

De preprocedurale reorganisatie onder Boek XX: opsporing van ondernemingen in moeilijkheden, voorlopige maatregelen, het buitengerechtig minnelijk akkoord en (de exit van) het stil faillissement

Sophie Jacmain, Stan Brijs, Arie Van Hoe en Karen Paridaen¹

| | |
|--|-----|
| 1. Inleiding | 227 |
| 2. Opsporing van ondernemingen in moeilijkheden | 228 |
| 2.1. Gegevensverzameling | 228 |
| 2.2. Kamers voor ondernemingen in moeilijkheden | 229 |
| 3. Voorlopige maatregelen | 231 |
| 3.1. De gerechtsmandataris | 231 |
| 3.2. Voorlopige bewindvoerder (tijdens een gerechtelijke reorganisatie) | 232 |
| 3.3. Voorlopige bewindvoerder (voorafgaand aan faillissement of gerechtelijke reorganisatie) | 232 |
| 4. Ondernemingsbemiddelaar en minnelijk akkoord | 232 |
| 4.1. De ondernemingsbemiddelaar | 232 |
| 4.2. Het buitengerechtig minnelijk akkoord | 233 |
| 5. Requiem voor het stil faillissement | 235 |
| 6. Besluit | 236 |

1. INLEIDING

1. Reeds geruime tijd zet de wetgever in op de preventieve opsporing van ondernemingen in moeilijkheden. Aan deze inspanning ligt de opvatting ten grondslag dat voorkomen (gemakkelijker en) beter is dan genezen. In het kader van de hervorming van het insolventierecht bevestigt de wetgever deze opvatting. De daartoe voorziene regeling inzake de opsporing van ondernemingen in moeilijkheden wordt behouden, doch op bepaalde punten bijgewerkt, om de efficiëntie ervan te verhogen (*infra*, nrs. 6-17).

2. Buiten de hypothese van een faillissement, waarbij de curator in de plaats treedt van (het bestuur van) de schuldenaar, blijft (het bestuur van) de schuldenaar in beginsel aan het hoofd van de onderneming staan (*debtor in possession*). Op deze fundamentele beleidskeuze wordt niet teruggekeken. Derden, in het bijzonder schuldeisers, ondergaan hierdoor in beginsel de gevolgen van de beslissingen van (het bestuur van) de schuldenaar. In bepaalde omstandigheden kan het niettemin aangewezen zijn om het (bestuur van) de schuldenaar geheel of gedeeltelijk terzijde te schuiven. De nieuwe wet heeft de regels inzake voorlopige maatregelen, die voorheen verspreid waren over de faillissementswet en de wet continuïteit ondernemingen, gegroepeerd en op bepaalde punten licht gewijzigd (*infra*, nrs. 18-25).

3. In het kader van de vermindering van de werklast van de rechtbanken, zet de nieuwe wet nog meer dan voorheen in

op het buitengerechtig minnelijk akkoord. Het belang van het buitengerechtig minnelijk akkoord, als private regeling van insolventiesituaties, kadert in een Europese tendens. Om het buitengerechtig minnelijk akkoord te promoten voorziet de nieuwe wet in een versterkte bescherming ervan, in geval van een navolgend faillissement, op voorwaarde dat het akkoord aan bepaalde voorwaarden voldoet. Tevens wordt voorzien in de mogelijkheid om aan het akkoord een uitvoerend karakter te verlenen. Een ondernemingsbemiddelaar kan de totstandkoming van een buitengerechtig minnelijk akkoord faciliteren (*infra*, nrs. 26-41).

4. Ten slotte wordt stilgestaan bij een rechtsfiguur die onverwacht de parlementaire eindmeet net niet gehaald heeft, het stil faillissement. Het stil faillissement is een stille dood gestorven n.a.v. een recent arrest van het Hof van Justitie. Ondanks het feit dat het stil faillissement vooralsnog geen deel zal uitmaken van het wetgevende instrumentarium, loont het toch de moeite om even bij deze rechtsfiguur stil te staan (*infra*, nrs. 42-45).

5. Gelet op het beperkte bestek van deze bijdrage drong een selectie van de te behandelen onderwerpen zich op. De focus werd gelegd op de wijzigingen t.o.v. de huidige wetgeving, zodat geen algemene bespreking van de onderwerpen moet verwacht worden.

¹ NautaDutilh Brussel.

2. OPSPORING VAN ONDERNEMINGEN IN MOEILIKHEDEN

6. De opsporing van ondernemingen in moeilijkheden behoort sinds lange tijd tot het takenpakket van de rechtbank van koophandel en strekt ertoe om ondernemingen in een vroeg stadium bewust te maken van eventuele (financiële) problemen waarin zij verkeren². Een vroege detectie van ondernemingen in moeilijkheden beschermt niet enkel de schuldenaar, maar ook – en evenzeer – bestaande en toekomstige schuldeisers. De opsporing van ondernemingen in moeilijkheden verloopt in twee fasen: eerst de (voorbereidende) fase van gegevensverzameling, ten tweede het (eigenlijke) onderzoek. De essentie van beide regelingen blijft behouden onder het nieuw recht. Enkele in het oog springende wijzigingen worden hierna toegelicht.

2.1. Gegevensverzameling

7. De griffie van de rechtbank in het rechtsgebied waarin de schuldenaar zijn centrum van voornaamste belangen (“COMI”) heeft, verzamelt “*nuttige inlichtingen en gegevens betreffende schuldenaren die financiële moeilijkheden ondervinden, waardoor de continuïteit van hun economische activiteit in gevaar kan worden gebracht*” (art. XX.21, eerste lid WER). Een aantal gegevens, de bekende “*knipperlichten*”³, moeten in ieder geval aan de griffie worden bezorgd. Zij kunnen afzonderlijk of in samenhang wijzen op financiële moeilijkheden die de continuïteit van een onderneming in gevaar kunnen brengen. De nieuwe wet herneemt de knipperlichten zoals voorzien in de WCO (art. 9 en 10 WCO), met uitzondering van de (i) vonnissen waarbij de hernieuwing van de handelszaak die werd aangevraagd door de huurder wordt geweigerd en (ii) vonnissen waarmee een einde wordt gesteld aan het beheer van een handelszaak. De knipperlichten die behouden blijven in de nieuwe regeling zijn de geprotesteerde wissel- en orderbriefjes (art. XX.22 WER), veroordelende verstekvonnissen, vonnissen op tegenspraak tegen schuldenaren die de gevorderde hoofdsom niet hebben betwist, vonnissen waarbij een handelshuurovereenkomst wordt ontbonden ten laste van de huurder, achterstallige socialezekerheidsbijdragen en nog ver-

schuldigde btw of bedrijfsvoorheffing (art. XX.23, § 1 en § 2 WER). Een nieuw knipperlicht zijn de achterstallen bij het RSVZ (Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen) (art. XX.23, § 2, derde lid WER). Dat heeft te maken met de uitbreiding van het personele toepassingsgebied van het insolventierecht.

