

## **I. Inleiding**

De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen (B.S. 9 februari 2009, hierna "WCO") hertekent de regels die van toepassing waren op het gerechtelijk akkoord en heft de wet van 17 juli 1997 op het gerechtelijk akkoord integraal op. Dit was volgens de wetgever noodzakelijk aangezien de wet op het gerechtelijk akkoord voor een groot deel haar doel heeft gemist: daar waar voor ondernemingen in moeilijkheden het gerechtelijk akkoord de regel had moeten worden, moest worden vastgesteld dat die ondernemingen slechts uitzonderlijk van een gerechtelijk akkoord konden genieten.

De WCO heeft tot doel de duurzame ontwikkeling en de gezondmaking van de onderneming te kunnen benaarstigen. De WCO versoepelt de toekenningvoorwaarden van een reorganisatieprocedure en verruimt de waaier aan instrumenten waarop een onderneming in moeilijkheden een beroep kan doen om aan haar problemen het hoofd te bieden. Drie nieuwe actoren worden in het leven geroepen: de ondernemingsbemiddelaar, de gerechtsmandataris en een gedelegeerde rechter. De figuur van de commissaris inzake opschorting verdwijnt.

Het opzet van deze bijdrage is om een algemeen inzicht in deze nieuwe wet te verschaffen. Hiervoor zal vooreerst het toepassingsgebied van de nieuwe wet worden toegelicht, waarna de vereenvoudigde procedureregels aan bod zullen komen. Vervolgens zal de buitengerechtelijke reorganisatie van een onderneming in moeilijkheden nader worden onderzocht. Tenslotte zal ook gerechtelijke reorganisatie van ondernemingen in moeilijkheden worden geanalyseerd.

## **II. Toepassingsgebied**

De nieuwe wet is, overeenkomstig artikel 3 WCO, van toepassing op kooplieden zoals omschreven in artikel 1 van het Wetboek van koophandel, de landbouwvennootschap bedoeld in artikel 2, §3 van het Wetboek van vennootschappen en de burgerlijke vennootschappen met handelsvorm bedoeld in artikel 3, § 4.

De vrije beroepen die worden uitgeoefend onder de vorm van een burgerlijke vennootschap vallen, overeenkomstig artikel 4 WCO, buiten het toepassingsgebied van de wet. Het was oorspronkelijk de bedoeling om ook de vrije beroepen uitgeoefend onder de vorm van een burgerlijke vennootschap onder het toepassingsgebied van de wet te laten vallen. De Orde van Vlaamse Balies werd hieromtrent geraadpleegd en heeft zich in een uitvoerige nota<sup>2</sup> tegen de uitbreiding van het toepassingsgebied van de WCO tot de vrije beroepen gekant. De Orde van Vlaamse Balies heeft benadrukt dat zowel de vertrouwensrelatie die de verhouding tussen de advocaat en zijn cliënt kenmerkt als het *intuitu personae* karakter van deze verhouding zich tegen een dergelijke uitbreiding verzetten. Verder zou een dergelijke uitbreiding ook het beroepsgeheim van de advocaat in het gedrang brengen.

De wetgever heeft duidelijk gehoor gegeven aan de argumenten van de Orde van Vlaamse Balies en het ontwerp op dit punt bijgesteld. Concreet betekent dit dat de advocatenkantoren die de vorm

<sup>1</sup> De datum van de inwerkingtreding van deze wet is tot op heden nog niet gekend.

<sup>2</sup> 24 april 2008

van een burgerlijke vennootschap met handelsvorm hebben aangenomen, niet onder het toepassingsgebied van de WCO vallen.

### **III. Specifieke procedureregels**

De WCO schrijft specifieke procedureregels voor.

