

RECHTSLEER

DOCTRINE

INSOLVENTIE/INSOLVABILITÉ

In de ban van continuïteit

Melissa Vanmeenen¹

Inleiding	488
Afdeling 1. Het toepassingsgebied	491
Afdeling 2. De preprocedurale preventie-instrumenten	492
§ 1. <i>Situering</i>	492
§ 2. <i>De rol van de economische beroepsbeoefenaar</i>	493
§ 3. <i>De hervorming van het handelsonderzoek</i>	494
§ 4. <i>Evaluatie</i>	495
Afdeling 3. De toegang tot en opening van de procedure	497
§ 1. <i>Het verzoekschrift tot opening van de gerechtelijke reorganisatie: toegangsticket vereist</i>	497
A. <i>Overzicht van de belangrijkste nieuwe verplichtingen</i>	497
B. <i>De taak van de economische beroepsbeoefenaar</i>	499
§ 2. <i>De beslissing tot opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie</i>	501
§ 3. <i>Duur van de opschorting</i>	503
§ 4. <i>Toegang tot de gerechtelijke reorganisatie: free entrance of toegangscontrole?</i>	504
Afdeling 4. De gevolgen van de opening van de procedure	506
§ 1. <i>Opschorting van betaling</i>	507
§ 2. <i>Geen faillissement of gerechtelijke vereffening</i>	512
§ 3. <i>Debtor in possession</i>	512
Afdeling 5. Het collectief akkoord als herstructureringsstelsel	513
§ 1. <i>Vaststelling van schuldvorderingen en inhoud van het reorganisatieplan</i>	515
§ 2. <i>De goedkeuring van het reorganisatieplan door de schuldeisers</i>	518
§ 3. <i>De homologatie van het reorganisatieplan door de rechtbank</i>	520
Besluit	524

SAMENVATTING

De redding van ondernemingen in moeilijkheden krijgt de afgelopen jaren zowel op Europees, als nationaal vlak veel aandacht. In deze bijdrage wordt de Wet Continuïteit Ondernemingen (WCO), die in april 2015 haar zesde verjaardag vierde, kritisch besproken. Bij deze analyse wordt een dubbele invalshoek gehanteerd: ten eerste wordt stilgestaan bij enkele actuele knelpunten die blijken uit de rechtspraak; ten tweede wordt de WCO getoetst aan de recente Aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie. De resultaten van dit tweeledig onderzoek kunnen beleidsmakers inspireren bij de voorbereiding van de aangekondigde hervormingen van het insolventierecht. Daarnaast biedt deze bijdrage rechtspractici een up-to-date overzicht van een aantal belangrijke evoluties bij de toepassing van de WCO.

¹ Onderzoeksgroep Onderneming & Recht, Universiteit Antwerpen.

RÉSUMÉ

Ces dernières années, le sauvetage d'entreprises en difficulté reçoit beaucoup d'attention tant au niveau européen qu'au niveau national. Le présent article examine de façon critique la loi relative à la continuité des entreprises, qui a fêté le 1^{er} avril 2015 son sixième anniversaire. Cette analyse est faite au départ d'un double point de vue: premièrement, l'article examine quelques points de discussion actuels qui ressortent de la jurisprudence; deuxièmement, la LCE est confrontée à la récente Recommandation de la Commission européenne relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises. Les résultats de ce double examen peuvent servir de source d'inspiration pour les décideurs à l'occasion des réformes annoncées du droit de l'insolvabilité. Par ailleurs, cet article propose également aux praticiens un aperçu à jour d'un certain nombre de développements importants dans l'application de la LCE.

INLEIDING

1. Reorganisatie en redding van ondernemingen in moeilijkheden is de afgelopen jaren steeds meer in opmars. Zowel op Europees als op nationaal vlak wordt gezocht naar mogelijkheden om ondernemingen te ondersteunen bij het zoeken naar een oplossing voor financiële problemen. Deze evolutie wordt gevoed door de overtuiging dat faillissementen nadelig zijn voor de maatschappij en zoveel mogelijk moeten worden vermeden. Faillissementen zorgen voor een verlies van waarde, jobs en schuldvorderingen². Dergelijke verliezen zouden vermeden moeten/kunnen worden indien de onderneming tijdig gewezen wordt op alarmsignalen en hierop volgend de juiste herstelmaatregelen treft.

In deze bijdrage zal worden onderzocht hoe het zit met de redding van ondernemingen in België anno 2015. Sinds decennia focust de Belgische wetgever op preventie en reorganisatie. Het succes van deze pogingen was aanvankelijk zeer beperkt³. Met de invoering van de Wet betreffende de continuïteit van ondernemingen⁴ in 2009 kwam hier schijnbaar verandering in. Na een korte inlooperperiode werd gretig gebruik gemaakt van de nieuwe instrumenten binnen de WCO. Naarmate de procedure van gerechtelijke reorganisatie meer ingeburgerd raakte, werd ook duidelijk dat de wet

zwakke plekken vertoonde. Met de wet van 27 mei 2013⁵ wilde de wetgever de wet bijsturen om een aantal pijnpunten weg te werken⁶. De wijzigingswerkzaamheden hanteerden als uitgangspunt dat niet geraakt zou worden aan de filosofie en de basisprincipes van de WCO, de aanpassingen dienden beperkt te blijven tot punctuele verbeteringen. De wetgever achtte de tijd nog niet rijp om de relatief jonge reorganisatieprocedure te hervormen, maar stelde een grondigere evaluatie in het vooruitzicht. Het huidige regeerakkoord van oktober 2014 en de beleidsverklaring van de minister van Justitie⁷ bevestigen deze intenties en stellen nieuwe hervormingen in het vooruitzicht.

Hervorming kan echter niet zonder bezinning. Het lijkt dan ook zinvol om na te gaan waar we op heden staan, 6 jaar na de invoering van de WCO. In deze bijdrage wordt een *status quaestionis* opgemaakt, waarbij aandacht wordt besteed aan de recente rechtspraak. Waar toepasselijk, zal tevens verwezen worden naar de meest recente statistieken⁸.

2. De analyse van de Belgische situatie wordt in deze bijdrage specifiek gekaderd binnen de Europese context. Op Europees niveau werd de afgelopen jaren eveneens sterk

². Zie uitgebreider *Bankruptcy and second chance for honest bankrupt entrepreneurs*, 31 oktober 2014, studie uitgevoerd in opdracht van de Europese Commissie, DG Enterprise & Industry, 21-22, beschikbaar op http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=7962&lang=e.

³. Van 1998 tot 2009 gold de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord (*BS* 28 oktober 1997, *err.* *BS* 4 december 1997) (verder "Wet Gerechtelijk Akkoord" of "WGA"), die een schuldenaar de mogelijkheid bood om een gerechtelijk akkoord te sluiten met zijn schuldeisers.

⁴. Wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen (*BS* 9 februari 2009), verder "Wet Continuïteit Ondernemingen" of "WCO". Voor een grondige bespreking van deze wet, zie o.a. I. VEROUWSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2011, 25-314.

⁵. Wet van 27 mei 2013 tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen (*BS* 22 juli 2013), hierna verder geciteerd als "Wijzigingswet". Zie hierover o.a. M.-Cl. ERNOTTE en B. INGHELS, "La loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises: ajustement ou rétrécissement?", *JT* 2013, 637-653; L. DE KEYSER, T. DELWICHE, J.-J. ACKAERT en J. MALEKZADEM, "Wijzigingen aan de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen", *TRV* 2013, 740-777; D. PASTEGER, "Actualités du droit des entreprises en difficulté" in N. THIRION (ed.), *Chronique d'actualités en droit commercial*, Brussel, Larcier, 2013, 181-239; A. ZENNER en C. ALTER, *La loi sur la continuité des entreprises revisitée par la loi du 27 mai 2013*, Brussel, Larcier, 2013, 253 p.; T. LYSSENS, *De gewijzigde Wet continuïteit van ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 214 p.; A. VAN HOE, "Continuïteit voor de Wet Continuïteit Ondernemingen", *RW* 2013-14, 1202-1229; P. FRANCOIS, "De wijziging van de Wet betreffende de continuïteit van ondernemingen: geen wijziging van de fundamentele wijzigingen", *BFR* 2014, afl. 5, 243-259; J. RENARD, V. RENARD, N. OUCHINSKY en W. DAVID, *La loi relative à la continuité des entreprises après la réforme de 2013: mode d'emploi*, Mechelen, Kluwer, 2014, 529 p.

⁶. Zie ook de samenvatting van de wetswijziging bij de *Memorie van toelichting*, Wetsontwerp tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2692/1, 3.

⁷. Zie regeerakkoord 10 oktober 2014, 25-26 en beleidsverklaring Justitie, 17 november 2014, 32-33.

⁸. Studiebureau Graydon publiceert jaarlijks een studie met cijfers over de toepassing van de WCO. Ter gelegenheid van de zesde verjaardag werd op 1 april 2015 de studie "De WCO voorbij" van de hand van Eric VAN DEN BROELE gepubliceerd. Deze en voorgaande studies zijn vrij te raadplegen op www.graydon.be. In deze bijdrage wordt voormelde studie verder geciteerd als E. VAN DEN BROELE, "De WCO voorbij", Graydon, 1 april 2015.

ingezet op insolventierecht. In de beleidsdocumenten van de Commissie wordt insolventie regelmatig als prioriteit naar voor geschoven⁹ en ook het Europees Parlement liet zijn stem horen over insolventierecht¹⁰. Volgens de Commissie belemmert de diversiteit binnen de nationale insolventieregels de totstandbrenging van een efficiënte interne markt. Gelijke uitgangsvoorwaarden op het gebied van de nationale insolventiewetten zouden ertoe leiden dat bedrijven, ondernemers en particulieren die in de interne markt willen werken, meer vertrouwen hebben in de systemen van de andere lidstaten en de toegang tot krediet wordt verbeterd, wat investeringen aanmoedigt¹¹.

De Insolventieverordening¹² was het eerste Europese instrument dat (effectief) werd ingevoerd om een brug te bouwen over de (verschillen van de) nationale insolventieregimes heen. Aangezien een Europese harmonisering van het materieel insolventierecht in de vorige eeuw onhaalbaar werd geacht, beperkte de Insolventieverordening zich in beginsel tot het aanduiden van de bevoegde rechter en het toepasselijk recht bij grensoverschrijdende insolventieprocedures. Op 20 mei 2015 keurde het Europees Parlement een grondige hervorming van de Europese Insolventieverordening goed¹³. De basisprincipes van de Insolventieverordening blijven behouden, maar men poogt de regels beter af te stemmen op de veranderende noden van het insolventierecht. De bespreking

van de Nieuwe Insolventieverordening (Insol.Vobis) en de impact hiervan op het Belgische recht is het voorwerp van een toekomstige bijdrage in dit tijdschrift en wordt dus verder slechts in beperkte mate besproken.

Naast de hervorming van de Insolventieverordening zien we echter ook een materieelrechtelijke harmonisatiebeweging op gang komen. In november 2011 keurde het Europees Parlement een resolutie goed, waarin aanbevelingen tot harmonisatie van insolventieprocedures worden gedaan¹⁴. In de resolutie worden verschillende punten aangestipt waarvoor een uniforme Europese regeling nuttig lijkt¹⁵. In dezelfde lijn kan verwezen worden naar de recente Aanbeveling van de Commissie van 12 maart 2014¹⁶. Deze Aanbeveling is uitdrukkelijk bedoeld om de samenhang tussen de nationale insolventiestelsels te bevorderen, zodat de verschillen en inefficiënties worden verminderd¹⁷. Hiertoe stelt de Aanbeveling minimumnormen vast met betrekking tot preventieve herstructureringsstelsels^{18, 19}. In deze Aanbeveling worden (onder andere) de principes opgesomd die als leidraad zouden moeten gelden om een degelijk (eenvormig) wetgevend kader uit te bouwen gericht op de vlotte reorganisatie van ondernemingen in moeilijkheden²⁰. Alle lidstaten worden uitgenodigd om hun nationale wetgevingen te onderzoeken en waar nodig bij te sturen ten laatste tegen 14 maart 2015. Op heden nam België nog geen initiatief om zijn insolven-

9. Zie o.a. de Mededeling van de Commissie “Akte voor de interne markt II”, 3 oktober 2012, COM(2012) 573; Mededeling van de Commissie “Een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie”, 12 december 2012, COM(2012) 742; Mededeling van de Commissie, “Actieplan ondernemerschap 2020”, 9 januari 2013, COM (2012) 795. In dit laatste document werden de lidstaten verzocht om tegen 2013 “ondernemingen ondersteunende diensten te bieden voor vroegtijdige herstructurering, alsmede advies om faillissementen te voorkomen en steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor herstructurering en een nieuwe start”.
10. Resolutie van het Europees Parlement van 15 november 2011 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende insolventieprocedures in het kader van het vennootschapsrecht van de EU, nr. 2001/2006(INI), *Pb.C.* 153E van 31 mei 2013, verder geciteerd als “Wetgevingsresolutie Parlement van 15 november 2011”.
11. Zie mededeling van de Commissie “Een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie”, 12 december 2012, COM(2012) 742.
12. Verordening (EG) nr. 1346/2000 van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *Pb.* 30 juni 2000, hierna verkort “Insolventieverordening” of “Insol.Vo”.
13. Recent werd de aangepaste tekst van de Nieuwe Insolventieverordening, waarover de Raad en het Parlement overeenstemming bereikten gepubliceerd; zie Standpunt van de Raad nr. 7/2015 in eerste lezing, *Pb.C.* 141 van 28 april 2015. Deze tekst werd ongewijzigd goedgekeurd door het Europees Parlement op 20 mei 2015. De nieuwe Insolventieverordening zal in werking treden 20 dagen na publicatie in het *Publicatieblad*, maar de toepassing ervan wordt uitgesteld tot 2017. Hierna wordt naar de nieuwe versie van de Insolventieverordening verwezen als “Nieuwe Insolventieverordening” of “Insol.Vo bis”. Voor het oorspronkelijke voorstel tot wijziging van de Insolventieverordening, zie voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, COM/2012/0744. Zie Wetgevingsresolutie Parlement van 15 november 2011, zoals geciteerd in vn. 10.
14. Deze resolutie steunt op voorafgaande studies omtrent harmonisering uitgevoerd op verzoek van het Europees Parlement: “Harmonisation of Insolvency Law at EU level”, 15 april 2010, beschikbaar via www.europarl.europa.eu/committees/en/studies.html#studies.
15. Aanbeveling van de Commissie van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie, nr. 2014/135/EU, *Pb.L.* 74 van 14 maart 2014, 65-70 (hier verder geciteerd als “Aanbeveling Commissie” of “Aanbeveling”). Zie hierover o.a. S. MADDAUS, “The EU Recommendation on Business Rescue – Only Another Statement or a Cause for Legislative Action Across Europe?”, *Insolvency Intelligence* 2014, nr. 27-6, 81-85; K. VAN ZWIETEN, “Restructuring law: recommendations from the European Commission”, *EBRD Law in Transition* 2014, 2-9.
16. Zie overweging (11) Aanbeveling. Voor een overzicht van de verschillen tussen de huidige wetgeving in de verschillende lidstaten, zie S. BARIATTI en R. VAN GALEN, *Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices*, INSOL Europe, 12 mei 2014, beschikbaar op http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm.
17. Noteer dat de Aanbeveling van de Commissie tevens minimumnormen vaststelt voor schuldkwijtschelding van failliete ondernemers, dit aspect blijft in de bijdrage echter buiten beschouwing.
18. Zie voor suggesties omtrent de minimum-standaarden voor preprocedurale herstructureringsmechanismen: S. BARIATTI en R. VAN GALEN, *Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices*, INSOL Europe, 12 mei 2014, beschikbaar op http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm: “This report concerns a study of proceedings in the Member States aimed at rescuing companies in financial difficulties with an emphasis on early proceedings. It contains recommendations for minimum standards for proceedings in the preinsolvency stage or early stage of insolvency.”
19. Overweging (1) Aanbeveling: “Deze aanbeveling heeft tot doel ervoor te zorgen dat levensvatbare ondernemingen in financiële moeilijkheden, ongeacht hun locatie in de Unie, toegang hebben tot nationale insolventiestelsels waardoor ze zich in een vroeg stadium kunnen herstructureren om hun insolventie te voorkomen, en zodoende de totale waarde voor schuldeisers, werknemers, eigenaren en de economie als geheel te maximaliseren.”

tiewetgeving aan te passen aan deze Aanbeveling. In de onderstaande bijdrage zal worden onderzocht of, en in welke mate dergelijke aanpassingen nodig zijn.

3. Vooraleer de bespreking ten gronde aan te vatten, past het om bij wijze van inleiding kennis te maken met de uitgangspunten van voormelde Aanbeveling van de Commissie. Op deze wijze krijgt de lezer inzicht in het basiskader waaraan de WCO in deze bijdrage zal worden getoetst.

Artikel 6 van de Aanbeveling stelt dat een schuldenaar toegang zou moeten hebben tot een stelsel waardoor hij zijn onderneming kan herstructureren met als doel insolventie te voorkomen. Dit preventief herstructureringsstelsel zou de volgende kernelementen moeten bevatten²¹:

- a) de schuldenaar zou in een vroeg stadium moeten kunnen herstructureren, zodra het duidelijk wordt dat er kans op insolventie bestaat vgl. met de open portaalbenadering WCO (art. 16 WCO);
- b) de schuldenaar zou zeggenschap moeten behouden over de dagelijkse werking van zijn onderneming vgl. met de *debtor in possession* bij gerechtelijke reorganisatie;
- c) de schuldenaar zou moeten kunnen verzoeken om een tijdelijke schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen vgl. met de opschorting van betaling bij de opening van gerechtelijke reorganisatie (art. 24 en art. 30 *et seq.* WCO);
- d) een herstructureringsplan dat is goedgekeurd door de meerderheid die door de nationale wet wordt vereist, zou bindend moeten zijn voor alle schuldeisers, mits het herstructureringsplan door een gerecht is bevestigd vgl. met de goedkeuring en homologatie van een reorganisatieplan bij collectief akkoord (art. 54-57 WCO);
- e) nieuwe financiering die voor de tenuitvoerlegging van een herstructureringsplan nodig is, zou niet als een voor het geheel van schuldeisers nadelige rechtshandeling nietig, vernietigbaar of niet-tegenwerpbaar mogen worden verklaard vgl. met de regels inzake nieuwe schuldvorderingen en de regels inzake de verdachte periode bij faillissement.

Het is belangrijk om in te zien dat het preventief herstructureringsstelsel zoals beoogd in de Aanbeveling *niet* geconcipeerd wordt als één gerechtelijke insolventieprocedure²². Op dit punt is er dus een belangrijk verschil met de procedure van gerechtelijke reorganisatie naar Belgisch recht. De Commissie beoogt een informeel mechanisme waarbij de

schuldenaar een akkoord (“herstructureringsplan”) probeert te sluiten met zijn schuldeisers buiten de rechtbank om, een zogenaamde “out-of-court work-out”²³. Hoewel het om een informeel mechanisme gaat, voorziet de Aanbeveling wel in een aantal minimumregels waaraan het herstructureringsplan moet voldoen. Volgens artikel 7 aanbeveling is punctuele rechterlijke tussenkomst mogelijk, maar moet dit worden beperkt tot situaties waarin dit noodzakelijk en evenredig is ter bescherming van de rechten van de schuldeisers en andere belanghebbenden die door het herstructureringsplan worden geraakt. Zo kan de rechter bijvoorbeeld een schorsing van de middelen van tenuitvoerlegging opleggen, terwijl de schuldenaar onderhandelt met zijn schuldeisers²⁴.

4. We kunnen vaststellen dat de Belgische WCO qua uitgangspunt verschilt van de Aanbeveling. Ten eerste is er in België een strikte scheiding tussen de preprocedurale of buitengerechtelijke mechanismen en de formele procedure van gerechtelijke reorganisatie. De buitengerechtelijke mechanismen worden bewust minimaal gereguleerd, terwijl de procedure van gerechtelijke reorganisatie een gedetailleerd wettelijk kader heeft.

Inhoudelijk bestaan er echter bijzonder veel gelijkenissen tussen de Aanbeveling van de Commissie en de WCO. Zoals verder zal blijken, komen de regels uit de Aanbeveling met betrekking tot het herstructureringsplan grotendeels overeen met de Belgische procedure van gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord.

Aangezien de basisprincipes van beide instrumenten zeer sterk gelijkend zijn, lijkt het ons nuttig en mogelijk om beiden met elkaar te vergelijken met het oog op de mogelijke aanpassing van de Belgische wetgeving aan de Aanbeveling. De principes uit de Aanbeveling worden zoveel mogelijk “vertaald” naar de Belgische context. De lezer dient echter steeds voor ogen te houden dat sommige aspecten van de Aanbeveling moeilijk een plaats kunnen krijgen binnen de WCO, omdat er in België gewerkt wordt met een formele procedure waarbij de rechter een grotere controle uitoefent.

Vice versa wordt ook de Aanbeveling van de Commissie kritisch tegen het licht gehouden. De Belgische wetgeving en de daaruit voortvloeiende ervaringen kunnen mogelijk ook inspiratie bieden om de Aanbeveling te verbeteren. De voordelen en (wellicht nog belangrijker) de knelpunten in de huidige Belgische wetgeving kunnen tevens richtinggevend zijn voor andere lidstaten die hervormingen overwegen.

²¹ Zie uitgebreider over deze kernprincipes, K. VAN ZWIETEN, “Restructuring law: recommendations from the European Commission”, *EBRD Law in Transition online* 2014, 3-4.

²² Zie art. 8 Aanbeveling: “Een schuldenaar zou een proces voor de herstructurering van zijn onderneming moeten kunnen aanvangen zonder dat er formeel een gerechtelijke procedure hoeft te worden ingeleid.”

²³ S. MADAUS, “The EU Recommendation on Business Rescue – Only Another Statement or a Cause for Legislative Action Across Europe?”, *Insolvency Intelligence* 2014, nr. 27-6, 84. Noteer dat het zogenaamde preventief herstructureringsstelsel in de Aanbeveling in ruime mate geïnspireerd is op de populaire Engelse “Scheme of Arrangement”. Voor een beknopte bespreking, zie L. SNICK, “De rol van de rechter bij de Wet Continuïteit Ondernemingen”, *Jura Falc.* 2013-14, 901-923. Zie over alternatieven en de afbakening van het toepassingsgebied van de Aanbeveling, K. VAN ZWIETEN, “Restructuring law: recommendations from the European Commission”, *EBRD Law in Transition* 2014, 1-2.

²⁴ Zie art. 10-14 Aanbeveling.

5. Voorgaande inleidende beschouwingen illustreren de dubbele invalshoek van deze bijdrage. Enerzijds wordt stilgestaan bij enkele actuele knelpunten die blijken uit de rechtspraak; anderzijds wordt de WCO getoetst aan de recente Aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie. Op deze wijze krijgt de lezer een up-to-date overzicht van een aantal belangrijke evoluties bij de toepassing van de WCO én wordt een aanzet gegeven voor de mogelijke verbetering van de WCO.

Voor een eenvoudig begrip wordt in deze bijdrage de

bestaande indeling van de WCO gevolgd. Het is echter geenszins de bedoeling om alle aspecten van de WCO uitgebreid te bespreken. De keuze van de te bespreken onderwerpen werd ingegeven door de recente rechtspraak enerzijds en de minimumnormen uit de voormelde aanbeveling van de Commissie anderzijds. Achtereenvolgens zullen in deze bijdrage worden besproken: 1. het toepassingsgebied; 2. de pre-procedurele preventie-instrumenten; 3. de toegang tot en opening van de procedure; 4. de gevolgen van de opening van de procedure en 5. het collectief akkoord als herstructureringsstelsel.

AFDELING 1. HET TOEPASSINGSGEBIED

6. De artikelen 3 en 4 WCO bepalen het personele toepassingsgebied van de WCO. Naast kooplieden in de zin van artikel 1 W.Kh. kunnen tevens landbouwers, landbouwenootschappen en de burgerlijke vennootschappen met handelsvorm beroep doen op de WCO. Artikel 4 WCO zorgt er echter voor dat vrije beroepsbeoefenaars uitgesloten worden, evenals financiële instellingen in de ruime zin van het woord²⁵.

Wanneer we het toepassingsgebied van de WCO toetsten aan de Aanbeveling van de Commissie, zien we een parallelle uitsluiting van de financiële sector in de ruime zin²⁶. Voor het overige is de Aanbeveling hoofdzakelijk toepasselijk op “ondernemingen”, zonder dat dit begrip verder wordt gedefinieerd²⁷. Zoals zeer uitdrukkelijk uit de titel “Wet betreffende de continuïteit van *ondernemingen*” blijkt, zijn ondernemingen tevens de doelgroep van de WCO. De precieze invulling van dit begrip is echter onderhevig aan evolutie in de afgelopen jaren.

Sinds 1 augustus 2013 werd het toepassingsgebied van de WCO uitgebreid tot landbouwers natuurlijke personen (aanvulling art. 3 WCO). Deze uitbreiding was in lijn met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof²⁸, waarin de uitsluiting van natuurlijke personen-landbouwers als ongrondwettig werd beschouwd. Anders dan op het eerste gezicht verwacht kon worden, oordeelde het Grondwettelijk Hof in tegenovergestelde zin over de uitsluiting van de vrije beroepsbeoefenaars die hun activiteit uitoefenen in een burgerlijke vennootschap met handelsvorm. In een recent arrest van 12 maart 2015²⁹ werd de uitsluiting van de vrije beroepsbeoefenaar niet als discriminerend beschouwd. Het Hof baseert zich hiervoor op een aantal klassieke argumenten. Het verschil in behandeling berust volgens het Hof op

een objectief criterium, nl. de niet-commerciële aard van de handelingen die de uitoefening van een vrij beroep kenmerken. De uitsluiting is het gevolg van het doel van de WCO, nl. het vermijden van een faillissement, iets wat voor de vrije beroepsbeoefenaars niet aan de orde is, omdat ze niet failliet verklaard kunnen worden. De maatregel is volgens het Hof evenredig, omdat de wetgever er redelijkerwijs van uitgaat dat de beoefenaars van vrije beroepen onderworpen zijn aan eigen deontologische regels en een financieel toezicht door de tuchtoverheden ondergaan. Het Hof sluit zich ook aan bij de redenering van de wetgever dat deontologische regels, in het bijzonder het beroepsgeheim, de toepassing van de WCO op vrije beroepsbeoefenaars onmogelijk maken. Verder verwijst het Hof naar de taken van economische beroepsbeoefenaars binnen de WCO als “hulporganen” van de rechterlijke macht, schijnbaar als argument om aan te tonen dat hun uitsluiting redelijk is. Er kunnen heel wat bedenkingen gemaakt worden bij dit arrest. Ten eerste is de kringredenering “geen WCO, want geen faillissement”, weinig overtuigend. Dit argument geldt op heden evengoed voor landbouwers, maar werd destijds niet in overweging genomen door het Hof in zijn arrest van 28 februari 2013. Ten tweede lijken de deontologische regels ons geen onoverkomelijk struikelblok om de WCO open te stellen voor vrije beroepsbeoefenaars. Het komt erop aan beide regimes op elkaar af te stemmen, zodat geen afbreuk wordt gedaan aan belangrijke principes zoals het beroepsgeheim. Het feit dat economische beroepsbeoefenaars binnen de WCO als “hulporganen” van de rechterlijke macht optreden, lijkt ons evenmin een beletsel om het toepassingsgebied van de WCO uit te breiden tot economische beroepsbeoefenaars. Vanzelfsprekend kan een schuldenaar-economisch beroepsbeoefenaar niet optreden als “hulporgaan” in zijn eigen dossier, maar het lijkt ons per-

²⁵. Noteer dat art. 4 WCO in 2014 werd aangevuld met “financiële holdings en de gemengde financiële holdings” door de nieuwe bankenwet (wet van 25 april 2014 op het statuut van en het toezicht op kredietinstellingen (*BS* 7 mei 2014)).

²⁶. Zie overweging (15) Aanbeveling.

²⁷. Art. 1 Aanbeveling: “levensvatbare ondernemingen met financiële moeilijkheden”.

²⁸. GwH 28 februari 2013, nr. 24/2013, *BS* 28 maart 2013, *TBH* 2013, 467, *JT* 2013, 309, noot B. INGHELS, *NJW* 2014, afl. 309, 740, noot R. STEENNOT, *RW* 2012-13, afl. 30, 1199.

²⁹. GwH 12 maart 2015, nr. 31/2015, *Juristenkrant* 2015, afl. 307, 1 en 16, *NJW* 2015, afl. 321, 315, noot R. STEENNOT.

fect mogelijk dat een rechtbank het dossier van een schuldenaar-economisch beroepsbeoefenaar op een correcte en objectieve manier behandelt zonder rekening te houden met diens potentiële hoedanigheid als hulporgaan. Het is een spijtige zaak dat het Hof in zijn arrest voorbij gaat aan de zeer nadrukkelijke evolutie om vrije beroepsbeoefenaars te integreren in het economisch recht³⁰.

Hoe dan ook, lijkt dit arrest geen afstel, maar slechts een uitstel van het debat over de verruiming van het toepassingsgebied van het insolventierecht geënt op een algemeen “ondernemingscriterium”. De huidige minister van Justitie kondigde aan dat de Faillissementswet en de WCO opgenomen zullen worden in het Wetboek Economisch recht, waarbij ook expliciet werd gesteld dat “*Het oude begrip ‘koopman’ immers niet meer spoort met de aanduiding ‘onderneming’ in het economisch recht.*”³¹. De weg ligt dus open voor een fundamentele hervorming van het personele toepassingsgebied van het insolventierecht.

7. Zowel in de WCO als in de Aanbeveling van de Commissie wordt het begrip “schuldenaar” als basisconcept gebruikt. In de WCO is geen formele definitie van dit begrip opgenomen, in de Aanbeveling van de Commissie is dit wel het geval. Artikel 5, a) Aanbeveling beschouwt als schuldenaar “een natuurlijke of rechtspersoon in financiële moeilijkheden wanneer er kans op insolventie bestaat”. Deze definitie sluit in grote mate aan bij de basisvoorwaarde van

artikel 23, eerste lid WCO, waarbij de procedure van gerechtelijke reorganisatie kan worden geopend zodra de continuïteit van de onderneming, onmiddellijk of op termijn, bedreigd is.