8. Naast voormelde verplichte knipperlichten, beschikt de griffie over de mogelijkheid om naar eigen inzicht alle nuttige informatie te verzamelen, zoals bijvoorbeeld gegevens uit de Kruispuntbank van Ondernemingen, de jaarrekeningen, beslagen, verzoeken tot pandverzilvering, eventuele klachten van derden (zoals werknemers, schuldeisers, parket, enz.), meldingen van een alarmbelprocedure voor vennootschappen, zetelverplaatsingen, ontslag van een bestuursorgaan, gegevens afkomstig uit een commerciële databank, enz.⁴.

9. Het is bij dit alles de bedoeling van de minister van Justitie om de opsporing van ondernemingen in moeilijkheden zoveel als mogelijk digitaal te doen verlopen. De fysieke knipperlichten worden hierbij vervangen door hun digitale tegenhangers⁵.

10. In het kader van de fase van de gegevensverzameling is een belangrijke rol weggelegd voor de economische beroepen die ondernemingen bijstaan. Zij hebben – ingevolge hun beroep – een bijzondere kennis van de staat van de onderneming. De tussenkomst van deze personen kan in twee stappen worden opgesplitst. Indien zij in de uitoefening van hun opdracht gewichtige en overeenstemmende feiten vaststellen die de continuïteit van de onderneming van de schuldenaar in het gedrang kunnen brengen, dienen zij de onderneming hiervan op omstandige wijze schriftelijk in te lichten (in voorkomend geval via het bestuursorgaan) (art. XX.23, § 3 WER). Dit moet de onderneming ertoe aanzetten zelf gepaste maatregelen te nemen. Het verdient vermelding dat dit geen actieve zoekplicht inhoudt voor de eco-

² Zie hierover uitgebreid M. VANMEENEN, *De juridische efficiëntie van het handelsonderzoek: toetsing van de rechtspraak aan de preventiedoelstelling van de wetgeving en de vereisten van de economische en maatschappelijke realiteit*, proefschrift, KU Leuven, 2006, p. 30 et seq.

³ Voor een toelichting van de oorsprong en evolutie van de gegevensverzameling i.v.m. de knipperlichten, zie P. COLLE, *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, Antwerpen, Maklu, 1989, p. 242 et seq.

⁴ P. RAMQUET, “Un an d’application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises. L’information, l’accord amiable et la réorganisation par accord, amiable ou collectif, des créanciers” in N. THIRION, *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, Luik, Anthemis, CUP, 2010, p. 72; K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 29.

⁵ Zie *The Court of the Future*, www.koengeens.be/policy/court-of-the-future, p. 102, nr. 311: “Om een efficiënte opsporing van de ondernemingen mogelijk te maken werd in de wet ook een wettelijke basis voorzien voor de knipperlichtendatabank die vóór het einde van 2017 in alle ondernemingsrechtbanken operationeel zal zijn. Deze databank brengt, dankzij een zoekfunctie in de verschillende overheidsdatabanken, alle nuttige informatie samen omtrent ondernemingen in moeilijkheden of administratief nalatige ondernemingen. Aan de hand van ingestelde parameters levert de databank een lijst op van ondernemingen die in aanmerking komen om te worden opgeroepen door de dienst voor handelsonderzoek. Deze databank levert bovendien de noodzakelijke administratieve informatie en economische analyserapporten op om het dossier te stofferen. Voorbeelden van knipperlichten zijn geprotesteerde wissels, achterstallige belastingen en sociale bijdragen, beslagen, veroordelingen bij verstek, achterstand in de neerlegging van jaarrekeningen, enz.”.

nomische beroepsbeoefenaars, doch louter feiten betreft die worden vastgesteld tijdens de uitoefening van de functie⁶.

11. Indien de schuldenaar – nadat hij daartoe werd aangevaard – nalaat om binnen een termijn van één maand de nodige maatregelen te treffen om de continuïteit van de economische activiteit voor een minimumduur van 12 maanden te waarborgen, “*kan de externe accountant, de externe erkend boekhouder, de externe erkend boekhouder-fiscalist, of de bedrijfsrevisor de voorzitter van de rechtbank van koophandel daarvan schriftelijk inlichten*” (art. XX.23, § 3 WER). Van een verplichting in hoofde van de economische beroepsbeoefenaar om de voorzitter in te lichten, is, nog steeds, geen sprake. Een dergelijke verplichting zou niet in verhouding staan tot de aard van zijn beroepsactiviteit⁷. Het gedrag aangenomen door de beroepsbeoefenaar kan wel getoetst worden aan de algemene zorgvuldigheidnorm van de artikelen 1382-1383 BW⁸, zodat een foutief stilzwijgen desgevallend tot aansprakelijkheid aanleiding zou kunnen geven. Artikel 458 Sw. is niet van toepassing op het verstrekken van inlichtingen door de economische beroepsbeoefenaar aan de voorzitter, zo preciseert artikel XX.23 WER uitdrukkelijk.

12. In vergelijking met de vorige regeling komt de *externe belastingconsulent* niet meer voor in voormelde lijst van cijferberoepen. De reden voor deze weglating is dat overeenkomstig de wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen, de belastingconsulent zich niet mag inlaten met boekhoudkundige werkzaamheden voor derden. Daar de opdrachten die de economische beroepsbeoefenaars krijgen onder de nieuwe wet evenwel precies werkzaamheden zijn waarvoor een boekhoudkundige kennis en bekwaamheid is vereist, werd beslist om de externe belastingconsulent niet langer op te nemen⁹. Een tweede wijziging is dat de *externe erkend boekhouder* en de *externe erkend boekhouder-fiscalist* vanaf nu ook de mogelijkheid krijgen om de voorzitter van de rechtbank schriftelijk in te lichten. Hierdoor kunnen deze beroepsbeoefenaars ook bijdragen tot de bewaking van de continuïteit van de schuldenaar¹⁰.

2.2. Kamers voor ondernemingen in moeilijkheden

13. De tweede fase van de opsporing van ondernemingen in moeilijkheden betreft het eigenlijke onderzoek. Op basis van de hierboven beschreven gegevensverzameling selecteert de griffie een aantal dossiers en maakt deze over aan de kamers voor ondernemingen in moeilijkheden voor verder onderzoek¹¹. Deze kamers hebben als algemene taak het opvolgen van de toestand van schuldenaren in moeilijkheden om de continuïteit van hun activiteiten te vrijwaren en de bescherming van de rechten van de schuldeisers te verzekeren (art. XX.25, § 1 WER). De uitbreiding van het personele toepassingsgebied van Boek XX verklaart dat niet meer over “kamers voor handelonderzoek”, maar wel over “kamers voor ondernemingen in moeilijkheden” wordt gesproken.

Deze kamers moeten bestaan uit drie leden, met name één rechter en twee rechters in handelszaken (overeenkomstig art. 84 Ger.W.)¹². De regel dat de leden van de kamer belast met het onderzoek naar de toestand van de schuldenaar, later niet mogen deelnemen aan de rechtspleging inzake het faillissement, de gerechtelijke reorganisatie of de gerechtelijke vereffening die op deze schuldenaar betrekking zouden hebben, blijft behouden (art. XX.29, § 3 WER).

14. Een belangrijke innovatie, die nader wordt toegelicht in de *memorie van toelichting*, is dat de rechtbanken van koophandel niet langer verplicht zijn om een kamer voor ondernemingen in moeilijkheden op te richten in elke afdeling van de rechtbank. Één kamer per rechtsgebied volstaat¹³. Deze maatregel strekt ertoe om de specialisatie van de kamers op te drijven, en bepaalde kleinere afdelingen te ontlasten van deze tijdrovende taak.

