

# RECHTSLEER

## DOCTRINE

INSOLVENTIE / INSOLVABILITÉ

### De Wet op de Continuïteit van de Ondernemingen van 31 januari 2009

*Peter Coussement<sup>1</sup>*

<b>Inleiding</b> .....	284
<b>Het falen van de akkoordprocedure</b> .....	286
<b>Een nieuwe filosofie: krachtlijnen van de portaalbenadering</b> .....	287
<b>Overzicht van de herstelschema's</b> .....	287
<b>De verruimde toegangsvoorwaarden tot de reorganisatieprocedure: De "open portaal"-benadering</b> .....	288
<b>De gewijzigde voluntaristische benadering ten aanzien van de keuze en de overgang tussen de verschillende herstelschema's</b> .....	290
<b>Een verruimd personeel toepassingsgebied</b> .....	291
<b>Verruiming van de materiële bevoegdheid van de rechtbank van koophandel</b> .....	292
<b>Het handelsonderzoek</b> .....	293
<b>Bewarende maatregelen</b> .....	293
<b>Ondernemingsbemiddelaar</b> .....	293
<b>De gerechtsmandataris ex artikel 14 WCO</b> .....	295
<b>Minnelijk akkoord</b> .....	297
<b>De gerechtelijke reorganisatie: analyse van de gemeenschappelijke bepalingen</b> .....	298
<b>Het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie en de beoordeling ervan</b> .....	298
<b>De gerechtelijke controle op de schuldenaar</b> .....	301
<b>Regelgevend dilemma</b> .....	301
<b>De afschaffing van de verplichte bijstand en controle door een commissaris inzake opschorting</b> .....	301
<b>De gedelegeerd rechter als controleorgaan</b> .....	302
<b>De voorlopige bestuurder van artikel 28 WCO</b> .....	303
<b>Besluit: de rechtbank als voornaamste controleorgaan</b> .....	303
<b>De duur van de opschorting</b> .....	304
<b>De vrijwillige of gedwongen doelwijziging en de verzaking</b> .....	305
<b>De gerechtelijke reorganisatie: analyse van de deelprocedures</b> .....	307
<b>De gerechtelijke reorganisatie door minnelijk akkoord</b> .....	307
<b>De gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord</b> .....	308
<b>Bepaling van het passief</b> .....	308
<b>Inhoud en grenzen van het reorganisatieplan</b> .....	308
<b>Goedkeuring en gevolgen van het plan</b> .....	311
<b>De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag</b> .....	312
<b>Doelstelling en openverklaring</b> .....	312
<b>Het verloop van de procedure en de positie van de schuldeisers</b> .....	313
<b>De positie van de schuldenaar-natuurlijke persoon en de kosteloze persoonlijke zekerheidstellers</b> .....	315
<b>Positie van de werknemers</b> .....	316
<b>Inwerkingtreding</b> .....	320
<b>Besluit</b> .....	320

<sup>1</sup> Instituut Financieel Recht. Gerechtelijk stagiair.

## SAMENVATTING

*De Wet op de Continuïteit van de Ondernemingen van 31 januari 2009 biedt een nieuw wettelijk kader aan ondernemingen in moeilijkheden waarbij het streven naar continuïteit op de voorgrond wordt geplaatst en tegemoet wordt gekomen aan de tekortkomingen van de gerechtelijk akkoordprocedure. Deze bijdrage behandelt de gevolgen van de opschorting voor de rechten van de schuldeisers in de procedure van gerechtelijke reorganisatie niet maar concentreert zich op de nieuwe filosofie die eraan ten grondslag ligt, de evenwichten die erin vervat liggen en de ruime waaier aan buitengerechtelijke en gerechtelijke oplossingen die aan ondernemingen in moeilijkheden worden verstrekt, de portaalbenadering. Discrete oplossingen, zoals de ondernemingsbemiddelaar en het minnelijk akkoord, krijgen een wettelijke grondslag die de grootst mogelijke rechtszekerheid aan de deelnemers ervan biedt. De procedure van gerechtelijke reorganisatie wordt aanzienlijk aantrekkelijker gemaakt voor ondernemers door te voorzien in een versoepeling van de toegangsvoorwaarden, een uitbreiding van de termijnen van de opschorting en van de uitvoering van het plan, een lagere kostprijs en een inperking van het risico op ambtshalve faillissement en de inmenging van de rechtbank in het bestuur. Niettegenstaande de ondernemer steeds het voordeel van de twijfel geniet, brengt het continuïteitsstreven met zich mee dat een voorlopig bewindvoerder kan worden aangesteld indien het bestuur ernstige en grove fouten begaat die deze doelstelling ondermijnen. De faillissementsprocedure wordt naar de achtergrond verdreven doordat virtueel failliete ondernemingen expliciet beroep kunnen doen op de nieuwe procedure en doordat de procedure inzake gerechtelijke overdracht meer rechtszekerheid biedt voor de overnemer en in een gelijkwaardig sociaalrechtelijke behandeling voorziet.*

## RÉSUMÉ

*La loi relative à la continuité des entreprises du 31 janvier 2009 offre un nouveau cadre légal aux entreprises en difficulté privilégiant la continuité et visant à remédier aux lacunes de la procédure du concordat judiciaire. Cette contribution ne traite pas les effets de la suspension pour les droits des créanciers dans la procédure de réorganisation judiciaire mais se concentre sur la nouvelle philosophie qui la fonde, sur les équilibres qu'elle contient et le large éventail des solutions judiciaires et extrajudiciaires qui sont fournies aux entreprises en difficulté, l'approche "portail". Des solutions discrètes, comme le médiateur d'entreprise et le concordat amiable, reçoivent une base légale qui offre la plus grande sécurité juridique possible aux participants. La procédure de la réorganisation judiciaire est rendue sensiblement plus attirante pour les entrepreneurs en prévoyant un assouplissement des conditions d'accès, une extension des délais de suspension et d'exécution du plan, un coût réduit et une limitation du risque de faillite d'office et de l'immixtion du tribunal dans l'administration. Bien que l'entrepreneur bénéficie toujours du bénéfice du doute, l'objectif de continuité implique qu'un administrateur provisoire peut être désigné si l'organe de gestion commet des fautes graves et caractérisées susceptibles de mettre en danger cet objectif. La procédure de faillite est mise à l'arrière-plan par le fait que les entreprises virtuellement en faillite peuvent faire expressément appel à la nouvelle procédure et que la procédure en matière de transfert sous autorité de justice offre plus de sécurité juridique pour le repreneur et prévoit un traitement équivalent sur le plan du droit social.*

## INLEIDING

1. Ten tijde van de totstandkoming van de Wet Gerechtelijk Akkoord werden ambitieuze doelstellingen geformuleerd. De gerechtelijk akkoordprocedure zou de primaire insolventieprocedure worden voor ondernemingen in moeilijkheden, waarbij de faillissementsprocedure slechts een residuaire rol zou vervullen en uitsluitend voor reddeloos verloren ondernemingen zou worden voorbehouden. De hoop werd zelfs uitgesproken dat het aantal faillissementen tot een duizend per jaar zou worden gereduceerd. Deze verwachtingen werden echter niet ingelost en reeds snel groeide een consensus omtrent de noodzakelijkheid van een hervor-

ming van deze wet. De eerste stap in dit proces werd reeds gezet in februari 2004 met de door de toenmalige minister van Justitie Onckelinkx opgerichte werkgroep "Hervorming van het gerechtelijk akkoord", dat in oktober 2004 resulteerde in een algemeen verslag met aanbevelingen en te verkennen beleidsopties<sup>2</sup>. In het najaar van 2005 ging een eerste expertengroep over tot de opstelling van een concreet voorstel tot wijziging van de Wet Gerechtelijk Akkoord, dat vrijwel integraal werd overgenomen in het door de Ministerraad op 7 juli 2006 goedgekeurde wetsontwerp. De vertegenwoordigers van de werknemers en werkgevers konden ech-

<sup>2</sup> Deze werkgroep bestond uit een veertigtal deelnemers en was samengesteld uit magistraten, rechters in handelszaken, advocaten, bedrijfsrevisoren, accountants, vertegenwoordigers van de verschillende federaties, bedrijfsleiders, bedrijfsjuristen en academici.

ter niet tot een overeenstemming komen omtrent de positie van de werknemers in de procedure en dit probleem leek de hervorming een halt toe te roepen<sup>3</sup>. In oktober 2007 kwam hier echter verandering in door de indiening van het wetsvoorstel betreffende de continuïteit van de ondernemingen door de heren Crucke en Bacquelaine<sup>4</sup>. Dit wetsvoorstel nam het oorspronkelijke ontwerp van de eerste expertengroep over en werd in het najaar van 2007 door verschillende specialisten in de materie uitvoerig becommentarieerd in de hoorzittingen van de bevoegde Kamercommissie<sup>5</sup>. In het licht van deze kritieken werd in februari 2008 een tweede, beperkte groep van deskundigen samengesteld door de toenmalige minister van Justitie Vandeurzen<sup>6</sup>. De door deze groep voorgestelde wijzigingen waren dermate omvangrijk dat een artikelsgewijze amendering de overzichtelijkheid van het voorstel in het gedrang zou brengen. In de plaats hiervan werd geopteerd voor een enkel amendement dat het oorspronkelijke voorstel integraal zou vervangen<sup>7</sup>. Na een beperkte verdere amendering hiervan in de Kamer van Volksvertegenwoordigers, evocerde de Senaat het wetsontwerp in november 2008. Hierop werden de artikelen 74-77 inzake de uitbreiding van de materiële bevoegdheid van de rechtbanken van koophandel afgesplitst van de overige delen van het wetsontwerp en de tekst hiervan in hoofdzaak verder aangepast aan het advies van de Dienst Wetsevaluatie van de Senaat<sup>8</sup>. De Wet op de Continuïteit van de Ondernemingen werd op 15 januari 2009 uiteindelijk definitief aangenomen en op 9 februari 2009 gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad*.

2. De goedkeuring van deze wet komt zeker niets te vroeg. De crisis in de financiële sector is volop aan het uitzaaien naar andere sectoren en de gevolgen hiervan kunnen niet worden onderschat. De huidige crisis verschilt immers van haar recente voorgangers doordat de reële economie in deze moeilijke tijden amper beroep kan doen op overbruggings- of herfinanciering, in afwachting van betere tijden.

De onzekere positie van kredietinstellingen en de beperkte budgettaire marges tot een overheidsingrijpen houden een aanzienlijk risico in op een sneeuwbaaleffect waarbij intrinsiek gezonde ondernemingen worden meegesleurd in de val van anderen, veel economische waarde onnodig wordt vernietigd en een langdurige recessie alleen maar verder wordt aangewakkerd. De gedwongen versnelde verkoop van de activa ("fire-sales") van een groot aantal ondernemingen zou de markt hiervoor kunnen laten imploderen, te meer doordat potentiële overnemers in deze tijden niet over de financiering beschikken om deze activa op te kopen<sup>9</sup>. Dit alles zet nog meer druk op de reeds gehavende kredietinstellingen, ingevolge een lagere recuperatie, en de samenleving, ingevolge een stijging van de werkloosheid en verminderde belastinginkomsten. Faillissementsprocedure hebben aldus een crisisversterkende eigenschap, terwijl reorganisatieprocedures in deze context volledig tot hun recht komen<sup>10</sup>. Opportunistische schuldeisers worden op een afstand gehouden en gedwongen rekening te houden met de belangen van anderen, waardevernietigende verkopen worden tegengegaan en werkgelegenheid gevrijwaard, terwijl ondernemers tijd en ruimte wordt geboden om een oplossing te zoeken en een normalisering van de kredietverlening zich kan voltrekken. De Wet op de Continuïteit van de Ondernemingen voorziet hiertoe in een passend kader, waarbij zowel buitengerechtelijke mechanismen als de procedure inzake gerechtelijke reorganisatie ter beschikking wordt gesteld aan ondernemingen in moeilijkheden. De omvang van deze hervorming en de snelheid waarmee ze werd gefinaliseerd, heeft ervoor gezorgd dat in deze bijdrage niet alle aspecten ervan kunnen worden behandeld. In het bijzonder de positie van de schuldeisers tijdens de opschorting zal op een later tijdstip door een nog te bepalen auteur worden besproken. Alvorens het toekomstige wettelijke kader te analyseren, moet kort worden stilgestaan bij het verleden en de redenen die hebben geleid tot de hervorming.

<sup>3</sup>. Zie tevens verder nr. 100.

<sup>4</sup>. Zie wetsvoorstel Crucke en Bacquelaine betreffende de continuïteit van de ondernemingen, *Parl. St. Kamer*, buitengewone zitting 2007, nr. 160/001.

<sup>5</sup>. Zie voor de neerslag hiervan verslag namens de Commissie belast met de problemen inzake handels- en economisch recht uitgebracht door de heer André Perpète, *Parl. St. Kamer* 2008-09, nr. 160/005, hierna aangeduid als het Verslag Perpète, 7-140.

<sup>6</sup>. Deze beperkte groep van deskundigen werd voorgezeten door de heer Ivan Verougstraete en samengesteld, in alfabetische volgorde, door de heren Thierry Bosly, Peter Coussement, Jean-Philippe Lebeau, Michel Tison, Christian Van Buggenhout en Alain Zenner. Zie *Parl. St. Kamer* 2007-08, nr. 160/002, 44.

<sup>7</sup>. Amendement van de regering nr. 1, *Parl. St. Kamer* 2007-08, nr. 160/002. Aangezien de verantwoording van het regeringsamendement een aangepaste versie is van de oorspronkelijke *Memorie van Toelichting*, zal in deze bijdrage naar de verantwoording van dit amendement worden verwezen als de "Toelichting bij de wet".

<sup>8</sup>. Verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Vandenberghe, *Parl. St. Senaat* 2008-09, nr. 4-995/3, hierna aangeduid als het Verslag Vandenberghe, 2 en 41-49.

<sup>9</sup>. Zie A. SHLEIFER en R. VISHNY, "Liquidation Value and Debt Capacity: A Market Equilibrium Approach", 47 *Journal of Finance* 1992, 1346. Zie voor een overzicht van economische kritieken op de gedwongen en onmiddellijke veiling van ondernemingen in moeilijkheden: P. COUSSEMENT, *Herstelschema's voor ondernemingen in moeilijkheden. Een grondslagenonderzoek naar de doelstellingen van insolventieregulering en de verhouding tussen de Wet Gerechtelijk Akkoord en de Faillissementswet vanuit een rechtsvergelijkende, rechtseconomische en empirische invalshoek*, dissertatie UGent 2007, nrs. 260-269.

<sup>10</sup>. In dit kader kan worden gewezen op het voorstel van de gerenommeerde econoom Joseph Stiglitz, dat werd geïnspireerd door de Aziatische financiële crisis van het einde van de jaren '90, om reorganisatieprocedures gebaseerd op de Amerikaanse Chapter 11-procedure aan te wenden om deze vicieuze cirkel te doorbreken. Zie J. STIGLITZ, "Some Elementary Principles of Bankruptcy", in J. STIGLITZ en P.-A. MUET (eds.), *Governance, Equity and Global Markets, Proceeding of the Annual Bank Conference for Development Economics in Europe*, juni 1999, Oxford, Oxford University Press, 2001, 616-617, tevens beschikbaar op <http://www0.gsb.columbia.edu/ipd/pub/PrincipalsofBank.pdf>.

## HET FALEN VAN DE AKKOORDPROCEDURE

3. De Wet Gerechtelijk Akkoord was ontegensprekelijk een stap voorwaarts in vergelijking met de oude regeling maar schoot op diverse punten tekort. Zo heeft er steeds grote discussie bestaan omtrent de interpretatie van verschillende kernbepalingen. Ingevolge tegenstrijdigheden in de parlementaire voorbereidingen zijn er in de rechtspraak en rechtsleer heel uiteenlopende opvattingen verdedigd omtrent het materiële toepassingsgebied van de akkoordprocedure die nooit volledig werden opgeklaard. Reeds van bij het begin werd door sommigen verdedigd dat de akkoordprocedure alleen open stond voor die ondernemingen waarvan na een grondige analyse bleek dat het waarschijnlijk was dat de schuldenaar of de rechtspersoon waarin de economische activiteit was geïncorporeerd als zodanig kon worden gered, waardoor te allen tijde moest worden vermeden dat virtueel failliete ondernemingen tot de procedure werden toegelaten<sup>11</sup>. Anderen hebben vanuit hun praktijkervaring deze restrictieve interpretatie expliciet bekritiseerd<sup>12</sup>. In het licht van de mogelijkheid tot ambtshalve faillietverklaring na afwijzing van het verzoekschrift namen slechts weinig ondernemers het risico te worden geconfronteerd met een rechter van de restrictieve strekking. De hieruit voortvloeiende vermindering of laattijdige aanwending van de akkoordprocedure werd door nog een aantal andere factoren versterkt. Zo verdedigde de restrictieve strekking daarnaast dat een overdracht van een virtueel failliete onderneming niet kon worden gerealiseerd op grond van artikel 41 WGA en waren overnemers omwille van het arbeidsrechtelijke kader eerder geïnteresseerd in een faillissementsrechtelijke overdracht. Ook de figuur van de commissaris inzake opschorting was allerm minst een groot succes. Voor kleine ondernemingen vormde de verplichte aanstelling ervan een zware aanslag op de reeds beperkte vrije kasstromen, terwijl het toezicht op grote ondernemingen dermate complex en sectorspecifiek is dat de meerwaarde ervan veelal beperkt. Doordat een commissaris inzake opschorting daarnaast alleen bestuursbeslissingen kon tegenhouden, indien de rechtbank hem deze bevoegdheid had toegekend, en niet het bestuur van de onderneming kon overnemen, was zijn impact op de slaagkansen van de reorganisatie tevens beperkt. Ten aanzien van een incompetent of onwil-

lig bestuur vormde (de dreiging met) het faillissement dan ook veelal het enige alternatief, wat opnieuw bestuurders niet aanspoorde (tijdig) beroep te doen op de procedure.

4. Andere objectieve pijnpunten van het gerechtelijk akkoord betroffen de moeilijkheden die ondernemingen ondervonden om nieuwe financiering te bekomen, onder meer omwille van de onzekerheid die bestond over het lot van daartoe verstrekte zekerheden en de vrees van de commissaris inzake opschorting zijn aansprakelijkheid in het gedrang te brengen indien hiertoe beroep werd gedaan op artikel 44. Daarnaast was de duur van de voorlopige en definitieve opschorting te beperkt voor grote ondernemingen, niettegenstaande deze ondernemingen intrinsiek meer in aanmerking komen voor reorganisatieprocedures.

5. Objectieve elementen zijn echter niet alleen de doodgravers van het gerechtelijk akkoord geweest. Een niet te onderschatten rol ging hierbij immers uit naar de perceptie ervan. Deze perceptie werd reeds in de eerste jaren negatief beïnvloed door het mislukken van een aantal grote dossiers, zoals Sabena en Lernout & Hauspie Speech Products, niettegenstaande hierbij allerminst van representatieve of typische dossiers kon worden gesproken. Het eerste geval betrof immers de erfenis van een politiek dossier, terwijl in het tweede geval een kleine rechtbank werd geconfronteerd met een internationale, hightech onderneming die zich had laten verleiden tot boekhoudkundige malversaties. In de jaren daarop werd uitermate veel belang gehecht aan de succesgraad van het gerechtelijk akkoord, uitgedrukt als de verhouding tussen het aantal aanvragen en ondernemingen die het herstelplan volledig hadden uitgevoerd of in dezelfde juridische vorm nog actief waren<sup>13</sup>. De torenhoge verwachtingen die werden gecreëerd bij de totstandkoming van de Wet Gerechtelijk Akkoord konden niet worden ingelost en toen het gerechtelijk akkoord op grond van dezelfde methodologie door de gespecialiseerde pers werd beschouwd als commerciële zelfmoord kon deze negatieve perceptie niet meer worden omgebogen en drong een drastische hervorming zich op. Een nieuwe benaming van de procedure was onvermijdelijk geworden<sup>14</sup>.

11. Zie o.a. J. WINDEY, "Bilan de trois années d'application de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire", *T.B.H.* 2002, 9-14; M. DENEFF, "Toepassingsvoorwaarden", in E. BALLON, J. DE LEENHEER, M. DENEFF en M. DESIMPELAERE (eds.), *De nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord*, Diegem, Ced.Samsom, 1997, 89; Ph. GÉRARD, J. WINDEY en M. GRÉGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite: lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Brussel, Larcier, 1998, 69; M. TISON, "Depistage en gerechtelijk akkoord na de wet van 17 juli 1997", *R.W.* 1997-98, 378; Y. DUMON en H. STRANART, "Le concordat judiciaire: loi du 17 juillet 1997", *J.T.* 1997, 853; Ph. HAMER, "Perspectives", in CENTRE D'ÉTUDES JEAN RENAULD (ed.), *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite: les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Brussel, Bruylant, 1997, 258-259; K. SWARTELÉ, "Voorlopige opschorting van betaling", in *FARE*, I.F.-6.

12. Ch. VAN BUGGENHOUT en J.-Ph. LEBEAU, "De extensieve interpretatie van de wet betreffende het gerechtelijk akkoord, haar grondslag en haar praktische gevolgen", in M. TISON, C. VAN ACKER en J. CERFONTAINE (eds.), *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 501 e.v.; P. COPPENS en F. T' KINT, "Examen de jurisprudence. Les faillites, les concordats et les privilèges (1997 à 2004)", *R.C.J.B.* 2005, 628-629 (in samenwerking met Th. BOSLY); Th. BOSLY, "Quatre années d'application de la loi sur le concordat judiciaire", in CENTRE D'ÉTUDES JEAN RENAULD (ed.), *Faillite et concordat judiciaire: un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Brussel, Bruylant, 2002, 481 en 484-485; I. VEROUGSTRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 52, 95, 152 en 241.

13. Vgl. L. THEUNISSEN, "Het gerechtelijk akkoord: een slag in het water?", in H. COUSY en E. DIRIX (eds.), *Insolventierecht Themis*, Brugge, die Keure, 2003, 57-66.

14. K. BARREZEELE, "Gerechtelijk akkoord is zakelijke zelfmoord", *De Tijd* 18 februari 2003, 2.

## EEN NIEUWE FILOSOFIE: KRACHTLIJNEN VAN DE PORTAALBENADERING

## Overzicht van de herstelschema's

6. De gebreken van de Wet Gerechtelijk Akkoord worden door de Wet op de Continuïteit van de Ondernemingen niet alleen op technisch vlak aangepakt maar tevens omkaderd door een vernieuwde filosofie, met name de "open portaal"-benadering. De Wet op de Continuïteit van de Ondernemingen heeft niet langer in hoofdzaak tot doel een kader te scheppen om een collectief akkoord te bekomen. Een onderneming krijgt voor de toekomst een waaier aan instrumenten aangeboden om aan de moeilijkheden het hoofd te bieden<sup>15</sup>. De buitengerechtelijke mechanismen die in alle beslotenheid toelaten in een vroeg stadium van de moeilijkheden oplossingen te zoeken, worden nadrukkelijk op de voorgrond geplaatst. De procedure inzake gerechtelijke reorganisatie blijft bestaan, tevens als een stok achter de deur voor de buitengerechtelijke oplossingen, en is opgevat als een "portaal" waarbij aan de ondernemer verschillende opties ter beschikking worden gesteld voor het doorvoeren van een reorganisatie, onder de bescherming van een opschorting van middelen van tenuitvoerlegging, en met een variabele mate van externe begeleiding en controle. Al deze mogelijkheden moeten toelaten om het beste resultaat te bekomen in het licht van de specifieke noden en problemen in elke fase waarin de onderneming verkeert.

7. De meest soepele optie betreft het minnelijk akkoord krachtens artikel 15 WCO. Gezien de geringe kostprijs, het besloten karakter en de vrijwillige medewerking van de schuldeisers leidt dit instrument veelal tot zeer bevredigende resultaten en is het daarom zeer gegeerd in de praktijk. De wettelijke omkadering van dit herstelschema heeft deze voordelen maximaal trachten te vrijwaren en daarenboven het meest heikele punt hieromtrent, namelijk de rechtsonzekerheid, op te vangen door minnelijke akkoorden gesloten met slechts enkele schuldeisers te erkennen en te voorzien in uitsluiting van bepaalde faillissementsrechtelijke niet-tegenwerpelikheden (zie nr. 43)<sup>16</sup>. Een buitengerechtelijke minnelijke schikking met de belangrijkste schuldeisers van de onderneming zal hierdoor in de regel de eerste piste zijn die zal worden verkend.

8. Vooral in kleinere ondernemingen kunnen bedrijfsleiders worden teruggevonden die weliswaar over goede competenties beschikken ten aanzien van hun hoofdactiviteit maar onvoldoende beslagen zijn in het voeren van onderhan-

delingen en het formuleren van evenwichtige en realistische voorstellen voor een minnelijk akkoord<sup>17</sup>. Voor deze situaties voorziet artikel 13 WCO in de aanstelling van een ondernemingsbemiddelaar door de rechtbank. Deze gerechtelijke aanstelling moet de nodige waarborgen inzake neutraliteit en deskundigheid verstrekken en het vertrouwen vanwege alle betrokken partijen in deze onderhandelingen ten goede komen. Dit instrument hoeft echter niet te worden beperkt tot deze situatie. Buitenlandse ervaringen leren immers dat voor complexe, internationale en mediagenieke dossiers de snelheid en beslotenheid van dit schema een meerwaarde kan hebben indien zeer gerespecteerde bemiddelaars worden aangesteld<sup>18</sup>.

9. Geheel in de filosofie van de nieuwe wet wordt verduidelijkt dat de principiële beleidsvrijheid van het bestuur van de onderneming in moeilijkheden soms moet wijken voor de noodzaak om de continuïteit ervan en de hieraan gerelateerde belangen te vrijwaren. De toepassing van de pretoriaanse rechtsfiguur van de voorlopige bewindvoerder ten aanzien van ondernemingen in moeilijkheden, krijgt een wettelijke basis, waardoor kennelijke en grove tekortkomingen van het bestuur kunnen worden opgevangen teneinde het faillissement van de onderneming te vermijden.

10. De portaalbenadering komt het meest prominent op de voorgrond in de procedure inzake gerechtelijke reorganisatie. Deze reorganisatieprocedure strekt volgens artikel 16 tot het behoud, onder toezicht van de rechtbank, van de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de onderneming in moeilijkheden of van haar activiteiten door hetzij het bewerkstelligen van een minnelijk akkoord, hetzij het verkrijgen van een collectief akkoord, hetzij de overdracht onder gerechtelijk gezag, aan een of meerdere derden, van het geheel of een gedeelte van de onderneming of haar activiteiten. De aldus geformuleerde doelstelling is gevoelig ruimer geformuleerd dan onder de bestaande wetgeving, en valt te verwelkomen. Reorganisatieprocedures moeten er inderdaad toe strekken levensvatbare economische activiteiten te vrijwaren en mogen zich aldus niet uitsluitend richten op het behoud van de schuldenaar of de rechtspersoon waarin deze activiteit is geïncorporeerd, zoals door sommigen werd verdedigd met betrekking tot de huidige akkoordprocedure<sup>19</sup>. In beginsel staan al deze opties op gelijke voet ten aanzien van elkaar, waarbij de mogelijkheid zelfs bestaat om voor de onderscheiden activiteiten of delen van deze activiteiten van

<sup>15</sup>. *Parl. St. Kamer*, buitengewone zitting 2007, nr. 160/001, 6.

<sup>16</sup>. Toelichting bij de wet, p. 41.

<sup>17</sup>. Toelichting bij de wet, p. 41.

<sup>18</sup>. Een succesvolle aanwending van het mandaat ad hoc uit het Frans insolventierecht betreft de *Eurotunnel*-zaak, waarin twee voormalig ministers uit Groot-Brittannië en Frankrijk een minnelijk akkoord onderhandelden, namelijk Robert Badinter en Lord Wakeham. Zie [http://www.senat.fr/commission/eco/c\\_eco990605.html](http://www.senat.fr/commission/eco/c_eco990605.html).

<sup>19</sup>. Zie de verwijzingen in voetnoot 12.

de ondernemingen onderscheiden herstelmaatregelen te vorderen (art. 16, laatste lid).

11. De aanvraag van de procedure met als enige doel om een overdracht van de onderneming of haar activiteiten te realiseren is aldus onbetwist mogelijk. Meer nog, voor ondernemingen in moeilijkheden waarvan de rechtspersoon niet meer kan worden gered maar de activiteiten voldoende waardevol zijn om in going concern te worden overgedragen, heeft de wet de ambitie om de basisprocedure te worden. De faillissementsprocedure vertrekt immers van een discontinuïteitsperspectief wat uiteenlopende problemen geeft ten aanzien van snelle en efficiënte overdracht en het behoud van de waarde van de onderneming en haar verschillende deelcomponenten<sup>20</sup>. Het continuïteitsperspectief van de procedure inzake gerechtelijke reorganisatie biedt hiervoor de nodige oplossingen, door te voorzien in een betere vrijwaring van de continuïteit van de commerciële en arbeidsrelaties (art. 35), terwijl tevens de soepelheid van de faillissementsprocedure ter zake de overdracht van de werknemers wordt overgenomen voor alle overdrachten onder gerechtelijk gezag (art. 61). Voor diegenen die hun handelsactiviteit uitoefenen als natuurlijke persoon voorziet deze deelprocedure bovendien in de mogelijkheid om verschoonbaar te worden verklaard (art. 70).

## De verruimde toegangsvoorwaarden tot de reorganisatieprocedure: De “open portaal”-benadering

12. Onder de akkoordprocedure gaf de beoordeling van het verzoekschrift vaak aanleiding tot lange discussies omtrent de vraag of de onderneming nog wel levensvatbaar was en niet reeds virtueel failliet (zie nr. 3). Zowel de akkoord- als de faillissementsvoorwaarden trachten echter van nature economisch moeilijk definieerbare situaties te formaliseren zodat er steeds een grijze zone bestaat bij de interpretatie van deze voorwaarden. Bovendien speelden soms ook andere belangen mee bij deze beoordeling. In de praktijk kwam het soms voor dat schuldeisers in deze beoordeling tussen kwamen niet alleen uit een bezorgdheid dat de onderneming niet langer levensvatbaar was maar met het doel een moratorium te verhinderen dat mogelijk hun onderpand zou uithollen.