Zo wordt in artikel 5 WCO bepaald dat de beslissingen van de rechtbank uitvoerbaar zijn bij voorraad. Tegen deze beslissingen van de rechtbank kunnen wel de gewone rechtsmiddelen (verzet en hoger beroep) worden aangewend. De termijn waarbinnen deze rechtsmiddelen kunnen worden aangewend is afhankelijk van de verplichtingen om beslissingen bekend te maken in het Belgisch Staatsblad. Indien een dergelijke verplichting bestaat, dan schrijft de nieuwe wet voor dat de termijnen beginnen te lopen vanaf de dag van de bekendmaking. De termijn waarbinnen een rechtsmiddel wordt aangewend kan evenwel niet worden verlengd. De artikelen 50, tweede lid, 55 en 56 van het Gerechtelijk Wetboek worden dus niet toegepast.

Elke belanghebbende kan tussenkomen in de voor de rechtbank hangende procedure, overeenkomstig de artikelen 812 tot 814 van het Gerechtelijk Wetboek. 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, om iets te vorderen of om middelen naar voor te brengen, door dit feit niet de hoedanigheid van procespartij (art. 5, lid 5 en art. 6 WCO).

In afwijking van de regels betreffende het eenzijdig verzoekschrift zoals voorgeschreven in de artikelen 1025, 1026, 1027 en 1029 van Gerechtelijk Wetboek, kunnen de verzoekschriften door de schuldenaar alleen of door zijn advocaat worden ondertekend.

De kennisgevingen gebeuren bij gerechtsbrief, tenzij de wet een bekendmaking in het Belgisch Staatsblad voorschrijft. In het laatste geval geldt de bekendmaking als kennisgeving (art. 6 WCO).

### **IV. Buitengerechtelijke reorganisatie van ondernemingen in moeilijkheden**

#### **a. De gegevensinzameling**

De WCO schrijft voor dat de griffie van de rechtbank van het arrondissement waarin de schuldenaar zijn hoofdinzameling of de vennootschap haar zetel heeft, gegevens en inlichtingen betreffende de schuldenaar in moeilijkheden verzamelt en overmaakt aan de rechtbank van koophandel (art. 8, lid 1 WCO).

Nieuw is dat de gegevensverzameling door de griffies ook de vonnissen waarbij een handelshuur wordt ontbonden ten laste van de huurder, een hernieuwing wordt geweigerd of het beheer van een handelszaak wordt beëindigd (art. 10, lid 2 WCO).

De procureur des Konings en de betrokken schuldenaar kunnen op elk ogenblik en zonder verplaatsing kennis nemen van de gegevens die door de griffie werden verzameld.

De schuldenaar heeft het recht, bij verzoekschrift gericht aan de rechtbank van koophandel, de rechtzetting te krijgen van de gegevens die op hem betrekking hebben (art. 8, lid 2 WCO).

## **b. De kamer voor handelsonderzoek**

De opdrachten van de kamers voor handelsonderzoek worden door de nieuwe wet enigszins verruimd en positiever geformuleerd namelijk “... *de continuïteit van de onderneming en haar activiteiten bewerkstelligen en de bescherming van de rechten van de schuldeisers verzekeren...*”.

De kamers voor handelsonderzoek volgen de toestand van de schuldenaren in moeilijkheden op. Het onderzoek wordt in de kamer voor handelsonderzoek verricht ofwel door een rechter in de rechtbank ofwel door een rechter in handelszaken (art. 12, §1).

Indien de rechter van oordeel is dat de continuïteit van een onderneming is bedreigd, kan hij verschillende maatregelen nemen. Vooreerst kan hij de schuldenaar zelf horen over de stand van zaken en over een eventuele reorganisatie. De rechter kan bovendien elk andere persoon horen, zelfs in afwezigheid van de schuldenaar. Tenslotte kan de kamer voor handelsonderzoek ook een *ondernemingsbemiddelaar* aanstellen (zie *infra*).

De procureur des Konings en de schuldenaar kunnen mededeling krijgen van alle gegevens die door de kamer van handelsonderzoek worden verzameld. Op het einde van het onderzoek maakt de rechter een verslag op (art. 12, §4). Indien de rechter van oordeel is dat de schuldenaar zich in staat van faillissement bevindt of sinds drie boekjaren geen jaarrekening heeft ingediend, kan het dossier worden overgemaakt aan de procureur des Konings (art. 12, §5).

