

vennootschap G.P. Construct waardoor haar continuïteit is bedreigd.

Aan de wettelijke voorwaarden tot het openen van de procedure van gerechtelijke reorganisatie is voldaan (art. XX.39 en XX.45 WER, voorheen art. 16 en 23 WCO), en er is geen reden om het verzoek tot opening te weigeren.

Zo de bedrijfsactiva van appellante zouden dienen verkocht te worden zou dit leiden tot de stopzetting van haar ondernemingsactiviteit.

Artikel XX.39 WER preciseert thans dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie strekt tot het behouden, onder toezicht van de rechter, van de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de *activa* of van de activiteiten van de onderneming.

Aan appellante wordt een termijn van opschorting van één maand toegekend hetgeen volgens de verklaring van haar raadsman ter zitting, moet volstaan.

De zaak wordt voor verdere afhandeling terug naar de eerste rechter verzonden die het verder verloop van de procedure zal bepalen.

3. Beslissing

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Het hof wijzigt het bestreden vonnis.

Het hof verklaart het verzoek van BVBA G.P. Immo tot het openen van een procedure van gerechtelijke reorganisatie met het oog op het bekomen van een collectief akkoord ontvankelijk en gegrond.

Het hof verklaart de procedure van gerechtelijke reorganisatie geopend en kent aan BVBA G.P.. Immo een termijn van opschorting toe van één maand.

Het hof bevestigt voor zover als nodig de aanstelling als gedelegeerd rechter van de heer Marc Taeymans.

Het hof verzendt de zaak terug naar de rechtbank van koophandel Antwerpen, afdeling Antwerpen, voor verdere afhandeling.

Het hof zegt rechtens dat zal gehandeld worden overeenkomstig artikel XX.48 WER (voorheen art. 26 WCO).

Het hof verwijst BVBA G.P. Immo in de kosten van het hoger beroep.

(...)

Noot

Doel van de reorganisatie: behoud van de continuïteit

*Ivan Verougstraete*¹

A. DE FEITEN

1. De BVBA G.P. Immo is een vastgoedbedrijf met als (enige) activiteit het verhuren van een vastgoed aan haar zusterfirma G.P. Construct. Op een niet nader bepaalde datum in september 2017 legde G.P. Immo een verzoekschrift neer tot gerechtelijke reorganisatie bij de rechtbank van koophandel te Antwerpen (thans de ondernemingsrechtbank). De

rechtbank van koophandel te Antwerpen verklaarde het verzoek “onontvankelijk en ongegrond” op 13 oktober 2017. Op 20 oktober 2017 tekende G.P. Immo beroep aan tegen de beslissing van de rechtbank van koophandel. De zaak werd gehoord voor het hof van beroep op 19 april 2018.

B. TOEPASSELIJKE WET

2. Het arrest oordeelt dat volgens artikel 72 de bepalingen van de wet van 11 augustus 2017² van toepassing zijn op

insolventieprocedures geopend vanaf de inwerkingtreding van de wet (*in casu*: 1 mei 2018).

¹ Ere-voorzitter Hof van Cassatie.

² Wet van 11 augustus 2017 houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek XX in het Boek I van het Wetboek van economisch recht (*BS* 11 september 2017, p. 83.100).

Sinds de inwerkingtreding van Boek XX WER is het ogenblik van de opening van een insolventieprocedure uitdrukkelijk omschreven. Artikel I.22, 5° WER definieert het tijdstip waarop een procedure is geopend als *het tijdstip waarop de beslissing tot opening van een insolventieprocedure rechtsgevolgen heeft, onafhankelijk van de vraag of de beslissing nog voor rechtsmiddelen vatbaar is*. De beslissing tot opening van een insolventieprocedure wordt op haar beurt gedefinieerd in artikel I.22, 3° WER als *de beslissing van een rechterlijke instantie tot opening van een insolventieprocedure of tot bevestiging van de opening van een dergelijke procedure*.