Concreet had dit alles tot gevolg dat de rechtbank deze toekomstgerichte beoordeling diende te maken op grond van de beweringen van de schuldenaar, en gebeurlijk de vrijwillig tussenkomende partijen, en op grond van de boekhoudkundige stukken die de schuldenaar bij zijn verzoekschrift had neergelegd. De rechtbank diende deze moeilijke economische beoordeling te maken zonder over concrete richtlijnen te beschikken en veelal in de wetenschap dat deze boekhoudkundige stukken niet langer actueel en representatief waren. De beleidsvrijheid die de rechtbank hiermee verkreeg, maakte het voor ondernemers zeer moeilijk om zich hiervan op voorhand een accurate inschatting te maken. De onzekerheid die hiermee gepaard ging zorgde er, in het licht van de mogelijkheid tot ambtshalve faillietverklaring na afwijzing van het verzoekschrift, voor dat de meeste ondernemers eerst alle buitengerechtelijke opties trachtten uit te putten alvorens een akkoordprocedure te overwegen en een redding van hun onderneming veelal onmogelijk was geworden. Uit de Dataset Gerechtelijk Akkoord blijkt dat dit risico op faillietverklaring reëel was<sup>21</sup>. Circa 200 akkoordaanvragen (*i.e.* 15% van het totale aantal aanvragen) werden immers verworpen in deze fase van de procedure, wat in circa 75% van de gevallen resulteerde in een ambtshalve faillietverklaring<sup>22</sup>.

13. De wetgever heeft diverse maatregelen genomen om de “drempelvrees” te verlagen voor ondernemers die een reorganisatieprocedure wensen aan te vatten. Ten eerste kan de procedure van gerechtelijke reorganisatie krachtens artikel 23 worden geopend zodra de continuïteit van de onderneming, onmiddellijk of op termijn, bedreigd is. Aldus wordt niet langer vereist dat de schuldenaar kan aantonen dat het economisch en financieel herstel van de onderneming mogelijk is en de staat van faillissement van de schuldenaar sluit niet uit dat een procedure van gerechtelijke reorganisatie kan worden geopend of voortgezet (art. 23, vijfde lid)<sup>23</sup>. De verplichting tot aangifte van het faillissement overeenkomstig artikel 9 Faill.W. wordt daarom opgeschort door de neerlegging van een verzoekschrift tot reorganisatie<sup>24</sup>. Zelfs indien tot de afwijzing van het verzoekschrift wordt besloten, kan de rechtbank niet langer overgaan tot de ambtshalve faillietverklaring. Deze stijlbreuk met het verleden laat toe te stellen dat de procedure inzake gerechtelijke reorganisatie op gelijke voet is komen te staan met de faillissementsprocedure en dus niet langer het kenmerk van een gunstregime

<sup>20</sup>. Zie voor een uitvoerige analyse: P. COUSSEMENT, *o.c.*, nrs. 333-437.

<sup>21</sup>. De Dataset Gerechtelijk Akkoord werd samengesteld door dr. B. Leyman en de auteur van deze bijdrage en bestaat uit een elektronische kopie van de gerechtelijk akkoorddossiers van alle ondernemingen in zeventien gerechtelijke arrondissementen in de periode 1998-2004, hetgeen 60% van alle bestaande akkoorddossiers op 1 juli 2004 vertegenwoordigt.

<sup>22</sup>. Niet-gepubliceerd onderzoek gevoerd door de auteur van deze bijdrage en Ch. Baeke aan de hand van de Dataset Gerechtelijk Akkoord op basis van 94 dossiers.

<sup>23</sup>. De staat van faillissement van de schuldenaar doelt op het vervuld zijn van de faillissementsvoorwaarden in hoofde van de schuldenaar en niet op de schuldenaar die reeds failliet werd verklaard. De procedure inzake gerechtelijke reorganisatie kan hierdoor niet worden geweigerd of beëindigd op grond van de overweging dat de schuldenaar zijn betalingen duurzaam heeft gestaakt en dat zijn krediet is geschokt. De procedure inzake gerechtelijke reorganisatie voert echter niet het akkoord na faillissement in. Indien de schuldenaar reeds werd failliet verklaard door een rechtbank van koophandel, kan de schuldenaar niet langer beroep doen op deze procedure.

<sup>24</sup>. Zie art. 77. Deze opschorting geldt zolang de opschorting verleend krachtens deze wet duurt.

heeft, zoals nog eerder het geval was met het gerechtelijk akkoord. De procedure inzake gerechtelijke reorganisatie is een volwaardig alternatief voor de faillissementsprocedure.

14. Deze koerswijziging is niet louter ingegeven door een bezorgdheid de schuldenaar aan te zetten de procedure tijdig aan te vatten. Meer fundamenteel is deze hervorming een uiting van de overtuiging dat het filteren tussen levensvatbare en niet-levensvatbare ondernemingen bij voorkeur gebeurt in de periode van de opschorting en dus niet reeds op het tijdstip van de beoordeling van de reorganisatieaanvraag. Opdat het filterproces tijdens de reorganisatieprocedure optimaal zou functioneren, is vereist dat de beslissing hieromtrent wordt genomen op basis van betrouwbare en volledige informatie. Deze informatie is evenwel bij de aanvang van de reorganisatieprocedure onvoldoende beschikbaar, gezien de beperkte betrouwbaarheid van de boekhouding van een onderneming in moeilijkheden. Economische modellen zijn weliswaar reeds in staat, binnen bepaalde grenzen, te voorspellen of een onderneming in betalingsmoeilijkheden zal terechtkomen, maar slagen er vooralsnog niet in om op grond van boekhoudkundige informatie aan te tonen of een onderneming al dan niet economisch levensvatbaar is. Het uitstellen van de beslissing om de levensvatbare onderneming te filteren tot na de initiële toelating tot de reorganisatieprocedure laat toe om de onderneming in werking op te volgen en informatie te vergaren omtrent de waarschijnlijkheid van een economisch herstel, zowel op grond van objectieve elementen, zoals verkoopcijfers of kostenreducties, als op grond van elementen aangedragen door rechtstreeks betrokken partijen, zoals de kredietverleners of leveranciers. Recente economische theorieën, gebaseerd op reële optiemodellen, ondersteunen deze visie<sup>25</sup>. Met deze benadering wordt ten slotte aansluiting gezocht bij diverse andere rechtsstelsels. In de Verenigde Staten was men zich al langer bewust van de complexiteit van de beoordeling van het gewenste herstelschema en krijgt de schuldenaar te goeder trouw automatisch de bescherming van de Chapter 11-procedure. In Europa komt deze koerswijziging tot uiting in een toegenomen aanwending van uniforme insolventieprocedures, die binnen eenzelfde procedure kunnen aanleiding geven tot een collectief akkoord, een overdracht of een ontmanteling van de onderneming. Deze procedures kunnen tevens worden openverklaard voor ondernemingen waarvan de continuïteit is bedreigd en houden aanvankelijk alle mogelijke opties open totdat voldoende betrouwbare informatie beschikbaar is over de onderneming<sup>26</sup>.

15. Een “open portaal”-benadering en de afwezigheid van de beoordeling van de levensvatbaarheid van de onderneming bij de aanvang van de procedure is aldus niet een uiting van de wil van de wetgever om ondernemingen “tot elke prijs” in stand te houden. Het behoud van de continuïteit is met andere woorden geen absoluut doel van de procedure. Ondernemingen die slechte of verouderde producten of diensten leveren en die hierdoor in financiële moeilijkheden terechtkomen, moeten in een markteconomie op een geordende wijze worden stopgezet en geliquideerd ten bate van hun schuldeisers. De reorganisatieprocedure heeft aldus niet tot doel ervoor te zorgen dat alle ondernemingen die een aanvraag tot reorganisatie indienen ook een – vaak irrealistisch – herstelplan goedgekeurd krijgen. De procedure strekt er daarentegen toe een optimale screening en filtering door te voeren tussen economisch levensvatbare en niet-levensvatbare ondernemingen. Indien het kaf niet tijdig van het koren wordt gescheiden, zal de procedure leiden tot onnodig economisch waardeverlies, omdat verliezen worden opgestapeld en activa verankerd blijven in een niet-productieve aanwending, het behoud van de bestaande negatieve perceptie ten aanzien van de akkoordprocedure bij zowel de schuldenaars als schuldeisers, een grotere weerstand van de schuldeisers ten aanzien van de procedure en een stijging van de kost van het krediet. Een open benadering staat niet gelijk aan een eindeloze bescherming voor deze ondernemingen, zoals empirisch onderzoek naar de Chapter 11-procedure aantoot<sup>27</sup>.

16. Uit het voorgaande blijkt dan ook dat beleidsmakers zich, bij de evaluatie van de nieuwe procedure, zullen moeten behoeden voor overmatig cijferfetisjisme of het ambiëren van irrealistische verwachtingen. De verhouding tussen het aantal aanvragen en ondernemingen die hun herstelplan integraal hebben uitgevoerd, is immers een parameter die geen correcte indicatie geeft over de performantie van de procedure. Indien na een grondige analyse van de beschikbare informatie komt vast te staan dat de continuïteit van de onderneming niet kan worden gevrijwaard omdat haar economische basis slecht is en niet kan worden aangepast binnen een redelijke termijn, dringt een herroeping van de procedure zich op. Een dergelijke herroeping is dan geen uiting van het slecht functioneren van de procedure maar wel van een goede toepassing van deze filterfunctie<sup>28</sup>. In de portaalbenadering is deze parameter ten slotte helemaal van geen tel omdat de uitvoering van een collectief akkoord op gelijke voet wordt geplaatst met een overdracht van de activa. Beide

25. D. BAIRD en E. MORRISON, “Optimal Timing and Legal Decisionmaking: The Case for the Liquidation Decision in Bankruptcy”, *John. M. Olin Law & Economics Working Paper*, N° 86, oktober 1999, 65 p.; D. BAIRD en E. MORRISON, “Bankruptcy Decision Making”, 17 *Journal of Law, Economics & Organization* 2001, 356-372.

26. Zie o.a. de Duitse insolventieprocedure en meer in het bijzonder § 18 Insolvenzordnung en het criterium van de “Drohende Zahlungsunfähigkeit”.

27. Een onderzoek van Morrison toont aan dat meer dan de helft van alle ondernemingen die deze procedure aanvragen binnen een redelijke termijn, met name tussen de drie en zes maanden, uit de procedure worden gefilterd als niet-levensvatbaar en daaropvolgend vereffend. Zie E. MORRISON, “Bankruptcy Decision Making: An Empirical Study of Continuation Bias in Small-Business Bankruptcies”, 50 *Journal of Law & Economics* 2007, 381-419.

28. De hoge graad van herroepingen van de voorlopige opschorting, circa 65% van de openverklaarde akkoordprocedures, wijst vanuit dit oogpunt niet noodzakelijk op het slecht functioneren van de akkoordprocedure.

technieken leiden immers tot de continuïteit van de ondernemingsactiviteit.

## De gewijzigde voluntaristische benadering ten aanzien van de keuze en de overgang tussen de verschillende herstelschema's

17. Bij de aanvang van de procedure ligt de keuze tussen de verschillende schema's principieel bij de schuldenaar. Alleen de schuldenaar kan het portaal openen waarbinnen de hierboven vermelde herstelschema's beschikbaar zijn (art. 16). De schuldenaar voegt hiertoe bij zijn verzoekschrift een aanwijzing van de doelstelling of de doelstellingen waarvoor hij het openen van de reorganisatieprocedure aanvraagt (art. 17 § 2, 2°). De *voluntaristische benadering*, die ook het gerechtelijk akkoord kenmerkte, blijft aldus behouden in de procedure inzake gerechtelijke reorganisatie<sup>29</sup>. Het doel hiervan is nog steeds de drempelvrees van ondernemers wegnemen en hen aanzetten sneller gebruik te maken van deze optie. In vergelijking met de oude procedure hebben er echter een aantal aanpassingen plaatsgevonden.

18. Ten eerste wordt het initiatiefrecht van het Openbaar Ministerie niet langer aangehouden. Hiertoe werd slechts zeer uitzonderlijk overgegaan, en dan nog veeleer als aanvulling op de vordering tot faillietverklaring. Aangezien artikel 7 Faill.W. nog onverkort blijft gelden, is de praktische impact van deze hervorming nihil. Indien de schuldenaar door het parket wordt gedagvaard in faillissement kan de rechtbank immers nog steeds haar beslissing hierover uitstellen teneinde de schuldenaar toe te laten de procedure inzake gerechtelijke reorganisatie aan te vragen.

19. Ten tweede verkrijgt elke schuldeiser, de procureur des Konings of eenieder die belang heeft om het geheel of een gedeelte van de onderneming te verwerven het recht om de procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag aan te vragen indien de schuldenaar zich in staat van faillissement bevindt zonder een procedure van gerechtelijke reorganisatie te hebben aangevraagd, indien de procedure vroegtijdig wordt beëindigd of het herstelplan door de schuldeisers of de rechtbank wordt afgewezen (art. 59 § 2). Het toekennen van een initiatiefrecht aan deze partijen bevestigt de ambitie van de wetgever om de procedure inzake gerechtelijke overdracht de basisprocedure te maken voor een overdracht in going concern (zie nr. 11). Dat niet alleen schuldeisers maar

tevens potentiële overnemers dit recht verkrijgen, is zonder meer revolutionair te noemen en moet worden verwelkomd<sup>30</sup>. Het bestuur en de aandeelhouders van een onderneming zijn immers niet snel geneigd om hun onderneming in moeilijkheden door middel van een verkoop van de activa van de hand te doen, om emotionele dan wel financiële redenen<sup>31</sup>. Een overdracht van de onderneming legt immers hun verliezen onherroepelijk vast. De omvang van het passief en de neerwaartse spiraal waarin de onderneming zich bevindt zal tot gevolg hebben dat de overnameprijs zelden zal volstaan om ook de aandeelhouders enige vergoeding uit te keren. Zij zullen er in de regel eerder de voorkeur aan geven om dergelijke beslissingen zolang mogelijk uit te stellen in de hoop van enige *deus ex machina*, zoals een plotse wijziging van de marktomstandigheden of een overnemer die wel bereid is een voldoende hoge prijs te geven. Dit uitstel gaat hierbij vaak gepaard met allerlei maatregelen, zoals de verkoop van allerlei activa, die weliswaar op korte termijn de nodige fondsen opbrengen maar op langere termijn mogelijk de overlevingskansen van de ondernemingsactiviteit ondergraven. Aangezien ook schuldeisers zich om diverse redenen in dit opzicht vaak passief opstellen en afkerig staan ten aanzien van het uitlokken van het faillissement van hun schuldenaar zal de uitbreiding van dit initiatiefrecht tot potentiële overnemers als gevolg hebben dat ondernemingen in moeilijkheden sneller zullen worden overgedragen dan voorheen, normaliter in een betere economische toestand en met betere vooruitzichten op het behoud van werkgelegenheid.

20. Niettegenstaande een internationale tendens in die richting, heeft de wetgever het (voorlopig) niet opportuun geacht om de schuldeisers het recht te geven de reorganisatieprocedure aan te vragen met het oog op het sluiten van een collectief akkoord<sup>32</sup>. Nochtans is deze situatie niet volledig uitgesloten. Bij de inwerkingtreding van de Wet Gerechtelijk Akkoord werd reeds door sommigen betoogd dat de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder hiervoor een oplossing kon bieden<sup>33</sup>. Voor zover gekend is deze werkwijze slechts eenmaal toegepast en dit zonder succes omdat de organen van de vennootschap in kwestie nog functioneerden<sup>34</sup>. Indien het bestuur aldus een bewuste keuze maakte om de akkoordprocedure niet aan te wenden kon hiertegen niet worden opgetreden. De Wet op de Continuïteit van de Ondernemingen biedt hiervoor meer ruimte. De aanstelling van een gerechtsmandataris krachtens artikel 14 kan immers reeds plaatsvinden wanneer kennelijke en grove tekortkomingen van de schuldenaar of van zijn organen de continuï-

<sup>29</sup>. Toelichting bij de wet, p. 41.

<sup>30</sup>. Zie verder nr. 92 voor de vraag of concurrenten van de schuldenaar een rechtmatig belang hebben om deze dagvaarding in te stellen.

<sup>31</sup>. De wetgever was zich hiervan bewust. Zie Toelichting bij de wet, 72: "De aan de schuldenaar opgelegde overdracht van het geheel of een gedeelte van de onderneming kan in bepaalde gevallen noodzakelijk zijn, inzonderheid wanneer de schuldenaar geen initiatief neemt en zijn inertie of onbekwaamheid de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de onderneming in gevaar brengt."

<sup>32</sup>. Schuldeisers beschikken over een initiatiefrecht daartoe in onder meer Frankrijk, Spanje, het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Italië, Finland, Griekenland, Ierland en Portugal. Zie P. COUSSEMENT, *o.c.*, nr. 631.

<sup>33</sup>. M. TISON, "Depistage en gerechtelijk akkoord na de wet van 17 juli 1997", *R.W.* 1997-98, 392.

<sup>34</sup>. Voorz. Kh. Ieper 12 december 2000, *T.R.V.* 2001, 41, noot M. DENEFF, *J.D.S.C.* 2006, 231, noot E. POTTIER en A. COIBION.



teit van de onderneming in gevaar brengen. In zoverre de weigering van het bestuur om de procedure inzake gerechtelijke reorganisatie aan te vragen, gegeven de concrete omstandigheden, kan worden beschouwd als een manifeste tekortkoming, kan een gerechtsmandataris worden aangesteld met deze specifieke opdracht, waarbij mag worden aangenomen dat deze opdracht in de regel van aard zal zijn om de continuïteit van de onderneming te vrijwaren<sup>35</sup>.

21. Ook in de loop van de procedure ligt de keuze tussen de verschillende schema's principieel bij de schuldenaar en kan een doelwijziging worden bekomen overeenkomstig artikel 37<sup>36</sup>. Deze keuzevrijheid moet echter wederom worden genuanceerd. Ten eerste blijft de rechtbank de bevoegdheid behouden om de opschorting te beëindigen wanneer de

schuldenaar kennelijk niet meer in staat is de continuïteit van het geheel of een gedeelte van zijn onderneming of van haar activiteiten te verzekeren overeenkomstig het doel van de procedure (art. 41 § 1)<sup>37</sup>. Ten tweede kan de rechtbank krachtens artikel 28 overgegaan tot de aanstelling van een voorlopig bestuurder indien de schuldenaar of een van zijn organen een kennelijke grove fout heeft begaan of blijkt heeft gegeven van kennelijke kwade trouw. In tegenstelling tot de commissaris inzake opschorting, die alleen een homologatiebevoegdheid had indien de rechtbank hiertoe had besloten, zal de voorlopige bestuurder het oorspronkelijke bestuur vervangen en beschikt de voorlopige bestuurder dus over een handelingsbevoegdheid. De voorlopige bestuurder zal hierdoor kunnen beslissen om een ander doel van de procedure na te streven indien dit wenselijk wordt geacht.

## EEN VERRUIMD PERSONEEL TOEPASSINGSGBIED

22. De idee dat insolventierecht er in hoofdzaak toe strekt om "slechte" handelaars zo snel mogelijk uit de markt te verwijderen vindt zijn oorsprong in de financiële malversaties die ten grondslag liggen aan de strenge en bestraffende Code de commerce van Napoléon en heeft in de Belgische rechtsleer en rechtspraak lange tijd weerklank gevonden<sup>38</sup>. Deze visie heeft, volkomen terecht, de laatste decennia echter plaatsgemaakt voor een meer constructieve benadering, waarbij de rol van insolventierecht als middel om ondernemerschap te promoten en economische waarde en werkgelegenheid te vrijwaren, op de voorgrond wordt geplaatst. Het onderscheid tussen handelaars en particulieren voor de toepassing van insolventieprocedures is evenwel blijven voortbestaan. Het Belgische insolventierecht staat hiermee echter grotendeels alleen. Zelfs de Franse wetgever heeft doorheen de jaren het belang van dit onderscheid in de insolventiecontext uitgehold<sup>39</sup>. Met de Wet op de Continuïteit van de Ondernemingen zet de Belgische wetgever de eerste stappen naar een ondernemingsgericht insolventierecht.

23. Krachtens artikel 3 is deze wet niet alleen van toepassing op kooplieden in de zin van artikel 1 van het Wetboek

van Koophandel. Het personeel toepassingsgebied van deze wet wordt uitgebreid tot de landbouwvennootschap bedoeld in artikel 2 § 3 van het Wetboek van Vennootschappen en de burgerlijke vennootschappen met handelsvorm bedoeld in artikel 3 § 4 van ditzelfde wetboek<sup>40</sup>. Alle vennootschappen met rechtspersoonlijkheid, met uitzondering dus van de maatschap en de tijdelijke en stille handelsvennootschappen, vallen dus in beginsel onder het toepassingsgebied van deze wet. De landbouwvennootschap en de burgerlijke vennootschappen die een activiteit van apotheker, immobiliën, ambachten, mijnontginning of sociale huisvesting uitoefenen kunnen dus allen een beroep doen op hierin voorziene procedures en maatregelen maar vallen tevens onder de bevoegdheid van de kamers voor handelonderzoek<sup>41</sup>. Artikel 12 bepaalt immers dat de kamers voor handelonderzoek de schuldenaar in moeilijkheden opvolgen, terwijl artikel 3 aan het begrip schuldenaar bovenvermelde invulling geeft. Binnen het kader van de gegevensverzameling in het handelonderzoek wordt alleen in een uitzondering voorzien voor de veroordelende verstekvonnissen en vonnissen op tegenspraak waarbij de gevorderde hoofdsom niet wordt betwist. Om praktische redenen moeten deze vonnissen

<sup>35</sup>. Zie verder nr. 36.

<sup>36</sup>. Krachtens art. 37 bestaat de mogelijkheid om van een minnelijk akkoord over te gaan naar een collectieve reorganisatie of een overdracht van onderneming of van een reorganisatieplan naar een overdracht van onderneming. Deze situatie zal zich voordoen indien de schuldenaar slecht was ingelicht of vaststelt dat de omstandigheden zijn gewijzigd. Zie Toelichting bij de wet, 64.

<sup>37</sup>. Indien dit werd gevorderd kan de rechtbank in hetzelfde vonnis besluiten tot de faillietverklaring of gerechtelijke ontbinding van de schuldenaar (art. 41 § 1, derde lid) of tot de openverklaring van de procedure inzake gerechtelijke overdracht (art. 59 § 2, 2°).

<sup>38</sup>. Zie voorheen: J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. IV, Brussel, Bruylant, 1965, 201; E. BRUNET, *Faillite et banqueroute*, Brussel, Bruylant, 1934, 12. Zie recentelijk nog: I. VEROUĞSTRAETE, o.c., 1998, 14 en 274; I. VEROUĞSTRAETE, "Insolventierecht: op zoek naar rationaliteit", in *Insolventierecht*, Postuniversitaire Cyclus W. Delva, Mechelen, Kluwer, 2006, 573.

<sup>39</sup>. Het personeel toepassingsgebied van de Franse "sauvegarde"- en "redressement judiciaire"-procedure strekt zich krachtens art. 620-2 Code de commerce immers uit tot elke handelaar, de ambachtslieden, de landbouwers, elke persoon die op professionele wijze een vrij beroep uitoefent en elke rechtspersoon. Zie art. L620-2 Code de commerce.

<sup>40</sup>. De natuurlijke persoon die een niet-commerciële landbouwactiviteit uitoefent, bijvoorbeeld omdat de gekweekte dieren alleen worden gevoederd met zelf geproduceerd voer, valt buiten het toepassingsgebied van de wet. Vgl. Gent 26 maart 2007, *T.G.R. – T.W.V.R.* 2007, 330, noot G. BALLON.

<sup>41</sup>. J.-Ph. LEBEAU, "La continuité des entreprises: la loi du 15 janvier 2009", in *La continuité des entreprises: la réforme*, Studiedag Vanham & Vanham van 29 januari 2009 onder het voorzitterschap van J.-P. Renard.

alleen worden verzonden naar de griffie van de bevoegde rechtbank indien zij werden gewezen ten aanzien van kooplieden<sup>42</sup>.

24. Artikel 4 voorziet in een uitzondering op dit principe voor de burgerlijke vennootschappen met handelsvorm die een vrij beroep uitoefenen. Deze uitzondering wordt verantwoord door te wijzen op enerzijds de financiële controle die samengaat met de tuchtregeling waaraan deze vennootschappen zijn onderworpen en anderzijds de bijzondere regels die op hen van toepassing zijn, zoals het beroepsgeheim, de deontologische code en de specifieke aansprakelijkheidsregels, en die tot een mogelijk ongrondwettelijke differentiatie zou hebben aanleiding gegeven<sup>43</sup>. Zoals de Franse insolventieprocedure laat blijken, overtuigen beide argumenten echter allerminst<sup>44</sup>. Het gehanteerde criterium is immers objectief en relevant en de disciplinaire controle kan evenmin verhinderen dat aansprakelijkheidsvorderingen de continuïteit van een intrinsiek levensvatbare onderneming van een vrije beroepsbeoefenaar in het gevaar kunnen bren-

gen. Welke reden hier ook werkelijk achter schuilgaat, voorlopig kunnen de vennootschappen die een vrij beroep in de zin van artikel 2, 1° van de wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen, of waaronder de beoefenaars van een vrij beroep hun activiteit uitoefenen, de procedure inzake gerechtelijke reorganisatie niet aanwenden<sup>45</sup>. Dit zal het geval zijn indien het maatschappelijk doel van de vennootschap de activiteit van boekhouder, accountant, commissaris, architect, landmeter, advocaat, gerechtsdeurwaarder, notaris, geneesheer, tandarts, kinesist of dierenarts is. Andere soms als “onafhankelijk” bestempelde activiteiten vallen daarentegen wel onder het toepassingsgebied van de wet zoals de activiteit van immobiliënmakelaar, medisch laboratorium, ambulancechauffeur, syndicus, ingenieur of binnenhuisarchitect<sup>46</sup>. Het concrete personele toepassingsgebied van de nieuwe wet zal echter mee evolueren met de jurisprudentiële invulling van de definitie van de wet van 2 augustus 2002.

## VERRUIMING VAN DE MATERIËLE BEVOEGDHEID VAN DE RECHTBANK VAN KOOPHANDEL

25. De uitbreiding van het personeel toepassingsgebied gaat gepaard met een uitbreiding van de materiële bevoegdheid van de rechtbank van koophandel. Vertrekkend vanuit de idee dat deze rechtbank over meer expertise beschikt ten aanzien van vennootschapsgeschillen dan de rechtbank van eerste aanleg wordt het woord “handelsvennootschap” in artikel 574, 1° Ger.W. gewijzigd in “vennootschap”<sup>47,48</sup>. In een persbericht van de minister van Justitie wordt hieraan het gevolg gegeven dat alle vennootschappen uit het Wetboek

van Vennootschappen, met inbegrip van de burgerlijke vennootschappen hierdoor onder de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel vallen<sup>49</sup>. In werkelijkheid is deze uitbreiding echter minder verre gaand omdat alleen de geschillen betreffende de interne werking van de burgerlijke vennootschap worden gevisieerd<sup>50</sup>. De patrimoniale vorderingen die door derden worden ingesteld tegen de vennootschap vallen hier niet onder. Nochtans moet in het licht van de overwegingen die aan deze uitbreiding ten grondslag liggen,

<sup>42</sup>. Zie Verslag Vandenbergh, p. 16, 17, 29 en 30.

<sup>43</sup>. Zie Toelichting bij de wet, p. 47.

<sup>44</sup>. Vrije beroepsbeoefenaars, als natuurlijke of rechtspersoon, vallen immers onder het toepassingsgebied van de Franse insolventieprocedure. Zie hoger voetnoot 39.

<sup>45</sup>. Deze bepaling definieert als vrij beroep elke zelfstandige beroepsactiviteit die dienstverlening of levering van goederen omvat welke geen daad van koophandel of ambachtsbedrijvigheid is, zoals bedoeld in de wet van 18 maart 1965 op het ambachtsregister en die niet wordt bedoeld in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, met uitsluiting van de landbouwbedrijvigheden en de veeteelt. Deze definitie is reeds achterhaald door de afschaffing van de wet van 18 maart 1965 op het ambachtsregister. De huidige definitie van de ambachtsonderneming wordt omschreven in art. 2, 5° van de wet tot oprichting van een Kruispuntbank van Ondernemingen, volgens dewelke de onderneming opgericht door een private persoon die in België gewoonlijk krachtens een contract van huur van diensten, hoofdzakelijk materiële prestaties levert, voor zover daarmee geen leveringen van waren of slechts toevallige leveringen van waren gepaard gaan, wordt vermoed de hoedanigheid van ambachtsman te hebben.

<sup>46</sup>. J.-Ph. LEBEAU, “La continuité des entreprises: la loi du 15 janvier 2009”, in *La continuité des entreprises: la réforme*, Studiedag Vanham & Vanham van 29 januari 2009 onder het voorzitterschap van J.-P. Renard.

<sup>47</sup>. Art. 2 van de wet van 26 januari 2009 houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de continuïteit van de ondernemingen, B.S. 9 februari 2009. De bepalingen van deze wet waren aanvankelijk opgenomen in de art. 74-77 van het Regeringsamendement. Omdat de aanpassing van de materiële bevoegdheid van de rechtbank onder de toepassing van art. 77 van de Grondwet valt, werd tot een opsplitsing overgegaan.

<sup>48</sup>. De gewijzigde bepaling luidt als volgt: “De rechtbank van koophandel neemt, zelfs wanneer partijen geen handelaars zijn, kennis van geschillen terzake van een vennootschap tussen vennootschappen en vennoten, tussen vennoten, tussen vennootschappen en bestuurders of zaakvoerders, tussen bestuurders of zaakvoerders, tussen bestuurders of zaakvoerders en derden, tussen bestuurders of zaakvoerders en vennoten, tussen commissarissen, tussen commissarissen en vennootschappen, tussen commissarissen en bestuurders, zaakvoerders of vennoten, tussen vereffenaars, tussen vereffenaars en derden, tussen vereffenaars en vennootschappen of tussen vereffenaars en vennoten, tussen vennootschappen, vennoten, bestuurders of zaakvoerders, commissarissen of vereffenaars en bedrijfsrevisoren, tussen oprichters, tussen oprichters en vennootschappen, tussen oprichters en derden of tussen oprichters, vennootschappen, vennoten en bestuurders of zaakvoerders.”