De invulling van het toepassingsgebied in beide instrumenten is dus gelijkaardig, maar toch is er sprake van een belangrijk nuanceverschil. Zo wordt in overweging 16 van de Aanbeveling verduidelijkt: “*Een herstructureringsstelsel zou een schuldenaar in staat moeten stellen in een vroeg stadium – wanneer zijn insolventie zou kunnen worden voorkomen en de voortzetting van zijn onderneming zou kunnen worden gegarandeerd – zijn financiële moeilijkheden aan te pakken. Om potentiële risico’s van misbruik van de procedure te voorkomen, moeten de financiële moeilijkheden van de schuldenaar echter van dien aard zijn dat ze tot zijn insolventie zouden kunnen leiden en moet het herstructureringsplan de insolventie van de schuldenaar kunnen voorkomen en de levensvatbaarheid van de onderneming kunnen garanderen.*” Deze overweging getuigt van een strengere visie dan de open-portaal-benadering binnen de WCO, waar de rechter de ernst van de financiële moeilijkheden niet in vraag kan stellen en evenmin rekening kan/mag houden met de levensvatbaarheid van de schuldenaar. Binnen de Aanbeveling is de voorwaarde van levensvatbaarheid daarentegen zeer expliciet aanwezig³². In randnummers 30 tot 33 wordt deze problematiek verder toegelicht.

AFDELING 2. DE PREPROCEDURELE PREVENTIE-INSTRUMENTEN

§ 1. Situering

8. Met de preprocedurele preventie-instrumenten³³ bedoelen we in deze bijdrage het handelsonderzoek (art. 8-12 WCO), de aanstelling van een ondernemingsbemiddelaar (art. 13 WCO) en het buitengerechtelijk minnelijk akkoord (art. 15 WCO).

Het handelsonderzoek vormt een afzonderlijk onderdeel binnen de WCO en is zeer uitdrukkelijk gericht op preventie. In essentie bestaat het handelsonderzoek uit de opsporing en sensibilisering van ondernemingen in moeilijkheden door de rechtbanken van koophandel. Aan de hand van “knipperlichten” wordt een dossier handelsonderzoek samengesteld, op

grond waarvan de rechter(s) kan/kunnen beslissen om de onderneming op te roepen. De rechter kan de onderneming in kwestie evenwel niet adviseren of begeleiden, hiervoor kan de schuldenaar desgevallend beroep doen op de ondernemingsbemiddelaar. De ondernemingsbemiddelaar wordt aangesteld door de rechtbank en kan als onafhankelijke derde de schuldenaar bijstaan bij het zoeken naar oplossingen. Indien dit nuttig blijkt, kan de ondernemingsbemiddelaar de onderhandelingen tussen de schuldenaar en de schuldeisers begeleiden met het oog op het sluiten van een buitengerechtelijk minnelijk akkoord. Artikel 15 WCO creëert een flexibel kader om op vrijwillige basis een vertrouwelijk akkoord te sluiten met enkele schuldeisers en koppelt hieraan een basisbescherming voor de betrokken

³⁰. We kunnen hier in het bijzonder verwijzen naar Boek XIV Wetboek Economisch Recht en de Wet Natuurlijke Rechter (Wet van 24 maart 2014 (BS 22 mei 2014)). Zie over dit thema uitgebreid, J. VANROYE en K.-J. VANDORMAEL, “Once more unto the breach – het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en de muren rond collectieve insolventieprocedures”, *TRV* 2013, 625-642. Voor een schets van de evolutie van het begrip “onderneming”, zie ook J. VANROYE en K.-J. VANDORMAEL, “Boek I WER en Wet natuurlijke rechter. Van handelsrecht naar ondernemingsrecht” in B. KEIRSBILCK en E. TERRYIN (eds.), *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 5-63.

³¹. Beleidsverklaring Justitie, 17 november 2014, 32-33. Zie ook K. GEENS, “Enkele slotbeschouwingen bij de eerste studie van het nieuwe Wetboek van economisch recht” in B. KEIRSBILCK en E. TERRYIN (eds.), *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 426, nr. 3.

³². Zie art. 1, 15, e), 16 en 23 en overwegingen (1), (5), (11), (12), (14) en (16) Aanbeveling.

³³. Zie hierover meer uitgebreid, M. VANMEENEN, “De preprocedurele reorganisatie binnen de Wet betreffende de continuïteit van ondernemingen” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN, *Gerechtelijke reorganisatie, getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 25-64.

schuldeisers³⁴. De aanstelling van een ondernemingsbemiddelaar en het sluiten van een buitengerechtelijk minnelijk akkoord kunnen zowel binnen als buiten het kader van een lopend handelsonderzoek toegepast worden.

Kenmerkend voor de preprocedurale instrumenten is hun “buitengerechtelijk” karakter: hoewel de rechtbank steeds een rol speelt bij deze instrumenten, is er nooit sprake van een “gerechtelijke procedure”. In dit licht sluiten deze instrumenten (deels) aan bij de Aanbeveling van de Commissie, waarin gepleit wordt voor meer buitengerechtelijke maatregelen en voor de beperking van de betrokkenheid van het gerecht tot situaties waarin dit noodzakelijk en evenredig is ter bescherming van de rechten van de schuldeisers en andere belanghebbenden die door het herstructureringsplan worden geraakt³⁵.

9. Met het oog op een betere faillissementspreventie voerde de Belgische wetgever bij de hervorming van de WCO in 2013 een aantal veranderingen door bij de preprocedurale preventie-instrumenten. Met deze aanpassingen wil men nog beter inspelen op het probleem dat ondernemers (nog steeds) veel te laat beroep doen op reorganisatietools, omdat ze niet tijdig beseffen dat er problemen zijn en/of niet weten wat de mogelijkheden zijn³⁶. Er wordt hierbij gewerkt via twee sporen: 1) betere voorlichting van de schuldenaar en 2) aanpassingen van de werking van het handelsonderzoek.

§ 2. De rol van de economische beroepsbeoefenaar

10. De eerste piste betreft de betere voorlichting van de schuldenaar: op heden worden (externe) economische

beroepsbeoefenaars³⁷ *verplicht* om de ondernemer of het bestuursorgaan te wijzen op gewichtige en overeenstemmende feiten die de continuïteit van de onderneming van de schuldenaar in het gedrang kunnen brengen (art. 10 WCO)³⁸. Het gaat niet om een actieve onderzoeksplicht, de meldingsplicht geldt enkel voor feiten die men vaststelt in de uitoefening van hun opdracht. Voor de externe accountant, de externe belastingconsulent en de bedrijfsrevisor wordt hieraan een *mogelijkheid* gekoppeld om de voorzitter van de rechtbank van koophandel schriftelijk in te lichten over de moeilijkheden, indien de onderneming binnen een termijn van een maand te rekenen vanaf voormelde kennisgeving niet de nodige maatregelen treft om de continuïteit voor een minimumduur van 12 maanden te waarborgen³⁹. Het is van belang om een onderscheid te maken tussen de verplichte mededeling aan de ondernemer die geldt voor *alle* externe economische beroepers en de facultatieve mededeling aan de voorzitter van de rechtbank door slechts *een aantal* van de economische beroepers.

Deze nieuwe regels vullen het bestaande mechanisme van artikel 138 W.Venn. aan. Dit artikel voorziet in een gelijkwaardige meldingsplicht voor commissarissen in een vennootschap en werd destijds ingevoerd door de Wet Gerechtelijk Akkoord.

Om de nieuwe taken te verduidelijken, stelden de drie beroepsinstellingen⁴⁰ recent een (ontwerp)Interinstutenaanbeveling op⁴¹, waarin richtlijnen worden gegeven over de concrete invulling van deze opdrachten. Wat betreft de opdrachten opgesomd in artikel 10 WCO voorziet de (ontwerp)Interinstutenaanbeveling in verduidelijking over de informatieverplichting ten aanzien van de onderneming (de

34. Betalingen uitgevoerd in het raam van dit minnelijk akkoord zullen in een navolgend faillissement in de regel beschermd zijn, wanneer ze gebeurden tijdens de verdachte periode. Art. 17, 2° en 18 Faill.W. worden in art. 15 WCO immers buiten werking gesteld. Let wel, frauduleuze handelingen kunnen wel nog steeds in vraag worden gesteld op grond van art. 20 Faill.W.

35. Zie art. 7 en 8 Aanbeveling – zie ook overweging (17) Aanbeveling. Zie wat betreft de aanstelling van een ondernemingsbemiddelaar ook art. 9, a) Aanbeveling.

36. Het gebrek aan kennis over de beschikbare reorganisatietools werd recent opnieuw aangetoond door een enquête van UCM, “Prévenir les faillites aujourd’hui pour soutenir la croissance de demain”, februari 2015, p. 22-23, beschikbaar op www.ucm.be. Zo kent bv. 35,40% van de ondernemers de procedure van gerechtelijke reorganisatie niet, 43,90% is niet vertrouwd met de centra voor bedrijven in moeilijkheden. Dit probleem speelt binnen de hele EU, zie *Bankruptcy and second chance for honest bankrupt entrepreneurs*, 31 oktober 2014, studie uitgevoerd in opdracht van de Europese Commissie, DG Enterprise & Industry (beschikbaar op <http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/press/items/detail.cfm?id=7962&lang=en>), p. 40-41, hier worden tevens suggesties gedaan om tegemoet te komen aan dit probleem.

37. De verplichting rust op de externe accountant, de externe belastingconsulent, de externe erkend boekhouder, de externe erkend boekhouder-fiscalist en de bedrijfsrevisor.

38. Zie hierover uitgebreid J.L. DE LHONEUX, “Le rôle de la procédure d’alerte dans le dépistage et la prévention des entreprises en difficulté”, *JT* 2015, 369-381. Zie ook de kritische analyse van R. GYSELS, “De discontinuïteit van de Wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen”, *Acc. & Tax*, 2013/4, 8-14 en verder J.P. RIGUET, “Les obligations comptables et la continuité des entreprises” in L. BERMOND en P. LIBIEZ (eds.), *Loi sur la continuité des entreprises en pratique: regards croisés, ajustements et bilan*, Brussel, Larcier, 2014, 17-20; G. DELVAUX, “Obligations et responsabilités des professionnels du chiffre dans le paiement des créances, dans la prévention de difficultés d’entreprise et dans la préparation de la réorganisation judiciaire” in A. ZENNER (ed.), *Paiement, insolvabilité et réorganisation. S’organiser pour être payé, payer ou se réorganiser*, Brussel, Larcier, 2015, 139-151.

39. In dat geval is art. 458 Sw. niet toepasselijk.

40. IBR, IAB en BIBF.

41. *Interinstutenaanbeveling inzake de opdrachten voor de bedrijfsrevisor, de externe accountant, de externe belastingconsulent, de externe erkende boekhouder of de externe erkende boekhouder-fiscalist in het kader van artikel 10, vijfde lid, artikel 12, § 1, vijfde lid en artikel 17, § 2, 5° en 6° van de Wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, hierna afgekort als “(ontwerp)Interinstutenaanbeveling”, beschikbaar in ontwerpversie op www.ibr-ire.be onder *regelgeving/normen_en_aanbevelingen/ontwerpen*. Voor een commentaar op deze (ontwerp)Interinstutenaanbeveling, zie D. MAES, “Aanbeveling inzake de opdrachten voor de economische beroepsbeoefenaars in het kader van de WCO”, *Acc. & Tax*, 2015/1, 11-15, met integrale weergave van de aanbeveling op p. 16-37. Na het verstrijken van de termijn van openbare raadpleging (termijn loopt tot 6 juni 2015) volgt de definitieve goedkeuring van de (eventueel aangepaste) aanbeveling.

vaststelling van de gewichtige en overeenstemmende feiten, welke feiten, de wijze waarop de onderneming wordt ingelicht) en de contacten tussen de beroepsbeoefenaar en de rechtbank.

Met de uitbreiding van de waarschuwingsplicht naar alle externe economische beroepsbeoefenaars zet de wetgever de preventieve opdracht van deze professionals duidelijk in de verf. Er wordt gehoopt dat dergelijke verplichte sensibilisering door de economische beroepsbeoefenaar ertoe zal leiden dat schuldenaars sneller de juiste maatregelen treffen⁴². Tijdige voorlichting is een belangrijke eerste stap, maar vervolgens zal de ondernemer nood hebben aan begeleiding en hulp om zijn probleem aan te pakken. Ook hier kan de economische beroepsbeoefenaar een bijdrage leveren. In de (ontwerp)Interinstitutenaanbeveling wordt gesteld dat de economische beroepsbeoefenaar bij de melding van de continuïteitsbedreigende feiten ook aanbevelingen kan doen om de continuïteit te herstellen⁴³, maar tegelijk wordt gewaarschuwd dat de beroepsbeoefenaar moet waken over zijn onafhankelijkheid en zich moet hoeden voor het risico om als feitelijk bestuurder van de onderneming beschouwd te worden⁴⁴.

11. Het voorgaande aspect, nl. het geven van aanbevelingen door de economische beroepsbeoefenaar over het herstellen van de continuïteit, komt ook nadrukkelijk aan bod in de WCO. De aangepaste versie van artikel 12, § 1 WCO biedt de rechter-verslaggever immers de mogelijkheid om de externe economische beroepsbeoefenaars in het raam van een handelsonderzoek te ondervragen over de aanbevelingen die zij gedaan hebben aan de onderneming in moeilijkheden en in voorkomend geval, nopens de maatregelen die genomen zijn om de continuïteit te waarborgen.

De rechter-verslaggever beschikte reeds vóór de wijziging van 2013 over dergelijke mogelijkheid op grond van de algemene ondervragingsbevoegdheid conform artikel 12, § 1, vijfde lid WCO. De explicitering van deze specifieke mogelijkheid heeft echter een dubbel doel. Ten eerste wordt de economische beroepsbeoefenaar sinds de wetwijziging expliciet ontheven van zijn beroepsgeheim wanneer hij informatie verstrekt aan de rechter. De beroepsbeoefenaar kan zijn medewerking dus niet weigeren op grond van zijn

beroepsgeheim. Ten tweede wordt de nieuwe meldingsplicht van de economische beroepsbeoefenaar uit artikel 10 WCO hiermee extra in de verf gezet. Bij gebrek aan naleving van de meldingsplicht, zal de professional in kwestie niet alleen in gebreke zijn ten aanzien van de ondernemer, maar mogelijk ook ten aanzien van de rechtbank van koophandel in het licht van een handelsonderzoek⁴⁵.

§ 3. De hervorming van het handelsonderzoek

12. De tweede piste om de preventie op te voeren betreft verschillende wijzigingen van het handelsonderzoek.

Allereerst wordt de informatiestroom over ondernemingen in moeilijkheden opgedreven door de verantwoordelijke overheidsinstanties te verplichten elke achterstand inzake betaling van socialezekerheidsbijdragen, bedrijfsvoorheffing en btw van minstens één kwartaal⁴⁶ te melden aan de griffie van de rechtbank van koophandel (wijziging art. 10 WCO). De vraag rijst of de griffie en/of de kamer voor handelsonderzoek in staat zijn om deze bijkomende informatie op een efficiënte manier aan te wenden om ondernemingen in moeilijkheden tijdig te detecteren. Om ondernemingen in een vroeg stadium te kunnen oproepen, zijn er immers meer mensen en middelen nodig, eerder dan meer informatie. In een recente bijdrage wijst J.-Ph. Lebeau, voorzitter van de rechtbank van koophandel van Henegouwen, terecht op het uitdeinende takenpakket van de rechtbank van koophandel, terwijl het budget van Justitie niet volgt, in tegendeel zelfs wordt verminderd⁴⁷.

De rechter die belast wordt met het onderzoek kan, zoals hierboven toegelicht, informatie inwinnen bij de economische beroepsbeoefenaars. Verder kan de rechter van ambtswege beslissen om de schuldenaar te bezoeken in de hoofd- inrichting/zetel zodra deze geen gevolg geeft aan de oproeping van de rechtbank⁴⁸. De wetgever verduidelijkte dat dergelijke afstapping kan gebeuren zonder griffier. De praktische impact van deze wijziging blijft beperkt, aangezien een rechter onmogelijk op systematische wijze alle schuldenaars in moeilijkheden die niet reageren op een oproeping persoonlijk kan bezoeken.

⁴² Deze nieuwe wettelijke verplichting wordt op Europees niveau positief onthaald, zie *Bankruptcy and second chance for honest bankrupt entrepreneurs*, 31 oktober 2014, studie uitgevoerd in opdracht van de Europese Commissie, DG Enterprise & Industry, 38 beschikbaar op http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=7962&lang=en.

⁴³ Zie § 43 en § 52 (ontwerp)Interinstitutenaanbeveling.

⁴⁴ Zie § 53 (ontwerp)Interinstitutenaanbeveling.

⁴⁵ Zie over de mogelijke aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar, J.L. DE LHONEUX, "Le rôle de la procédure d'alerte dans le dépistage et la prévention des entreprises en difficulté", *JT* 2015, 374-376 en 378-379.

⁴⁶ Voorheen gebeurde de verplichte melding vanaf twee kwartalen achterstand.

⁴⁷ J.-Ph. LEBEAU, "Evolution du rôle des tribunaux de commerce face au défaut de paiement et à l'insolvabilité: les défis actuels" in A. ZENNER (ed.), *Paiement, insolvabilité et réorganisation. S'organiser pour être payé, payer ou se réorganiser*, Brussel, Larcier, 2015, 236-272. Zie wat betreft de problemen van het handelsonderzoek in het bijzonder, 268, nr. 36.

⁴⁸ Voorheen waren twee vruchteloze oproepingen vereist.

13. De belangrijkste wijziging betreft het nieuwe artikel 12, § 4 WCO. Hieruit volgt dat het eigenlijke handelonderzoek niet langer mag duren dan 4 maanden⁴⁹, desgevallend kan de kamer voor handelonderzoek wel beslissen tot een verlenging van maximum 4 maanden. Binnen de eerste termijn van 4 maanden moet de rechter-verslaggever zijn of haar (eind)verslag opstellen⁵⁰. Dit verslag is bestemd voor de kamer voor handelonderzoek, maar dient ook te worden overgemaakt aan de voorzitter van de rechtbank en het Openbaar Ministerie. Met dit laatste wil de wetgever snelle interventies van respectievelijk de voorzitter en/of het Openbaar Ministerie bevorderen in ernstige gevallen. In dezelfde context kan ook verwezen worden naar de versoepeling⁵¹ van de toepassingsvoorwaarden van artikel 8 Faill.W. op grond waarvan een voorlopig bewindvoerder kan worden aangesteld bij een nakend faillissement. De Wijzigingswet schrapt nu tevens het vereiste van spoedeisendheid van de maatregel, het volstaat dat er sprake is van gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende aanwijzingen dat de faillissementsvoorwaarden vervuld zijn⁵². Daarnaast blijft de bestaande regel behouden waarbij de kamer voor handelonderzoek kan beslissen om het dossier (dus niet enkel het verslag) over te maken aan het Openbaar Ministerie indien de schuldenaar voldoet aan de faillissementsvoorwaarden, of in aanmerking komt voor een gerechtelijke ontbinding.

De termijn van 4 maanden begint te lopen vanaf het ogenblik dat de kamer voor handelonderzoek beslist een onderzoek te openen. Meestal wordt dergelijke beslissing gevolgd door een oproeping en één of meerdere gesprekken met de schuldenaar. Binnen de termijn van 4 maanden moet de rechter-verslaggever een zo goed mogelijk inzicht proberen te krijgen in de situatie van de schuldenaar en deze conclusies samenvatten in een verslag. Het valt te verwachten dat in bepaalde gevallen de termijn van 4 maanden niet voldoende zal zijn. In dat geval kan de kamer voor handelonderzoek de termijn eenmalig verlengen voor maximaal 4 maanden. De WCO voorziet niet in een specifieke sanctie bij overschrijding van de termijn, zodat kan geargumenteed worden dat

dit louter een termijn van orde betreft, waaraan geen verdere rechtsgevolgen zijn gekoppeld⁵³.

Het spreekt voor zich dat de periode van gegevensverzameling niet meegerekend wordt in de termijn van 4 maanden. De gegevensverzameling gaat vooraf aan het onderzoek en loopt gewoon verder tijdens, maar ook ná het onderzoek. Desgevallend kan de kamer voor handelonderzoek beslissen om een nieuw onderzoek te openen op basis van nieuwe feiten.

14. De wijzigingen met betrekking tot de termijn van het handelonderzoek zijn ingegeven door de vaststelling dat handelonderzoeken soms jaren aanslepen en dat te vaak gearzeld wordt om een snelle aanzet te geven tot een faillissement. Het handelonderzoek mag niet gericht zijn op het volgen en begeleiden van schuldenaars in moeilijkheden, maar heeft enkel tot doel de situatie te analyseren en aan te sturen op een oplossing. De wetgever wil inzetten op preventie, maar deze doelstelling is voorbehouden aan schuldenaars die reële herstructureringskansen hebben. Wanneer de situatie niet kan worden rechtgezet, moet het faillissement zo snel mogelijk volgen. Ook dit is een vorm van preventie, nl. erop toezien dat de schuldenberg niet nodeloos aangroeit zonder enig perspectief. De uitdrukkelijke beperking van de duur zou de rechtbanken moeten dwingen tot snelle, maar beperkte actie⁵⁴. Wanneer verdere opvolging en begeleiding noodzakelijk blijkt, kan overwogen worden om een ondernemingsbemiddelaar aan te stellen (art. 13 WCO)⁵⁵.

§ 4. Evaluatie

15. Uit voorgaand overzicht blijkt dat de Belgische wetgever veel aandacht heeft voor preprocedurale preventie-instrumenten. Dat de rechtbank van koophandel hierin nog steeds de hoofdrol speelt, is opmerkelijk, maar kan historisch worden verklaard⁵⁶. Deze situatie wordt verder in de hand gewerkt door bevoegdheidsverdeling binnen België: economische aangelegenheden (dus ook faillissements-

⁴⁹. Vgl. ook art. 13 van de Aanbeveling: hierin wordt voorgesteld om een basistermijn van 4 maanden te voorzien voor de periode van opschorting van betaling. Het gaat hier uiteraard over een andere situatie, maar in beide gevallen is de bekommernis een snelle oplossing voor het probleem te bekomen.

⁵⁰. Zie ook *Memorie van toelichting*, Wetsontwerp tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2692/1, 12.

⁵¹. Noteer dat de WCO in 2009 reeds de aanstellingsvoorwaarden voor een voorlopig bewindvoerder op grond van art. 8 Faill.W. versoepelde door de voorwaarde van "volstreekte noodzakelijkheid" te vervangen door "spoedeisendheid".

⁵². Zie hierover uitgebreid A.A. HENDERICKX, E. VAN DER GRACHT en A. SAUSSEZ, "Les différents mandats de justice visés par la loi relative à la continuité des entreprises" in L. BERMOND en P. LIBIEZ (eds.), *Loi sur la continuité des entreprises en pratique: regards croisés, ajustements et bilan*, Brussel, Larcier, 2014, 110-115.

⁵³. Zie over het beoogde begrip termijn van orde, K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 56-57, nr. 30.

⁵⁴. Recent werden deze principes opnieuw benadrukt door A. ZENNER, "Considérations conclusives" in A. ZENNER (ed.), *Paiement, insolvabilité et réorganisation. S'organiser pour être payé, payer ou se réorganiser*, Brussel, Larcier, 2015, 293-297; J.-Ph. LEBEAU, "Evolution du rôle des tribunaux de commerce face au défaut de paiement et à l'insolvabilité: les défis actuels" in A. ZENNER (ed.), *Paiement, insolvabilité et réorganisation. S'organiser pour être payé, payer ou se réorganiser*, Brussel, Larcier, 2015, 269-272, nrs. 38-39.

⁵⁵. Zie hierover J.-Ph. LEBEAU, "Une réponse pour les TPE et PME à la fermeture partielle du 'portail': le médiateur d'entreprise", VBO seminar *Ondernemingen in moeilijkheden: welke instrumenten bestaan er voor preventie en herstel?*, 26 juni 2013, Brussel.

⁵⁶. Het huidige handelonderzoek is ontstaan uit de vroegere depistagediensten, een praetoriaans initiatief dat gesteund was op het ambtshalve faillissement. Zie hierover M. VANMEENEN, "Het handelonderzoek" in F. DE TANDT, E. DIRIX, T. LYSSENS e.a. (eds.), *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2010, I.B.21.

preventie) zijn een regionale bevoegdheid, terwijl de insolventiewetgeving nog steeds federaal wordt geregeld. Indien de federale overheid wil inzetten op faillissementspreventie, zal dit noodzakelijkerwijze onder de koepel van de rechtbank moeten gebeuren. De vraag blijft natuurlijk of dit de taak van een rechtbank behoort te zijn⁵⁷. Het staat in elk geval vast dat het in de eerste plaats aan de Gewesten toekomt om initiatieven inzake faillissementspreventie te nemen. Idealiter zouden de federale insolventiewetgeving en de regionale initiatieven inzake preventie op elkaar moeten worden afgestemd, zodat er een coherent geheel ontstaat. In deze bijdrage beperken we ons evenwel tot de (federale) insolventiewetgeving.

De Aanbeveling focust enkel op het sluiten van een akkoord tussen de schuldenaar en zijn schuldeisers, al dan niet met bijstand. De WCO beantwoordt aan de Aanbeveling in de mate dat ondernemingen beschikken over de mogelijkheid om, al dan niet met bijstand van een ondernemingsbemiddelaar, een vertrouwelijk minnelijk akkoord te sluiten met het oog op herstructurerings. De basisregels uit de Aanbeveling die dit akkoord moeten omkaderen⁵⁸, zijn evenwel niet toepasselijk in de Belgische buitengerechtelijke fase, deze spelen enkel binnen de procedure van gerechtelijke reorganisatie.

De opsporing van ondernemingen in moeilijkheden en de vraag hoe preventie best kan worden georganiseerd, wordt niet behandeld in de Aanbeveling. De rol van de economische beroepsbeoefenaar en het handelsonderzoek kunnen hieraan dus niet getoetst worden. Zouden deze instrumenten evenwel een interessant voorbeeld kunnen zijn voor andere lidstaten met het oog op *business rescue*?

Een evaluatie van het eerste instrument (economisch

beroepsbeoefenaar) is momenteel zeer moeilijk, omdat deze regels slechts recent werden ingevoerd. Over het succes van het handelsonderzoek zijn de meningen verdeeld. Het staat buiten kijf dat de vele rechters in handelszaken die betrokken zijn bij het handelsonderzoek nuttig werk verrichten, maar de vraag of dit iets bijbrengt op het gebied van preventie is minder eenduidig. Er bestaat geen algemeen hanteerbaar cijfermateriaal om de effecten van het handelsonderzoek te kunnen beoordelen. Een vaak gehoord probleem is het feit dat ondernemingen slechts in het vizier van de kamers voor handelsonderzoek komen wanneer hun situatie bijzonder ernstig en vaak onomkeerbaar is. Op heden kunnen de diensten handelsonderzoek beschikken over voldoende informatie, maar door een gebrek aan mensen en middelen beperken de activiteiten zich vaak noodzakelijk tot de zwaarste gevallen. Dergelijke “corporate cleansing” waarbij virtueel failliete ondernemingen uit de markt kunnen worden gehaald, is uiterst zinvol maar kan moeilijk beschouwd worden als insolventiepreventie⁵⁹. Moeten we dan meer mensen en middelen inzetten om ondernemingen in moeilijkheden proactiever te kunnen benaderen? Of blijft het de verantwoordelijkheid van de ondernemingen om over hun “gezondheid” te waken en zelf de nodige stappen te zetten?

Dit brengt ons bij een cruciale vraag in het debat over *business rescue*, nl. in welke mate de overheid in ruime zin een actieve rol kan/mag/moet spelen bij insolventiepreventie als aanvulling op bestaande insolventieprocedures. Hoe krijg je ondernemingen in moeilijkheden zo ver dat ze tijdig beroep doen op reorganisatieprocedures? Alle lidstaten worstelen met deze problematiek, maar de Aanbeveling van de Commissie bewaart hierover het stilzwijgen⁶⁰. Het is echter niet uitgesloten dat deze vragen in een toekomstige aanbeveling zullen aan bod komen⁶¹.

57. Voor een kritische beoordeling van deze situatie en voorstellen om het handelsonderzoek weg te halen bij de rechtbanken, zie G. TURAN, J. CROMBEZ en B. VAN MALDEREN, “Conceptnota voor nieuwe regelgeving betreffende faillissementspreventie en een tweede kans voor ondernemers”, Vlaams Parlement, 12 maart 2015; beschikbaar via <http://docs.vlaamsparlement.be/docs/stukken/2014-2015/g284-1.pdf>.

58. Schorsing van de middelen van tenuitvoerlegging; inhoud herstructureringsplan; goedkeuring door de schuldeisers; bevestiging door de rechter. Voor een bespreking hiervan, zie verder randnr. 36 en 47-48 en verdere uitwerking.

59. Deze vaststelling doet sommigen pleiten voor andere vormen van preventie buiten de rechtbank om, zie het pleidooi van E. VAN DEN BROELE, “De WCO voorbij”, Graydon, 1 april 2015, 24-29, die o.a. pleit voor proactieve begeleiding, zoals het project ondernemingshorizon. Zie ook G. TURAN, J. CROMBEZ en B. VAN MALDEREN, “Conceptnota voor nieuwe regelgeving betreffende faillissementspreventie en een tweede kans voor ondernemers”, Vlaams Parlement, 12 maart 2015; beschikbaar via <http://docs.vlaamsparlement.be/docs/stukken/2014-2015/g284-1.pdf>.

60. Zie over deze problematiek ook, S. MADAUS, “The EU Recommendation on Business Rescue – Only Another Statement or a Cause for Legislative Action Across Europe?”, *Insolvency Intelligence* 2014, nr. 27-6, 84.

61. Recent werden de resultaten gepubliceerd van een studie uitgevoerd in opdracht van de Europese Commissie, waarin alle preprocedurale preventiemechanismen in de Europese lidstaten worden beschreven. Deze studie bevat tevens voorstellen tot harmonisering op Europees vlak. Zie *Bankruptcy and second chance for honest bankrupt entrepreneurs*, 31 oktober 2014, studie uitgevoerd in opdracht van de Europese Commissie, DG Enterprise & Industry, 128 p. beschikbaar via http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=7962&lang=en. Op 18 juni 2015 organiseert de Europese Commissie een grootschalig congres om deze problematiek verder te bespreken.

AFDELING 3. DE TOEGANG TOT EN OPENING VAN DE PROCEDURE

16. Eén van de basispijlers van de WCO is de “open-portaal-benadering”, waarbij ondernemingen zeer eenvoudig en snel beroep kunnen doen op de procedure van gerechtelijke reorganisatie⁶². Het uitgangspunt is dat alle ondernemingen een kans op herstel moeten krijgen en dat de selectie beter gebeurt tijdens de procedure in plaats van vooraf. Wanneer de schuldenaar een verzoekschrift indient, zal de procedure van gerechtelijke reorganisatie quasi automatisch geopend worden wanneer er continuïteitsproblemen zijn (of dreigen). Deze soepele toegang ligt ongetwijfeld mee aan de basis van het (cijfermatige) succes van de gerechtelijke reorganisatie.