15. Inzake het praktische verloop van het onderzoek vallen geen belangrijke wijzigingen te noteren. Het onderzoek kan ofwel door de kamer voor ondernemingen in moeilijkheden zelf of door een rechter-verslaggever worden uitgevoerd. Tijdens het onderzoek kan de schuldenaar worden opgeroepen voor een onderhoud (dat achter gesloten deuren plaatsvindt) zodat de kamer inlichtingen kan inwinnen over de werkelijke situatie en desgevallend de schuldenaar kan aanzetten tot het nemen van gepaste maatregelen. Noch de kamer noch de rechter-verslaggever kunnen evenwel advies verstrekken of zich inmengen met de bedrijfsvoering van de schuldenaar¹⁴. Hoogstens kunnen zij de schuldenaar advise-

⁶ M. VANMEENEN, “In de ban van de continuïteit”, *TBH* 2015, p. 493.

⁷ Zie *memorie van toelichting*, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, p. 44.

⁸ Zie *memorie van toelichting*, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, p. 44.

⁹ Zie *memorie van toelichting*, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, p. 44.

¹⁰ Zie *memorie van toelichting*, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, p. 44.

¹¹ Zie I. VEROUWSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 68 *et seq.*

¹² Zie *memorie van toelichting*, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, p. 45.

¹³ Zie *memorie van toelichting*, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, p. 45.

¹⁴ I. VEROUWSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Kluwer, Waterloo, 2011, p. 79.

ren zelf advies in te winnen¹⁵. De rechter die een onderneming rechtstreeks zou adviseren, begeleiden of meewerken aan het opstellen van een herstelman, gaat zijn wettelijke bevoegdheid te buiten (een rechter mag een onderneming op problemen wijzen; ze zelf (proberen) op (te) lossen is een stap te ver). De overheid loopt dan het risico aansprakelijk te worden gesteld op grond van artikel 1382 BW voor de eventuele negatieve gevolgen die uit dit handelen zouden voortvloeien¹⁶.

De schuldenaar dient te verschijnen in persoon en kan zich hierbij laten bijstaan door een vertrouwenspersoon naar keuze (bv. een boekhouder, financiële directeur of advocaat). Indien de schuldenaar niet verschijnt, kan de rechter-verslaggever zelf ter plaatse gaan om inlichtingen in te winnen. De kamer of de rechter-verslaggever kan ook inlichtingen inwinnen bij de externe accountant, de externe erkend boekhouder, de externe erkend boekhouder-fiscalist en de bedrijfsrevisor van de schuldenaar. Het beroepsgeheim bedoeld in artikel 458 Sw. verhindert deze gegevensstroom niet (art. XX.25, § 3 WER). Daarnaast kan de kamer of de rechter-verslaggever bij derden nuttige gegevens opvragen en hen horen.

16. Wanneer de kamer een rechter-verslaggever heeft aangesteld, mag het onderzoek maximum 4 maanden duren. Binnen deze termijn moet de rechter-verslaggever een verslag opstellen over de gedane verrichtingen en dit voorleggen aan de kamer (art. XX.28 WER). De kamer kan beslissen om het onderzoek te verlengen, voor een duur die niet meer dan 4 maanden mag bedragen. Indien het onderzoek door de kamer zelf wordt gevoerd, mag dit onderzoek niet langer dan 8 maanden duren. De reden voor deze termijnen is dat de wetgever zowel de rechter-verslaggever als de kamer wil aansporen om niet lang te aarzelen over de te volgen aanpak, hetgeen ook ten goede komt aan de onderneming waarnaar onderzoek wordt verricht¹⁷. Net zoals onder de WCO, voorziet de nieuwe wet echter niet in een sanctie indien deze termijn wordt overschreden¹⁸.

17. Op het einde van het handelonderzoek kan de kamer volgende beslissingen nemen, afhankelijk van de staat waarin de onderneming zich bevindt:

- (i) indien de schuldenaar zich niet in moeilijkheden bevindt: het dossier afsluiten;
- (ii) indien de schuldenaar zich in staat van faillissement

bevindt: het dossier zenden aan de procureur des Konings met het oog op het openen van een insolventieprocedure (art. XX.29, § 1 WER);

- (iii) indien uit een onderzoek naar de toestand van de schuldenaar blijkt dat deze zich in staat van faillissement bevindt, kan de kamer “*beredeneerd en ten voorlopige titel*” vaststellen dat de voorwaarden voor de toepassing van artikel XX.32 WER (art. 8 Faill.W.; zie *infra*) lijken verenigd te zijn en het dossier doorsturen naar de voorzitter van de rechtbank, met het oog op het ambtshalve aanstellen van een voorlopig bewindvoerder – die het beheer van de activa of activiteiten van de onderneming geheel of voor een deel kan overnemen (art. XX.29, § 2, eerste lid WER). Dit betreft een nieuwe mogelijkheid. De voorzitter van de rechtbank is in deze situatie evenwel niet verplicht een voorlopig bewindvoerder aan te stellen; de appreciatie van de kamer is in deze niet bindend¹⁹;

- (iv) indien op basis van het onderzoek door de kamer blijkt dat de ontbinding van de rechtspersoon kan worden uitgesproken overeenkomstig het Wetboek van Vennootschappen of de wet van 27 juni 1921 betreffende verenigingen zonder winstoogmerk, de stichtingen en de Europese politieke partijen en stichtingen, kan de kamer het dossier *gemotiveerd* meedelen aan de rechtbank met het oog op een tegensprekelijk debat en uitspraak over de gerechtelijke ontbinding (art. XX.29, § 2, tweede lid WER). De kamer is niet verplicht om het dossier over te maken (zij kan overwegen om het dossier nog even te “bewaren”, bv. indien de schuldenaar heeft beloofd bepaalde herstelmaatregelen te zullen treffen)²⁰. Het oordeel van de kamer is wederom niet bindend voor de rechtbank. Deze regeling werd overgenomen uit artikel 12, § 5, tweede lid WCO, dat sinds 12 juni 2017 van kracht is.

Deze laatste bepaling sluit aan op de mogelijkheden tot ontbinding van vennootschappen voorzien in artikel 182 van het Wetboek van Vennootschappen. Dit artikel werd recent gewijzigd door de wet van 17 mei 2017 (tot wijziging van diverse wetten met het oog op de aanvulling van de gerechtelijke ontbindingsprocedure van vennootschappen). Deze wet heeft o.m. tot doel de ontbinding van fictieve slapende vennootschappen te vergemakkelijken. Artikel 182 van het Wetboek van Vennootschappen voorziet nu vier gronden op basis waarvan de rechter de ontbinding van vennootschap-

¹⁵ P. RAMQUET, “Un an d’application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises. L’information, l’accord amiable et la réorganisation par accord, amiable ou collectif, des créanciers” in N. THIRION, *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, Luiik, Anthemis, CUP, 2010, p. 76.

¹⁶ M. VANMEENEN, *De juridische efficiëntie van het handelonderzoek: toetsing van de rechtspraktijk aan de preventiedoelstelling van de wetgeving en de vereisten van de economische en maatschappelijke realiteit*, proefschrift, KU Leuven, 2006, p. 205.

