probleem is als het ware al half opgelost*. Er is namelijk niets gevaarlijker dan het geven van een juist antwoord op een verkeerde probleemstelling. Indien een probleem niet goed wordt onderkend of onvolledig wordt gesteld, is de kans klein dat in het vervolg van het besluitvormingsproces toch een goede oplossing voor het probleem wordt bereikt.

15. – Als het proces van bewustwording is afgesloten na een grondige scan en de oorzaken van de bedrijfsmoeilijkheden zijn vastgelegd, komt de vraag aan de orde wat er gedaan kan worden om het probleem tot een oplossing te brengen. Er moeten dan *oplossingsmogelijkheden of alternatieven* worden ontwikkeld. Daarna moeten de *gevolgen* van elk van de alternatieven worden bepaald. Dit om een basis te verschaffen voor de eigenlijke keuze.

16. – De keuze van de oplossing zal zich vertalen in een *actieplan*. De acties kunnen worden onderverdeeld in :

- acties op korte termijn : ze zijn bedoeld om de toestand te stabiliseren en de symptomen onder controle te houden; deze acties zijn nodig wanneer er directe bedreiging is voor het voortbestaan van de onderneming (bvb. grote achterstallen inzake RSZ waardoor het gevaar van een dagvaarding in faillissement bestaat);
- acties op middellange termijn : vaak zal dit het opstellen van een business plan vereisen en het doorvoeren van acties in die domeinen waar de oorzaken van de moeilijkheden werden gedetecteerd.

17. – De *follow-up* dient ervoor te zorgen dat het doel effectief wordt bereikt.

V. – *Houding van de ondernemingsleiding*

18. – De ondernemingsleiding speelt in de diverse processen een cruciale en vooral actieve rol. Heel vaak wordt geconstateerd dat er sprake is van *probleemontkenning of vluchtgedrag*. Dit gedrag wordt zeker beïnvloed door de emotionele verbondenheid van de bedrijfs-

leider met de onderneming. De onderneming in moeilijkheden doet de moeilijkheden vaak af als tijdelijke vervelende symptomen, gevolgen van een nu eenmaal wisselende economische cyclus. De onderneming is vaak blind voor signalen. Soms worden signalen op zich wel waargenomen, maar worden niet vertaald naar een probleemstelling. Deze signalen blijven dan zonder betekenis. Bij ondernemingen in moeilijkheden kan men verschillende vormen van vluchtgedrag en probleemontkenning onderkennen :

- Vlucht in de zgn. « *creative accounting* » (o.a. te zien in het compenseren van onvoldoende bedrijfsresultaten met bijzondere, dikwijls éénmalige baten. Voorbeeld : de verkoop van onroerend goed (sale and lease or rent back) of de wijziging van de waardeeringsregels onder invloed van opportunistisch gedrag);
- Vlucht in *illusions* (o.a. door het in uitzicht stellen van meevallers of buitenkansen resp. het « bezig zijn » met nieuwe producten of op markten die in hoog tempo zullen gaan bijdragen aan de verbetering van de resultaten);
- Vlucht in *overactiviteit* (o.a. door het starten van algemene, ongerichte en inefficiënte acties, zoals « orderjagen » en overwerk of het afkondigen van ongedifferentieerde maatregelen, bvb. een algemene personeelsstop en/of onderhoudsstop);
- Vlucht uit de *dagelijkse werkelijkheid* (o.a. door het zich – overmatig – wijden aan bvb. activiteiten in dochterondernemingen of werkgeversverenigingen e.d.m., veelvuldig bezoeken van beurzen en ondernemen van veel buitenlandse zakenreizen, waarvan – als alibi – uitvoerig verslag wordt gedaan. Die vlucht uit zich ook in het moeilijk bereikbaar zijn en/of in het afschuiven van verantwoordelijkheden).

19. – Ervaring leert dat probleemontkenning en vluchtgedrag vaak typerend zijn voor ondernemingen in moeilijkheden. De bewustmaking van de moeilijkheden en de zoektocht van de ondernemingsleiding naar de oorzaken zijn dan ook niet louter cijfermatige aangelegenheden, maar vergen veel menselijk doorzicht en kennis zowel over de externe als de interne factoren die de onderneming in haar bestaan bedreigen. De betrokkenheid van de onderneming in relatie tot de andere actoren bepaalt in vele gevallen het succes van een reddingsoperatie. Uiteindelijk is geen enkele redding mogelijk zonder de actieve medewerking van de onderneming zelf. Dikwijls zal de onderneming bij een reddingsoperatie fundamentele

organisatorische veranderingen dienen te ondergaan. De noodzakelijke organisatorische veranderingen in de onderneming doorvoeren is vaak een van moeilijkste opdrachten. Bedrijfsleiders worden niet graag geconfronteerd met hun eigen falen of ondeskundigheid en zoeken de oorzaken liever elders. Hun vervanging kwetst hen vaak en zij willen tot elke prijs voorkomen om door de buitenwereld als ondeskundige te worden aanzien.

20. – De wijze waarop bedrijfsleiders het afglijden naar discontinuïteit benaderen is bovendien vaak ingegeven door emotionele overwegingen. Vooral in familiale ondernemingen zijn de emotionele banden met het bedrijf vaak zeer groot, gezien de vereenzelviging met de familie erachter. Emoties maken vaak blind. Door de liefde voor het bedrijf gaat de ondernemer ijdel hopen of irrationeel geloven in zaken. De onderneming cijfert weg wat slecht is. De realiteitszin ontbreekt. Waar men fouten heeft begaan, ziet men dit nauwelijks of minimaliseert men de gevolgen ervan. Bedrijfsleiders worden zich in vele gevallen niet spontaan bewust van de moeilijkheden, ook al worden ze alle dagen geconfronteerd met diverse knipperlichten. Indien ze echter wel de moeilijkheden vaststellen, zoeken ze de oorzaken ervan zelden bij zichzelf maar eerder bij externe factoren, zoals de slechte economische toestand of fouten begaan door derden. Iedereen die in dialoog treedt met de onderneming in moeilijkheden zal met dit gegeven dienen rekening te houden.

21. – Continue financiële analyse en de uitbouw van een intern controlesysteem laten toe de onderneming op te volgen, eventuele problemen te ontdekken en tijdig corrigerende acties te nemen.

VI. – Financiële analyse als hulpmiddel bij detectie van ondernemingen in moeilijkheden

22. – De noodzakelijke voorwaarden voor het voortbestaan van een onderneming zijn een minimum rentabiliteit en een voldoende liquiditeit. De solvabiliteit staat in relatie tot de rentabiliteit en liquiditeit, samen vormen ze de drie basiselementen van de financiële situatie van de onderneming. De overgang van going concern naar discontinuïteit verloopt doorgaans niet bruusk. Deze overgang gebeurt meestal geleidelijk en loopt via een grijze zone waarbinnen het niet altijd duidelijk is in welke richting de onderneming zich beweegt.

23. – De onderneming bevindt zich in de gevarenzone wanneer haar financiële structuur onevenwichten vertoont op vlak van liquiditeit, solvabiliteit of rendabiliteit. Deze onevenwichten kunnen worden gemeten aan de hand van een financiële analyse en meer in het bijzonder door analyse van de liquiditeitsratio, solvabiliteitsratio en rentabiliteitsratio. De financiële analyse is een waardevol hulpmiddel om de onderneming in moeilijkheden te detecteren. Daarnaast zijn er ook nog andere detectiemodellen ontwikkeld zoals het falingspredictiemodel, ontworpen door Prof. Ooghe en Prof. Wymeersch, gebaseerd op discriminantanalyse tussen falende en lopende jaarrekeningen.

24. – Met de ratioanalyse dient echter voorzichtig omgesprongen. Er bestaat geen universele of algemeen geldende norm. De ideale financiële ratio's verschillen vaak van sector tot sector. Financiële ratio's vergen interpretatie en sectorvergelijking is noodzakelijk. Bovendien zijn financiële ratio's slechts een momentopname en dient men rekening te houden met de bewegingen (trends) die zich in de financiële gegevens voordoen. Ze verwijzen bovendien meestal naar dieperliggende economische of organisatorische problemen die dienen aangepakt te worden om de onderneming te redden. De solvabiliteit kan bvb. hersteld worden door een kapitaalsverhoging maar indien niet wordt ingegaan op de oorzaak van de verslechtering van de solvabiliteit, biedt zij geen oplossing. Het gevaar van een ratioanalyse is dan ook dat de bedrijfsleiding het probleem tracht op te lossen door louter financiële maatregelen (5) en niet op zoek gaat naar de dieperliggende oorzaken. Ze vergenoegt er zich mee een tijdelijke oplossing uit te werken. Zo worden de symptomen van de moeilijkheden wel weggewerkt, maar niet de oorzaken. De zoektocht naar de oorzaken impliceert immers een pijnlijk proces van zelfevaluatie voor de ondernemer en dit proces wordt het liefst zo lang mogelijk uitgesteld.

25. – De resultaten van het onderzoek naar de oorzaken van discontinuïteit, uitgevoerd in 2002 door Graydon België, verschillen sterk en liggen volledig in de lijn van eerdere studies in Nederland

(5) BERGER, P., « Going concern versus discontinuïteit : economische aspecten », in BIRON, H. *et al.* (red.), *Ondernemingsdiscontinuïteit : juridische en boekhoudkundige aspecten van waardering en van de verslaggeving*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, blz. 27.

uitgevoerd (6). Uit dit onderzoek bleek dat de gefailleerden vooral de fout bij derden leggen : wanbetaling door klanten, slechte economische omgeving (7). De ondernemer ziet de oorzaken zelden bij zichzelf, terwijl curatoren veeleer de oorzaak bij de ondernemer zelf leggen. Curatoren hebben het vooral over wanbeleid als hoofdoorzaak van mislukking, naast onvoldoende kapitaal, economische omstandigheden en fraude. Ook door rechters-commissarissen wordt onbekwaamheid van het management als voornaamste oorzaak van faillissement aangewezen.

26. – De financiële doorlichting meet de symptomen, terwijl de operationele doorlichting de eigenlijke oorzaken blootlegt. Regelmatig worden niet primaire oorzaken aangewezen, maar slechts de afgeleiden van dieperliggende factoren. De financiële doorlichting zal moeten vervuldigd worden met een operationele doorlichting (marketing, commerciële politiek, productie en kwaliteit, personeel en organisatie, boekhouding en kostprijsberekening).

27. – De oorzaken van discontinuïteit kunnen extern én intern zijn. Elke onderneming moet de omgeving kennen waarin zij opereert. In dat opzicht verhinderen externe factoren de onderneming er niet van juist te handelen. Dikwijls zijn interne factoren de oorzaak van de moeilijkheden. Hier is de tussenkomst van derden quasi onontbeerlijk.

28. – Het tijdstip van de detectie is uiteraard van cruciaal belang. Hoe vroeger men de oorzaak van de moeilijkheden aanpakt, des te meer oplossingsmogelijkheden er zijn.

29. – Interne controle en organisatie helpen de onderneming de continuïteit te bestendigen. Samen met externe deskundigen zoals accountants en bedrijfsrevisoren bewaken zij in eerste instantie de gezondheid van de onderneming. De onderneming zal alert moeten zijn voor elk signaal dat zou kunnen wijzen op een bedreiging van de continuïteit. De bewaking in de eerste lijn is van primordiaal belang. In de eerste lijn kunnen immers de oorzaken van mogelijke moeilijkheden direct worden weggewerkt, voordat de eerste ziekteverschijnselen zich werkelijk voordoen.

(6) BLOM, Robert J., *Failliet! : het onderzoek*. Amsterdam, Graydon Nederland, 1996, blz. 74-172.

(7) GRAYDON, *Resultaten van een enquête bij de rechters-commissarissen*, internet, 11 april 2003.
GRAYDON, *Hernieuwde enquête bij gefailleerden*, internet, 17 juni 2002.

GRAYDON, *Interview bij curatoren van faillissementen*, 18 december 2001.

VII. – *Detectie*
aan de hand van knipperlichten

30. – Knipperlichten zijn signalen van de eerste ziekteverschijnselen. Het wordt duidelijk dat de onderneming het moeilijk krijgt om haar wettelijke en contractuele verplichtingen na te komen en de noodzakelijke investeringen te doen. Derden worden nu ook geconfronteerd met de signalen die de onderneming in moeilijkheden uitzendt. De onderneming bouwt betaalachterstanden op inzake de RSZ, bedrijfsvoorheffing, BTW, leveranciers. De meeste signalen houden vaak verband met de liquiditeit. De knipperlichten verschijnen meestal geruime tijd na het ontstaan van de primaire oorzaak en korte tijd nadat het afglijden naar discontinuïteit is ingezet.

31. – De eerste knipperlichten verschijnen in de meeste gevallen eerst sporadisch. Nadien gaan zij zich geleidelijk aan herhalen en neemt hun intensiteit toe. De ondernemer gewent soms aan het verschijnen van de eerste knipperlichten, vooral omwille van de beperkte omvang van de moeilijkheden. Hij denkt deze nog steeds te kunnen overwinnen. Door deze gewenning zoekt de ondernemer ondertussen niet naar de dieperliggende oorzaken en glijdt de onderneming verder af naar discontinuïteit.

32. – Andere knipperlichten verschijnen als een donderslag bij heldere hemel. De bankkredieten worden bvb. plots geschorst of opgezegd. Meestal maken zij de ondernemer meer bewust van de moeilijkheden. Ze zetten hem direct aan een fundamentele oplossing uit te werken of, indien dit onmogelijk is, de boeken neer te leggen.

33. – De kamer voor handelsonderzoek in de rechtbanken van koophandel verzamelt deze knipperlichten en vult ze eventueel aan met gegevens van een financiële analyse. Op basis hiervan selecteert zij de ondernemingen voor oproeping.

DEEL 2. – DE ROL VAN DE COMMISSARIS
IN EEN ONDERNEMING IN MOEILIKHEDEN

34. – Het maatschappelijk verkeer verwacht steeds meer van de commissaris van een onderneming in moeilijkheden. Zo aanvaarden schuldeisers het steeds minder dat een onderneming in moeilijke-

den nog een verklaring over de jaarrekening zonder voorbehoud in continuïteitsperspectief krijgt een paar maanden voordat zij failliet wordt verklaard. Als commissaris vervult de bedrijfsrevisor een wettelijke opdracht met een maatschappelijk belang. Hij kan dan ook niet alleen rekening houden met de belangen van de gecontroleerde vennootschap en van de algemene vergadering die hem aanstelt, maar ook met de belangen van de individuele (minderheids-)aandeelhouders, werknemers, leveranciers, de overheid, enz. Zijn aansprakelijkheid staat op het spel (8).

Voornoemde verwachtingen situeren zich voornamelijk op het vlak van het commissarisverslag, dat openbaar wordt gemaakt. De algemene controlenormen met betrekking tot *de verslaggeving van de commissaris* geven de lezer een inzicht in het standpunt dat de commissaris ten aanzien van de jaarrekening heeft ingenomen. De verslaggeving signaleert eventuele continuïteitsproblemen van de onderneming.

35. – Het Instituut der Bedrijfsrevisoren heeft *aanbevelingen* geformuleerd met betrekking tot de controlewerkzaamheden en rapportering van de commissaris in een onderneming in moeilijkheden. De commissaris van de vennootschap zal zijn taak niet beperken tot de semestriële of eindejaarsaudit. Als mandataris voert hij zijn controletaak immers permanent uit. Gezien het thema van dit referaat, beperken wij ons hierna tot de revisorale *informatieverstreking en verslaggeving*.

36. – De commissaris heeft een algemene informatieverplichting indien de onderneming die hij controleert geconfronteerd wordt met financiële moeilijkheden. Dit houdt in dat hij moet nagaan of de raad van bestuur volledig op de hoogte is van de ernst van de situatie. Indien nodig moet hij ervoor zorgen dat de bevoegde organen van de vennootschap op de hoogte worden gesteld van die situatie.

37. – Indien de vennootschap zich bevindt binnen het toepassingsveld van *artikel 633 W. Venn.*, moet de commissaris nagaan of de alarmprocedure is nageleefd.

38. – De commissaris zal in zijn verslag onder meer beoordelen of het jaarverslag van de raad van bestuur in overeenstemming is

(8) AERTS, K., *Taken en aansprakelijkheden van commissarissen en bedrijfsrevisoren*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, blz. 9 e.v.

met de jaarrekening en of het de inlichtingen bevat, zoals bepaald in *artikel 96, 6° W. Venn.* Hij zal tot uiting moeten brengen of de vennootschap zich al dan niet in een « going concern »-situatie bevindt.

39. – Ingevolge *artikel 138 W. Venn.* dient de commissaris – die in het kader van zijn werkzaamheden gewichtige en overeenstemmende feiten vaststelt die de continuïteit van de onderneming in het gedrang kunnen brengen – de raad van bestuur hiervan schriftelijk en op omstandige wijze op de hoogte te brengen. Indien de commissaris na een maand volgend op zijn schrijven aan de raad van bestuur, geen informatie heeft verkregen over de beraadslaging door de raad van bestuur of indien hij oordeelt dat de getroffen maatregelen ontoereikend zijn, *kan* hij de voorzitter van de rechtbank van koophandel op de hoogte stellen van zijn bevindingen.

40. – Voornamelijk bij de ondernemingen in moeilijkheden verwachten de vertegenwoordigers van de werknemers in de *ondernemingsraden*, als één van de belangrijkste stakeholders van de onderneming, dat de commissaris een steeds actievere rol zou vervullen bij de informatieverstrekking en de bevestiging van het waarheidsgetrouw karakter van deze informatie.

41. – Hij beantwoordt op de algemene vergadering vragen van aandeelhouders met betrekking tot zijn verslaggeving en de wijze waarop hij zijn taak heeft vervuld.

I. – *Verslaggeving van de commissaris
aan de Algemene Vergadering der Aandeelhouders
in een onderneming in moeilijkheden*

I.1. *Algemene opbouw van het commissarisverslag bij ondernemingen in going concern*

42. – Elke verklaring van de commissaris vloeit voort uit de mening die hij zich heeft gevormd op grond van doelgericht en nauwgezet uitgevoerde controlewerkzaamheden. Deze zijn gericht op verrichtingen die hun weerslag hebben op de rekeningen. De controle spitst zich toe op de waarborg dat de regels van het vennoot-

schaps- en boekhoudrecht en de statuten worden nageleefd (9). Zijn verslaggeving aan de algemene vergadering van aandeelhouders wordt algemeen als een belangrijke informatiebron aanzien voor alle actoren van het maatschappelijk verkeer en voor de stakeholders van de onderneming in het bijzonder. Zij wordt geregeld door de artikelen 143 en 144 van het Wetboek van vennootschappen. Tevens heeft het Instituut der Bedrijfsrevisoren duidelijk omschreven normen bepaald naar vorm en inhoud van voornoemd verslag (10).

43. – Het verslag van de commissaris aan de algemene vergadering is in normale omstandigheden een *standaardverslag* dat rekening houdt met zowel de internationale normgeving (eerste deel van het verslag) als de imperatieven naar bijkomende verklaringen en inlichtingen die ingegeven zijn door de Belgische regelgeving, inzonderheid het vennootschapsrecht (tweede deel van het verslag).

44. – Iedere afwijking van voornoemde standaard is van essentiële betekenis. Niet in het minst wanneer in het verslag informatie is opgenomen die de continuïteit van de vennootschappelijke activiteiten in vraag stelt. Een cruciaal aspect hierbij is of de jaarrekening nog kan worden opgesteld op basis van continuïteit (11). De commissaris heeft hiertoe enige bewegingsruimte. De overgang van continuïteit naar discontinuïteit is immers bij uitstek een discretionaire aangelegenheid. Hoewel het bestuursorgaan de jaarrekening opstelt, zal de commissaris over de waardering in going concern duidelijk standpunt moeten innemen. Wanneer later zou blijken dat de jaarrekening ten onrechte in continuïteitsperspectief is opgesteld, zullen benadeelden ongetwijfeld de vraag naar eventuele aansprakelijkheid van de commissaris stellen (12).

(9) THIRION, N. en BALESTRA, C., « De burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris », in *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor : burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aspecten*, Brussel, Die Keure, 2003, blz. 9.

(10) Instituut der Bedrijfsrevisoren, « Algemene controlenormen », in *Vademecum van de bedrijfsrevisor*, Brussel, Standaard Uitgeverij, 2002, blz. 881.

(11) RALET, O., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, De Boeck & Larcier, 1996, blz. 211.

EVARD, M. en DESTUYVER, E., « De commissaris-revisor, het 'going concern'-principe en ondernemingen in moeilijkheden : een status quaestionis », in X., *De revisorale controle van de statutaire en geconsolideerde jaarrekeningen*, Brussel, Bruylant, blz. 297-319.

(12) AERTS, K., *Taken en aansprakelijkheden van commissarissen en bedrijfsrevisoren*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, blz. 121.

Het is dan ook voor de commissaris van essentieel belang dat hij zich een correct beeld vormt van de haalbaarheid van de herstelmaatregelen bij de beoordeling van de jaarrekening van een onderneming die zich in de grijze zone bevindt en die haar jaarrekening in continuïteitsperspectief blijft opstellen.

45. – Hierna worden de mogelijke verklaringen aangegeven voor jaarrekeningen van ondernemingen in moeilijkheden die in going concern waarden.

1.2. Informatie in het eerste deel van het commissarisverslag in hoofde van een onderneming in moeilijkheden : soorten verklaringen

46. – De verklaring die de commissaris zal afleveren over het vermogen, de financiële toestand en de resultaten van een onderneming waarbij er een bepaalde onzekerheid bestaat over de bedrijfscontinuïteit, zal onder andere afhankelijk zijn van de informatie die is opgenomen in het jaarverslag van de raad van bestuur en het vertrouwen dat de commissaris heeft in de herstelmogelijkheden van de onderneming in moeilijkheden. Samenvattend kan volgende tabel worden weergegeven (13) :

(13) INSTITUUT DER BEDRIJFSREVISOREN, « Algemene controle-normen met betrekking tot het verslag », in *Vademecum van de bedrijfsrevisor*, Brussel, Standaard Uitgeverij, 2002, blz. 892-910.

INSTITUUT DER BEDRIJFSREVISOREN, « Controleaanbevelingen inzake de controle van een vennootschap in moeilijkheden », in *Vademecum van de bedrijfsrevisor*, Brussel, Standaard Uitgeverij, 2002, blz. 1128-1152.

INSTITUUT DER BEDRIJFSREVISOREN, « Ondernemingen in moeilijkheden », in *Vademecum van de bedrijfsrevisor*, Brussel, Standaard Uitgeverij, 2002, blz. 684-700.

Mertens, J., « De rol van de beroepsbeoefenaar bij een onderneming in moeilijkheden », in X., *De wettelijke en bijzondere opdrachten van de accountant en bedrijfsrevisor. Liber Amicorum Marcel Verschelden*, Diegem, Ced.Samsom, 2001, blz. 269-288.

	<i>Informatie opgenomen in het jaarverslag van de raad van bestuur of ander stuk van de jaarrekening</i>	<i>Vertrouwen van de commissaris in de herstelmogelijkheden</i>
Verklaring over de jaarrekening zonder voorbehoud, met een toe- lichtende paragraaf	Ja	Ja
Verklaring over de jaarrekening met voorbehoud	Neen	Ja
Onthoudende verklaring over de jaarrekening	Ja	Neen
Afkeurende verklaring over de jaarrekening	Neen	Neen

Bovenstaande tabel toont aan dat de commissaris zich een oordeel moet vormen over zijn vertrouwen in de door de raad van bestuur genomen of waargenomen maatregelen tot herstel van de onderneming. Deze maatregelen dienen hem als realistisch (haalbaar) over te komen. Tevens dienen zij een redelijke mogelijkheid te bieden om minstens de volgende algemene vergadering te halen. Hieruit mag niet worden afgeleid dat de commissaris de haalbaarheid van de genomen herstelmaatregelen attesteert.

47. – De commissaris kan vervolgens in het tweede deel van zijn verslag de in het eerste deel afgeleverde verklaring toelichten en ondersteunen. Deze toelichting kan geen afbreuk doen aan de in het eerste deel geformuleerde verklaring.

– *Verklaring over de jaarrekening zonder voorbehoud, met een toelichtende paragraaf*

48. – Controlenorm 3.6. bepaalt dat wanneer een betekenisvolle onzekerheid bestaat die geen onthoudende verklaring over de jaarrekening verantwoordt, de commissaris een toelichtende paragraaf aan zijn verklaring zonder voorbehoud kan toevoegen. Die toelichtende paragraaf vereist een betekenisvol probleem inzake de bedrijfscontinuïteit. Wanneer de commissaris een verklaring over de jaarrekening zonder voorbehoud, met een toelichtende paragraaf over een onderneming in moeilijkheden aflevert, zal het jaarverslag van de raad van bestuur volgens hem voldoende informatie bevat-

ten aangaande de toepassing van de waarderingsregels in going concern. De commissaris zal tevens vertrouwen hebben in de herstel mogelijkheden van de vennootschap.

49. – In een toelichtende paragraaf aan de verklaring zal de commissaris vermelden dat de jaarrekening van de vennootschap is opgesteld in de veronderstelling van de verderzetting van de vennootschappelijke activiteiten, niettegenstaande de (soms aanzienlijke) verliezen die zich in de loop van de voorbije boekjaren hebben opgestapeld en die de financiële toestand van de vennootschap sterk negatief hebben beïnvloed. De commissaris voegt er vervolgens aan toe dat voormelde veronderstelling van waardering in continuïteit slechts verantwoord is indien bepaalde voorwaarden worden vervuld. Deze voorwaarden kunnen bijvoorbeeld zijn dat de vennootschap moet kunnen rekenen op :

- de verder toegezegde financiële steun van de aandeelhouders en/of
- alternatieve toegezegde financieringsbronnen en/of
- de realisatie van de herstelmaatregelen die de raad van bestuur voorstelt en uitvoert en/of
- beslissingen afhankelijk van externe overheidsinstanties, bijvoorbeeld de goedkeuring door de Europese Commissie van een financiële herstructurering in hoofde van een vennootschap van publiek recht waar de overheid meerderheidsaandeelhouder is.

50. – De commissaris zal eveneens een verklaring over de jaarrekening zonder voorbehoud met een toelichtende paragraaf afleveren indien de raad van bestuur, gelet op de grote structurele moeilijkheden, beslist te waarderen aan vereffeningswaarde en hij dit op een omstandige wijze toelicht in het jaarverslag. De jaarrekening zal dan immers een getrouw beeld geven van de financiële toestand, het vermogen en de resultaten van de onderneming. De commissaris zal in zijn toelichtende paragraaf de lezer er attent op maken dat de onderneming niet meer in continuïteit is gewaardeerd. Hij zal tevens verwijzen naar het jaarverslag en naar de toelichting, inzonderheid naar de gewijzigde waarderingsregels en het effect van de wijziging op het resultaat van het boekjaar.

– *Verklaring over de jaarrekening met voorbehoud*

51. – Wanneer de commissaris het niet eens is met de inhoud of de voorstelling van één of meer significante elementen van de jaarrekening, zal hij een voorbehoud maken over deze bijzondere aspecten. Het verslag mag de lezer niet in het ongewisse laten over het door de commissaris gemaakte voorbehoud. Derhalve zal de commissaris bij een onderneming in moeilijkheden in een afzonderlijke paragraaf die de verklaring voorafgaat, desgevallend melding maken van :

- de daling van het netto-actief van de vennootschap ten gevolge van geleden verliezen, waardoor er onzekerheid bestaat omtrent de verderzetting van de activiteiten en/of
- het feit dat de raad van bestuur geen enkele melding heeft gemaakt of inlichting heeft gegeven in de toelichting bij de jaarrekening of in het jaarverslag omtrent de genomen initiatieven met het oog op het herstel van de financiële toestand van de onderneming en/of
- het feit dat geen enkele aanpassing werd doorgevoerd aan de waardering en de classificatie van bepaalde balansposten, die noodzakelijk zouden blijken als de vennootschap niet meer in staat is haar activiteiten verder te zetten.

Op te merken valt dat in casu de commissaris vertrouwen heeft in het herstel van de onderneming. Dit impliceert dat de raad van bestuur maatregelen heeft genomen tot herstel van de financiële toestand van de onderneming, doch dat hij, zoals reeds aangehaald, van de moeilijkheden binnen de onderneming geen melding heeft gemaakt in het jaarverslag.

52. – De commissaris kan bovendien in het tweede deel van zijn verslag aan de algemene vergadering melding maken van de eventueel door de raad van bestuur genomen herstelmaatregelen met vermelding van de voorwaarden tot realisatie ervan.

– *Onthoudende verklaring over de jaarrekening*

53. – Wanneer de toestand van de onderneming wordt gekenmerkt door talrijke onzekerheden die op betekenisvolle wijze de jaarrekening beïnvloeden vanuit het oogpunt van de bedrijfscontinuïteit, zodanig dat de eenvoudige toevoeging van een toelichtende paragraaf niet als voldoende kan worden beschouwd, dient de com-

missaris een onthoudende verklaring over de jaarrekening af te leveren (cf. algemene controlenormen, § 3.8.1.).

54. – *In casu* heeft de raad van bestuur wel de nodige vermeldingen gemaakt in de toelichting bij de jaarrekening en in zijn jaarverslag, doch hij heeft geen herstelmaatregelen genomen of de genomen maatregelen zijn volgens de commissaris onvoldoende opdat hij er vertrouwen in zou kunnen hebben om hem toe te laten een verklaring over de jaarrekening zonder voorbehoud, met een toelichtende paragraaf te geven.

55. – Als voorbeelden kunnen worden aangehaald :

- de voorgestelde maatregel bestaat erin een kapitaalverhoging door te voeren, doch er werd reeds een buitengewone algemene vergadering bijeengeroepen om tot een dergelijke kapitaalverhoging over te gaan waarop werd beslist geen kapitaalverhoging door te voeren vooraleer een aantal strenge voorwaarden zijn vervuld. De commissaris zal een onthoudende verklaring over de jaarrekening afleggen indien hij niet gelooft in de vervulling van die voorwaarden;
- voornoemde buitengewone algemene vergadering beslist nieuwe kandidaat-investeerders (aandeelhouders) te zoeken en de raad van bestuur kan bij de opstelling van de jaarrekening geen enkel ernstig teken van mogelijk succes voorleggen;
- het herstelplan voorziet in bijkomende externe financiering, maar de huisbankier(s) heeft (hebben) aangegeven dat de limieten zijn bereikt en er is nog geen dossier ingediend bij een andere financiële instelling;
- de vertegenwoordigers in de raad van bestuur van de moedermaatschappij of referentieaandeelhouder(s) hebben reeds meermaals zekerheden in het vooruitzicht gesteld. Deze zekerheden worden vanuit de moedermaatschappij of referentieaandeelhouders niet bevestigd of worden slechts toegezegd onder opschortende voorwaarden die volgens de commissaris niet haalbaar blijken te zijn.

– *Afkeurende verklaring over de jaarrekening*

56. – Een afkeurende verklaring over de jaarrekening van een onderneming in moeilijkheden is gerechtvaardigd indien :

- de vennootschap aanzienlijke verliezen lijdt die haar financiële toestand doen achteruitgaan en
- de raad van bestuur hierover geen enkele commentaar geeft in de toelichting bij de jaarrekening, noch in zijn jaarverslagen
- de commissaris niet gelooft in de herstelmaatregelen en/of
- de jaarrekening niet is opgesteld conform art. 28, § 2 van het Koninklijk Besluit van 30 januari 2001.

57. – Een afkeurende verklaring over de jaarrekening houdt in dat de raad van bestuur ofwel de ernstige financiële moeilijkheden van de onderneming negeert ofwel deze volledig binnenkamers houdt en er geen enkele aanduiding van geeft in zijn jaarverslag, noch in de jaarrekening. Tevens zijn de herstelmaatregelen, zo ze er al zouden zijn, dermate onrealistisch of onuitvoerbaar dat de commissaris er onmogelijk kan in geloven.

58. – De commissaris zal bijgevolg op basis van het voorgaande moeten besluiten dat de jaarrekening geen getrouw beeld geeft van het vermogen, de financiële toestand en de resultaten van de onderneming. Tevens moet de commissaris, afhankelijk van de situatie, melding maken van het feit dat de jaarrekening niet werd opgesteld overeenkomstig de voorschriften van het boekhoudrecht. De commissaris zal een cijfermatige impact geven op het eigen vermogen, de financiële positie en de resultaten van de onderneming. In de gevallen waar een kwantificering niet mogelijk is, kan de commissaris het nuttig achten hierop te wijzen (cf. algemene controlenormen, § 3.8.2.).

59. – De commissaris zal uiteraard de nodige voorzichtigheid aan de dag leggen bij het afleveren van een dergelijke verklaring, doch hij mag niet nalaten zo nodig zijn verantwoordelijkheid die-naangaande op te nemen.

I.3. Specifieke informatie in het tweede deel van het commissaris-verslag in hoofde van een onderneming in moeilijkheden

I.3.1. Vermelding van de naleving van de alarmbelprocedure

60. – De artikelen 332 (B.V.B.A.), 431 (C.V.B.A.) en 633 (N.V. en C.V.A.) W. Venn. schrijven onder andere de bijeenroeping van de algemene vergadering voor wanneer de helft of drie vierden van het kapitaal verloren is gegaan.

61. – Op voorstel van het bestuursorgaan van de vennootschap, en onder voorbehoud van een eventuele faillissementsaangifte, kan de algemene vergadering voor één van de volgende drie formules opteren :

- 1° de ontbinding van de vennootschap ;
- 2° het verzoek tot gerechtelijk akkoord (artikel 9 van de wet van 17 juli 1997) ;
- 3° het voortzetten van de activiteiten in het kader van de voorstellen vanwege het bestuursorgaan met het oog op het herstel van de financiële toestand van de vennootschap (artikel 332 al. 2 (B.V.B.A.), 431, al. 2 (C.V.B.A.) 633, lid 2 (N.V. en C.V.A.) W. Venn.).

62. – Die algemene vergadering moet, behoudens strengere bepalingen in de statuten, bijeenkomen binnen een termijn van ten hoogste twee maanden om te beraadslagen en te besluiten tot ontbinding van de vennootschap en eventueel over andere in de agenda aangekondigde herstelmaatregelen. Art. 633 W. Venn. voorziet dan dat de raad van bestuur een verslag dient op te maken met een uiteenzetting van de maatregelen die zij wenst te nemen tot herstel van de financiële toestand van de vennootschap. Dit verslag wordt meegedeeld bij de oproeping van de algemene vergadering. Wanneer de raad van bestuur verzuimt de algemene vergadering bijeen te roepen en de commissaris dienaangaande het nodige doet, in samenspraak met de raad van bestuur, mag de commissaris zelf nooit een verslag opstellen met betrekking tot de herstelacties. Wanneer de algemene vergadering dus samengeroepen wordt zonder enig verslag van de raad van bestuur op de agenda met de nodige herstelmaatregelen, zal de algemene vergadering genoodzaakt zijn te beslissen tot ontbinding van de vennootschap. Een alternatieve oplossing hiervoor is de benoeming van nieuwe bestuurders door de algemene vergadering of de vraag aan de rechtbank van koophandel om een voorlopig bewindvoerder aan te stellen, die de procedure van art. 633 W. Venn. strikt zal toepassen en opvolgen.

63. – Het verlies van de helft of van drie vierden van het maatschappelijk kapitaal kan op zich niet worden gelijkgesteld met een situatie van discontinuïteit. Verplichtingen inzake informatie en beraadslaging zijn inderdaad onvermijdelijk voor de maatschappelijke organen, maar dit financieel-juridisch criterium is bedoeld als

een aansporing tot bezinning over de mogelijkheid voor de vennootschap om haar activiteiten verder te zetten.

64. – De verantwoordelijkheid van de commissaris bestaat erin de beoordeling van de leiding over de mogelijkheid van de vennootschap om haar activiteiten verder te zetten, na te gaan. Hij zal bepalen in welke mate betekenisvolle onzekerheden omtrent de gevolgen van bepaalde gebeurtenissen of omstandigheden voor de toekomst aanleiding kunnen geven tot een duidelijke twijfel over de mogelijkheid van de vennootschap om haar activiteiten verder te zetten; de commissaris zal zich hiervoor baseren op zijn eigen kennis van de relevante gebeurtenissen en omstandigheden op het moment van zijn controlewerkzaamheden.

65. – De commissaris kan, evenmin als de ondernemingsleiding, een garantie geven omtrent de impact van bepaalde belangrijke gebeurtenissen of omstandigheden op de continuïteit van de vennootschap. Bijgevolg mag het ontbreken van een opmerking over de continuïteit in het controleverslag niet worden beschouwd als een garantie met betrekking tot de continuïteit van de vennootschap (14).

66. – De commissaris zal oordelen of het gepast is in het tweede deel van zijn verslag te verwijzen naar de door de algemene vergadering genomen beslissing tot verderzetting van de activiteit.

67. – De rol van de commissaris tijdens deze « denkfase » bestaat erin bijzondere aandacht te vestigen op de volledigheid van informatie aangaande de algemene toekomstverwachtingen van de onderneming. Hij zal de getrouwheid certificeren van voormelde inlichtingen, voor zover deze uit de boekhouding, uit de jaarrekening van de onderneming of uit andere verifieerbare stukken voortvloeien. Hij zal onder meer nagaan of de informatie aan de ondernemingsraad overeenstemt met de besprekingen gedaan en de beslissingen genomen door de raad van bestuur.

68. – Wat indien de raad van bestuur geen algemene vergadering bijeenroept, met naleving van artikel 633 W. Venn. (en equivalenten voor de andere rechtsvormen)?

(14) INSTITUUT DER BEDRIJFSREVISOREN, « Controleaanbevelingen inzake de controle van een vennootschap in moeilijkheden », in *Vademecum van de bedrijfsrevisor*, Brussel, Standaard Uitgeverij, 2002, blz. 1129-1137.

De commissaris zal hiervan melding maken in het tweede deel van zijn verslag in toepassing van paragraaf 3.13. van de algemene controlenormen. In principe zal hij op dezelfde wijze handelen wanneer de vergadering heeft beslist om de activiteiten verder te zetten, terwijl het bestuursorgaan aan de algemene vergadering geen enkele herstelmaatregel heeft voorgelegd in zijn bijzonder verslag (15).

69. – Blijft de vraag of de commissaris zelf de algemene vergadering moet bijeenroepen indien de raad van bestuur in gebreke blijft. Artikelen 268 W. Venn. en 532 W. Venn. geven hem dat recht. De rechtsleer is niet eenduidig wanneer het gaat om de bijeenroeping in het kader van de alarmbelprocedure (16).

Olivier Ralet meent dat men twee mogelijkheden moet onderscheiden : (17)

- « Si le défaut pour le conseil d'administration de convoquer l'assemblée générale alors que la perte du capital est manifeste, résulte d'une négligence, d'un blocage au sein du conseil, voir du fait que celui-ci n'est pas en mesure de se réunir utilement, le commissaire (...) devrait se substituer à ce conseil d'administration défaillant et convoquer l'assemblée générale.
- Si, par contre, il existe une divergence entre le commissaire (...) et les organes d'administration sur la question de savoir si le capital est réellement perdu – ce qui peut être le cas lorsque le commissaire (...) estime que d'importantes provisions pour risques doivent être constituées ou que la perspective de continuité ne peut être maintenue –, il nous semble que le commissaire (...) ne pourrait pas substituer son appréciation à celle des organes d'administration quant à la réunion des conditions d'application de l'article 103 ».

70. – Wij haalden reeds aan dat de commissaris zijn controle-taak permanent uitvoert. Dit houdt ondermeer in dat hij de halfjaarlijkse staat bij het bestuursorgaan zo nodig opvraagt en onder-

(15) INSTITUUT DER BEDRIJFSREVISOREN, « Controleaanbevelingen inzake controle van een vennootschap in moeilijkheden », in *Vademecum van de bedrijfsrevisor*, Brussel, Standaard Uitgeverij, 2002, blz. 1150-1151.

(16) Foriers en von Kügelgen menen van wel. « La responsabilité civile des réviseurs et experts-comptables », *Rev. dr. U.L.B.*, 1992, blz. 41, nr. 54.

Lievens, J. meent van niet. « De aansprakelijkheid van de commissaris-revisor na de recente wetswijziging – enkele kritische bedenkingen », *Liber Amicorum Jan Ronse*, blz. 271.

(17) RALET, O., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, De Boeck & Larcier, 1996, blz. 226.

meer nagaat of op basis van die staat de vennootschap de alarmbel-procedure moet toepassen (18).

1.3.2. Vermelding van naleving van het art. 96, 6° W.Venn.

71. – Wanneer uit de balans een overgedragen verlies blijkt, of wanneer uit de resultatenrekening gedurende twee opeenvolgende boekjaren een verlies van het boekjaar blijkt, moet het bestuursorgaan de toepassing van de waarderingsregels in de veronderstelling van continuïteit verantwoorden in zijn jaarverslag (artikel 96, 6° W. Venn.). Voor de KMO's die geen jaarverslag dienen op te stellen, schrijft het Wetboek van vennootschappen voor dat de informatie opgenomen wordt in de toelichting bij de jaarrekening (art. 94, lid 2 W. Venn.).

72. – Deze verplichting tot informatie kan op zich niet gelijkgesteld worden met een situatie van discontinuïteit. Verplichtingen inzake informatie en zelfs beraadslaging zijn inderdaad onvermijdelijk voor de maatschappelijke organen, maar dit financieel-juridisch criterium vormt, zoals bij de alarmbelprocedure, slechts een aansporing tot bezinning over de mogelijkheid voor de vennootschap om haar activiteiten verder te zetten.

73. – Wanneer de commissaris vaststelt dat artikel 96, 6° W. Venn. van toepassing is of zich dreigt voor te doen, dient hij te oordelen of het gewenst is het bestuursorgaan eraan te herinneren dat deze informatie in zijn jaarverslag of in de toelichting bij de jaarrekening moet worden opgenomen (19).

74. – Indien het jaarverslag niet de vereiste verantwoording bevat, moet de commissaris zijn bezwaren formuleren in overeenstemming met § 3.9. van de algemene controlenormen. De overeenstemmende paragraaf in het tweede deel van het verslag kan dan als volgt worden geformuleerd : « Het jaarverslag stemt overeen met de jaarrekening; het bevat de door de wet vereiste inlichtingen, behoudens de verantwoording van de continuïteit van de ondernemingsactiviteiten. Aangezien uit de jaarrekening een overgedragen verlies blijkt, zijn de bestuurders ertoe gehouden om een verantwoording

(18) Artikel 137, § 2 *in fine* W. Venn.

(19) INSTITUUT DER BEDRIJFSREVISOREN, « Controleaanbeveling inzake de controle van een vennootschap in moeilijkheden », in *Vademecum van de bedrijfsrevisor*, Brussel, Standaard Uitgeverij, 2002, blz. 1131-1133.

te geven voor de mogelijkheid van de vennootschap om de bedrijvigheid verder te zetten; deze verantwoording ontbreekt » (20).

75. – Indien het jaarverslag een niet-passende verantwoording geeft, moet de commissaris eveneens de nodige opmerkingen formuleren. De overeenstemmende paragraaf van het verslag kan dan als volgt worden geformuleerd : « Het jaarverslag bevat de door de wet vereiste inlichtingen en stemt overeen met de jaarrekening; wij uiten evenwel bezwaren omtrent de argumenten die worden ingeroepen om de toepassing van de waarderingsregels in de veronderstelling van continuïteit te verantwoorden », en hij zal in dat geval de bezwaren preciseren.

Indien de commissaris een voorbehoud hieromtrent in het eerste deel van zijn verslag heeft opgenomen, volstaat het om de lezer hiernaar te verwijzen (21).

76. – Uit een recent empirisch onderzoek blijkt dat ondernemingen wier continuïteit volgens artikel 96, 6° van het Wetboek van vennootschappen bedreigd is, een strengere evaluatie van de commissaris ontvangen (22).

II. – *De rol van de commissaris in het kader van de alarmprocedure*

77. – De commissaris die ter gelegenheid van zijn controlewerkzaamheden gewichtige en overeenstemmende feiten vaststelt die de continuïteit van de onderneming in het gedrang kunnen brengen, moet het bestuursorgaan hiervan schriftelijk en op een omstandige wijze op de hoogte brengen (artikel 138 W. Venn.).

78. – Het bestuursorgaan moet beraadslagen over de maatregelen die moeten worden genomen om de continuïteit van de onderneming gedurende een redelijke termijn te vrijwaren. Er moet een vergadering worden gehouden binnen een maximum termijn van één maand, te rekenen vanaf de kennisgeving door de commissaris.

(20) INSTITUUT DER BEDRIJFSREVISOREN, « Controleaanbeveling inzake de controle van een vennootschap in moeilijkheden », in *Vademecum van de bedrijfsrevisor*, Brussel, Standaard Uitgeverij, 2002, blz. 1150.

(21) *Ibidem*.

(22) HERMANS, S., OOGHE, H., VAN LAERE, E. en VAN WYMEERSCH, C., « Het type controleverslag : resultaten van een empirisch onderzoek in België », in INSTITUUT DER BEDRIJFSREVISOREN, *50 jaar revisoraat*, Brussel, Die Keure, 2003, blz. 294.

79. – Indien bij het verstrijken van de termijn van één maand na de kennisgeving van de informatie, de commissaris niet werd ingelicht over de beraadslaging door het bestuursorgaan inzake de genomen maatregelen of de in het vooruitzicht gestelde maatregelen om de continuïteit gedurende een redelijke termijn te vrijwaren, *kan* de commissaris zijn vaststellingen meedelen aan de voorzitter van de rechtbank van koophandel.

80. – Wij verwijzen voor dit belangrijk artikel 138 W. Venn. (dat voorziet in een informatiemogelijkheid van revisoren aan de voorzitter van de rechtbank van koophandel) naar het referaat van Mevrouw de Voorzitter Spiritus-Dassesse en Bedrijfsrevisor en Rechter in Handelszaken Michel De Wolf over de alarmprocedure.

III. – *De rol van de commissaris
ten aanzien van de ondernemingsraad
bij ondernemingen in moeilijkheden*

81. – Wanneer er een ondernemingsraad is in de vennootschap die met een onzekerheid op het vlak van de continuïteit geconfronteerd wordt, moet de commissaris er in het bijzonder over waken dat hij de draagwijdte van zijn verklaring over de jaarrekening uitlegt. Hij moet tevens duidelijk de problemen benadrukken die hij heeft vastgesteld tijdens zijn analyse van de economische en financiële informatie vanuit het standpunt van de financiële structuur en de evolutie van de financiële situatie. Hij zal, zo nodig, de ondernemingsleiding wijzen op haar verplichtingen inzake occasionele informatie (23).

82. – In de omstandigheid dat de commissaris ter gelegenheid van zijn controlewerkzaamheden gewichtige en overeenstemmende feiten vaststelt die de continuïteit van de onderneming in het gedrang kunnen brengen, en indien het bestuursorgaan geen gevolg geeft binnen een maand volgend op zijn vraag tot beraadslaging over de maatregelen die moeten worden genomen om de continuïteit van de onderneming gedurende een redelijke termijn te vrijwaren, menen wij dat artikel 151, 4° W. Venn. van toepassing is. De commissaris zal m.a.w. nagaan of de aan de ondernemingsraad ver-

(23) INSTITUUT DER BEDRIJFSREVISOREN, « Controleaanbevelingen inzake de controle van een vennootschap in moeilijkheden », in *Vademecum van de bedrijfsrevisor Brussel*, Standaard Uitgeverij, 2002, blz. 1133-1134.

strekke economische en financiële inlichtingen geen leemten bevat en zo nodig op eigen initiatief de ondernemingsraad daarvan in kennis stellen. In die context mag de meldingsplicht aan de ondernemingsraad niet beperkt blijven tot informatie op het niveau van het vennootschaps- of het boekhoudrecht. Belangrijke inbreuken op fiscale, sociale, mededingings- of milieuwetten die de continuïteit in gevaar brengen, kunnen het voorwerp zijn van informatie en verslaggeving aan de ondernemingsraad (24).

83. – Het *corporate governance* debat draagt bij tot een betere omschrijving van de rol van de commissaris. In het kader van de recente evoluties op dat niveau wordt steeds meer de aandacht gevestigd op de vraag naar een verduidelijking van de positie van de commissaris tegenover de ondernemingsraad. Het is duidelijk dat zijn rol als onafhankelijk deskundige ten volle tot uiting moet komen in ondernemingen in moeilijkheden. Op de studiedag naar aanleiding van het vijftigjarig bestaan van het Instituut der Bedrijfsrevisoren noteerde men een vraag naar herpositionering van de commissaris ten overstaan van de ondernemingsraad en meer in het bijzonder met betrekking tot zijn informatieplicht. Die vraag komt zowel van overheidswege als van werknemersorganisaties (25).

IV. – *Informatie* *op de algemene vergadering der aandeelhouders* *bij ondernemingen in moeilijkheden*

84. – Krachtens artikel 540 W. Venn. geven de bestuurders antwoord op de vragen die hun door de aandeelhouders worden gesteld met betrekking tot hun verslag of tot de agendapunten, voor zover de mededeling van gegevens of feiten niet van die aard is dat zij ernstig nadeel zou berokkenen aan de vennootschap, de aandeelhouders of het personeel van de vennootschap.

85. – Het is evident dat op een algemene vergadering der aandeelhouders voornamelijk minderheidsaandeelhouders die niet rechtstreeks betrokken zijn bij het bestuur van de vennootschap, dit artikel zullen aanwenden om de raad van bestuur vragen te stel-

(24) AERTS, K., *Taken en aansprakelijkheden van commissarissen en bedrijfsrevisoren*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, blz. 14.

(25) INSTITUUT DER BEDRIJFSREVISOREN, « *Corporate governance* : De door de bedrijfsrevisor toegevoegde waarde », in *Forum 17.10.2003 : De bedrijfsrevisor en de bescherming van de aandeelhouders*, Brussel, 2003, blz. 66.

len over mogelijke feiten die duiden op financiële moeilijkheden binnen de onderneming. Dit geldt tevens voor de commissaris die krachtens al. 2 van voornoemd artikel antwoord *moet* geven op de vragen die hem door de aandeelhouders worden gesteld met betrekking tot zijn verslag. De commissaris heeft tevens het *recht* ter algemene vergadering het woord te voeren in verband met de vervulling van zijn taak. Voornamelijk wanneer de onderneming zich in de grijze zone bevindt, zal de commissaris met grote omzichtigheid gebruik maken van dit *meldingsrecht*. In de rechtsleer wordt immers aanvaard dat de commissaris, naar analogie met de raad van bestuur, niet dient te antwoorden op vragen die van die aard zijn dat zij ernstig nadeel berokkenen aan de vennootschap. Het is diegene die antwoordt die moet oordelen met welke precisie hij moet antwoorden en welke bijzonderheden hij mag geven (26).

86. – De commissaris heeft een *meldingsplicht* wanneer hij vaststelt dat het bestuursorgaan in gebreke blijft. Zo kan de commissaris aansprakelijk worden gesteld indien hij nalaat de algemene vergadering te informeren over de niet-toepassing door het bestuursorgaan van de alarmbelprocedure (27). Het risico van een benadeling van de vennootschap is geen voldoende verantwoording voor het uitblijven van een antwoord, indien de vraag in de lijn ligt van wat een normaal zorgvuldig aandeelhouder wenst te weten (28).

V. – *Besluit*

87. – De commissaris bij een onderneming in moeilijkheden kan dus bij het uitvoeren van zijn wettelijke opdracht een zeer belangrijke rol vervullen in het bewustmakingsproces binnen de onderneming en hierbij de onderneming aanzetten om tijdig de gepaste herstelmaatregelen uit te werken. In dat opzicht is zijn rol complementair met deze van de kamers voor handelsonderzoek. De commissaris staat echter het dichtst bij de onderneming en voelt het best haar polsslag. Vanuit zijn bevoorrechte situatie kan hij wel degelijk

(26) PRIoux, R., « La transparence, principe général de droit en manière d'information des actionnaires et du marché », *Journal des tribunaux*, 1994, blz. 219.

Hellemans, F., *De algemene vergadering*, Kalmthout, Biblo, 2001, blz. 514 e.v.

GEENS, K. en JENNE, F., « Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor, soms te delen met de notaris », in *Instituut der bedrijfsrevisoren, 50 jaar revisoraat*, Brussel, Die Keure, 2003, blz. 198.

(27) AERTS, K., *Taken en aansprakelijkheden van commissarissen en bedrijfsrevisoren*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, blz. 122.

(28) Voorz. Kh, Brussel, 6 november 1987, *Rev. Prat. Soc.*, 1987.

een belangrijke rol vervullen in het preventiebeleid ten aanzien van de ondernemingen in moeilijkheden.

DEEL 3. – DE ROL VAN DE KAMERS VOOR HANDELSONDERZOEK

I. – *Organisatie*

I.1. *De rechters in de kamers voor handelsonderzoek*

88. – De kamers voor handelsonderzoek blijken in de verschillende gerechtelijke arrondissementen verschillend georganiseerd (29). In sommige rechtbanken bestaan ze uit drie rechters, één beroepsmagistraat en twee rechters in handelszaken (30). In dat geval wordt dan vaak een rechterverslaggever aangeduid die grondig het dossier onderzoekt en daarbij tot ondervraging van de handelaar kan overgaan.

In andere rechtbanken bestaat de kamer voor handelsonderzoek uit een alleenzetelend rechter, meestal een rechter in handelszaken (31). In nog een andere rechtbank kan de zaak behandeld worden door een tandem van twee rechters in handelszaken of door één beroepsmagistraat bijgestaan door twee rechters in handelszaken.

89. – Het voordeel van een alleensprekend rechter is vooreerst dat wellicht in dit systeem meer dossiers kunnen worden behandeld. Gelet op de aard van het onderhoud met de kamer voor handelsonderzoek is het wellicht aangewezen één rechter met dit onderhoud te gelasten. De dialoog verloopt vlotter tussen twee personen dan de confrontatie in een kamer met drie rechters waarvan de debatten door de voorzitter worden geleid. Bovendien is het belangrijk bij opeenvolgende verschijningen voor de kamer voor handelsonderzoek dezelfde gesprekspartner te hebben. Deze heeft reeds voorkennis uit de eerdere behandeling van het dossier. Het risico op ver-

(29) PINXTEN, R., DE TANDT, F., WOESTIJN, J., VERSCHULDEN, M. en BATTARD, P., *Het handelsonderzoek bij de Rechtbank van Koophandel te Hasselt*, Brussel, Gent, Dendermonde en Bergen. *Unie der Consulaire Rechters van België*, 2003, nr. 3, blz. 17 e.v.

(30) PARIS, M.-O. en SPIRITUS-DASSESE, A., « L'enquête commerciale. Le traitement préventif des entreprises en difficulté par le tribunal de commerce de Bruxelles. Bilan de 18 mois d'application », à Bruxelles, de la loi organisant la procédure d'enquête commerciale, *Act. dr.*, 2000, blz. 276-280.

(31) VEROUUGSTRAETE, I. en BERTIN, O., *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 1998, blz. 67.

schillende gesprekspartners bij opeenvolgende onderzoeken is groot bij een kamer met drie rechters : rechters gaan met pensioen of krijgen andere opdrachten binnen de rechtbank.

90. – Elke rechtbank bepaalt vrij hoeveel rechters in de dienst handelsonderzoek worden ingezet. De wetgever heeft bij de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord de kaders licht aangepast. Er is uiteraard een grote beleidsruimte voor de korpschef. De degelijke uitbouw van de kamers voor handelsonderzoek vereist dat hier voldoende rechters in handelszaken worden ingezet. Hier zijn wellicht markante verschillen tussen de verschillende gerechtelijke arrondissementen welke ontegensprekelijk het beleid ten aanzien van de onderneming in moeilijkheden beïnvloeden. In sommige rechtbanken is slechts 10 % van de formatie van rechters in handelszaken belast met handelsonderzoeken terwijl in een andere rechtbank 30 % van de rechters uitsluitend handelsonderzoek doet (32).

Ook worden vaak verschillende accenten in het beleid gelegd afhankelijk van het gerechtelijk arrondissement.

91. – Organisatorisch compenseert de grote inzet van rechters in handelszaken zich vaak door de vermindering van de werklust op het gebied van beslechting van geschillen. Het snel detecteren door de kamers voor handelonderzoek van virtueel failliete ondernemingen zal er immers toe leiden dat de zittingsrollen van de rechtbanken niet nodeloos worden belast met eindeloze verstekvonnissen. Niet alleen voor de eigen organisatie heeft zulks gevolgen maar ook voor andere rechtbanken, zoals de arbeidsrechtbanken die minder vonnissen zullen dienen uit te spreken inzake achterstallige RSZ-bijdragen.