<sup>49</sup>. [http://www.just.fgov.be/persberichten/2008/05/23\\_m.html](http://www.just.fgov.be/persberichten/2008/05/23_m.html).

<sup>50</sup>. J.-Ph. LEBEAU, “La continuité des entreprises: la loi du 15 janvier 2009”, in *La continuité des entreprises: la réforme*, Studiedag Vanham & Vanham van 29 januari 2009 onder het voorzitterschap van J.-P. Renard.

worden aangenomen dat de vordering tot ontbinding van de vennootschap die wordt ingesteld door een derde of het parkeet wel onder de bevoegdheid valt van de rechtbank van koophandel<sup>51</sup>. Deze vordering raakt niet alleen aan het wezen van de vennootschap maar doordat de kamers voor handelonderzoek de taak hebben om burgerlijke vennoot-

schappen op te volgen (zie nr. 23) en artikel 574, 1° alle geschillen omvat tussen vereffenaars onderling, met derden, de vennootschap of haar vennoten, vereist een consistente en doelgerichte interpretatie dat de vordering tot ontbinding hier tevens onder ressorteert.

## HET HANDELSONDERZOEK

26. De nieuwe wet hervormt het wettelijke kader van de gegevensverzameling en het handelonderzoek slechts in beperkte mate. De nieuwe filosofie van de wet komt tot uiting in de herformulering van de doelstelling van het handelonderzoek tot de opvolging van de toestand van de schuldenaren in moeilijkheden om de continuïteit van hun onderneming of hun activiteiten te bewerkstelligen en de bescherming van de rechten van de schuldeisers te verzekeren (art. 12 § 1). De gerechtelijke vereffening wordt verder op dezelfde voet geplaatst als het faillissement (art. 12 § 5 en 6) en de kamer van handelonderzoek is niet langer verplicht om het dossier over te zenden naar de procureur des Konings indien uit het onderzoek naar de toestand van de schuldenaar blijkt dat die zich in staat van faillissement bevindt (art. 15 § 5).

27. De verplichte gegevensverzameling wordt uitgebreid tot de vonnissen waarbij een handelshuurovereenkomst wordt ontbonden ten laste van de huurder, waarbij een door deze laatste gevraagde hernieuwing wordt geweigerd of waarbij een einde wordt gesteld aan het beheer van een handelszaak (art. 10, tweede lid). Daartegenover staat dat de wet niet langer vereist dat de beslissing tot klasseverlaging, schorsing of intrekking van een of meer erkenningen van een aannemer of tot uitsluiting van een aannemer van overheidsopdrachten door de bevoegde minister moet worden ter ken-

nis gebracht (vgl. art. 7, vierde lid WGA)<sup>52</sup>. Indien de verzamelde gegevens incorrect zouden zijn, kan de schuldenaar bij verzoekschrift de rechtzetting krijgen van deze gegevens (art. 8, tweede lid). De Koning kan verder nog steeds de gepaste maatregelen nemen teneinde de verwerking van de verzamelde gegevens te structureren en te uniformiseren (vgl. art. 8 WGA). Ingevolge artikel 11 moet hiertoe echter niet langer het advies van de Privacycommissie worden ingewonnen maar het advies van het beheers- en toezichtscomité van Phenix.

28. De rechtspraak heeft voorheen steeds het standpunt aangenomen dat de beslissingen van de kamers voor handelonderzoek geen gerechtelijke beslissingen waren waartegen beroep kon worden ingesteld<sup>53</sup>. Deze beslissingen zijn nog steeds geen vonnissen en hebben eerder het karakter van een administratieve rechtshandeling<sup>54</sup>. Een beroep tot nietigverklaring voor de Raad van State zou echter niet verzoekenbaar zijn geweest met de taakverdeling tussen de administratieve rechtscollèges en die van de rechterlijke macht<sup>55</sup>. Daarom wordt voorzien in een aanpassing van artikel 610 Ger. W. op grond waarvan bij het Hof van Cassatie een vordering tot nietigverklaring kan worden ingesteld tegen de handelingen van de kamers voor handelonderzoek die door overschrijding van bevoegdheid zijn aangetast, tegen de wetten indruisen of op onregelmatige wijze zijn ingesteld<sup>56</sup>.

## BEWARENDE MAATREGELEN

### Ondernemingsbemiddelaar

29. Als alternatief op de klassieke, conflictueuze procedure kent de bemiddelingstechniek al verschillende jaren een gestage opmars in burgerlijke en strafzaken. In insolven-

tiezaken werd de efficiëntie van een ondernemingsbemiddelaar reeds bepleit door De Moor en Depoorter<sup>57</sup>. Ook de rechtbanken waren op dit vlak reeds op informele basis actief, met name binnen de context van het handelonderzoek, waarbij de rechtbank van koophandel te Charleroi

<sup>51</sup>. *Idem*.

<sup>52</sup>. De toelichting bij de wet overweegt hieromtrent in algemene bewoordingen dat het opleggen aan te veel instanties om gegevens mee te delen niet productief is. Zie Toelichting bij de wet, p. 48.

<sup>53</sup>. Brussel 24 juni 1999, *T.B.H.* 1999, 651.

<sup>54</sup>. Toelichting bij de wet, p. 50.

<sup>55</sup>. Toelichting bij de wet, p. 79.

<sup>56</sup>. Art. 4 van de wet van 26 januari 2009 houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de continuïteit van de ondernemingen, *B.S.* 9 februari 2009.

<sup>57</sup>. B. DE MOOR en B. DEPOORTER, "Naar een meer efficiënt en succesvol preventief beleid voor bedrijven in moeilijkheden: het mandaat ad hoc?", *Bank Fin.* 2003/1, 50-56.

zelfs een draaiboek en richtlijnen ontwikkelde<sup>58</sup>. In aansluiting bij deze evoluties en om de juridische onzekerheid hieromtrent weg te nemen, heeft de wet in artikel 13 voorzien in de wettelijke omkadering van de ondernemingsbemiddelaar.

**30.** De aanstelling van een bemiddelaar kan alleen gebeuren op verzoek van de schuldenaar. Noch de rechtbank ambtshalve noch andere belanghebbenden kunnen tot de aanstelling ervan overgaan. Het oorspronkelijke wetsvoorstel gaf de rechtbank de bevoegdheid ambtshalve over te gaan tot de aanstelling van een ondernemingsbemiddelaar indien de schuldenaar, na opgeroepen te zijn voor de kamers voor handelonderzoek, tweemaal niet verschijnt<sup>59</sup>. Deze innovatieve techniek om het absentisme te beteugelen bij het handelonderzoek werd echter niet weerhouden omwille van de onenigheid omtrent het lot van de vergoeding van de bemiddelaar bij ambtshalve aanstelling. Terwijl niet kan worden aanvaard dat de rechtbank hiervoor zou moeten opdraaien, bestond er te veel weerstand om deze kosten van rechtswege toe te wijzen aan de schuldenaar<sup>60</sup>. Ingevolge het regeringsamendement wordt voorzien in een minder verregaande techniek en kan de rechter in handelonderzoek zich van ambtswege begeven naar de hoofdinstelling of naar de zetel van de vennootschap indien de opgeroepen schuldenaar tot tweemaal toe niet is verschenen (art. 12 § 1, zesde lid).

**31.** De wetgever wou deze procedure zo flexibel mogelijk houden en toelaten kort op de bal te spelen. De regels uit het Gerechtelijk Wetboek inzake bemiddeling zijn hierom niet toepasselijk op het verzoek tot aanstelling van een ondernemingsbemiddelaar. Dit verzoek is aan geen vormvoorschriften onderworpen en kan zelfs mondeling worden gedaan (art. 13, derde lid). Het bewijs hiervan zal blijken uit procesverbaal van de zitting<sup>61</sup>. De bevoegdheid om over dit verzoek te beslissen zal afhankelijk zijn van de situatie waarin de schuldenaar zich bevindt. Wanneer de schuldenaar het voorwerp uitmaakt van een handelonderzoek en overeenkomstig artikel 12 § 1, door de rechter werd opgeroepen, wordt dit verzoek gericht aan de kamers voor handelonderzoeken<sup>62</sup>. In alle overige gevallen zal de voorzitter van de rechtbank van koophandel hiervoor bevoegd zijn. De bevoegde rechtbank die het verzoek inwilligt doet bij

beschikking uitspraak in raadkamer<sup>63</sup>. Aldus wordt de vertrouwelijkheid en het grote voordeel van deze procedure volledig gevrijwaard. De schuldenaar hoeft evenmin onaangename verrassingen te verwachten omtrent de aanstelling. Zowel de inhoud als de duur van de opdracht wordt krachtens artikel 13, vierde lid door de rechtbank bepaald binnen de grenzen van het verzoek van de schuldenaar. De persoon van de ondernemingsbemiddelaar moet ten slotte door de schuldenaar worden aanvaard alvorens hij zijn opdracht kan uitvoeren. De schuldenaar beschikt immers over het recht om, net zoals de bemiddelaar zelf, te allen tijde een einde te stellen aan de procedure. De meest gereede partij moet hiervan alleen kennis geven aan de voorzitter van de rechtbank, zodat de rechtbank hieromtrent niet over enige beoordelingsbevoegdheid beschikt. De rechtbank kan het verzoek alleen goedkeuren, afwijzen of beperken binnen de grenzen van het verzoek van de schuldenaar. Deze laatste houdt de controle over de aanstelling, de inhoud en de duur van de opdracht, wat elke drempelvrees hieromtrent moet weg nemen.

**32.** Of de toepassing van dit herstelschema kansen op succes heeft, zal integraal afhankelijk zijn van de persoon van de bemiddelaar. De bemiddelaar moet immers voldoende vertrouwen, omwille van zijn neutraliteit en expertise, uitstralen naar de schuldeisers alvorens zij bereid zullen zijn om een minnelijk akkoord te sluiten dat de continuïteit van de onderneming kan verzekeren. De wetgever heeft het echter niet wenselijk geacht om kwaliteitsvereisten of bijzondere voorwaarden te stellen ten aanzien van de door de schuldenaar gekozen bemiddelaar<sup>64</sup>. De wetgever wou hiermee het zakenleven voldoende flexibiliteit geven opdat de meest geschikte persoon voor de opdracht kan worden gekozen<sup>65</sup>. Hierdoor is de keuze van de bemiddelaar niet beperkt tot vrije beroepsbeoefenaars en komen industriëlen met een sterke reputatie in hun betrokken sector of politieke zwaargewichten, zoals het geval was in de *Eurotunnel*-zaak, hiervoor in aanmerking<sup>66</sup>. Gezien de specifieke context van de bemiddeling, waarin de persoonlijke kwaliteiten van de bemiddelaar zwaarder doorwegen dan zijn of haar juridische kennis of de toepassing van een deontologische code, moet deze keuze van de wetgever worden onderschreven. Niettegenstaande de afwezigheid van kwaliteitsvereisten of erken-

<sup>58</sup>. Toelichting bij de wet, p. 51.

<sup>59</sup>. Art. 10, 2, derde lid van het oorspronkelijke wetsvoorstel. Zie *Parl. St. Kamer*, buitengewone zitting 2007, nr. 160/001, 45.

<sup>60</sup>. Aangezien de aanstelling van de ondernemingsbemiddelaar in beginsel in het belang is van de vennootschap zelf zou een toewijzing van deze kosten aan de schuldenaar gerechtvaardigd kunnen worden, zoals in de regel het geval is ten aanzien van de vennootschapsrechtelijke voorlopige bewindvoerder. Zie verder nr. 38.

<sup>61</sup>. Verslag Perpète, 160.

<sup>62</sup>. Als zodanig heeft de kamer voor handelonderzoek echter geen rechtsprekende bevoegdheid. Alleen de rechters in handelonderzoek beschikken hierover. Onder meer om hieraan tegemoet te komen werd amendement nr. 8 ingediend door de heer George. Zie *Parl. St. Kamer* 2007-08, nr. 160/003, 7. Dit amendement werd echter ingetrokken omwille van de verklaring van de minister dat ervoor werd gekozen deze procedure te depersonaliseren en geen specifieke rechter aan te duiden. Zie Verslag Perpète, 160.

<sup>63</sup>. De beslissing hieromtrent wordt niet gepubliceerd. Een amendement daartoe werd afgewezen. Zie Verslag Perpète, 159.

<sup>64</sup>. Toelichting bij de wet, p. 51. Art. 71 van de wet is alleen van toepassing op gerechtsmandatarissen en kan in het licht van de bedoelingen van de wetgever niet worden uitgebreid tot de ondernemingsbemiddelaars.

<sup>65</sup>. Toelichting bij de wet, p. 51.

<sup>66</sup>. Zie hoger voetnoot 18.

ningen blijft het echter de taak van de rechtbank om controle uit te oefenen op de onafhankelijkheid en de geschiktheid van de door de schuldenaar voorgedragen persoon. De ondernemingsbemiddelaar zal immers optreden op grond van een rechterlijke beslissing en het vertrouwen dat het publiek hieruit put, mag niet worden beschaamd. Indien de schuldenaar een duidelijk partijdige persoon voordraagt als bemiddelaar, zoals zijn huisadvocaat, is een afwijzing van het verzoek dan ook op zijn plaats.

## De gerechtsmandataris ex artikel 14 WCO

33. Zoals hoger reeds aangegeven, voorziet artikel 14 in de mogelijkheid voor de voorzitter van de rechtbank om op verzoek van elke belanghebbende om een of meerdere gerechtsmandatarissen aan te stellen indien kennelijke en grove tekortkomingen van de schuldenaar of zijn organen de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen en de gevraagde maatregel van die aard is dat zij die continuïteit kan vrijwaren. Met deze bepaling wordt dat de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder, zoals aangewend in het vennootschapsrecht, in de context van ondernemingen in moeilijkheden geformaliseerd. De rechtsgeldigheid van de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder in vennootschapszaken wordt afgeleid uit artikel 74, 2°, d) W.Venn. dat alleen bepaalt dat het uittreksel van de aanstelling en benoeming van een voorlopige bewindvoerder moet worden bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad*<sup>67</sup>. Algemeen wordt aangenomen dat deze voorlopige bewindvoerder kan worden aangesteld indien de werking van een vennootschapsorgaan is verlamd, omwille van objectieve redenen zoals het overlijden van een bestuurder, of persoonlijke twisten. De rechtspraak heeft deze rechtsfiguur echter ruimer toegepast, zoals in gevallen waarin het beheer van de onderneming manifest onregelmatig of wanordelijk is, waarin er een (dreigend) misbruik van meerderheid plaatsvindt of waarin er een ernstig wantrouwen tussen de vennoten bestaat. Sinds de jaren '90 bestond er in een deel van de rechtspraak ten slotte een tendens om voorlopige bewindvoerders aan te stellen indien het bestuur niet bij machte was om de financiële moeilijkheden van de onderneming op te lossen en een crisismanager als ultieme remedie werd voorgesteld<sup>68</sup>. Artikel 14 WCO kan dan ook worden beschouwd als de wettelijke aanvaarding van deze techniek, ook al kan deze gerechtsmandataris worden aangesteld ten aanzien van natuurlijke personen binnen de grenzen van het toepassingsgebied van de wet.

34. De toelichting bij de wet is hieromtrent echter niet onduidelijk<sup>69</sup>. Enerzijds wordt hierin aangegeven dat deze mogelijkheid ongetwijfeld reeds in het gemeen recht bestaat en dat artikel 14 niet beoogt ter zake te innoveren. De aanstelling in kort geding van een voorlopig bestuurder zou volgens de parlementaire voorbereidingen nog steeds mogelijk zijn en artikel 14 viseert een bijzonder geval waarin de situatie van de onderneming ernstig en zorgwekkend is en waarin de aanstelling van een gerechtsmandataris de continuïteit van de onderneming kan waarborgen. Aldus lijkt deze bepaling een bevestiging van de ruime toepassing die deze rechtsfiguur reeds kent in een deel van de rechtspraak. Anderzijds blijkt uit de toelichting bij de wet dat de aanstelling van een gerechtsmandataris krachtens artikel 14 WCO, in tegenstelling tot de maatregel krachtens artikel 28 WCO, niet ertoe strekt de schuldenaar het beheer van de onderneming te ontnemen<sup>70</sup>. Deze bepaling biedt de voorzitter van de rechtbank alleen de mogelijkheid om in ernstige en overduidelijke gevallen, specifieke en beperkte maatregelen te nemen waarmee de continuïteit van de onderneming zou moeten kunnen worden gevrijwaard, en dus zonder tot de gehele vervanging van het bestuur over te gaan.

35. Een deel van de verwarring is ongetwijfeld te wijten aan een onzorgvuldige redactie van de toelichting bij deze bepaling. Artikel 60 van het oorspronkelijke wetsvoorstel van Crucke en Bacquelaine bepaalde immers dat de rechtbank tot de aanstelling van gerechtsmandatarissen kon overgaan om bepaalde ondernemingsmoeilijkheden te voorkomen of te verhelpen indien de situatie van de onderneming ernstig en zorgwekkend is en de maatregel die continuïteit kon behouden. Aangezien in deze formulering een voorlopig bewindvoerder zou kunnen worden aangesteld in de overgrote meerderheid van ondernemingen in moeilijkheden, zelfs diegenen die goed werden bestuurd, werd in het regeringsamendement ervoor geopteerd om het toepassingsgebied van deze bepaling te beperken tot de situatie waarin kennelijke en grove tekortkomingen van de schuldenaar of zijn organen de continuïteit in gevaar brengen. De oorspronkelijke toelichting bij deze bepaling werd echter grotendeels behouden en reflecteert aldus niet deze koerswijziging. Om dezelfde reden is het evenmin nog mogelijk om de vennootschapsrechtelijke voorlopige bewindvoerder aan te wenden om een crisismanager aan te stellen die de volledige controle over de onderneming overneemt en een grondige herstructurering doorvoert<sup>71</sup>. Het gewijzigde artikel 14 is juist een reactie tegen de al te ruime invulling en aanwending hiervan, zodat in deze context alleen nog op de gerechtsmandataris van artikel 14 beroep kan worden gedaan.

67. Zie E. POTTIER en M. DE ROECK, "L'administration provisoire: bilan et perspectives", *T.B.H.* 1997, 223 en 238.

68. E. POTTIER en M. DE ROECK, *l.c.*, 210-215.

69. Toelichting bij de wet, p. 51.

70. *Idem*.

71. Vergelijk in dit opzicht de soms zeer ruime bevoegdheden die door de rechtspraak aan de vennootschapsrechtelijke voorlopige bewindvoerder werden toegekend als crisismanager van een onderneming in moeilijkheden. Zie E. POTTIER en M. DE ROECK, *l.c.*, 232.

**36.** De aanstelling van deze gerechtsmandataris is niet beperkt tot de situatie waarin een orgaan van de vennootschap niet meer kan functioneren. Artikel 14 bepaalt immers dat de bedoelde tekortkoming niet alleen betrekking kan hebben op de organen van de vennootschap, maar ook op de schuldenaar zelf. Doordat ook een gerechtsmandataris kan worden aangesteld ten aanzien van een handelaar-natuurlijke persoon, wat een situatie is waarin er nooit een onmogelijkheid kan bestaan om nog te functioneren, moet worden aangenomen dat deze aanstelling ook kan plaatsvinden ten aanzien van vennootschappen in situaties waarin het bestuur nog kan handelen<sup>72</sup>. Niettegenstaande artikel 14 alleen verwijst naar een “tekortkoming” en niet, zoals het geval is voor artikel 28, naar een fout als zodanig, lijkt er geen redelijke verantwoording te bestaan om alleen kennelijke en grove nalatigheden in aanmerking te nemen<sup>73</sup>. Voor de interpretatie van artikel 14 moet dan ook aansluiting worden gezocht bij de rechtspraak en rechtsleer omtrent de kennelijke en grove fout van bestuurders van artikel 530 W.Venn. De aanstelling van een gerechtsmandataris kan plaatsvinden indien er zich manifeste beheersfouten voordoen die de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen. In het licht van de wets-historiek kan een loutere verwijzing naar de ernstige en zorgwekkende toestand van de onderneming, zoals haar verlieslatendheid of insolabiliteit, hiervoor niet volstaan. Concrete bestuurshandelingen of nalatigheden moeten worden aangeduid. De vereiste van spoedeisendheid, zoals voorzien door artikel 584 Ger. W., moet niet worden aangetoond door de eiser. De aanstelling verloopt immers alleen volgens de vormen van het kort geding. Binnen de procedure van gerechtelijke reorganisatie wordt de term “gerechtsmandataris” aangewend voor een bijstandsfunctie (art. 27) en de term “voorlopig bestuurder” gebruikt wanneer de sanctiëring van de schuldenaar het doel is van de aanstelling. De aanwending van de term “gerechtsmandataris” in het kader van artikel 14 getuigt dan ook niet van consistentie. De parlementaire voorbereidingen verdedigen dit door te wijzen op de dubbele hoedanigheid van deze rechtsfiguur, waarbij echter meer belang wordt gehecht aan de verantwoording ten opzichte van de rechtbank, die besloten zit in de term “gerechtsmandataris”<sup>74</sup>.

**37.** De gerechtsmandataris heeft als taak het vertrouwen in de onderneming te herstellen en de reorganisatie mogelijk te maken<sup>75</sup>. Artikel 14, tweede lid vereist echter dat de inhoud van de opdracht nauwkeurig wordt geformuleerd. Alleen bijzondere maatregelen die van aard zijn de continuïteit van de

onderneming te vrijwaren kunnen aan de gerechtsmandataris worden toegewezen. In navolging van de rechtspraak omtrent de vennootschapsrechtelijke voorlopige bestuurder kan deze maatregel er onder meer in bestaan informatie in te winnen en overleg te plegen tussen de betrokkenen, het samenroepen en voorzitten van een buitengewone algemene vergadering of raad van bestuur met een agenda die wordt bepaald door de beschikking, tussenkomen in een sociaal geschil of een gerechtelijke procedure, een audit doorvoeren onder bijstand van een commissaris of zetelen in de raad van bestuur met een vetorecht<sup>76</sup>. Zoals hoger reeds werd aangegeven, kan de aanvraag van de reorganisatieprocedure tevens tot zijn takkenpakket behoren, eventueel in combinatie met een verzoek tot de aanstelling van een voorlopig bestuurder overeenkomstig artikel 28. In de uitvoering van zijn opdracht moet de gerechtsmandataris worden beschouwd als een orgaan van de vennootschap<sup>77</sup>.

**38.** Procedureel handelt de voorzitter van de rechtbank volgens de vormen van het kort geding. Artikel 14 bepaalt niet wat het lot is van de kosten van de procedure of van de kosten die worden veroorzaakt door de activiteiten van deze gerechtsmandataris. Volgens de toelichting bij de wet is het gemeen recht hier van toepassing en kan de rechter naar gelang de omstandigheden de verzoeker in deze kosten verwijzen, de kosten compenseren of de beslissing erover aanhouden<sup>78</sup>. De mogelijkheden voor de voorzitter van de rechtbank zijn echter ruimer in het licht van de verwijzing naar het gemeen recht. In de overgrote meerderheid van de beslissingen die handelen over de toewijzing van de kosten van een voorlopige bewindvoerder, wordt immers besloten om de vennootschap zelf deze voorschotten te laten dragen omdat de aanstelling plaatsvond in het belang van de vennootschap<sup>79</sup>. Tot slot is er niet voorzien in een bijzondere bekendmaking van de aanstelling van deze gerechtsmandataris. Omwille van de gelijkenissen met een voorlopige bewindvoerder, kan voor vennootschappen worden geargumenteed dat artikel 74, 2°, d) W.Venn. van toepassing blijft. Voor natuurlijke personen ontbreekt een gelijkaardige rechtsgrond echter.

**39.** Naast de gerechtsmandataris van artikel 14 blijft voor belanghebbenden de mogelijkheid bestaan om een faillissementsrechtelijke voorlopige bewindvoerder aan te stellen, overeenkomstig artikel 8 Faill.W. Deze laatste procedure laat de voorzitter van de rechtbank van koophandel toe om, zelfs ambtshalve, de schuldenaar het beheer van zijn onder-

<sup>72</sup> Zoniet zou de Franse tekst van de bepaling bovendien wellicht de termen “carences” of “dysfonctionnements” hebben gehanteerd.

<sup>73</sup> Een tekortkoming wordt in *Van Daele Groot Woordenboek* daarnaast gedefinieerd als datgene waarin iemand niet voldoet aan de gestelde eisen of verwachtingen (in moreel opzicht). Het niet naleven van de zorgvuldigheidsnorm is hier een gepast voorbeeld van. Daarnaast kan worden verwezen naar “manquement à la loi”, wat een wetsovertreding betekent.

<sup>74</sup> Verslag Vandenberghe, 25.

<sup>75</sup> Verslag Perpète, 160.

<sup>76</sup> Vgl. E. POTTIER en M. DE ROECK, *l.c.*, 232.

<sup>77</sup> Verslag Vandenberghe, 25.

<sup>78</sup> Toelichting bij de wet, p. 52.

<sup>79</sup> E. POTTIER en M. DE ROECK, *l.c.*, 239.

neming te ontnemen, in het bijzonder wanneer er kan worden gevreesd dat hij nog activa zou verduisteren of handelingen zou stellen die een onherstelbaar nadeel zouden berokkenen aan de schuldeisers<sup>80</sup>. Met het oog op een meer flexibele toepassing van deze bepaling, wordt de vroegere vereiste van de volstrekte noodzakelijkheid gewijzigd in een vereiste van spoedeisendheid (art. 76)<sup>81</sup>. De toelichting bij de wet stelt echter tevens dat de goede werking van deze bepaling van groot belang is om ervoor te zorgen dat eventuele misbruiken in het kader van de reorganisatieprocedure op adequate en snelle wijze worden stopgezet<sup>82</sup>. Deze werkwijze kan echter moeilijk worden aanvaard aangezien het vervuld zijn van de faillissementsvoorwaarden de toekenning of voortzetting van de procedure niet verhindert (art. 23, vijfde lid) en tijdens de duur van de opschorting de schuldenaar-handelaar niet kan worden failliet verklaard (art. 30, tweede lid)<sup>83</sup>. De hier bedoelde misbruiken kunnen beter worden beteugeld door een beroep te doen op artikel 28 en de aanstelling van de vervangende voorlopige bestuurder. Hiermee wordt hetzelfde effect bereikt maar blijft de onderneming in een procedure die meer geschikt is om haar continuïteit te vrijwaren.

## Minnelijk akkoord

40. Artikel 15 introduceert een regeling inzake minnelijke akkoorden. Ten tijde van de hervorming van 1997 werd reeds voorgesteld om hieromtrent in een wettelijke regeling te voorzien maar dit werd ten onrechte overbodig geacht omdat het gemeen recht deze mogelijkheid reeds bood<sup>84</sup>. Uit de praktijk is echter gebleken dat er rechtsonzekerheid bestond omtrent de gevolgen van deze akkoorden indien de schuldenaar uiteindelijk toch in een faillissement zou belanden. De uitwerking van een minnelijk akkoord is reeds een precaire aangelegenheid en een beperkte juridische bescherming werd noodzakelijk geacht om de totstandkoming ervan te stimuleren.

41. Artikel 15 laat vooreerst ondubbelzinnig blijken dat een minnelijk akkoord geldig kan worden overeengekomen met slechts een deel van de schuldeisers. Voorheen werd immers aangenomen dat een geldig minnelijk akkoord verplicht met alle schuldeisers moest worden gesloten<sup>85</sup>. In deze filosofie moest het gerechtelijk akkoord worden aangewend in de gevallen waarbij een of meerdere schuldeisers zich met

dit akkoord niet akkoord konden verklaren<sup>86</sup>. Deze filosofie is echter achterhaald. Een minnelijk akkoord is in beginsel een zeer efficiënt herstelschema, omwille van de lage kostprijs, de vrijwillige toetreding en het besloten karakter ervan, dat de negatieve impact die nagenoeg elke reorganisatieprocedure heeft op de omzetcijfers uitsluit. Vereisen dat alle schuldeisers, ongeacht hoe klein hun vordering wel is, hierbij worden betrokken, zorgt er echter voor dat deze onderhandelingen buitensporig complex worden.

42. Met het doel de rechtsonzekerheid in te perken, voert artikel 15 een “safe harbour” in voor minnelijke akkoorden<sup>87</sup>. Zo zijn de artikelen 17, 2° en 18 van de Faillissementswet niet van toepassing op een binnen de grenzen van artikel 15 gesloten minnelijk akkoord en op de handelingen verricht ter uitvoering ervan. Beide artikelen voorzien in de niet-tegenwerpelijkheid van bepaalde handelingen die onlosmakelijk of minstens nauw verbonden zijn met het sluiten van minnelijke akkoorden. Een schuldeiser zal immers pas overgaan tot het sluiten van een minnelijk akkoord indien wordt vastgesteld dat de financiële situatie van de schuldenaar ernstig en zorgwekkend is, zodat het zeer aannemelijk wordt dat deze schuldeiser kennis van de staking van betaling heeft in de zin van artikel 18 Faill.W. Een schuldeiser zal daarnaast sneller bereid zijn om een minnelijk akkoord te sluiten indien een schuldherschikking of -kwijtschelding gepaard gaat met een onmiddellijke betaling van een deel van de schuld. De liquiditeitsproblemen waarmee een onderneming in moeilijkheden kampt, noodzaakt echter vaak de betaling anders dan in geld of handelspapieren, die wordt gevisieerd door artikel 17, 2° Faill.W.<sup>88</sup>.

43. Faillissementsrechtelijke niet-tegenwerpelijkheden komen voor in nagenoeg alle insolventiewetten en zijn ingegeven door de wetenschap dat ondernemers die worden geconfronteerd met een nakend faillissement snel in de verleiding komen bevriende schuldeisers te bevoordelen, vaak in ruil voor bepaalde wederdiensten die niet in het vermogen van de schuldenaar terechtkomen. Niettegenstaande de noodzaak in een aangepaste regeling te voorzien voor minnelijke akkoorden, moet er over worden gewaakt dat misbruiken worden beperkt. Het aanvankelijke wetsvoorstel voorzag echter in geen enkele bescherming. Tijdens de hoorzittingen van de bevoegde Kamercommissie werden verschillende beschermingstechnieken bepleit, zoals een homologatie door de rechtbank of het gebruik van minimum-

80. *Memorie van Toelichting, Parl. St. Kamer 1991-92, 631/1, 8, Parl. St. Senaat 1996-97, 498/11, 205.*

81. Toelichting bij de wet, p. 79.

82. *Idem.*

83. Vgl. voetnoot 101.

84. M. TISON, “Depistage en gerechtelijk akkoord na de wet van 17 juli 1997”, *R.W.* 1997-98, 386.

85. *Idem.*, 386; Ph. COLLE, *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, Antwerpen, Maklu, 1989, 74, en de verwijzingen aldaar.