¹⁷ Zie *memorie van toelichting*, Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, p. 46.

¹⁸ D. PASTEGGER, “Actualités du droit des entreprises en difficulté” in N. THIRION (ed.), *Chronique d’actualités en droit commercial*, Brussel, Larcier, 2013, p. 194, nr. 14.

¹⁹ Zie *memorie van toelichting*, Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, p. 47.

²⁰ J.-P. LEBEAU, “La loi du 17 mai 2017 ‘modifiant diverses lois en vue de compléter la procédure de dissolution des sociétés’: le législateur fait le choix de la dissolution judiciaire pour enrayer les abus de personne morale”, *TBH* 2017, afl. 7, p. 678.

pen kan uitspreken. Drie van deze gronden (art. 182, § 2), met name (i) de ambtshalve schrapping van een vennootschap uit het KBO, (ii) het niet verschijnen na twee oproepingen voor de kamers voor ondernemingen in moeilijkheden en (iii) het niet beschikken door de bestuurders/zaakvoerders over de vereiste bekwaamheden en vaardigheden²¹, kunnen enkel bij de rechtbank worden gebracht (“medege-deeld”) door de kamers voor ondernemingen in moeilijkheden (op grond van hun bevoegdheid in art. XX.29 WER). De rechter kan in deze drie gevallen beslissen om hetzij de ontbinding uit te spreken, hetzij het dossier terug te zenden naar de kamer (art. 182, § 2 W.Venn.). Binnen het Wetboek van Vennootschappen bestaan uiteraard nog andere gronden op

basis waarvan de ontbinding van een vennootschap kan worden verzocht bij de rechtbank. In principe kan dit in de meeste gevallen gebeuren door iedere belanghebbende partij (zoals bv. bij daling van het netto-actief voorzien in de art. 333, 432 en 633 W.Venn.). Net als iedere belanghebbende partij kunnen ook de kamers voor ondernemingen in moeilijkheden zich beroepen op deze gronden, maar daarnaast hebben zij nu bijkomend en als enige het recht om de ontbinding te vragen op basis van de drie voormelde gronden opgenomen in artikel 182, § 2 Wetboek van Vennootschappen. Het weze duidelijk dat hiermee een belangrijke rol weggelegd is voor de kamers voor ondernemingen in moeilijkheden in de strijd tegen slapende/fictieve ondernemingen²².

3. VOORLOPIGE MAATREGELEN

18. De nieuwe wet heeft de regels inzake voorlopige maatregelen, die voorheen verspreid waren over de faillissementswet en de wet continuïteit ondernemingen, gegroepeerd in Titel III, en licht gewijzigd. Volgende voorlopige maatregelen kunnen worden onderscheiden: de aanstelling van een gerechtsmandataris, van een voorlopig bewindvoerder in het kader van een gerechtelijke reorganisatie en van de voorlopig bewindvoerder voorafgaand aan een faillissement. De ondernemingsbemiddelaar, die niet als een “voorlopige maatregel” wordt beschouwd, wordt niet hier behandeld maar samen met het minnelijk akkoord (*infra*, nrs. 27-31).

3.1. De gerechtsmandataris

19. Tot de aanstelling van een gerechtsmandataris kan worden overgegaan “wanneer kennelijk grove tekortkomingen van de schuldenaar of een van zijn organen de continuïteit van de onderneming in moeilijkheden of van haar economische activiteit in gevaar brengen en de gevraagde maatregel van die aard is dat zij die continuïteit kan vrijwaren” (art. XX.30 WER). Van een kennelijk grove tekortkoming is bijvoorbeeld sprake in geval van totale afwezigheid van bestuur van de schuldenaar of interne meningsverschillen die het bestuur van de schuldenaar verlammen²³.

20. De aanstelling van een gerechtsmandataris kan worden gevorderd door het openbaar ministerie – wat nieuw is – of elke belanghebbende (bv. aandeelhouder, bestuurder, schuldeiser, werknemer) volgens de vormen van het kort geding²⁴. Bij de aanstelling van een gerechtsmandataris dient de voorzitter nauwkeurig de inhoud en de duur van de opdracht van de gerechtsmandataris vast te stellen (daar deze niet concreet wordt omschreven in de wet)²⁵. De bedoeling is niet dat de gerechtsmandataris volledig het beheer van de onderneming overneemt. De schuldenaar blijft aan het hoofd van de onderneming staan (*debtor in possession*), daarin bijgestaan door de gerechtsmandataris, anders dan bij de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder (zie *infra*, nr. 22).

21. De gerechtsmandataris kan worden aangesteld zowel buiten als binnen een procedure van gerechtelijke reorganisatie²⁶. Indien na de aanstelling van een gerechtsmandataris een gerechtelijke reorganisatie geopend wordt, dient het vonnis dat de gerechtelijke reorganisatie opent of een later vonnis te bepalen in welke mate de opdracht van de gerechtsmandataris moet worden gehandhaafd dan wel gewijzigd of opgeheven (art. XX.30 *in fine* WER).

^{21.} Zie hierover uitgebreid: J.-P. LEBEAU, “La loi du 17 mai 2017 ‘modifiant diverses lois en vue de compléter la procédure de dissolution des sociétés’: le législateur fait le choix de la dissolution judiciaire pour enrayer les abus de personne morale”, *TBH* 2017, afl. 7, p. 665-682.

^{22.} J.-P. LEBEAU, “La loi du 17 mai 2017 ‘modifiant diverses lois en vue de compléter la procédure de dissolution des sociétés’: le législateur fait le choix de la dissolution judiciaire pour enrayer les abus de personne morale”, *TBH* 2017, afl. 7, p. 678.

^{23.} G. VAN VERDEGHEM en F. TAILDEMAN JANSSENS CASTEELS, “Actoren in de WCO: de ondernemingsbemiddelaar, de gedelegeerd rechter, de gerechtsmandatarissen in ruime zin” in *Curatoren en vereffenaars. Actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, p. 323.

^{24.} Zie hierover, N. OUCHINSKY, “Analyse des nouveaux moyens d’action des créanciers dans le cadre d’une procédure de réorganisation judiciaire. Questions choisies” in A. DESPONTIN (ed.), *La réforme du droit de l’insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (r)évolution?*, Brussel, Larcier, 2017, (53) p. 57, nr. 5.

^{25.} I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 92.

^{26.} N. OUCHINSKY, “Analyse des nouveaux moyens d’action des créanciers dans le cadre d’une procédure de réorganisation judiciaire. Questions choisies” in A. DESPONTIN (ed.), *La réforme du droit de l’insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (r)évolution?*, Brussel, Larcier, 2017, (53) p. 56, nr. 3.

