

RECHTSLEER DOCTRINE

INSOLVENTIE / INSOLVABILITÉ

When the wind of change blows: Europa zet in op harmonisering van herstructurering en tweede kansbeleid

Melissa Vanmeenen¹

Inleiding	466
Afdeling 1. Wat voorafging	467
Afdeling 2. De richtlijn betreffende herstructurering en insolventie ont(k)leed	469
§ 1. Kernprincipes, toepassingsgebied en doelstellingen	469
§ 2. Preventieve herstructureringsstelsels	470
§ 3. Kwijtschelding van schuld en beroepsverbod	474
§ 4. Efficiëntiebevordering van de procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld	475
Conclusie	476

SAMENVATTING

Na ruim 2 jaar is de richtlijn betreffende herstructurering en insolventie een feit. Deze richtlijn voorziet in minimumharmonisatie van zogenaamde preventieve herstructureringsstelsels. Daarnaast worden er basisregels vastgelegd om de fresh start van natuurlijke personen-ondernemers binnen Europa te uniformiseren. In eenzelfde beweging benadrukt Europa het belang van deskundige insolventiespecialisten, zowel binnen het gerechtelijk apparaat als in het werkveld. Deze bijdrage laat de lezer kennis maken met de basisprincipes van de nieuwe richtlijn.

RÉSUMÉ

Après plus de 2 ans, la directive sur les restructurations et l'insolvabilité a atteint sa phase finale. Cette directive prévoit une harmonisation minimale pour les cadres de restructuration préventifs. En outre, des règles de base sont définies pour uniformiser la seconde chance des entrepreneurs- personnes physiques en Europe. A la même occasion, l'Europe souligne l'importance des experts qualifiés en droit de l'insolvabilité, tant au sein de l'organisation judiciaire que sur le terrain. Cette contribution introduit le lecteur aux principes de base de la nouvelle directive.

INLEIDING

1. Op 28 maart 2019 keurde het Europees Parlement² in eerste lezing de tekst goed van de richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructure-

ringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering,

¹ Onderzoeksgroep Onderneming & Recht, Universiteit Antwerpen.

insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van richtlijn (EU) nr. 2017/1132³, verkort “*Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie*”⁴. Vervolgens werd deze tekst op 6 juni 2019 bevestigd door de Raad van de EU (Justitie en Binnenlandse Zaken)⁵. Na de ondertekening en de publicatie treedt de richtlijn definitief in werking.

In deze bijdrage wordt duiding gegeven bij de achtergrond, de totstandkoming en de inhoud van de richtlijn betreffende herstructurering en insolventie⁶. Het betreft een inleiding, waarbij enkel de grote lijnen van de richtlijn worden geschetst⁷. Andere bijdragen in dit tijdschrift zullen de inhoudelijke aspecten van de richtlijn diepgaander analyse-

ren. Zo wordt in dit nummer specifiek aandacht besteed aan de goedkeuring en rechterlijke bevestiging van herstructureringsplannen⁸. In toekomstige bijdragen in dit tijdschrift zullen we grondig analyseren op welke punten het Belgisch insolventierecht aangepast moet worden om in overeenstemming te zijn met het nieuw Europese kader. De richtlijn moet in beginsel worden geïntegreerd in het Belgisch recht binnen 2 jaar⁹ na de inwerkingtreding ervan. In de veronderstelling dat de richtlijn binnenkort gepubliceerd wordt in het *Publicatieblad*, dienen eventuele aanpassingen tegen de zomer van 2021 te worden doorgevoerd.

AFDELING 1. WAT VOORAFGING

2. Het Europees insolventierecht is een groeiend rechtsdomein. De Europese insolventieverordening¹⁰, goedgekeurd in 2000 en herzien in 2015, vormt het fundament van het wetgevend kader. Deze verordening focust evenwel enkel op procedurele aspecten: bevoegdheid van de rechter, toepasselijk recht, erkenning van de procedures, bescherming van de schuldeisers, informatieverstrekking, enz.¹¹.

Daarnaast groeide ook gestaag de aandacht voor harmonisering van het materieel insolventierecht. Zo keurde het Europees Parlement in november 2011 een resolutie goed, waarin aanbevelingen tot harmonisatie van insolventieprocedures worden gedaan¹². In de resolutie worden verschillende punten aangestipt waarvoor een uniforme Europese regeling nuttig lijkt.

2. Zie persbericht van 28 maart 2019, beschikbaar op www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190328IPR33600/meps-approve-rules-on-business-insolvency (laatst geraadpleegd op 3 juni 2019).
3. Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van richtlijn (EU) 2017/1132, Europese Commissie, COM(2016) 723 final, 22 november 2016. Voor een overzicht van het wetgevend proces en een stand van zaken, zie www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:52016PC0723 (laatst geraadpleegd op 3 juni 2019). De publicatie van de richtlijn vond plaats op 26 juni 2019, zie Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), *Pb.* L 26 juni 2019, afl. 172, 18.
4. In deze bijdrage verwijst het begrip “richtlijn” steeds naar de richtlijn betreffende herstructurering en insolventie, tenzij anders wordt aangegeven.
5. Zie persbericht van 6 juni 2019, beschikbaar op www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/06/06/giving-entrepreneurs-a-second-chance-new-rules-on-business-insolvency-adopted/ (laatst geraadpleegd op 10 juni 2019).
6. De bijdrage werd opgesteld aan de hand van de ontwerpversie van de richtlijn die hier beschikbaar is: www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=consil:ST_9170_2019_INIT – versie 15 mei 2019. Deze tekst werd op 6 juni 2019 goedgekeurd door de Raad en kan beschouwd worden als de definitieve versie, die gepubliceerd zal worden. Zie over een vroegere ontwerpversie van de richtlijn: B. DE MOOR, M. CALLEBAUT en F. TAILDEMAN, “Les procédures de réorganisation judiciaire de droit belge confrontées aux dispositions de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs”, *DAOR*, 2018/4, nr. 128, 25-62. Noteer dat de ontwerpversie die besproken wordt in deze bijdrage later nog werd gewijzigd, zodat de bijdrage niet meer op alle punten actueel is. Voor een Franse kijk, zie R. DAMMANN en V. ROTARU, “Premières réflexions sur la transposition de la future directive sur les restructurations préventives”, *D.* 2018, 3195.
7. Voor een boeiend overzicht met aanbevelingen rond herstructurering in Europa, zie L. STANGHELLINI, R. MOKAL, C. PAULUS en I. TIRADO, *Best practices in European restructuring. Contractualised distress resolution in the shadow of the law*, Milaan, Kluwer, 2018, 280 p, ook beschikbaar online www.codire.eu/wp-content/uploads/2018/11/Stanghellini-Mokal-Paulus-Tirado-Best-practices-in-European-restructuring.-Contractualised-distress-resolution-in-the-shadow-of-the-law-2018-1.pdf, laatst geraadpleegd op 3 juni 2019.
8. Zie R.J. DE WEJES, A.L. JONKERS en M. MALAKOTIPOUR, “The imminent distortion of European insolvency law: How the European Union erodes the basic fabric of private law by allowing ‘Relative Priority’ (RPR)”, *TBH* 2019, nr. 4.
9. Respectievelijk 5 of 7 jaar wat betreft het operationaliseren van elektronische procedures; zie art. 34 richtlijn.
10. Verordening (EG) nr. 1346/2000 van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (*Pb.* 30 juni 2000), referentie en verordening (EU) nr. 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (*Pb.* 5 juni 2015).
11. Zie over de verhouding tussen de insolventieverordening en de richtlijn, F. GARCIMARTIN, “Cross-border restructuring proceedings within the EU: the insolvency regulation and the future directive on restructuring frameworks”, juni 2018, beschikbaar via www.ssrn.com/abstract=3205217 (laatst geraadpleegd 3 juni 2019).
12. Zie 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, 1-9). Het Europees Parlement liet verschillende studies uitvoeren om de wenselijkheid en de haalbaarheid van harmonisatie van (bepaalde aspecten van) insolventierecht te onderzoeken; voor een overzicht, zie www.europarl.europa.eu/committees/en/supporting-analyses-search.html, laatst geraadpleegd op 3 juni 2019.