Het succes van de open-portaal-benadering had echter wel een keerzijde: in de praktijk werd snel duidelijk dat sommige ondernemingen de procedure gebruikten/misbruikten om tijdelijk te ontsnappen aan hun schuldeisers, zonder enige intentie tot reorganisatie. Dit bracht de wetgever ertoe om de regels inzake de toegang tot de procedure in 2013 op verschillende punten aan te scherpen, zonder echter te raken aan de basisfilosofie van de open-portaal-benadering⁶³. In de huidige WCO kunnen ondernemingen nog steeds vlot beroep doen op de gerechtelijke reorganisatie, m.a.w. het quasi-automatisme blijft bestaan, maar een aanvraag zal (voorafgaand) voldoende voorbereid en gestoffeerd moeten worden.

De soepele toegang tot de gerechtelijke reorganisatie sluit perfect aan bij de Aanbeveling van de Commissie, waarin sterk benadrukt wordt dat de ondernemingen in moeilijkheden in een zo vroeg mogelijk stadium beroep moeten kunnen doen op herstructureringsmaatregelen. Zoals hoger toegevoegd, verschilt de Belgische regelgeving evenwel van de Aanbeveling in de mate dat het gaat om toegang tot een formele procedure onder toezicht van de rechtbank. De Commissie pleit voor een informeel herstructureringsstelsel waarbij de schuldenaar een akkoord sluit met zijn schuldeisers met minimale tussenkomst van de rechtbank. In wat volgt, zullen we evenwel de principes uit de Aanbeveling toetsen aan de procedure van gerechtelijke reorganisatie.

In deze afdeling zullen we achtereenvolgens dieper ingaan op het verzoekschrift tot opening van de procedure (§ 1), de beslissing tot opening van de procedure (§ 2) en de duur van de opschorting (§ 3). Deze afdeling wordt besloten met een algemene evaluatie over de soepele toegang tot de procedure (§ 4). Op basis van de recente statistieken wordt bekeken hoeveel procedures er worden geopend, wat de doelstelling

van deze procedures is en in welke mate ze succesvol zijn. Bij de analyse wordt bijzondere aandacht besteed aan de impact van de Wijzigingswet. Het Belgische kader wordt tevens vergeleken met de principes uit de Aanbeveling van de Commissie.

§ 1. Het verzoekschrift tot opening van de gerechtelijke reorganisatie: toegangsticket vereist

17. Om de gerechtelijke reorganisatie te laten openen, moet een schuldenaar een verzoekschrift neerleggen op de griffie van de rechtbank van koophandel. Dit verzoekschrift moet gestaafd worden met een aantal verplicht neer te leggen stukken, opgesomd in artikel 17, § 1 WCO.

Vóór de inwerkingtreding van de Wijzigingswet volstond het een verzoekschrift neer te leggen met een aantal basisgegevens en de overige stukken konden tot 14 dagen later worden toegevoegd. Dit zorgde ervoor dat vele schuldenaars hun toevlucht zochten tot de gerechtelijke reorganisatie louter om nakende uitvoeringsmaatregelen te blokkeren, zonder dat er ernstig werd nagedacht over een reorganisatie. Op deze wijze genoten vele schuldenaars van een tijdelijke bescherming, zonder dat er fundamenteel iets gebeurde om de problemen op te lossen. Zowel door de rechtbanken, als door de schuldeisers werd de combinatie van vrijblijvende verzoekschriften en het quasi-automatisme waarmee de procedure van gerechtelijke reorganisatie geopend moest worden, als te verregaand gevoeld. Met de aanpassing van artikel 17 WCO wilde de wetgever deze problematiek op verschillende vlakken aanpakken.

A. Overzicht van de belangrijkste nieuwe verplichtingen

18. Ten eerste vereist de Wijzigingswet dat *alle* stukken samen met het verzoekschrift worden neergelegd op straffe van onontvankelijkheid (art. 17, § 2 WCO). In beginsel kan de procedure van gerechtelijke reorganisatie niet geopend worden, wanneer een stuk zoals opgesomd in artikel 17 WCO ontbreekt⁶⁴. Deze regel wordt echter verzacht door een aanpassing in artikel 24, § 1 WCO. Overeenkomstig deze bepaling kan een verzuim of onregelmatigheid bij de neerlegging van de stukken toch worden rechtgezet, wanneer de

⁶² Zie over de open-portaal-benadering o.a. P. COUSSEMENT, “De wet op de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009”, *TBH* 2009, 288-289, nrs. 12-16; M. TISON en I. VEROUĞSTRAETE, “Conceptuele zwaartepunten van de Wet Continuïteit Ondernemingen” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 7-15; M. TISON, “De wet continuïteit ondernemingen: het portaal naar een nieuw insolventierecht?” in A. BOSSUYT, B. DECONINCK, E. DIRIX, A. FETTWEIS en E. FORRIER (eds.), *Liber Spei et Amicitiae Ivan Verougstraete*, Brussel, Larcier, 2011, 386-387.

⁶³ Zie hierover I. VEROUĞSTRAETE, “De afwikkeling van een gerechtelijke reorganisatie” in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, III, Antwerpen, Intersentia, 2014, 292, nr. 5.

⁶⁴ Voor een recente illustratie waarbij het verzoek werd afgewezen wegens gebrekkige stukken: Gent 17 november 2014, *DAOR* 2015, afl. 113, 97.

rechtbank oordeelt dat het probleem niet van die aard is dat de rechtbank daardoor wordt verhinderd te onderzoeken of de voorwaarden tot opening van de procedure vervuld zijn. In deze situatie kan de rechtbank beslissen om de zaak uit te stellen of de schuldenaar toelaten het ontbrekende of gecorrigeerde stuk na de debatten neer te leggen met toepassing van artikel 769, tweede lid Ger.W. Deze uitzondering moet correct worden begrepen: het vereiste dat de rechtbank door het gebrek niet mag worden verhinderd om de toekenningsvoorwaarden van de procedure te beoordelen, impliceert niet dat de rechtbank zal oordelen zonder dit stuk. De formulering duidt er enkel op dat de tekortkoming van dergelijke aard moet zijn, dat het slechts bijkomstige informatie betreft⁶⁵.

Samengevat: wanneer de rechtbank meent dat het slechts om een kleine tekortkoming gaat, die niet verantwoordt dat het verzoek hierdoor onontvankelijk moet worden verklaard, zal de procedure worden voortgezet. Deze uitzondering moet ervoor zorgen dat er geen nodeloos tijdverlies is, wanneer er een kleinigheid ontbreekt bij het verzoekschrift.

De verplichting om alle stukken neer te leggen samen met het verzoek tot opening van de procedure geldt vanzelfsprekend niet, indien het de specifieke situatie betreft waarbij de schuldenaar door een derde wordt gedagvaard tot gerechtelijke reorganisatie met het oog op de overdracht onder gerechtelijk gezag, zoals voorzien in artikel 59, § 2 WCO⁶⁶.

19. Een tweede wijziging betreft de financiële stukken die de schuldenaar dient neer te leggen.

De wetgever verduidelijkt dat met de twee recentste jaarrekeningen wordt bedoeld degene die volgens de statuten hadden moeten neergelegd zijn en de eventueel nog niet neergelegde jaarrekening van het laatste boekjaar. Deze bepaling beoogt te vermijden dat een schuldenaar die gedurende de periode voorafgaand aan het verzoek geen jaarrekeningen opstelde, enkel de laatst beschikbare jaarrekeningen neerlegt. Het betreft dus met andere woorden de twee jaarrekeningen die betrekking hebben op de boekjaren die onmiddellijk voorafgaan aan de neerlegging van het verzoekschrift.

Daarnaast verplicht de wetgever elke verzoeker om samen te werken met een economische beroepsbeoefenaar bij de voorbereiding van de vereiste recente boekhoudkundige staat en de begroting. Gelet op de discussies die rezen met

betrekking tot de rol van de economische beroepsbeoefenaar, wordt dit aspect hierna uitgebreid verder besproken (zie *sub B.*).

Het past om ook kort te wijzen op de verplichting (dus niet langer slechts een mogelijkheid) om bij elk verzoekschrift een overzicht te voegen van 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. Dit betekent dat de schuldenaar vóór de opening van de procedure moet nadenken over de potentiële oplossingen en deze voorstellen schriftelijk moet toelichten aan de rechtbank. Let wel: omwille van de nog steeds geldende “openportaal-benadering”, komt het de rechtbank niet toe om de opening van de procedure te weigeren indien de voorstellen van de schuldenaar naar hun inzicht niet haalbaar zijn. Met andere woorden, anders dan in de Aanbeveling wordt voorgeschreven⁶⁷, wordt de levensvatbaarheid van de verzoeker niet getoetst.

20. Naast hierboven besproken formele drempels werd tevens een financiële drempel ingevoerd om de vrijblijvende neerlegging van een verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie tegen te gaan. Op heden⁶⁸ moet de schuldenaar bij de neerlegging van een verzoekschrift 1.000 EUR rolrecht betalen⁶⁹. De aanzienlijke verhoging van dit recht⁷⁰ wordt gecompenseerd door een vrijstelling van alle griffie- en registratierechten tijdens het verdere verloop van de procedure. We kunnen dus stellen dat de wetgever een systeem van “one-stop-shop” introduceerde, waarbij de eenmalige betaling volstaat om de hele procedure te doorlopen.

Deze kostprijs van 1.000 EUR moet vanzelfsprekend worden aangevuld met de kosten naar aanleiding van de noodzakelijke bijstand van de economische beroepsbeoefenaar⁷¹ en desgewenst andere adviseurs. In de Aanbeveling van de Commissie wordt benadrukt dat een herstructureringsstelsel niet duur mag zijn om de toegang niet te belemmeren⁷². De verhoging van het rolrecht gaat dus in wezen in tegen de Aanbeveling. Daaropvolgend kunnen we de vraag stellen wat als “duur” moet worden bestempeld⁷³. Een vergelijking van de kostprijs van de gerechtelijke reorganisatie met preventiemechanismen in andere lidstaten, leert ons dat de Belgische situatie zeer redelijk is⁷⁴.

⁶⁵. Voor een toepassing waarbij deze uitzondering niet werd toegepast, zie Bergen 3 november 2014, opgenomen in dit nummer, p. 603.

⁶⁶. Art. 23, § 3 WCO.

⁶⁷. Zie hierover randnr. 7 en 30 tot 33.

⁶⁸. Het nieuwe regime is slechts in werking getreden op 31 december 2014, aangezien er geen KB werd gepubliceerd dat dit regime eerder in werking stelde; zie art. 62 Wijzigingswet.

⁶⁹. Zie nieuw art. 294/4 W.Reg.

⁷⁰. Voor de wetswijziging bedroeg het rolrecht slechts 60 EUR.

⁷¹. Zie hieronder randnr. 19 en 21-24.

⁷². Art. 7 Aanbeveling.

⁷³. Voor een kritische commentaar op de praktijk voor de verhoging van het rolrecht, zie T. LYSSENS, *De gewijzigde Wet Continuïteit van Ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 20.

⁷⁴. Zie *Bankruptcy and second chance for honest bankrupt entrepreneurs*, 31 oktober 2014, studie uitgevoerd in opdracht van de Europese Commissie, DG Enterprise & Industry, 38-40, beschikbaar op http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=7962&lang=en.

B. De taak van de economische beroepsbeoefenaar

21. De meest ingrijpende vernieuwing met betrekking tot de neer te leggen stukken is zonder twijfel het vereiste van objectivering van de financiële stukken. Dit principe speelt op twee niveaus.

Ten eerste dient de boekhoudkundige staat met een overzicht van activa en passiva en de resultatenrekening die maximum 3 maanden oud is, opgesteld te worden *onder toezicht* van een bedrijfsrevisor, een externe accountant, een externe erkend boekhouder of een externe erkende boekhouder-fiscalist (art. 17, § 2, 5° WCO).

Ten tweede dient de schuldenaar *met bijstand* van een adviseur uit bovenvermelde categorieën een begroting op te stellen met een schatting van de inkomsten en uitgaven voor ten minste de duur van de gevraagde opschorting (art. 17, § 2, 6° WCO).

Deze nieuwe verplichtingen verdienen de aandacht van de schuldenaar: de voorbereiding van deze stukken vergt noodzakelijk tijd en brengt bijkomende kosten met zich mee. Overhaaste verzoeken tot opening van de gerechtelijke reorganisatie worden hiermee quasi uitgesloten. De kostprijs van de tussenkomst van de economische beroepsbeoefenaar kan een schuldenaar zonder effectieve reorganisatieplannen afschrikken, zodat dilatoire procedures worden vermeden. Dit mes snijdt evenwel aan twee kanten: ook schuldenaars te goeder trouw zien de kosten stijgen en zullen misschien afzien van een gerechtelijke reorganisatie⁷⁵.

Het belangrijkste gevolg van de betrokkenheid van de economische beroepsbeoefenaar lijkt ons echter de (verhoogde) betrouwbaarheid van de informatie op grond waarvan de rechtbank moet oordelen. In de praktijk rezen er snel vragen over de precieze draagwijdte van de nieuwe taken van de economische beroepsbeoefenaar⁷⁶. De parlementaire voorbereiding biedt op dit punt slechts beperkte houvast. Eerste feit is de vaststelling dat de oorspronkelijke versie van artikel 17, § 1, 5° en 6° WCO in een amendement werd afgezwakt wat betreft de taak van de beroepsbeoefenaar⁷⁷. Hoe

dan ook, het centrale uitgangspunt bleef ongewijzigd: de tussenkomst van de economische beroepsbeoefenaar is gericht op de “objectivering van de gegevens”⁷⁸. In de commentaar bij de aangenomen tekst wordt gesproken over een “beperkte controleopdracht waarbij de professional verslag uitbrengt over de financiële staat door vooral aan te geven of de staat op het gebied van de aangegeven resultaten niet onsamenvattend is, en of er geen kennelijke overwaardering is van het netto-actief”. Wat betreft de begroting zou de beroepsbeoefenaar “advies moeten verlenen over het al dan niet redelijk karakter van de ramingen van de schuldenaar. Het was niet de bedoeling dat de beroepsbeoefenaar de ramingen voor echt zou verklaren of zou bevestigen”⁷⁹.

22. In de rechtspraak zijn verschillende visies te vinden over de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 17, § 2, 5° en 6° WCO⁸⁰. In een arrest van 27 maart 2014 hanteert het hof van beroep te Luik⁸¹ een zeer soepele interpretatie. *In casu* voegde de schuldenaar de vereiste financiële stukken bij zijn verzoekschrift. Deze stukken waren vergezeld van een verklaring van een externe boekhouder, die stelde: “*avoir supervisé la situation comptable jointe à la requête en réorganisation judiciaire et qui reflète l’actif et le passif et le compte de résultats ne datant pas de plus de trois mois;*” en verder “*avoir assisté le (la) requérante dans la préparation du budget joint à la requête en réorganisation judiciaire et concernant l’estimation des recettes et dépenses pour la durée minimale du sursis demandé*”. Op deze verklaring was evenwel een handgeschreven vermelding toegevoegd, die als volgt luidde “*N’ayant jamais eu en ma possession tous les documents nécessaires pour la gestion régulière et permanente, je me permets d’émettre toutes réserves*”. De gedelegeerd rechter wees in zijn advies op het feit dat de boekhoudkundige staat niet correct was, maakte melding van het voorbehoud van de boekhouder en besloot dat de waarde van de neergelegde stukken zeer relatief was. Ondanks deze vaststellingen oordeelde het hof dat aan de wettelijke voorschriften van artikel 17, § 2 WCO was voldaan, gelet op de neerlegging van de vereiste stukken. Het past evenwel om te verduidelijken dat het hof uitdrukkelijk rekening hield met de specifieke feiten van de casus stellend dat “*le degré d’exi-*

⁷⁵. In de parlementaire voorbereiding werd de hoop uitgedrukt dat *bona fide*-debiteurs niet afgeschrikt zouden worden door deze kostprijs; zie Wetsontwerp tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2692/001, 13 en nr. 2692/002, 2.

⁷⁶. Zie hieromtrent R. GYSELS, “De discontinuïteit van de Wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen”, *Acc. & Tax*, 2013/4, 14-18; D. MAES, “Aanbeveling inzake de opdrachten voor de economische beroepsbeoefenaars in het kader van de WCO”, *Acc. & Tax*, 2015/1, 11-15; G. DELVAUX, “Obligations et responsabilités des professionnels du chiffre dans le paiement des créances, dans la prévention de difficultés d’entreprise et dans la préparation de la réorganisation judiciaire” in A. ZENNER (ed.), *Paiement, insolvabilité et réorganisation. S’organiser pour être payé, payer ou se réorganiser*, Brussel, Larcier, 2015, 173-180.

⁷⁷. In de oorspronkelijke versie van art. 17, § 2, 5° werd een verklaring vereist waarin een externe accountant of bedrijfsrevisor zijn oordeel geeft over de vraag of de staat een getrouw beeld geeft van de toestand en de resultaten van de schuldenaar.

⁷⁸. Wetsontwerp tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2692/001, 13-14 en nr. 2692/002, 2.

⁷⁹. Wetsontwerp tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2692/002, 2.

⁸⁰. Voor een toepassing, zie Kh. Dendermonde 7 oktober 2013, *RW* 2013-14, 1109; Gent 17 november 2014, *DAOR* 2015, afl. 113, 97.

⁸¹. Luik 27 maart 2014, *DAOR* 2014, afl. 112, 125.

gence requis par l'article 17 LCE doit s'apprécier par rapport aux circonstances concrètes de la cause"⁸².

Het hof van beroep te Bergen⁸³ nam een veel striktere houding aan in een arrest van 3 november 2014. Het hof begint met een onderzoek van de inbreng die verwacht kan worden van de economische beroepsbeoefenaar. Men besluit dat de externe economische beroepsbeoefenaar geen volledige controle moet uitvoeren en de rekeningen en begroting van de schuldenaar niet moet certifiëren, maar wel een beperkte controle dient te doen en zich niet mag beperken tot louter kennisname van de gegevens ter beschikking gesteld door de schuldenaar. In deze zaak werd een verklaring van een bedrijfsrevisor voorgelegd waarin gesteld werd dat: "*L'établissement de la situation comptable qui reflète l'actif et le passif et le compte de résultats clos le 31 décembre 2013, ainsi que le budget, relèvent de la responsabilité de l'organe de gestion et sont établis dans une perspective de continuité; la supervision et l'assistance mentionnées ci-dessus ne forment ni un contrôle, ni une appréciation et nous n'exprimons aucune mesure de certitude concernant les états financiers ou le budget, qui ont été établis à base des informations comptables et des estimations fournies par l'entreprise*". Het hof oordeelde dat uit de verklaring van de revisor bleek dat er geen beperkte controle was gebeurd door de revisor en dat deze evenmin zijn standpunt gaf over de redelijkheid van de begroting zoals voorgesteld door het bestuursorgaan. In dergelijke omstandigheden beantwoordden de neergelegde stukken volgens het hof niet aan de vereisten van de WCO, zodat het verzoekschrift onontvankelijk werd verklaard.

23. Naast de vraag wat de taak van de economische beroepsbeoefenaar precies inhoudt, bestaat er ook discussie over hoe de betrokkenheid van de economische beroepsbeoefenaar moet worden aangetoond. De rechtbank van koophandel te Brussel besliste dat een stempel op de financiële documenten met een onleesbare handtekening, maar zonder enige verdere toelichting of verklaring niet kan volstaan⁸⁴.

Het is gebruikelijk dat de economische beroepsbeoefenaar

een verklaring opstelt, waarin hij zijn tussenkomst verduidelijkt. Dergelijke verklaring wordt neergelegd samen met de financiële stukken. De rechtbank van koophandel te Charleroi⁸⁵ oordeelde dat uit dergelijke verklaring moet blijken dat de boekhoudkundige staat is opgesteld onder toezicht van de beroepsbeoefenaar en dat de begroting is opgesteld met bijstand van deze laatste. *In casu* legde de schuldenaar enkel een brief voor van zijn boekhouder, waarbij deze enkele boekhoudkundige stukken overmaakt aan zijn cliënte, zonder vermelding dat de boekhoudkundige situatie onder zijn toezicht werd opgesteld. Er was evenmin een verklaring beschikbaar waaruit bleek dat de begroting werd opgesteld met zijn bijstand. Gelet op deze tekortkomingen werd het verzoek onontvankelijk verklaard⁸⁶.

Het hof van beroep te Gent⁸⁷ oordeelde evenwel dat een formele verklaring van de economische beroepsbeoefenaar niet noodzakelijk is, aangezien dit niet wordt voorgeschreven door de WCO. Volgens het hof volstaat het dat er zekerheid bestaat over het feit dat de stukken zijn opgesteld onder toezicht en met bijstand van een economische beroepsbeoefenaar.

24. In de hoop duidelijkheid te scheppen en de economische beroepsbeoefenaar een houvast te bieden, stelden de drie beroepsinstellingen recent een (ontwerp)Interinstutenaanbeveling op⁸⁸, waarin richtlijnen worden gegeven over de concrete invulling van de taken voortvloeiend uit artikel 17, § 2, 5°-6° WCO.

In de (ontwerp)Interinstutenaanbeveling worden de taken en verantwoordelijkheden van zowel de economische beroepsbeoefenaar als de verzoeker duidelijk afgebakend⁸⁹.

In de inleidende overwegingen van de (ontwerp)Interinstutenaanbeveling wordt gesteld dat de toezichts- en de bijstandsoopdrachten in het kader van de WCO "*sui generis*"-opdrachten zijn, die beschouwd kunnen worden als samenstellingsopdrachten⁹⁰, zoals beoogd door de "International Standard on Related Services (ISRS) 4410 (Revised), Compilation Engagements"⁹¹. Dit betekent dat het gaat om het

⁸². Het verzoek tot opening van een gerechtelijke reorganisatie met het oog op de overdracht onder gerechtelijk gezag was neergelegd door een voorlopig bestuurder, aangesteld nadat de zaakvoerder en tevens enige vennoot van de vennootschap overleden was.

⁸³. Bergen 3 november 2014, opgenomen in dit nummer, p. 603.

⁸⁴. Kh. Brussel 3 juli 2014, AR nr. H/14/10071, zoals besproken door Z. PLETINCKX, "Les obligations et responsabilités du barreau dans le paiement des créanciers, dans la prévention des difficultés d'entreprise et dans la préparation, la conduite et l'exécution de la réorganisation judiciaire" in A. ZENNER (ed.), *Paiement, insolvabilité et réorganisation. S'organiser pour être payé, payer ou se réorganiser*, Brussel, Larcier, 2015, 196.

⁸⁵. Kh. Charleroi 10 januari 2014, zoals besproken door C. ALTER en A. LÉVY MORELLE, "Evolutions de la jurisprudence depuis la loi du 27 mai 2013" in A. ZENNER (ed.), *Paiement, insolvabilité et réorganisation. S'organiser pour être payé, payer ou se réorganiser*, Brussel, Larcier, 2015, 101.

⁸⁶. Volledigheidshalve kan vermeld worden dat de boekhoudkundige stukken tevens te laat werden neergelegd, zodat dit ook een grondslag vormde voor de onontvankelijkheid van het verzoek.

⁸⁷. Gent 24 maart 2014, opgenomen in dit nummer, p. 600.

⁸⁸. *Interinstutenaanbeveling inzake de opdrachten voor de bedrijfsrevisor, de externe accountant, de externe belastingconsulent, de externe erkende boekhouder of de externe erkende boekhouder-fiscalist in het kader van artikel 10, vijfde lid, artikel 12, § 1, vijfde lid en artikel 17, § 2, 5° en 6° van de Wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, zie *supra*, vn. 41. Noteer dat dit slechts een ontwerp betreft, na het verstrijken van de termijn van openbare raadpleging (termijn loopt tot 6 juni 2015) volgt de definitieve goedkeuring van de (eventueel aangepaste) aanbeveling.

⁸⁹. Voor een commentaar op deze (ontwerp)Interinstutenaanbeveling, zie D. MAES, "Aanbeveling inzake de opdrachten voor de economische beroepsbeoefenaars in het kader van de WCO", *Acc. & Tax*, 2015/1, 11-15, met integrale weergave van de aanbeveling (p. 16-37).

⁹⁰. Zie hierover D. MAES, "De samenstellingsopdracht in het kader van de WCO", *Acc. & Tax*, 2014/4, 31-37.

⁹¹. Voor meer toelichting, zie D. MAES, "De samenstellingsopdracht in het kader van de WCO", *Acc. & Tax*, 2014/4, 34-35.

toepassen door de beroepsbeoefenaar van zijn deskundigheid inzake administratieve verwerking en financiële verslaggeving teneinde het bestuursorgaan te helpen bij het opstellen en presenteren van de balans en resultatenrekening en/of de begroting van een entiteit in overeenstemming met een van toepassing zijnde stelsel inzake financiële verslaggeving en het hierover rapporteren⁹².

Wat betreft het toezicht op de boekhoudkundige staat wordt verwacht dat de beroepsbeoefenaar toezicht houdt op de objectieve samenstelling van de balans en resultatenrekening rekening houdend met vastleggingen, documenten, uitleg en overige informatie, met inbegrip van significante beoordelingen, die door het bestuursorgaan worden aangeleverd⁹³. In de (ontwerp)Interinstitutenaanbeveling worden tevens concrete punten opgesomd waarop in het bijzonder moet worden gelet⁹⁴.

Wat betreft de bijstand bij het opstellen van de begroting, wordt de beroepsbeoefenaar geacht de begroting samen te stellen en het bestuursorgaan bij te staan bij het maken van redelijke ramingen⁹⁵.

De (ontwerp)Interinstitutenaanbeveling bevat tevens uitgebreide voorschriften voor de opmaak van de toezichts- en bijstandsverklaringen die de beroepsbeoefenaar schriftelijk dient op te stellen⁹⁶. Deze verklaringen zijn bestemd voor de rechtbank en geven gedetailleerd weer wat de draagwijdte is van de opdracht van de beroepsbeoefenaar.

Eenmaal de (ontwerp)Interinstitutenaanbeveling definitief wordt goedgekeurd, zal de aanbeveling bindend zijn voor alle betrokken economische beroepsbeoefenaars. Vanzelfsprekend bindt de aanbeveling de rechtbanken van koophandel niet, maar het valt te verwachten dat magistraten rekening zullen houden met deze norm als een vorm van soft law. Om dit te bewerkstelligen, werd de (ontwerp)Interinstitutenaanbeveling ook voorgelegd en besproken met de voorzitters van de rechtbanken van koophandel. Het valt dus te verwachten dat discussies omtrent de rol van de economi-

sche beroepsbeoefenaar en diens verklaring in de nabije toekomst zullen verdwijnen.

§ 2. De beslissing tot opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie

25. De materiële voorwaarden tot opening van de gerechtelijke reorganisatie worden opgesomd in artikel 23 WCO. Hoewel de indeling van dit artikel volledig werd herzien door de Wijzigingswet, is de inhoud op één aanvulling⁹⁷ na ongewijzigd gebleven. De bedreiging van de continuïteit maakt nog steeds de kern uit van de beoordeling.

Zoals in de inleiding toegelicht, verandert er in wezen niets aan de basisfilosofie van de WCO. Dit uitgangspunt impliceert dat de rechtbank bij de beslissing over de opening van de procedure de herstelkansen van de schuldenaar niet in rekening mag brengen. Zodra alle stukken beschikbaar zijn en er sprake is van een continuïteitsbedreiging⁹⁸, zal de rechtbank de opschorting in beginsel moeten toestaan. Toch aarzelen de hoven en rechtbanken niet om een rem te zetten op dit automatisme, wanneer er sprake is van rechtsmisbruik⁹⁹.

Ter illustratie van de open-portaal-benadering en de afwijgingen die hierbij spelen, kan verwezen worden naar het in dit nummer gepubliceerd arrest van 24 maart 2014 van het hof van beroep te Gent¹⁰⁰. Het hof oordeelde dat het bestaan van aanzienlijke intragroepsleningen geen wettelijke grond was om de opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie te weigeren. Vervolgens nuanceerde het hof dat dergelijke omstandigheden wel rechtsmisbruik zouden kunnen uitmaken, wanneer uit de feiten blijkt dat de schuldenaar zichzelf bewust in de gevarenzone van continuïteit heeft geplaatst. Het niet aanspreken van grote schuldenaars van rekeningen-courant (die allen deel uitmaken van dezelfde vennootschapsgroep), samen met het aanvragen van de procedure van gerechtelijke reorganisatie, kan wijzen op rechtsmisbruik. Na een onderzoek van de feiten besloot het hof

⁹². Definitie opgenomen in § 1 (ontwerp)Interinstitutenaanbeveling.

⁹³. § 68 (ontwerp)Interinstitutenaanbeveling.

⁹⁴. § 70 (ontwerp)Interinstitutenaanbeveling: eventuele overwaarderingen van de activarubrieken, alsook onderwaarderingen van de voorzieningen, risico's en kosten, en van de schulden, en over- en/of onderschatting van de resultaten.

⁹⁵. § 75 en § 77 (ontwerp)Interinstitutenaanbeveling.

⁹⁶. Zie punt 10.10, § 87-89 (ontwerp)Interinstitutenaanbeveling.

⁹⁷. Deze aanvulling betreft een toevoeging van een regel voor zogenaamde "repeat players": schuldenaars die na een eerste (mislukte) procedure van gerechtelijke reorganisatie, opnieuw een verzoekschrift neerleggen. Wanneer een schuldenaar meer dan 3, maar minder dan 5 jaar tevoren reeds een procedure van gerechtelijke reorganisatie heeft verkregen, mag de tweede procedure niet terugkomen op de verworvenheden van de schuldeisers die zijn verkregen tijdens de vorige procedure. Dit impliceert dat een schuldenaar geen aanpassingen mag voorstellen in het tweede reorganisatieplan ten aanzien van schuldvorderingen in de opschorting die reeds bepaalde aanpassingen hebben ondergaan in een eerste reorganisatieplan. Bv. een schuldvordering die in het raam van een eerste goedgekeurd en gehomologeerd reorganisatieplan een vermindering van 50% onderging, kan in tweede reorganisatieplan niet opnieuw verminderd worden.

⁹⁸. Zie over het begrip continuïteit, het behoud en de bedreiging ervan, geïllustreerd met rechtspraak: K. BYTTEBIER, M. GESQUIÈRE, M. VAN DE MOORTELE en T. WERA, "Zekere evoluties in de rechtspraak inzake de Wet Continuïteit Ondernemingen" in X. (ed.), *Faillissement en WCO*, Gent, Story Publishers, 2014, 14-24.

⁹⁹. Zie hierover genuanceerd met veel verwijzingen naar rechtspraak: Z. PLETINCKX, "Les obligations et responsabilités du barreau dans le paiement des créanciers, dans la prévention des difficultés d'entreprise et dans la préparation, la conduite et l'exécution de la réorganisation judiciaire" in A. ZENNER (ed.), *Paiement, insolvabilité et réorganisation. S'organiser pour être payé, payer ou se réorganiser*, Brussel, Larcier, 2015, 205-216, nrs. 8-13.