3.2. Voorlopige bewindvoerder (tijdens een gerechtelijke reorganisatie)

22. Artikel XX.31 WER herneemt de regeling van artikel 28 WCO waarbij een voorlopige bewindvoerder kan worden aangesteld door de rechtbank tijdens een procedure van gerechtelijke organisatie, indien de schuldenaar of een van zijn organen een kennelijk grove fout heeft begaan. De aanstelling van een voorlopige bewindvoerder vormt een uitzondering op het principe dat de schuldenaar tijdens de opschorting in het bezit van zijn onderneming blijft. Een kennelijk grove “fout” komt overeen met de bewoordingen die gebruikt worden in de bepalingen omtrent bestuurdersaansprakelijkheid (zoals opgenomen in art. XX.225 WER en de verbodsbepaling in art. XX.229). Voorbeelden van dergelijke fout zijn o.a. manifest wanbeheer, fraude, verstrekken van valse informatie aan de schuldeisers of de rechtbank, ...²⁷. De drempel tot het aanstellen van een voorlopige bewindvoerder is hoger dan deze tot het aanstellen van een gerechtsmandataris²⁸.

23. Het initiatief tot aanstelling van dergelijk voorlopige bewindvoerder kan uitgaan van het openbaar ministerie of elke belanghebbende (met inbegrip van concurrenten die een rechtmatig belang kunnen aantonen²⁹).

3.3. Voorlopige bewindvoerder (voorafgaand aan faillissement of gerechtelijke reorganisatie)

24. Artikel XX.32 WER herneemt de regeling voorzien in artikel 8 faillissementswet: de voorzitter van de rechtbank kan aan de onderneming geheel of ten dele het beheer van het geheel of een gedeelte van haar activa ontnemen “wanneer er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende aanwijzingen bestaan dat de voorwaarden voor een faillissement vervuld zijn”. Deze regeling strekt ertoe de schuldenaar preventief het beheer van de onderneming te ontnemen, wanneer een faillissement waarschijnlijk is. De nieuwe wet bevat enkele beperkte wijzigingen t.o.v. de regeling onder de faillissementswet. Zo voorziet artikel XX.32, § 3 WER dat de beschikking tot aanstelling van een voorlopige bewindvoerder niet vervalt, indien binnen een termijn van 21 dagen een vordering tot faillietverklaring, tot gerechtelijke ontbinding of tot gerechtelijke reorganisatie is ingesteld, daar waar dit voorheen enkel gold voor de vordering tot *faillietverklaring* en de termijn slechts 15 dagen bedroeg.

25. De kosten van een voorlopige bewindvoerder worden in geval van betwisting begroot door de rechtbank. Bij navolgende samenloop van schuldeisers geniet de vordering van de voorlopige bewindvoerder van het voorrecht bedoeld in de artikelen 17 en 19, 1° Hypotheekwet of wordt deze vordering behandeld als een buitengewone schuldvordering in de opschorting in een gerechtelijke reorganisatie (art. XX.31, § 6 WER).

4. ONDERNEMINGSBEMIDDELAAR EN MINNELIJK AKKOORD

26. De buitengerechtelijke afhandeling van insolventiesituaties wordt door de Europese wetgever sterk aangemoedigd als alternatief voor een formele insolventieprocedure³⁰. Dit heeft de Belgische wetgever ertoe aangezet om het buitengerechtelijk minnelijk akkoord te versterken. Daarbij kan een belangrijke rol weggelegd zijn voor de ondernemingsbemiddelaar.

4.1. De ondernemingsbemiddelaar

27. De voorzitter van de rechtbank kan, op verzoek van de schuldenaar, een ondernemingsbemiddelaar aanstellen om de reorganisatie van de activiteiten te vergemakkelijken (art. XX.36, § 1 WER)³¹. De bijstand van een ondernemingsbemiddelaar is vrijwillig (en kan niet worden opgelegd door de rechtbank). Indien de schuldenaar dit nuttig acht kan hij daartoe een verzoek indienen op het moment dat hem geschikt lijkt. In principe belet evenwel niets de schuldenaar om – op eigen initiatief en zonder tussenkomst van

²⁷. G. VAN VERDEGHEM en F. TAILDEMAN JANSSENS CASTEELS, “Actoren in de WCO: de ondernemingsbemiddelaar, de gedelegeerd rechter, de gerechtsmandatarissen in ruime zin” in *Curatoren en vereffenaars. Actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, p. 336.

²⁸. N. OUCHINSKY, “Analyse des nouveaux moyens d’action des créanciers dans le cadre d’une procédure de réorganisation judiciaire – questions choisies” in A. DESPONTIN (ed.), *La réforme du droit de l’insolvabilité et ses conséquences (sur le avocats): une (r)évolution?*, Brussel, Larcier, 2017, (53) p. 59, nr. 5.

²⁹. Brussel 21 september 2010, *TRV* 2011, p. 285.

³⁰. Aanbeveling van de Commissie van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie, nr. 2014/135/EU, *Pb.L.* 14 maart 2014, 65-70. Ook over dit onderwerp zie: A. VAN HOE, “Het voorstel van de Europese Commissie inzake insolventierecht: een eerste verkenning”, *In Foro* 2017, 9-15; 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, 81-85 en K. ZWIETEN, “Restructuring law: recommendations from the European Commission”, *Law in Transition* 2014, 2-9.

³¹. Voor een gedetailleerde behandeling, zie B. DE MOOR, “Het nut van de ondernemingsbemiddelaar en andere buitengerechtelijke instrumenten voor de reorganisatie van ondernemingen in moeilijkheden”, *DAOR* 2011, p. 178.

een rechtbank – zelf een specialist aan te stellen die hem bijstaat. De aanstelling van een gerechtelijke, neutrale en onafhankelijke ondernemingsbemiddelaar kan evenwel meer vertrouwen creëren t.a.v. de schuldeisers en de poging om tot een akkoord te komen ernstiger doen overkomen. Dit kan de onderhandelingen versoepelen en/of voor meer geduld en goodwill van de schuldeisers zorgen³².

28. De toegevoegde waarde van een ondernemingsbemiddelaar zit vooral hierin dat zijn aanstelling en opdracht confidentieel zijn, hij een neutrale positie bekleedt (zowel t.o.v. de schuldenaar als de schuldeisers), hij bij gerechtelijke aanstelling geprivilegieerde informele contacten kan hebben met de voorzitter en hij het bestuur of de controle van een onderneming niet overneemt (waardoor er dus niet ernstig wordt ingegrepen in de bestaande structuur van de onderneming). De procedure tot aanstelling van dergelijke ondernemingsbemiddelaar is zeer soepel en flexibel (zo worden door de wet geen vormvereisten opgelegd en kan zijn opdracht in grote mate vrij worden bepaald)³³.

29. Artikel XX.36, § 4 WER voorziet uitdrukkelijk dat de opdracht van de (gerechtelijke) ondernemingsbemiddelaar ertoe strekt om, zowel buiten als binnen het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie, een minnelijk akkoord voor te bereiden en te bevorderen, hetzij het akkoord van de schuldeisers te verkrijgen over een reorganisatieplan ofwel de overdracht onder gerechtelijk gezag aan een of meerdere derden van het geheel of een gedeelte van de activa of activiteiten. In de praktijk zal een rechter vaak in samenspraak met de schuldenaar een juridisch of economisch geschoolde expert aanduiden met als opdracht het grondig analyseren van de onderneming, het onderhandelen met de voornaamste schuldeisers, en in voorkomend geval, het rapporteren aan de rechtbank (in het bijzonder de kamers voor ondernemingen in moeilijkheden)³⁴.

