

# RECHTSLEER

## DOCTRINE

INSOLVENTIE/INSOLVABILITÉ

### De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag: conceptuele en juridische knelpunten

*Stan Brijs<sup>1</sup> en Arie Van Hoe<sup>2</sup>*

Inleiding	392
Afdeling 1. Opening van de procedure	395
A. Vrijwillige overdracht onder gerechtelijk gezag	396
B. Gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag	396
C. Beslissing van de rechtbank	400
Afdeling 2. Voorbereiding van de overdracht	401
A. De gerechtsmandataris	401
B. Werkwijze gerechtsmandataris	402
C. Verhouding gerechtsmandataris-schuldenaar	403
D. Opschorting	405
E. Voorwerp van de overdracht	406
F. Positie schuldeisers en kandidaat-overnemer(s)	409
G. Beslissing van de rechtbank	410
H. Uitvoering van de overdracht	412
I. Verdeling van de verkoopprijs	413
J. Positie koper	417
Afdeling 3. Einde van de procedure en lot van de schuldenaar	417
A. Beëindiging op initiatief van de gerechtsmandataris	417
B. Beëindiging op initiatief van de schuldenaar	418
C. ‘Ontlasting’ van de schuldenaar	419
D. De positie van kosteloze persoonlijke zekerheidsstellers	419
Besluit	419

#### SAMENVATTING

*De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag is een innovatief herstelschema. De procedure beoogt de overdracht in going concern van een (deel van een) actieve onderneming, waarvan de eigenaar niet meer gered kan worden. Hoewel continuïteit hierbij het einddoel is, moet de procedure worden gezien als een alternatief voor de faillissementsprocedure, want ze leidt tot een verkoop van de activa, de verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers, en (meestal) de verdwijning van de schuldenaar. Met een bestuur dat aan het hoofd van de schuldenaar blijft staan tot aan de overdracht, en contracten die bescherming genieten tegen beëindiging, biedt de procedure een rechtskader aan dat soepeler is dan het faillissement, om de overdracht in continuïteit te realiseren van de (gezonde delen van een) onderneming.*

*Conceptueel veronderstelt de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag dat gewaakt wordt over het evenwicht (zowel op korte als op lange termijn) tussen de onderscheiden belangen van de stakeholders, in het*

<sup>1</sup> Instituut voor insolventierecht K.U.Leuven; advocaat te Brussel.

<sup>2</sup> Universiteit Antwerpen, Onderneming & Recht.

*bijzonder de werknemers en de schuldeisers. Het moment van de waarheid is de beoordeling door de rechtbank van de ontwerp(en) van overeenkomsten van overdracht. Als algemene regel geldt hierbij dat de schuldeisers niet mogen benadeeld worden door een verkoop waarvan wordt voorgehouden dat deze meer waarde genereert dan in geval van de vereffening van de schuldenaar.*

*Waar de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord een bekend en beproefd herstelschema is, blijkt het rechtskader van de overdracht onder gerechtelijk gezag onvoldoende uitgewerkt te zijn in de wet continuïteit ondernemingen. In deze bijdrage worden de talrijke conceptuele en juridische knelpunten die zich in de praktijk aandienen, onderzocht. Voor een aantal onvolmaaktheden worden oplossingen aangereikt teneinde de actuele rechtsonzekerheid te verminderen.*

## RÉSUMÉ

*La réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice est un schéma de rétablissement des entreprises innovatif. La procédure vise à permettre le transfert, en état de continuité d'exploitation, de tout ou partie d'une entreprise active et dont le propriétaire ne peut être 'sauvé'. Bien que la continuité soit l'objectif final de cette procédure, celle-ci doit être considérée comme une alternative à la procédure de faillite puisqu'elle conduit à une vente des actifs, à la répartition du produit entre les créanciers et, (généralement) à la disparition du débiteur. Les administrateurs restent en fonction jusqu'au transfert et la protection offerte aux contrats en cours font de cette procédure un cadre juridique plus souple que la faillite en vue d'assurer le transfert et la continuité (des parties saines) d'une entreprise.*

*Conceptuellement, la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice suppose qu'il soit veillé au maintien, à court et à long terme, de l'équilibre entre les intérêts respectifs des parties prenantes, en particulier des travailleurs et des créanciers. Le moment de vérité est celui de l'évaluation par le tribunal des projets d'accords de transfert. La règle générale veut que les créanciers ne puissent être désavantagés par une vente dont on dit qu'elle génère plus de valeur qu'en cas de liquidation du débiteur.*

*Là où la procédure de réorganisation judiciaire par accord collectif constitue un schéma de rétablissement connu et ayant fait ses preuves, il semble que le cadre juridique du transfert sous autorité de justice n'ait pas été suffisamment développé dans la loi relative à la continuité des entreprises. Cette contribution a pour objet d'examiner les nombreux problèmes conceptuels et juridiques qui se posent en pratique. Des solutions ont pu être trouvées afin de remédier à un certain nombre d'imperfections et de réduire l'insécurité juridique actuelle.*

## INLEIDING

1. De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag (hierna verkort aangeduid als de 'GROG') is zonder twijfel het meest innovatieve en uitdagende van de (formele) herstelschema's ingevoerd door de wet continuïteit ondernemingen (art. 59-70 WCO)<sup>3</sup>. Ook dit herstelschema stelt als algemene doelstelling voorop het behoud van de continuïteit van het geheel of een gedeelte van een onderneming in moeilijkheden, of van haar activiteiten (zie, art. 16, 1<sup>ste</sup> lid WCO). De wijze waarop de GROG deze doelstelling beoogt te realiseren is bijzonder, en verdient nadere toelichting. In deze bijdrage worden, na een toelichting van de conceptuele onderbouw, de diverse onderdelen van de procedure besproken, aan de hand van de rechtspraak en met bijzondere aandacht voor de in de praktijk vastgestelde knelpunten.

2. **Onderscheid 'onderneming' – 'schuldenaar'** – In het handels- en economisch recht wordt klassiek een onderscheid gemaakt tussen de onderneming en de eigenaar van de onderneming (natuurlijk persoon of rechtspersoon)<sup>4</sup>. Overeenkomstig de klassieke definitie van professor van Gerven, is de onderneming een "zelfstandige en duurzame organisatie waarbinnen één of meerdere personen met behulp van materiële en immateriële middelen, goederen of diensten produceren of verdelen, d.i. toegevoegde waarde voortbrengen. Zij doen dit tegen betaling door de afnemer van die goederen of diensten, van een vergoeding welke ertoe strekt en erop berekend is om tenminste zoveel inkomsten op te leveren als er uitgaven nodig zijn voor een continue werking van de organisatie"<sup>5</sup>. Met de 'onderneming'

<sup>3</sup> Wet van 31 januari betreffende de continuïteit van de ondernemingen, BS 9 februari 2009 (hierna aangeduid als 'WCO').

<sup>4</sup> P. COLLE, *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, Antwerpen, Maklu, 1989, 329-345; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, Brussel, E.Story-Scientia, 1987, 272-278; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. I, Brussel, Bruylant, 1976, 61.

<sup>5</sup> W. VAN GERVEN, "Daden van koophandel. De onderneming" in W. VAN GERVEN, H. COUSY en J. STUYCK (eds.), *Handels- en economisch recht*, Deel 1, *Ondernemingsrecht*, Volume A, Brussel, E.Story-Scientia, 1989, 73.

wordt verwezen naar een sociaal-economische realiteit, die als zodanig geen rechtspersoonlijkheid bezit<sup>6</sup>.

Om aan het rechtsverkeer deel te nemen, is de tussenkomst van een natuurlijke persoon of rechtspersoon vereist, de ‘ondernemingsdrager’<sup>7</sup>. Het onderscheid tussen de onderneming en de ondernemingsdrager vond slechts moeizaam ingang in het insolventierecht<sup>8</sup>. Lange tijd werd het lot van de onderneming intrinsiek verbonden geacht met dit van de ondernemingsdrager, de ‘schuldenaar’.

Slechts na verloop van tijd is aanvaard dat voormeld onderscheid ook, en vooral, een verklarende waarde heeft in het insolventierecht<sup>9</sup>. Wanneer de schuldenaar in zwaar weer komt, ontstaat (minstens bestaat het risico daartoe) een belangendivergentie tussen het belang van het bestuur en de aandeelhouders enerzijds, en het belang van de schuldeisers anderzijds<sup>10</sup>. Zeker vanaf het ogenblik dat de voorwaarden van een formele insolventieprocedure zijn vervuld, moeten de belangen van de bestuurders/aandeelhouders de baan ruimen voor het ruimere belang van de onderneming<sup>11</sup>.

Met de inwerkingtreding van de wet continuïteit ondernemingen heeft het onderscheid tussen de onderneming en de schuldenaar (eindelijk) een wettelijke bevestiging gekregen in het insolventierecht. Het in deze wet gehanteerde ondernemingsbegrip sluit aan bij de hierboven vermelde definitie, en heeft betrekking op “*de sociaal-economische entiteit zelf, namelijk het geheel van menselijke en materiële middelen die samengebracht zijn met het oog op de productie van goederen of diensten*”, te onderscheiden van “*de juridische folie daarover, te weten de vennootschap of de natuurlijke persoon die de economische activiteit uitoefent*”<sup>12</sup>.

### 3. Belang continuïteit onderneming en nuancering –

In een volstrekt vrije markteconomie wordt de continuïteit van een onderneming overgelaten aan de marktwerking<sup>13</sup>. Wanneer een onderneming er niet (langer) in slaagt om op zelfstandige wijze in haar eigen voortbestaan te verzekeren, wordt ze automatisch uit de markt gezuiverd. Deze cyclus van creatieve vernietiging wordt inherent geacht aan het kapitalistische proces, dat voortdurend een optimale allocatie van productiemiddelen nastreeft<sup>14</sup>. Van oudsher wordt deze cyclus evenwel getemperd<sup>15</sup>. Hiermee wordt in beginsel tegemoetgekomen aan de belangen van de werknemers en de schuldeisers.

Het belang van de *werknemers* is gelegen in het behoud van de met een onderneming verbonden werkgelegenheid. Enige nuancering is hier wel op haar plaats. Hoewel het inderdaad zo is dat het verdwijnen van een onderneming gepaard gaat met een (onmiddellijk) verlies aan werkgelegenheid, moet rekening gehouden worden met de werkgelegenheid die (potentieel) gecreëerd wordt door ondernemingen die de plaats innemen van de verdwenen onderneming<sup>16</sup>. Het feit dat die werkgelegenheid pas later tot stand komt, en vaak ook nog in het buitenland, maakt dat de balans overhelst naar de bescherming (op korte termijn) van de bestaande werkgelegenheid<sup>17</sup>.

Het belang van de *schuldeisers* is gelegen in het behoud van het *going concern surplus*, i.e. het verschil tussen de *going concern*-waarde van een onderneming en de liquidatiewaarde van de samenstellende (im-)materiële activa van de onderneming<sup>18</sup>. Omwille van de onderlinge heterogeniteit van de schuldeisers, waarbij de separatisten vanuit eigenbelang beweerdelijk een liquidatiepreferentie zouden hebben,

<sup>6</sup> M. VAN PUTTEN, *Het arbeidsrecht en de onderneming*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 217; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Brussel, Bruylant, 1995, 96-100; P. VAN OMMESLAGHE, “En guise d’introduction: entreprise, entreprise en difficulté, concepts juridiques”, *Rev.dr.ULB* 1991, (1) 6-7. Zie nochtans het pleidooi hiertoe van M. DESPAX, *L’entreprise et le droit*, Parijs, L.G.D.J., 1957, 443 p.

<sup>7</sup> Zie bv. H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 13.

<sup>8</sup> Zie bv. I. VEROUGSTRÆTE en Ch. VAN BUGGENHOUT, “Faillissement en continuïteit van onderneming”, *TPR* 1993, (1731) 1737, voetnoot 11: “*Bij een dergelijke overdracht zou er continuïteit (gedeeltelijk) van de onderneming kunnen zijn, en discontinuïteit van de rechtspersoon. Het Belgisch recht is echter niet gebaseerd op een dichotomie tussen rechtspersoon en onderneming waarover zoveel sprake is in zekere rechtsleer.*”

<sup>9</sup> Zie bv. C. HANNOUN, “La réalité juridique de l’entreprise. Réflexions sur la perception par le droit de la réalité matérielle de l’entreprise”, *Entreprise et Histoire* 2009, (184) 187: “*Le droit des procédures collectives a eu d’autres objectifs, l’entreprise étant prise dans la dimension de son activité productive et comme actif à partager. La dissociation du sort de l’entreprise et du débiteur, personne physique ou morale, est devenue en cette matière le centre d’une politique économique et sociale tendant à sauvegarder l’outil de production.*”

<sup>10</sup> R. KRAAKMAN, J. ARMOUR, P. DAVIES, L. ENRIQUES, H. HANSMANN, G. HERTIG, K. HOPT, H. KANDA en E. ROCK, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 134-138; M. SCHILLIG, “The Transition from Corporate Governance to Bankruptcy Governance – Convergence of German and US law?”, *ECFR* 2010, 116-157.

<sup>11</sup> H.T.C. HU en J.L. WESTBROOK, “Abolition of the Corporate Duty to Creditors”, *Columbia Law Review* 2007, 1321-1403; A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgisch vennootschapsrecht. Inhoud & grondslagen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 670.

<sup>12</sup> *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0160/002, 54.

<sup>13</sup> I. VEROUGSTRÆTE en Ch. VAN BUGGENHOUT, “Faillissement en continuïteit van onderneming”, *TPR* 1993, (1731) 1733-1735.

<sup>14</sup> Het proces van creatieve vernietiging (*creative destruction*) is o.a. beschreven door J.A. SCHUMPETER, *Capitalism, socialism and democracy*, Londen, G. Allen & Unwin, 1976, 81-86.

<sup>15</sup> Zie J.-M. GOLLIER, “Continuité des entreprises et sûretés financières”, *Bank Fin.R.* 2010, (10) 11-14.

<sup>16</sup> D.G. BAIRD, “Bankruptcy’s Untested Axioms”, *Yale Law Review* 1998-99, (573) 587.

<sup>17</sup> Vgl. I. VEROUGSTRÆTE en Ch. VAN BUGGENHOUT, “Faillissement en continuïteit van onderneming”, *TPR* 1993, (1731) 1733: “*De dynamische doelmatigheid vergt echter belangrijke offers in de zwakke economische sectoren, zodat de keuze voor de economische groei, die de welstand op korte termijn kan bedreigen, niet voor de hand ligt.*”

<sup>18</sup> P. COUSSEMENT, *Herstelschema’s voor ondernemingen in moeilijkheden*, (diss. UGent), 2007, 112-117; E. DIRIX, “Gerechtigd akkoord. Juridische en conceptuele knelpunten” in M. TISON, C. VAN ACKER en J. CERFONTAINE (eds.), *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (475) 476.

moet voorzien worden in dwingende procedures, die het behoud van het *going concern surplus* voor de schuldeisers in het algemeen mogelijk maken<sup>19</sup>. Ook hier is enige nuancering gepast. Niet elke onderneming bezit immers een *going concern surplus*<sup>20</sup>. De financiële problemen van de schuldenaar vinden net vaak hun oorsprong in de onaangepastheid van de onderneming aan de economische omgeving waarin ze opereert, in welk geval van een (inherent) *going concern surplus* geen sprake is<sup>21</sup>.

Op basis van het voorgaande zou verwacht kunnen worden dat de belangen van de werknemers en de schuldeisers in belangrijke mate gelijklopen. Het beeld van de communicerende vaten sluit echter nauwer aan bij de werkelijkheid. Inspanningen om het ene belang te beschermen, grijpen (onvermijdelijk) in op het andere belang. Het komt in de eerste plaats aan de wetgever toe om een evenwicht tussen de verschillende aan de orde zijnde belangen te bepalen, zowel op korte als op lange termijn. Beleidskeuzes die op korte termijn tot stabiliteit leiden (bv. behoud van werkgelegenheid), kunnen immers op lange termijn nefaste gevolgen hebben (bv. de verstoring van de kredietmarkt ten gevolge van een disproportioneel ingrijpen op de rechten van de (bancaire) schuldeisers<sup>22</sup>).

**4. Dualiteit GROG** – De GROG heeft een Januskop: vanuit economisch oogpunt wordt de continuïteit van een

onderneming nagestreefd; juridisch resulteert de procedure in discontinuïteit nl. de vereffening (van het vermogen) van de schuldenaar<sup>23</sup>. Deze dualiteit staat haaks op de klassieke tweedeling vereffening- en aanzuiveringsbewind in het insolventierecht<sup>24</sup>. Deze inherente dualiteit laat zich voelen doorheen de procedure.

**5. Algemeen rechtskader GROG** – Om een algemeen rechtskader voor de GROG op te stellen, moet de finaliteit van de procedure in acht worden genomen. Aan de grondslag van de GROG ligt de reële vaststelling dat de faillissementsprocedure, die een categorieke discontinuïteit inhoudt, een onaangepast en onderontwikkeld rechtskader biedt voor de actieve voortzetting van een onderneming. Het is aan deze vaststelling dat de GROG beoogt tegemoet te komen, door een kader te bieden waaronder de onderneming wel operationeel en onder optimale voorwaarden kan worden overgedragen<sup>25</sup>: de schuldenaar wordt beschermd tegen zijn schuldeisers (de opschorting), de continuïteit van de rechtsverhoudingen wordt verzekerd (regeling inzake lopende overeenkomsten), de schuldenaar blijft aan het hoofd van de onderneming staan (*debtor in possession*), en er wordt een onafhankelijke gerechtsmandataris aangesteld om de overdracht van de onderneming te realiseren.

De ultieme doelstelling van de faillissementsprocedure en van de GROG blijft dezelfde: de liquidatie van het vermogen

<sup>19</sup> F. CABRILLO en B. DEPOORTER, “Bankruptcy Proceedings” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of law & economics*, <http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html>, 263; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 47; I. VEROUSTRAEET en Ch. VAN BUGGENHOUT, “Faillissement en continuïteit van onderneming”, *TPR* 1993, (1731) 1735. Zie over de (vermeende) liquidatievoorkeur in hoofde van de bijzonder bevoorrechte schuldeisers: P. COUSSEMENT, *Herstelschema's voor ondernemingen in moeilijkheden*, (diss. UGent), 2007, 75-83.

<sup>20</sup> E. DIRIX, “Het insolventierecht op nieuwe wegen”, *RW* 2011-12, (74) 79, met verwijzingen in voetnoot 38.

<sup>21</sup> UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, New York, 2005, [www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf), p. 27, nr. 24: “Not all debtors that falter or experience serious financial difficulty in a competitive marketplace should necessarily be liquidated; a debtor with a reasonable prospect of survival (such as one that has a potentially profitable business) should be given that opportunity where it can be demonstrated that there is greater value (and, by deduction, greater benefit for creditors in the long term) in keeping the essential business and other component parts of the debtor together.” (eigen benadrukking).

<sup>22</sup> Dit werd expliciet, doch vergeefs, aangevoerd in het volgende geval: Kh. Oudenaarde 16 september 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 494: “De banken (...) laten gelden dat hun belangen geschaad worden door de verkoop/overdracht aan (...) gezien onder de liquidatiewaarde verkocht wordt; bovendien wijzen ze op de mogelijke concurrentievervalsing tegenover derden ingevolge de lage prijs en op een mogelijke noodzaak van herziening door banken van hun voorwaarden tot kredietverstrekking.”

<sup>23</sup> Vgl. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Parijs, Ed. Montchrestien, 2009, 703: “Bien qu'elle soit située dans la liquidation, la cession s'inscrit dans l'esprit général de la loi qui est d'assurer la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'emploi et le désintéressement des créanciers.”

<sup>24</sup> Vgl. UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, New York, 2005, [www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf), p. 26, nr. 20: “The traditional division or distinction between these two types of proceeding can be somewhat artificial and can create unnecessary polarization and inflexibility. It does not accommodate, for example, cases not easily situated at the poles those cases where a flexible approach to the debtor's financial situation is likely to achieve the best result for both the debtor and the creditors in terms of maximizing the value of the insolvency estate. For example, the term 'reorganization' is sometimes used to refer to a particular way of ensuring preservation and possible enhancement of the value of the insolvency estate in the context of liquidation proceedings, such as where the law provides for liquidation to be carried out by transferring the business to another entity as a going concern. In that situation, the term 'reorganization' merely points to a technique other than traditional liquidation (i.e. straightforward, piecemeal sale or realization of the assets) being used in order to obtain as much value as possible from the insolvency estate.” (eigen benadrukking).

<sup>25</sup> *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0160/005, 32: “De heer Alain Zenner voegt daaraan toe dat de overdracht onder gerechtelijk gezag (die geen gedwongen overdracht is omdat in principe de instemming is vereist van de schuldenaar) is opgevat als een soort alternatief voor het faillissement. Het gaat om een techniek die gemakkelijker toelaat een onderneming of bepaalde van haar activiteiten over te laten dan in de zeer geformaliseerde context van een faillissement.”; P. COUSSEMENT, “De wet op de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009”, *TBH* 2009, (283) 288: “(...) voor ondernemingen in moeilijkheden waarvan de rechtspersoon niet meer kan worden gered maar de activiteiten voldoende waardevol zijn om in going concern te worden overgedragen, heeft de wet de ambitie om de basisprocedure te worden.”; J. VERLINDEN en S. LOOSVELD, “De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de wet continuïteit ondernemingen. Een eerste commentaar”, *TRV* 2009, (709) 710: “De bedoeling van de gehele wet continuïteit ondernemingen, en van het hier besproken hoofdstuk over de overdracht onder gerechtelijk gezag, bestaat erin om de overdracht van activa soepel en vlot 'in going concern' te kunnen overdragen, zonder de 'breuk' die eigen is aan een faillissement.”

van de schuldenaar. Het verschil zit hem in de *methode* om dit doel te bereiken. Onder de faillissementsprocedure wordt een snelle liquidatie van het vermogen van de schuldenaar beoogd. Dit scenario zou onder optimale omstandigheden voorbehouden moeten blijven voor ondernemingen zonder aantoonbaar *going concern surplus*. Bij de GROG, daarentegen, wordt alles in het werk gesteld om de continuïteit van de onderneming tijdelijk te behouden, om een overdracht onder betere voorwaarden mogelijk te maken.

## AFDELING 1. OPENING VAN DE PROCEDURE

**7. Onderscheid vrijwillige en gedwongen GROG** – Bij de opening van de procedure moet een onderscheid gemaakt worden tussen de ‘vrijwillige GROG’ en de ‘gedwongen GROG’. De vrijwillige GROG wordt geopend op initiatief van de schuldenaar (art. 59, § 1 WCO). De gedwongen GROG wordt geopend door toedoen van bepaalde door de wet aangeduide initiatiefgerechtigden (art. 59, § 2 WCO). Dit onderscheid gaat niet verder dan dat: de procedure kent in beide gevallen eenzelfde verloop. Het vrijwillig karakter van een vrijwillige GROG is bovendien relatief. De schuldenaar zal slechts ‘instemmen’ met de overdracht onder gerechtelijk gezag wanneer hem geen andere optie meer rest<sup>26</sup>.