¹⁰⁰. Gent 24 maart 2014, gepubliceerd in dit nummer, zie p. 600.

evenwel dat er *in casu* geen rechtsmisbruik was, zodat de procedure geopend moest worden.

26. Wanneer de schuldenaar een verzoekschrift heeft neergelegd, dient de rechtbank dit verzoek overeenkomstig artikel 24 WCO binnen de 14 dagen te behandelen. De oorspronkelijke termijn van 10 dagen werd door de Wijzigingswet verlengd omwille van praktische redenen. Voor het overige bleven de regels over de behandeling van het verzoekschrift ongewijzigd.

Hierboven¹⁰¹ werd reeds toegelicht dat de rechter de mogelijkheid krijgt om kleine gebreken in de stukken te laten remediëren, zodat het verzoek niet onontvankelijk moet worden verklaard. Dit betreft slechts een mogelijkheid en geen verplichting. Bovendien kan deze mogelijkheid enkel worden toegepast om kleine vergissingen recht te zetten¹⁰².

Een andere aanvulling in artikel 24 WCO is de mogelijkheid voor de rechtbank om de schuldenaar bijkomende informatieverplichtingen op te leggen om de opvolging van de procedure te vergemakkelijken. Deze mogelijkheid is een codificatie van een praktijk die verschillende rechters reeds vóór de wetwijziging toepasten¹⁰³. Artikel 24, § 4 WCO geeft één voorbeeld van een dergelijke bijkomende informatieverplichting, nl. de verplichting om op bepaalde tijdstippen een (geactualiseerde) lijst van schuldeisers neer te leggen in het dossier¹⁰⁴. Het spreekt voor zich dat de rechtbank ook andere informatieverplichtingen kan opleggen, zoals bijvoorbeeld het periodiek verstrekken van financiële gegevens. Dergelijke informatieverplichtingen kunnen worden opgenomen in het vonnis waarbij de procedure wordt geopend, maar tevens in elke latere beslissing.

Wanneer de schuldenaar de informatieverplichtingen niet naleeft, kan de opschorting voortijdig beëindigd worden (zie *infra*, randnr. 29), of kan de rechter de verlenging van de opschorting weigeren. Naast deze wettelijk voorziene sancties zijn er ook alternatieve sancties denkbaar, zoals de wei-

gering van de homologatie van het reorganisatieplan wegens schending van de pleegvormen.

27. Wanneer de rechtbank beslist om de procedure van gerechtelijke reorganisatie te openen, zal deze beslissing bekendgemaakt worden. Enerzijds voorziet artikel 26, § 1 WCO in een publicatie in het *Belgisch Staatsblad*, anderzijds is de schuldenaar overeenkomstig artikel 26, § 2 WCO verplicht om zijn schuldeisers persoonlijk in te lichten van de opening van de procedure. Beide bekendmakingen werden door de Wijzigingswet aangevuld en uitgebreid, zodat alle belanghebbenden meer informatie hebben over de procedure van gerechtelijke reorganisatie.

Eén van de knelpunten bij de evaluatie van de WCO in 2012 was het gebrek aan informatie in hoofde van de schuldeisers¹⁰⁵. Om dit te verhelpen, moet de schuldenaar naast de informatie gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* elke schuldeiser de lijst bezorgen van de schuldeisers in de opschorting¹⁰⁶. Om te kunnen controleren of de schuldenaar deze informatieverplichting nakomt, is de schuldenaar gehouden om de griffier, hetzij elektronisch, hetzij op een materiële drager, een kopie van deze mededeling over te maken. Deze mededelingen worden samen met alle ontvangstbewijzen of alle opmerkingen die de schuldeiser heeft gemaakt over die mededeling in het dossier van gerechtelijke reorganisatie opgenomen.

Naast de uitbreiding van de informatieverplichtingen ten aanzien van de schuldeisers creëert de wetgever in de Wijzigingswet ook het elektronisch dossier¹⁰⁷. Dit dossier zou (in de toekomst) door de schuldeisers online geraadpleegd kunnen worden¹⁰⁸. Naast de hoofdbekommernis om schuldeisers beter en sneller te informeren, anticipeerde de wetgever hiermee op de toekomstige wijziging van de Europese Insolventieverordening, waarbij Europese elektronische registers zullen worden ingevoerd ten behoeve van de schuldeisers¹⁰⁹.

¹⁰¹. Zie ook randnr. 18. Over deze problematiek tevens: A. VAN HOE, "Continuïteit voor de Wet Continuïteit Ondernemingen", *RW* 2013-14, 1209, nr. 14.

¹⁰². Zie hierover met verwijzing naar rechtspraak, Z. PLETINCKX, "Les obligations et responsabilités du barreau dans le paiement des créanciers, dans la prévention des difficultés d'entreprise et dans la préparation, la conduite et l'exécution de la réorganisation judiciaire" in A. ZENNER (ed.), *Paiement, insolvabilité et réorganisation. S'organiser pour être payé, payer ou se réorganiser*, Brussel, Larcier, 2015, 197-198.

¹⁰³. M.-Cl. ERNOTTE en B. INGHELS, "La loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises: ajustement ou rétrécissement?", *JT* 2013, 640.

¹⁰⁴. De rechtbank kan desgevallend een model opleggen voor het opstellen van deze lijst. De Koning kan bij KB de wijze bepalen waarop deze lijst moet worden neergelegd, zie art. 24, § 4 WCO.

¹⁰⁵. Zie onder andere het evaluatierapport over de werking van de WCO, beschikbaar op http://vbo-feb.be/pers/2407/wco_nog_een_weg_te_gaan_om_beter_in_de_behoefte_van_de_ondernemingen_te_voorzien/. Zie ook *Memorie van toelichting, Parl.St. Kamer* 2012-13, nr. 2692/001, 5, nr. 5.

¹⁰⁶. Oorspronkelijk was het de bedoeling om de schuldenaar te verplichten deze kennisgeving te doen aan de hand van een standaardformulier, waarop bepaalde verplichte vermeldingen worden opgenomen. Art. 26, § 2, laatste lid WCO voorziet met het oog hierop in de mogelijkheid om bij KB een model op te stellen voor een dergelijke kennisgeving. Tot op heden werd er nog geen werk gemaakt van dit model.

¹⁰⁷. Art. 20 WCO. Het valt op dat de Wijzigingswet tevens nauwkeuriger bepaalt welke informatie moet worden opgenomen in het dossier van gerechtelijke reorganisatie. Deze verduidelijking moet ook bijdragen aan het verbeteren van de informatieverstrekking ten aanzien van de schuldeisers.

¹⁰⁸. Dezelfde evolutie is merkbaar bij het faillissement; zie art. 39 Faill.W. dat werd aangevuld door de Wet van 25 april 2014 houdende diverse bepalingen betreffende justitie (*BS* 14 mei 2014).

¹⁰⁹. Zie art. 24-27 Insol.Vo *bis* zoals gepubliceerd bij het standpunt van de Raad nr. 7/2015 in eerste lezing, *Pb.C.* 141 van 28 april 2015. Zie hierover verder M. VANMEENEN, "De herziening van de Europese insolventieverordening" in B. ALLEMEERSCH en T. KRUGER (eds.), *Handboek Europees burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 366-369, nrs. 37-40.

§ 3. Duur van de opschorting

28. In het vonnis waarbij de procedure van gerechtelijke reorganisatie wordt geopend, moet tevens bepaald worden hoelang de opschorting zal gelden. Het feit dat alle, en hopelijk meer kwalitatieve, stukken voorliggen, moet de rechter toelaten om met kennis van zaken een passende opschortingstermijn toe te staan. Een goed overzicht van de beginsituatie maakt het tevens eenvoudiger om de evolutie bij de schuldenaar op te volgen en op efficiënte wijze te beslissen over de verlenging van de opschorting.

De initiële opschortingstermijn wordt vrij bepaald door de rechtbank, maar kan niet meer dan 6 maanden bedragen¹¹⁰. Indien nodig kan de opschorting op verzoek van de schuldenaar worden verlengd¹¹¹. In normale situaties mag de totale opschortingstermijn niet langer dan 12 maanden duren¹¹², in uitzonderlijke gevallen kan de opschorting 18 maanden bedragen.

Om komaf te maken met de discussies over het moment waarop een verlenging moet worden gevraagd¹¹³, bepaalt het gewijzigde artikel 38, § 1 WCO dat het verzoekschrift uiterlijk 14 dagen voor het einde van de toegekende termijn moet worden neergelegd op straffe van onontvankelijkheid. Dit is een belangrijk aandachtspunt voor de praktijk, aangezien een gebrek aan tijdige verlenging het definitieve einde van de procedure betekent.

Opdat alle belanghebbenden, in het bijzonder de schuldeisers, op de hoogte zouden kunnen zijn van de verlenging, voorziet het gewijzigde artikel 38, § 4 WCO in een publicatie van het vonnis tot verlenging van de opschortingstermijn in het *Belgisch Staatsblad*.

Tegen een vonnis waarbij beslist wordt over de verlenging, is geen verzet of hoger beroep mogelijk, maar wel cassatieberoep¹¹⁴. Het Hof van Cassatie deed reeds verschillende keren uitspraak over beslissingen inzake de verlenging van de opschortingstermijn¹¹⁵. In een arrest van 25 januari 2013¹¹⁶ stelde het Hof van Cassatie dat de verlenging van de opschortingstermijn ook gevorderd kan worden door de gerechtsmandataris, aangesteld in het raam van een over-

dracht onder gerechtelijk gezag. In een arrest van 5 september 2013¹¹⁷ benadrukte het Hof dat uit het algemene rechtsbeginsel van recht van verdediging voortvloeit dat de schuldenaar die een verzoek heeft neergelegd tot verlenging van de termijn van opschorting, moet worden opgeroepen en gehoord, tenzij hij van dit recht afstand heeft gedaan.

29. Artikel 41 WCO voorziet in de mogelijkheid om een lopende opschortingstermijn voortijdig te beëindigen. De wetgever breidde de toepassing van de voortijdige beëindiging gevoelig uit in 2013 door enerzijds de voorwaarden te versoepelen en anderzijds een initiatiefrecht te creëren voor de gedelegeerd rechter¹¹⁸.

Oorspronkelijk kon de voortijdige beëindiging van de opschortingstermijn enkel worden gevorderd wanneer de schuldenaar kennelijk niet meer in staat was de continuïteit van het geheel of een gedeelte van zijn onderneming of van haar activiteiten te verzekeren overeenkomstig het doel van de procedure. Op deze manier konden uitzichtloze procedures worden beëindigd. Deze mogelijkheid werd behouden, maar sinds 1 augustus 2013 kan de procedure eveneens beëindigd worden wanneer de informatie die aan de gedelegeerd rechter, aan de rechtbank of aan de schuldeisers is verstrekt bij de neerlegging van het verzoekschrift of later kennelijk onvolledig of onjuist is. Hierdoor krijgt artikel 41 WCO meer nadrukkelijk het karakter van een antimisbruikbepaling.

De voortijdige beëindiging kan uitgesproken worden op initiatief van verschillende betrokkenen. Ten eerste kan de schuldenaar zelf besluiten om de procedure te laten beëindigen. In de meeste gevallen zal het faillissement hierop volgen.

Ten tweede kan de voortijdige beëindiging gevorderd worden door het Openbaar Ministerie of een belanghebbende (meestal een schuldeiser). Beide initiatiefgerechtigden dienen de schuldenaar te dagvaarden. In deze dagvaarding kan eveneens het faillissement of de gerechtelijke vereffening worden gevorderd.

¹¹⁰. Art. 24, § 2 WCO.

¹¹¹. Art. 38 WCO. Zie over de beoordelingsvrijheid van de rechter bij de beslissing over de verlenging, Z. PLETINCKX, "Les obligations et responsabilités du barreau dans le paiement des créanciers, dans la prévention des difficultés d'entreprise et dans la préparation, la conduite et l'exécution de la réorganisation judiciaire" in A. ZENNER (ed.), *Paiement, insolvabilité et réorganisation. S'organiser pour être payé, payer ou se réorganiser*, Brussel, Larcier, 2015, 216-218, nr. 14.

¹¹². Zie Cass. 15 juni 2012, C.11.0739.F, waar het Hof er streng op toeziet dat de maximumtermijn van 12 maanden wordt gerespecteerd.

¹¹³. Vgl. Cass. 13 februari 2014, C.13.0419.N. In dit arrest oordeelde het Hof nog over de oorspronkelijke versie van art. 38 WCO en stelde dat de rechter geen voorwaarden aan de wet mocht toevoegen, waarbij vereist zou zijn dat het verzoekschrift tot verlenging voldoende tijdig was neergelegd om de rechtbank in staat te stellen dit verzoek te behandelen voor het verstrijken van de lopende opschortingstermijn. Hieruit zou men kunnen afleiden dat een verzoek tot verlenging van de opschortingstermijn tot de laatste dag van de lopende termijn kan worden neergelegd. Door de uitdrukkelijke aanpassing van art. 38 WCO in 2013 is dit standpunt evenwel achterhaald.

¹¹⁴. Cass. 5 september 2013, C.13.0047.N, *TBH* 2013, 939.

¹¹⁵. Zie ook Cass. 15 juni 2012, C.11.0739.F over de maximum duur van de verlenging, hiervoor geciteerd in vn. 112.

¹¹⁶. Zie Cass. 25 januari 2013, C.12.0183.N, met andersluidende conclusie van advocaat-generaal VAN INGELGEM.

¹¹⁷. Cass. 5 september 2013, C.13.0047.N, *TBH* 2013, 939.

¹¹⁸. Zie hierover o.a. M.-Cl. ERNOTTE en B. INGHELS, "La loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises: ajustement ou rétrécissement?", *JT* 2013, 642.

Nieuw is de derde mogelijkheid, waarbij de gedelegeerd rechter de zaak voor de rechtbank brengt met het oog op de voortijdige beëindiging. Wanneer de gedelegeerd rechter oordeelt dat de continuïteit van de onderneming kennelijk bedreigd is, of dat de schuldenaar foutieve informatie (heeft) verstrekt, maakt hij hierover een verslag. Dit verslag wordt aan de schuldenaar, de voorzitter van de rechtbank en het Openbaar Ministerie overgemaakt. Vervolgens wordt de schuldenaar bij gerechtsbrief opgeroepen om voor de rechtbank te verschijnen binnen de 8 dagen na het bezorgen van het verslag. Op de zitting kan de schuldenaar zich verdedigen en nadien kan het Openbaar Ministerie de voortijdige beëindiging van de procedure vorderen. In deze hypothese kan er geen faillissement of een gerechtelijke vereffening worden uitgesproken in hetzelfde vonnis.

Met het nieuwe initiatiefrecht van de gedelegeerd rechter wil de wetgever voorkomen dat een uitzichtloze of frauduleuze procedure blijft aanslepen bij gebrek aan initiatief van de schuldenaar, de schuldeisers of het Openbaar Ministerie. De gedelegeerd rechter is in beginsel goed geplaatst om problemen te signaleren, gelet op zijn opvolgingsplicht. Zowel schuldeisers als het Openbaar Ministerie hebben in de regel te weinig informatie. Om te vermijden dat er sprake is van een ambtshalve beëindiging, is een vordering van het Openbaar Ministerie steeds vereist. De nieuwe wijze van voortijdige beëindiging probeert het beste van alle werelden te combineren: initiatief van de persoon die de schuldenaar van nabij opvolgt, mogelijkheid voor de schuldenaar om zich te verdedigen en vordering door een onafhankelijke derde, het Openbaar Ministerie, die zijn vordering instelt op basis van alle informatie verstrekt ter zitting.

§ 4. Toegang tot de gerechtelijke reorganisatie: free entrance of toegangscontrole?

30. Wanneer we de hoger besproken bepalingen uit de WCO toetsen aan de relevante bepalingen van de Aanbeveling van de Europese Commissie, stellen we vast dat de Belgische wetgeving beantwoordt aan de basisdoelstelling om te voorzien in herstructureringsmogelijkheden waar ondernemingen in moeilijkheden snel en efficiënt gebruik van kunnen maken. De Aanbeveling houdt echter ook rekening met potentiële misbruiken. Zoals hoger aangehaald, benadrukt de Aanbeveling dat enkel levensvatbare ondernemingen gebruik moeten kunnen maken van het herstructureringsstelsel¹¹⁹. Dit impliceert dat bij de start van het herstruc-

tureringsstelsel onderzocht moet worden of de onderneming reële kansen op herstel heeft.

Op dit punt wijkt de Belgische wetgeving duidelijk af van het Europese uitgangspunt: een toetsing van de herstelkansen van de onderneming bij de opening van de procedure is uitgesloten. Meer nog, artikel 23 WCO bepaalt uitdrukkelijk dat de staat van faillissement niet uitsluit dat de procedure wordt geopend of voortgezet. Deze bewuste keuze van de Belgische wetgever kwam er als reactie op de vele discussies die rezen bij de toepassing van de voormalige procedure van gerechtelijk akkoord¹²⁰. In de Wet Gerechtelijk Akkoord was er wel sprake van een voorafgaande toetsing van de levensvatbaarheid van de onderneming. Artikel 9, § 2 WGA bepaalde uitdrukkelijk dat het akkoord alleen kon worden toegestaan indien de financiële toestand van de onderneming gesaneerd kon worden en het economisch herstel ervan mogelijk leek. Hiertoe moest de onderneming de mogelijkheid van een financieel herstel aantonen aan de hand van de te verwachten rendabiliteit. Deze voorwaarde leidde ertoe dat rechtbanken de opening van de procedure weigerden wanneer de situatie van de onderneming naar hun inzicht niet meer bij te sturen was. Aangezien de weigering van de procedure gevolgd kon worden door een ambtshalve faillietverklaring¹²¹, waagden weinig ondernemingen de gok om beroep te doen op het gerechtelijk akkoord in een vroeg stadium. Dit zorgde er op zijn beurt voor dat enkel ondernemingen met zeer ernstige problemen een aanvraag indienden, in gevallen waar het eigenlijk te laat was. Indien dergelijke ondernemingen toch werden toegelaten tot de procedure, volgde in de meerderheid van de gevallen alsnog een faillissement. Deze negatieve spiraal had een bijzonder nefaste invloed op (de perceptie van) de procedure van gerechtelijk akkoord.

Met de invoering van de WCO gooide de wetgever het over een totaal andere boeg: zodra continuïteitsproblemen zich aandienen, moet de onderneming kunnen genieten van een bescherming tegen de schuldeisers¹²². Het “filteren” van levensvatbare en niet-levensvatbare ondernemingen gebeurt niet meer vooraf, maar tijdens de procedure¹²³. De duur van de opschortingsperiode is in dit opzicht het belangrijkste nieuwe sturingsmechanisme. Ondernemingen met twijfelachtige perspectieven zullen slechts een korte opschortingstermijn krijgen en deze opschortingstermijn zal zonder aantoonbare vooruitgang niet verlengd worden.

31. Deze nieuwe aanpak vertaalde zich vanaf de inwerkingtreding van de WCO in een aanzienlijk aantal procedu-

¹¹⁹. Zie art. 1, 11, 15, e), 16 en 23 en overwegingen (1), (5), (11), (12), (14) en (16) Aanbeveling.

¹²⁰. Zie hierover met verschillende verwijzingen, P. COUSSEMENT, “De Wet op de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009”, *TBH* 2009, 286, nrs. 3-5.

¹²¹. Zie art. 15, § 2 WGA.

¹²². Zie art. 16 WCO.

¹²³. Deze aanpak was geïnspireerd door Belgisch onderzoek over het gerechtelijk akkoord; P. COUSSEMENT, *Herstelschema's voor ondernemingen in moeilijkheden. Een grondslagen onderzoek naar de doelstellingen van insolventieregulering en de verhouding tussen de Wet Gerechtelijk Akkoord en de Faillissementswet vanuit rechtsvergelijkende, rechtseconomische en empirische invalshoek*, proefschrift Rechten, UGent, 2007, 553 p.

res in vergelijking met het vroegere gerechtelijk akkoord¹²⁴: in 2009 waren er 633 procedures gedurende slechts 9 maanden, in 2010: 1.253, in 2011: 1.389, in 2012: 1.538, in 2013: 1.460 en in 2014: 1.116. Of er sprake is van een succes, is moeilijk te bepalen. Er bestaan immers geen benchmarks, waarmee de cijfers vergeleken kunnen worden. Wanneer we het aantal gerechtelijke reorganisaties vergelijken met het aantal faillissementen, blijft hun aantal nog steeds relatief klein¹²⁵. Dezelfde vaststelling geldt voor een vergelijking van de cijfers van gerechtelijke reorganisatie met de zogenaamde gezondheidsbarometer¹²⁶, die een indicatie geeft van het aantal ondernemingen dat kampt met financiële problemen. Met andere woorden, het aantal ondernemingen in moeilijkheden in België dat potentieel zou kunnen gebruik maken van de WCO is eigenlijk veel groter.

Het (relatieve) succes van de eerste jaren toonde spijtig genoeg ook de keerzijde van de open-portaal-benadering. De misbruiken waarvoor gewaarschuwd wordt in de Aanbeveling van de Commissie, staken snel de kop op. Zoals toegelicht hierboven¹²⁷, gebruikte menig ondernemer in moeilijkheden de gerechtelijke reorganisatie niet om te zoeken naar een oplossing voor zijn problemen, maar wel als tijdelijke en goedkope bescherming tegen de uitvoeringsmaatregelen van de schuldeisers¹²⁸. Dergelijke dilatoire procedures deden de kritiek op de open-portaal-benadering groeien en stelden de procedure in een slecht daglicht¹²⁹. Daarbij komt dat ondernemingen die omwille van de verkeerde redenen en onvoorbereid aan de procedure beginnen, het aantal mislukkingen aanzienlijk doet verhogen. Een verhoging van het percentage van ondernemingen dat na opening van een gerechtelijke reorganisatie alsnog failliet gaat, heeft op zijn beurt een afschrikkend effect voor andere ondernemingen, die aarzelen om beroep te doen op de procedure.

32. Met de Wijzigingswet probeert de wetgever een nieuw evenwicht te vinden tussen een vrij toegankelijke procedure en het voorkomen van misbruiken. Belangrijk hierbij is dat men blijft vasthouden aan de open-portaal-benadering, waarbij elke onderneming in moeilijkheden quasi automatisch kan genieten van de procedure zonder voorafgaande toetsing van de herstellkansen. Dat neemt niet weg dat de

nieuwe regels een grondige voorbereiding en de nodige bijstand van professionals vereisen, alvorens een onderneming de procedure kan aanvangen. De hervorming van de toegang tot de procedure in 2013 zorgde zonder twijfel voor een inhoudelijke verbetering.

De impact van de hervorming is ook duidelijk zichtbaar in de statistieken¹³⁰. Sinds de inwerkingtreding van de verstrengde regels op 1 augustus 2013 is er een duidelijke vermindering van het aantal geopende procedures merkbaar; afgerond worden er ongeveer 1/3 minder procedures geopend, een aanzienlijk effect. Dit doet vermoeden dat de nieuwe drempels voor een eerste filtering zorgen, waarbij ondoordachte en dilatoire aanvragen geweerd worden.

Sinds januari 2015 is tevens het verhoogde rolrecht algemeen van toepassing; uit de cijfers van de eerste maanden van 2015 blijkt een verdere vermindering van het aantal geopende procedures¹³¹. De kostprijs van de procedure zorgt dus schijnbaar voor een verdere filtering. Deze evolutie zou op het eerste gezicht strijdig geacht kunnen worden met de bedoeling van de Aanbeveling, waarin benadrukt wordt dat het herstructureringsstelsel niet duur mag zijn. Uit de hierboven geciteerde vergelijkende studie¹³² blijkt echter dat de kostprijs van de procedure in België niet onredelijk hoog is.

Geruststellend is het feit dat de Wijzigingswet op heden geen grote impact heeft op het type van ondernemingen dat beroep doet op de gerechtelijke reorganisatie. Uit de cijfers van Graydon¹³³ blijkt dat er voorlopig geen duidelijke verhoudingsveranderingen zijn tussen de rechtsvormen. Er is evenmin een aanzienlijke verschuiving wat betreft de grootte van de ondernemingen die een procedure starten. We kunnen dus besluiten dat de gerechtelijke reorganisatie in beginsel voor alle types van ondernemingen voldoende toegankelijk blijft.

De vraag blijft evenwel: zitten we nu op het juiste pad? Zorgt de tussenkomst van de economische beroepsbeoefenaar en de financiële drempels voor minder, maar vooral betere dossiers die een hogere slaagkans hebben? Spijtig genoeg blijkt uit de eerste analyses dat dit niet het geval is: uit de cijfers blijkt dat de financiële positie van de ondernemingen die na 1 augustus 2013 beroep doen op de gerechtelijke reorganisa-

¹²⁴ Het totaal aantal geopende gerechtelijke akkoorden van 1998 tot 2009 bedroeg slechts 1.397.

¹²⁵ 2014: 10.736 faillissementen, 2013: 11.740 faillissementen, 2012: 10.587 faillissementen, 2011: 10.224 faillissementen, 2010: 9.570 faillissementen, 2009: 9.420 faillissementen, bron Statistics Belgium, FOD Economie.

¹²⁶ De gezondheidsbarometer bundelt de resultaten van een jaarlijkse analyse van de gezondheid van alle Belgische ondernemingen uitgevoerd door handelsinformatiekantoor Graydon Belgium NV. Deze analyse gebeurt op basis van 13 parameters. De studie is te downloaden op de website van Graydon en wordt tevens gepubliceerd in het tijdschrift *In Foro*. De meest recente gezondheidsbarometer 2015 geeft een overzicht van de situatie van alle ondernemingen op 31 december 2014.

¹²⁷ Zie randnr. 16-17 en 19-20.

¹²⁸ Zie de praktijkvisie hierover van T. LYSSENS, *De gewijzigde Wet Continuïteit van Ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 1-7 en 20.

¹²⁹ Zie hierover met verwijzing naar rechtsleer M. VANMEENEN, "Drie jaar Wet Continuïteit Ondernemingen, over kleine en grote misverstanden en knelpunten" in CBR (ed.), *CBR Jaarboek 2011-2012*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 416-417, nr. 39.

¹³⁰ Voor gedetailleerde cijfers en een bespreking hiervan, zie E. VAN DEN BROELE, "De WCO voorbij", Graydon, 1 april 2015, 10.

¹³¹ Voor gedetailleerde cijfers en een bespreking hiervan, zie E. VAN DEN BROELE, "De WCO voorbij", Graydon, 1 april 2015, 10.

¹³² Zie randnr. 20 en vn. 74.

¹³³ Voor gedetailleerde cijfers en een bespreking hiervan, zie E. VAN DEN BROELE, "De WCO voorbij", Graydon, 1 april 2015, 12-14.

tie er zelfs op achteruit gaat. Het is dan ook weinig waarschijnlijk dat er meer ondernemingen gered zullen worden via de WCO¹³⁴. Het bedroevende cijfer waarbij 70% van de ondernemingen die beroep doet op de gerechtelijke reorganisatie uiteindelijk failliet gaat, zal dus wellicht standhouden¹³⁵.

Een verbetering van de succesratio van de gerechtelijke reorganisatie lijkt ons enkel mogelijk indien ondernemingen sneller beroep doen op de procedure en de procedure hantieren binnen een doordacht en realistisch businessplan.

33. Bij de toetsing van de procedure van gerechtelijke reorganisatie moet ook aandacht besteed worden aan de duur van de opschortingstermijn. Artikel 13 van de Aanbeveling stelt dat de duur van de schorsing een billijk evenwicht tussen de belangen van de schuldenaar en die van de schuldeisers, en in het bijzonder de preferente schuldeisers, tot stand zou moeten brengen. De duur van de schorsing moet afhangen van de complexiteit van de verwachte herstructurering, doch zou niet meer mogen bedragen dan 4 maanden. De lidstaten kunnen bepalen dat de duur kan worden verlengd als wordt aangetoond dat de onderhandelingen over een herstructureringsplan vorderen. De totale duur van de schorsing zou niet langer mogen zijn dan 12 maanden. De termijnen in de WCO zijn in vergelijking met de Aanbeveling ruimer (max. initiële termijn van 6 maanden, verlengbaar tot 12 maanden, uitzonderlijk 18 maanden). De Belgische wetgever zou op dit punt een aanpassing kunnen overwegen.

Bij de evaluatie of er nood is aan een kortere opschortingstermijn, kan de bestaande praktijk een leidraad zijn. De statistieken van Graydon¹³⁶ leren ons dat doorheen de jaren er sprake is van een inkorting van de initiële opschortingstermijn met een stabilisering op een termijn van 4 maanden (vgl. 2009: mediaan 172 dagen; 2010: mediaan 151,5 dagen; 2011: mediaan 122 dagen; 2012: mediaan 121 dagen; 2013: mediaan: 120 en 2014: mediaan 122 dagen). We kunnen dus besluiten dat de WCO wat betreft de initiële opschortingstermijn afwijkt van de Aanbeveling, maar dat de werkelijke

toegekende opschortingstermijnen in lijn zijn met de vooropgestelde starttermijn van 4 maanden uit de Aanbeveling.

Interessante vaststelling is het feit dat er geen veranderingen zijn in de initieel toegekende opschortingstermijn sinds de wetwijziging van 2013. Dit impliceert dus dat de objectivering van de financiële gegevens door de tussenkomst van de economische beroepsbeoefenaar op zich geen grote impact heeft op het vertrouwen van de rechtbanken in de neergelegde dossiers. Er wordt geen langere initiële opschortingstermijn toegekend omdat de informatie meer betrouwbaar is. Deze conclusie kan verklaard worden door een andere parameter. Zoals hoger gesteld, blijkt uit de gegevens van Graydon dat de financiële situatie van de ondernemingen die beroep doen op de WCO niet is verbeterd sinds de wetwijziging. In dergelijke gevallen is het logisch dat de rechtbanken de opschortingstermijnen kort houden, te meer nu ze beter zullen zijn voorgelicht over de ernst van de situatie mede dankzij de tussenkomst van de economische beroepsbeoefenaar.

34. Artikel 14 van de Aanbeveling vult aan dat de schorsing moet worden opgeheven, wanneer de schorsing niet langer nodig is om de goedkeuring van een herstructureringsplan te vergemakkelijken. Deze regel vindt deels haar evenknie in artikel 40 WCO met betrekking tot de verzaking aan de procedure. Echter, belangrijker voor de praktijk zijn de mogelijkheden van voortijdige beëindiging opgenomen in artikel 41 WCO. De recente uitbreiding van dit artikel illustreert dat de wetgever de controle wil opvoeren en de opschorting als een gunst beschouwt, die kan worden ingetrokken indien het dossier negatief evolueert. Deze visie sluit tevens aan bij de bedoeling van artikel 14 van de Aanbeveling.