30. Nieuw t.o.v. de WCO is dat de rechter de opdracht van de ondernemingsbemiddelaar kan laten doorlopen tijdens een procedure van gerechtelijke organisatie (art. XX.36, § 4 WER). In de *memorie van toelichting* wordt terecht benadrukt dat de opdracht van de bemiddelaar moet kunnen evolueren naar gelang de concrete situatie en deze zijn opdracht dus ook moet kunnen blijven uitoefenen na aanvang van een procedure³⁵.

31. De opdracht van de ondernemingsbemiddelaar kan

vrijwillig worden beëindigd wanneer de bemiddelaar of de schuldenaar dit beslissen en de rechtbank hiervan op de hoogte brengen (art. XX.36, § 5 WER). In artikel XX.36, § 6 WER wordt vervolgens nog uitdrukkelijk toegevoegd dat indien er geen akkoord bestaat over de definitieve staat van kosten en ereloon van de ondernemingsbemiddelaar, de rechter deze zelf vaststelt. Ook wordt in artikel XX.36, § 7 WER bepaald dat in geval van samenloop met andere schuldeisers de bemiddelaar geniet van het voorrecht bedoeld in de artikelen 17 en 19, 1° van de Hypotheekwet van 16 december 1851 of dat, in het kader van een reorganisatieplan, deze vordering wordt behandeld als een buitengewone schuldvordering in de opschorting.

4.2. Het buitengerechtelijk minnelijk akkoord

32. Het buitengerechtelijk minnelijk akkoord is in essentie een overeenkomst die wordt gesloten tussen de schuldenaar en bepaalde van zijn schuldeisers waarbij deze schuldeisers, overeenkomstig de modaliteiten vastgelegd tussen de partijen, toestemmen met gepaste maatregelen die dienen tot het herstel van de financiële situatie van de schuldenaar, zoals bijvoorbeeld betalingstermijnen, kwijtscheldingen van schuld, de omzetting van schuldvorderingen in aandelen, ...³⁶. Het basisprincipe van dergelijk akkoord is dat partijen – buiten het kader van een gerechtelijke procedure om – in alle discretie en op basis van de wilsautonomie onderhandelen en een overeenkomst kunnen sluiten. Derden zijn niet gebonden door de bepalingen van deze overeenkomst (alhoewel zij er in vele gevallen wel feitelijk gevolgen van zullen ondergaan, gunstige of ongunstige), wat het minnelijk akkoord onderscheidt van de gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord.

33. Reeds geruime tijd voordat het minnelijk akkoord een wettelijke basis kreeg, werden dergelijke akkoorden afgesloten tussen de schuldenaar en schuldeisers³⁷. Het voordeel is dat met deze akkoorden o.a. weinig publiciteit gepaard gaat (en andere schuldeisers van de schuldenaar dus niet op de hoogte worden gebracht van de financiële moeilijkheden). Evenwel bestonden er nog tal van onzekerheden, zoals onder meer wat er gebeurt met het minnelijk akkoord en vooral de reeds uitgevoerde handelingen indien de schuldenaar na het afsluiten ervan alsnog failliet wordt verklaard. De WCO kwam voor een stuk reeds tegemoet aan deze onzekerheden, onder meer door een aantal regels van de verdachte periode

³². I. VEROUGSTRÆTE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 70.

³³. B. DE MOOR, “Het nut van de ondernemingsbemiddelaar en andere buitengerechtelijke instrumenten voor de reorganisatie van ondernemingen in moeilijkheden”, *DAOR* 2011, p. 186.

³⁴. B. DE MOOR, “Het nut van de ondernemingsbemiddelaar en andere buitengerechtelijke instrumenten voor de reorganisatie van ondernemingen in moeilijkheden”, *DAOR* 2011, p. 183.

³⁵. Zie *memorie van toelichting*, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, p. 50-51.

³⁶. Voor een gedetailleerde analyse van de voorwaarden, zie S. BRIJS en M. VAN HOECKE, “Minnelijke akkoorden en de WCO” in X, *Faillissement & Reorganisatie*, I.H.1-I.H.52; K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 47.

³⁷. Zie hierover bv. zie P. COLLE, *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, Antwerpen, Maklu, 1989, p. 71 *et seq.*

bij een faillissement buiten spel te zetten in geval van een minnelijk akkoord. De nieuwe wet gaat verder op deze ingeslagen weg.

34. Op grond van artikel XX.37, § 1 WER kan de schuldenaar “aan al zijn schuldeisers of aan twee of meer onder hen een minnelijk akkoord voorstellen met het oog op de reorganisatie van het geheel of een gedeelte van zijn activa of van zijn activiteiten”. Er dienen dus zoals voorheen (minstens) twee schuldeisers betrokken te zijn bij het minnelijk akkoord³⁸.

35. Net zoals in de WCO het geval was, voorziet artikel XX.37, § 2 WER dat bepaalde regels inzake de verdachte periode – opgenomen in de artikelen XX.111, 2° en 3° en XX.112 WER (art. 17 en 18 Faillissementswet) – niet toepasselijk zijn ingeval de poging tot sanering later mislukt. Het minnelijk akkoord – en de handelingen gesteld in uitvoering ervan – is (zijn) dus beschermd indien er later een faillissement volgt. De uitschakeling van deze artikelen bij het minnelijk akkoord houdt dus in dat alle betalingen, hetzij in geld, hetzij bij overdracht, verkoop, schuldvergelijking of anderszins, wegens niet vervallen schulden, en alle betalingen anders dan in geld of in handelspapier betreffende vervallen schulden niet meer het voorwerp kunnen uitmaken van acties van de curator teneinde deze transacties niet tegenwerpelijk te verklaren aan de boedel, ook al zijn deze betalingen gesteld in de verdachte periode (art. 17, 2° faillissementswet, thans art. XX.111, 2° WER). Ook de regel van artikel 18 faillissementswet (thans XX.112 WER) dat alle andere betalingen door de schuldenaar gedaan wegens vervallen schulden en alle handelingen onder bezwarende titel door hem aangegaan na staking van betaling en voor het vonnis van faillietverklaring niet-tegenwerpbaar kunnen worden verklaard, speelt niet bij het minnelijk akkoord. Een belangrijke nieuwigheid is dat artikel XX.37 WER, in tegenstelling tot artikel 15 WCO, nu ook de regeling van artikel 17, 3° faillissementswet onder deze immuniteit laat vallen, met name “alle bedongen hypotheke en alle rechten van gebruikspand of van pand, op de goederen van de schuldenaar gevestigd wegens voordien aangegane schulden”. Voor oude schulden kunnen aldus nieuwe zekerheden gevestigd worden in het kader van een buitengerechtelijk minnelijk akkoord, en deze zekerheden zullen in principe

niet aangevochten kunnen worden in een later faillissement. Deze toevoeging kan zeer belangrijk zijn in de praktijk, waarbij de minnelijke herstructurering van schulden vaak gepaard gaat met het vestigen van bijkomende zekerheden.

