

RECHTSLEER

DOCTRINE

INSOLVENTIE / INSOLVABILITÉ

De nieuwe insolventie wetgeving anno 2018 Boek XX van het Wetboek economisch recht

La nouvelle législation insolvabilité anno 2018 Livre XX du Code de droit économique

SAMENVATTING

In dit nummer worden enkele bijzondere aspecten van Boek XX WER dat op 1 mei 2018 in werking treedt, kort toegelicht.

De eerste bijdrage (Boek XX WER: een korte duiding) bevat de genese van de hervorming: van een tuchtrecht voor kooplieden-detailhandelaren is het insolventierecht een facet geworden van de regulering van al wie actief optreedt op de markt van goederen en diensten. De eerste stap in die evolutie was de wet natuurlijke rechter (nieuwe art. 573 en 574 Ger.W.) die de bevoegdheid van de rechtbanken van koophandel verruimde; de volgende stap was die van een grondige aanpassing van het economisch recht in zijn geheel waarin de insolventie haar plaats vond.

De klemtoon in het economisch recht ligt thans op de onderneming en op het belang ervan voor de maatschappij. De vrijwaring van de belangen van schuldeisers inz. in een insolventietoestand is belangrijk maar niet centraal.

Om de transactiekosten te verlagen is ingezet op een stelsel van elektronische behandeling, dat zeer vernieuwend is ook vergeleken met het huidige stelsel dat gedeeltelijk hybride is. De bevoegdheidsregels worden ook aangepast zowel extern als intern.

De portaalbenadering wordt gehandhaafd: het faillissement is een optie maar niet de enige optie. Herstructurering in de reorganisatie en de vereffening van rechtspersonen op aangeven van de kamers voor ondernemingen in moeilijkheden zijn evenwaardig. De gerechtelijke oplossingen worden wel niet fundamenteel veranderd, tenzij onder de vorm van een versneling of vereenvoudiging (zoals bij de afschaffing van de summier procedure tot sluiting). Wat wel verandert is de algemene klemtoon gelegd op de vrijheid van de betrokken partijen hun lot zelf te regelen, los van de rechtbank (of met de rechtbank louter als steun), wat meteen betekent dat het openbare orde-concept vervaagt.

De aansprakelijkheidsstelsels worden bijgewerkt. Dit was nodig om de meer bescheiden rol van het openbaar ministerie op te vangen. Ten slotte wordt de Belgische wet aangepast aan de Europese insolventieverordening terwijl de niet-Europese insolventies thans ook worden geregeld.

Het toepassingsgebied van Boek XX is de kern van de tweede bijdrage “Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen hoe meer vreugd?”.

De cruciale hervorming is de verruiming van het toepassingsgebied van de eengemaakte insolventiewetgeving op de onderneming zoals die gedefinieerd is in Boek XX (definitie die binnenkort zal worden overgeheveld naar Boek I na goedkeuring van het wetsontwerp 54-2828 door de Kamer). Het toepassingsgebied wordt ook verruimd naar de vrije beroepen die er een nieuwe eengemaakte definitie krijgen. De verruiming naar alle rechtspersonen, met inbegrip van de verenigingen, luidt een nieuwe benadering in van de organisatievormen.

In de bijdrage komt ook een bespreking van enkele definities gegeven door Boek XX aan bod. Bijzonder opvallend is de definitie van het begrip schuldenaar in het wetsontwerp 54-2828, definitie die ertoe kan leiden dat bepaalde overheidsondernemingen aan het toepassingsgebied van Boek XX ontsnappen.

In de toekomst zullen een tijdlang nieuwe procedures en oude procedures (dit is geopend vóór 1 mei 2018) toepasselijk blijven. Het verdient aanbeveling dat nu reeds in de rechtspraak in de mate van het mogelijke de nieuwe regels worden geïntegreerd.

De derde bijdrage betreft het concept “insolventiefunctionaris”. Dit concept is overgenomen van de Europese insolventieverordening nr. 2015/848.

Boek XX reguleert alles wat betreft de personen die in de verordening als insolventiefunctionarissen worden omschreven: curator, gedelegeerd-rechter, gerechtsmandataris, ondernemingsbemiddelaar, vereffenaar, voorlopig bewindvoerder. De vereffenaar en schuldbemiddelaar zijn onderworpen aan een andere wetgeving dan Boek XX.