Teneinde de objectiviteit te waarborgen wordt in art. 12,§6 WCO bepaald dat de leden die met het onderzoek waren belast, geen deel meer kunnen uitmaken van de rechtspleging inzake het faillissement, de gerechtelijke reorganisatie of de gerechtelijke vereffening die op deze schuldenaar betrekking zou hebben.

## **c. Bewarende maatregelen**

### *1. De ondernemingsbemiddelaar*

Een belangrijke nieuwe actor in de WCO is de ondernemingsbemiddelaar. De ondernemingsbemiddelaar wordt op verzoek van de onderneming/schuldenaar door de voorzitter van de rechtbank of de kamer voor handelsonderzoek van de rechtbank van koophandel aangesteld. Hij is een onafhankelijke expert, economisch of juridisch geschoold, met als opdracht de moeilijkheden te analyseren, confidentieel te onderhandelen met een selectie van de voornaamste belanghebbenden en, in voorkomend geval, te rapporteren aan de opdrachtgevende rechtbank (art.13, lid 1 en 2 WCO). Hieruit kan worden afgeleid dat de aanstelling van de ondernemingsbemiddelaar voor of tijdens de procedure van gerechtelijke reorganisatie kan gebeuren.

Het verzoek tot aanwijzing van een bemiddelaar is aan geen vormvoorschriften onderworpen en kan zelfs mondeling worden gedaan (art. 13, lid 3).

De rechter bepaalt de opdracht van deze bemiddelaar binnen de perken van het verzoek van de schuldenaar. De opdracht van de ondernemingsbemiddelaar neemt een einde wanneer de schuldenaar of de bemiddelaar hieraan zelf een einde wil stellen, zelfs zonder opgave van redenen (art. 13, lid 5). Belangrijk is dat de ondernemingsbemiddelaar niet noodzakelijk een bemiddelaar in de zin van art. 1724 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek moet zijn.

Omdat de ondernemingsbemiddelaar door de rechtbank wordt aangesteld, gaat zijn tussenkomst met autoriteit gepaard.

Bovendien staat de ondernemingsbemiddelaar ook garant voor neutraliteit want hij is niet de (bestaande) raadsman of adviseur van de onderneming in moeilijkheden en hij kan onjuiste of onbetrouwbare informatie, in het bezit van de onderhandelingspartijen of de kamer voor handelonderzoek, corrigeren.

Daarnaast waarborgt de ondernemingsbemiddelaar ook confidentialiteit, in die zin dat zijn aanstelling gebeurt in het kader van de -eveneens confidentiële- activiteit van de kamer voor handelonderzoek of door de voorzitter. Het aanstellingsmandaat wordt ook niet bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad. Een eventuele miskennis van confidentialiteit kan in bepaalde gevallen leiden tot de beroepsaansprakelijkheid van de ondernemingsbemiddelaar.

De ondernemingsbemiddelaar heeft bovendien ook geen vertegenwoordigingsbevoegdheid, in die zin dat hij niet het bestuur of de controle van de onderneming overneemt.

Tenslotte wordt de figuur van de ondernemingsbemiddelaar ook gekenmerkt door flexibiliteit. Zijn aanstelling gebeurt in akkoord tussen de onderneming/schuldenaar en de voorzitter van de rechtbank of de kamer voor handelonderzoeken. Zijn opdracht, zijn profiel en zelfs de persoon van de ondernemingsbemiddelaar kan vrij worden bepaald en aangepast aan de specifieke situatie. Ook de duur van zijn mandaat is vrij te bepalen.