92. – Het is evident dat de deskundigheid van de rechter in de kamers voor handelsonderzoek van het allergrootste belang is.

Het opstellen van een gedetailleerd rapport met ondermeer de diverse financiële ratio's zal immers vaak slechts mogelijk zijn door diegene die terzake de vereiste bekwaamheid hebben.

Bovendien zal de ondernemer vaak vergezeld zijn van een accountant of bedrijfsrevisor. De communicatie tussen de onderzoe-

(32) PINXTEN, R., DE TANDT, F., WOESTIJN, J., VERSCHULDEN, M. en BATTARD, P., *Het handelsonderzoek bij de Rechtbank van Koophandel te Hasselt*, Brussel, Gent, Dendermonde en Bergen. *Unie der Consulaire Rechters van België*, 2003, nr. 3, blz. 17 e.v.

kend rechter en de ondernemer wordt gemakkelijker als de rechter vergelijkbare kwalificaties bezit met diegene die de ondernemer bijstaat.

In bepaalde rechtbanken wordt de taak van onderzoekend rechter dan ook uitsluitend toevertrouwd aan rechters in handelszaken die accountant of bedrijfsrevisor zijn of een bedrijfseconomische opleiding hebben genoten (33).

1.2. De administratieve ondersteuning van de dienst handelsonderzoek

93. – De administratieve ondersteuning van de dienst handelsonderzoek is van het grootste belang. De diensten van de griffie verzamelen de gegevens en leggen de dossiers aan. Zij verzamelen de knipperlichten welke ingevolge de wet aan de griffie worden medegedeeld en andere nuttige informatie. Zij verwerken deze informatie en moeten een systeem uitwerken dat een objectieve selectie verzekert van de dossiers die naar de kamer voor handelsonderzoek worden verwezen.

94. – Uiteindelijk zal de voorzitter of een door hem aangewezen rechter beslissen welke dossiers door de kamer voor handelsonderzoek zullen worden opgeroepen.

95. – Deze selectie is vaak moeilijk. De dossiers met knipperlichten zijn zeer talrijk en kunnen onmogelijk allen worden onderzocht. Uit een studie bleek dat voor de rechtbank van koophandel te Brussel 46 % van de rechtspersonen met verlies werkt en zelfs 18 % hun eigen vermogen volledig verloor (34).

Het is moeilijk denkbaar in elk van deze gevallen een onderzoek op te starten. Onvermijdelijk moeten prioriteiten worden gelegd inzake de selectie van de dossiers.

96. – Het is te betreuren dat de wetgever die zoveel belang hechte aan een ernstig preventiebeleid geen maatregelen nam om

(33) Dit is zo voor de Rechtbank van koophandel te Dendermonde waar de negen rechters in de kamer voor handelsonderzoek accountant, bedrijfsrevisor of licentiaat handelswetenschappen zijn.

(34) PARIS, M.-O. en SPIRITUS-DASSESE, A., « L'enquête commerciale. Le traitement préventif des entreprises en difficulté par le tribunal de commerce de Bruxelles. Bilan de 18 mois d'application », à Bruxelles, de la loi organisant la procédure d'enquête commerciale, *Act. dr.*, 2000, blz. 285.

de dienst handelsonderzoek met deskundigen te ondersteunen. De dienst wordt verzekerd door beampten, opstellers en griffiers die geen bijzondere opleiding in deze materie hebben genoten. De administratieve ondersteuning zou ernstig kunnen worden verbeterd door in het kader ambtenaren te voorzien met een opleiding als boekhouder. Een ruime actieradius in de dienst handelsonderzoek veronderstelt dat de dossiers ernstig worden voorbereid en de rechters in de kamers voor handelsonderzoek van degelijke bijstand genieten.

Bijkomende opleidingen kunnen weliswaar een aantal essentiële begrippen bijbrengen maar zijn onvoldoende om de dienst met deskundige administratieve medewerkers uit te bouwen.

Ook de inzet van de administratieve middelen verschilt nogal grondig van rechtbank tot rechtbank. De voorzitter heeft geen inspraak bij de inzet van beampten of griffiers op de dienst handelsonderzoek zodat hij voor zijn beleid steeds afhankelijk blijft. De hoofdgriffier leidt immers de griffie en verdeelt de griffie – en administratieve taken (art. 172 Ger. W.).

97. – Alleen in de rechtbank van koophandel te Brussel zijn twee boekhouders werkzaam in de dienst economische analyse (35). Deze dienst analyseert de jaarrekeningen, om op deze wijze snel ondernemingen in moeilijkheden te detecteren.

Deze dienst staat tevens in voor een objectieve selectie van de dossiers welke dienen onderzocht en ondersteunt de rechters in hun onderzoek door het verstrekken van bijkomende informatie.

I.3. *Werking*

I.3.1. *De klassieke gegevensverzameling*

98. – De rechtbank van koophandel houdt ter griffie nuttige inlichtingen en gegevens bij betreffende de kooplieden die betaalmoeilijkheden ondervinden die de continuïteit van de onderneming kunnen bedreigen. De griffie legt een dossier aan van elke onderneming die een knipperlicht heeft.

99. – De knipperlichten zijn in de eerste plaats deze opgesomd in artikelen 6 en 7 van de wet op het gerechtelijk akkoord. Zij worden

(35) PARIS, M.-O. en SPIRITUS-DASSESE, A., o.c., blz. 281.

door de rechtbanken en administraties ingevolge de wet medege-deeld aan de dienst handelsonderzoek. Het betreft :

- vonnissen op verstek en op tegenspraak waarbij de hoofdsom niet werd betwist;
- geprotesteerde wissels en orderbriefjes;
- achterstand van twee of meer kwartalen inzake RSZ, BTW, bedrijfsvoorheffing;
- schorsing, intrekking van de erkenning als geregistreerd aanne-mer of erkend aannemer van overheidsopdrachten.

100. - Naast deze gegevens worden in de meeste rechtbanken ook andere gegevens aan het dossier toegevoegd zoals :

- beslagberichten;
- invereffeningstellingen;
- zetelverplaatsingen;
- informatie van de Procureur des Konings;
- achterstallige directe belastingen;
- meldingen van syndicale organisaties of van personeel omtrent het niet nakomen van de sociale verplichtingen tegenover het per-soneel;
- klachten van schuldeisers voornamelijk leveranciers;
- niet tijdig neerleggen van de jaarrekening;
- andere gerechtelijke beslissingen zoals een beschikking tot pand-verzilvering, en
- persberichten (bvb. sociale onrust - aangekondigde sluiting).

101. - Het staat de rechter in de kamer van handelsonderzoek bovendien vrij ambtshalve alle gegevens te verzamelen (art. 7 WGA). De rechter kan zelfs elke persoon horen die hij nodig acht en de overlegging van stukken vragen. Met de mogelijkheid om der-den te horen dient omzichtig te worden omgesprongen. Het gevaar bestaat immers dat het vertrouwelijk en geheim karakter van het handelsonderzoek verloren gaat, wanneer door het horen van derden teveel ruchtbaarheid wordt gegeven aan het handelso-nderzoek. Sommigen stellen dan ook dat slechts met het akkoord van de onderneming van deze mogelijkheid gebruik kan worden

gemaakt (36). Het akkoord van de onderneming om derden te horen is niet in de wet opgenomen. De rechter zal soeverein oordelen of hij al dan niet van deze mogelijkheid gebruik maakt.

102. – De analyse van de jaarrekening van de onderneming kan reeds vroeg toelaten de eerste misschien nog zwakke signalen te ontdekken van de onderneming in moeilijkheden. Meestal verschijnen immers de eerste tekenen van de moeilijkheden in de jaarrekening. Deze gegevens worden dan ook best aan het dossier toegevoegd.

I.3.2. De gegevens van handelsinformatiebedrijven

103. – Sommige rechtbanken ontvangen gratis van een handelsinformatiebedrijf handelsrapporten. Zo loopt in de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde sedert 1999 een pilootproject waarbij de NV Graydon gratis handelsrapporten ter beschikking stelt. Dit project kent ook navolging in andere rechtbanken en zal nu uitgebreid worden tot alle rechtbanken van koophandel die het wensen (37).

104. – In dit rapport bevinden zich naast de financiële gegevens interessante bijkomende informatie, zoals onder meer :

- een volledige historiek van de vennootschap;
- de historiek van de bestuurswissels;
- de deelnemingen door de onderneming en haar bestuurders in andere vennootschappen;
- de historiek van de verbonden ondernemingen en de ondernemingen waarin haar bestuurders zetelen, met opgave van de faillissementen en in vereffeningstellingen van de ondernemingen waarin zij vroeger betrokken waren;
- een twintigtal ratio's van de recente boekjaren en een vergelijking met de sector opgedeeld in kwartielen;
- een faillissementsvoorspelling met risico-indicator en positionering naar de sector;

(36) PARIS, M.-O. en SPIRITUS-DASSESE, A., « L'enquête commerciale. Le traitement préventif des entreprises en difficulté par le tribunal de commerce de Bruxelles. Bilan de 18 mois d'application », à Bruxelles, de la loi organisant la procédure d'enquête commerciale, *Act. dr.*, 2000, blz. 284.

(37) BOLLEKENS, J., « Pilootproject Graydon Dendermonde – Gent – Oudenaarde wordt Pilootproject Graydon België vanaf 1 juni 2004 », *Unie der Consulaire Rechters van België*, 2003, nr. 3, blz. 30-31.

- opgave van de geprotesteerde wissels, ongedekte cheques en andere nuttige informatie over de kredietwaardigheid.

105. – NV Graydon gebruikt het analysemodel opgesteld door Prof. Ooghe en Prof. Wymeersch om op basis van diverse ratio's de positie van een betrokken onderneming, inclusief haar overlevingskansen, weer te geven. Dit model omvat een positioneringroos met enerzijds een vergelijking met de totaliteit van ondernemingen en anderzijds met de ondernemingen in de sector.

106. – De dienst handelsonderzoek kan tevens gebruik maken van de « creditel review berichten ». De dienst handelsonderzoek kan op die manier gedurende één jaar op de hoogte worden gehouden van gebeurtenissen in bedrijven die in « review » worden gezet. Door de stille bewaking van bedrijven zonder ze op te roepen kan de dienst handelsonderzoek haar actieradius aanzienlijk uitbreiden. Bepaalde bedrijven uit de knipperlichtenlijst kunnen in « review » worden gezet om later een actie te kunnen ondernemen indien er zich negatieve gebeurtenissen voordoen (bvb. dagvaarding RSZ, protesten wijziging bedrijfsleiding, enz.). Het handelsinformatiebedrijf kan tevens lijsten geven van ondernemingen in vermoedelijke moeilijkheden op basis van het aantal knipperlichten. Zo kunnen bijvoorbeeld lijsten ter beschikking worden gesteld van :

- alle ondernemingen waarvan het netto actief (eigen vermogen) gedaald is tot minder dan de helft van het kapitaal (art. 332 – 431 – 633 W. Venn.);
- alle ondernemingen met negatief eigen vermogen;
- alle ondernemingen met twee recente jaarrekeningen met overgedragen verlies;
- alle ondernemingen waarvan de jaarrekeningen voor de jongste twee jaren niet werden gepubliceerd.

107. – De mogelijkheden zijn zeer ruim om op systematische wijze de ondernemingen in kaart te brengen. Indien men enkel op basis van de wettelijke knipperlichten onderzoekt, heeft men een onvolledig beeld. De rechter die het handelsonderzoek voert kan in een persoonlijk onderhoud met de bestuurders vaak wel nuttige informatie verzamelen, maar men blijft toch vaak afhankelijk van de goede wil van de bestuurder om inlichtingen te verkrijgen. Verschijnt de onderneming niet dan blijft de rechter volledig afhankelijk van de gegevens in het dossier handelsonderzoek. Kwaliteit bij

het handelsonderzoek vereist dat de rechter over een maximum aan informatie beschikt zodat hij de knipperlichten in hun juiste context kan plaatsen.

1.3.3. De selectie van de dossiers

108. – De kamers voor handelsonderzoek kunnen onmogelijk alle dossiers met knipperlichten onderzoeken zodat selectie noodzakelijk is. Bij de selectie van de dossiers zullen ongetwijfeld prioriteiten worden gelegd. Zo werd in de rechtbank van koophandel te Brussel prioriteit gegeven aan het onderzoek van de handelsvennootschappen eerder dan aan natuurlijke personen. In dezelfde rechtbank wordt aan « pro active research » gedaan op basis van objectieve selectiecriteria zelfs zonder het bestaan van een extern waarneembaar knipperlicht en wordt een onthaalpolitiek gevoerd waarbij de ondernemingen die spontaan de stap naar de rechtbank zetten om over hun moeilijkheden te praten ook worden gehoord (38).

1.3.4. Het onderhoud tussen de kamer en de onderneming

109. – De term onderhoud is bewust gekozen in plaats van terechtzitting. De bedrijfsleiders hebben nog steeds in de kamers voor handelsonderzoek hun partner niet gezien die hen behulpzaam kan zijn bij de detectie van hun moeilijkheden. De kamers voor handelsonderzoek worden door de ondernemingen nog teveel aanzien als de voorkamer van de faillissementskamer.

110. – De betrokken onderneming wordt door de griffie opgeroepen. Het onderzoek geschiedt met gesloten deuren. De bedrijfsleider wordt gevraagd in persoon te verschijnen. Hij kan zich naar keuze laten bijstaan door een advocaat of deskundige zoals boekhouder, accountant of bedrijfsrevisor. Van dit onderhoud zal een omstandig verslag worden opgesteld.

1.3.5. De werking van de kamers van handelsonderzoek in cijfers

111. – Sommige rechtbanken brengen op systematische wijze en uitvoerig de werking van de kamers voor handelsonderzoek in kaart

(38) PARIS, M.-O. en SPIRITUS-DASSESE, A., « L'enquête commerciale. Le traitement préventif des entreprises en difficulté par le tribunal de commerce de Bruxelles. Bilan de 18 mois d'application », à Bruxelles, de la loi organisant la procédure d'enquête commerciale, *Act. dr.*, 2000, blz. 286.

in een omstandig verslag met heel wat statistische gegevens. Bij het merendeel der rechtbanken ontbreekt dergelijk uitvoerig rapport. De jaarverslagen van de rechtbanken opgesteld in toepassing van art. 340, § 2, 2° Ger. W. besteden doorgaans wel beperkt aandacht aan de werking van de dienst handelsonderzoek. Statistische gegevens over de gevoerde handelsonderzoeken zijn een belangrijk instrument om het beleid ten aanzien van de ondernemingen in moeilijkheden te evalueren en eventueel bij te sturen.

Een uniforme wijze van rapportering zou heel wat kunnen leren omtrent de wijze waarop de dienst handelsonderzoek in elke rechtbank van het land werkt. Bovendien zou een uniforme wijze van rapportering toelaten een totaalbeeld van het gevoerde preventiebeleid te krijgen op nationaal vlak.

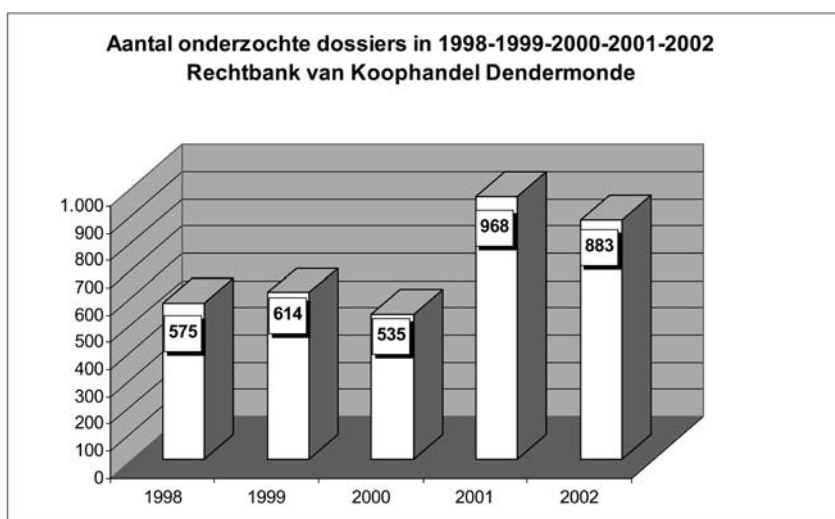
112. – Bij gebreke aan nationale gegevens nemen we deze van de rechtbank van koophandel te Dendermonde. Deze gegevens zijn wellicht niet relevant voor het ganse land gezien de verschillende accenten die in het beleid worden gelegd.

Ondernemingspopulatie
t.o.v. aangelegde en onderzochte dossiers
Rechtbank van Koophandel te Dendermonde

	<i>Aantal ondernemingen in het gerechtelijk arrondissement</i>				
	<i>1988</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>
Natuurlijke personen	25.648	22.681	22.105	21.789	21.438
Rechtspersonen	14.537	17.677	18.477	18.552	18.933
<i>Totaal</i>	<i>40.185</i>	<i>40.358</i>	<i>40.582</i>	<i>40.341</i>	<i>40.371</i>

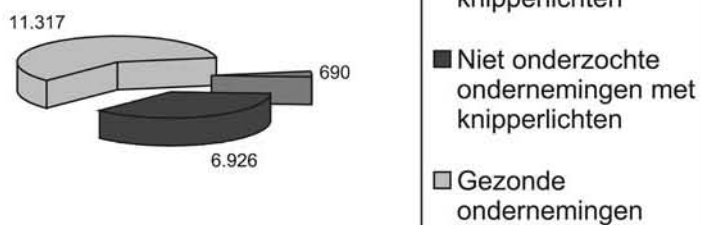
	<i>Aantal nieuw aangelegde dossiers</i>				
	<i>1988</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>
Natuurlijke personen	1134	444	340	385	244
Rechtspersonen	1338	812	584	677	518
<i>Totaal</i>	<i>2472</i>	<i>1256</i>	<i>924</i>	<i>1062</i>	<i>762</i>

	<i>Onderzochte nieuwe en bestaande dossiers</i>				
	<i>1988</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>
Natuurlijke personen	206	152	172	297	193
Rechtspersonen	369	462	363	671	690
<i>Totaal</i>	<i>575</i>	<i>614</i>	<i>535</i>	<i>968</i>	<i>883</i>

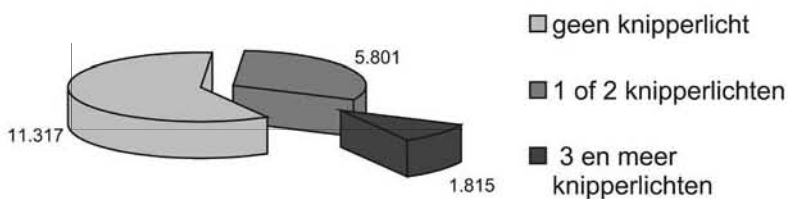


113. – In 2002 werden door de kamers voor handelsonderzoek 883 dossiers onderzocht. Acht kamers voor handelsonderzoek waren actief in 2002, wat een gemiddelde van 110 dossiers per kamer betekent. Ten opzichte van 2001 is in 2002 het aantal nieuw aangelegde dossiers met 28 % gedaald. Het aantal onderzochte dossiers kan eerder gering lijken in vergelijking met het aantal ondernemingen met knipperlichten volgens de gegevens van het handelsinformatiebedrijf NV Graydon.

**Verhouding onderzochte ondernemingen -
niet-onderzochte ondernemingen - gezonde ondernemingen
(rechtspersonen) in 2002.
Gerechtelijk arrondissement Dendermonde**



**Aantal ondernemingen met knipperlichten in 2002.
Gerechtelijk arrondissement Dendermonde**



<i>Kwalificatie van de ondernemingen (rechtspersonen) in functie van het aantal knipperlichten in het arrondissement Dendermonde</i>	
	Cijfers per 31.12.2002
1 knipperlicht	3763
2 knipperlichten	2038
3 en meer knipperlichten	1815
Totaal ondernemingen in moeilijkheden	7616
Totaal aantal ondernemingen	18.933
% t.o.v. het totaal	40,23

Aantal 3 en meer knipperlichten	1815
Procent t.o.v. ondernemingen	9,59 %

114. – Volgens de gegevens van de NV Graydon zouden er in het gerechtelijk arrondissement 7.616 rechtspersonen met knipperlichten zijn. Veel is uiteraard afhankelijk van de aard van het knipperlicht en veel ondernemingen worden gecatalogeerd met één knipperlicht, terwijl dit bij nader onderzoek niet betekenisvol blijkt. Ondernemingen met drie knipperlichten worden doorgaans als zwaar ziek beschouwd.

Het aantal ondernemingen met drie knipperlichten bedraagt 1.815. In dat opzicht is derhalve duidelijk dat het aantal onderzochte dossiers (690) ver beneden dit cijfer blijft. De bestaande middelen laten niet toe alle ondernemingen met knipperlichten te volgen. Het gevaar bestaat dat de selectie zich toespitst op deze waar de knipperlichten het sterkst zijn, waardoor het beleid zich gaat accentueren op de zwaar zieke ondernemingen.

Vermits precies de zwaar zieke ondernemingen het moeilijkst te redden zijn, kan dit een vertekend beeld geven omtrent de nuttige effecten van een handelsonderzoek.

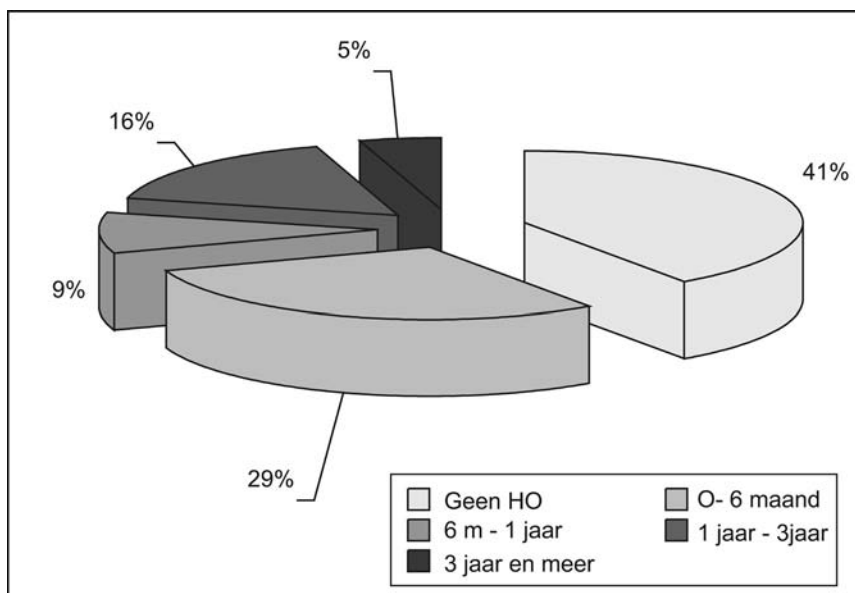
Wellicht moet het preventiebeleid meer aandacht besteden aan de ondernemingen die de eerste ziekteverschijnselen vertonen en waar effectief nog redding mogelijk is.

115. – In het gerechtelijk arrondissement Dendermonde werden de 406 faillissementen onderzocht die in 2002 werden uitgesproken.

Van 80 % van deze faillissementen bestond een dossier op de dienst handelsonderzoek. Voor 20 % van de faillissementen bestond zelfs geen dossier. De afwezigheid van een dossier verklaart zich in het feit dat de ondernemer spontaan de boeken neerlegt vooraleer de in de wet gedefinieerde knipperlichten verschijnen. Vaak gebeurt het dat de onderneming die toch haar betaalverplichtingen nakomt besluit de boeken neer te leggen kort na opzegging van haar bankkredieten. In 41 % van de faillissementen gebeurde geen handelsonderzoek, in 25 % van de faillissementen gebeurde één handelsonderzoek, in 18 % twee handelsonderzoeken en in 11 % drie of meer handelsonderzoeken.

De moeilijkheden ontstaan meestal niet plots en de eerste tekenen van de moeilijkheden kunnen ver in het verleden liggen. Het zou interessant zijn om de diverse verslagen van al de handelsonderzoeken te bestuderen om na te gaan wat de moeilijkheden waren bij het eerste onderzoek, welke oplossingen men voorstelde en hoe de moeilijkheden evolueerden tot het ogenblik van het faillissement.

Interval tussen het eerste handelsonderzoek
en het faillissement in de Rechtbank van Koophandel
te Dendermonde



II. – *De rol van de kamers
voor handelsonderzoek in het bewustwordingsproces*

116. – Voor alle duidelijkheid omschrijven we het bewustwordingsproces niet enkel als het feit dat de ondernemer zich bewust wordt van de moeilijkheden. Het bewustwordingsproces moet verder gaan : de ondernemer moet ook bewust op zoek gaan naar de dieperliggende oorzaak.

De eerste fase van het bewustwordingsproces is wellicht de gemakkelijkste. De ondernemer kan worden geconfronteerd met de negatieve signalen zoals negatieve ratio's of andere moeilijkheden zoals het niet meer kunnen voldoen aan zijn betaalverplichtingen tegenover RSZ, BTW, belastingen of leveranciers. Eens de ondernemer bewust is van zijn moeilijkheden, moet hij op zoek gaan naar de oorzaak ervan en vervolgens een oplossing vinden.

117. – De oproeping voor de kamer voor handelsonderzoek heeft voor vele ondernemingen nog een shockeffect. Handelsonderzoek wordt immers nog teveel geassocieerd met faillissement. De reactie van de ondernemer vertaalt zich dan ook vaak in enige verbolgenheid waarbij vaak krachtig wordt geargumenteed dat de onderneming verre van failliet is. De kamer voor handelsonderzoek heeft dan als taak met de ondernemer op zoek te gaan, in een opbouwend gesprek, naar de oorzaak van zijn oproeping of beter van zijn moeilijkheden.

118. – Het eerste nuttige gevolg van de oproeping is dikwijls dat de ondernemer bijstand zoekt. Uit onderzoek blijkt dat de onderneming, eens ze wordt opgeroepen, zich meestal laat bijstaan door een economisch beroepsbeoefenaar zoals een bedrijfsrevisor, accountant of boekhouder en in sommige gevallen door een advocaat (39). De oproeping heeft dus het effect dat de ondernemer met zijn moeilijkheden bij een deskundige terecht komt. In het bewustwordingsproces is een zeer belangrijke taak weggelegd voor deze externen. Zij zullen immers de ondernemer helpen zoeken naar de oorzaak van de moeilijkheden.

(39) VERSCHULDEN, M., « Bevindingen van de Rechter in Handelszaken, zetelend in de Kamer voor Handelsonderzoek als onderzoekend rechter », *Unie der Consulaire Rechters van België*, 2003, nr. 3, blz. 13.

119. – Hoe dichterbij de onderneming zich bij de kritieke fase van discontinuïteit bevindt, hoe gemakkelijker de onderneming wellicht spontaan het bestaan van de moeilijkheden zal erkennen. Hoe verder verwijderd van het kritieke moment, hoe moeilijker het vaak is de onderneming bewust te maken.

120. – Om dit bewustwordingsproces op gang te brengen wordt in de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde samen met de uitnodiging om te verschijnen op het handelsonderzoek reeds aan de ondernemer een zeer uitgebreide vragenlijst overgemaakt.

Van de onderneming wordt gevraagd :

- korte omschrijving van de huidige exploitatieactiviteit en opgave van het aantal personeelsleden;
- voor de natuurlijke personen een recente financiële staat van bezittingen en schulden, voorzien van de nodige toelichtingen, alsmede een gedetailleerde saldijst van openstaande debiteuren (klanten en andere tegoeden) en crediteuren (o.m. schulden aan leveranciers), voor de rechtspersonen een kopie van de laatst neergelegde jaarrekening;
- opgave van eventuele betaalachterstallen en schulden in verband met RSZ, BTW, belastingen en financiële instellingen, schulden aan personeel, alsmede eventuele afbetalingsakkoorden;
- opgave van de lijst van de eventuele geprotesteerde wissels, ongedekte cheques, beslagen en lopende gerechtelijke procedures;
- een verslag waarin de financiële moeilijkheden worden omschreven van de onderneming en waarin wordt uiteengezet hoe men denkt ze op te lossen;
- gebeurlijk het in het kader van de alarmbelprocedure opgestelde herstel- of saneringsplan, alsmede de notulen en verslagen opgesteld door de bevoegde bestuursorganen, ten gevolge van het gedeeltelijk of volledig verlies van het kapitaal;
- voorlegging van de wettelijke dagboeken.

121. – De omvangrijke inlichtingen die worden gevraagd brengen de ondernemer vaak reeds tot een ernstig gewetensonderzoek. Het gebeurt niet zelden dat op dat ogenblik de ondernemer reeds wordt geconfronteerd met zijn tekortkomingen; zijn boekhouding is niet in orde of onderzoek van de jaarrekening toont aan dat ernstige correcties dienen aangebracht vaak op vorderingen en voorraden. Vaak moet hij toegeven dat hij nog niets ondernam om de moeilijk-

heden op te lossen en te lang passief bleef omdat hij zich de ernst van de moeilijkheden niet realiseerde.

122. – Het kan verwonderlijk klinken maar het zich bewust worden van het feit dat er moeilijkheden zijn en het zoeken naar de oorzaken ervan zijn vaak voor de ondernemer zeer lastige denkprocessen. De ondernemer is door zijn betrokkenheid vaak het slechtst geplaatst om zijn eigen moeilijkheden te evalueren.

123. – De juistheid van de boekhoudkundige gegevens en van de jaarrekening vormen een essentiële vereiste. Elk onderzoek op basis van onjuiste gegevens zal onbetrouwbaar zijn. De kamer voor handelsonderzoek zal vooral sporen naar « creative accounting » :

- zijn de voorraden niet overgewaardeerd ?
- maken de andere vlottende activa niet het voorwerp uit van prestatie-manipulatie ?
- ...

124. – Vertrekkende van de jaarrekening zal de onderzoekend rechter, na eventuele correcties op de balans, een onderzoek doen naar de liquiditeit, solvabiliteit en rendabiliteit. De rechter in de kamer voor handelsonderzoek beschikt echter nauwelijks over de mogelijkheid van daadwerkelijke verificatie. Hij is bijna volkomen afhankelijk van de verklaringen van de ondernemer.

125. – Eens de financiële analyse werd uitgevoerd, zal gepeild worden naar de dieperliggende oorzaken van de moeilijkheden. Daarbij wordt aan de ondernemer gevraagd hoe hij denkt de moeilijkheden te zullen oplossen. Voor zover de ondernemer een louter symptomatische oplossing aanbiedt, zal de rechter in handelszaken door zijn gesprek, zijn vragen en bemerkingen de ondernemer bewust maken dat er dieper liggende oorzaken zijn. Hij zal duidelijk maken dat het niet volstaat op de symptomen te reageren. Uiteraard zal stabilisatie en onmiddellijke actie nodig zijn wanneer de symptomen direct levensbedreigend zijn. Hoewel de rechter vaak ver verwijderd is van het bedrijf, kan hij door het opvragen van aanvullende stukken en aanvullende gegevens toch nuttig werk verrichten om de oorzaak van de moeilijkheden juist te bepalen. De rechter in de kamer voor handelsonderzoek zal peilen of de meest courante oorzaken van falen aanwezig zijn. Daarom is het van

belang dat de rechters in de kamers voor handelsonderzoek een grondige kennis bezitten van de meest courante oorzaken van falen.

126. – Het is frappant op te merken dat bij een recente enquête uitgevoerd bij de rechters-commissarissen deze van oordeel zijn dat in 71 % van de faillissementen een kordatere preventiebehandeling door de kamer voor handelsonderzoek de faling niet had kunnen voorkomen. Slechts in 29 % van de gevallen was men derhalve van oordeel dat tijdig ingrijpen door de kamer faillissement had kunnen voorkomen (40). Dit uitzonderlijk laag percentage kan verwondering wekken. Nochtans moeten we ervan uitgaan dat in vele gevallen de oorzaak van de moeilijkheden wel precies te detecteren is maar dat alles zich accentueert op de mogelijkheid en de bereidheid van de ondernemingsleiding om de oorzaken van het faillissement tijdig weg te nemen.

127. – Onbekwaamheid van het management wordt in dezelfde enquête voor 80 % door de rechter-commissaris als oorzaak van het faillissement aangewezen. Bij een gelijkaardige studie in Nederland wees de curator voor 68 % van de faillissementen ondeskundig ondernemerschap als oorzaak aan, onvoldoende vakkenis werd hier als een afzonderlijke oorzaak aanzien en scoorde 21 % (41). Dezelfde studie wees uit dat de gefailleerden ondeskundig ondernemerschap slechts in 8 % van de faillissementen als oorzaak aanwezen. Dit toont aan dat de ondernemer er wellicht zelf niet kan toe komen zijn eigen onbekwaamheid te aanvaarden en andere oorzaken aanwijst. Uit deze studie bleek verder :

- de gefailleerde blijkt een slecht opgeleide ondernemer te zijn;
- de oorzaak van het falen wordt niet gezocht bij het eigen disfunctioneren maar bij anderen.

De verandering in management doorvoeren is echter vaak een van de moeilijkste processen.

128. – De rechter in handelszaken zal een rapport opstellen met zijn bevindingen en zijn conclusie. Er bestaat geen standaardrapport. Elke rechtbank gebruikt zijn eigen rapporteringswijze en formuleringswijze. Deze verscheidenheid is niet bevorderlijk voor de

(40) Unie der Consulaire Rechters van België, *Analyse enquête faillissementen – Bevindingen van de Rechter-Commissaris*, Standaard Uitgerij, mei 2003, blz. 6.

(41) BLOM, Robert J., *Failliet! : het onderzoek*, Amsterdam, Graydon Nederland, 1996, blz. 134.

transparante werking van de kamers. In sommige rechtbanken worden zeer uitvoerige rapporten opgesteld (42). Een uitvoerig rapport kan omvatten :

- beschrijving van de verschillende elementen (knipperlichten) die aanleiding gaven tot de oproeping;
- onderzoek met eventuele correcties naar de werkelijke liquiditeit, de solvabiliteit, de cashflow na belastingen en de vrije cashflow en de rentabiliteit;
- onderzoek naar het betalingsgedrag;
- onderzoek naar geprotesteerde wissels, cheques zonder dekking, dagvaarding;en;
- onderzoek naar de kredieten;
- betalingsgedrag ten aanzien van BTW, RSZ, bedrijfsvoorheffing (ook met betrekking tot de lopende verplichtingen);
- betalingsgedrag ten aanzien van personeel.

129. – Eens de problemen aldus zijn omschreven zal het rapport zich richten op de toekomst. Het rapport bevat dan best de concrete vraag naar de ondernemer toe « hoe denkt u de moeilijkheden te kunnen oplossen? ». De onderzoekende rechter geeft dan zijn overwegingen weer omtrent de economische leefbaarheid van het bedrijf en zijn conclusie. Het rapport van de onderzoekende rechter speelt een cruciale rol in het bewustmakingsproces. Zonder advies te geven kan de rechter, wanneer het bedrijf naar zijn oordeel nog te redden is, zijn mening geven omtrent de economische leefbaarheid, de bedreigingen welke mogelijks aanwezig zijn, degelijkheid van de oplossingen welke worden voorgesteld. Dit rapport wordt aan het dossier handelsonderzoek toegevoegd en zal bij een latere nieuwe oproeping vaak de basis zijn voor het volgende gesprek.

130. – Van het rapport van de kamer voor handelsonderzoek moet een duidelijke boodschap uitgaan. De ondernemer die enkel geconfronteerd wordt met een summier verslag en summier besluit dat de voorwaarden van faillissement niet vervuld zijn, heeft geen boodschap aan dit verslag.

131. – Het is bovendien wenselijk dat de ondernemer een blanco gestandaardiseerd rapport reeds in zijn bezit heeft, vooraleer hij

(42) Een voorbeeld van dergelijk uitvoerig rapport is te vinden op de website van de Rechtbank van koophandel te Dendermonde http://www.cass.be/rechtbank_koophandel/dendermonde/
– zie ook een model verslag in bijlage.

wordt ontvangen door de onderzoekend rechter. Dit zal de ondernemer onmiddellijk duidelijk maken dat de onderneming grondig zal doorgelicht worden. Hij kan zich dan grondig voorbereiden en bijstand inroepen.

132. – De formele weergave van het onderhoud in een rapport neemt niet weg dat het handelsonderzoek gebeurt in een sfeer van vertrouwelijkheid, waarbij de onderzoekende rechter de ondernemer moet overtuigen dat ook de rechtbank niets liever ziet dan de reding.

133. – De kamer voor handelsonderzoek zal op zeer omstandig gemotiveerde wijze in het rapport de onderneming beoordelen. Zij kan oordelen :

- dat de onderneming virtueel failliet is en de zaak naar de procureur des konings dient verwezen;
- dat de onderneming tijdelijk ziek is, maar dat de moeilijkheden van voorbijgaande aard zijn en oplossingen kunnen worden gevonden;
- dat er in feite geen moeilijkheden zijn of dat deze sedert de oproeping zijn opgelost.

134. – De kamer voor handelsonderzoek kan geen actieve rol spelen bij het zoeken naar oplossingen. Het door haar gevoerde preventiebeleid blijft dan ook steeds ergens onafgewerkt. De kamer voor handelsonderzoek registreert en detecteert ondernemingen in moeilijkheden en catalogeert ze na een doorlichting, maar de preventie mag uiteraard hier niet eindigen.

135. – Er moet worden nagedacht hoe bij het zoeken naar oplossingen en bij de praktische uitwerking van de oplossingen de bijstand door derden kan worden verzekerd. Ongetwijfeld kan de accountant of bedrijfsrevisor een nuttige rol spelen, maar uiteindelijk is zijn taak van een andere aard dan het zoeken naar oplossingen voor de ontstane bedrijfsproblematiek. In dat verband kan worden verwezen naar de mogelijkheden die de overheid biedt inzake bedrijfseconomische adviesverlening (43). Een grondige doorlichting van de onderneming in alle opzichten door deskundigen dringt zich

(43) POISQUET, J. e.a., *Werken met KMO-adviseurs*, te raadplegen op www.vizo.be; ook de GOM's geven deskundige begeleiding, ondermeer aan startende en groeiende bedrijven.

vaak op. Alleen dan komt men vaak tot de diepere oorzaken van de moeilijkheden.

III. — *De rol van de kamers*
voor handelsonderzoek in de zoektocht naar oplossingen
tot de actie en de follow-up

136. — Bij het zoeken naar oplossingen kan de kamer voor handelsonderzoek niet actief tussenkomen. Nochtans zal de kamer onrechtstreeks wellicht dit proces kunnen beïnvloeden. Het uitvoerig standaardrapport zoals hierboven omschreven zal ongetwijfeld de ware problemen aanduiden. De ondernemer zal vaak geconfronteerd worden met overwegingen in het rapport die geen advies inhouden, maar toch de mening van de kamer voor handelsonderzoek weergeven over de echte kernoorzaken en dus over de eventuele oplossingen.

137. — De kamer voor handelsonderzoek kan, indien zij van oordeel is dat redding mogelijk is, op een latere datum het bedrijf opnieuw oproepen teneinde de oplossingen te vernemen. In een nieuw rapport zal de rechter wel oordelen of de voorgestelde oplossingen voldoende zijn. Geven deze geen voldoening dan zal kamer voor handelsonderzoek deze onderneming intensief opvolgen.

138. — In de fase van het herstel heeft de ondernemer vooral behoefte aan deskundige bijstand om de oorzaken van de moeilijkheden te detecteren en de oplossingen te zoeken.

Is deze bijstand wel voldoende verzekerd? De Vlaamse Commissie voor preventief bedrijfsbeleid en de regionale preventiecellen werden opgedoekt. De overheid biedt mogelijkheden aan inzake advies (zie nummer 135 *supra*) maar de vraag blijft of de ondernemer in moeilijkheden veel van deze mogelijkheden gebruik maakt. Het is bovendien de vraag of het wel zinvol is de gegevensverzameling en het bewustmakingsproces toe te vertrouwen aan justitie en hier verder niets te voorzien inzake deskundige bijstand.

139. — Het herstel van de onderneming in moeilijkheden kan verlopen via de procedure van het gerechtelijk akkoord. Het gerechtelijk akkoord heeft echter niet het verhoopte succes gekend. Meestal heeft de aanvraag van een gerechtelijk akkoord een negatieve invloed op de omzet; klanten schrikken er meestal voor terug

nog verder lange termijncontracten af te sluiten en kiezen voor zekerheid.

Aangezien het gerechtelijk akkoord meestal veel te laat wordt aangevraagd heeft de onderneming onvoldoende herstelpotentieel.

140. – Er zou kunnen aan gedacht worden, naar het voorbeeld van Frankrijk, een mandataris « *ad hoc* » of mediator aan te stellen (44). In Frankrijk kan door de voorzitter van de rechtbank van koophandel een expert (mandataris *ad hoc*) worden aangesteld op verzoek van de onderneming in moeilijkheden. De taak van deze expert bestaat erin een economische en financiële diagnose te stellen van de onderneming om de werkelijke oorzaken van de moeilijkheden en de vooruitzichten inzake herstel te evalueren. Deze opdracht heeft een louter informeel en vertrouwelijk karakter en de conclusies hebben geen enkele bindende kracht.

De voorzitter kan tevens een mediator aanstellen tussen de ondernemer en zijn schuldeisers. Die mediator heeft als opdracht de ondernemer bij te staan in zijn onderhandelingen met de voornaamste schuldeisers om samen een akkoord te bereiken en een herstelplan te concipiëren.

141. – Het voordeel van dergelijke mandataris « *ad hoc* » en mediator zou ook in België alvast zijn dat :

- het voorbereidend preventiewerk van de kamers voor handelsonderzoek niet onafgewerkt blijft; deskundigen kunnen de ondernemer dan bijstaan in zijn zoektocht naar oorzaken en oplossingen;
- de procedure zou zeer formeel en soepel kunnen verlopen;
- door het vertrouwelijk karakter van de procedure zou de onderneming niet geconfronteerd worden met de negatieve commerciële gevolgen van de zeer formele procedure « gerechtelijk akkoord »;
- het vertrouwen van de voornaamste schuldeisers zou misschien wel kunnen worden behouden wanneer een mediator in een openlijke sfeer zoekt naar een voor alle partijen billijke oplossing voor de moeilijkheden.

142. – In elk geval is het noodzakelijk de huidige wetgeving inzake het gerechtelijk akkoord te herzien. Een minder formalistische aanpak via een bemiddelaar naar Frans model lijkt ons te

(44) Art. L 611-3, Code de Commerce relatifs au droit des faillites.

overwegen om het preventiebeleid en de rol daarin van de kamers voor handelsonderzoek in dit preventiebeleid te optimaliseren.

EEN AANTAL OVERWEGINGEN TOT BESLUIT

– *Pleidooi voor een meer performante dienst handelsonderzoek*

143. – *Ondernemingen in moeilijkheden tijdig opsporen en deze bewust maken van de moeilijkheden om ze tot actie aan te zetten* is de voornaamste opdracht van de dienst handelsonderzoek in de rechtbank van koophandel. Eerste vereiste om die doelstelling te bereiken is tijdige, betrouwbare en zo volledig mogelijke informatieverstrekking naar de dienst handelsonderzoek toe.

144. – Een eerste vaststelling is dat de kamers voor handelsonderzoek grotendeels afhankelijk zijn van derden voor het bekomen van informatie. Behalve tijdens de onderzoeksfase deelt de onderneming zelf geen informatie mee.

De kamers voor handelsonderzoek zouden ongetwijfeld hun rol nog beter kunnen vervullen, indien de onderneming verplicht zou worden zelf de dienst handelsonderzoek in te lichten op het ogenblik dat de ondernemingsleiding bepaalde signalen vaststelt of had moeten vaststellen. Indien die verplichting in het Wetboek van vennootschappen zou worden opgenomen, zou de commissaris van de vennootschap bevoegd zijn de naleving ervan na te gaan om er zo nodig melding van te maken in zijn controleverslag aan de algemene vergadering.

Dit zou bovendien het voordeel bieden dat de ondernemer de kamer voor handelsonderzoek als zijn natuurlijke gesprekspartner voor zijn moeilijkheden zal aanvaarden. De « ambtshalve oproeping » geeft de ondernemer thans nog teveel het gevoel dat het « proces handelsonderzoek » tegen hem is gericht, terwijl juist dit handelsonderzoek als preventiemiddel een dienst is aan de ondernemer.

145. – Opdat de kamers voor handelsonderzoek hun rol naar behoren zouden kunnen vervullen, moet de gegevensverzameling ernstig worden verbeterd. De kamers moeten op een door de wet georganiseerde wijze kunnen beschikken over de handelsrapporten zoals deze die door handelsinformatiebedrijven worden verstrekt.

Het door een handelsinformatiebedrijf kosteloos ter beschikking stellen van haar gegevens, zoals dit thans gebeurt, kan immers niet eeuwig blijven duren. Het zou jammer zijn indien de rechtbanken van koophandel daardoor op termijn dit uiterst nuttig instrument zouden verliezen. Het is bovendien noodzakelijk het kader van de rechters in handelszaken uit te breiden teneinde meer slagkracht te geven aan de dienst handelsonderzoek. Uit deze bijdrage is voldoende gebleken hoe zelfs in een rechtbank waar de dienst handelsonderzoek een belangrijke plaats bekleedt, de actieradius van deze dienst beperkt blijft en slechts een fractie van de ondernemingen in moeilijkheden kunnen worden opgeroepen. Aan de dienst handelsonderzoek dienen personeelsleden met kennis van boekhouden worden toegevoegd, teneinde de selectie van de dossiers en de ondersteuning van de onderzoekende rechters te verzekeren.

Het is wenselijk dat alle rechtbanken de werking van de dienst handelsonderzoek volgens een uniform standaardrapport, met inbegrip van eenvormige statistieken, in kaart brengen. Het beleid van de kamers voor handelsonderzoek kan aldus op nationaal vlak in beeld worden gebracht.

– Pleidooi voor een soepeler regeling inzake het akkoord met de schuldeisers

146. – Om het werk van de kamers voor handelsonderzoek te optimaliseren is het wenselijk de Wet op het Gerechtelijk Akkoord te hervormen en naar Frans voorbeeld de mogelijkheid van een «*règlement amiable*» te voorzien. Dit zou het voordeel geven dat de onderneming in moeilijkheden op een minder formalistische wijze dan volgens de Wet op het Gerechtelijk Akkoord naar oplossingen kan zoeken. De bemiddelaar kan dan, onder het wakend oog van de rechtbank, naar een oplossing zoeken voor de moeilijkheden in overleg met de schuldeisers.

– Meldingsplicht aan de commissaris van de oproepingen door de kamers voor handelsonderzoek

147. – Het gebeurt dat de commissaris niet op de hoogte is van de oproeping(en) van de vennootschap door de kamer voor handelsonderzoek. Hij zal dan ook niet of slechts laattijdig op de hoogte worden gehouden van de informatie die de ondernemingsleiding aan

de kamer verstrekt. Nochtans is dit voor de commissaris van een onderneming in moeilijkheden een belangrijk gegeven bij zijn inschatting van de slaagkansen van de onderneming. Hij is immers ideaal geplaatst om de informatie die de ondernemingsleiding aan de kamer verstrekt intern te toetsen op haar haalbaarheid. In die context zou het nuttig zijn dat de raad van bestuur wordt verplicht haar commissaris permanent op de hoogte te houden van de informatie die de ondernemingsleiding aan de kamer voor handelsonderzoek verstrekt.

– *Het financieel plan als bezinnings- en motiveringsinstrument*

148. – Starters vormen een belangrijk segment van ondernemingen die failliet worden verklaard. Voor starters zonder voldoende kapitaal zal preventie veelal weinig baten, wanneer ook na de start de middelen niet voorhanden zijn. Het aantal starters dat faalt binnen de vijf jaar na de oprichting is weliswaar niet enkel te wijten aan onvoldoende kapitaal; toch is dit in vele gevallen één van de medeoorzaken.

149. – Artikel 440 W. Venn. verplicht de oprichters van een naamloze vennootschap om aan de optredende notaris een *financieel plan* te overhandigen waarin zij het bedrag van het maatschappelijk kapitaal van de op te richten vennootschap verantwoorden. Een zelfde verplichting rust bij de oprichters van een commanditaire vennootschap op aandelen, een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Het plan wordt niet openbaar gemaakt met de akte, maar wordt door de notaris bewaard.

150. – Het financieel plan is thans in feite enkel een middel voor de oprichters om zich te verweren tegen een procedure in oprichtersaansprakelijkheid. Krachtens artikel 456, 4° W. Venn. kunnen de oprichters in geval van faillissement, uitgesproken binnen drie jaar na de oprichting, hoofdelijk worden aangesproken voor de verbintenissen van de vennootschap, ieder in verhouding door de rechter vastgesteld, indien het maatschappelijk kapitaal bij de oprichting kennelijk ontoereikend was voor de normale uitoefening van de voorgenomen bedrijvigheid over ten minste twee jaar.

151. – Vorm, inhoud, noch criteria ter beoordeling van de aanwezigheid van voldoende beginkapitaal zijn thans wettelijk

bepaald. Gevolg is dat menig financieel plan geen antwoord geeft op de haalbaarheid van de geprojecteerde financiële doelstellingen, laat staan op de vraag of het beginkapitaal voldoende groot is om die doelstellingen te halen.

152. – De wetgever zou vorm en inhoud van dergelijk financieel plan kunnen bepalen met een opgelegd te volgen stramien van geprojecteerde balansen en resultatenrekeningen over de eerste twee jaar en met de verplichting eveneens wettelijk gedefinieerde ratio's van solvabiliteit, liquiditeit en rentabiliteit te toetsen aan de in de sector gangbare ratio's terzake (benchmarking). Bij substantiële afwijking, met andere woorden, indien uit de vergelijking blijkt dat het plan merkelijk optimistischer is opgesteld dan het gemiddelde van de performanties behaald in de sector, zouden de oprichters worden verplicht uitvoerig te motiveren waarom zij geloven in de haalbaarheid van hun project met de middelen die zij voorzien.

153. – Het financieel plan zou zodoende de oprichters aanzetten zich minstens te bezinnen en hen verplichten te motiveren waarom zij het ten opzichte van de markt beter zouden kunnen doen met minder middelen. Werkgeversorganisaties, vertegenwoordigers van de economische beroepen en juristen kunnen voor de praktische uitvoerbaarheid van dit voorstel een belangrijke constructieve rol spelen.

– *Het financieel plan als toetsingsinstrument met de behaalde financiële resultaten*

154. – Er kan worden gedacht aan de verplichte toetsing van de in het financieel plan voorziene resultaten, cashflows en ratio's met de behaalde.

155. – In die context zou de zaakvoerder of de raad van bestuur bij het opstellen van de jaarrekening met betrekking tot het eerste en het tweede boekjaar verplicht worden de resultaten, cashflows en ratio's te vergelijken met die welke in het financieel plan werden vooropgesteld. Indien bijvoorbeeld tweederden van de parameters significant ondermaats afwijken, wordt de zaakvoerder of de raad van bestuur verplicht om samen met de jaarrekening een budget ter goedkeuring aan de algemene vergadering voor te leggen. In dit budget wordt eventueel het effect van te nemen herstelmaatregelen verwerkt. Er kan bijkomend worden overwogen de zaakvoerder of de raad van bestuur te verplichten voornoemde jaarrekening en budget over te maken aan de kamer voor handelsonderzoek.

156. – Door het opnemen van die verplichting in het Wetboek van vennootschappen zou de commissaris van de vennootschap terzake zijn rol kunnen spelen :

- Er kan worden voorzien dat hij in een afzonderlijke verslaggeving aan de algemene vergadering bevestigt dat de toekomstperspectieven volgens redelijke methodes in het budget werden verwerkt en dat zij geen manifeste tegenstrijdigheden vertonen met de informatie waarover hij naar aanleiding van zijn controlewerkzaamheden beschikt. Het spreekt voor zich dat hij terzake geen opinie tot uitdrukking kan brengen, noch ten aanzien van de mogelijke verwezenlijking van de vooruitzichten, noch ten aanzien van de hypothesen waarop zij zijn gestoeld. De wetgever zou zich terzake kunnen inspireren op de verslaggeving van de commissaris aan de ondernemingsraad.
- De opneming in het Wetboek van vennootschappen van de verplichting een budget op te stellen impliceert ook dat de commissaris de naleving ervan moet nagaan en, zo nodig, in het tweede deel van zijn controleverslag aan de algemene vergadering melding moet maken van eventuele inbreuken.

157. – Om de belangen van de nog prille onderneming niet te schaden, zou het budget niet moeten worden gepubliceerd, noch op de rechtbank toegankelijk zijn voor derden.

– *Artikel 633 W. Venn. in combinatie met achterstallige betalingen van bezoldigingen, vervallen belastingschulden en vervallen schulden ten aanzien van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid*

158. – Er kan worden overwogen de ondernemingsleiding te verplichten de kamer voor handelsonderzoek automatisch en onverwijld in te lichten wanneer de alarmbelprocedure moet worden toegepast én wanneer de onderneming op het ogenblik dat de zaakvoerder of de raad van bestuur dit constateert of had moeten constateren, een achterstand heeft opgelopen (45) bij haar betalingsverplichtingen van bezoldigingen aan werknemers, RSZ-bijdragen of belastingen.

159. – Indien in het kader van voormelde alarmbelprocedure de zaakvoerder of de raad van bestuur beslist de algemene vergadering

(45) Een achterstand van bijvoorbeeld meer dan twee maanden.

voor te stellen de vennootschappelijke activiteiten voort te zetten, verantwoordt hij die in een bijzonder verslag. Dit bijzonder verslag bevat de maatregelen die het bestuursorgaan overweegt te nemen tot herstel van de financiële toestand van de onderneming. Er is echter geen enkele verplichting deze voorstellen te verwerken in een budget waaruit zou kunnen blijken dat de weerhouden maatregelen voldoende zijn om de continuïteit van de vennootschappelijke activiteiten te verzekeren en, inzonderheid, voldoende zijn om de achterstallige betalingen binnen de met de schuldeisers afgesproken termijnen te honoreren.

160. – Het bestuursorgaan zou dit budget moeten overmaken aan de kamer voor handelonderzoek, indien de algemene vergadering der aandeelhouders beslist de activiteiten verder te zetten in het kader van artikel 633 W. Venn.

161. – De inhoud, vormgeving en bestemming van het budget alsook de rol die de commissaris van de vennootschap terzake wordt toebedeeld, zouden kunnen worden gedefinieerd zoals geschetst in voorgaande punten met betrekking tot het financieel plan.

– *Afbouw van vorderingen van ondernemingen in liquiditeitsmoeilijkheden op hun bestuurders, vennoten of aandeelhouders*

162. – Het komt meermaals voor dat een onderneming waarop de alarmbelprocedure van toepassing is, één of meerdere belangrijke vorderingen heeft op haar zaakvoerder(s), bestuurder(s) of vennoten/aandeelhouders.

163. – Het gevaar is niet denkbeeldig dat voornoemde schuldenaars hun machtspositie in de vennootschap misbruiken om hun schulden niet ogenblikkelijk inbaar te stellen. Daarom het voorstel om voor ondernemingen waarop de alarmbelprocedure toepasselijk is *én* die op het ogenblik van de vaststelling hiervan achterstallen hebben waarvan sprake in vorig punt, te verplichten alle juridische middelen aan te wenden om binnen een redelijke termijn (bijvoorbeeld maximum één jaar), op basis van een maandelijks afbetalings-schema de openstaande vorderingen te innen.

In dezelfde geest zou het verboden zijn nieuwe vorderingen op voornoemde schuldenaars te laten ontstaan totdat iedere achterstand op voormelde vennootschappelijke schulden is ingehaald.

164. – De wetgever zou hierbij kunnen bepalen dat iedere inbreuk op voornoemde verplichting bij later faillissement wordt beschouwd als een kennelijk grove fout in de zin van art. 530 W. Venn.

– *De alarmprocedure : meldingsrecht of meldingsplicht*

165. – Indien de commissaris ter gelegenheid van zijn controlewerkzaamheden gewichtige en overeenstemmende feiten vaststelt die de continuïteit van de onderneming in het gedrang kunnen brengen, heeft hij een meldingsrecht aan de voorzitter van de rechtbank van koophandel.

166. – Wanneer de raad van bestuur de in artikel 138 W. Venn. voorziene maatregelen niet neemt, *kan* de commissaris zijn vaststellingen medelen aan de voorzitter van de rechtbank van koophandel.

167. – Vraag is of deze meldingsmogelijkheid niet beter wordt omgezet in een meldings*plicht* : dit zou de commissaris in elk geval behoeden voor de soms reële druk die hij ondervindt om de moeilijkheden binnenskamers te houden.