Artikel XX.20 WER omvat de belangrijkste regels over alle functionarissen maar deze zullen nog verder worden aangevuld met koninklijke besluiten (onder meer betreffende de vergoedingen en de vorming van gerechtsmandatarissen). Enkele vernieuwende aspecten worden toegelicht voor de curators, de gedelegeerd rechter (die ten onrechte in de verordening als een insolventiefunctionaris wordt bestempeld), de ondernemingsbemiddelaar (die in werkelijkheid geen insolventiefunctionaris is), de gerechtsmandataris van de artikelen XX.30, XX.31 en XX.32.

*De vierde bijdrage (“**De preprocedurale reorganisatie onder Boek XX: opsporing van ondernemingen in moeilijkheden, voorlopige maatregelen, het buitengerechtelijk minnelijk akkoord en (de exit van) het stil faillissement**”) onderzoekt alles wat voorafgaat aan de eigenlijke insolventieprocedures – maar er toch verband mee houdt.*

Belangrijk is de optie dat – behalve in een faillissementstoestand – de debtor in possession blijft met als corrigerende factor het optreden van gerechtsmandatarissen. Ook relevant is de bekommernis om conventionele oplossingen te promoten: dit is het geval voor het minnelijk akkoord maar is niet meer het geval voor het zgn. stil faillissement dat in extremis werd afgevoerd.

De opsporing van ondernemingen in moeilijkheden kent wat verzamelde gegevens betreft maar beperkte wijzigingen. Het eigenlijke onderzoek behoort toe aan de kamers voor ondernemingen in moeilijkheden die organisatorisch wel enige wijzigen ondergaan, hun klassieke bevoegdheid blijven behouden maar daarboven de mogelijkheid krijgen de zaak te verwijzen naar de ondernemingsrechtbank voor een ontbinding-vereffening.

Boek XX heeft ook de regels die vroeger de werking van de voorlopige maatregelen beheersten geordend en licht gewijzigd.

De ondernemingsbemiddelaar en buitengerechtelijk minnelijk akkoord zijn belangrijke componenten van Boek XX waarbij de ondernemingsbemiddelaar een belangrijke rol kan spelen om vertrouwen te creëren. Het minnelijk akkoord krijgt nu een stevige wettelijke basis. Een zeer belangrijke toevoeging is het feit dat zekerheden verschaft tijdens het minnelijk akkoord genieten van de immuniteit bij een later faillissement. Ook belangrijk is de toevoeging van de mogelijkheid van de homologatie van het akkoord. Andere bepalingen helpen ook om dit minnelijk akkoord efficiënt te maken.

Een laatste bijzonder nuttige maatregel die in het oorspronkelijk wetsontwerp voorzien was, met name het stil faillissement, heeft het niet gehaald onder invloed van het small steps -arrest van het Hof van Justitie: het was niet zeker dat de bepalingen de Europese toets zouden overleven.

“La procédure de réorganisation judiciaire: something old, something new, something borrowed, something blue” omschrijft enkele markante wijzigingen in de gerechtelijke reorganisatie, die thans – zoals de overige procedures – voortaan elektronisch zal verlopen.

Het toepassingsgebied van de procedure is uiteraard dit van het faillissement: beide procedures zijn gefuseerd in één wetboek, Boek XX WER. Boek XX geeft enige ophelderingen over bepaalde begrippen, beslecht controverses en innoveert voorzichtig.

Bij de definities valt de nieuwe omschrijving op van buitengewone vordering in de opschorting. De procedure blijft nog altijd een procedure na het openen van het portaal. Misbruiken worden opnieuw gecounterd. Een opvallende maatregel is die waarbij de leveringen van diensten en vorderingen van fiscus en RSZ als schuldvorderingen van de boedel worden beschouwd mocht er ondanks de aangevraagde opschorting toch een later faillissement komen.

Het minnelijk akkoord in de gerechtelijke reorganisatie wordt versterkt, het collectief akkoord wordt vereenvoudigd zonder dat aan de kern van de procedure wordt geraakt. De regulering van de overdracht is ook aangepast met een bijzondere innovatie: de overdracht van overeenkomst.

Ten slotte, de kwijtschelding geldt ook voor de onderneming-natuurlijke persoon wier vermogen volledig te gelde wordt gemaakt.

