

ACTUALITEIT ACTUALITÉ

Wetgeving/Législation

INSOLVENTIE

Algemeen

De continuïteit van de ondernemingen: wetsvoorstel van de HH. Crucke en Bacquelaine (Doc. 52 0160/001)

Inleiding

Wetgeving heeft in het algemeen maar een beperkt effect op de redding van de ondernemingen. De wetgeving kan nochtans een kader bieden waarin het minder moeilijk wordt een onderneming te reorganiseren. Zoals de twee indieners van het voorstel laten opmerken, is de huidige regeling hiervoor niet optimaal. De combinatie van faillissementswet en wet op het gerechtelijk akkoord biedt onvoldoende flexibiliteit om de ondernemingen te helpen en de continuïteit van de ondernemingen te verzekeren.

Het wetsvoorstel van de HH. Crucke en Bacquelaire reikt een aantal oplossingen aan die aan de noden van de praktijk beantwoorden. In de commentaren die hierna volgen, zal ingegaan worden op de grote opties van het voorstel. Een aantal kleine onvolkomenheden zouden kunnen gecorrigeerd worden, maar dit kan wellicht in een andere context gebeuren¹. Het wetsvoorstel berust hoofdzakelijk op de werkzaamheden van een commissie die door de regering was opgericht om een wetsontwerp voor te bereiden.

Hoofdkenmerken van het voorstel

Het voorstel betekent geen breuk met het bestaande recht – het voorstel is in feite ingebed in het bestaande recht – maar poogt in het kader van dat recht bepaalde doelstellingen te verwezenlijken². Het voorstel gaat uit van de idee dat een redelijke continuïteit van de onderneming positief is voor de economie en voor de maatschappelijke verhoudingen en dat aldus een kans moet worden geboden om de continuïteit hetzij van de onderneming zelf (of een deel ervan) hetzij van de

activiteiten van de onderneming (of een deel ervan) te waarborgen. Het voorstel beoogt een evenwicht te vinden tussen de onmiddellijke belangen van de schuldeisers en de belangen van de economie in een ruimer perspectief.

Moeilijkheden waarmee een onderneming te kampen heeft kunnen van zeer diverse aard zijn, de oplossingen voor die moeilijkheden zijn dan ook uiteenlopend. De ene onderneming is de andere niet en de geboden oplossingen zijn dan ook van die aard dat zij gemoduleerd kunnen worden naar gelang van de omvang van de onderneming of de aard van haar moeilijkheden. In vergelijking met de bestaande regeling biedt het voorstel veel meer instrumenten om levensvatbare (delen van) ondernemingen te laten bestaan. Het kan bijdragen aan het beeld van België als een aantrekkelijk en betrouwbaar investeringsland, omdat zowel de rechten van de schuldeisers als het lot van de onderneming op meer transparante en voorspelbare wijze wordt bepaald.

Enkele hoofdtrekken van het voorstel worden hierna besproken.

De minnelijke weg

Schuldsanering en reorganisatie van de ondernemingen langs minnelijke weg moeten zoveel mogelijk worden bevorderd. Het voorstel biedt op dat punt een cruciale bijdrage (art. 11). Die informele reorganisatie is van groot belang voor de Belgische economie. De beperking van de mogelijkheden om de minnelijke reorganisatie bij een later faillissement in vraag te stellen is noodzakelijk om die reorganisatie voldoende aantrekkelijk te maken. Paulianeuse constructies moeten nochtans uitgesloten worden, en dat doet het voorstel ook³.

Als randbemerking kan hier toegevoegd worden dat in het pas neergelegde voorontwerp van wet in Nederland bepaald wordt dat de rechter die minnelijke akkoorden kan bekrachtigen indien een minderheid het minnelijk akkoord niet goedkeurt of zich hiertegen verzet. De oplossing gekozen door de HH. Crucke en Bacquelaire is eenvoudiger.

¹ Hierover zie advies 40.985/2 van de Raad van State.

² Het voorstel raakt niet aan het faillissementsrecht en evenmin aan regels die opgelegd worden op Europees vlak (zoals de wet financiële zekerheden of de Insolventieverordening).

³ Die gunstvoorwaarde kan alleen maar bestaan wanneer het gaat om een minnelijk akkoord: niet elke vorm van individuele aanvaarding van uitstel van betaling wordt hierdoor geviseerd.