86. Toelichting bij de wet, p. 53.

87. Verslag Perpète, 94.

88. Het risico op misbruik is groter ten aanzien van de betaling van nog niet-vervallen schulden. Hiervoor zal art. 20 Faill.W. gebeurlijk een oplossing bieden. Zie hierna nrs. 44 en 45.

drempels<sup>89</sup>. De wetgever wou de flexibiliteit van een minnelijk akkoord echter zo veel mogelijk behouden en koos daarom voor een pragmatische oplossing. Vertrekend vanuit de idee dat individuele overeenkomsten het meest vatbaar zijn voor twijfelachtige afspraken, werd een minimumdrempel van twee schuldeisers ingevoerd. Daarnaast werden een reeks formele vereisten ingevoerd.

**44.** De niet-toepasselijkheid van de artikelen 17, 2° en 18 Faill.W. geldt indien het akkoord vermeldt dat het werd gesloten met het oog op de gezondmaking van de financiële situatie van de schuldenaar of de reorganisatie van zijn onderneming en wordt neergelegd op de griffie van de rechtbank en aldaar in een register wordt bewaard. Ten eerste is er dus een geschrift vereist. Naast het opvangen van bewijsproblemen ter zake, worden tevens mogelijke misbruiken ingeperkt. Het zal immers niet mogelijk zijn om verdachte betalingen te vrijwaren door aan te geven dat een mondeling minnelijk akkoord met de betrokken schuldeisers werd gesloten. Ten tweede moet dit geschrift expliciet het doel vermelden waarvoor het werd gesloten, zodat niet op eender welke akte een beroep kan worden gedaan om de niet-toepasselijkheid van deze bepalingen in te roepen. Er wordt echter alleen vereist dat dit doel wordt vermeld in de overeenkomst. Aldus wil de wetgever verhinderen dat de kwalificatie als minnelijk akkoord, en de eraan verbonden gevolgen, ter discussie kan worden geplaatst, bijvoorbeeld door in een navolgend faillissement erop te wijzen dat het akkoord er niet is in geslaagd de financiële situatie van de onderneming te saneren. De partijen moeten van bij de aanvang absolute zekerheid kunnen verwerven over de tegenwerpelijheid van het akkoord. Ten derde moet dit geschrift neergelegd worden in een register op de griffie van de rechtbank

van koophandel. Het geschrift wordt dus bewaard en verkrijgt hierdoor vaste datum, wat misbruiken of discussies verder moet reduceren<sup>90</sup>. Derden kunnen krachtens artikel 15, vierde lid slechts kennis nemen van de inhoud van het akkoord en de neerlegging ervan met de uitdrukkelijke instemming van de schuldenaar, zodat de financiële moeilijkheden van de onderneming niet automatisch aan de buitenwereld worden kenbaar gemaakt en in alle rust de voorgezogene oplossingen kunnen worden geïmplementeerd<sup>91</sup>. In een later faillissement zal de curator dit geschrift vanuit zijn hoedanigheid kunnen consulteren. Indien er sprake zou zijn van een bedrieglijke benadeling van de schuldeisers kan de curator nog steeds beroep doen op de *actio pauliana*, bepaald in artikel 20 Faill.W.

**45.** In de lijn van de filosofie van de nieuwe wet, geeft de wetgever de voorkeur aan een wettelijk kader dat een wezenlijke en doelmatige oplossing creëert voor het probleem en zich niet laat afschrikken door het risico op misbruiken. Het verstrekken van rechtszekerheid voor minnelijke akkoorden en de baten die hieruit voortvloeien voor de economie worden geacht zwaarder door te wegen dan eventueel schuldeiserbenadelend gedrag en de kosten hiervan. De toekomst zal uitwijzen of deze inschatting correct is en zich wettelijke aanpassingen opdringen. De mate waarin toepassing zal worden gemaakt van artikel 20 Faill.W. zal hierin een rol spelen. Deze bepaling laat immers toe de belangrijkste misbruiken te beteugelen maar de zware bewijslast weerhoudt curators er vaak van om deze vordering in te stellen<sup>92</sup>. Wanneer niet-vervallen schulden worden betaald zonder dat hier voor de schuldenaar of schuldeisers enige noemenswaardige tegenprestatie tegenover staat zou hierop echter steeds beroep op moeten worden gedaan.

## DE GERECHTELIJKE REORGANISATIE: ANALYSE VAN DE GEMEENSCHAPPELIJKE BEPALINGEN

### Het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie en de beoordeling ervan

**46.** De schuldenaar vraagt de procedure aan door een verzoekschrift te richten aan de schuldeiser (art. 17 § 1). Vertrekend vanuit de filosofie van een open portaal, heeft de wetgever de toegang tot de gerechtelijke reorganisatieproce-

dure aanmerkelijk gewijzigd in vergelijking met de akkoordprocedure. De toepassingsvoorwaarden zijn aanzienlijk verruimd en de toegang is voldoende soepel gehouden zodat de schuldenaar in alle vertrouwen en met de nodige snelheid kan reageren op die hindernissen die zijn onderneming tegenmoetkomen, zoals een bewarend of uitvoerend beslag. Terwijl de akkoordprocedure vereiste dat alle stukken op straffe

<sup>89</sup>. Vgl. de voorstellen geformuleerd door Dauwe, Tison en Coussement. Zie Verslag Perpète, 55-56 en 94-95. Het voorstel tot de invoering van minimumdrempels, uitgedrukt in een bepaalde procentuele verhouding tot het totale schuldenvolume en het aantal schuldeisers, ging uit van de veronderstelling dat dergelijke vriendendiensten eerder in individuele akkoorden worden opgenomen en de overige schuldeisers niet snel geneigd zouden zijn om een minnelijk akkoord goed te keuren dat voorziet in de bevoordeling van een bepaalde partij zonder dat hiervoor een bedrijfseconomische reden voorhanden is. Minimumdrempels zouden aldus zelfregulerend kunnen werken.

<sup>90</sup>. Uit de parlementaire voorbereidingen blijkt dat de neerlegging op de griffie van de rechtbank geen verplichting is maar alleen een mogelijkheid is die wordt geboden aan de schuldenaar om een vaste datum te krijgen voor het akkoord en dus een bescherming tegen latere vorderingen bedoeld in de art. 17, 2° en 18 van de Faillissementswet. Zie Toelichting bij de wet, p. 54-55. De vereisten van art. 1328 B.W. zullen dan moeten worden nageleefd aangezien de curator in deze context moet worden beschouwd als een derde.

<sup>91</sup>. De bepaling verduidelijkt dat hiermee niet wordt geraakt aan de verplichtingen voor de werkgevers om werknemers of hun vertegenwoordigers te raadplegen en in te lichten op grond van de bestaande wettelijke of conventionele bepalingen.

<sup>92</sup>. De remuneratieregeling van curators is hiervoor deels verantwoordelijk. Zie P. COUSSEMENT, *o.c.*, nrs. 424-425.



van onontvankelijk onmiddellijk en volledig werden neergelegd, laat de nieuwe wet een gefaseerde neerlegging toe. De wetgever is er zich immers van bewust dat een radeloze schuldenaar zelden in staat is om heel betrouwbare gegevens voor te leggen wanneer kort op de bal moet worden gespeeld en heeft de procedurele voorschriften voor een aanvraag daarom aangepast aan deze realiteit<sup>93</sup>. Daartegenover staat dat de schuldenaar minder ruimte wordt gelaten om misleidende of weinig zeggende informatie aan de rechtbank over te leggen. Concrete en actuele informatie moet de rechtbank en schuldeisers toelaten om een weloverwogen oordeel te vellen over de levensvatbaarheid van de onderneming.

**47.** De onmiddellijk verplichte stukken worden bepaald door artikel 17 § 2, 1° tot en met 4°. Dit betreft een uiteenzetting van de gebeurtenissen waarop zijn verzoek is gegrond en waaruit blijkt dat naar zijn oordeel de continuïteit van zijn onderneming onmiddellijk of op termijn is bedreigd, een aanwijzing van de nagestreefde doelstelling of de doelstellingen van de procedure, de vermelding van zijn gerechtelijk elektronisch adres en de twee recentste jaarrekeningen, of indien de schuldenaar een natuurlijke persoon is, de twee recentste aangiften in de personenbelasting. Een schuldenaar zou zonder grote inspanningen deze formaliteiten op korte termijn moeten kunnen vervullen, terwijl de continuïteitsbedreiging van de onderneming op grond van deze stukken voldoende kan worden beoordeeld door de rechtbank.

**48.** De informatiewaarde van de overige stukken is opgetrokken maar de schuldenaar kan op grond van artikel 17 § 4 genieten van een bijkomende termijn van 14 dagen om deze stukken neer te leggen in het dossier van de gerechtelijke reorganisatie. Zo volstaat niet langer elke staat van het actief en passief en een resultatenrekening. Deze stukken moeten actueel zijn en dus dateren van maximaal drie maanden voor de aanvraag van de procedure. Uit het onderzoek op basis van de Dataset Gerechtelijk Akkoord bleek immers dat de rechtbank vaak werd geconfronteerd met verouderde gegevens die een al te positief beeld ophingen van de toestand van de onderneming<sup>94</sup>. Daarnaast wordt vereist dat kleine vennootschappen, zoals bedoeld in artikel 15 van het Wetboek van Vennootschappen, hun resultatenrekening meedelen volgens het volledig schema<sup>95</sup>. Voor de rechtbank en de

schuldeisers is het cruciaal om inzicht te krijgen in de omzetcijfers en de operationele kosten van de onderneming. Kleine vennootschappen moeten deze gegevens echter niet vermelden in hun resultatenrekening en kunnen zich ermee vergenoegen alleen de brutomarge weer te geven. Deze vereiste zal toelaten een meer accurate beoordeling te maken van de reorganisatiemogelijkheden van de meerderheid van de ondernemingen die beroep doen op de procedure. De schuldenaar moet verder een simulatie neerleggen van de kasstromen voor ten minste de gevraagde duur van de opschorting<sup>96,97</sup>. Deze simulatie moet toelaten inzicht te verwerven in de liquiditeitsnoden van de onderneming gedurende de opschorting en moet aldus voldoende gedetailleerd zijn. In navolging van artikel 11, 3° WGA moet de schuldenaar een volledige lijst van de erkende of beweerde schuldeisers in de opschorting neerleggen, met vermelding van hun naam, hun adres, het bedrag van hun schuldvordering, en met de bijzondere vermelding van de hoedanigheid van buitengewone schuldeiser in de opschorting. Het volstaat dus niet de schuldeisers en hun vorderingen te vermelden die door het herstelplan zullen worden getroffen. Teneinde een inzicht te verkrijgen in de toestand van de onderneming moeten alle schuldeisers hierin worden opgenomen. Ten slotte moet de schuldenaar aangeven of de wettelijke of conventionele verplichtingen om de werknemers of hun vertegenwoordigers in te lichten of te raadplegen werden voldaan.

**49.** Ten slotte bevat artikel 17 nog twee vrijblijvende formaliteiten. Zo kunnen de maatregelen en voorstellen die de schuldenaar overweegt om de rendabiliteit en de solvabiliteit van zijn onderneming te herstellen, om een eventueel sociaal plan in te zetten en om de schuldeisers te voldoen, worden neergelegd. Deze bepaling is toegevoegd aan het oorspronkelijke wetsvoorstel om te blijven beklemtonen dat het herstel van de rendabiliteit de motor is van elke reorganisatie. In tegenstelling tot wat artikel 11, 4° WGA vereiste, is de neerlegging van deze voorstellen facultatief en afhankelijk van de mogelijkheden van de schuldenaar. Tevens kunnen alle andere stukken die de schuldenaar nuttig oordeelt om het verzoek toe te lichten hieraan worden toegevoegd.

**50.** De vraag rijst of de neerlegging van de voorgaande stukken kan worden beschouwd als een ontvankelijkheids-

<sup>93</sup>. Toelichting bij de wet, p. 55.

<sup>94</sup>. P. COUSSEMENT, *o.c.*, nrs. 923-924. Ondernemingen met een recente jaarrekening hebben op grond van dit onderzoek in driekwart van de gevallen een negatieve EBITDA, terwijl ondernemingen met een oudere jaarrekening in driekwart van de gevallen een positieve EBITDA hebben. Dit bevestigt het vermoeden dat verouderde jaarrekeningen een te rooskleurige voorstelling geven van de financieel-economische situatie van de schuldenaar.

<sup>95</sup>. Art. 72, 1° herneemt art. 46 WGA en straft de schuldenaar met een gevangenisstraf van een maand tot twee jaar en met een geldboete van 5 tot 125.000 EUR, of met een van deze straffen alleen, indien hij, op welke wijze ook, om een procedure van gerechtelijke reorganisatie te verkrijgen of te vergemakkelijken, opzettelijk een gedeelte van zijn actief of van zijn passief heeft verborgen of dit actief overdreven of dit passief geminimaliseerd heeft.

<sup>96</sup>. In tegenstelling tot de simulatie van het boekhoudkundig verloop, zoals vereist door art. 11, 2° WGA, zal de schuldenaar duidelijk moeten aangeven hoe de kasstromen evolueren. Met afschrijvingen en andere boekhoudkundige ficties moet aldus geen rekening worden gehouden. De schuldenaar moet duidelijk aantonen welke fondsen in en uit de onderneming zullen vloeien gedurende deze periode.

<sup>97</sup>. Het regeringsamendement nr. 1 bepaalde aanvankelijk dat deze simulatie betrekking diende te hebben op de gevraagde of toegekende duur. Aangezien de schuldenaar deze simulatie onmiddellijk samen met het verzoekschrift kan neerleggen en in dit geval niet op de hoogte zal zijn van de toegekende duur van de opschorting, werd in gevolge een amendement in de Senaat de woorden "of toegekende" geschrapt. Zie Verslag Vandenberghe, 25.

vereiste, zoals het geval was in de akkoordprocedure. Strikt genomen zou kunnen worden geargumenteed dat de aanvang van de procedure inzake gerechtelijke reorganisatie aan geen enkele bijzondere ontvankelijkheidsvereiste is onderworpen. Krachtens artikel 23, eerste lid kan de procedure immers worden openverklaard indien het in artikel 17 § 1 bedoelde verzoekschrift is neergelegd en de continuïteit van de onderneming, onmiddellijk of op termijn, is bedreigd. De in de tweede paragraaf van deze bepaling vermelde stukken zijn hiertoe dus op het eerste gezicht niet vereist. Daarnaast stelt artikel 41 § 2 dat de niet-neerlegging van de in artikel 17 § 2, 1° tot 9° kan leiden tot de ambtshalve beëindiging van de procedure van gerechtelijke reorganisatie, hetgeen impliceert dat de procedure zou kunnen worden openverklaard zonder deze stukken. Ten slotte moet de rechtbank krachtens artikel 24 § 1, eerste lid het verzoekschrift behandelen binnen een termijn van tien dagen na de neerlegging, terwijl de neerlegging van de stukken bedoeld in artikel 17 § 2, 5° tot 9° pas noodzakelijk is binnen een termijn van veertien dagen na de neerlegging. Anderzijds staat artikel 17 vermeld onder de afdeling van het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie, zoals het geval was in de Wet Gerechtelijk Akkoord. De neerlegging van deze stukken zou vanuit deze systematiek kunnen worden beschouwd als een ontvankelijkheidsvereiste. Vanuit wetgevingstechnisch oogpunt valt er dus kritiek te geven op deze bepaling. De bedoelingen van de wetgever laten echter toe om het voorgaande met elkaar te verzoenen. Ten eerste kan er geen twijfel over bestaan dat de neerlegging van het verzoekschrift gepaard moet gaan met de neerlegging van de stukken van artikel 17 § 2, 1° tot 4°. De verlenging van de termijn van neerlegging van artikel 17 § 4 geldt hiervoor niet en deze stukken zijn essentieel opdat een beoordeling ten gronde kan plaatsvinden van de continuïteitsbedreiging. De neerlegging van de stukken bepaald in artikel 17 § 2, 1° tot 4° zou dan ook als een ontvankelijkheidsvereiste worden beschouwd. In wezen wordt echter het bewijs niet geleverd dat aan de grondvoorwaarde van de procedure inzake gerechtelijke reorganisatie is voldaan. Ongeacht het kenmerk dat aan deze vereiste wordt gegeven, zal de beoordeling hiervan alleen toekomen aan de rechtbank en geniet de schuldenaar in elk geval van de bescherming geboden door artikel 22. De stukken bedoeld in artikel 17 § 2, 5° tot 9° zijn niet noodzakelijk om de bedreiging van de continuïteit te beoordelen en moeten pas ten laatste neergelegd worden nadat de beoordelingstermijn van het verzoekschrift door de rechtbank is verstreken, zodat zij niet kunnen worden beschouwd als een ontvankelijkheidsvereiste. De systematiek van de wet verzet zich hier niet tegen aangezien de vermelding van deze stukken in de afdeling van het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie alleen is

ingegeven doordat de termijn van artikel 17 § 4 een aanvang neemt met de neerlegging van het verzoekschrift. Artikel 41 § 2 kan in het licht van deze laatste bepaling alleen van toepassing zijn op de stukken bedoeld in artikel 17 § 2, 5° tot 9°. Deze stukken zijn noodzakelijk om na te gaan of de schuldenaar kennelijk nog in staat is de continuïteit van zijn onderneming of activiteiten te verzekeren overeenkomstig het doel van de gekozen deelprocedure. De niet-naleving van deze verplichting tot neerlegging wordt dus afdoende gesanctioneerd maar de beslissing erover ligt volledig in handen van de rechtbank. Deze techniek biedt voldoende flexibiliteit om aan de schuldenaar een langere termijn toe te kennen om deze stukken op te stellen en neer te leggen indien de rechtbank dit wenselijk acht in het licht van de concrete omstandigheden.

**51.** Artikel 23 stelt slechts een grondvoorwaarde voor de openverklaring van de reorganisatieprocedure. De continuïteit van de onderneming moet onmiddellijk of op termijn worden bedreigd. Het bewijs hiervan zal kunnen worden geleverd op grond van de jaarrekeningen van de schuldenaar en de uiteenzetting van de gebeurtenissen die aanleiding hebben gegeven tot het verzoek. In navolging van artikel 9 § 1, tweede lid WGA wordt de continuïteit van de onderneming van een rechtspersoon in elk geval geacht te zijn bedreigd wanneer de verliezen het netto actief hebben herleid tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal<sup>98</sup>. Artikel 23 vereist niet langer dat het bewijs wordt geleverd dat de financieel-economische situatie van de onderneming kan worden hersteld. Zoals hoger reeds werd aangegeven, was de invulling van deze voorwaarden te problematisch in deze fase van de procedure en bracht ze te veel onzekerheid mee in hoofde van de aanvragers. Artikel 23, vijfde lid bepaalt daarom expliciet dat ook virtueel failliete ondernemingen in aanmerking komen voor de procedure. Evenmin wordt nog enige moraliteitsvoorwaarde gesteld. De kennelijke kwade trouw van de schuldenaar of zijn organen vormt geen grond meer om de openverklaring van de procedure af te wijzen, zelfs indien er geen of onvoldoende waarborgen kunnen worden verstrekt dat de verantwoordelijke uit het bestuur zal worden verwijderd. Het verzekeren van de continuïteit van de onderneming staat altijd op de voorgrond en de rechtbank zal in deze gevallen, op verzoek van elke belanghebbende of het Openbaar Ministerie, kunnen overgaan tot de aanstelling van een voorlopig bestuurder die, overeenkomstig artikel 28, het oorspronkelijk bestuur zal vervangen.

**52.** De enige beperking die werd ingevoerd heeft betrekking op repetitieve aanvragen. Wanneer het verzoek uitgaat

<sup>98</sup>. De parlementaire voorbereidingen geven geen uitsluitel over de oude discussie omtrent het weerlegbaar karakter van deze uitsluiting. Niettegenstaande een bedreiging van de continuïteit op termijn reeds volstaat, en niet langer wordt vereist dat de continuïteitsbedreiging op min of meer korte termijn aanleiding zal geven tot het ophouden te betalen, moet nog steeds worden aangenomen dat dit vermoeden weerlegbaar is. Deze boekhoudkundige criteria geven immers maar een ruwe benadering van de realiteit en de rechtbank kan in het licht van de concrete omstandigheden beslissen dat er geen gevaar is op discontinuïteit en de schuldenaar de procedure alleen wenst aan te wenden om een gedwongen schuldkijschelding aan bepaalde schuldeisers op te dringen.

van een schuldenaar die minder dan drie jaar voordien al een reorganisatieprocedure heeft aangewend, kan de nieuwe procedure alleen strekken tot de overdracht onder gerechtelijk gezag. Een nieuw collectief akkoord kort na een vroeger collectief akkoord is dus niet mogelijk. Hierdoor is van het grootste belang geworden dat van de eerste maal een haalbaar collectief akkoord wordt gesloten. In tegenstelling tot de akkoordprocedure, voorziet de wet immers niet meer in de mogelijkheid om een goedgekeurd akkoord naderhand nog te wijzigen zonder opnieuw een verzoek tot reorganisatie in te dienen.

**53.** De rechtbank behandelt het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie binnen een termijn van tien dagen na de neerlegging van het verzoekschrift ter griffie (art. 24)<sup>99</sup>. Deze behandeling gebeurt in raadkamer, tenzij de schuldenaar hier uitdrukkelijk anders om verzoekt. Binnen een termijn van acht dagen na de behandeling doet de rechtbank uitspraak bij vonnis. De rechtbank zal voor deze beoordeling beroep kunnen doen op het verslag van de gedelegeerd rechter. Onmiddellijk na de neerlegging van het verzoekschrift moet door de voorzitter van de rechtbank immers een gedelegeerd rechter worden aangeduid die verslag zal uitbrengen over de ontvankelijkheid en de gegrondheid van het verzoek (art. 18). Indien de rechtbank het verzoek inwilligt, zal dit vonnis binnen een termijn van vijf dagen na de dagtekening bij uittreksel worden bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* (art. 26). Indien de rechtbank de aanvraag verworpt, wordt alleen de schuldenaar en de voorzitter van de rechtbank hiervan in kennis gesteld (art. 25 en 26 § 3)<sup>100</sup>. Tegen deze beslissingen staat geen verzet open maar wel hoger beroep voor zover het binnen de acht dagen na de kennisgeving van het vonnis wordt ingediend. Als de vordering het vonnis verworpt, schort het hoger beroep de uitspraak op (art. 29).

## De gerechtelijke controle op de schuldenaar

### *Regelgevend dilemma*

**54.** De positie van de schuldenaar bepalen binnen reorganisatieprocedures is vanuit regelgevend oogpunt steeds een moeilijke evenwichtsoefening en de vraag rijst in het bijzonder in welke mate het oorspronkelijke bestuur de volledige

vrijheid moet krijgen om te oordelen over de inhoud van de reorganisatie. Vaak zijn de moeilijkheden van de onderneming immers het gevolg van verkeerde beleidsbeslissingen van dit bestuur in het verleden, zodat er twijfels kunnen worden geopperd of ditzelfde bestuur wel het best geplaatst is om een koerswijziging te voltrekken. Zelfs indien een overdracht de meest aangewezen optie is om de continuïteit van de onderneming te bestendigen zullen bestuurders steeds een duidelijke voorkeur hebben voor de goedkeuring van een collectief akkoord<sup>101</sup>. Daarboven komt nog dat de gehavende kapitaalstructuur van de onderneming dit bestuur niet altijd van de gepaste incentives voorziet. Bepaalde waardecreërende investeringen worden niet meer nagestreefd omdat de opbrengst ervan nagenoeg volledig naar de schuldeisers zou gaan, terwijl om dezelfde reden zeer risicovolle projecten interessanter worden, niettegenstaande het potentieel waardeverlies voor de schuldeisers<sup>102</sup>. Daartegenover staat dat dit bestuur het best op de hoogte is van het reilen en zeilen van de onderneming en voor de nodige continuïteit zorgt. Indien zij hun bevoegdheden integraal behouden zullen zij verder sneller geneigd zijn de procedure aan te vatten. Controlemechanismen brengen daarenboven veel kosten teweeg waarvoor de onderneming in moeilijkheden vaak aan fondsen ontbreekt. De wetgever heeft de inschatting gemaakt dat voor de meerderheid van de ondernemingen deze laatste argumenten het zwaarst doorwegen. Alleen indien er duidelijke aanwijzingen zijn voor het tegendeel, kunnen bijzondere controlemechanismen in actie treden.

### *De afschaffing van de verplichte bijstand en controle door een commissaris inzake opschorting*

**55.** In de nieuwe reorganisatieprocedure behouden de schuldenaar en zijn organen de volheid van bevoegdheid. Een opmerkelijk verschil met de akkoordprocedure is de afschaffing van de verplichte aanstelling van een commissaris inzake opschorting. Uit de toelichting bij de wet blijkt dat de wetgever vond dat de aanstelling ervan vaak zeer duur was voor een weinig bevredigend resultaat<sup>103</sup>. Het kostprijsargument woog vooral zwaar door ten aanzien van kleine ondernemingen. In de grote ondernemingen was de commissaris inzake opschorting bij gebrek aan sectorale

<sup>99</sup>. Krachtens art. 24 § 1, tweede lid wordt de schuldenaar uiterlijk drie vrije dagen voor de zitting opgeroepen door de griffier. De schuldenaar kan echter aan deze termijn verzaken teneinde een snellere behandeling te bekomen.

<sup>100</sup>. Volgens de toelichting bij de wet moet de kennisgeving aan de voorzitter van de rechtbank gebeuren om hem of haar toe te laten de nodige maatregelen te treffen tot de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder overeenkomstig art. 8 Faillissementswet. Zie Toelichting bij de wet, p. 59. Deze verantwoording kan echter moeilijk worden aanvaard. Een verwerping kan inhoudelijk alleen zijn ingegeven door het feit dat de onderneming zich nog niet in voldoende zware moeilijkheden bevindt. Een aanstelling van de faillissementsrechtelijke voorlopige bewindvoerder is in dit geval dan ook helemaal niet aan de orde. Art. 23, laatste lid laat hier geen twijfel over bestaan. De staat van faillissement vormt geen beletsel om de procedure open te verklaren. Indien er sprake zou zijn van kennelijke kwade trouw of bedrog van de schuldenaar waarvan de continuïteit is bedreigd, zal alleen tot de aanstelling van de voorlopige bestuurder overeenkomstig art. 28 kunnen worden overgegaan (zie nr. 51). Alleen indien het verzoek zou worden verworpen op procedurele gronden, zoals de aanvraag door een persoon die hiervoor niet bevoegd is, zou art. 8 Faill.W. kunnen worden toegepast.

<sup>101</sup>. Zie hoger nr. 21.

<sup>102</sup>. P. COUSSEMENT, *o.c.*, nrs. 126-132.

<sup>103</sup>. Toelichting bij de wet, p. 42.

expertise veelal niet bij machte het nodige weerwerk te bieden ten aanzien van de raad van bestuur en het management. De commissaris inzake opschorting had echter geen eenduidige opdracht in de praktijk, waarbij zowel de rechtbank, de schuldenaar en de chirografaire en gewaarborgde schuldeisers druk uitoefenden om hun vaak tegengestelde belangen door hem of haar te laten verdedigen, hetgeen de beoordeling van de resultaten van zijn opdracht er niet op vereenvoudigde. Uit een analyse van de Dataset Gerechtelijk Akkoord blijkt dat de commissaris inzake opschorting, en vooral zijn ervaring als commissaris-revisor of als lid van een raad van bestuur, een positieve invloed had op de overlevingskansen van de onderneming tijdens de definitieve opschorting<sup>104</sup>. Doordat verschillende rechtbanken bleven vasthouden aan dezelfde personen voor deze taak, ongeacht de soms bedroevende resultaten, is de perceptie echter ontstaan dat deze figuur zelden enige toegevoegde waarde had.

**56.** De aanstelling van een gerechtsmandataris is in de nieuwe procedure slechts facultatief. De schuldenaar of een belanghebbende derde moeten overeenkomstig artikel 27 hiertoe het initiatief nemen. Ambtshalve kan dit niet. Indien het verzoek uitgaat van de schuldenaar bepaalt de rechtbank de opdracht op basis van dit verzoek. De rechtbank kan de gerechtsmandataris in dit geval geen ruimere opdracht geven dan hetgeen wordt gewenst door de schuldenaar. Indien het verzoek uitgaat van een belanghebbende derde, bepaalt artikel 27 § 2 alleen dat het verzoek de opdracht moet omschrijven die wordt voorgesteld door de verzoeker. Deze verschillende bewoordingen geven aan dat de rechtbank in dit geval een ruimere vrijheid geniet ten aanzien van de invulling van de opdracht en niet is beperkt tot het voorstel van de verzoeker. Net zoals het geval was onder artikel 19 WGA heeft de gerechtsmandataris tot taak de schuldenaar bij te staan in de gerechtelijke reorganisatie. De opdracht van de gerechtsmandataris moet met deze taakomschrijving corresponderen. Niettegenstaande de nieuwe wet dit niet expliciet aangeeft, moet worden aangenomen dat zijn opdracht, binnen de geschetste beoordelingsvrijheid van de rechtbank, er tevens uit kan bestaan om zijn machtiging te verlenen aan bepaalde handelingen, zoals werd voorzien door artikel 15 § 1, derde lid WGA. Bij gebrek aan bijzondere sanctieregeling, zal hiervoor echter beroep moeten worden gedaan op de bestuurdersaansprakelijkheid. Deze sanctieregeling lijkt op zijn plaats aangezien, in tegenstelling tot artikel 28, de artikelen 26 en 27 niet vereisen dat de opdracht van deze gerechtsmandataris bekend wordt gemaakt in het *Belgisch Staatsblad*, zodat de schuldeisers op de hoogte zouden kunnen zijn van een beperking van de handelingsbekwaamheid van hun schuldenaar. Aldus is de

sanctie van de niet-tegenwerpelijheid van de betrokken handeling, zoals werd bepaald door artikel 15 § 1, vierde lid, hier niet gerechtvaardigd.