De bijdrage “**Het nieuwe faillissementsrecht**” omvat de vernieuwende aspecten van de faillissementsregeling. Eerst wordt de (nieuwe) bepaling inzake het doel van de faillissementsprocedure geduid. Vervolgens worden enkele gevolgen van de uitbreiding van het personele toepassingsgebied van het insolventierecht voor het faillissement onderzocht. Daarna worden enkele wijzigingen van procedurele aard toegelicht. Inzake de gevolgen van het faillissement laten zich enkele opmerkelijke innovaties noteren, i.h.b. wat de omvang van de boedel betreft en de (notoire) regeling inzake lopende overeenkomsten. Ook het beheer, de vereffening en de sluiting van het faillissement ondergaan bepaalde veranderingen die niet onvermeld kunnen blijven. De nieuwe wet wijzigt de rechten van schuldeisers op bepaalde punten. Belangrijk zijn hierbij de (gewijzigde) regels inzake aansprakelijkheidsvorderingen, die een plaats krijgen in de nabijheid van de regels inzake het faillissement. Als laatste punt wordt stilgestaan bij de regeling inzake het beroepsverbod. Voor de bespreking van de kwijtschelding, die het stelsel van de verschoonbaarheid vervangt, wordt verwezen naar de specifieke bijdrage van de hand van David Pasteger in dit nummer.

De volgende tekst (**De l’excusabilité à l’effacement: le point sur les mécanismes de fresh start, et de décharge des cautions, dans le Livre XX du Code de droit économique**) gaat in op de bedoeling van de wetgever het tweede-kans-beleid te ondersteunen en komaf te maken met de betwistingen die gerezen waren i.v.m. de verschoonbaarheid die thans wordt afgevoerd.

De maatregelen die de last van een faillissement kunnen milderer zijn in hoofdzaak de volgende: de kwijtschelding van het saldo van de schulden, de uitbreiding van de gunst ervan tot de samenwonenden en dergelijke, en het lot van de borggen.

Kwijtschelding wordt niet onvoorwaardelijk toegekend, maar gebeurt principieel automatisch eens het gevraagd is binnen de termijn, zonder appreciatie van de rechter. Er kan hiertegen worden opgekomen voor het OM of belanghebbenden maar dit zal uiteraard uitzonderlijk zijn en alleen beperkt toegelaten op grond van kennelijk grove fouten begaan voor het faillissement.

De kwijtschelding kan volledig zijn of gedeeltelijk. Vraag is of bepaalde schuldeisers kunnen bevoordeligd worden?

De rechtbank oordeelt over de kwijtschelding op het ogenblik van het sluiten van het faillissement, maar dit kan ook soms zowel vóór het sluiten als ná het sluiten gebeuren.

De kwijtschelding komt ten goede aan de gefailleerde maar ook aan zijn verwanten met de bedoeling dat hierdoor de fresh start bevorderd wordt. Boek XX bevat beperkingen die onder het stelsel van de verschoonbaarheid niet bestonden.

Wat de borggen betreft is het stelsel volkomen gewijzigd. De borggen zullen onder meer voortaan zelf het initiatief moeten nemen om de schorsing te verkrijgen van de vervolgingen.

Bij een reorganisatie geldt eveneens een stelsel van kwijtschelding wanneer zijn onderneming volledig is overgedragen. Dit stelsel is geen automatisme, dus anders dan bij het faillissement. De kwijtschelding speelt in het voordeel van de schuldenaar maar ook van de echtgenoot en dergelijk. De Franse tekst is evenwel onduidelijk m.b.t. de draagwijdte van de kwijtschelding.

Het stelsel van de borgtocht is ook nieuw: de borggen genieten van het akkoord gesloten door de schuldenaar.

De bijdrage “**Les apports du Livre XX à l’insolvabilité transfrontalière**” licht toe wat Boek XX bijbrengt voor de reglementering van de transnationale insolventies. De bepalingen van Boek XX zijn een aanvulling van de Europese verordeningen enerzijds, van het IPR-Wetboek anderzijds. Zij betreffen eensdeels insolventies in het geval de COMI zich in de Europese Unie bevindt, anderdeels in het geval de COMI zich buiten de EU bevindt.

Voor de Europese insolventies hebben de uitvoeringsbepalingen van Boek XX betrekking zowel op de inlichtingen die te verstrekken zijn als op de samenwerking en coördinatie als op de erkenning van procedures in een andere lidstaat geopend.

Voor de niet-Europese insolventies blijven de bepalingen van het IPR-Wetboek gehandhaafd, maar worden de termen aangepast en wordt vooral de samenwerking nu specifiek geregeld. De regeling voor die insolventies is in de mate van het mogelijke gelijkaardig als die welke geldt krachtens de Europese verordening. De regeling betreft de rechten van de schuldeisers, de mogelijke vertegenwoordiging door een advocaat, de bevoegdheid van de buitenlandse curator en ten slotte de samenwerking tussen actoren van de insolventie. Dat laatste aspect is vernieuwend en soepel.

Een laatste bijdrage betreft de **overgangsmaatregelen van Boek XX en het tweesporen beleid inzake de insolventies**.

RÉSUMÉ

Ce numéro de la revue contient un bref aperçu de quelques aspects du Livre XX du Code de droit économique qui entre en vigueur le 1^{er} mai 2018.