De handelsonderzoeken

De ervaring heeft geleerd dat de handelsonderzoeken die de rechtbanken van koophandel uitvoeren ook nuttig zijn voor de economie. Zij worden terecht behouden en voorzichtig gemoderniseerd door het wetsvoorstel. Hun financiering wordt evenwel niet behandeld.

Het wetsvoorstel bevat een bijzonder interessante bepaling, met name de mogelijkheid dat de rechter een “ondernemingsbemiddelaar” aanstelt. Dit sluit aan bij de huidige reflexen van ondernemingen die meer en meer opteren voor de “alternative dispute resolution” (ADR). Die kan dan, zonder enige formaliteiten – daarom was het nuttig in het voorstel hiervoor niets getailleerd te reguleren – helpen een uitweg te zoeken. Dit is zoals elke vorm van bemiddeling uiteraard een vrijwillige bemiddeling die kan gesuggereerd worden door de rechter. Uitzonderlijk kan de voorzitter van de rechtbank het initiatief nemen om een bemiddelaar aan te stellen.

Algemeen concept van gerechtelijke reorganisatie

Wanneer de preventieve maatregelen niet volstaan en een formele procedure toch nodig wordt, is het belangrijk dat zij zo snel, goedkoop en efficiënt mogelijk verloopt. Het bleek ook nodig, anders dan in het verleden, dat aan de rechter een meer beperkend wettelijk kader zou worden geboden zodat hij binnen dat kader de juiste beslissingen kan nemen. Dit bleek een van de problemen te zijn waarmee het gerechtelijk akkoord van 1997 te kampen had (er ontbrak een zekere mate van precisie en het was niet duidelijk hoe hij de belangen moest afwegen).

Artikel 12 biedt drie hoofdmogelijkheden voor de rechterlijke reorganisatie: een minnelijke regeling in de rechterlijke organisatie, een collectieve regeling (gelijkend op het bestaande gerechtelijk akkoord) en ten slotte de overdracht van de onderneming of van haar activiteiten. Voor het geval dit kader nog te rigide is, hebben de auteurs van het voorstel in artikel 60 van het voorstel de mogelijkheid geboden een gerechtelijke mandataris te laten aanstellen om punctuele problemen op te lossen die niet per se te vereenzelvigen zijn met betaalmoeilijkheden.

De rechterlijke reorganisatie (in haar drie gedaanten) veronderstelt niet meer dat de onderneming solvabel en rendabel zou zijn: het is alleen vereist dat de mogelijkheden die geboden worden tot een resultaat kunnen leiden. Een moratorium kan alleen toegestaan worden wanneer dit een positief effect kan hebben.

Behalve technische verbeteringen bieden de gemeenschappelijke regels bieden anders weinig verrassingen vergeleken met het bestaande recht behalve technische verbeteringen, maar drie innovaties vallen op. De eerste is de aanwezigheid van de gedelegeerd rechter. Deze rechter (lid van de rechtbank van koophandel) oefent een toezichtstaak uit en waakt

over de eerbied voor het algemeen belang. Dit is belangrijk omdat in de regel de procedure geschiedt zonder bewindvoerder (anders dan bij een faillissement) en dat niet altijd zeker is dat de debiteur voldoende oog zal hebben voor het algemeen belang. Dit kan een zware belasting betekenen voor de rechters in handelszaken en wat zij in dat kader doen, zou als een vergoedbare activiteit moeten worden beschouwd.

Voorts is ook nieuw dat de vroegere “commissaris inzake opschorting” verdwijnt. In de plaats komt een gerechtsmandataris die de vroegere taak van de commissaris inzake opschorting kan vervullen op verzoek van de onderneming (dit zal vooral gebeuren in grote ondernemingen).

De derde innovatie betreft de gevolgen van de rechterlijke reorganisatie⁴. Die materie is een van de moeilijkste die er bestaat omdat een insolventiewetgeving rekening moet houden met zeer uiteenlopende belangen: de belangen van de schuldeisers die wensen betaald te worden op zo kort mogelijke tijd en de nood om de reorganisatie een kans te geven (met inbegrip van een reorganisatie door overdracht van de onderneming) sporen niet altijd, wel integendeel. De regel in het wetsvoorstel is dat de continuïteit van de onderneming en van de contracten zoveel mogelijk behouden blijft, maar het is vanzelfsprekend dat in een periode van acute betaalmoeilijkheden de handhaving van de rechten moest gemoduleerd worden.

De oplossing is des te moeilijker aangezien het huidige Belgische systeem van zekerheden en voorrechten dringend zou moeten worden aangepast en gemoderniseerd en niet aangepast is.