De Europese Commissie was dezelfde mening toegedaan¹³ en met het oog op de versterking van de interne markt werden verschillende initiatieven ondernomen om de nationale insolventiewetgevingen¹⁴ performanter te maken en op elkaar af te stemmen¹⁵. Om deze harmonisering te stimuleren, publiceerde de Commissie in 2014 de *aanbeveling inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie*¹⁶. In deze aanbeveling worden 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 moeilijkheden. Deze regels worden gevat onder de noemer “preventieve herstructureringsstelsels”. Daarnaast besteedt de Commissie ook aandacht aan minimumnormen voor schuldkwijtschelding in hoofde van failliete ondernemers.

In haar aanbeveling spoorde de Commissie de lidstaten aan om hun nationale wetgevingen te onderzoeken en waar nodig bij te sturen ten laatste tegen 14 maart 2015. De reacties van de lidstaten bleven evenwel beperkt¹⁷. In België werden geen aanpassingen doorgevoerd, waarbij specifiek rekening werd gehouden met de aanbeveling. Bij de grondige herziening van het Belgisch insolventierecht door de

invoering van Boek XX WER¹⁸, werd uitgebreid aandacht besteed aan de Europese insolventieverordening¹⁹. De aanbeveling (en de opvolger ervan: de richtlijn betreffende herstructurering en insolventie) bleven zo goed als buiten het vizier.

3. Door de teleurstellende resultaten van de aanbeveling besloot de Europese Commissie om het geweer van schouder te veranderen. Om haar initiatieven kracht bij te zetten (en afdwingbaar te maken), werd in 2016 een ontwerp van richtlijn ingediend waarin de principes uit de aanbeveling werden hernomen, verfijnd en uitgebreid op bepaalde punten²⁰. Het ontwerp werd voorbereid door een groep van experts uit verschillende lidstaten²¹ rekening houdend met een uitgebreide empirische studie uitgevoerd door de University of Leeds²². Sinds de neerlegging in 2016 werd het ontwerp van richtlijn in verschillende Europese gremia besproken en geamendeerd²³. De recente goedkeuring door het Europees Parlement²⁴ en de Raad van de EU (Justitie en Binnenlandse Zaken) waren de laatste stappen in het wetgevend proces.

¹³. Zie o.a. mededeling van de Commissie “Een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie”, 12 december 2012, COM(2012) 742.

¹⁴. Zie voor een overzicht van de verschillen tussen nationale insolventiewetgeving, 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 www.ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm.

¹⁵. Voor een recente studie met een omvattend overzicht van de gangbare praktijken in de verschillende lidstaten en een grondige analyse van deze gelijkenissen en verschillen, inclusief aanbevelingen tot verbetering, zie B. WESSELS en S. MADAUS, *Instrument of the European Law Institute – Rescue of Business in Insolvency Law*, september 6, 2017, 400 p., ISBN: 978-3-9503458-9-6, available at www.ssrn.com/abstract=3032309, laatst geraadpleegd op 3 juni 2019. De publicatie van de richtlijn vond plaats op 26 juni 2019, zie Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), *Pb. L* 26 juni 2019, afl. 172, 18.

¹⁶. Aanbeveling nr. 2014/135/EU van de Commissie van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie (*Pb. L* 74 van 14 maart 2014, 65-70), hier verder geciteerd als “aanbeveling”.

¹⁷. Zie hierover de uitgebreide studie van de University of Leeds, *Study on a new approach to business failure and insolvency: Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices*, januari 2016, 218-280, beschikbaar via www.ec.europa.eu/info/sites/info/files/insolvency_study_2016_final_en.pdf (laatst geraadpleegd op 3 juni 2019).

Zie ook kritisch 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.

¹⁸. Wet van 11 augustus 2017 houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek XX in het Boek I van het Wetboek van economisch recht (*BS* 11 september 2017), hierna “Boek XX WER”.

¹⁹. Zie Titel VII in Boek XX WER. Vgl. tevens wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XX, en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek XX, in Boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, 8-15.

²⁰. De impact van de voorstellen van de Commissie werden vooraf onderzocht; zie *Impact assessment study on policy options for a new initiative on minimum standards in insolvency and restructuring law*, JUST /2015/JCOO/FWCIV10103FRAMEWORK CONTRACT ENTR/172/PP/2012FC LOT 2, 2017, beschikbaar via www.ec.europa.eu/info/sites/info/files/final_report_formatted_jiipib2_for_publication_final_opoce.pdf (laatst geraadpleegd op 3 juni 2019).

²¹. Zie www.ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupID=3362, (laatst geraadpleegd op 3 juni 2019) voor een overzicht van de leden en een samenvatting van de vergaderingen.

²². *Study on a new approach to business failure and insolvency: Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices*, januari 2016, 464 p., beschikbaar via www.ec.europa.eu/info/sites/info/files/insolvency_study_2016_final_en.pdf (laatst geraadpleegd op 3 juni 2019).

²³. Voor een overzicht van de verschillende stappen en de bijhorende documenten, zie www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-deeper-and-fairer-internal-market-with-a-strengthened-industrial-base-financial-services/file-business-insolvency (laatst geraadpleegd op 3 juni 2019).

²⁴. Zie ook het waardevolle verslag van de parlementaire Commissie juridische zaken over het voorstel voor richtlijn van de Europese Commissie, rapporteur A. NIEBLER, 2018, 183 p., beschikbaar via [www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2018/0269/P8_A\(2018\)0269_NL.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2018/0269/P8_A(2018)0269_NL.pdf) (laatst geraadpleegd op 3 juni 2019). Voorafgaand liet het Europees Parlement ook een studie uitvoeren over de wenselijkheid van het voorstel van de Commissie; zie R. DAMMANN, *The Commission Insolvency Proposal and its Impact on the Protection of Creditors*, juni 2017, 42 p., beschikbaar via [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583155/IPOL_STU\(2017\)583155_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583155/IPOL_STU(2017)583155_EN.pdf) (laatst geraadpleegd op 3 juni 2019).

AFDELING 2. DE RICHTLIJN BETREFFENDE HERSTRUCTURERING EN INSOLVENTIE ONT(K)LEED

§ 1. Kernprincipes, toepassingsgebied en doelstellingen

De richtlijn betreffende herstructurering bevat 3 grote onderdelen:

- preventieve herstructureringsstelsels voor schuldenaren in financiële moeilijkheden indien er kans op insolventie bestaat, teneinde insolventie van de schuldenaar te voorkomen en de levensvatbaarheid van de schuldenaar te verzekeren (Titel II);
- procedures die tot kwijtschelding van schuld voor insolvente ondernemers leiden, met inbegrip van bepalingen inzake beroepsverbod (Titel III); en
- maatregelen met het oog op efficiëntere procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld (Titel IV).

4. Het toepassingsgebied van de richtlijn betreffende herstructurering en insolventie wordt uitvoerig geregeld in artikel 1.

De richtlijn heeft betrekking op schuldenaren met een ondernemingsactiviteit. De richtlijn maakt een onderscheid tussen “schuldenaren” en “ondernemers”. Hoewel het eerste begrip “schuldenaar” niet wordt gedefinieerd, blijkt uit de context van de richtlijn dat hiermee in beginsel²⁵ zowel rechtspersonen als natuurlijke personen worden bedoeld. Het begrip “ondernemer” wordt wel gedefinieerd, het gaat om “*een natuurlijke persoon die een handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit uitoefent*”²⁶. Het begrip “ondernemer” wordt in de richtlijn enkel gebruikt in de context van de schuldkwijtschelding en het beroepsverbod (zie Titel III richtlijn). Hiermee wordt aangegeven dat deze bepalingen enkel betrekking hebben op natuurlijke personen.

Er worden tevens expliciet een aantal groepen uitgesloten²⁷: ondernemingen uit de financiële sector²⁸, publieke instellingen naar nationaal recht en natuurlijke personen die geen ondernemer zijn²⁹.