Binnen deze tweedeling kunnen nog een aantal ‘deelscenario’s’ worden onderscheiden. Deze worden hierna schematisch samengevat. Het is belangrijk om de verschillende opties voor ogen te houden. In het verdere verloop van deze bijdrage zal blijken dat er onderlinge verschillen bestaan, waarbij het niet steeds duidelijk is of deze het resultaat zijn van een weloverwogen beleidskeuze, dan wel van een gebrek aan synchronisatie:

scenario	vrijwillig/ gedwongen	lopende/ nieuwe procedure	grondslag	inleiding
A	vrijwillig	nieuwe procedure	art. 16/art. 59, § 1	eenzijdig ver- zoekschrift
B	vrijwillig	lopende procedure	art. 39/art. 59, § 1	eenzijdig ver- zoekschrift
C	gedwongen	nieuwe procedure	art. 59, § 2, 1°-2° (verwer- ping verzoek)	dagvaarding
D	gedwongen	lopende procedure	art. 59, § 2, 2°-4°	dagvaarding

**6. Opbouw bijdrage** – Hierna volgen we het chronologische verloop van de procedure. Eerst wordt de opening van de procedure besproken, vervolgens de voorbereiding van de overdracht, nadien de machtiging tot, en uitvoering van, de overdracht, en tot slot de beëindiging van de procedure. De GROG kent ook een belangrijk sociaal- en fiscaalrechtelijk luik. Deze aspecten worden in deze bijdrage niet systematisch uitgewerkt.

**8. Rechtsmiddelen** – Belangrijk in de procedure van gerechtelijke reorganisatie in het algemeen, en de GROG in het bijzonder, zijn de rechtsmiddelen die kunnen worden ingesteld tegen beslissingen genomen in het kader van deze procedure. Omdat deze problematiek herhaaldelijk aan de orde komt, worden hier reeds de basisprincipes geformuleerd die het instellen van een rechtsmiddel beheersen:

- behoudens andersluidende bepalingen kunnen tegen de beslissingen van de rechtbank rechtsmiddelen worden aangewend volgens de in het Gerechtelijk Wetboek voorgeschreven regels en termijnen (art. 5, 2<sup>de</sup> lid WCO);
- men wordt slechts partij in de procedure wanneer men tussenkomt overeenkomstig de artikelen 812 tot 814 Ger.W.<sup>27</sup>. Bij ontstentenis van een dergelijke tussenkomst verwerft degene die, op zijn initiatief of op dat van de rechtbank, is gehoord of een geschrift neerlegt om zijn opmerkingen te laten gelden, iets te vorderen of middelen naar voren te brengen, door dit feit geen hoedanigheid van partij (art. 5, 5<sup>de</sup> en 6<sup>de</sup> lid WCO);
- diegene die partij is in de procedure, kan hoger beroep instellen. In principe geldt hiervoor de gemeenrechtelijke termijn van één maand (art. 1051 Ger.W.);
- diegene die geen partij is in de procedure, kan derdenverzet instellen onder de voorwaarden van artikel 1122 Ger.W. Wanneer het een procedure op tegenspraak betreft, moet het derdenverzet worden ingesteld binnen drie maanden (art. 1129 Ger.W.); wanneer het een procedure op eenzijdig verzoekschrift betreft, moet het derdenverzet worden ingesteld binnen de maand (art. 1125 Ger.W.);
- wanneer de wet continuïteit ondernemingen bepaalt dat beslissingen bij uittreksel worden bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad*, dan beginnen de termijnen om rechtsmiddelen in te stellen, te lopen vanaf de dag van de bekendmaking (art. 5, 2<sup>de</sup> lid WCO)<sup>28</sup>.

<sup>26</sup>. A. ZENNER, *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, 136: “Ce n’est que dans une situation sans issue que le débiteur, se dépouillant de ses actifs, consentira à pareille aliénation qui sera toujours plus subie que décidée.”

<sup>27</sup>. Zie hierover A. VAN HOE en M.-A. VREVEN, “Knelpunten bij een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord”, *TBH* 2011, (853) 861-862; J. EMBRECHTS, “Overzicht van rechtsmiddelen in het commercieel insolventierecht” in A. BOSSUYT, B. DECONINCK, E. DIRIX, A. FETTWEIS en E. FORRIER (eds.), *Liber spei et amicitiae. Liber Amicorum Ivan Verougstraete*, Brussel, Larcier, 2011, (315) 322.

<sup>28</sup>. A. ZENNER, J.-P. LEBEAU en C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l’épreuve de sa première pratique*, Brussel, Larcier, 2010, 72-73.

## A. Vrijwillige overdracht onder gerechtelijk gezag

**9. Onmiddellijk** – De GROG is een volwaardig herstelschema. De schuldenaar kan onmiddellijk voor dit herstelschema opteren, zonder eerst een ander herstelschema te moeten doorlopen. In elk geval moet de schuldenaar een beroep doen op de GROG wanneer hij minder dan drie jaar tevoren reeds een gerechtelijke reorganisatie heeft aangevraagd en verkregen (art. 23, 4<sup>de</sup> lid WCO)<sup>29</sup>.

**10. Cascade** – De overdracht onder gerechtelijk gezag heeft verstrekende gevolgen voor de schuldenaar, en bij een schuldenaar-rechtspersoon, voor diens aandeelhouders. Wanneer de overdracht plaatsvindt (wat niet zeker is bij de opening van de procedure), blijft de schuldenaar met lege handen achter, minstens met een gedenatureerde onderneming. Veelal wordt daarom eerst getracht om een minnelijk of een collectief akkoord met de schuldeisers te bereiken. Deze herstelschema's hebben als belangrijk voordeel voor de schuldenaar (lees: aandeelhouders en bestuurders) dat de reorganisatie van de onderneming ook de schuldenaar zelf ten goede komt<sup>30</sup>.

Slechts wanneer dergelijke 'interne reorganisatie' niet mogelijk blijkt te zijn, wordt overgestapt naar de GROG. Niet zelden is de continuïteit van de onderneming dan reeds aangetast, wat de slaagkansen van de GROG ondermijnt. Op zijn minst zal de overdracht zeer snel moeten plaatsvinden omwille van de beperkte hoeveelheid resterende liquiditeiten in de onderneming (en de aangetaste kredietpositie van de schuldenaar).

Het cascadesysteem dat de overschakeling tussen de verschillende herstelschema's regelt, is neergelegd in artikel 39 WCO. Op elk ogenblik tijdens de opschorting kan de schuldenaar bij (eenzijdig) verzoekschrift aan de rechtbank vragen om van een gerechtelijke reorganisatie door een minnelijk of een collectief akkoord naar een overdracht onder gerechtelijk gezag over te stappen. In een uitzonderlijk geval heeft de rechtbank toegelaten dat een schuldenaar na het welslagen van een GROG alsnog overgaat naar een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord voor het overblijvend deel van de onderneming<sup>31</sup>. Dit is zeer uitzonderlijk. Een dergelijke soepele toepassing is in lijn met de

continuïteitsdoelstelling onderliggend aan de wet continuïteit ondernemingen, doch vindt geen steun in de tekst van artikel 39 WCO en de parlementaire voorbereiding<sup>32</sup>.

**11. Bevoegdheid** – De bevoegdheid tot het initiëren van de GROG doet geen vragen rijzen bij de schuldenaar-natuurlijke persoon. Bij een volkomen vennootschap met aansprakelijkheidsbeperking ligt de bevoegdheidsverdeling tussen de aandeelhoudersvergadering en het bestuur minder voor de hand. De (potentiële) overdracht onder gerechtelijk gezag heeft als gevolg dat de aandeelhouders, aandeelhouder worden van een lege huls. Toch valt zowel de beslissing tot initiële toegang tot de procedure, als tot wijziging van het doel van de procedure, onder de wettelijke algemene bestuurs- en vertegenwoordigingsbevoegdheid van de raad van bestuur of de zaakvoerder(s)<sup>33</sup>. Wel overstijgt deze beslissing de (wettelijke) bevoegdheid van het (orgaan van) dagelijks bestuur.

**12. Opschorting faillissementsaangifte** – De verplichting tot faillissementsaangifte wordt opgeschort vanaf de neerlegging van een verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie, en dit zolang de opschorting duurt (art. 9, *in fine* Faill.W.). De 'virtueel failliete'-schuldenaar (*infra*, randnr. 14, A) wordt hiermee vrijgesteld van de verplichting om faillissementsaangifte te doen.

## B. Gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag

**13. Initiatiefgerechtigden** – Bijzonder, en illustratief voor de band met het faillissement, is dat derden de GROG kunnen vorderen, buiten of zelfs tegen de wil van de schuldenaar. Artikel 59, § 2, 1<sup>ste</sup> lid WCO verleent drie (groepen van) initiatiefgerechtigden de bevoegdheid om een gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag te initiëren: de procureur des Konings (A), de schuldeisers (B) en eenieder die een belang heeft om het geheel of een gedeelte van de onderneming te verwerven (C):

**A. Openbaar Ministerie** – Het initiatiefrecht van de procureur des Konings vloeit voort uit de maatschappelijke waarde van de onderneming, die het private belang (van de schuldenaar) overstijgt<sup>34</sup>. Het Openbaar Ministerie

<sup>29</sup>. De schuldenaar behoudt de keuzevrijheid wanneer hij in deze periode een gerechtelijk akkoord heeft aangevraagd en verkregen; Gent 22 februari 2010, *RW* 2010-11, 203-204; Kh. Namen 18 mei 2009, *TBH* 2009, 703.

<sup>30</sup>. Vgl. D. WILLERMAIN, "La nouvelle loi sur la continuité des entreprises. Présentation générale et règles spécifiques relatives aux cessions d'entreprises" in M. GRÉGOIRE (ed.), *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, Brussel, Bruylant, 2009, (93) 98-99: "Si l'entreprise est exploitée par une société, le sauvetage de l'entreprise, par sa restructuration et son désendettement, pourra entraîner celui de la société. Mail il n'en sera pas nécessairement ainsi, l'entreprise pouvant être sauvée alors que la société serait déclarée en faillite ou mise en liquidation. Tel sera le cas en particulier si le sauvetage de l'entreprise implique la cession à un tiers."

<sup>31</sup>. Kh. Brussel 10 februari 2012, H/12/00049 – H/12/00051.

<sup>32</sup>. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2011, 156, nr. 2.5.1.80.

<sup>33</sup>. H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 291; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2011, 226, nr. 2.5.6.17; B. DE MOOR, P. DE WULF, S. DIELS en V. VAN STEENKISTE, "Aandachtspunten en actiepunten voor het bestuur van een onderneming bij dreigende insolventie", *DAOR* 2010, (119), 121 en 125.

<sup>34</sup>. M. LAUWERS, "Overdracht van onderneming in het kader van de nieuwe wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen" in *FARE* 2010, I.K-21.

behoudt hiermee, in tegenstelling tot de rechtbank, een actieve en sturende rol in het insolventierecht (zie ook art. 6 en 8 Faill.W.). Het vorderingsrecht van het Openbaar Ministerie kan een geschikt instrument zijn om aan de inertie of onbekwaamheid in hoofde van (het bestuur van) de schuldenaar te verhelpen.

Een vonnis van de rechtbank van koophandel te Nijvel illustreert de potentieel verreichende draagwijdte van dit initiatiefrecht<sup>35</sup>. In casu had de raad van bestuur van een schuldenaar vastgesteld dat de faillissementsvoorwaarden voldaan waren én dat een gerechtelijke reorganisatie geen zin meer had (bij ontstentenis van voldoende liquiditeiten om de opschortingsperiode te overbruggen). Net voordat de schuldenaar faillissementsaangifte deed, dagvaardde de procureur des Konings, die kennelijk op de hoogte was gebracht van de situatie, de schuldenaar evenwel in gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag, met verkorte dagvaardingstermijnen.

De rechtbank oordeelde vooreerst dat het ‘virtueel faillissement’ één van de mogelijkheden is waaronder een gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag kan worden gevorderd (*infra*, randnr. 14, A). Vervolgens oordeelde de rechtbank dat een afweging moet worden gemaakt tussen het belang van de onderneming enerzijds, en het belang van de schuldeisers anderzijds. De rechtbank stelde vast dat de onderneming nog in *going concern* was, dat geen enkele schuldeiser was overgegaan tot tenuitvoerlegging op het vermogen van de schuldenaar, en dat de schuldenaar nog belangrijke activa had. Op basis van deze elementen oordeelde de rechtbank dat een overdracht onder gerechtelijk gezag in casu meer aangewezen was dan een faillissement.

Bij dit vonnis passen enkele kanttekeningen. De raad van bestuur van de schuldenaar was op weloverwogen wijze tot het besluit gekomen dat de schuldenaar failliet was én dat een gerechtelijke reorganisatie geen zin had. Op basis van een initiatief van de procureur des Konings werd toch een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag geopend. Daarmee is er echter nog geen financiering om de continuïteit van de onderneming tijdens de opschorting te garanderen. Over liquiditeitsprognoses spreekt het vonnis zich niet uit, hoewel net daar het probleem lag volgens de raad van bestuur. Indien er geen sprake is van inertie of onbekwaamheid, maar de raad van bestuur met kennis van zaken gemotiveerd de optie

gerechtelijke reorganisatie niet heeft gekozen, lijkt ons dit een belangrijk element dat de rechtbank mee in overweging moet nemen. In casu maakte de schuldenaar deel uit van een vennootschapsgroep, die te kennen had gegeven de schuldenaar niet langer te ondersteunen. Het is niet zo dat de (loutere) opening van de gerechtelijke reorganisatie een financieringsverantwoordelijkheid in hoofde van de verbonden vennootschappen met zich meebrengt<sup>36</sup>. Wat de bestuurders van de schuldenaar betreft, is het onzeker of zij nog aansprakelijk zijn in deze omstandigheden voor de voortzetting van de (volgens hen reddeloos verloren) onderneming. De bestuurders hebben immers aangifte gedaan van het faillissement van de schuldenaar, en worden nu ‘gedwongen’ tot voortzetting van de onderneming door de rechtbank, wat zij wel naar best vermogen zullen moeten doen.

Het vonnis biedt de gelegenheid om de algemene regel in herinnering te brengen, dat een raad van bestuur die geconfronteerd wordt met (een nakende) insolventie alle mogelijkheden tot (zelfs gedeeltelijke) redding of herstel moet overwegen (wat in casu gebeurd was), ook wanneer deze maatregelen gepaard gaan met een wijziging in de *corporate governance*-structuur van de schuldenaar (op het niveau van het bestuur of de aandeelhouders)<sup>37</sup>;

- B. **Schuldeiser** – Ten tweede kan elke *schuldeiser* de overdracht onder gerechtelijk gezag vorderen (vgl. art. 6 Faill.W.). Aan dit vorderingsrecht worden geen bijzondere voorwaarden gesteld. De schuldvordering moet niet opeisbaar zijn en kan onderhevig zijn aan een ontbindende/opschortende voorwaarde. De schuldeiser moet geen interesse betonen in de overname van de onderneming<sup>38</sup>. Het belang van de schuldeiser moet wel rechtmatig zijn. Lichtzinnige vorderingen of pogingen om de schuldenaar onder druk te zetten, kunnen een misbruik van dit vorderingsrecht uitmaken<sup>39</sup>;
- C. **Belanghebbende** – Ten slotte kan eenieder die een *belang* heeft om het geheel of een gedeelte van de onderneming te *verwerven*, een vordering tot gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag instellen. De parlementaire voorbereiding vermeldt dienaangaande dat: “[h]et belang van een concurrent om de concurrentie te verminderen door het geheel of een gedeelte van de onderneming over te nemen, zou in die context niet rechtmatig zijn”<sup>40</sup>. Dit moet goed begrepen wor-

35. Kh. Nijvel 21 november 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 503.

36. Vgl. B. GRELON en C.D. LARRIVÉ, “La confusion des patrimoines au sein d’un groupe”, *Revue des sociétés* 2006, (281) 283: “Le soutien – qui pourrait, au demeurant, être jugé abusif – des filiales en difficulté ne constitue ni un devoir juridique, ni même un devoir moral.”

37. Zie uitgebreid over de (dis)continuïteitsbeoordeling als bestuurshandeling: E. WYMEERSCH, “Discontinuïteit in groepspectief. Juridische en boekhoudkundige aspecten” in *Ondernemingsdiscontinuïteit – Discontinuité des entreprises*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, (80) 88-98.

38. J. WINDEY, “La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises”, *JT* 2009, (237) 247.

39. K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtigde reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 216.

40. *Parl.St.* Kamer 2007, nr. 52-160/002, 73.

den. Het belang van een concurrent is slechts dan onrechtmatig wanneer deze de ontmanteling van de onderneming beoogt, eerder dan de voortzetting ervan<sup>41</sup>. In de praktijk zijn het natuurlijk vooral concurrenten die belangstelling hebben om een onderneming in moeilijkheden geheel of gedeeltelijk over te nemen. Mede omwille van hun ervaring zijn zij het best geplaatst om de continuïteit van de onderneming in te schatten, en te garanderen. Ook *insiders* (aandeelhouders, bestuurders, verbonden vennootschappen) kunnen een vordering tot gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag instellen en/of als overnemer optreden (zij het dat hun verzoek en hun bieding kritisch moeten benaderd worden; zie *infra*, randnr. 23).

**14. Hypotheses gedwongen GROG** – Een gedwongen GROG heeft ingrijpende gevolgen voor de schuldenaar, en bij een schuldenaar-rechtspersoon, voor diens aandeelhouders. Hierin kan een vorm ‘private onteigening’ worden gezien<sup>42</sup>. Een gedwongen GROG kan dan ook slechts in uitzonderlijke omstandigheden plaatsvinden. Samengevat moet de debiteur zich bevinden, hetzij in een situatie van virtueel faillissement, zonder een gerechtelijke reorganisatie te hebben aangevraagd (A), hetzij in een situatie waarbij de (aanvraag tot) gerechtelijke reorganisatie mislukt is (B tot D):

**A. Virtueel faillissement** – De overdracht onder gerechtelijk gezag kan in de eerste plaats gevorderd worden wanneer de schuldenaar zich in staat van faillissement

bevindt, zonder een procedure van gerechtelijke reorganisatie te hebben aangevraagd, het zgn. ‘virtueel faillissement’ (art. 59, § 2, 1° WCO)<sup>43</sup>. De rechtbank die moet oordelen over deze vordering, moet vaststellen dat de schuldenaar op duurzame wijze heeft opgehouden te betalen, en dat zijn krediet geschokt is (art. 2 Faill.W.)<sup>44</sup>. Naar aanleiding van een dagvaarding tot gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag mag de rechtbank het faillissement niet (ambtshalve) uitspreken<sup>45</sup>. Werd de schuldenaar reeds failliet verklaard voorafgaandelijk aan de vordering tot gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag, kan geen gerechtelijke reorganisatie meer worden geopend<sup>46</sup>. Deze vorderingsmogelijkheid creëert een prikkel voor de schuldenaar om uit eigen beweging gebruik te maken van de (overige) herstelschema’s bepaald onder de wet continuïteit ondernemingen<sup>47</sup>.

De verplichting tot faillissementsaangifte wordt opgeschort vanaf de neerlegging van een verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie (*supra*, randnr. 12). Er is niet uitdrukkelijk voorzien dat deze uitzondering ook geldt in geval van een *dagvaarding* tot gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag. Dit volgt echter onbetwistbaar uit de bedoeling van de wetgever, die precies de GROG een kans wil geven boven het faillissement. Net als bij een verzoekschrift, wordt de schuldenaar door de dagvaarding tot gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag reeds in zekere mate onderworpen aan toezicht door de rechtbank<sup>48</sup>.

De vordering wordt in deze hypothese ingesteld door

- <sup>41</sup>. *Parl.St.* Kamer 2007, nr. 52-160/001, 34: “Met het wetsvoorstel moest worden voorkomen dat ‘raiders’ optreden als koper enkel met de bedoeling de onderneming te ontmantelen, dan wel vragen dat de overdracht wordt bevolen om zich van een concurrent te kunnen ontdoen.”
- <sup>42</sup>. K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 209: “Het is vooral in deze procedure van ‘gedwongen’ overdracht onder gerechtelijk gezag dat het belang van de onderneming expliciet wordt losgekoppeld van het private belang van de schuldenaar die als juridische entiteit eigenaar is van deze onderneming, maar als het ware wordt ‘onteiend’ in het belang van het behoud van een rendabele ondernemingsactiviteit en de daaruit voortvloeiende werkgelegenheid.”
- <sup>43</sup>. Zie evenwel kritisch t.o.v. het ‘virtueel faillissement’, J. WINDEY, “La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises”, *JT* 2009, (237) 247.
- <sup>44</sup>. Wat het personeel toepassingsgebied van de faillissementswet betreft, dit spoort niet volledig met dit van de wet continuïteit ondernemingen. Desalniettemin kan art. 59, § 2, 1° WCO ook toegepast worden op een schuldenaar die niet onder het personeel toepassingsgebied van de faillissementswet ressorteert. Het ‘virtueel faillissement’, m.a.w. of aan de faillissementsvoorwaarden (m.u.v. van het vereiste van handelaar) is voldaan, kan namelijk in hoofde van elke schuldenaar worden vastgesteld; M. TISON, “De wet continuïteit ondernemingen: het portaal naar een nieuw insolventierecht?” in A. BOSSUYT, B. DECONINCK, E. DIRIX, A. FETTWEIS en E. FORRIER (eds.), *Liber spei et amicitiae. Liber Amicorum Ivan Verougstraete*, Brussel, Larcier, 2011, (379) 382; J. VERLINDEN en S. LOOSVELD, “De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de wet continuïteit ondernemingen. Een eerste commentaar”, *TRV* 2009, (709) 714, voetnoot 17.
- <sup>45</sup>. K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 220. De (noodzakelijke) vaststelling dat de faillissementsvoorwaarden voldaan zijn, kan wel nog van belang zijn wanneer de schuldenaar in een later stadium alsnog failliet verklaard wordt. De eerdere vaststelling van het ‘virtueel faillissement’ is indicatief voor de vaststelling van een verdachte periode (art. 12 Faill.W.).
- <sup>46</sup>. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2011, 222, nr. 2.5.6.8; K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 219.
- <sup>47</sup>. A. ZENNER, *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, 138. De schuldenaar kan wel nog na de dagvaarding tot gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag een procedure van gerechtelijke reorganisatie inleiden met het oog op een minnelijk of een collectief akkoord. De toepassingsvoorwaarden van art. 59, § 2, 1° WCO worden pas beoordeeld op het ogenblik van de uitspraak; K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 224.
- <sup>48</sup>. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2011, 223, nr. 2.5.6.8. Anders K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 220.



middel van een dagvaarding gericht tegen de schuldenaar (art. 59, § 2 *in fine* WCO);

- B. **Weigering opening gerechtelijke reorganisatie** – De gedwongen GROG kan ten tweede gevorderd worden wanneer de rechtbank de vordering tot het openen van de procedure met toepassing van artikel 23 WCO heeft verworpen (art. 59, § 2, 2° WCO). De toepassing van deze hypothese zou eerder zeldzaam moeten zijn. De gerechtelijke reorganisatie wordt namelijk gekenmerkt door de zgn. ‘open portaal’-benadering, op grond waarvan de filtering tussen levensvatbare en niet-levensvatbare ondernemingen gebeurt tijdens de opschorting, eerder dan (onmiddellijk) op het ogenblik van de opening van de procedure<sup>49</sup>.