**RECHTBANK VAN KOOPHANDEL
ARR. DENDERMONDE
Kamer voor Handelonderzoek**

Noordlaan 31
9200 Dendermonde

Op tegenspraak	
----------------	--

Bij verstek	
-------------	--

Rolnummer:

Dossier nummer:

Behandeling op:	/	/	200..
-----------------	---	---	-------

Verslag nummer:

ZITTING KAMER VOOR HANDELSONDERZOEK
--

Rechter in handelszaken: _____

Rechtsonderhorige: _____

INHOUD

	blz.
IDENTITEIT	2
1. Identiteit en algemene informatie van de vennootschap	2
2. Identiteit van de aanwezige perso(o)n(en) op de zitting	3
PROCEDURE	3
3. Oproeping	3
4. Gegeven gevolg aan de oproeping	3
FASTSTELLINGEN	4
5. Elementen die aanleiding geven tot onderzoek (knipperlichten)	4
6. Liquiditeitstoestand	5
7. Solvabiliteit	6
8. Cash flow	7
9. Rendabiliteit	7
10. Betalingsgedrag	8
SOCIALE- BOEKHOUD- EN VENNOOTSCHAPRECHTELIJKE VERPLICHTINGEN	12
11. Sociale verplichtingen	12
12. Erkenningen als aannemer	12
13. Hoe denkt uw onderneming de situatie van betaalmoelijkheden te doorbreken	12
14. Toekomstige economische overleefbaarheid	13
15. Vennootschapsrechtelijke verplichtingen	13
16. Boekhoudkundige verplichtingen	17
17. Andere verklaringen van de vennootschap	18
18. Overwegingen van de Kamer voor Handelonderzoek omtrent de economische (over)leefbaarheid	19
BESLISSING VAN DE KAMER VOOR HANDELSONDERZOEK	20
DE KAMER VOOR HANDELSONDERZOEK BESLUIT NA ONDERZOEK	21
(*) Schrapen wat niet past.	1

IDENTITEIT VERSCHIJNER

1. IDENTITEIT EN ALGEMENE INFORMATIE VAN DE VENNOOTSCHAP

Officiële gegevens

Naam / adres¹: _____

Maatschappelijke zetel _____

B.T.W. nummer:

Rechtsvorm: _____

Inschrijving HR / BR²: Dendermonde onder het nummer:

Reële activiteit van de vennootschap

Oprichtingsdatum:

Huidig maatschappelijk kapitaal:

Niet volstort maatschappelijk kapitaal:

Bedrijfsleiding (bestuursorgaan) ³

Zaakvoerder / gedelegeerd bestuurder: _____

Dagelijks bestuur (naam verantwoordelijke): _____

¹ Adres maatschappelijke zetel

² schrappen wat niet past BR: bij burgerlijke vennootschap
HR: voor een handelsvennootschap

³ omschrijving volgens de eigen bewoording van de rechtsonderhorige

(*) Schrappen wat niet past.

GUIDO DE CROOCK ET HERMAN J. VAN IMPE

2. IDENTITEIT VAN DE AANWEZIGE PERSONEN OP DE ZITTING

Naam / voornaam/ adres/verantwoordelijke	n° identiteitskaart	mandaat/functie
Naam	n° <table border="1" style="display: inline-table; width: 100px; height: 15px; vertical-align: middle;"></table>	
Voornaam	Geldig van/...../.....	
Nationaliteit	tot/...../.....	
Geboortedatum		
Geboorteplaats		
Adres		
..... straat n°, postn° te		

Naam / voornaam raadsleden	hoedanigheid (1)

(1) *advocaat / bedrijfsrevisor / commissaris / boekhouder / accountant / andere*

PROCEDURE

3. OPROEPING OM TE VERSCHIJNING VOOR DE KAMER VOOR HANDELSONDERZOEK

- ☐ Gewone en aangetekende brief dd. / /
- ☐ Gerechtsbrief teruggekomen met melding "woont niet meer op aangeduid adres of heeft geen adres achtergelaten"
- ☐ Gerechtsbrief niet afgehaald
- ☐ Ontvangt de briefwisseling niet meer op het aangeduide adres
- ☐ Brief teruggekomen - onbekend
- ☐ Gewone brief is niet teruggekomen

4. GEGEVEN GEVOLG AAN DE OPROEPING

- ☐ De opgeroepen vennootschap gaf gevolg aan de oproeping en is verschenen/via zijn lasthebber (*)
- ☐ De opgeroepen vennootschap gaf geen gevolg aan de oproeping en is niet verschenen
- ☐ _____

(*) Schrapen wat niet past.

VASTSTELLINGEN

5. ELEMENTEN DIE AANLEIDING GEVEN TOT ONDERZOEK (KNIPPERLICHTEN)

- ☐ Achterstallen vennootschapsbelastingen
- ☐ Achterstallen bedrijfsvoorheffing
- ☐ Achterstallen andere belastingen
- ☐ Achterstallen BTW
- ☐ Achterstallen RSZ
- ☐ Achterstallen sociale verzekeringsfonds als zelfstandige
- ☐ Alarmprocedure en verlies van de helft van het maatschappelijk kapitaal
- ☐ Beslagbericht
- ☐ Geprotesteerde wissel
- ☐ Gesignaleerde in andere faillissementen als lid van het bestuursorgaan
- ☐ Intrekking van de erkenning als aannemer openbare werken
- ☐ Intrekking van de erkenning als geregistreerd aannemer
- ☐ Juridische discontinuïteit (verlies van min. de helft van het gestort kapitaal)
- ☐ Klacht derden
- ☐ Laattijdige neerlegging jaarrekening
- ☐ Mededeling van de gerechtsdeurwaarder (insolvabiliteit)
- ☐ Niet actieve vennootschap
- ☐ Niet tijdige bepaling personeel
- ☐ Ongedekte cheque
- ☐ Opzeg bankkredieten
- ☐ Verlies maatschappelijk kapitaal (netto passief)
- ☐ Verplaatsing maatschappelijke zetel
- ☐ Vonnis tengevolge een vordering van een schuldeiser
- ☐ Vraag van de Procureur des Konings tengevolge onderzoek
- ☐ Uitschrijven ongedekte cheques
- ☐

(*) Schrappen wat niet past.

4

- vaste bankvoorschotten -

- achtergestelde voorschotten R/C vennoten bestuurders³ -

- niet binnen de zes maanden vervallen kapitaalaflossing -

Reële direct opeisbare korte termijnschulden

Reëel liquiditeitstekort/overschot (*)

c) **Enge liquiditeitsratio:**
(totaal a gedeeld door totaal b)
De verhouding tussen de reëel beschikbare middelen en de opeisbare schuld binnen het jaar. ,

d) **Werden maatregelen genomen om de voornoemde vorderingen op korte termijn te incasseren?** JA/NEEN

Zo ja, welke? _____

7. SOLVABILITEIT (FINANCIËLE ONAFHANKELIJKHEID)

Eigen vermogen volgens de voorgelegde financiële staat of jaarrekening

Onbeschikbaar eigen vermogen:
Zijnde de niet direct (binnen het jaar) incasseerbare vorderingen (rubriek 6.1 a punt 2 van dit rapport) -

Reëel eigen vermogen (netto actief of netto passief) op voornoemde balans datum

Balanstotaal (totaal actief / passief)

Solvabiliteitsratio ,

³ Alleen hiermede rekening houden wanneer schriftelijk de voorschotten of lening zijn achtergesteld

(*) Schrappen wat niet past.

BECIJFERING OP BASIS VAN DE LAATST NEERGELEGDE JAARREKENING

- b) Blijkt uit de laatst neergelegde jaarrekening dat er een overgedragen verlies is op het passief voorkomt? (art 96 punt 6 W. Venn.)? **JA/NEEN**

Zo ja, hoeveel?

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

- c) Blijkt uit de laatste neergelegde jaarrekening dat er tijdens het laatste boekjaar verlies werd geleden **JA/NEEN**

Zo ja, hoeveel?

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

- d) Welk rendement bracht de exploitatie op tijdens het boekjaar van de laatste neergelegde jaarrekening?

Netto winst na belastingen x 100 x 100 =

--	--

--	--

eigen vermogen volgens de laatste jaarrekening =

10. BETALINGSGEDRAG

- 10.1 Werden er tijdens de afgelopen vijf jaar, wissels geprotesteerd? **JA/NEEN**

- 10.2 Werden er tijdens de afgelopen vijf jaar, ongedekte cheques uitgeschreven? **JA/NEEN**

- 10.3 Werden er dagvaardingen betekend aan de vennootschap, andere dan deze vermeld op de tabel der knipperlichten? **JA/NEEN**
Zo ja, door wie en voor welke bedragen?

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

--	--

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

--	--

10.4 Inzake BTW:

- a) Werden alle aangiften tijdig ingediend **JA/NEEN**

Kwartaalaangifte

--

Maandaangifte

--

(*) Schrappen wat niet past.

b) Werd de BTW ingevolge de laatste aangifte betaald? **JA/NEEN**

Zo neen,

Periode: _____ Bedrag:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

--	--

c) Zijn er **bijzondere rekeningen** inzake BTW geopend? **JA/NEEN**

Zo ja, voor welke bedragen?

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

--	--

Bestaat er voor deze rekeningen een schriftelijk afbetalingsakkoord? **JA/NEEN**

Zo ja, wat zijn de voorwaarden:

afbetaling/maand:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

--	--

Wordt dit afbetalingsplan correct nageleefd **JA/NEEN**

Zo neen, welk bedrag is achterstallig?

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

--	--

d) Moet er tengevolge controle BTW betaald worden door uw onderneming? **JA/NEEN**

Zo ja, worden deze betwist? **JA/NEEN**

Periode: _____ Bedrag:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

--	--

10.5 Inzake RSZ:

a) Is er personeel, onder arbeidsovereenkomst, in dienst **JA/NEEN**

b) Zo ja, werden alle aangiften inzake RSZ tijdig ingediend? **JA/NEEN**

c) Werden de in deze aangiften vermelde verschuldigde bedragen tijdig betaald? **JA/NEEN**

Zo neen, wat is de achterstal?

Periode: _____ Bedrag:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

--	--

(*) Schrapen wat niet past.

d) Werd er een schriftelijk afbetalingsakkoord opgesteld met de RSZ voor deze achterstallen?

JA/NEEN

Zo ja, wat is de inhoud ervan?

afbetaling/maand

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

--	--

Wordt dit afbetalingsplan correct nageleefd?

JA/NEEN

Zo neen,

Periode: _____ Bedrag:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

--	--

e) Moet er tengevolge controle RSZ betaald worden door uw onderneming?

JA/NEEN

Zo ja, worden deze betwist?

JA/NEEN

Periode: _____

Bedrag:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

--	--

10.6 Inzake bedrijfsvoorheffing (voor loontrekkenden of voor eigen bestuurders / vennoten):

a) Is er personeel, onder een arbeidsovereenkomst, in dienst?

JA/NEEN

b) Werden alle aangiften tijdig ingediend?

JA/NEEN

c) Zijn er, zowel ingekohierde als niet-ingekohierde, betaalachterstallen?

JA/NEEN

Zo ja,

Periode: _____

Bedrag:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

--	--

d) Is er een schriftelijk afbetalingsakkoord?

JA/NEEN

Zo ja, wat is de inhoud ervan?

afbetaling/maand

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

--	--

Wordt dit akkoord nageleefd?

JA/NEEN

Zo neen, tot welke datum werden alle schulden betaald?

Periode: _____

Bedrag:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

--	--

(*) Schrappen wat niet past.

10

e) Moet er tengevolge controle bedrijfsvoorheffing betaald worden door uw onderneming?

Zo ja, worden deze betwist?

JA/NEEN

JA/NEEN

Periode: _____ Bedrag:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

--	--

10.7 Worden de leveranciers ten laatste op de normale overeengekomen vervaldagen betaald?

JA/NEEN

Zo neen, wat is het gemiddelde door U geraamde aantal dagen overschrijding van deze vervalttermijnen?

1m / 2m / 3m / 4m en meer (*)

10.8 Werden de kredieten door uw financiële instelling opgezegd?

JA/NEEN

Zo ja,

Door welke bank? _____

Bedrag?

10.9 Sociale betaalverplichtingen

a) Wordt het personeel tijdig betaald?

JA/NEEN

Zo neen, wat is de achterstand?

(in te vullen wanneer personeel in dienst is)

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

--	--

b) Worden de sociale bijdragen, binnen het statuut van de zelfstandigen, tijdig betaald aan het sociaal verzekeringsfonds als zelfstandige bestuurder/zaakvoerder?

JA/NEEN

Zo neen, achterstand?

Periode: _____ Bedrag:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

--	--

(*) Schrappen wat niet past.

11

SOCIALE- BOEKHOUD- EN VENNOOTSCHAPSRECHTELIJKE VERPLICHTINGEN

11. SOCIALE VERPLICHTINGEN

11.1 Hoeveel (voltijdse equivalenten) personen zijn er op heden in de onderneming tewerkgesteld?

a) loontrekkende?

--	--	--

b) van het bestuursorgaan?

--	--	--

12. ERKENNINGEN ALS AANNEMER

12.1 Is uw onderneming erkend als geregistreerd aannemer?

JA/NEEN

Werd deze erkenning ingetrokken?

JA/NEEN

12.2 Is uw onderneming erkend als aannemer voor openbare werken?

JA/NEEN

Werd deze erkenning ingetrokken?

JA/NEEN

13. HOE DENKT UW ONDERNEMING DE SITUATIE VAN BETAALMOEILIKHEDEN TE DOORBREKEN?

13.1 Door het aangaan van bijkomende lange termijncredieten?

JA/NEEN

Zo ja,
Bij welke bank? _____

Voor welk bedrag?

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

13.2 Door andere concrete maatregelen te nemen om aan de liquiditeitstekorten te verbeteren?

JA/NEEN

Zo ja, dewelke?

(*) Schrappen wat niet past.

12

14. TOEKOMSTIGE ECONOMISCHE OVERLEEFBAARHEID

14.1 Meent de vennootschap het hoofd te kunnen bieden aan de huidige financiële moeilijkheden door het nemen van voornoemde maatregelen? JA/NEEN

14.2 Licht het in de bedoeling van de vennootschap een gerechtelijk akkoord aan te vragen? JA/NEEN

14.3 Licht het in de bedoeling van de vennootschap een aangifte van staking van betaling te doen? JA/NEEN

15. VENNOOTSCHAPSRECHTELIJKE VERPLICHTINGEN**15.1 Jaarrekening en jaarverslag****Jaarrekening**

a) Werd de laatst jaarrekening per / / ter goedkeuring, binnen de zes maanden, conform art. 92 § 1 van het Wetboek Vennootschappen voorgelegd aan de algemene vergadering
Datum: / / JA/NEEN

b) Werd de goedgekeurde jaarrekening binnen de dertig dagen, na de voornoemde algemene vergadering, neergelegd bij de Nationale Bank, conform art. 98 van het Wetboek Vennootschappen?
Datum: / / JA/NEEN

Werd het bewijs van neerlegging voorgelegd? JA/NEEN

c) Is de onderneming een 'niet meer actieve vennootschap' in de zin van art. 182 § 1 van het Wetboek Vennootschappen?
M.a.w. werd nagelaten de laatste drie opeenvolgende jaren de jaarrekening bij de NBB neer te leggen? JA/NEEN

Sluitingsdatum boekjaar van de laatst neergelegde jaarrekening

(*) Schrappen wat niet past.

13

d) Werd conform art. 96 punt 6 W. Venn., een verantwoording opgenomen, van de toepassing van de waarderingsregels in continuïteit, in het jaarverslag en/of in de toelichtingen bij de jaarrekening? JA/NEEN

e) Werd door het bestuursorgaan een jaarverslag opgesteld over het laatst afgesloten boekjaar, conform art. 94 van het Wetboek Vennootschappen? (alleen voor grote vennootschappen) JA/NEEN

Werd dit jaarverslag (voor vnl vennootschappen met commissaris) ter zitting neergelegd? JA/NEEN

f) Werd een commissaris aangesteld? JA/NEEN

Wie: _____

Zo ja, werd zijn verslag toegevoegd aan de jaarrekening? JA/NEEN
Zo ja, welke verklaring omvat dit verslag?

oordeelonthoudend ☐ voorbehoud ☐

goedkeuring ☐ afkeurend ☐

15.2 Juridisch discontinuïteit

a) Alarmbelprocedure

1) Is de **alarmbelprocedure** krachtens art. 332/431/633 (**) van toepassing, op **basis van de voorgelegde staat van activa / passiva of jaarrekening**, vóór toepassing van een correctie naar de realiteit van het netto-actief? (*)

Art. 332/431/633 (**): netto actief gedaald tot minder dan één vierde van het maatschappelijk kapitaal JA/NEEN

Art. 332/431/633 (**): netto actief gedaald tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal JA/NEEN

2) Is de alarmbelprocedure krachtens art. 332/431/633 van toepassing, op basis van het reële (gecorrigeerd) vermogen, zoals vastgelegd bij deze bespreking? JA/NEEN

(*) Schrappen wat niet past.

b) Continuïteit

Is er een **wettelijk vermoeden** dat de **continuïteit** van de onderneming wordt **bedreigd** (netto actief minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal)?
(art. 9 § 1 wet gerechtelijk akkoord)

JA/NEEN

Art. 333/432/634 (**): netto actief gedaald tot beneden het minimum bedrag voorzien in het W. Venn.

JA/NEEN

Art. 333/432/634 (**): is er een netto passief, m.a.w. is het volledige maatschappelijke kapitaal verloren gegaan?

JANEEN

3) Indien ja, werden in toepassing van het Wetboek Vennootschappen:

a) een **bijzonder verslag** van het **bestuursorgaan** neergelegd ter griffie waarin de voorgestelde maatregelen tot herstel van de financiële toestand werd omschreven.

JA/NEEN

Werd dit verslag opgesteld?

JANEEN

b) een buitengewone algemene vergadering bijeenroepen om te beraadslagen over de **al dan niet voortzetting** van de activiteiten van de vennootschap, neergelegd?

JANEEN

Zo ja, - wanneer? / /

JA/NEEN

- werden de notulen van deze vergadering neergelegd zoals gevraagd?

JA/NEEN

c) door het bestuursorgaan **beraadslaagd**, tengevolge de vastgestelde, gewichtige en overeenstemmende feiten, **om de continuïteit** van de onderneming gedurende een redelijke termijn **te vrijwaren** (art. 138 Wetboek Vennootschappen)

JA/NEEN

d) **diende volgens het reële netto actief/passief (*) berekend in punt 7 van dit rapport, de alarmbelprocedure te worden toegepast**

JANEEN

Reëel netto actief / passief (*)

[illegible]

Volstort kapitaal

[illegible]

(**) Art. 332 voor BVBA / 431 voor CVBA / 633 voor NV.

(*) Schrappen wat niet past.

15.3 Jaarvergadering – Bestuursorgaan

a) Wanneer werd een algemene vergadering het laatst bijeengeroepen?/...../.....

Was dit een:

statutaire algemene vergadering? **JA/NEEN**

bijzondere algemene vergadering? **JA/NEEN**

b) Wanneer vergaderde het bestuursorgaan voor het laatst?/...../.....

c) Wordt de boekhouding, indien geen commissaris werd aangesteld, geverifieerd door een accountant of bedrijfsrevisor? **JA/NEEN**
(zie jaarrekening – formulier VKT 1bis)

15.4 Oprichtersaansprakelijkheid

Werd de vennootschap **meer dan 3 jaar** geleden opgericht? **JA/NEEN**
(mogelijke oprichtersaansprakelijkheid)

Zo neen, wanneer? / /

15.5 Discontinuïteit bij aanstelling van commissaris

a) Heeft de **commissaris**, ter gelegenheid van zijn werkzaamheden en volgens zijn verslag, gewichtige en overeenstemmende **feiten** vastgesteld die de **continuïteit** van de onderneming **in het gedrang** brengen (art. 138 Wetboek Vennootschappen) **JA/NEEN**

b) Zo ja, heeft het bestuursorgaan of zaakvoerder(s) beraadslaagd over de **maatregelen** die moeten worden genomen **om de continuïteit** van de onderneming gedurende een redelijke tijd **te vrijwaren**? **JA/NEEN**
(art. 138 Wetboek Vennootschappen)

(*) Schrappen wat niet past.

16. Boekhoudkundige verplichtingen***Wettelijke dagboeken (art. 4 en 5 van de boekhoudwet 17/7/75)***

a) Werden wettelijke dagboeken, zoals gevraagd ter zitting, voorgelegd?

Aard	Voorgelegd	Geviseerd	Tot welke datum bijgewerkt?
Inventarisboek	JA / NEEN	JA / NEEN	 / /
Centraaldagboek	JA / NEEN	JA / NEEN	 / /

b) Werden de wettelijke dagboeken bijgehouden conform de boekhoudwet?

- inventarisboek (jaarrekening, waarderingsregels)

JA/NEEN

- centraaldagboek (maandelijks samengevatte debet / crediet
– verrichtingen)**JA/NEEN**

(*) Schrappen wat niet past.

17

[illegible]

..... /

18

- [illegible]

BESLISSING VAN DE KAMER VOOR HANDELSONDERZOEK

Zitting op _____ 200..

De genomen beslissing werd aangeduid met een kruisje

Zetelend Rechter in handelszaken: _____

DE KAMER VOOR HANDELSONDERZOEK STELT NA ONDERZOEK VAST DAT:

1. Dat de opgeroepene ter zitting

☐ is verschenen (persoonlijk en/of bij lastgeving)

☐ niet verschenen – de beslissing is bij verstek genomen

2. Continuïteit versus discontinuïteit vastgesteld per/...../..... op basis van de laatst neergelegde jaarrekening of laatste tussentijdse staat van actief en passief

☐ de **liquiditeiten onvoldoende** zijn om binnen een normaal tijdstip haar betaalverplichtingen na te komen

het **liquiditeitstekort** op korte termijn bedroeg €

☐ de **solvabiliteit** of financiële onafhankelijkheid **onvoldoende** is om de onderneming in een situatie van continuïteit te kunnen behouden

de financiële onafhankelijkheidsgraad bedraagt **slechts** % (eigen tov. vreemd vermogen)

☐ de gewone gegenereerde **vrije cash flow onvoldoende** is om de continuïteit van de onderneming in stand te houden

het courant tekort (vrije cash flow) om zijn financiële verplichtingen na te komen bedraagt €

☐ aan de boekhoudkundige (*) en vennootschaprechtelijke (*) verplichtingen niet worden nageleefd

(*) Schrappen wat niet past.

☐ niet tijdige neerlegging van de jaarrekening

☐ de wettelijke dagboeken worden niet bijgehouden conform de wet

☐ niet bijgewerkt

☐ niet gevisieerd

☐ niet voorgelegd

☐ de wettelijke verplichtingen opgelegd door de vennootschapswet werden niet correct nagekomen (alarmprocedure)

☐ notulen buitengewone algemene vergadering niet voorgelegd, niettegenstaande de vraag

☐ geen buitengewone algemene vergadering bijeengeroepen

☐ de onderneming geen voldoende ernstige financiële maatregelen neemt of genomen heeft om de betalingsmoeilijkheden het hoofd te bieden

**OM AL DEZE VOORNOEMDE REDENEN
BESLUIT DE KAMER VOOR HANDELSONDERZOEK NA ONDERZOEK DAT:**

☐ de vastgestelde **betaalmoeilijkheden** zijn vermoedelijk van **voorbijgaande aard**. De zaak wordt verwezen naar de bijzondere rol tot er zich nieuwe knipperlichten aanmelden

☐ de zaak wordt in voortzetting gezet teneinde de vennootschap toe te laten het bewijs van een herstructuratie en/of sanering te leveren

een nieuwe oproeping volgt in de maand / jaar

--	--	--	--	--	--

☐ de vennootschap zou een poging tot het vermijden van een situatie van discontinuïteit kunnen ondernemen, door een **gerechtelijk akkoord** aan te vragen

☐ de vennootschap bevindt zich in een situatie van **discontinuïteit** en kan aan zijn betaalverplichting niet voldoen

(*) Schrappen wat niet past.

21

☐ het bestuursorgaan heeft vermoedelijk niet voldaan aan de verplichtingen opgelegd door de boekhoud- en vennootschapswet, o.m.:

☐ niet bijhouden van de wettelijke dagboeken

☐ laattijdig neerleggen van de jaarrekening

☐ niet opstellen van de bij wet voorziene verslagen

☐ _____

☐ Er bovendien aanwijzingen zijn die de overweging van de toepassing van art.8 van de faillissementswet verrechtvaardigen, nl. de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder, om volgende redenen:

Te Dendermonde, op / /

.....
Handtekening van de zetelende Rechter

(*) Schrappen wat niet past.

22

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ : LA PROCÉDURE D'ALERTE

PAR (1)

ANNE SPIRITUS-DASSESE

PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE BRUXELLES

ET

MICHEL DE WOLF

REVISEUR D'ENTREPRISES

JUGE CONSULAIRE AU TRIBUNAL DE COMMERCE DE BRUXELLES

1. Introduction. – L'accomplissement de la mission confiée au tribunal de commerce et relative au suivi des entreprises en difficulté (article 10 de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire) (2) suppose la collecte d'un ensemble de données susceptibles d'indiquer qu'une entreprise est en difficulté.

Ces indices de difficulté communément appelés « clignotants » peuvent être complétés notamment par les démarches faites par le commissaire, voire selon certains, l'organe de gestion dans le cadre d'une procédure dite « d'alerte ».

2. Texte légal. – La procédure dite « d'alerte » se trouve consignée dans l'article 138 du Code des Sociétés. Celui-ci est libellé comme suit :

« Les commissaires qui constatent, au cours de leurs contrôles, des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, en informent l'organe de gestion par écrit et de manière circonstanciée.

» Dans ce cas, l'organe de gestion doit délibérer sur les mesures qui devraient être prises pour assurer la continuité de l'entreprise pendant un délai raisonnable.

(1) Il s'agit ici du point de vue personnel des auteurs et des pratiques qu'ils développent, selon le cas, en qualité de président du tribunal de commerce de Bruxelles ou en tant que reviseur d'entreprises.

(2) Voyez à ce sujet A. SPIRITUS-DASSESE, *D.A.O.R.*, 1998, n° 47, pp. 83 et suiv.

» Les commissaires peuvent renoncer à l'information visée au premier alinéa, lorsqu'ils constatent que l'organe de gestion a déjà délibéré sur les mesures qui devraient être prises.

» Si dans un délai d'un mois à dater de la communication de l'information visée au premier alinéa, les commissaires n'ont pas été informés de la délibération de l'organe de gestion sur les mesures prises ou envisagées pour assurer la continuité de l'entreprise pendant un délai raisonnable (3), ils peuvent communiquer leurs constatations au président du tribunal de commerce. Dans ce cas, l'article 458 du Code pénal n'est pas applicable.

» Au cas où il n'est pas nommé de commissaire, lorsque des faits graves et concordants sont susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, l'organe de gestion est également tenu de délibérer sur les mesures qui devraient être prises pour assurer la continuité de l'entreprise pendant un délai raisonnable. »

3. Deux hypothèses de procédure d'alerte. – Deux hypothèses de procédure d'alerte sont à distinguer à la lecture de l'article 138 susdit, selon qu'un commissaire a ou non été nommé. Nous en examinerons séparément les éléments communs et les spécificités :

- *dans les sociétés ou un commissaire est nommé.* L'article 138, alinéas 1, 2 et 3, du Code des sociétés stipule en effet que : « Les commissaires qui constatent, au cours de leurs contrôles, des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, en informent l'organe de gestion par écrit et de manière circonstanciée. Dans ce cas, l'organe de gestion doit délibérer sur les mesures qui devraient être prises pour assurer la continuité de l'entreprise pendant un délai raisonnable. [...]. Si dans un délai d'un mois à dater de la communication de l'information visée au premier alinéa, les commissaires n'ont pas été informés de la délibération de l'organe de gestion sur les mesures prises ou envisagées pour assurer la continuité de l'entreprise pendant un délai raisonnable, ils peuvent communiquer leurs constatations au président du tribunal de commerce. [...] »
- *dans les sociétés où aucun commissaire n'est nommé.* L'article 138, dernier alinéa, du Code des sociétés stipule : « Au cas où il n'est pas nommé de commissaire, lorsque des faits graves et concor-

(3) Les termes « ou s'ils estiment que ces mesures ne sont pas susceptibles d'assurer la continuité de l'entreprise pendant un délai raisonnable » ont disparu du texte légal français, mais non du texte néerlandais, à l'occasion de la codification de l'article 64*series*, § 2, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales dans l'article 138 du Code des sociétés. On cherche en vain une explication logique à cette omission dans le texte français. L'Institut des reviseurs d'entreprises préconise de se fonder sur le texte néerlandais (*Rapport annuel*, 2002, p. 107).

dants sont susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, l'organe de gestion est également tenu de délibérer sur les mesures qui devraient être prises pour assurer la continuité de l'entreprise pendant un délai raisonnable. »

Les sociétés doivent procéder à la nomination d'un ou plusieurs commissaires, à moins qu'il ne s'agisse d'une petite société, ou d'une SNC, SCS ou SCRI dont tous les associés à responsabilité illimitée sont des personnes physiques (article 141 du Code des sociétés), d'un GIE dont aucun membre n'est lui-même soumis au contrôle d'un commissaire, ou d'une S.Agr. En vertu de l'article 15 du Code des sociétés, les petites sociétés sont celles, dotées de la personnalité juridique qui, pour le dernier exercice clôturé, ne dépassent pas plus d'une des limites suivantes :

- chiffre d'affaires annuel : 6.250.000 EUR;
- total du bilan : 3.125.000 EUR;
- nombre de travailleurs occupés : 50.

Toutefois, les sociétés qui occupent plus de 100 travailleurs, sont d'office considérées comme grandes, indépendamment de tout critère relatif à leur chiffre d'affaires ou à leur total de bilan.

Pour la détermination de la taille, chaque société est à considérer individuellement, donc sans globalisation avec les chiffres afférents aux entreprises liées. Mais, par exception, il faut procéder à une telle globalisation dans certaines hypothèses (voyez l'article 141, 2°, du Code) :

- lorsqu'il s'agit de « sociétés qui font partie d'un groupe qui est tenu d'établir et de publier des comptes annuels consolidés »;
- lorsqu'il s'agit de sociétés cotées (4).

Lorsqu'aucun *commissaire* n'est, en tant que tel, nommé, mais qu'un *reviseur d'entreprises* est malgré tout désigné pour accomplir la mission prévue par les articles 151 à 154 du Code des sociétés en faveur du conseil d'entreprise constitué au sein d'une société qui n'a pas nommé de commissaire, la procédure d'alerte applicable est celle

(4) Antérieurement, une exception était également prévue pour les sociétés à portefeuille. L'A.R. n° 64 du 10 novembre 1967 organisant le statut des sociétés à portefeuille a toutefois été abrogé par l'article 134 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux marchés financiers.

qui est instituée pour l'hypothèse de la nomination d'un commissaire (5).

4. Déclenchement de la procédure d'alerte par le commissaire. – La mise en route de la procédure d'alerte suppose non seulement l'existence de *faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise*, mais aussi la *constatation de ces faits au cours des contrôles revisoraux*.

4.1. Notion de faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise. – La mise en route de la procédure d'alerte, en présence ou en l'absence de commissaire, suppose l'existence de « faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise ».

Pour cerner cette notion, on se référera en premier lieu aux éléments explicitement retenus, parmi d'autres, comme caractéristiques des entreprises en difficulté par les articles 6, 7 et 9 de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire :

- les « protêts des lettres de change acceptées et des billets à ordre » ;
- « les jugements de condamnation par défaut et les jugements contradictoires prononcés contre des commerçants qui n'ont pas contesté le principal réclamé » ;
- les retards de deux trimestres à l'O.N.S.S., à la T.V.A. ou au pré-compte professionnel ;
- le déclassement, la suspension ou le retrait d'une agrégation d'entrepreneur, ou l'exclusion des marchés publics ;
- la réduction, par suite de pertes, de l'actif net sous la moitié du capital social.

La norme internationale d'audit n° 570 que l'*International Federation of Accountants* consacre à la continuité d'exploitation (6) mentionne les indices suivants, tout en soulignant qu'ils ne sont ni

(5) Voyez à ce sujet l'article 162 du Code des sociétés : « Sauf dérogation par le présent Code, les articles 130 à 140 sont applicables aux réviseurs d'entreprises nommés dans les sociétés où il n'existe pas de commissaire. » On vise ici principalement le cas de l'entreprise où, lors de l'élection précédente, un conseil d'entreprise a été ou aurait dû être élu, et qui occupe à présent au moins 50, mais moins de 100 travailleurs : dans ce cas, les missions du conseil d'entreprise sont assumées par le comité pour la prévention et la protection au travail (voyez l'article 18 de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie).

(6) IFAC, *IFAC Handbook* 2003, New York, éd. IFAC, 2003, avec la traduction française : FIDEF/IFAC, *Normes internationales d'audit et de missions d'assurance*, Paris, éd. FIDEF, 2003.

exhaustifs, ni automatiquement révélateurs d'une incertitude significative sur la continuité de l'exploitation, surtout s'ils sont isolés :

- des capitaux propres ou un fonds de roulement négatifs;
- des emprunts à terme fixe dont l'échéance est proche, sans qu'il n'y ait des perspectives réalistes quant à leur renouvellement ou à leur remboursement, ou un recours excessif à des emprunts à court terme en vue de financer des éléments à long terme;
- des indicateurs du retrait du soutien financier des prêteurs ou créanciers;
- une marge brute d'autofinancement actuelle ou prévisionnelle négative;
- des ratios financiers clés peu favorables;
- des pertes d'exploitation ou une détérioration importante de la valeur des actifs d'exploitation générant le cash-flow;
- l'interruption de la politique de distribution des dividendes;
- l'insuffisance de la trésorerie pour payer les créanciers aux échéances prévues;
- l'incapacité à se conformer aux conditions des contrats d'emprunt;
- le changement d'attitude des fournisseurs, qui n'accordent plus de crédit mais livrent contre remboursement;
- l'impossibilité d'obtenir le financement nécessaire au développement de produits nouveaux ou d'autres investissements indispensables;
- le départ de cadres dirigeants qui ne sont pas remplacés;
- la perte d'un marché important, d'une franchise, d'une licence ou d'un fournisseur important;
- des troubles sociaux ou des difficultés de ravitaillement en fournitures importantes;
- le non-respect d'obligations statutaires ou relatives à la détention du capital;
- des procédures judiciaires en cours contre l'entreprise qui, si elles devaient être couronnées de succès, pourraient donner lieu à des conséquences financières auxquelles celle-ci ne saurait faire face;
- des changements dans la législation ou dans la politique du gouvernement qui risqueraient d'avoir des effets défavorables sur l'entreprise.

4.2. Constatation de ces faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, au cours des contrôles revisoraux.

Le texte légal n'impose apparemment au commissaire aucune recherche systématique et continue de faits critiques.

Outre le devoir général de prudence de tout professionnel avisé, deux facteurs caractérisent malgré tout avec une certaine sévérité les responsabilités du reviseur d'entreprises en la matière :

– *le caractère permanent de la mission de commissaire.*

L'article 137, § 1^{er}, du Code des Sociétés prévoit que : « Les commissaires peuvent, à tout moment, prendre connaissance, sans déplacement, des livres, de la correspondance, des procès-verbaux et généralement de tous les documents et de toutes les écritures de la société. Ils peuvent requérir de l'organe de gestion, des agents et des préposés de la société toutes les explications ou informations et procéder à toutes les vérifications qui leur paraissent nécessaires. » Le caractère permanent de la mission du commissaire oblige aussi l'organe de gestion à lui remettre semestriellement des comptes intermédiaires (article 137, § 2, alinéa 3, du Code des Sociétés). En vertu du Code, le commissaire dispose d'un accès privilégié à toutes les informations utiles sur l'entreprise, y compris la possibilité d'obtenir de l'organe de gestion qu'il demande à des tiers la confirmation de certaines de ces informations (article 137, § 1^{er}, alinéa 3).

En vertu du caractère permanent de sa mission légale au sein de l'entreprise, le commissaire connaît en principe la situation et la structure d'organisation de l'entreprise de manière très approfondie. Le caractère permanent de la mission du commissaire signifie qu'il peut investiguer à tout moment et qu'il doit s'organiser de manière à être informé sans délai de tout événement important. Sa fonction ne se borne pas à un contrôle ponctuel tous les ans, sans pour autant impliquer une présence continue au sein de l'entreprise (7).

– *l'obligation du commissaire, dans le cadre de son rapport sur les comptes annuels, de se prononcer sur l'application de règles d'évaluation en hypothèse de continuité.*

En vertu de l'article 28, § 2, de l'arrêté royal d'exécution du Code des sociétés, les règles d'évaluation comptable de l'entreprise doi-

(7) I.R.E., *Rapport annuel* 1996, pp. 129-130.

vent en effet être adaptées notamment dans l'hypothèse où « la perspective de continuité de ses activités... ne peut être maintenue ».

En outre, lorsque le bilan fait apparaître une perte reportée ou que le compte de résultats affiche une perte pendant deux exercices consécutifs, les articles 94, alinéa 2, et 96, 6°, du Code des sociétés obligent l'organe de gestion à justifier, dans le rapport de gestion ou, à défaut, en annexe aux comptes annuels, l'application des règles comptables de continuité. Or le commissaire est légalement tenu de vérifier le rapport de gestion et l'annexe aux comptes annuels.

Selon les normes comptables internationales (IAS 1), l'hypothèse de continuité d'exploitation doit pouvoir être raisonnablement justifiée, au moins, pour une période de douze mois à compter de la date de clôture de l'exercice. Il est toutefois entendu qu'il faut prendre également en compte tout événement prévisible pertinent, même s'il ne doit survenir qu'au-delà de cette période de douze mois (par exemple, l'expiration d'une autorisation administrative d'exploitation, sans chance raisonnable d'obtenir son renouvellement). La norme internationale d'audit 570 (8) fournit quant à elle un guide utile à l'auditeur quant à l'organisation de son travail de contrôle de l'hypothèse de continuité d'exploitation.

Comme telles, ni les normes comptables internationales ni les normes internationales d'audit ne sont actuellement obligatoires en Belgique. Elles fournissent cependant une référence intellectuelle utile, au titre des bonnes pratiques. Par ailleurs, la recommandation du 3 décembre 1999 de l'Institut des réviseurs d'entreprises relative à la révision d'une société en difficultés (9) est très largement inspirée de la norme internationale d'audit 570 (10). A partir du 1^{er} janvier 2005, les normes comptables internationales seront quant à elles obligatoires pour l'établissement des comptes consolidés des

(8) Précitée.

(9) I.R.E., *Vademecum* 2002, 9^e éd., Bruxelles, Ed. Standaard, 2002, pp. 1128-1150.

(10) La Recommandation ajoute quelques indices de difficulté à ceux mentionnés dans la norme internationale : changement de pratiques comptables de manière à anticiper les résultats, politique d'activation des frais d'établissement, frais de recherche et développement et autres immobilisations incorporelles, opérations discrétionnaires destinées à créer de la trésorerie par des opérations exceptionnelles, en particulier, entre parties liées, reprises d'amortissements, réductions de valeur ou provisions, réévaluations, situation financière difficile de la société-mère, problème de renouvellement d'un permis d'exploitation, risques de nature environnementale. Par ailleurs, le Conseil de l'I.R.E. a explicitement homologué l'horizon de douze mois « au moins » de la norme comptable internationale IAS 1 (I.R.E., *Vademecum*, op. cit., pp. 684-685).

sociétés cotées en Europe (11). La Commission européenne propose de rendre les normes internationales d'audit applicables au contrôle de ces comptes consolidés.

Les normes générales de révision (12) prescrivent au reviseur confronté à des problèmes de continuité le comportement suivant dans son rapport annuel :

« Lorsqu'il existe une incertitude significative qui n'est pas de nature à justifier l'existence d'une déclaration d'abstention, le reviseur pourra inclure un paragraphe explicatif dans son attestation sans réserve. Le paragraphe explicatif s'impose en cas de problème significatif en matière de continuité de l'exploitation. Dans ce cas, l'intitulé de la première partie du rapport sera 'Attestation sans réserve des comptes annuels, avec paragraphe explicatif' [...].

» Le paragraphe explicatif doit toujours suivre l'attestation. Il ne peut concerner un élément qui affecte négativement l'opinion du reviseur. Pour qu'un paragraphe explicatif puisse être exprimé, le reviseur doit être en mesure de renvoyer à la mention de l'incertitude dans l'annexe des comptes annuels ou dans le rapport de gestion. A défaut, il envisagera d'émettre une réserve. [...]

» Le reviseur est tenu d'ajouter un paragraphe explicatif lorsqu'il existe des raisons de mettre en évidence un problème significatif en matière de continuité de l'exploitation. Toutefois, dans certains cas évoqués [ci-après], il ne pourra se contenter d'un paragraphe explicatif parce que cette situation porte atteinte fondamentalement à l'image fidèle. [...] »

» Le reviseur d'entreprises ne peut délivrer une déclaration d'abstention que dans les deux cas suivants : [...]

2. Lorsque la situation de l'entreprise est caractérisée par de multiples incertitudes affectant de façon significative les comptes annuels ou consolidés, soit du point de vue de la continuité de son exploitation, soit en ce qui concerne le contenu de certaines rubriques de ces comptes, en manière telle que la simple adjonction d'un paragraphe explicatif suivant l'attestation ne pourrait être jugée suffisante. »

En réalité, l'Institut des reviseurs d'entreprises propose le schéma suivant des types de rapport à émettre par le commissaire qui fait face à une incertitude significative sur la continuité (13) :

(11) Règlement (CE) n° 1606/2002, du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002, sur l'application des normes comptables internationales, *J.O.*, L 243, 11 septembre 2002, pp. 1-4.

(12) I.R.E., *Vademecum*, *op. cit.*, pp. 881-908.

(13) I.R.E., *Le rapport de révision : principes et applications*, Etudes I.R.E., Contrôle 5/98, p. 102.

		Information (14) dans le rapport de gestion	
		oui	non
Confiance dans la capacité de redressement	oui	paragraphe explicatif	attestation avec réserve
	non	abstention	opinion négative

La brochure apporte une précision essentielle : « Par 'confiance dans la capacité de redressement', on ne veut cependant pas dire que le réviseur porte un jugement sur la qualité des mesures adoptées. Il existe simplement un espoir, une possibilité raisonnable que, dans ces circonstances, l'entreprise atteigne l'assemblée générale suivante. (15) » Et plus loin : « Si le réviseur a pu acquérir une raisonnable conviction que la cessation de paiements est inévitable à court terme, il choisira normalement d'émettre une opinion négative sur les comptes annuels. »

Sur ce point également, les tiers sont de plus en plus exigeants à l'égard des réviseurs d'entreprises : « Les parties contractantes d'une entreprise en difficultés se contenteront de moins en moins d'une déclaration sans réserve suivie, quelques mois voire quelques semaines plus tard, d'une faillite. » (16)

4.3. Déroulement de la procédure d'alerte : interpellation de l'organe de gestion par le commissaire. – Alerté par des faits graves et concordants, le commissaire se doit d'interpeller l'organe de gestion, par écrit et de manière circonstanciée. On soulignera à cet égard que la loi exige une démarche consignée *par écrit*. Elle est cependant facultative si le conseil a déjà délibéré de la situation.

Antérieurement au Code des sociétés, les lois coordonnées prévoyaient l'interpellation des *administrateurs*, et l'on en concluait donc qu'une démarche individuelle auprès de chacun d'eux devait être faite, c'est-à-dire qu'il convenait à tout le moins d'adresser à chaque administrateur une copie de la lettre qui serait envoyée au

(14) La Recommandation précitée de l'I.R.E. précise que l'information doit être adéquate et suffisante.

(15) Ce terme de l'assemblée générale suivante est à interpréter à la lumière de la position ultérieure du Conseil de l'I.R.E. en faveur des « douze mois au moins » à partir de la date de clôture des comptes annuels.

(16) C. VAN BUGGENHOUT, « Le commissaire-réviseur et la discontinuité », in I.R.E., *Sources de responsabilité du réviseur d'entreprises*, Etudes I.R.E., Droit 2/96, p. 42.

siège social à l'intention de l'organe de gestion. Quoique la nouvelle codification ait remplacé l'interpellation des administrateurs par celle de l'organe de gestion, il semble de bonne pratique de continuer à aviser individuellement les membres de l'organe de gestion (17) : ceci augmente les chances d'une réaction de l'organe de gestion, et réduit le risque, par exemple, que l'administrateur délégué conserve par devers lui le courrier du commissaire.

Pour le reste, on ne saurait trop conseiller au commissaire de s'en tenir strictement, mais intégralement, à sa fonction de contrôle. Il lui appartient d'interpeller sur des faits constatés, non de recommander des solutions : même si cela est parfois, humainement, difficile, il lui est interdit de s'immiscer dans la gestion (18).

Ceci dit, il convient de souligner le caractère remarquable du pouvoir donné au commissaire, sans publicité extérieure à ce stade, de faire réagir rapidement l'organe de gestion sur les mesures à prendre pour assurer la continuité de l'entreprise.

Par ailleurs, le commissaire confronté à une entreprise en difficulté devra être attentif aux exigences d'information du conseil d'entreprise ou des autorités prudentielles que cette situation peut faire naître (19).

4.4. Déroulement de la procédure d'alerte : délibération de l'organe de gestion sur interpellation du commissaire. – La délibération portera sur les mesures qui devraient être prises pour assurer la continuité de l'entreprise pendant un délai raisonnable.

A partir de la communication de l'interpellation du commissaire, le conseil dispose d'un mois pour informer le commissaire des conclusions auxquelles il est arrivé.

L'article 138 du Code des sociétés mentionne exclusivement la délibération de mesures de nature à assurer la continuité de l'entreprise, au rang desquelles on rangera bien sûr une éventuelle requête en concordat. On doit cependant considérer comme implicites certaines alternatives mises à la disposition du conseil, telles qu'un dépôt de bilan ou une convocation de l'assemblée générale en vue de dissoudre la société.

(17) En ce sens, la Recommandation précitée de l'I.R.E., point 18.2, qui préconise une lettre recommandée à l'organe de gestion (ou une procédure écrite similaire), avec une copie par courrier ordinaire à chaque membre de l'organe de gestion.

(18) Voyez la Recommandation précitée de l'I.R.E., point 18.2.

(19) Voyez en particulier les points 9.2 et 22 de la Recommandation précitée de l'I.R.E.

4.5. Déroulement de la procédure d'alerte : faculté réservée au commissaire de dénoncer la situation au président du tribunal de commerce. – Le commissaire *peut* informer le président du tribunal de commerce dans deux hypothèses :

- le conseil n'a pas réagi dans le mois à l'interpellation ;
- le conseil n'a, de l'avis du commissaire, pas réagi de manière appropriée (20).

Dans ces deux cas, mais dans ces deux cas seulement, le commissaire est délié de son obligation de secret professionnel.

L'Institut des réviseurs d'entreprises laisse à ses membres le soin de laisser un délai complémentaire, au-delà du mois, lorsque l'organe de gestion s'est saisi de la situation mais que la complexité de celle-ci ne permet pas d'élaborer un plan adéquat dans un si bref délai (21).

En pratique, le commissaire effectuera sa démarche auprès du président en lui communiquant copie de l'interpellation écrite adressée antérieurement à l'organe de gestion, et en signalant qu'elle est restée sans suite ou sans suite appropriée.

4.6. Ambiguïté de la faculté de dénonciation au président du tribunal. – La jurisprudence devra préciser (22) les circonstances dans lesquelles un commissaire peut être considéré comme manquant à son devoir de prudence s'il ne communique pas ses constatations au président du tribunal de commerce.

L'opportunité de la communication au président du tribunal est laissée à l'appréciation du réviseur. L'appréciation éventuelle par le juge de la responsabilité du réviseur de l'avoir faite ou non, d'avoir agi opportunément ou à contre-temps, sera faite au regard de cette faculté et d'autres paramètres *in concreto*.

« La position du commissaire... est d'autant plus délicate que le législateur n'a pas fait de la communication au président une obligation, mais une faculté. Le commissaire... semble donc autorisé à effectuer une balance d'intérêts. Dans certains cas, où un processus de redressement, pour l'heure non totalement convaincant, est en

(20) Voir note 3 ci-avant, à propos de la disparition de cette hypothèse dans le texte français du Code.

(21) Récommandation précitée de l'I.R.E., point 40.2.

(22) Dans son avis sur l'application de l'article 138 du Code des sociétés, l'I.R.E., *Rapport annuel*, 1997, pp. 94-107, se prononce clairement pour le caractère discrétionnaire du pouvoir de dénonciation.

cours d'affinement, il pourrait être tenté de renoncer, ou en tout cas de reporter, la communication. Le législateur n'a du reste pas fixé de délai pour cette communication, ce qui renforce l'inconfort de la position du commissaire. Il paraît en tout cas que sa responsabilité pourra être engagée si l'absence de communication résulte d'une attitude générale empreinte de négligence, plutôt que d'un comportement raisonné et raisonnable, et qu'il découle de sa passivité un préjudice spécifique. » (23)

Conformément à l'article 140 du Code des sociétés, « les commissaires sont responsables envers la société des fautes commises par eux dans l'accomplissement de leurs fonctions ». Mais en outre, conformément à ce même article, « ils répondent solidairement tant envers la société qu'envers les tiers de tout dommage résultant d'infractions aux dispositions du présent code ».

Selon l'I.R.E., « la communication au président du tribunal de commerce est recommandée lorsque l'organe de gestion n'a pas délibéré et que les dirigeants de la société restent passifs malgré la communication officielle des constatations du commissaire » (24). On ne saurait en effet admettre qu'un commissaire ne pousse pas la procédure jusqu'au bout si l'organe de gestion, dûment interpellé par lui, ne réagit tout simplement pas. Apparemment, il s'agit de la seule hypothèse où le Conseil de l'Institut estime que le commissaire ne peut pas se réfugier derrière le caractère formellement facultatif de la communication au président pour ne pas y procéder (25).

Le problème de la responsabilité du commissaire est d'autant plus susceptible de préoccuper les réviseurs d'entreprises négligents de leurs devoirs imposés par l'article 138 du Code des sociétés, que les faillites sont légion, et que l'on assiste à une période de judiciarisation accrue.

4.7. Déroulement de la procédure : action du président du tribunal de commerce. – Pratiquement, le président s'assurera d'abord auprès du commissaire que les représentants de l'entreprise

(23) I. VEROUGSTRAETE, O. BERTIN, B. INGHELS, M. DE WOLF et L. BIHAIN, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer, 1998, p. 33.

(24) Recommandation précitée de l'I.R.E., point 40.2. Voyez aussi l'avis du Conseil de l'I.R.E., in *Vademecum*, *op. cit.*, p. 696.

(25) La Commission juridique de l'I.R.E., non suivie par le Conseil de celui-ci, préconisait d'y ajouter l'hypothèse où le commissaire acquiert la conviction que, vu les circonstances, la faillite est inévitable à brève échéance. Comp. aussi la formulation, ambiguë entre ses deux alinéas, du point 40.3 de la Recommandation précitée.

ont été informés de sa démarche (26). Dans la négative, il lui suggérera de le faire immédiatement ou prendra cet élément en compte dans l'appréciation des devoirs à accomplir dans son chef à lui, président, et de l'urgence ou non à aviser. Il y va, à son niveau, d'une simple application du principe élémentaire du contradictoire.

Le président examinera ensuite les éléments d'information communiqués par le réviseur d'entreprises au regard des autres « clignotants » tenus à jour au greffe du tribunal de commerce (27), pour autant qu'il y en ait, et il sera informé à cette occasion, s'il y a lieu, de l'existence d'un *dossier* d'enquête commerciale relevant de la compétence d'une chambre d'enquête commerciale du tribunal. Il pourra décider alors, selon le cas, de joindre l'information reçue au dossier d'enquête commerciale existant, ou de la soumettre à l'appréciation d'une chambre d'enquête commerciale pour suite utile.

Dans la plupart des cas, avant même d'envisager une transmission de l'information reçue à la chambre d'enquête commerciale, le président se ménagera une entrevue avec les représentants de l'entreprise et/ou le commissaire, et recueillera à cette occasion toute précision d'information utile. Dans les entrevues avec le président, le réviseur veillera à ne pas dépasser les limites de sa fonction : conformément aux règles d'indépendance, il ne peut notamment pas représenter la société (28). Par contre, il pourra confirmer au président des informations objectives, tout en évitant en principe de communiquer au président des données dont l'organe de gestion n'aurait pas lui-même connaissance. Lorsque le dossier est transmis à la chambre d'enquête commerciale, la dispense du secret professionnel prévue à l'article 138 du Code des sociétés ne s'applique plus : le réviseur ne répondra dès lors aux questions posées dans ce cadre qu'en présence des dirigeants et à leur demande expresse (29).

En pratique, on constate généralement que les entreprises, face à la dénonciation qui est faite au président du tribunal de commerce, réagissent *enfin* aux demandes du commissaire et adoptent les

(26) La Recommandation précitée de l'I.R.E., points 40.4 et 40.5, exige du reste que l'organe de gestion soit dûment informé de la démarche et de son contenu. En pratique, le commissaire adressera à l'organe de gestion une copie de sa lettre au président.

(27) Voyez l'article 5 de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire.

(28) Principe confirmé par l'article 183^{ter} de l'arrêté royal d'exécution du Code des sociétés, tel qu'inséré par l'A.R. du 4 avril 2003.

(29) Recommandation précitée de l'I.R.E., point 20. Voyez toutefois le point 21 à propos de l'avis qui serait demandé au commissaire dans le cadre d'une demande de concordat judiciaire.

mesures utiles. Elles le font souvent même avant que le président ne les ait rencontrées ou ait pu prendre langue avec eux.

Par contre, en cas d'impéritie des dirigeants de l'entreprise (absence à l'invitation du président, voire absence de toute réaction généralement quelconque...) ou d'incapacité dans laquelle ils se trouveraient de redresser vraiment la situation qu'ils savent obérée, le président du tribunal mettra l'entreprise devant ses responsabilités (aveu de faillite...), fera au besoin application d'office de l'article 8 de loi du 8 août 1997 sur les faillites (30), ou rappellera au chef d'entreprise l'existence de la procédure de concordat.

5. Absence de commissaire. – L'article 138 du Code des sociétés, dernier alinéa, règle l'hypothèse – qui correspond en pratique à la plus grande généralité des cas – de l'absence de commissaire dans la société :

« Au cas où il n'est pas nommé de commissaire, lorsque des faits graves et concordants sont susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, l'organe de gestion est également tenu de délibérer sur les mesures qui devraient être prises pour assurer la continuité de l'entreprise pendant un délai raisonnable. »

En l'absence de commissaire, la délibération de l'organe de gestion est donc également obligatoire lorsque surviennent des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise. Mais comme il n'y a ici personne pour attirer l'attention sur l'existence de tels faits, la responsabilité des membres de l'organe de gestion paraît plus lourde que dans les sociétés avec commissaire. La responsabilité en cause est du reste celle, aggravée par la solidarité, prévue pour les violations du droit des sociétés à l'article 528, alinéa 1^{er}, du Code.

Cette délibération – qui est donc une obligation – pourrait également selon d'aucuns aboutir à une démarche volontaire de l'organe de gestion auprès du président du tribunal de commerce pour l'informer ou « pour s'assurer au moins la caution morale de la chambre d'enquête commerciale de ce que les mesures proposées sont adéquates » (31). Ceci (la caution morale) est néanmoins discutable eu

(30) Article 8, alinéa 1^{er}, de loi du 8 août 1997 sur les faillites : « En cas d'absolue nécessité, et lorsqu'il existe des indices précis, graves et concordants que les conditions de la faillite sont réunies, le président du tribunal de commerce, peut dessaisir en tout ou partie le commerçant de la gestion de tout ou partie de ses biens. Le président statue, soit sur requête unilatérale de tout intéressé, soit d'office. »

(31) I. VERGOUSTRATE e.a., *op. cit.*, p. 34.

égard au fait que le tribunal de commerce n'a pas pour fonction de conseiller l'entreprise.

6. Lien avec les procédures d'alerte des articles 332, 431, 633 et 834 du Code des sociétés. – Le Code des sociétés oblige l'organe de gestion des SPRL, SCRL, SA, SCA et SAgr à réunir l'assemblée générale dans un délai de deux mois, notamment à partir du moment où il constate ou aurait dû constater que l'actif net est réduit à moins de la moitié du capital social (ou de sa part fixe dans le cas d'une SCRL).