De redding van ondernemingen in moeilijkheden is het uitgangspunt, maar de Europese wetgever benadrukt zeer expliciet dat niet-levensvatbare ondernemingen zonder overlevingskansen zo snel mogelijk moeten worden vereffend³⁰. In de richtlijn worden geen concrete aanknopingspunten vermeld om de schifting te doen. Lidstaten kunnen wel zelf een levensvatbaarheidstoets invoeren om te bepalen welke schuldenaren toegang krijgen tot preventieve herstructureringsstelsels³¹.

Hoewel insolventie een sleutelrol speelt in de richtlijn, wordt er uitdrukkelijk bepaald dat de begrippen “insolventie” en “dreigende insolventie” de betekenis krijgen die eraan wordt gegeven in het nationaal recht³². Deze expliciete keuze maakt duidelijk dat harmonisering van insolventie(procedures) nog steeds bijzonder gevoelig ligt en dat lidstaten sterk vasthouden aan hun autonomie op dit vlak.

5. De richtlijn betreffende herstructurering en insolventie beoogt het vrij verkeer binnen de interne markt te optimaliseren door de invoering van eenvormige regels en procedures inzake preventieve herstructurering en kwijtschelding van schuld. Preventie krijgt in de richtlijn betreffende herstructurering en insolventie dus meerdere gezichten³³.

Enerzijds wil de Europese wetgever levensvatbare ondernemingen in financiële moeilijkheden tijdig performante instrumenten aanreiken, zodat vereffening wordt vermeden. Deze aanpak moet waarde- en jobverlies beperken en zou ook een positief effect moeten hebben op het aantal niet-renderende leningen³⁴.

Anderzijds hebben insolvente ondernemers na een redelijke termijn recht op een (volledige) kwijtschelding van schuld, zodat ze een tweede kans krijgen. Op deze wijze wordt het ondernemerschap in Europa gestimuleerd en ondersteund.

Om bovenstaande doelen te bereiken, moeten ondernemingen ook eenvoudig en transparant geïnformeerd worden over de nationale regels inzake preventieve herstructureringsstelsels en schuldkwijtschelding³⁵.

²⁵. Lidstaten kunnen dit toepassingsgebied wel zelf uitbreiden of beperken; zie art. 1, 4. richtlijn. Zo kunnen lidstaten zelf beslissen dat de regels inzake schuldkwijtschelding ook van toepassing zullen zijn op insolvente natuurlijke personen die geen ondernemer zijn. De regels inzake herstructureringsstelsels kunnen dan weer beperkt worden tot ondernemingen-rechtspersonen.

²⁶. Art. 2.1, 9) richtlijn.

²⁷. Art. 1.3 richtlijn.

²⁸. Zie echter art. 1.3 richtlijn.

²⁹. Zie echter art. 1.4 richtlijn.

³⁰. Zie over levensvatbaarheid: art. 1.1., a); art. 4.1 en 3; art. 8.1, h); art. 10.3 en overw. (2), (3), (24), (26) en (50) in de preambule van de richtlijn.

³¹. Art. 4.3 richtlijn.

³². Zie art. 2.2 richtlijn.

³³. Zie over de verschillende aanpak ook overw. (20) in de preambule van de richtlijn.

³⁴. Of de richtlijn effectief dit doel zal bereiken, wordt bediscussieerd. Zie verklaring van Duitsland bij de goedkeuring van de ontwerp-richtlijn door de Raad van EU-ministers, 21 mei 2019, ST 9170 2019 REV 2 ADD 1, beschikbaar via www.eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9170_2019_REV_2_ADD_1&from=EN (laatst geraadpleegd op 3 juni 2019).

³⁵. Art. 3 richtlijn.

§ 2. Preventieve herstructureringsstelsels

6. Preventieve herstructureringsstelsels worden uitgebreid behandeld in Titel II van de richtlijn betreffende herstructurering en insolventie. De algemene inleiding over de beschikbaarheid van preventieve herstructureringsstelsels (Hoofdstuk 1, Titel II richtlijn), wordt gevolgd door maatregelen om onderhandelingen over preventieve herstructureringsplannen te ondersteunen (Hoofdstuk 2, Titel II richtlijn). Daarna gaat de Europese wetgever dieper in op alle relevante aspecten van herstructureringsplannen: de inhoud, de goedkeuring en de bevestiging door een rechterlijke of administratieve instantie (Hoofdstuk 3, Titel II richtlijn). Beschermende maatregelen voor nieuwe financiering, tussentijdse financiering en andere transacties in verband met herstructurering worden geregeld in Hoofdstuk 5, gevolgd door een aantal verplichtingen die lidstaten dienen op te leggen aan bestuurders wanneer hun vennootschap bedreigd wordt door insolventie (Hoofdstuk 6, Titel II richtlijn).

7. De richtlijn introduceert het begrip “preventief herstructureringsstelsel”, zonder hiervan een definitie te geven. Uit artikel 4.5 richtlijn volgt dat een preventief herstructureringsstelsel kan bestaan uit *een of meer procedures, maatregelen of bepalingen, waarvan sommige buitengerechtelijk kunnen verlopen, zonder afbreuk te doen aan andere herstructureringsstelsels op grond van nationaal recht*. Een preventief herstructureringsstelsel is bijgevolg een verzamelaar voor allerlei instrumenten. Er is geen sprake van één welomlijnde procedure, maar wel van verschillende mechanismen, die allemaal hetzelfde doel nastreven. Wanneer we dit ruime concept vertalen naar het Belgisch insolventierecht, komen we terecht bij de voorlopige maatregelen (art. XX.30-35 WER), het (buitengerechtelijk) minnelijk akkoord, al dan niet met bijstand van een ondernemingsbemiddelaar (art. XX.35-36 WER) en de procedure van gerechtelijke reorganisatie (Titel V, Boek XX WER)³⁶.

Een preventief herstructureringsstelsel beoogt schuldenaren bij dreigende insolventie instrumenten aan te reiken teneinde insolventie te voorkomen en hun levensvatbaarheid te verzekeren³⁷. Insolventie wordt hier begrepen in de klassieke

betekenis: een collectieve insolventieprocedure die normaliter gepaard gaat met het gehele verlies van het vermogen en de aanwijzing van een vereffenaar³⁸. Preventieve herstructureringsstelsels situeren zich duidelijk vóór deze fase.

In de richtlijn wordt sterk de nadruk gelegd op de doeltreffendheid van de maatregelen, de beperking van de kostprijs en de nood aan flexibiliteit. Omwille van deze redenen pleit de richtlijn ervoor om de betrokkenheid van rechterlijke of administratieve instanties te beperken tot situaties waarin dat noodzakelijk en evenredig is, rekening houdend met de bescherming van de rechten en belangen van de betrokken partijen en relevante belanghebbenden³⁹.

Artikel 2.1, 1) richtlijn definieert “herstructurering” als *maatregelen die gericht zijn op het herstructureren van het bedrijf van de schuldenaar, waaronder ten minste het wijzigen van de samenstelling, de voorwaarden of de structuur van de activa en passiva van een schuldenaar of van een ander deel van de kapitaalstructuur van de schuldenaar, zoals de verkoop van activa of bedrijfsonderdelen en, indien het nationaal recht hierin voorziet, de verkoop van een bedrijf “as going concern”, evenals alle benodigde operationele wijzigingen of een combinatie van deze elementen*.

Om te garanderen dat de aangeboden herstructureringsmogelijkheden voldoende worden gebruikt, moeten de lidstaten volop inzetten op informatieverstrekking aan en sensibilisering van ondernemingen in moeilijkheden. De bedoeling is om ondernemingen sneller bewust te maken van bepaalde problemen, zodat ze de nodige maatregelen nemen⁴⁰. In artikel 3 richtlijn spoort de Europese wetgever de lidstaten aan om detectie- en waarschuwingsmechanismen te introduceren. Elke lidstaat moet beschikken over één of meer duidelijke en transparante instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing waarmee omstandigheden kunnen worden opgespoord die kunnen leiden tot dreigende insolventie en waarmee aan schuldenaren kan worden gesignaleerd dat onverwijld actie moet worden ondernomen. De activiteiten van de kamers voor ondernemingen in moeilijkheden binnen de Belgische ondernemingsrechtbank⁴¹ beantwoorden perfect aan deze doelstelling⁴².