De gerechtelijke reorganisatie wordt geopend zodra de continuïteit van de onderneming, onmiddellijk of op termijn, bedreigd is en de schuldenaar daartoe een verzoekschrift heeft neergelegd (art. 23, 1<sup>ste</sup> lid WCO). De beoordelingsbevoegdheid van de rechtbank beperkt zich hierbij tot een *prima facie*-toetsing van de door de schuldenaar aangevoerde continuïteitsbedreiging. Deze beleidskeuze wordt over het algemeen getrouw opgevolgd door de rechtbanken en hoven. Wanneer evenwel een *misbruik* van de procedure wordt vastgesteld, dan wel de *volkomen* en *persistente* afwezigheid van enig economisch potentieel, lijkt er (terecht) een beperkte ruimte te bestaan om de schuldenaar niet tot de gerechtelijke reorganisatie toe te laten<sup>50</sup>.

De vordering tot overdracht wordt ook in deze hypothese ingesteld door middel van een dagvaarding gericht tegen de schuldenaar (art. 59, § 2 *in fine* WCO);

- C. **Voortijdige beëindiging gerechtelijke reorganisatie** – De gedwongen GROG kan ten derde gevorderd worden wanneer de rechtbank de voortijdige beëindiging van de procedure beveelt met toepassing van artikel 41 WCO (art. 59, § 2, 2° WCO). De voortijdige beëindiging van de procedure kan gevorderd worden wanneer de schuldenaar kennelijk niet meer in staat is de conti-

nuitteit van het geheel of een gedeelte van zijn onderneming of van haar activiteiten te verzekeren overeenkomstig het doel van de procedure. Het betreft de hypothese waarbij de gerechtelijke reorganisatie werd geopend met het oog op een minnelijk of een collectief akkoord, en het vervolgens komt vast te staan dat dit niet gerealiseerd zal kunnen worden. Het gebruik van de term ‘kennelijk’ impliceert dat er geen redelijke twijfel mogelijk mag zijn over de slaagkansen van de voorgenomen herstelmaatregelen<sup>51</sup>.

Op grond van proceseconomische overwegingen is voorzien dat de vordering tot overdracht onder gerechtelijk gezag gelijktijdig kan worden ingesteld in de dagvaarding, die strekt tot de voortijdige beëindiging van de procedure tot reorganisatie (art. 59, § 2, 2<sup>de</sup> lid WCO).

Onder dit scenario kan een samenloop ontstaan tussen een vordering tot overdracht onder gerechtelijk gezag en een vordering tot faillietverklaring *c.q.* gerechtelijke ontbinding van de schuldenaar (zie art. 41, § 1, 3<sup>de</sup> lid WCO)<sup>52</sup>. Dit is o.a. het geval wanneer een andere schuldeiser de voortijdige beëindiging van de procedure én de faillietverklaring van de schuldenaar vordert. Op basis van (de hierna verdedigde interpretatie van) artikel 22 WCO (*infra*, randnr. 15) kan de schuldenaar niet failliet verklaard worden, zolang de rechtbank geen uitspraak heeft gedaan over de vordering tot gerechtelijke reorganisatie. Dit betekent dat enkel wanneer de vordering tot gedwongen GROG op autonome gronden wordt afgewezen, de vordering tot faillietverklaring kan worden ingewilligd<sup>53</sup>;

- D. **Mislukte gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord** – De gedwongen GROG kan ten slotte ook nog gevorderd worden wanneer de rechtbank het reorganisatieplan intrekt met toepassing van artikel 58 WCO, wanneer de schuldeisers het reorganisatieplan niet goedkeuren met toepassing van artikel 54 WCO en wanneer de rechtbank de homologatie van het reorganisatieplan weigert met toepassing van artikel 55 WCO (art. 59, § 2, 2°-4° WCO).

49. M. TISON, “De wet continuïteit ondernemingen: het portaal naar een nieuw insolventierecht?” in A. BOSSUYT, B. DECONINCK, E. DIRIX, A. FETTWEIS en E. FORRIER (eds.), *Liber spei et amicitiae. Liber Amicorum Ivan Verougstraete*, Brussel, Larcier, 2011, (379) 383-384; P. COUSSEMENT, “De wet op de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009”, *TBH* 2009, (283) 288. Voor een opmerkelijke kanttekening bij deze beleidskeuze: E. DIRIX, “Het insolventierecht op nieuwe wegen”, *RW* 2011-12, (74) 79-80.

50. Zie met verwijzing naar rechtspraak: M. TISON, “De wet continuïteit ondernemingen: het portaal naar een nieuw insolventierecht?” in A. BOSSUYT, B. DECONINCK, E. DIRIX, A. FETTWEIS en E. FORRIER (eds.), *Liber spei et amicitiae. Liber Amicorum Ivan Verougstraete*, Brussel, Larcier, 2011, (379) 386-388; H. FRONVILLE, N. KONINGS en J.-P. LEBEAU, “Evolutions jurisprudentielles et doctrinales dans la procédure de réorganisation judiciaire” in Y. DE CORDT en A.-P. ANDRE-DUMONT, *Droit de sociétés. Millésime 2011*, Brussel, Bruylant, 2011, (443) 450-452; S. BRIJS, “De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen”, *TRV* 2009, (667) 687-688. De draagwijdte van de ‘open portaal’-benadering wordt nog het best als volgt omschreven; E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 465-466: “Kan men dus aan de debiteur de toegang tot de procedure niet ontzeggen door te kijken naar het verleden, dan mag daarentegen wel een blik in de toekomst worden geworpen. Het moet m.a.w. mogelijk zijn om de doelstelling van de wet te bereiken.”

51. M. VANMEENEN, “De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen”, *RW* 2008-09, (1282) 1306.

52. K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtigde reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 226.

53. K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtigde reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 227.

**15. Verhouding GROG – Faillissement/gerechtelijke ontbinding** – Zolang de rechtbank geen uitspraak heeft gedaan over het *verzoekschrift* tot gerechtelijke reorganisatie, kan de schuldenaar niet failliet verklaard worden en kan geen enkele tegeldemaking van de roerende of onroerende goederen van de schuldenaar plaatsvinden als gevolg van de uitoefening van een middel van tenuitvoerlegging (art. 22 WCO). Uit het gebruik van de term ‘verzoekschrift’ dient niet afgeleid te worden dat deze bescherming niet zou gelden bij een *dagvaarding* tot overdracht onder gerechtelijk gezag. Zo niet zou dit immers betekenen dat de schuldenaar voorafgaandelijk aan de behandeling van de dagvaarding tot gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag nog failliet verklaard kan worden, hetzij op aangifte, hetzij op dagvaarding. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat een dagvaarding tot gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag dezelfde gevolgen met zich meebrengt als een verzoekschrift tot overdracht onder gerechtelijk gezag<sup>54</sup>. Deze redenering kadert rechtstreeks in de continuïteitsfilosofie van de wet continuïteit ondernemingen.

### C. Beslissing van de rechtbank

**16. Verslag gedelegeerd rechter** – De rechtbank oordeelt in beginsel op verslag van de gedelegeerd rechter over het verzoekschrift of de dagvaarding tot overdracht onder gerechtelijk gezag. Evenwel hangt de tussenkomst van de gedelegeerd rechter af van de specifieke hypothese:

A. **Mislukte gerechtelijke reorganisatie** – De eerste hypothese betreft de gevallen waarbij de rechtbank de overdracht beveelt in hetzelfde vonnis als dit waarin zij het verzoek tot opening van de procedure verwerpt, de voortijdige beëindiging ervan beveelt, het reorganisatieplan intrekt<sup>55</sup> of de homologatie weigert. Hierbij “oordeelt de rechtbank op verslag van de gedelegeerd rechter” en “gelast zij hem verslag uit te brengen over de uitvoering van de opdracht” (art. 59, § 3, 1<sup>ste</sup> lid WCO). Het is opvallend dat de hypothese waarin de schuldeisers het reorganisatieplan niet goedkeuren, niet werd weerhouden. Dit betreft naar alle waarschijnlijkheid een vergetelheid van de wetgever. De parlementaire voorbereiding vermeldt immers dat wanneer de overdracht plaatsvindt in het kader van een bestaande procedure, de eerder aangewezen gedelegeerd rechter op post blijft<sup>56</sup>;

B. **Virtueel faillissement** – De tweede hypothese betreft het ‘virtueel faillissement’. In dat geval wijst de rechtbank een gedelegeerd rechter aan om verslag uit te brengen over ‘de uitvoering van de overdracht’ (art. 59, § 3, 2<sup>de</sup> lid WCO). Op grond van de tekst van de wet (en hierin ligt een onderscheid met de hypothese onder A), brengt de gedelegeerd rechter geen verslag uit over de opening van de procedure zelve want wordt hij pas benoemd op het ogenblik van het vonnis van opening. Het lijkt verkieslijk te zijn om ook in dit geval, zoals voorzien in artikel 18 WCO, onmiddellijk een gedelegeerd rechter aan te wijzen die dan een verslag kan maken tegen de zitting over de opening van de GROG;

C. **Vrijwillige GROG** – Wanneer de schuldenaar meteen opteert voor een overdracht onder gerechtelijk gezag, wijst de voorzitter van de rechtbank van koophandel onmiddellijk een gedelegeerd rechter aan om verslag uit te brengen over de ontvankelijkheid en gegrondheid van het verzoek en over elk element dat nuttig is voor zijn beoordeling (art. 18, 2<sup>de</sup> lid WCO). Er is niet voorzien in een bijzondere verslagplicht voor de gedelegeerd rechter in het geval dat de schuldenaar tijdens de opschorting overstapt naar de overdracht onder gerechtelijk gezag<sup>57</sup>. Dat er geen wettelijke plicht is, verhindert de rechtbank niet – indien de rechten van verdediging gerespecteerd worden – een verslag van de gedelegeerd rechter te vragen. Bovendien wordt een verslag wel opgelegd voor de verlenging van de termijn, die soms gepaard gaat met de doelswijziging (art. 38 WCO).

**17. Beslissing rechtbank** – De rechtbank kan het verzoekschrift of de dagvaarding tot overdracht onder gerechtelijk gezag inwilligen of verwerpen. De rechtbank past daarbij de ‘open portaal’-benadering toe. De beoordelingsbevoegdheid van de rechtbank is bijgevolg beperkt. Zo kan de rechtbank de opening van de procedure niet weigeren (louter) op grond van de vaststelling dat de faillissementsvoorwaarden vervuld zijn in hoofde van de *schuldenaar* (art. 23 *in fine* WCO). Een vergelijking tussen de positie van de schuldeisers in een faillissementsprocedure en in de procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag, moet in dit stadium van de procedure van de hand worden gewezen. De rechtbank beschikt veelal over onvoldoende informatie om deze afwe-

<sup>54</sup> *Parl.St.* Kamer 2007, nr. 52-160/002, 58: “Deze gevolgen zijn ook van toepassing ingeval van de overdracht onder gerechtelijk gezag zoals bepaald in artikel 59, § 2 van dit amendement. In de praktijk betekent dit dat geen enkele collectieve maatregel kan worden genomen in de enkele dagen tussen het neerleggen van het verzoekschrift c.q. de dagvaarding van artikel 59, § 2, en de uitspraak.”

<sup>55</sup> Merk op dat het niet evident is dat in dit stadium nog een beroep wordt gedaan op de gedelegeerd rechter om een verslag te maken. De procedure komt immers volledig teneinde na de stemming en homologatie van het plan (“...sluit het vonnis dat oordeelt over de homologatie, de reorganisatieprocedure”; art. 55, 4<sup>de</sup> lid WCO). Toch blijft de gedelegeerd rechter virtueel zichtbaar nog op post want hij moet een verslag maken indien later de intrekking van het plan wordt gevorderd; art. 58, lid 3 WCO en dus ook wanneer vervolgens de overdracht wordt gevorderd. S. BRIJS en S. JACMAIN, “De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord”, Ph. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises/De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, (77) 112.

<sup>56</sup> *Parl.St.* Kamer 2007, nr. 52-160/002, 73.

<sup>57</sup> M. VANMEENEN, “De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen”, *RW* 2008-09, (1282) 1305.

ging te maken<sup>58</sup>. Toch is ook hier ruimte voor een (beperkte) filterfunctie. Het spreekt voor zich dat de GROG enkel zin heeft als er nog een onderneming is, waarvan de continuïteit verzekerd kan worden. Wanneer elke hoop op het behoud van een onderneming reeds vervlogen is, kan de opening *c.q.* de verlenging van de procedure geweigerd worden<sup>59</sup>. De rechtbank van koophandel te Tongeren drukte de aan de orde zijnde afweging kernachtig als volgt uit:

*“De wet op de continuïteit van de ondernemingen heeft tot doel om de continuïteit van een wezenlijk deel van de activiteiten de voorrang te geven op een faillissement. Het is niet de bedoeling van de wet om activiteiten langer in stand te houden om bijvoorbeeld symbolische redenen. Sentimentaliteit om te liquideren onder een schonere naam dan een faillissement mag hierbij geen rol spelen”<sup>60</sup>.*

**18. Bekendmaking** – Het vonnis dat de overdracht beveelt, wordt bij uittreksel bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* door toedoen van de aangewezen gerechtsmandataris (art. 60 *in fine* WCO). Wanneer de schuldenaar onmiddellijk opteert voor een overdracht onder gerechtelijk gezag, moet hij zijn schuldeisers bijkomend binnen de veertien dagen te rekenen vanaf de dag waarop het vonnis is uitgesproken individueel in kennis stellen (art. 26, § 2 WCO).

**19. Rechtsmiddelen** – Tegen het vonnis dat de gerechtelijke reorganisatie opent of weigert te openen, kunnen rechtsmiddelen worden ingesteld:

A. **Vrijwillige GROG (i)** – Wanneer de schuldenaar onmiddellijk opteert voor een gerechtelijke reorganisatie door een overdracht onder gerechtelijk gezag kan hij, of een in dit stadium reeds tussengekomen partij, hoger

beroep instellen. Dit hoger beroep moet worden ingesteld binnen de acht dagen na de kennisgeving van het vonnis (art. 29, 2<sup>de</sup> lid WCO). Door een derde in de zin van artikel 1122 Ger.W. kan derdenverzet worden ingesteld. De termijn hiervoor bedraagt één maand vanaf de publicatie *ex* artikel 26, § 1 WCO in het *Belgisch Staatsblad*, omdat de procedure werd ingeleid op eenzijdig verzoekschrift (art. 1034 Ger.W.);

B. **Vrijwillige GROG (ii)** – Wanneer de schuldenaar tijdens de opschorting overschakelt op een gerechtelijke reorganisatie door een overdracht onder gerechtelijk gezag, zijn geen bijzondere bepalingen voorzien inzake de rechtsmiddelen die tegen het vonnis dat over dit verzoek uitspraak doet, kunnen worden ingesteld (art. 39 WCO). De schuldenaar, of de reeds in dit stadium tussengekomen partij, beschikt over een termijn van één maand om hoger beroep in te stellen. Door een derde als bedoeld in artikel 1122 Ger.W. kan derdenverzet worden ingesteld. De termijn hiervoor bedraagt één maand, vanaf bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad*, omdat de procedure werd ingeleid op eenzijdig verzoekschrift (art. 1034 Ger.W.);

C. **Gedwongen GROG** – In het geval van een gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag, kunnen zowel de initiatiefnemer als de gedagvaarde schuldenaar hoger beroep instellen binnen een termijn van één maand. Door een derde als bedoeld in artikel 1122 Ger.W. kan derdenverzet worden ingesteld. De termijn hiervoor bedraagt drie maanden, vanaf bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad*, omdat de procedure (tegensprekelijk) werd ingeleid bij dagvaarding.

## AFDELING 2. VOORBEREIDING VAN DE OVERDRACHT

### A. De gerechtsmandataris

**20. Aanstelling, profiel, vervanging en vergoeding** – Het vonnis dat de overdracht beveelt, wijst één of meerdere gerechtsmandatarissen aan die worden gelast met het organi-

seren en realiseren van de overdracht in naam en voor rekening van de schuldenaar (art. 60, 1<sup>ste</sup> lid WCO). De gerechtsmandataris is de spilfiguur van de overdracht onder gerechtelijk gezag. Er bestaat geen welomlijnd profiel van de gerechtsmandataris<sup>61</sup>. De gerechtsmandatarissen worden

<sup>58</sup>. Vgl. UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, New York, 2005, [www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf), p. 18, nr. 22: “The determination of whether the business of the insolvent debtor is viable should determine, at least in theory, which proceedings will be sought. As a matter of practice, however, at the time of commencement of either reorganization or liquidation, it is often impossible to make a final evaluation as to the financial viability of the business.” Vgl. E.R. MORRISON, “Bankruptcy Decision Making: An Empirical Study of Continuation Bias in Small-Business Bankruptcies”, *Journal of Law and Economics* 2007, (381) 398: “A business’s going-concern value will be uncertain at the outset of a bankruptcy case. This uncertainty will gradually decline as information is retrieved. As uncertainty declines and the parties update their beliefs regarding the value of the business, they must decide whether reorganization efforts should continue or terminate.”

<sup>59</sup>. Rk. Kh. Antwerpen 30 december 2011, B/11/01281, gepubliceerd in dit nummer, p. 514: “De overdracht van een onderneming onder gerechtelijk gezag in de zin van artikel 59 WCO beoogt juist de overdracht van de activiteiten in going concern/continuïteit. Hier is geen sprake meer van going concern/continuïteit, nu de activiteiten volledig zijn stilgevallen.” Vgl. E. DIRIX, “Gerechtelijk akkoord. Juridische en conceptuele knelpunten” in M. TISON, C. VAN ACKER en J. CERFONTAINE (eds.), *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (475) 477-478.

<sup>60</sup>. Kh. Tongeren 28 oktober 2010, RABG 2011, 655. In dezelfde zin: Kh. Dendermonde 7 juli 2009, RW 2009-10, 332; Kh. Tongeren 25 mei 2009, RW 2009-10, 331.

<sup>61</sup>. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2011, 229, nr. 2.5.6.23.

gekozen op grond van hun kwaliteiten en volgens de noodwendigheden van de zaak<sup>62</sup>. De gerechtsmandataris dient waarborgen te bieden van bekwaamheid, ervaring, onafhankelijkheid en onpartijdigheid<sup>63</sup>. In de praktijk worden gerechtsmandatarissen vaak gekozen uit de lijst der curatoren, maar ook bedrijfsrevisoren of accountants worden aangesteld (al dan niet samen met een curator). Op vordering van elke belanghebbende, op verzoekschrift van de gerechtsmandataris of ambtshalve kan de rechtbank op elk ogenblik en voor zover dit nodig blijkt, overgaan tot de vervanging van een gerechtsmandataris, er het aantal van vergroten of van verminderen<sup>64</sup>. De kosten en erelonen van de gerechtsmandataris worden bepaald door de rechtbank, overeenkomstig de regels en barema's bepaald door de Koning<sup>65</sup>.

## B. Werkwijze gerechtsmandataris

**21. Inventaris** – De wet continuïteit ondernemingen voorziet niet in een verplichting voor de gerechtsmandataris om een inventaris op te stellen (vgl. art. 43 Faill.W.<sup>66</sup>). De parlementaire voorbereiding vermeldt wel dat de gerechtsmandataris de activa van de onderneming moet klasseren. Dit vereist een analyse van de activa die nodig zijn opdat een economische activiteit kan worden ontwikkeld onder impuls van de overnemer<sup>67</sup>. Deze analyse moet de gerechtsmandataris toelaten zich een beeld te vormen van de onderneming die de schuldenaar voert, en van de activa die vereist zijn voor de voortzetting ervan<sup>68</sup>.

**22. Publiciteit** – De gerechtsmandataris 'wint' offertes in. De wet gerechtelijk akkoord bepaalde dienaangaande uitdrukkelijk dat de commissaris inzake opschorting de nodige publiciteit aan het besluit tot vervreemding van een activiteit diende te geven (art. 41, 1<sup>ste</sup> lid WGA). Deze verplichting werd niet hernomen in de wet continuïteit ondernemingen. De principes van het mededingingsrecht vereisen evenwel dat de gerechtsmandataris de nodige publiciteit geeft aan de beslissing tot overdracht<sup>69</sup>. Voor de concrete invulling van deze verplichting moet rekening gehouden worden met het

tijdsbestek waarbinnen de overdracht gerealiseerd moet worden en het (nauwe of ruime) marktsegment waarin de schuldenaar (onderneming) actief is<sup>70</sup>.

Wanneer de schuldenaar voorafgaand aan de opening van de procedure reeds met één of meerdere kandidaat-overnemers besprekingen heeft gevoerd, is het aangewezen dat de gerechtsmandataris eerst deze piste(s) exploreert, vooraleer bijkomende kosten te maken<sup>71</sup>. Hierbij moet de gerechtsmandataris wel voldoende oog hebben voor de rechten van de schuldeisers. Zeker wanneer de (enige) kandidaat-overnemer een *insider* blijkt te zijn, zal de gerechtsmandataris goede redenen moeten hebben om de zoektocht naar bijkomende kandidaat-overnemers af te sluiten<sup>72</sup>. Een (afgezwakte vorm van) zgn. *pre-pack*, waarbij vóór de opening van de procedure reeds verregaande onderhandelingen en ontwerpakkorden werden gesloten, om vervolgens gevalideerd te worden door de rechtbank, wordt niet uitgesloten maar in het systeem van de wet zal de aan te stellen gerechtsmandataris (en ultiem de rechtbank) ter zake toezicht uitoefenen. Heeft de gerechtsmandataris twijfels over de voorwaarden van de offerte, dan dient hij de mededinging ruimer te laten spelen, steeds weliswaar binnen het beschikbare tijdperk van continuïteit.

**23. Organisatie biedproces** – De gerechtsmandataris is verantwoordelijk voor de organisatie van het biedproces, niet de schuldenaar, ook al zal die de facto een aantal taken uitvoeren in opdracht van de gerechtsmandataris. De gerechtsmandataris zal een zekere transparantie in acht nemen, zowel ten opzichte van de rechtbank als ten opzichte van de kandidaat-overnemers. Het vonnis dat de overdracht beveelt, legt idealiter een periodieke rapporteringsplicht op aan de gerechtsmandataris. Voor de organisatie van het biedproces zijn geen vaste richtlijnen voorzien. Een aantal gebruiken van curatoren kunnen *mutatis mutandis* toegepast worden, met dit verschil dat het hier gaat om een verkoop *in going concern* van een operationele onderneming, met dagelijks wijzigende samenstelling.

Een recurrent probleem is dat derden (in het bijzonder con-

62. Art. 71, § 1, 1<sup>ste</sup> lid WCO.

63. Art. 71, § 1, 2<sup>de</sup> lid WCO.

64. Art. 71, § 3, 1<sup>ste</sup> lid WCO.

65. Art. 71, § 2 WCO uitgevoerd door het koninklijk besluit van 30 september 2009 houdende vaststelling van de regels en barema's betreffende de erelonen en de kosten van de gerechtsmandatarissen en van de voorlopige bestuurders, *BS* 16 oktober 2009.

66. J.-P. LEBEAU, "Inventaire des actifs de faillite et valorisation par le curateur", *TBH* 2011, nr. 2011/9, p. 847-852.

67. *Parl.St.* Kamer 2007, nr. 52-160/002, 76; M. LAUWERS, "Overdracht van onderneming in het kader van de nieuwe wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen" in *FARE* 2010, I.K-30.

68. J. VERLINDEN en S. LOOSVELD, "De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de wet continuïteit ondernemingen. Een eerste commentaar", *TRV* 2009, (709) 717.

69. I. VEROUGSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2011, 234, nr. 2.5.6.33; J. WINDEY, "La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises", *JT* 2009, (237) 248; C. MATRAY en P. MARTENS, "Faillite et concurrence ou l'abus de faiblesse économique", *TBH* 1996, (402) 414.