36. Door deze regels van de verdachte periode uit te schakelen, biedt de wetgever meer zekerheid aan de schuldenaar en de bij het akkoord betrokken schuldeisers³⁹. Dit heeft echter wel tot gevolg dat derden en niet-betrokken schuldeisers, die in principe niet gebonden zijn door het minnelijk akkoord, ingevolge deze geboden bescherming dus toch onrechtstreeks beïnvloed en “geschaad” kunnen worden in hun economische belangen⁴⁰. Wel moet voor ogen gehouden worden dat andere beschermingsmechanismen ten voordele van de schuldeisers wel nog van kracht blijven, zoals bijvoorbeeld de *actio pauliana* door de curator, een nietigheidsvordering indien de buitengerechtelijke overeenkomst de openbare orde of goede zeden schendt, handelingen die vallen onder artikel XX.111, 1° (art. 17, 1° Faillissementswet), enz.⁴¹. Bovendien kan de curator wel ook nog aanvoeren dat het minnelijk akkoord niet beantwoordt aan de vereisten van artikel XX.37 WER en daardoor niet de bescherming geniet van artikel XX.37, § 2 WER. Het principe is evenwel dat legitieme handelingen (waarbij de legitimiteit beoordeeld wordt in functie van de mogelijke bijdragen tot de continuïteit van de onderneming) onaantastbaar zijn in een later faillissement.

37. De nieuwe wet voegt enkele belangrijke vormvoorwaarden toe opdat het minnelijk akkoord kan genieten van de bescherming van artikel XX.37, § 2 WER. Niet alleen dient het akkoord te worden vastgesteld in een geschrift dat wordt bewaard in het register, tevens moet de nagestreefde (reorganisatie)doelstelling in de tekst worden vermeld en moet het nut van het akkoord voor de reorganisatie daarin worden gemotiveerd.

38. Naast de uitschakeling van bepaalde regels uit de verdachte periode, schakelt de nieuwe wet (art. XX.37, § 2, eerste lid WER) thans ook de toepassing uit van artikel 1328 BW (betreffende het burgerlijk bewijs van de vaste datum van een onderhandse akte) bij een minnelijk akkoord (mits voldaan is aan de bovenvermelde (vorm)voorwaarden).

³⁸ Zie *memorie van toelichting, Parl.St. Kamer 2016-17*, nr. 54-2407/001, pp. 51-52; over het nut van deze vereiste, zie o.m. S. LOOSVELD, “Een minnelijk akkoord als doel van een gerechtelijke reorganisatieprocedure: de zin en onzin van de wettelijke drempel van minstens twee schuldeisers”, *RAGB* 2010, p. 519 *et seq.*

³⁹ K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 48.

⁴⁰ R. JANSEN, “Far West-recht: enkele kritische kanttekeningen bij het buitengerechtelijk minnelijk akkoord in de nieuwe wet continuïteit ondernemingen”, *RW* 2008-09, afl. 37, nr. 11; zie ook J.-Ph. LEBEAU, “Le champ d’application de la loi relative à la continuité des entreprises – L’accord amiable – Le principe du ‘portail’” in *La loi relative à la continuité des entreprises / De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Anthemis, Intersentia, 2010, p. 66.

⁴¹ M. GREGOIRE, *Procédures collectives d’insolvabilité*, Brussel, Bruylant, 2012, 186; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 101; P. RAMQUET, “Un an d’application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises. L’information, l’accord amiable et la réorganisation par accord, amiable ou collectif, des créanciers” in N. THIRION, *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, Luik, Anthemis, CUP, 2010, p. 90.

Deze vernieuwing heeft eveneens de vereenvoudiging en doeltreffendheid van het akkoord voor ogen.

39. Daarnaast dient het minnelijk akkoord voortaan ook een uitdrukkelijke vertrouwelijkheidsclausule en onsplitbaarheidsclausule te bevatten (art. XX.37, § 2, eerste en tweede lid WER). Dit wederom in de hoop deze figuur kracht bij te zetten. De wetgever wenst namelijk de impact van het akkoord te vergroten door het doel ervan te onderstrepen: het uitwerken van een discreet akkoord van een vrijwillige en door betrouwbare partners gedeelde strategie voor het herstel van de onderneming⁴².

40. De positie van de deelnemende schuldeisers aan het minnelijk akkoord wordt ten slotte nog in grote mate versterkt door de volgende twee regels.

Ten eerste voorziet artikel XX.37, § 4 WER dat wanneer de voorwaarden van het minnelijk akkoord zijn vervuld, “schuldeisers die deelnemen aan een minnelijk akkoord niet aansprakelijk kunnen worden gesteld door de schuldenaar, een andere schuldeiser of derden, enkel en alleen omdat het minnelijk akkoord niet daadwerkelijk de mogelijkheid heeft geboden de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de activa of van de activiteit te behouden”. Hiermee tracht de nieuwe wet een bijkomende geruststelling in te bouwen voor de schuldeisers van de onderneming die meewerken aan het minnelijk akkoord voor het geval dat de poging tot herstel mislukt⁴³. Men moet evenwel voor ogen houden dat dit *enkel* bescherming biedt voor aansprakelijkheidsvorderingen die gegrond zijn op het feit dat achteraf blijkt dat het minnelijk akkoord niet heeft mogen baten. Aansprakelijkheid op grond van andere specifieke foutieve handelingen is hiermee niet gedekt. De hiermee geboden bescherming is dus eerder gering, en lijkt vooral symbolisch.

De tweede, en misschien wel belangrijkste, verandering betreft de mogelijkheid om de uitvoerbaarheid te verlenen aan alle of een deel van de in het akkoord vermelde schuldvorderingen én om het akkoord te homologeren. Concreet bepaalt artikel XX.38 WER dat “wanneer de partijen het vragen bij gezamenlijke vordering, de voorzitter van de rechtbank het minnelijk akkoord kan homologeren, en in voorkomend geval, een uitvoerend karakter aan alle of een deel van de erin vermelde schuldvorderingen kan verlenen”. Wat betreft de homologatie bepaalt artikel XX.38 WER dat de rechter bij de toekenning van deze homologatie nagaat of het minnelijk akkoord voldoet aan de formele vereisten (zoals voorzien in art. XX.37 WER). De toegevoegde waarde van deze homologatie is dus dat een rechter op voorhand nagaat of het minnelijk akkoord voldoet aan de voorwaarden om te kunnen genieten van de bescherming.

Wat betreft de mogelijkheid om ook een uitvoerbare titel te krijgen, dit vormt een niet te onderschatten voordeel voor de bij het minnelijk akkoord betrokken schuldeisers. Voor de schuldeisers bij een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord werd dit (helaas) niet in de wet geregeld voor de schuldvorderingen bepaald in het reorganisatieplan⁴⁴.

De rechter kan in het kader van de homologatie en/of uitvoerbaarverklaring bovendien ook beslissen om de opdracht van de ondernemingsbemiddelaar desgevallend te verlenen.

41. Tot slot voorziet de nieuwe wet dat, in geval van samenloop van schuldeisers, de kosten van de ondernemingsbemiddelaar genieten van het voorrecht bedoeld in de artikelen 17 en 19, 1° van de Hypotheekwet. Met deze vernieuwing in het voordeel van de schuldbemiddelaar worden inefficiënte discussies i.v.m. erelonen of gerechtskosten vermeden⁴⁵.

