

Overdracht van een bedrijfstak of algemeenheid en/in gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag

Joost van Riel

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. B. Allemeersch

1. INLEIDING

Het aantal faillissementen is de voorbije vijftig jaar zienderogen gestegen.¹ Zo werden er in het afgelopen jaar 2010 maar liefst 9570 faillissementen genoteerd.² Om dit aantal terug te dringen, en de persoonlijke drama's die ermee gepaard gaan te vermijden, is in België sinds 1 april 2009 de wet op de continuïteit van ondernemingen van kracht.³ De wet moest een verbetering vormen op haar voorganger, de wet op het gerechtelijk akkoord van 1998.⁴ In de eerste twintig maanden van haar bestaan bleek de wet in het aantal aangevatte procedures alvast een groter succes. Er werden 1759 opschortingen uitgesproken, wat meer is dan het aantal procedures die werden aangevat tijdens het elfjarig bestaan van de WGA.⁵

Het koninginnenstuk van deze wet is de mogelijkheid van overdracht van de onderneming onder gerechtelijk gezag.⁶ Het opzet daarvan is de impact van economische problemen bij een onderneming te beperken door de rendabele

¹ Op grond van cijfers van A. ZENNER, « La procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice » in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises – De wet op de continuïteit van ondernemingen*, Antwerpen, Intersentia 2010, 115.

² Cijfers van 26 januari 2011 volgens FOD financiën: <http://statbel.fgov.be/nl/statistieken/webinterface/index.jsp?loadDefaultId=114&IDBr=tc:325-22372-4>.

³ Wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, *BS* 9 februari 2009, 8.436 (*hierna WCO*); Amendement nr. 1 van de regering, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 52 0160/002, 39.

⁴ Wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijke akkoord, *BS* 28 oktober 1997, 28.550 (*hierna WGA*).

⁵ Uiteraard moet er hier rekening gehouden worden met het feit dat een aantal ondernemingen na een eerder beroep op de procedure van de WGA een nieuwe procedure probeerden onder de WCO om een faillissement uit te stellen. Zo waren 43 bedrijven al eerder failliet verklaard en waren er 68 al in een andere insolventieprocedure verwickeld. Voor meer uitgebreide statistieken kan hier worden verwezen naar: E. VAN DEN BROELE, *Gerechtelijke Reorganisatie – Studie 16.12.2010*, Berchem, Graydon Belgium, www.graydon.be.

⁶ Titel 4, Hoofdstuk 4 van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen.

delen van de onderneming over te dragen. De methode die de wetgever daarbij voor ogen had was een overdracht *in going concern*.⁷ Tegelijkertijd werd de overdracht echter uitdrukkelijk voorgesteld als een alternatief voor het faillissement.⁸

Deze ambiguïteit zal een probleem blijken te zijn op het vlak van de rechten van werknemers. De mogelijkheid van overdracht bestond immers ook al onder het regime van de WGA, maar bleek daar geen succes door de uitgebreide werknemersrechten in de overdracht, waarvan slechts kan worden afgeweken in een “*faillissementsprocedure of soortgelijke procedure*”.⁹ Aangezien het succes van de overdracht onder gerechtelijk gezag in grote mate zal afhangen van de mogelijkheid de rechten van de werknemers te beperken, zal hieraan bijzonder aandacht worden verleend.

Verder wordt in deze studie gekeken naar andere aspecten van de overdracht onder gerechtelijk gezag, zoals de beslissingsbevoegdheid van de verschillende actoren in de procedure van gerechtelijke reorganisatie en de gevolgen ervan voor de overdrager. Om verder te gaan dan een loutere analyse van de nieuwe wetgeving, die overigens nog in grote mate zal moeten worden ingevuld door de rechtspraak en rechtsleer, heeft deze studie de ambitie een vergelijking te maken met de reeds bestaande vormen van overdracht in haar handelsrechtelijke aspecten. Specifiek zal daarbij aandacht worden besteed aan de overdracht van een bedrijfstak of algemeenheid en de overdracht van een handelszaak.

Het uiteindelijke doel bestaat erin na te gaan of het mogelijk is deze twee vormen te combineren. De WCO gaat immers uit van een overdracht van onderneming als een *asset deal*, waarbij alleen de activa van de onderneming in moeilijkheden worden overgedragen. De vraag is echter of het ook niet mogelijk is dat de overdracht de vorm aanneemt van een overdracht, of zelfs een inbreng, van een bedrijfstak of algemeenheid, waarbij de schuldeisers dan als het ware een deel van hun onderpand ‘ruilen’ voor aandelen van de overnemer. Een probleem dat zich daarbij zal stellen is dat de overdracht onder gerechtelijk gezag zo is opgevat dat alleen activa worden overgedragen, terwijl bij een gemeenrechtelijke overdracht ook de passiva overgaan. Opnieuw zal

⁷ B. INGHELS « La réorganisation judiciaire à l’heure du transfert : vite, mais à quel prix ? » (noot onder Bergen 23 maart 2010), *JT* 2010, 375; J. VERLINDEN en S. LOOSVELD, “De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de wet continuïteit ondernemingen – een eerste commentaar”, *TRV* 2009, 710.

⁸ A. ZENNER, *Wet continuïteit ondernemingen: eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia 2009, 15 en 18-19; J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *JT* 2009, (237) 247; K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en N. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie: getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia 2010, 208.

⁹ J. VERLINDEN en S. LOOSVELD, “De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de wet continuïteit ondernemingen - een eerste commentaar”, *TRV* 2009, 710.

het succes van deze tussenvormen afhangen van de mogelijkheid van beperking van de sociaalrechtelijke verplichtingen van de overnemer.