70. Bergen 23 maart 2010, *DAOR* 2010, (265) 271.

71. M. LAUWERS, "Overdracht van onderneming in het kader van de nieuwe wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen" in *FARE* 2010, I.K-29.

72. Zie de waarschuwing bij Y. GODFROID, "La loi relative à la continuité des entreprises: réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice" in N. THIRION (ed.), *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, Luik, Anthémis, 2010, (131) 169: "Si le débiteur consent au transfert de son entreprise, c'est souvent en raison de son objectif de s'en porter acquéreur. Quelles loyauté et collaboration (à bien gérer ses affaires, à fournir tous les renseignements corrects sur son entreprise) obtenir de sa part quand d'autres candidats apparaissent."

currenten) het biedproces misbruiken om een inkijk te krijgen in de interne keuken van de schuldenaar. Indien dit naar aanvoelen van de debiteur en gerechtsmandataris schadelijk kan zijn, kan worden gewerkt met een indicatief bod. De gerechtsmandataris kan dan een beperkte hoeveelheid informatie beschikbaar stellen, die moet toelaten om een ‘indicatief bod’ uit te brengen. Hieruit kan de gerechtsmandataris dan een selectie maken, waarna het verdere verkooptraject beperkt wordt tot, en gevoerd wordt met, de serieuze kandidaten. Daarnaast verdient ook het gebruik van vertrouwelijkheidsclausules aanbeveling<sup>73</sup>. De transparantie van het biedproces gaat niet zo ver dat de kandidaat-overnemers recht hebben op inzage in de offertes ingediend door de andere kandidaat-overnemers: de gerechtsmandataris is niet de hoeder van de belangen van de kandidaat-overnemers<sup>74</sup>. Zoals een curator, speelt de gerechtsmandataris de kandidaat-overnemers tegen elkaar uit om de hoogste prijs te verkrijgen.

Er zijn geen beperkingen gesteld aan het personele toepassingsgebied van de kandidaat-overnemers. Omwille van hun kennis van (het potentieel van) de onderneming kunnen *insiders* de resterende ondernemingswaarde goed beoordelen. Zij beschikken ook over de vereiste (in-)formele contacten om de ondernemingswaarde in stand te houden. Een verbod voor *insiders* om als kopers op te treden, lijkt dan ook niet aangewezen<sup>75</sup>. Men mag evenwel niet blind zijn voor de (informatie-)voorsprong die *insiders* genieten ten opzichte van de overige kandidaat-overnemers, de gerechtsmandataris, en de rechtbank. Het gevaar is niet denkbeeldig dat de GROG misbruikt wordt om een doorstart mogelijk te maken door de activa te kopen voor een prikje, met achterlating van de schulden in de schuldenaar. De rechtbank en de gerechtsmandataris zullen biedingen afkomstig van *insiders* dan ook voldoende kritisch beoordelen<sup>76</sup>.

**24. Vergelijkbaarheid offertes** – De gerechtsmandataris moet oog hebben voor de vergelijkbaarheid van de offertes teneinde later een adequate beoordeling van (de waarde van) elke offerte mogelijk te maken. Hoewel dit niet steeds mogelijk is, moet ernaar gestreefd worden om het voorwerp van de verkoop op uniforme wijze te definiëren, eventueel door te werken met loten in functie van de activiteit(en) van de onderneming. Elke kandidaat-overnemer kan dan een bod uitbrengen op alle of sommige vooraf bepaalde loten. Dit zal een objectieve vergelijking van de uitgebrachte offertes mogelijk maken. De gerechtsmandataris kan ook richtlijnen meegeven waaraan de offertes (formeel) moeten voldoen<sup>77</sup>. Om tijd te winnen zal de gerechtsmandataris vaak meteen een ontwerpovereenkomst opstellen, en vragen dat de offerte deze vorm aanneemt.

**25. Beoordeling offertes** – De gerechtsmandataris waakt bij voorrang over het behoud van het geheel of een gedeelte van de activiteit van de onderneming, rekening houdend met de rechten van de schuldeisers (art. 62, 2<sup>de</sup> lid WCO). Op deze bepaling wordt verder ingegaan bij de bespreking van de beslissing van de rechtbank met betrekking tot de machtiging tot verkoop, waar dat criterium eveneens moet worden toegepast (*infra*, randnrs. 38-39).

## C. Verhouding gerechtsmandataris-schuldenaar

**26. Geen algemene buitenbezitstelling schuldenaar** – De wet continuïteit ondernemingen heeft nergens uitdrukkelijk de bevoegdheidsverdeling tussen de gerechtsmandataris en de schuldenaar geregeld<sup>78</sup>. Dit zou nochtans nuttig zijn geweest. De schuldenaar wordt immers geconfronteerd met een derde, de gerechtsmandataris, belast met de overdracht

<sup>73</sup>. Y. GODFROID, “La loi relative à la continuité des entreprises: réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice” in N. THIRION (ed.), *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation défective. Actualités et pratique*, Luik, Anthémis, 2010, (131) 172, nr. 78.

<sup>74</sup>. Bergen 23 maart 2010, *DAOR* 2010, (265) 271; K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 245, nr. 47; A. ZENNER, *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, 147, nr. 95.

<sup>75</sup>. Vgl. met het verbod daartoe naar Frans recht L. 642-3, 1<sup>st</sup>e lid Code de commerce: “Ni le débiteur, au titre de l’un quelconque de ses patrimoines, ni les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire, ni les parents ou alliés jusqu’au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ou du débiteur personne physique, ni les personnes ayant ou ayant eu la qualité de contrôleur au cours de la procédure ne sont admis, directement ou par personne interposée, à présenter une offre. De même, il est fait interdiction à ces personnes d’acquérir, dans les cinq années suivant la cession, tout ou partie des biens compris dans cette cession, directement ou indirectement, ainsi que d’acquérir des parts ou titres de capital de toute société ayant dans son patrimoine, directement ou indirectement, tout ou partie de ces biens, ainsi que des valeurs mobilières donnant accès, dans le même délai, au capital de cette société.”; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Parijs, Ed. Montchrestien, 2009, 711-712.

<sup>76</sup>. Zie de genuanceerde benadering bij A. ZENNER, J.-P. LEBEAU en C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l’épreuve de sa première pratique*, Brussel, Larcier, 2010, 37-39.

<sup>77</sup>. Vgl. de gedetailleerde regeling in L. 642-2, II Code de commerce: “Toute offre doit être écrite et comporter l’indication: 1° de la désignation précise des biens, des droits et des contrats inclus dans l’offre; 2° des prévisions d’activité et de financement; 3° du prix offert, des modalités de règlement, de la qualité des apporteurs de capitaux et, le cas échéant, de leurs garants. Si l’offre propose un recours à l’emprunt, elle doit en préciser les conditions, en particulier de durée; 4° de la date de réalisation de la cession; 5° du niveau et des perspectives d’emploi justifiés par l’activité considérée; 6° des garanties souscrites en vue d’assurer l’exécution de l’offre; 7° des prévisions de cession d’actifs au cours des deux années suivant la cession; 8° de la durée de chacun des engagements pris par l’auteur de l’offre.”

<sup>78</sup>. Zie hierover uitgebreid: H. FRONVILLE, N. KONINGS en J.-P. LEBEAU, “Evolutions jurisprudentielles et doctrinales dans la procédure de réorganisation judiciaire” in Y. DE CORDT en A.-P. ANDRÉ-DUMONT, *Droit de sociétés. Millésime 2011*, Brussel, Bruylant, 2011, (443) 469-476; K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 238, nrs. 40-42.

van ‘zijn’ onderneming. Zeker in het geval van een gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag kan dit tot de nodige spanning en frustraties aanleiding geven.

Bepaalde passages in de parlementaire voorbereiding wekken de indruk dat de opening van de procedure de buitenbezitstelling van de schuldenaar tot gevolg heeft<sup>79</sup>. De buitenbezitstelling is evenwel zeer beperkt. De schuldenaar blijft namelijk principieel aan het hoofd van de onderneming staan (zie ook *a contrario* art. 28 WCO)<sup>80</sup>. De opdracht van de gerechtsmandataris is beperkt tot het organiseren en realiseren van de overdracht in naam en voor rekening van de schuldenaar<sup>81</sup>. Die bevoegdheid wordt ontnomen aan de schuldenaar, en (enkel) in die mate is er sprake van een zekere buitenbezitstelling<sup>82</sup>. Uit het systeem van de wet volgt dat de schuldenaar zelf zijn onderneming niet meer kan verkopen, wat derden kunnen geacht worden te weten, ten gevolge van de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* (art. 60, 3<sup>de</sup> lid WCO).

Het voorgaande betekent ook dat de schuldenaar, en niet de gerechtsmandataris, verantwoordelijk is voor schulden ontstaan tijdens de GROG, en de betaling ervan. De gerechtsmandataris en de gedelegeerd rechter zullen het aangaan van nieuwe schulden en de eventuele wanbetaling ervan wel kunnen aankaarten in hun periodieke of *ad hoc* verslagen aan de rechtbank.

**27. Loyauteitsplicht schuldenaar** – Dat de schuldenaar aan het hoofd blijft van zijn onderneming, betekent niet dat de schuldenaar de beslissing van de rechtbank tot overdracht, en het mandaat van de gerechtsmandataris, mag negeren. Van de schuldenaar wordt vereist dat hij zich inschakelt in de finaliteit van de overdracht onder gerechtelijk gezag, en zich onthoudt van handelingen die de slaagkansen van de overdracht onder gerechtelijk gezag, ondermijnen of de wettelijk bevolen verkoop bemoeilijken. De bestuursbevoegdheid van de schuldenaar verwerft a.h.w. een

fiduciair karakter, gericht op de nakende overdracht van de onderneming, eerder dan op diens eigen belang<sup>83</sup>. De schuldenaar behoudt hierbij de bevoegdheid om courante handelingen (*‘ordinary course of business’*) te stellen in het belang van de continuïteit van de onderneming, maar verliest de bevoegdheid om nog verder handelingen te stellen die een invloed zouden kunnen hebben op de realisatie van de overdracht onder gerechtelijk gezag (bv. niet-courante verkoop van strategische activa)<sup>84</sup>. In een uitdrukkelijke afbakening van de (rest-)bevoegdheid van de schuldenaar is evenwel niet voorzien, wat het moeilijk maakt om ‘overschrijdingen’ van de aldus beperkte bestuursbevoegdheid te sanctioneren<sup>85</sup>.

Wanneer de schuldenaar blijk zou geven van kennelijk kwade trouw (bv. manifeste tegenwerking van de gerechtsmandataris/het verkoopproces), kan de aanstelling van een voorlopig bestuurder *ex* artikel 28 WCO worden gevorderd door elke belanghebbende, inclusief de gerechtsmandataris, of het Openbaar Ministerie<sup>86</sup>. Deze voorlopig bestuurder vervangt de schuldenaar en wordt belast met het bestuur van de onderneming van de natuurlijke persoon of van de rechtspersoon. Er kan voor gepleit worden om de manifeste obstructie van de gerechtsmandataris in zijn taken door (het bestuur van) de schuldenaar, als een voldoende reden voor de aanstelling van een voorlopig bestuurder *ex* artikel 28 te beschouwen.

In dit verband kan gewezen worden op de problematiek van de verlenging van de opschorting na aanstelling van de gerechtsmandataris. Artikel 38 WCO houdt de bevoegdheid tot het verzoek van een verlenging van de opschorting voor aan de schuldenaar. Hoofdstuk 4 van de wet continuïteit ondernemingen (GROG) verleent geen bevoegdheid tot verlenging aan de gerechtsmandataris. Sommige rechtbanken aanvaarden echter wel dat de gerechtsmandataris hierom kan verzoeken, als een impliciete bevoegdheid in het kader van zijn mandaat, of bevelen de verlenging zelfs ambtshalve<sup>87</sup>.

<sup>79</sup>. *Parl.St.* Kamer 2007, nr. 52-160/002, 73 en 78.

<sup>80</sup>. Zie algemeen R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 225.

<sup>81</sup>. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2011, 229, nr. 2.5.6.22; J. VAN RIEL, “Overdracht van een bedrijf of algemeenheid en/in gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag”, *Jura Falc.* 2010-11, (627) 650-651; D. WILLERMAIN, “La nouvelle loi sur la continuité des entreprises. Présentation générale et règles spécifiques relatives aux cessions d’entreprises” in M. GRÉGOIRE (ed.), *Questions spéciales de restructuration d’entreprises*, Brussel, Bruylant, 2009, (93) 141.

<sup>82</sup>. Vgl. Kh. Nijvel 30 mei 2011, A.11/00220, gepubliceerd in dit nummer, p. 488: “Le transfert de justice sous autorité de justice provoque un dessaisissement conditionnel du débiteur lié à l’issue de la mission confiée au mandataire de justice.”

<sup>83</sup>. Vgl. E. DIRIX, “De bewindvoerder in het insolventierecht” in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, (521) 522: “Maar ook indien de debiteur aan het hoofd van zijn vermogen blijft staan, dan geldt onverminderd de regel dat hij voortaan die bestuursbevoegdheid slechts mag uitoefenen in het belang van zijn crediteuren. De vermogensgerechtigde mag niets meer ondernemen waardoor het vereffeningsbewind of aanzui-veringsbewind in het gedrang zou komen. In die zin ontstaat er telkens een ‘doelvermogen’.”

<sup>84</sup>. M. LAUWERS, “Overdracht van onderneming in het kader van de nieuwe wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen” in *FARE* 2010, I.K-28.

<sup>85</sup>. Zie de aanbeveling ter zake: UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, New York, 2005, [www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf), p. 105, nr. 76: “Nevertheless, an insolvency law needs to provide clear guidance on what constitutes dealing in the ordinary course of business in order to avoid disputes and ensure that the proceedings are conducted quickly and efficiently.”

<sup>86</sup>. Vgl. UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, New York, 2005, [www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf), p. 162, nr. 4: “In reorganization proceedings, there is no agreed approach on the extent to which displacement of the debtor is the most appropriate course of action and, where some level of displacement does occur, on the ongoing role that the debtor may perform and the manner in which that role is balanced with the roles of other participants. That ongoing role may depend in large part upon the debtor acting in good faith during the reorganization proceedings; where it does not, its continuing role may be of questionable value.” (eigen benadrukking).

<sup>87</sup>. Kh. Oudenaarde 16 januari 2012, gepubliceerd in dit nummer, p. 516; Kh. Oudenaarde 29 september 2011, B/2011/20.

Een duidelijkere wettelijke basis zou erin bestaan een voorlopige bestuurder aan te stellen die, in de plaats tredend van de schuldenaar, de verlenging van de opschorting kan verzoeken. Wanneer de schuldenaar namelijk zou weigeren de rechtbank om een verlenging van de opschorting te verzoeken wanneer de gerechtsmandataris hem dit gemotiveerd vraagt (met verwijzing naar de stand van de overdrachtsprocedure), kan hierin – behoudens bijzondere omstandigheden en belangen van de schuldenaar – kennelijk kwade trouw van de schuldenaar worden gezien.

## D. Opschorting

**28. Belang opschorting** – Eén van de fundamentele voordelen verbonden aan de gerechtelijke reorganisatie is de opschorting<sup>88</sup>. Tijdens de opschorting kan voor schuldverordeningen in de opschorting geen enkel middel van tenuitvoerlegging op de roerende of onroerende goederen van de schuldenaar worden voortgezet of aangewend (art. 30, 1<sup>ste</sup> lid WCO). Het is belangrijk daarbij in herinnering te brengen dat de schuldenaar geen volledige bescherming ontleent aan de opschorting: de opschorting geldt enkel voor schuldverordeningen in de opschorting (art. 2, c) WCO), niet voor nieuwe schulden (inclusief wegens nieuwe prestaties onder lopende overeenkomsten (art. 36 WCO)).

**29.** De vraag of er een opschorting is bij de GROG, en zo ja voor welke *duur*, is van groot praktisch belang. Helaas dient te worden vastgesteld dat de wetgever hierbij is uitgegaan van één typescenario (*infra*, B), wat tot onnodige toepassingsproblemen leidt voor de andere scenario's:

A. **Vrijwillige GROG (i)** – Wanneer de schuldenaar bij de opening van de gerechtelijke reorganisatie opteert voor de overdracht onder gerechtelijk gezag, bepaalt de rechtbank de initiële duur van de opschorting, die niet langer mag zijn dan zes maanden (art. 24, § 2 WCO). Deze initiële opschorting kan (een onbeperkt aantal keer) verlengd worden. De maximale duur van de verlengde opschorting bedraagt twaalf maanden, vanaf het vonnis dat opschorting toestaat (art. 38, § 1 WCO). In buitengewone omstandigheden, en wanneer het belang van de schuldeiser dit toelaat, kan deze maximumtermijn verlengd worden met maximum zes maanden. Buitengewone omstandigheden zijn in het bijzonder de

omvang van de onderneming, de complexiteit van de zaak of de hoegrootheid van het behoud van de werkgelegenheid en, naar men mag aannemen, in het geval van een overdracht onder gerechtelijk gezag, de complexiteit van de overdracht onder gerechtelijk gezag.

De vraag stelt zich of deze termijn nogmaals verlengd kan worden met zes maanden, ditmaal op grond van artikel 60, 2<sup>de</sup> lid WCO. De parlementaire voorbereiding suggereert dat een extra verlenging mogelijk is<sup>89</sup>. Er is echter een tekstargument om de toepassing van artikel 60, 2<sup>de</sup> lid WCO te beperken tot de situatie waar de schuldenaar eerst een minnelijk of collectief akkoord betrachtte, en daarna een overdracht onder gerechtelijk gezag (*infra*, B). De verlenging *ex* artikel 60, 2<sup>de</sup> lid WCO moet immers worden toegekend “*in het vonnis dat de overdracht beveelt*”. Welnu, in scenario A wordt de overdracht reeds bevolen bij aanvang van de procedure van gerechtelijke reorganisatie; op dat moment is van een verlenging als bedoeld in artikel 60, 2<sup>de</sup> lid WCO geen sprake;

B. **Vrijwillige GROG (ii)** – Het typescenario dat de wetgever onmiskenbaar voor ogen had bij de redactie van artikel 60, 2<sup>de</sup> lid WCO, is dit waarbij de schuldenaar eerst een reorganisatie door middel van een minnelijk en/of collectief akkoord ambieert, doch daar niet in slaagt. In dergelijk geval heeft de schuldenaar al het grootste deel van de termijn van twaalf, uitzonderlijk achttien maanden, opgebruikt. Welnu, in dergelijk geval kan de rechtbank die de schuldenaar toelaat tot dit nieuw herstelschema, een bijkomende termijn bepalen van maximaal zes maanden, teneinde deze ultieme poging een kans op slagen te geven<sup>90</sup>.

Wat als de debiteur bijvoorbeeld na tien maanden overstapt naar de GROG, terwijl de procedure is toegekend tot 12 maanden? Geeft de rechtbank dan zes maanden extra vanaf haar uitspraak of vanaf het verstrijken van de lopende termijn? Op basis van een letterlijke lezing van artikel 60, 2<sup>de</sup> lid WCO kan de rechtbank enkel een bijkomende opschorting voor niet meer dan zes maanden bevelen ‘te rekenen van haar beslissing’. De eventuele resterende duur waarop de schuldenaar nog recht had (onder de termijn van twaalf, dan wel van achttien maanden) zou dan niet mee kunnen worden genomen om op een later tijdstip te worden ‘opgebruikt’. Het lijkt ons daarentegen wel mogelijk dat de rechtbank in

<sup>88</sup>. Art. 2, o) WCO: “*een door de rechtbank aan de schuldenaar toegekend moratorium om een van de doelstellingen van artikel 16 te realiseren.*”

<sup>89</sup>. *Parl.St.* Kamer 2007, nr. 52-160/002, 64: “*De wet sluit echter niet uit dat een bijkomende verlenging noodzakelijk zou blijken in geval van overdracht van de onderneming, om deze overdracht onder optimale omstandigheden te laten verlopen.*”; I. VEROUGSTRÆTE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2011, 150, nr. 2.5.1.64; M. VANMEENEN, “De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen”, *RW* 2008-09, (1282) 1305.

<sup>90</sup>. K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 252, nr. 56: “*Artikel 60, tweede lid WCO bepaalt op zijn beurt dat de rechtbank een ‘bijkomende’ opschorting kan bevelen van maximaal zes maanden te rekenen van haar beslissing, maar zulks is slechts mogelijk in het vonnis houdende het bevel van de overdracht onder gerechtelijk gezag zelf, en is, volgens een letterlijke lezing van deze bepaling vooral bedoeld voor de procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag die volgt op een reeds eerder aangevatte procedure van gerechtelijke reorganisatie met een andere doelstelling (minnelijk of collectief akkoord).*”

het vonnis dat de overdracht beveelt minder dan zes maanden verlenging toestaat en nadien nog haar bevoegdheid tot verlenging gebruikt, steeds binnen de limiet van zes maanden vanaf de beslissing die de overdracht beveelt;

- C. **Gedwongen GROG** – In de gevallen van een gedwongen GROG is artikel 60, 2<sup>de</sup> lid WCO o.i. niet van toepassing, en kunnen er dan ook geen beperkende gevolgen uit worden afgeleid. Bij de gedwongen GROG is er immers in de regel geen opschorting meer lopende<sup>91</sup>, zodat er geen sprake kan zijn van een ‘bijkomende’ opschorting. Ten onrechte leiden sommigen uit het gebruik van het adjectief ‘bijkomend’ af dat de gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag noodgedwongen buiten elke opschorting om geschiedt<sup>92</sup>. De *ratio legis* van de GROG pleit tegen deze interpretatie, en ten voordele van de principiële toekenning van een opschorting<sup>93</sup>. De procedure strekt er immers precies toe om een overdracht in *going concern* mogelijk te maken. Wanneer dit buiten elke opschorting om moet geschieden, zal deze doelstelling onvermijdelijk doorkruist worden door initiatieven van schuldeisers in de opschorting<sup>94</sup>.

## E. Voorwerp van de overdracht

30. **Algemeen** – Het vonnis dat de overdracht beveelt, bepaalt het voorwerp van de overdracht of laat dit over aan het oordeel van de gerechtsmandataris (art. 60, 1<sup>ste</sup> lid WCO). In de praktijk wordt deze beslissing veelal aan het

oordeel van de gerechtsmandataris overgelaten<sup>95</sup>. De overdracht heeft betrekking op de voor het behoud van het geheel of een gedeelte van de economische activiteit noodzakelijke of nuttige roerende of onroerende activa (art. 62, 1<sup>ste</sup> lid WCO)<sup>96</sup>. De parlementaire voorbereiding bevat dienaangaande volgende toelichting:

“De overdracht van de **onderneming** heeft betrekking op een soort overdracht waarbij een geheel wordt overgedragen met alle productiemiddelen ervan. Er is niet noodzakelijk sprake van overdracht van alle bezittingen van de schuldenaar maar het betreft in ieder geval een complex geheel van activa, personeel, productiemiddelen, cliënteel, enz. De overdracht van **activiteiten** is meer gericht in de draagwijdte ervan. De formulering biedt de mogelijkheid alle soorten overdracht in ‘going concern’ te omvatten”<sup>97</sup> (eigen benadrukking).