Lorsque l'assemblée générale n'a pas été dûment convoquée, le préjudice subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette absence de convocation : les demandeurs en responsabilité contre les membres de l'organe de gestion (et, le cas échéant, par ricochet contre les commissaires) peuvent ainsi se contenter de prouver la faute et leur dommage, sans devoir démontrer le lien de causalité.

Ces dispositions entretiennent des relations réciproques assez complexes avec l'article 138 du Code des sociétés.

D'un côté, la situation de « perte de la moitié du capital » devra généralement être considérée comme l'aboutissement d'une série de faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise (32), obligeant donc le commissaire à mettre en œuvre la procédure d'alerte.

En sens inverse, la mise en évidence par le commissaire auprès de l'organe de gestion d'une perte supérieure à la moitié du capital obligera ledit organe à réunir l'assemblée générale dans les deux mois (33).

A moins qu'il ne propose la dissolution de la société, la procédure combinée des deux types de dispositions amènera dès lors l'organe de gestion à justifier son plan de redressement à la fois devant le commissaire et les associés.

(32) Cf. l'avis de l'I.R.E., p. 97.

(33) *Idem*, p. 105.

**ASPECTS PRATIQUES
DE L'EXERCICE D'UN MANDAT
D'ADMINISTRATEUR PROVISOIRE
PAR UN RÉVISEUR D'ENTREPRISES**

PAR

JEAN-FRANÇOIS CATS

ET

VINCENT DE WULF

RÉVISEURS D'ENTREPRISES

1. – INTRODUCTION

1.1. Les missions de l'administrateur provisoire sont nombreuses et complexes. Elles sont en réalité différentes à chaque décision du tribunal : elles dépendent des conflits, des capacités, des comportements ou des défauts passés des responsables ou des organes de gestion de l'entreprise. L'administrateur provisoire pourra, de par sa compétence, son objectivité et sa neutralité, faire bénéficier l'entreprise de son expérience afin de tenter d'obtenir une solution à une situation ou à un conflit par une conciliation entre parties.

1.2. Son intervention, limitée ou extrêmement étendue, sera d'ordre exécutif ou pourra prendre la forme d'une saisie totale de la gestion de l'entreprise. Bien que sa mission soit souvent perçue comme une situation d'attente, son rôle est primordial, raison pour laquelle les tribunaux attendent beaucoup de l'intervention de l'administrateur provisoire.

2. – CONDITIONS DE NOMINATIONS (1)

2.1. La nomination de l'administrateur provisoire se fait par le président du tribunal de commerce, soit à la requête unilatérale de tout intéressé, soit d'office. Il désigne un ou plusieurs administrateurs provisoires ayant une expérience en matière de gestion d'entreprises et de comptabilité. La décision du président précise les pouvoirs de l'administrateur provisoire.

2.2. L'administrateur provisoire nommé n'est pas nécessairement un avocat : la loi précise uniquement que certaines garanties doivent être offertes. Ainsi, l'administrateur provisoire doit pouvoir présenter les qualités suivantes pour accepter cette mission :

- avoir les qualifications requises (2), parfois dans des secteurs très techniques et spécifiques ;
- avoir les capacités nécessaires, en temps et en organisation (3), son intervention devant être effectuée dans des délais très brefs ;
- offrir les garanties d'indépendance et d'impartialité et être tenu par un code déontologique (4). Ainsi, les fonctions de l'administrateur provisoire ne pourraient être exercées par le commissaire de l'entreprise ou par son conseiller habituel ;
- être disponible.

2.3. Les règles déontologiques prévoient un certain nombre d'incompatibilités pour le reviseur d'entreprises. Eu égard au titre de reviseur d'entreprises, à la crédibilité et l'indépendance qui sied à la profession, ainsi qu'à la crédibilité du pouvoir judiciaire, il y a lieu de faire référence aux règles d'indépendance usuelles de l'IRE. Ainsi, par exemple, le reviseur d'entreprises ne pourrait accepter de mandat d'administrateur provisoire auprès d'une société dans laquelle il aurait, directement ou indirectement, un intérêt personnel, ou dans laquelle il aurait des liens familiaux au sens des règles de l'IRE.

2.4. Il est recommandé d'accepter la mission par écrit dans une lettre par laquelle le professionnel précisera les éléments qu'il estime

(1) Les aspects juridiques de la nomination sont examinés en détail dans la partie rédigée par M^e T. Lysens.

(2) Article 18^{ter} de la loi du 22 juillet 1953 créant l'Institut des Reviseurs d'Entreprises (IRE).

(3) Article 18^{ter} de la loi du 22 juillet 1953 créant l'Institut des Reviseurs d'Entreprises (IRE).

(4) Article 8 alinéa 4 de la loi sur les faillites.

devoir porter à la connaissance du tribunal sur la façon dont il compte exercer sa mission. Une copie de cette lettre sera adressée à l'organe de gestion de l'entreprise (5).

2.5. L'administrateur provisoire peut être désigné seul, en collège, en collège avec un avocat ou avec l'administrateur-délégué. Lorsqu'un collège a été nommé, les tâches entre les membres du collège peuvent être réparties, ce qui impose aux membres de tenir le collège informé des démarches entreprises par chacun. Leur responsabilité sera collégiale, et les rapports seront signés par tous les membres du collège. Le secret professionnel ne sera pas d'application entre les membres du collège.

2.6. La contestation sur la nomination de l'administrateur provisoire, et la procédure d'appel qui s'en suivrait, ne suspend pas la mission. L'administrateur provisoire veillera dans ce cas à exercer sa mission avec circonspection, en concertation avec les parties, et en évitant de prendre des décisions ou des mesures irréversibles sans consentement des parties. Il veillera essentiellement à examiner l'objet du conflit et à tenter de concilier les parties.

2.7. Il y a lieu de souligner que le rôle pédagogique de l'administrateur provisoire peut éviter des problèmes de procédures, et son implication importante, en fonction de ses compétences, peut apaiser les parties.

3. — ORGANISATION ADMINISTRATIVE ET COMPTABLE

3.1. La responsabilité civile et professionnelle de l'administrateur provisoire doit être couverte par une assurance (6), son intervention s'effectuant dans une situation de conflit et de difficultés. Cette couverture n'est pas automatique dans la plupart des assurances professionnelles et une extension doit être demandée.

3.2. La mission de l'administrateur provisoire ayant un caractère public, la décision du tribunal sera publiée au *Moniteur belge* et la

(5) Par analogie à la mission de commissaire au sursis, décrite dans la *Note technique relative aux missions en relation avec le concordat judiciaire* rédigée par la commission mixte IRE-IEC des missions particulières, p. 21.

(6) Article 8 alinéa 4 de la loi sur les faillites.

nomination de l'administrateur provisoire devra faire l'objet d'une inscription au registre de commerce (7).

3.3. Les frais et les honoraires de l'administrateur provisoire sont supportés par l'entreprise. Ceux-ci sont fixés par le président du tribunal en cas de litige. L'IRE et l'IEC recommandent (8) à leurs membres de se référer à un tarif horaire moyen compris entre EUR 62,00 et EUR 150,00 (hors TVA) en tenant compte notamment, du degré de difficulté, de la nature des prestations, de l'expérience, de la spécialisation et de l'attitude professionnelle. En fonction de situations concrètes et exceptionnelles, il n'est pas exclu que le tarif horaire puisse dépasser le montant de EUR 150,00.

3.4. Pour des raisons pratiques, il peut être utile d'utiliser au maximum les services de l'entreprise, qu'il s'agisse du secrétariat ou des différents départements techniques. Ainsi, en matière financière, l'administrateur provisoire peut utiliser le service comptable de l'entreprise. Il pourrait en effet être amené à passer personnellement des écritures comptables dans le cadre de sa mission. Toutefois il y a lieu de renoncer à toute relation contractuelle avec son cabinet, tant en ce qui concerne un contrat de fiducie que la nomination d'un associé pour le contrôle des comptes. Il devra en effet veiller à éviter toute possibilité de conflit d'intérêt. Il en va ainsi par exemple des missions de tenue comptable, des missions légales de certification, des missions ponctuelles d'apport en nature, de fusion et scission ou d'évaluation d'entreprises.

3.5. Par analogie à la mission du commissaire au sursis, lorsque l'administrateur provisoire souhaite faire appel à un tiers spécialisé dans le cadre de son information et de sa responsabilité personnelle, il doit obtenir l'autorisation préalable du tribunal pour que l'intervention de ce tiers puisse être rémunérée. Il est cependant possible de renoncer à obtenir l'autorisation préalable en cas d'urgence (9).

(7) Article 74, 2° du code des sociétés.

(8) Note technique relative aux missions en relation avec le concordat judiciaire, IRE-IEC, p. 33.

(9) Article 2 de l'AR du 10 août 1998 fixant les règles et barèmes aux honoraires et frais des commissaires au sursis, *Moniteur*, 8 septembre 1998.

4. – RELATIONS AVEC LE TRIBUNAL, LES PARTIES ET LES TIERS

4.1. L'administrateur provisoire agit sous le contrôle du tribunal et fait rapport à celui-ci selon les modalités fixées par le Président, et à chaque fois que les circonstances l'exigent. Cette relation se fera de différentes façons (10) :

- via un mémorandum, déposé au dossier de la procédure de désignation de l'administrateur provisoire et accessible aux parties concernées ;
- par courrier adressé directement au Président par l'administrateur provisoire, sans autre diffusion ;
- par colloque singulier entre le président et l'administrateur provisoire.

L'administrateur provisoire privilégiera cependant les relations et la communication des informations avec les parties.

4.2. L'administrateur provisoire communiquera également avec le Tribunal et les parties via des réunions de travail si nécessaire.

4.3. Le tribunal fixe les pouvoirs de l'administrateur provisoire lors de sa décision. Ces pouvoirs peuvent néanmoins être à tout moment modifiés par le tribunal à la demande de l'administrateur provisoire (11) ou des parties.

4.4. L'administrateur provisoire reviseur d'entreprises doit se mettre en contact avec son confrère, commissaire de la société, l'informant de sa désignation et sollicitant éventuellement son assistance pour la bonne exécution de sa mission (12).

4.5. Il est également important pour l'administrateur provisoire de se mettre en contact avec l'expert-comptable, afin d'obtenir toutes les informations comptables et financières de l'entreprise. Il s'agira également d'examiner les possibilités de reporting financier selon les besoins de la mission.

4.6. Quant aux relations avec les autres administrateurs, à défaut de limitation stricte de la mission par le président du tribunal, l'exercice du mandat des autres administrateurs est suspendu.

(10) E. POTTIER et M. DE ROECK, « L'administration provisoire : bilan et perspectives », in *Rev. dr. comm. b.*, Kluwer éd. Juridiques Belgique, 1997, p. 235.

(11) Article 8 alinéa 7 de la loi sur les faillites.

(12) Note technique relative aux missions en relation avec le concordat judiciaire, IRE-IEC, p. 21.

Cependant, la tâche de l'administrateur provisoire consistera également à rencontrer ceux-ci dans le cadre de l'organisation de la gestion de l'entreprise et pour connaître leur point de vue personnel sur l'objet de la mission d'administrateur provisoire.

4.7. Il est à noter que la publicité de la nomination a souvent un effet immédiat d'interrogation et parfois de suspicion auprès des tiers. L'administrateur provisoire agira avec circonspection et délicatesse afin d'éviter tout effet négatif de sa nomination sur l'entreprise. Dans ce cadre il prendra contact avec les principaux acteurs économiques de l'entreprise afin de les rassurer.

5. – APPLICATION DU SECRET PROFESSIONNEL

5.1. Le secret professionnel couvre tous les faits et informations de nature confidentielle dont le réviseur a connaissance du fait de sa profession ou à l'occasion de l'exercice de celle-ci. Il ne porte pas sur des informations dont la publication est requise par la loi. En outre, il doit exister un lien de causalité entre la profession et les données confidentielles (13).

5.2. Ce principe résulte de l'article 458 du Code pénal, qui stipule : « (...) et toutes autres personnes dépositaires par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice ou devant une commission d'enquête parlementaire et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de cent francs à cinq cent francs ».

5.3. La base légale du secret professionnel du réviseur d'entreprises est inscrite dans l'article 27, 2 de la loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des Réviseurs d'Entreprises :

« L'article 458 du Code pénal s'applique aux réviseurs d'entreprises, aux stagiaires et aux personnes dont ils répondent. Aux exceptions à l'obligation du secret prévues à cet article s'ajoute la communication d'attestations ou de confirmations opérée avec l'accord écrit de l'entreprise auprès de laquelle ils exercent leur fonction ou adressée, dans le cadre du contrôle des comptes annuels ou des comptes consolidés d'une entreprise dont ils sont chargés, à un commissaire ou à une personne exerçant dans une entreprise de droit étranger une fonction similaire à celle de commissaire (14). ».

(13) *Vademecum du réviseur d'entreprises – Déontologie et normes de révision IRE*, 2002, p. 553.

(14) IRE, *Rapport annuel*, 1991.

5.4. *Exceptions au secret professionnel*

5.4.1. De la lecture combinée de l'article 27 de la loi du 22 juillet 1953 et de l'article 458 du Code pénal, il résulte que le réviseur d'entreprises doit s'exprimer lorsqu'il y est tenu par la loi.

5.4.2. Appliqué à la fonction d'administrateur provisoire, ce principe doit être examiné de façon circonstanciée selon l'objet précis de la mission. Ainsi, l'administrateur provisoire dispose d'un mandat de justice et, à ce titre, a un devoir d'information envers le tribunal de commerce, en cas de constatation d'infractions ou de fraudes, mais également sur l'évolution de sa mission. Il ne peut d'après nous, révéler d'autres informations que celles qui résultent directement de la mission dont il est chargé.

5.4.3. L'administrateur provisoire peut communiquer ses constatations au président du tribunal de commerce, au cas où la continuité de l'entreprise contrôlée serait compromise et qu'on y remédie pas par des mesures adéquates. Il est fait ici référence à la procédure d'alerte prévue à l'article 138 du code des sociétés.

5.4.4. Il en irait de même de la communication d'opérations conclues ou de décisions prises en violation des statuts ou du code des sociétés, par analogie aux obligations imposées au commissaire selon l'article 144, 6° du code des sociétés. Toutefois, cette mention peut être omise lorsque la révélation de l'infraction est susceptible de causer à la société un préjudice injustifié, notamment parce que l'organe de gestion a pris des mesures appropriées pour corriger la situation d'illégalité ainsi créée (15). Dans ce cas, il nous semble que l'administrateur provisoire doit décider de mettre fin aux infractions qu'il a constatées.

5.4.5. En ce qui concerne les demandes d'information émanant de l'assemblée générale des actionnaires à l'administrateur provisoire, celles-ci doivent être considérées comme faisant partie des principes généraux de communication entre l'actionnaire et ses administrateurs. Il convient cependant d'être prudent et il appartiendra à l'administrateur d'apprécier les circonstances.

5.4.6. L'administrateur provisoire recueillera souvent durant sa mission des confidences des parties. Il lui appartiendra d'être prudent dans sa communication, et notamment lors de sa tentative de

(15) *Vademecum du réviseur d'entreprises – Déontologie et normes de révision* IRE, 2002, p. 554.

conciliation où les parties et lui-même seront amenés à se communiquer certaines informations. En cas d'échec, sa communication pourrait être critiquée.

5.4.7. Des exceptions au secret professionnel existent en cas de procédures judiciaires. Ainsi, le réviseur ne viole pas son secret professionnel lorsqu'il est cité comme témoin devant le Tribunal et accepte de parler. Il convient d'attirer l'attention ici sur le fait que le réviseur d'entreprises n'est pas obligé de s'exprimer dans ce cas.

5.4.8. Il va de soi que l'administrateur provisoire ne peut tirer aucun profit personnel, ou celui d'un tiers, des informations confidentielles qui ont pu venir à sa connaissance à l'occasion de sa mission. Il ne peut pas être relevé de cette obligation même par le client. Le réviseur doit prendre des mesures appropriées pour éviter que ses collaborateurs ou employés venant à se trouver en possession d'informations relevant du secret professionnel n'en fassent un usage à des fins personnelles ou au profit de tiers quels qu'ils soient.

5.4.9. Enfin, signalons qu'il existe certaines législations particulières, essentiellement en matière financière et d'assurance, qui imposent aux réviseurs d'entreprises de collaborer avec des autorités judiciaires ou administratives et ce, en les informant d'infractions ou de violations de la loi dont ils auraient connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. Ce principe devrait également s'appliquer à l'administrateur provisoire.

6. – OBJET ET TYPES DE MISSIONS

6.1. La mission de l'administrateur provisoire est souvent une solution d'attente, le temps que les parties trouvent une solution amiable ou judiciaire. Durant cette période, l'administrateur provisoire tentera cependant de trouver une solution au conflit afin de concilier les parties et en faire rapport au Tribunal.

6.2. Les types de missions sont d'origines différentes, par référence au *code civil*, à la *loi du 8 août 1997 sur les faillites* ou au *droit commun des sociétés* (16).

(16) A.-D. LEJEUNE et V. VERITER, « L'administrateur provisoire en droit des sociétés », in *Pacioli*, 15.01.2001, pp. 1-2.

6.3. *Référence à l'article 488bis-B. du Code civil*

6.3.1. Le Code civil prévoit que le majeur, qui en raison de son état de santé est totalement ou partiellement hors d'état de gérer ses biens, peut être pourvu d'un administrateur provisoire par le juge de paix. Dans ce cas, il s'agit de préserver le patrimoine de la personne à protéger. Les compétences de l'administrateur provisoire seront fixées de façon précise par le Président du tribunal.

6.3.2. Il s'agit d'un régime facultatif, supplétif et subsidiaire (17).

6.3.3. Ce régime ne s'applique qu'aux personnes majeures, dépourvues d'un représentant légal, se trouvant dans l'incapacité de gérer son patrimoine, et dont l'incapacité résulte d'une affection de nature médicale (18).

6.3.4. Cette mission est généralement attribuée aux avocats.

6.4. *Référence à l'article 8 alinéa 1 de la loi sur les faillites*

6.4.1. La loi sur les faillites autorise le président du tribunal de commerce de dessaisir un commerçant, qu'il soit personne physique ou personne morale, de tout ou partie de la gestion de ses biens « en cas d'absolue nécessité, et lorsqu'il existe des indices précis, graves et concordants, que les conditions de la faillite sont réunies » (19).

6.4.2. Il s'agit ici de protéger l'actif social dans l'intérêt des créanciers, en mettant le patrimoine du commerçant à l'abri de fraudes, cette protection n'ayant pas pour but de tenter de sauver les actifs dans l'intérêt du commerçant.

6.4.3. Le Tribunal attend de l'administrateur provisoire qu'il fasse rapport dans les 15 jours de sa nomination sur les conditions de discontinuité des activités de la société. La mission ne comprend pas celle de faire l'aveu de la faillite ni de représenter le commerçant dans une procédure de faillite. L'administrateur provisoire peut recommander la faillite. La mission a surtout une portée d'éclairage du Tribunal des actionnaires et administrateurs de la situation par un expert extérieur en gestion d'entreprises et de comptabilité.

(17) Th. DELAHAYE, « L'Administrateur provisoire », *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, éd. Larcier, 1999, p. 13.

(18) Th. DELAHAYE, « L'Administrateur provisoire », *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, éd. Larcier, 1999, pp. 15-16.

(19) Article 8 alinéa 1 de la loi sur les faillites.

6.5. *Référence au droit commun des sociétés*

6.5.1. Il est fait appel ici à un tiers à l'entreprise suite à un *blo-cage* ou un *dysfonctionnement* des organes de l'entreprise.

6.5.2. A titre d'exemple les cas suivants peuvent nécessiter l'intervention d'un administrateur provisoire (20) :

- Décès ou maladie du gérant statutaire unique d'une sprl
- Mécontentement profond des membres de l'organe de gestion
- Décision irrégulière du conseil d'administration (ex : restructuration/délocalisation/fermeture de l'entreprise/travailleurs victimes des décisions du conseil d'administration)
- Abus de majorité à l'encontre des intérêts de l'entreprise
- Composition irrégulière de l'organe de gestion
- Contestation sur la propriété des titres
- Confusion dans les pouvoirs ou dans les règles de fonctionnement
- Empêchement momentané de l'unique gérant
- Grève des votes au sein de l'organe de gestion
- Conflit d'intérêt
- Blocage ou dysfonctionnement de l'assemblée générale, par exemple :
 - en cas de partage du capital 50/50
 - lors d'un refus d'approbation des comptes, d'un refus de donner décharge aux administrateurs, d'un refus de nomination
- Référence à l'article 168 du code des sociétés :
 - « S'il existe des indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société, le tribunal de commerce peut, à la requête d'un ou de plusieurs associés possédant au moins 1 % des voix attachées à l'ensemble des titres existants, ou possédant des titres représentant une fraction du capital égale à EUR 1.250.000 au moins, nommer un ou plusieurs experts ayant pour mission de vérifier les livres et les comptes de la société ainsi que les opérations accomplies par ses organes. »
- Référence aux articles 636 et 642 du code des sociétés :
 - « Un ou plusieurs actionnaires possédant ensemble soit des titres représentant 30 % des voix attachées à l'ensemble des

(20) E. POTTIER et M. DE ROECK, « L'administration provisoire : bilan et perspectives », *R.D.C.*, 1997, pp. 216 et s.; E. POTTIER et COIBION, « Le règlement des conflits entre actionnaires », *Le droit des sociétés commerciales*, 2002, pp. 1080 et s.; Communication de l'IEC, *L'expert-comptable comme administrateur provisoire et comme administrateur/gérant*, 6 février 2003, pp. 3.2 et s.

titres existants ou 20 % si la société a émis des titres non représentatifs du capital, soit des actions dont la valeur nominale ou le pair comptable représente 30 % du capital de la société, peuvent demander en justice, pour de justes motifs, qu'un actionnaire cède au demandeur ses actions et tous les titres qu'il détient et qui peuvent être convertis ou donnent droit à la souscription ou à l'échange en actions de la société. L'action en justice ne peut être intentée par la société ou par une filiale de la société ».

- « Tout actionnaire peut, pour de justes motifs, demander en justice que les actionnaires à l'origine de ces justes motifs, reprennent toutes ses actions ainsi que les obligations convertibles en actions ou les droits de souscriptions qu'il détient. »
- Négligence de l'organe de gestion, par exemple :
 - dégradation des rapports entre les membres du conseil d'administration
- Mauvaise gestion, par exemple :
 - gestion désordonnée et dépourvue de professionnalisme
 - compétences insuffisantes de l'organe de gestion
- Prévention d'abus de majorité, par exemple :
 - abus de pouvoir d'administrateurs qui disposent de la majorité au conseil d'administration
- Graves dissension entre associés (cas le plus courant à la lecture des jugements)
- Défiance des organes de gestion à l'égard de la direction
- Absence ou mauvaise communication entre la direction et les organes de gestion

6.5.3. La mission de l'administrateur provisoire peut également consister en un *sauvetage d'une entreprise en difficultés*.

6.5.3.1. Cette mission est critiquée par la doctrine (21). Il s'agit souvent d'une situation où les actionnaires demandent au tribunal de désigner un administrateur provisoire pour examiner les conditions d'un sauvetage de l'entreprise. Cette mission est comparable à celle du commissaire au sursis. Il peut également exister des divergences entre administrateurs et/ou actionnaires sur les perspectives de continuité de l'entreprise.

(21) E. POTTIER et M. DE ROECK, « L'administration provisoire : bilan et perspectives », *R.D.C.*, 1997, p. 219.

6.5.3.2. Dans ce cas l'administrateur provisoire est considéré comme un « manager de crise », chargé de différentes missions selon les décisions du tribunal, par exemple :

- Etablir un diagnostic
- Rédiger un plan de redressement
 - exemple : négocier un moratoire de paiements avec les créanciers
 - exemple : cession totale ou partielle de l'entreprise, d'une branche d'activités, d'actifs
 - exemple : convoquer l'assemblée générale pour une requête en concordat judiciaire ou une mise en liquidation
- Conforter les décisions du conseil d'administration sur l'avenir de l'entreprise
- Dresser un rapport sur la situation active et passive et sur les perspectives d'avenir
- Faire un inventaire des actifs et passifs
- Définir les modalités de reporting :
 - situation de la trésorerie (par exemple hebdomadaire)
 - situation comptable (bilan, compte de résultats)
 - situation des clients et fournisseurs
 - situation du carnet de commande
 - situation des stocks
 - situation de la production
 - situation des investissements
 - situation et évolution des litiges en cours
 - situation sociale
 - suivi des décisions prises lors des réunions précédentes

L'administrateur provisoire veillera, dans ce cas précis, au respect des dispositions légales en matière d'entreprise en difficultés, et notamment en ce qui concerne les procédures à suivre conformément au code des sociétés (22).

6.5.3.3. Les critères des difficultés de l'entreprise peuvent être divers et variés (23). Leur connaissance permettra à l'administrateur provisoire de mieux les cerner et de tenter de dégager des solutions. Citons à titre d'exemple :

(22) Articles 96, 138, 332, 431, 633, 634 et 657 du code des sociétés.

(23) G. DELVAUX, « Le commissaire au sursis, analyse du concordat judiciaire, mission de l'expert-comptable et du reviseur d'entreprises », *Courrier mensuel d'informations de l'OECCBB*, pp. 8 et s.

– *sur la situation financière :*

- actif net négatif;
- fonds de roulement négatif ou se détériorant par rapport aux situations précédentes;
- situation de trésorerie alarmante ne permettant pas de respecter les échéances;
- impossibilité de renouveler les crédits indispensables (crédit ébranlé);
- méfiance de tiers et par voie de conséquence, demande par ceux-ci de sûretés importantes;
- sources de financement onéreuses;
- paiements aux fournisseurs contre remboursement;
- faillite d'un débiteur important;
- absorption d'une filiale déficitaire (ou l'inverse);
- suppression du soutien de la maison-mère.

– *sur l'exploitation*

- résultats d'exploitation négatifs ou insuffisants pour faire face aux charges d'intérêts;
- pertes de marchés importants;
- carnet de commande inexistant;
- technologie dépassée;
- sous-activité dans certains secteurs de l'entreprise;
- résultats déficitaires de certains produits;
- perte de licence, brevets;
- rupture d'approvisionnements en matières essentielles à la production

– *autres critères*

- conflits sociaux graves et répétés;
- destruction de l'outil d'exploitation (non couverture suffisante des assurances);
- risques politiques et commerciaux non assurés par l'Office Nationale du Ducroire;
- procédures judiciaires en cours.

6.5.3.4. Les solutions à proposer peuvent être très diverses :

- augmentation du capital social;
- cession d'actifs qui ne sont pas nécessaires à l'exploitation;
- diminution des stocks;
- rééchelonnement des dettes;

- consolidation d'emprunts à court terme vers des emprunts à long terme;
- diminution des rémunérations des dirigeants;
- suppression de secteurs d'activités non rentables;
- réduction des services et biens divers;
- recherche de subventions;
- restructuration générale de l'entreprise par la recherche de nouveaux débouchés
- etc....

7. – DÉBUT DE LA MISSION

7.1. Après avoir notifié son accord d'exercer la mission, l'administrateur provisoire devra intervenir sans délais. Ainsi :

7.1.1. Il devra prendre connaissance du dossier déposé par l'intéressé auprès tribunal de commerce, et/ou le dossier constitué par le tribunal lui-même;

7.1.2. Rencontrer les parties au siège de l'entreprise, afin d'expliquer sa mission, d'entendre les parties et d'organiser sa mission;

7.1.3. Organiser une « due diligence » permettant de rassembler les informations qu'il jugera nécessaires pour l'exercice de sa mission, et notamment :

- informations générales de l'entreprise
- inventaire des conflits
- informations financières
- informations commerciales
- informations sociales et fiscales
- informations juridiques

7.1.4. Visiter les lieux, où il pourrait être amené à protéger éventuellement des actifs corporels ou incorporels importants;

7.1.5. Rencontrer les membres du personnel, le conseil d'entreprises ou tout autre organisation sociale au sein de l'entreprise;

7.1.6. Fixer sa rémunération avec les parties (24);

7.1.7. Il pourrait être amené à contacter rapidement les tiers, tels les clients, fournisseurs, banques, les avocats;

(24) Article 8 alinéa 11 de la loi sur les faillites.

7.1.8. Il devra organiser les responsabilités de la direction et des administrateurs;

7.1.9. Les autorisations et pouvoirs, tant internes qu'externes, pourraient nécessiter une révision;

7.1.10. L'agenda de la mission devra être fixé entre les parties.

8. — CARACTÈRE « URGENT » ET « PROVISoire » DE LA MISSION DE L'ADMINISTRATEUR PROVISoire

8.1. Les mesures à prendre ont un caractère d'urgence de par les règles du référé, étant donné que le dysfonctionnement du conseil d'administration ou de l'assemblée générale engendre la paralysie complète ou partielle de l'entreprise.

8.2. La mission est provisoire en raison du caractère limité dans le temps, qui est l'essence même de la mission.

8.3. En outre, il est à noter que l'administrateur provisoire ne peut poser seul des actes qui affectent de manière irréversible la structure ou l'existence de l'entreprise (25).

9. — POUVOIRS DE L'ADMINISTRATEUR PROVISoire

9.1. Les pouvoirs sont fixés par le Président du Tribunal de commerce. Ceux-ci peuvent être limités ou très larges :

9.1.1. *Limités dans le temps*, étant donné que le tribunal peut décider, ou non, du moment où la mission se terminera. En général le Tribunal fixe une durée qu'il prolonge en fonction des circonstances;

9.1.2. *L'ampleur* de la mission est fixée :

- les actes à accomplir peuvent être énumérés de façon précise
- la gestion entière peut être confiée à l'administrateur provisoire

9.2. Les pouvoirs en place peuvent être maintenus tandis qu'il est confié à l'administrateur provisoire une mission de surveillance des actes des organes de gestion.

9.3. L'administrateur provisoire exerce tous les pouvoirs résultant des décisions du tribunal, ainsi :

(25) E. POTTIER et M. DE ROECK, « L'administration provisoire : bilan et perspectives », in *Rev. dr. comm. b.*, Kluwer éd. Juridiques Belgique, 1997, p. 223.

- l'administrateur provisoire se substitue aux organes de gestion (conseil d'administration – assemblée générale)
- il peut limiter ou supprimer les pouvoirs de signature (26) ou d'engagement.

9.4. L'administrateur provisoire pourra se faire représenter, ou se faire assister par des tiers, dans l'exercice de sa mission, avec l'approbation préalable de tribunal.

9.5. Sa mission peut également se limiter à l'assistance, sans voix délibérative mais avec droit de veto, au conseil d'administration.

9.6. Les décisions de l'administrateur provisoire sont exécutoires (27), mais sont susceptibles de recours par les parties. L'administrateur provisoire agit en effet comme administrateur de société, dont les décisions peuvent être contestées.

9.7. La mission de l'administrateur provisoire n'est pas soumise au principe du contradictoire. Il peut avoir des entretiens singuliers, tout en veillant à la bonne information de ses travaux et constatations à l'égard du tribunal et des parties.

10. – CONFLITS

10.1. La mission de l'administrateur provisoire s'inscrit souvent dans une situation de conflit entre les membres de l'organe de gestion de l'entreprise. La recherche de l'origine et de la réalité du conflit est dès lors primordiale, sachant que le conflit n'est pas toujours là où l'on pense, ni où les parties l'indiquent. Ainsi, un conflit d'actionnaire n'est pas toujours d'ordre économique ou financier, mais peut avoir comme origine des problèmes familiaux ou purement relationnels et subjectifs. Dans ce cas il est préférable de veiller à ce que le réviseur d'entreprises désigné comme administrateur provisoire se fasse assister d'un avocat de sorte à pouvoir se concentrer sur les problèmes de gestion de l'entreprise.

10.2. Il existe toutefois des missions qui ne cadrent pas dans une situation de conflit, par exemple en cas de maladie ou d'absence temporaire de l'organe de gestion.

(26) L'administrateur provisoire veillera dans ce cas à bloquer également les cartes de crédit.

(27) Article 8 alinéa 7 de la loi sur les faillites.

11. – PROTECTION DES AVOIRS

11.1. L'administrateur provisoire est souvent confronté à des situations complexes et d'incertitude sur les actifs qu'il doit gérer. Il s'agira dès lors d'examiner les points suivants :

- effectuer un inventaire des actifs et des passifs de la société;
- analyser leur libre utilisation (existence ou non d'une clause de réserve de propriété par exemple);
- examiner la protection en place des actifs;
- protéger les brevets, dessins, know-how etc...

10.2. Dans certains cas, la révélation de négociations secrètes de cession d'actifs ou d'activités ou bien de création d'une entreprise concurrente peut avoir comme conséquence que l'administrateur provisoire prenne des mesures de protection temporaire telles que par exemple la saisie d'actif ou l'obtention d'astreintes par le Tribunal...

12. – INVENTAIRE DES LITIGES AVEC DES TIERS

12.1. Dans le cadre d'une prise de gestion de l'entreprise, l'administrateur provisoire sera attentif aux litiges existants. Il effectuera, en collaboration avec les parties et les avocats de la société, un inventaire des litiges en cours, en évaluera l'incidence sur la situation financière et sur la gestion de l'entreprise, et examinera les décisions à prendre pour chaque litige.

12.2. Une pratique courante des réviseurs d'entreprises consiste à écrire aux avocats de la société pour obtenir un inventaire des litiges dont ils ont été chargés. Cependant cette procédure demande souvent trop de temps et il est préférable de rencontrer l'avocat de l'entreprise pour une mise au courant directe. Il peut exister des conflits d'intérêts chez les avocats. Dans les PME, l'avocat de l'entreprise peut également être celui d'une partie à la cause. Dans ce cas, il y a lieu de clarifier rapidement la situation.

13. – ASPECTS FINANCIERS

13.1. En fonction de la mission qui lui est confiée, l'administrateur provisoire fera une analyse plus ou moins approfondie de la situation financière de l'entreprise, il peut effectuer :

- une analyse financière par ratios :
 - la liquidité de l'entreprise :
 - * fonds de roulement
 - * liquidités au sens large et au sens strict
 - * délais de paiement et rotation des créances, des stocks, des fournisseurs
 - la solvabilité :
 - * fonds propres
 - * l'endettement
 - * la capacité de remboursement liée au cash flow
 - la rentabilité et la productivité :
 - * rentabilité de l'exploitation
 - * rentabilité des capitaux investis
 - * rentabilité des capitaux propres
 - * valeur ajoutée
- un inventaire des indicateurs économiques et sociaux :
 - faiblesse de l'organisation et du contrôle interne
 - erreurs de gestion : méconnaissance du coût de revient, des besoins en trésorerie
 - évolution conjoncturelle
 - achats spéculatifs non appropriés
 - conflits sociaux graves ou répétés

13.2. Durant cette analyse à caractère financier, l'administrateur provisoire prendra contact avec le commissaire chargé de la certification des comptes et envisagera son assistance éventuelle.

13.3. Etant donné que l'administrateur provisoire est responsable de sa gestion, et donc de la gestion comptable, il veillera à la qualité de l'enregistrement comptable et à l'émission de situations bilantaires régulières. Il n'est pas tenu, comme pourrait l'être un curateur, d'établir une situation comptable d'ouverture, mais il examinera attentivement la situation comptable de l'entreprise, à savoir :

- son organisation
- son bon fonctionnement et sa mise à jour

- le respect des obligations légales (administratives, comptables et fiscales)
- l'inventaire des engagements hors bilan
- la consolidation et la situation financière et juridique des filiales
- l'existence ou non d'une comptabilité analytique

L'administrateur provisoire doit tenir compte de ce qu'il peut être amené à justifier des résultats de sa gestion à l'égard des actionnaires et/ou du Tribunal.

13.4. Les modalités de reporting seront examinées avec attention, les difficultés des entreprises étant souvent issues d'une absence de rigueur à ce sujet. L'administrateur provisoire examinera ainsi :

- la façon dont les informations économiques et financières sont transmises à l'organe de gestion
- le contenu de l'information économique et financière
- la rigueur administrative du reporting
- la régularité et le suivi
- l'existence des informations minimum requises pour une gestion rigoureuse (voir point 4.5.3.2.).

14. – ASPECTS COMMERCIAUX

14.1. Afin de cerner de façon optimale la situation de l'entreprise, l'administrateur provisoire sera parfois amené à examiner les relations avec les clients, les fournisseurs, les banques. Les conditions et contrats devront être analysés, parfois renégociés. Il pourrait en effet s'avérer utile de prendre contact avec les partenaires économiques de l'entreprises afin d'expliquer la situation et de proposer de modifier les conditions des relations.

15. – ASPECTS SOCIAUX

15.1. Les relations avec le personnel et le conseil d'entreprises sont extrêmement importantes. L'intervention d'un administrateur provisoire s'avère souvent inquiétante pour les partenaires sociaux, faute d'information ou d'explications suffisantes. C'est pourquoi il est vivement recommandé à l'administrateur provisoire, et selon les dispositions de la mission, de prévoir une réunion d'information du

personnel quant à la situation de l'entreprise, le cadre d'intervention de l'administrateur provisoire et la durée de sa mission.

15.2. Ainsi, l'administrateur provisoire examinera plusieurs aspects sociaux, dont il informera les membres du personnel :

- maintien de l'emploi, engagements supplémentaires, réaffectations ou réorganisation ;
- existence d'un passif social
- situation du paiement des rémunérations
- litiges sociaux
- situation envers l'ONSS

16. – DISPOSITION DE L'ENTREPRISE

16.1. L'administrateur provisoire peut être amené à restructurer l'entreprise, selon les décisions du tribunal. Il peut s'agir, à titre d'exemple :

- de la cession ou de la répartition des parts (l'administrateur provisoire examinera dans ce cas si cela est utile, nécessaire, voire indispensable). En général, ce point ne relève pas de l'administration et de la gestion
- d'une cession totale ou partielle d'actifs
- d'une cession d'une branche d'activités
- de l'ouverture du capital en fonction du besoin de partenaires

16.2. Dans ces cas, l'administrateur provisoire veillera au respect :

- des règles de discrétion
- des dispositions statutaires
- de la transparence entre actionnaires
- des conflits d'intérêts qui pourraient surgir
- des approbations à obtenir

17. – CONSTATATION D'IRRÉGULARITÉS DURANT LA MISSION

17.1. Lorsque l'administrateur provisoire découvre des infractions significatives au droit comptable, au droit des sociétés ou toute autre infraction aux lois, il est censé en informer, en tant que mandataire de justice, l'organe de gestion et le tribunal. Si ces

infractions compromettent le bon déroulement de sa mission, il appartient à l'administrateur provisoire de recommander au tribunal de prendre les décisions nécessaires, et d'éventuellement mettre fin à sa mission (28).

17.2. Il revient à l'administrateur provisoire d'apprécier la gravité des faits constatés, d'y mettre fin sans délais ou de demander à ce qu'il y soit mis fin, et à prévoir les éventuelles conséquences financières des infractions.

18. – STRUCTURE MINIMALE D'UN DOSSIER D'UN ADMINISTRATEUR PROVISOIRE

18.1. Le professionnel constituera un dossier de travail, qui comprendra au minimum les documents suivants :

- Jugement du tribunal de commerce
- Correspondance avec le tribunal, les parties, les professionnels, les tiers
- Mémoire de réunions de travail
- Rapports et comptes rendus établis
- Détail des prestations effectuées, budget, facturation
- Informations et documents nécessaires à l'exercice de la mission :
 - informations générales de l'entreprise
 - inventaire des conflits
 - interviews
 - informations financières
 - informations commerciales
 - informations sociales et fiscales
 - informations juridiques
- situations comptables mensuelles

(28) *Note technique relative aux missions en relation avec le concordat judiciaire*, IRE-IEC, p. 23.

DE VOORLOPIGE BEWINDVOERING

DOOR

TOON LYSENS

VOORZITTER RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TONGEREN

INHOUD

INLEIDING

Deel 1. – De gemeenrechtelijke voorlopige bewindvoering

- 1.1. – *Algemeen*
- 1.2. – De aanstelling
 - 1.2.1. Bevoegde rechter
 - 1.2.2. Procedure
 - 1.2.3. Gronden tot aanstelling
- 1.3. Publicatie
- 1.4. Bevoegdheid en omschrijving opdracht
- 1.5. Aansprakelijkheid Error! Bookmark not defined
- 1.6. Duur en Beëindiging van de opdracht
- 1.7. Kosten en erelonen

Deel 2. – De Ontneming van het beheer in toepassing van art. 8 Fail. W.

- 2.1. Algemeen
- 2.2. Historiek
 - 2.2.1. Ambtshalve faillissement
 - 2.2.2. Vergelijking met de bestaande rechtsfiguren
- 2.3. Aanwijzing van de voorlopige bewindvoerder
 - 2.3.1. Bevoegde rechtbank
 - 2.3.2. Initiatiefnemers
 - 2.3.3. Procedure
 - 2.3.4. Voorwaarden
 - 2.3.5. Faillissementsvoorwaarden
- 2.4. Bekwaamheidsvereisten en bevoegdheden
 - 2.4.1. Keuze van de voorlopige bewindvoerder
 - 2.4.2. Bevoegdheden bepaald bij de aanstelling
 - 2.4.3. Wijziging van bevoegdheden
 - 2.4.4. Grenzen van de bevoegdheid i.v.m. faillissement en gerechtelijk akkoord

- 2.5. Einde van opdracht
 - 2.5.1. De voorwaarde van dagvaarding
 - 2.5.2. Faillissementsvonnis
 - 2.5.3. Verval van rechtswege
- 2.6. Publiciteit
 - 2.6.1. Vermelding in het handelsregister
 - 2.6.2. Geen publicatie
 - 2.6.3. Mededeling aan normale handelspartners
- 2.7. Kosten en vergoeding
 - 2.7.1. Wijze van begroting
 - 2.7.2. Wijze van betaling
- 2.8. Verband met faillissement en gerechtelijk akkoord
 - 2.8.1. Aanvraag tot gerechtelijk akkoord
 - 2.8.2. Faillissementsprocedure
 - 2.8.3. Onverenigbaarheden
 - 2.8.4. Tegenstelbaarheid bij later faillissement
- 2.9. Besluit

BIBLIOGRAPHIE

INLEIDING

In de laatste jaren is de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder in vennootschapsbetwistingen aanzienlijk toegenomen. Wellicht is dit ook een gevolg van het feit dat er steeds meer vennootschapsgeschillen voorkomen. Alleszins is het vaststellen van de voorzitters van de rechtbanken van koophandel dat steeds vaker beroep wordt gedaan op de procedure van uittreding of uitsluiting op de wijze van het kort geding. Voor de aanstelling van de voorlopige bewindvoerder dient een onderscheid gemaakt tussen de aanstellingen die gebeuren in het kader van een specifieke wetgeving en de aanstellingen in het gemeen recht. Een ander onderscheid dat niet volledig gelijkloopt is het onderscheid in het algemeen belang of ter verdediging van een privaat belang. In het kader van deze studiedag zullen wij vooral aandacht besteden aan de aanstelling op grond van art. 8 Fail. W. Alhoewel deze ook op verzoek van een schuldeiser kan gebeuren dient zij toch vooral gezien te worden als een maatregel ter verdediging van het algemeen belang nl. de belangen van het geheel van de schuldeisers. Daarnaast wordt eerst aandacht besteed aan de zogenaamde gemeenrechtelijk aanstelling. Deze voorlopige bewindvoering kadert in de vennootschapsgeschil, waarbij een aandeelhouder, een vennootschapsorgaan of een schuld-

eiser de tussenkomst van de rechtbank vraagt ter bescherming van zijn eigen belangen. De voorlopige bewindvoering is dan een bewarende maatregel over het geheel van de vennootschap.

Gezien het procedureaspect niet onbelangrijk is zal dikwijls beroep gedaan worden op advocaten. Bij iedere voorlopige bewindvoering van enige omvang zal de tussenkomst van een accountant of bedrijfsrevisor noodzakelijk zijn. Volgens de aard van de zaak zal de rechtbank zelf een revisor aanstellen dan wel aan de aangestelde voorlopige bewindvoerder toelaten zich te laten bijstaan.

DEEL 1. – DE GEMEENRECHTELIJKE VOORLOPIGE BEWINDVOERING

De aanstelling van een voorlopig bewindvoerder is in de loop van de jaren uitgegroeid tot een vrij belangrijk instrument in het kader van het vennootschapsrecht. Deze ontwikkeling heeft vooral plaats gevonden in de rechtspraak en de rechtsleer (1). De rechtspraak is vooral ontwikkeld door de Voorzitters van de rechtbanken van Koophandel (2).

De voorlopige bewindvoerder is in de eerste plaats een beheerder van een vermogen (3). Zijn aanstelling, de procedure, de opdracht en zijn bevoegdheid kunnen sterk verschillen. Veeleer dan volledigheid na te streven willen de verschillende mogelijkheden aanduiden, samen met de problemen die zich stellen.

1.1. – *Algemeen*

De rechtsfiguur van de voorlopige bewindvoerder is niet wettelijk geregeld. In art. 74, 2° d W. Venn wordt vermeld dat de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder dient gepubliceerd. In de art. 208 en 660 W. Venn. wordt de aanstelling geregeld in zeer specifieke gevallen van ontbinding. Er is echter geen algemene bepaling, die de mogelijkheden tot aanstelling of de procedure regelt. Het Bur-

(1) H. BRAECKMANS en P. ERNST, « Conflicten in vennootschappen », in *Handels – Economisch en Financieel recht*, Mys en Breesch, Gent, 1995, blz. 104 e.v.; B. TILLEMANS, « Het Gerechtelijk sekwester in vennootschapsgeschillen », *T.R.V.* 93/8, 503; H. BRAECKMANS, « Conflicten in vennootschappen », *R.W.* 2002-2003, 1081 e.v.

(2) GEENS K., DENEFF, M., HELLEMANS, F., TAS, R. en VANANROYE J., « Overzicht van rechtspraak vennootschappen », (1992-1998), *T.P.R.* 2000, 279 e.v.

(3) E. DIRIX, « De bewindvoerder in het insolventierecht », in *Liber amicorum W. Van Gerven*.

gerlijk Wetboek voorziet in art. 1961, lid 2 B.W. de aanstelling van een gerechtelijk sekwester. Thans wordt echter algemeen aanvaard dat een gerechtelijk sekwester een bewarend opdracht heeft over een bepaald roerend of onroerend goed, terwijl in het kader van vennootschapsbetwistingen veeleer een voorlopig bewindvoerder wordt aangesteld. Het behoud van het vermogen vergt immers in hoofdzaak het stellen van beheers- en beleidsdaden, terwijl de sekwester slechts uitzonderlijk met beheersdaden belast wordt. Voor het beheer van het vermogen is de voorlopige bewindvoerder een meer geëigende conservatoire maatregel (4)

Art. 74 d W. Venn is samen met art. 584 Ger.W. een voldoende grondslag voor de bevoegdheid van de Voorzitter in kort geding om voorlopige maatregelen te nemen inzonderheid de aanstelling van sekwesters. Ondanks de onduidelijkheid over de wettelijke grondslag neemt het aantal aanstellingen eerder toe (5). Het is duidelijk dat de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder een vergaande tussenkomst is in de werking van de vennootschap. Daarom wordt ook algemeen gesteld dat de aanstelling uitzonderlijk moet zijn en enkel op verzoek van een beperkt aantal vorderinggerechtigden. De aanstellingen gebeuren meestal in kort geding gezien het dringend karakter. De aanstelling mag de partijen dan ook geen definitieve of onherstelbare schade toebrengen (art. 1039 Ger.W.).

Het ontbreken van een wettelijke regeling heeft voor gevolg dat ook de omschrijving van de opdracht, de keuze van de persoon en de vergoeding door de rechtspraak en rechtsleer zijn ontwikkeld.

1.2. – *De aanstelling*

1.2.1. *Bevoegde rechter*

Algemeen wordt aanvaard dat de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder juist door zijn uitzonderlijk karakter enkel kan, indien andere oplossingen niet meer haalbaar zijn. Dikwijls speelt de tijdsfactor een belangrijke rol. Alhoewel de hoogdringendheid geen vereiste is voor de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder zal deze dikwijls ingeroepen worden. De hoogdringendheid zal

(4) B. TILLEMANS o.m. in *Vennootschapsrechtelijke gevolgen van familievennootschappen en echtscheidingen*, Studiedag K.U.L.

(5) GEENS K., e.a. o.c., blz. 281, nr. 230.

dan onderzocht worden in het kader van de bevoegdheid van de rechter in kort geding. Bijgevolg dient nagegaan of de voorwaarden van art. 584 vervuld zijn (6). Wanneer de aanstelling gebeurt op eenzijdig verzoekschrift dient bovendien de dringende noodzakelijkheid aangetoond (7).

Volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie (8) dient de rechter in kort geding drie elementen te onderzoeken nl. de hoogdringendheid, de belangenafweging en het dreigende gevaar zonder in te gaan op het verweer gebaseerd op het materiële recht. Ook al wordt de hoogdringendheid niet langer, als een element van ontvankelijkheid, beschouwd toch is dit een voorwaarde om de rechter in kort geding te kunnen vatten. De hoogdringendheid is de omstandigheid waarin een onmiddellijke beslissing wenselijk is om de schade van een bepaalde omvang van wel ernstige ongemakken te voorkomen. De spoedeisendheid wordt beoordeeld op het ogenblik van de uitspraak. De eiser mag zelf geen schuld hebben aan de hoogdringendheid. Hij mag dus zelf niet aan de basis liggen van de omstandigheden, die de hoogdringendheid rechtvaardigen en hij mag evenmin door zijn eigen talmen de hoogdringendheid veroorzaken.

Gezien de vennootschapsgeschillen op grond van art. 574 lid 1, zoals gewijzigd door de Wet van 7 mei 1999, tot de exclusieve bevoegdheid van de rechtbank van koophandel behoren, is de voorzitter van de rechtbank van koophandel bevoegd om de voorlopige bewindvoerder over een vennootschap aan te stellen (9).

1.2.2. *Procedure*

De aanstelling van een voorlopig bewindvoerder gebeurt volgens de gewone procedureregels van het Gerechtelijk Wetboek. Theoretisch is een aanstelling in een bodemprocedure mogelijk. In feite zal de aanstelling meestal gevorderd worden in kort geding gezien het dringend karakter.

(6) Omtrent de procedure in Kort Geding, zie D. LINDEMANS, *Kort Geding*, Kluwer, Antwerpen 1985.

(7) E. MONARD en D. DEGREEF, *Het Eenzijdig verzoekschrift*, Kluwer, 1998.

(8) Cass. 4 februari 2000, *R.W.* 2000-2001, 814.

(9) J. LAENENS, « Overzicht van rechtspraak – De Bevoegdheid (1993-2000) », *T.P.R.* 2002/3, blz. 1559, 107.

De te volgen procedure is deze van het kort geding zoals geregeld in de art. 1035 e.v. Ger.W. en niet deze van de procedure op de wijze van het kort geding, die geldt voor de procedures van uitsluiting en uittreding in het kader van het W. Venn. Beide procedure verschillen fundamenteel. Wanneer in het kader van een vennootschapsbetwisting de gedwongen overdracht of overname van de aandelen wordt gevorderd en in afwachting een bewarende maatregel wordt gevorderd, is het aangewezen een aparte procedure in te leiden.

Het verzoek tot aanstelling kan uitgaan van iedere belanghebbende in de zin van art. 19 Ger.W. Het is duidelijk dat dit het geval is voor bestuurders, vennoten, de commissaris – revisor en personen die aanspraak maken op het eigendomsrecht van de aandelen.

Voor derden zoals schuldeisers, bankiers en personeelsleden is dit veel minder duidelijk (10). De rechtspraak van bepaalde rechtbanken om ook een aanstelling op verzoek van de vennootschap zelf toe te staan in een pre-faillissementsfase (11) lijkt achterhaald door de invoering van art. 8 Fail. W. en de W.G.A.

De mogelijkheid om een bedrijf in activiteit over te dragen onder controle van de rechtbank van koophandel werd uitdrukkelijk voorzien zowel in de Faillissementswet (art. 74, § 4) als in de Wet op het Gerechtelijk Akkoord (art. 41). De ervaringen van de laatste jaren wijzen erop dat het gerechtelijk akkoord een veel te omslachtige procedure is. In theorie is het een ideale mogelijkheid om uitstel van betaling te bekomen in afwachting van een mogelijke overdracht van het geheel of een gedeelte van de economische activiteit. In feite is gebleken dat het gerechtelijk akkoord weinig gebruikt wordt. De eenvoudigste manier om de economische activiteit van een bedrijf in moeilijkheden te redden is nog steeds het faillissement omdat op die manier de overnemer duidelijkheid heeft over de rechten en verplichtingen, die hij overneemt.

Ter vrijwaring van de rechten van de schuldeisers van de betrokken vennootschap, die hun twijfels hebben over de solvabiliteit, is de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder in het kader van art. 8 Fail. W. de meest aangewezen weg omdat hierdoor de rechtbank een rechtstreekse controle krijgt op de aanwezige activa.

(10) Luik 30 juni 1993, *T.R.V.* 1993, 549.

(11) Vz. Kh. Luik 16 augustus 1991, *T.R.V.* 1992, 38.

Bovendien krijgt zij via de voorlopige bewindvoerder een duidelijk inzicht in de globale situatie van de vennootschap.

Of ook de schuldeisers van een aandeelhouder een vordering kunnen instellen is betwist. In bepaalde omstandigheden kan ook een bewarende maatregel ten aanzien van de vennootschap toegestaan worden omdat de schuldenaar de vennootschap leegpompt of haar insolventie organiseert teneinde zijn vermogen aan de schuldeiser te onttrekken.

1.2.3. *Gronden tot aanstelling*

De rechtsleer pleit voor terughoudendheid bij de aanstelling en wijst op het uitzonderlijk karakter van de aanwijzing. Slechts in uiterste nood, wanneer dringende en bijzondere omstandigheden de normale werking van de vennootschap blokkeren of (quasi-) onmogelijk maken of het voortbestaan van de vennootschap ernstig in gevaar brengen, en minder ingrijpende maatregelen niet tot een effectieve oplossing leiden, kan een voorlopig bewindvoerder worden aangesteld (12). Dat standpunt dient echter genuanceerd.

De rechtbank dient bij de beoordeling van de vordering tot aanstelling van een voorlopige bewindvoerder een afweging van belangen te maken. Hierbij wordt het mogelijk nadeel van de eiser bij afwijzing van de eis afgewogen tegen het mogelijk nadeel van de verweerders bij toekenning (13). Naar onze overtuiging dient gezien de aard van de betwisting het belang van de vennootschap te primeren, ook al is deze eerder het lijdend voorwerp van procedure. De partijen zijn slechts in het geding betrokken omwille van hun relatie met de vennootschap. De bewarende maatregel wordt gevraagd over de vennootschap, maar kan haar ook veel schade toebrengen. Daarom dient naast het rechtstreeks belang van de partijen ook met het belang van de onderneming die onder de vorm van de vennootschap wordt uitgebaat, rekening gehouden. Bij de vaak voorkomende familiale geschillen tussen vennoten kan de onbestuurbaarheid ingevolge de familiale context het voortbestaan van de onderneming in gevaar brengen. De voorlopige bewindvoerder kan in dergelijke situaties een rol spelen als moderator tussen partijen om hen al dan niet in samenwerking met de rechtbank tot een oplossing te

(12) BRAEKMANS H. en ERNST P., *o.c.*, blz. 107.

(13) Vz. Kh. Brussel, 20 juni 1990, *T.R.V.* 1991, 53 met noot B. TILLEMANS.

brengen. Dikwijls zal deze oplossing bestaan in de overdracht of de overname van de aandelen. Soms zal een herkapitalisering of de tussenkoms van een derde noodzakelijk zijn. In die gevallen kan de voorlopige bewindvoerder naast een zuiver bewarende ook een actieve rol spelen. Zijn aanstelling kan voor de schuldeisers vertrouwen wekken. Met name de bankier, die meestal reeds voor de aanstelling op de hoogte is van de problemen zal meer geduld aan de dag leggen indien hij weet dat zijn rechten gevrijwaard zijn.

De voorlopige bewindvoerder kan een beveiliging zijn voor de uitredende vennoot in afwachting van de afhandeling van de overdracht. In dat geval worden beide procedures parallel gevoerd.