De definitie gegeven in artikel I.22 WER kende een voorbijgaand belang in de context van het overgangsrecht. Krachtens artikel 72 van de wet van 11 augustus 2017 zijn de bepalingen van de wet die Boek XX invoert in het WER “toepasselijk op insolventieprocedures geopend vanaf de inwerkingtreding van de wet” (d.i. 1 mei 2018). Dit betekent *a contrario* dat Boek XX WER niet toepasselijk is op hangende procedures. Meteen kreeg de bepaling een inhoud, die vooral dienstig was om na te gaan vanaf welk ogenblik de inwerkingtreding van het volwaardig elektronisch dossier effectief was, maar ook meer algemeen op welke procedures het nieuw recht toepasselijk was.

Op basis van deze definities komt het hof in bovenstaand arrest blijkbaar tot de vaststelling dat de procedure tot gerechtelijke reorganisatie, ingevolge de verwerping van het verzoek door de ondernemingsrechtbank, nog niet is geopend. Hieruit volgt dat op het ogenblik dat het hof te Antwerpen beslist over de opening van de procedure (i.e. ná 1 mei 2018) de nieuwe wet toepasselijk is.

3. De vraag stelt zich of het hof van beroep zich op de definities van artikelen I.22, 3° en 5° WER diende te beroepen om de opening van de insolventieprocedure en het toepasselijk recht te bepalen. De tekst van artikel I.22 WER is immers geïnspireerd door de definitie gegeven in artikel 2 van de insolventieverordening nr. 2015/848:

“7. ‘*beslissing tot opening van een insolventieprocedure*’: i. *de beslissing van een rechter tot opening van een insolventieprocedure of tot bekrachtiging van de opening van een dergelijke procedure, alsmede, ii. de beslissing van een rechter tot aanwijzing van een insolventiefunctionaris*; 8. *tijdstip waarop de procedure is geopend: het tijdstip waarop de beslissing tot opening van een insolventieprocedure*

rechtsgevolgen heeft, onafhankelijk van de vraag of de beslissing definitief is;”

Deze bepalingen zijn zinvol in een Europese context waar het belangrijk is dat de eerst aangevatte procedure voorrang krijgt op procedures die in andere landen zouden zijn opgestart. Echter, voor wat betreft de beoordeling van de opening van de procedure is het Europees recht minder relevant. Zo stelt het Europees recht eveneens dat het begin van een insolventieprocedure wordt gekenmerkt door de aanstelling van een insolventiefunctionaris³. Aangezien bij de opening van een gerechtelijke reorganisatie geen insolventiefunctionaris wordt aangesteld⁴, is ook hier het Europees recht geen goede referentie voor de bepaling van het ogenblik waarop een insolventieprocedure wordt geopend.

4. Bijgevolg zijn de definities van artikel I.22, 3° en 5° WER in het Belgisch recht voor zuiver nationale toestanden niet echt prangend. De vraag naar de prioriteit wanneer twee rechtbanken zouden kunnen bevoegd zijn, wordt specifiek geregeld in artikel XX.12 WER. Voor het overige gelden, voor het definiëren van het openen van de procedure, de algemene regelen van het Gerechtelijk Wetboek. Hieruit volgt dat een verzoekschrift dat voor de rechtbank is neergelegd (of in RegSol is neergelegd) en ingeschreven is op de rol een procedure van reorganisatie opent.

Met de bepaling van artikel 72 heeft de wetgever niet willen afwijken van het gemeenrechtelijk begrip dat een *procedure* bestaat zodra zij aanhangig is gemaakt voor een rechtbank. Oordelen dat een zaak niet bestaat, omdat de rechtbank de rechtsvordering niet ontvankelijk verklaart, is niet bestaanbaar met het begrip rechtsvordering. Bij een hoger beroep tegen een afwijzende beslissing oordeelt de rechter in het kader van een bestaand geding.

5. Het is dus ten onrechte dat het hof te Antwerpen het geschil beoordeelt op grond van de nieuwe bepalingen van het WER. Het bevestigt “voor zoveel als nodig” overigens de aanstelling van een gedelegeerd rechter wat meteen uitwijst dat het hof zich ervan bewust was dat er een procedure hangend was.

Het Antwerpse hof geeft een interessante uitlegging van de nieuwe bepalingen van het WER en die interpretatie verdient enige bespreking, ook al was zij in het concreet geval niet volledig ter zake.

³ Art. 2, 7., ii) verordening (EU) nr. 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2018 betreffende insolventieprocedures (herschikking) (*Pb. L.* 5 juni 2015, afl. 141, 19) (insolventieverordening).