Uit de statistieken¹³⁷ blijkt evenwel dat de voortijdige beëindiging op grond van artikel 41 WCO sinds de wetwijziging in 2013 niet significant vaker wordt toegepast. Dit doet vermoeden dat de rechtbanken weinig gebruik maken van dit nieuwe drukkingsmiddel.

AFDELING 4. DE GEVOLGEN VAN DE OPENING VAN DE PROCEDURE

35. De opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie heeft verschillende gevolgen. Deze gevolgen zijn er in grote mate op gericht om de onderneming te beschermen tegen haar schuldeisers: er is sprake van een opschorting van betaling (§ 1) én er kan geen faillissement of vereffening worden uitgesproken tijdens de lopende procedure (§ 2). Als

uitgangspunt geldt dat de schuldenaar tijdens de procedure van gerechtelijke reorganisatie beschikkingsbevoegd blijft (§ 3), m.a.w. het is in beginsel aan de schuldenaar zelf om orde op zaken te stellen. Deze verschillende gevolgen worden hieronder toegelicht en waar nodig genuanceerd.

^{134.} Zie E. VAN DEN BROELE, "De WCO voorbij", Graydon, 1 april 2015, 18-23.

^{135.} Voor een (weliswaar beperkt) overzicht van de succesratio van preventiemechanismen in andere lidstaten, zie *Bankruptcy and second chance for honest bankrupt entrepreneurs*, 31 oktober 2014, studie uitgevoerd in opdracht van de Europese Commissie, DG Enterprise & Industry, 40, beschikbaar op http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=7962&lang=en.

^{136.} Zie E. VAN DEN BROELE, "De WCO voorbij", Graydon, 1 april 2015, 16.

^{137.} Zie E. VAN DEN BROELE, "De WCO voorbij", Graydon, 1 april 2015, 17.

§ 1. Opschorting van betaling

36. De schorsing of opschorting van betaling¹³⁸ is één van de belangrijkste kenmerken van moderne reorganisatie-procedures¹³⁹. Artikel 10 van de Aanbeveling van de Europese Commissie stelt dat “*een schuldenaar het recht zou moeten hebben een gerecht te verzoeken om een tijdelijke schorsing van de individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen die door schuldeisers worden genomen, met inbegrip van de schuldeisers met een zekerheidsrecht en de preferente schuldeisers die anders de kansen van een herstructureeringsplan kunnen beperken [...]*”. De schorsing is dus bedoeld om de herstructurering van de onderneming alle kansen te geven¹⁴⁰.

Het is interessant om tevens te wijzen op artikel 11 Aanbeveling, waarin wordt opgesomd in welke omstandigheden de opschorting volgens de Commissie in elk geval moet worden toegekend door de rechter:

a) wanneer de schuldeisers wier vorderingen een significant bedrag uitmaken van de vorderingen die waarschijnlijk door het herstructureringsplan zullen worden geraakt, de onderhandelingen met het oog op de goedkeuring van een herstructureringsplan ondersteunen, en

b) wanneer een herstructureringsplan een redelijke kans heeft te worden uitgevoerd en de insolventie van de schuldenaar te voorkomen.

Deze voorwaarden illustreren opnieuw dat de houding van de schuldeisers doorslaggevend is voor de Commissie en dat de voorstellen van de schuldenaar steeds door de rechter moeten worden getoetst op hun haalbaarheid.

Voormelde voorwaarden spelen duidelijk niet in het Belgisch recht bij de beslissing inzake de toekenning van de opschorting, die samenvalt met de opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie. Zoals hoger besproken, zal de rechter met het oog op de opening van de procedure enkel nagaan of de continuïteit bedreigd is. Er wordt nooit rekening gehouden met de houding van de schuldeisers ten aanzien van een potentieel akkoord, evenmin als met de herstelkansen die een dergelijk reorganisatieakkoord biedt.

37. Alvorens in te gaan op de reikwijdte van de opschorting van betaling, past het om te wijzen op een belangrijk onderscheid binnen de WCO. In de Belgische wetgeving wordt immers een onderscheid gemaakt tussen de periode tussen de neerlegging van het verzoekschrift en de beslissing over de toekenning van de gerechtelijke reorganisatie ener-

zijds, en de opschorting van betaling vanaf de beslissing tot de toekenning van de gerechtelijke reorganisatie anderzijds. Tijdens beide periodes wordt de schuldenaar beschermd tegen zijn schuldeisers, maar de mate van bescherming varieert. In de Aanbeveling van de Commissie wordt geen onderscheid gemaakt tussen de periode tussen het verzoekschrift en de beslissing over de opschorting enerzijds en de periode volgend op de beslissing tot opschorting anderzijds. Het onderscheid dat in de Belgische WCO wordt gehanteerd, komt ons zinvol voor, omdat de onmiddellijke bescherming vanaf de neerlegging van het verzoekschrift garandeert dat de herstel mogelijkheden van de schuldenaar niet op het laatste moment worden doorkruist vóór de opschorting formeel wordt toegekend. De bescherming die geldt in de eerste periode tussen het verzoekschrift en de formele openingsbeslissing sluit perfect aan bij de doelstelling van de Aanbeveling. We kunnen dan ook besluiten dat het Belgische onderscheid verzoekenbaar is met het kader dat door de Europese Commissie wordt voorgesteld.

38. In de eerste periode te rekenen vanaf de neerlegging van het verzoekschrift tot aan de beslissing over de opening van de procedure geldt een verbod op tegeldemaking van de roerende of onroerende goederen als gevolg van de uitoefening van een middel van tenuitvoerlegging (art. 22 WCO). Het vermogen van de schuldenaar kan bijgevolg niet worden aangesproken. Dit verbod geldt ongeacht of de vordering werd ingeleid of het middel van tenuitvoerlegging werd aangevat vóór of ná de neerlegging van het verzoekschrift. Het verbod geldt zowel voor klassieke uitvoeringsmaatregelen, zoals een uitvoerend beslag, maar ook voor alternatieve maatregelen, zoals een revindicatievordering op basis van een eigendomsvoorbehoud¹⁴¹.

Bewarende maatregelen blijven daarentegen wel mogelijk. Hierbij aansluitend kan verwezen worden naar een recent arrest van het Hof van Cassatie. In een arrest van 30 oktober 2014¹⁴² moest het Hof zich uitspreken over de toelaatbaarheid van een wettelijke hypotheek die werd ingeschreven door de fiscus in de periode tussen de neerlegging van het verzoekschrift en de opening van de procedure. De discussie draaide in wezen niet over de vraag of de inschrijving van de wettelijke hypotheek mogelijk was in deze periode. Er bestaat immers geen enkele wettelijke bepaling die dit verbiedt. De cruciale vraag was of er in de gegeven omstandigheden sprake was van rechtsmisbruik. Er werd immers aangenomen dat de inschrijving van de wettelijke hypotheek vooral beoogde om de fiscus in de toekomstige procedure van gerechtelijke reorganisatie het statuut van buitengewone

¹³⁸. In de Aanbeveling van de Commissie gebruikt men de term “schorsing” (zie art. 10 Aanbeveling), terwijl er in de WCO sprake is van “opschorting” (zie art. 2, o) WCO). Beide termen hebben betrekking op dezelfde gevolgen en worden in deze bijdrage door elkaar gebruikt als synoniemen.

¹³⁹. Voor een overzicht van de toepassing van dit principe in de Europese lidstaten, zie S. BARIATTI en R. VAN GALEN, *Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices*, INSOL Europe, 12 mei 2014, 33-35, beschikbaar op http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm.

¹⁴⁰. Zie ook overweging (18) Aanbeveling.

¹⁴¹. Noteer dat hiermee het eigendomsvoorbehoud als zekerheidsrecht wordt bedoeld.

¹⁴². Cass. 30 oktober 2014, F.13.0140.F, opgenomen in dit nummer, p. 587.

schuldeiser in de opschorting te verlenen. Als buitengewone schuldeiser in de opschorting zou de fiscus immers geen ongewilde kwijtscheldingen moeten ondergaan in een collectief akkoord (art. 50 WCO). In het bestreden arrest van 24 juni 2013 oordeelde het hof van beroep te Bergen dat de fiscus rechtsmisbruik pleegde door bewust de wettelijke hypotheek te laten inschrijven zodra men op de hoogte was van het feit dat de schuldenaar een procedure van gerechtelijke reorganisatie wilde starten. Het Hof van Cassatie was een andere mening toegedaan en floot het hof van beroep terug. Het Hof van Cassatie stelde in niet mis te verstane bewoordingen dat *het algemene rechtsbeginsel dat niemand misbruik van zijn recht mag maken, wordt miskend door het arrest dat overweegt dat de fiscus het recht om zijn wettelijke hypotheek in te schrijven van zijn oorspronkelijke functie afwendt wanneer blijkt dat de fiscus de wettelijke hypotheek heeft ingeschreven na de neerlegging van het verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie, maar voor de opening van de procedure om de volledige betaling van zijn rechten te waarborgen veeleer dan in zijn hoedanigheid van gewone schuldeiser in de opschorting een vermindering van zijn schuldvordering te ondergaan*. De visie van het Hof van Cassatie lijkt ons terecht. De wettelijke hypotheek beoogt de belasting-schulden veilig te stellen. De fiscus liet dergelijke hypotheek bewust inschrijven voorafgaand aan de opening van de procedure om haar vorderingen zo goed mogelijk te beschermen, zij het in de gerechtelijke reorganisatie door het statuut van buitengewone schuldvordering in de opschorting te verwerven, zij het in een daaropvolgend faillissement. Het is correct dat de fiscus door de inschrijving van de wettelijke hypotheek haar positie verbetert, maar hierdoor wordt dit instrument niet afgewend van zijn doel, integendeel dit lijkt ons precies de reden waarom de wettelijke hypotheek bestaat. Bovendien kan een nuttige parallel worden getrokken met het faillissement, in deze situatie laat de wet uitdrukkelijk toe dat de wettelijke hypotheek wordt ingeschreven na faillietverklaring, ook hier gaat het om een situatie waarbij de fiscus met kennis van zaken haar positie kan verbeteren. Het is begrijpelijk dat sommigen principiële bezwaren hebben tegen deze bijzondere bevoegdheden van de fiscus, maar hier kan enkel de wetgever iets aan veranderen; de noodrem van het rechtsmisbruik lijkt ons niet het gepaste instrument om de fiscus haar rechten te ontzeggen.

39. Zodra de procedure van gerechtelijke reorganisatie wordt geopend, geldt een totaalverbod op tenuitvoerlegging. Tijdens de opschortingsperiode kan geen enkel middel van tenuitvoerlegging worden aangewend of voortgezet en kan er evenmin beslag worden gelegd (art. 30 en 31 WCO)¹⁴³. Dit laatste verbod slaat zowel op een uitvoerend als op een bewarend beslag. De gerechtelijke reorganisatie doet geen afbreuk aan eerder gelegde beslagen¹⁴⁴, maar de schuldenaar kan de handlichting ervan vragen.

De basisprincipes van de artikelen 30 en 31 WCO beantwoorden perfect aan de Aanbeveling van de Europese Commissie, die de schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen in artikel 5, c) definieert als: “een door een gerecht bevolen schorsing van het recht van een schuldeiser een vordering tegen een schuldenaar ten uitvoer te leggen”¹⁴⁵.

Het begrip “middelen van tenuitvoerlegging” wordt in het Belgisch recht ruim geïnterpreteerd¹⁴⁶. Voor een recente illustratie kan verwezen worden naar een arrest van het Hof van Cassatie van 25 september 2014¹⁴⁷. In dit arrest kwalificeerde het Hof de inhoudingen en stortingen die de opdrachtgever moet doen op grond van artikel 30bis, § 4, eerste en tiende lid van de Wet van 27 juni 1969 tot herziening van de Besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders op grond waarvan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid de gedwongen betaling van zijn schuldvordering kan verkrijgen, als een middel van tenuitvoerlegging in de zin van artikel 30, eerste lid WCO. Noteer dat er omtrent deze inhoudingsplicht tijdens de gerechtelijke reorganisatie heel wat discussie rees met twee opeenvolgende wetswijzigingen tot gevolg¹⁴⁸. Op heden zijn dergelijke inhoudingen tijdens de procedure van gerechtelijke reorganisatie niet vereist op grond van artikel 30bis, § 11 van de Wet van 27 juni 1967, waar de verwijzing naar de gerechtelijke reorganisatie werd geschrapt door de Wijzigingswet van 27 mei 2013.

Een tweede illustratie betreft (opnieuw) de mogelijkheid voor de fiscus om een wettelijke hypotheek in te schrijven tijdens de procedure van gerechtelijke reorganisatie. In de rechtspraak zijn de meningen verdeeld over de vraag of dit als een middel van tenuitvoerlegging kan worden gekwalifi-

¹⁴³. Zie hierover o.a. K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, *Insolventierecht. Algemene beginselen*, Gent, Story Publishers, 2014, 130-133.

¹⁴⁴. Zie hierover ook J. BEKAERT, “WCO: de schuldeisers schaakmat?” in ORDE VAN ADVOCATEN KORTRIJK (ed.), *De vennootschap in de verschillende takken van het recht*, Brussel, Larcier, 2013, 96.

¹⁴⁵. Vgl. ook art. 2, o) WCO: opschorting: “een door de rechtbank aan de schuldenaar toegekend moratorium om een van de doelstellingen van artikel 16 WCO te realiseren”.

¹⁴⁶. Zie over de interpretatie van dit begrip o.a. W. DAVID, “La suspension des voies d’exécution durant la procédure de réorganisation judiciaire” in A. ZENNER en M. DAL, *Actualité de la continuité, continuité de l’actualité. Etats généraux de la continuité des entreprises*, Brussel, Larcier, 2012, 289-309 met talrijke verwijzingen naar rechtspraak.

¹⁴⁷. Cass. 25 september 2014, C.13.0619.F, *JLMB 2015*, afl. 9, 420, noot C. PARMENTIER.

¹⁴⁸. Art. 82 en 92 Wet houdende diverse bepalingen van 14 april 2011 (BS 6 mei 2011); art. 47 Wijzigingswet van 27 mei 2013. Zie hierover ook T. DELWICHE, “Reparatiewet WCO werkt de inhoudings- en doorstortingsplicht van opdrachtgevers aan de RSZ (en de fiscus) tijdens de opschortingsperiode weg”, *RW 2013-14*, 383-387. Voor een overzicht van de hele evolutie, D. PASTEGGER, “Actualités du droit des entreprises en difficulté” in N. THIRION (ed.), *Chronique d’actualités en droit commercial*, Brussel, Larcier, 2013, 208-211.

ceerd¹⁴⁹. Op heden is er een prejudiciële vraag hangend bij het Grondwettelijk Hof, waarbij deze problematiek wordt aangekaart¹⁵⁰.

Het verbod om beslag te leggen, betekent niet dat aan de schuldeiser in de opschorting iedere actiemogelijkheid ontnomen wordt. Terecht wordt aangenomen dat het mogelijk blijft om tijdens de opschorting een uitvoerbare titel te bekomen, met dien verstande dat deze uitvoerbare titel niet aangewend kan worden, zolang de opschorting duurt (en desgevallend in de mate dat het gehomologeerde reorganisatieplan wordt nageleefd)¹⁵¹. Wanneer de procedure wordt beëindigd, kan dergelijke uitvoerbare titel onmiddellijk zijn nut bewijzen.

40. Een belangrijk aandachtspunt van de Commissie is het feit of de opschorting ook geldt ten aanzien van de schuldeisers met een zekerheidsrecht en de preferente schuldeisers¹⁵². In de Belgische WCO bestaat hierover geen twijfel, het bestaan van een zekerheidsrecht heeft geen impact op de opschorting van betaling. Om te bepalen of een schuldeiser onderworpen is aan de opschorting, zal zijn vordering getoetst worden aan de definitie van “schuldvordering in de opschorting”¹⁵³. Dit zijn de schuldvorderingen ontstaan vóór het vonnis dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie opent of die uit het verzoekschrift of gerechtelijke¹⁵⁴ beslissingen genomen in het kader van de procedure volgen. In beginsel gaat het dus om schuldvorderingen die dateren van vóór de opening van de procedure, het zgn. “historisch passief”. *A contrario* geldt dat schuldvorderingen die dateren van na het vonnis tot opening van de procedure in beginsel¹⁵⁵ niet onderworpen zijn aan de opschorting. Vaak worden deze schuldvorderingen dan ook aangeduid als “nieuwe” schuldvorderingen of schuldvorderingen buiten de opschorting. In de eerste plaats betreft dit schuldvorderingen voortvloeiend uit verbintenissen die (slechts) worden aangegaan nadat de procedure wordt geopend, bijvoorbeeld n.a.v. nieuwe contracten. De categorie van schuldvorderingen bui-

ten de opschorting is echter ruimer. Voor lopende overeenkomsten¹⁵⁶ waarbij nieuwe prestaties worden geleverd na de opening van de procedure, voorziet artikel 36 WCO uitdrukkelijk dat dergelijke schuldvorderingen evenmin onderworpen zijn aan de opschorting in de mate dat zij betrekking hebben op prestaties verricht nadat de procedure open is verklaard. Deze dubbele invulling van het begrip schuldvorderingen buiten de opschorting kan ook worden afgeleid uit artikel 37 WCO, waarin beide groepen van schuldvorderingen het statuut van boedelschulden krijgen.

41. Hoewel zekerheidsrechten in het Belgisch recht geen impact hebben op het al dan niet ondergaan van de opschorting, spelen ze toch een belangrijke rol binnen de gerechtelijke reorganisatie. In de WCO wordt immers een onderscheid gemaakt tussen de *gewone* schuldvorderingen in de opschorting en de *buitengewone* schuldvorderingen in de opschorting. Dit onderscheid wordt gebaseerd op het feit of een schuldvordering al dan niet gewaarborgd wordt door een hypotheek, een bijzonder voorrecht of een eigendomsrecht tot zekerheid¹⁵⁷.

Zoals hoger reeds werd aangestipt¹⁵⁸, is de hoedanigheid van buitengewone schuldeiser in de opschorting van belang wanneer de schuldenaar kiest voor een gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord. Artikel 50 WCO legt strikte regels op voor de behandeling van de buitengewone schuldvorderingen in de opschorting, die in beginsel enkel getroffen kunnen worden door een afbetalingstermijn van maximaal 24 maanden¹⁵⁹. Behoudens uitdrukkelijke instemming van de buitengewone schuldeiser in de opschorting mag het reorganisatieplan geen andere maatregelen, zoals een schuldvermindering of een langere afbetalingstermijn, opleggen.

De vraag of een schuldeiser de hoedanigheid van buitengewone schuldeiser in de opschorting bezit, zorgt regelmatig voor discussies.

¹⁴⁹. Zie hierover met verwijzing naar rechtspraak M. VANMEENEN, “Drie jaar Wet Continuïteit Ondernemingen, over kleine en grote misverstanden en knelpunten” in CBR (ed.), *CBR Jaarboek 2011-2012*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 416-417 en 437, nr. 64.

¹⁵⁰. Deze zaak is ingeschreven onder nr. 6093, “*Schendt artikel 31 WCO de in de artikelen 10 en 11 van de Gw. vastgelegde beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie in zoverre het verbiedt om tijdens de opschorting beslag te leggen voor schuldvorderingen in de opschorting, zonder de wettelijke hypotheek van de belastingadministratie te beogen, terwijl de wettelijke hypotheek in de feiten hetzelfde gevolg van onbeschikbaarheid van het vermogen hebben als het bewarend beslag op onroerend goed en de hypotheecaire inschrijving aan de belastingadministratie een prioritaire rang verleent, waarbij daarentegen de andere schuldeisers geen bewarend beslag op onroerend goed tijdens de opschorting kunnen laten overschrijven?*” (BS 30 december 2014).

¹⁵¹. Zie ook Cass. 13 oktober 2014, S.13.0052.N, opgenomen in dit nummer, p. 584. Zie uitvoerig: S. BRIJS en R. LINDEMANS, “Over het verkrijgen van een uitvoerbare titel in het kader van de WCO”, *TBH* 2013, 723-740.

¹⁵². Zie art. 10 Aanbeveling.

¹⁵³. Art. 2, c) WCO.

¹⁵⁴. De Wijzigingswet verduidelijkt dat het om gerechtelijke beslissingen dient te gaan. Zie reeds: I. VEROUWSTRAETE e.a., *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 36, nr. 2.1.2.7.

¹⁵⁵. Met uitzondering van schuldvorderingen die voortvloeien uit het verzoekschrift of gerechtelijke beslissingen genomen in het raam van de procedure.

¹⁵⁶. Zijnde overeenkomsten die al bestonden op het ogenblik van de opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie. Zie algemeen: T. HÜRNER, “Le régime des contrats en cours dans les procédures de faillite et de réorganisation judiciaire” in M. GRÉGOIRE (ed.), *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, Brussel, Bruylant, 2009, 49-91.

¹⁵⁷. Zie art. 2, f) WCO voor een definitie van de schuldeiser-eigenaar.

¹⁵⁸. Zie randnr. 33 en 38-39. Zie ook randnr. 54.

¹⁵⁹. De termijn van 24 maanden wordt gerekend vanaf het neerleggen van het verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie. Onder strikte voorwaarden is een buitengewone verlenging van maximum 12 maanden mogelijk.

Een eerste twistpunt betreft de vraag of de hoedanigheid van buitengewone schuldeiser in de opschorting nog kan worden verworven na de opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie. De Wijzigingswet maakte hieraan kordaat een einde door invoering van artikel 2/1 WCO, waarin gesteld wordt dat de aard van de schuldvordering bepaald wordt op het ogenblik van het openen van de procedure. Dit neemt niet weg dat een schuldeiser tijdens een lopende procedure van gerechtelijke reorganisatie nieuwe zekerheden kan bedingen of eenzijdig in werking kan stellen (bv. door de omzetting van een hypothecair mandaat), maar deze zekerheden hebben geen invloed op de hoedanigheid van de schuldvordering in het kader van de procedure tot gerechtelijke reorganisatie¹⁶⁰.

Een tweede discussie heeft betrekking op de vraag of de waarde van de zekerheid, dan wel van het onderliggende vermogensbestanddeel in aanmerking moet worden genomen om de omvang van de buitengewone schuldvordering af te bakenen¹⁶¹. Deze kwestie werd beslecht in een recent cassatiearrest van 12 februari 2015¹⁶². In de voorgelegde zaak rees er discussie over een algemene pandclausule bedongen in de algemene bankvoorwaarden. Deze pandclausule had betrekking op alle bestaande en toekomstige schuldvorderingen van de schuldenaar jegens de bank en derden. Aan de orde was de vraag voor welk bedrag de schuldeiser ingevolge deze algemene pandclausule kwalificeerde als buitengewone schuldeiser in de opschorting: voor het volledige bedrag van zijn schuldvordering of (slechts voor) de realisatiewaarde van zijn onderpand? Het Hof van Cassatie besliste (te?) kort en krachtig dat uit de definitie van buitengewone schuldvordering in de opschorting (art. 2, d) et h) WCO) niet afgeleid kan worden dat dit statuut slechts geldt ten belope van de realisatiewaarde van het onderpand van het bijzonder voorrecht in kwestie.

De rechtspraak van het Hof van Cassatie heeft het voordeel van de eenvoud. Er moeten geen opsplitsingen gemaakt worden, of waardebepalingen uitgevoerd worden om het stemrecht van de buitengewone schuldeiser in de opschorting te bepalen. Er hangt echter ook een aanzienlijk risico vast aan deze visie. Een slimme schuldeiser zal steeds een algemene pandclausule op schuldvorderingen integreren in zijn algemene voorwaarden. Op deze manier kan de schuldeiser zijn positie bij een eventuele gerechtelijke reorganisatie van een schuldenaar verzekeren van het statuut van buitengewone schuldvordering in de opschorting. Indien alle schuldeisers deze werkwijze toepassen, zonder dat er sprake is van een effectief onderliggend pand, zal een haalbaar collectief akkoord onmogelijk worden. Immers, wanneer de meerderheid van de schuldeisers zich kan beroepen op de bescherming van artikel 50 WCO, heeft de schuldenaar weinig bewegingsruimte over.

De discussie over het gebruik van de algemene pandclausules als ontsnappingsroute lijkt echter nog niet definitief beslecht. Recent werden immers verschillende prejudiciële vragen gesteld omtrent deze problematiek aan het Grondwettelijk Hof¹⁶³. Samengevat wordt hierin de vraag gesteld of er sprake is van discriminatie tussen *enerzijds* schuldeisers die een algemene pandclausule of een eigendomsvoorbehoud bedingen zonder dat er sprake is van een effectief onderpand en op deze wijze ongewilde kwijtscheldingen uitsluiten en *anderzijds* schuldeisers die dit niet hebben gedaan en het risico lopen om 85% van hun schuldvordering te verliezen in het raam van een gerechtelijke reorganisatie. De deur die het Hof van Cassatie heeft geopend met het arrest van 12 februari 2015, zou in de toekomst door het Grondwettelijk Hof mogelijk weer gesloten kunnen worden.

¹⁶⁰. Wanneer de schuldenaar later toch failliet gaat, zal wel rekening moeten worden gehouden met de regels omtrent de verdachte periode (art. 17-20 Faill.W.).

¹⁶¹. Zie hierover M. VANMEENEN, "Rechten van de schuldeisers in de gerechtelijke reorganisatie" in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMANN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, III, Antwerpen, Intersentia, 2014, 352-353, nr. 6; C. ALTER en A. LÉVY MORELLE, "Evolutions de la jurisprudence depuis la loi du 27 mai 2013" in A. ZENNER (ed.), *Paiement, insolvabilité et réorganisation. S'organiser pour être payé, payer ou se réorganiser*, Brussel, Larcier, 2015, 103-107, nrs. 3-8.

¹⁶². Cass. 12 februari 2015, C.14.0331.F.

¹⁶³. Prejudiciële vragen gesteld door de rechtbank van koophandel te Brussel, ingeschreven onder rolnummer 6150, BS 31 maart 2015.

1) *Schenden de artikelen 2, d), en 50 WCO de artikelen 10 en 11 Gw. en voeren zij een discriminatie in, in voorkomend geval wegens de niet-naleving van het evenredigheidsbeginsel, in zoverre aan de schuldeiser die in zijn overeenkomst zelf een beding heeft ingevoegd dat een mechanisme instelt dat kan worden gelijkgesteld met een pand en/of een voorrecht, zoals een beding van (bestaande en toekomstige) algemene inpandgeving van de schuldvorderingen van zijn schuldenaar te zijnen gunste of een beding van eigendomsvoorbehoud, in een gerechtelijk reorganisatieplan bij collectief akkoord gestemd met dubbele meerderheid van de schuldeisers zoals bepaald in artikel 54 WCO, geen enkele schuldvermindering, noch een aanzuiveringsplan van meer dan 24 maanden kan worden opgelegd, terwijl de grondslag van dat beding per hypothese of in het algemeen niet overeenstemt met enig actief in het vermogen van de onderneming in gerechtelijke reorganisatie, en de andere schuldeisers, die niet eraan hebben gedacht een dergelijk beding in hun overeenkomst in te voegen, een vermindering van hun schuldvordering tot hoogstens 85% kunnen krijgen?*

2) *Schenden de artikelen 2, d), 49 en 50 WCO de artikelen 10 en 11 Gw. en voeren zij een discriminatie in, in zoverre zij de homologatie lijken toe te staan, door de rechtbank, van een gerechtelijk reorganisatieplan bij collectief akkoord waarbij wordt voorzien in, enerzijds, de terugbetaling van de integrale schuldvordering van de schuldeiser in de opschorting die eveneens de hoedanigheid heeft van aandeelhouder van de onderneming in gerechtelijke reorganisatie, door het loutere feit dat de schuldvordering van die laatste haar grondslag vindt in een leningsovereenkomst die een beding van algemene inpandgeving van de schuldvorderingen bevat en, anderzijds, een vermindering van 85 pct. van alle gewone schuldvorderingen in de opschorting?*

3) *Schendt artikel 55, § 3 WCO de artikelen 10 en 11 Gw. en voert het een discriminatie in, in zoverre het de controle van de feitenrechter beperkt tot het nagaan van de inachtneming van de vormvereisten die zijn opgelegd bij de WCO en van de naleving van de openbare orde, zonder de naleving van de fundamentele beginselen van de belangenafweging te kunnen controleren, waardoor misschien, zonder objectieve, relevante en evenredige verantwoording, een daadwerkelijke juridictionele bescherming wordt ontzegd aan de weliswaar gewettigde privébelangen van sommige schuldeisers?*

42. Naast de basisprincipes van de opschorting geregeld in de artikelen 30 en 31 WCO, voorziet de Belgische wet in de daaropvolgende wetsbepalingen in een aantal nuanceringen op de opschorting (art. 33-37 WCO)¹⁶⁴. De Aanbeveling van de Europese Commissie bevat geen verdere regels behalve het principe dat “*de schorsing de nakoming van lopende contracten ongemoeid moet laten*”. In wat volgt, beperken we ons enkel tot de bespreking van dit principe¹⁶⁵.

Het lot van de lopende overeenkomsten gedurende de procedure van gerechtelijke reorganisatie wordt geregeld in de artikelen 35 en 36 WCO. De inhoud van deze bepalingen is volledig in lijn met het basisprincipe vooropgesteld door de Aanbeveling. De continuïteit van lopende overeenkomsten is immers een primordiale voorwaarde om de continuïteit van de onderneming te garanderen.

Als uitgangspunt geldt dat de aanvraag of opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie geen einde maakt aan de lopende overeenkomsten, noch aan de modaliteiten van hun uitvoering (art. 35, § 1, eerste lid WCO). Het is onmogelijk om contractueel af te wijken van deze regel. Dit neemt niet weg dat de schuldeiser het recht behoudt om de overeenkomst te beëindigen, wanneer er sprake is van een (voldoende ernstige) wanprestatie in hoofde van de schuldenaar (art. 35, § 1, tweede lid WCO). Deze mogelijkheid kan de slaagkansen van een gerechtelijke reorganisatie ernstig bedreigen. Het gebeurt immers regelmatig dat een schuldenaar in gebreke is om zijn lopende overeenkomsten na te komen. Om te vermijden dat de schuldeiser de samenwerking stop zet omwille van deze wanprestatie, zal de schuldenaar alsnog moeten presteren binnen een termijn van 15 dagen na hiervoor in gebreke te zijn gesteld door de schuldeiser in de opschorting. De Wijzigingswet verduidelijkt dat de schuldenaar zijn wanprestatie slechts ongedaan maakt, door de overeenkomst uit te voeren zoals contractueel voorzien. We komen dus tot een paradoxale situatie: enerzijds geniet de schuldenaar van een opschorting van betaling, maar anderzijds kan hij feitelijk gedwongen worden de schuldvorderingen in de opschorting te voldoen, indien hij de ontbinding van de overeenkomst wil voorkomen.