In de rechtspraak worden onder meer de volgende gronden aanvaard :

- het niet-functioneren van de vennootschapsorganen omwille van de objectieve onmogelijkheid zoals de aanhouding van de enige zaakvoerder en aandeelhouder, staking van stemmen in de algemene vergadering (14). B. Tillemans omschrijft dit als de onmogelijkheid om de algemene vergadering samen te roepen t.g.v. de afwezigheid van bestuursorganen. Deze gevallen komen slechts zeer uitzonderlijk voor
- het niet-functioneren van de vennootschapsorganen wegens een subjectief geschil zoals de weigering door een 50 % – aandeelhouder om de rekeningen goed te keuren en de weigering van de leveranciers omwille van deze blokkering om nog te leveren (15). Hier kan verwezen worden naar de onmogelijkheid om een algemene vergadering samen te roepen ten gevolge van de gebrekkige werking van de raad van bestuur
- echtelijke moeilijkheden tussen de vennoten – echtgenoten in een patrimoniumvennootschap (16)
- de benoeming tot bestuurder van een persoon, die hiervan op grond van het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934 uitgesloten is (17)
- materiële onmogelijkheid voor de statutaire zaakvoerder om zijn functie uit te oefenen (18)

(14) Vz. Kh. Brugge, 24 maart 1997, *V & F* 1997, 184.

(15) Vz. Kh. Charleroi, 1 februari 1996, *Rev. Prat. Soc.* 1996, 313; *T.R.V.* 1996, 205.

(16) Vz. Kh. Gent, 3 mei 1995, *T.B.H.* 1997, 257.

(17) Vz. Kh. Brussel, 13 oktober 1976, *R.P.S.* 1977, blz. 277, 5961.

(18) Vz. Kh. Brussel, 17 december 1990, *T.B.H.* 1991, 919.

- het bestuursorgaan schendt de regels van het vennootschapsrecht en/of de statuten (19)
- mogelijke vrees van de fiscus dat de activa naar het buitenland zouden versluisd worden (20)
- ernstig en dreigend gevaar voor het bestuur van een V.Z.W. en de noodzaak tot vrijwaring van de belangen van de leden, de schuldeisers en de talrijke schenkers (21).

Daarentegen werden niet als voldoende gronden beschouwd :

- er is nog steeds een meerderheid en een minderheid voorhanden, die een normaal bestuur garanderen (22)
- de vaststelling dat het ingeroepen misbruik van meerderheid zich in feite niet heeft voorgedaan (23)
- het bestaan van een meningsverschil tussen de aandeelhouders (24)
- onenigheid over de ontbinding of vereffening van de vennootschap (25), wel werd een vereffenaar aangesteld omdat er een onherstelbare breuk was tussen de aandeelhouders.

1.3. – *Publicatie*

De beslissing tot aanstelling van een voorlopige bewindvoerder dient gepubliceerd te worden op grond van art. 72, 2° d W. Venn. Dit betekent dat de aanstelling ter kennis kan komen van alle handelsrelaties van de betrokken vennootschap. Met deze overweging dient zeker rekening gehouden bij de aanstelling. De publicatie gebeurt in de bijlage van het Belgisch Staatsblad en wordt door de dienst vennootschappen van de rechtbanken van koophandel meegedeeld aan de K.B.O. Gezien het openbaar karakter hiervan is de aanstelling dus bekend aan derden.

(19) Vz. Kh. Brussel, 15 januari 1988, *T.R.V.* 1988, 384.

(20) Vz. Kh. Brussel, 23 januari 2003, *T.R.V.* 2002, 321.

(21) Vz. Rb. Brussel, 15 juli 1996, *T.B.H.* 1997, 263.

(22) Vz. Kh. Gent, 14 november 1997, *T.R.V.* 1998, 54.

(23) Vz. Kh. Verviers, 9 januari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1250.

(24) Vz. Kh. Antwerpen 10 september 1997, *V & F* 1997, 323; Vz. Kh. Brussel, 30 juni 1995, *T.R.V.* 1996, 513.

(25) VZ. Kh. Brussel, 5 maart 1991, *T.R.V.* 1992, 557; Kh. Nijvel, 26 juni 1994, *T.R.V.* 1994, 533.

1.4. – *Bevoegdheid en omschrijving opdracht*

Gezien algemeen gepleit wordt voor terughoudendheid bij de aanstelling is het logisch dat ook de functie nauwkeurig en beperkend moet omschreven worden. Wanneer de voorlopige bewindvoerder belast wordt met het volledig beheer betekent dit hij zowel een actief als een passief beleid kan voeren. Hij dient zich te houden aan de wettelijke bepalingen en moet bijvoorbeeld tijdig de balans neerleggen. Zelfs indien hij belast is met het volledig beheer kan de voorlopige bewindvoerder gezien het voorlopig karakter van zijn opdracht geen beslissingen, die op fundamentele wijze en op lange termijn de toekomst van de vennootschap bepalen. Aldus kan hij niet over gaan tot de vereffening van de activa buiten een vereffeningprocedure (26). Vooral in de procedures waarin de voorlopige bewindvoerder aangesteld werd als pré-curator stelt zich de vraag of het de bedoeling kan zijn dat een voorlopig bewindvoerder instaat voor de overdracht van de onderneming. Het lijkt aangewezen de bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder in het algemeen af te stemmen op de taak van de dagelijkse bestuurder. Deze kan dan functioneren samen of naast de bestuurders en onder de controle van de algemene vergadering.

Dikwijls heeft de voorlopige bewindvoerder een beperkte opdracht zoals het bijeenroepen of voorzitter van de algemene vergadering of de raad van bestuur (27), of een loutere controlebevoegdheid zoals het opstellen van de inventaris, de bewaring van de activa of het blokkeren van een transactie nadelig voor de vennootschap.

Onduidelijkheid kan ontstaan over de bevoegdheid tot aangifte van de staking van betaling. Voor de voorlopige bewindvoerder aangesteld in toepassing van art. 8 Fail. W. en de commissaris inzake opschorting is er weinig discussie mogelijk. De wet sluit deze bevoegdheid uit. Voor de gemeenrechtelijke aanstelling is het minder duidelijk. Zelfs indien hij een algemene bestuursbevoegdheid heeft lijkt het aangewezen dat een voorlopige bewindvoerder de vraag of er staking van betaling is voorlegt aan de algemene vergadering. Indien deze hem niet volgt kan hij nog steeds een verslag opstellen aan de voorzitter van de rechtbank van koophandel, die

(26) Vz. Kh. Bergen, 26 januari 2000, *J.L.M.B.* 2001, 827.

(27) Vz. Kh. Brussel, 23 december 1983, *R.P.S.* 1984, 299; Kh. Brussel, 6 november 1987, *T.R.V.* 1987.

een voorlopige bewindvoerder in het kader van art. 8 kan aanstellen of het dossier overmaken aan de Kamer van Handelonderzoek, die op haar beurt de procureur des Konings kan vragen over te gaan tot dagvaarding.

Sommige auteurs menen dat de rechter niet alleen zeer terughoudend moet zijn maar ook beroep kan doen op een andere rechtsfiguur nl. de (gerechtelijk) lasthebber *ad hoc* (28). Een dergelijke minder verreikende maatregel kan de voorkeur verdienen omdat de bevoegdheden kunnen aangepast worden aan de concrete behoeften (29). Tot de benoeming van een voorlopige bewindvoerder dient slechts overgegaan indien de maatregel volstrekt noodzakelijk is, terwijl aan de lasthebber *ad hoc* beperkte opdrachten in de regel met uitsluiting van het beheer worden toevertrouwd zoals het bijeenroepen van een orgaan, het verlenen van een machtiging of veto-recht tegen een beslissing, die een rechterlijke beschikking miskent. Het voordeel van een dergelijke maatregel is dat er geen publicatie dient te gebeuren.

1.5. – *Duur en beëindiging van de opdracht*

De duur van de opdracht hangt dikwijls samen met de inhoud ervan. Indien de opdracht beperkt is tot een bepaalde beheersdaad houdt ze daarmee uiteraard op. Soms bepaalt de beschikking bovendien een termijn binnen dewelke de betrokken handeling moet worden gesteld (30). Bij de aanstelling op ééNZIJDIG verzoekschrift wordt de opdracht soms gekoppeld aan het instellen van een tegensprekelijke procedure. Alleszins zal de maatregel bijna altijd beperkt worden in de tijd of gekoppeld aan een bepaalde gebeurtenis. Het probleem is dat de voorzitter op het ogenblik van de aanstelling dikwijls geen duidelijk beeld heeft van de stand van zaken of ook geen idee heeft over de evolutie. Het is dan niet ongebruikelijk een voorlopige bewindvoerder aan te stellen en in dezelfde beschikking de zaak in verderzetting te stellen op een vaste datum om na te gaan of de aanstelling nog noodzakelijk is en dient verlengd te worden. Wanneer in de beschikking zonder meer een termijn wordt bepaald is een verlenging enkel mogelijk mits het inleiden van een nieuwe

(28) H. BRAECKMANS, « Conflicten in vennootschappen », *R.W.* 2002-2003, 1090, 26.

(29) K. GEENS en H. LAGA, « Overzicht van rechtspraak Vennootschappen », *T.P.R.* 1993, blz. 1043, 123.

(30) Vz. Kh. Luik, 9 september 1993, *R.P.S.* 1993, 188.

procedure. Zelfs indien de verlenging in dezelfde procedure gebeurt dienen partijen alleszins hieromtrent gehoord te worden (31)

Wanneer de aanstelling gebeurt voor onbepaalde tijd kan het einde van de opdracht problemen stellen. Zodra de reden tot aanstelling verdwenen is bijvoorbeeld door de overdracht van de aandelen of het invullen van de bestuursmandaten kan de voorlopige bewindvoerder zijn opdracht stopzetten. Dikwijls zijn de partijen en de voorlopige bewindvoerder het daarover eens. Om de beslissing ter kennis te brengen van derden is een publicatie nodig. Dit kan alleen op basis van een rechterlijke beslissing of een beslissing van de algemene vergadering. Het lijkt aanvaardbaar dat een beslissing van de algemene vergadering, waarin het akkoord van de partijen om de opdracht van de voorlopige bewindvoerder te beëindigen wordt geacteerd.

1.6. – *Kosten en erelonen*

Als gerechtelijk mandataris wordt de voorlopige bewindvoerder net zoals de deskundige, betaald door de partijen. In geval van betwisting over zijn staat beslist de rechter, die hem heeft aangesteld. Omdat de aanstelling dikwijls in kort geding gebeurt en er meestal zelfs geen bodemprocedure volgt is het aangewezen de betaling van de kosten en de erelonen bij de aanstelling te regelen. Omdat de aanstelling meestal gebeurt in het belang van de vennootschap, worden de kosten dikwijls ten haren laste gelegd. De normale bestuursorganen moeten er dan voor instaan. De grondslag voor de aanstelling ligt echter dikwijls in de tegenstellingen op het niveau van het bestuur. Daarom zal de rechtbank de kosten ten laste leggen van de vennootschap met dien verstande dat indien nodig de aanleggende partij ze dient te provisioneren.

De vraag of de kosten van de voorlopige bewindvoerder bevoorrecht zijn is betwist. Wanneer het optreden van de voorlopige bewindvoerder heeft bijgedragen tot het behoud of de vereffening van de activa kan hij aanspraak maken op het voorrecht van de gerechtskosten (32). Caeymaex betwist dit omdat het voorrecht enkel betrekking heeft op kosten, die strekken tot het behoud van

(31) POTTIER, E. en DE ROECK, M., « L'administration provisoire : bilan et perspectives », *T.B.H.* 1997, blz. 234, 155.

(32) E. POTTIER en M. DE ROECK, *o.c.* 241.

welbepaalde goederen en niet de algemeenheid (33). Deze laatste opmerking geldt voor de kosten tot behoud van de zaak doch niet voor de gerechtskosten.

DEEL 2. – DE ONTNEMING VAN HET BEHEER
IN TOEPASSING VAN ART. 8 FAIL. W.

2.1. – *Algemeen*

Sinds de invoering van de Wet van 8 augustus 1997 kan in het kader van het insolventierecht een voorlopige bewindvoerder worden aangesteld (34). De rechtsfiguur van de ontneming van het beheer en de aanwijzing van een voorlopige bewindvoerder is niet nieuw. Het meest gekende voorbeeld is de toevoeging van een voorlopig bewindvoerder aan een meerderjarige onbekwame op grond van art. 488*bis* B.W. Ook in art. 74, 2° d W. Venn is sprake van een voorlopige bewindvoerder. In de rechtspraak en de rechtsleer werd de rechtsfiguur verder uitgewerkt. Meestal is zijn aanstelling een voorlopige maatregel ter bewaring van roerende goederen of ter bescherming van vennootschappen met een leemte in het beheer. In verband met bedrijven in moeilijkheden werd reeds eerder een voorlopige bewindvoerder aangesteld (35).

De Fail. W. is in werking getreden op 1 januari 1998. Inmiddels werden bijherhaling voorlopige bewindvoerders aangesteld zowel ambtshalve als op verzoekschrift. Toch is de gepubliceerde rechtspraak relatief beperkt (36). Daarom wordt verder nog verwezen

(33) Rb. Luik, 22 juni 1995, *J.L.M.B.* 1996, 883 met noot CAEYMAX.

(34) E. DIRIX, « De bewindvoerder in het insolventierecht », in *Liber amicorum W. Van Gerwen*, Kluwer, Antwerpen, 521.

(35) COLLE, P., « De voorlopige bewindvoerder in de ondernemingen in moeilijkheden : recente ontwikkelingen », in X., *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, Brussel, Biblo, 1994, blz. 211.

BRAECKMANS, H., en ERNST, P., « Conflicten in vennootschappen », in X., *Handels -, Economisch en Financieel recht*, Gent, Mys en Bresch, 1995, blz. 89 e.v.

POTTIER, E., DE ROECK, M., « L'administration provisoire : bilan en perspectives », *T.B.H.* 1997, 203-250.

(36) De gepubliceerde rechtspraak heeft meestal betrekking op de gronden tot aanstelling.

worden naar de parlementaire voorbereiding (37) en analoge toepassingen uit het verleden. De aanstelling in toepassing van art. 8 Fail. W. beantwoordt aan een eigen *ratio legis* (38). Terwijl de klassieke voorlopige bewindvoerder wordt aangesteld bij gebrek aan normaal functioneren van de vennootschapsorganen, heeft de toepassing van art. 8 tot doel te vermijden dat de schuldenaar zijn onvermogen zou inrichten.

2.2. – *Historiek*

De bevoegdheid tot aanwijzing van een voorlopige bewindvoerder werd aan de voorzitter van de rechtbank van koophandel toegekend als compensatie voor de afschaffing van het ambtshalve faillissement. Alhoewel sommige auteurs menen dat de aanwijzing van een voorlopige bewindvoerder de facto het faillissement zal tot gevolg hebben, (39) is er toch een essentieel verschil tussen het ambtshalve faillissement en de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder. Er dient vastgesteld dat de nieuwe wetgeving het evenwicht tussen de rechten van de schuldenaar en zijn schuldeisers beter waarborgt. De ontneming van het beheer kadert in de faillissementswet zodat het enkele feit van de aanstelling een belangrijke aanwijzing is van een mogelijk faillissement. Toch kan zij pas tot een faillissement leiden na een tegensprekelijke behandeling door de rechtbank. Niet iedere aanstelling leidt tot een faillissement. Om inzicht te krijgen in de bedoeling van de wetgever blijft het nuttig dient in te gaan op de afschaffing van het ambtshalve faillissement.

2.2.1. *Ambtshalve faillissement*

Bij de voorbereiding van de Fail. W. speelde de commissie Krings een belangrijke rol. In 1992 maakte zij aan de toenmalige minister

(37) VANDENBERGHE, H., « Verslag namens de commissie Justitie van de senaat – Wetontwerp betreffende het gerechtelijk akkoord – Ontwerp van faillissementswet », *Parlementaire handelingen Belgische Senaat*, 1-498/11, blz. 86-98 en 203-206.

VANDEURZEN, J., « Verslag namens de commissie belast met de problemen inzake handels en economisch recht omtrent het Wetontwerp betreffende het gerechtelijk akkoord, het Ontwerp van faillissementswet en het Wetvoorstel tot aanstelling van bij de rechtbanken van koophandel benoemde curators », dd. 29.11.96, *Parlementaire handelingen*, 329/17, 1995/96, blz. 113-116 verder aangeduid als verslag Vandeurzen 2.

(38) GEENS K., DENEFF, M., HELLEMANS, F., TAS, R. en VANANROYE J. « Overzicht van rechtspraak », (1992-1998), *T.P.R.* 2000, nr. 246, 290.

(39) VAN BUGGENHOUT, C., « Kanttekeningen bij de wetten betreffende het gerechtelijk akkoord en het faillissement », *R.W.*, 1997-1998, blz. 457, nr. 14.

van Justitie een tekstvoorstel over, dat leidde tot het eerste wetsonwerp (40). De voorzitter van deze commissie toonde zich reeds geruime tijd tegenstander van de procedure van het ambtshalve faillissement (41). Als voornaamste argument werd aangevoerd dat het ontbreken van een tegensprekelijke procedure in strijd was met art. 6 E.V.R.M. (42) Nochtans had de rechtspraak zich reeds aangepast aan deze verdragsbepaling. Door de opeenvolgende arresten van het Hof van Cassatie (43) werd enkel het faillissement op eenzijdige behandeling na verzoekschrift, dat nota bene in de wet stond ingeschreven, afgeschaft. Het ambtshalve faillissement werd praetoriaans verfiijnd door de werking van de depistagediensten (44) en omgevormd in een tegensprekelijke procedure, door de voorafgaande oproeping van de handelaar. De rechtsleer onderstreept terecht dat deze procedure de toetsing aan art. 6 E.V.R.M. kon doorstaan (45). Bovendien was het een efficiënte oplossing, die door de rechtbanken trouwens met de nodige voorzichtigheid werd toegepast (46) (47). Toch werd het ambtshalve faillissement afgeschaft deels om rechtsdogmatische redenen deels uit vrees voor de aansprakelijkheid van de Belgische Staat voor haar magistraten.

In de inleiding van het verslag Vandeurzen wordt een uitvoerige analyse gemaakt van het ambtshalve faillissement. Zowel de toestand onder de oude wet, de kritieken op, als de pleidooien voor het ambtshalve faillissement komen aan bod (48). De verslaggever omschrijft het standpunt van de wetgever in het ontwerp van faillissementwet als een genuanceerde afschaffing, omdat ze werd gecorrigeerd. De correctieven zijn tweevoudig nl. de procedure van

(40) VANDEURZEN, J., « Verslag namens de commissie belast met de problemen inzake handels- en economisch recht omtrent ontwerp van faillissementswet, Wetsontwerp betreffende het akkoord en de opschorting van betaling en wetvoorstel betreffende het reorganisatie-akkoord », dd. 29.03.95, *Parlementaire handelingen*, 631/13, 1991/92 (B.Z.) verder aangeduid als verslag Vandeurzen I.

(41) KRINGS, E., « L'Office du Juge dans la direction du procès », *J.T.*, 1983, 514, nr. 7 en *R.W.*, 1986-87, blz. 354.

(42) Cass., 21.09.95, *R.W.*, 1995-1996, blz. 932; Beroep Gent, 27.04.95, *T.R.V.*, 1995, blz. 604; Cass., 09.02.95, *Arr. Cass.*, 1995, blz. 153.

(43) Zie Cass. 31.01.86, *T.B.H.*, 1986, blz. 280; Cass. 10.03.89, *T.B.H.*, 1989, blz. 490; Cass., 9 februari 1995, *T.R.V.*, 1995, 115.

(44) VAN BUGGENHOUT, C., o.c., blz. 456, nr. 14.

(45) 'T KINT, F., « De diensten voor handelonderzoek, status questionis van het debat », in *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1996, 845.

(46) DUMONT, Y., « La faillite et le concordat Judiciaire », *J.T.*, 1997, nr. 5862, blz. 789.

(47) De meerderheid van de magistraten, die gehoord werden in de commissie op 21.06.94 toonden zich tegenstander van de afschaffing, verslag Vandeurzen I, blz. 90 e.v.

(48) Verslag Vandeurzen I, blz. 33-49.

voorlopige buiten bezitstelling en het parallelle ontwerp betreffende de opschorting van betaling.

Dit betekent dat de procedure van voorlopige buiten bezitstelling (toen zo genoemd in de voorbereidende werken) werd ingesteld om de rechtbanken de mogelijkheid te geven tot « een snel en efficiënt optreden dat veelal vereist is om het vermogen ten bate van de schuldeisers te vrijwaren en om bedrieglijke manoeuvres te vermijden » (49).

Bovendien kan de ontneming van het beheer niet los gezien worden van de werking van de kamers van handelsonderzoek en het initiatiefrecht van het Openbaar Ministerie. Het is vooral omdat de tussenkomst van het O.M. zeer sceptisch wordt bekeken dat aan de rechtbank nog een autonome bevoegdheid is gelaten (50).

Enkele jaren toepassing van de wet hebben geleerd dat de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder een volwaardig alternatief is voor het ambtshalve faillissement. Het laat de voorzitter van de rechtbank toe ambtshalve en bij hoogdringendheid op te treden indien hij alarmerende signalen ontvangt over de toestand van een onderneming in moeilijkheden. De keuze van de voorlopige bewindvoerder is zeer belangrijk omdat hij de rechtbank op korte termijn moet inlichten over de juiste toestand. Naast de mogelijkheid om al dan niet te dagvaarden kan hij na een onderzoek ter plaatse ook overleg plegen met de voorzitter over andere mogelijke maatregelen zoals een uitbreiding van de opdracht of de aanstelling over andere verwante vennootschappen.

2.2.2. *Vergelijking met de bestaande rechtsfiguren*

Om na de afschaffing van het ambtshalve faillissement toch een ambtshalve tussenkomst in welbepaalde omstandigheden mogelijk te maken vond de wetgever een oplossing in de « ontneming van het beheer ». Deze rechtsfiguur is duidelijk geïnspireerd door de rechtsfiguur van het gerechtelijk sekwester. Art. 1961 lid 2 B.W. voorziet de mogelijkheid tot aanstelling een sekwester over een onroerend of roerend goed waarvan het bezit of de eigendom betwist is (51). De

(49) Verslag *Vandeurzen I*, blz. 41.

(50) VEROUGSTRAETE, I., « Knelpunten van het faillissementsrecht », *T.P.R.*, 1986, blz. 577, nr. 8.

(51) VAN CAUWELAERT, W., *Bewaargeving en sekwester*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1982, 103 e.v.

vrij strikte tekst van deze bepaling werd door de rechtspraak in brede zin geïnterpreteerd, waarbij de instandhouding van goederen werd beoogd in afwachting van een beslissing ten gronde. Zo kende het betrokken artikel toepassing in zaken van o.m. erfopvolging, onverdeeldheid, huwelijksvermogen, betwistingen omtrent overeenkomsten en zelfs buiten elke betwisting, om een ernstig bedreigd recht te beschermen.

In een latere fase hebben verschillende auteurs (52) terecht gesteld dat voor het beheer van een vermogen de rechtsfiguur van de voorlopige bewindvoerder een meer geëigende oplossing is. Onder meer door B. Tillemans (53) en H. Braeckmans (54), wordt aangetoond dat de figuur van de voorlopige bewindvoerder in vennootschapsbetwistingen gegroeid is uit de figuur van het gerechtelijk sekwester. Oorspronkelijk was de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder over een vennootschap eerder een interne maatregel op verzoek van de vennoten. Alhoewel de juiste juridische grondslag van de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder jarenlang betwist werd (55), wordt thans algemeen aanvaard dat elke belanghebbende een dergelijke vordering kan instellen als een vennootschapsorgaan niet regelmatig is samengesteld, niet meer bestaat, niet terstond wordt vervangen of wanneer de werking van het orgaan in feite verlamd is (56).

Nadien is de voorlopige bewindvoerder geëvolueerd tot een soort « Pré-curator » en werd de rechtsfiguur uitgebreid naar bedrijven in moeilijkheden. Vooral door de rechtbank van koophandel te Luik werd een voorlopige bewindvoerder aangesteld over bedrijven in moeilijkheden, oorspronkelijk op verzoek van de schuldeisers maar later ook op verzoek van het bedrijf zelf (57). Ook P. Colle behan-

(52) TILLEMANS, B., « Het gerechtelijk sekwester in vennootschapsgeschillen », *T.R.V.*, 1993, blz. 520, nr. 29.

BLONTROCK, F., « De gerechtelijk bewindvoerder. Analyse van de rechtspraak », *T. Not.*, 1991, 2.

BRAECKMANS, H., en ERNST, P., o.c., blz. 104.

(53) TILLEMANS, B., « Het gerechtelijk sekwester in vennootschapsgeschillen », *T.R.V.*, 1993, blz. 503-523.

TILLEMANS, B., « De voorlopige bewindvoerder als curator? », *T.R.V.*, 1992, 40-45.

(54) BRAECKMANS, H., en ERNST, P., o.c., blz. 98.

(55) COLLE, P., o.c., blz. 214.

BRAECKMANS, H. en ERNST, P., o.c., blz. 114, nr. 27.

(56) HORSMANS, G., « La Protection de l'actionnaire minoritaire en référé », *T.R.V.*, bijzonder nummer, 1988, nr. 18.

(57) Vz. Kph. Luik, 16 augustus 1991, *T.R.V.*, 1992/1, blz. 38.

delde geruime tijd voor het tot stand komen van de wet de mogelijke rol van de voorlopige bewindvoerder in het faillissement (58).

2.3. – *Aanwijzing van de voorlopige bewindvoerder*

2.3.1. *Bevoegde rechtbank*

De ontneming van het beheer en de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder behoort tot de uitsluitende bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van koophandel. Hij wordt gevat bij verzoekschrift of treedt ambtshalve op. Voor wat de territoriale bevoegdheid betreft dient verwezen naar art. 631 § 1 lid 4 Ger.W. De bevoegde rechtbank is deze van het arrondissement waar de handelaar zijn hoofdinrichting, of indien het een vennootschap betreft haar zetel, heeft op het ogenblik van het instellen van de vordering (59). Uit het geheel van de bepalingen betreffende de territoriale bevoegdheid blijkt dat het de bedoeling was bevoegdheidsgeschillen te vermijden. De rechtbank, die éénmaal gevat is door één van de mogelijke procedures in verband met gerechtelijke akkoord of faillissement blijft bevoegd. Aldus zal de rechtbank, die de beslissing tot ontneming van beheer genomen heeft, uitsluitend bevoegd blijven het faillissement uit te spreken (60), ook al wordt elders een procedure ingeleid of een aangifte gedaan. De oorspronkelijke tegenstrijdigheid op het vlak van de territoriale bevoegdheid tussen de Wetten op het faillissement en het gerechtelijk akkoord, werd inmiddels weggewerkt. Art. 631 § 2 werd gewijzigd bij de Wet van 27 mei 1998 (61), zodat voortaan ook voor het gerechtelijk akkoord de rechtbank van de hoofdinrichting bevoegd is. Dit betekent dat de ontneming van beheer op grond van art. 8 Fail. W. thans behoort tot de bevoegdheid van dezelfde rechtbank, die op basis van de W.G.A. de gegevens verzamelt.

(58) COLLE, P., « De voorlopige bewindvoerder in de ondernemingen in moeilijkheden : recente ontwikkelingen », in X., *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, Brussel, Biblo, 1994, blz. 211-228.

(59) Zie art. 631 Ger.W. zoals gewijzigd bij art. 115 van de wet van 8 augustus 1997.

(60) VERLINDEN, J., « Overzicht van de nieuwe wetten betreffende het faillissement en het gerechtelijk akkoord », *T.R.V.*, 1997/8, blz. 517, nr. 7 *in fine*.

(61) B.S. 18 juli 1998.

2.3.2. *Initiatiefnemers*

De procedure kan ingesteld worden door iedere belanghebbende. Deze omschrijving is vrij ruim en dient getoetst aan de bedoeling van de maatregel. De ontneming van het beheer is bedoeld als een « bewarend beslag op het geheel vermogen » (62) Omdat de handelaar steeds dient verwittigd te worden van een vordering in faillissement door een dagvaarding, bestaat het gevaar dat hij een niet te herstellen nadeel aan de boedel zou berokkenen. Iedere schuldeiser, die een vordering in faillissement kan instellen, kan bijgevolg ook de bewarende maatregel van de ontneming van het beheer vragen (63).

Een verzoek tot aanstelling van een voorlopige bewindvoerder door een schuldeiser kan enkel worden ingewilligd indien het noodzakelijk is om een onherstelbaar nadeel te vermijden voor de schuldeiser (64).

Hierbij dient gedacht aan alle schuldeisers, die over een opeisbare vordering beschikken, welke dreigt verloren te gaan. Meestal zullen zij over een uitvoerbare titel dienen te beschikken, doch dit is geen absolute voorwaarde. Er kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een werknemer, die reeds enkele maanden geen loon meer ontvangen heeft maar nog geen procedure heeft ingeleid. Hij is zeker belanghebbende. Een ander voorbeeld kan de pandhouder zijn, die vaststelt dat de schuldenaar de voorraden of de verpande invorderingen systematisch te gelde maakt zonder de opbrengst af te dragen. Uiteraard zal de belanghebbende ook moeten aantonen dat de voorwaarden voor de aanstelling vervuld zijn.

Specifiek is de situatie van de bestuurders en de aandeelhouders van een vennootschap. Zij kunnen een rechtstreeks en persoonlijk belang hebben om een bewarende maatregel te vragen. Het eventuele belangenconflict in hoofde van het management van een N.V. met betrekking tot de mogelijke verkoop van activa en het risico van onttrekking van activa aan de Belgische schuldeisers, rechtvaardigen de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder met als opdracht alle maatregelen te nemen tot behoud en bewaring van de activa van de N.V. (65) Indien zij geen belang hebben bij een faillis-

(62) zie de antwoorden van de Minister van Justitie in het verslag *Vandeurzen I*, blz. 133.

(63) Zie de bijdrage van H. GEINGER en P. VANLERSBERGHE in deel II.20.3.

(64) Kort Ged. Kh. Brussel, 1 februari 1999, *T.R.V.* 1999,191, noot J.V.

(65) Voorz. Kh. Ieper 12 december 2000, *T.R.V.* 2001, 41, noot DENEFF, M.

sement van hun vennootschap zullen zij beroep moeten doen op de mogelijkheden, die de vennootschapswet of het gemeen recht hun biedt (66). In verband met de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder over een vennootschap, werd reeds aanvaard dat dit kan gebeuren door de controleautoriteit van een handelaar (67).

Ook het openbaar ministerie kan als vertegenwoordiger van het algemeen belang het initiatief nemen (68). Tenslotte is reeds voldoende onderlijnd dat de voorzitter van de rechtbank ambtshalve kan ingrijpen. Hij zal dit kunnen doen op basis van de gegevens verzameld door de griffie en de kamer voor handelsonderzoek. Sommige auteurs voorzien dit uitdrukkelijk als een van de mogelijke resultaten van de behandeling voor de Kamers van Handelonderzoek (69). Die kamers kunnen vaststellen dat er geen problemen zijn, dat de voorwaarden voor het gerechtelijk akkoord voldaan zijn of dat de voorwaarden voor het faillissement voldaan zijn. Maar daarnaast kunnen zij het dossier ook overmaken aan de voorzitter van de rechtbank omwille van de dringende noodzakelijkheid zoals bedoeld in art. 8. Het is aanvaardbaar dat de voorzitter ambtshalve reageert op informatie, die hem informeel bereikt, indien daaruit blijkt dat aan de voorwaarden voldaan is. Concreet kan verwezen worden naar de informatie van de sociale inspectie in verband met ernstige problemen voor de werknemers.

Volgens sommige auteurs zou het ambtshalve initiatief de rechtbanken op korte termijn confronteren met een aansprakelijkheidsvordering, wanneer er geen faillissement volgt op de aanstelling. Dit kan gebeuren omdat de schuldeiser of de voorlopige bewindvoerder geen initiatief neemt om een faillissementsvordering in te leiden of wanneer deze vordering wordt afgewezen (70). Een dergelijke maatregel kan inderdaad verstrekkende gevolgen hebben voor de kredietwaardigheid van de betrokken handelaar. Toch moet dit gevaar gerelativeerd worden omdat er weinig publiciteit wordt gegeven aan

(66) TILLEMANS, B., « De voorlopige bewindvoerder als pre-curator? », o.c., blz. 40, nr. 4.

(67) BUYLE, J.P., o.c., blz. 7 en de daar geciteerde beschikking, Kort. Ged. Kh. Brussel, 4 oktober 1988, *D.A.O.R.*, 1989, nr. 12, blz. 71 betreffende een wisselagent.

(68) Het amendement nr. 50 van de heer Giet dat dit uitdrukkelijk wilde voorzien werd verworpen omdat het volgens de Minister van Justitie overbodig was. « Iedere belanghebbende » omvat ook de procureur des Konings, verslag *Vandeuren 1*, blz. 114.

(69) VERLINDEN, J., « Overzicht van de nieuwe wetten betreffende het faillissement en het gerechtelijk akkoord », *T.R.V.*, 1997/8, blz. 521, nr. 15 en de aldaar aangehaalde auteurs.

(70) GEINGER, H., *Het faillissementsrecht geactualiseerd* Deel I, Die Keure, Brugge, 1997, blz. 206.

de aanstelling en omdat ze van relatief korte duur is. Vijf jaar na het in voege treden van de wet zijn er nog geen aansprakelijkheidsvorderingen bekend, temeer omdat aan de maatregel weinig publiciteit wordt gegeven

2.3.3. *Procedure*

De vordering wordt ingeleid bij eenzijdig verzoekschrift, dat wordt neergelegd ter griffie tegen betaling van het rolrecht. De artikelen 1025 tot 1034 Ger.W. zijn van toepassing. De voorzitter kan de verzoeker en de eventueel tussenkomende partijen horen. De debiteur hoeft niet te worden gehoord vooraleer het beheer hem wordt ontnomen (71). De voorzitter doet uitspraak bij beschikking. Bij toekenning van de eis wordt de verzoekende partij in kennis gesteld door de griffie bij gerechtsbrief. Dit is ook het geval voor de beschikkingen op eenzijdig verzoekschrift op grond van art. 1030 Ger.W.

Het betreft duidelijk een procedure in kortgeding en niet op de wijze van het kortgeding. De woorden « zoals in kortgeding » in lid 2 werden in de senaat geschrapt uit het ontwerp door de kamer goedgekeurd (72). Dit lijkt trouwens logisch vermits een procedure zoals in kortgeding op eenzijdig verzoekschrift niet bestaat.

Zoals nu reeds gebruikelijk is bij de aanstellingen in vennootschapsbetwistingen, dient de beschikking door verzoeker betekend te worden aan de aangestelde voorlopige bewindvoerder en de betrokken handelaar (73). Deze opvatting is wel in strijd met het senaatsverslag, dat uit de tekst van het zevende lid van art. 8 afleidt dat geen betekening nodig is (74). Alhoewel het niet uitdrukkelijk in de tekst van de wet voorzien is geldt het algemeen principe dat een rechterlijke beslissing moet betekend worden voor de uitvoering ervan. Wel lijkt logisch dat de voorlopige bewindvoerder, die zelf moet instaan voor de uitvoering, informeel kan gecontacteerd worden en afstand doet van de betekening. Indien de aanstelling ambtshalve gebeurt komt het de voorlopige bewindvoerder zelf

(71) Voorz. Kh. Gent 26 januari 1998, *R.W.* 1997-98, 1343; *T.B.H.* 1998, 123.

(72) Het amendement nr. 105 van de heer H. VANDENBERGHE voorzag in de schrapping van deze woorden, zie verslag *Vandenberghé*, blz. 89 en 204.

(73) Volgens VAN CAMP, E., o.c., blz. 30, nr. 54 dient de voorlopig bewindvoerder altijd te betekenen. Ons inziens is het voldoende dat de verzoekende partij instaat voor de betekening.

(74) Verslag *Vandenberghé* blz. 88 onderaan.

toe om de beschikking te laten betekenen aan de betrokken handelaar.

De betekening heeft echter geen invloed op de termijn van 15 dagen bepaald in het zesde lid. Deze termijn loopt vanaf de uitspraak (75).

2.3.4. Voorwaarden

Op grond van art. 8 Fail. W. kan de ontneming van het beheer worden uitgesproken in de volgende omstandigheden :

« Wanneer het volstrekt noodzakelijk blijkt en wanneer bepaalde, gewichtige en met elkaar overeenstemmende aanwijzingen bestaan dat de voorwaarden van het faillissement vervuld zijn ».

De wetgever heeft dus cumulatief twee voorwaarden gesteld. Dat deze beiden gelijktijdig moeten vervuld zijn blijkt uit de parlementaire voorbereiding (76). Enerzijds moet de aanstelling volstrekt noodzakelijk zijn en anderzijds dienen er ernstige aanwijzingen te zijn dat de betrokken handelaar zich in staat van faillissement bevindt.

2.3.4.1. Volstreekte noodzakelijkheid

In de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat de volstreekte noodzakelijkheid slechts aanwezig is, in zover aangevoerd en bewezen wordt dat de debiteur zijn onvermogen zou kunnen inrichten (77) Bij de behandeling in de commissie stelde de minister dat de volstreekte noodzakelijkheid een grondvoorwaarde is, die dezelfde draagwijdte heeft als de spoedeisende gevallen bedoeld in art. 584 Ger.W. (78) De minister heeft zich hier niet heel duidelijk uitgedrukt. De spoedeisendheid is een voorwaarde voor ieder kortgeding. De volstreekte noodzakelijkheid daarentegen is een voorwaarde om de procedure bij verzoekschrift in te dienen. Er dient dan ook verwezen naar dit laatste begrip, zoals het door de rechtsspraak nader is uitgewerkt. In dat verband wordt vooral verwezen naar de hoog-

(75) De amendement nr. 133 aangenomen in de senaat waarbij het woord beschikking vervangen door het woord uitspraak had enkel tot doel de tekst te verduidelijken. (zie *verslag Vandenberghe*, blz. 91).

(76) Door een regeringsamendement werden de woorden « met name » tussen de beide voorwaarden geschrapt met de motivering dat de toepassingsvoorwaarden cumulatief zijn, *Parl. St.*, Kamer 330/12, 1995/96).

(77) *Parlementaire handelingen*, Kamer 631/1, 1991/92, blz. 8.

(78) Zie *verslag Vandeurzen I*, blz. 244.

dringendheid van de vordering (79). Dit is echter niet het enige element. Een goede definitie van de volstreckte noodzakelijkheid vinden we in een beschikking van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Luik dd. 05.09.94 (80) nl.

« Er is sprake van volstreckte noodzakelijkheid indien enkel de onmiddellijke en plotselinge toepassing van de gevraagde maatregel de volledige uitwerking ervan kan verzekeren ».

In de rechtsleer omtrent de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder in het vennootschapsrecht wordt getracht een overzicht te geven van de omstandigheden, die een dergelijke vergaande maatregel verantwoorden (81). Aldus wordt ondermeer aangehaald :

- De situatie van de onderneming moet zeer ernstig en verontrustend zijn.
- De situatie moet een ernstige bedreiging vormen voor bepaalde belangen.
- De onmogelijkheid voor de vennootschapsorganen om nog te werken
- Onenigheid tussen verschillende organen van de vennootschap
- Een slecht beleid dat gepaard gaat met onregelmatigheden.
- Manifest deloyaal gedrag vanwege de werkgever tegenover de werknemers

Samengevat en toegepast op de aanstelling in het kader van de toepassing van art. 8 Fail. W. dient onder volstreckte noodzakelijkheid verstaan :

Het geheel van concreet aangetoonde omstandigheden, die een onmiddellijke, volledige of gedeeltelijke en bewarende inbeslagname van de goederen van de koopman noodzakelijk maken om de belangen van iedere belanghebbende veilig te stellen teneinde een orderlijke afhandeling van het faillissement mogelijk te maken.

In de rechtspraak zijn thans reeds een aantal nadere omschrijvingen gepubliceerd. Gezien het beperkt aantal citeren we ze intergraal :

- De aanstelling van een voorlopige bewindvoerder op grond van art. 8 Faill. W. 1997 is noodzakelijk wanneer een vennootschap,

(79) LAENENS, J., « De bevoegdheid (1979-92) », *T.P.R.*, 1993/4, blz. 1533, nr. 73.

(80) Voorz. Kph. Luik, 5 september 1994, *T.R.V.* 1995/5, blz. 432.

(81) Zie ondermeer : BUYLE, J., « De voorlopige bewindvoerder : enkele opmerkingen uit de praktijk », *T.R.V.*, 1996, blz. 5; VAN GERVEN, D., en WYCKAERT, M., « Kroniek vennootschapsrecht 1996-1997 », *T.R.V.*, 1997/6, blz. 368; BRAECKMANS, H. en ERNST, P., o.c., blz. 112.

die in financiële moeilijkheden verkeert, in vereffening wordt gesteld met de uitsluitende bedoeling het faillissement te ontlopen (82).

- Een P.V. van niet-bevinding en een verklaring van de zaakvoerder van de debiteur dat hij de aangifte van het faillissement in het vooruitzicht stelt, zonder hieraan gevolg te geven, rechtvaardigen de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder overeenkomstig art. 8 Faillissementswet 1997 (83).
- Als de belangen van alle schuldeisers ernstig in gevaar zijn, en ter beveiliging van de gelijkheid die onder hen moet heersen, dringt de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder als pre – curator zich onverwijld op (84).

2.3.4.2. *Faillissementsvoorwaarden*

De tweede, cumulatief door de wet gestelde voorwaarde is, dat er bepaalde, gewichtige en met elkaar overeenstemmende aanwijzingen bestaan dat de voorwaarden van het faillissement vervuld zijn. Volledigheidshalve kan hier herhaald dat deze voorwaarden drievoudig zijn nl.

- handelaar zijn
- op duurzame wijze hebben opgehouden te betalen
- wankelen van het krediet

Dit betekent dat de voorzitter dient na te gaan wanneer het om een fysieke persoon gaat of deze nog handelaar is. Bovendien moet nagegaan of er aanwijzingen zijn dat het krediet wankelt en de betalingen gestaakt zijn. Bij een verzoek uitgaande van een schuldeiser dient deze dus het bestaan van deze aanwijzingen te bewijzen. De voorzitter moet in ieder geval uitdrukkelijk deze aanwijzingen vaststellen, alsook de gewichtigheid en de onderlinge overeenstemming ervan. De ontneming van het beheer houdt uiteraard geen uitspraak in over het faillissement. De rechtbank behoudt dus een volledig beoordelingsvrijheid in de binnen de acht dagen in te leiden bodemprocedure. Verder komen we terug op de vraag of dit ook tot een onverenigbaarheid leidt in hoofde van de Voorzitter van de rechtbank (85).

(82) Voorz. Kh. Tongeren 12 oktober 1999, *R.W.* 2000-01 (verkort), 1094.

(83) Kh. Hasselt, 8 december 1998, *T.B.H.* 1999, 627.

(84) Voorz. Kh. Gent, 26 januari 1998, *R.W.* 1997-98, 1343; *T.B.H.* 1998, 123.

(85) Zie verder onder 8.3. onverenigbaarheden.

2.4. – *Bekwaamheidsvereisten en bevoegdheden*

2.4.1. *Keuze van de voorlopige bewindvoerder*

Om in aanmerking te komen als voorlopige bewindvoerder moet men aan vier eisen voldoen nl.

1. Vertrouwd zijn met het bestuur van een onderneming en met boekhouden.
2. Garanties bieden van onafhankelijkheid en onpartijdigheid
3. Gebonden zijn door een deontologische code
4. Een verzekering afgesloten hebben voor zijn professionele aansprakelijkheid.

De voorzitter kiest vrij uit de personen, die aan deze voorwaarden voldoen. In tegenstelling met de curatoren is er geen verplichting ingeschreven te zijn aan de balie en er dient evenmin een lijst te worden opgesteld door de algemene vergadering van de rechtbank. Tijdens de voorbereidende werken is uitdrukkelijk gewezen op deze vrijheid en de tegenstelling met de aanstelling van de curatoren (86). Op vraag van de heer Van Hoorebeke bevestigde de minister dat de rechtbank meer keuzevrijheid moet hebben omdat de aanstelling eerder uitzonderlijk is en voor een beperkte tijd geldt. Bovendien moet de rechtbank een persoon kunnen kiezen, die het type van bedrijf goed kent.

In wezen zijn de bekwaamheidsvereisten voor de voorlopige bewindvoerder dezelfde als deze van de commissaris van opschorting zoals bepaald in art. 19 lid 2 van W.G.A. In de praktijk wordt vooral gedacht aan advocaten, met ervaring als curator, maar ook accountants en bedrijfsrevisoren komen in aanmerking. Het is uiteraard niet de bedoeling iemand uit het bedrijf zelf aan te stellen. Ook de commissaris-revisor van de onderneming lijkt uitgesloten om deontologische redenen (87).

Het is ook niet de bedoeling om een aparte beroepscategorie met een eigen deontologische code te creëren. Integendeel moet gekozen worden uit personen die door een dergelijke code gebonden zijn (88). Reeds eerder was aanvaard dat advocaten, revisoren en accountants onderworpen blijven aan de deontologische regels, zoals het

(86) Zie verslag *Vandeuren* 2, blz. 115.

(87) *Plichtenleer en Controlenormen van het Instituut der Bedrijfsrevisoren* 1997, blz. 199.

(88) Verslag *Vandenbergh*e, blz. 89.

beroepsgeheim. Zij kunnen de opdracht ook aanvaarden zonder voorafgaande toestemming omdat de gerechtelijke beslissing voldoende waarborgen biedt (89). Om deontologische redenen komen rechters in handelszaken niet in aanmerking.

2.4.2. *Bevoegdheden bepaald bij de aanstelling*

De bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder wordt in art. 8 Fail. W. vooral negatief scherp afgelijnd. Hij kan geen aangifte doen van de staking van betaling en kan de gefailleerde niet vertegenwoordigen in een faillissementsprocedure. Al laat de benaming « ontneming van het beheer » dit vermoeden, toch treedt hij niet in de plaats van de schuldenaar (90). Dit is een belangrijk onderscheid met de voorlopige bewindvoerder over een vennootschap of een vereffenaar. Deze nemen meestal de taken van de normale beheersorganen over, inclusief de bevoegdheid tot aangifte van de staking van betaling (91).

De nauwkeurige positieve omschrijving van de bevoegdheden heeft de wetgever aan de voorzitter overgelaten, omdat ze sterk kunnen verschillen naargelang de behoeften van de zaak. Gezien de doelstelling van de ontneming van het beheer de beveiliging van de rechten van de belanghebbenden is, gaat het vooral gaan om bewarende maatregelen. Hierbij kan gedacht worden aan inventarisatie, opsporen en samenbrengen van roerende activa, het blokkeren of minstens beheren van bankrekeningen in binnen en buitenland. Maar ook het afsluiten van verzekeringen, het laten uitvoeren van dringende leveringen of het handhaven van nutsvoorzieningen behoren tot de mogelijkheden. Hierbij zullen meestal, zelfs in het kort bestek van de aanstelling, contacten met de belangrijkste schuldeisers, zoals bankiers, andere bijzondere bevoorrechte en afgevaardigden van het personeel, noodzakelijk zijn.

Belangrijk is immers dat de continuïteit van de onderneming verzekerd wordt. Bij de aanstelling is er uiteraard nog geen faillissement en de activiteit moet dan ook worden verder gezet. De voorlopige bewindvoerder zal zeer voorzichtig moeten te werk gaan om te

(89) Voor de aanvaarding van bestuurs- of vereffeningsmandaten in een rechtspersoon is er bij sommige balies wel een aparte regeling o.m. het besluit van de Franstalige Orde van advocaten te Brussel, dd. 9 mei 1995 zie BUYLE, J.P., *o.c.*, blz. 9.

(90) Verslag *Vandeurzen* 2, blz. 115.

(91) BUYLE, J.P., *o.c.*, 9, nr. 19.

vermijden dat hij door zijn optreden het mogelijk faillissement in de hand werkt. Hij is dus niet verantwoordelijk voor de gevolgen van het feit zijn aanstelling. Dit is de verantwoordelijkheid van de rechtbank. Hij is wel verantwoordelijk voor de wijze waarop hij zijn mandaat uitoefent. Dit onderscheid is fundamenteel.

Naast het nemen van bewarende maatregel, moet de voorlopige bewindvoerder bij een ambtshalve aanstelling nagaan of er enkel bepaalde gewichtige en met elkaar overeenstemmende aanwijzingen zijn, dat de voorwaarden voor het faillissement voldaan zijn, dan wel of die voorwaarden ook effectief voldaan zijn. Hieruit moet hij dan concluderen of hij een dagvaarding in faillissement dient uit te brengen. Het gevaar bestond dat het dagvaarden in faillissement als een automatisme zal beschouwd worden omdat de rechtbank reeds beslist heeft tot de aanstelling en dus oordeelde dat er aanwijzingen waren. Uit de toepassing is gebleken dat dit niet zo is. Soms stelt de voorlopige bewindvoerder bij het uitvoeren van zijn opdracht vast dat hij werd aangesteld op grond van foutieve informatie of dat zijn aanstelling een zodanige wijziging heeft meegebracht dat de faillissementsvoorwaarden niet langer voldaan zijn. Zo gebeurt het dat de vennoten van een vennootschap het vrij beperkt passief bijpassen om een faillissement te voorkomen. Ook bij een aanstelling op verzoek van een schuldeiser lijkt het logisch dat de voorlopige bewindvoerder de rechtbank informeert wanneer bij vaststelt dat de informatie, waarop zijn aanstelling gebaseerd is niet juist blijkt. De rechtbank van koophandel te Bergen besliste uitdrukkelijk : « De vordering tot faillissement die door de voorlopige bewindvoerder wordt ingesteld na de uitspraak van het bevel tot ontneming van het beheer moet worden beoordeeld zoals ze in elke andere context wordt beoordeeld. Het is de taak van de voorlopige bewindvoerder het bewijs te leveren van de staking van betaling en van de aantasting van de kredietwaardigheid » (92).

Volgens sommige auteurs kan de voorlopige bewindvoerder ook het initiatief nemen om een aanvraag tot gerechtelijk akkoord in te dienen, tenzij de voorzitter bij zijn aanstelling het tegendeel zou hebben beslist (93). De redenering is dat een voorlopige bewindvoerder, indien hij het faillissement kan vorderen, zeker een aanvraag tot akkoord kan indienen indien hij meent dat de voorwaarden vol-

(92) Bergen 10 november 2000, *J.L.M.B.* 2001, 465; *T.B.H.* 2001, 413.

(93) VERLINDEN, J., o.c., blz. 525, nr. 25.

daan zijn. Het feit dat de voorzitter van oordeel was dat er gewichtige aanwijzingen waren dat de faillissementsvoorwaarden voldaan waren belet dit inderdaad niet. De vraag is natuurlijk hoe een voorlopige bewindvoerder dit praktisch kan doen binnen de vijftien dagen na zijn aanstelling. Hoe ironisch het ook klinkt toch is het gemakkelijker na te gaan of de faillissementsvoorwaarden voldaan zijn dan wel om een voorstel tot gerechtelijk akkoord in te dienen. Deze mogelijkheid komt dan ook eerder theoretisch voor.

2.4.3. *Wijziging van bevoegdheden*

De voorzitter kan op ieder ogenblik de bevoegdheden wijzigen. In de wet is enkel voorzien dat dit kan gebeuren op verzoek van de voorlopige bewindvoerder zelf. Oorspronkelijk diende het verzoek schriftelijk ingediend. De wetgever heeft de stroefheid van deze procedure ingezien en art. 8 Fail. W. in dat opzicht gewijzigd bij de wet van 4 september 2002 (94). Thans kan in geval van dringende noodzakelijkheid de voorzitter de bevoegdheden wijzigen op mondeling verzoek van de voorlopige bewindvoerder. De bedoeling is dat de voorlopige bewindvoerder, die moeilijkheden ondervindt om zijn opdracht uit te voeren, onmiddellijk beroep kan doen op de voorzitter om zijn bevoegdheden aan te passen en vooral uit te breiden. Deze aanpassing zal gebeuren in functie van de concrete omstandigheden en in het belang van de schuldeisers. Meestal zal de voorlopige bewindvoerder vragen specifieke bewarende maatregelen te mogen nemen. De machtiging door de voorzitter gebeurt uiteraard schriftelijk in de vorm van een beschikking (95). Deze commentaar bevestigt zoals hoger reeds gesteld dat de voorlopige bewindvoerder zijn opdracht uitvoert in overleg met de voorzitter.

Het lijkt logisch dat de wijziging van de bevoegdheden ook kan gebeuren op verzoek van de schuldeiser, die om de aanstelling heeft verzocht (96). In art. 1032 Ger.W. is trouwens uitdrukkelijk de mogelijkheid tot wijziging van de maatregel voorzien.

(94) B.S. 21 september 2002.

(95) Verslag Kamer, *Doc.*, 50 1132/013, blz. 22 en verslag Senaat 877/8, 2001-2002, 56.

(96) In dezelfde zin VAN CAMP, E., *De nieuwe faillissementswet*, Kluwer, 1997, blz. 29.

2.4.4. *Grenzen van de bevoegdheid i.v.m. faillissement en gerechtelijk akkoord*

De aanstelling van de voorlopige bewindvoerder moet gezien worden in het geheel van de wetgeving op het faillissement en het gerechtelijk akkoord. De voorlopige bewindvoerder is een bewaarder van de activa van de handelaar in functie van een dreigend faillissement in het belang van de belanghebbenden. Hij kan echter zelf niet het faillissement aanvragen door aangifte te doen van de staking van betaling. Hij kan wel de betrokken schuldenaar dagvaarden in faillissement bij een ambtshalve aanstelling en aldus zijn eigen aanstelling verlengen. Bij dagvaarding door de schuldeiser is de voorlopige bewindvoerder geen partij in het geschil, tenzij hij vrijwillig tussenkomt. De uitspraak van het faillissement stelt een einde aan zijn opdracht.

Theoretisch kan hij een gerechtelijk akkoord aanvragen. Meer waarschijnlijk is dat de betrokken handelaar zelf een gerechtelijk akkoord aanvraagt om te vermijden dat op verzoek van een schuldeiser of de voorlopige bewindvoerder het faillissement wordt uitgesproken. De aanvraag van een gerechtelijk akkoord belet niet dat een voorlopige bewindvoerder wordt aangesteld wanneer hetzij de schuldeiser, hetzij de voorzitter ambtshalve de overtuiging heeft dat deze aanvraag er enkel toe strekt aan het faillissement te ontsnappen. De beheersontneming valt immers niet onder de voorrangsregel van art. 12 W.G.A. (97) Op grond van dit artikel kan enkel geen uitspraak omtrent het faillissement worden gedaan zolang over de aanvraag van het akkoord geen beslissing is genomen.

2.5. – *Einde van opdracht*

Aan de opdracht van de voorlopige bewindvoerder kan op drie verschillende manieren een einde worden gesteld. De aanstelling gebeurt altijd onder voorwaarde dat binnen de vijftien dagen wordt gedagvaard in faillissement. Wordt deze voorwaarde niet vervuld dan vervalt de aanstelling na vijftien dagen. De opdracht houdt ook op bij het uitspreken van het faillissement. Alhoewel dit nergens expliciet wordt gesteld is het de logica zelve. Het gaat immers om een bewarende maatregel in afwachting van de uitspraak over het faillissement. Tenslotte neemt de aanstelling van rechtswege een

(97) TISON, M., o.c., R.W. 1997-1998, blz. 385.

einde indien binnen de vier maanden na de aanstelling geen uitspraak wordt gedaan over de vordering in faillissement.

Vermits de gewone procedurmiddelen tegen de aanstelling niet uitgesloten zijn, kan de opdracht van de voorlopige bewindvoerder een einde nemen omdat de beslissing tot aanstelling wordt hervormd. Art. 8 lid 7 bepaalt uitdrukkelijk dat de rechtsmiddelen voorgeschreven in de art. 1031 tot 1034 Ger.W. kunnen worden aangewend. Dit betekent dat beroep en derdenverzet mogelijk zijn. Voor de verzoeker en de eventueel tussenkomende partijen bedraagt de beroepstermijn één maand vanaf de kennisgeving. Diegenen, ook de betrokken handelaar, die niet zijn tussengekomen maar wel een belang hebben kunnen derdenverzet aantekenen binnen de maand nadat de beslissing hun is betekend. De bepalingen van art. 1125 Ger.W. betreffende het derdenverzet zijn van toepassing. Zoals hoger reeds aangeduid, is ons inziens een betekening aan de betrokken koopman noodzakelijk hetzij door de verzoekende schuldeiser, hetzij door de voorlopige bewindvoerder. De betrokken handelaar kan dan derdenverzet aantekenen. Uiteraard zullen deze rechtsmiddelen de facto slechts zinvol zijn indien de eerste termijn van vijftien dagen wordt verlengd.