Le premier article (**Boek XX WER: een korte duiding**) explique la genèse de la réforme. Le droit de l'insolvabilité a évolué d'un droit disciplinaire pour les commerçants de détail vers un droit visant à mieux régler les marchés de biens et services. Une première étape avait été franchie par la loi dite « juge naturel » (nouveaux art. 573 et 574 C. jud.) qui avait étendu la compétence des tribunaux de commerce. L'étape suivante – qui est encore en cours à l'heure actuelle – était la refonte fondamentale du droit économique dont fait dorénavant partie le droit de l'insolvabilité.

L'entreprise et son importance pour la société prennent une place centrale dans le nouveau droit. Préserver les intérêts des créanciers reste une tâche importante du droit, mais ne constitue plus le paramètre prépondérant.

Afin de réduire les coûts de transaction, le gouvernement a misé sur le traitement électronique intégral des insolvabilités. Ce régime se différencie du système en vigueur depuis quelques mois qui restait hybride et partiel. Les règles de compétence sont également modifiées en profondeur, tant à l'international qu'au national.

Le système de portail est préservé. Parmi les options offertes, la faillite n'est qu'une des options. La restructuration dans la réorganisation et la liquidation de personnes morales à l'instigation des chambres des entreprises en difficulté sont tout aussi importantes. Il y a peu de changements fondamentaux dans les solutions judiciaires, malgré des simplifications ou clarifications importantes (telle la suppression de la procédure sommaire de clôture). Ce qui a par contre changé c'est l'accent mis sur la liberté des conventions et le nouveau contenu de la notion d'ordre public tel qu'appliqué à l'insolvabilité.

Enfin les régimes de responsabilité sont modifiés (ce qui devrait compenser le rôle plus discret du parquet) et le régime des insolvabilités transnationales (européennes et extra-européennes) est rénové et adapté au nouveau règlement n° 2015/848.

La deuxième contribution (« **Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen hoe meer vreugd?** ») est consacrée au champ d'application du Livre XX. L'extension du champ d'application du droit unifié de l'insolvabilité à toutes les entreprises telles qu'elles sont définies actuellement dans le Livre XX et seront définies dans le Livre I du Code de droit économique (après l'approbation du projet de loi 54-2828) est le changement phare de la nouvelle loi. L'extension du champ d'application du droit de l'insolvabilité aux professions libérales, définies avec précision dans le Livre I du code, est une innovation qui s'imposait. L'extension à toutes les personnes morales y compris les associations, est un changement majeur qui bouleverse le droit économique. L'extension aux entités sans personnalité morale mène vers un avenir qui exigera de la créativité.

L'article reprend quelques définitions du Livre XX. Parmi elles relevons la future définition du débiteur qui pourrait bien restreindre le champ d'application du Livre XX en ce qui concerne les entreprises publiques.

Pendant toute une période, les procédures anciennes et celles ouvertes à partir du 1^{er} mai 2018 continueront à exister dans une symbiose pas toujours évidente.

Le troisième article est consacré aux **fonctionnaires de l'insolvabilité**, concept hérité du droit européen (règlement n° 2015/848). Le Livre XX régit à deux exceptions près toutes les personnes qui sont qualifiées dans le règlement de fonctionnaires de l'insolvabilité: le curateur, le juge-délégué, le mandataire judiciaire, le médiateur d'entreprises, le liquidateur et l'administrateur provisoire.

L'article XX.20 contient les règles principales concernant ces personnes mais des arrêtés royaux devront encore être pris notamment concernant la rémunération des curateurs et des mandataires de justice.

L'article commente quelques aspects novateurs concernant le rôle du curateur, du juge-délégué (qualifié erronément par le règlement n° 2015/848 de fonctionnaire de l'insolvabilité), du médiateur d'entreprise (qui n'est pas à proprement parler un fonctionnaire de l'insolvabilité) et du mandataire judiciaire des articles XX.30, XX.31 et XX.32.

Le quatrième article (« **De preprocedurele reorganisatie onder Boek XX: opsporing van ondernemingen in moeilijkheden, voorlopige maatregelen, het buitengerechtelijk minnelijk akkoord en (de exit van) het stil faillissement** ») est consacré à tout ce qui précède les procédures de faillite proprement dites mais est néanmoins lié à ces procédures.

Ce qui importe avant tout c'est qu'en règle, sauf en cas de faillite, le débiteur reste en possession avec comme facteur correcteur qu'un mandataire judiciaire peut être désigné. Ce qui importe également c'est l'importance de solutions conventionnelles, notamment dans le cadre de l'accord amiable hors procédure judiciaire. La « faillite silencieuse » malencontreusement abandonnée en dernière minute, par crainte d'incompatibilité européenne, illustre aussi cette tendance.