³⁶ Vgl. in dezelfde zin, B. DE MOOR, M. CALLEBAUT en F. TAILDEMAN, “Les procédures de réorganisation judiciaire de droit belge confrontées aux dispositions de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs”, *DAOR*, 2018/4, nr. 128, 27 en 32.

³⁷ Zie ook art. 1.1 en art. 4.1 richtlijn.

³⁸ Zie overw. (24) in de preambule van de richtlijn. In dezelfde zin: B. DE MOOR, M. CALLEBAUT en F. TAILDEMAN, “Les procédures de réorganisation judiciaire de droit belge confrontées aux dispositions de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs”, *DAOR*, 2018/4, nr. 128, 27-28.

³⁹ Zie art. 4.6 en overw. (29) in de preambule van de richtlijn.

⁴⁰ Zie hierover L. STANGHELLINI, R. MOKAL, C. PAULUS en I. TIRADO, *Best practices in European restructuring. Contractualised distress resolution in the shadow of the law*, Milaan, Kluwer, 2018, 6-10.

⁴¹ Zie Titel II, Opsporing van ondernemingen in moeilijkheden, art. XX.21-29 WER.

⁴² Vgl. B. DE MOOR, M. CALLEBAUT en F. TAILDEMAN, “Les procédures de réorganisation judiciaire de droit belge confrontées aux dispositions de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs”, *DAOR*, 2018/4, nr. 128, 29-30, waar de auteurs nog verschillende andere voorbeelden van waarschuwingsmechanismen uit het Belgisch recht bespreken.

8. Na een algemene omschrijving van preventieve herstructureringsstelsels in artikel 4, gaat de richtlijn specifiek in op herstructureringsplannen. Dit concept lijkt een concrete toepassing te zijn van preventieve herstructureringsstelsels, maar valt hier o.i. niet volledig mee samen. Dit neemt niet weg dat de richtlijn hoofdzakelijk focust op de omkadering van dergelijke herstructureringsplannen. Op het eerste gezicht vertoont het herstructureringsplan in de zin van de richtlijn vele gelijkenissen met het Belgisch collectief akkoord binnen de procedure van gerechtelijke reorganisatie⁴³.

Het begrip “herstructureringsplan” wordt in de richtlijn niet gedefinieerd, maar artikel 8 richtlijn bevat wel een uitvoerige beschrijving van de minimuminhoud van een herstructureringsplan⁴⁴. Het herstructureringsplan dient uiteraard basisinformatie te bevatten, zoals de identificatie van de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige en de betrokken partijen met hun vorderingen; een overzicht van de activa en passiva en een beschrijving van de financiële situatie en de oorzaken van de crisissituatie. Met het oog op de goedkeuring ervan, moet het plan tevens de categorieën verduidelijken waarin de betrokken partijen (i.c. schuldeisers) zijn gegroepeerd, met toelichting van de respectieve waarden van de vorderingen en belangen van elke categorie. Verder dient het plan de partijen op te sommen op wie het herstructureringsplan geen betrekking heeft, samen met de redenen waarom wordt voorgesteld hen er niet bij te betrekken. De kern van het plan bestaat uit een beschrijving van de voorwaarden van de herstructureringsmaatregelen. Bovendien dient het herstructureringsplan uitdrukkelijk te motiveren waarom redelijkerwijs mag worden verwacht dat het plan de insolventie van de schuldenaar zal voorkomen en de levensvatbaarheid van de onderneming zal verzekeren⁴⁵.

Het gebruik van herstructureringsplannen moet vergemakkelijkt worden door de ter beschikkingstelling van een checklist, afgestemd op de behoeften van kmo's. Alle lidstaten worden verplicht om online een checklist te publiceren,

met praktische richtsnoeren over de manier waarop het herstructureringsplan krachtens hun nationaal recht moet worden opgesteld⁴⁶.

9. Om de onderhandelingen en de totstandkoming van het herstructureringsplan te ondersteunen, voorziet de richtlijn in specifieke begeleidende maatregelen. In beginsel zal de schuldenaar steeds volledig, of ten minste gedeeltelijk, de controle behouden over zijn activa en verantwoordelijk blijven voor de dagelijkse bedrijfsvoering⁴⁷. Bijstand van een herstructureringsdeskundige is in beginsel optioneel. Een “herstructureringsdeskundige” wordt gedefinieerd als *elke persoon of instantie die door een rechterlijke of administratieve instantie is aangesteld om, met name, een of meer van de volgende taken uit te voeren: a) de schuldenaar en de schuldeiser assisteren bij het opstellen van of het onderhandelen over een herstructureringsplan; b) toezicht houden op de activiteiten van de schuldenaar tijdens de onderhandelingen over een herstructureringsplan, en verslag uitbrengen aan een rechterlijke of administratieve instantie; c) de gedeeltelijke controle verwerven over de activa of zaken van de schuldenaar tijdens de onderhandelingen*⁴⁸. We merken op dat de Europese wetgever bewust koos voor een nieuwe functie, naast het bestaande begrip “insolventiefunctionaris” uit de insolventieverordening⁴⁹. Een vergelijking van de beider opdrachten leert ons evenwel dat het gaat om zeer gelijkaardige functies, die zich mogelijk, maar niet noodzakelijk afspelen in een andere context. Een terugkoppeling naar het Belgisch recht wat betreft herstructureringsdeskundigen, brengt ons bij de ondernemingsbemiddelaar (art. XX.36 WER), de voorlopig bewindvoerder (art. XX.31 WER) en de gerechtsmandataris in de zin van artikel XX.30 WER of artikel XX.85 WER. Niettegenstaande het optioneel karakter van een herstructureringsdeskundige, schrijft de richtlijn 3 situaties voor, waarin de aanstelling van dergelijke herstructureringsdeskundige verplicht is (lidstaten kunnen deze

⁴³. Zie art. XX.67-XX.83 WER.

⁴⁴. Zie hierover uitgebreider met vergelijking van de Belgische bepalingen, B. DE MOOR, M. CALLEBAUT en F. TAILDEMAN, “Les procédures de réorganisation judiciaire de droit belge confrontées aux dispositions de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs”, *DAOR*, 2018/4, nr. 128, 45.

Voor een overzicht van de gangbare principes in de EU, zie B. WESSELS en S. MADAUS, *Instrument of the European Law Institute – Rescue of Business in Insolvency Law*, september 6, 2017, 302-341, ISBN: 978-3-9503458-9-6, available at www.ssrn.com/abstract=3032309 (laatst geraadpleegd op 3 juni 2019).

⁴⁵. Vgl. met de inhoud van een reorganisatieplan met het oog op een collectief akkoord: art. XX.70-XX.76 WER.

⁴⁶. Zie art. 8.2 richtlijn.

⁴⁷. Zie art. 5.1 richtlijn.

⁴⁸. Zie art. 2.1, 12) richtlijn.

⁴⁹. Insolventiefunctionaris in de zin van art. 2.5 insolventieverordening is *elke persoon of instantie waarvan de taak, ook op tussentijdse basis, erin bestaat: i) de in het kader van een insolventieprocedure ingediende vorderingen te verifiëren en te aanvaarden; ii) het collectieve belang van de schuldeisers te behartigen; iii) het geheel of een deel van de goederen waarover de schuldenaar het beheer en de beschikking heeft verloren, te beheeren; iv) de onder iii) bedoelde goederen te liquideren, of v) toe te zien op het beheer van de onderneming van de schuldenaar. De in de eerste alinea bedoelde personen en organen worden opgesomd in bijlage B.*

Zie hierover ook, B. DE MOOR, M. CALLEBAUT en F. TAILDEMAN, “Les procédures de réorganisation judiciaire de droit belge confrontées aux dispositions de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs”, *DAOR*, 2018/4, nr. 128, 34-35.

verplichting bovendien uitbreiden)⁵⁰. In die situaties is de deskundige in elk geval belast met het assisteren van de schuldenaar en de schuldeisers bij de onderhandelingen over en de opstelling van het herstructureringsplan.