⁴ Voor de toepassing van Boek XX WER is een gedelegeerd rechter geen insolventiefunctionaris.

C. HET DOEL VAN DE REORGANISATIE

6. Ten gronde diende het hof van beroep zich uit te spreken over de bedreiging van de continuïteit van de schuldenaar welke aanleiding moet geven tot een procedure tot gerechtelijke reorganisatie.

Het relevante artikel in deze context is artikel XX.39 WER dat bepaalt:

“De procedure van gerechtelijke reorganisatie strekt tot het behouden, onder toezicht van de rechter, van de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de activa of van de activiteiten van de onderneming.

Zij laat toe aan de schuldenaar een opschorting toe te kennen met het oog op:

- *hetzij het bewerkstelligen van een minnelijk akkoord, overeenkomstig artikel XX.65;*
- *hetzij het verkrijgen van het akkoord van de schuldeisers over een reorganisatieplan, overeenkomstig de artikelen XX.67 tot XX.83;*
- *hetzij de overdracht onder gerechtelijk gezag toe te staan, aan een of meerdere derden, van het geheel of een gedeelte van de activa of de activiteiten, overeenkomstig de artikelen XX.84 tot XX.96.*

Het verzoek mag een eigen doel beogen voor elke activiteit of gedeelte van een activiteit.

De tekst is geïnspireerd door de wet continuïteit ondernemingen (WCO)⁵, maar bevat wel een opmerkelijke wijziging ten aanzien van de tekst van de WCO: in het eerste lid (en ook in het derde gedachtestreepje) is sprake van “het geheel of een gedeelte van de activa of de activiteiten”. De appelrechter onderstreept het woord “activa”, wat toelaat te denken dat in zijn ogen een reorganisatie als uniek doel mag hebben het behoud van een actief element. Dit is anders dan in de voormalige WCO waar de doelstelling van de gerechtelijke reorganisatie werd beperkt tot het behoud “van het geheel of een gedeelte van de onderneming in moeilijkheden of van haar activiteiten”⁶.

7. De reden van de aanpassing van de wettekst lag voor de hand: het begrip onderneming heeft in Boek XX een totaal andere betekenis dan in de WCO. In de WCO gold als onderneming in moeilijkheden een economische entiteit zonder specifieke verwijzing naar een rechtspersoon of een quasi-rechtspersoon. Toen het begrip onderneming in het WER inhoudelijk vervelde tot een juridische entiteit, moest de wetgever op zoek gaan naar een formulering die dezelfde inhoud zou dekken.

De nieuwe definitie wijzigt evenwel niets aan de bedoeling van de wetgever om een ruime omschrijving te geven aan de mogelijke doelstellingen van een reorganisatie⁷. De bedoeling is de vrijwaring van een socio-economische entiteit. Activa en activiteiten zijn twee facetten van een economische entiteit en kunnen niet van elkaar gescheiden worden.

Het louter behoud van een patrimoniaal element zonder dat daar tegenover het behoud van enige zinvolle economische activiteit zou staan, is niet bestaanbaar met het doel een vorm van continuïteit te vrijwaren. Als het enig doel van een verzoek tot reorganisatie hierin bestaat activa te kunnen behouden zonder de druk van de schuldeisers te moeten ondergaan, is er geen sprake van een behoud van de onderneming.

De parlementaire voorbereiding van de WCO had het doel van de wetgeving nader gepreciseerd. “*‘De continuïteit van de onderneming behouden’ verwijst naar het behoud van 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. De onderneming wordt onderscheiden van de juridische folie daarover, te weten de vennootschap of de natuurlijke persoon die de economische activiteit uitoefent. ‘De activiteiten behouden’ verwijst naar de economische activiteit die gedeeltelijk losstaat van het medium ervan. De formulering is heel ruim bedoeld, teneinde te voorkomen dat de wil van de wetgever wordt vertekend door interpretaties: het is duidelijk de bedoeling ervoor te zorgen dat problemen van structurele of toevallige aard in toereikende economische omstandigheden kunnen worden opgelost.*”⁸.

Boek XX heeft hieraan geen wijziging gebracht.