Er is geen abstracte minimumdrempel bepaald waaraan een overdracht moet voldoen om onder het regime van de GROG te kunnen plaatsvinden<sup>98</sup>. Het is vereist, doch volstaat, dat de overgedragen activa het behoud van een welbepaalde economische activiteit mogelijk maken<sup>99</sup>. Wat zeker niet kan, is de ontmanteling van (het vermogen van) de schuldenaar<sup>100</sup>. De overdracht van één of meerdere vermogensbestanddelen (bv. een onroerend goed of een vergunning) van de schuldenaar, zonder dat hierbij aantoonbaar gemaakt wordt op welke wijze hiermee bijgedragen wordt tot de continuïteit van de onderneming of een activiteit, kan niet door de rechtbank gemachtigd worden<sup>101</sup>.

De geloofwaardigheid van de offerte van de kandidaat-overnemer en de toezegging van (lokale) werkgelegenheid wordt in belangrijke mate ondersteund wanneer een bedrijfsplan

91. Hierop bestaat een uitzondering in het geval waarbij de schuldeisers het reorganisatieplan niet goedkeuren. Dit gaat niet gepaard met een automatische beëindiging van de procedure.

92. J. WINDEY, “La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises”, *JT* 2009, (237) 248.

93. M. LAUWERS, “Overdracht van onderneming in het kader van de nieuwe wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen” in *FARE* 2010, I.K-25-26; D. WILLERMAIN, “La nouvelle loi sur la continuité des entreprises. Présentation générale et règles spécifiques relatives aux cessions d’entreprises” in M. GRÉGOIRE (ed.), *Questions spéciales de restructuration d’entreprises*, Brussel, Bruylant, 2009, (93) 141, voetnoot 117; Y. GODFROID, “La loi relative à la continuité des entreprises: réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice” in N. THIRION (ed.), *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, Luik, Anthémis, 2010, (131) 167; J. VERLINDEN en S. LOOSVELD, “De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de wet continuïteit ondernemingen. Een eerste commentaar”, *TRV* 2009, (709) 715.

94. Zie uitgebreid: K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 228.

95. Hierbij moet evenwel rekening gehouden worden met hetgeen bepaald werd door de schuldenaar in zijn verzoekschrift tot overdracht onder gerechtelijk gezag; K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 236-237.

96. Vgl. L. 642-12, Code de commerce, 1<sup>ste</sup> en 2<sup>de</sup> lid: “La cession de l’entreprise a pour but d’assurer le maintien d’activités susceptibles d’exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d’apurer le passif. Elle peut être totale ou partielle. Dans ce dernier cas, elle porte sur un ensemble d’éléments d’exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d’activités.”

97. *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0160/002, 72.

98. P. COUSSEMENT, “De wet op de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009”, *TBH* 2009, (283) 312, nr. 91.

99. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2011, 220, nr. 2.5.6.5; Y. GODFROID, “La loi relative à la continuité des entreprises: réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice” in N. THIRION (ed.), *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, Luik, Anthémis, 2010, (131) 170; D. WILLERMAIN, “La nouvelle loi sur la continuité des entreprises. Présentation générale et règles spécifiques relatives aux cessions d’entreprises” in M. GRÉGOIRE (ed.), *Questions spéciales de restructuration d’entreprises*, Brussel, Bruylant, 2009, (93) 137.

100. K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 245.

101. Kh. Dendermonde 30 juli 2009, *RW* 2009-10, 502; Kh. Brugge 22 maart 2010, *RW* 2010-11, 680; B. INGHELS, “La réorganisation judiciaire à l’heure du transfert: vite, mais comment et à quel prix?” (noot onder Bergen 23 maart 2010), *JT* 2010, (374) 375; M. LAUWERS, “Overdracht van onderneming in het kader van de nieuwe wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen” in *FARE* 2010, I.K-31.



wordt voorgelegd dat betrekking heeft op de integratie van de overgenomen onderneming of activiteit in de (onderneming van de) kandidaat-overnemer, de financiering van de overname, de kennis en ervaring van de kandidaat-overnemer in de betrokken sector, enz.<sup>102</sup>.

**31. Asset-deal** – De overdracht onder gerechtelijk gezag heeft betrekking op de samenstellende activabestanddelen van de onderneming. De overdracht van aandelen in de rechtspersoon-schuldenaar kan niet plaatsvinden onder dit regime<sup>103</sup>; de aandelen in kwestie zijn de eigendom van de aandeelhouders, niet van de schuldenaar<sup>104</sup>.

Uitsluitend de goederen die eigendom zijn van de schuldenaar kunnen worden overgedragen<sup>105</sup>. Geleasede of gehuurde goederen vallen buiten dit bestek<sup>106</sup>. Deze kunnen economisch wel de facto worden overgedragen door overdracht van de daarop betrekking hebbende contracten, in akkoord met de verhuurder of leasinggever (*infra*, randnr. 32).

**32. Overdracht overeenkomsten** – Door de verschuiving van het zwaartepunt van de Westerse economie naar de tertiaire sector, ligt meer en meer ondernemingswaarde besloten in de overeenkomsten waarbij de schuldenaar partij is. Deze evolutie vertaalt zich in een toegenomen objectivering van de vermogenswaarde van lopende overeenkomsten, waarbij de in de overeenkomst neergelegde verbintenissen geabstraheerd worden van de (loutere) band tussen de contractpartijen, teneinde als een autonome vermogenswaarde beschouwd te worden<sup>107</sup>. Tijdens de opschorting wordt de continuïteit van overeenkomsten waarbij de schuldenaar partij is, in belangrijke mate verzekerd door een sterk van het gemeen recht afwijkende regeling ten gunste van de debiteur (art. 35 WCO)<sup>108</sup>.

Deze bijzondere regeling voor lopende overeenkomsten heeft geen vervolg gekregen in de overdracht zelf. Dit is een

gemiste kans<sup>109</sup>. De afwezigheid van een bijzonder statuut inzake de overdracht van lopende overeenkomsten is precies één van de gebreken van de faillissementsprocedure, waaraan de GROG zou moeten remediëren om juist een beter alternatief voor de faillissementsprocedure te vormen<sup>110</sup>.

De overdracht van de contractuele positie van de schuldenaar moet vooralsnog gebeuren overeenkomstig het gemeen verbintenissenrecht. Het Belgisch recht kent geen mogelijkheid tot overdracht *ut singuli* van de contractuele positie van de schuldenaar<sup>111</sup>. Er dienen zich twee opties aan. Ofwel geschiedt de contractoverdracht met instemming van de medecontractant (de zgn. ‘volkomen contractoverdracht’). De volkomen contractoverdracht heeft de bevrijding van de schuldenaar tot gevolg, maar in de praktijk zal de medecontractant niet zelden zijn instemming afhankelijk maken van de overname van schulden door de overnemer (*infra*, randnr. 34). Ofwel, voor zover dit niet contractueel uitgesloten is, geschiedt de overdracht zonder instemming van de medecontractant. Hierbij blijft de overdragende schuldenaar evenwel gehouden jegens de medecontractant (de ‘onvolkomen contractoverdracht’). Dit laatste is evenwel geen echt beletsel voor de overdracht, wetende dat de schuldenaar na de overdracht normalerwijze uit het rechtsverkeer gehaald zal worden.

Besluitend kan gesteld worden dat de afwezigheid van een algemene regeling inzake de overdracht van lopende overeenkomsten, een volledige realisatie van (het economisch potentieel van) de onderneming (onnodig) moeilijk maakt. Zowel de schuldenaar als de overnemer worden hierdoor blootgesteld aan druk van de medecontractant, die zijn verdere medewerking afhankelijk kan stellen van de heronderhandeling van voor de debiteur gunstige overeenkomsten.

*De lege ferenda* wordt daarom aangedrongen op een autonome regeling inzake de overdracht van lopende overeen-

<sup>102</sup> Y. GODFROID, “La loi relative à la continuité des entreprises: réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice” in N. THIRION (ed.), *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, Luik, Anthémis, 2010, (131) 179.

<sup>103</sup> Gent 6 juni 2011, 2011/EV/20, gepubliceerd in dit nummer, p. 465 (bevestiging van Kh. Brugge 30 maart 2011, *RW* 2011-12, 666); K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEEËNEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 232.

<sup>104</sup> J.-P. BLUMBERG, “Overdracht van onderneming in het kader van insolventieprocedures” in H. BRAECKMANS, H. COUSY, B. TILLEMEN en M. VANMEEËNEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars. Actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (161) 167.

<sup>105</sup> M. LAUWERS, “Overdracht van onderneming in het kader van de nieuwe wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen” in *FARE* 2010, I.K-39; Y. GODFROID, “La loi relative à la continuité des entreprises: réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice” in N. THIRION (ed.), *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, Luik, Anthémis, 2010, (131) 170.

<sup>106</sup> A. ZENNER, J.-P. LEBEAU en C. ALTER, “La loi relative à la continuité des entreprises à l’épreuve de sa première pratique” in *Doss. JT*, Brussel, Larcier, 2010, 197-198.

<sup>107</sup> Zie dienaangaande uitgebreid: C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldverdragen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 837 p.

<sup>108</sup> Zie ter zake ook de recent gewijzigde verhouding tussen de gerechtelijke reorganisatie en de wet financiële zekerheden, waarbij (pure) *close-out netting* onmogelijk gemaakt wordt. Art. 4, § 3 wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke-zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, gewijzigd door de wet van 26 september 2011, *BS* 10 november 2011.

<sup>109</sup> Dit niettegenstaande deze problematiek reeds gesignaleerd werd door Ch. VAN BUGGENHOUT, “Het beleid van de rechter in de overdracht van de onderneming in moeilijkheden”, *TBH* 2001, (72) 77.

<sup>110</sup> De afwezigheid van een algemene regeling inzake de overdracht van lopende overeenkomsten, wordt getemperd door bepaalde bijzondere regimes inzake contractoverdracht (bv. de belangrijke regeling inzake handelshuur, A. VAN HOE, “Handelshuur en de wet continuïteit ondernemingen: onderzoek naar complementariteit in het licht van de continuïteitsdoelstelling”, *TBO* 2012, 3-12).

<sup>111</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. III, Brussel, Bruylant, 2010, 1910; P. COUSSEMENT, *Herstelschema's voor ondernemingen in moeilijkheden*, (diss. UGent), 2007, 192; S. BEYAERT, “Overdracht van contracten” (noot onder Luik 22 maart 2000), *TBBR* 2003, (657) 667.

komsten, zoals deze ook in andere rechtsstelsels gekend is<sup>112</sup>. In dergelijke regeling primeert het belang van de overeenkomst voor de continuïteit van de onderneming op de bereidwilligheid van de medecontractant.

**33. Tegenwerpelijkheid overdracht** – De overdracht onder gerechtelijk gezag wordt in principe gerealiseerd door de enkelvoudige overdracht van de betrokken activa. Als gevolg hiervan moeten de tegenwerpelijkheidsvereisten individueel worden nageleefd voor elk van de overgedragen activabestanden<sup>113</sup>. Kan dit niet eenvoudiger? De realisatie van de overdracht onder gerechtelijk gezag middels de vennootschapsrechtelijke technieken van de overdracht van een algemeenheid of een bedrijfstak dient zich hierbij als een alternatief aan<sup>114</sup>. Aangezien de gerechtsmandataris de overdracht in naam en voor rekening van de schuldenaar realiseert, is hij bevoegd om in de plaats van het bestuur van de schuldenaar te treden, en dergelijke operatie van universele rechtsopvolging te realiseren<sup>115</sup>. Evenwel is het weinig waarschijnlijk dat de overdracht onder gerechtelijk gezag daadwerkelijk overeenkomstig deze vorm zal aannemen. De keerzijde van de universele rechtsopvolging is immers de automatische overgang van alle passiva verbonden aan de overgedragen algemeenheid of bedrijfstak, wat nu net niet de bedoeling is van het overbrengen van de activiteiten naar een nieuw vehikel<sup>116</sup>.

**34. Overdracht schulden** – De wet continuïteit ondernemingen verbiedt niet dat de overnemer bepaalde schulden overneemt van de schuldenaar<sup>117</sup>. Sommige medecontractanten stellen dit trouwens expliciet voorop als noodzakelijke voorwaarde voor hun toekomstige medewerking<sup>118</sup>. De (overgenomen) schulden maken als zodanig geen deel uit van de verkoopprijs, doch drukken wel op de verkoopprijs, en aldus op de rechten van de schuldeisers (zie art. 66 WCO). De schuldeiser wiens schuld overgenomen wordt,

ontsnapt aan de gevolgen van de samenloop. Hierdoor komt de rangorde tussen de schuldeisers op de helling te staan. Zo kan het dat een niet-bevoorrechte (strategische) leverancier, wiens schuld betaald wordt door de overnemer (welke de schuld feitelijk aftrekt van de verkoopprijs), een feitelijke voorrang geniet op de pandhoudende of hypothecaire schuldeiser die minder zal ontvangen.

Een recent arrest van het hof van beroep van Brussel illustreert de grenzen van deze werkwijze<sup>119</sup>. In casu had de kandidaat-overnemer de betaling van de achterstallige handshuur die de debiteur had opgebouwd, ingeroepen in zijn voordeel, als zijnde een onderdeel van de verkoopprijs. Het hof meent, met de eerste rechter, dat niet kan worden toegelaten dat een deel van de verkoopprijs aldus rechtstreeks aan één schuldeiser toekomt. Deze werkwijze houdt een schending in van de regels inzake inning en verdeling door de gerechtsmandataris van de verkoopprijs overeenkomstig artikel 65 WCO.

In dit arrest komt ook de vraag aan bod of het van belang is dat de door de overnemer overgenomen schuld een bevoorrechte schuld is. Vooreerst moet worden opgemerkt dat de bevoorrechte schuldeiser minder zal aandringen op de overname van de bestaande schuld in hoofde van de schuldenaar door de overnemer, wanneer deze bevoorrecht is; het is eerder wanneer een schuldeiser weet of vreest dat hij geen dividend zal ontvangen uit de verdeling van de verkoopprijs, dat hij garanties zal eisen van de overnemer. Als de overnemer om enige reden toch de schulden van een nuttig gerangschikte bevoorrechte schuldeiser overneemt, lijkt het ons dat de hiervoor beschreven benadeling voor de andere schuldeisers niet aanwezig is, precies omwille van dit voorrecht.

De algemene regel is dus dat de overname van oude schulden (incl. het geven van toekomstige voordelen/beloningen aan een schuldeiser) niet wordt meegerekend als deel van de ‘verkoopprijs’, omdat dit een benadeling zou inhouden van

<sup>112</sup>. Vgl. de Franse regeling L. 642-7 Code de commerce; E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, Parijs, Ed. Defrénois, 2003, 50: “La cession judiciaire des contrats apparaît ainsi comme une opération conçue et réalisée dans une perspective d’ordre public tendant à préserver les forces vives de l’entreprise et à sauvegarder la richesse tant économique que sociale, qu’elle recèle.”

<sup>113</sup>. K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtigde reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 264; J. VERLINDEN en S. LOOSVELD, “De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de wet continuïteit ondernemingen. Een eerste commentaar”, *TRV* 2009, (709) 710.

<sup>114</sup>. Art. 770 W.Venn.

<sup>115</sup>. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Wolters Kluwers Belgium, 2011, p. 220-221, nr. 2.5.6.5.

<sup>116</sup>. P. COUSSEMENT, “De wet op de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009”, *TBH* 2009, nr. 2009/4, p. (283) 314: “De nieuwe wet voorziet niet in een aan de onderneming in moeilijkheden aangepaste herstructureringsstechniek, zoals de inbreng van een algemeenheid zonder de overname van het passief, die onder meer zou toelaten ook lopende overeenkomsten over te dragen.”; W. DAVID, J.-P. RENARD en V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d’emploi*, Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2009, 213; C. ALTER, “La procédure de réorganisation (les différentes options ainsi que les mesures extrajudiciaires)” in *La loi relative à la continuité des entreprises*, Brussel, Larcier, 2009, (43) 87-88; J. VERLINDEN en S. LOOSVELD, “De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de wet continuïteit ondernemingen. Een eerste commentaar”, *TRV* 2009, (709) 711.

<sup>117</sup>. K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtigde reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 260-261; D. WILLERMAIN, “La nouvelle loi sur la continuité des entreprises. Présentation générale et règles spécifiques relatives aux cessions d’entreprises” in M. GRÉGOIRE (ed.), *Questions spéciales de restructuration d’entreprises*, Brussel, Bruylant, 2009, (93) 138. In dezelfde zin onder de wet gerechtelijk akkoord, E. DIRIX, “Gerechtigd akkoord. Juridische en conceptuele knelpunten” in M. TISON, C. VAN ACKER en J. CERFONTAINE (eds.), *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (475) 494.

<sup>118</sup>. W. DAVID, J.-P. RENARD en V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d’emploi*, Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2009, 214.

<sup>119</sup>. Brussel 3 januari 2012, gepubliceerd in dit nummer, p. 477.

de overige schuldeisers, en een miskenning van de regels van voorrang. Tegelijk zal de rechtbank een extra inspanning die de koper doet, in het belang van de continuïteit, om de betrokken leverancier aan boord te houden, wel in overweging nemen bij haar globale beoordeling. Een dergelijke ‘nevenverbintenis’ van de koper zou echter niet als reden kunnen gelden om de activa te kunnen kopen beneden de liquidatiewaarde van de onderneming.

## F. Positie schuldeisers en kandidaat-overnemer(s)

**35. Verplicht horen van (bepaalde) schuldeisers** – De schuldeisers worden slechts in beperkte mate betrokken bij de (voorbereiding van de) overdracht onder gerechtelijk gezag. Er is enkel voorzien dat wanneer de verkoop betrekking heeft op een onroerend goed of een handelszaak, alle personen gehoord worden die beschikken over een inschrijving of een kantmelding op het betrokken onroerend goed of over een inschrijving op de betrokken handelszaak (art. 63, 2<sup>de</sup> lid WCO). Het is belangrijk om op te merken dat de schuldeisers die gehoord worden, hierdoor niet de hoedanigheid van partij verkrijgen. Enkel de personen die overeenkomstig de artikelen 812 tot 814 Ger.W. tussengekomen zijn, verkrijgen deze hoedanigheid (art. 5, 5<sup>de</sup> en 6<sup>de</sup> lid WCO)<sup>120</sup>.

De schuldeisers beschikken in beginsel over geen tussentijdse informatie. De periodieke neerlegging van verslagen in het dossier van de gerechtelijke reorganisatie (art. 20 WCO) zou als standaardpraktijk moeten worden opgelegd aan de gerechtsmandatarissen, om de schuldeisers op de hoogte te houden van het verloop van het biedproces.

**36. Bijkomende voorwaarden** – De schuldeisers moeten/mogen zich niet uitspreken over de opportuniteit van de overdracht onder gerechtelijk gezag, noch dienen zij daartoe hun goedkeuring te verlenen. Hierin onderscheidt de procedure zich van de gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord (art. 51 WCO).

De hypothecaire schuldeiser en de pandhoudende schuldeiser op de handelszaak kunnen de rechtbank wel bij verzoekschrift vorderen om haar toelating te onderwerpen aan bepaalde voorwaarden, zoals een minimumprijs. De schul-

deisers die van deze mogelijkheid gebruik maken, verkrijgen ook hierdoor niet automatisch de hoedanigheid van partij.

Een minimumprijs is slechts één van de voorwaarden die door deze schuldeisers kan worden voorgesteld. Daarnaast kunnen de voorgestelde voorwaarden ook betrekking hebben op de continuïteit van de onderneming (bv. tijdelijk verbod ontmanteling onderneming) en/of het behoud van de werkgelegenheid (bv. behoud minimum aantal werknemers gedurende een bepaalde periode)<sup>121</sup>. Hiermee kan tegemoet gekomen worden aan de vaak door schuldeisers aangevoerde vrees dat de kandidaat-overnemer dienaangaande onvoldoende garanties biedt, en in wezen enkel geïnteresseerd is in de (vermogenswaarde van) overgenomen activa<sup>122</sup>. De schuldeisers zullen er ook goed aan doen – als de gerechtsmandataris dat niet heeft onderhandeld – aan de rechtbank te vragen financiële garanties op te leggen indien niet onmiddellijk de hele prijs wordt betaald.

Als er nieuwe voorwaarden worden opgelegd door de rechtbank in het vonnis van machtiging, is het noodzakelijk dat de bieder hiermee vervolgens instemt; de voorwaarden komen immers neer op een wijziging van zijn bod, wat niet eenzijdig door de rechtbank kan worden opgelegd. De gerechtsmandataris zal erop toezien dat deze wijziging in de koopovereenkomst wordt opgenomen. Aanvaardt de kandidaat-overnemer de bijkomende koopmodaliteiten niet, dan kan alleen vastgesteld worden dat geen machtiging werd verleend voor het aan de rechtbank overgelegde ontwerp. Het enige wat de gerechtsmandataris dan nog kan doen, als daar nog tijd voor is, is een andere koper zoeken (of dezelfde, maar onder nog andere voorwaarden), en opnieuw naar de rechtbank stappen met het oog op een nieuwe machtiging tot verkoop.

**37. Tussenkomen kandidaat-overnemer** – Er is niet bepaald dat de kandidaat-overnemers worden opgeroepen en/of gehoord door de rechtbank<sup>123</sup>. Elke kandidaat kan uiteraard formeel tussenkomen in de procedure, of (louter) zijn opmerkingen geven, zonder partij te worden (art. 5, 5<sup>de</sup> lid WCO)<sup>124</sup>. Vaak zal diens aanwezigheid belangrijk zijn. Hij dient het ontwerpakkoord te verdedigen en te antwoorden op de bemerkingen van de schuldeisers. De kandidaat-overnemer is hiertoe beter geplaatst dan de gerechtsmandataris, die een meer neutrale rol heeft.

<sup>120</sup>. A. VAN HOE en M.-A. VREVEN, “Knelpunten bij de gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord”, *TBH* 2011, nr. 2011/9, p. (853) 861-862; J. EMBRECHTS, “Overzicht van rechtsmiddelen in het commercieel insolventierecht” in A. BOSSUYT, B. DECONINCK, E. DIRIX, A. FETTWEIS en E. FORRIER (eds.), *Liber spei et amicitiae. Liber Amicorum Ivan Verougstraete*, Brussel, Larcier, 2011, (315) 325. Zie de terechte aanbeveling bij J. VERLINDEN en S. LOOSVELD, “De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de wet continuïteit ondernemingen. Een eerste commentaar”, *TRV* 2009, (709) 720, nr. 25: “De rechtbank moet weliswaar rekening houden met de rechten van de schuldeisers, maar de schuldeisers die willen weten wat er werkelijk gebeurt en graag een woordje willen meespreken, doen er goed aan om vrijwillig tussen te komen in de procedure zodat zij moeten worden gehoord.”

<sup>121</sup>. I. VEROUGSTRÆTE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2011, 238, nr. 2.5.6.39.

<sup>122</sup>. Zie Bergen 23 maart 2010, *DAOR* 2010, (265) 278: “Les appelantes estiment que l’offre de F.L.P. ne contient aucune garantie traduite en termes juridiques de ses intentions affichées de maintien de l’activité et d’un certain volume d’emploi.”

<sup>123</sup>. K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtigde reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 248.

<sup>124</sup>. J. VERLINDEN en S. LOOSVELD, “De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de wet continuïteit ondernemingen. Een eerste commentaar”, *TRV* 2009, (709) 721.