Als ondersteunende maatregel kan de schuldenaar tevens om een schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen⁵¹ verzoeken⁵². Anders dan in de Belgische gerechtelijke reorganisatie is er geen sprake van een automatische opschorting van betaling⁵³, maar wel van een specifiek verzoek tot toekenning van dergelijke schorsing. De schorsing kan naar gelang de wens van de lidstaten algemeen gelden, dan wel specifiek betrekking hebben op één of meer individuele schuldeisers of categorieën schuldeisers. De schorsing moet onverkort kunnen gelden voor bevoorrechte vorderingen of vorderingen die gewaarborgd worden door een zekerheidsrecht⁵⁴. Lidstaten kunnen evenwel bepaalde vorderingen uitsluiten en moeten bijzondere aandacht hebben voor vorderingen van werknemers⁵⁵. De initiële duur van de schorsing is beperkt tot 4 maanden⁵⁶, maar er is een mogelijkheid van verlenging tot maximum 12 maanden⁵⁷. De schorsing kan voortijdig worden beëindigd door een rechterlijke of administratieve instantie in de gevallen omschreven in artikel 6.9 richtlijn. De Europese wetgever laat de lidstaten op dit punt veel beleidsruimte.

In artikel 7 van de richtlijn wordt dieper ingegaan op de gevolgen van de schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen. Een schorsing zal de schuldenaar in beginsel beschermen tegen de opening van een vereffeningsprocedure⁵⁸. Daarnaast biedt de schorsing bescherming

tegen een aanpassing of beëindiging van lopende overeenkomsten^{59,60}.

10. De bepalingen met betrekking tot de totstandkoming, de goedkeuring en de bevestiging van herstructureringsplannen in Hoofdstuk 3 van Titel II vormen de kern van het beoogde Europese herstructureringskader. Het gaat om juridisch-technische regels, die in nauwe samenhang moeten worden begrepen. Hierna volgt slechts een beknopte samenvatting van de basisprincipes.

Een herstructureringsplan wordt in beginsel opgesteld door de schuldenaar. Zoals hoger toegelicht, kan dit gebeuren met bijstand van een herstructureringsdeskundige. Lidstaten kunnen dit initiatiefrecht ook uitbreiden tot schuldeisers of werknemersvertegenwoordigers, mits instemming (en wellicht medewerking) van de schuldenaar⁶¹.

De inhoudelijke minimumvoorwaarden voor een herstructureringsplan worden bepaald in het hoger besproken artikel 8 van de richtlijn. Een herstructureringsplan behandelt zowel het verleden, het heden als de toekomst van de onderneming⁶². Het ontwerp-herstructureringsplan moet ter goedkeuring worden voorgelegd aan de “betrokken partijen”. Deze laatste groep wordt in de richtlijn gedefinieerd als *schuldeisers, met inbegrip van, indien toepasselijk krachtens nationaal recht, werknemers, of categorieën schuldeisers en, indien toepasselijk krachtens nationaal recht, kapitaalhouders, wier vorderingen of belangen naar gelang het geval door een herstructureringsplan rechtstreeks worden getroffen*⁶³.

⁵⁰. Zie art. 5.2 en 5.3 richtlijn. Er is sprake van een verplichte aanstelling:

a) indien een rechterlijke of administratieve instantie overeenkomstig art. 6, 3. een algemene schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen verleent en besluit dat een dergelijke deskundige op het gebied van herstructurering nodig is om de belangen van de partijen te waarborgen;

b) indien het herstructureringsplan door een rechterlijke of administratieve instantie moet worden bevestigd door middel van een categorieoverschrijdende cram-down overeenkomstig art. 11; of

c) indien hierom door de schuldenaar of een meerderheid van de schuldeisers wordt verzocht, mits in dat laatste geval de kosten van de deskundige op het gebied van herstructurering door de schuldeisers worden gedragen.

⁵¹. Dit begrip wordt in art. 2.1, 4) richtlijn gedefinieerd als: “een door een rechterlijke of administratieve instantie of van rechtswege toegepaste tijdelijke schorsing van het recht van een schuldeiser om een vordering tegen een schuldenaar te laten gelden en, indien het nationaal recht hierin voorziet, tegen een derde partij die zekerheden stelt, in het kader van een gerechtelijke, administratieve of andere procedure, of van het recht om de activa of het bedrijf van de schuldenaar op buitengerechtelijke wijze in beslag te nemen of te gelde te maken.”

⁵². Zie art. 6 richtlijn. Voor een uitgebreidere bespreking van de gevolgen van de schorsing, zie B. DE MOOR, M. CALLEBAUT en F. TAILDEMAN, “Les procédures de réorganisation judiciaire de droit belge confrontées aux dispositions de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs”, *DAOR*, 2018/4, nr. 128, 36-42.

⁵³. Zie art. XX.50 en XX.51 WER. In dezelfde zin: B. DE MOOR, M. CALLEBAUT en F. TAILDEMAN, “Les procédures de réorganisation judiciaire de droit belge confrontées aux dispositions de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs”, *DAOR*, 2018/4, nr. 128, 35.

⁵⁴. Art. 6.2 richtlijn.

⁵⁵. Zie art. 6.4 en 6.5 richtlijn.

⁵⁶. Vgl. met de opschorting tijdens de gerechtelijke reorganisatie: initiële periode bedraagt maximum 6 maanden; zie art. XX.46, § 2 WER.

⁵⁷. Zie art. 6.6, 6.7 en 6.8 richtlijn. Dezelfde regel geldt in België; zie art. XX.59 WER; er bestaan echter uitzonderingen die een langere opschortingstermijn toelaten.

⁵⁸. Zie art. 1-3 en 7 richtlijn.

⁵⁹. Zie art. 2.1, 5) richtlijn: “nog uit te voeren overeenkomst”: een overeenkomst tussen een schuldenaar en een of meer schuldeisers krachtens welke de partijen nog verplichtingen moeten nakomen op het ogenblik dat de schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen wordt toegekend of toegepast.

⁶⁰. Zie art. 4-5 richtlijn.

⁶¹. Zie art. 4.8 en 9.1 richtlijn.

⁶². Zie hierover: L. STANGHELLINI, R. MOKAL, C. PAULUS en I. TIRADO, *Best practices in European restructuring. Contractualised distress resolution in the shadow of the law*, Milaan, Kluwer, 2018, 91-97.

⁶³. Art. 2.1, 2) richtlijn.

11. Als uitgangspunt geldt dat alle betrokken partijen kunnen stemmen over het voorgestelde herstructureringsplan⁶⁴. Partijen die niet bij een herstructureringsplan betrokken zijn, krijgen geen stemrecht⁶⁵. Lidstaten kunnen bijkomende beperkingen opleggen en bepaalde partijen stemrecht ontnemen. Het betreft kapitaalhouders⁶⁶, schuldeisers wier vorderingen lager in rang zijn dan de vorderingen van gewone niet door een zekerheid gedekte schuldeisers in de normale rangorde van voorrang bij vereffening, of alle partijen met banden met de schuldenaar of met de onderneming van de schuldenaar die krachtens nationaal recht in een belangenconflict verkeren⁶⁷. Op heden geldt geen enkele van deze opgesomde beperkingen in het Belgisch recht.

De richtlijn schrijft een stemming in afzonderlijke klassen of categorieën voor⁶⁸. Deze werkwijze is niet gebruikelijk in België, maar wordt traditioneel toegepast in veel rechtsstelsels. Een klasse van schuldeisers wordt bepaald op grond van de gelijkaardige belangen van bepaalde schuldeisers. Lidstaten kunnen zelf regels met betrekking tot de verdeling van categorieën opstellen, op voorwaarde dat deze categorieën voldoende gedeelde belangen weerspiegelen op basis van verifieerbare criteria. Als basisprincipe geldt dat minstens een onderscheid moet worden gemaakt tussen de categorie van schuldeisers die genieten van een zekerheidspositie en gewone schuldeisers. Wanneer een herstructureringsplan ter bevestiging wordt voorgelegd aan een rechterlijke of administratieve instantie, kan er een controle gebeuren van de wijze waarop de klassen werden samengesteld. Lidstaten kunnen deze controle ook vroeger in het goedkeuringsproces verplicht maken.

Indien gewenst, kan een formele stemming tevens vervangen worden door een akkoord van de vereiste meerderheden van betrokken partijen⁶⁹.