**57.** Op de gerechtsmandataris ex artikel 27 kan niet worden vertrouwd als orgaan om controle uit te oefenen op de schuldenaar. Er valt moeilijk in te zien waarom een schuldenaar vrijwillig beroep zou doen op een gerechtsmandataris en de daartoe vereiste fondsen niet zou aanwenden om professionele adviesverleners te vergoeden die alleen oog hebben voor de belangen van de schuldenaar zelf. De mogelijkheid die belanghebbende derden, en voornamelijk de schuldeisers, genieten om hiertoe een verzoek in te dienen, zal evenmin een ruime toepassing genieten. Artikel 27 § 2 bepaalt immers uitdrukkelijk dat de verzoeker moet instaan voor de kosten en het ereloon van de gerechtsmandataris. Normaliter zal geen enkele rationele schuldeiser echter bereid zijn om de volledige kost te dragen van een maatregel die de collectiviteit van belanghebbenden ten goede kan komen. Indien er objectieve redenen voorhanden zijn om aan de betrouwbaarheid van de schuldenaar of van zijn organen te twijfelen, kan worden verwacht dat een individuele schuldeiser eerder beroep zal doen op de voorlopige bestuurder overeenkomstig artikel 28, in welk geval de rechtbank kan beslissen om de schuldenaar zelf voor de kosten te laten instaan<sup>105</sup>. De toelichting bij de wet rechtvaardigt deze gedwongen aanstelling door te verwijzen naar de situatie waarin een kredietgever eist dat de onderneming wordt bijgestaan door een deskundige. Men kan zich echter de vraag stellen of deze kredietverlener zijn feitelijke of contractuele machtspositie niet zal aanwenden om, onder zijn voorwaarden, een vrijwillige aanstelling af te dwingen aan de schuldenaar. De kosten ervan worden dan immers gedragen door de schuldenaar en deze laatste ontloopt het risico dat de rechtbank de gerechtsmandataris een ruimere opdracht geeft dan hetgeen werd verzocht.

### *De gedelegeerd rechter als controleorgaan*

**58.** De reguliere controle op de schuldenaar wordt in de nieuwe procedure uitgeoefend door een gedelegeerd rechter. De voorzitter van de rechtbank wijst de gedelegeerd rechter onmiddellijk na de neerlegging van het verzoekschrift aan onder de rechters bij de bevoegde rechtbank van koophandel, de voorzitter uitgezonderd (art. 18, eerste lid). De opdracht van de gedelegeerd rechter is ruim geformuleerd. Hij waakt over de naleving van de wet en licht de rechtbank in over de evolutie van de toestand van de schuldenaar (art. 19, eerste lid). Hiertoe kan de gedelegeerd rechter de

<sup>104</sup>. B. LEYMAN, K. SCHOORS en P. COUSSEMENT, *The Role of Firm Viability, Creditor Behavior and Judicial Discretion in the Failure of Distressed Firms under Court-supervised Restructuring: Evidence from Belgium 2008*, 4.13-14, 4.16 en 4.19, beschikbaar op [http://www.feb.ugent.be/Fac/Research/Proefschriften/leyman\\_b\\_proefschrift.pdf](http://www.feb.ugent.be/Fac/Research/Proefschriften/leyman_b_proefschrift.pdf).

<sup>105</sup>. Zie nr. 38.

schuldenaar of elke andere persoon horen en bij de schuldenaar de informatie opvragen die nodig is om zijn toestand te beoordelen (art. 18, derde lid). Naast de controle op de naleving door de schuldenaar van de kennisgevingen aan de schuldeisers (art. 26 § 2), zal de gedelegeerd rechter verslag uitbrengen over de betwiste schuldvorderingen (art. 46 § 2) en de toegang tot het dossier inzake gerechtelijke reorganisatie beheren (art. 20). Deze opdrachten leunen sterk aan bij de positie van de rechter-commissaris in de faillissementsprocedure, die in de regel wordt waargenomen door rechters in handelszaken. De gebrekkige financiële en organisatorische ondersteuning van de rechters in handelszaken bij de uitoefening van deze functies laat echter vermoeden dat er weinig ruimte zal zijn om tot een uitgebreide, inhoudelijke controle van de toestand en het gedrag van de schuldenaar tijdens de opschorting te kunnen overgaan<sup>106</sup>.

### ***De voorlopige bestuurder van artikel 28 WCO***

**59.** Uit het voorgaande blijkt dat de reguliere controle op de schuldenaar in vergelijking met de akkoordprocedure is afgezwakt. De nieuwe procedure is echter niet blind voor het gevaar op wanbeheer of frauduleuze handelingen bij een onderneming in moeilijkheden en herstelt het evenwicht tussen de hoger geschetste overwegingen door te voorzien in de mogelijkheid om een voorlopig bestuurder aan te stellen die het volledige beheer over de onderneming overneemt en het oorspronkelijke bestuur vervangt. Niettegenstaande deze maatregel een uitzonderlijk karakter moet hebben, anders zou het bestuur van ondernemingen te zeer worden afgeschrikt om de procedure tijdig aan te vatten, zal de vrees voor de toepassing ervan het bestuur er normaliter van weerhouden om schuldeiserbenadelende strategieën na te streven. In tegenstelling tot de akkoordprocedure, en het passieve vetorecht dat aan de commissaris inzake opschorting kon worden toegekend, zal het voor de toekomst mogelijk worden om actief op te treden in de reorganisatie en nieuwe strategieën te implementeren.

**60.** Krachtens artikel 28 kan tot de aanstelling van een voorlopige bestuurder worden overgegaan indien de schuldenaar of een van zijn organen een kennelijke grove fout hebben begaan of blijk geven van kennelijke kwade trouw. De wetgever zoekt met deze bepaling aansluiting bij de rechtspraak omtrent de voorlopige bewindvoerder in vennootschappen en de aansprakelijkheidsgronden van de artikelen 265 en 530 W.Venn. Naast frauduleus handelen, zal manifest wanbeheer of het verstrekken van valse informatie aan de rechtbank of de schuldeisers een grond uitmaken om een voorlopig bestuurder aan te stellen. Zoals ten aanzien van de gerechtshandelaar van artikel 17 werd verdedigd, zal ook hier de loutere financieel-economische situatie van

de schuldenaar geen bewijs inhouden van de kennelijke grove fout of kwade trouw. Verzoekschriften daartoe moeten voldoende specifiek worden geformuleerd. Indien nodig kan de rechtbank gebruik maken van haar bevoegdheid ex artikel 21 om de vereiste informatie te bekomen van de schuldenaar. In tegenstelling tot artikel 59 § 2 kan elke belanghebbende deze vordering instellen. Naast de schuldeisers, komen hiervoor de werknemers, de werknemersvertegenwoordigers en, binnen bepaalde grenzen, de Staat hiervoor in aanmerking.

**61.** Artikel 28 is een “alles of niets”-maatregel. De rechtbank kan alleen overgaan tot de volledige vervanging van het bestuur. Dit heeft als voordeel dat de schuldenaar te goeder trouw niet moet vrezen dat de aanvang van de procedure zou leiden tot een verregaande inmenging in zijn bestuur. In de Amerikaanse Chapter 11-procedure wordt dezelfde techniek toegepast. De keuze van de voorlopige bestuurder zal nog meer dan voor de andere mandatarissen cruciaal zijn voor de toekomst van de onderneming. Artikel 71 is op deze aanstelling van toepassing waardoor de voorlopige bestuurder de nodige waarborgen moet bieden op het vlak van bekwaamheid, ervaring, onafhankelijkheid en onpartijdigheid (art. 71, tweede lid). Onder de akkoordprocedure werd op grond van deze laatste twee voorwaarden aangenomen dat alleen een vrije beroepsbeoefenaar, die onderhevig was aan een deontologische code, als commissaris inzake opschorting kon optreden. Aangezien de voorlopige bestuurder de daadwerkelijke leiding over de onderneming zal overnemen, moeten de concrete omstandigheden van de zaak toelaten om meer belang te hechten aan de eerste twee voorwaarden, namelijk bekwaamheid en ervaring. De aanstelling van een (crisis)manager moet dus tot de mogelijkheden behoren, met name indien de onderneming in een bijzondere sector opereert.

### ***Besluit: de rechtbank als voornaamste controleorgaan***

**62.** In de akkoordprocedure was de commissaris inzake opschorting de ogen en oren van de rechtbank op het veld en zijn advies was in de regel beslissend voor het verdere verloop van de procedure. In de nieuwe procedure valt dit concrete toezicht weg en moet de rechtbank, hierin bijgestaan door de gedelegeerd rechter, afgaan op de informatie die ze bekomt van de schuldenaar en de schuldeisers. De schuldeisers zijn echter een groep met heterogene belangen en vooral voor de chirografaire schuldeisers wegen de kosten van coördinatie en informatiegaring veelal te zwaar opdat deze groep actief zou optreden in de procedure. Een schuldeiserscomité, zoals aanwezig in de reorganisatieprocedures van onder meer de Verenigde Staten, Duitsland en Frankrijk, had hiervoor een oplossing kunnen bieden<sup>107</sup>. Deze optie

<sup>106</sup> J.-Ph. LEBEAU, “La ‘qualité totale’ dans le contrôle des fonds de faillite”, *T.B.H.* 2005, 211-219.

<sup>107</sup> P. COUSSEMENT, *o.c.*, nrs. 486-491.

werd overwogen bij de totstandkoming van de nieuwe wet maar de kostprijs voor de schuldenaar werd te hoog beschouwd in het licht van de verwachte meerwaarde ervan, zoals het geval was ten aanzien van de commissaris inzake opschorting. De afwezigheid van een orgaan dat de chiro-grafaire en algemeen bevoorrechte schuldeisers vertegenwoordigt zorgt er echter voor dat de invloed van de gewaarborgde schuldeisers op de beoordeling van de rechtbank zal toenemen. Kredietinstellingen beschikken immers over gespecialiseerde departementen om hun noodlijdende klanten op te volgen en relevante informatie te vergaren. Zowel theoretisch als empirisch onderzoek toont echter aan dat bijzonder gewaarborgde schuldeisers afkerig staan ten aanzien van reorganisatieprocedures, zodat ervoor moet worden gevreesd dat de door hen kenbaar gemaakte informatie gekleurd is<sup>108</sup>.

**63.** In haar zoektocht naar relevante informatie kan de rechtbank beroep doen op artikel 21. Op grond van deze bepaling kan de rechtbank op vordering van iedere belanghebbende de overlegging en neerlegging in het dossier van de gerechtelijke reorganisatie bevelen van stukken die belangrijke informatie verstrekken over alle beslissingen die kunnen worden genomen tijdens de opschorting, in zoverre er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens daartoe bestaan. Deze bepaling herneemt in essentie de procedure van overlegging van stukken zoals voorzien door de artikelen 878 tot 881 van het Gerechtelijk Wetboek, zodat er van bijzondere technieken om informatie te vergaren over de levensvatbaarheid van de onderneming niet echt sprake is. De rechtbank zal in belangrijke mate moeten afgaan op de verklaringen van de schuldenaar<sup>109</sup>. De rechtbank staat hierdoor voor een moeilijke taak om onafhankelijke en accurate informatie in te winnen en een adequaat toezicht uit te oefenen op de schuldenaar. Een mogelijke techniek die hen hierin kan helpen, bestaat erin om te werken met tussentijdse controles. De nieuwe bepalingen betreffende de duur van de opschorting bieden hiervoor de nodige ruimte en worden hierna besproken.

## De duur van de opschorting

**64.** De opschorting is de periode waarin de schuldenaar een minnelijk of collectief akkoord voorbereidt, onderhandelt en sluit met zijn schuldeisers of de overdracht van het geheel of een gedeelte van de onderneming verwezenlijkt.

Indien de gebrekkige rendabiliteit van de onderneming aan de oorsprong ligt van de moeilijkheden, wat het geval was voor een meerderheid van de ondernemingen in de akkoordprocedure, zal de schuldenaar gedurende de opschorting ook een economische reorganisatie moeten doorvoeren om de rendabiliteit te herstellen, zodat de nodige fondsen aanwezig zijn om de bestaande schulden volgens het herstelplan af te lossen. In het licht van de onmogelijkheid om een collectief akkoord te wijzigen gedurende de uitvoering ervan, is het daarom van het grootste belang dat de schuldenaar voldoende tijd ter beschikking heeft om een herstelstrategie te implementeren. In de akkoordprocedure was deze tijd echter beperkt tot een initiële duur van de voorlopige opschorting van maximaal zes maanden, die slechts eenmaal kon worden verlengd met een periode van maximaal drie maanden. Vooral voor grote ondernemingen werden deze termijnen als te kort beschouwd<sup>110</sup>. Een verlenging van deze termijn is dus wenselijk maar houdt anderzijds een risico in dat niet-levensvatbare ondernemingen te lang in de procedure kunnen doorbrengen.

**65.** De nieuwe wet voorziet in een evenwichtige oplossing voor dit probleem. De initiële maximumduur van de opschorting, zoals bepaald in het vonnis dat de procedure openverklaart, bedraagt nog steeds zes maanden (art. 24 § 2). Volgens de wetgever zou deze termijn in normale omstandigheden moeten volstaan om het nagestreefde doel van de procedure te verwezenlijken en zou een langere aanvangstermijn een aanzienlijke last inhouden voor de schuldeisers en tot de ontregeling van de bestaande kredietmarkt kunnen leiden<sup>111</sup>. Op verzoek van de schuldenaar en op verslag van de gedelegeerd rechter kan de rechtbank de opschorting echter verlengen, zonder dat de maximale duur ervan de twaalf maanden vanaf de openverklaring van de procedure overschrijdt (art. 38 § 1).

**66.** Het aantal verlengingen is dus niet langer beperkt en dit laat toe om op gepaste tijdstippen tot een tussentijdse controle over te gaan van de slaagkansen van de nagestreefde procedure. Indien de rechtbank ernstige twijfels heeft over de levensvatbaarheid van de onderneming en vreest dat de schuldeisers de schuldenaar niet voldoende actief zullen opvolgen om tijdig een verzoek tot herroeping in te dienen, kan de rechtbank werken met kortere periodes van opschorting van bijvoorbeeld drie maanden die telkensmale moeten worden verlengd<sup>112</sup>. De schuldenaar zal daartoe de nodige overtuigingsstukken moeten overleggen aan de

<sup>108.</sup> B. LEYMAN en K. SCHOORS, *Bank Debt Restructuring under Belgian Court-Supervised Reorganization* 2008, 3.5 ev., beschikbaar op [http://www.feb.ugent.be/Fac/Research/Proefschriften/leyman\\_b\\_proefschrift.pdf](http://www.feb.ugent.be/Fac/Research/Proefschriften/leyman_b_proefschrift.pdf).

<sup>109.</sup> Art. 72, 4° voorziet in de strafbaarstelling van de schuldenaar die wetens en willens onjuiste of onvolledige verklaringen over de staat van zijn zaken of de vooruitzichten van de reorganisatie heeft gedaan of laten doen aan de rechtbank of de gerechtsmandataris (art. 72, 4°).

<sup>110.</sup> P. COUSSEMENT, o.c., nrs. 959-963; K.B., "Christian Van Buggenhout wil duur akkoord overlaten aan de rechter", *De Tijd* 18 mei 2004; P. DENDOOVEN, "Zenner en Peeters kritisch over economisch recht. Economische wetgeving handicapt bedrijven", *De Standaard* 12 november 2003.

<sup>111.</sup> Toelichting bij de wet, p. 59.

<sup>112.</sup> In de akkoordprocedure zou deze werkwijze tot gevolg hebben dat de maximumduur van de voorlopige opschorting werd beperkt tot zes maanden. Vgl. J. WINDEY, "Bilan de trois années d'application de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire", *T.B.H.* 2002, 19.

rechtbank die de herstelstrategie toelichten, de verwachte resultaten hiervan en toelaten ze af te toetsen aan de realiteit. Vooral voor kleine ondernemingen, waar in de regel de geringe omvang van de individuele schuldvorderingen een grondige opvolging door de schuldeisers niet economisch rechtvaardigt, kan deze werkwijze worden aanbevolen.

**67.** Grote ondernemingen hebben in de regel meer actieve schuldeisers maar de economische reorganisatie ervan is ook complexer en kost meer tijd. De rigide termijnen van de akkoordprocedure waren waarschijnlijk mee ervoor verantwoordelijk dat zo weinig grote ondernemingen hierop beroep deden. Om hieraan tegemoet te komen voorziet de nieuwe procedure in de mogelijkheid om bovenop de normale termijn van twaalf maanden een bijkomende verlenging van zes maanden toe te kennen wegens buitengewone omstandigheden (art. 38 § 2). Deze buitengewone omstandigheden zijn in het bijzonder de omvang van de onderneming, de complexiteit van de zaak of de hoegrootheid van het behoud van de werkgelegenheid. De invulling van deze criteria wordt overgelaten aan de rechtbank omdat objectieve criteria, zoals het onderscheid tussen grote en kleine vennootschappen uit het Wetboek van Vennootschappen, onvoldoende aangepast zijn voor deze situaties<sup>113</sup>. Kleine vennootschappen zijn hiervan niet bij voorbaat uitgesloten maar op de rechtbank rust een grotere motiveringsplicht. In het kader van een collectief akkoord kan de totale duur van de opschorting dus oplopen tot anderhalf jaar. De schuldenaar die een opschorting wenst op te leggen aan de buitengewone schuldeisers zal echter moeten rekening houden dat de maximumtermijn hiervoor aanvankelijk bij de openverklaring van de procedure<sup>114</sup>. Op deze manier heeft een schuldenaar er een belang bij de opschorting niet langer dan noodzakelijk te laten voortduren.

**68.** Een bijkomende verlenging van de opschorting van zes maanden kan daarnaast worden bekomen indien de procedure van de overdracht onder gerechtelijk gezag wordt openverklaard (art. 60, tweede lid). Onder de akkoordprocedure had de herroeping van de voorlopige opschorting in de regel tot gevolg dat er onvoldoende tijd overbleef om nog een overdracht van de onderneming te realiseren met behoud van de opschorting. Veelal kon enkel nog beroep gedaan worden op de bijkomende verlenging van drie maanden en dit tijdsbestek is in de regel te kort om tot een goede overdracht over te gaan. Een verkoop onder sterke tijdsdruk levert immers zelden een correcte prijs op voor de schuldeisers. In de nieuwe procedure kan de gerechtsmandataris, bovenop de hiervoor beschreven verlengingen van de opschorting, van een bijkomende termijn van zes maanden

genieten, waardoor de overdrachtsprocedure haar voorziene rol naar behoren kan vervullen.

## De vrijwillige of gedwongen doelswijziging en de verzaking

**69.** De door de nieuwe procedure gehanteerde portaalbenadering komt tot uiting in mogelijkheden om, vrijwillig dan wel gedwongen, een overgang te bekomen tussen de verschillende deelprocedures. De vrijwillige overgang wordt geregeld door artikel 39. De schuldenaar kan op elk ogenblik tijdens de opschorting aan de rechtbank vragen om het doel van de procedure te wijzigen van een minnelijk akkoord in een collectief akkoord, dan wel van een collectief akkoord naar een overdracht. Een schuldenaar die vaststelt dat zijn situatie ernstiger is dan aanvankelijk vooropgesteld kan op grond hiervan een meer geschikte deelprocedure bekomen<sup>115</sup>. De gebruikte bewoordingen van deze bepaling tonen aan dat de rechtbank hieromtrent een beoordelingsvrijheid behoudt<sup>116</sup>. Nochtans zal een afwijzing slechts uitzonderlijk gerechtvaardigd zijn. Indien het bestuur van een vennootschap vrijwillig om een overdracht onder gerechtelijk gezag verzoekt, wat zal resulteren in het verlies van hun bestuursmandaten en lidmaatschapsrechten, mag immers worden aangenomen dat er geen enkele kans meer bestaat om een haalbaar reorganisatieplan af te sluiten.

**70.** Artikel 41 voorziet in de gedwongen herroeping van een deelprocedure. Indien de schuldenaar kennelijk niet meer in staat is de continuïteit van het geheel of een gedeelte van zijn onderneming of haar activiteiten te verzekeren overeenkomstig het doel van de procedure kan de rechtbank de voortijdige beëindiging van de procedure bevelen. Het open portaal van de procedure betekent niet dat de schuldenaar de volledige vrijheid behoudt om de meest geschikte deelprocedure te kiezen, zoals hoger reeds werd aangegeven<sup>117</sup>. Deze bepaling bouwt echter enkele waarborgen in voor de schuldenaar die ervoor moeten zorgen dat de open portaalbenadering niet wordt ondermijnd door een al te voortvarend optreden van de schuldeisers of de rechtbank. Ten eerste kan de rechtbank niet ambtshalve overgaan tot de beëindiging van de procedure wegens de kennelijke onmogelijkheid tot reorganisatie. Hiertoe is een verzoek van de schuldenaar of een dagvaarding van het Openbaar Ministerie of van iedere belanghebbende vereist. De rechtbank heeft deze bevoegdheid alleen indien de schuldenaar de stukken bepaald in artikel 17 § 2 niet tijdig neerlegt<sup>118</sup>. Ten tweede krijgt de schuldenaar de garantie dat deze beslissing niet onmiddellijk na

<sup>113.</sup> Verslag Perpète, 155.

<sup>114.</sup> Zie verder nr. 82.

<sup>115.</sup> Toelichting bij de wet, p. 64.

<sup>116.</sup> Vgl. de bewoordingen en toelichting bij het verzakingsrecht overeenkomstig art. 40. Zie voetnoot 123.

<sup>117.</sup> Zie nr. 21.

<sup>118.</sup> Zie nr. 50.

de openverklaring van de procedure kan worden genomen maar ten vroegste dertig dagen na de neerlegging van het verzoekschrift. De schuldenaar kan in deze periode contacten leggen met zijn schuldeisers en zijn dossier van gerechtelijke reorganisatie aanvullen met de informatie voorzien in artikel 17 § 2, 5° tot 9° en alle andere nuttige stukken. Ten derde heeft de rechtbank alleen een marginale toetsingsbevoegdheid. De voortijdige beëindiging van de procedure kan alleen worden uitgesproken indien de schuldenaar *kennelijk* niet meer in staat is de continuïteit van zijn onderneming te verzekeren overeenkomstig het door hem beoogde doel van de procedure<sup>119</sup>. De operationele rendabiliteit van de onderneming, en met name het bruto- en nettobedrijfsresultaat en de verkoopmarge, moeten in beginsel als determinerende parameters dienen bij het selecteren van levensvatbare ondernemingen. De beoordeling van de levensvatbaarheid van een onderneming vereist een afweging tussen de slaagen faalkansen van de vooropgestelde reorganisatiestrategie, gaat samen met veel onzekerheden en laat veel ruimte voor een persoonlijke invulling omwille van de inschatting van de toekomstperspectieven. Door de rechtbank alleen een marginale toetsingsbevoegdheid te verlenen wil de wetgever subjectieve beoordelingen weren en de schuldenaar het voordeel van de twijfel gunnen. Zolang er grote onzekerheid bestaat omtrent de toekomst van de onderneming, en meer bepaald de verwachte inkomsten ervan, kan de rechtbank voorlopig niet besluiten tot de voortijdige beëindiging<sup>120</sup>. Deze onzekerheid zal groot zijn indien er een grote volatilititeit bestaat in de kasstromen van de onderneming en er nog weinig informatie beschikbaar is over de gevolgen van de gekozen herstelstrategie. Echter, naarmate de procedure vordert en nieuwe informatie wordt bekomen, zal deze onzekerheid normaliter afnemen en zal de rechtbank sneller kunnen besluiten tot de kennelijke onmogelijkheid om de vooropgestelde reorganisatie te verwezenlijken. Uit de filosofie van de wet en de onmogelijkheid om gedurende de eerste dertig dagen tot een voortijdige beëindiging over te gaan moet dan ook worden afgeleid dat het tijdstip van de beoordeling relevant is voor de invulling van dit criterium. De eiser die reeds in de eerste maanden na de aanvang van de opschorting een dergelijk verzoek indient, moet aantonen dat elke reorgani-

satiepoging hopeloos en irrealistisch is. Naarmate de tijd verstrijkt in de procedure, zal de afwezigheid van een positieve evolutie in de inkomstenstroom sneller kunnen worden aanvaard als grond om tot deze beëindiging over te gaan.

**71.** De beslissing tot voortijdige beëindiging overeenkomstig artikel 41 kan gepaard gaan met andere beslissingen. Krachtens artikel 59 § 2, 2° kan de rechtbank tezelfdertijd tot de overdracht onder gerechtelijk gezag besluiten indien hierom wordt verzocht in het verzoekschrift of de dagvaarding. Indien deze beëindiging wordt uitgesproken op grond van artikel 41 § 1 kan de rechtbank in hetzelfde vonnis het faillissement van de schuldenaar verklaren of, indien de schuldenaar een vennootschap is, de gerechtelijke ontbinding uitspreken, wanneer zulks gevraagd is in de dagvaarding en aan de voorwaarden hiertoe is voldaan (art. 41 § 1, derde lid). De rechtbank heeft, in tegenstelling tot artikel 24, tweede lid WGA, dus niet langer de bevoegdheid om ambtshalve het faillissement uit te spreken indien tot voortijdige beëindiging wordt besloten. Indien de rechtbank ambtshalve tot de voortijdige beëindiging besluit wegens niet-neerlegging van de in artikel 17 § 2 bepaalde stukken, kan de rechtbank niet overgaan tot de ambtshalve faillietverklaring of de gerechtelijke ontbinding<sup>121</sup>.

**72.** Tot slot kan de schuldenaar krachtens artikel 40 op elk ogenblik tijdens de procedure geheel of gedeeltelijk verzaaken aan zijn vordering tot gerechtelijke reorganisatie. Deze mogelijkheid is voorzien voor het geval waarin de schuldenaar erin slaagt zijn situatie snel te herstellen en dus geen nood meer heeft aan de procedure<sup>122</sup>. Uit de bewoordingen van deze bepaling valt af te leiden dat de rechtbank hieromtrent geen beoordelingsbevoegdheid heeft<sup>123</sup>. De schuldeisers mogen hier echter niet het slachtoffer van worden. Deze bepaling stelt daarom als voorwaarde, maar in wezen als een gevolg, dat de schuldenaar zijn verbintenissen volledig moet uitvoeren volgens de voorwaarden en nadere regels overeengekomen met de bij de verzaking betrokken schuldeisers, indien de verzaking gedeeltelijk is, of met alle schuldeisers indien de verzaking volledig is.

<sup>119.</sup> In de akkoordprocedure werden zeer uiteenlopende criteria gehanteerd. Een deel van de rechtspraak vereiste dat de schuldenaar aantoonde dat de redding van de onderneming waarschijnlijk was of er reële kansen daartoe bestonden. Zie o.a. Luik 27 september 2001, *J.L.M.B.* 2002, 231; Brussel 26 januari 1999, *Rev. prat. soc.* 1999, 321. Voor een deel van de rechtspraak waren twijfels over de mogelijkheid tot herstel geen beletsel of volstond het dat dit herstel niet volledig kon worden uitgesloten. Zie Bergen 15 mei 2000, *J.L.M.B.* 2001, 380; Kh. Gent 7 mei 1998, *R.W.* 1998-99, 340; Gent 19 april 2001, *T.B.H.* 2002, 397.

<sup>120.</sup> Zie voor een theoretische verantwoording hiervan, P. COUSSEMENT, *o.c.*, nrs. 597-600.

<sup>121.</sup> De toelichting bij de wet stelt verkeerdelijk dat de rechtbank in dit geval kan overgaan tot de ambtshalve faillietverklaring. Zie Toelichting bij de wet, p. 64. Indien een malafide schuldenaar alleen het verzoekschrift neerlegt, zonder de bijhorende stukken, en vervolgens met de noorderzon verdwijnt, kan de rechtbank alleen ambtshalve de voortijdige beëindiging van de procedure uitspreken. In deze situatie kan de rechtbank gebeurlijk overgaan tot de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder overeenkomstig art. 8 Faill. W. Zie tevens Verslag Vandenbergh, 28.

<sup>122.</sup> Toelichting bij de wet, p. 64.

<sup>123.</sup> Zie art. 40, tweede lid volgens dewelke de rechtbank op verzoek van de schuldenaar en na verslag van de gedelegeerd rechter de procedure geheel of gedeeltelijk *beëindigt* door een vonnis dat ze afsluit. Zie Verslag Vandenbergh, 27. In het licht van de doelstelling van deze bepaling en de buitenbezietsstelling van de schuldenaar in de overdrachtsprocedure, kan de schuldenaar dit verzakingsrecht alleen aanwenden in de procedures van gerechtelijke reorganisatie door een minnelijk of collectief akkoord.



## DE GERECHTELIJKE REORGANISATIE: ANALYSE VAN DE DEELPROCEDURES

**De gerechtelijke reorganisatie door minnelijk akkoord**

73. Een eerste deelprocedure waarop een schuldenaar beroep kan doen, betreft de gerechtelijke reorganisatie door een minnelijk akkoord (art. 43). De wet voorziet reeds in een wettelijke regeling voor een buitengerechtelijke minnelijke akkoord (zie nr. 40). Een minnelijk akkoord heeft vele voordelen, zoals hoger reeds besproken, maar het geheim karakter ervan is ongetwijfeld een van de belangrijkste. Een minnelijk akkoord als onderdeel van een formele procedure, en met de publiciteit die hieraan is verbonden, komt op het eerste gezicht dan ook vreemd over. Nochtans kan de aanwending van deze formele procedure voor de schuldenaar een noodzaak zijn. Zo heeft de schuldenaar die een buitengerechtelijk minnelijk akkoord wou sluiten in de regel geen andere keuze indien een of meerdere van zijn schuldeisers als reactie hierop overgaan tot het leggen van beslag of de aanwending van andere middelen van tenuitvoerlegging. Alleen het hoger besproken moratorium zal dan immers de ontmanteling van de onderneming op een effectieve wijze kunnen verhinderen. Anderzijds kan het zijn dat de schuldeisers een minnelijk akkoord afwijzen omdat ze niet overtuigd zijn van de noodzaak daartoe en vermoeden dat de schuldenaar er alleen op uit is om een gedeeltelijke schuldkwijtschelding te bekomen. De openverklaring van de reorganisatieprocedure, waarbij de rechtbank de continuïteitsbedreiging van de schuldenaar heeft vastgesteld, zal deze twijfels vaak wegnemen. De aanwending van de formele reorganisatieprocedure is een verregaande maatregel waardoor de schuldeisers sneller geneigd zouden moeten zijn om mee te werken aan een minnelijk akkoord, niet in het minst uit vrees tot verregaandere toegevingen te moeten overgaan als gevolg van een collectief akkoord. Als aanvullende maatregel kunnen de schuldeisers aansturen op de aanstelling van een gerechtsmandataris teneinde een onafhankelijk beeld te verkrijgen over de situatie van de schuldenaar en hem bij te staan tijdens de reorganisatie. De verwijzing naar de gerechtsmandataris in artikel 43, eerste lid doelt reeds op deze situatie.