## 2. *De gerechtsmandataris*

Een tweede belangrijke figuur die wordt gecreëerd door de WCO is de gerechtsmandataris. De gerechtsmandataris kan door de voorzitter van de rechtbank aangesteld worden op verzoek van belanghebbende derden die oordelen dat de continuïteit van de onderneming ernstig wordt bedreigd door de kennelijke grove tekortkomingen van de schuldenaar (art. 14 WCO en 27, §2 WCO). Maar daarnaast kan ook de schuldenaar zelf om de aanstelling van een gerechtsmandataris verzoeken (art. 27, §1 WCO).

### **d. Het minnelijk akkoord**

In het kader van de buitengerechtelijke reorganisatie kan de schuldenaar aan één of meerdere schuldeisers een minnelijk akkoord voorstellen (art. 15, lid 1 WCO). De partijen bepalen vrij de inhoud van dit akkoord, dat derden niet bindt (art. 15, lid 2 WCO). Een minnelijk akkoord mag alleen worden gesloten met het oog op de gezondmaking van de financiële toestand of de reorganisatie van de onderneming. Enkel in dat geval zullen het akkoord en de betalingen tegenstelbaar zijn aan de boedel van de schuldeisers. Met deze bepaling wordt het principe dat de betalingen die in de verdachte periode worden gedaan niet tegenstelbaar zijn aan de andere schuldeisers, in deze context buiten werking gesteld. Het effect van de verdachte periode wordt uitgesloten ten aanzien van de handelingen bedoeld in de artikelen 17,2° en 18 van de Faillissementswet (art. 15, lid 2 WCO).

Concreet houdt dit in dat om toepassing te kunnen maken van art. 15, lid 2 WCO aan drie voorwaarden moet voldaan zijn:

- er moet een akkoord zijn met minstens 2 schuldeisers;
- het minnelijk akkoord moet vermelden dat het gesloten is met het oog op de gezondmaking van de financiële toestand van de onderneming of de reorganisatie van de onderneming;
- dit akkoord moet ingeschreven worden in de registers bij de rechtbank van koophandel.

## **V. Gerechtelijke reorganisatie van ondernemingen in moeilijkheden**

### **a. Algemeen**

De procedure van de gerechtelijke organisatie strekt tot het behouden, onder toezicht van de rechter, van de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de onderneming in moeilijkheden of van haar activiteiten (art. 16 WCO). Een zelfs toekomstige bedreiging van de continuïteit volstaat, de staat van faillissement is geen reden tot afwijzing (art. 23, lid 5 WCO).

De toegang tot de procedure verleent aan de schuldenaar een moratorium met het oog op:

- hetzij het bewerkstelligen van een minnelijk akkoord;
- hetzij het verkrijgen van een collectief akkoord, d.w.z. het akkoord met de schuldeisers met een reorganisatieplan;
- hetzij de overdracht onder gerechtelijk gezag van het geheel of een gedeelte van de onderneming of haar activiteiten.

### **b. Inleiding van de procedure**

De schuldenaar blijft aan het hoofd van de onderneming (tenzij bij overdracht onder gerechtelijk gezag). De procedure van de gerechtelijke reorganisatie wordt geopend bij verzoekschrift, ondertekend door de schuldenaar of diens advocaat (art. 17 WCO).

Onmiddellijk na de neerlegging van het verzoekschrift wordt door de rechtbank een gedelegeerde rechter aangeduid (art. 18 WCO). De gedelegeerde rechter kan een rechter in de rechtbank zijn, of een rechter in handelszaken. De rechtbank doet uitspraak over het verzoekschrift binnen de tien dagen na het verslag te hebben gehoord van de aangestelde gedelegeerde rechter. De gedelegeerde rechter dient het verloop van de procedure op te volgen en waakt over de naleving van de wet door de rechtbank. Hij dient ook de rechtbank op de hoogte te houden van de evolutie van de toestand van de schuldenaar (art. 19 WCO).

Tot de rechtbank uitspraak heeft gedaan over het verzoekschrift kan de schuldenaar niet failliet worden verklaard en ook niet, indien de schuldenaar een vennootschap is, gerechtelijk worden ontbonden. Bovendien worden alle middelen van tenuitvoerlegging opgeschort (art. 22).