Artikel 35, § 2 WCO belicht de andere kant van de medaille, nl. het recht van de schuldenaar om een lopende overeenkomst niet langer uit te voeren¹⁶⁶ voor de duur van de opschorting, op voorwaarde dat die niet-uitvoering noodzakelijk is om een reorganisatieplan te kunnen voorstellen aan de schuldeisers of om de overdracht onder gerechtelijk gezag mogelijk te maken. Dit “optierecht” strekt ertoe de schuldenaar (tijdelijk) te beschermen tegen (te) bezwarende overeenkomsten die een succesvolle reorganisatie in het gedrang kunnen brengen¹⁶⁷. De schuldeiser aan wie de uitoefening van dit optierecht tegengesteld wordt, behoudt evenwel het recht om zijn eigen prestaties op te schorten¹⁶⁸. De medecontractant kan zich met name beroepen op alle feitelijke zekerheidsmechanismen van het gemeen recht (enac, retentierecht, ...). In de mate dat de (verdere uitvoering van de) betreffende overeenkomst vitaal is voor de continuïteit van de onderneming, ontleent de schuldenaar opnieuw weinig slagkracht aan zijn optierecht.

Wanneer een lopende overeenkomst wordt voortgezet (of er wordt een nieuwe overeenkomst gesloten na de opening van de procedure), dan wordt de schuldeiser door de wetgever “beloond” voor zijn vertrouwen. Overeenkomstig artikel 36 WCO is een schuldvordering die voortvloeit uit lopende overeenkomsten met opeenvolgende prestaties¹⁶⁹, niet onderworpen aan de opschorting in de mate dat zij betrekking heeft op prestaties verricht nadat de procedure open is verklaard. Dit betekent dat een schuldeiser zonnig uitvoeringsmaatregelen zal kunnen treffen lopende de procedure van gerechtelijke reorganisatie om betaling te bekomen. Wanneer de schuldenaar alsnog failliet wordt verklaard of vereffend wordt, geniet de schuldeiser van een bijkomende bescherming. Artikel 37 WCO kent het boedelstatuut toe aan schuldvorderingen die voortvloeien uit prestaties uitgevoerd tijdens de procedure van gerechtelijke reorganisatie door een medecontractant van de schuldenaar. De draagwijdte van artikel 37 WCO en de talrijke rechtspraak die betrekking heeft op deze problematiek¹⁷⁰ wordt besproken in de bijdrage van S. Jacmain elders in dit nummer.

¹⁶⁴ Zie hierover o.a. E. DIRIX en R. JANSEN, “De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 164-171; W. DAVID, “La suspension des voies d’exécution durant la procédure de réorganisation judiciaire” in A. ZENNER en M. DAL (eds.), *Actualité de la continuité, continuité de l’actualité. Etats généraux de la continuité des entreprises*, Brussel, Larcier, 2012, 298-308.

¹⁶⁵ Voor een bespreking van de art. 32 tot 37 WCO en de recente wijzigingen hieraan door de Wijzigingswet, zie o.a. A. VAN HOE, “Continuïteit voor de Wet Continuïteit Ondernemingen”, *RW* 2013-14, 1216-1220, nrs. 37-46.

¹⁶⁶ Het is belangrijk om in te zien dat dit geen beëindigingsrecht betreft, maar enkel een recht om tijdelijk de overeenkomst niet uit te voeren.

¹⁶⁷ E. DIRIX en R. JANSEN, “De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 189, nr. 49.

¹⁶⁸ Deze mogelijkheid werd reeds verdedigd bij de inwerkingtreding van de WCO in 2009. Om alle twijfels hieromtrent weg te nemen, werd dit verweermiddel van de schuldeiser uitdrukkelijk opgenomen in art. 35, § 2 WCO door de Wijzigingswet.

¹⁶⁹ De Wijzigingswet verduidelijkte dat ook de contractueel verschuldigde rente onder deze bescherming kan worden begrepen; zie hierover o.a. L. DE KEYSER, T. DELWICHE, J.-J. ACKAERT en J. MALEKZADEM, “Wijzigingen aan de Wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen”, *TRV* 2013, 758-759.

¹⁷⁰ Zie hierover ook C. ALTER en A. LÉVY MORELLE, “Evolutions de la jurisprudence depuis la loi du 27 mai 2013” in A. ZENNER (ed.), *Paiement, insolvabilité et réorganisation. S’organiser pour être payé, payer ou se réorganiser*, Brussel, Larcier, 2015, 109-112, nrs. 9-14.

§ 2. Geen faillissement of gerechtelijke vereffening

43. Om de reorganisatie alle slaagkansen te bieden, pleit de Aanbeveling van de Commissie er in artikel 12 voor om de opening van “insolventieprocedures”¹⁷¹ op te schorten tijdens de duur van de opschorting van betaling¹⁷².

Het Belgisch recht beantwoordt aan deze voorwaarde. Enerzijds wordt in de WCO voorzien dat er geen faillissement of gerechtelijke vereffening meer kan worden uitgesproken vanaf de neerlegging van het verzoekschrift tot opening van de gerechtelijke reorganisatie (art. 22 WCO). Eenmaal de procedure van gerechtelijke reorganisatie is geopend, blijft dit verbod verder gelden tijdens de volledige duur van de procedure (art. 30, tweede lid WCO). Anderzijds krijgt de reorganisatie ook voorrang in de Faillissementswet. Artikel 9, laatste lid Faill.W. bevrijdt de schuldenaar van zijn verplichting tot aangifte van het faillissement vanaf de neerlegging van het verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie en dit zolang de opschorting duurt. Daarenboven wordt in artikel 7 Faill.W. expliciet bepaald dat de rechtbank zowel bij een vrijwillige aangifte van faillissement, als bij een dagvaarding tot faillietverklaring haar beslissing over het faillissement kan opschorten voor een termijn van 15 dagen om belanghebbenden de kans te geven een procedure van gerechtelijke reorganisatie te laten openen.

§ 3. Debtor in possession

44. Vanuit efficiëntie oogpunt en om de kosten te beperken, wenst de Europese Commissie reorganisatiemechanismen te promoten waarbij de schuldenaar de zeggenschap over zijn activa bewaart¹⁷³. Dit is een opmerkelijke vernieuwing ten aanzien van de huidige Insolventieverordening, waar de (gedeeltelijke) buitenbezitstelling nog steeds als een basisvoorwaarde geldt om als insolventieprocedure erkend te kunnen worden onder de verordening¹⁷⁴. In de recent aangenomen Nieuwe Insolventieverordening wordt het principe van *debtor in possession* wel uitdrukkelijk aanvaard binnen een insolventieprocedure¹⁷⁵. Bovendien schuift de Commissie het principe van *debtor in possession* naar voor als uitgangspunt in haar Aanbeveling¹⁷⁶. Overeenkomstig artikel 9 van de Aanbeveling zou de aanstelling van een bemiddelaar of een toezichthouder door het gerecht niet verplicht moeten

zijn, doch in plaats daarvan zou per geval moeten worden bekeken of het gerecht die aanstelling nodig acht. Er wordt hierbij een onderscheid gemaakt tussen enerzijds een bemiddelaar die de schuldenaar en de schuldeisers moet bijstaan om de onderhandelingen over een herstructureringsplan te doen slagen en anderzijds een toezichthouder die moet toezien op de activiteit van de schuldenaar en de schuldeisers en de nodige maatregelen moet nemen ter bescherming van de rechtmatige belangen van één of meer schuldeisers of andere belanghebbenden.

45. De koerswijziging op Europees niveau is een goede zaak voor het Belgisch insolventierecht, aangezien de WCO ook geënt is op het principe van *debtor in possession*. Daarnaast voorziet de WCO in een grote schare aan personen die de schuldenaar kunnen bijstaan of hem desgevallend kunnen vervangen in ernstige situaties¹⁷⁷. In de preprocedurale fase kennen we de ondernemingsbemiddelaar (art. 13 WCO) en de gerechtsmandataris (art. 14 WCO). Wanneer de procedure van gerechtelijke reorganisatie wordt geopend, kan er sprake zijn van een gerechtsmandataris die bijstand verleent (art. 27 WCO), een (nieuw ingevoerde) gerechtsmandataris die een specifieke opdracht vervult zoals bij vonnis bepaald door de rechtbank (gewijzigd art. 28 WCO), de voorlopig bestuurder (gewijzigd art. 28 WCO) en de gerechtsmandataris belast met de organisatie van de overdracht onder gerechtelijk gezag (art. 60 WCO). In deze bijdrage beperken we de bespreking tot de mandatarissen actief binnen de gerechtelijke reorganisatie.

Ten eerste kan zowel op verzoek van de schuldenaar, als op verzoek van een belanghebbende een gerechtsmandataris aangesteld worden (art. 27 WCO). Dergelijke gerechtsmandataris dient de schuldenaar bij te staan in de procedure. In deze hypothese heeft de gerechtsmandataris slechts een ondersteunende functie, er is geen sprake van toezicht op of buitenbezitstelling van de schuldenaar. Deze gerechtsmandataris valt binnen de Aanbeveling van de Commissie bijgevolg in de categorie van “bemiddelaars”.

In problematische gevallen kan de aanstelling van een gerechtsmandataris of een voorlopig bestuurder in de zin van artikel 28 WCO worden overwogen. Beiden worden aangesteld op verzoek van een belanghebbende of het Openbaar Ministerie en het verloop van de aanstellingsprocedure is identiek¹⁷⁸.

¹⁷¹. Het begrip “insolventieprocedure” is voor verschillende interpretaties vatbaar en wordt in de Aanbeveling van de Commissie niet verder gedefinieerd.

¹⁷². Zie ook overweging (18) Aanbeveling.

¹⁷³. Zie o.a. overweging (17) Aanbeveling.

¹⁷⁴. Zie art. 1 (huidige) InsolvO.

¹⁷⁵. Zie overweging (10) en art. 1 InsolvO *bis* zoals gepubliceerd bij het standpunt van de Raad nr. 7/2015 in eerste lezing, *Pb.C.* 141 van 28 april 2015.

¹⁷⁶. Vele lidstaten kennen het principe van *debtor in possession*; zie S. BARIATTI en R. VAN GALEN, *Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices*, INSOL Europe, 12 mei 2014, 25-2 en 30-32, beschikbaar op http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm.

¹⁷⁷. Voor een recente bespreking, zie A.A. HENDERICKX, E. VAN DER GRACHT en A. SAUSSEZ, “Les différents mandats de justice visés par la loi relative à la continuité des entreprises” in L. BERMOND en P. LIBIEZ (eds.), *Loi sur la continuité des entreprises en pratique: regards croisés, ajustements et bilan*, Brussel, Larcier, 2014, 116-168.

¹⁷⁸. Zie over het gewijzigde art. 28 WCO o.a. A. VAN HOE, “Continuïteit voor de Wet Continuïteit Ondernemingen”, *RW* 2013-14, 1212-1213, nrs. 25-27.

De gerechtsmandataris *ex* artikel 28 WCO is bedoeld voor gevallen waar de schuldenaar of een van zijn organen een kennelijke grove *tekortkoming* hebben begaan. De inhoud en de duur van de opdracht van deze gerechtsmandataris wordt bepaald door de rechtbank. De aanstelling van dergelijke gerechtsmandataris is bedoeld als tussenoplossing, met name wanneer de feiten niet voldoende ernstig zijn om een voorlopig bestuurder aan te stellen, maar het toch noodzakelijk lijkt om bepaalde gedwongen maatregelen op te leggen aan de schuldenaar. In de *Memorie van toelichting* wordt hierover het volgende gesteld: “*maatregelen die de rechtbank noodzakelijk acht voor de voortzetting van de activiteit, zoals een onderzoek, het zoeken naar informatie, de follow-up van de procedure, de verzoening, enz., of een algemenere opdracht die kan gaan tot die van de voorlopige bewindvoerder*”¹⁷⁹.

Een voorlopig bestuurder *ex* artikel 28 WCO wordt aangesteld als de schuldenaar of een van zijn organen een kennelijke grove *fout* hebben begaan of blijk geven van kennelijke *kwade trouw*. Deze persoon vervangt de schuldenaar of zijn organen en wordt steeds belast met het bestuur van de onderneming. Het onderscheid tussen beide mandatarissen zit dus in de oorzaak van de aanstelling en de omvang van hun bevoegdheden. Het eerste aspect, de oorzaak, kan leiden tot toepassingsmoeilijkheden. Waarin bestaat het feitelijk verschil tussen een kennelijk grove tekortkoming en een kennelijk grove fout? Het tweede aspect, de bevoegdheid, is gemakkelijker te bepalen: de aanstelling van een voorlopig bestuurder impliceert steeds dat de schuldenaar niet langer beschikkingsbevoegd is; de opdracht van een gerechtsmandataris kan variëren en impliceert een gedeeltelijke buitenbezitstelling of een gedeelde beslissingsbevoegdheid.

Zowel de gerechtsmandataris als de voorlopig bestuurder in de zin van artikel 28 WCO vallen binnen de Aanbeveling van de Commissie in de categorie van toezichthouders.

De gerechtsmandataris in de zin van artikel 60 WCO vormt

een derde categorie. Dergelijke gerechtsmandataris wordt verplicht aangesteld in elke procedure die gericht is op een overdracht onder gerechtelijk gezag. De taak van de gerechtsmandataris bestaat erin om de overdracht voor te bereiden en te realiseren in naam en voor rekening van de schuldenaar. De bevoegdheden van de gerechtsmandataris blijven beperkt tot de overdracht. Dit impliceert dat de gerechtsmandataris het bestuur van de onderneming niet overneemt. De schuldenaar blijft beschikkingsbevoegd, maar hij zal deze bevoegdheid wel moeten uitoefenen rekening houdend met de overdracht. Wanneer blijkt dat de schuldenaar zijn bevoegdheid verkeerd aanwendt, kan de aanstelling van een gerechtsmandataris of een voorlopig bestuurder op grond van artikel 28 WCO een oplossing bieden.

Uit voorgaande taakomschrijving volgt dat de gerechtsmandataris *ex* artikel 60 WCO moeilijk ondergebracht kan worden in een categorie binnen de Aanbeveling van de Commissie. Het gaat om een autonome figuur die eigen is aan de overdracht onder gerechtelijk gezag. Deze vorm van herstructurering wordt niet beoogd in de Aanbeveling.

46. Als uitgangspunt geldt dat de schuldenaar gedurende de gerechtelijke reorganisatie volledig bestuurs- en beschikkingsbevoegd blijft¹⁸⁰. Dit impliceert dat de schuldenaar autonoom beslist om nieuwe overeenkomsten aan te gaan, betalingen te verrichten, enz. In de Aanbeveling van de Commissie wordt geen aandacht besteed aan de vermogensrechtelijke gevolgen van het *debtor in possession*-principe. In de Belgische WCO bestaat wel een expliciete regeling over de vrijwillige betalingen. Artikel 33, § 1 WCO bepaalt uitdrukkelijk dat de opschorting de vrijwillige betaling door de schuldenaar van schuldvorderingen in de opschorting niet in de weg staat in zoverre die betaling vereist is voor de continuïteit van de onderneming. Deze laatste voorwaarde werd toegevoegd door de Wijzigingswet om te vermijden dat deze bevoegdheid wordt misbruikt¹⁸¹.

AFDELING 5. HET COLLECTIEF AKKOORD ALS HERSTRUCTURERINGSSTELSEL

47. Een belangrijke vernieuwing van de WCO in 2009 was de introductie van de brede waaier aan opties voor een schuldenaar in moeilijkheden. Ten eerste is er de keuze tussen de preprocedurele instrumenten en de formele procedure van gerechtelijke reorganisatie. Het belangrijkste verschil tussen beiden is het al dan niet bestaan van een opschorting van betaling. Binnen de procedure van gerechtelijke reorganisatie dient de schuldenaar opnieuw een keuze te maken tussen

drie alternatieven¹⁸²: het minnelijk akkoord, het collectief akkoord en de overdracht onder gerechtelijk gezag. Bij al deze herstel mogelijkheden staat de continuïteit centraal: zowel redding van de onderneming (via een akkoord), als redding van de ondernemingsactiviteit (via een overdracht).

In welk Europees “vakje” deze verschillende mogelijkheden passen, is een moeilijke kwestie. Onder de huidige Insolven-

¹⁷⁹. *Memorie van toelichting*, Wetsontwerp tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2692/1, 18.

¹⁸⁰. R. JANSSEN, *Beschikkingsbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 225, nr. 253.

¹⁸¹. Zie uitgebreid over het gewijzigde art. 33 WCO, A. VAN HOE, “Continuïteit voor de Wet Continuïteit Ondernemingen”, *RW* 2013-14, 1216-1217, nr. 38.

¹⁸². Noteer dat technisch gezien ook combinaties mogelijk zijn tussen de herstel mogelijkheden.

tieverordering worden enkel de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord en de overdracht onder gerechtelijk gezag als insolventieprocedure erkend, respectievelijk als sanerings- en liquidatieprocedure (zie bijlages aan de Insolventieverordering). Het minnelijk akkoord in zijn verschillende verschijningsvormen (buitengerechtelijk en gerechtelijk) valt op heden buiten de Europese regelgeving, dit zal evenwel in de toekomst veranderen¹⁸³.

Zoals hoger toegelicht, wordt in de Aanbeveling van de Commissie gekozen voor een gemengd systeem, waarbij de schuldenaar via een informeel herstructureringsstelsel een akkoord sluit met zijn schuldeisers, m.a.w. zonder de opening van een formele insolventieprocedure. De basisprincipes van dit herstructureringsstelsel zouden evenwel in de wet geregeld moeten worden en er wordt tevens voorzien in rechterlijke tussenkomst wanneer dit nodig zou blijken. Samengevat: hoewel het schijnbaar om een buitengerechtelijk mechanisme gaat (“out of court”), zijn de schuldenaar en de schuldeisers onderworpen aan strikte regels en kan/moet de rechter tussenkomen in dit proces.

Wanneer we de basisprincipes van de Aanbeveling vertalen naar het Belgisch recht, komen we terecht bij de procedure van gerechtelijke reorganisatie, in het bijzonder het collectief akkoord. In de Aanbeveling wordt niets bepaald over één of andere vorm van overdracht, zodat de overdracht onder gerechtelijk gezag volledig buiten het toepassingsgebied van de Aanbeveling valt¹⁸⁴. De specifieke regels over de inhoud van een herstructureringsplan, het bindende karakter van het herstructureringsplan en de inhoudelijke toetsing door de rechtbank doen ons besluiten dat het minnelijk akkoord evenmin ingepast kan worden onder de Aanbeveling. De toetsing van het Belgisch recht aan de Aanbeveling zal in navolgende bespreking bijgevolg beperkt blijven tot het collectief akkoord.

Uit de statistieken¹⁸⁵ over de toepassing van de WCO blijkt tevens dat het collectief akkoord de meest gekozen optie is binnen de procedure van gerechtelijke reorganisatie. Gemiddeld 70% van de ondernemingen die beroep doen op de procedure van gerechtelijke reorganisatie kiezen in eerste instantie¹⁸⁶ voor een collectief akkoord. In 2013 steeg dit percentage zelfs tot 76,75%, ondertussen daalde dit aantal lichtjes tot 75,82% in 2014. Sinds de wetwijziging in 2013 is er wel een verschuiving merkbaar wat betreft de andere opties binnen gerechtelijke reorganisatie: de populariteit van

het minnelijk akkoord daalt en het aantal overdrachten onder gerechtelijk gezag verdubbelt.

48. Wanneer de schuldenaar kiest voor een gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord, dient hij een reorganisatieplan op te stellen, dat vervolgens goedgekeurd moet worden door de (meerderheid van de) schuldeisers en gehomologeerd moet worden door de rechtbank.

De Belgische regelgeving over het collectief akkoord voldoet minstens gedeeltelijk aan de richtlijnen uit de Aanbeveling van de Europese Commissie over (de inhoud van) het herstructureringsplan. Artikel 15 van de Aanbeveling stelt: *“De lidstaten zouden ervoor moeten zorgen dat de gerechten herstructureringsplannen snel en in beginsel via een schriftelijke procedure kunnen bevestigen. Zij zouden duidelijke en specifieke bepalingen betreffende de inhoud van herstructureringsplannen moeten vaststellen. Een herstructureringsplan zou een gedetailleerde beschrijving van de volgende elementen moeten behelzen:*

- a) *duidelijke en volledige identificatie van de schuldeisers die door het herstructureringsplan zouden worden geraakt;*
- b) *de effecten van de voorgestelde herstructurering op individuele schulden of categorieën van schulden;*
- c) *het standpunt van de betrokken schuldeisers over het herstructureringsplan;*
- d) *indien van toepassing, de voorwaarden voor nieuwe financiering, en*
- e) *de mogelijkheden van het herstructureringsplan om de insolventie van de schuldenaar te voorkomen en de levensvatbaarheid van de onderneming te garanderen.”*

Het uitgangspunt van de Aanbeveling, nl. snelle bevestiging van een voorgesteld herstructureringsplan door de rechtbank, geldt onverkort in België: het collectief akkoord komt tot stand na een verplichte gerechtelijke homologatie. Dergelijke bevestiging gebeurt in België evenwel niet via een schriftelijke procedure, maar na een zitting waarop alle belanghebbenden worden gehoord en waar gestemd wordt over het reorganisatieplan. De Belgische werkwijze is wellicht trager dan een louter schriftelijke behandeling van het herstructureringsplan, maar biedt ook belangrijke voordelen. Door het horen van zowel de schuldenaar als de schuldeisers en de organisatie van de stemming heeft de rechtbank een duidelijk beeld van de situatie. Aangezien de Europese Commissie veel belang hecht aan de bescherming van de

¹⁸³. In de Nieuwe Insolventieverordering wordt het toepassingsgebied uitgebreid, zodat ook het minnelijk akkoord binnen de procedure van gerechtelijke reorganisatie onder de Nieuwe Insolventieverordering zal vallen. Zie hierover M. VANMEENEN, “De herziening van de Europese insolventieverordering” in B. ALLEMEERSCH en T. KRUGER (eds.), *Handboek Europees burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 337-342, nrs. 12-15.

¹⁸⁴. Zie ook art. 5, b), Aanbeveling waar het begrip herstructurering als volgt wordt gedefinieerd: *“de wijziging van de samenstelling, voorwaarden of structuur van de activa en passiva van de schuldenaar, of een combinatie van die elementen, met als doel de voortzetting, geheel of gedeeltelijk, van de activiteit van de schuldenaar mogelijk te maken”*. Zie over de afbakening ook S. MADAUS, “The EU Recommendation on Business Rescue – Only Another Statement or a Cause for Legislative Action Across Europe?”, *Insolvency Intelligence* 2014, nr. 27-6, 84.

¹⁸⁵. Zie E. VAN DEN BROELE, “De WCO voorbij”, *Graydon*, 1 april 2015, 15-16.

¹⁸⁶. Noteer dat de schuldenaar tijdens de procedure de rechtbank op grond van art. 39 WCO kan verzoeken om een doelwijziging. De hierboven geciteerde percentages hebben betrekking op het doel zoals primair gekozen door de schuldenaar bij de start van de procedure.

schuldeisers¹⁸⁷, lijkt de Belgische werkwijze niet fundamenteel in strijd met de Aanbeveling.

In de navolgende bespreking worden de verschillende stappen bij de totstandkoming van een collectief akkoord verder besproken. In § 1 wordt aandacht besteed aan de vaststelling van de schuldvorderingen en de inhoud van het reorganisatieplan. In de volgende twee delen wordt dieper ingegaan op de goedkeuring van het reorganisatieplan door de schuldeisers (§ 2) en homologatie door de rechtbank (§ 3). Bij deze bespreking zal de WCO steeds getoetst worden aan de specifieke richtlijnen van de Aanbeveling van de Europese Commissie.

§ 1. Vaststelling van schuldvorderingen en inhoud van het reorganisatieplan

49. In de WCO speelt de schuldenaar een sleutelrol bij de vaststelling van de schuldvorderingen van de schuldeisers. In eerste instantie dient de schuldenaar de lijst met schuldvorderingen in de opschorting op te stellen. Deze lijst wordt meegedeeld aan alle schuldeisers in de opschorting¹⁸⁸. Daarnaast moet de schuldenaar zijn schuldeisers individueel in kennis stellen¹⁸⁹ van het bedrag van de schuldvordering waarvoor deze in de boeken zijn ingeschreven, zo mogelijk met vermelding van het daaraan verbonden zekerheidsrecht¹⁹⁰ (art. 45 WCO)¹⁹¹. Er is geen uitdrukkelijke sanctie voorzien in de WCO wanneer de schuldenaar de bovenvermelde mededeling niet tijdig doet aan de schuldeiser. Het gebrek aan kennisgeving zal wel impliciete gevolgen kunnen hebben, zoals de weigering van de homologatie wegens niet-naleving van de pleegvormen, of de voortijdige beëindiging van de opschortingsperiode wegens verstrekken van foutieve (i.c. geen) informatie aan de schuldeisers.

Schuldeisers die niet door de schuldenaar op de hoogte werden gebracht van hun schuldvordering, ontsnappen echter niet aan de toepassing van het collectief akkoord. Als uitgangspunt geldt dat de homologatie het reorganisatieplan bindend maakt voor *alle* schuldeisers in de opschorting, ook voor deze die niet hebben deelgenomen aan de stemming.

Dit principe wordt gemilderd door artikel 57, tweede lid WCO, dat stelt dat schuldeisers die niet werden opgenomen in de lijst met schuldeisers in de opschorting en die niet behoorlijk werden ingelicht, betaald worden op de wijze en in de mate die het gehomologeerd reorganisatieplan bepaalt voor gelijkaardige schuldvorderingen.

Na de kennisgeving van de schuldvordering door de schuldenaar is de schuldeiser aan zet. Indien de schuldeiser meent dat de meegedeelde gegevens correct zijn, dient hij verder niets te doen. Zijn vordering zal voor het vermelde bedrag en in de vermelde hoedanigheid worden opgenomen in het reorganisatieplan. Indien de schuldeiser niet akkoord is, moet hij zijn bezwaren kenbaar maken. Wanneer de schuldenaar akkoord gaat met deze opmerkingen, kan hij vrijwillig de nodige aanpassingen aan de lijst met schuldeisers in de opschorting doen¹⁹². Kunnen schuldeiser en schuldenaar niet tot overeenstemming komen, dan dient de schuldeiser de opname van de schuldvordering formeel te betwisten¹⁹³ bij de rechtbank van koophandel overeenkomstig artikel 46 WCO¹⁹⁴. Dergelijke betwisting over de omvang of de hoedanigheid van de schuldvordering moet *tijdig* bij de rechtbank van koophandel aanhangig worden gemaakt. De Wijzigingswet verduidelijkt dat dit moet gebeuren ten laatste 14 dagen voor de stemmingszitting. Met de invoering van deze termijn wil de wetgever discussies vlak voor de stemmingszitting of tijdens de stemmingszitting voorkomen.

50. De Belgische werkwijze waarbij de schuldenaar het voortouw neemt, maar waarbij tevens een belangrijke verantwoordelijkheid bij de schuldeisers rust, wordt soms bekritiseerd. De schuldenaar zou zijn opdracht niet tijdig of niet correct vervullen, stelt de zaken bewust verkeerd voor en dwingt schuldeisers kosten te maken in het kader van de verplichte betwisting in rechte.

De Aanbeveling van de Europese Commissie biedt evenwel geen alternatief, meer nog in de Aanbeveling is geen aandacht voor de vaststelling van de schuldvorderingen van de schuldeisers. Artikel 15 van de Aanbeveling stelt enkel voorop dat de schuldeisers duidelijk en volledig geïdentificeerd moeten worden *in* het herstructureringsplan. Dit is

¹⁸⁷. Zie art. 24 Aanbeveling waarin gesteld wordt dat schuldeisers die kunnen worden geraakt door het herstructureringsplan het recht moeten krijgen om bezwaar te maken tegen het plan.

¹⁸⁸. Deze lijst moet worden overgemaakt binnen de 14 dagen na de opening van de procedure samen met de mededeling dat de procedure is geopend, voor meer toelichting zie art. 26, § 2 WCO. Deze verplichting geldt t.a.v. alle schuldeisers in de opschorting onafhankelijk van de vraag welk herstelmechanisme de schuldenaar nastreeft.

¹⁸⁹. Sinds de Wijzigingswet kan deze mededeling zowel elektronisch als per gewone brief gebeuren (zie gewijzigde art. 6 en 45 WCO).

¹⁹⁰. De WCO vereist enkel de vermelding van zakelijke zekerheden, bijzondere voorrechten of een eigendomsvoorbehoud.

¹⁹¹. Deze verplichting is enkel van toepassing in geval van een collectief akkoord.

¹⁹². Noteer dat de Wijzigingswet een alternatieve minnelijke wijziging mét tussenkomst van de rechtbank introduceerde (art. 46, § 1, tweede lid WCO): op eensluidend verzoek van de schuldeiser en de schuldenaar kan de rechtbank uiterlijk 15 dagen voor de stemmingszitting het bedrag en de hoedanigheid van de schuldvordering bij beschikking wijzigen. De schuldeiser wordt door de griffie geïnformeerd over het bedrag en de kenmerken waarmee zijn schuldvordering wordt opgenomen.

¹⁹³. De noodzaak van een betwisting in rechte door de schuldeiser werd benadrukt door het Hof van Cassatie, zie Cass. 6 september 2013, F.12.0166.F, *JLMB* 2014, 12.

¹⁹⁴. Zie over de betwisting van de schuldvordering o.a. M. VANMEENEN, "Rechten van de schuldeisers in de gerechtelijke reorganisatie" in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, III, Antwerpen, Intersentia, 2014, 364-367, nrs. 20-26.

evenwel enkel mogelijk indien voorafgaand het bedrag en eventueel de aard van alle schuldvorderingen bekend is en er geen betwisting over bestaat. Het valt te betreuren dat de Commissie geen oog heeft voor deze eerste belangrijke fase.

51. Een tweede stap is de opmaak van het herstructureeringsplan. Artikel 2, 1) WCO definieert het reorganisatieplan als volgt: “*het door de schuldenaar in de loop van de opschorting opgesteld plan, bedoeld in artikel 47 WCO*”. De artikelen 47 tot 51 WCO leggen de inhoud en de vorm van het reorganisatieplan vast, ze geven enerzijds een opsomming van de herstelmaatregelen waarin het reorganisatieplan kan voorzien en bepalen anderzijds de informatie die verplicht moet worden opgenomen in het reorganisatieplan.