8. Hiermede rijst de vraag naar de gepaste behandeling van twee vennootschappen, die met elkaar verbonden zijn, waarvan de onderneming met de activa economische moeilijkheden ondervindt, terwijl de onderneming met de operationele activiteit haar activiteiten verderzet. Het is denkbaar dat de onderneming in moeilijkheden een reorganisatie aanvraagt, terwijl de andere onderneming ononderbroken haar activiteiten verderzet, zonder specifiek rechterlijk toezicht.

De rechter zal in de regel eerst de toestand van de onderneming die van een cluster van ondernemingen deel uitmaakt, als een zelfstandige entiteit onderzoeken⁹. Het zou echter onverantwoord zijn – en economisch irrationeel – geen rekening te houden met de globale toestand van een groep, zeker wanneer de activiteiten van de afzonderlijke entiteiten elkaar

⁵ Wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen (BS 9 februari 2009, p. 8.436) (WCO).

⁶ Art. 16 WCO.

⁷ *Doc.parl.* Ch. repr. 2007-08, n° 0160/002, p. 54.

⁸ *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 160/2, p. 54.

⁹ Zie hierover Y. BRULARD, “Communication et coopération intragroupe” in *L’insolvabilité nationale, européenne et internationale*, deel A, Anthemis, 2017, p. 354.

aanvullen en bestemd zijn om op elkaar te worden afgestemd.

9. Het komt meer voor dat economische activiteiten van een onderneming gespreid worden over meerdere vennootschappen, al dan niet in een formeel groepsverband. De besproken casus biedt hiervan een klassiek voorbeeld: het onroerend patrimonium wordt geplaatst in één vennootschap, de operationele activiteiten landen in een andere vennootschap. Er kunnen meerdere redenen zijn voor een opsplitsing van een economische entiteit. Een vastgoedvennootschap kan een vestiging krijgen in een gewest met een lage onroerende fiscaliteit, terwijl de operationele tak elders is gevestigd. Het kan ook operationeel zinvol zijn activiteiten te splitsen. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de vastgoedvennootschap als financiële hefboom wordt gebruikt voor een groep. Octrooirechten vestigen in een ander land dan een productie-eenheid kan strategisch belangrijk zijn. Ten slotte kan het ook de bedoeling zijn te ontsnappen aan dwingende regels van sociaal recht bestemd voor grote bedrijven.

Wanneer een dergelijke structuur onder druk komt te staan en een of meerdere componenten een reorganisatie of vereffening ondergaan, kan het een groot verschil uitmaken voor de schuldeisers als elke component los van de andere apart wordt behandeld, dan wel de componenten in een geheel worden ingebracht. Die laatste holistische benadering kan een win-win zijn als een meerwaarde ontstaat door de componenten samen te behandelen, maar kan ook een verlies inhouden voor de schuldeisers van de meest vermogende component. Zij kan ook, beschouwd vanuit het algemene belang, zinvol zijn door bijvoorbeeld een maximale tewerkstelling te behouden.

Het vennootschapsbelang hanteren als parameter voor een al dan niet holistische benadering is niet doorslaggevend. Het

direct vennootschapsbelang van de noodlijdende entiteit kan erin bestaan haar toestand af te wikkelen in groepsverband, omdat de afwikkeling betere vooruitzichten biedt. Het kan even goed hierin bestaan dat helemaal geen rekening wordt gehouden met andere leden van de groep.

10. Boek XX geeft geen pasklare oplossing voor de vraag of bij een aanvraag tot reorganisatie, de toestand van de verzoekende entiteit moet of mag worden beoordeeld rekening houdend met de economische toestand van andere vennootschappen van de groep. De insolventieverordening nr. 2015/848 is overigens evenmin duidelijk op dat vlak.

Nochtans kan uit het doel zelf van de reorganisatieprocedure afgeleid worden dat het behoud van een economische activiteit centraal staat. Als dit vereist dat de toestand van een zusterbedrijf mee betrokken wordt in de beoordeling van de nodige maatregelen, kan de rechter hiertoe overgaan ook al worden de belangen van bepaalde categorieën schuldeisers hierdoor geschaad.