### **c. Gevolgen van de beslissing tot reorganisatie**

De opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie brengt een opschorting van betaling met zich mee voor een welbepaalde periode (maximaal 6 maanden) (art. 24,§2). Gedurende deze periode mag geen beslag worden gelegd of voortgezet.

Het moratorium staat de vrijwillige betaling van de schuldvorderingen niet in de weg en deze betalingen kunnen evenmin in het gedrang komen in een eventueel later faillissement. Ook een rechtstreekse vordering blijft mogelijk. Wettelijke schuldvergelijking blijft mogelijk indien het gaat om samenhangende vorderingen. Niettegenstaande enige andersluidende contractuele bepaling maakt de aanvraag of toekenning van een gerechtelijke reorganisatie geen einde aan de lopende overeenkomsten. De wanprestatie van de schuldenaar maakt geen grond uit voor de beëindiging van de overeenkomst in zoverre de schuldenaar deze wanprestatie ongedaan maakt binnen een termijn van 15 dagen na hiervoor in gebreke te zijn gesteld door de schuldeisers. Het onderscheid tussen oude en nieuwe schulden blijft behouden (art. 36 WCO). Nieuwe schulden

m.b.t. prestaties tijdens de procedure gelden als boedelschulden in een later faillissement of een latere vereffening.

In elk geval kan de schuldenaar, op elk ogenblik tijdens de opschorting aan de rechtbank vragen om de procedure bij te sturen (art. 39 WCO). Zo kan hij wanneer de procedure werd aangevraagd om een minnelijk akkoord te verkrijgen en dit niet haalbaar blijkt, vragen dat de procedure wordt voortgezet met het oog op een reorganisatieplan of een overdracht van de onderneming onder gerechtelijk gezag. In geval van een voortijdige beëindiging van de opschorting kan de rechtbank in hetzelfde vonnis het faillissement van de schuldenaar uitspreken of, indien de schuldenaar een vennootschap is, de gerechtelijke ontbinding uitspreken.

**d. Mogelijke instrumenten**

*1. Minnelijk akkoord (art. 43 WCO)*

Een eerste mogelijke optie bestaat erin om onder gerechtelijke supervisie en onder bescherming van het moratorium te onderhandelen over een minnelijk akkoord (art. 43 WCO). Dit akkoord kan worden gesloten met alle schuldeisers of met twee of meer onder hen. Het akkoord bindt enkel de partijen. Betalingen of andere handelingen in uitvoering van het akkoord kunnen niet worden aangevochten in een later faillissement. Het effect van de verdachte periode wordt uitgesloten ten aanzien van de handelingen bedoeld in de artikelen 17,2° en 18 van de Faillissementswet (art. 43, lid 6 WCO).

*2. Collectief akkoord (art. 44-58 WCO)*

De reorganisatie kan ook door middel van een collectief akkoord worden benaarstigd (art. 44 WCO).

Deze akkoordprocedure bestaat uit twee fases: die van de opschorting en die van de uitvoering.

De fase van de opschorting is de periode tijdens dewelke de schuldenaar probeert een oplossing voor zijn problemen te vinden en hij een reorganisatieplan opmaakt (art. 48 WCO).

Tijdens de tweede fase wordt het plan dan uitgevoerd waarbij de uitvoeringstermijn niet langer dan vijf jaar mag zijn, te rekenen vanaf de homologatie (art. 52 WCO).

Het reorganisatieplan wordt geacht goedgekeurd te zijn door de schuldeisers wanneer de meerderheid van hen, die met hun onbetwiste of provisioneel aanvaarde schuldvorderingen de helft van alle in hoofdsom verschuldigde bedragen vertegenwoordigen, voor het plan stemmen (art. 54 WCO).

Met de schuldeisers die niet aan de stemming deelnamen en hun schuldvorderingen wordt geen rekening gehouden bij de berekening van de meerderheden. De homologatie van het reorganisatieplan maakt het bindend voor alle schuldeisers.