Een reorganisatieplan bestaat verplicht uit een beschrijvend en een bepalend gedeelte¹⁹⁵. Het *beschrijvende gedeelte* van het plan beschrijft de staat van de onderneming, de moeilijkheden die ze ondervindt en de middelen waarmee zij deze wil verhelpen. De schuldenaar dient ook een verslag bij te voegen over de betwistingen van schuldvorderingen, zodat de schuldeisers een duidelijk overzicht krijgen van de financiële situatie van de schuldenaar. Tot slot bevat het beschrijvende gedeelte een toelichting over hoe de schuldenaar de rendabiliteit van de onderneming zal herstellen. Het *bepalend gedeelte* van het reorganisatieplan bevat de maatregelen om de schuldeisers in de opschorting te voldoen. Om een correct beeld te krijgen van de omvang van de schuldvorderingen, moet het reorganisatieplan de rechten beschrijven van alle personen die titularis zijn van een schuldvordering in de opschorting of een schuldvordering die zal ontstaan ten gevolge van de stemming of de homologatie van het reorganisatieplan¹⁹⁶.

52. Hiermee beantwoordt het reorganisatieplan op één punt na aan de richtlijnen over de inhoud van het herstructureeringsplan in de Aanbeveling¹⁹⁷. Dit ene verschilpunt betreft “*het standpunt van de betrokken schuldeisers over het herstructureeringsplan*”, dit standpunt wordt niet opgenomen in het Belgische reorganisatieplan. Deze afwijking valt perfect te verklaren. Eigen aan het Belgische systeem is dat het reorganisatieplan nadien wordt voorgelegd aan de schuldeisers met het oog op de stemming. Het plan kan dus niet vooraf weergeven wat het standpunt van de schuldeisers hierover is. De Aanbeveling beoogt een andere werkwijze: de goedkeuring van het herstructureeringsplan door de

schuldeisers gebeurt buiten de rechtbank om, er is dus geen sprake van een stemmingszitting. Vervolgens wordt dit herstructureeringsplan, met inbegrip van het standpunt van de schuldeisers, voorgelegd aan de rechter ter bevestiging. Vanuit Belgisch perspectief kan de vereiste vermelding van het standpunt van de schuldeisers over het herstructureeringsplan worden vervangen door de resultaten van de stemming. Vanzelfsprekend zal de rechter rekening houden met deze resultaten, zodat men kan besluiten dat de WCO op een alternatieve, maar evenwaardige wijze tegemoet komt aan de richtlijnen van de Aanbeveling.

Bij de bespreking over de inhoud van het reorganisatieplan past tevens een bedenking bij de laatste voorwaarde uit artikel 15 van de Aanbeveling: “*de mogelijkheden van het herstructureeringsplan om de insolventie van de schuldenaar te voorkomen en de levensvatbaarheid van de onderneming te garanderen*”. Deze voorwaarde wordt niet met dezelfde intensiteit opgenomen in de WCO. Artikel 47 WCO vereist dat de herstelmaatregelen worden beschreven en dat de schuldenaar toelicht hoe de rendabiliteit van de onderneming zal worden hersteld. Er wordt evenwel niet voorzien in een echte garantie door de schuldenaar m.b.t. de levensvatbaarheid van de onderneming. Anders dan in de WCO speelt deze voorwaarde van levensvatbaarheid binnen de Aanbeveling een doorslaggevende rol, aangezien wordt bepaald dat de rechter een herstructureeringsplan zou moeten weigeren indien dit geen enkele kans biedt om de insolventie van de schuldenaar te voorkomen en de levensvatbaarheid te garanderen¹⁹⁸. Hierop wordt dieper ingegaan onder randnr. 60.

53. Naast voorgaande bevat de WCO bijkomende regels over de inhoud van het reorganisatieplan. Artikel 49 WCO geeft een opsomming van de maatregelen die opgenomen kunnen worden in het reorganisatieplan¹⁹⁹: opleggen van bepaalde betalingstermijnen; een vermindering of kwijtschelding van de schuldvorderingen in de opschorting, in kapitaal en interesten; een omzetting van schuldvorderingen in aandelen; een verzaking aan de interesten of de herschikking van de betaling ervan, alsook de prioritaire aanrekening van de bedragen die zijn gerealiseerd op de hoofdsom van de schuldvordering, of een beperking op het recht om schuldvorderingen te compenseren. Wanneer een vermindering van de loonmassa noodzakelijk blijkt, moet het reorganisatieplan ook een sociaal luik bevatten. De maatregelen die

¹⁹⁵. Art. 47 WCO. Zie hierover uitgebreid N. OUCHINSKY, “Le plan de réorganisation judiciaire: questions choisies” in L. BERMOND en P. LIBIEZ (eds.), *Loi sur la continuité des entreprises en pratique: regards croisés, ajustements et bilan*, Brussel, Larcier, 2014, 36-82.

¹⁹⁶. Art. 48 WCO.

¹⁹⁷. Zie art. 15 Aanbeveling: a) *duidelijke en volledige identificatie van de schuldeisers die door het herstructureeringsplan zouden worden geraakt*; b) *de effecten van de voorgestelde herstructurering op individuele schulden of categorieën van schulden*; c) *het standpunt van de betrokken schuldeisers over het herstructureeringsplan*; d) *indien van toepassing, de voorwaarden voor nieuwe financiering*, en e) *de mogelijkheden van het herstructureeringsplan om de insolventie van de schuldenaar te voorkomen en de levensvatbaarheid van de onderneming te garanderen*.

¹⁹⁸. Zie art. 23 Aanbeveling.

¹⁹⁹. Er bestaat discussie over de vraag of de opsomming van art. 49 WCO limitatief is, dan wel exemplatief: zie Gent 24 december 2012, *TGR-TWVR* 2013, afl. 4 2080: inbetalinggeving van schuldvorderingen niet toegestaan aangezien deze maatregel niet voorzien is in art. 49 WCO. Zie over de inhoud van het reorganisatieplan recent N. OUCHINSKY, “Le plan de réorganisation judiciaire: questions choisies” in L. BERMOND en P. LIBIEZ (eds.), *Loi sur la continuité des entreprises en pratique: regards croisés, ajustements et bilan*, Brussel, Larcier, 2014, 43-55.

worden voorgesteld in het reorganisatieplan kunnen maximaal een looptermijn van 5 jaar hebben te rekenen vanaf de homologatie²⁰⁰. Het reorganisatieplan kan tevens voorzien in de vrijwillige overdracht van het geheel of een gedeelte van de onderneming of van haar activiteiten²⁰¹.

Sinds de wetwijziging van 2013 werden de regels verder aangescherpt om misbruiken te beperken. Deze problemen vonden (en vinden) hun oorsprong in de principiële mogelijkheid om in het reorganisatieplan te voorzien in “*een gedifferentieerde regeling voor bepaalde categorieën van schuldvorderingen, onder meer op grond van de omvang of van de aard ervan*”²⁰². Het uitgangspunt van de gedifferentieerde behandeling bleef behouden, maar het nieuwe artikel 49/1 WCO stelt een ondergrens in en zorgt tevens voor een bijkomende bescherming van bepaalde categorieën van schuldeisers²⁰³. De principes kunnen kort worden samengevat als volgt:

- schuldverminderingen zijn slechts toegelaten ten belope van maximum 85% van de schuldvordering²⁰⁴. Het plan kan echter lagere percentages voorstellen wanneer dit gemotiveerd wordt op basis van dwingende en met redenen omklede vereisten die verband houden met de continuïteit van de onderneming;
- als het plan in een gedifferentieerde behandeling van de schuldeisers voorziet, mag de behandeling van de openbare schuldeisers die een algemeen voorrecht genieten, niet minder gunstig zijn dan die welke de

best behandelde gewone schuldeisers in de opschorting genieten²⁰⁵. Mits een strikte motivering kan in een lager percentage worden voorzien;

- het reorganisatieplan kan geen vermindering of kwijtschelding bevatten van 1) schuldvorderingen die zijn ontstaan uit vóór de opening van de procedure verrichte arbeidsprestaties²⁰⁶, 2) onderhoudsschulden, 3) de schulden die voor de schuldenaar voortvloeien uit de verplichting tot herstel van de door zijn schuld veroorzaakte schade die verbonden is aan het overlijden of aan de aantasting van de lichamelijke integriteit van een persoon, en 4) de strafrechtelijke boeten.

De concrete toepassing van deze grenzen is in de praktijk geen evidente zaak, daarvan getuigt de aanhoudende stroom van rechtspraak²⁰⁷. Eén van de onopgeloste discussies die op dit ogenblik voor talrijke rechtbanken wordt gevoerd, is de vraag of schuldvorderingen inzake bedrijfsvoorheffing en sociale zekerheid verschuldigd naar aanleiding van arbeidsprestaties verricht vóór de opening van de procedure kunnen worden verminderd in een reorganisatieplan²⁰⁸. De overheidsinstanties menen dat dit niet kan en steunen zich hiervoor op artikel 49/1, vierde lid WCO in combinatie met het cassatiearrest van 16 mei 2014²⁰⁹. Ons inziens wordt deze stelling terecht door de meerderheid van de rechtspraak afgewezen. Het past evenwel om te wijzen op de prejudiciële vragen die recent omtrent deze problematiek aanhangig werden gemaakt bij het Grondwettelijk Hof²¹⁰.

²⁰⁰. Art. 52 WCO.

²⁰¹. Art. 51 WCO.

²⁰². Zie art. 49, eerste lid WCO. De vraag hoever de schuldenaar hierin kan en mag gaan, werd zowel door het Grondwettelijk Hof als het Hof van Cassatie beantwoord: GwH 18 januari 2012, nr. 8/2012, *TBH* 2012, 435, noot A. VAN HOE en I. VEROUGSTRAETE, *JT* 2012, afl. 6467, 125, noot M.-F. RIGAUX, *NJW* 2012, afl. 263, 379, noot P. HANNES, *RW* 2011-12, 1059; Cass. 7 februari 2013, C.12.0165.F, *Pas.* 2013, I, 381, *JLMB* 2013, 1510, *TBH* 2013, 469 en *TBH* 2014, 687, noot R. FRANSIS; Cass. 13 maart 2014, C.13.0468.N, *Pas.* 2014, afl. 3, 713, *TBH* 2014 (weergave A. VAN HOE), 531 en *TBH* 2014, 693, noot R. FRANSIS, *RW* 2014-15, 226, noot A. VAN HOE, *TRV* 2014, 797, noot R. LINDEMANS. Voor een heldere situering, zie A. VAN HOE, “De wederopstanding van de paritas-regel”, *RW* 2014-15, 226-230 en R. LINDEMANS, “De gedifferentieerde behandeling van schuldeisers bij gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord: enkele kritische beschouwingen omtrent de gehanteerde toetsingscriteria”, *TRV* 2014, afl. 8, 798-805.

²⁰³. Zie hierover uitgebreid, A. VAN HOE, “Continuïteit voor de Wet Continuïteit Ondernemingen”, *RW* 2013-14, 1222-1224, nrs. 51-53; M. VANMEENEN, “Rechten van de schuldeisers in de gerechtelijke reorganisatie” in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMANS en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, III, Antwerpen, Intersentia, 2014, 380-383, nrs. 43-46.

²⁰⁴. Voor een kritische commentaar met rechtsvergelijkende analyse, zie Y. HERINCKX, “Le point de vue du candide”, bijdrage studiedag UCL, *La loi relative à la continuité des entreprises*, 26 april 2013, 26 p.

²⁰⁵. Voor een toepassing, zie Gent 5 mei 2014, *TGR-TVWR* 2014, afl. 5, 384, noot A. HOSTE.

²⁰⁶. Zie omtrent de gevolgen van een reorganisatieplan op schuldvorderingen van werknemers ook GwH 21 november 2013, nr. 162/2013, *TBH* 2014, 114 (geen discriminatie). Op heden is rond dezelfde problematiek een andere prejudiciële vraag hangende bij het Grondwettelijk Hof, zie zaak nr. 6035, *BS* 23 oktober 2014.

²⁰⁷. Voor een recent overzicht, zie C. ALTER en A. LÉVY MORELLE, “Evolutions de la jurisprudence depuis la loi du 27 mai 2013” in A. ZENNER (ed.), *Paiement, insolvabilité et réorganisation. S'organiser pour être payé, payer ou se réorganiser*, Brussel, Larcier, 2015, 119-124, nrs. 20-25 en Z. PLETINCKX, “Les obligations et responsabilités du barreau dans le paiement des créanciers, dans la prévention des difficultés d'entreprise et dans la préparation, la conduite et l'exécution de la réorganisation judiciaire” in A. ZENNER (ed.), *Paiement, insolvabilité et réorganisation. S'organiser pour être payé, payer ou se réorganiser*, Brussel, Larcier, 2015, 218-228, nrs. 15-19.

²⁰⁸. Zie hierover uitgebreid C. ALTER en A. LÉVY MORELLE, “Evolutions de la jurisprudence depuis la loi du 27 mai 2013” in A. ZENNER (ed.), *Paiement, insolvabilité et réorganisation. S'organiser pour être payé, payer ou se réorganiser*, Brussel, Larcier, 2015, 112-14, nrs. 15-17.

²⁰⁹. Cass. 16 mei 2014, gepubliceerd in dit nummer, p. 569. De visie in dit arrest werd echter al tegengesproken door andere cassatiearresten van 27 maart 2015, tevens gepubliceerd in dit nummer, p. 594 en 596. Voor een commentaar hierbij wordt verwezen naar de bijdrage van S. JACMAIN.

²¹⁰. Prejudiciële vragen Grondwettelijk Hof, zie zaken nrs. 6186, 6188 en 6189, nog niet verschenen in het *BS*: “Interprété en ce sens que la créance relative au précompte professionnel, née de prestations antérieures à l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, ne pourrait subir aucune réduction ou abandon des créances dans le cadre d'un plan de réorganisation, l'article 49/1, alinéa 4, LCE, lu en combinaison avec l'article 49/1, alinéa 2, LCE et les articles 1^{er}, 2, 3bis et 23 de la loi du 12 avril 1965 relative à la protection de la rémunération des travailleurs, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il réserve un sort distinct aux différents types de créances de l'administration fiscale, selon qu'elles font partie de la rémunération brute ou pas, et en ce qu'il réserverait un sort tout à fait privilégié à ce type de créance fiscale par rapport aux autres créanciers visés par le plan de redressement déposé par un débiteur en réorganisation judiciaire.”

54. Het hoger besproken²¹¹ artikel 50 WCO bevat een specifieke regeling voor de behandeling van de buitengewone schuldvordering in opschorting in het reorganisatieplan. Op voorwaarde dat de wettelijke of conventionele interessen worden betaald, kan het reorganisatieplan in een opschorting van betaling voorzien ten aanzien van de buitengewone schuldeisers in de opschorting gedurende maximum 24 maanden²¹², zonder dat ze hiermee moeten instemmen. Het reorganisatieplan kan eventueel voorzien in een mogelijkheid tot verlenging van deze termijn met maximum 12 maanden²¹³.

Indien de schuldenaar andere herstelmaatregelen wenst te bekomen ten aanzien van de buitengewone schuldeisers in de opschorting, dan is hun uitdrukkelijke instemming vereist. Dit akkoord kan gegeven worden bij de goedkeuring van het reorganisatieplan (bij de stemming), of via een afzonderlijk minnelijk akkoord gesloten tussen de schuldenaar en de buitengewone schuldeiser in de opschorting²¹⁴.

55. Wanneer we hoger besproken Belgische grenzen toetsen aan de Aanbeveling van de Commissie, komen we van een kale reis terug. Er zijn geen specifieke gelijkaardige grenzen voorzien op Europees niveau. Dit neemt niet weg dat er wel aanknopingspunten te vinden zijn in de Aanbeveling, die aansluiten bij de bedoeling van de hoger besproken Belgische regels.

Zo voorziet de Aanbeveling uitdrukkelijk dat schuldeisers met verschillende belangen in afzonderlijke categorieën behandeld opgenomen zouden moeten worden. Minimaal zouden er afzonderlijke categorieën moeten zijn voor de schuldeisers met een zekerheidsrecht en de schuldeisers zonder een zekerheidsrecht²¹⁵. Hoewel deze regel de goedkeuring van het herstructureringsplan beoogt en in samenhang gelezen moet worden met de vereiste meerderheden om het plan goed te keuren, impliceert het principe van categorieën van schuldeisers de mogelijkheid om schuldeisers verschillend te behandelen. Daarnaast kan de positie van de buitengewone schuldeiser in de opschorting in verband gebracht worden met het verplichte minimale onderscheid tussen schuldeisers met en zonder zekerheidsrecht. Hierop zal verder worden ingegaan onder navolgende § 2. De goedkeuring van het reorganisatieplan door de schuldeisers.

Een tweede aanknopingspunt in de Aanbeveling kan gevonden worden in de basisvoorwaarden waaronder de rechtbank

een herstructureringsplan kan bevestigen²¹⁶. Belangrijk in dit opzicht is de voorwaarde dat de rechtbank ervoor moet zorgen dat “*de rechtmatige belangen van de schuldeisers beschermd worden*” en meer specifiek dat “*het herstructureringsplan de rechten van de niet-instemmende schuldeisers niet terugbrengt tot minder dan wat zij redelijkerwijs zouden kunnen ontvangen zonder herstructurering, indien de onderneming van de schuldenaar werd geliquideerd of met het oog op voortzetting werd verkocht, naar gelang van het geval*”. Deze voorwaarden zullen verder besproken worden onder § 3. De homologatie van het reorganisatieplan door de rechtbank.

We kunnen de vergelijking tussen de WCO en de Aanbeveling besluiten met een korte beschouwing over de positie van de overheidsschuldeisers. Zoals hoger toegelicht, voorziet de WCO sinds 2013 in een bijzondere bescherming voor overheidsschuldeisers in het reorganisatieplan (art. 49/1, lid 2 WCO). De Europese Commissie is tevens gevoelig voor deze problematiek. In artikel 4 van de Aanbeveling wordt uitdrukkelijk gesteld dat “*de lidstaten bij de tenuitvoerlegging van deze aanbeveling passende en efficiënte maatregelen zouden moeten kunnen nemen om de invordering van belastingen te garanderen, met name in geval van fraude, ontwijking of misbruik*”²¹⁷. De Belgische regels kunnen perfect in dit kader worden verantwoord.

§ 2. De goedkeuring van het reorganisatieplan door de schuldeisers

56. Alle schuldeisers in de opschorting zullen door de griffie op de hoogte gesteld worden van de neerlegging van het reorganisatieplan. Iedere schuldeiser kan ter griffie kennisnemen van dit reorganisatieplan, maar enkel de schuldeisers in de opschorting op wier rechten het plan een weerslag heeft, kunnen effectief deelnemen aan de stemming²¹⁸. Zowel de gewone schuldeisers als de buitengewone schuldeisers in de opschorting kunnen stemmen over het reorganisatieplan. Wat betreft deze laatste categorie, moet rekening gehouden worden met het hoger besproken artikel 50 WCO. De individuele instemming van de buitengewone schuldeiser kan desgevallend worden gegeven door een positieve stem over het reorganisatieplan. In de rechtspraak wordt de stem van de buitengewone schuldeiser kritisch beoordeeld. Wanneer de weerslag op de schuldvordering van de buitengewone schuldeiser verwaarloosbaar is, of wanneer men

^{211.} Zie *supra*, randnr. 33, 38-39 en 41.

^{212.} De termijn van 24 maanden wordt gerekend vanaf de neerlegging van het verzoekschrift. Let wel: de buitengewone schuldeisers in de opschorting zullen slechts interessen kunnen vorderen vanaf het ogenblik van de goedkeuring en de homologatie van het reorganisatieplan.

^{213.} Dit zal enkel mogelijk zijn indien de schuldenaar bewijst in rechte dat de financiële toestand en verwachte inkomsten van de onderneming na het verstrijken van deze periode de integrale terugbetaling van de betrokken buitengewone schuldeisers in de opschorting redelijkerwijze mogelijk maken.

^{214.} Zie over de instemming van de buitengewone schuldeiser in de opschorting, Cass. 6 september 2013, F.12.0163.F, *Pas.* 2013, afl. 9, 1603, *JLMB* 2014, afl. 1, 17. Zie ook randnr. 56.

^{215.} Zie art. 17 Aanbeveling.

^{216.} Zie art. 21-22 Aanbeveling.

^{217.} Zie in deze zin ook overweging (14) Aanbeveling.

^{218.} Art. 53 WCO.

vaststelt dat de buitengewone schuldeiser zijn akkoord reeds heeft betuigd via een afzonderlijk individueel akkoord, aarzelt men niet om de stem van de buitengewone schuldeiser in de opschorting buiten beschouwing te laten bij het berekenen van de meerderheden²¹⁹.

De stemmingszitting wordt georganiseerd door de rechtbank. Voorafgaand aan de stemming kunnen zowel de schuldenaar als de schuldeisers hun standpunt en/of bezwaren uiten over het reorganisatieplan.

Een schuldeiser kan persoonlijk deelnemen aan de stemming of zich laten vertegenwoordigen. Dergelijke volmacht wordt in beginsel verleend aan een advocaat, waarbij het past om op te merken dat de stemvolmacht niet valt onder het mandaat *ad litem*, zodat een uitdrukkelijke en specifieke volmacht vereist is²²⁰. Een deelname aan de stemming per brief of per e-mail wordt niet toegelaten²²¹.

De stemming over het reorganisatieplan gebeurt volgens het meerderheidsprincipe. Overeenkomstig artikel 54 WCO wordt het reorganisatieplan geacht goedgekeurd te zijn door de schuldeisers, wanneer de meerderheid van hen, die met hun onbetwiste of voorlopig aanvaarde schuldvorderingen de helft van alle in hoofdsom verschuldigde bedragen vertegenwoordigen, vóór stemmen. Met de schuldeisers die niet aan de stemming deelnamen en hun schuldvorderingen wordt geen rekening gehouden bij het berekenen van de meerderheden. De Belgische wetgever hanteert dus het principe dat de wil van de (gekwalficeerde) meerderheid van de schuldeisers overeenstemt met het gemeenschappelijk belang van alle schuldeisers.

57. Op één belangrijk aspect na, beantwoorden de Belgische regels inzake de goedkeuring van het reorganisatieplan door de schuldeisers aan de richtlijnen van de Europese Commissie.

De schuldeisers worden op voorhand ingelicht over het herstructureringsplan en kunnen hiertegen bezwaren uiten²²².

Conform de artikelen 16, 25 en 26 van de Aanbeveling is de goedkeuring door de meerderheid van de schuldeisers²²³ een *conditio sine qua non* om een bindend collectief akkoord te

bekomen. Door enkel schuldeisers in de opschorting op wiens rechten het plan een weerslag heeft, tot de stemming toe te laten, beantwoordt de regeling perfect aan de doelstelling uit artikel 20 van de Aanbeveling²²⁴.

Anders dan voorgesteld in de Aanbeveling, wordt bij de stemming in de WCO evenwel geen onderscheid gemaakt tussen categorieën van schuldeisers met verschillende belangen (art. 17 Aanbeveling). Er zijn dus geen groepen van schuldeisers die apart stemmen over het reorganisatieplan. Het minimale onderscheid tussen schuldeisers met en zonder een zekerheidsrecht, zoals voorgesteld in de Aanbeveling wordt evenmin gerealiseerd. De specifieke regels voor buitengewone schuldeisers in artikel 50 WCO bieden enkel een inhoudelijke en vooral persoonlijke bescherming. Deze bepaling creëert geen aparte groep van zekerheidsschuldeisers die samen stemmen over het reorganisatieplan.

Het is belangrijk om in te zien dat naar Belgisch recht de schuldenaar in zijn reorganisatieplan wel verschillende categorieën van schuldeisers kan opnemen (bv. strategische schuldeisers, niet-strategische schuldeisers, leveranciers, ...) ²²⁵, maar dat deze categorieën *as such* niet in rekening worden gebracht bij de stemming. Het eenvoudige Belgische systeem (meerderheid in aantal én in schuldvorderingen) laat een (grotere) manipulatie toe van de stemuitslag. Vereenvoudigd gesteld kan het volstaan om de helft+1 van de schuldeisers tevreden te stellen in het reorganisatieplan, waarbij er bijzonder wordt op gelet dat onder deze positieve stemmen tevens de schuldeisers met de grootste schuldvordering(en) worden geplaatst. Zo zal de positieve stem van buitengewone schuldeisers in de opschorting of schuldeisers-aandeelhouders in bepaalde situaties een belangrijke invloed kunnen hebben op de goedkeuring van het reorganisatieplan ten nadele van (sommige) gewone schuldeisers.

Wanneer een echt systeem van “categorieën van schuldeisers” wordt gebruikt, moet men in beginsel een meerderheid bekomen in elke categorie van schuldeisers afzonderlijk. Dergelijk systeem wordt ook beoogd in artikel 17 Aanbeveling en is erop gericht om op een evenwichtige manier rekening te houden met de verschillende belangen van de schuldeisers. Op deze wijze wil men voorkomen dat

²¹⁹ Zie o.a. Kh. Kortrijk 29 januari 2013, *RW* 2013-14, 390. Zie over de instemming van de buitengewone schuldeiser tevens Cass. 6 september 2013, F.12.0163.F, *Pas.* 2013, afl. 9, 1599, *JLMB* 2014, afl. 1, 17.

²²⁰ Zie o.a. Kh. Kortrijk 4 maart 2014, *TGR-TWVR* 2014, afl. 3, 196, noot A. BEECKWEE. Over de vraag of een volmacht kan worden verleend aan de schuldenaar of de advocaat van de schuldenaar, zie M. VANMEENEN, “Rechten van de schuldeisers in de gerechtelijke reorganisatie” in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, III, Antwerpen, Intersentia, 2014, 386, nr. 52.

²²¹ Zie o.a. Gent 26 april 2010, *RABG* 2011, afl. 9, 647, *TGR-TWVR* 2010, afl. 4, 268; Antwerpen 29 april 2011, *TBH* 2011, 908; Antwerpen 16 juni 2011, *TBH* 2011, 937.

²²² Zie art. 22, b) en 24 Aanbeveling.

²²³ In overeenstemming met art. 16 Aanbeveling maakt het Belgisch recht geen onderscheid tussen schuldeisers met en zonder een zekerheidsrecht om het stemrecht te bepalen. Noteer dat de bescherming van art. 50 WCO *an sich* het stemrecht niet regelt, hoewel het hierop wel een impact kan hebben.

²²⁴ Art. 20 Aanbeveling: “Om de goedkeuring van herstructureringsplannen doeltreffender te maken, zouden lidstaten het mogelijk moeten maken dat een herstructureringsplan slechts door bepaalde schuldeisers of bepaalde categorieën van schuldeisers wordt goedgekeurd, mits andere schuldeisers daardoor niet worden geraakt.” Zie in dezelfde zin Wetgevingsresolutie Parlement van 15 november 2011 (geciteerd in vn. 10), aanbeveling 1.5.

²²⁵ Voor een uitgebreide bespreking, zie N. OUCHINSKY, “Le plan de réorganisation judiciaire: questions choisies” in L. BERMOND en P. LIBIEZ (eds.), *Loi sur la continuité des entreprises en pratique: regards croisés, ajustements et bilan*, Brussel, Larcier, 2014, 56-68.

bepaalde (groepen van) schuldeisers de andere schuldeisers zouden kunnen domineren en benadelen. De Europese Commissie zocht hierbij naar een billijk evenwicht. Het komt aan de lidstaten toe de vereiste meerderheden te bepalen. Artikel 18 van de Aanbeveling stelt dat “een herstructureringsplan zou moeten worden goedgekeurd met de in de nationale wet vereiste meerderheid in het bedrag van de vorderingen van de schuldeisers per categorie”. Belangrijker is het vervolg: “Wanneer er meer dan twee categorieën van schuldeisers zijn, zouden de lidstaten bepalingen moeten kunnen handhaven of invoeren op grond waarvan een gerecht een herstructureringsplan kan goedkeuren dat door een meerderheid van die categorieën van schuldeisers wordt ondersteund, waarbij met name rekening wordt gehouden met het gewicht van de vorderingen in de respectieve categorieën van schuldeisers.” Een concreet voorbeeld kan dit principe verduidelijken: in een bepaalde casus kunnen de schuldeisers onderverdeeld worden in 5 groepen. Wanneer de meerderheid van de schuldeisers in de 5 groepen instemmen met het herstructureringsplan, zal dit zonder probleem bevestigd worden door de rechtbank²²⁶. Wanneer 2 groepen instemmen en 3 groepen tegenstemmen, zal een rechterlijke bevestiging wellicht niet mogelijk zijn bij gebrek aan meerderheid op het niveau van de groepen. Omgekeerd, wanneer 3 groepen instemmen met het plan en 2 groepen tegenstemmen, dan zou het plan toch bevestigd moeten kunnen worden door de rechter op voorwaarde dat de rechtmatige belangen van de niet-instemmende schuldeisers beschermd zijn²²⁷.

Het Belgische systeem van goedkeuring door de schuldeisers maakt geen gebruik van “categorieën” van schuldeisers. Uit de rechtspraak blijkt dat de potentiële misbruiken die hieruit voortvloeien in sommige gevallen door de rechtbank worden gecorrigeerd door de weigering van de homologatie. Dergelijke weigeringen vragen wel wat creativiteit, aangezien dit moet passen binnen de wettelijke grenzen die hieronder verder worden besproken. Het lijkt ons een nuttige piste om de invoering van categorieën van schuldeisers bij de stemming over het reorganisatieplan te overwegen. De vraag hoe dit beste kan gebeuren, verdient evenwel een afzonderlijke studie²²⁸.

Tot besluit van deze toetsing betreffende de goedkeuring van het herstructureringsplan door de schuldeisers kan gewezen

worden op artikel 19 van de Aanbeveling. Hiermee wil de Commissie garanties inbouwen dat (buitenlandse) schuldeisers effectief kunnen deelnemen aan de stemming. In dit licht wordt voorgesteld dat schuldeisers via telecommunicatiemiddelen, zoals een aangetekende brief of beveiligde elektronische technologieën, zouden kunnen stemmen. Op heden is stemmen per aangetekend schrijven onmogelijk in de WCO. Wellicht behoort een deelname aan de stemming via elektronische technologieën wel tot de mogelijkheden in de mate de rechtbank hiertoe bereid is en beschikt over de nodige faciliteiten. In dit kader kunnen we tevens verwijzen naar het feit dat de Wijzigingswet de elektronische afhandeling van de procedure van gerechtelijke reorganisatie in het vooruitzicht stelt²²⁹. De bekommernis dat (buitenlandse) schuldeisers hun rechten gemakkelijk moeten kunnen uitoefenen in een grensoverschrijdende insolventieprocedure kreeg tevens aandacht bij de hervorming van de Insolventieverordening²³⁰. Aangezien de procedure van gerechtelijke reorganisatie volledig onder het toepassingsgebied van de Nieuwe Insolventieverordening zal vallen, is het aangewezen om bij eventuele aanpassingen van de WCO rekening te houden met zowel de Aanbeveling, als de Nieuwe Insolventieverordening.