Vergeleken met andere landen (onder meer het recente Nederlandse voorontwerp) is het voorstel gunstiger voor de continuïteit van de contracten en de verdere naleving van de overeenkomsten met inbegrip van de compensatie, zij het met enkele beperkingen (art. 26). Niemand kan op voorhand zeker zijn dat het voorgestelde stelsel perfect het evenwicht bereikt dat vereist is. Het systeem is in elk geval coherent.

Gerechtelijke reorganisatie door minnelijke akkoorden

Die vorm van reorganisatie biedt het voordeel van een controle door de rechter die dus met enig gezag kan waken over de collectieve belangen. Die procedure stelt geen bijzondere moeilijkheden en biedt uiteraard het bijkomend voordeel dat een moratorium het minnelijk akkoord kan bevorderen.

Gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord

De tekst stemt grotendeels overeen met het bestaande gerechtelijk akkoord. Enkel werden de technische tekorten verholpen en werd de procedure vereenvoudigd.

⁴ De cooling off-periode van art. 23 stelt als dusdanig geen echte problemen.

Gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag

Dit is, met de minnelijke regeling, wellicht de belangrijkste inbreng van het voorstel in het recht. Overdracht van ondernemingen of van haar activiteiten, voor beide geheel of gedeeltelijk, is vaak een voorwaarde voor een nieuwe start. Hierbij kan een sociaal plan betrokken zijn (niet per se), komt nieuw management bij te pas, kan ook een schuldsanering aan de orde zijn.

De aard van de procedure verschilt van die welke in de andere hoofdstukken wordt vermeld. Het openbaar gezag is hier betrokken en de bedoeling is wel degelijk dat de overheid het voortouw neemt in die vorm van sanering die bepaalde opofferingen vraagt van de betrokkenen en die moet gebeuren zonder fraude. Hier treedt een zekere vorm van buiten bezitstelling aan die relatief sterk aanleunt bij wat in faillissementen gebeurt.

De diverse modaliteiten van overdracht (vrijwillig of niet-vrijwillig, bij de aanvang of later) laten toe de gepaste maatregel te nemen op het juiste ogenblik. Een recent proefschrift van P. Coussement (*Herstelschema's voor ondernemingen in moeilijkheden*) reikt beleidscriteria aan in dit verband. Het wetsvoorstel dat alleen beoogt een structuur te creëren, laat een gepast beleid toe.

Een politiek probleem kan en zal rijzen in verband met de toepassing van de CAO 32*quinquies*, maar in de logica van het voorstel is de overdracht kennelijk een vorm van overdracht *sub judice* met het oog op vereffening. De oplossing van dat probleem zal vermoedelijk liggen hetzij in een aanpassing van de CAO, hetzij in een aanpassing van de wet op de sluiting van ondernemingen om rechten te geven aan de opgezegde werknemers, hetzij in een specifieke bepaling in deze wet opgenomen: het enige dat in feite nodig is, is dat de opgezegde werknemers een recht krijgen dat gelijk is aan wat zij bij faillissement zouden ontvangen.

De overdracht – zeker als ze verplichtend wordt – is gelijkwaardig aan een faillissement zodat ook hier in dit geval een

mogelijke verschoonbaarheid bestaat. Zij strekt zich niet uit tot de borgen.

Algemene conclusie

Er valt heel wat meer te zeggen over het voorstel. Het voorstel innoveert aanzienlijk zonder de band te verliezen met het bestaande recht, wat de integratie van de nieuwe wet in het bestaande recht zal vereenvoudigen. De belangen die op het spel staan worden ook goed afgewogen. Als het wet wordt zou het voorstel voor de Belgische economie een duidelijk pluspunt zijn.

I. Verougstraete

INSOLVABILITÉ

Généralités

La continuité des entreprises: à propos de la proposition de loi de MM. Crucke et Baquelaine (Doc. 52 0160/001)

Résumé

Cette note expose les lignes directrices d'une proposition de loi relative à la continuité des entreprises, déposée en octobre 2007 par Messieurs les députés Crucke et Baquelaine, et qui reprend, en grande partie, les conclusions d'un groupe d'experts désigné par le précédent gouvernement et chargé de rénover le droit de l'insolvabilité (sans cependant toucher à la loi sur les faillites ni aux privilèges et hypothèques). La proposition offre de nouvelles perspectives afin de permettre le développement durable des entreprises et leur assainissement et apporte des innovations importantes sur un certain nombre de points.

I. Verougstraete