Bij de goedkeuring van het herstructureringsplan kunnen er zich verschillende hypothesen voordoen:

- 1) het herstructureringsplan wordt *unaniem aanvaard* door alle betrokken partijen – in dat geval zal het plan bindend zijn voor iedere instemmende partij, er is geen verdere tussenkomst van de rechter nodig;
- 2) het herstructureringsplan wordt goedgekeurd door de *vereiste meerderheden*⁷⁰ zoals bepaald door artikel 9.6 richtlijn. In dat geval is het plan bindend *zonder* tussenkomst van de rechter in de mate dat het plan *geen invloed* heeft op de vorderingen of belangen van de niet-instemmende betrokken partijen, niet in nieuwe financiering voorziet en geen verlies inhoudt van meer dan 25 % van jobs;
- 3) het herstructureringsplan wordt goedgekeurd door de *vereiste meerderheden* zoals bepaald door artikel 9.6 richtlijn. Het plan heeft echter *een invloed* op de vorderingen of belangen van de niet-instemmende betrokken partijen, of voorziet in nieuwe financiering, of houdt een verlies in van meer dan 25 % van jobs. In dat geval kan een rechterlijke of administratieve instantie het plan bevestigen overeenkomstig artikel 10 richtlijn. Lidstaten kunnen strengere regels opleggen, maar dienen minstens volgende minimumvoorwaarden te integreren in het nationaal recht. De rechterlijke bevestiging is slechts mogelijk indien schuldeisers met voldoende gedeelde belangen in dezelfde categorie gelijk worden behandeld en op een wijze die in verhouding staat tot hun vordering. Het herstructureringsplan moet overeenkomstig het nationaal recht worden megedeeld aan alle betrokken partijen. Verder moet het herstructureringsplan voldoen aan de toets van het *belang van de schuldeisers*⁷¹ wat betreft de behandeling van de niet-instemmende schuldeisers. Eventuele nieuwe financiering⁷² is slechts

⁶⁴. Art. 9 richtlijn.

⁶⁵. Deze regel geldt op dezelfde wijze voor het collectief akkoord; zie art. XX.77 WER.

⁶⁶. Zie art. 2.1, 3) richtlijn: “kapitaalhouder”: een persoon die een eigendomsbelang heeft in een schuldenaar of een bedrijf van een schuldenaar, waaronder een aandeelhouder, voor zover die persoon geen schuldeiser is.

⁶⁷. Art. 9.3 richtlijn.

⁶⁸. Noteer dat lidstaten een uitzondering kunnen maken voor schuldenaars-KMO's; zie art. 9.4 richtlijn. Voor een commentaar rond het maken van klassen, zie F. DE LEO, “Economics trumps politics. De valkuil van democratische besluitvorming bij vennootschappen en insolventieprocedures”, *RW* 2017-18, afl. 32, p. 1248, nrs. 20-22. Zie ook B. DE MOOR, M. CALLEBAUT en F. TAILDEMAN, “Les procédures de réorganisation judiciaire de droit belge confrontées aux dispositions de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs”, *DAOR*, 2018/4, nr. 128, 47-48. Voor visie vanuit Europa, zie L. STANGHELLINI, R. MOKAL, C. PAULUS en I. TIRADO, *Best practices in European restructuring. Contractualised distress resolution in the shadow of the law*, Milaan, Kluwer, 2018, 40-41 en tevens B. WESSELS en S. MADAUS, *Instrument of the European Law Institute – Rescue of Business in Insolvency Law*, september 6, 2017, 305-307, ISBN: 978-3-9503458-9-6, available at www.ssrn.com/abstract=3032309 (laatst geraadpleegd op 3 juni 2019).

⁶⁹. Zie art. 9.7 richtlijn.

⁷⁰. Art. 9.6 richtlijn: “Een herstructureringsplan wordt door de betrokken partijen goedgekeurd mits daarvoor in elke categorie een meerderheid in het bedrag van hun vorderingen of belangen bestaat. De lidstaten kunnen bovendien een meerderheid verlangen van het aantal betrokken partijen in elke categorie. De lidstaten stellen de vereiste meerderheden voor de goedkeuring van een herstructureringsplan vast. Deze meerderheden bedragen niet meer dan 75 % van het bedrag in vorderingen of belangen in elke categorie of, indien van toepassing, van het aantal betrokken partijen in elke categorie.” Vgl. met de Belgische regels tot goedkeuring van een collectief akkoord in art. XX.78 WER.

⁷¹. Art. 2.1, 6) richtlijn definieert de toets van het “belang van de schuldeisers” (“best-interest-of-creditors test”) als volgt: “toets waaraan wordt voldaan als blijkt dat geen niet-instemmende schuldeiser slechter af is onder het herstructureringsplan dan die schuldeiser zou zijn indien de normale rangorde van voorrang bij vereffening krachtens nationaal recht zou worden toegepast, hetzij bij een vereffening, of deze nu stapsgewijs geschiedt dan wel als een verkoop als ‘going concern’, hetzij in het geval van het beste alternatieve scenario indien het herstructureringsplan niet is bevestigd”. Om de toets van het belang van de schuldeisers te kunnen uitvoeren, is er nood aan een waardebepalings; dit wordt verder geregeld in art. 14 richtlijn.

⁷². Art. 2.1, 7) richtlijn definieert “nieuwe financiering” als volgt: “elke nieuwe financiële bijstand waarin wordt voorzien door een bestaande of nieuwe schuldeiser teneinde een herstructureringsplan uit te voeren en die in dat herstructureringsplan is inbegrepen”.

toegelaten in de mate dat dit noodzakelijk is voor de uitvoering van het plan en de financiering de belangen van de schuldeisers niet op onbillijke wijze benadeelt. De rechterlijke bevestiging kan geweigerd worden indien het plan geen redelijk vooruitzicht biedt op het vermijden van een vereffeningsprocedure of wanneer er onvoldoende waarborgen zijn met betrekking tot de levensvatbaarheid van de onderneming;

- 4) het herstructureringsplan wordt *niet goedgekeurd door de vereiste meerderheden* zoals bepaald door artikel 9.6 richtlijn. In dat geval kan een rechterlijke of administratieve instantie het plan bevestigen overeenkomstig de voorwaarden van artikel 11 richtlijn. Dergelijke rechterlijke bevestiging wordt gekwalificeerd als een *categorie-overschrijvende cram-down*. Deze mogelijkheid wordt uitgebreid besproken elders in dit tijdschrift⁷³ en leidde tot hevige discussies onder rechtsgeleerden en practici⁷⁴.

Door de goedkeuring van het herstructureringsplan, al dan niet gevolgd door een rechterlijke bevestiging, wordt het herstructureringsplan bindend voor alle betrokken partijen (art. 15 richtlijn). Desgevallend kunnen de betrokken partijen overeenkomstig artikel 16 richtlijn een beroepsprocedure instellen tegen de bevestiging van het plan door de rechterlijke of administratieve instantie.

12. Bij de bespreking van de ontwerp tekst van de richtlijn onderstreepten stakeholders en lidstaten het belang van voldoende bescherming voor de werknemers bij herstructureeringen. Daarom werd een (nieuw) artikel 13 ingevoegd, waarin wordt benadrukt dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat het preventieve herstructureringsstelsel geen afbreuk doet aan de individuele en collectieve werknemersrechten uit hoofde van het uniaal en nationaal arbeidsrecht. Het is geen geheim dat werknemersrechten in een herstructureringscontext tot paradoxale situaties kunnen leiden. Herstructureringen nopen immers vaak tot aanpassingen van het personeelsbestand. Recent hield het Hof van Justitie opnieuw strikt de hand aan de toepassing van artikelen 3 tot 5 richtlijn nr. 2001/23⁷⁵, die zich ertegen verzetten dat de verkrijger het recht heeft om te kiezen welke werknemers hij

in geval van overdracht van een onderneming in het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag wil overnemen⁷⁶. Deze protectionistische houding zet een rem op vlotte overnames bij herstructureringen.