§ 3. De homologatie van het reorganisatieplan door de rechtbank

58. Artikel 55 WCO bepaalt onder welke voorwaarden en in welke omstandigheden een reorganisatieplan door de rechtbank gehomologeerd kan worden. Als basisvoorwaarde geldt dat het reorganisatieplan goedgekeurd moet worden door de vereiste meerderheid van de schuldeisers. Vervolgens dient de rechtbank na te gaan of de schuldenaar de pleegvormen van de WCO respecteert en of er geen sprake is van een inbreuk op de openbare orde. De concrete invulling van deze weigeringsgronden is en blijft een bron van veel discussie²³¹.

De wet verbiedt de rechtbank uitdrukkelijk om bijkomende voorwaarden te stellen aan het reorganisatieplan, of hieraan enige wijziging aan te brengen²³². Dit verbod werd enigszins verzacht door de toevoeging van § 2 in artikel 55 WCO in

^{226.} Noteer: wanneer alle schuldeisers uit alle categorieën eenparig instemmen, is er geen sprake van rechterlijke bevestiging; zie art. 25 Aanbeveling.

^{227.} Zie hierover, inclusief een beknopte vergelijking met het Amerikaanse Chapter 11 van de US Bankruptcy Code; S. MADAUS, “The EU Recommendation on Business Rescue – Only Another Statement or a Cause for Legislative Action Across Europe?”, *Insolvency Intelligence* 2014, nr. 27-6, 83.

^{228.} Voor meer toelichting over de machtsverhouding tussen de schuldenaar en de verschillende types van schuldeisers en de wijze waarop dit best kan worden geregeld, zie P. COUSSEMENT, “Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN, *Gerechtelijke reorganisatie, getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 96-113, nrs. 59-83. Voor een meer uitvoerige studie kan verwezen worden naar 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 rechtsvergelijkende, rechtseconomische en empirische invalshoek*, proefschrift Rechten, UGent, 2007, 553 p.

^{229.} Zie art. 6/1 WCO.

^{230.} Zie art. 53-55 Insol.Vobis zoals gepubliceerd bij het standpunt van de Raad nr. 7/2015 in eerste lezing, *Pb.C.* 141 van 28 april 2015.

^{231.} Voor een overzicht, zie o.a. K. BYTTEBIER, M. GESQUIÈRE, M. VAN DE MOORTELE en T. WERA, “Zekere evoluties in de rechtspraak inzake de Wet Continuïteit Ondernemingen” in X. (ed.) *Faillissement en WCO*, Gent, Story Publishers, 2014, 32-42. Voor een recente interessante toepassing, zie vonnissen Kh. Gent (afd. Oostende) 22 april 2014, *Electrawinds*, *TRV* 2014, 816, noot M. ROELANTS.

^{232.} Voor een toepassing, zie Kh. Antwerpen (afd. Tongeren) 3 oktober 2014, *DAOR* 2015, afl. 113, 75.

2013. Indien de rechtbank oordeelt dat de pleegvormen niet werden nageleefd of dat het plan de openbare orde schendt, mag zij bij een met redenen omklede beslissing en vooraleer recht te doen, aan de schuldenaar toestaan om een aangepast reorganisatieplan aan de schuldeisers voor te leggen²³³. Bij deze beslissing zal de rechtbank moeten aangeven welke aspecten van het reorganisatieplan problematisch zijn. Tegen deze beslissing staat geen verzet of hoger beroep open. Om de schuldenaar toe te laten een aangepast reorganisatieplan uit te werken, zal de opschortingstermijn verlengd moeten worden.

Tegen het vonnis dat oordeelt over de homologatie, staat geen verzet open. Er kan wel derdenverzet²³⁴ of hoger beroep worden ingesteld, naargelang de belanghebbende al dan niet partij was bij de homologatiebeslissing²³⁵. Het gewijzigde artikel 56 WCO bevat specifieke regels over het instellen van hoger beroep. Tegen wie het hoger beroep moet worden ingesteld, is afhankelijk van de vraag of de homologatie werd toegekend of geweigerd²³⁶. Wanneer de homologatie is toegekend, wordt het hoger beroep enkel gericht tegen de schuldenaar. Wanneer de homologatie werd geweigerd, wordt het hoger beroep gericht tegen de partijen die tijdens de procedure in het geding bij verzoekschrift zijn tussengekomen. De partijen in hoger beroep kunnen de overige partijen in tussenkomst oproepen. Het onderscheid in artikel 56 WCO wijkt uitdrukkelijk af van het gemeen procesrecht²³⁷. In een recent arrest van 7 mei 2015²³⁸ oordeelt het Grondwettelijk Hof dat dit verschil ongrondwettig is. Artikel 56, tweede lid WCO schendt het gelijkheidsbeginsel in zoverre het niet bepaalt dat de partij die hoger beroep instelt tegen een vonnis dat een plan van gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord homologeert, alle partijen die voor de rechtbank van koophandel zijn tussengekomen, in de zaak moet betrekken. Met het oog op de rechtszekerheid verduidelijkt het Hof dat de gevolgen van artikel 56, tweede lid WCO worden gehandhaafd tot op de dag van de bekendmaking van het arrest in het *Belgisch Staatsblad*²³⁹.

Bijgevolg zal vanaf dat moment een partij die hoger beroep instelt tegen een homologatiebeslissing alle andere (formele) partijen moeten betrekken in deze procedure.

59. De Aanbeveling van de Commissie voorziet in verschillende regels over de bevestiging van het herstructureringsplan. Belangrijk om te weten, is het feit dat de bevestiging door de rechtbank niet in alle gevallen noodzakelijk wordt geacht. De bevestiging dient enkel te gebeuren wanneer het herstructureringsplan de belangen van schuldeisers aantast die hier niet mee instemmen, of wanneer het plan in nieuwe financiering voorziet²⁴⁰. Hieruit volgt dat een herstructureringsplan waarmee alle schuldeisers instemmen, niet bevestigd moet worden door de rechter. Samengevat: ofwel wordt het herstructureringsplan door alle schuldeisers goedgekeurd en dan komt de rechter helemaal niet tussen; ofwel stemmen bepaalde schuldeisers²⁴¹ niet in en volgt een rechterlijke toetsing. Deze keuze volgt uit het uitgangspunt van de Commissie dat de rechterlijke tussenkomst zoveel mogelijk beperkt moet worden en enkel noodzakelijk is om de rechten van de schuldeisers te beschermen²⁴². De Commissie gaat ervan uit dat de schuldeisers het beste kunnen oordelen over de slaagkansen van de reorganisatie, wanneer alle schuldeisers instemmen met de voorstellen, is er geen bijkomende controle nodig.

Bovenstaand onderscheid wordt niet gemaakt in de WCO: in België dient elk reorganisatieplan door de rechtbank te worden gehomologeerd, ook als dit met eenparigheid van stemmen van de schuldeisers werd aangenomen. Dergelijke hypothese van eenparigheid van stemmen lijkt ons echter zeer uitzonderlijk, *de facto* zal er dus weinig verschil zijn.

60. Het belangrijkste verschil tussen de Aanbeveling en de WCO situeert zich evenwel op het vlak van de goedkeurings-/weigeringsgronden. Artikel 22 van de Aanbeveling somt volgde minimale voorwaarden op waaronder een herstructureringsplan door een gerecht kan worden bevestigd:

²³³ Zie hierover o.a. M.-Cl. ERNOTTE en B. INGHELS, “La loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises: ajustement ou rétrécissement?”, *JT* 2013, 647-648. Voor een toepassing, zie Kh. Kortrijk 4 maart 2014, *TGR-TWVR* 2014, afl. 3, 196, noot A. BEECKWEE.

²³⁴ Voor een toepassing, zie Kh. Antwerpen (afd. Tongeren) 3 oktober 2014, *DAOR* 2015, afl. 113, 75.

²³⁵ Over het partijbegrip in de WCO was heel wat te doen; de Wijzigingswet van 2013 maakte hier uitdrukkelijk een einde aan door de wijziging van art. 5, vijfde en zesde lid WCO. Zie hierover o.a. M. VANMEENEN, “Rechten van de schuldeisers in de gerechtelijke reorganisatie” in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, III, Antwerpen, Intersentia, 2014, 356-358, nr. 11.

²³⁶ Kritisch hierover M.-Cl. ERNOTTE en B. INGHELS, “La loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises: ajustement ou rétrécissement?”, *JT* 2013, 648.

²³⁷ Zie vóór deze wijziging over de vraag tegen wie hoger beroep moet worden ingesteld; Cass. 8 november 2012, *Pas.* 2012, I, 2172, *TBH* 2013, 203. Voor kritiek op het gewijzigde art. 56 WCO, zie M.-Cl. ERNOTTE en B. INGHELS, “La loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises: ajustement ou rétrécissement?”, *JT* 2013, 648.

²³⁸ GwH 7 mei 2015, nr. 57/2015, nog niet gepubliceerd.

²³⁹ Bij afsluiting van deze bijdrage werd het arrest nog niet gepubliceerd.

²⁴⁰ Art. 21, 25 en 26 Aanbeveling.

²⁴¹ Uit de Aanbeveling kan niet met zekerheid worden afgeleid of het volstaat dat er instemming is van alle categorieën van schuldeisers, wat in wezen kan zodra binnen elke categorie een meerderheid wordt bereikt, dan wel of er instemming vereist wordt van elke schuldeiser die door het plan wordt geraakt. De bewoording van art. 25 Aanbeveling lijken de laatste optie te beogen en een instemming te vereisen van alle schuldeisers, niet slechts van alle categorieën van schuldeisers.

²⁴² Art. 7 Aanbeveling; zie in dezelfde zin ook overweging (17) Aanbeveling.

- a) “het herstructureringsplan is goedgekeurd onder voorwaarden waarin de rechtmatige belangen van de schuldeisers beschermd zijn;
- b) het herstructureringsplan is meegedeeld aan alle schuldeisers die erdoor kunnen worden geraakt;
- c) het herstructureringsplan brengt de rechten van de niet-instemmende schuldeisers niet terug tot minder dan wat zij redelijkerwijs zouden kunnen ontvangen zonder herstructurering, indien de onderneming van de schuldenaar werd geliquideerd of met het oog op voortzetting werd verkocht, naar gelang van het geval;
- d) alle nieuwe financiering waarin het herstructureringsplan voorziet, is nodig om het plan uit te voeren en brengt de belangen van de niet-instemmende schuldeisers niet op onbillijke wijze in het gedrang.”

Artikel 23 van de Aanbeveling voegt daaraan toe dat de rechtbanken “*herstructureringsplannen die duidelijk geen enkele kans bieden om de insolventie van de schuldenaar te voorkomen en de levensvatbaarheid van de onderneming te garanderen, moeten kunnen afwijzen, bijvoorbeeld omdat er niet is voorzien in nieuwe financiering om haar activiteiten voort te zetten*”.

De homologatiecriteria in de WCO voldoen minstens op indirecte wijze (door de controle op de naleving van de pleegvormen en de openbare orde) aan de bovenvermelde voorwaarden a) en b). De overige voorwaarden zijn daarentegen duidelijk niet toepasselijk in België.

De bedoeling van bovenstaande voorwaarde c), nl. minimum garanties bieden aan de schuldeiser²⁴³, wordt tevens nagestreefd door de voorschriften in artikel 49/1 WCO. De garantie dat de schuldeiser minimaal moet krijgen wat hij zou ontvangen bij een vereffening, wordt echter niet geboden bij een collectief akkoord. Deze grens speelt wel bij de overdracht onder gerechtelijk gezag²⁴⁴, maar de toepassing van deze minimumgrens blijkt in de praktijk zeer moeilijk te zijn²⁴⁵. De begroting van de vermoedelijke liquidatiewaarde is geen evidente zaak. Is het aangewezen om de ondergrens in het collectief akkoord conform de Aanbeveling aan te pas-

sen naar datgene wat de schuldeiser vermoedelijk zou krijgen in een vereffeningsscenario? We zijn hier geen voorstander van. Hoewel geargumenteed kan worden dat de huidige ondergrens van 15% arbitrair is²⁴⁶, biedt dergelijke vaste grens veel meer zekerheid aan de schuldeisers dan het vage criterium van “hetgeen de schuldeiser zou kunnen verwachten bij een verkoop”. Een vast percentage houdt evenwel ook nadelen in, aangezien dergelijke regel volledig geënt is op een scenario van gedeeltelijke terugbetaling van de schuldvorderingen, terwijl alternatieve herstructureringsmaatregelen denkbaar zijn²⁴⁷.

Voorwaarde d) heeft betrekking op de toetsing van de zogenaamde “nieuwe financiering”. Het concept “nieuwe financiering” komt in de Aanbeveling herhaaldelijk aan bod en wordt hieronder verder toegelicht. De WCO laat niet expliciet toe dat de rechter onderzoekt of de nieuwe financiering nodig is voor de uitvoering van het plan, en of deze financiering tot onbillijke resultaten leidt voor de schuldeisers die niet instemden met het plan. Een impliciete toetsing onder de noemer “schending van de openbare orde” lijkt ons evenmin mogelijk.

Verwant met voorgaande, kunnen we vaststellen dat de Belgische rechter bij de homologatie van het reorganisatieplan evenmin mag onderzoeken of het plan reële kansen op herstel biedt conform artikel 23 Aanbeveling. De levensvatbaarheid van de onderneming kan onder geen beding onderzocht worden door de rechter, dan wel een grond vorm voor weigering van de homologatie²⁴⁸. De Belgische wetgever koos er bij de invoering van de WCO expliciet voor om de toetsing van de rechter te beperken; de beoordeling van de slaagkansen van het reorganisatieplan komt in hoofdzaak toe aan de schuldeisers. Deze visie vindt haar grondslag in de ervaringen met het vroegere gerechtelijk akkoord, waar de rechters wel een inhoudelijke controle van het plan deden. Moeten we terugkeren naar een systeem waarbij de rechter de herstelkansen en de levensvatbaarheid beoordeelt? Dit is geen gemakkelijke vraag. De statistieken die aantonen dat ongeveer 70% van de ondernemingen na een gerechtelijke

²⁴³. Zie over de bedoeling tevens overweging (19) Aanbeveling: “*De bevestiging van een herstructureringsplan door het gerecht is nodig om te garanderen dat de beperking van de rechten van de schuldeisers in verhouding staat tot de voordelen van de herstructurering en dat de schuldeisers toegang hebben tot een doeltreffende voorziening in rechte, met volledige naleving van de vrijheid van ondernemerschap en het eigendomsrecht zoals die in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie zijn neergelegd. Het gerecht zou dan ook een herstructureringsplan moeten afwijzen wanneer de beoogde herstructurering de rechten van de niet-instemmende schuldeisers terugbrengt tot minder dan wat zij redelijkerwijs zouden mogen verwachten te ontvangen zonder herstructurering van de onderneming van de schuldenaar.*”

²⁴⁴. Zie gewijzigd art. 62, derde lid WCO: “*Opdat een offerte in aanmerking zou kunnen worden genomen, moet de geboden prijs voor alle verkochte of overgedragen activa gelijk zijn aan of hoger zijn dan de vermoedelijke waarde van gedwongen tegeldemaking in geval van faillissement of vereffening.*”

²⁴⁵. Voor een overzicht van recente rechtspraak, zie C. ALTER en A. LÉVY MORELLE, “Evolutions de la jurisprudence depuis la loi du 27 mai 2013” in A. ZENNER (ed.), *Paiement, insolvabilité et réorganisation. S’organiser pour être payé, payer ou se réorganiser*, Brussel, Larcier, 2015, 131-133, nrs. 31-33.

²⁴⁶. Voor een kritische beoordeling van de “morele” ondergrens van 15%, zie L. DE KEYSER, T. DELWICHE, J.-J. ACKAERT en J. MALEKZADEM, “Wijzigingen aan de Wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen”, *TRV* 2013, 760-761.

²⁴⁷. Zie hierover M. VANMEENEN, “Rechten van de schuldeisers in de gerechtelijke reorganisatie” in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMANN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, III, Antwerpen, Intersentia, 2014, 381, nr. 44. Voor een toepassing, zie Kh. Antwerpen (afd. Tongeren) 28 maart 2014, *Limb.Rechtsl.* 2014, afl. 248.

²⁴⁸. Voor een kritische commentaar hierbij, met verwijzing naar standpunten van magistraten, zie L. SNICK, “De rol van de rechter bij de Wet Continuïteit Ondernemingen”, *Jura Falc.* 2013-14, 924-925.

reorganisatie toch failliet gaan, leveren een mogelijk argument voor een striktere inhoudelijke controle. Daar kan echter tegen in gebracht worden dat het vroegere gerechtelijk akkoord geen betere “slaagcijfers” kon voorleggen. Dergelijke ruwe vergelijking is bovendien verre van betrouwbaar; om goede conclusies te trekken, zou onderzocht moeten worden hoeveel ondernemingen er na de goedkeuring van het reorganisatieplan failliet verklaard worden, en of dit op voorhand voorspelbaar was op basis van het reorganisatieplan²⁴⁹.

Een preventiebeleid binnen een vrije markteconomie moet steeds de grens kunnen trekken tussen redden en rekken. Of de rechtbank als ultieme scheidsrechter moet optreden, verdient evenwel verder onderzoek.

61. In de Aanbeveling is tevens oog voor de rechten van de schuldeisers en de effecten van het herstructureringsplan.

Artikel 24 Aanbeveling voorziet in de garantie dat schuldeisers die geraakt worden door het plan, hier steeds kennis van moeten krijgen²⁵⁰ en hun bezwaren moeten kunnen laten gelden²⁵¹. Een eventueel beroep door de schuldeiser tegen het herstructureringsplan mag geen schorsende werking hebben. Anders, maar met een gelijkaardig effect bepaalt artikel 56 WCO dat het hoger beroep de homologatiebeslissing enkel opschort, als het vonnis de homologatie verwerpt. Wanneer het reorganisatieplan werd gehomologeerd, zal een hoger beroep *a contrario* niet schorsend werken.

Op grond van de Aanbeveling kunnen de schuldeisers op twee manieren gebonden worden door het herstructureringsplan. Ofwel wordt het plan goedgekeurd met eenparigheid van stemmen en wordt het bindend voor alle schuldeisers die ermee hebben ingestemd²⁵². Ofwel wordt het plan bevestigd door de rechtbank na een toetsing aan de criteria besproken in randnr. 60 en bindt het tevens de schuldeisers die zijn opgenomen in het plan²⁵³. De WCO maakt deze tweedeling niet, een reorganisatieplan moet steeds worden gehomologeerd door de rechtbank. Een plan dat aangenomen wordt met eenparigheid van stemmen, komt in feite neer op een minnelijk akkoord²⁵⁴, wat binnen de WCO een aparte optie

is. In dit licht zou men kunnen stellen dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie door minnelijk akkoord tevens beoogd wordt in de Aanbeveling. Anderzijds zijn de andere regels uit de Aanbeveling met betrekking tot het herstructureringsplan moeilijk toepasbaar op het minnelijk akkoord.

Wat betreft de bindende kracht van het herstructureringsplan, stellen we vast dat artikel 57 WCO een meer genuanceerde regeling uitwerkt dan de Aanbeveling, waarin ook aandacht is voor betwiste schuldvorderingen of schuldvordering en die later opduiken. Anders dan de Aanbeveling voorziet de WCO ons inziens terecht in regels voor de intrekking van het reorganisatieplan en de gevolgen die uit dergelijke beslissing voortvloeien.

62. De Europese Commissie acht “nieuwe financiering” cruciaal om een onderneming te kunnen redden²⁵⁵. Dit concept krijgt bijgevolg een belangrijke plaats in de Aanbeveling²⁵⁶, in tegenstelling tot de WCO. Met “nieuwe financiering” bedoelt men in de Aanbeveling alle financiële middelen waarmee het herstel van de onderneming wordt beoogd. Voorbeelden van dergelijke maatregelen zijn nieuwe leningen, verkoop van bepaalde activa door de schuldenaar, maar ook omzetting van schulden in aandelen²⁵⁷. In de Aanbeveling wordt sterk benadrukt dat dergelijke transacties “*niet als een voor het geheel van schuldeisers nadelige rechtshandeling nietig, vernietigbaar of niet-tegenwerpbaar mogen worden verklaard*” in de mate de nieuwe financiering door de rechtbank werd bevestigd²⁵⁸. Vertaald naar het Belgisch recht betekent dit dat dergelijke transacties niet als pauliaeneus zouden mogen worden beschouwd in de zin van artikel 1167 BW, of in de zin van de artikelen 17 tot 19 Faill.W. (regels van de verdachte periode). De WCO kiest niet voor deze piste. Nieuwe financiering in de vorm van nieuwe overeenkomsten zal wel beschermd worden op grond van de artikelen 36²⁵⁹ en 37²⁶⁰ WCO. Dergelijke nieuwe overeenkomsten blijven evenwel buiten de gevolgen van het reorganisatieplan. Er is evenmin een uitsluiting van de regels van de verdachte periode ten aanzien van afspraken gemaakt in het reorganisatieplan²⁶¹.

²⁴⁹. In België bestaat hieromtrent uitgebreid onderzoek met betrekking tot het vroegere gerechtelijk akkoord. Zie hierover, M. TISON en I. VEROU-STRATE, “Conceptuele zwaartepunten van de Wet Continuïteit Ondernemingen” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 4-7, nrs. 7-11. Om een nuttige vergelijking te kunnen doen, zou het interessant zijn om dit onderzoek te hernemen met betrekking tot de procedure van gerechtelijke reorganisatie.

²⁵⁰. Vgl. met art. 53 WCO.

²⁵¹. Dit kan onder de WCO zowel voorafgaand aan de stemming (zie art. 54 WCO), als via het aanwenden van rechtsmiddelen (art. 56 WCO).

²⁵². Art. 25 Aanbeveling.

²⁵³. Art. 26 Aanbeveling.

²⁵⁴. Zie art. 43 WCO.

²⁵⁵. Zie bv. art. 23 Aanbeveling waar het ontbreken van nieuwe financiering als een oorzaak wordt aangewezen op grond waarvan het herstructureringsplan door de rechter moet worden afgewezen, omdat het herstel hierdoor niet gewaarborgd wordt.

²⁵⁶. Zie art. 6, e), 15, d), 21, 22, d), 23, 27, 28 en 29 Aanbeveling.

²⁵⁷. Art. 27 Aanbeveling.

²⁵⁸. Zoals hoger werd toegelicht in randnr. 60, kan de rechter de nieuwe financiering enkel bevestigen indien deze nodig is om het plan uit te voeren en geen onbillijke gevolgen heeft voor de niet-instemmende schuldeisers; zie art. 21, d) Aanbeveling.

²⁵⁹. De nieuwe schuldeiser zal niet onderworpen zijn aan de opschorting.

²⁶⁰. De nieuwe schuldeiser zal het statuut van boedelschuldeiser krijgen in een navolgend faillissement of vereffening.

²⁶¹. Cass. 10 januari 2003, C.01.0418.N, *Pas.* 2003, afl. 1, 8, *TBH* 2003, 309, noot J. VERLINDEN, *RW* 2003-04, 1686, noot P. COUSSEMENT, *NJW* 2003, 812.

De Aanbeveling voorziet tevens in de uitsluiting van burgerlijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid in hoofde van de verstrekkers van nieuwe financiering²⁶². In de WCO bestaat een gelijkaardige regel (art. 70/1 WCO)²⁶³, maar deze heeft

enkel betrekking op de financiering van een nieuwe activiteit in het kader van een overdracht onder gerechtelijk gezag. Dergelijke aansprakelijkheidsbeperking geldt niet bij een collectief akkoord.

BESLUIT

63. Uit voorgaande analyse blijken twee potentiële pistes voor hervorming van de WCO. Ten eerste bestaan er nog steeds verschillende knelpunten binnen de WCO, die bij voorkeur door de wetgever zouden moeten worden opgelost. De Wijzigingswet wilde (slechts) een aantal punctuele aanpassingen doorvoeren, maar sommige regels hebben een verregaandere impact op de praktijk²⁶⁴. Door het invoeren van een aantal formaliteiten en drempels is het aantal geopende procedures verminderd. In termen van beperking van misbruik, is dit ongetwijfeld een stap voorwaarts. Het blijft echter onduidelijk of we ook in termen van preventie vooruitgang hebben geboekt.

Ten tweede verschilt de Belgische WCO op een aantal fundamentele punten van de Aanbeveling van de Europese Commissie. Deze verschillen vloeien deels voort uit het feit dat het herstructureringsstelsel uit de Aanbeveling zoveel mogelijk geconcipieerd wordt buiten de gerechtelijke context, terwijl de gerechtelijke reorganisatie beschouwd wordt als een insolventieprocedure onder toezicht van de rechtbank. Tegelijk bestaan er dermate veel gelijkenissen tussen het herstructureringsstelsel uit de Aanbeveling en de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord, dat het weinig zinvol voorkomt om een bijkomend (afzonderlijk) preventiemechanisme in te voeren in het Belgisch recht dat volledig geënt is op de Aanbeveling. Er zullen dus keuzes moeten worden gemaakt om het collectief akkoord waar nodig bij te sturen. Bij deze oefening moeten zowel de Aanbeveling, als de WCO kritisch benaderd worden.

64. De Europese Commissie nodigde de lidstaten uit hun wetgeving aan te passen tegen 14 maart 2015²⁶⁵. De imple-

mentatietermijn van slechts één jaar was bijzonder kort²⁶⁶ en voor de meeste landen onhaalbaar²⁶⁷. Ook België heeft voor zover we weten nog geen initiatieven ondernomen in dit kader. Tegen 14 september 2015 zou de Commissie de uitvoering van de Aanbeveling in de lidstaten beoordelen²⁶⁸. Op basis van de tussentijdse resultaten zal de Commissie beoordelen of verdere maatregelen moeten worden voorgesteld om de uit de Aanbeveling voortvloeiende horizontale aanpak te consolideren en te versterken.

Er dreigt evenwel geen sanctie indien de lidstaten de Aanbeveling niet volgen. Overeenkomstig artikel 288 WVEU heeft de Aanbeveling immers geen bindende kracht. De Aanbeveling heeft naar ons aanvoelen vooral een strategische bedoeling. De Commissie wil hiermee vooral inspelen op de hervormingsgolf binnen de lidstaten²⁶⁹. Verschillende lidstaten zijn momenteel nationale insolventiewetten aan het invoeren of aan het herzien. De Aanbeveling is een uitstekend middel om deze nationale hervormingen op een zachte manier te sturen.

Momenteel liggen er in België nog geen uitgewerkte plannen op tafel om de WCO te hervormen. Het komt ons voor dat er op heden geen acute nood is aan een nieuwe wijzigingswet. Het Belgisch insolventierecht zou echter wel baat kunnen hebben bij een globale en systematische evaluatie, waarbij de specifieke problemen van de dagelijkse praktijk een plaats krijgen in een ruimer denkkader²⁷⁰. De aangekondigde integratie van de insolventiewetgeving in het Wetboek van economisch recht is wellicht een uitgelezen kans om na te denken over de fundamentele van de insolventiewetgeving en een modernisering van het geheel. Bij dergelijke oefening is het noodzakelijk om voldoende aandacht te hebben voor

²⁶². Zie art. 28 Aanbeveling.

²⁶³. Deze regel werd later ingevoerd door art. 77 van de Wet houdende diverse bepalingen van 28 april 2010 (*BS* 10 mei 2010). Noteer dat art. 76 van dezelfde wet een gelijkaardige bepaling invoerde in de Faillissementswet (zie nieuw art. 98bis Faill.W.).

²⁶⁴. Zie ook de conclusie van M.-Cl. ERNOTTE en B. INGHELS, “La loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises: ajustement ou rétrécissement?”, *JT* 2013, 653.

²⁶⁵. Art. 34 Aanbeveling.

²⁶⁶. Zie kritiek op deze korte termijn en de risico's die daaruit voortvloeien, K. VAN ZWIETEN, “Restructuring law: recommendations from the European Commission”, *EBRD Law in Transition* 2014, 5.

²⁶⁷. Bij wijze van illustratie kan verwezen worden naar het initiatief in het Verenigd Koninkrijk, waar in februari 2015 een publieke consultatie is gestart omtrent de implementatie van de Aanbeveling in het nationaal recht: THE INSOLVENCY SERVICE, *Call for Evidence – European Commission Recommendation on a new approach to business failure and insolvency*, beschikbaar via www.gov.uk/government/consultations/european-commission-recommendation-on-business-failure-and-insolvency-call-for-evidence.

²⁶⁸. Zie art. 36 Aanbeveling. Met het oog op deze evaluatie worden de lidstaten verzocht om betrouwbare jaarstatistieken te verzamelen over het aantal ingeleide preventieve herstructureringsprocedures en de duur van de procedures, alsook informatie over de omvang van de betrokken schuldenaren en de uitkomst van de ingeleide procedures, en die informatie jaarlijks aan de Commissie mee te delen, voor het eerst op 14 maart 2015.

²⁶⁹. Zie in die zin ook overweging (10) Aanbeveling.

²⁷⁰. Zie voor een aantal interessante suggesties waarover nagedacht moet worden op nationaal niveau, vooraleer nieuwe of aangepaste insolventiewetgeving in te voeren, K. VAN ZWIETEN, “Restructuring law: recommendations from the European Commission”, *EBRD Law in Transition* 2014, 5.

het Europese luik, waarbij de Aanbeveling van de Commissie nuttige denkpistes en richtlijnen kan verschaffen. Het lijkt ons tevens aangewezen om de insolventiewetgeving van andere lidstaten en de ervaringen bij de praktische toepassing ervan, in rekening te brengen²⁷¹.

65. De zoektocht naar een evenwichtig juridisch kader waarbinnen ondernemingen kunnen worden gered, is evenwel slechts een onderdeel van “business rescue”. Daarnaast moet ingezet worden op de ontwikkeling en versterking van een echte reorganisatiecultuur: insolventieprocedures worden in België nog steeds gezien als een teken van falen in

plaats van als een managementinstrument om de problemen aan te pakken. Een dergelijke mentaliteitswijziging kan slechts bekomen worden door voldoende scholing, kennis en begeleiding van ondernemers (in spe). Wanneer deze voorwaarden vervuld zijn, zullen/kunnen ondernemingen in moeilijkheden wellicht meer efficiënt gebruik maken van de wettelijke instrumenten. Zonder ondersteunende beleidsmaatregelen en doorgedreven inspanningen op het vlak van “preventieopvoeding”, is de kans reëel dat we in een vicieuze cirkel blijven draaien, waarbij wellicht alles een voorbode blijft van het faillissement...

²⁷¹. Als inspiratiebron kan verwezen worden naar de studie die momenteel binnen het European Law Institute wordt gevoerd, “Rescue of Business in Insolvency Law” (2013-2016), www.europeanlawinstitute.eu/projects/current-projects-contd/article/instrument-on-rescue-of-business-in-insolvency-law.