Het doet zich voor dat een nieuwe kandidaat-bieder zich te elfder ure ter zitting aanbiedt, met een zogenaamd hoger bod. Of, en hoe, de rechtbank hiermee rekening houdt, hangt af van vele factoren, maar *prima facie* lijkt een kritische benadering van dergelijke biedingen gepast. Indien er echter een goede reden is waarom het bod zo laat komt, uit een vergelijking *prima facie* blijkt dat het bod beter is dan de andere, en er nog voldoende tijd rest (onder de opschortings-termijn én in het licht van de operationele continuïteit) om de zaak uit te stellen, zou de rechtbank kunnen beslissen dat de zaak niet in staat is, en de gerechtsmandataris kunnen vragen een nieuwe evaluatie en vergelijking te doen van alle offertes.

## G. Beslissing van de rechtbank

**38. Afweging belangen onderneming, werknemers en schuldeisers** – De bevoegdheid van de rechtbank om al dan niet machtiging te verlenen om tot de verkoop over te gaan, is zonder twijfel een van de moeilijkste vraagstukken van de GROG. Aan de orde zijn de parameters welke de rechtbank moet hanteren bij de beoordeling van de door de gerechtsmandataris voorgelegde offerte(s), en hun onderlinge verhouding. Deze problematiek kadert in de door professor Dirix gesignaleerde tendens tot instrumentalisering van het insolventierecht<sup>125</sup>. Hiermee wordt bedoeld dat het insolventierecht meer en meer wordt ingeschakeld ter verwezenlijking van externe doelstellingen, in casu de continuïteit van de onderneming. Een gevolg van de toegenomen instrumentalisering van het insolventierecht is de nadruk op de verdeelende rechtvaardigheid, gericht op de bij de onderneming betrokken (externe) belangen, eerder dan op de vergeldende rechtvaardigheid, gericht op de vermogensrechten van de schuldeisers<sup>126</sup>.

Aldus bepaalt artikel 64, § 1, 1<sup>ste</sup> lid WCO dat de rechtbank, op verslag van de gedelegeerd rechter, de verkoop kan machtigen wanneer de voorgenomen verkoop voldoet aan de in artikel 62, 2<sup>de</sup> lid WCO bepaalde voorwaarden. Die bepaling luidt als volgt:

*“Hij [de gerechtsmandataris] wint offertes in en waakt bij voorrang over het behoud van het geheel of een gedeelte van de onderneming, rekening houdend met de rechten van de schuldeisers. Indien er verscheidene vergelijkbare offertes zijn, geeft de rechtbank de voorkeur aan de offerte die het behoud van de werkgelegenheid garandeert door een sociaal akkoord waarover is onderhandeld.”*

Het behoud van het geheel of een gedeelte van de onderneming wordt als primordiaal criterium naar voren geschoven, waarover de gerechtsmandataris (art. 62 WCO) en de rechtbank (art. 64 WCO) ‘bij voorrang’ moeten waken<sup>127</sup>. Middels de continuïteit van de onderneming, wordt het behoud van werkgelegenheid nagestreefd<sup>128</sup>. Er is evenwel ook bepaald dat ‘rekening’ gehouden moet worden met de rechten van de schuldeisers. De onderneming mag niet tegen een willekeurige prijs verkocht worden<sup>129</sup>. Hoe verhouden deze belangen zich nu met elkaar<sup>130</sup>?

**39. Noodzakelijke concretisering afweging** – Veeleer dan in absolute termen het behoud van de werkgelegenheid, dan wel de rechten van de schuldeisers als ‘ultiem’ criterium naar voren te schuiven, moet een zo objectief mogelijk referentiekader opgesteld worden ter beoordeling van de door de gerechtsmandataris neergelegde offerte(s). Als logisch ijkpunt dient zich hierbij de positie van de schuldeisers in een vereffeningsscenario aan<sup>131</sup>. De positie van de schuldeisers bij een overdracht onder gerechtelijk gezag moet vergeleken worden met de positie van dezelfde schuldeisers bij een vereffening van (het vermogen van) de schuldenaar. Als uit-

<sup>125</sup> E. DIRIX, “Het insolventierecht op nieuwe wegen”, *RW* 2011-12, (74) 77. Zie hierover ook R. J. MOKAL, *Corporate Insolvency Law. Theory and application*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 360 p.

<sup>126</sup> E. DIRIX, “Het insolventierecht op nieuwe wegen”, *RW* 2011-12, (74) 79.

<sup>127</sup> Vgl. art. 41, lid 1 WGA: “Indien de overdracht bijdraagt tot de terugbetaling aan de schuldeisers en indien daardoor een economische activiteit en werkgelegenheid kan worden gehandhaafd, kan de rechtbank de commissaris inzake opschorting machtigen de overdracht van de onderneming of een gedeelte ervan te machtigen.”. Vgl. L. 642-5 Code de commerce: “Après avoir recueilli l’avis du ministère public et entendu ou dûment appelé le débiteur, le liquidateur, l’administrateur lorsqu’il en a été désigné, les représentants du comité d’entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et les contrôleurs, le tribunal retient l’offre qui permet dans les meilleures conditions d’assurer le plus durablement l’emploi attaché à l’ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d’exécution. Il arrête un ou plusieurs plans de cession.” (eigen benadrukking).

<sup>128</sup> *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0160/002, 76: “De gerechtsmandataris wint de beste offertes in. Het criterium van de beste offertes is bij voorrang dat van de op korte of middellange termijn gewaarborgde werkgelegenheid. Wanneer – zonder rekening te houden met het aspect werkgelegenheid – de offertes ongeveer gelijkwaardig zijn, moet de gerechtsmandataris het criterium van de werkgelegenheid laten doorwegen. De gerechtsmandataris kan de onderneming of de activiteiten ervan evenwel niet tegen elke willekeurige prijs verkopen aangezien zulks concurrentievervalsing zou zijn die bovendien bijzonder nadelig is voor de schuldeisers. Maar hij mag wel een iets minder voordelig bod aanvaarden als dit betere waarborgen biedt voor de werkgelegenheid op middellange of lange termijn.”

<sup>129</sup> Vgl. de kritische benadering onder de WGA van de hand van A. CUYPERS, “Kredieten en zekerheden bij faillissement en gerechtelijk akkoord” in *Voorrechten en hypotheken. Grondige studies*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1998, 84: “Het is derhalve nog te vroeg om op deze verwarrende bepalingen een duidelijk inzicht te krijgen, doch te vrezen valt dat deze wettelijk georganiseerde discontinuïteit neerkomt op een autoritaire vorm van buitenbezitstelling ten nadele van de schuldeisers, dit alles in het belang van de werkgelegenheid.”

<sup>130</sup> Zie voor toepassingen Bergen 23 maart 2010, *DAOR* 2010, 265, met noot; Kh. Oudenaarde 16 september 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 494; Kh. Nijvel 1 september 2010, *JLMB* 2011, 999, met noot.

<sup>131</sup> Zie reeds E. DIRIX, “Gerechtelijk akkoord. Juridische en conceptuele knelpunten” in M. TISON, C. VAN ACKER en J. CERFONTAINE (eds.), *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (475) 477: “De eis van een ‘faire’ behandeling kan concreet ingevuld worden met het richtsnoer dat de positie van een bepaalde schuldeiser die onderworpen wordt aan de gevolgen van een saneringsprocedure van zijn debiteur er niet wezenlijk mag op achteruitgaan in vergelijking met de positie van die debiteur die hij zou bekleden bij een liquidatie (faillissement).”

gangspunt geldt dan dat de schuldeisers er niet op achteruit mogen gaan bij een overdracht onder gerechtelijk gezag<sup>132</sup>.

Dit geldt des te meer omdat de overdracht in *going concern* precies geacht wordt meer waarde te bewaren dan een stuksgewijze liquidatie van de goederen van de schuldenaar (*supra*, randnr. 3). Een deel van die meerwaarde is (logischerwijze) bestemd voor de overnemer, die per slot van rekening een belangrijk economisch risico neemt, en werkgelegenheid garandeert. Evenwel moet rekening gehouden worden met de rechten van de schuldeisers. Dat dit zoveel betekent als zou de verkoopprijs nooit lager mogen zijn dan de liquidatiewaarde, mag dan wel niet met zoveel woorden in de wet geschreven staan, maar vloeit wel degelijk voort uit de finaliteit van de procedure, te weten een *going concern*-verkoop.

Deze problematiek stelt zich het scherpst wanneer er maar één offerte voorligt. De kandidaat-overnemer kan dan aan de laagste kant van de prijsvork gaan zitten, erop vertrouwend dat de rechtbank de machtiging toch niet zal (durven te) weigeren, gelet op de werkgelegenheid die op het spel staat. De bezwaren van de schuldeisers kunnen ook in dergelijk geval niet middels stijlformules van de hand worden gewezen, maar nopen steeds tot een reëel onderzoek van de verkoopprijs door de rechtbank, ter vrijwaring van de rechten van de schuldeisers. Teneinde deze wettelijke voorwaarde niet inhoudsloos te maken, moet gebeurlijk vastgesteld worden dat de geboden prijs onvoldoende rekening houdt met de rechten van de schuldeisers, en moet de machtiging geweigerd worden, zoals recent een aantal rechtbanken deden<sup>133</sup>.

Om een (zinvolle) vergelijking mogelijk te maken, moeten betrouwbare schattingsverslagen opgesteld worden, die toelaten om een realistische bodemprijs te bepalen, waaraan de offerte(s) van de kandidaat-overnemer(s) kan (kunnen) getoetst worden. Het verdient zeker aanbeveling dat de recht-

bank in het vonnis dat de overdracht beveelt, meteen ook aan de gerechtsmandataris oplegt schattingsverslagen (*liquidatie en going concern*) voor te brengen voor de roerende goederen/de handelszaak. Ook de gedelegeerd rechter kan die nuttig gebruiken voor zijn advies over de machtiging.

**40. Rechtsmiddelen** – Tegen het vonnis dat de machtiging weigert of verleent, kunnen rechtsmiddelen worden ingesteld:

A. **Hoger beroep** – Tegen het vonnis dat de verkoop machtigt, kan hoger beroep worden ingesteld door de schuldenaar en de tussengekomen derden die de hoedanigheid van partij hebben verkregen. Er is niet voorzien in een afwijking van de gemeenrechtelijke termijn van één maand (art. 1051 Ger.W.).

In een arrest van het hof van beroep van Gent was de bijzondere vraag aan de orde of een schuldeiser, die vrijwillig was tussengekomen na de opening van de procedure (en ook als zodanig erkend was door de rechtbank van koophandel in het machtigingsvonnis), daardoor automatisch (ook) partij is in de procedure tot machtiging van de verkoop, ingeleid bij verzoekschrift van de gerechtsmandataris<sup>134</sup>. Volgens het hof van beroep van Gent is een nieuwe tussenkomst vereist, nu met het verzoekschrift tot machtiging tot verkoop een nieuwe procedure wordt ingeleid, die noch als de voortzetting van de (algemene) procedure van gerechtelijke reorganisatie, noch als voortzetting van de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, kan worden beschouwd. De neerlegging van het verzoekschrift tot machtiging tot verkoop brengt, in deze visie, een (volledig) nieuwe procedure met zich mee, die een nieuwe tussenkomst noodzaakt<sup>135</sup>. Daarbij kwam dat volgens de appelerch-

<sup>132</sup> UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, New York, 2005, [www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf), p. 28, nr. 25, "In general, however, reorganization does imply that whatever form of plan, scheme or arrangement is agreed, the creditors will eventually receive more than if the debtor were to be liquidated."; E. DIRIX, "Artikel 8 Hypotheekwet" in E. DIRIX, A. CUYPERS en M. TISON (eds.), *Voorrechten en hypotheeken*, Kluwer, supplement 41, 2011, 29: "Het mag nochtans niet zo zijn dat de schuldeisers erop achteruitgaan in vergelijking met de hypothese van een faillissementsscenario."; B. INGHELS, "La réorganisation judiciaire à l'heure du transfert: vite, mais comment et à quel prix?" (noot onder Bergen 23 maart 2010), *JT* 2010, (374) 376-377. Vgl. O. GUTT, "Le transfert d'entreprise tel qu'il est organisé par les lois des 17 juillet et 8 août sur le concordat judiciaire et la faillite", *DAOR* 2000, (83) 86: "Le tribunal peut-il autoriser un transfert si le prix est inférieur à la valeur 'à casser' des actifs? A notre sens, la réponse est négative, puisqu'une telle attitude reviendrait à négliger l'intérêt des créanciers. Reste, bien évidemment, à déterminer quelle est la valeur 'à casser' réelle des actifs, ce qui demeure du ressort du tribunal."

<sup>133</sup> Kh. Mechelen 30 januari 2012, gepubliceerd in dit nummer, p. 519: "Een overdracht van de economische activiteit van de onderneming in *going concern* dient te verwijzen naar een waardering van de activiteit bij overname/in continuïteit. In elke hypothese mag de geboden prijs niet (te veel of te ver) verwijderd zijn of af liggen van de objectieve waardering van de over te laten activiteit: een overdracht onder gerechtelijk gezag mag zeker niet minder uitvallen voor de schuldeisers dan in geval van een faillissementsscenario en de verkoop van de aanwezige activa."; Kh. Leuven 25 oktober 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 499.

<sup>134</sup> Gent 14 november 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 475. In dit arrest was ook de onderscheiden vraag aan de orde of de neerlegging van conclusies volstaat om als partij beschouwd te worden. Deze problematiek had waarschijnlijk een impact op de uitkomst van het concrete geval, maar kan conceptueel onderscheiden worden van de hier voorliggende vraag of na de neerlegging van het verzoekschrift door de gerechtsmandataris een tweede tussenkomst vereist is.

<sup>135</sup> Gent 14 november 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 475, I.A.: "Om na te gaan of iemand partij is in de procedure die aanvangt met het verzoekschrift op tegenspraak zoals omschreven in artikel 62 WCO zodat deze op ontvankelijke wijze hoger beroep kan aantekenen, kan/kunnen slechts die proceduredaad/procedureleden in aanmerking worden genomen die wordt/worden verricht **nú** de neerlegging van het kwestieuze verzoekschrift in de desbetreffende procedure." Vgl. A. ZENNER, J.-P. LEBEAU en C. ALTER, "La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique" in *Doss. JT*, Brussel, Larquier, 2010, 71: "Il conviendra dans le cadre de chaque nouvelle demande du débiteur de réitérer si nécessaire la demande d'intervention volontaire, s'agissant chaque fois d'une nouvelle procédure qui donne lieu à l'ouverture d'un dossier enregistré spécifiquement au greffe avec paiement d'un droit de greffe."

ters artikel 5, 6<sup>de</sup> lid WCO met zich meebracht dat het indienen van een conclusie als vrijwillig tussenkomende partij, die schuldeiser niet tot partij maakte. Deze, strenge, rechtspraak, waartegen cassatieberoep werd aangetekend, noopt tot bijzondere waakzaamheid in hoofde van de schuldeisers over hun precieze hoedanigheid, die immers determineert welk rechtsmiddel moet worden aangewend;

- B. **Derdenverzet** – Derden als bedoeld in artikel 1122 Ger.W. kunnen tegen het machtigingsvonnis derdenverzet aantekenen. De termijn hiervoor bedraagt drie maanden (vanaf de publicatie bedoeld in artikel 64, § 2 WCO of vanaf eerdere betekening), nu de wetgever zelf uitdrukkelijk voorschrijft in artikel 62, 4<sup>de</sup> lid WCO dat de procedure door de gerechtsmandataris wordt ingeleid op verzoekschrift op tegenspraak.

## H. Uitvoering van de overdracht

**41. Overdracht in *going concern*** – De verkoop dient te gebeuren overeenkomstig het door de rechtbank aangenomen ontwerp van akte en, wanneer hij betrekking heeft op onroerende goederen, door het ambt van de notaris die de akte heeft opgesteld (art. 65, 1<sup>ste</sup> lid WCO).

Artikel 64, § 1, 4<sup>de</sup> lid WCO bepaalt dat wanneer de verkoop betrekking heeft op roerende goederen en het ontwerp van verkoop voorziet in de openbare verkoop ervan, het vonnis de gerechtsdeurwaarder aanwijst die belast zal worden met de verkoop en de inning van de verkoopprijs. Deze bepaling, geplaatst in de regeling inzake de GROG, laat de lezer perplex. Deze procedure is immers gericht op de overdracht in *going concern* van een onderneming, niet op een openbare verkoop van roerende goederen<sup>136</sup>. De stuksgewijze liquidatie van het vermogen van de schuldenaar door de openbare verkoop ervan, staat haaks op de finaliteit van de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag. In principe moet de gerechtsmandataris zich hier dan ook niet mee inlaten. Het zou in elk geval hoogstens kunnen gaan om enkele goederen die de koper van de onderneming/activiteit of een deel ervan niet zou willen.

**42. Onmiddellijke inbezitstelling overnemer** – Na de

machtiging tot verkoop wordt de overdracht onder gerechtelijk gezag in principe zo snel als mogelijk gerealiseerd op het terrein, om de continuïteit van de onderneming te verzekeren. De overnemer neemt vanaf dan het beheer van de onderneming op zich. De onmiddellijke overdracht van de onderneming is mogelijk, ook wanneer hiertegen een rechtsmiddel wordt ingesteld. De machtiging tot verkoop is uitvoerbaar bij voorraad (art. 5, 1<sup>ste</sup> lid WCO). Wanneer het vonnis dat de overdracht machtigt, hervormd wordt, is het risico voor de koper die zich beroepen heeft op de voorlopige uitvoerbaarheid (art. 1398 Ger.W.). Daarbij moet opgemerkt worden dat deze vaak geen andere keuze heeft, nu de schuldenaar meestal niet in staat is om tijdens de periode nodig om een beslissing te verkrijgen over het rechtsmiddel, de continuïteit te bewaren. Mede daarom zal het niet eenvoudig zijn om te bewijzen dat de schuldenaar (of een schuldeiser) schade heeft geleden ten gevolge van de voorlopige uitvoering van de overdracht, wetende dat het alternatief discontinuïteit was, zowel feitelijk als juridisch.

Wordt de machtiging hervormd op derdenverzet of in beroep, dan zal – behoudens het geval waar alsnog een nieuwe verkoop aan dezelfde partij kan gerealiseerd worden – een wederzijdse restitutie volgen met een complexe afrekening o.m. voor alle goederen die intussen verkocht werden (bv. voorraden).

**43. Bodemsanering** – De onmiddellijke realisatie van de overdracht botst op een aantal praktische problemen. Zo moet gewezen worden op de gekende problematiek inzake de bodemsanering naar aanleiding van de overdracht van onroerende goederen<sup>137</sup>. Het bodemsaneringsdecreet bevat geen bijzondere regeling voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag. Gesteld kan worden dat de gerechtsmandataris een gemandateerde is in de zin van artikel 2, 28<sup>o</sup> bodemdecreet<sup>138</sup>. Wanneer in het kader van een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag een onroerend goed wordt overgedragen, moeten de onderzoeks-, meldings- en desgevallend voorverdrachtsverplichtingen dus integraal gerespecteerd worden<sup>139</sup>. Idealiter zal de gerechtsmandataris deze verplichtingen en de eraan verbonden termijnen zoveel mogelijk al tijdens de opschorting, dus vóór de machtiging en de eigenlijke overdracht, respecteren. Het is mogelijk de kostprijs van een

<sup>136</sup>. Zie de interpretatie van D. WILLERMAIN, “La nouvelle loi sur la continuité des entreprises. Présentation générale et règles spécifiques relatives aux cessations d’entreprises” in M. GRÉGOIRE (ed.), *Questions spéciales de restructuration d’entreprises*, Brussel, Bruylant, 2009, (93) 146, nr. 42: “Cette modalité est a priori surprenante, eu égard au fait que les actifs vendus doivent en principe être nécessaires au maintien de tout ou partie de l’activité de l’entreprise et que le mandataire doit solliciter les offres préalablement à l’autorisation du tribunal qui statue sur celles-ci. Elle ne pourrait donc, selon nous, concerner que des actifs ‘accessoires’ qui n’intéressent pas le reprenneur.” Anders J. VERLINDEN en S. LOOSVELD, “De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de wet continuïteit ondernemingen. Een eerste commentaar”, *TRV* 2009, (709) 718, nr. 18: “De gerechtsmandataris zou bijvoorbeeld voor dit alternatief kunnen kiezen, indien hij bij gebrek aan belangstelling geen offertes heeft ontvangen, of indien hij meent dat de ontvangen offertes niet interessant zijn en een openbare verkoop een betere prijs zal opleveren.”

<sup>137</sup>. M. VAN PASSEL en S. VERBIST, “Bodemsanering in Vlaanderen: aandachtspunten voor de curator” in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 437-492.

<sup>138</sup>. Gemandateerde: “diegene die op grond van een lastgeving of een gerechtelijke beslissing bevoegd is om handelingen te stellen met betrekking tot het onroerend vermogen van de aangewezen persoon”.

<sup>139</sup>. Vgl. M. VAN PASSEL en S. VERBIST, “Bodemsanering in Vlaanderen: aandachtspunten voor de curator” in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (437) 470.

gebruikelijke sanering geheel of ten dele ten laste van de koper te leggen in het vonnis dat de verkoop machtigt<sup>140</sup>.

## I. Verdeling van de verkoopprijs<sup>141</sup>

**44. Zuivering overgedragen goederen** – Door de verkoop van de roerende en onroerende goederen gaan de rechten van de schuldeisers over op de prijs (art. 66 WCO)<sup>142</sup>. De overgedragen activa gaan vrij, zuiver en onbelast over op de overnemer<sup>143</sup>. De instemming en/of handlichting van/door de bijzonder bevoorrechte schuldeisers is niet vereist. Dit onderscheidt de overdracht onder gerechtelijk gezag van de vrijwillige overdracht van het geheel of een gedeelte van de onderneming of van haar activiteiten als onderdeel van het reorganisatieplan (art. 51 WCO)<sup>144</sup>.

**45. Verdeling verkoopprijs onder alle schuldeisers** – Alle schuldeisers worden bij de verdeling van de verkoopprijs betrokken, ook wanneer de verkoop slechts betrekking heeft op een gedeelte van de onderneming<sup>145</sup>. Nog los van de vraag of het in een gegeven zaak mogelijk is om activa aan een welbepaalde (deel-)activiteit van de onderneming toe te wijzen, kan de verkoopprijs immers niet toegewezen worden aan de schuldeisers die toegewezen kunnen worden aan deze (deel-)activiteit. Alle schuldeisers bevinden zich namelijk in een rechtsverhouding met de schuldenaar, en de prijs treedt in de plaats van hun gezamenlijk onderpand.

**46. Bekendmaking verkoop** – Het vonnis dat de concrete verkoop toestaat, wordt bij uittreksel bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad*. Er is tevens bepaald dat dit vonnis *meegedeeld* wordt aan de schuldeisers, door de met de overdracht gelaste gerechtsmandataris, met vermelding van de naam van de aangestelde notaris of van de door de rechtbank aangewezen gerechtsdeurwaarder (art. 64, § 2 WCO). De vlotte toepassing van deze regeling vereist dat de gerechts-

mandataris de schuldeisers kent en dat kan problematisch zijn. Anders dan in de faillissementsprocedure (art. 62 e.v. Faill.W.), werd namelijk niet voorzien in een procedure tot aangifte van schuldvorderingen. Wanneer de gerechtelijke reorganisatie eerst geopend was met een andere doelstelling, of wanneer de schuldenaar vrijwillig voor de overdracht heeft gekozen, kan de gerechtsmandataris een beroep doen op de (initieel) bij het verzoekschrift gevoegde lijst van schuldeisers, en de gegevens inzake schuldeisers die eventueel *ex* artikel 46 WCO werden vastgesteld. Bij de GROG is er geen officiële lijst van schuldeisers in de opschorting, en zal de gerechtsmandataris niet anders kunnen dan aan de schuldenaar vragen hem zoveel mogelijk accurate informatie mee te delen omtrent zijn schuldeisers.