74. De vraag blijft echter waarom een schuldenaar van deze mogelijkheid gebruik zou maken en niet van de gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord, dat een ruimere waaier aan opties biedt om de schuldeisers eraan te binden? Waarom zou een schuldenaar zich de

moeite nemen om de instemming van alle betrokken schuldeisers te bekomen indien hij eenvoudigweg een plan kan voorstellen dat een meerderheid van, bevriende of bevoordeelde, schuldeisers tevreden stelt? Het antwoord hierop ligt waarschijnlijk in het signaal dat hiervan uitgaat naar de huidige en toekomstige handelspartners. Het geeft immers aan dat de schuldenaar er alle vertrouwen in heeft zijn schuldeisers te kunnen overtuigen van de leefbaarheid van zijn onderneming, de haalbaarheid van de herstelstrategie en van de evenwichtigheid van zijn reorganisatieplan. Door een consensus na te streven geeft de schuldenaar immers aan dat hij een duurzame oplossing voor ogen heeft en dit zal tijdens de periode van de opschorting waarschijnlijk meer vertrouwen genereren bij de schuldeisers dan een procedure die hen een oplossing kan opdringen. Een andere reden zou erin kunnen bestaan een akkoord te bekomen waarvan de uitvoeringstermijn de grenzen van een collectief akkoord overschrijdt. In de akkoordprocedure kon deze techniek reeds worden waargenomen. De plannen die werden goedgekeurd met een langere uitvoeringstermijn dan twee jaar genoten in de regel de instemming van alle schuldeisers<sup>124</sup>. Gezien de uitbreiding van deze termijn tot vijf jaar is de nood hiertoe echter beperkt en zal dit alleen in uitzonderlijke omstandigheden een reden zijn.

75. De wetgever heeft de aanwending van dit schema aantrekkelijker gemaakt door de rechtbank, op tegensprekelijk verzoekschrift van de schuldenaar, de bevoegdheid te geven om gematigde termijnen te verlenen zoals voorzien in artikel 1244 B.W. Het grote voordeel van deze bepaling is erin gelegen dat de schuldenaar actief beroep kan doen op artikel 1244 B.W. bij de rechtbank waar de reorganisatieprocedure aanhangig is en niet louter als een exceptie tegen een vordering tot betaling. Daarnaast kan de rechtbank deze beoordeling maken op basis van een grondige kennis van de volledige situatie van de schuldenaar. Deze maatregel zal in het bijzonder opportuun zijn indien slechts een of enkele schuldeisers weigeren mee te werken aan het akkoord om redenen die bedrijfseconomisch niet kunnen worden verantwoord, zoals een persoonlijke vete met de schuldenaar of een van zijn bestuurders, of om opportunistische redenen. Zoals het geval is bij het buitengerechtelijk minnelijk akkoord, voorziet artikel 43, zesde lid verder dat de artikelen 17, 2° en 18 van de Faillissementswet niet van toepassing zijn op het akkoord of op de handelingen die worden verricht ter uitvoering ervan<sup>125</sup>. De invloed van de rechtbank in deze deelpro-

<sup>124</sup> Zie o.a. Kh. Verviers 10 december 1998, *J.L.M.B.* 1999, 1778, met noot A. HENDERICKX; Charleroi 29 januari 2002, R.G. B/01/00005, *onuitg.*, aangehaald door Th. BOSLY, "Quatre années d'application de la loi sur le concordat judiciaire", in CENTRE D'ÉTUDES JEAN RENAULD (ed.), *Faillite et concordat judiciaire: un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Brussel, Bruylant, 2002, 499. In de gevallen waarin de definitieve opschorting werd geweigerd wegens overschrijding van deze maximumtermijn, werd hierom soms een minnelijk akkoord gesloten. Zie Kh. Gent 19 april 2001, *T.B.H.* 2002, 397.

<sup>125</sup> In het oorspronkelijke wetsvoorstel stond deze bepaling niet. Zie *Parl. St. Kamer*, buitengewone zitting 2007, nr. 160/001, 56. Het regeringsamendement nr. 1 heeft deze verschillende behandelingen terecht weggewerkt.

cedure is ten slotte minimaal gehouden. De rechtbank heeft geen enkele beoordelingsbevoegdheid over het gesloten akkoord en stelt dit alleen vast, waarop ze de procedure afsluit (art. 43, derde lid). Het beëindigen van het minnelijk akkoord is evenmin onderhavig aan een machtiging of toelating van de rechtbank<sup>126</sup>. De partijen bij het akkoord blijven er slechts door gebonden zolang er niet overeenkomstig het gemeen contractenrecht een einde aan is gemaakt (art. 43, vijfde lid).

## De gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord

### *Bepaling van het passief*

76. De nauwkeurige bepaling van de omvang en aard van alle schulden van de onderneming is noodzakelijk om inzicht te krijgen in de situatie van de schuldenaar en de haalbaarheid van het voorgestelde reorganisatieplan. In tegenstelling tot de akkoord- en faillissementsprocedure, vereist de verificatieprocedure in de reorganisatieprocedure dat de schuldenaar het initiatief neemt om een volledig overzicht van passief op te stellen. Schuldeisers zijn in beginsel niet langer ertoe gehouden om een aangifte van een schuldvordering te doen opdat hun schuldvordering in het plan kan worden opgenomen.

77. De bepaling van het passief zal in eerste instantie gebeuren naar aanleiding van de indiening van het verzoekschrift, of binnen een termijn van veertien dagen na de neerlegging hiervan (art. 17 § 2, 7°). Deze lijst omvat zowel de erkende als de beweerde schuldeisers, met vermelding van hun naam, adres, het bedrag van hun schuldvordering zoals het vermeld staat in de boekhouding van de schuldenaar en met de bijzondere vermelding van de hoedanigheid van buitengewone schuldeisers. Binnen veertien dagen na de openverklaring van de procedure deelt de schuldenaar, samen met de door artikel 26 § 2 voorziene kennisgeving van het uittreksel van dit vonnis, aan elk van zijn schuldeisers in de opschorting het bedrag mee van de schuldvordering van deze schuldeisers, met, in de mate van het mogelijke, de vermelding van de activa die belast zijn met een zakelijke zekerheid of een bijzonder voorrecht of van de activa waarvan de schuldeiser eigenaar is. De wetgever is zich bewust

van de complexiteit van het recht inzake zekerheden en voorrechten en vereist daarom alleen dat de schuldenaar hiervoor een inspanning levert<sup>127</sup>.

78. Een schuldeiser kan dus een afwachtende houding aannemen<sup>128</sup>. Indien de schuldeiser niet akkoord gaat met de analyse van de schuldenaar en een minnelijke regeling geen oplossing biedt, voorziet artikel 46 in een procedure om de betwisting voor de rechtbank te brengen. De normale procedureregels zijn hierop van toepassing, zodat de schuldeiser de schuldenaar moet dagvaarden of vrijwillig verschijnen<sup>129</sup>. De zaak wordt altijd aanhangig gemaakt voor de rechtbank die de procedure van gerechtelijke reorganisatie heeft geopend (art. 46 § 1)<sup>130</sup>. Deze rechtbank heeft tevens de bevoegdheid om het bedrag van de schuldvordering of de hoedanigheid van de schuldeiser voorlopig vast te stellen indien de betwisting niet tot haar bevoegdheid behoort of een definitieve beslissing te lang op zich zou laten wachten (art. 46 § 2). Tegen dit vonnis staat geen enkel rechtsmiddel open (art. 43 § 5). Indien er nieuwe elementen opduiken kan het bedrag of de hoedanigheid ten slotte op elk ogenblik worden gewijzigd op eenzijdig verzoekschrift van de schuldenaar of de schuldeiser (art. 46 § 3).

### *Inhoud en grenzen van het reorganisatieplan*

79. De uitwerking van een plan is het doel van de procedure van de gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord. Dit plan bepaalt de toekomstige verplichtingen van de onderneming en de erin voorziene maatregelen moeten toelaten de continuïteit ervan te verzekeren. Aangezien er weinig ruimte bestaat voor een herkansing moet het wettelijke kader voldoende flexibiliteit laten om een gepaste oplossing te voorzien voor de moeilijkheden van elke onderneming. De nieuwe wet geeft de schuldenaar echter nog steeds het exclusieve recht om een plan op te stellen (art. 47 § 1). In een collectieve stemprocedure waarbij een afwijzing veelal zal resulteren in een overdracht onder gerechtelijk gezag of de faillietverklaring, met geringe recuperatiekansen voor de meerderheid van de schuldeisers, bestaat er een risico dat de schuldenaar van deze machtspositie misbruik maakt, zodat bepaalde wettelijke beperkingen of vereisten omtrent de inhoud van het plan gerechtvaardigd zijn. De nieuwe wet probeert hieromtrent tot een beter evenwicht te komen.

<sup>126</sup>. Toelichting bij de wet, p. 65.

<sup>127</sup>. Toelichting bij de wet, p. 65. Indien de schuldenaar wetens en willens een of meer schuldeisers heeft weggelaten uit de lijst van schuldeisers, voorziet art. 72, 3° in een strafsanctie. Hetzelfde geldt indien hij wetens of willens een of meer vermeende schuldeisers of schuldeisers waarvan de schuldvorderingen overdreven zijn, heeft doen of laten optreden bij de beraadslagingen.

<sup>128</sup>. Indien de schuldeiser echter een kennisgeving van de schuldenaar ontvangt overeenkomstig art. 26 § 2 en nalaat om hierop te reageren, zal de terugbetaling van de schuldvordering, of het gedeelte ervan, die niet werd opgenomen in de daartoe voorziene lijst pas gebeuren na de volledige uitvoering van het plan. Zie nr. 88. De schuldeiser die bedrieglijk deelneemt aan de stemming zonder schuldeiser te zijn, kan echter strafrechtelijk vervolgd worden overeenkomstig art. 73.

<sup>129</sup>. Art. 46 § 1 verwijst immers naar de art. 700 tot 1024 van het Gerechtelijk Wetboek. Zie tevens Toelichting bij de wet, p. 66.

<sup>130</sup>. Krachtens art. 46 § 2 kan elke belanghebbende op dezelfde wijze de omvang of de aard van de schuldvordering betwisten.

**80.** Zoals het geval was in de akkoordprocedure, bevat een herstelplan zowel een beschrijvend als een bepalend gedeelte (art. 47 § 1). Het beschrijvend gedeelte bespreekt de staat van de onderneming, de moeilijkheden die ze ondervindt en de middelen waarmee zij deze wil verhelpen (art. 47 § 2). Het bepalend gedeelte van het plan bevat de maatregelen die worden genomen om de schuldeisers te voldoen (art. 47 § 3). Artikel 49 geeft een overzicht van de mogelijke maatregelen daartoe en herneemt voor het grootste deel artikel 27 § 3 WGA. Het plan kan dus nog steeds voorzien in een gedifferentieerde regeling voor bepaalde categorieën van schuldvorderingen, de omzetting van schulden in aandelen, de herschikking van de interesten of de prioritairre aanrekening van uitbetalingen op de hoofdsom. Nieuw is daarentegen de mogelijkheid om te voorzien in de verzaking van interesten<sup>131</sup>. De schuldenaar heeft echter niet langer het recht om in het plan de goederen aan te wijzen welke de niet-betaalde schuldeiser-eigenaar niet kan terugvorderen omwille van hun belang voor de reorganisatie van de onderneming. Tevens werd een bijzondere regeling opgenomen voor de schuldvergelijking tussen schuldvorderingen in de opschorting en schuldvorderingen die ontstaan na de homologatie. Het plan kan voorzien in de uitsluiting van deze schuldvergelijking in zoverre deze maatregel geen betrekking heeft op samenhangende vorderingen of op vorderingen die op grond van een voor de opening van de procedure gesloten overeenkomst kunnen worden gecompenseerd (art. 49, derde lid). Deze bepaling sluit aan bij de mogelijkheden voorzien door de Wet Financiële Zekerheden en de rechtspraak van het Hof van Cassatie van 7 april 2006<sup>132</sup>. De uitsluiting van schuldvergelijking is in beginsel dus nog mogelijk maar de ruime draagwijdte van deze uitzonderingen hollen deze mogelijkheid ernstig uit.

**81.** De wetgever heeft de schuldenaar een ruime vrijheid gegeven ten aanzien van de inhoud van de voorstellen en heeft het niet wenselijk geacht om te voorzien in een gedetailleerde regeling omtrent de inhoud van het plan<sup>133</sup>. Uit de toepassing van de akkoordprocedure is echter gebleken dat de informatieve waarde van sommige plannen soms heel beperkt was. Om het vertrouwen van de schuldeisers in het plan te vergroten worden daarom een aantal inhoudsvereisten opgelegd. Zo moet het beschrijvend gedeelte van het plan een verslag bevatten over de betwistingen van schuldvorderingen. De betrokken schuldeisers worden hiermee ingelicht over de omvang van de aard van de betwistingen en hun omvang, wat de geloofwaardigheid van het plan ten

goede moet komen<sup>134</sup>. Dit deel omschrijft tevens hoe de schuldenaar de rendabiliteit van de onderneming zal herstellen. Deze rendabiliteit is immers cruciaal om de fondsen te genereren voor de uitbetalingen overeenkomstig het plan. De schuldenaar moet de schuldeisers dan ook voldoende specifiek inlichten welke de huidige situatie is van de onderneming en welke haar vooruitzichten op korte en middenlange termijn zijn. Het bepalend gedeelte van het plan moet verder de gevolgen evalueren die de goedkeuring ervan zou meebrengen voor de betrokken schuldeisers. De schuldenaar wordt aldus verplicht te reflecteren over de externe impact van het plan en de resultaten hiervan op te nemen in het plan<sup>135</sup>. De transparantie van het collectief akkoord wordt ten slotte vergroot door artikelen 48 en 50, derde lid. Krachtens artikel 48 beschrijft het plan de rechten van alle personen die titularis zijn van schuldvorderingen in de opschorting of van schuldvorderingen die zullen ontstaan ten gevolge van de stemming of de homologatie en dit ongeacht de waarborg waarover de schuldeiser zou beschikken. Artikel 50, derde lid vereist dat elk akkoord dat wordt gesloten met een buitengewone schuldeiser in de opschorting omtrent een schuldverschikking of -kwijtschelding als kopie bij het plan moet worden gevoegd op het ogenblik van de neerlegging ervan. Onder de akkoordprocedure bevatte het plan immers vaak geen aanwijzing of een bijzondere regeling werd getroffen met de pandhoudende of hypothecaire schuldeiser en wat in voorkomend geval de inhoud van deze regeling was. Om de haalbaarheid van het plan te beoordelen is het echter essentieel dat de stemmende schuldeisers inzicht verkrijgen in de totale omvang van het passief en de wijze waarop de belangrijkste kredieten worden behandeld in het kader van de reorganisatie. De controle op de naleving van deze vereisten zal gebeuren door de rechtbank naar aanleiding van de homologatie van het plan en hierin schuilt de achillespees van deze terechte hervormingen. Indien de rechtbank meent dat deze formaliteiten niet naar behoren werden vervuld, zullen zowel de schuldeisers als de schuldenaar tijd en kosten moeten uittrekken om opnieuw te stemmen over het plan. Een voorafgaandelijke controle door de rechtbank of de gedelegeerd rechter op deze vereisten, en bij uitbreiding de globale informatiewaarde van het plan, had deze situatie kunnen vermijden<sup>136</sup>.

**82.** De positie van de hypothecaire en bijzondere bevoorrechte schuldeisers en schuldeisers-eigenaars, die behoren tot de groep van de buitengewone schuldeisers in de opschorting, wordt gewijzigd in de nieuwe proce-

<sup>131</sup>. Deze maatregel kan alleen worden toegepast op de schuldeisers die niet genieten van een bijzonder voorrecht of een hypotheek.

<sup>132</sup>. Cass. 7 april 2006, *T.B.H.* 2006, 810, met noot E. VAN DEN HAUTE; *NjW* 2006, 944, met noot P. COUSSEMENT.

<sup>133</sup>. Toelichting bij de wet, p. 66 en 67.

<sup>134</sup>. Toelichting bij de wet, p. 67.

<sup>135</sup>. De toelichting bij de wet geeft aan dat deze maatregel van aard zou moeten zijn om het vertrouwen te verstevigen dat de schuldeisers kunnen hebben omtrent het plan. Zie Toelichting bij de wet, p. 67.

<sup>136</sup>. Vergelijk in dit opzicht de verplichting voor de schuldenaar om in de Chapter 11-procedure een "disclosure statement" te laten goedkeuren door de rechtbank alvorens de instemming van de schuldeisers kan worden bekomen (§ 1125 U.S. Bankruptcy Code).

dure<sup>137</sup>. Deze schuldeisers staan niet zelden afkerig ten aanzien van reorganisatieprocedures. Verschillende oplossingen waren denkbaar om hieraan tegemoet te komen maar er werd voor geopteerd om de bestaande techniek van de tijdelijke opschorting te behouden<sup>138</sup>. Een langere maximumtermijn van deze opschorting lag hierbij als oplossing voor de hand maar stootte op hevige kritiek uit de kredietsector omwille van de reeds geplande uitbreiding van de duur van de opschorting. Artikel 50 voorziet daarom in een pragmatische oplossing. Het plan kan, onverminderd de betaling van de interest die hen conventioneel of wettelijk op hun schuldvorderingen is verschuldigd, voorzien in de opschorting van de uitoefening van hun rechten voor een duur van maximaal 24 maanden vanaf de neerlegging van het verzoekschrift. Indien de schuldenaar alleen de initiële maximumtermijn van de opschorting aanwendt, kunnen de rechten van de buitengewone schuldeiser nog worden opgeschort voor een termijn van achttien maanden, zoals het geval was onder artikel 30 WGA. Onder het reguliere scenario verandert er dus weinig voor deze schuldeisers. De schuldenaar die van deze opschortingsmogelijkheid gebruik wenst te maken, wordt echter aangemoedigd om zo min mogelijk tijd te spenderen in de fase van de opschorting<sup>139</sup>. Krachtens artikel 50, tweede lid kan het plan echter voorzien in een buitengewone verlenging van deze opschorting voor een termijn van maximaal twaalf maanden. De schuldenaar heeft niet onmiddellijk recht op deze aanvullende bescherming en zal zich hiervoor moeten verantwoorden voor de rechtbank naar aanleiding van het verstrijken van de reguliere termijn. De schuldenaar zal daartoe het bewijs moeten leveren dat de financiële toestand en verwachte inkomsten van de onderneming de integrale terugbetaling van de betrokken buitengewone schuldeisers redelijkerwijze mogelijk maken. Deze tussentijdse controle moet ervoor zorgen dat deze verlenging alleen wordt toegestaan in situaties waarin de duurzame continuïteit van de onderneming ook effectief kan worden verzekerd.

**83.** De laatste beperking op de inhoud van het plan betreft de beperking op de uitvoeringstermijn zoals voorzien door artikel 52. In het licht van het exclusieve redactierecht van de schuldenaar en de geringe recuperatiekansen van de meeste schuldeisers, zou de schuldenaar al te zeer in de ver-

leiding komen om schulden te herschikken over zeer lange termijnen. Verschillende schuldeisers zouden hier immers mee instemmen bij gebrek aan alternatieven en, mits een gedifferentieerde regeling aan te wenden, zouden de vereiste meerderheden veelal zonder problemen kunnen worden behaald. De wetgever heeft de schuldenaar echter meer ruimte gegeven dan voorheen. Daar waar in de akkoordprocedure de definitieve opschorting maximaal 24 maanden, verlengbaar met 12 maanden, kon duren, voorziet de nieuwe procedure in een maximale uitvoeringstermijn van vijf jaar te rekenen vanaf de homologatie van het plan. Voor vele ondernemingen, en niet in het minst de grotere, was de uitvoeringstermijn van de akkoordprocedure veel te kort. Hierdoor moesten onhaalbare plannen worden voorgesteld, met als gevolg een hoge falingsgraad in de loop van de definitieve opschorting<sup>140</sup>. Een termijn van vijf jaar zou voor de meeste ondernemingen moeten volstaan. In het andere geval zullen deze ondernemingen zich genooddaakt zien om hun toevlucht te nemen tot de gerechtelijke reorganisatie door minnelijk akkoord aangezien een gelijkaardige beperking daar niet geldt. De vraag rijst echter of deze maximale uitvoeringstermijn ook geldt voor de buitengewone schuldeiser. De wet maakt hier geen onderscheid, zodat er geen tekstargumenten zijn om een dergelijk onderscheid te rechtvaardigen. Wanneer de beperking van de uitvoeringstermijn echter wordt aanzien als een wettelijke bescherming van de schuldeisers tegen misbruiken van het exclusief redactierecht van de schuldenaar in een collectieve stemprocedure, ontbreekt het aan een rechtvaardigingsgrond om ook de uitvoeringstermijn van de buitengewone schuldvorderingen in de opschorting te beperken. Het eeuwige argument ter zake, namelijk dat hierdoor ondernemingen kunstmatig in stand door zouden worden gehouden, overtuigt immers niet. Zolang partijen hier vrijwillig mee instemmen, genieten zij alle vrijheid om de uitvoeringstermijn te bepalen. Er is nooit een algemene regel geweest die bepaalt welke de maximale uitvoeringstermijn is van een minnelijk akkoord, wat opnieuw wordt bevestigd door de nieuwe wet, en er is geen enkele reden om hiervan af te wijken binnen de procedure van een collectief akkoord ten aanzien van buitengewone schuldeisers. Elke maatregel die de grenzen van artikel 50 overschrijdt, vereist immers hun individuele instemming. Indien een hypothecaire schuldeiser er individueel mee instemt om het krediet te herschik-

<sup>137</sup>. Aanvankelijk werden de buitengewone schuldvorderingen in de opschorting overeenkomstig art. 2, d) omschreven als de schuldvorderingen in de opschorting die gewaarborgd zijn door een zakelijke zekerheid of een bijzonder voorrecht en de schuldvorderingen van de schuldeisers-eigenaars. Tijdens de behandeling van het wetsontwerp in de bevoegde Senaatscommissie werd deze bepaling bekritiseerd omdat bijzondere voorrechten reeds een zakelijke zekerheid zouden zijn en er onduidelijkheid bestond over de vraag of het voorrecht van de fiscus en de RSZ hier ook onder viel. De bepaling werd hierop geherformuleerd waardoor de buitengewone schuldvorderingen in de opschorting zijn die gewaarborgd zijn door een bijzonder voorrecht of een hypotheek en de schuldvorderingen van de schuldeisers-eigenaars. Uit de parlementaire voorbereidingen blijkt dat alle zakelijke zekerheden als een bijzonder voorrecht worden beschouwd en het voorrecht van de fiscus en de RSZ niet leidt tot een buitengewone schuldvordering. Zie Verslag Vandenberghe, 21.

<sup>138</sup>. Zie voor een bespreking van de in de Chapter 11-procedure aangewende techniek: P. COUSSEMENT, *o.c.*, nrs. 1057-1062.

<sup>139</sup>. Verslag Vandenberghe, 6.

<sup>140</sup>. Uit een analyse van de Dataset Gerechtelijk Akkoord blijkt dat de helft van de ondernemingen in de fase van de definitieve opschorting hun herstelplan niet kunnen uitvoeren en de procedure moet worden stopgezet, in de regel met een faillietverklaring tot gevolg. Een meerderheid van deze herroepingen wordt uitgesproken binnen de vijftien maanden na de goedkeuring van het plan.

ken over een termijn van 20 jaar, dan moet dit ook worden toegelaten.

### ***Goedkeuring en gevolgen van het plan***

**84.** De nieuwe wet heeft de stemprocedure van de akkoordprocedure niet fundamenteel gewijzigd. De hervormingen zijn vooral erop gericht de bestaande onduidelijkheden weg te werken en sluiten aan bij de oplossingen die hiervoor reeds werden weerhouden in de rechtspraak of rechtsleer. De belangrijkste inhoudelijke hervorming betreft de inperking van de beoordelingsvrijheid van de rechtbank. In de nieuwe procedure zijn alleen de schuldeisers nog gerechtigd om de haalbaarheid van het plan te beoordelen.

**85.** De organisatie van de stemming en homologatie loopt gelijk aan de regelen onder de akkoordprocedure. De rechtbank bepaalt overeenkomstig artikel 24 § 3 de plaats, dag en uur waarop tot de stemming en homologatie zal worden overgegaan in het vonnis waarin de procedure wordt openverklaard of in een later vonnis, behoudens verlenging van de opschorting. De schuldeisers worden hiervan verwittigd overeenkomstig artikel 26 § 1, 5° en § 2. Minstens veertien dagen voor deze zitting legt de schuldenaar een plan neer ter griffie (art. 44). Vanaf deze neerlegging ontvangen de betrokken schuldeisers een mededeling van de griffier die vermeldt dat zij het plan kunnen raadplegen en het tijdstip en de plaats waarop tot de stemming zal worden overgegaan en waarop zij, mondeling of schriftelijk, hun opmerkingen omtrent het plan kunnen formuleren (art. 53). De praktijk leert echter dat op deze rechtszitting slechts uitzonderlijk schuldeisers in persoon aanwezig zijn. Schuldeisers stemmen immers in de regel door middel van een volmacht maar de nieuwe wet voorziet echter niet in een aangepast wettelijk kader. In het licht van de vaste praktijk van schuldenaars om aan de schuldeisers alleen een verzoek tot volmacht te richten om een positieve stem uit te brengen, zullen de schuldeisers die het plan willen afwijzen bij gebrek aan haalbaarheid of enige andere reden zelden aan bod komen doordat zij verplicht worden om aanwezig te zijn op de stemmingszitting. De goedkeuring van een plan zal hierdoor geen noemenswaardige hinderpaal zijn maar de vraag rijst of dit, zoals het geval was onder de akkoordprocedure, niet louter leidt tot een uitstel van executie.

**86.** Aan de stemming kunnen alleen de schuldeisers in de opschorting deelnemen waarvan het plan een weerslag heeft op hun rechten (art. 53, vijfde lid). Het reorganisatieplan wordt geacht goedgekeurd te zijn door deze schuldeisers indien een dubbele meerderheid wordt bekomen, namelijk een meerderheid in aantal die een meerderheid in waarde vertegenwoordigt (art. 54)<sup>141</sup>. Voor de vaststelling van de waarde van de schuldvordering wordt alleen de hoofdsom in aanmerking genomen. Met de schuldeisers die niet aan de stemming hebben deelgenomen en hun schuldvorderingen wordt voor de berekening van deze meerderheden geen rekening gehouden (art. 54, derde lid). Evenmin bestaat er enige quorumvereiste, zoals onder de akkoordprocedure soms nog ten onrechte werd verdedigd<sup>142</sup>.

**87.** Binnen de veertien dagen na deze stemming en vooral eer de opschorting afloopt zal de rechtbank het reorganisatieplan al dan niet homologeren (art. 55, eerste lid). Aangezien de beoordelingsvrijheid van de rechtbank dusdanig is ingeperkt, mag er worden aangenomen dat deze beslissing op hetzelfde tijdstip als de stemming kan worden genomen. De rechtbank kan de homologatie immers alleen weigeren omwille van de niet-naleving van de door de wet opgelegde pleegvormen of de schending van de openbare orde. De haalbaarheid van het plan kan dus niet meer worden beoordeeld. In het licht van de rechtspraak van het Hof van Cassatie behoort de gelijke behandeling van schuldeisers niet langer tot de openbare orde, zodat een schending hiervan, ingevolge een gedifferentieerde behandeling van de schuldeisers in het herstelplan, evenmin kan worden opgeworpen<sup>143</sup>. Zoals reeds voorheen werd aangenomen, kan de rechtbank het plan niet onderwerpen aan enige bijkomende voorwaarde of er enige wijziging in aanbrenge<sup>144</sup>. In het licht van de dringende aard van de reorganisatie werden ten slotte de rechtsmiddelen aangepast die tegen deze beslissing kunnen worden aangewend. Er staat hiertegen geen verzet open en het hoger beroep moet ingesteld worden binnen de acht dagen (art. 56). Indien het vonnis de homologatie verwerpt, heeft het een schorsende werking.

**88.** Ook de gevolgen van de goedkeuring van het plan sluiten aan bij de vroegere regeling en de rechtspraak daaromtrent. De homologatie maakt het plan bindend voor alle schuldeisers in de opschorting (art. 57, eerste lid). Tenzij het plan uitdrukkelijk anders bepaalt, bevrijdt de volledige uitvoering ervan de schuldenaar geheel en definitief voor alle

<sup>141</sup>. De schuldeisers die hetzij met de schuldenaar, hetzij met enige andere persoon bijzondere voordelen bedingen voor hun wijze van stemmen over het reorganisatieplan of die een bijzondere overeenkomst aangaan waaruit voor hen een voordeel voortvloeit ten laste van het actief zijn strafbaar overeenkomstig art. 73.

<sup>142</sup>. Deze quorumvereiste werd verdedigd op grond van de in art. 34 WGA opgenomen zinsnede "die hebben deelgenomen aan de stemming". Nochtans zou dit betekenen dat aan deze zinsnede een dubbele betekenis wordt gegeven, namelijk aangeven dat de noemer voor de berekening van de gekwalificeerde meerderheid bestaat uit de schuldeisers die aan de stemming hebben deelgenomen én aangeven dat de helft van de schuldeisers die aangifte hebben gedaan aan de stemming moeten deelnemen.