13. De richtlijn voorziet tevens in minimumvoorwaarden ter bescherming van nieuwe of tussentijdse financiering. Artikel 17 wil nieuwe investeringen aanmoedigen, maar er tegelijk voor zorgen dat de andere betrokken partijen hierdoor niet ongeoorloofd worden benadeeld. In artikel 18 richtlijn is ook aandacht voor de bescherming van andere transacties in verband met herstructurering. Handelingen die in beginsel aangevochten zouden kunnen worden op grond van de regels inzake verdachte periode voorafgaand aan een faillissement, moeten beschermd worden wanneer ze redelijk en onmiddellijk noodzakelijk zijn voor het onderhandelen over een herstructureringsplan.

Tot slot verplicht artikel 19 richtlijn de lidstaten om maatregelen te nemen zodat bestuurders bij dreigende insolventie (ten minste) voldoende rekening houden met: a) de belangen van de schuldeisers, kapitaalhouders en andere belanghebbenden; b) de noodzaak om stappen te ondernemen ter voorkoming van insolventie; alsmede c) de noodzaak om opzettelijke handelingen of grove nalatigheid te vermijden die de levensvatbaarheid van de onderneming bedreigen. Deze principes zitten reeds deels vervat in het Belgisch recht, m.n. bij de aansprakelijkheidsvorderingen die ten aanzien van bestuurders kunnen worden ingesteld naar aanleiding van een faillissement⁷⁷.

§ 3. Kwijtschelding van schuld en beroepsverbod

14. Titel II van de richtlijn betreffende herstructurering en insolventie behandelt de kwijtschelding van schuld en beroepsverboden. Zoals hoger toegelicht, zijn deze maatregelen voorbehouden voor natuurlijke personen-ondernemers. Het is de bedoeling dat dergelijke ondernemers snel en eenvoudig een volledige kwijtschelding van schuld kunnen bekomen.

⁷³ R.J. DE WEIJS, A.L. JONKERS en M. MALAKOTIPOUR, "The imminent distortion of European insolvency law: How the European Union erodes the basic fabric of private law by allowing 'Relative Priority' (RPR)", *TBH* 2019, nr 4.

⁷⁴ Zie volgende links met bijdragen (allen laatst geraadpleegd op 3 juni 2019):
 – www.corporatefinancelab.org/2019/03/15/a-reply-to-professor-madaus-the-new-european-relative-priority-from-the-preventive-restructuring-directive-the-end-of-european-insolvency-law/;
 – www.stephanmadaus.de/2019/03/12/die-neue-european-relative-priority-rule-der-restrukturierungsrichtlinie-das-ende-des-europaeischen-insolvenzrechts/;
 – www.tax-legal-excellence.com/die-relative-vorrangregel-aus-art-11-1-c-der-insolvenzrichtlinie-nicht-nur-untauglich-sondern-brandgefaehrlich/;
 – www.bobwessels.nl/blog/2019-03-doc10-the-full-version-of-my-reply-to-professor-de-weijs-et-al/;
 – www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/03/puzzling-priorities-harmonisation-european-preventive-restructuring.

Zie ook B. WESSELS en S. MADAUS, *Instrument of the European Law Institute – Rescue of Business in Insolvency Law*, september 6, 2017, 322-324, ISBN: 978-3-9503458-9-6, available at www.ssrn.com/abstract=3032309 (laatst geraadpleegd op 3 juni 2019).

⁷⁵ Richtlijn nr. 2001/23/EG van de Raad 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 (*Pb.* 2001, L. 82, p. 16).

⁷⁶ HvJ 16 mei 2019, C 509/17, *Plessers / Prefaco*, ECLI:EU:C:2019:424. Voor een commentaar van dit arrest, zie bijdrage elders in dit tijdschrift.

⁷⁷ Deze aansprakelijkheidsvordering werden geïntegreerd in het insolventierecht; zie art. XX.225-XX.227 WER.

De Belgische regels opgenomen in artikel XX.96 WER (kwijschelding bij GROG), artikel XX.173 WER (kwijschelding bij faillissement) en de artikelen XX.229-XX.236 WER (het beroepsverbod bij faillissement) zullen getoetst moeten worden aan de Europese minimumvereisten.

15. Overeenkomstig artikel 21 richtlijn moet de kwijschelding binnen ten hoogste 3 jaar⁷⁸ worden toegekend⁷⁹. De kwijschelding gebeurt in beginsel zonder dat de insolvente ondernemer een bijkomende rechterlijke of een administratieve procedure moet opstarten, met andere woorden de kwijschelding gebeurt in het raam van de lopende insolventieprocedure. Dat neemt niet weg dat de rechterlijke of administratieve instantie wel voorafgaand kan controleren of aan de voorwaarden tot kwijschelding is voldaan. Het gaat in beginsel over een volledige kwijschelding van schuld⁸⁰. Overeenkomstig artikel 23.4 richtlijn kunnen de lidstaten bepaalde categorieën van schulden uitsluiten van de kwijschelding, deze mogelijkheid tot kwijschelding beperken of de kwijscheldingsperiode verlengen indien die uitsluitingen, beperkingen of verlengingen naar behoren zijn gerechtvaardigd.

16. De kwijschelding van schuld brengt overeenkomstig artikel 22 richtlijn met zich mee dat elk beroepsverbod om een handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit te starten of uit te oefenen, dat alleen verband houdt met de insolventie van de ondernemer⁸¹, vervalt. Dit betekent dat een beroepsverbod in beginsel enkel kan gelden gedurende een periode van maximum 3 jaar⁸², d.i. de hogervermelde periode waarbinnen een kwijschelding van schuld in elk geval verworven wordt. Opnieuw wordt verduidelijkt dat de ondernemer zijn recht herwint zonder hiertoe een bijkomende procedure te moeten opstarten.

17. De richtlijn laat wel ruimte tot afwijkingen op de voormelde basisprincipes. Indien de insolvente ondernemer bij het aangaan van de schulden, tijdens de insolventieprocedure of bij het terugbetalen van de schulden naar nationaal recht oneerlijk of te kwader trouw heeft gehandeld tegenover schuldeisers of andere belanghebbenden, kan er sprake zijn van een weigering of beperking van de toegang tot kwijschelding van schuld, tot intrekking van kwijschelding van schuld, of tot verlenging van de termijnen voor het verkrijgen van volledige kwijschelding van schuld of van de beroepsverboden. Het staat lidstaten vrij om deze beperkingen ook toe te passen in andere welomschreven omstandigheden, in de mate dat deze afwijkingen naar behoren gerechtvaardigd zijn. In artikel 23.2 richtlijn worden een aantal voorbeelden opgesomd van situaties die een beperking zouden kunnen verantwoorden⁸³.

§ 4. Efficiëntiebevordering van de procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijschelding van schuld

18. De richtlijn betreffende herstructurering en insolventie sluit af met een aantal maatregelen die een goede afhandeling van de procedures moeten garanderen.

Ten eerste benadrukt de richtlijn het belang van gespecialiseerde rechtscolleges of administratieve instanties. Respectievelijk de magistraten of ambtenaren moeten een adequate opleiding krijgen en dienen te beschikken over de vereiste deskundigheid. Snelle en correcte behandeling van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijschelding van schuld is een must.

In tweede instantie dienen de lidstaten te waken over de kwaliteit van de (herstructurerings)deskundigen⁸⁴ die actief

⁷⁸. Deze driejarige termijn wordt gerekend vanaf:

- a) de beslissing waarbij een rechterlijke of een administratieve instantie het plan of de aanvang van de uitvoering ervan bevestigt (bij een procedure met een terugbetalingsplan; dit begrip wordt gedefinieerd in art. 2.1, 2) richtlijn); of
- b) de beslissing van een rechterlijke of een administratieve instantie om de procedure te openen, of het vaststellen van de insolvente boedel van de ondernemer (bij alle andere procedures).

⁷⁹. Overeenkomstig art. 23.3 richtlijn kan de driejarige termijn verlengd worden indien:

- a) beschermende maatregelen worden goedgekeurd of bevolen door een rechterlijke of een administratieve instantie met het oog op het beschermen van de hoofdverblijfplaats van de insolvente ondernemer en, waar van toepassing, van het gezin van de ondernemer of van de bedrijfsmiddelen die van wezenlijk belang zijn voor de voortzetting van de handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit van de ondernemer; of
- b) de hoofdverblijfplaats van de insolvente ondernemer en, indien toepasselijk, van het gezin van de ondernemer, niet te gelde is gemaakt.