De wettelijke verplichting tot mededeling van het vonnis dat de verkoop toestaat is van fundamenteel belang. De wetgever heeft de verdeling van de verkoopprijs geaxeerd op de regels inzake evenredige verdeling en rangregeling na beslag, zijnde vormen van kleine samenloop (*infra*, randnr. 47). In die specifieke procedures moet de bewindvoerder aan wie de vereffening werd opgedragen in beginsel slechts rekening houden met een beperkt aantal schuldeisers<sup>146</sup>. De verplichting voor de gerechtsmandataris om het vonnis dat de verkoop toestaat aan de schuldeisers mee te delen, moet gelezen worden als een door de wetgever opgelegde verplichting om zoveel mogelijk schuldeisers in de opschorting bij de verdeling van de verkoopprijs te betrekken<sup>147</sup>. Dit maakt dat de gerechtsmandataris de nodige inspanningen moet doen om, o.a. aan de hand van de boekhouding van de schuldenaar, zoveel mogelijk schuldeisers in de opschorting op te sporen, teneinde hen de mogelijkheid te geven tussen te komen in de verdeling van de verkoopprijs<sup>148</sup>. Het lijkt ons dat de mededeling bedoeld in artikel 64, § 2 WCO meteen kan gecombineerd worden met het verzoek aangifte te doen bedoeld in artikel 1627 Ger.W.

<sup>140</sup>. Kh. Oudenaarde 16 september 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 494 (tenlastelegging van 75% in alle door OVAM opgelegde saneringskosten ten laste van de verkrijger).

<sup>141</sup>. De regeling inzake de verdeling verkoopprijs heeft het geschopt tot (een van de) meest verwerpelijke wetsartikelen, onder ‘promotorschap’ van professor Grégoire (Youtube, *LegalWorld – Meest verwerpelijke wetsartikel van Michèle Grégoire*).

<sup>142</sup>. Vgl. onder de wet gerechtelijk akkoord, Cass. 13 mei 2005, *RW* 2005-06, 1138, met noot V. SAGAERT.

<sup>143</sup>. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2011, 240, nr. 2.5.6.45; A. ZENNER, *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, 149.

<sup>144</sup>. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2011, 220, nr. 2.5.6.5.

<sup>145</sup>. H. GEINGER, “Enkele bedenkingen over de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen” in A. BOSSUYT, B. DECONINCK, E. DIRIX, A. FETTWEIS en E. FORRIER (eds.), *Liber spei et amicitiae. Liber Amicorum Ivan Verougstraete*, Brussel, Larcier, 2011, (327) 335, nr. 16; K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 251.

<sup>146</sup>. Voor een overzicht van de te betrekken schuldeisers, bij *rangregeling*, E. DIRIX en K. BROECKX, *APR, Beslag*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2010, 607; C. ENGELS, *Procesrecht in verband met het notariaat*, Brugge, die Keure, 2010, 456-457, nr. 370; R. JANSEN en A. MICHIELSENS, *Notarieel executie-recht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 217-226; bij *evenredige verdeling*, E. DIRIX en K. BROECKX, *APR, Beslag*, Mechelen, Wolters Kluwer, 428.

<sup>147</sup>. Vgl. E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2006, 40.

<sup>148</sup>. De praktische uitwerking blijft onduidelijk. H. GEINGER, “Enkele bedenkingen over de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen” in A. BOSSUYT, B. DECONINCK, E. DIRIX, A. FETTWEIS en E. FORRIER (eds.), *Liber spei et amicitiae. Liber Amicorum Ivan Verougstraete*, Brussel, Larcier, 2011, (327) 335: “De vraag rijst overigens welke initiatieven de gerechtsmandataris desgevallend moet nemen met het oog op het inwinnen van de ter zake vereiste informatie. De wet bevat desbetreffend geen bepaling. Het zal dan ook aan de gerechtsmandataris als ‘goede huisvader’ toekomen te bepalen welke acties hij mogelijks dient te ondernemen met het oog op het inwinnen van de voor een juiste verdeling der gelden vereiste informatie.”

**47. Verdeling door gerechtsmandataris** – De verdeling van de verkoopprijs gebeurt door de gerechtsmandataris<sup>149</sup>. Hoewel oorspronkelijk bepaald was dat dit diende te gebeuren door een gerechtsdeurwaarder (voor de roerende goederen) of een notaris (voor de onroerende goederen)<sup>150</sup>, werd dit na een amendement gewijzigd tot de huidige regeling<sup>151</sup>. De verdeling gebeurt *mutatis mutandis* volgens de procedures van de evenredige verdeling (art. 1627 e.v. Ger.W., voor de roerende goederen) en rangregeling (art. 1639 e.v. Ger.W., voor de onroerende goederen) (art. 65, 2<sup>de</sup> en 3<sup>de</sup> lid WCO)<sup>152</sup>. Hoewel overeenkomstig deze bepalingen enkel rekening gehouden moet worden met bepaalde categorieën van schuldeisers, moet de gerechtsmandataris zoveel mogelijk schuldeisers bij de verdeling van de verkoopprijs betrekken (*supra*, randnr. 46).

Besluitend kan gesteld worden dat de regeling inzake de verdeling van de verkoopprijs op contradictorische gedachten hinkt en onvolmaakt is. De wetgever heeft met één enkele pennentrek de regels inzake evenredige verdeling en rangregeling van toepassing gemaakt, zodat hij geen volledige regeling diende uit te werken in de wet continuïteit ondernemingen. Deze procedures zijn onaangepast want het gaat om vormen van kleine samenloop na beslag, die haaks staan op de noodzaak om zoveel schuldeisers als mogelijk bij de verdeling te betrekken. Ten tweede is door die loutere verwijzing naar het Gerechtelijk Wetboek de procedure onvoldoende uitgewerkt voor de hypothese van een collectieve insolventieprocedure, in het bijzonder gelet op de afwezigheid van een regeling inzake de aangifte van schuldvorderingen. Waartoe deze onzekerheid leidt, blijkt in het volgende randnummer.

**48. Verdeling verkoopprijs na faillissement schuldenaar** – Er bestaat veel onzekerheid en gevarieerde rechtspraak over de vraag wie instaat voor de verdeling van de verkoopprijs wanneer de schuldenaar failliet verklaard wordt, vooraleer de verkoopprijs (effectief) onder de schuldeisers verdeeld werd<sup>153</sup>. Ter zake tekenen zich twee stellingen af:

- A. **Bevoegdheid curator** – De eerste stelling neemt als uitgangspunt de verwijzing naar de regels uit het Gerechtelijk Wetboek inzake evenredige verdeling en rangregeling na beslag. Ten gevolge van het faillissement zou de opdracht van de gerechtsmandataris van rechtswege een einde nemen. Wanneer de verkoopprijs op dat ogenblik niet effectief verdeeld was, en zich aldus nog in het vermogen van de schuldenaar bevond, zou het aan de curator toekomen om deze, in het kader van zijn algemene vereffeningsopdracht, te verdelen<sup>154</sup>. Deze stelling transposeert de gemeenrechtelijke regels voor de aflijning tussen een beslag en een faillissement, op de aflijning tussen een GROG en een faillissement. In het bijzonder wordt hierbij toepassing gemaakt van het, fel bekritiseerde, arrest van 23 april 2010 van het Hof van Cassatie, waarin geoordeeld werd dat de curator in het faillissement van de beslagen schuldenaar, het recht heeft zich door de optredende gerechtsdeurwaarder alle in beslagen genomen bedragen te doen overhandigen die op het tijdstip van de faillietverklaring nog niet (effectief) verdeeld (dus uitbetaald) waren<sup>155</sup>;
- B. **Bevoegdheid gerechtsmandataris** – De tweede stelling hecht meer belang aan de context van de GROG en verwerpt de toepassing van de gemeenrechtelijke regels inzake de aflijning tussen een beslag en een faillissement. Deze regels zouden niet complementair zijn met de GROG. Dit zou volgen uit de aard van de GROG, die een wezenlijk andere finaliteit heeft dan een (enkelvoudig) beslag: “[e]n réalité, il s’agit d’une procédure que l’on a pu assimiler à une sorte de faillite, un substitut au concordat par abandon d’actif ou encore une liquidation forcée en going concern”<sup>156</sup>. De uit de overdracht onder gerechtelijk gezag resulterende verkoopprijs zou zich, in tegenstelling tot het provenu van een (enkelvoudig) beslag, niet lenen tot absorptie door de faillissementsboedel<sup>157</sup>. Wanneer de schuldenaar alsnog failliet verklaard zou worden, ontstaan er

<sup>149</sup>. H. GEINGER, “Enkele bedenkingen over de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen” in A. BOSSUYT, B. DECONINCK, E. DIRIX, A. FETTWEIS en E. FORRIER (eds.), *Liber spei et amicitiae. Liber Amicorum Ivan Verougstraete*, Brussel, Larcier, 2011, (327) 333-334; M. LAUWERS, “Overdracht van onderneming in het kader van de nieuwe wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen” in *FARE* 2010, I.K-33; Y. GODFROID, “La loi relative à la continuité des entreprises: réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice” in N. THIRION (ed.), *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, Luik, Anthémis, 2010, (131) 187-188; J. VERLINDEN en S. LOOSVELD, “De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de wet continuïteit ondernemingen. Een eerste commentaar”, *TRV* 2009, (709) 721; M. VANMEENEN, “De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen”, *RW* 2008-09, (1282) 1317. *Anders* Kh. Nijvel 30 mei 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 488; Kh. Nijvel 20 april 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 486.

<sup>150</sup>. *Parl.St.* Kamer 2007, nr. 52-160/001, 37; *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0160/002, 77.

<sup>151</sup>. Amendement nr. 15, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0160/003, 10.

<sup>152</sup>. Kh. Kortrijk 30 november 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 507: “De verwijzing naar artikelen 1627 e.v. Ger.W. is een verwijzing naar een werkwijze, een procedure tot verdeling, zonder dat daarbij een gerechtsdeurwaarder in de plaats komt van de gerechtsmandataris.”

<sup>153</sup>. Om failliet verklaard te kunnen worden, moet de gerechtelijke reorganisatie eerst beëindigd zijn (art. 30, 2<sup>de</sup> lid WCO).

<sup>154</sup>. Antwerpen 26 mei 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 462.

<sup>155</sup>. Cass. 23 april 2010, *RW* 2010-11, met kritische noot R. JANSEN.

<sup>156</sup>. M. GRÉGOIRE, “Trop de répartiteurs tue les répartitions” (noot onder Kh. Luik 12 augustus 2010), *TBH*, (243) 246.

<sup>157</sup>. Kh. Nijvel 30 mei 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 488.



twee ‘boedels’ die op autonome, doch samenhangende, wijze afgehandeld worden<sup>158</sup>.

De eerste stelling heeft het voordeel van de eenvoud, vooral als het faillissement snel volgt op de verkoop. Men kan dan teruggrijpen naar een beproefde collectieve verdelingsprocedure uit het insolventierecht en artikel 65 WCO uitschakelen, dat het Gerechtelijk Wetboek van toepassing maakt. Men vermijdt ook twee boedels. Toch verdient de tweede stelling de voorkeur. De GROG is geconcipteerd door de wetgever als een (volwaardig) alternatief van afwikkeling (en bevat zelfs een regeling voor verschoonbaarheid). De wetgever had perfect een passerelle naar het faillissement kunnen voorzien of zelfs een automatische faillietverklaring na de overdracht, doch heeft hier niet voor geopteerd. De hierdoor gecreëerde autonomie van de GROG moet ook worden geëerbiedigd in het stadium van de verdeling van de verkoopprijs. Een bijkomend faillissement om de prijs te verdelen is niet nodig. Het (eventuele) faillissement van de schuldenaar heeft *an sich* niet langer betrekking op de onderneming, die reeds uit de schuldenaar is gehaald door de overdracht, maar strekt er enkel toe om de schuldenaar uit het rechtsverkeer te halen. Zo hebben de kosten verbonden aan het faillissement (in de eerste plaats deze van de curator) geen betrekking op de overdracht onder gerechtelijk gezag, welke reeds gerealiseerd is.

Ter verdere ondersteuning van deze stelling, kan gewezen worden op de regeling voorzien in artikel 67, 2<sup>de</sup> lid WCO, overeenkomstig dewelke de rechtbank de bijeenroeping van de algemene vergadering kan bevelen, met de ontbinding van de vennootschap-schuldenaar als agenda (*infra*, randnr. 54). Hieruit blijkt dat het niet de wil is van de wetgever dat de verdeling van de verkoopprijs doorkruist wordt door een faillissementsprocedure<sup>159</sup>. Ten slotte wordt de gerechtsmandataris betaald uit de opbrengst van de verkoop, niet alleen om de verkoop te verrichten, maar ook voor de verdeling van de prijs. In de eerste stelling, volgens dewelke de curator de verdeling overneemt na de verkoop, is het probleem gerezen dat de curator de opbrengst gerealiseerd door

zijn college-gerechtsmandataris, op zijn beurt als actief beschouwt waarop *zijn* vergoeding wordt berekend.

**49. Boedelschulden** – Artikel 37 WCO regelt het statuut van nieuwe schuldvorderingen in een ‘navolgende vereffening of faillissement’ van de schuldenaar. Zoals in vele rechtsstelsels wil de wetgever met dit bevoorrecht statuut de leveranciers van de schuldenaar aanmoedigen met hem verder zaken te doen tijdens de reorganisatieprocedure met het oog op de continuïteit<sup>160</sup>. Deze schuldeisers worden niet getroffen door de opschorting (art. 36 WCO) en hun rechten kunnen niet beknót worden in het reorganisatieplan. In de mate dat de schuldvorderingen beantwoorden aan prestaties uitgevoerd door de medecontractant tijdens de procedure van gerechtelijke reorganisatie, en ongeacht of zij voortvloeien uit nieuwe verbintenissen van de schuldenaar of uit overeenkomsten die lopen op het ogenblik van de procedure, worden zij bovendien beschouwd als boedelschulden in een navolgende ‘vereffening of faillissement’, hetzij tijdens de periode van reorganisatie, hetzij na het beëindigen ervan in zoverre er een nauwe band bestaat tussen de beëindiging van de procedure en die collectieve procedure. Het bijzonder karakter van de nieuwe schuldvorderingen werkt dus door in de vereffening of het faillissement van de schuldenaar<sup>161</sup>.

Artikel 37 WCO voorziet in het statuut van boedelschuld bij ‘vereffening of faillissement’, maar vermeldt de overdracht onder gerechtelijk gezag niet. Dit kan gedeeltelijk begrepen worden. De bijzondere regeling van artikel 37 WCO is namelijk geconcipteerd voor het geval dat de gerechtelijke reorganisatie mislukt<sup>162</sup>. Wat men voor ogen heeft, is dat de continuïteit er niet komt, zodat de nieuwe schuldeisers geen ander verhaal hebben dan op de activa en dus een voorkeurrecht nodig hebben. Welnu, het hierboven reeds gesignaleerde dubbelzinnige aan de GROG is dat de continuïteit gerealiseerd wordt, maar wel in een ander vermogen, en dat de schuldenaar niet gered wordt. Anders gezegd: bij een geslaagde GROG lukt de continuïteit maar mislukt de schuldenaar. Net zoals bij een faillissement of vereffening beperken de rechten van de nieuwe schuldeisers zich tot de opbrengst, en zijn er geen toekomstige inkomsten waaruit de

<sup>158</sup> M. GRÉGOIRE, “Trop de répartiteurs tue les répartitions” (noot onder Kh. Luik 12 augustus 2010), *TBH*, (243) 247: “Deux concours distincts, sans intersection d’assiettes, se meuvent alors de manière différenciée, reliés cependant entre eux par les déclarations de créances provenant des mêmes créanciers ainsi que par le contrôle qu’exerce sur la liquidation des deux masses un seul tribunal de commerce. Ce type de situation se rencontre traditionnellement lorsque se déroulent de manière séparée une saisie-exécution immobilière et une saisie-arrêt par exemple, les deux voies d’exécution accueillant la participation éventuelle de tous les créanciers, sous le contrôle du juge des saisies.”

<sup>159</sup> Kh. Nijvel 30 mei 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 488. Vgl. Ch. VAN BUGGENHOUT, “Het beleid van de rechter in de overdracht van de onderneming in moeilijkheden”, *TBH* 2001, (72) 74. Het (waarschijnlijk) deficitair karakter van de vereffening kan hier in beginsel geen beletsel vormen. Zie o.m. Cass. 6 maart 2003, *RW* 2003-04, 1106.

<sup>160</sup> E. DIRIX en R. JANSEN, “De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (157) p. 181. Vgl. A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 536: “De economische ratio legis van boedelschulden heeft hier dus een verlengde werking in de tijd. Niet alleen in de samenloop situatie waarin de boedelschulden ontstaan, het gerechtelijk akkoord, maar ook in een navolgende situatie van samenloop wordt dit aanmoedigingsmotief gebruikt voor de preferente betaling als boedelschuld.”

<sup>161</sup> Antwerpen 26 mei 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 462.

<sup>162</sup> *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0160/002, 63: “Om het vertrouwen van de contractanten van de schuldenaar te waarborgen, wat essentieel is voor de continuïteit van de onderneming, moet aan die contractanten een recht van voorrang worden verleend voor het geval dat de reorganisatieprocedure een mislukking wordt. Indien aan de contractanten van de schuldenaar geen dergelijke beloftes kunnen worden gedaan, dan zullen de schuldeisers van de schuldenaar contante betaling eisen.”

nieuwe schulden zullen betaald worden. Daarom kan ervoor gepleit worden om de regeling van artikel 37 WCO ook van toepassing te maken bij een GROG (wat opnieuw een erkenning van de autonomie van deze procedure inhoudt). Het kan niet worden ontkend dat aan het ‘door-handelen’ met een schuldenaar die onderhevig is aan een GROG ook de nodige risico’s verbonden zijn, maar dat dit essentieel is voor de continuïteit van de onderneming. Dit verantwoordt dat ‘nieuwe schuldvorderingen’ ook als boedelschulden worden erkend bij een overdracht onder gerechtelijk gezag, bij de verdeling van de verkoopprijs<sup>163</sup>.

Dit wordt evenwel betwist. Gesteld wordt dat het statuut van boedelschuld niet uitgebreid kan worden naar situaties waarvoor dit niet uitdrukkelijk werd voorzien (*pas de privilège sans texte*)<sup>164</sup>. Tegen deze restrictieve opvatting pleit dat ze (potentiële) boedelschuldeisers ertoe zal aanzetten om (alsnog) het faillissement van de schuldenaar na te streven, met alle moeilijkheden van dien<sup>165</sup>. Ook het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel kan hier een nuttige rol spelen. Wanneer men ervan uitgaat dat de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag een volwaardig alternatief voor het faillissement is, ontbreekt iedere verantwoording om de door de wetgever gewilde bescherming van artikel 37 WCO niet te verlenen bij de overdracht onder gerechtelijk gezag<sup>166</sup>. Indien de wet op grond van een letterlijke lezing inhoudt dat ze het boedelschuldstatuut strikt beperkt tot vereffening en faillissement, lijkt artikel 37 WCO ons ongrondwettig.

**50. Aanrekening boedelschulden op bevoorrecht onderpand** – Nog een stap hoger in de bescherming is de prioritaire aanrekening van de tijdens de opschorting gecreëerde boedelschulden op de opbrengst van goederen waarop zakelijke rechten zijn gevestigd (bv. hypotheek, pand handelszaak<sup>167</sup>). Onder de wet gerechtelijk akkoord was het betwist in welke mate dergelijke fictieve boedel-

schulden konden vooraf genomen worden op de opbrengst van het onderpand van de separatisten (hypotheek, pand handelszaak)<sup>168</sup>. Enerzijds werd verdedigd dat de betaling van de ‘fictieve boedelschulden’ ook bij voorrang diende te worden afgenomen op de opbrengst van de tegeldemaking van het onderpand van de separatisten (een super-voorrecht)<sup>169</sup>. Anderzijds werd verdedigd dat een dergelijke voorrang een devaluatie en uitholling van de klassieke zekerheden zou inhouden.

Artikel 37 *in fine* WCO beoogt een compromis tussen beide stellingen, en bepaalt dat “*de betaling [van de ‘fictieve boedelschulden’] wordt slechts afgenomen bij voorrang van de opbrengst van de tegeldegemaakte goederen waarop een zakelijk recht is gevestigd, voor zover die prestaties bijgedragen hebben tot het behoud van de zekerheid of de eigendom*”<sup>170</sup>.

Voor wat de hypothecaire schuldeiser betreft, kan dit criterium redelijk eenvoudig worden toegepast. Deze kan worden voorafgegaan door de nieuwe schuldvorderingen die rechtstreeks hebben bijgedragen tot het behoud van het onroerend goed in kwestie. Deze schuldvorderingen zijn in beginsel makkelijk aanwijsbaar (bv. de verzekering van het onroerend goed, de kosten van herstellingen, de kosten om het gebouw minimaal te verwarmen of te beveiligen, enz.).

Voor het pand op de handelszaak, zijn de zaken deliquer. De handelszaak is een (feitelijke) algemeenheid. Hoe, en met welke gestrengheid, moet bepaald worden of een prestatie heeft bijgedragen tot het behoud van de zekerheid (het pand) of de eigendom<sup>171</sup>? En moet daarbij de eis worden gesteld dat de pandhouder ook daadwerkelijk voordeel heeft gehad bij de verderzetting d.w.z. dat de opbrengst van zijn onderpand groter is geweest dankzij deze prestatie of gaat het om een abstract criterium (bv. leveren van uitrustingsgoederen of van nieuwe voorraad draagt noodzakelijk bij tot de waarde van het handelsfonds). Het weze duidelijk dat een algemene regel volgens dewelke alle prestaties geleverd tijdens de opschorting

<sup>163</sup>. I. VEROUGSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2011, 240, nr. 2.5.6.45; A. ZENNER, J.-P. LEBEAU en C. ALTER, “La loi relative à la continuité des entreprises à l’épreuve de sa première pratique” in *Doss. JT*, Brussel, Larcier, 2010, 204, nr. 139. Vgl. de gelijkaardige discussie onder de wet gerechtelijk akkoord, waar de hypothese van een navolgende vereffening niet was opgenomen; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 563-564.

<sup>164</sup>. Y. GODFROID, “La loi relative à la continuité des entreprises: réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice” in N. THIRION (ed.), *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, Luik, Anthémis, 2010, (131) 186.

<sup>165</sup>. K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtigde reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 260.

<sup>166</sup>. De analyse op grond van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel is ontleend aan E. DIRIX, “Gerechtelijk akkoord. Juridische en conceptuele knelpunten” in M. TISON, C. VAN ACKER en J. CERFONTAINE (eds.), *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (475) 491.

<sup>167</sup>. Voor de goede orde kan eraan herinnerd worden dat dit probleem niet rijst voor de opbrengst van de helft van de voorraden, die immers ontsnapt aan het voorrecht van de pandhouder handelszaak en die volledig beschikbaar zal zijn voor de boedelschuldeisers.