<sup>143</sup>. Cass. 9 maart 2000, *Arr. Cass.* 2000, nr. 164; Cass. 20 oktober 2005, *NjW* 2006, 365. De toelichting bij de wet benadrukt dit nogmaals door te stellen dat de rechtbank erop moet toezien dat wat niet tot de openbare orde behoort niet als dusdanig wordt omschreven en dat gewone bepalingen van dwingend recht nog geen bepalingen van openbare orde zijn. Zie Toelichting bij de wet, p. 70.

<sup>144</sup>. Gent 18 oktober 2001, *R.W.* 2002-03, 707, *T.R.V.* 2002, 61, noot.

schuldvorderingen die erin voorkomen (art. 57, vierde lid). Het lot van de betwiste en niet-aangegeven schuldvorderingen wordt in het bijzonder geregeld. De betwiste schuldvorderingen die na de homologatie worden erkend, worden betaald op de wijze die is bepaald voor de schuldvorderingen van dezelfde aard. Het plan moet hierdoor dus niet formeel worden gewijzigd<sup>145</sup>. De schuldvorderingen in de opschorting die niet werden opgenomen in daartoe voorziene lijst en waarvoor de betrokken schuldeiser ook geen initiatief heeft genomen, ondergaan hetzelfde lot indien de schuldeiser kan aantonen dat hij niet behoorlijk werd ingelicht (art. 57, derde lid)<sup>146</sup>. Deze situatie zal zich voordoen indien de schuldeiser niet door de schuldenaar in kennis wordt gesteld van de beslissing tot openverklaring overeenkomstig artikel 26 § 2 en van de omvang en de aard van zijn schuldvorderingen overeenkomstig artikel 45. De schuldeiser die deze kennisgevingen heeft ontvangen maar heeft nagelaten om tijdig te reageren op de inhoud ervan, en bijvoorbeeld later meent aanspraak te maken op een hogere schuldvordering of bijkomende schuldvorderingen, zal zwaarder worden getroffen. Niet alleen worden deze schuldvorderingen betaald op de wijze die is bepaald voor de schuldvorderingen van dezelfde aard, maar deze betaling moet pas gebeuren na de volledige uitvoering van het plan (art. 57, derde lid).

**89.** De nieuwe procedure neemt afstand van het concept van de definitieve opschorting. De goedkeuring van het plan houdt in beginsel het einde van de procedure in (art. 55, vierde lid). De schuldenaar voert het plan dus uit zonder hierbij onderworpen te zijn aan enige gerechtelijke controle. Elke schuldeiser kan echter door de dagvaarding van de schuldenaar de intrekking van het plan vorderen wanneer het niet stipt wordt uitgevoerd of wanneer hij aantoonde dat het niet anders zal kunnen en hij er schade door zal lijden (art. 58, eerste lid). De procureur des Konings kan dit op dezelfde wijze wanneer hij de niet-uitvoering van het geheel of een gedeelte van het plan vaststelt (art. 58, tweede lid). Indien de rechtbank besluit tot de intrekking, wordt dit bij uittreksel bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* en rust op de schuldenaar de verplichting om dit uittreksel ter kennis te brengen aan al zijn schuldeisers (art. 58, derde lid). De intrekking onttrekt het plan elke uitwerking behoudens wat betreft de reeds uitgevoerde betalingen en verrichtingen. De intrekking van het plan zal in de regel leiden tot de vereffening of de faillietverklaring van de schuldenaar. De rechtbank kan echter niet ambtshalve overgaan tot de faillietver-

klaring. Een andere mogelijkheid betreft de openverklaring van de procedure inzake gerechtelijke reorganisatie, zoals voorzien door artikel 59 § 2, 2°. De dagvaarding tot intrekking kan hiertoe vergezeld worden van een vordering tot openverklaring van deze deelprocedure.

## De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag

### *Doelstelling en openverklaring*

**90.** De overdracht van de onderneming onder gerechtelijk gezag is een volwaardig alternatief voor het sluiten van een collectief akkoord of de faillissementsprocedure<sup>147</sup>. De wetgever heeft daartoe het wettelijke kader aanzienlijk uitgebreid. Het oude artikel 41 wordt vervangen door de artikelen 59 tot 70 waarin gedetailleerd de concrete organisatie van de overdracht wordt geregeld en de rechten van de schuldeisers en werknemers behandeld. Vooral dit laatste aspect heeft tijdens het parlementaire proces tot de nodige controverse geleid. Hierop wordt in een afzonderlijk onderdeel aandacht besteed.

**91.** Deze deelprocedure heeft tot doel het geheel of een gedeelte van de onderneming of van haar activiteiten te realiseren met het oog op het behoud ervan (art. 59 § 1). De overdracht van de onderneming heeft betrekking op de overdracht van het geheel van productiemiddelen, waaronder activa, personeel en cliënteel. Bepaalde activa die niet onlosmakelijk verbonden zijn aan de onderneming als sociaal-technische eenheid kunnen van deze overdracht worden uitgesloten<sup>148</sup>. De overdracht van de activiteiten is meer gericht in haar draagwijdte volgens de toelichting bij de wet<sup>149</sup>. De schuldenaar kan diverse ondernemingsactiviteiten voeren of een hoofdactiviteit die verschillende vertakkingen kent, onder meer op het vlak van afzetmarkten. Strikt genomen laat de wet ook toe om een gedeelte van een ondernemingsactiviteit over te dragen. Abstract genomen is het dus mogelijk dat een voorstel wordt aanvaard dat ertoe strekt slechts enkele activa, waaronder intellectuele eigendomsrechten, en een paar personeelsleden over te nemen. Sibillijnse discussies over de grens waarop een gedeeltelijke overdracht van de ondernemingsactiviteit overgaat naar een ontmanteling van de onderneming moeten echter worden vermeden. De

<sup>145</sup>. Toelichting bij de wet, p. 70.

<sup>146</sup>. Vgl. Cass 8 mei 2008, C.07.0472.N, beschikbaar op [www.juridat.be](http://www.juridat.be). Krachtens dit arrest bindt de goedkeuring van het plan alle schuldeisers, ongeacht of zij aangifte hebben gedaan, zodat de uitvoering van het plan ook de bevrijding van de schuldenaar, overeenkomstig de bepalingen ervan, tot gevolg heeft van de schulden waarvoor geen aangifte van schuldvordering werd gedaan. Uit het dossier bleek dat de betrokken schuldeiser kennis had van de akkoordprocedure. Voorheen werd er reeds aangenomen dat het herstelplan en de daarin opgenomen schuldkwijtscheldingen bindend waren voor de schuldeisers die geen aangifte hadden gedaan. De schuldvordering van de schuldeiser die geen aangifte had gedaan werd dan behandeld zoals het plan vooropstelde voor schuldvorderingen van dezelfde aard. Zie I. VEROUWSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 139; Kh. Luik 20 december 2005, *J.L.M.B.* 2006, 929; Kh. Nijvel 25 mei 2005, *J.L.M.B.* 2006, 351.

<sup>147</sup>. Zie hoger nr. 11.

<sup>148</sup>. Toelichting bij de wet, p. 72.

<sup>149</sup>. Toelichting bij de wet, p. 72.

formulering van het doel van deze deelprocedure is erop gericht om alle soorten overdracht in going concern te omvatten en voldoende flexibiliteit te geven aan de betrokken actoren<sup>150</sup>. Het criterium van het behoud van de werkgelegenheid (zie verder nr. 96) zal verhinderen dat voorstellen tot een verregaande ontmanteling van de onderneming alleen zullen kunnen worden weerhouden indien geen enkel ander voorstel op tafel ligt.

**92.** De openverklaring van deze deelprocedure kan vrijwillig of gedwongen plaatsvinden. Indien de schuldenaar verzoekt om de toepassing ervan, moeten de werknemers of hun afgevaardigden door de rechtbank worden gehoord (art. 59 § 1, tweede lid) en zullen zij moeten worden geraadpleegd en ingelicht op grond van de bestaande wettelijke of conventionele bepalingen (art. 59 § 4). Een gedwongen overdracht kan worden uitgelokt op dagvaarding door de procureur des Konings, een schuldeiser of eenieder die belang heeft om het geheel of een gedeelte van de onderneming te verwerven wanneer de schuldenaar zich in een staat van faillissement bevindt, de openverklaring van de procedure wordt verworpen, de procedure voortijdig wordt beëindigd, de schuldeisers het plan afwijzen, de rechtbank de homologatie weigert of het reorganisatieplan intrekt (art. 59 § 2)<sup>151</sup>. Voor een gedwongen overdracht moeten de in artikel 17 § 2 bepaalde stukken niet worden neergelegd (art. 23, tweede lid). De potentiële overnemers moeten over een rechtmatig belang beschikken<sup>152</sup>. Diegenen die alleen de opsplitsing en ontmanteling van de onderneming voor ogen hebben, met het doel de afzonderlijke activa te verkopen voor een hogere prijs dan het geheel, worden uitgesloten<sup>153</sup>. De toelichting stelt echter tevens dat het belang van de concurrent om de concurrentie te verminderen door de overdracht in deze context niet rechtmatig zou zijn<sup>154</sup>. Enige nuance is hier echter op zijn plaats. Er mag immers worden aangenomen dat vooral actoren uit een gelijkaardige sector een overname zullen overwegen die aan de doelstellingen van de wet beantwoordt. De concurrenten van de schuldenaar zijn daarnaast diegenen die de meeste waarde zullen hechten aan de reeds gemaakte investeringen en aan de ondernemingsspecifieke competenties van haar werkne-

mers, zodat zij normaliter de hoogste prijs ervoor zullen willen betalen en de meeste werkgelegenheid kunnen behouden. Indien de schuldenaar zich in staat van faillissement bevindt en de concurrent deze onderneming wil verwerven teneinde zijn productiecapaciteit te verhogen, met behoud van een substantieel deel van de werkgelegenheid, strookt dit met de doelstellingen van de nieuwe wet en kan er van een onrechtmatig belang geen sprake zijn. Dit zal alleen anders zijn indien de potentiële overnemer geen intentie heeft om het behoud van de activiteit en de werkgelegenheid te verzekeren of indien een overname de mededingingsrechtelijke toets niet zou doorstaan. Deze toelichting moet dan ook eerder worden begrepen als een zorg van de wetgever dat een concurrent de procedure opstart, zich daaropvolgend terugtrekt uit het biedproces, door geen of een belachelijk bod uit te brengen, en bij gebrek aan andere valabele kandidaten de ondernemingsactiviteit uiteindelijk teloor gaat en de concurrent zonder enige kost de concurrentie in zijn sector ziet verminderen. De rechtbank zal het belang van een concurrent dus van geval tot geval moeten beoordelen.

### *Het verloop van de procedure en de positie van de schuldeisers*

**93.** De centrale figuur in de procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag is de gerechtsmandataris, die bij de aanvang ervan door de rechtbank wordt aangesteld overeenkomstig artikel 60 en belast is met het organiseren en realiseren van de overdracht in naam en voor rekening van de schuldenaar. De rechtbank kan het voorwerp van de verkoop bepalen of aan de appreciatie van de gerechtsmandataris overlaten. Dit laatste zal in de regel wenselijk zijn zodat de gerechtsmandataris alle opties kan verkennen. Het is de taak van deze gerechtsmandataris om offertes in te winnen (art. 62, tweede lid) en een of meer ontwerpen op te stellen van gelijktijdige of opeenvolgende verkopen, met vermelding van de stappen die hij heeft ondernomen, de voorwaarden van de voorgenomen verkoop en de rechtvaardiging van zijn ontwerpen. Voor elke potentiële verkoop wordt een ont-

<sup>150</sup>. Toelichting bij de wet, p. 72.

<sup>151</sup>. Het regeringsamendement nr. 1 voorziet niet in de mogelijkheid tot openverklaring van deze deelprocedure indien de schuldeisers het plan afwijzen of de rechtbank de homologatie van het plan weigert. De reden hiervoor was procedureel van aard aangezien de openverklaring van de procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag overeenkomstig art. 59 § 2, eerste lid steeds afhankelijk werd gesteld van het initiatief van een belanghebbende door middel van een dagvaarding. Aangezien de stemming over het plan of de homologatie door de rechtbank niet vereist dat een schuldeiser of een andere belanghebbende hiertoe een dagvaarding instelt, werd niet voorzien in de mogelijkheid om deze actoren gelijktijdig toe te laten om in deze situaties de openverklaring van de procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag te vorderen. Een overbrugging naar deze deelprocedure was echter wenselijk aangezien de continuïteit van de ondernemingsactiviteit hiermee zou kunnen worden verzekerd in geval van afwijzing van het plan door de schuldeisers. Weliswaar kan worden aangenomen dat het krediet van de schuldenaar is geschokt ingevolge deze afwijzing en de schuldenaar zich dus bevindt in staat van faillissement, maar deze actoren zouden geen beroep kunnen doen op art. 59 § 2, 1° omdat de schuldenaar de procedure van gerechtelijke reorganisatie al had aangevraagd. Als gevolg van een amendement in de Senaat kan de procureur des Konings, een schuldeiser of belanghebbende overnamekandidaat op dagvaarding de overdracht onder gerechtelijk gezag vorderen wanneer de schuldeisers het reorganisatieplan niet goedkeuren of de rechtbank de homologatie ervan weigert. Zie amendement nr. 19 van de heer Vandenberghe, *Parl. St.* Senaat 2008-09, nr. 4-995/2, 7-8; Verslag Vandenberghe, 39.

<sup>152</sup>. Toelichting bij de wet, p. 72.

<sup>153</sup>. *Idem*.

<sup>154</sup>. Toelichting bij de wet, p. 73.

werp van akte opgemaakt. Deze ontwerpen worden aan de gedelegeerd rechter overgemaakt (art. 62, derde lid).

**94.** Tijdens de overdrachtsprocedure gelden de algemene gevolgen van de opschorting. De gerechtsmandataris is dus beschermd tegen de uitvoeringsmaatregelen van de schuldeisers. De buitengewone schuldeisers in de opschorting hebben niet het recht om de bezwaarde activa zelf te verkopen. De gerechtsmandataris organiseert de verkoop en hoeft zich alleen te laten bijstaan door een notaris voor de verkoop van de onroerende goederen en door een gerechtsdeurwaarder indien het ontwerp voorziet in de openbare verkoop van roerende goederen<sup>155</sup>. Deze laatste situatie zal zich in principe alleen voordoen indien de overnemer niet geïnteresseerd is in bepaalde roerende activa. De bijstand van de notaris beperkt zich tot de afhandeling van de vereiste formaliteiten. De verkoop van onroerende goederen zal steeds de vorm van een minnelijke overdracht aannemen. In tegenstelling tot wat het geval is in de faillissementsprocedure zal de gerechtsmandataris de procedure van artikel 1193<sup>ter</sup>, met inbegrip van een schattingsverslag, niet moeten naleven. Wanneer de verkoop echter betrekking heeft op bezwaarde onroerende goederen, worden de gewaarborgde schuldeisers gehoord en kunnen zij bij verzoekschrift de vaststelling van een minimumverkoopprijs of enige andere voorwaarde laten vaststellen door de rechtbank (art. 63, tweede en vierde lid). Door de verkoop van de roerende en onroerende goederen gaan de rechten van de schuldeisers over op de prijs, zodat op grond van artikel 66 er een zuivering van de zekerheden plaatsvindt.

**95.** De gerechtsmandataris kan tevens een verlenging van de opschorting vorderen overeenkomstig artikel 38. Indien deze termijnen echter zijn uitgeput, voorziet artikel 60, tweede lid in de mogelijkheid om een aanvullende termijn van zes maanden te bekomen. De techniek waarmee de overdracht wordt gerealiseerd, is een eenvoudige verkoop van activa, waarbij de tegenwerpelijksvereisten voor alle activa individueel moeten worden nageleefd<sup>156</sup>. De nieuwe wet voorziet niet in een aan onderneming in moeilijkheden aangepaste herstructureringstechniek, zoals de inbreng van een algemeenheid zonder de overname van het passief, die onder meer zou toelaten ook lopende overeenkomsten over te dragen<sup>157</sup>. De gevolgen van de openverklaring van de procedure voor de handelingsbekwaamheid van de schuldenaar of zijn organen wordt niet expliciet geregeld. De toelichting bij de wet laat echter duidelijk blijken dat de openverklaring de buitenbezitstelling van de schuldenaar tot gevolg heeft,

althans voor de activa die zijn betrokken in de deelprocedure<sup>158</sup>.

**96.** De uiteindelijke beslissing over de keuze tussen de verschillende ontwerpen van verkoop berust bij de rechtbank (art. 64 § 1, derde lid). De gerechtsmandataris zal de machtiging van de rechtbank moeten bekomen om tot de uitvoering van de vooropgestelde verkoop te kunnen overgaan (art. 62, vierde lid en 64 § 1). Bij haar beoordeling zal de rechtbank twee criteria in acht moeten nemen, namelijk de prijs en de waarborgen voor het behoud van de werkgelegenheid op korte of middellange termijn. Niettegenstaande de toelichting bij de wet stelt dat het criterium van de beste offertes bij voorrang dat van de gewaarborgde werkgelegenheid betreft, bepaalt artikel 62, tweede lid dat indien er verscheidene vergelijkbare offertes zijn, de rechtbank de voorkeur geeft aan de offerte die het behoud van de werkgelegenheid garandeert door een sociaal akkoord waarover is onderhandeld<sup>159</sup>. De wettelijke bepaling geeft dus aan dat het werkgelegenheidscriterium slechts een rol vervult indien er vergelijkbare offertes, op het vlak van de prijs, bestaan. Het belangrijkste criterium is echter het behoud van de onderneming of haar activiteiten en aangezien het behoud van de werkgelegenheid de meeste concrete garanties geeft omtrent het behoud van de onderneming of haar activiteiten, moet worden aangenomen dat zowel het criterium van de prijs als de werkgelegenheid evenwaardig zijn. De rechtbank zal deze criteria moeten afwegen ten opzichte van elkaar en kan een iets minder voordelig bod aanvaarden als dit betere waarborgen biedt voor de werkgelegenheid op middellange of korte termijn<sup>160</sup>. Indien de rechtbank de machtiging verleent voor de verkoop, voorziet artikel 64 § 2 dat de gerechtsmandataris het vonnis bij uittreksel laat bekendmaken in het *Belgisch Staatsblad* en de schuldeisers hiervan in kennis brengt. Na de machtiging van de rechtbank te hebben ontvangen, gaat de gerechtsmandataris over tot de afwikkeling van de verkoop. De verkoop moet gebeuren overeenkomstig het door de rechtbank aangenomen ontwerp van akte (art. 65, eerste lid). Indien de verkoop betrekking heeft op onroerende goederen wordt de notaris die het ontwerp van akte heeft opgesteld, aangeduid voor deze verkoop. Indien de openbare verkoop van roerende goederen wordt vooropgesteld, is een gerechtsdeurwaarder belast met deze verkoop (art. 64 § 1, vierde lid).

**97.** Het oorspronkelijke wetsvoorstel gaf de notaris en de gerechtsdeurwaarder de taak om over te gaan tot de inning van de prijs van respectievelijk de onroerende en roerende

<sup>155</sup>. Zie verder nr. 97.

<sup>156</sup>. De toelichting bij de wet verduidelijkt hieromtrent dat de gerechtsmandataris de activa die hij moet verkopen moet klasseren op de wijze die is geschikt voor die soort van activa. Zie Toelichting bij de wet, p. 76.

<sup>157</sup>. Vgl. I. VEROUGSTRAETE, *o.c.*, 2003, 568.

<sup>158</sup>. Zo stelt de toelichting dat de overdracht van de onderneming gedeeltelijk lijkt op een faillissement in die zin dat in beide gevallen de schuldenaar niet meer in het bezit is van de betrokken activa. Zie Toelichting bij de wet, p. 78 en 73.

<sup>159</sup>. Toelichting bij de wet, p. 76.

<sup>160</sup>. Toelichting bij de wet, p. 76.



goederen en de verdeling ervan overeenkomstig de relevante bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek<sup>161</sup>. Ingevolge een amendering is het de taak van de aangestelde gerechtsmandataris om tot de inning en verdeling van deze bedragen over te gaan (art. 65, tweede en derde lid)<sup>162</sup>. Volgens dit amendement is de gerechtsmandataris immers het best op de hoogte van de overeenkomsten die door de schuldenaar werden gesloten met zijn schuldeisers en is dus het best geplaatst om tot de inning en verdeling over te gaan<sup>163</sup>. Indien de overdracht volgt op een mislukte poging tot het sluiten van een collectief akkoord of gepaard gaat met een lopende procedure tot het bekomen van een collectief akkoord, zal de gerechtsmandataris voor deze verdeling gebruik kunnen maken van de lijst van de schuldvorderingen die in dit kader reeds werd opgesteld. Indien deze deelprocedure echter autonoom wordt aangewend, met name na de vaststelling van de staat van faillissement in hoofde van de schuldenaar, of deze lijst nog niet voorlopig werd vastgesteld, voorziet de wet echter niet in een versnelde procedure voor de vaststelling en betwisting van het passief. In tegenstelling tot de akkoordprocedure, waar een aangifte van schuldvorderingen altijd noodzakelijk was, is een dergelijke versnelde procedure alleen voorzien in het kader van een collectief akkoord. De aangifte van deze schuldvorderingen kan mogelijks nog worden opgevangen doordat de gerechtsmandataris overeenkomstig artikel 64 § 2 ertoe gehouden is om de schuldeisers individueel in kennis te stellen van het vonnis dat de verkoop toestaat. De gerechtsmandataris kan dan, gelijklopend aan de verplichting van artikel 45, deze schuldeisers tevens in kennis stellen van het bedrag van de schuldvordering waarvoor de schuldeiser in de boeken is ingeschreven en, in de mate van het mogelijke, van hun waarborgen, vergezeld van een verzoek tot dading onder deze voorwaarden. Indien er echter betwistingen blijven bestaan, blijven er maar twee opties over. Ofwel volgt de gerechtsmandataris hiervoor de normale gerechtelijke weg, die naar alle waarschijnlijkheid veel tijd in beslag zal nemen en hierdoor in de regel niet binnen de periode van de opschorting zal kunnen worden afgehandeld, zoals vereist door artikel 67. Ofwel vordert de gerechtsmandataris de ontlasting van zijn opdracht, nadat alle bedragen werden geïnd, en gebeurt de verdeling en de afhandeling van de betwistingen overeenkomstig de faillissementsprocedure of de procedure van de

vrijwillige vereffening indien het een rechtspersoon betreft. Voor de ontlasting van de gerechtsmandataris vereist artikel 67 immers alleen dat de gerechtsmandataris van oordeel is dat alle voor overdracht vatbare activiteiten zijn overgedragen. De verdeling van de gelden moet dus nog niet hebben plaatsgevonden. De rechtbank zal samen met deze ontlasting de procedure van gerechtelijke reorganisatie afsluiten. Artikel 67, tweede lid voorziet in de mogelijkheid voor de rechtbank om in hetzelfde vonnis, wanneer de schuldenaar een rechtspersoon is, de bijeenroeping van de algemene vergadering te bevelen met de ontbinding als agendapunt<sup>164</sup>. De rechtbank heeft niet de bevoegdheid om over te gaan tot de ambtshalve faillietverklaring. Het initiatief van een schuldeiser of het Openbaar Ministerie is dus vereist om tot een snelle afhandeling van de betwiste schuldvorderingen en de verdeling van de reeds geïnde fondsen over te gaan.

### ***De positie van de schuldenaar-natuurlijke persoon en de kosteloze persoonlijke zekerheidstellers***

**98.** Omwille van de gelijkenissen tussen de overdracht onder gerechtelijk gezag en het faillissement, heeft de wetgever het noodzakelijk geacht om tot een gedeeltelijke gelijkenschakeling van de positie van de borgen in beide procedures te komen. Net zoals bepaald in artikel 24*bis* Faill.W. worden alle middelen van tenuitvoerlegging uit hoofde van de schuldvorderingen in de opschorting ten laste van de natuurlijke persoon die zich kosteloos persoonlijk zeker heeft gesteld opgeschort vanaf het vonnis dat de overdracht beveelt overeenkomstig artikel 60 tot het vonnis dat deze procedure afsluit overeenkomstig artikel 67 (art. 69). Ook de faillissementsrechtelijke verschoonbaarheidsregeling van artikel 80, tweede lid Faill.W. krijgt zijn tegenhanger in de overdrachtsprocedure. De natuurlijke persoon van wie de onderneming met toepassing van artikel 67 geheel wordt overgedragen kan door de rechtbank worden ontlast van de schulden die bestaan op het ogenblik van het vonnis dat deze overdracht beveelt, indien deze persoon ongelukkig en te goeder trouw is (art. 70, eerste lid). De schuldenaar moet hiervoor een verzoekschrift op tegenspraak neerleggen bij

<sup>161.</sup> Toelichting bij de wet, p. 31.

<sup>162.</sup> Dit principe geldt echter niet onverkort. Art. 64 § 1, vierde lid voorziet op het vlak van de inning van deze bedragen in een uitzondering indien roerende goederen worden verkocht door middel van een openbare verkoop. In dit geval staat de gerechtsdeurwaarder in voor de inning van de prijs ervan. Deze bedragen zullen worden overgemaakt aan de gerechtsmandataris die zal instaan voor de verdeling ervan. Art. 65, derde lid bepaalt weliswaar dat de prijs van de onroerende goederen wordt geïnd en verdeeld door de gerechtsmandataris, maar voegt eraan toe dat dit moet gebeuren overeenkomstig art. 1639 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek. Volgens deze bepalingen staat de notaris echter in voor de verdeling van de prijs van het verkochte onroerend goed en de bevrijding van de hypotheek. Zowel het amendement dat hieraan ten grondslag ligt als de parlementaire voorbereidingen tonen aan dat de notaris bevoegd blijft voor de eerste verdeling van de geïnde prijs tussen ingeschreven en hypothecaire schuldeisers. Alleen het eventuele saldo, verminderd met de kosten, zal vervolgens aan de gerechtsmandataris worden overgedragen. Zie *Parl. St.* Kamer 2007-08, nr. 160/003, 10, *Parl. St.* Kamer 2008-09, nr. 160/009, 4.

<sup>163.</sup> Amendementen nrs. 14 en 15, zoals ingediend door de heer George, en aangenomen door de Kamercommissie. Zie *Parl. St.* Kamer 2007-08, nr. 160/003, 9-10; Verslag Perpète, 170.

<sup>164.</sup> In tegenstelling tot wat art. 83 Faill.W. voorziet, leidt de afsluiting van de procedure van gerechtelijke overdracht niet automatisch tot de ontbinding van de rechtspersoon en de onmiddellijke sluiting van de vereffening. Het risico bestaat hierdoor dat de oude praktijk van de handel in failliete vennootschappen uit fiscale overwegingen opnieuw opleeft.

de rechtbank binnen de drie maanden na dit vonnis (art. 70, tweede lid).

99. Deze gelijkschakeling met de faillissementsprocedure is gerechtvaardigd. De keuze tussen de verschillende procedures ligt nog steeds in hoofdzaak bij de schuldenaar zelf. In deze keuze zal de schuldenaar zich in de regel eerder laten leiden door zijn eigenbelang dan door de gevolgen voor zijn schuldeisers. Indien de procedure van een overdracht onder gerechtelijk gezag geen aanleiding zou kunnen geven tot een verschoonbaarverklaring, zou een handelaar-natuurlijke persoon eerder geneigd zijn om de faillissementsprocedure aan te wenden<sup>165</sup>. Met deze bepalingen wijkt de wetgever tevens af van het principe dat de openverklaring van een reorganisatieprocedure geen invloed heeft op positie van de persoonlijke zekerheidstellers en vooral de borggen. Nochtans is de geboden bescherming slechts partieel. De kosteloze persoonlijke zekerheidsteller kan weliswaar genieten van een opschorting gedurende de procedure maar kan geen beroep doen op een versnelde bevrijdingsregeling, zoals voorzien in artikel 80, derde lid. Evenmin is voorzien in de bevrijding van de echtgenoot die zich persoonlijk zeker heeft gesteld indien de schuldenaar verschoonbaar wordt verklaard<sup>166</sup>. Indien de echtgenoot of familieleden zich persoonlijk zeker heeft gesteld, zal de schuldenaar hierdoor nog steeds een voorkeur hebben voor het faillissement, zelfs indien de schuldeisers meer belang hebben bij een overdracht in going concern. Of deze verschillende behandeling de grondwettelijke gelijkheidstoets kan doorstaan is nog maar de vraag. De wetgever gaat er blijkbaar van uit dat de bescherming geboden door de wet van 3 juni 2007 met betrekking tot de kosteloze borgtocht hiertoe moet volstaan. Deze bevrijdingsregeling verschilt echter aanzienlijk van de bevrijdingsregeling in de faillissementsprocedure op het vlak van haar toepassingsgebied, dat is beperkt tot de borgtocht, haar voorwaarden en haar gevolgen. Bovendien kan de burgerrechtelijke regeling vanuit rechtseconomisch oogpunt niet worden aanvaard omdat de bevrijding steeds volledig is en alleen rekening houdt met de feiten die waren gekend op het tijdstip van de sluiting van de overeenkomst<sup>167</sup>.