2.5.1. De voorwaarde van dagvaarding

De aanstelling blijft slechts gevolg hebben indien binnen de vijftien dagen na de uitspraak wordt overgegaan tot dagvaarding in faillissement. Het is de betekening van het inleidend exploit dat binnen de vijftien dagen dient te gebeuren, niet de rolzetting of de inleidingszitting. Natuurlijk moet de dagvaarding wel tijdig op de rol worden gebracht om geldig te zijn. De oorspronkelijke termijn van acht dagen zorgde voor nogal wat moeilijkheden wen werd daarom bij de Wet van 4 september 2003 verlengd tot vijftien dagen. Toch moet de schuldeiser, die het initiatief neemt ook onmiddellijk zijn dagvaarding in faillissement voorbereiden. Door de verlenging van de termijn heeft de ambtshalve aangestelde voorlopige bewindvoerder iets meer tijd gekregen. Een termijn van vijftien dagen moet volstaan om zijn dossier samen te stellen. Een te lange termijn zou de periode van onzekerheid voor de schuldenaar te lang maken. Bovendien kan de voorlopige bewindvoerder indien nodig steeds aan de schuldenaar meedelen dat hij niet van plan is te dagvaarden.

De rechtbanken stonden reeds weigerachtig tegenover de vordering tot faillissement ingesteld door één schuldeiser (98). Zij vreesden, en soms niet ten onrechte, dat de procedure werd ingesteld als een drukkingmiddel om betaling te bekomen. Dit kan ook het geval zijn voor de vordering tot ontneming van het beheer. Er is echter een belangrijk verschil in positieve zin. De aanstelling van een voorlopig bewindvoerder op eenzijdig verzoekschrift is slechts de inleiding tot een tegensprekelijke faillissementsprocedure. De informatie waarover de voorzitter beschikte bij zijn beslissing kan gecorrigeerd worden hetzij door de betrokken handelaar hetzij door de voorlopige bewindvoerder. Het gevolg hiervan is het belang van de tussenkomst van de voorlopige bewindvoerder. De door hem verstrekte informatie kan decisief zijn bij de beslissing over de faillissementsvordering.

Het verbinden van de continuïteit van de maatregel aan een dagvaarding ten gronde is niet nieuw. Eerder werd in beschikkingen, in kort geding gewezen op eenzijdig verzoekschrift omwille van de volstreekte noodzakelijkheid, de bewarende maatregel slechts tijdelijke toegekend in afwachting van de tegensprekelijke procedure (99).

Niets belet dat de aanstelling gebeurt nadat reeds een faillissementsvordering is ingeleid. De wet situeert de vordering vóór het faillissement maar de ene vordering sluit de andere zeker niet uit. Het is onduidelijk of de betrokken schuldeiser en de ambtshalve aangestelde voorlopige bewindvoerder nog moeten overgaan tot dagvaarding wanneer zij vaststellen dat reeds een dagvaarding in faillissement werd ingeleid door een andere schuldeiser, hetzij vóór hetzij onmiddellijk na de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder. Volgens sommige auteurs dient deze dagvaarding altijd te gebeuren (100). Dit standpunt dient genuanceerd te worden. Het is niet nodig verschillende procedures naast elkaar te voeren door opnieuw te dagvaarden in faillissement, terwijl nog een procedure hangende is. Anderzijds kan de schuldeiser of de aangestelde voorlopige bewindvoerder niet afhankelijk zijn van een procedure door een andere schuldeiser ingeleid. Deze zou bijvoorbeeld afstand kunnen doen van zijn eis wanneer zijn schuldvordering wordt betaald. Een praktische oplossing zou ons inziens bestaan in een vrijwillige

(98) VAN BUGGENHOUT, C., *o.c.*, blz. 458.

(99) In dat verband zijn er geen gepubliceerde uitspraken.

(100) VAN CAMP, E., *o.c.*, blz. 30, nr. 55.

tussenkomst in de bestaande faillissementsprocedure. Door de neerlegging van het verzoekschrift ter griffie heeft deze tussenkomst een vaste datum, zodat de vordering tijdig gesteld is. Zelfs indien de aanleggende partij de procedure niet verder zet kan de vrijwillig tussenkomende partij dit doen.

2.5.2. *Faillissementsvonnis*

Wanneer de vordering in faillissement, die nodig is om de eenzijdige maatregel te laten doorlopen, leidt tot een faillissementsvonnis houdt de maatregel automatisch op. Dit vonnis is uitvoerbaar bij voorraad en de curator treedt onmiddellijk in functie zodat de bewarende maatregel zonder voorwerp is geworden. Een hypothese, die in de wet niet werd geregeld, is de afwijzing van de faillissementsvordering binnen de vier maanden. Het lijkt evident dat de aanstelling dan een einde neemt. Op welk tijdstip gebeurt dit echter. Bij de uitspraak van het vonnis, bij de betekening of bij het definitief worden ervan? Gezien de aanwezigheid van overeenstemmende en gewichtige aanwijzingen van faillissement een voorwaarde is voor de aanstelling, lijkt deze bij de afwijzing niet meer voldaan zodat de aanstelling onmiddellijk en van rechtswege een einde neemt bij de uitspraak. Wat echter indien hoger beroep wordt ingesteld tegen het vonnis van afwijzing?

2.5.3. *Verval van rechtswege*

Alleszins houdt de aanstelling van rechtswege op gevolgen te hebben indien binnen de vier maanden geen uitspraak is gedaan over de faillissementsvordering. De termijn begint dus te lopen vanaf de inleiding van de faillissementsprocedure. In het vijfde en het zesde lid van art. 8 worden twee verschillend termen gebruikt nl. « instellen en indienen ». Uit vergelijking met de Franse tekst is duidelijk dat in beide gevallen de datum van de dagvaarding wordt bedoeld.

De termijn van vier maanden kan om twee redenen geschorst worden. Indien uitstel wordt verleend aan de schuldenaar of indien een heropening van de debatten wordt bevolen.

Wat juist met « het uitstel aan de schuldenaar toegekend » bedoeld wordt, blijkt niet duidelijk uit de voorbereidende werken. Deze bepaling was reeds vanaf het voorontwerp in de wet opgeno-

men en werd niet meer gewijzigd (101). Gaat het hier om ieder uitstel bij de behandeling van de zaak of gaat het specifiek om het uitstel dat op grond van art. 7 Fail. W. door de rechtbank worden toegekend aan de handelaar om een gerechtelijk akkoord aan te vragen. Gezien art. 7 zowel bij aangifte als bij dagvaarding in faillissement de mogelijkheid tot uitstel voorziet lijkt de interpretatie aanvaardbaar dat met dit het uitstel in art. 8 de opschorting gedurende 15 dagen wordt bedoeld wordt (102).

Ook indien de rechtbank een heropening van de debatten beveelt wordt de termijn geschorst. Hier gaat het om de wettelijk voorziene termijn om de heropening van de debatten ter kennis te brengen van de partijen en een nieuwe zitting vast te stellen op grond van art. 775 Ger.W.

2.6. – *Publiciteit*

De parlementaire voorbereiding besteedt veel aandacht aan de publiciteit, die aan de ontneming van het beheer dient gegeven. Terecht wordt gesteld dat de houding van de wetgever dubbelzinnig voorkomt (103). Enerzijds blijkt uit de aanstelling van de voorlopige bewindvoerder dat de betrokken handelaar in moeilijkheden is. Anderzijds wil men vermijden dat het faillissement bespoedigd wordt door een te grote publiciteit. Toch zijn de wettelijke bepalingen logisch. Het gaat om een eenzijdig genomen uitzonderlijke maatregel, die verstrekkende gevolgen kan hebben maar bedoeld is om te vermijden dat bepaalde activa verdwijnen. De memorie van toelichting vermeldt letterlijk (104) :

« De beslissing van de rechtbank wordt slechts in beperkte mate bekend gemaakt, met name op het handelsregister, teneinde geen onherstelbaar nadeel te berokkenen aan de debiteur, die niet gefailleerd zou zijn.....De procedure van voorlopige ontneming van beheer heeft een strikt doelgebonden en louter bewaren karakter, ze strekt er met andere woorden toe om in het licht van het nakend faillissement te verhinderen dat bepaalde activa verdwijnen. Indien geen faillissement volgt, verliest deze procedure dan ook alle gevolg ».

(101) Zie *Parlementaire handelingen*, 631/1 – 91/92 (B.Z.) toen nog art. 6 – memorie van toelichting, blz. 8, – voorontwerp, blz. 56, – advies van de Raad van State, blz. 96, – ontwerp, blz. 120.

(102) VAN CAMP, E., o.c., blz. 30, nr. 57.

(103) VAN CAMP, E., o.c., blz. 32, nr. 63.

(104) Memorie van toelichting 631/1, 91/92 (B.Z.), blz. 8.

2.6.1. *Vermelding in het handelsregister*

De beschikking wordt niet bekendgemaakt onverminderd de toepassing van art. 25 van de wetten betreffende het handelsregister gecoördineerd op 20 juli 1964. Art. 25 lid 6 bepaalt dat de griffier van de rechtbank, die ze heeft uitgesproken het centraal handelsregister in kennis stelt van de beslissing tot aanstelling van een voorlopige bewindvoerder. Inmiddels werd het handelsregister afgeschaft en dient de kennisgeving te gebeuren aan de K.B.O. De publicatie wordt thans voorgeschreven door art. 23, 6° van de Wet van 16 januari 2003 (105).

De gevolgen van deze kennisgeving mogen toch niet onderschat worden. In de eerste plaats is de K.B.O. Bovendien vragen de meeste gerechtsdeurwaarders inlichtingen op alvorens een procedure tegen een handelaar in te leiden. Voor wie actief wil zoeken naar meer informatie over een handelaar is deze dus beschikbaar.

2.6.2. *Geen publicatie*

De wet voorziet echter geen publicatie. Zowel tijdens de bespreking in de Kamer (106) als in de Senaat (107) zijn hieromtrent vragen gesteld. De Minister van Justitie bleef echter, en ons inziens terecht, van mening dat een publicatie te zware gevolgen zou hebben. In de Senaat werd ook uitvoerig aandacht besteed aan art. 3 van de hypotheekwet. De wet voorziet inderdaad geen randmelding van het vervreemdingsverbod zodat een verkoop in de periode van ontzetting niet tegenstelbaar is aan de massa. Als gevolg van deze bespreking is lid 9 aangepast (zie verder 8.4.1.), maar het principe van de niet-publicatie is behouden.

De wet wijkt wat de publicatie betreft uitdrukkelijk af van art. 74, 1° d van het W. Venn. Hierin wordt de verplichting opgelegd binnen de 15 dagen de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder over een handelsvennootschap neer te leggen ter griffie van de rechtbank van koophandel met het oog op publicatie. Dit is logisch vermits de wetgever te grote publiciteit wilde vermijden.

(105) Wet van 16 januari 2003 tot oprichting van de Kruispuntbank voor Ondernemingen, B.S., 5 februari 2003.

(106) Verslag *Vandeurzen* 2, blz. 244.

(107) Verslag *Vandenbergh*e, blz. 92.

De door de wetgever gebruikt techniek is niet zo wereldvreemd als sommige auteurs willen doen voorkomen. Van Camp noemt de gewilde geheimhouding onaanvaardbaar en onuitvoerbaar (108). Nochtans wordt door de rechtspraak een soortgelijke techniek gebruikt. Zoals hoger reeds aangeduid stellen sommige voorzitters een voorlopige bewindvoerder aan op eenzijdig verzoekschrift omwille van het verrassingseffect. Deze aanstelling wordt slechts toegestaan voor een beperkte periode en onder de verplichting om binnen een zeer korte tijd een tegensprekelijke procedure in te leiden. Ook hier was het één van de bekommernissen om de voorlopige bewindvoerder de kans te geven voorlopig niet te publiceren in afwachting van de tegensprekelijke procedure binnen de termijn van 15 dagen.

2.6.3. *Mededeling aan normale handelspartners*

Zoals hoger reeds aangeduid zijn de bepalingen omtrent de bekendmaking het gevolg van tegenstrijdige doelstellingen nl. het verrassingseffect van een eenzijdige procedure behouden en toch geen faillissement veroorzaken door het feit zelf van de aanstelling. Ook de voorlopige bewindvoerder zal met deze tegenstrijdigheid geconfronteerd worden. Een normale uitoefening van zijn bewaurende taak vraagt dat hij bepaalde schuldeisers, zoals bankiers, verzekeraars, accountants, werknemers-afgevaardigden e.d. contacteert. Hij zal hun uiteraard op de hoogte stellen van zijn aanstelling en zijn bevoegdheden. Dit kan inderdaad belangrijke gevolgen hebben voor de kredietwaardigheid van de handelaar. Toch moet dit niet overschat worden. Meestal zijn deze schuldeisers vrij goed op de hoogte van de situatie. Bovendien zal de aanstelling een zekere rust brengen omdat de schuldeisers garanties hebben over de bewaring van de activa en zelf geen initiatieven meer moeten nemen. De praktijkervaring in verband met de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder op basis van de vennootschapswet bevestigt dit.

Verschillende auteurs (109) blijven bekommerd over de verantwoordelijkheid van de initiatiefnemend schuldeiser of de voorzitter van de rechtbank indien er geen faillissement volgt. Er is zelfs

(108) VAN CAMP, E. o.c. blz. 32, nr. 63.

(109) VAN CAMP, E., GEINGER, H., en VAN BUGGENHOUT, C., in de eerder geciteerde werken. Merkwaardig genoeg zijn dezelfde auteurs meestal voorstander van het behoud van het ambts-halve faillissement.

gesproken van een onverzekerbaar risico. Dit is echter ten onrechte. Indien er geen faillissement volgt zal de betrokken handelaar eventueel moeten bewijzen dat hij door de aanstelling schade heeft geleden. Indien er wel een faillissement volgt zou de betrokken handelaar kunnen voorhouden dat het juist de aanstelling van de voorlopige bewindvoerder is die het faillissement heeft veroorzaakt. Het is dezelfde redenering, die eerder werd gehanteerd in verband met het ambtshalve faillissement. Een handelaar, die reeds financiële moeilijkheden heeft verliest iedere kans op herstel door een faillissementsvonnis. Zelfs een latere opheffing op verzet kan deze schade niet meer herstellen.

Ook hier moet weer gesteld dat het verleden heeft aangetoond dat de rechtbanken niet lichtzinnig een faillissement uitspreken. Meestal zijn er zoveel aanduidingen dat iedereen, behalve misschien de betrokkene zelf, overtuigd is van de staat van faillissement, maar dat niemand wil of durft het initiatief nemen.

2.7. – *Kosten en vergoeding*

De regeling van de kosten van de voorlopige bewindvoerder is eenvoudig en duidelijk. De kosten worden begroot door de voorzitter van de rechtbank zoals de kosten van een gerechtsdeskundige. Gezien de precaire toestand van de betrokken handelaar regelt de wet ook de provisionering van de kosten.

2.7.1. *Wijze van begroting*

Art. 8 laatste lid bepaalt niet hoe de voorlopige bewindvoerder zijn staat van kosten en erelonen moet begroten. Dit is trouwens voor het deskundig onderzoek in het gerechtelijk wetboek evenmin het geval. Een uniforme regeling zou trouwens moeilijk zijn. Iedere opdracht zal verschillen en de voorlopige bewindvoerders zullen bovendien uit verschillende beroepscategorieën komen. Een begroting van de erelonen in uurtarieven of vacaties lijkt aangewezen. Ook voor de commissaris van opschorting, die een vergelijkbaar mandaat bekleedt, wordt in het K.B. van 10 augustus 1998 verwezen naar het gebruikelijk uurtarief van de betrokken beroepscategorieën.

Voor de begroting van de kosten kan verwezen worden naar de gebruikelijke tarieven van briefwisseling, verplaatsingskosten e.d..

Vermits de voorlopige bewindvoerder verplicht is zijn beroepsaansprakelijkheid te laten verzekeren, lijkt het logisch dat de kosten hiervan in rekening kunnen gebracht worden.

Zoals de deskundige begroot de voorlopige bewindvoerder in principe zelf zijn kosten en erelonen. Hij maakt deze over aan partijen, die ze voldoen zoals verder aangeduid. Bij gebreke aan betaling of in geval van betwisting van de hoegrootheid, wordt het geschil voorgelegd aan de voorzitter van de rechtbank. De wet verwijst in de laatste alinea van art. 8 Fail. W. zonder meer naar de kosten van de gerechtsdeskundige. Nochtans is er een wezenlijk verschil. In toepassing van art. 984 Ger.W. neemt de procedure van de begroting bij de deskundige een aanvang door de neerlegging van het verslag. Indien partijen binnen de vijftien dagen hun akkoord niet hebben meegedeeld kan de deskundige bij verzoekschrift de begroting vragen. In casu is er geen verslag. Daaruit kan alleen maar besloten worden dat de voorlopige bewindvoerder zijn staat meedeelt aan de partijen. Indien er dan betwisting is of de staat wordt niet betaald kan de voorlopige bewindvoerder zelf het initiatief nemen om bij verzoekschrift de begroting te vragen. Alle betrokken partijen worden opgeroepen en gehoord in raadkamer. De staat wordt door de voorzitter uitvoerbaar verklaard tegen de schuldeiser, die de aanstelling heeft gevraagd of bij een ambtshalve aanstelling, de schuldenaar. Indien op de aanstelling een faillissement volgt en de voorlopige bewindvoerder werd niet geprovisioneerd moet hij zoals iedere schuldenaar een schuldvordering indienen in het faillissement. Hij is niet gehouden zijn ereloon- en kostenstaat te begroten alvorens aangifte te doen van zijn schuldvordering in het passief van het faillissement (110).

2.7.2. *Wijze van betaling*

De wet bepaalt uitdrukkelijk wie de staat moet provisioneren. Dit is in principe de verzoekende partij. Terecht wordt de vraag gesteld wie de staat zal voldoen wanneer het Openbaar Ministerie het initiatief neemt. Zowel in de parlementaire voorbereiding als in de eerste commentaren is duidelijk dat van het O.M. weinig initiatief wordt verwacht. Het is logisch dat indien het O.M., wanneer het de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder vraagt, zelf moet

(110) Kh. Namen, 1 april 1998, *J.T.* 1998, 623.

instaan voor de provisionering. Enkel bij een ambtshalve aanstelling dient de betrokken schuldenaar de kosten te provisioneren.

Uit vrees dat er geen kandidaten zouden zijn om het mandaat van voorlopige bewindvoerder uit te oefenen heeft de wet naast de provisionering ook de nodige waarborgen ingebouwd voor de uiteindelijke betaling. In geval van faillissement zijn de kosten schulden van de boedel. Het gaat dus om bevoorrechte kosten die rang nemen op het niveau van de gerechtskosten en nog voor de erelonen van de curatoren. Indien de curator de staat betwist dient deze begroot te worden door de voorzitter van de rechtbank. Deze begroting is echter geen voorwaarde voor het indienen van de vordering zoals hoger aangeduid. Volgt er geen faillissement, dan dienen de kosten gedragen zoals de provisies d.w.z. door de verzoekende partij of door de betrokken handelaar. De hypothese dat er onvoldoende actief is om de kosten van de boedel te dragen, lijkt niet zo waarschijnlijk. In dat geval geldt dezelfde regel als wanneer er geen faillissement volgt. Samengevat betekent dit concreet dat de staat van de voorlopige bewindvoerder altijd wordt voldaan behalve wanneer er na een ambtshalve aanstelling een faillissement volgt met onvoldoende actief om de kosten te voldoen.

2.8. – *Verband met faillissement en gerechtelijk akkoord*

Zoals hoger reeds gesteld moet de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder gezien worden in het geheel van het faillissement en gerechtelijk akkoord.

2.8.1. *Aanvraag tot gerechtelijk akkoord*

De aanstelling van een voorlopige bewindvoerder belet niet dat een gerechtelijk akkoord wordt gevraagd. Hij kan het in principe ook zelf aanvragen. Zoals al aangeduid is dit eerder theoretisch temeer omdat de voorlopige bewindvoerder dan in samenloop komt met de commissaris van opschorting. Daarom lijkt het ook logisch dat door het toekennen van de voorlopige opschorting aan de aanstelling van de voorlopige bewindvoerder een einde komt.

Omgekeerd belet een aanvraag tot het bekomen van het gerechtelijk akkoord niet dat nog een voorlopige bewindvoerder wordt aangesteld. Deze of de schuldeiser, die zijn aanstelling heeft gevraagd

kan ook overgaan tot dagvaarding in faillissement. Alleen de uitspraak erover wordt opgeschort. Ook wanneer de rechtbank, na de aangifte van de staking van betaling door de handelaar zelf of in het kader van een dagvaarding in faillissement, een uitstel van 15 dagen toestaat in toepassing van art. 7 Fail. W., kan in die periode een ontneming van beheer worden uitgesproken.

2.8.2. *Faillissementsprocedure*

De aanstelling van een voorlopige bewindvoeder leidt noodzakelijk tot een faillissementsprocedure, hetzij door hemzelf hetzij door de schuldeiser. Zoals al aangeduid kan deze samenlopen met of zich hechten aan een reeds bestaande procedure. Welke de juist positie is van de voorlopige bewindvoeder in een procedure ingeleid door een schuldeiser is minder duidelijk. De vordering wordt ingeleid tegen de handelaar en niet tegen de voorlopige bewindvoeder. Deze laatste kan de handelaar ook niet vertegenwoordigen. Toch kan de voorlopige bewindvoeder aan de rechtbank belangrijke informatie verschaffen. Daarom moet de voorlopige bewindvoeder alleszins kunnen gehoord worden hetzij ambtshalve, hetzij op zijn verzoek of dat van de schuldeiser. Hij zou dan wel zijn louter bewarende opdracht overschrijden. De praktijk zal moeten uitwijzen hoe de taak van de voorlopige bewindvoeder zal worden ingevuld.

Het feit dat eerder al een procedure in faillissement werd ingeleid belet de aanstelling niet. Indien de dagvaarding in faillissement door dezelfde schuldeiser werd uitgebracht dient hij uiteraard niet opnieuw te dagvaarden. Dit volgt uit de *ratio legis* (111).

2.8.3. *Onverenigbaarheden*

De voorlopige bewindvoeder, die dikwijls een advocaat zal zijn, kan later niet meer aangesteld worden als curator. Dit is logisch vermits hij niet kan aangesteld worden in een door hemzelf ingeleide procedure. De voorzitter van de rechtbank, die de voorlopige bewindvoeder heeft aangesteld, lijkt niet meer te kunnen zetelen bij de behandeling van de dagvaarding in faillissement. Er kan verwezen worden naar de voorzitter, die in kort geding voorlopige maatregelen neemt en later ten gronde zetelt. Toch gaat deze vergelijking niet helemaal op. Op grond van art. 828 § 8 is het niet onve-

(111) VAN CAMP, E., o.c., blz. 35, nr. 68.

renigbaar dat de magistraat, die zetelde in kortgeding kennis neemt van het bodemgeschil tussen dezelfde partijen. In casu moet de voorzitter om een voorlopige bewindvoerder te kunnen aanstellen, aanvaarden dat er gewichtige en met elkaar overeenstemmende aanwijzingen zijn van het faillissement. Dit lijkt toch verder te gaan dan de prima facie beoordeling van de rechter in kort geding, zodat dient besloten te worden dat de voorzitter geen deel kan uitmaken van de zetel, die uitspraak doet over de vordering in faillissement.

De rechtbank van Koophandel van Bergen kwam nochtans tot een andere conclusie met de volgende overweging (112) : « Het feit dat een magistraat die zich zorgen maakte over de situatie van een onderneming, besliste deze onder het statuut van voorlopig bewind te plaatsen, maakt het niet mogelijk ervan uit te gaan dat het eventuele latere debat, indien de voorlopige bewindvoerder, na de situatie grondiger te hebben onderzocht, het opportuun achtte een vordering tot faillissement in te stellen, noodzakelijkerwijze zou zijn vertekend ingeval de voorzitter van de rechtbank van koophandel deel zou uitmaken van het gerecht dat van dit latere verzoek, dat van een andere aard is en een andere draagwijdte heeft, kennis diende te nemen aangezien het er niet langer om gaat bij hoogdringendheid uitspraak te doen volgens ogenschijnlijk verontrustende aanwijzingen, maar wel degelijk over de gegrondheid van de voorwaarden voor de opening van een faillissement, namelijk de staat van staking van betaling en de aantasting van de kredietwaardigheid. Met andere woorden, de omstandigheid dat een magistraat uitspraak doet over de grond van een zaak waarin hij vooraf een bewarende maatregel heeft genomen, impliceert geen inbreuk op de eis van onpartijdigheid ».

2.8.4. *Tegenstelbaarheid bij later faillissement*

Vermits de wetgever zich goed bewust was van het feit dat op de aanstelling dikwijls een faillissement zou volgen, werden in art. 8 de gevolgen geregeld van de daden gesteld in de periode van ontneming van het beheer. De tegenstelbaarheid van de daden van de schuldenaar, het ogenblik van de inwerkingtreding van de beschikking en de gevolgen voor de betalingen aan de betrokken schulde-

(112) Bergen, 10 november 2000, *J.L.M.B.* 2001, 465; *T.B.H.* 2001, 413.

naar zijn uitdrukkelijk bepaald. Hierbij werd in ruime mate rekening gehouden met de belangen van de derden.

Om te vermijden dat de preventieve ontzetting zijn effect zou missen, is het nodig dat de daden van de handelaar in strijd met de ontneming van het beheer niet tegenstelbaar zijn aan de boedel van het later faillissement. Opdat de curator de niet-tegenwerpbaarheid zou kunnen invoeren moeten twee voorwaarden vervuld zijn :

1. De handeling is verricht in strijd met de ontneming van het beheer. Dit kan alleen maar betekenen dat de handelaar een handeling stelt, waartoe hem de bevoegdheid is ontnomen, omdat ze werd toegekend aan een voorlopige bewindvoerder. Hier blijkt hoe belangrijk de omschrijving van de bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder is. De voorzitter bepaalt nauwkeurig zijn bevoegdheden, door een positieve aanduiding ervan. Slechts indien de betrokken schuldenaar een handeling stelt in strijd met deze bevoegdheden kan de curator ze aanvechten.

2. De derde moet kennis hebben van de ontneming van het beheer of de handeling moet vallen onder één van de drie categorieën bepaald bij art. 17 Fail. W. Dit artikel herneemt het vroegere art. 445 en de drie bedoelde categorieën zijn dan ook :

1° alle handelingen waarbij om niet wordt beschikt over roerende of onroerende goederen, alsmede handelingen, verrichtingen of overeenkomsten, vergeldend of onder bezwarende titel, indien de waarde van hetgeen de gefailleerde heeft gegeven, de waarde van hetgeen hij daarvoor heeft ontvangen, aanmerkelijk overtreft;

2° alle betalingen, hetzij in geld, hetzij bij overdracht, verkoop, schuldvergelijking of anderszins, wegens niet vervallen schulden, en alle betalingen anders dan in geld of in handelspapier, wegens vervallen schulden;

3° alle bedongen hypotheeken en alle rechten van gebruikspand of van pand, op de goederen van de schuldenaar gevestigd wegens voordien aangegane schulden.

Het is aan de curator om te bewijzen dat de voorwaarden voldaan zijn. Dit betekent dat hij moet bewijzen dat de handelaar een handeling gesteld heeft waartoe hij niet meer bevoegd was bv. het vestigen van bijkomende waarborgen, het vervreemden van activa of het innen van gelden. Bovendien moet hij aantonen dat de derde op de hoogte was van de beschikking tot ontneming van het beheer. Dikwijls zal de curator beroep moeten doen op de bewijsstukken van de voorlopige bewindvoerder om dit aan te tonen. Hij is echter

niet verplicht de niet-tegenstelbaarheid in te roepen wanneer hij meent dat de handeling gunstig was voor de boedel.

In verband met het ogenblik waarop de ontneming van het beheer uitwerking heeft, wordt het principe van de Fail. W. hernoemen. De ontneming heeft terugwerkende kracht tot nul uur van de dag waarop ze is genomen. In de oorspronkelijke wettekst is sprake van « neerlegging van de beslissing ». Dit gaf aanleiding tot enige onduidelijkheid. In de reparatiewet van 4 september 2002 werd deze weggewerkt door de woorden « neerlegging van de » weg te laten. Het is dan ook duidelijk dat de dag van de uitspraak wordt bedoeld. De beheers – of beschikkingsdaden van de betrokken handelaar op de datum van de beslissing worden geacht na de ontneming te zijn genomen. Dat de betrokken handelaar nog geen kennis heeft van de beslissing is geen bezwaar. Ook voor de toepassing van de art. 16 e.v. van de Fail. W. is dat zo.

De betalingen door derden gedaan aan de betrokken handelaar, ook al mocht hij niet langer betalingen aanvaarden, zijn bevrijdend als de derde te goeder trouw is. Hier is duidelijk geopteerd voor het belang van de derde – schuldenaar. Gezien de beperkte publiciteit is dit logisch. De derde kan moeilijk weten dat aan een handelaar het beheer is ontnomen. Hij wordt niet verondersteld voor iedere betaling het handelsregister te controleren. Anderzijds kan hij niet meer geldig betalen nadat hij kennis heeft gekregen van de ontneming van het beheer. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de voorlopige bewindvoeder de debiteuren op de hoogte brengt van zijn aanstelling en hen aanmaant om aan hem of op een bepaalde bankrekening te betalen.

Uit hetgeen voorafgaat volgt reeds dat de ontneming van het beheer nog een ander gevolg zal hebben. Bij de uitspraak van het daaropvolgend faillissement zal de beslissing van de voorzitter zeker beschouwd kunnen als een ernstige en objectieve omstandigheid dat de gefailleerde op die datum heeft opgehouden te betaling. De aanwijzing dat er staking van betaling is, was immers één van de voorwaarden voor de aanstelling. De rechtbank zal dan ook minstens de datum van de aanstelling of het verzoek daartoe kunnen aanduiden als de datum van staking van betaling in de zin van art. 12 Fail. W.

2.9. – *Besluit*

De rechtsfiguur van de ontneming van het beheer en de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder, die voordien door de rechtspraak sporadisch werd toegepast in de pre-faillissementsfase, werd door art. 8 van de Fail. W. wettelijk geregeld als een bewarende maatregel over het geheel of een gedeelte van het vermogen van de handelaar in het belang van, onder meer alle schuldeisers. Zij is bedoeld om de gevolgen van de afschaffing van het ambtshalve faillissement op te vangen. Ondanks sommige kritieken is de procedure praktisch werkbaar, relatief eenvoudig en afgestemd op het dringend karakter van de te nemen maatregel. De kwaliteiten en de persoonlijkheid van de voorlopige bewindvoerder zullen een determinerende factor zijn voor het succes van zijn aanstelling.

De figuur van de voorlopige bewindvoerder situeert zich in de pre-faillissementsfase zodat zowel van de voorzitter bij de aanstelling als van de voorlopige bewindvoerder bij de uitvoering van zijn opdracht de nodige omzichtigheid wordt gevraagd. In tegenstelling met wat sommige auteurs voorhouden brengt dit geen bijzondere risico op aansprakelijkheidsvorderingen tegen de Belgische Staat of de voorlopige bewindvoerder met zich mee. Het gevaar is niet dat de aanstelling of het optreden van de voorlopige bewindvoerder een faillissement veroorzaakt. Het grootste risico is dat de voorzitter bij de aanstelling of de voorlopige bewindvoerder tijdens zijn optreden een foutieve beslissing neemt bij gebrek aan voldoende of juiste informatie. Dit wordt echter in grote mate gecorrigeerd doordat er een tegensprekelijke procedure volgt.

Een tijdig en gepast gebruik van de figuur van de ontneming van het beheer kan de voorzitter van de rechtbank van koophandel toelaten in zijn arrondissement een beleid te voeren, zoals dat vroeger voor het ambtshalve faillissement het geval was. Dit beleid strekt er niet toe – en strekte er ook in het verleden niet toe, wat sommigen ook voorhouden – om faillissement te veroorzaken. Wel kan een preventief beleid duidelijk maken dat ook in de pre-faillissementsfase de rechten van de schuldeisers dienen geëerbiedigd en dat hierop controle wordt uitgeoefend.

Dit beleid als een onderdeel van de bestaande rechtsorde kan het vertrouwen van de bona fide handelaar alleen maar versterken. Op die manier kan de goede trouw, die nu dikwijls ontbreekt, opnieuw een richtinggevende factor worden in het handelsverkeer.

BIBLIOGRAPHIE

- BRAECKMANS, H., en ERNST, P., « Conflicten in vennootschappen », in X., *Handels-, Economisch en Financieel Recht*, Gent, Mys en Breesch, 1995, blz. 89-134.
- BRAECKMANS, H., « Conflicten in vennootschappen », *R.W.* 2002-2003, 1081.
- BUYLE, J., « De voorlopige bewindvoerder : enkele opmerkingen uit de praktijk », *T.R.V.*, 1996, 3-14.
- BYTTEBIER, K., « Omtrent de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder ter voorkoming van de schending van de belangen van een minderheidsaandeelhouder in een vennootschap », *A.J.T.* 1995-96, 345-347.
- De Gids voor vennootschappen*, C.E.D. Samson, blz. 345.
- GEENS, K., DENEFF, M., HELLEMANS, F., TAS, R. en VANANROYE, J., « Overzicht van Rechtspraak Vennootschappen 1992-1998 », *T.P.R.* 2001, 99.
- GEINGER, H., *Het faillissementsrecht geactualiseerd* Deel I, Die Keure, Brugge 1997, blz. 204.
- GEINGER, H., COLLE, P., en VAN BUGGENHOUT, C., « Overzicht van Rechtspraak 1975-1989 – Het Faillissement en het Gerechtelijk akkoord », *T.P.R.* 1991/2, Gent Story-Scientia, blz. 407-695.
- GEINGER, H., VAN BUGGENHOUT, C. en VAN HEUVERSWEYN Chr., « Overzicht van Rechtspraak – Het Faillissement en het Gerechtelijk akkoord 1990-1995 », *T.P.R.* 1996/3, Gent Story-Scientia, blz. 909-1140.
- KRINGS, E., « De rechterlijke macht en de faillissementsprocedure », *R.W.*, 1986-1987, blz. 354.
- LINDEMANS, D., *Kortgeding*, Kluwer Antwerpen 1985, blz. 254, nr. 475.
- POTTIER, E., en DE ROECK, M., « L'Administration provisoire, bilan et perspectives », *T.B.H.*, 1997, 203-250.
- TILLEMANS, B., « De voorlopige bewindvoerder als precursor? », *T.R.V.*, 1992, 40-45.
- TILLEMANS, B., « Het gerechtelijk sekwestre in vennootschapsgeschillen », *T.R.V.*, 1993, blz. 503-523.
- TILLEMANS, B., « Een voorlopige bewindvoerder : een middel ter voorkoming van een faillissement? », *T.R.V.*, 1994, blz. 356-358.
- TISON M., « Depistage en gerechtelijk akkoord na de wet van 17 juli 1997 », *R.W.*, 1997-1998, blz. 385.
- VAN CAMP, E., *De Nieuwe Faillissementswet*, Kluwer 1997, blz. 27-35.
- VANDEBERGHE, H., « Verslag namens de commissie Justitie van de senaat – Wetsontwerp betreffende het gerechtelijk akkoord – Ontwerp van Fail. W. », *Parlementaire handelingen Belgische Senaat* 1-498/11, blz. 86-98 en 203-206.
- VAN GERVEN, D., en WYCKAERT, M., « Kroniek vennootschapsrecht 1996-1997 », *T.R.V.*, 1997/6, blz. 349.
- VANDEURZEN, J., « Verslag namens de commissie belast met de problemen inzake handels en economisch recht omtrent ontwerp van Fail. W., Wetsontwerp betreffende het akkoord en de opschorting van betaling en wetvoorstel betreffende het

reorganisatie-akkoord », dd. 29.03.95, *Parlementaire handelingen* 631/13, 1991-1992 (B.Z.) aangeduid als verslag Vandeurzen 1.

VANDEURZEN, J., « Verslag namens de commissie belast met de problemen inzake handels en economisch recht omtrent het Wetsontwerp betreffende het gerechtelijk akkoord, het Ontwerp van Fail. W. en het Wetvoorstel tot aanstelling van bij de rechtbanken van koophandel benoemde curators », dd. 29.11.96, *Parlementaire handelingen* 329/17, 1995-1996 aangeduid als verslag Vandeurzen 2.

VERLINDEN, J., « Overzicht van de nieuwe wetten betreffende het faillissement en het gerechtelijk akkoord », *T.R.V.*, 1997/8, blz. 513-549 en 1998/1, blz. 3-23.

WYCKAERT, M., « Waar ligt de redelijke grens aan de bevoegdheden van een voorlopige bewindvoerder? », *T.R.V.*, 1996, 209-213.

LE MAGISTRAT, LE REVISEUR ET LE CONCORDAT

PAR

RENÉE RUBINSTEIN

VICE-PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE BRUXELLES

ET

HUGUES FRONVILLE

REVISEUR D'ENTREPRISES

SOMMAIRE

1. – INTRODUCTION

- 1.1. – *Préalable*
- 1.2. – *Statistiques*
- 1.3. – *Remarque*

2. – ASSISTANCE PRÉALABLE À LA REQUÊTE EN CONCORDAT

- 2.1. – *Le Reviseur d'Entreprises en qualité de conseil*
- 2.2. – *Le Reviseur d'Entreprises en qualité de Commissaire*

3. – APPRÉCIATION DE LA REQUÊTE PAR LE MAGISTRAT

- 3.1. – *Procédure unilatérale*
- 3.2. – *La prise de décision*
- 3.3. – *Effets pervers de la décision d'octroi*

4. – DÉSIGNATION

- 4.1. – *Choix*
- 4.2. – *Remplacement*

5. – MISSION DU COMMISSAIRE DANS LE CADRE DU SURSIS PROVISOIRE

- 5.1. – *Premiers devoirs*
- 5.2. – *Mission*
- 5.3. – *Analyse des créances*
- 5.4. – *Prolongation du sursis provisoire*
- 5.5. – *Le plan de redressement*

- 6. – MISSION DU COMMISSAIRE DANS LE CADRE DU SURSIS DÉFINITIF
 - 6.1. – *Rôle du Commissaire au Sursis*
 - 6.2. – *Rapports durant le sursis définitif*
- 7. – TRANSFERT DE L'ENTREPRISE
- 8. – ASPECTS DÉONTOLOGIQUES
- 9. – RÔLE DU COMMISSAIRE DE LA SOCIÉTÉ PENDANT LA PÉRIODE CONCORDATAIRE
- 10. – COUT DU CONCORDAT
 - 10.1. – *Détermination des honoraires*
 - 10.2. – *La faillite*
 - 10.3. – *Assurances*

1. INTRODUCTION

1.1. – *Préalable*

L'article 15 de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire prévoit notamment que : « *le commissaire au sursis désigné doit offrir des garanties d'indépendance et d'impartialité. Il doit avoir de l'expérience en matière de gestion d'entreprises et de comptabilité. Il doit également être tenu par un code de déontologie et sa responsabilité professionnelle doit être couverte par une assurance. Le Tribunal peut désigner le commissaire au sursis parmi les personnes habilitées par les organismes publics ou privés désignés ou agréés par l'autorité compétente pour assister les entreprises en difficulté. Le Tribunal choisit le commissaire au sursis en fonction de ses qualités et selon les nécessités de l'espèce. (...)* »

On trouvera également dans les documents parlementaires de la Chambre des Représentants concernant le projet de loi relatif au concordat judiciaire (329/17/95-96) que : « *cette fonction ne sera pas réservée au juge consulaire. Il s'agira d'une fonction confiée à des personnes indépendantes, tenues au respect des règles déontologiques, comme les réviseurs d'entreprises et les experts comptables. (...)* ».

L'implication des Reviseurs d'Entreprises dans les missions liées à la procédure de concordat judiciaire a amené l'Institut des Reviseurs d'Entreprises (I.R.E.) à encadrer ces missions de deux documents importants :

- une note technique relative aux missions en relation avec le concordat judiciaire, approuvée par le Conseil de l'I.R.E. du

30 octobre 1998 (publiée au Rapport annuel I.R.E. 1998, page 293 et suivantes);

- une recommandation de revision d’une entreprise en difficulté, approuvée par le Conseil de l’I.R.E. le 3 décembre 1999 (publiée au Rapport annuel I.R.E. 1999, page 261 et suivantes) et conforme à la norme internationale d’audit I.S.A. 570.

Peut-être y a-t-il lieu de rappeler la typologie des textes encadrant les travaux et missions des Reviseurs d’Entreprises :

- la norme : décision normative du Conseil de l’I.R.E. entraînant pour ses membres l’obligation de s’y conformer, sous peine de sanctions déontologiques;
- la recommandation : il s’agit d’une pratique souhaitée et publiée sous l’autorité du Conseil de l’I.R.E.;
- la note technique : document destiné à faciliter l’exercice d’une mission, n’entraînant pas un caractère obligatoire, mais néanmoins officialisée par une approbation du Conseil de l’I.R.E.;
- la circulaire : information précisant une obligation et rappelée à ses membres par le Président du Conseil de l’I.R.E..

Au départ de ces textes, on trouvera ci-après les lignes de force de l’intervention du Reviseur d’Entreprises dans le cadre de la procédure concordataire se détaillant comme suit :

- intervention du Reviseur dans la phase préalable à la demande du concordat;
- appréciation de la requête par le magistrat;
- mission du Commissaire dans le cadre du sursis provisoire;
- mission du Commissaire dans le cadre du sursis définitif;
- aspects déontologiques;
- rôle du Commissaire de la société pendant la période concordataire;
- coût du concordat.

1.2. – *Statistiques*

Depuis l’entrée en vigueur de la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat, de 1998 à 2002, 133 demandes en concordat ont été introduites auprès du Tribunal de Commerce de Bruxelles :

- 64 demandes ont été rejetées;
- 69 demandes de sursis provisoire ont été acceptées;

- 2 entreprises ont été transférées en application des articles 41 et 45 de la loi (transfert de l'ensemble de l'entreprise suivi de la dissolution de la personne morale);
- 25 entreprises ont bénéficié d'un sursis définitif. Sur ces 25 entreprises, le sursis a été révoqué pour 12 d'entre elles, 6 sont parvenues au terme du sursis et 7 entreprises sont encore en cours de sursis définitif.

Au cours de la période 1998 à 2002, le nombre de demandes de concordat représente dès lors 2 % des faillites et le nombre de concordats « réussis » (soit parce que la clôture du sursis définitif a été prononcée soit parce que l'entreprise a été transférée sur base de l'article 41) 0,2 % de ces faillites (1).

Sur ces 133 demandes, 118 émanaient de personnes morales (66 sociétés anonymes, 45 sociétés privées à responsabilité limitée et 7 sociétés coopératives) et 15 de personnes physiques (2).

De janvier 2003 à août 2003, 11 nouvelles demandes ont été introduites; 3 ont été refusées et 8 ont été acceptées. De ces 8, restent seuls en cours 4 sursis provisoires (3) (4).

(1) La clôture du sursis définitif a été prononcée pour 5 T.P.E. (toutes petites entreprises), trois sous forme de S.P.R.L. et deux en nom propre ayant pour activités respectives : la vente de moquettes, les articles de papeterie, la photographie, une boulangerie et un restaurant.

La clôture a également été prononcée pour une S.A. ayant pour activité l'embouteillage et employant plus de 200 personnes.

Deux entreprises respectivement de transport et de chauffagiste ont été cédées avec leur personnel, ce qui a permis le maintien d'à peu près 100 emplois.

Restent en cours de sursis définitif trois maisons de retraite, une entreprise informatique, une société ayant développé des instruments de mesure pour le management des ressources humaines et les relations avec la clientèle, ainsi que deux T.P.E. sous forme de S.P.R.L. ayant pour activité respectivement un restaurant et la mise en page d'articles, photos et publicité.

(2) A Bruxelles, le Procureur du Roi n'a jamais fait usage de la faculté qui lui est donnée par la loi d'introduire une procédure en concordat (article 11 § 2 de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire). Dans d'autres arrondissements judiciaires, le Procureur du Roi a déjà fait usage de cette faculté.

(3) Il a été mis fin à un sursis provisoire à la demande du Commissaire au Sursis. Pour les trois autres sociétés (qui étaient des sociétés sœurs), le Tribunal a refusé les propositions de cession qui avaient été introduites sans respecter les conditions de fond et de forme de l'article 41 de la loi sur le concordat (jugements du 12 juin 2003 H/03/00029, H/03/00030 et H/03/00031).

(4) Les sociétés en sursis provisoire sont trois T.P.E. constituées sous forme de S.P.R.L. ayant pour activités respectives le transport, la vente et la location de patinoires et l'organisation d'expositions et de concerts (jugements du 2 avril 2003 H/03/00039, du 16 juin 2003 H/03/00080 et du 26 juin 2003 H/03/00088) ainsi qu'une S.A. (jugement du 23 avril 2003 H/03/00045) ayant pour activité la collecte et la diffusion de renseignements commerciaux.

1.3. – *Remarque*

La contribution au présent document de Madame R. RUBINSTEIN a pour objet les relations entre le Commissaire au Sursis et le Tribunal telles qu'elles peuvent être vues « du côté du Tribunal », et plus particulièrement de la Chambre Francophone du Tribunal de Commerce de Bruxelles qu'elle préside habituellement.

Est repris en annexe l'extrait du rapport des activités en 2001 du Tribunal de Commerce de Bruxelles relatif au concordat.

2. – ASSISTANCE PREALABLE A LA REQUETE EN CONCORDAT

2.1. – *Le Reviseur d'Entreprises en qualité de conseil*

Le Reviseur d'Entreprises (ou l'Expert-Comptable), en qualité de conseiller habituel de l'entreprise, peut porter assistance à l'entreprise dans l'élaboration des documents qui doivent être joints à la requête en concordat dans la mesure où la plupart de ces documents appartiennent à la famille des informations financières, et notamment :

- l'exposé des événements sur lesquels la demande est fondée;
- un état comptable de l'actif, du passif et du compte de résultats, ainsi qu'une simulation de l'évolution comptable portant au moins sur les 6 mois à venir;
- la liste des créanciers;
- les propositions formulées portant sur la restructuration de l'entreprise ou le désintéressement des créanciers.

2.2. – *Le Reviseur d'Entreprises en qualité de Commissaire*

Si, par contre, le Reviseur d'Entreprises exerce la fonction de Commissaire au sein de l'entreprise, il sera, au cours de la période précédant la requête en concordat, attentif aux obligations suivantes :

- l'article 138 du Code des Sociétés imposant au Commissaire de mettre en œuvre une procédure destinée à alerter l'organe de gestion et, le cas échéant, d'informer le Tribunal de Commerce, lors-

qu'il constate, au cours de ses contrôles, des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de la société;

- l'article 96, alinéa 6 du Code des Sociétés imposant de compléter le rapport de gestion lorsque le bilan fait apparaître une perte reportée ou lorsque le compte de résultats fait apparaître une perte pendant deux exercices successifs;
- les articles 332 (S.P.R.L.), 441 (S.C.R.L.) et 633 (S.A. et S.C.A.) du Code des Sociétés imposant entre autres la convocation de l'Assemblée Générale lorsque la moitié ou les trois quarts du capital sont perdus;
- l'article 28, § 1, dernier alinéa de l'Arrêté Royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des Sociétés disposant que les règles d'évaluation sont adaptées dans le cas où, en exécution ou non d'une décision de mise en liquidation, la société renonce à poursuivre ses activités ou lorsque la perspective de continuité de ces activités ne peut être maintenue.

Le Commissaire doit alors s'interroger sur le caractère approprié du postulat de continuité de l'exploitation qui sous-tend l'élaboration des comptes annuels.

3. – APPRECIATION DE LA REQUETE PAR LE MAGISTRAT

3.1. – *Procédure unilatérale*

La décision d'octroi ou non du sursis provisoire ne concerne pas que le débiteur, société ou personne physique, qui demande le concordat. Elle a des effets sur ses associés ou actionnaires, sur son personnel, sur ses bailleurs de fonds (banques, sociétés de développement régional), ses créanciers (publics – O.N.S.S., Finances – et privés), ses fournisseurs et ses clients.

L'article 13 de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire prévoit que, le jour fixé pour la comparution du débiteur, le

Tribunal entend, outre le débiteur et le Ministère public, tout créancier qui en fait la demande (5).

A Bruxelles, lorsque le Tribunal examine la demande de sursis provisoire, les créanciers sont rarement présents (6) (probablement parce qu'ils ignorent qu'une telle demande a été introduite ou parce qu'ils n'ont pas encore pris position).

Lorsqu'ils sont présents, il s'agit rarement de créanciers s'y opposant mais le plus souvent de créanciers favorables à la demande, avec lesquels le débiteur a déjà négocié et dont il s'est assuré le soutien.

Le Tribunal est donc amené le plus souvent à décider de l'octroi ou non d'un sursis provisoire en entendant un seul point de vue : celui du débiteur et sur base des pièces produites par ce dernier (7) (l'avis du Procureur du Roi ou de son représentant étant rendu également sur base de ces pièces et des arguments du requérant (8)).

L'appréciation des intérêts des diverses parties concernées par le concordat est donc à ce stade influencée nécessairement par la présentation faite par le seul débiteur de l'incidence du concordat sur les diverses personnes concernées par le concordat.

Le débiteur demandant le concordat ne fait évidemment état que des éléments positifs découlant selon lui de l'octroi d'un sursis, tels :

- le maintien de l'emploi du personnel ;
- la possibilité pour les créanciers de récupérer une partie de leurs créances, créances alléguées irrécupérables en cas de faillite ;
- la sauvegarde de la valeur de l'entreprise en « going concern » qui serait réduite à néant en cas de faillite ;

(5) La loi ne précise pas comment le créancier doit introduire sa demande. A Bruxelles, des demandes formulées oralement par des créanciers le jour de l'audience ont été acceptées.

Si le créancier n'a pas fait une intervention volontaire par application des articles 812 et 813 du Code Judiciaire, il n'est pas partie à la procédure (Comm. Bruxelles 4 juin 1998, *R.D.C.*, 1999, page 197).

(6) La loi ne prévoit pas que le Tribunal entend d'autres tiers. D'éventuels repreneurs ou futurs associés ont cependant parfois été entendus par le Tribunal afin d'apprécier la possibilité de redressement de l'entreprise.

(7) La mission habituelle du Tribunal est de rendre son jugement sur base des arguments des parties concernées dans le respect du contradictoire. Ce n'est que dans les cas d'urgence et d'absolue nécessité que le Code Judiciaire (article 584) donne au Président du Tribunal le pouvoir de prendre des décisions, sans respecter le contradictoire et donc en entendant les seuls arguments de la partie le sollicitant. Ces décisions ne sont cependant que provisoires et essentiellement conservatoires.

(8) Sauf si, par exemple, le Procureur du Roi dispose dans un dossier au pénal d'éléments attestant de la mauvaise foi éventuelle du requérant.

- le respect des contrats passés avec les clients (par exemple, voyageurs à la veille des vacances ou pensionnaires de maison de retraite dont le transfert en cas de fermeture de ladite maison augmenterait la mortalité).

Se cachent parfois sous ces arguments comme but poursuivi par le débiteur mais tu par ce dernier, la préparation d'une faillite au mieux de ses seuls intérêts sous le couvert d'un sursis.

3.2. – *La prise de décision*

3.2.1. *Le dossier*

L'article 11 de la loi impose au débiteur de joindre à sa requête un exposé des événements, un état comptable de son actif et de son passif et un compte de résultats, ainsi qu'une simulation de l'évolution comptable portant au moins sur les 6 mois à venir, une liste de tous les créanciers ainsi que toutes les propositions formulées et tout autre document utile portant sur la restructuration de l'entreprise ou sur le désintéressement des créanciers et auxquels il peut ajouter le rapport établi lors de l'examen de sa situation par les chambres d'enquête commerciale.

La requête et le dossier sont déposés par le débiteur au Greffe du Tribunal qui lui communique directement la date à laquelle la requête de sursis provisoire sera examinée par le Tribunal.

Les comptes, bilans et simulations déposés par le débiteur ne sont qu'exceptionnellement attestés par un Reviseur, la loi ne l'imposant pas (9).

L'état comptable de l'actif et du passif et le compte de résultats déposés concernent souvent des périodes antérieures à la demande de concordat (le débiteur se contente par exemple de produire les comptes et bilan déposés auprès de la Banque Nationale sans joindre, pour la période postérieure non couverte par ces comptes et bilan, les états comptables et bilan provisoires) (10).

Les situations prévisionnelles sont rarement accompagnées d'éléments pouvant attester de leur crédibilité.

(9) Pour éviter les demandes introduites à la légère, la proposition de loi BOURGEOIS 1030/001 prévoit qu'un rapport établi par un Reviseur d'Entreprises désigné par le débiteur, sur l'état de l'actif et du passif et sur l'évolution prévisible de la situation comptable, aille de pair avec une demande de concordat.

(10) Cfr. jugement du 5 octobre 2001, *J.T.*, 2001, pages 81 et 82.

Les informations commerciales et financières à l'appui de la requête sont souvent inexistantes ou réduites à leur plus simple expression.

A l'audience, des pièces (telles que le dernier état des comptes) sont très souvent encore remises au Tribunal.

Souvent, les dossiers présentés se contentant d'affirmations non ou mal étayées par des pièces justificatives (11), une remise est nécessaire à très bref délai, le jugement devant être rendu dans les 15 jours du dépôt de la requête (article 14 de la loi du 17 juillet 1997) (12).

3.2.2. *Les arguments du débiteur*

L'audience, au cours de laquelle le débiteur présente sa requête et au cours de laquelle le Tribunal et le Procureur du Roi lui posent des questions au vu des pièces déposées et lui demandent des éclaircissements, est tenue en Chambre du Conseil (c'est-à-dire qu'elle n'est pas publique).

D'un examen de cas concrets soumis au Tribunal, il ressort que l'entreprise demandant le sursis a parfois déjà pris des mesures de restructuration (montrant ainsi sa volonté de redressement) telles un déménagement, la diminution de son personnel, la réduction des salaires et indemnités, la compression de frais généraux, la conclusion de nouveaux contrats remplaçant la perte de contrats de concession.

Comme autres mesures de redressement présentées le plus souvent à ce stade, elle fait état de la liquidation des stocks à faible rotation, de l'adaptation des produits aux nouvelles tendances, de négociations avec le bailleur pour réduire les frais de location, d'avances imminentes par des associés, de prêts familiaux, de la vente d'actifs mobiliers ou immobiliers, de la restructuration, de la cession de fonds de commerce (lorsqu'elle a plusieurs magasins) ou

(11) Par exemple, à défaut d'attestation par un Reviseur, le Tribunal a exigé de pouvoir comparer les comptes au moins sur deux années. Si les activités sont saisonnières, il a demandé un détail au mois le mois de ces comptes. Il a demandé des justificatifs à l'appui de chiffres avancés (évaluations d'immeubles, de fonds de commerce), la copie des contrats, des engagements pris par des tiers, etc ...

(12) Le dépôt de la requête a des conséquences à l'égard des créanciers. Elle empêche en effet la réalisation des biens suite à l'exercice de mesures d'exécution (article 13). Par ailleurs, la société ne peut plus être déclarée en faillite ou mise en liquidation (article 12).

d'une des branches de l'entreprise, du transfert de l'entreprise ou de l'apport de capital par de nouveaux actionnaires

Parfois, elle explique que, la cause principale de son endettement ayant pris fin (par exemple : la fin des travaux de voirie ayant duré plus d'un an qui ont empêché l'accès au commerce, la réalisation des investissements, le paiement de subventions attendues, le départ du personnel qui s'est livré à des malversations), elle est à nouveau rentable et sera en mesure de faire face à son endettement si un répit lui est accordé.

3.2.3. *La décision*

La crédibilité et la fiabilité des états comptables et comptes de résultats sont dès lors à ce stade difficilement vérifiables par le Tribunal à défaut d'erreurs flagrantes, d'oublis manifestes ou d'incohérences évidentes (13).

Le Tribunal a ainsi refusé d'octroyer un sursis provisoire, lorsque manifestement la continuité de l'entreprise n'était pas possible.

Cette absence de viabilité a par exemple été déduite d'une absence d'accès à la profession, de projections omettant la prise en compte de charges, de projections basées sur l'issue de litiges ou sur une augmentation du chiffre d'affaires non étayée par des pièces justificatives (comme des contrats) ou peu crédible vu le type d'activités (secteur du transport) ou incompatible avec les mesures de redressement prises ou proposées (réduction importante du personnel de vente, suppression du show-room).

Des renseignements manifestement incomplets quant à l'ampleur de l'endettement peuvent également révéler la mauvaise foi du débiteur (14).