La détection des entreprises en difficulté ne connaît que des changements mineurs sauf en ce que les chambres des entreprises en difficulté peuvent renvoyer une société devant le tribunal pour que celui-ci en ordonne la liquidation.

L'accord amiable hors réorganisation judiciaire est le nœud du Livre XX dans l'effort d'assurer un mécanisme pouvant inspirer la confiance des créanciers (l'homologation, la diminution des cas de période suspecte si l'accord échoue).

*« **La procédure de réorganisation judiciaire: something old, something new, something borrowed, something blue** » décrit quelques changements marquants de la procédure de réorganisation judiciaire, dorénavant devenue électronique.*

Le champ d'application de la procédure est bien entendu celui de tout le Livre XX, les procédures de réorganisation et celle de faillite ayant été regroupées et coordonnées. Le Livre XX clarifie certaines notions, controversées en doctrine, et innove partiellement.

Parmi les définitions, celle de la créance sursitaire extraordinaire est adaptée au nouveau droit des sûretés.

Le système de portail et le but de maintenir la continuité de l'entreprise sont maintenus mais pas à n'importe quel prix. Le Livre XX met des limites à la protection résultant pour le débiteur du dépôt de la requête.

La continuation est favorisée par la mesure qui permet aux créanciers d'accorder de nouveaux crédits garantis, sans risques de se voir apposer l'opposabilité de la période suspecte en cas de faillite ultérieure. Dans la L.C.E., le législateur avait prévu des incitants pour les cocontractants du débiteur en réorganisation judiciaire à lui maintenir leur confiance et à les inciter à continuer leurs relations commerciales avec ce dernier en reconnaissant aux dettes contractées post-sursis le caractère de « dettes de masse ». Le législateur a repris ces règles aux articles 57 et 58 C.D.E. mais introduit néanmoins certains changements majeurs qui devraient mettre un terme aux discussions ayant existé sur la portée de ces mesures de protection des créanciers.

L'accord amiable sous réorganisation judiciaire est renforcé. L'accord collectif connaît quelques changements utiles dans la pratique qui ne touchent pas au cœur de la procédure. Quant au transfert, quelques modalités rénovent la procédure, dont notamment, la possibilité de céder des contrats.

L'effacement de la dette est également prévu en faveur de ceux dont tout l'actif a été vendu.

*L'article « **Het nieuwe faillissementsrecht** » commente les aspects nouveaux du droit de la faillite. La procédure de faillite a de nouveaux objectifs. Elle a un champ d'application nouveau. Les règles de procédure ont subi des modifications. Les effets de la faillite sont également en partie nouveaux, notamment quant à la consistance de la masse et quant aux contrats en cours. La gestion et la clôture connaissent également quelques changements remarquables. Les droits des créanciers sont également modifiés sur certains points. Le régime des actions en responsabilité est intégré dans le droit de la faillite tout comme celui des interdictions professionnelles. Quant à l'effacement de la dette, le nouveau régime est décrit dans l'article de David Pasteger dans ce numéro.*

*Le régime de l'effacement fait l'objet de l'article « **De l'excusabilité à l'effacement: le point sur les mécanismes de fresh start, et de décharge des cautions, dans le Livre XX du Code de droit économique** ».*

L'auteur y analyse la suppression du régime de l'excusabilité et son remplacement par celui de l'effacement automatique de la dette et des allègements des conséquences de la faillite pour les proches et les cautions.

L'auteur analyse les conditions de l'effacement et ses limites. La procédure d'effacement est également entièrement neuve et peut se dérouler soit dans la foulée du jugement de clôture immédiate soit à un stade postérieur.

L'effacement peut également être accordé dans le cadre d'une réorganisation par transfert d'entreprise mais là il ne sera plus question d'automatisme.

*L'article « **Les apports du Livre XX à l'insolvabilité transfrontalière** » analyse les apports du Livre XX quant aux insolvabilités transfrontalières. L'apport du Livre XX est différent selon qu'il s'agit d'une insolvabilité « européenne » ou non-européenne. Certains éléments sont réellement novateurs notamment en ce qui concerne la coordination et la coopération entre acteurs de l'insolvabilité. Les changements opérés sont en majeure partie des concrétisations du règlement de l'Union européenne ou des compléments du Code de DIP pour les insolvabilités extra-européennes.*

*Le dernier article concerne le **droit transitoire du Livre XX**, plus complexe qu'il n'apparaît à première vue.*