## Positie van de werknemers

100. Het lot van de arbeidsovereenkomsten in geval van een overdracht van de onderneming wordt aanzienlijk gewijzigd in vergelijking met het oud recht. Aanvankelijk werd immers aangenomen dat een overdracht ingevolge artikel 41 WGA als een overdracht bij wege van overeenkomst werd beschouwd en aldus ressorteerde onder hoofdstuk 2 van de CAO 32*bis* en haar latere aanpassingen<sup>168</sup>. Het arbeidsrechtelijke kader van deze overdracht werd hierdoor gelijkgeschakeld aan een fusie en gelijkaardige operaties, waardoor krachtens artikel 7 van deze CAO alle arbeidsovereenkomsten overgingen op de overnemer. Nochtans vertoonde een overdracht krachtens artikel 41 WGA, waarin het bestuur geen beschikkingsbevoegdheid meer had en de leiding over de overdracht werd waargenomen door de commissaris inzake opschorting, sterke gelijkenissen met een overdracht in het kader van de faillissementsprocedure. Deze laatste overdracht wordt niet gevisieerd door de Europese richtlijn waaraan deze CAO uitvoering gaf en genoot daarom van een voor de overnemer gunstiger regime<sup>169</sup>. Deze overdracht wordt beheerst door hoofdstuk 3 van deze CAO en geeft de overnemer onder meer de vrije keuze tussen de arbeidsovereenkomsten die hij wenst over te nemen. Dit verschil in behandeling is ervoor verantwoordelijk dat een overdracht overeenkomstig artikel 41 WGA slechts uitzonderlijk tot een succes werd afgerond<sup>170</sup>. Voor een potentiële overnemer was het immers interessanter om het faillissement van de onderneming af te wachten. CAO 32*quinquies* is hieraan enigszins tegemoet gekomen door in een bijzondere regeling te voorzien op grond waarvan enerzijds een collectieve arbeidsovereenkomst de arbeidsvoorwaarden kunnen wijzigen ten einde werkgelegenheid te redden en anderzijds de verkrijger niet gehouden is tot de betaling van de schulden die voortvloeien uit deze arbeidsovereenkomsten in zoverre de betaling ervan wordt gewaarborgd door het Sluitingsfonds<sup>171</sup>. Aangezien deze laatste maatregel pas zijn volle uitwerking heeft gekregen in september 2006, na een aanpassing van de wet betreffende de sluiting van ondernemingen, is de concrete impact hiervan echter niet geweten.

<sup>165</sup>. Toelichting bij de wet, p. 78.

<sup>166</sup>. Amendement nr. 12 van de heer George had tot doel deze bepalingen over te nemen in het kader van de overdracht onder gerechtelijk gezag maar werd zonder enige commentaar verworpen. Zie Verslag Perpète, 162.

<sup>167</sup>. Een bevrijdingsregeling kan vanuit theoretisch oogpunt alleen worden aanvaard indien rekening wordt gehouden met de financiële situatie van de borg op het tijdstip van de uitwinning en met het gedrag van de schuldenaar tijdens de duur van de borgtocht. Zie P. COUSSEMENT, "Is er nog leven voor de (kosteloze) borgtocht na de wet van 3 juni 2007? Een kritische analyse aan de hand van enkele rechtseconomische beschouwingen omtrent persoonlijke (en zakelijke) zekerheden", *Bijzondere overeenkomsten*, XXXIV<sup>ste</sup> Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2008, 187-244.

<sup>168</sup>. Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32*bis* gesloten in de Nationale Arbeidsraad van 7 juni 1985 betreffende het behoud van de rechten van werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst en tot regeling van de rechten van werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement, *B.S.* 8 augustus 1985, zoals gewijzigd door CAO nr. 32*quinquies* van 13 maart 2002.

<sup>169</sup>. Zie art. 1 en 5 van de richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen en onderdelen daarvan (*P.B.* L. 82, 22 maart 2001, 16).

<sup>170</sup>. Verslag Perpète, 144.

<sup>171</sup>. Art. 8*bis* van CAO 32*bis*.

**101.** De wetgever is zich bewust geweest van het belang van een aangepaste arbeidsrechtelijke regeling opdat de procedure inzake overdracht onder gerechtelijk gezag als een volwaardig alternatief voor de faillissementsprocedure kon fungeren. Artikel 51 van het oorspronkelijke wetsvoorstel bepaalde daartoe dat deze overdracht zou ressorteren onder hoofdstuk 3 van CAO 32*bis*, en dus eenzelfde wettelijke kader zou verkrijgen als de overdracht na faillissement. Deze bepaling werd reeds in november 2006, als onderdeel van het ontwerp Onkelinckx, ter advies voorgelegd aan de Nationale Arbeidsraad. De tegenstellingen tussen de standpunten van werknemers en werkgevers bleken echter niet te overbruggen en zijn de voornaamste redenen waarom de hervorming van het gerechtelijk akkoord zo lang op zich heeft laten wachten<sup>172</sup>. Om verder uitstel te vermijden, heeft de wetgever ervoor geopteerd om, na intens informeel overleg met de sociale partners, een aangepaste wettelijke regeling te voorzien die zal gelden tot de bekrachtiging door de Koning van een collectieve arbeidsovereenkomst in de Nationale Arbeidsraad gesloten waarbij de rechten van de werknemers in deze situatie nader worden geregeld of gewijzigd (art. 61 § 6)<sup>173</sup>. Hierbij wordt aansluiting gezocht bij de bepalingen van hoofdstuk 3 van de CAO 32*bis* maar tevens voorzien in een aangepaste bescherming van de vertegenwoordigers van de werknemers en een grotere rechtszekerheid voor de overnemer.

**102.** De wet hanteert als uitgangspunt dat de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overdracht van de onderneming bestaande arbeidsovereenkomsten door de overdracht onder gerechtelijk gezag overgaan op de verkrijger (art. 61 § 1)<sup>174</sup>. Van dit principe wordt echter op een aantal punten afgeweken<sup>175</sup>. Ten eerste kunnen de arbeidsvoorwaarden worden gewijzigd. Dit kan op grond van een collectieve arbeidsovereenkomst gebeuren ten einde de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de onderneming of van haar activiteiten te verzekeren (art. 61

§ 2, eerste lid). De verkrijger kan met de werknemers daarnaast wijzigingen aan de individuele arbeidsovereenkomst overeenkomen, voor zover die wijzigingen hoofdzakelijk verbonden zijn aan technische, economische of organisatorische redenen en geen zwaardere verplichtingen opleggen aan de verkrijger dan die welke volgen uit collectieve onderhandelingen (art. 61 § 2, tweede lid)<sup>176</sup>. Deze beide bepalingen moeten toelaten dat vrije onderhandelingen kunnen worden gevoerd omtrent de collectieve en individuele arbeidsvoorwaarden, zodat deze worden afgestemd op de nieuwe situatie en zonder dat dit als een contractbreuk van een van beide partijen kan worden beschouwd<sup>177</sup>. Om het risico te beperken dat een overnemer deze bepalingen in alle gevallen aanwendt, wordt vereist dat er objectieve elementen bestaan om tot deze wijzigingen over te gaan. Indien er twijfels zouden kunnen bestaan over het vervuld zijn van deze voorwaarden, kan de overnemer meer rechtszekerheid bekomen door de homologatieprocedure van artikel 61 § 5 aan te wenden (zie verder nr. 105).

**103.** Ten tweede berust de keuze van de werknemers die worden overgenomen bij de verkrijger (art. 61 § 4)<sup>178</sup>. De keuze van de verkrijger mag echter niet arbitrair zijn. Ze moet worden bepaald door technische, economische en organisatorische redenen en gebeuren zonder verboden differentiatie. Met deze laatste vereiste wordt voorzien in de bescherming van de vertegenwoordigers van de werknemers<sup>179</sup>. Een dergelijke algemene norm zou echter tot veel discussie kunnen leiden en rechtsonzekerheid voor de overnemer met zich meebrengen. Daarom wordt de afwezigheid van verboden differentiatie geacht bewezen te zijn indien het deel van de werknemers en van hun vertegenwoordigers dat in de overgenomen onderneming of deel van de onderneming actief was en dat door de verkrijger gekozen wordt, evenredig is aan het totaal aantal gekozen werknemers<sup>180</sup>. De keuze van de overnemer kan dus niet betwist worden indien het aantal werknemersvertegen-

<sup>172</sup> Advies nr. 1.578 van de Nationale Arbeidsraad van 21 november 2006 betreffende het voorontwerp van de Wet op de Continuïteit van de Ondernemingen, beschikbaar op <http://www.cnt-nar.be/ADVIES/advies-1578.pdf>.

<sup>173</sup> Verslag Perpète, 155.

<sup>174</sup> De in art. 35 § 2 geboden mogelijkheid om lopende overeenkomsten niet uit te voeren is niet van toepassing op arbeidsovereenkomsten.

<sup>175</sup> Het in de eerste paragraaf geformuleerde principe van de continuïteit van de arbeidsovereenkomsten moet volgens de parlementaire voorbereidingen worden gelezen in samenhang met de andere bepalingen van dit artikel, zodat dit principe niet kan worden geïsoleerd van de andere paragrafen. De in voetnoot 169 aangehaalde richtlijn laat immers toe dat niet alle arbeidsovereenkomsten integraal en automatisch moeten worden overgenomen. Zie Verslag Vandenberghe, 34.

<sup>176</sup> Een lid van de bevoegde Kamercommissie uitte de vrees dat deze wijzigingen van individuele arbeidsovereenkomsten een CAO die is gewijzigd naar aanleiding van de overdracht kunnen ondergraven en er interne concurrentie kan ontstaan tussen werknemers waarbij de werkgever de werknemers tegen elkaar uitspeelt. Zie Verslag Perpète, 150.

<sup>177</sup> Toelichting bij de wet, p. 74.

<sup>178</sup> De vrije keuze die de verkrijger geniet, geldt ook voor de werknemer. Geen enkele werknemer kan worden gedwongen om tewerkgesteld te worden bij de overnemer. Zie Toelichting bij de wet, p. 76.

<sup>179</sup> De wet hanteert niet de term "beschermde werknemers", waaronder tevens de niet-verkozen werknemers worden begrepen. Hieruit moet worden afgeleid dat deze werknemers niet van deze aangepaste bescherming kunnen genieten.

<sup>180</sup> De techniek van de evenredige overname van de werknemersvertegenwoordigers kan tevens worden teruggevonden in art. 76 van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk. In geval van overname na faillissement voorziet deze bepaling dat het comité voor de preventie en bescherming op het werk in bepaalde situaties behouden blijft tot de eerstkomende verkiezingen en dat dit comité uitsluitend is samengesteld uit een aantal effectieve personeelsafgevaardigden, evenredig met het aantal in de nieuwe onderneming tewerkgestelde werknemers.

woordigers relatief gezien gelijk blijft<sup>181</sup>. Artikel 61 § 4 bepaalt niet expliciet wie bevoegd is voor de beoordeling van de technische, economische en organisatorische redenen. In de regel is dit de arbeidsrechtbank<sup>182</sup>. Ten aanzien van beschermde werknemers voorziet de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden dat een ontslag om technische of economische redenen voorafgaandelijk moet worden erkend door het bevoegde paritaire comité, bij gebreke waarvan de beschermde werknemer een vordering tot reintegratie kan instellen of een aanzienlijke schadevergoeding kan bekomen<sup>183</sup>. In het kader van het faillissement heeft het Hof van Cassatie echter beslist dat de curator deze verplichting niet moet naleven<sup>184</sup>. De door de wet beoogde gelijkenschakeling tussen het faillissement en de overdracht onder gerechtelijk gezag, de aansluiting die met artikel 61 wordt gezocht bij de arbeidsrechtelijke gevolgen na faillissement en de ruime homologatiebevoegdheid van de arbeidsrechtbank rechtvaardigen dat de gerechtsmandataris evenmin ertoe is gehouden de rechtmatigheid van deze ontslagen voorafgaandelijk te laten beoordelen door het bevoegde paritaire comité. De beoordeling van de rechtmatigheid van de ingeroepen technische, economische en organisatorische redenen zal toekomen aan de arbeidsrechtbank in het kader van de homologatie van de overdracht.

**104.** De rechtszekerheid voor de overnemer wordt daarnaast op een aantal punten vergroot. De vervreemder of de gerechtsmandataris zijn ertoe gehouden om de kandidaat-verkrijger in te lichten over alle verplichtingen die betrekking hebben op de werknemers die betrokken zijn in de overdracht en over alle bestaande vorderingen die deze werknemers zouden hebben ingesteld tegen de werkgever (art. 61 § 3, eerste lid). De overnemer zal alleen gehouden zijn tot de verplichtingen die aldus schriftelijk worden meegedeeld (art. 61 § 3, derde lid). Voor de werknemer kan dit verstrekkende gevolgen hebben. Hiertoe wordt voorzien in de verplichting om de werknemers in kennis te stellen van dezelfde informatie die aan de kandidaat-verkrijger wordt meege-

deeld. De werknemer die vaststelt dat deze informatie onvolledig of onjuist is, kan indien de homologatie van de overdracht wordt nagestreefd de vooropgestelde verplichtingen betwisten door de vervreemder of de gerechtsmandataris te dagvaarden voor de arbeidsrechtbank, die zal beslissen bij hoogdringendheid (art. 61 § 5, tweede lid). Indien de werknemer dit echter nalaat of niemand het initiatief neemt om de homologatie te verzoeken, kan de werknemer alleen hiervoor schadevergoeding eisen van de vervreemder en niet van de verkrijger (art. 61 § 3, derde lid). De arbeidsrechtbank is bevoegd voor deze vorderingen en spreekt zich uit bij hoogdringendheid in een normale samenstelling en niet op voorlopige basis<sup>185</sup>. Indien de overdracht betrekking heeft op alle activa van de schuldenaar, stelt er zich een probleem voor de werknemers indien de betwisting niet tijdig wordt ingeleid of beslecht. De schuldenaar zal dan immers worden vereffend, op grond van het Wetboek van Vennootschappen of de Faillissementswet, en de schadevergoeding komt in de boedel terecht. Deze schadevergoeding is echter (voorsnog) niet bevoorrecht op grond van artikel 19 Hyp.W., waardoor deze vordering in de regel waardeloos wordt. Hiertoe is het voornemen opgevat om een wetswijziging in te voeren waardoor in deze gevallen een beroep kan worden gedaan op het Sluitingsfonds<sup>186</sup>.

**105.** De verkrijger kan nog meer rechtszekerheid bekomen door de overdracht te laten homologeren door de arbeidsrechtbank. Zowel de verkrijger, de vervreemder als de gerechtsmandataris kunnen bij verzoekschrift aan de arbeidsrechtbank van de zetel van de vennootschap of de hoofdinrichting van de schuldenaar de homologatie vragen van de overdracht wat de betrokken sociale rechten betreft (art. 61 § 5). Deze homologatie zal zich uitstrekken tot de overdracht zelf, de lijst van de overgenomen of over te nemen werknemers, het lot van de arbeidsovereenkomsten, de vastgestelde arbeidsvoorwaarden en de schulden<sup>187</sup>. De vertegenwoordigers van de werknemers worden hierbij gehoord. De homologatie door de arbeidsrechtbank moet gebeuren voorafgaand aan de machtiging door de rechtbank

<sup>181</sup>. Ongetwijfeld schuilt in deze bepaling het risico dat de overnemer zijn keuze zal laten beïnvloeden door de vroegere houding van de werknemersvertegenwoordigers maar opnieuw hecht de wetgever meer belang aan de noodzaak om op een aangepaste wijze tot een vermindering van het personeelsbestand te kunnen overgaan. Vooral indien de overnemer reeds een gelijkaardige onderneming uitbaat, zullen synergieën worden nagestreefd zodat het bestaande personeelsbestand niet volledig kan worden overgenomen.

<sup>182</sup>. Bv. in het kader van de beoordeling van het willekeurig ontslag van werklieden met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur overeenkomstig art. 63 Wet Arbeidsovereenkomsten.

<sup>183</sup>. Zie de art. 3, 14, 16 en 17 van de wet van 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen alsmede voor de kandidaat-personeelsafgevaardigden, *B.S.* 29 maart 1991.

<sup>184</sup>. Volgens een arrest van 25 juni 2001 was de curator niet langer verplicht om het paritaire comité te raadplegen indien de handelsactiviteiten werden stopgezet ingevolge het faillissementsvonnis en dit gepaard ging met het gelijkelijk en terzelfdertijd of binnen zeer korte termijn gegeven ontslag van alle werknemers. Zie Cass. 25 juni 2001, *R.W.* 2001-02, 485, noot W. RAUWS. Een arrest van 19 april 2004 gaat hierin nog verder door te stellen dat ook in geval van een voortzetting van de handelsactiviteit en een gefaseerde afvloeiing de curator het paritair comité niet hoeft te raadplegen. Zie Cass. 19 april 2004, *T.B.H.* 2004, 543, *R.W.* 2004-05, 258, noot I. BOONE, *Soc. Kron.* 2005, 192, noot M. VAN PUTTEN.

<sup>185</sup>. Toelichting bij de wet, p. 75.

<sup>186</sup>. Verslag Perpète, 169.

<sup>187</sup>. Deze draagwijdte van de homologatie werd in het regeringsamendement nr. 1 voorafgegaan door de woorden "onder meer". Ingevolge een amendement van de Senaat werden deze woorden geschrapt, zodat de aspecten opgenomen in art. 61 § 5, eerste lid een limitatieve opsomming betreffen. Zie amendement nr. 21 van de heer Vandenberghe, *Parl. St.* Senaat 2008-09, nr. 4-995/2, 8.

van koophandel van het ontwerp van overdracht overeenkomstig artikel 64<sup>188</sup>. Indien de homologatie wordt verleend, kan de verkrijger tot geen andere verplichtingen worden gehouden dan die welke voorkomen in de akte waarvan de homologatie is gevraagd (art. 61 § 5, derde lid).

**106.** Tot slot wordt de regeling van artikel 8bis CAO 32bis overgenomen die voorziet dat de op het tijdstip van de overdracht bestaande schulden die uit de op dat tijdstip bestaande arbeidsovereenkomsten voortvloeien niet overgaan op de verkrijger indien de betaling van die schulden wettelijk wordt gewaarborgd door het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van een onderneming ontslagen werknemers (art. 61 § 3, vierde lid). Deze uitzondering op de in solidum gehoudenheid van verkrijger en vervreemder geldt ten eerste alleen binnen de grenzen die voor de tussenkomst van het Sluitingsfonds van toepassing zijn en vastgesteld worden in de wet betreffende de sluiting van ondernemingen. Ten tweede wordt vereist dat de overdracht plaatsvindt op verdring van een derde of het Openbaar Ministerie.

**107.** Niettegenstaande de voorgaande bepaling de enige betreft waarin het wettelijke kader een onderscheid maakt tussen een vrijwillige en gedwongen overdracht, geeft de toelichting bij artikel 59 aan dat er nog meer verschillen bestaan in het wettelijke kader naar gelang dit onderscheid. Volgens de toelichting zou een overdracht op verzoek van de schuldenaar worden beheerst door de op vrijwillige overdrachten van ondernemingen toepasselijke sociaalrechtelijke bepalingen<sup>189</sup>. Dit zou impliceren dat hoofdstuk 2 van CAO 32bis voor deze overdrachten geldt. Uit de wetshistoriek blijkt dat het hier niet gaat om een vergetelheid. In de toelichting bij het eerste ontwerp wordt hier immers geen melding van gemaakt. Integendeel, hierin wordt aangegeven dat op alle overdrachten de regels van hoofdstuk 3 van CAO 32bis van toepassing zijn<sup>190</sup>. Bij de behandeling van het ontwerp in de Kamer en de Senaat wordt daarentegen niet meer teruggekomen op het onderscheid tussen vrijwillige en gedwongen overdrachten, niettegenstaande de problematiek van de rechtspositie van de werknemers de parlementaire discussies heeft gedomineerd. De vraag naar de relevantie

van dit onderscheid moet worden beantwoord naar gelang de rol die aan CAO 32bis en CAO 32quinquies kan worden toebedeeld ten aanzien van de procedure inzake gerechtelijke reorganisatie. In de parlementaire voorbereidingen wordt deze vraag een aantal keer expliciet gesteld maar een eenduidig antwoord wordt er niet op gegeven, wat niet geheel hoeft te verwonderen gezien de delicaatheid van het onderwerp<sup>191</sup>. De parlementaire voorbereiding laat blijken dat artikel 61 aanvankelijk als een overgangsmaatregel werd beschouwd die de rechten van de werknemers regelt bij een overdracht onder gerechtelijk gezag, in afwachting van een definitieve regeling door de Nationale Arbeidsraad overeenkomstig artikel 61 § 6<sup>192</sup>. Naar aanleiding van de behandeling van het ontwerp in de Senaat werd echter duidelijk dat artikel 61, minstens voor een deel ervan, steeds zal blijven gelden. De sociale partners kunnen immers niet afwijken van de bepalingen inzake rechterlijke reorganisatie, zoals de bevoegdheidstoeuwijzing aan de arbeidsrechtbank, en hun bevoegdheid om af te wijken van dit artikel kan, overeenkomstig de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges, niet betekenen dat het gehele juridische kader wordt gewijzigd of dat het principe waarvan wordt afgeweken volledig wordt uitgewist<sup>193</sup>. Aan artikel 61 kan dan ook alleen een zinvolle interpretatie worden gegeven door aan te nemen dat hiermee deze CAO in haar geheel geen toepassing meer kan vinden op de overdrachten onder gerechtelijk gezag ingevolge de inwerkingtreding van deze bepaling<sup>194</sup>. Bij gebrek aan enige referentie in artikel 61 naar dit onderscheid of naar deze CAO, moet worden aangenomen dat vrijwillige overdrachten op dezelfde wijze worden geregeld als gedwongen overdrachten<sup>195</sup>. Vanuit beleidsmatig oogpunt kan dit tevens worden verdedigd. Zelfs indien de schuldenaar om een overdracht verzoekt, kan dit bezwaarlijk als vrijwillig worden aanschouwd. Aangezien deze overdracht het verlies van de controle en eigendom over de onderneming tot gevolg heeft voor de schuldenaar, en de daarvoor betaalde vergoeding integraal naar de schuldeisers zal gaan, zal een schuldenaar hier normaliter alleen om verzoeken indien de uitvoering van een collectief akkoord illusoir is en er de schuldenaar de facto geen andere keuze overblijft, behoudens het faillissement.

<sup>188</sup>. Verslag Vandenberghe, 17.

<sup>189</sup>. Toelichting bij de wet, p. 72. Deze algemene overweging staat evenwel niet geformuleerd bij de toelichting van art. 61 maar bij art. 59 § 2.

<sup>190</sup>. *Parl. St. Kamer, buitengewone zitting 2007, nr. 160/001, 34: "De door de rechtbank bevolen overdracht is steeds een maatregel die onder gerechtelijk gezag wordt genomen, zelfs ingeval de schuldenaar er oorspronkelijk a priori mee had ingestemd. Zulks biedt de mogelijkheid ermee rekening te houden dat de betrokken overdrachten geen vrijwillige overdrachten zijn."*

<sup>191</sup>. Zie o.a. Verslag Perpète, 166; Verslag Vandenberghe, 8, 10, 14 en 16.

<sup>192</sup>. Toelichting bij de wet, p. 74; Verslag Perpète, 166; Verslag Vandenberghe, 5.

<sup>193</sup>. Verslag Vandenberghe, 18-19. De hiërarchie der rechtsnormen wordt door deze rechtscolleges immers strikt nageleefd.

<sup>194</sup>. Verslag Vandenberghe, 10.

<sup>195</sup>. Indien de sociale partners echter een nieuwe CAO zouden sluiten in uitvoering van art. 61 § 6 zou de invoering van een gelijkaardig regime aan CAO 32bis voor vrijwillige overdrachten, in het licht van de toelichting bij de wet, als een te rechtvaardigen afwijking kunnen worden beschouwd.

## INWERKINGTREDING

**108.** De Wet op de Continuïteit van de Ondernemingen treedt in werking op een door de Koning te bepalen datum en uiterlijk zes maanden na de bekendmaking ervan in het *Belgisch Staatsblad* (art. 86). Hetzelfde geldt voor de wet houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de continuïteit van de ondernemingen (art. 7). Op 31 maart 2009 werden twee Koninklijke Besluiten gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* die ervoor zorgen dat beide wetten in werking treden op 1 april 2009. De lopende procedures van gerechtelijk akkoord worden echter afgehandeld volgens de Wet Gerechtelijk Akkoord. Artikel 85 bepaalt dat de Wet Gerechtelijk Akkoord wordt opgeheven door de nieuwe wet, behoudens de toepassing ervan op de procedures van gerechtelijk akkoord die lopen op het ogenblik van de inwerkingtreding (art. 85).

**109.** Het regeringsamendement voorzag aanvankelijk in een gedifferentieerde inwerkingtreding van artikel 61. Artikel 90 voegde aan de voorgaande bepalingen immers toe dat artikel 61 niet in werking kon treden vóór 1 januari 2009. Tijdens de behandeling van het wetsontwerp in de Senaat werd hieraan veel aandacht besteed<sup>196</sup>. Deze tijdslimiet was echter ingevoerd teneinde de Nationale Arbeidsraad de tijd te geven om zelf oplossing uit te werken zodat tezelfdertijd met de inwerkingtreding van artikel 61 deze bepaling zou uitdoven ingevolge de toepassing van artikel 61 § 6. Aangezien tijdens het parlementaire debat werd vastgesteld dat de NAR in elk geval niet klaar zou zijn met een dergelijke tekst op 1 januari 2009, werd besloten om deze zin te schrappen uit het wetsontwerp<sup>197</sup>. Artikel 61 treedt hierdoor samen met de overige bepalingen van de wet in werking.

## BESLUIT

**110.** De doorgevoerde hervorming is ontegensprekelijk ondernemersgericht. De vrees voor de negatieve publiciteit van een reorganisatieprocedure wordt opgevangen door te voorzien in verschillende technieken om in alle beslotenheid een oplossing uit te werken. In de procedure van gerechtelijke reorganisatie worden de discretionaire bevoegdheid van de rechtbank bij de beoordeling van de akkoord- en faillissementsvoorwaarden ingeperkt, wat de ondernemer meer waarborgen biedt en zijn onderneming een reële kans krijgt om zich te reorganiseren. De termijnen van de opschorting en uitvoeringstermijn van het plan worden aanzienlijk uitgebreid en de kostprijs van de procedure en de gerechtelijke inmenging in het bestuur worden verminderd. Dit alles zal de drempelvrees van de schuldenaar moeten reduceren en de kans vergroten op een duurzaam herstel.

**111.** In de zoektocht naar een nieuw evenwicht is de wetgever ervan uitgegaan dat alle ondernemingen het voordeel van de twijfel genieten en antimisbruiktechnieken, zoals de voorlopige bestuurder van artikel 28, treden alleen in werking indien er aanwijzingen bestaan van misbruiken of kennelijk wanbeheer. Indien de rechtbank twijfels heeft omtrent de moraliteit of competentie van de schuldenaar, hoeft dit niet langer te leiden tot de faillietverklaring. Ondanks de sinds 1998 verhoogde bewijslast voor de vaststelling van de verdachte periode wordt de rol van de faillissementsrechtelijke niet-tegenwerpelikheden nog verder uitgehold om de totstandkoming van minnelijke akkoorden aan te moedigen. Het streven naar continuïteitsbestending wordt hiermee prominent boven de klassieke insolventierechtelijke normen geplaatst, zoals de gelijke behandeling van schuldeisers.

Buitenlandse ervaringen, waaronder de Chapter 11-wetgeving en in mindere mate de Duitse insolventieregulering, tonen echter aan dat deze normen verzoenbaar zijn. Vooralsnog is het echter wachten op een overkoepelende samenlooptheorie en is de inspraak van schuldeisers in het verloop van de procedure van gerechtelijke reorganisatie minimaal. De verhouding tussen de rechten van de buitengewone schuldeisers, de gewone schuldeisers en de aandeelhouders is nog steeds uit balans. De hervorming heeft de rechten van buitengewone schuldeisers slechts in beperkte mate gewijzigd aangezien de principiële schorsingstermijn van de kapitaalaflossing als aanvangspunt de neerlegging van het verzoekschrift neemt. Een schuldherschikking, tegen marktconforme voorwaarden en binnen bepaalde grenzen, kan nog steeds niet aan deze schuldeisers worden opgedrongen. Behoudens individueel akkoord, zullen deze schuldeisers na het verloop van de schorsingstermijn nog steeds kunnen overgaan tot de onmiddellijke en volledige opeising van de achterstallige kapitaalaflossingen, wat voor een groot deel van de ondernemingen het einde van hun reorganisatiepogingen betekent. Over de rechten van de aandeelhouders hult de nieuwe wet zich nog steeds in stilzwijgen. Alle financiële inspanningen moeten worden geleverd door de gewone schuldeisers, met de leveranciers van diensten, de RSZ en de fiscus voorop, terwijl de aandeelhouders de resultaten hiervan integraal mogen opstrijken. Een gedwongen omzetting van de vorderingen van deze schuldeisers, of minstens hun kwijtscheldingen, in lidmaatschapsrechten is dus nog niet aan de orde, niettegenstaande gelijkwaardige bepalingen reeds bestaan in de Duitse en Amerikaanse procedures. Nochtans zou de waarderredistributie ingevolge de procedure

<sup>196.</sup> Verslag Vandenberghe, 9-12 en 39.

<sup>197.</sup> Verslag Vandenberghe, 11 en 39.

hiermee worden geneutraliseerd, aansluiting worden gezocht bij het fundamentele economische principe van de rangregeling en de schuldenlast dermate kunnen worden gereduceerd dat er ruimte wordt gecreëerd voor nieuwe financiering<sup>198</sup>. Deze fundamentele en theoretische kritieken doen echter geen afbreuk aan de verdienste van de Wet op de Continuïteit van de Ondernemingen. Ze geven alleen aan dat het meest optimale evenwicht nog niet is bereikt.

**112.** De belangrijkste bekommernis van de wetgever bestond erin om een wettelijk kader te scheppen waarbinnen levensvatbare ondernemingen in moeilijkheden alle kansen krijgen aangereikt om zich te reorganiseren en in dit opzicht is de hervorming geslaagd. De procedure inzake gerechtelijke reorganisatie is een substantiële verbetering ten aan-

zien van de akkoordprocedure en moet toelaten de negatieve perceptie die hieromtrent is ontstaan te doorbreken. Enkele succesverhalen in de nabije toekomst zouden hiertoe moeten bijdragen en in het licht van de huidige economische situatie zullen deze opportuniteiten zich ongetwijfeld aanbieden. De criticasters moeten zich er echter van onthouden uitsluitend te kijken naar het aantal verzoeken die hebben geleid tot de volledige uitvoering van het reorganisatieplan. Geen enkele economisch rechtvaardigbare reorganisatieprocedure is immers bij machte om alle ondernemingen in moeilijkheden te redden. Het falen van ondernemingen is onlosmakelijk verbonden met onze markteconomie en een reorganisatieprocedure heeft tevens als doel de selectie tussen levensvatbare en reddeloos verloren onderneming te optimaliseren.

---

<sup>198</sup> Zie omtrent de gelijke behandeling in reorganisatieprocedures, de gedwongen schuldherschikking van bijzonder gewaarborgde schulden en de gedwongen omzetting in aandelen: P. COUSSEMENT, *o.c.*, nrs. 1023-1024, 1057-1062 en 1063-1070.