5. REQUIEM VOOR HET STIL FAILLISSEMENT

42. Een van de ambitieuze vernieuwingen die de regering met de nieuwe wet voor ogen had, was de invoering van een wettelijke grondslag voor het zgn. stil faillissement⁴⁶. Het stil faillissement, dat reeds geruime tijd ingeburgerd is in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk (gekend onder de noemer van *pre-pack*), strekt ertoe het formeel faillissement van de schuldenaar in “alle stilte” voor te bereiden, om zo betere resultaten voor alle stakeholders te realiseren. De

praktijk van het stil faillissement werd reeds door (grotere) ondernemingen toegepast in ons land, maar dit zonder dat er een duidelijke wettelijke basis voor bestond. De nieuwe wet wenste hier aan tegemoet te komen.

43. Concreet voorzag het wetsontwerp (zie art. XX.34-35 van het wetsontwerp zoals ingediend in de Kamer) dat, in bepaalde dringende situaties waar de voorwaarden van een

⁴². Zie *memorie van toelichting*, Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, p. 52.

⁴³. Zie *memorie van toelichting*, Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, p. 53.

⁴⁴. Zie hierover uitgebreid: S. BRIJS en R. LINDEMANS, “Over het verkrijgen van een uitvoerbare titel in het kader van de WCO”, *TBH* 2013, afl. 8, p. 723-740.

⁴⁵. Zie *memorie van toelichting*, Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, p. 53.

⁴⁶. Zie hierover algemeen, R. AYDOGDU, “La réforme du transfert d’entreprise par la loi du 11 août 2017: le silence assourdissant de la faillite silencieuse” in A. DESPONTIN (ed.), *La réforme du droit de l’insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (r)évolution?*, Brussel, Larcier, 2017, (139) 158-162.

faillissement reeds vervuld zijn, een “pre-curator” zou kunnen worden aangesteld. Deze zou dan beschikken over de mogelijkheid om – in alle discretie – verschillende opties te onderzoeken voor de schuldenaar, met het oog op de beperking van de eventuele schade in geval van een later faillissement of de kansen van een gunstige verkoop van de activa van de ondernemingen te verhogen, evenals te trachten zoveel mogelijk de tewerkstelling te behouden⁴⁷. In dit kader voorzagt de wet dat een schuldenaar – die meent in staat van faillissement te verkeren – de rechtbank via een verzoekschrift kon vragen tot aanstelling van dergelijke pre-curator. De schuldenaar diende hierbij in zijn verzoekschrift te motiveren dat deze wijze van voorbereiding (i) de schade bij een later faillissement kan beperken, (ii) de kans op een gunstige verkoop van activa bij later faillissement verhoogt of (iii) het behoud van meer werkgelegenheid mogelijk maakt.

44. De doelstelling van het wetsontwerp bestond er dus onder meer in een wettelijk regeling te voorzien ter bevordering van de vrijwaring van de continuïteit van de onderneming, door de mogelijkheid te bieden discreet een eigenlijk faillissement voor te bereiden. Het voordeel hiervan is dat de onderneming in deze eerste stille periode geen reputatieschade lijdt en verder blijft functioneren, waardoor zij vervolgens in meer gunstige omstandigheden zou kunnen doorstarten. Dit is zowel in het voordeel van de schuldeisers als van de schuldenaar, maar draagt ook bij tot het behoud van de tewerkstelling van werknemers.

45. Dat het stil faillissement de parlementaire eindmeet niet heeft gehaald, is rechtstreeks te wijten aan de onzekerheid ontstaan n.a.v. het “*Estro / Smallsteps*”-arrest dat op 22 juni 2017 (C-126/16) door het Europese Hof van Justitie werd gewezen⁴⁸. Dit arrest betrof het faillissement van de Nederlandse *Estro Groep BV* en de inzet was de interpretatie en verenigbaarheid van de Europese richtlijn nr. 2001/23/

EG van 12 maart 2001⁴⁹ met de in Nederland toegepaste figuur van de “*pre-pack*”. Eén van de voorwaarden die artikel 5, 1. van de richtlijn bepaalt opdat de bescherming van de richtlijn t.a.v. de werknemers niet toepasselijk zou zijn, is dat de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of soortgelijke procedure met het oog op de *liquidatie* van het vermogen van de vervreemder. In het *Estro / Smallsteps*-arrest oordeelde het Hof – kort gezegd – dat het Nederlandse concept van een *pre-pack* niet kwalificeert als een faillissementsprocedure die gericht is op de liquidatie van de onderneming, daar de *pre-pack* beoogt om de overdracht van een onderneming voor te bereiden om dan na de faillietverklaring een snelle doorstart mogelijk te maken van de levensvatbare onderdelen van de ondernemer teneinde de waarde van de onderneming en de werkgelegenheid te behouden. Het Hof oordeelt dat onder deze omstandigheden moet worden vastgesteld dat de *pre-pack* niet de liquidatie van de onderneming beoogt (zodat het economische en sociale doel ervan niet kunnen rechtvaardigen dat de werknemers worden beroofd van de bescherming geboden door de richtlijn). Dit arrest heeft tal van reacties en vragen uitgelokt. Het Parlement vond het aangewezen om thans en in afwachting van de verwachte evoluties in de rechtspraak en de rechtsleer, de voorziene regeling van het stil faillissement voorlopig niet in te voeren⁵⁰ daar het niet kan worden uitgesloten dat deze regeling volgens het Hof ook niet kwalificeert als een faillissementsprocedure gericht op de liquidatie van de onderneming. De *memorie van toelichting* bij dit artikel voorzagt namelijk expliciet dat het doel van de procedure “*het vrijwaren van de continuïteit van de onderneming of van de activiteiten tot doel heeft*”. Bijgevolg werd het voorstel geschrapt. Men wenste niet dat de nieuwe wet – die nu net tot doel had meer zekerheid te creëren – een onzekere regeling in het leven zou roepen. Een onzeker kader zou in de herstructureringspraktijk ook niet gebruikt worden.

6. BESLUIT

46. Wat de in deze bijdrage behandelde onderwerpen betreft, heeft de wetgever het goede van de oude wetgeving behouden. Fundamentele wijzigingen vallen niet te noteren. Niettemin voorziet de wet toch in een aantal interessante nieuwigheden. Zo wordt de rol van de kamers voor onder-

nemingen in moeilijkheden versterkt, en wordt het buitengerechtelijk minnelijk akkoord aantrekkelijker gemaakt, dit zowel voor schuldeisers als schuldenaar. De grootste innovatie, het stil faillissement, heeft helaas de eindmeet niet gehaald.

⁴⁷. Zie *memorie van toelichting* bij art. XX.33 van het wetsontwerp, *Parl.St.* Kamer, 2016-17, nr. 54-2407/001, p. 49.

⁴⁸. Zie hierover, V. FREMAT, P. DIELTJENS en J. PEETERS, “Het einde van het ‘stil’ faillissement of slechts een tijdelijk afscheid?”, *In Foro* 2017, 17-23.

⁴⁹. Richtlijn nr. 2001/23/EG van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen.

⁵⁰. Wetsontwerp houdende invoeging van Boek XX “Insolventie van ondernemingen” in het Wetboek economisch recht, en houdende de invoeging van definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek XX, in Boek I van het Wetboek van economisch recht, Amendementen, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/006, p. 76 (amendement nr. 136 van M. VERHERSTRAETEN).