Indien de debiteur het plan niet nakomt, kan iedere schuldeiser bij dagvaarding, de intrekking van het reorganisatieplan vorderen (art. 58 WCO).

### 3. *Overdracht van de onderneming onder gerechtelijk gezag (art. 59-70 WCO)*

Een derde mogelijkheid is de “overdracht van de onderneming onder gerechtelijk gezag”. Dit impliceert dat in de loop van de gerechtelijke reorganisatie een gerechtsmandataris wordt aangesteld die instaat voor de overdracht van de onderneming onder gerechtelijk gezag. De wet onderscheidt twee soorten overdracht: de vrijwillige overdracht en de gedwongen overdracht.

De overdracht kan worden gevraagd door de debiteur zelf in het verzoekschrift of in een latere fase van de procedure (vrijwillige overdracht, art. 59, §1 en art. 39). Zij kan ook worden gevorderd door het Openbaar Ministerie, een schuldeiser of een belanghebbende potentiële overnemer (gedwongen overdracht, art. 59, § 2 WCO). Het toezicht op de overdracht gebeurt door een gedelegeerde rechter.

Een belangrijke innovatie is de oplossing die wordt gegeven aan de sociaalrechtelijke gevolgen van een dergelijke overdracht. Het principe van de continuïteit van de arbeidsovereenkomst wordt gehandhaafd, maar flexibiliteit wordt mogelijk gemaakt door middel van collectieve onderhandelingen (art. 61 WCO).

In artikel 61, § 1 WCO wordt bepaald dat bij een overdracht in principe alle werknemers worden overgenomen, met behoud van anciënniteit en zonder bijkomende proefbedingen (Hoofdstuk 2 CAO 32 bis). Evenwel worden in artikel 60, § 2 WCO uitzonderingen op voormelde principes gemaakt (vrije keuze van de overnemer, wel proefbeding, heronderhandeling van de ondernemings- CAO's en geen overdracht van de schulden naar de overnemer- Hoofdstuk 3 CAO 32bis).

In artikel 60, §3 WCO wordt tenslotte bepaald dat er geen overdracht is van de verplichtingen en vorderingen in geval de overdracht wordt gevraagd door een belanghebbende derde of het Openbaar Ministerie.

## **VI. Besluit**

De WCO vertrekt van de idee dat ondernemingen met liquiditeitsproblemen van een beperkt uitstel van betaling moeten kunnen genieten terwijl het beheer van de onderneming in handen van de schuldenaar blijft.

Deze wet innoveert in die zin dat een onderneming van bij het begin van haar moeilijkheden diverse mogelijkheden heeft om zich te redden. Immers, in een preprocedurele fase kan de schuldenaar trachten een minnelijk akkoord te sluiten, kan hij een beroep doen op een ondernemingsbemiddelaar of rekenen op de informatie verstrekt door de kamer van handelonderzoeken.

Indien er geen herstel mogelijk is, zal de schuldenaar een verzoekschrift kunnen indienen bij de rechtbank waardoor de procedurele fase wordt opgestart en onmiddellijk een gedelegeerde rechter wordt aangesteld. In deze fase staat de schuldenaar niet langer voor de tweeledige keuze tussen gerechtelijk akkoord en faillissement, maar beschikt hij over veel meer instrumenten om zijn onderneming te redden (gerechtelijke reorganisatie door een minnelijk akkoord, door een collectief akkoord of door een overdracht onder gerechtelijk gezag) onder de bescherming van de opschorting. Bovendien blijft het mogelijk om hangende de procedure van de ene naar de andere mogelijkheid over te stappen.

De grote flexibiliteit die aan de schuldenaar wordt gegeven moet de kans op de gezondmaking van een onderneming vergroten en moet het aantal faillissementen op termijn terugdringen. Het is duidelijk dat hierbij de rol van de ondernemingsbemiddelaar cruciaal is.

Filiz Korkmazer

26 maart 2009