Lorsque, sur base de comptes et de simulations apparaissant fiables et crédibles, le débiteur semble pouvoir continuer son activité sans augmenter son endettement (parce que, par exemple, les mesures déjà prises ont en tout cas arrêté les pertes) et lorsqu'il existe une possibilité de remboursement des créanciers, un sursis provisoire a en général été accordé.

(13) Parfois, le Tribunal, dans le dispositif du jugement, a ordonné au débiteur de fournir au Commissaire au Sursis de tels comptes attestés par un Reviseur (cfr. également note 9).

(14) Jugement du 11 septembre 2002 H/02/00101.

Lorsque l'entreprise ne peut continuer ses activités sans augmenter cet endettement, le Tribunal a parfois accordé un sursis provisoire sur base de l'engagement d'un candidat reprenneur de couvrir l'excédent de dépenses par rapport aux recettes (15).

3.3. – *Effets pervers de la décision d'octroi*

La décision d'octroi d'un sursis provisoire a souvent des effets pervers.

L'entreprise est en effet amenée pendant les premières semaines, voire les premiers mois, de l'octroi d'un sursis provisoire à régler les divers problèmes entraînés par cette décision et qui n'ont pas été pressentis.

Des entreprises en sursis provisoire ont ainsi dû faire face à la fuite de leur personnel qualifié, à la méfiance des clients et des fournisseurs, à la résiliation de contrats par des fournisseurs établis à l'étranger, à des attaques de concurrents, à la coupure de leurs lignes de téléphone, à la rétention par des sociétés de factoring ou des banques des paiements effectués par les clients tant pour des créances antérieures que pour des créances ultérieures à l'octroi du sursis, au recours à la compensation par le créancier de ses créances antérieures au sursis avec des dettes échues après le sursis.

L'illégalité de certaines de ces pratiques ne modifie pas la situation sur le terrain du débiteur, qui est obligé d'y faire face. Même si, d'un point de vue juridique, il existe des recours, ces recours prennent du temps et de l'argent, temps et argent qui manquent au débiteur.

La nécessité de résoudre ces problèmes amiablement ou par la voie judiciaire se traduit non seulement par un coût financier et des difficultés de trésorerie encore plus aiguës, mais également par une dépense d'énergie qui ne peut être consacrée à la remise sur pied de l'entreprise.

La non-anticipation consciente ou inconsciente par le débiteur de ces divers problèmes variables selon le type d'entreprise est une des causes de l'échec de la procédure de concordat.

(15) Jugement du 4 juillet 2001 H/01/00073 et 00074.

4. – DÉSIGNATION

4.1. – *Choix*

L'article 19 de la loi du 17 juillet 1997 prévoit que le Commissaire au Sursis désigné doit offrir des garanties d'indépendance et d'impartialité, qu'il doit avoir de l'expérience en matière de gestion d'entreprises et de comptabilité, qu'il doit être tenu par un code de déontologie et que sa responsabilité professionnelle doit être couverte par une assurance (16).

Le Tribunal a dès lors désigné comme Commissaires au Sursis des Avocats, des Reviseurs ou des Experts-Comptables (17).

Le choix s'est fait en fonction de toute une série de paramètres tels que, par exemple, l'expérience en matière de concordat, la structure du cabinet, le type de débiteur (personne physique, toute petite entreprise, entreprise plus importante, secteur d'activité), les difficultés que l'entreprise devra résoudre pour mettre au point son plan de redressement (difficultés financières ou comptables, difficultés juridiques), les solutions envisagées par l'entreprise pour son redressement et l'assistance à laquelle elle avait déjà recours (bénéficiait-elle déjà d'un Avocat, d'un Expert-Comptable ou d'un Reviseur ? avait-t-elle déjà fait auditer ses comptes et attester les simulations par un Reviseur ?)

Le Tribunal choisit de désigner un ou plusieurs Commissaires au Sursis notamment en fonction de la taille de l'entreprise (nombre de membres de personnel, nombre des créanciers).

Lorsqu'un collège est désigné sur base de l'article 19 alinéa 2 de la loi du 17 juillet 1997, le Tribunal a réuni le plus souvent Avocat et Reviseur, en raison de leur complémentarité.

Lorsque le Tribunal désigne plusieurs Commissaires au Sursis, chacun d'eux peut accomplir individuellement tous les actes nécessaires ou utiles à l'accomplissement de leur mission commune, sauf

(16) La responsabilité du Commissaire au Sursis peut en effet être engagée lors de l'exercice de sa mission (cfr. points 5.2.2 et 5.2.3 et notes 21, 22 et 35).

(17) A Mons, le Tribunal de Commerce a nommé dans un jugement du 30 octobre 1998 comme Commissaires au Sursis deux Avocats, un Reviseur ainsi qu'un Ingénieur en précisant que ce dernier acceptait de se soumettre à la déontologie des Reviseurs d'Entreprises pour les besoins de la cause.

si le Tribunal n'en a décidé autrement (article 15, alinéa 2 de la loi du 17 juillet 1997) (18).

4.2. – *Remplacement*

A Bruxelles, il n'a jamais été fait application de l'article 19 de la loi du 17 juillet 1997 prévoyant la possibilité de remplacer le Commissaire au Sursis ou l'un d'eux.

5. – MISSION DU COMMISSAIRE DANS LE CADRE DU SURSIS PROVISOIRE

5.1. – *Les premiers devoirs*

Lorsqu'il a accepté une mission de Commissaire au Sursis, la personne désignée à ce titre par le Tribunal devrait dans les plus brefs délais :

- prendre connaissance des documents déposés par le débiteur à l'appui de sa demande concordataire ainsi que du dossier de la chambre d'enquête commerciale;
- rencontrer le débiteur et, le cas échéant, ses conseillers, de préférence au lieu d'exploitation, afin de fixer un calendrier pour les différentes étapes nécessaires à l'aboutissement du sursis provisoire; le cas échéant, il envisagera une rencontre avec le représentant du personnel et des principaux créanciers;
- examiner la qualité du système comptable de l'entreprise et s'assurer que celui-ci est susceptible de lui fournir les informations nécessaires pour la bonne exécution de sa mission; le cas échéant, il pourra envisager de faire procéder à un nouvel inventaire des actifs, passifs, droits et engagements de l'entreprise s'il estime que ceci est nécessaire pour obtenir une vue claire de la situation de l'entreprise.

Le Commissaire au Sursis se constituera un dossier dans lequel il réunira au moins les documents suivants :

- la liste des actionnaires et membres des organes d'administration;

(18) L'article 15 alinéa 2 de la loi du 17 juillet 1997 dispose que « Si le tribunal n'en a décidé autrement, les commissaires peuvent accomplir individuellement tous les actes nécessaires ou utiles à l'accomplissement de leur mission commune ».

- les propositions concordataires et les documents à l'appui de ces propositions ;
- les derniers comptes annuels déposés ;
- les références des principaux conseils de l'entreprise ;
- les informations et documents nécessaires à l'élaboration du plan de redressement.

Lorsqu'un Commissaire ou un Expert-Comptable est en fonction dans l'entreprise, le Commissaire au Sursis prendra contact sans délai avec ceux-ci, avec pour objet de cerner avec ce dernier les principaux risques de l'entreprise.

5.2. – *Mission*

Pendant la période de sursis provisoire, le Commissaire au Sursis est chargé d'assister le débiteur dans sa gestion sous le contrôle du Tribunal (article 19 de la loi du 17 juillet 1997).

5.2.1. *Accompagnement du débiteur*

Le Commissaire au Sursis est chargé d'assister le débiteur dans sa gestion sous le contrôle du Tribunal. Cela signifie que le Commissaire au Sursis doit avoir avec le débiteur les entretiens nécessaires permettant d'évaluer toute décision ou comportement des engagements nouveaux significatifs pour l'entreprise.

Pendant la durée du sursis provisoire, le débiteur ne peut payer les créances nées avant la demande concordataire. Par contre, en ce qui concerne les intérêts et les charges des créances ayant pris cours depuis l'octroi du sursis provisoire, le débiteur est tenu au paiement de ces sommes.

5.2.2. *Actes soumis à l'accord préalable*

Les jugements prévoient parfois que les actes d'administration et de disposition dépassant un certain montant (par exemple 2.500 €) doivent être soumis à l'accord préalable du Commissaire au Sursis ou que le débiteur ne peut effectuer aucun acte d'administration ou de disposition sans l'autorisation préalable du Commissaire au Sursis sauf en ce qui concerne l'administration journalière (19).

(19) Par exemple, jugement du 30 octobre 2002 H/02/00125.

Le Tribunal attend dans cette hypothèse que le Commissaire au Sursis contrôle le respect par le débiteur de cette disposition.

Le Commissaire au Sursis conservera trace écrite de toute autorisation qu'il donne au débiteur. Cette trace peut être un contreseing apposé sur les documents établis par le débiteur.

En cas de non-respect qui serait constaté par le Commissaire au Sursis, il lui appartient de faire rapport au Tribunal, voire de demander la révocation ou une modification de cette disposition en application de l'article 20 (à supposer par exemple qu'elle ne soit pas adaptée à la gestion de l'entreprise en ce qui concerne les montants ou les actes visés) (20).

Le Commissaire au Sursis appelé à donner cette autorisation devra vérifier qu'au moment de l'autorisation l'état des affaires du débiteur permet de considérer que ce débiteur est à même d'honorer ses engagements.

A défaut, il pourrait engager sa responsabilité à l'égard du fournisseur impayé (21).

De même une action en responsabilité pourrait se fonder sur un refus injustifié ayant entravé le redressement de l'entreprise (22).

5.2.3. *Assister dans la gestion*

Le Commissaire au Sursis ne se substitue pas aux organes de la société. Il ne gère pas l'entreprise. Il ne se substitue pas au débiteur, même si son autorisation peut être nécessaire pour certains actes (voir point 5.2.1).

A Bruxelles, dans un cas (société 1), une telle gestion a cependant été confiée au Commissaire au Sursis. La procédure de concordat faisait immédiatement suite à une procédure de désignation d'administrateur provisoire à la demande du personnel due à un désaccord entre actionnaires et à un conflit social (cfr. *infra*, point 7).

Dans un autre cas (société 2) où, suite à la faillite de la maison-mère située aux Etats-Unis, un sursis provisoire avait été accordé à sa filiale spécialisée dans l'embouteillage employant plus de 200 personnes, le Tribunal avait décidé entre autres que toutes les

(20) Il n'a pas encore été fait application de cet article 20 à Bruxelles.

(21) Cfr. exemples cités dans « *Missions et responsabilités du commissaire au sursis* », J. WINDEY et S. LETOCART, *J.T.*, 8 février 2003, p. 101, n° 43.

(22) Cfr. note 21.

décisions de l'assemblée générale ou du conseil d'administration devaient être soumises à l'autorisation ou au contrôle du Commissaire au Sursis et que toutes les décisions du directeur devaient être prises de concert avec le Commissaire au Sursis (23).

Si une de ces deux décisions a été critiquée par la doctrine (24), elles sont, avec celles autorisant le transfert partiel d'une entreprise employant plus de 60 personnes (cfr. *infra*, point 7), quasi les seules pour le moment à avoir contribué à sauvegarder l'activité et à maintenir l'emploi à Bruxelles (25).

Lorsque le Reviseur d'Entreprises désigné en qualité de Commissaire au Sursis constate que la comptabilité n'est pas tenue dans le respect de la loi ou s'il constate des infractions significatives au droit des sociétés, il en informera le débiteur et le Tribunal.

Si les infractions compromettent la bonne exécution du concordat, le Commissaire au Sursis recommandera au Tribunal de mettre un terme au sursis provisoire. Néanmoins, s'il est possible de corriger dans un délai raisonnable les infractions constatées afin de permettre au sursis provisoire d'être mené à son terme, il fera part de cet avis au Tribunal.

5.2.4. *Assistance et surveillance*

Des divergences sont apparues dans l'exercice de leur mission par les Commissaires au Sursis (26).

Ces divergences trouvent leur cause dans le texte de la loi relative au concordat.

L'article 19 situé dans la section « *du sursis provisoire et de la période d'observation* » assigne au Commissaire au Sursis la mission

(23) Jugement du 20 juillet 2000 H/00/00104.

(24) Alain ZENNER, faillites et concordats, 2002, la réforme de la réforme et sa pratique, dossiers du *Journal des Tribunaux*, n^{os} 410 et 435, pages 438 et 465.

(25) Pour la société 1, l'entreprise a été cédée à un tiers repreneur sur base de l'article 41, ce qui a permis le maintien d'environ 30 emplois. Pour la société 2, qui emploie plus de 200 personnes, le plan de redressement a été entièrement exécuté et il a dès lors été mis fin, avant son terme, au sursis définitif (jugement du 11 avril 2003 K/03/00504).

Le nombre d'emplois sauvegardés dans les autres entreprises pour lesquelles la clôture du sursis définitif a été prononcé est minime, ces entreprises étant des T.P.E. (cfr. note 1).

(26) Rapport oral et non écrit, absence parfois de tout rapport alors que le débiteur ne respecte pas ses obligations légales ou qu'il ne paie pas certaines dettes nées pendant le concordat, absence de rapport écrit sur le plan de redressement alors que ce dernier a été rédigé sans l'assistance du Commissaire au Sursis, absence de demande de révocation alors que le débiteur ne remplit manifestement plus les conditions d'obtention du sursis provisoire.

générale « *d'assister le débiteur dans sa gestion, sous le contrôle du tribunal* ».

L'article 36 situé dans la section du « *sursis définitif* » prévoit que le Commissaire au Sursis « *exerce la surveillance et le contrôle de l'exécution du plan et du concordat* »

Certains Commissaires au Sursis ont donc mis l'accent sur l'assistance du débiteur pendant la période du sursis provisoire et nullement sur le contrôle du débiteur, contrôle qu'ils estimaient ne devoir exercer que sur l'exécution du plan de redressement pendant la période du sursis définitif.

Si l'article 19 ne fait état pendant la période de sursis provisoire que de l'assistance du Commissaire au Sursis dans sa gestion, cette assistance implique cependant également un certain contrôle.

Vu les circonstances dans lesquelles le sursis a été accordé (sur base des seuls arguments du requérant, le plus souvent sans examen préalable d'un Reviseur quant aux comptes et simulations présentés cfr. *supra*, 3.2), l'analyse du Tribunal n'a qu'un caractère provisoire (27).

Le Tribunal attend dès lors du Commissaire au Sursis d'éclaircir les zones d'ombre et de le prévenir si des éléments ayant justifié l'octroi d'un sursis provisoire ne se vérifient pas.

Le Tribunal attend du Commissaire au Sursis qu'il prenne connaissance de l'ensemble des données relatives aux affaires du débiteur, à la manière dont elles sont menées pendant le sursis provisoire (conventions conclues avec les fournisseurs, avec les banques, avec les repreneurs éventuels...) (28).

Les chiffres cités au point 1.2 démontrent qu'actuellement la grande majorité des demandes de concordat sont introduites trop tardivement par le débiteur et que la procédure de concordat ne permet pas d'éviter la faillite de ce dernier.

(27) La Cour de Cassation a d'ailleurs considéré que l'appréciation faite par le Tribunal dans le cadre de l'action du sursis provisoire n'empêche pas que, dans le cadre de l'appréciation des conditions de faillite, le Tribunal puisse décider sur la base de circonstances de fait qu'une situation de cessation durable des paiements existait déjà au moment de la demande d'octroi du sursis (Cass. 10 janvier 2003 C.01.0418.N).

(28) Le Tribunal de Commerce de Charleroi a décidé que la fonction du Commissaire au Sursis qui est « *chargé d'assister le débiteur dans sa gestion* » permet de présumer que les engagements verbalement souscrits par le seul débiteur le sont avec son assistance à défaut d'opposition de sa part (jugement du 2 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1745).

Ce spectre de la faillite est donc présent. Il convient par conséquent de contrôler le débiteur afin que les créanciers ne soient pas dans une plus mauvaise situation en raison de la procédure de concordat (29) (30).

Le Tribunal a parfois précisé dans le dispositif de ses jugements le contenu de la mission du Commissaire au Sursis ou rappelé certaines obligations légales (31).

5.2.5. *Sous le contrôle du Tribunal : les rapports*

Le dépôt par le Commissaire au Sursis de rapports permet au Tribunal d'exercer ce contrôle.

Durant le déroulement du sursis provisoire, le Commissaire au Sursis fera un rapport intérimaire au Tribunal chaque fois que les circonstances l'exigeront ou en tout cas à chaque demande du Tribunal.

Le jugement précise parfois les circonstances dans lesquelles le Commissaire au Sursis doit faire rapport ou les points sur lesquels il doit lui faire rapport en fonction des spécificités du débiteur et des arguments développés dans la requête ainsi que les délais au cours desquels le Commissaire au Sursis doit faire rapport (32).

En tout cas, le Commissaire au Sursis établira un rapport dans les circonstances suivantes :

- lorsqu'il a terminé son examen des créances déclarées ;
- lorsqu'il constate qu'il y a lieu de recommander au Tribunal la modification de sa décision initiale d'octroi du sursis provisoire, notamment en ce qui concerne le pouvoir du débiteur d'accomplir des actes d'administration et de disposition ;

(29) Par exemple, suite à une disparition d'actifs ou à une aggravation du passif.

(30) En cas de faillite, l'article 44 énonce que les actes accomplis par le débiteur au cours de la procédure avec la collaboration, l'autorisation ou l'assistance du Commissaire au Sursis sont considérés comme des actes du curateur, les dettes contractées pendant le concordat étant comprises comme dettes de la masse faillie (cfr. jugement précité du Tribunal de Commerce de Charleroi, note 28).

(31) Dépôt par le Commissaire au Sursis de l'évaluation de ses honoraires dans le délai de 8 jours de sa désignation, communication au Tribunal du décompte final au terme du sursis provisoire.

(32) Le jugement du 5 octobre 2001, *J.T.*, 2002, pp. 81 et 82 dit « que les commissaires au sursis feront rapport dès décision formelle de la Commission C.E. sur la licéité ou non au regard du droit communautaire du crédit pont ... et ... au cas où ils constateraient un prélèvement quelconque sur le crédit pont ... avant d'être mis en possession du document d'approbation de ce crédit par la Commission ... et au cas où la Commission refuserait son approbation dudit crédit ».

- en cas de recommandation de prolongation du sursis provisoire pour une durée de trois mois maximum ;
- lorsque le Commissaire au Sursis estime que le débiteur ne remplit plus les conditions d'obtention du sursis provisoire.

Si le débiteur refuse la participation du Commissaire au Sursis aux négociations avec ses repreneurs ou créanciers, au regard de sa responsabilité, il convient qu'il en informe le Tribunal.

Lorsqu'un collège a été constitué, tout rapport émane du seul collège et doit être contresigné par tous ses membres. En cas de désaccord au sein du collège, le rapport peut exposer la position minoritaire d'une partie du collège.

Actuellement, la procédure de sursis n'est le plus souvent que l'« antichambre de la faillite » (jugement du 7 novembre 2001) (33).

Il est dès lors souhaitable que le Commissaire au Sursis prévienne immédiatement le Tribunal s'il constate des insuffisances ou des irrégularités dans la comptabilité du débiteur et lui indique dans quel délai les mesures correctives seront prises par le débiteur si ces irrégularités ou insuffisances ne portent pas atteinte aux possibilités de redressement de ce dernier, et dans la négative, introduire une requête en révocation.

Le Tribunal attend du Commissaire au Sursis qu'il dépose une requête en révocation du sursis provisoire (34) lorsque le redressement de l'entreprise n'apparaît pas possible au vu de la situation de l'entreprise (35).

A supposer en effet que, dans le cadre de son contrôle, le Tribunal soit informé par le Commissaire au Sursis de faits pouvant mettre en cause le maintien du sursis provisoire, en cas d'inertie (36) de ce

(33) Le jugement du 7 novembre 2001 (*J.T.*, 2002 pp. 82 et 83) indique que le sursis provisoire n'a pas servi à élaborer un plan de redressement ni davantage à permettre la réalisation d'un transfert d'activité au sens de l'article 41 mais a été mis à profit pour permettre à la société d'organiser sa faillite sous le couvert du concordat et donc à l'abri de ses créanciers.

(34) A Bruxelles, les créanciers n'ont usé que très rarement de leur faculté de demander la révocation du sursis provisoire. Le Procureur du Roi n'en a encore pas fait l'usage.

(35) Le Commissaire pourrait engager sa responsabilité à défaut dans cette hypothèse de demander une révocation du sursis (cfr. note 21).

(36) Cfr. l'affaire où le jugement du 7 novembre 2001 (*J.T.*, 2001, pp. 82 et 83) relève que, lors des réunions où les Commissaires au Sursis lui ont fait rapport, il est apparu qu'aucun plan de redressement ne serait déposé, que la société était vouée à être mise en faillite, que les Commissaires au Sursis considéraient que les conditions du concordat n'étaient plus réunies mais qu'ils estimaient néanmoins inopportun de demander au Tribunal la révocation du sursis tant que les opérations de transfert de slots, de rapatriement à Bruxelles des avions ne seraient pas accomplies.

dernier, le Tribunal ne dispose d'aucun pouvoir pour mettre fin d'office au sursis.

5.3. – *Analyse des créances*

Le jugement accordant le sursis provisoire fait l'objet d'une publication au *Moniteur Belge* et dans 2 journaux et invite les créanciers à faire la déclaration de leur créance dans le délai qui leur est fixé (37). Toutefois, la loi impose au Commissaire au Sursis d'informer en outre les créanciers individuellement des éléments figurant dans l'extrait du jugement publié, et ce par courrier recommandé (article 17, § 2 de la loi du 17 juillet 1997).

Pour ce faire, le Commissaire au Sursis se fondera en principe sur la liste des créances qui accompagne les propositions concordataires; néanmoins, il pourra compléter cette liste en y ajoutant les créanciers dont la créance résulterait d'un premier examen des données comptables. Ceci ne devrait cependant pas engager la responsabilité du Commissaire au Sursis dans la mesure où les créanciers sont présumés informés par la publication au *Moniteur Belge* (document parlementaire Chambre 9596, 329-2).

Le Commissaire au Sursis examine les créances déclarées et les titres déposés avec l'assistance du débiteur et ces créances sont comparées aux pièces justificatives comptables (article 26 de la loi du 17 juillet 1997).

Le Reviseur d'Entreprises, en sa qualité de Commissaire au Sursis, établit une liste des créances en distinguant :

- les créances assorties d'un privilège ou d'une sûreté non contestée;
- les créances assorties d'un privilège ou d'une sûreté contestée;
- les créances chirographaires non contestées;
- les créances chirographaires contestées;
- les créances constatées en comptabilité mais non déclarées ou déclarées tardivement.

(37) L'article 25 de la loi prévoit que le dernier jour auquel il peut être procédé aux déclarations de créance ne peut être fixé à moins de 8 jours ouvrables avant la date du vote. Selon la durée du sursis provisoire accordé au débiteur, le Tribunal fixe en général ce délai de 4 semaines à 2 mois après la décision d'octroi afin que le débiteur ait le temps nécessaire pour élaborer son plan de redressement et afin de respecter les délais de procédure nécessaires en cas de contestation des créances.

Il est recommandé d'établir un procès-verbal de vérification des créances déclarées, contresigné par le débiteur.

En cas d'objection à l'admission d'une créance, le Commissaire au Sursis et/ou le débiteur enverront au Tribunal la contestation concernant la créance admise. Lors de l'audience fixée pour l'examen de ces contestations, le Tribunal statuera après avoir entendu le Commissaire au Sursis, le créancier et le débiteur.

La procédure de déclaration et d'admission de créance (sur base articles 16, 25, 26, 27 de la loi du 17 juillet 1997) n'est pas limitée à la seule participation au vote des créanciers du plan de redressement.

Elle concerne l'existence et le montant de la créance ainsi que les sûretés dont le créancier entend se prévaloir (article 25 de la loi du 17 juillet 1997).

Elle sert à déterminer la situation du passif et de l'actif grevé du débiteur de manière à permettre une appréciation correcte du plan de redressement.

Lorsque le Commissaire au Sursis émet une objection à l'admission d'une créance et renvoie au Tribunal la contestation concernant la créance (38), il doit être attentif aux délais de procédure.

Le greffier doit en effet informer le créancier que, sa créance étant contestée, il est convoqué à l'audience où cette contestation sera examinée.

Or le délai de droit commun entre la comparution et la notification à comparaître est de 8 jours (39).

Il importe donc de prévenir le Greffe de la nécessité de tenir une telle audience (40) et de lui communiquer à temps les données utiles pour convoquer les créanciers concernés.

(38) La loi ne prévoit pas de quelle façon le Commissaire au Sursis et/ou le débiteur doit envoyer cette contestation au Tribunal. A Bruxelles, une liste des créances contestées avec l'identité et l'adresse des créanciers est communiquée au Greffe avec une demande écrite de convoquer les créanciers sur base de l'article 27. Dans une affaire (RG/01/02269), les sociétés en sursis provisoire et le Commissaire au Sursis ont cependant cité le créancier.

(39) L'article 707 du Code Judiciaire prévoit un délai de 8 jours pour les citations. L'article 3 de la loi du 17 juillet 1997 précise que l'article 55 du Code Judiciaire (qui prévoit une augmentation de ce délai de 8 jours pour l'étranger) n'est pas applicable aux « actions et significations » prévues par cette loi.

(40) Une date pour l'examen des contestations n'est pas systématiquement fixée dans le jugement. Dans de nombreux concordats, aucune objection n'est en effet émise en ce qui concerne l'admission des créances déclarées.

A Bruxelles, la Chambre des Concordats, sur base de l'article 27 de la loi du 17 juillet 1997, ne tranche pas les contestations au fond.

Ce litiges doivent en effet être tranchés par le Tribunal compétent en respectant les délais et la procédure conformément aux articles 735 à 1024 du Code Judiciaire (article 27, § 2), délais incompatibles avec les délais et la procédure prévus pour le vote du plan de redressement.

L'article 27, § 3 dispose dès lors que la créance est à la demande du Commissaire au Sursis provisoirement admise dans les opérations de concordat pour le montant déterminé par le Tribunal et qu'il en est également tenu compte lors de l'élaboration du plan (article 27, § 3).

L'ordonnance déterminant le montant provisoirement admis n'est pas susceptible de recours.

Même s'il s'agit d'une admission provisoire, cette audience (41) reste importante, tant en ce qui concerne la fixation des montants auxquels pourront participer les créanciers pour le calcul des majorités lors du vote du plan, que pour la viabilité du plan de redressement.

En ce qui concerne le vote, la contestation d'une créance ne peut évidemment avoir pour fin de diluer le poids total d'un créancier qui se serait montré opposé au plan de redressement (ou vice versa un créancier ne pourrait augmenter sa créance pour augmenter ce poids)

En ce qui concerne la viabilité du plan qui serait homologué, si une créance importante est contestée et si elle est admise provisoirement mais pour un montant bien inférieur à celui auquel le cas échéant elle sera fixée ultérieurement par une décision au fond (ou si une telle créance était omise du plan), le redressement du débiteur peut être compromis.

L'exécution du plan ne libère en effet totalement et définitivement le débiteur que pour les créances y figurant.

En général, en cas de contestation et à défaut d'accord, les créances sont fixées provisoirement à leur montant certain, liquide et exigible après un examen *prima facie* des arguments exposés par les parties.

(41) Les audiences, sur base de l'article 27 de la loi du 17 juillet 1997, sont publiques.

5.4. – *Prolongation du sursis provisoire*

La loi prévoit que la durée du sursis ne peut excéder 6 mois.

Le Tribunal a souvent fixé un délai moindre (42) (43).

A la demande du Commissaire au Sursis, du débiteur, du Ministère public, le délai peut être prorogé une fois au maximum pour trois mois par le tribunal (article 23).

Le Tribunal peut également proroger d'office la durée du sursis (article 23 de la loi du 17 juillet 1997).

L'article 23 ne précise pas comment une telle demande doit être faite. A défaut de savoir contre qui une citation (mode de droit commun d'introduction des demandes), et vu le pouvoir du Tribunal de décider d'office une telle prorogation, le Tribunal a prorogé la durée du sursis après avoir reçu des demandes introduites sur requête du débiteur, sur requête du Commissaire au Sursis (44) ou sur demande contenue dans le plan de redressement à titre subsidiaire en cas de refus du sursis définitif (45).

5.5. – *Le plan de redressement*

5.5.1. *Elaboration du plan*

La période de sursis provisoire est destinée à permettre au débiteur d'établir un plan de redressement ou de paiement.

Le cas échéant, le Commissaire au Sursis assiste le débiteur dans l'élaboration du plan (article 29 de la loi du 17 juillet 1997).

Le plan de redressement a parfois été rédigé sans l'assistance du Commissaire au Sursis. Il s'agit d'une des circonstances justifiant un rapport écrit au Tribunal.

(42) Le jugement du 5 octobre 2001 (*J.T.*, 2001, pp. 81 et 82) accorde un sursis pour une durée très limitée (moins de 2 mois), le plan de redressement n'ayant pas été actualisé en fonction des événements de septembre et les documents comptables et chiffrés concernant des données consolidées au 31 août 2001 et n'incluant pas les chiffres de septembre 2001.

Cfr. aussi jugement du 9 août 2002 H/02/00086 qui motive une durée de 2 mois au lieu de 6 par l'importance des dettes, et par le fait que l'information donnée est unilatérale et pas toujours probante.

(43) Cette durée est rarement inférieure à 2 mois en raison du respect des délais nécessaires pour les diverses étapes de la procédure (publication au Moniteur, dépôt des créances et leur examen, fixation éventuelle d'une audience pour les créances contestées, élaboration du plan de redressement, vote de ce plan, jugement).

(44) Cfr. aussi Comm. Namur, 4 juin 1998, *R.R.D.*, 1998, p. 312.

(45) Mons, 15 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 378, la Cour d'Appel de Mons a admis qu'une demande de prolongation soit introduite verbalement à l'audience fixée pour statuer sur le sursis définitif à laquelle aucun plan de redressement n'avait été déposé.

Si le Commissaire au Sursis constate que le débiteur tarde dans la préparation du plan au point que ce plan risque de ne pas être établi en temps utile, il lui est recommandé d'en informer le Tribunal.

Conformément à l'article 29, § 1 de la loi du 17 juillet 1997, le plan comporte une partie descriptive et une partie prescriptive. Le plan peut prévoir un plan social ainsi que le transfert total ou partiel de l'entreprise.

Le Commissaire au Sursis prendra connaissance des propositions concordataires et pourra les comparer avec celles qui avaient été déposées lors de la demande en concordat. Il prendra également contact avec le Confrère qui aurait collaboré à l'élaboration de ce document.

Le Commissaire au Sursis veillera en particulier à ce que la partie descriptive du plan comprenne :

- une description générale de l'environnement économique;
- un état comptable le plus récent possible accompagné de commentaires appropriés;
- un résumé des droits et engagements;
- un résumé de la nature et de l'étendue des difficultés rencontrées par l'entreprise.

La partie prescriptive du plan de redressement comprendra les mesures à prendre pour désintéresser les créanciers ainsi que les crédits indispensables pour assurer la poursuite des activités de l'entreprise et les moyens nécessaires pour assurer son redressement.

Dans cette partie prescriptive, il y aura notamment lieu d'indiquer avec précision :

- les délais de paiement et les abattements de créance proposés;
- la conversion éventuelle des créances en actions;
- les règlements différenciés éventuels de certaines catégories de créances, notamment en fonction de leur ampleur ou de leur nature;
- les mesures de rééchelonnement du paiement des intérêts;
- l'éventuelle imputation prioritaire des sommes réalisées sur le montant en principal de la créance;
- les biens meubles non payés qui peuvent être revendiqués sur la base d'une clause suspendant le transfert de propriété jusqu'au paiement intégral du prix;

- les crédits indispensables pour assurer la poursuite des activités;
- tout autre moyen nécessaire à l'entreprise pour assurer son redressement.

Si le sauvetage de l'entreprise et le maintien des activités requièrent une réduction de la masse salariale, un plan social de restructuration devra être prévu, prévoyant éventuellement des licenciements.

Lors de l'élaboration de ce plan social, les représentants du personnel au sein du Conseil d'Entreprise ou, à défaut, du Comité pour la Prévention et la Protection au Travail ou, à défaut, la Délégation Syndicale si celle-ci a été constituée ou, à défaut, une délégation du personnel seront entendus (article 29, § 3).

Si cette consultation n'est pas intervenue, le Commissaire au Sursis en fera mention dans son rapport au Tribunal. Le Commissaire au Sursis devra également apprécier les hypothèses chiffrées qui sous-entendent l'élaboration du plan social en attirant l'attention sur :

- la pertinence des hypothèses retenues pour les licenciements;
- les formalités à accomplir vis-à-vis des organes compétents.

Le Commissaire au Sursis doit recommander aux Dirigeants d'informer les représentants des travailleurs, et en toutes hypothèses, le Conseil d'Entreprise (article 25 de l'Arrêté Royal du 27 novembre 1973 portant réglementation des informations économiques et financières à fournir au Conseil d'Entreprises).

Suite à l'arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles (46), des plans de redressement dépassant deux ans ont été acceptés.

L'article 29, § 3 autorise un traitement différencié de certaines catégories de créances. Ce traitement différencié doit cependant avoir une justification (par exemple un traitement préférentiel pour les créanciers nécessaires à la réussite du plan tels l'organisme de crédit qui apporte son financement ou les fournisseurs indispensables).

(46) Bruxelles, 10 décembre 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 134. Il s'agit d'une toute petite entreprise faisant le commerce de papeterie et de matériel de bureau. La clôture du sursis définitif a été prononcée le 2 mai 2001.

Si le plan prévoit des aides de l'état, de pouvoirs publics, de sociétés publiques d'investissement, ces aides doivent être licites au regard des dispositions de droit communautaire (47).

5.5.2. *Rapport du Commissaire au Sursis*

Il s'indique que le Commissaire au Sursis remette au Tribunal un rapport écrit relatif à l'exécution de sa mission pendant la période de sursis provisoire, comprenant notamment :

- un résumé des diligences accomplies durant la période de sursis provisoire;
- une situation comptable la plus récente possible dressée par le débiteur;
- un avis circonstancié sur le plan de redressement.

Le rapport du Reviseur d'Entreprises en sa qualité de Commissaire au Sursis devrait comprendre également les éléments suivants :

- le rappel que le débiteur est responsable des informations prévisionnelles;
- une assurance négative que les hypothèses retenues constituent la base raisonnable pour l'élaboration du plan;
- l'opinion indiquant si les informations prévisionnelles ont été correctement préparées sur base des hypothèses décrites;

(47) Jugement du 5 octobre 2001, *J.T.*, 2001, pp. 81 et 82 qui, en ce qui concerne l'octroi d'un crédit pont de 125.000.000 € d'une durée d'un mois, indique :

« Que si le principe de l'octroi d'un tel crédit est acquis (cf. la lettre du ministre Daems du 3 octobre 2001), il doit encore, pour pouvoir être mis effectivement en œuvre, recueillir l'approbation préalable de la Commission C.E.E. ;

Que les conseils de la société se sont engagés au nom de leurs clientes » à ne pas utiliser cette ligne de crédit tant qu'elles n'auront pas reçu l'approbation formelle de la Commission européenne ... » ; que l'Etat belge, par la voie de son conseil, a abondé dans le même sens en rassurant le tribunal sur le fait qu'il s'engageait à subordonner l'octroi effectif de ce crédit à l'approbation préalable de la Commission C.E.E.

Que, pour sa part, le tribunal relève que les modalités du crédit-pont susvanté n'ont pas été produites, et qu'il ne dispose en l'état actuel du dossier d'aucune information précise à ce sujet, et plus spécialement quant aux conditions et garanties y attachées ;

Que le tribunal n'est donc pas à même de vérifier si ce crédit est susceptible de rencontrer les exigences de la Commission C.E. en matière d'aides d'état et d'être accepté par elle ; qu'en d'autres termes, le tribunal ne peut se faire une opinion sur la licéité ou non de ce crédit au regard des dispositions communautaires, lequel crédit est cependant soumis, pour l'heure, à l'appréciation de la Commission dont les parties, selon leurs dires, attendent une prise de position aux environs du 17 octobre prochain ;

Que cette intervention de la Commission, le tribunal ne peut la négliger au regard des dispositions de l'article 88 § 3 dudit Traité et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à ce propos ; que dans ces circonstances, le tribunal ne peut toutefois avantager considérer a priori que le crédit susdit ne sera pas admis par la C.E. ».

- un avis sur la faisabilité du plan compte tenu du caractère aléatoire des efforts entreprise.

Le Commissaire au Sursis doit communiquer et commenter son rapport final au Conseil d'Entreprise ou, à défaut, au Comité pour la Prévention et la Protection au Travail ou, à défaut, à la Délégation Syndicale si celle-ci a été constituée ou, à défaut, à la délégation du personnel.

A cet effet, il commentera de façon circonstanciée le contenu du plan de redressement proposé par les Dirigeants.

5.5.3. *Dépôt du plan*

La loi ne prévoit pas expressément le délai dans lequel le plan doit être déposé au Greffe.

L'article 32 de la loi du 17 juillet 1997 prévoit cependant que les créanciers qui ont procédé à une déclaration reçoivent une notification individuelle indiquant que le plan est à l'examen et qu'ils peuvent le consulter sans déplacement au Greffe du Tribunal.

Le délai de droit commun étant de 8 jours (48), il importe donc que le Commissaire au Sursis veille au dépôt du plan au Greffe 15 jours avant la date fixée pour le vote (à défaut le Greffe n'aura pas le temps matériel surtout s'il y a beaucoup de créanciers de les prévenir tous en respectant ce délai de 8 jours).

5.5.4. *Vote du plan*

A l'audience fixée pour le vote des créanciers, le Tribunal entend le débiteur ou son conseil exposer le plan de redressement. Il entend le rapport du Commissaire au Sursis sur ce plan ainsi que les créanciers.

Selon le nombre de créanciers présents, le vote a alors lieu soit oralement soit par dépôt d'un bulletin rempli par chaque créancier qui précise son identité et le montant de sa créance.

(48) Cfr. note 39.

Le tribunal n'admet au vote que les créances déclarées dans le délai fixé par le jugement (49). Les votes par procuration sont acceptés.

A Bruxelles, actuellement, la base de calcul des majorités ne tient pas compte de l'ensemble des créances produites au passif mais uniquement de ceux ayant participé au vote (50).

Le Tribunal a constaté que souvent les fournisseurs acceptent de voter des plans prévoyant des réductions fort importantes de leurs créances voire une quasi suppression (51), parce qu'ils préfèrent garder un partenaire commercial et qu'ils ne percevraient, de toute façon, rien en cas de faillite.

5.5.5. *Homologation du plan par le Tribunal*

Malgré l'approbation du plan par les créanciers, le Tribunal n'a pas accordé le sursis définitif en considérant que le plan était contraire à l'ordre public, l'article 41 de la loi n'ayant pas été respecté (le plan consistant uniquement en un transfert de l'entreprise à l'initiative du seul débiteur et sans autorisation préalable du Tribunal) (52).

Dans un cas, le sursis définitif n'a pas été accordé parce qu'après le vote, le débiteur lui-même a informé le Tribunal qu'il était dans l'incapacité d'en respecter les conditions (53).

Le Tribunal a également refusé l'homologation en considérant que le redressement économique ne semblait pas possible (le redressement dépendant d'une seule affaire non encore conclue) et que les mesures proposées pour l'assainissement de la situation financière étaient déloyaux par rapport aux autres concurrents (délai de remboursement de la T.V.A. de 48 mois, apurement quasi-total de la dette O.N.S.S. et des autres créances ordinaires) (54).

(49) Cependant, le plan de redressement doit tenir compte de toutes les créances, même celles déclarées avec retard, avant l'approbation du plan. L'exécution du plan ne libère en effet totalement et définitivement le débiteur que pour les créances y figurant (article 35 de la loi du 17 juillet 1997) (cfr. point 5.3 *in fine*).

(50) D'autres tribunaux interprètent cependant l'article 34 différemment et calculent la majorité sur base de la totalité des créances déclarées.

(51) Réduction allant jusqu'à 99 % du principal des créances ordinaires et de la totalité des intérêts et des frais.

(52) Jugement du 12 juin 2003 H/03/00/29, 30 et 31.

(53) Jugement du 29 avril 2003 H/02/00113.

(54) Jugement du 17 octobre 2001 P/01/00560.

Le Tribunal a également refusé une variante d'un plan qui imposait un traitement différencié beaucoup plus défavorable aux seuls créanciers minoritaires que celui réservé aux autres créanciers majoritaires, ce qui constituait un abus de majorité (55).

6. – MISSION DU COMMISSAIRE DANS LE CADRE DUSURSIS DEFINITIF

6.1. – *Rôle du Commissaire au Sursis*

Dans les 15 jours de l'audition des intéressés, le Tribunal décide soit l'octroi d'un sursis définitif, soit le transfert total ou partiel de l'entreprise, soit la faillite du débiteur.

Lorsque le Tribunal a décidé l'octroi d'un sursis définitif, le rôle du Commissaire au Sursis consistera à :

- exercer la surveillance et le contrôle de l'exécution du plan et du concordat (article 36, alinéa 1);
- suggérer toute modification au plan de redressement (article 38);
- proposer la révocation du sursis lorsqu'est constatée l'absence d'exécution de tout ou partie du plan (article 37, § 1).

La surveillance et le contrôle de l'exécution du plan et du concordat s'exercent en principe sans déplacement au siège de la société. Il appartient au Commissaire au Sursis d'en déterminer lui-même les modalités.

Le Commissaire au Sursis déterminera un tableau de bord dans lequel les Dirigeants réuniront les informations essentielles relatives à la gestion de l'entreprise pendant la durée du sursis. Ce tableau de bord doit être adapté à la nature et à l'étendue des activités de l'entreprise afin de permettre un suivi approprié de l'exécution du plan de redressement et du paiement des créanciers.

Pendant la durée du sursis définitif, le Commissaire au Sursis veillera particulièrement à la bonne tenue de la comptabilité de l'entreprise. Si le Commissaire au Sursis constate des défaillances dans le système comptable, il doit adresser des recommandations au débiteur et, le cas échéant, à ses conseillers externes en matière comptable; il doit en informer, le cas échéant, le Commissaire de la société.

(55) Jugement du 28 avril 1999 H/98/00667.

Il n'entre pas dans sa responsabilité d'intervenir directement dans la gestion administrative de l'entreprise au risque de se retrouver en infraction avec les exigences d'indépendance.

Le Commissaire au Sursis suivra l'exécution du paiement des créanciers afin de s'assurer que ces paiements sont conformes au plan approuvé par le Tribunal, en prêtant une attention particulière aux aspects du plan de redressement qui comporte des engagements nouveaux à prendre par l'entreprise, par exemple en ce qui concerne l'engagement de personnel ou l'acquisition d'immobilisations.

Le Commissaire au Sursis a le droit de prendre connaissance de ces décisions pour déterminer dans quelle mesure elles cadrent dans l'exécution du plan de redressement.

Toutefois, il ne peut s'immiscer dans la décision des organes de la société ni imposer que cette décision soit soumise à son autorité préalable, contrairement à sa mission dans le cadre du sursis provisoire.

Dans l'intérêt de l'entreprise, le Tribunal peut approuver des modifications au plan de nature à en favoriser l'exécution, et ce sur base d'un rapport écrit du Commissaire au Sursis avant toute modification de celui-ci.

Comme exemple de modification, citons notamment :

- l'amendement du plan social;
- la modification des conditions de paiement;
- l'octroi de sûretés;
- la signature de contrats à long terme s'écartant des conditions générales de marché;
- la décision d'effectuer de nouveaux investissements.

Lorsque le Commissaire au Sursis recommande ou supporte la demande du débiteur en vue d'une modification du plan de redressement, il établit à ce sujet un rapport écrit à l'intention du Tribunal, incluant une demande d'être entendu afin d'expliquer la portée des observations qu'il a formulées.

6.2. – *Rapports durant le sursis définitif*

Au moins tous les six mois, et à chaque demande du Tribunal, le Commissaire au Sursis fait rapport sur l'exécution du plan et du concordat.

Le rapport semestriel comprendra au moins les données suivantes :

- diligences accomplies par le Commissaire au Sursis;
- situation comptable la plus récente possible;
- opinion sur l'évolution de la liquidité de l'entreprise;
- opinion sur l'évolution de la rentabilité de l'entreprise.

Lorsque le Commissaire au Sursis constate l'absence d'exécution de la totalité ou d'une partie du plan, il peut adresser au Tribunal un rapport dans lequel il recommande la révocation du sursis (article 37, § 1^{er} de la loi du 17 juillet 1997).

En particulier, le Commissaire au Sursis établira un tel rapport lorsqu'il constate que le plan n'est pas respecté en ce qui concerne entre autres :

- l'exécution du paiement des créanciers selon le plan;
- l'égalité entre les différentes catégories de créanciers;
- l'existence d'engagements nouveaux importants non prévus dans le plan;
- l'existence de faits nouveaux et concordants susceptibles d'accélérer la défaillance de l'entreprise.

Le rapport adressé au Tribunal devra être motivé avec soin et le Commissaire au Sursis préférera, dans la mesure du possible, en discuter préalablement avec le débiteur.

Un mois avant l'expiration du délai du sursis définitif, le Commissaire au Sursis établira un rapport final concernant l'exécution du plan portant au moins sur les éléments suivants :

- exposé des diligences accomplies par le Commissaire au Sursis durant la période de sursis définitif;
- situation comptable ne remontant pas à plus de 30 jours avant l'expiration du délai du sursis;
- opinion du Commissaire au Sursis sur la capacité de l'entreprise à poursuivre ses activités après l'expiration du délai du sursis;
- demande de la décharge de responsabilité.

7. – TRANSFERT DE L'ENTREPRISE

Tant pendant la période de sursis provisoire que pendant le sursis définitif, le Tribunal peut autoriser le Commissaire au Sursis à réaliser le transfert de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci.

Par exception à la règle générale, le rôle du Commissaire au Sursis porte sur l'exécution d'une décision autorisée par le Tribunal consistant en un transfert forcé de tout ou partie de l'entreprise.

Le Commissaire au Sursis devra organiser un appel d'offres en assurant une publicité suffisante de la décision d'aliénation; il devra examiner les propositions d'entreprises qui lui seront parvenues en tenant compte de trois éléments cumulatifs (article 41, alinéas 1 et 2 de la loi du 17 juillet 1997) :

- les perspectives de maintien d'une activité économique viable;
- le maintien d'un certain volume de l'emploi;
- l'incidence sur les possibilités de remboursement des créanciers.

Après avoir établi un document de synthèse présentant les avantages et les inconvénients respectifs des différentes offres retenues, le Commissaire au Sursis discutera des propositions reçues avec les organes de gestion de l'entreprise et avec les représentants des travailleurs. Dans le cadre de cette concertation, le Commissaire au Sursis doit mettre tout en œuvre en vue d'aboutir à un consensus.

Lorsque le Commissaire au Sursis estime être en possession d'une ou plusieurs offres réunissant les conditions requises, il établira un rapport justifiant de sa préférence. Dans le cas d'une proposition de transfert intégral ou partiel de l'entreprise, il soumettra celle-ci à l'approbation du Tribunal.

Le Commissaire au Sursis précisera utilement au cessionnaire que le transfert de l'entreprise est notamment soumis aux conditions de l'article 442*bis* du Code de l'Impôt sur les Revenus prévoyant une solidarité entre le cédant et le cessionnaire si la formalité préalable d'information n'est pas respectée.

A Bruxelles, du côté néerlandophone, les Commissaires au Sursis ont pris l'initiative à trois reprises d'un transfert de l'entreprise sur base de l'article 41, un concordat n'étant pas possible.

Dans un cas, le Tribunal n'a pas autorisé le Commissaire au Sursis à transférer une partie de l'entreprise (transfert qui prévoyait entre autres le maintien de 8 emplois) en considérant que le transfert proposé ne contribuait pas au remboursement des créanciers, que rien n'indiquait que ce transfert conduirait au maintien d'une activité viable et que le maintien d'une activité en perte ne pouvait avoir que des conséquences négatives sur le marché (56).

(56) Jugement du Tribunal de Commerce de Bruxelles du 5 mai 1999 H/99/00006.

Par jugement du Tribunal de Commerce de Bruxelles du 28 février 2002 (H/02/0013), le transfert partiel d'une entreprise employant plus de 60 personnes a été accepté sur base de l'article 41 de la loi du 17 juillet 1997.

Après la cession du fonds de commerce de cette société, le jugement du Tribunal de Commerce de Bruxelles du 18 septembre 2002 (H02/00013) a ordonné au Commissaire au Sursis de réunir l'assemblée générale en vue de la dissolution la société, après avoir constaté qu'aucun plan de redressement n'était possible (les recettes provenant de la location de biens immeubles et d'un accord de management conclu dans le cadre de la cession étant insuffisantes), qu'une liquidation offrirait un plus grand dividende qu'une faillite et que le passif ne menaçait pas de s'aggraver pendant la liquidation.

Suite à un conflit social ayant entraîné une grève et l'occupation des locaux d'une autre entreprise, un administrateur provisoire avait été désigné à la demande des membres du personnel en vue de concrétiser une éventuelle cession de l'entreprise en « going concern » (57) et un sursis provisoire avait ensuite été accordé à cette société (58).

Par jugement du 23 août 2001 K/01/01497, le transfert partiel qui avait reçu l'accord des représentants du personnel et des créanciers gagistes a été accepté et la convocation d'une assemblée générale par le Commissaire au Sursis a été ordonnée en vue de la dissolution éventuelle de la société et de sa liquidation.

Du côté francophone, il n'a pas encore été fait application de la procédure de transfert prévue par l'article 41 de la loi du 17 juillet 1997.

8. – ASPECTS DEONTOLOGIQUES

Le Commissaire au Sursis agit en qualité de mandataire de justice et non de représentant du débiteur.

La décision désignant le Commissaire au Sursis ne peut être effective que dans la mesure où ce dernier l'a acceptée.

Il est recommandé d'accepter la mission par écrit dans une lettre par laquelle le Reviseur d'Entreprises précisera les éléments qu'il

(57) Ordonnance du 11 juillet 2001 R.K. 208/2001.

(58) Jugement du 17 juillet 2001 H/01/00078.

estime devoir porter à la connaissance du Tribunal et la façon dont il compte exercer sa mission. Une copie de cette lettre sera adressée au débiteur.

Le Reviseur d'Entreprises ou l'Expert-Comptable commettrait une faute déontologique s'il acceptait une mission de Commissaire au Sursis dans des conditions telles qu'il n'est pas en mesure de l'exercer avec diligence. Il tiendra notamment compte des délais impératifs requis en ce qui concerne l'examen des créances et l'élaboration du plan de redressement.

Le Commissaire au Sursis doit offrir des garanties d'indépendance et d'impartialité pour lesquelles il y a lieu de se référer aux principes déontologiques habituellement admis.

La fonction de Commissaire au Sursis ne peut être effectuée par le Commissaire de la société ni par l'Expert-Comptable qui est le conseil habituel de la société ou de l'un de ses actionnaires influents. Dans ce cas, il est recommandé de décliner l'offre qui lui serait faite d'exercer les fonctions de Commissaire au Sursis.

Lorsqu'un collège de Commissaires a été constitué, les membres du collège peuvent convenir d'un partage des tâches. Toutefois, les rapports devront être signés par tous les membres du collège. Chaque membre doit veiller à tenir informés ses collègues des démarches qu'il a entreprises et aucun secret professionnel ne peut être invoqué entre les membres du collège.

Le Commissaire au Sursis désigné par le Tribunal a le devoir de se mettre en contact, dès sa désignation, avec le Commissaire de l'entreprise ou l'Expert-Comptable ou le comptable en fonction de la société qui a obtenu le sursis provisoire, ainsi qu'avec le confrère qui serait intervenu le cas échéant dans l'exécution d'une mission préalable au dépôt de la demande de la requête en concordat dans le but :

- de les informer de cette désignation;
- de solliciter leur assistance pour la bonne exécution de la mission.

Sous peine de violer son secret professionnel, le professionnel en fonction dans l'entreprise ne peut accepter de collaborer avec le Commissaire au Sursis sans avoir au préalable obtenu l'autorisation écrite des organes de la société.

Il est recommandé de mettre tout en œuvre en vue d'obtenir cette autorisation et de s'assurer qu'elle reste d'application pour toute la durée de la mission.

En sa qualité de Reviseur d'Entreprises ou d'Expert-Comptable, le Commissaire au Sursis est lui aussi tenu à un secret professionnel. Toutefois, la loi relative au concordat judiciaire prévoit des rapports réguliers du Commissaire au Sursis au Tribunal ainsi que chaque fois que les circonstances l'exigent. Le secret professionnel ne porte en aucune façon préjudice aux contacts avec le Tribunal ou avec le débiteur.

9. – RÔLE DU COMMISSAIRE DE LA SOCIÉTÉ PENDANT LA PÉRIODE CONCORDATAIRE

L'octroi du sursis provisoire ou définitif ne modifie pas les fonctions du Reviseur agissant en qualité de Commissaire désigné par l'entreprise concordataire; celles-ci se poursuivent conformément aux règles du droit des sociétés.

Le Commissaire sera attentif au fait qu'il s'agit d'une entreprise en difficulté ainsi qu'à la recommandation de revision d'une entreprise en difficulté approuvée par l'I.R.E. en date du 3 décembre 1999; il y a lieu de souligner que cette recommandation de revision est conforme à la norme internationale d'audit I.S.A. 570.

Si un exercice comptable se clôture pendant la durée de sursis provisoire, les organes légaux de la société ont l'obligation d'établir des comptes annuels et de les soumettre au Commissaire qui fera rapport à ce sujet à l'Assemblée Générale.

Dans son rapport sur les comptes annuels, le Commissaire conserve son indépendance en ce qui concerne son opinion. Son rapport sur les comptes annuels sera nécessairement un rapport modifié comportant au minimum un paragraphe explicatif. Il pourrait également comporter une opinion négative dans la mesure où la continuité de l'entreprise lui paraît improbable à défaut de mesures de redressement suffisantes.

L'application de l'article 138 du Code des Sociétés portant sur la constatation par le Commissaire de faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, est indépendante de la mission du Commissaire au Sursis.

Toutefois, le Commissaire tiendra compte des mesures en cours et s'abstiendra d'appliquer ces dispositions sauf s'il constate des faits graves et concordants nouveaux qui n'ont pas été pris en considération lors de la demande de sursis.

Dans toute la mesure du possible, le Commissaire au Sursis et le Commissaire doivent coopérer pour l'accomplissement de leurs tâches respectives. Néanmoins, ils restent responsables de l'opinion qu'ils doivent émettre dans le cadre de leurs fonctions respectives.

Ainsi, l'expression d'opinions divergentes ne doit pas conduire à la formulation de critiques sur le travail du Confrère.

10. – COUT DU CONCORDAT

10.1. – *Détermination des honoraires*

En vertu de l'article 19 alinéa 5 de la loi du 17 juillet 1997, les honoraires du Commissaire au Sursis sont déterminés par le Tribunal de Commerce d'après les règles et barèmes fixés par le Roi.

10.1.1. *L'Arrêté Royal du 10 août 1998*

L'Arrêté Royal du 10 août 1998 a fixé ces règles et barèmes.

Le Commissaire au Sursis a l'obligation de déposer au dossier une proposition de ses honoraires dans les 8 jours de sa désignation, et ce afin que le Tribunal, le débiteur et les tiers intéressés aient connaissance du coût constitué par les honoraires (59) au regard de la suite prévisible de la procédure (article 1^{er} et Rapport au Roi).

Il doit également déposer, 8 jours avant le vote du plan de redressement, une telle proposition dans la perspective de l'octroi d'un sursis définitif ou d'un transfert (article 1^{er}).

Si le Commissaire au Sursis constate que ses honoraires excéderont le montant repris dans sa proposition, il doit déposer sans délai au dossier du sursis une proposition indiquant les raisons de ce dépassement (60).

(59) Pour les petites et moyennes entreprises, ce coût est le plus souvent estimé entre 4.500 € à 10.000 €.

(60) Souvent, les honoraires en fin de période de sursis provisoire excèdent la proposition (ils sont parfois multipliés par deux ou même par trois!), les difficultés rencontrées en cours de sursis provisoire (et donc le nombre d'heures prestées) n'ayant pu être évaluées dans le délai de 8 jours.

La provision que peut exiger le Commissaire au Sursis ne peut d'ailleurs être supérieure aux 3/4 du montant total de la proposition d'honoraires (article 4).

10.1.2. *Détermination par le Tribunal*

La détermination des honoraires par le Tribunal telle que prévue par l'article 19 alinéa 5 de la loi s'applique nonobstant l'accord éventuel du Commissaire au Sursis et du débiteur (61).