⁸⁰. Het begrip "volledige kwijschelding van schuld" wordt in art. 2.1, 10) richtlijn gedefinieerd als: "de uitsluiting van de mogelijkheid hun uitstaande schulden die voor kwijschelding in aanmerking komen jegens ondernemers af te dwingen of de eigenlijke annulering van de uitstaande schulden die voor kwijschelding in aanmerking komen, als onderdeel van een procedure die een tegeldemaking van activa of een terugbetalingsplan of beide kan inhouden".

⁸¹. Noteer dat hiermee enkel beroepsverboden worden bedoeld die zijn uitgesproken door een rechterlijke of administratieve instantie in het raam van een insolventieprocedure; zie art. 23.6 richtlijn.

⁸². Overeenkomstig art. 23.5 richtlijn kan deze termijn langer zijn of kan er zelfs sprake zijn van een onbeperkt beroepsverbod indien de insolvente ondernemer lid is van een beroepsgroep waarvoor specifieke ethische regels of speciale regels inzake reputatie of deskundigheid gelden, en de ondernemer die regels heeft geschonden; of wanneer de insolvente ondernemer zich bezighoudt met het beheer van het eigendom van anderen.

⁸³. In de richtlijn worden volgende voorbeelden opgesomd: a) door een zekerheid gedekte schulden; b) schulden die ontstaan uit of verband houden met strafrechtelijke boeten; c) schulden die ontstaan uit aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad; d) schulden in verband met onderhoudsverplichtingen die voortvloeien uit familiebetrekkingen, bloedverwantschap, huwelijk of aanverwantschap; e) schulden die zijn ontstaan na de aanvraag tot kwijschelding van schuld of na de opening van de procedure die tot kwijschelding van schuld leidt; en f) schulden die ontstaan uit de verplichting tot betaling van de kosten van de procedure die tot kwijschelding van schuld leidt.

⁸⁴. Noteer dat er een schijnbaar onderscheid bestaat tussen de herstructureringsdeskundigen gedefinieerd in art. 2.1, 12) richtlijn (zie *supra*) en de deskundigen in de zin van art. 26.1, a) richtlijn. Het laatste begrip wordt op het eerste gezicht ruimer gedefinieerd als "de deskundigen die door een rechterlijke of een administratieve instantie zijn aangesteld in een procedure inzake herstructurering, insolventie en kwijschelding van schuld".

zijn binnen de procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld⁸⁵. Het gaat over garanties rond degelijke opleiding en deskundigheid. De aanstelling of het (gedwongen of vrijwillig) ontslag van de deskundige dient te gebeuren op grond van duidelijke, transparante en rechtvaardige criteria. Bij de aanstelling van een deskundige voor een specifieke zaak, met inbegrip van zaken met grensoverschrijdende elementen, moeten ervaring en deskundigheid, alsmede de specifieke kenmerken van de zaak, voldoende in aanmerking worden genomen. Belangenconflicten moeten voorkomen worden en zo nodig moeten de schuldenaren en schuldeisers bezwaar kunnen maken tegen de selectie of aanstelling van een deskundige of om diens vervanging kunnen verzoeken.

Verder is er nood aan gepaste toezichts- en regelgevingsmechanismen om het werk van de deskundigen daadwerkelijk te controleren, opdat hun diensten op doeltreffende en bekwaame wijze en, ten aanzien van de betrokken partijen, op onpartijdige en onafhankelijke wijze worden verstrekt. Deze mechanismen omvatten ook maatregelen met het oog op de verantwoordingsplicht van deskundigen die hun taken niet naar behoren hebben uitgevoerd.

Een correcte afhandeling vereist tevens een transparant vergoedingskader voor de deskundigen, inclusief procedures om eventuele geschillen over de vergoeding te beslechten.

Het laatste efficiëntiebevorderend werkpunt betreft de elektronische afhandeling van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding⁸⁶. Minstens volgende handelingen dienen de deskundige en de rechterlijke of administratieve instanties via elektronische communicatiemiddelen te kunnen verrichten, ook in grensoverschrijdende situaties: indienen van vorderingen; indienen van herstructurerings- of terugbetalingsplannen; kennisgeving aan schuldenaren; en aantekenen van bezwaar en beroep. Voor de operationalisering van deze elektronische procedures beschikken de lidstaten over een langere termijn, respectievelijk 5 en 7 jaar in plaats van 2 jaar⁸⁷. Op het eerste gezicht lijkt RegSol, de Belgische databank, reeds te voldoen aan de vereisten van de richtlijn.

19. Om de inspanningen van de lidstaten voldoende te kunnen monitoren, dienen de lidstaten jaarlijkse statistieken bij te houden volgens de voorschriften van artikel 29 richtlijn. Deze informatie wordt meegedeeld aan de Europese Commissie, die de cijfers op haar beurt zal verwerken en publiceren op haar website.

CONCLUSIE

20. Insolventie staat gelijk met conflicterende belangen. De wijze waarop nationale wetgevers invulling geven aan deze evenwichtsoefening kan sterk verschillen. Het is dus begrijpelijk dat de richtlijn een compromis is, dat de lidstaten de nodige vrijheid laat bij de invulling van de omzettingsmaatregelen.

Kunnen deze open normen leiden tot harmonisering van de nationale insolventiewetgevingen? Deze vraag blijft voorlopig onbeantwoord⁸⁸. Mogelijk zullen de lidstaten hun bestaande wetgeving interpreteren in het licht van de richtlijn en slechts punctuele aanpassingen doorvoeren om hun nationaal insolventierecht op minimale wijze richtlijnconform te maken. Idealiter wordt de richtlijn aangegrepen om de gemeenschappelijke principes in de nationale insolventiewetgevingen te identificeren en te focussen op de gelijkenissen binnen de EU.

Een oppervlakkige vergelijking tussen de richtlijn en Boek XX WER, leert ons dat de kern van de richtlijn gemakkelijk te identificeren is in het Belgisch insolventierecht. We bemerken evenwel ook een aantal fundamentele verschillen: de richtlijn legt sterk de nadruk op de levensvatbaarheid⁸⁹ van de schuldenaar, terwijl dit aspect niet op dezelfde wijze⁹⁰ aan bod komt in de Belgische reorganisatieprocedure⁹¹. Verder is de gerechtelijke reorganisatie duidelijk meer formeel georganiseerd dan de Europese preventieve herstructureringsstelsels. Er zijn ook opmerkelijke verschillen op het vlak van de goedkeuring en de bevestiging van het herstructureringsplan in vergelijking met het collectief akkoord in het Belgisch recht. Kortom, de richtlijn is een uitdaging om het Belgisch insolventierecht op een aantal punten kritisch te evalueren en waar nodig te herijken. When the wind of change blows, build windmills, not walls ...

^{85.} Zie art. 26 en 27 richtlijn.

^{86.} Zie art. 28 richtlijn.

^{87.} Zie art. 34 richtlijn.

^{88.} Zie ook B. DE MOOR, M. CALLEBAUT en F. TAILDEMAN, "Les procédures de réorganisation judiciaire de droit belge confrontées aux dispositions de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs", *DAOR*, 2018/4, nr. 128, 26. Deze auteurs geven tevens aan dat doeltreffende harmonisering moeilijk is, indien de lidstaten beschikken over (te) veel vrijheid.

^{89.} Zie over levensvatbaarheid: art. 1,1., a); art. 4.1 en 3; art. 8.1, h); art. 10.3 en overw. (2), (3), (24), (26) en (50) in de preambule van de richtlijn.

^{90.} Zo dient de rechter verplicht de levensvatbaarheid te controleren vooraleer hij een herstructureringsplan kan bevestigen (art. 10.3 richtlijn), terwijl de rechter in België het reorganisatieplan enkel kan weigeren wegens schending van de pleegvormen of de openbare orde (art. XX.79 WER).

^{91.} In dezelfde zin: B. DE MOOR, M. CALLEBAUT en F. TAILDEMAN, "Les procédures de réorganisation judiciaire de droit belge confrontées aux dispositions de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs", *DAOR*, 2018/4, nr. 128, 32.