<sup>168</sup>. Zie in het bijzonder A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 554-562; A. CUYPERS, “Kredieten en zekerheden bij faillissement en gerechtelijk akkoord” in *Voorrechten en hypotheeken. Grondige studies*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1998, 65-67.

<sup>169</sup>. Door Cuyper werd evenwel (ironisch) de vraag gesteld of ook de bijzonder bevoorrechte schuldeiser niet bijdraagt tot de continuïteit van de onderneming, was het maar omwille van de aan hem opgedrongen opschorting; A. CUYPERS, “Kredieten en zekerheden bij faillissement en gerechtelijk akkoord” in *Voorrechten en hypotheeken. Grondige studies*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1998, 66.

<sup>170</sup>. Reeds in die zin Kh. Turnhout 26 juni 2001, *RW* 2001-02, 420, *TBH* 2003, 342, noot A. DE WILDE.

<sup>171</sup>. Vgl. de zeer soepele houding van Gent 3 november 2003, *RW* 2004-05, 1066: “*De [...] – die vreemd is aan de handel die de schuldenaar onder toezicht van de commissaris inzake opschorting voerde – kan als leverancier onmogelijk het bewijs leveren van het concrete voordeel dat haar prestaties inhielden voor de handelszaak, die het pand van [...] uitmaakt. Zij kan dan ook tot dat bewijs niet gehouden zijn.*”

het behoud van de handelszaak hebben gediend, het voorrecht van de pandhoudende schuldeiser op de handelszaak zou ondergraven<sup>172</sup>. Dit risico geldt des te meer in een ‘open portaal’-benadering waar geen wettelijke filter is ingebouwd tegen de continuering van verlieslatende activiteiten.

Vermeden moet worden dat een onderneming ongeremd voortgezet wordt met ongebreidelde creatie van boedelschulden, waarvan de rekening nadien gepresenteerd wordt aan de schuldeisers die de beste (nl. zakelijke) bescherming hebben genomen. Dit kan juist door strak de hand te houden aan het criterium van artikel 37 WCO. De boedelschuldeisers hebben dan twee mogelijkheden: ofwel eisen zij continue betaling *c.q.* gaan zij bij niet-betaling over tot executie-maatregelen; ofwel geloven deze schuldeisers dat dankzij de *going concern*-verkoop de opbrengst groot genoeg zal zijn om de boedelschulden te betalen, *na* betaling van de zakelijke zekerheidsgerechtigden. Een strikte interpretatie van artikel 37 WCO zal ertoe leiden dat (nieuwe) schuldeisers mee geresponsabiliseerd worden voor de (externe) *monitoring* op de schuldenaar, en dat een rem gezet wordt op de eventuele therapeutische hardnekkigheid in hoofde van (het bestuur van) de debiteur.

## J. Positie koper

**51. Verplichtingen koper** – De beslissing tot sluiting van de procedure van gerechtelijke reorganisatie ontlast de verkrijger van alle andere verplichtingen dan die welke in de akte van overdracht zijn vermeld (art. 68 WCO). In beginsel is de overnemer tot geen andere verplichtingen gehouden dan deze die in de akte van overdracht zijn opgenomen. Ter zake moet gewezen worden op de aangepaste fiscaalrechtelijke bepalingen, die voorzien in een uitzondering op de hoofdelijke gehoudenheid van de overnemer<sup>173</sup>. Vooralnog is nog niet voorzien in een aanpassing van artikel 41 *quinquies* RSZ-wet (dat nog steeds verwijst naar de overdracht uitgevoerd door een commissaris inzake opschorting). Letterlijk gelezen is de in dat artikel bepaalde hoofdelijke gehoudenheid dus nog van toepassing op de gerechtsmandataris. Het is echter evident dat deze in de

plaats komt van de commissaris inzake opschorting en de RSZ blijkt dit in de praktijk te erkennen. Een letterlijke toepassing van de wet lijkt strijdig met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel.

**52. Tegenwerpelijke overdracht aan curator** – Er is niet uitdrukkelijk bepaald dat de overdracht niet meer in twijfel getrokken kan worden door de curator in een eventueel navolgend faillissement. Dit spreekt evenwel voor zich. Net als een verkoop uit een faillissement betreft het hier een transactie onder gerechtelijk gezag, door een gerechtelijk bewindvoerder, met een bijzondere machtiging van de rechtbank. Deze verkoop kan dan ook alleen aangevochten worden via rechtsmiddelen tegen het machtigingsvonnis. De overdracht kan aldus niet het voorwerp zijn van een vordering tot niet-tegenwerpelijke aan de boedel, op één van de gronden bepaald in de artikelen 17-20 Faill.W. Ten overvloede kan worden opgemerkt dat het niet gaat om handelingen gesteld door de schuldenaar, nu de gerechtsmandataris verkoopt, weliswaar voor rekening van de schuldenaar. *De lege ferenda* wordt er in het belang van de rechtszekerheid voor de overnemer voor gepleit om uitdrukkelijk te voorzien dat de overdracht niet kan worden aangevochten door de curator in geval van een navolgend faillissement van de schuldenaar<sup>174</sup>.

Nu reeds bestaat bij een vrijwillige verkoop in het kader van een collectief akkoord (art. 51 WCO) een uitdrukkelijke bepaling die de verkoop beschermt tegen een latere intrekking van het reorganisatieplan. Artikel 58 WCO bepaalt dat de intrekking van het reorganisatieplan elke uitwerking ontnemt, behoudens wat betreft de reeds uitgevoerde betalingen en verrichtingen, “*onder meer de reeds verrichte overdracht van het geheel of een gedeelte van de onderneming of van haar activiteiten*”. Of de overdracht daarmee ook beschermd is tegen bovenvermelde vorderingen van de curator, valt nog te bezien. Het betreft hier immers geen verkoop onder gerechtelijk gezag. De verkoop gebeurt niet door een gerechtsmandataris, maar door het bestuur; de verkoop zelf en de prijs maken niet het voorwerp uit van een machtiging als dusdanig. Enkel het plan in zijn geheel maakt het voorwerp uit van stemming en van een beperkte homologatie.

## AFDELING 3. EINDE VAN DE PROCEDURE EN LOT VAN DE SCHULDENAAR

### A. Beëindiging op initiatief van de gerechtsmandataris

**53. Beëindiging procedure en verdeling verkoopprijs** – Wanneer de gerechtsmandataris van oordeel is dat alle voor overdracht vatbare activiteiten overgedragen zijn, en in elk

geval voor het einde van de opschorting, vraagt hij aan de rechtbank bij verzoekschrift dat zij de procedure van gerechtelijke reorganisatie afsluit of, wanneer het gerechtvaardigd is dat deze voortgezet wordt voor andere doeleinden, dat zij hem ontlast van zijn opdracht (art. 67, 1<sup>ste</sup> lid WCO).

<sup>172</sup> A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 561.

<sup>173</sup> Art. 442bis WIB en art. 93undecies B WBTW.

<sup>174</sup> Vgl. D. WILLERMAIN, “La nouvelle loi sur la continuité des entreprises. Présentation générale et règles spécifiques relatives aux cessions d’entreprises” in M. GRÉGOIRE (ed.), *Questions spéciales de restructuration d’entreprises*, Brussel, Bruylant, 2009, (93) 149.

De verkoopprijs zal niet noodzakelijk verdeeld zijn tegen het einde van de opschorting. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de verkoopprijs in schijven wordt betaald of wanneer de procedure van verdeling nog niet rond is (wat vaak zo zal zijn). De verdeling van de verkoopprijs behoort evenwel tot de wettelijke opdracht van de gerechtsmandataris. De rechtbank kan de procedure van gerechtelijke reorganisatie beëindigen, en tegelijk bepalen dat de gerechtsmandataris blijft instaan voor de verdeling van de verkoopprijs; talrijke rechtbanken hebben voor deze praktische oplossing gekozen<sup>175</sup>.

**54. Ontbinding schuldenaar** – Wanneer de schuldenaar een rechtspersoon is, kan de rechtbank, in het vonnis dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie afsluit, de bijeenroeping van de algemene vergadering bevelen met de ontbinding als agenda (art. 67, 2<sup>de</sup> lid WCO)<sup>176</sup>. Deze bepaling zou blijf geven van de voorkeur in hoofde van de wetgever voor een (deficitaire) vereffening van de schuldenaar, boven een faillissement<sup>177</sup>. De algemene vergadering beslist wel autonoom over de ontbinding<sup>178</sup>. De mogelijkheid tot het agenderen van de ontbinding van de vennootschap door de rechtbank moet onderscheiden worden van de mogelijkheid tot gerechtelijke ontbinding van de vennootschap, op dagvaarding van het Openbaar Ministerie of een belanghebbende (art. 41, § 1, 3<sup>de</sup> lid WCO). De rechtbank kan de schuldenaar niet gerechtelijk ontbinden op verzoek van de schuldenaar zelf<sup>179</sup>.

## B. Beëindiging op initiatief van de schuldenaar

**55. Voortijdige (?) beëindiging gerechtelijke reorganisatie** – De vraag is gerezen of de GROG beëindigd kan worden door de schuldenaar met een beroep op artikel 41 WCO. Zoals hierboven werd gesteld, regelt deze bepaling de voortijdige beëindiging van de gerechtelijke reorganisatie (*supra*, randnr. 14, C). Waarom zou een schuldenaar zich op deze bepaling beroepen om de GROG te beëindigen na de over-

dracht? Hiervoor moet de situatie van de schuldenaar bekeken worden na de realisatie van de overdracht. Op dat ogenblik heeft de schuldenaar overwegend geen bestaansredenen meer. Wanneer de procedure dan niet beëindigd wordt, wordt de schuldenaar in een artificieel keurslijf gehouden, waar elke continuïteit en liquiditeit verdwenen is<sup>180</sup>. Vanuit deze optiek bestaat een praktische noodzaak, voor het bestuur en voor de schuldeisers, om de GROG op een of andere wijze te beëindigen. De wetgever heeft niet voorzien in de mogelijkheid tot automatische faillietverklaring van de schuldenaar door de rechtbank na de overdracht. Meer nog artikel 30 WCO verbiedt de faillietverklaring zolang de opschorting loopt.

De vraag rijst evenwel of de beëindiging van de GROG door de schuldenaar op grond van artikel 41 WCO, hiertoe het meest geschikte instrument is. Dit artikel beoogt een mislukking van de gerechtelijke reorganisatie “overeenkomstig het doel van de procedure”. Dit is niet aan de orde bij een geslaagde GROG: de activa zijn overgedragen aan de overnemer, met het oog op de continuïteit van de onderneming. Ook al is artikel 41 WCO strikt genomen niet bedoeld voor die situatie, het kan wel gebruikt worden, in het licht van de afwezigheid van een sluitende regeling, om de schuldenaar na de overdracht uit het rechtsverkeer te halen.

De moeilijke toepassing van artikel 41 WCO na een geslaagde GROG, blijkt ook uit de rechtspraak. Zo oordeelde het hof van beroep van Gent dat wanneer de taak van de gerechtsmandatarissen nog in de uitvoeringsfase is, het niet aangewezen is de procedure voortijdig te beëindigen<sup>181</sup>. In casu waren de overdrachten nog maar gedeeltelijk uitgevoerd, omdat bepaalde notariële akten (in afwachting van een bodemattest) nog dienden te worden verleden. In het licht hiervan oordeelde het hof van beroep het niet opportuun om de procedure voortijdig te beëindigen. De rechtbank van koophandel te Kortrijk oordeelde dat de schuldenaar de (voortijdige) beëindiging van de procedure kan bekomen, na de (gedeeltelijke) overdracht van de onderneming van de

<sup>175</sup>. Kh. Kortrijk 30 november 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 507; Antwerpen 26 mei 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 462; Kh. Mechelen 26 september 2011, *TBH* 2011, nr. 2011/3, p. 251; Rk. Kh. Antwerpen 25 januari 2011, *RABG* 2011, 662. Anders Kh. Nijvel 20 april 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 486.

<sup>176</sup>. Vgl. art. 45 wet gerechtelijk akkoord; J. WINDEY, “Bilan de trois années d’application de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire”, *TBH* 2002, (5) 26, nrs. 61-65.

<sup>177</sup>. Kh. Nijvel 30 mei 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 488: “*La procédure de liquidation suggérée ainsi par le législateur est une alternative à la faillite.*”; K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (207) 255, nr. 58. Anders R. AYDOGDU, “Actualités en matière de liquidation (défictaire)” in N. THIRION (ed.), *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation défictaire. Actualités et pratique*, Luik, Anthémis, 2010, (7) 59.

<sup>178</sup>. J. VERLINDEN en S. LOOSVELD, “De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de wet continuïteit ondernemingen. Een eerste commentaar”, *TRV* 2009, (709) 722, nr. 29; M. VANMEENEN, “De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen”, *RW* 2008-09, (1282) 1317. Vgl. A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 562-563.

<sup>179</sup>. Kh. Kortrijk 30 november 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 507.

<sup>180</sup>. Vgl. Kh. Kortrijk 30 november 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 507: “*Het in stand houden van de procedure zal in casu op korte termijn leiden tot het creëren van een omvangrijke en substantiële (bijkomende) schuldenlast, terwijl de schuldenaar geen activiteiten meer zal, noch kan ontwikkelen die in gelijke mate inkomsten zou genereren. Geen enkele stakeholder, in het bijzonder de schuldeisers en de werknemers, heeft belang bij het in stand houden van dergelijke situatie, omdat dit enerzijds leidt tot een ernstige aantasting van het vermogen van de schuldenaar, en aldus het onderpand van de schuldeisers en anderzijds tot het creëren van onvoldane vorderingen, in het bijzonder vorderingen uit hoofde van loon, terwijl de werknemers nog steeds gebonden zijn door hun arbeidsovereenkomst.*”

<sup>181</sup>. Gent 16 januari 2012, gepubliceerd in dit nummer, p. 482.

schuldenaar<sup>182</sup>. Het feit dat de kennelijke onmogelijkheid om de continuïteit te verzekeren, wordt veroorzaakt doordat de gerechtsmandatarissen zijn overgegaan tot de overdracht van (een deel van) de onderneming, verhindert niet dat de rechtbank de beëindiging van de procedure beveelt op grond van artikel 41, § 1 WCO.

**56. Faillissement schuldenaar** – Om de schuldenaar failliet te verklaren, moet de gerechtelijke reorganisatie eerst beëindigd worden. Dat kan door het verstrijken van de termijn of door de toepassing van artikel 41 WCO (*supra*, randnr. 55). De rechtstreekse vorderingsmogelijkheid in faillissement *ex* artikel 41, § 1 WCO is voorbehouden aan het Openbaar Ministerie of een belanghebbende<sup>183</sup>. De vraag is of het Openbaar Ministerie, dat erop moet toezien dat schuldenaars die elke bestaansreden hebben verloren uit het rechtsverkeer worden gehaald, hier een meer actieve rol kan spelen.

### C. ‘Ontlasting’ van de schuldenaar

**57.** Dat de wetgever de overdracht onder gerechtelijk gezag als een volwaardig alternatief ziet voor faillissement, blijkt ook uit het feit dat de wetgever net zoals bij faillissement in regels heeft voorzien voor de *fresh start* van de debiteur-natuurlijke persoon na de overdracht. De natuurlijke persoon-schuldenaar van wie de onderneming geheel werd overgedragen, kan door de rechtbank ontlast worden van de schulden die bestaan op het ogenblik van het vonnis dat deze overdracht beveelt, indien deze persoon ongelukkig en te goeder trouw is (art. 70, 1<sup>ste</sup> lid WCO, dat strenger is dan art. 80 Faill.W.). Wanneer de schuldenaar ontlast is, kan hij niet langer door zijn schuldeisers vervolgd worden. Om te kunnen worden ontlast, moet de schuldenaar een verzoekschrift op tegenspraak neerleggen bij de rechtbank, uiterlijk drie maanden na het vonnis dat de overdracht beveelt. Het verzoek wordt door de griffier ter kennis gebracht van de gerechtsmandataris. Het vonnis dat de ontlasting beveelt,

wordt door toedoen van de griffier bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad*.

Met deze regeling wil de wetgever de overdracht onder gerechtelijk gezag voor natuurlijke personen even aantrekkelijk maken als het faillissement<sup>184</sup>. De analogie met de faillissementsprocedure is evenwel onvolmaakt. Zo is niet voorzien in de mogelijkheid tot bevrijding van de (ex-)echtgenote van de schuldenaar en van de persoonlijke zekerheidssteller (*infra*, randnr. 58) Of deze onderscheiden de grondwettelijke gelijkheidstoets doorstaan, wordt betwijfeld<sup>185</sup>.

### D. De positie van kosteloze persoonlijke zekerheidsstellers

**58.** Te rekenen vanaf het vonnis dat de overdracht beveelt, worden alle middelen van tenuitvoerlegging uit hoofde van schuldvorderingen in de opschorting ten laste van de natuurlijke personen die zich kosteloos persoonlijk zeker hebben gesteld, *opgeschort* tot het vonnis dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie afsluit (art. 69 WCO), net zoals bij faillissement die rechten worden opgeschort vanaf het vonnis van faillietverklaring tot de beslissing omtrent de bevrijding (art. 24*bis* Faill.W.). Er is echter niet in een regeling voorzien voor de *bevrijding* van de kosteloze persoonlijke zekerheidssteller (vgl. art. 72*bis*, 72*ter* en art. 80 Faill.W.). Het resultaat hiervan is dat een schuldenaar misschien toch eerder voor het faillissement zal kiezen, hetzij in de plaats van de overdracht onder gerechtelijk gezag, hetzij na de realisatie ervan<sup>186</sup>.

Er wordt dan ook voor gepleit om de regeling van de kosteloze persoonlijke zekerheidsstellers onder de GROG af te stemmen op de faillissementsprocedure<sup>187</sup>. Op deze wijze wordt vermeden dat een kunstmatig *incentive* gecreëerd wordt om de faillissementsprocedure boven de overdracht onder gerechtelijk gezag te verkiezen.

## BESLUIT

**59.** De toepassing van de GROG in de praktijk heeft belangrijke conceptuele en juridische uitdagingen blootgelegd. De balans is niet onverdeeld positief. Op conceptueel vlak moet zeker worden toegejuicht dat de wet continuïteit ondernemingen duidelijk gemaakt heeft dat het mogelijk is

om een onderneming over te dragen, ook wanneer de schuldenaar zelf niet meer te redden valt. Ook wordt een aanvaardbaar evenwicht tussen de belangen van de werknemers en de schuldeisers vooropgesteld, indien men de wet zo interpreteert dat de schuldeisers in principe niet slechter af

<sup>182</sup> Kh. Kortrijk 30 november 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 507.

<sup>183</sup> Kh. Kortrijk 30 november 2011, gepubliceerd in dit nummer, p. 507.

<sup>184</sup> M. VANMEENEN, “De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen”, *RW* 2008-09, (1282) 1319, nr. 98.

<sup>185</sup> P. COUSSEMENT, “De wet op de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009”, *TBH* 2009, nr. 2009/4, p. (283) 316, nr. 99; J. VERLINDEN en S. LOOSVELD, “De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de wet continuïteit ondernemingen. Een eerste commentaar”, *TRV* 2009, (709) 724, nr. 32.

<sup>186</sup> M. VANMEENEN, “De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen”, *RW* 2008-09, (1282) 1319.

<sup>187</sup> M. VANMEENEN, “De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen”, *RW* 2008-09, (1282) 1319.

mogen zijn onder de overdracht onder gerechtelijk gezag dan onder het faillissement. Gezien de maatschappelijke druk om arbeidsplaatsen te redden, zal de praktische invulling van dit evenwicht een actieve waakzaamheid van de schuldeisers, en een bijzondere inspanning van de rechtbanken, vergen.

De inzet van het debat moet hierbij duidelijk gesteld worden, om de verwachtingen realistisch te houden. Van de GROG mogen geen mirakels verwacht worden. Boutades als daar zijn “*de schuldenaar is dood, leve de onderneming*”, mogen niet doen vergeten dat de procedure slechts zin heeft voor het beperkte aantal ondernemingen die levensvatbaar zijn los van de schuldenaar. Voor de overgrote meerderheid van de (quasi-) insolvente ondernemingen biedt (ook) de GROG geen oplossing. De onderneming is niet per definitie een feniks die uit de as van de schuldenaar verrijst. Mislukkingen die te wijten zijn aan de ‘slechte kwaliteit’ van de onderneming, kunnen dan ook niet op conto van de procedure worden geschreven<sup>188</sup>. Het kan worden betreurd dat er niet voorzien is in een adequate filter om de ondernemingen waar nauwelijks *going concern*-waarde te redden valt, uit deze procedure te houden. Op heden komen zowel ondernemingen onderhevig aan *financial distress*, *i.e.* ondernemingen die gebukt gaan onder een te grote schuldenlast (op het niveau van de schuldenaar), maar die intrinsiek gezond zijn,

als ondernemingen onderhevig aan *economic distress*, *i.e.* ondernemingen die intrinsiek ongezond zijn, in aanmerking voor de GROG<sup>189</sup>. Voor een groot deel van de ondernemingen biedt deze procedure evenwel geen oplossing. Hieraan zou kunnen geredeneerd worden door de filosofie van de ‘open portaal’-benadering tot het uiterste door te trekken, met name door de klassieke faillissementsprocedure in het portaal te betrekken<sup>190</sup>. Dit zou dan gepaard moeten gaan met een beperkte filterfunctie waarbij na een preliminaire diagnose van de toestand van de onderneming, enkel die ondernemingen met resterend economisch potentieel toegelaten worden tot de GROG, en de andere ondernemingen afgeleid worden naar de faillissementsprocedure.

Voor de ondernemingen die wel in aanmerking komen, moet gewezen worden op de talrijke technische onvolmaaktheden die deze procedure kenmerken en die hierboven aan bod kwamen. Op heden wordt de rechtszekerheid onvoldoende gegarandeerd<sup>191</sup>. Een belangrijk deel van deze onzekerheid kan reeds weggenomen worden door de GROG als een volwaardig alternatief voor het faillissement te beschouwen, en deze finaliteit door te trekken doorheen de procedure. De GROG is het meest originele onderdeel van de WCO maar tegelijk het minst uitgewerkte. De suggesties voor verbeteringen en wijzigingen van de procedure liggen dan ook voor het grijpen.

<sup>188</sup>. Vgl. P. COUSSEMENT, “De wet op de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009”, *TBH* 2009, nr. 2009/4, p. (283) 289: “Ondernemingen die slechte of verouderde producten of diensten leveren en die hierdoor in financiële moeilijkheden terechtkomen, moeten in een markteconomie op een geordende wijze worden stopgezet en geliquideerd ten bate van hun schuldeisers.”

<sup>189</sup>. Zie over dit onderscheid: D. G. BAIRD, “Bankruptcy’s Untested Axioms”, *Yale Law Review* 1998-99, (573) 580 e.v.

<sup>190</sup>. M. TISON en I. VEROUWSTRAETE, “Conceptuele zwaartepunten van de WCO” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtigde reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 14-15.

<sup>191</sup>. Zie ter zake reeds: E. DIRIX, “Gerechtigd akkoord. Juridische en conceptuele knelpunten” in M. TISON, C. VAN ACKER en J. CERFONTAINE (eds.), *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (475) 477: “Het welslagen van een saneringsoperatie is nochtans afhankelijk van rechtszekerheid. De optimale medewerking van de diverse ‘spelers’ kan maar worden verkregen wanneer de juridische uitkomsten een voldoende graad van voorspelbaarheid hebben.”