Le Commissaire au Sursis doit communiquer au Tribunal un décompte final de ses honoraires et frais avec une justification détaillée des heures de travail effectuées, des prestations auxquelles elles se rapportent et des frais, et ce à la fin de la période d'observation ainsi qu'à la fin du sursis définitif ou lors du transfert de l'entreprise (article 4 de l'Arrêté).

Cette communication (62) permet au Tribunal d'exercer son contrôle et de sanctionner éventuellement le non-respect des dispositions de l'Arrêté comme, par exemple, l'application d'un tarif horaire conforme aux usages de la profession (63) (article 1^{er} de l'Arrêté) ou la comptabilisation de frais relatifs à des tiers spécialisés sans approbation préalable du Tribunal, alors qu'il n'existait aucune urgence (article 2 de l'Arrêté).

10.1.3. *Détermination par l'Institut des Reviseurs d'Entreprises*

Dans le courrier formalisant l'acceptation de la mission de Commissaire au Sursis, le Reviseur d'Entreprises décrira la façon dont il compte accomplir son mandat et donnera une évaluation du nombre d'heures de travail ainsi qu'une proposition d'honoraires.

L'Institut des Reviseurs d'Entreprises, en collaboration avec l'Institut des Experts Comptables, ont recommandé à leurs membres de se référer à un tarif horaire moyen compris entre 62 € et 150 € hors T.V.A. en tenant compte des éléments suivants :

(61) Jugement du Tribunal de Commerce de Namur du 18 novembre 2001 *R.D.C.*, 2002, pp. 480 à 483.

(62) Le mode de communication n'est pas précisé par l'Arrêté. A Bruxelles, elle a lieu par requête du Commissaire au Sursis, le débiteur en est informé afin qu'il puisse, s'il le désire, donner à l'audience son point de vue quant au montant des honoraires et frais demandés. En cas de faillite faisant suite à la révocation du sursis provisoire ou du sursis définitif, le curateur a parfois été appelé par le Tribunal à l'audience afin qu'il puisse également donner son avis.

(63) Ce taux horaire a varié entre 85 et 248 €, les taux horaires les plus fréquents s'élevant entre 100 et 120 €.

- degré de difficultés et taille de l'entreprise;
- localisation et extension des sièges d'exploitation;
- nature des prestations du Commissaire au Sursis définies par le Tribunal;
- expérience, spécialisation et aptitudes du professionnel.

En fonction de situations concrètes et exceptionnelles, il n'est pas exclu que le tarif horaire puisse dépasser le taux horaire de 150 € (hors T.V.A.).

10.2. – *La faillite*

En cas de faillite, les honoraires du Commissaire au Sursis sont payés par préférence (article 19 alinéa 5 de la loi du 17 juillet 1997).

Le jugement du Tribunal de Commerce de Namur (cfr. note 56) a cependant rejeté ce privilège et n'a pas considéré les honoraires comme une dette de masse de la faillite, parce que, dans le cas d'espèce, les actes accomplis au cours de la procédure par le débiteur avec la collaboration, l'autorisation ou l'assistance du Commissaire au Sursis ne pouvaient être considérés comme des actes du curateur, la faillite ayant été déclarée près de deux ans après le rejet du concordat.

10.3. – *Assurances*

La loi prévoit que la responsabilité civile du Commissaire au Sursis doit être assurée; on comprendra que le professionnel souhaite obtenir une couverture aussi large que possible pour se protéger contre des actions éventuelles en responsabilité.

Le Commissaire au Sursis prêtera attention au fait que la plupart des assurances de responsabilité civile professionnelle ne couvrent pas automatiquement les fonctions concordataires de justice; une extension de couverture doit le plus souvent être sollicitée, à charge de l'entreprise en concordat.

Tribunal de commerce de Bruxelles

Rapport sur le
fonctionnement de la
juridiction



Activités— année 2001

Conclusion: la mission de prévention exercée par le Département de l'enquête commerciale se poursuit favorablement.

1.4.2 Concordat

Statistiques 2001

28 requêtes demandant un sursis provisoire ont été déposées en 2001. Sur ces 28 requêtes, 14 requêtes ont été introduites en langue néerlandaise (ci-après abrégé en N) et 14 en langue française (ci-après abrégé en F).

Le sursis provisoire a été accordé à 13 entreprises (7 N et 6 F) et a été refusé à 15 entreprises.

Sur base de l'article 41 de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire, le transfert de l'entreprise a été autorisé dans un cas.

En cours de sursis provisoire, le sursis a dû être révoqué pour 6 de ces 13 entreprises.

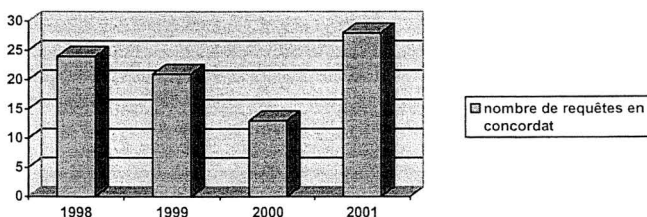
Le sursis définitif a été refusé à une entreprise.

Le sursis définitif a été accordé à 5 entreprises. Trois de ces 5 sursis ont cependant été révoqués.

Sur les 28 entreprises ayant demandé un sursis provisoire en 2001, deux seulement bénéficient donc encore d'un sursis définitif.

Statistiques depuis 1998

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire et jusqu'au 31 décembre 2001, 86 requêtes en concordat ont été introduites au Tribunal de commerce de Bruxelles (24 en 1998, 21 en 1999, 13 en 2000 et 28 en 2001), dont 29 requêtes en langue néerlandaise et 57 en langue française.



Le sursis provisoire a été accordé à un total de 39 entreprises (25 F et 14 N).

Sur ces 39 entreprises, 19 sursis ont été révoqués au cours de la période de sursis provisoire. Le sursis définitif a été refusé à 3 autres entreprises.

Le tribunal a ordonné la liquidation d'une société.

Le tribunal a autorisé le commissaire au sursis à réaliser le transfert d'une partie de l'entreprise sur base de l'article 41 de la loi sur le concordat judiciaire dans un cas.

Le sursis définitif a été accordé à 15 entreprises. 7 sursis définitifs ont été révoqués.

Au 31 décembre 2001, il restait 5 entreprises en sursis définitif (1F et 4N).

La fin du sursis définitif a été prononcée pour 3 entreprises (3F). Il s'agit ici de toutes petites entreprises, deux sous forme de SPRL ayant pour activité le commerce de détail (matériel de bureau, papeterie pour l'une et la vente de moquettes pour l'autre) et la troisième en nom personnel (un boulanger).

Il ressort de ces chiffres que le recours à la procédure de concordat reste marginal et trop tardif.

Le coût du concordat n'est pas la cause majeure de cet insuccès⁷.

L'insécurité juridique due aux lacunes ou aux imprécisions de la loi⁸ donnant parfois lieu à des interprétations divergentes, parmi d'autres éléments, n'incite probablement pas les conseils des entreprises à leur proposer d'y recourir, sauf, lorsque ces entreprises n'ont plus rien à perdre, la faillite étant la seule alternative.

A cette insécurité s'ajoutent les inconvénients pouvant découler de la procédure tels une publicité fâcheuse, la fuite du personnel, la méfiance des fournisseurs et des clients et le refus des banques d'encaisser des crédits.

Enfin, il convient de souligner que si la loi sur le concordat donne mission au tribunal de commerce de contrôler la manière dont le commissaire au sursis s'acquitte de sa mission, de vérifier que les conditions d'obtention du concordat sont toujours réunies, lui donne la compétence de révoquer le sursis (provisoire ou définitif) s'il échoue, le tribunal ne peut cependant prendre aucune initiative à cet égard. Celle-ci revient exclusivement au débiteur, aux créanciers et au procureur du Roi. Il en résulte que lorsque le tribunal constate que les conditions du concordat ne sont plus remplies, et qu'aucune initiative n'est prise pour le faire révoquer par le débiteur, le commissaire au sursis ou le procureur du Roi, il ne peut exercer adéquatement son contrôle. Il faudrait par conséquent modifier la loi sur le concordat sur ce point et permettre au tribunal de le révoquer d'office⁹ s'il arrive à un tel constat, afin d'éviter que la procédure de concordat ne soit détournée de son objectif en étant utilisée aux seules fins de permettre au débiteur d'organiser la faillite de son entreprise (le tout, bien entendu, dans le respect des droits de la défense).

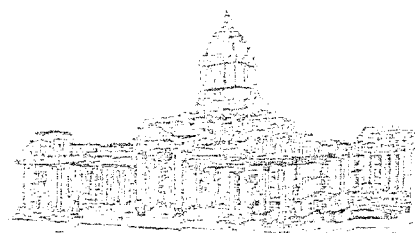
⁷ Les petites et moyennes entreprises peuvent dans certaines circonstances bénéficier d'une intervention de la Région bruxelloise pour les honoraires du commissaire au sursis. Cette intervention consiste en un remboursement, à concurrence d'un maximum de 50 %, des honoraires du commissaire au sursis (Voy. annexe 2 : lettre du 11 septembre 1998 de Monsieur le Ministre de l'Economie, des Finances, du Budget et des Relations Extérieures du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale).

⁸ A titre d'exemples : le mode de calcul des majorités lors du vote du plan de redressement, le sort des dettes non déclarées à la fin du sursis définitif, les possibilités d'invoquer l'exception d'inexécution ou la compensation entre des dettes antérieures au concordat et des recettes pendant la période du concordat, la possibilité ou non d'un plan de redressement s'étalant au-delà du délai légal du sursis définitif, la question de savoir si le plan d'apurement (prévoyant des réductions importantes des créances chirographaires), s'impose ou non à l'ONSS, traitée comme un autre créancier...

⁹ Un membre de l'Assemblée Générale déclare qu'à son avis, le tribunal serait alors juge et partie.

⋮
Rechtbank van Koophandel te Brussel

Verslag inzake de werking van de rechtbank



Werksaamheden - jaar 2001

⋮

Het Bureau Van Dijk wenst nochtans in de toekomst beloond te worden voor de dienst die het verschaft en de rechtbank hoopt de steun van het Ministerie van Justitie te verkrijgen, zoniet zal zij een kostbaar werkinstrument moeten missen.

Besluit: de door de Dienst voor Handelsonderzoeken uitgevoerde preventieopdracht gaat door in gunstige zin.

1.4.2 Het Gerechtelijk akkoord

Statistieken 2001

28 verzoeken tot gerechtelijk akkoord werden ingediend in 2001. Van deze 28 verzoeken, werden 14 verzoeken ingediend in het Nederlands (hierna afgekort N) en 14 in het Frans (hierna afgekort F).

Aan 13 bedrijven (7 N en 6 F) werd de voorlopige opschorting toegekend, aan 15 bedrijven werd dit geweigerd.

In één enkel geval heeft de rechtbank de commissaris voor de opschorting gemachtigd een deel van het bedrijf over te dragen krachtens artikel 41 van de wet op het gerechtelijk akkoord van 17 juli 1997.

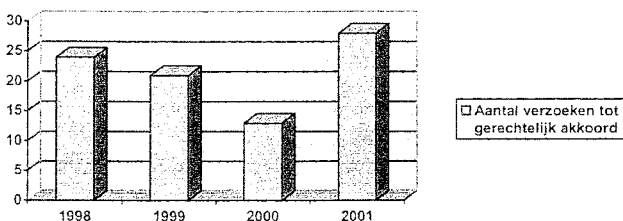
Gedurende de voorlopige opschorting werd de opschorting herroepen voor 6 van de 13 bedrijven.

De definitieve opschorting werd geweigerd aan één bedrijf en werd toegekend aan 5 bedrijven; drie van deze 5 opschortingen werden echter herroepen.

Van deze 28 bedrijven die een voorlopige opschorting vroegen in de loop van 2001, resten er nog 2 bedrijven die van een definitieve opschorting genieten.

Statistieken sedert 1998

Sinds het van kracht worden van de wet van 1 juli 1997 inzake het gerechtelijk akkoord, en tot 31 december 2001 werden bij de Rechtbank van Koophandel te Brussel 86 verzoeken tot gerechtelijk akkoord ingediend (24 in 1998, 21 in 1999, 13 in 2000 en 28 in 2001) waarvan 29 verzoeken in het Nederlands en 57 in het Frans.



De voorlopige opschorting werd toegekend aan in totaal 39 bedrijven (25 F en 14 N).

...

Van deze 39 bedrijven werden er tijdens de voorlopige opschorting 19 herroepen. De definitieve opschorting werd geweigerd aan 3 bedrijven.

Van één vennootschap heeft de rechtbank de vereffening bevolen.

In één enkel geval heeft de rechtbank de commissaris inzake opschorting gemachtigd een deel van het bedrijf over te dragen krachtens artikel 41 van de wet op het gerechtelijk akkoord.

De definitieve opschorting werd toegestaan aan 15 bedrijven. 7 definitieve opschortingen werden herroepen.

Op 31 december 2001, bevonden zich 5 bedrijven in definitieve opschorting (1 F en 4 N).

Het einde van de definitieve opschorting werd uitgesproken voor 3 bedrijven (3 F). Het handelt hier om zeer kleine bedrijven, twee onder de vorm van een BVBA voor de uitbating van een detailhandel (bureaumateriaal, zijnde papierwaren in het ene geval en verkoop van tapijten in het andere) en een derde handelaar in eigen naam (bakker).

Uit deze cijfers blijkt dat het beroep op de procedure van het gerechtelijk akkoord eerder marginaal is en vooral laatijdig gebeurt.

De kost van het gerechtelijk akkoord verklaart op zich dit gebrek aan succes niet⁷.

De juridische onzekerheid, te wijten aan leemten of onduidelijkheden van de wet⁸, geeft soms aanleiding tot uiteenlopende interpretaties die de raadslieden van de bedrijven er waarschijnlijk niet toe aanzetten hen voor te stellen een beroep te doen op het gerechtelijk akkoord, tenzij wanneer deze ondernemingen niets meer te verliezen hebben en het faillissement het enig alternatief blijkt.

Naast deze onzekerheid zijn er ook nadelen, verbonden aan de procedure inzake gerechtelijk akkoord, zoals vervelende publiciteit, personeelsvlucht, het wantrouwen van leveranciers en klanten en de weigering van de banken om nog kredieten toe te staan.

Tenslotte dient ook te worden aangestipt dat - zo de wet op het gerechtelijk akkoord de rechtbank van koophandel de opdracht geeft de wijze waarop de commissaris inzake opschorting zijn taak vervult te controleren, en na te gaan of de voorwaarden voor het verkrijgen van het gerechtelijk akkoord nog steeds aanwezig zijn en hen de bevoegdheid toekent indien nodig tijdelijk of definitief de opschorting te herroepen - de rechtbank daarentegen op dat vlak geen enkel initiatief mag nemen.

⁷ De kleine en middelgrote ondernemingen kunnen in bepaalde gevallen genieten van een tussenkomst van het Brussels Gewest voor wat betreft de erelonen van de commissaris inzake opschorting. Deze tussenkomst bestaat in een terugbetaling, ten belope van maximum 50%, van de erelonen van de commissaris inzake opschorting (Zie bijlage 2: brief van 11 september 1998 van de Heer Minister van Economie, Financiën, Begroting en Buitenlandse Betrekkingen van de Regering van het Brussels Hoofdstedelijk gewest).

⁸ T.t.v. voorbeelden: de berekeningswijze van de meerderheden bij stemming van het herstelplan, het lot van de niet aangegeven schulden bij het verstrijken van de definitieve opschorting, de mogelijkheden om de exceptie van niet-uitvoering of compensatie (schuldevergelijking) in te roepen, de verplichting, opgelegd aan de RSZ om al dan niet te worden behandeld zoals de andere schuldeisers van afbetalingsplannen die belangrijke verminderingen voorzien van chirografaire schuldvorderingen, de mogelijkheid om al dan niet een herstelplan te voorzien dat zich uitstrekt voorbij de wettelijke termijn van de definitieve opschorting.

⋮

Dit initiatief komt uitsluitend toe aan de schuldenaar, de schuldeisers of de Procureur des Konings. Het gevolg hiervan is dat wanneer de rechtbank vaststelt dat de voorwaarden voor het gerechtelijk akkoord niet meer vervuld zijn, doch dat er geen enkel initiatief wordt genomen om dit te laten herroepen, noch door de schuldenaar, noch door de commissaris inzake opschorting of door de Procureur des Konings, zij haar controle niet adequaat kan uitvoeren.

De wet op het gerechtelijk akkoord zou dan ook op dat punt moeten worden aangepast zodat, uiteraard mits het eerbiedigen van de rechten van verdediging, indien zij tot dergelijke vaststelling komt en om te vermijden dat de procedure inzake gerechtelijk akkoord aan haar doel voorbijgaat, doordat zij enkel gebruikt wordt om de debiteur toe te staan het faillissement van zijn bedrijf zo nodig te organiseren zonder rekening te moeten houden met het belang van de schuldeisers of van sommigen onder hen, zij ambtshalve^{*} het gerechtelijk akkoord kan herroepen.

1.4.3 Artikel 8 van de faillissementswet

Artikel 8 van de faillissementswet verleent de Voorzitter van de Rechtbank van koophandel de mogelijkheid "wanneer het volstrekt noodzakelijk blijkt en wanneer bepaalde gewichtige en met elkaar overeenstemmende aanwijzingen bestaan dat de voorwaarden voor het faillissement vervuld zijn", de koopman "geheel of ten dele het beheer van het geheel of een gedeelte van zijn goederen te ontnemen" en één of meerdere voorlopige bewindvoerders aan te wijzen.

Door naar deze bepaling terug te grijpen, slaagt men erin de verzwaring van het passief tegen te gaan, ongeacht er nu al dan niet een faillissement volgt.

Deze bepaling heeft ook, in de gevallen van vennootschappen die een belangrijk passief vertonen op basis van boekhoudkundig gegevens die niet overeenstemmen met de wettelijke bepalingen, bijgedragen om te vermijden dat deze vennootschappen failliet zouden verklaard worden, vermits de bedrijfsleider werd aangespoord zijn zaken opnieuw ter hand te nemen en boekhoudkundig, economisch en financieel in orde te brengen.

De ervaring leert dus dat artikel 8 voor de herstructurering van de bedrijven een doeltreffend instrument is met ruime toekomstperspectieven.

In de loop van het jaar 2001 werd acht maal toepassing gemaakt van dit artikel 8, waarvan vijf maal ambtshalve en drie maal op verzoek van de Procureur des Konings.

1.4.4: De faillissementen

De opening van de faillissementen

De Rechtbank van Koophandel te Brussel heeft in totaal gedurende het jaar 2001 1.543 faillissementen uitgesproken. Dit aantal is hoger dan hetgeen over het algemeen door de media wordt verspreid (1.256) en meer bepaald hetgeen door het Nationaal Instituut voor Statistiek wordt opgegeven als het aantal faillissementen, uitgesproken te Brussel. Het verschil tussen beide cijfers is te wijten aan het feit dat de statistiek slechts deze faillissementen weergeeft van bedrijven, gevestigd in de 19 gemeenten van het Brussels

^{*} Een lid van de Algemene Vergadering van de Rechtbank stelt dat, zijns inziens, de rechtbank dan ook rechter en partij zou zijn.

**DE TUSSENKOMST
VAN DE BEDRIJFSREVISOR
BIJ DE VEREFFENING
VAN VENNOOTSCHAPPEN**

DOOR

PIERRE P. BERGER

BEDRIJFSREVISOR

Overzicht van de fasen van de vereffening

De ontbinding en vereffening van vennootschappen dient in twee fasen te gebeuren, namelijk :

- de ontbinding
- de vereffening

1. – DE ONTBINDING

1.1. – De beslissing tot ontbinding

Alvorens te kunnen overgaan tot de beslissing tot ontbinding van de vennootschap moet er voldaan worden aan een informatieverplichting. De Raad van Bestuur dient een verslag op te maken waarin vervat zitten :

- de redenen en de gevolgen van de ontbinding,
- een staat van activa en passiva die niet meer dan drie maanden oud is,
- een controleverslag van de commissaris, of een bedrijfsrevisor of externe accountant (art. 181 Wb. Venn.)

Verslag van de Raad van Bestuur

Een afschrift van het verslag van de Raad van Bestuur (met als bijlage de staat van activa en passiva) en het verslag van de commissaris, dient samen met de oproepingsbrief voor de buitengewone

algemene vergadering, te worden verzonden aan de aandeelhouders (art. 181 § 2 Wb. Venn.)

Staat van activa en passiva

Wat betreft de staat van activa en passiva waarover de commissaris verslag dient uit te brengen, werd door de raad van het Instituut der Bedrijfsrevisoren een controlenorm goedgekeurd in zijn zitting van 6 december 2002.

Deze norm bespreekt onder meer de waarderingsregels die aanvaardbaar lijken. Het bestuursorgaan moet, voor de gevallen waarin wordt voorgesteld om de activiteiten van de onderneming te beëindigen of indien er niet langer kan van worden uitgegaan dat de onderneming haar bedrijf zal voortzetten, een staat van activa en passiva opstellen in discontinuïteit, overeenkomstig de waarderingsregels vastgesteld in artikel 28, § 2 van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen.

De staat van activa en passiva moet zonder toevoeging, noch weglating, voortvloeien uit de saldibalans van de rekeningen. De correcties ter boeking van de lagere realisatiewaarde moeten dus verwerkt worden in de boekhouding. De staat van activa en passiva moet worden opgesteld volgens de principes en de rubrieken opgenomen in het koninklijk besluit van 30 januari 2001.

De boekhoudkundige staat moet volledig zijn. Dat betekent dat hij alle activa- en passivabestanddelen moet bevatten die voorkomen in een vermogenstoestand opgesteld overeenkomstig het boekhoudrecht. Aandacht moet worden besteed aan het feit dat uit de staat van vereffening volgt dat latente schulden omgezet worden in vaststaande schulden, die in de continuïteit van de exploitatie niet in aanmerking werden genomen of opgenomen werden onder de verbintenissen. Dat is bijvoorbeeld het geval voor het aanleggen, dat verplicht geworden is, van voorzieningen voor risico's en kosten, voortvloeiend uit sociale verplichtingen (sociaal passief) of inzake milieu (ecologisch passief) en met de verplichtingen die voortspruiten uit de verbreking van de huurovereenkomsten.

De boekhoudkundige staat moet juist zijn. Dat betekent dat hij conform moet zijn met de boekhouding. De correcties te verrichten voor en na de waarde-aanpassingen vereist door de boekhoudregle-

mentering moeten behoorlijk worden geboekt, niettegenstaande de beslissing om de vennootschap te ontbinden maar zeker zal worden na de beslissing van de algemene vergadering. Als die beslissing niet zou worden genomen, dan is het aan het bestuursorgaan om te beoordelen in welke mate bepaalde verrichtingen moeten worden tegengeboekt.

De boekhoudkundige staat moet getrouw zijn aan de werkelijkheid. Dat betekent dat de waarderingen te goeder trouw moeten worden verricht en dat het bestuursorgaan, indien nodig, de boekhoudkundige staat moet vervolledigen met een verklarende bijlage over de keuzes die het heeft gemaakt op het vlak van de waardering.

Voor de gevallen waarin het bestuursorgaan voorstelt om de activiteiten gedurende de vereffening voort te zetten, zou het bestuursorgaan in uitzonderlijke gevallen een staat van activa en passiva in continuïteit kunnen opstellen. De afwijking zou gerechtvaardigd kunnen zijn als waarschijnlijk is dat de exploitatie – ondanks de vereffening – langer dan een jaar zal verdergezet worden, of wanneer men zou trachten de bedrijfsactiviteit over te dragen aan een andere vennootschap. Alsdan kan de liquidatiewaarde misschien niet lager liggen dan de boekwaarde. Het bestuursorgaan dient zijn beslissing te motiveren (art. 181, § 1 Wb. Venn.).

De staat van activa en passiva moet worden opgesteld zonder over te gaan tot de verwerking van het resultaat van het lopende boekjaar. Het resultaat van het lopende boekjaar tot op de datum van de afsluiting van de staat zal vermeld worden onder een afzonderlijke rubriek van het overgedragen resultaat.

Het controleverslag

De opdracht van de beroepsbeoefenaar bestaat erin over de staat van activa en passiva opgesteld door het bestuursorgaan verslag uit te brengen en inzonderheid na te gaan of daarin de toestand van de vennootschap op volledige, getrouwe en juiste wijze is weergegeven.

Het doel van de opdracht is na te gaan of de staat de aandeelhouders en de vereffenaar, en in voorkomend geval, de ondernemingsraad, een inzicht verschaft in de werkelijkheid van het netto-actief en dit in principe in het perspectief van de realisatie. Hierbij dient men rekening te houden met de onvermijdelijk aleatoire aard van

de realisatievooruitzichten van de activa in het kader van de vereffening.

Dit doel is te onderscheiden van wat wordt beoogd door de controle van de jaarrekening, die een financiële staat is die aan de aandeelhouders en derden periodiek informatie verschaft over het vermogen, de financiële positie en het resultaat van de onderneming. De beroepsbeoefenaar zal zijn controlewerkzaamheden aanpassen aan het specifieke doel van deze controleopdracht.

Het verslag van de beroepsbeoefenaar zal volgens de norm een uitvoerig verslag moeten zijn, dit wil zeggen dat een gepaste beschrijving van de betekenisvolle posten van de staat van activa en passiva wordt gegeven met bijzondere aandacht voor de waarderingsregels en voor de voornaamste uitgevoerde controlewerkzaamheden.

Dit verslag dient niet te worden neergelegd ter griffie van de rechtbank van koophandel.

In de authentieke akte die de beslissing tot ontbinding vaststelt, worden de conclusies overgenomen van het verslag van de beroepsbeoefenaar. Het uittreksel uit deze authentieke akte, dat dient neergelegd ter griffie en bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad*, moet deze conclusies niet bevatten.

Mededeling aan de ondernemingsraad

Het ondernemingshoofd is ertoe gehouden om aan de leden van de ondernemingsraad alle documenten te overhandigen die aan de vennoten worden medegedeeld (art. 2 K.B. 27 november 1973). De commissaris dient zich ervan te vergewissen dat de ondernemingsraad behoorlijk is geïnformeerd overeenkomstig de vereisten van de artikelen 2 en 25 van het koninklijk besluit van 27 november 1973.

De beslissing tot ontbinding

De beslissing tot ontbinding moet genomen worden door de buitengewone algemene vergadering met een meerderheid van drie vierden (art. 558 Wb. Venn.).

De ontbinding geschiedt via een authentieke akte verleden voor de notaris, die aanwezig is op de buitengewone algemene vergadering. De notaris zal vóór het verleiden van de akte controle uitoefenen.

nen op het bestaan en de wijze van totstandkoming van het verslag van de Raad van Bestuur.

Op de buitengewone algemene vergadering wordt ook de vereffenaar benoemd. Ingeval de vereffenaar een rechtspersoon is moet de vertegenwoordiger natuurlijke persoon worden aangewezen door de algemene vergadering. Deze maatregel wijkt af van de normale regeling waar de vertegenwoordiger natuurlijke persoon wordt aangeduid door het bestuursorgaan van de benoemde rechtspersoon. Hij werd ingevoerd ter bevordering van de transparantie, om aldus te trachten misbruiken te voorkomen.

In de vennootschapswet wordt niet gespecificeerd wie als vereffenaar kan optreden. Dit kan een gewezen bestuurder zijn, een vennoot, iemand met bijzondere professionele kwalificaties (bedrijfsrevisor, accountant, boekhouder, advocaat, enz.). Door het ambt van vereffenaar uit te oefenen, verkrijgt men niet de hoedanigheid van handelaar. Uitgezonderd wanneer de vereffenaar van het vereffenen van vennootschappen zijn beroep maakt.

Kunnen niet als vereffenaar worden aangeduid :

- Bestuurders, zaakvoerders en feitelijke bestuurders die een kenmerkend grove fout hebben begaan, in een vennootschap die failliet is verklaard.
- Zij die een vrijheidsstraf van meer dan 3 maanden kregen als dader of medeplichtige aan in de wet bepaalde misdrijven.
- Een persoonlijk faillissement.
- Personen voor wie beroepsverbod geldt.
- De commissaris of vroegere commissaris van de vennootschap op basis van art. 133 al. 2 Wb. Venn.

Wordt er geen vereffenaar benoemd dan worden de bestuurders ten aanzien van derden als vereffenaars beschouwd.

1.2. – *Bekendmaking van de in vereffening stelling*

Een uittreksel uit de notulen van de buitengewone algemene vergadering, samen met het verslag van de commissaris en het verslag van de Raad van Bestuur wordt door de notaris neergelegd ter griffie van de Rechtbank van Koophandel binnen de 15 dagen na datum van de bijzondere algemene vergadering en wordt binnen de

15 dagen na deze neerlegging gepubliceerd in de *Bijlage tot het Belgisch Staatsblad*.

Vanaf de ontbinding moet elke akte uitgaande van de vennootschap vermelden dat het om een vennootschap in vereffening gaat.

2. – DE VEREFFENING

2.1. – *Wijze van vereffenen*

De vereffening kan gebeuren op twee manieren :

- de klassieke manier
- vereniging van de aandelen in één hand

De klassieke manier

De vereffenaar heeft de opdracht om het actief te realiseren, het passief aan te zuiveren en het eventuele vereffeningsaldo aan te wenden.

De vereffenaar zet *alle activa van de vennootschap om in geld*. Er is een machtiging van de algemene vergadering vereist voor de volgende zaken :

- de voortzetting van de activiteit
- het sluiten van een lening
- de uitgifte van handelspapier
- het bezwaren van goederen met zakelijke zekerheden
- de verkoop van onroerende goederen zonder dat de vereffenaar dit nodig acht om de schulden af te betalen

De vereffenaar *zuivert het passief aan*. Hij betaalt alle schulden die voortkomen uit de ontbinding en vereffening en uit de activiteit van de onderneming (de boedelschulden). Door de vereffening komen de schuldeisers van de boedel in een positie van samenloop, waarbij :

- iedere schuldeiser op gelijke wijze wordt behandeld tenzij degenen die een bijzonder voorecht of een zakelijk zekerheid genieten.
- een schuldvergelijking verboden is.
- alle uitvoeringsdaden van de individuele schuldeisers worden opgeschort.

De vereffenaar keert het eventueel saldo na betaling van de schuldeisers uit aan de aandeelhouders. Hij kan niet tot verdeling

onder de vennoten overgaan dan na betaling van de schulden waarvan hij kennis heeft of moet hebben.

De vereniging van alle aandelen in één hand

Deze figuur houdt in dat één aandeelhouder de enige aandeelhouder wordt. Vervolgens verbindt hij er zich toe alle activa over te nemen en alle passiva te betalen, waarna de onderneming quasi onmiddellijk kan worden vereffend zonder dat alle activa zijn gerealiseerd en zonder dat alle schulden werden betaald.

De vereniging van de aandelen in één hand heeft niet de ontbinding van rechtswege tot gevolg. De enige aandeelhouder zal geacht worden hoofdelijk borg te staan voor alle verbintenissen na de vereniging van de aandelen in één hand indien de vennootschap niet binnen het jaar wordt ontbonden.

Het is niet mogelijk om gelijktijdig met de verkrijging van de aandelen de ontbinding en vereffening door te voeren. De enige aandeelhouder moet op straffe van nietigheid een verslag opstellen met een staat van activa en passiva die niet langer dan drie maanden voordien is vastgesteld en een controleverslag van de commissaris.

De voorwaarden voor de ontbinding, zoals hiervoor beschreven, dienen immers volledig te worden nageleefd, op straffe van nietigheid.

Het bestaan van de vereniging van de aandelen in één hand alsook de identiteit van de enige aandeelhouder moet worden vermeld in het vennootschapsregister op de griffie van de Rechtbank van Koophandel.

2.2. – Tijdens de vereffening

De regels van het Wetboek van vennootschappen met betrekking tot de jaarrekening blijven onverminderd van toepassing.

De vereffenaar zal een jaarrekening opstellen over het laatste volledige boekjaar indien deze nog niet werd opgesteld en goedgekeurd door de algemene vergadering.

Alhoewel er geen wettelijke verplichtingen zijn, en het in de praktijk eerder uitzonderlijk voorkomt, is het ten eerste aangeraden om een jaarrekening over de periode tussen de datum van jaarafsluiting van het laatste boekjaar en de datum van de beslissing tot ontbinding van de vennootschap op te stellen. De vereffenaar kan deze ter

goedkeuring voorleggen aan de algemene vergadering die tevens kennis neemt van de jaarrekening opgesteld over de periode van datum van ontbinding tot datum van statutaire afsluiting van het boekjaar.

Op deze wijze kan aan de bestuurders geldige kwijting verleend worden voor de uitoefening van hun bestuursmandaat tot datum van ontbinding, en beschikt de vereffenaar over een door de algemene vergadering goedgekeurde openingsbalans, zodat ook zijn verantwoordelijkheden nauwkeurig kunnen bepaald worden.

Tenslotte is er de fiscale verplichting om over het boekjaar waarin beslist werd tot in vereffeningstelling, een dubbele aangifte in de vennootschapsbelasting in te dienen. Een eerste over de periode van jaarafsluiting van het laatste boekjaar tot de datum van de beslissing tot ontbinding en een tweede aangifte over de periode vanaf datum van ontbinding tot statutaire afsluitingsdatum van het boekjaar.

Elk jaar leggen de vereffenaars aan de algemene vergadering van de vennootschap de uitkomsten van de vereffening voor met vermelding van de redenen waarom de vereffening niet kon worden voltooid.

Deze rekeningen dienen niet te worden goedgekeurd door de algemene vergadering, maar zij kan dit wel. Een groeiend aantal vennootschappen in vereffening blijkt dit ook te kiezen. Deze praktijk wordt misschien beïnvloed door het verder zetten van de controlefunctie door de commissaris, en zijn wens om kwijting te verkrijgen voor zijn controleopdracht. Alleszins wordt de kwijting aan de vereffenaar verleend bij de sluiting van de vereffening (art. 194 Wb. Venn.).

De commissaris in functie blijft aan bij de ontbinding van de vennootschap, op basis van de bepalingen van artikel 194. De commissaris zal verslag uitbrengen over de jaarrekeningen of zal, in voorkomend geval, als er geen jaarrekening wordt opgesteld, een verslag van niet-bevinding opmaken. Zijn mandaat als commissaris komt ten einde op datum van de algemene vergadering tot dewelke zijn benoeming oorspronkelijk liep. Hij kan door die algemene vergadering herbenoemd worden.

In de rechtsleer bestaat er geen eensgezindheid over de datum waarop de vereffenaar de algemene vergadering dient te beleggen. Sommige auteurs menen dat de vereffenaar vrij kan kiezen, op

voorwaarde de termijn van zes maanden na afsluiten van het boekjaar te respecteren. Mijns inziens zijn er voldoende tekstargumenten om te besluiten dat de datum die in de statuten werd vastgelegd voor de jaarlijkse algemene vergadering ook door de vereffenaar dient gerespecteerd te worden. Aldus heeft ook de commissaris een richtdatum voor zijn eventuele verslag van niet-bevinding.

Betreft het een naamloze vennootschap, een coöperatieve vennootschap, een commanditaire vennootschap op aandelen of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, dan moet de jaarrekening binnen dertig dagen na de datum van de vergadering, neergelegd worden bij de Nationale Bank van België, samen met de andere voorgeschreven stukken. Het artikel 98 W. Venn, is van toepassing op deze neerlegging.

3. – AFSLUITING VAN DE VEREFFENING

3.1. – *De klassieke manier*

De vereffening kan afgesloten worden op het moment dat alle activa zijn verzilverd en passiva zijn betaald. Vervroegde sluiting is mogelijk in uitzonderlijke gevallen.

De vereffenaar legt na afloop van de vereffening en ten minste één maand voor de algemene vergadering de rekeningen samen met de stavingstukken neer op de zetel. De commissaris dient deze rekeningen na te zien en er een verklaring over af te leggen. De vennoten beschikken, indien er geen commissaris in functie is, over een individueel onderzoeksrecht, waarbij zij zich kunnen laten bijstaan door een bedrijfsrevisor of een externe accountant.

De vereffenaar roept de algemene vergadering samen. Tijdens deze algemene vergadering worden de stukken van de vereffenaar toegelicht, en wordt kennis genomen van het verslag van de commissaris.

Het is mogelijk de vereffening af te sluiten in één enkele vergadering.

Door de afsluiting van de vereffening houdt de vennootschap op te bestaan en eindigt het mandaat van de vereffenaar.

3.2. – *De vereniging van alle aandelen in één hand*

De vereffening door vereniging van aandelen in één hand wordt afgesloten door een beslissing van de ene aandeelhouder om de vereffening af te sluiten door de overneming van het actief en passief vermogen van de ontbonden vennootschap.

De aansprakelijkheid, en de omvang ervan, van de overnemer is uitsluitend gegrond op de akte van afsluiting. Ze moet dus zeer nauwkeurig worden opgesteld.

4. – BEKENDMAKING

VAN DE AFSLUITING VAN DE VEREFFENING

De afsluiting van de vereffening moet neergelegd worden op de griffie van de Rechtbank van Koophandel en moeten bekendgemaakt worden in de bijlagen van het *Belgisch Staatsblad* binnen de 15 dagen na neerlegging op de griffie.

L'INTERVENTION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE DANS LA LIQUIDATION DES SOCIÉTÉS

PAR

PHILIPPE LEBEAU

PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE CHARLEROI

SOMMAIRE

NOTIONS SUR LA LIQUIDATION

LA DISSOLUTION JUDICIAIRE

1. – *La dissolution pour justes motifs*
2. – *La dissolution pour perte du capital social*
3. – *La dissolution pour non-dépôt des comptes annuels*
4. – *Autres causes de dissolution judiciaire*

LA LIQUIDATION DÉFICITAIRE

NOTIONS SUR LA LIQUIDATION

La dissolution est le mode commun d'extinction des sociétés; le plus souvent elle n'entraîne pas la disparition immédiate de la société; une période de liquidation plus ou moins longue sera nécessaire pour déterminer le passif, réaliser les actifs, répartir ceux-ci au profit des créanciers et, si solde il y a, au bénéfice des associés; ensuite seulement, l'assemblée générale de la société sera réunie pour clôturer la liquidation.

En principe la dissolution est décidée par l'assemblée générale des actionnaires ou associés; il s'agit de la dissolution volontaire, laquelle se déroule en dehors de l'intervention des tribunaux.

Dans certains cas de figure, le législateur a prévu que la dissolution pourrait être prononcée par les tribunaux; l'on parle alors de dissolution judiciaire.

Par ailleurs le Juge est amené à intervenir si la liquidation ne permet pas de payer tous les créanciers (hypothèse de la liquidation déficitaire), d'abord par le biais des chambres d'enquêtes pour contrôler l'évolution de la liquidation, ensuite en cas de citation en faillite émanant d'un créancier ou du Ministère public.

Le présent exposé traitera des différents cas d'intervention du tribunal dans le cadre de la dissolution des sociétés.

LA DISSOLUTION JUDICIAIRE

1. – *La dissolution pour justes motifs* (1)

Aux termes de l'article 45 du Code des sociétés, la dissolution de la société ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu qu'autant qu'il y en a de justes motifs.

Les articles 343, 386 et 645 du Code des sociétés appliquent cette disposition respectivement à la SPRL, à la SC et à la SA.

L'article 45 du Code des sociétés évoque l'hypothèse d'un associé qui manque à ses engagements ou d'une infirmité qui le rend inhabile à traiter les affaires sociales; d'autres situations ont donné lieu à application de cette disposition :

- la mésentente profonde et persistante entre les associés,
- un abus de majorité,
- le divorce entre les époux associés,
- des prélèvements exagérés par un associé,
- la perte de l'*affectio societatis*,
- la division de la société en deux blocs hostiles d'égale importance et la paralysie des organes sociaux qui en résulte.

Le juste motif qui permet de demander la dissolution judiciaire de la société est laissé à l'arbitrage du juge. Il doit s'agir d'un motif légitime et grave.

La dissolution de la société pour justes motifs représente une solution ultime à laquelle les tribunaux s'appliquent à trouver des dérivatifs; il existe en effet dans l'arsenal législatif d'autres procé-

(1) L. VAN BEVER, « Justes motifs », note sous Comm. Gand, 14 mars 2000, *R.D.C.* 2000, p. 392; S. MAQUET, « Justes motifs ou motifs justes ? », *R.P.S.* 1999, p. 125; Ph. MALHERBE, « Des justes motifs », obs. sous Comm. Bruxelles, 4 nov. 1996, *R.P.S.* 1997, p. 280.

dures qui ne mettront pas en cause l'existence de la société, telles que :

- L'exclusion ou le retrait pour justes motifs d'un ou de plusieurs actionnaire(s) (Articles 334 et 340 du Code des sociétés pour la SPRL/articles 636 et 642 pour la SA);
- La désignation d'un administrateur provisoire;

2. – *La dissolution pour perte du capital social* (2)

Diverses dispositions du Code des sociétés prévoient que lorsque l'actif net est réduit à un montant inférieur au montant minimum du capital social, tout intéressé peut demander au tribunal la dissolution de la société concernée.

L'actif net ne peut ainsi se trouver réduit, sous peine de dissolution, à un montant inférieur à :

- 61.500 Euros pour les S.A. (article 634 du Code des sociétés)
- 6.200 Euros pour les S.P.R.L. (article 333 du Code des sociétés) et les S.C.R.L. (article 432 du Code des sociétés)
- 2.500 Euros pour les sociétés à finalité sociale ayant pris la forme d'une société coopérative à responsabilité limitée (article 666 du Code des sociétés)
- 6.200 Euros pour les sociétés agricoles (article 835 du Code des sociétés)

Les S.C.R.I.S., S.N.C., S.C.S. et les S.C.A. ne doivent respecter aucune obligation particulière en termes de capital; ces dispositions ne leur sont donc pas applicables.

L'actif net ou fonds propres représente la somme algébrique des six premières rubriques du passif du bilan, soit :

- Le capital (souscrit)
- Les primes d'émission
- Les plus-values de réévaluation
- Les réserves
- Le bénéfice reporté ou la perte reportée
- Les subsides en capital

(2) Voyez : Werner DERIJCKE, *Rev. prat. soc.*, 1998, pp. 462 et s., « L'article 104 des lois coordonnées sur les sociétés ou ce n'est pas un des mes amis; je n'ai donc pas de raison d'en dire du mal »; B. DEBOECK, « La notion d'intéressés au sens des articles 140 et 158bis LCSC », *R.D.C.* 1999, pp. 54 et 55; Guide permanent des sociétés, Livre 6 – « Durée et dissolution de la SA », 682, M-97/3.

Ainsi que l'indiquent les travaux préparatoires (loi du 5 décembre 1984, *Doc.*, Chambre 1981-1982, 210-9, p. 66), ces dispositions reviennent « à imposer à tout moment que l'actif net de la société corresponde au montant du capital minimum légal ».

La mise en œuvre des articles concernés implique une triple vérification (3) :

- L'existence de la qualité d'« intéressé » (créancier, actionnaire, concurrent (?), Ministère public (?))
- La démonstration d'un intérêt concret (avantage matériel ou moral et effectif),
- Le caractère légitime de cet intérêt.

Toute société dont l'actif net est inférieur au capital minimum légal est donc potentiellement en danger de dissolution ; seul aménagement consenti par le législateur : il a été stipulé aux articles précités que le tribunal pouvait laisser à la société un délai pour régulariser sa situation.

Les dispositions examinées n'ont pas donné lieu à une Jurisprudence abondante sur la notion d'« intéressés » : un créancier, un actionnaire rencontrent certainement cette notion ; on cite également le cas du simple concurrent mais la question est controversée, de même que le droit d'agir du Ministère public.

3. – *La dissolution* *pour non dépôt des comptes annuels* (4)

La loi du 13 avril 1995 a entendu mettre fin au phénomène des sociétés dormantes en introduisant une nouvelle cause de dissolution judiciaire des sociétés.

Aux termes de l'article 182 du code des sociétés, tout intéressé ou le Ministère public peut demander au tribunal la dissolution d'une société en défaut de satisfaire à l'obligation de déposer les comptes annuels pendant trois exercices consécutifs.

Le texte légal prévoit un tempérament : dès lors qu'une régularisation de la situation est possible, le prononcé de la dissolution n'est plus justifié et un délai doit être accordé à la société, afin de lui permettre de prouver que la situation est régularisée.

(3) B. DEBOECK, mêmes références, pp. 54 et 55.

(4) A. SPIRITUS-DASSESE, « Dissolution d'entreprises inactives : expériences de la juridiction commerciale bruxelloise », *D.A.O.R.* 2000, n° 53, p. 49.

La possibilité d'une telle régularisation ne peut être subordonnée au caractère probant des comptes annuels susceptibles d'être déposés, mais doit s'apprécier uniquement eu égard à la possibilité de réunir les organes chargés, sous leur propre responsabilité, de dresser les comptes annuels ou de les approuver (5).

L'action en dissolution d'une société qui n'est plus active peut être introduite par tout intéressé (un créancier, par exemple) ou par le Ministère public. La demande doit être dirigée contre la société au plus tôt à l'expiration d'un délai de sept mois suivant la date de clôture du troisième exercice comptable.

Si dans le cadre de l'examen de la cause, le Tribunal constate que la société doit faire l'objet de mesures de redressement ou d'assainissement, il est susceptible de transmettre le dossier au service des enquêtes commerciales, voire même au président du tribunal pour usage de l'article 8 de la loi sur les faillites si les conditions en sont réunies (désignation d'un administrateur provisoire ayant pour mission d'assigner en faillite dans les 15 jours).

A l'égard de la société, la dissolution produit ses effets à dater de la décision qui la prononce.

A l'égard des tiers, elle est opposable à partir de la publication de la décision aux annexes du *Moniteur belge*, conformément au prescrit des articles 67 et 74 du Code des sociétés. Toutefois, si des tiers avaient eu antérieurement connaissance de la décision, la dissolution leur serait opposable dès ce moment.

La disposition examinée est aujourd'hui mise en œuvre de manière courante par les Parquets financiers dans de nombreux arrondissements judiciaires.

4. – *Autres causes de dissolution judiciaire*

A côté de ces causes générales de dissolution judiciaire, il existe une série de causes de dissolution spécifiques à certains types de sociétés ou de personnes morales. Ainsi, les causes de dissolution propres :

- Aux S.P.R.L. : Aux termes de l'article 249 du Code des sociétés, la cession des parts d'une SPRL entre vifs ou à cause de mort, nécessite l'agrément des autres associés ; si l'agrément n'est pas

(5) Bruxelles, 9^e chambre, 25 avril 2002, *J.L.M.B.* 2003, 1263 et s.

donné, les autres associés doivent racheter les parts dont la cession est en jeu.

A défaut d'agrément, la dissolution peut être demandée par l'associé ou les héritiers (articles 251 et 252 du Code des sociétés);

- A la société coopérative : En cas de réduction du nombre des associés en-dessous du minimum légal;
- A la société à finalité sociale : Lorsque ladite société se présente comme une société à finalité sociale, alors que ses statuts ne contiennent pas ou plus, les mentions requises en vertu de la loi ou lorsque dans sa pratique effective, elle contrevient aux dispositions statutaires qu'elle a adoptées (article 667 du Code des sociétés);

LA LIQUIDATION DÉFICITAIRE

La liquidation volontaire des sociétés n'est en principe pas une procédure destinée aux entreprises en difficulté; il s'agit du mode de dissolution ordinaire de celles-ci.

Cependant, cette procédure a connu un certain succès en tant qu'alternative à la faillite pour les sociétés en difficulté.

En effet, la liquidation volontaire peut dans certains cas aboutir à une meilleure valorisation des actifs, en raison de sa souplesse et parce que l'étiquette « faillite » n'est pas accolée à la société.

Cependant une part du succès de la liquidation a tenu à des motifs plus troubles; cette procédure offre en effet des possibilités de contournement de la loi lorsqu'elle n'est pas utilisée en toute transparence.

Il faut voir à cet égard que le liquidateur est désigné par l'assemblée générale des actionnaires; il n'est pas sous la surveillance du tribunal et peut avoir tendance à favoriser, au détriment des créanciers, les intérêts des dirigeants/propriétaires de l'entreprise qui l'ont mandaté.

Ceux-ci ci pourront sous le couvert du paravent que constitue alors le liquidateur :

- Racheter les actifs en se débarrassant du passif pour reprendre illico une activité en tout point semblable;
- Eviter les actions en responsabilité ou en reconstitution des actifs, particulières à la faillite : action en comblement de passif,

en responsabilité des fondateurs, inopposabilités de la période suspecte...;

- Eviter de répondre d'un compte-courant débiteur ou même détourner des actifs.

En fonction de ce constat négatif, le législateur a pris des dispositions pour rendre plus difficile ou mieux combattre la fraude en matière de liquidation volontaire :

- Pour permettre aux curateurs de mieux lutter contre le phénomène de la liquidation frauduleuse, la loi sur les faillites du 8 août 1997 a prévu en son article 12 al. 6 que la date de cessation de paiement d'une société dissoute peut être fixée à une date précédant de plus de 6 mois le jugement déclaratif, s'il existe des indices que la liquidation est menée ou a été menée dans l'intention de nuire aux créanciers.

Le curateur pourra ainsi rapatrier des actifs qui auraient été soustraits aux droits des créanciers depuis la mise en liquidation de la société.

- Par ailleurs, le nouveau Code des sociétés a entendu prévenir le phénomène du « Forum shopping » en stipulant à l'article 183 § 3 qu'une procédure de transfert du siège d'une société en liquidation ne peut être mise à exécution qu'après homologation par le tribunal de commerce; une décision d'assemblée générale est nécessaire préalablement; le jugement du tribunal doit ensuite être déposé au greffe et publié au *Moniteur*.
- Dans le même sens, l'article 197 du Code des sociétés prévoit que dans les SA et les SPRL, le membre du collège des liquidateurs qui a directement ou indirectement un intérêt opposé de nature patrimoniale, à une décision ou une opération soumise au collège, est tenu de se conformer aux règles de conflit d'intérêt prévues pour les administrateurs ou les gérants.

S'il n'y a qu'un liquidateur, il en référera à l'assemblée générale; si aucun accord ne se dégage sur la personne du liquidateur *ad hoc*, le liquidateur devra saisir le tribunal.

De la même façon, les Cours et Tribunaux ont adopté une attitude plus ferme dans le cadre des liquidations déficitaires (6) :

(6) Pour un examen récent de l'évolution jurisprudentielle en la matière, A. ZENNER, *Faillites et concordats 2002*, Larcier, n^{os} 88 à 92.

- Dans certains tribunaux, les sociétés qui se mettent en liquidation font l'objet d'un suivi systématique en chambre d'enquête commerciale; tout manque de transparence peut ainsi déboucher sur un transmis du dossier au Ministère public, qui citera le cas échéant en faillite, et il n'est pas exceptionnel de voir ensuite mettre en cause par la curatelle la responsabilité personnelle du liquidateur.
- La Jurisprudence a affiné son analyse quant à l'application des conditions de la faillite à une société en liquidation déficitaire.

La Cour de cassation dans un arrêt de référence intervenu le 17 juin 1994 (7) a réaffirmé que la société en liquidation qui ne peut payer ses dettes exigibles ou ne pourra les payer à court terme, à qui ses créanciers refusent un moratoire ou une réduction de dette et qui n'obtient pas de nouveau crédit est en état de faillite; autrement dit, la faillite d'une société ne doit pas être appréhendée différemment selon que la société est en liquidation ou non.

La condition de cessation de paiement étant par hypothèse acquise puisque l'on se situe dans le cadre d'une liquidation déficitaire, la question de la mise en faillite d'une société en liquidation se focalise sur la question de l'ébranlement du crédit.

Ainsi, lorsqu'il entend résister à l'action en faillite d'un créancier ou du Parquet, le liquidateur plaidera en général qu'il poursuit la liquidation avec le soutien de la majorité des créanciers et que dès lors le crédit de la société n'est pas ébranlé.

Les tribunaux ont accueilli favorablement cette argumentation, estimant qu'un créancier isolé et largement minoritaire ne peut déclencher à lui seul l'ébranlement du crédit puisque l'ensemble des autres créanciers se satisfont du régime de la liquidation.

Un important correctif a été apporté à ce point de vue : Le maintien du crédit ne sera réel que si le liquidateur a le souci d'informer correctement et régulièrement les créanciers; dans le cas contraire, la passivité de ceux-ci ne suffirait pas à démontrer leur confiance.

Ainsi, l'action du créancier isolé sera déclarée fondée s'il apparaît que le prononcé de la faillite est susceptible d'ouvrir au curateur des recours propres au droit de la faillite, lui permettant d'accroître l'actif ou de réduire le passif, ce que les créanciers ignoraient; le cré-

(7) *R.D.C.-T.B.H.*, 1994, p. 876.

dit maintenu dans l'ignorance de cette possibilité pourrait être considéré comme fallacieux.

Enfin une problématique a vu le jour récemment; elle concerne le droit du Parquet de provoquer la mise en faillite d'une société en liquidation, alors que les créanciers sont par hypothèse amorphes.

Cette problématique a son importance puisque très naturellement, nombre de créanciers hésitent à engager des frais supplémentaires pour défendre leurs droits dans le cadre d'une liquidation, soucieux qu'ils sont de ne pas aggraver la perte qui est déjà la leur; les liquidateurs indécis ont tendance à parier sur cette inertie.

La question est dès lors essentielle pour l'Ordre public économique de déterminer si, oui ou non, le Parquet est habilité à déclencher, seul, la faillite d'une société en liquidation.

En lui-même, le droit du Ministère public d'assigner en faillite ne donne pas lieu à contestation puisque l'article 6 de la loi sur les faillites le prévoit expressément; certains liquidateurs estiment cependant que lorsqu'il est seul à citer en faillite, l'Office du procureur du Roi est par principe dans l'incapacité de démontrer l'état d'ébranlement de crédit de la société, car l'inaction des créanciers prouverait *ipso facto* que la liquidation bénéficie toujours de leur crédit.

Dans l'état actuel des choses, la Jurisprudence a reconnu qu'en l'absence même d'une attitude agressive des créanciers, le Ministère public rapporte la preuve de l'existence des conditions de la faillite dans le chef d'une société en liquidation, et notamment de l'ébranlement de crédit, lorsqu'il démontre que : « *dans les circonstances de l'espèce, le maintien du crédit (de la société en liquidation ne peut) être déduit de l'attitude passive des créanciers dans la mesure où ceux-ci n'étaient pas informés de la situation objective et complète de la société* » (8).

(8) Mons, 12 décembre 2001, *J.L.M.B.* 2003, pp. 141 et s.

TABLE DES MATIÈRES/INHOUD

	PAGINA PAGES
<i>Avant-propos – Voorwoord,</i> par Anne SPIRITUS-DASSESE et Ludo SWOLFS	5
<i>Het beroep van bedrijfsrevisor,</i> door Ludo SWOLFS, Voorzitter van het IBR	9
<i>Le tribunal de commerce : une brève présentation,</i> par Philippe EVRARD, Président du Tribunal de Commerce de Liège	23
<i>Ondernemingen in moeilijkheden. Boekhoudkundig-financiële informatie en handelsonderzoek,</i> door Guido DE CROOCK, Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde, en Herman J. VAN IMPE, Bedrijfsrevisor	37
<i>Entreprises en difficulté : la procédure d'alerte,</i> par Anne SPIRITUS-DASSESE, Président du Tribunal de Commerce de Bruxelles, et Michel DE WOLF, Réviseur d'entreprises, Juge consulaire au Tribunal de Commerce de Bruxelles	117
<i>Aspects pratiques de l'exercice d'un mandat d'administrateur provisoire par un réviseur d'entreprises,</i> par Jean-François CATS, et Vincent DE WULF, Réviseurs d'entreprises	133
<i>De voorlopige bewindvoering,</i> door Toon LYSSENS, Voorzitter Rechtbank van Koophandel Tongeren	155
<i>Le magistrat, le réviseur et le concordat,</i> par Renée RUBINSTEIN, Vice-Présidente du Tribunal de Commerce de Bruxelles, et Hugues FRONVILLE, Réviseur d'Entreprises	201
<i>De tussenkomst van de bedrijfsrevisor bij de vereffening van vennootschappen,</i> door Pierre P. BERGER, Bedrijfsrevisor	247
<i>L'intervention des tribunaux de commerce dans la liquidation des sociétés,</i> par Philippe LEBEAU, Président du Tribunal de Commerce de Charleroi	257

IMPRIMÉ EN BELGIQUE

ETABLISSEMENTS EMILE BRUYLANT, société anonyme, Bruxelles
Prés.-Dir. gén. : JEAN VANDEVELD, av. W. Churchill, 221, 1180 Bruxelles