Bij een reorganisatie is de aanpak anders dan bij een faillissement. Wanneer twee zusterondernemingen ophouden te betalen en beiden failliet worden verklaard, is het de beslissing of de afwikkelingen “separaat of gezamenlijk” gedaan worden vaak het gevolg van een eenvoudige keuze voor de efficiëntste methode van afwikkeling. Bij een reorganisatie spelen andere factoren een rol, zoals het belang van de gemeenschap, van de tewerkstelling. Dit zal vaak leiden tot een meer globale aanpak.

Echter, er zijn grenzen. Betrekken houdt niet in dat de aparte juridische entiteiten geconsolideerd worden als één geheel¹⁰. Zachtere technieken zijn mogelijk, zoals samenwerking, of de behandeling door één ondernemingsrechtbank. Een echte consolidatie miskent de rechtspersoonlijkheid¹¹.

D. DE BESLISSING

11. De rechter die een reorganisatie toestaat, moet steeds de belangen afwegen van de debiteur ten aanzien van die van de schuldeisers en, binnen de grenzen van de redelijkheid, ten aanzien van het algemene belang. De opofferingen opgelegd aan of gevraagd aan de schuldeisers, moeten evenredig zijn met de baten die hierdoor ten goede komen van de gemeenschap of van de schuldeisers. Een marginale toetsing volstaat.

Indien een onderneming deel uitmaakt van een groep kan de rechter, in de mate van het mogelijke, rekening houden met

de impact van de reorganisatie op de andere groepsleden. Echter, *in casu* lijkt het arrest uitsluitend zijn beoordeling te gronden op de toestand van de verzoeker. Het baseert zich hiervoor op twee sporen.

Vooreerst beklemtoont het arrest letterlijk artikel XX.39 WER het woord “activa” door het in de tekst van het arrest te onderstrepen. Nochtans is het louter behoud van activa¹² geen reden om een reorganisatie aan te vragen, als hiermede niet wordt beoogd een economische activiteit te behouden.

¹⁰. Zie hierover Y. BRULARD, “Coordination et coopération intragroupe” in *L’insolvabilité nationale, européenne et internationale*, Anthemis, 2017, 354. Voor een dergelijke techniek van consolidatie, zie de Amerikaanse “substantive consolidation”: A. BRASHER, Substantive Consolidation: A Critical Examination, www.law.harvard.edu/programs/corp_gov/papers/Brudney2006_Brasher.pdf.

¹¹. G. MC.CORMACK, “Time to Revise the European Insolvency regulation” in B. WESSELS en P.J. OMAR, *The European insolvency regulation: an update*, INSOL Europe, 2010, p. 82.

¹². Tenzij “activa” wordt gelezen als een geheel van materiële en immateriële elementen, knowhow.

Het arrest geeft een bijkomende reden aan om de procedure te openen. Het onderstreept dat de gedwongen verkoop van het onroerend goed de stopzetting zou betekenen van de activiteit van de verzoekster. Het arrest geeft niet nader aan welke activiteit *in casu* voorhanden was. Het louter feit een onroerend goed te bezitten, is nog geen activiteit.

12. Beter ware het geweest indien het hof, in zoverre het algemene belang – een economische activiteit handhaven –

een rol speelt, de gevolgen van een gedwongen verkoop van het onroerend goed behorend aan de schuldenaar op de activiteit van de zustervenootschap, had onderzocht. Het arrest betreft evenwel op geen enkel ogenblik de gevolgen van de gedwongen verkoop op de activiteit van de zustervenootschap. Dit zou nochtans een relevante factor geweest zijn, omdat de activiteiten van beide vennootschappen verstrengeld waren en dus dat het gevraagde moratorium de continuïteit van de cluster kon verantwoorden.

CONCLUSIE

13. De rechter zal in de regel eerst de toestand van de onderneming als een zelfstandige entiteit onderzoeken¹³. Het zou echter onverantwoord zijn – en economisch irrationeel – geen rekening te houden met de globale toestand van een

groep, zeker wanneer de activiteiten elkaar noodzakelijk aanvullen en bestemd zijn om op elkaar te worden afgestemd.

¹³. Zie hierover Y. BRULARD, “Communication et coopération intragroupe” in *L’insolvabilité nationale, européenne et internationale*, deel A, Anthemis, 2017, p. 354.