Terminologisch past hier voorafgaand nog een verduidelijking. In de WCO worden voor de verschillende partijen bij de overdracht steeds eenvormige termen gebruikt: het gaat er telkens over de ‘overnemer’ en de ‘overdrager’. Voor de overdracht van een bedrijfstak of een algemeenheid daarentegen zijn zowel de termen ‘verkrijger’ als ‘verwerver’, respectievelijk ‘vervreemder’ gangbaar.

Ook in de gemeenrechtelijke vennootschapsrechtelijke context, worden echter de begrippen ‘overnemer’ en ‘overdrager’ gebruikt. Voor het gemak van de lezer zal in dit werk een duidelijk onderscheid gemaakt worden. Als er sprake is van een vennootschapsrechtelijke overdracht van een bedrijfstak of een algemeenheid, zullen de begrippen ‘overdrager’ en ‘overnemer’ consequent gemeden worden.

2. DE BEVOEGDHEID OM TOT DE OVERDRACHT TE BESLISSEN

In dit onderzoek wordt de nadruk gelegd op de situatie waarin de overdrager een rechtspersoon is en meerbepaald een BVBA of NV. Het zijn immers ook vooral die ondernemingen die een beroep doen op de procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag¹⁰ en voor de eenmansonderneming vormt de bevoegdheidsverdeling alvast geen probleem.

2.1. DE GEMEENRECHTELIJKE OVERDRACHT: ALGEMENE VERGADERING DAN WEL RAAD VAN BESTUUR

Hieronder zal gekeken worden naar de bevoegdheidsaspecten van de overdracht van (een deel van) de onderneming in het vennootschapsrecht. Omdat het ondernemingsbegrip niet gebruikt wordt in het wetboek vennootschappen, zal dit vertaald worden naar de mogelijkheden van overdracht (of inbreng) van een bedrijfstak, van een algemeenheid en van een handelszaak. Ook de bevoegdheid tot het nemen van een beslissing om verkrijger te worden in zo’n overdracht zal kort besproken worden omdat die ook voor de overdracht onder gerechtelijk gezag van belang is.

¹⁰ E. VAN DEN BROELE, *Gerechtelijke Reorganisatie – Studie 16.12.2010*, Berchem 16 december 2010, Graydon Belgium, www.graydon.be.

2.1.1. De vervreemder

In het vennootschapsrecht hangt de bevoegdheid om een deel van de activiteiten over te dragen niet alleen af van het voorwerp, maar ook van de vorm van de overdracht.

a. De overdracht

De beslissing tot *overdracht* van een *bedrijfstaking* of *algemeenheid* wordt in het Wetboek Vennootschappen niet aan een bepaald orgaan toegewezen. Ze valt dus onder de residuaire bevoegdheid van de raad van bestuur.¹¹ Dit is slechts de algemene regel, waarop een aantal uitzonderingen worden gemaakt.

Een eerste uitzondering bestaat voor de vennootschap in vereffening.¹² Daar is een machtiging van de algemene vergadering nodig. Het gaat hier niet alleen om de hypothese dat de overdracht betrekking heeft op het hele vermogen, maar ook om die waar slechts een deel of een bedrijfstaking wordt overgedragen. Deze uitzondering geldt dus ongeacht het voorwerp van de overdracht, maar is voor deze studie niet van belang aangezien de vereffening een einde aan de gerechtelijke reorganisatie impliceert. Een tweede uitzondering is de hypothese waarin een dochtervennootschap wordt overgedragen die aandelen heeft in de moedervennootschap. In dat geval is ook de toestemming van de algemene vergadering vereist.¹³ Deze beginselen gelden dus zowel voor de overdracht van een bedrijfstaking als van een algemeenheid.¹⁴ Ook de gerechtsmandataris zal hiermee rekening moeten houden indien hij tijdens een overdracht onder gerechtelijk gezag, de aandelen in een dochteronderneming zou willen overdragen.

¹¹ Artt. 257 en 522 W.Venn.; Cass. 21 september 1989, *TBH* 1989, 940; Antwerpen 2 maart 2006, *JDSC* 2009, 78; Kh. Brussel 18 mei 1990, *TBH* 1991, 66; J. BLUMBERG "Het nieuwe regime inzake inbreng en overdracht van een bedrijfstaking en van een algemeenheid", *Not.Fisc.M.* 1995, afl. 8, 11; P. BAERT, "Art. 522 W.Venn." in X, *Vennootschappen en verenigingen – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, afl. 31, Mechelen, Kluwer 2009, 198; T. NUYTS, "De bevoegdheidsverdeling binnen de n.v. vanuit het perspectief van de 'voorbehouden bevoegdheden' van de raad van bestuur", *DAOR* 2006, 228.

¹² Art. 187 W.Venn.; E. DE BIE en M. CORYNEN, "Art. 187 W.Venn." in X, *Vennootschappen en verenigingen – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, afl. 5, Mechelen, Kluwer 2001, 194; K. SELLESLAGS, *Inbreng en overdracht van bedrijfstaking en algemeenheid – aspecten van vennootschapsrecht*, Gent, Larcier 2004, 87.

¹³ Artt. 326, eerste lid en 622, §2 eerste lid W.Venn.; P. ERNST en J. VERSTRAELEN, *Reorganisatie van vennootschappen – Fusie, (partiële) splitsing, inbreng van een bedrijfstaking of van een algemeenheid*, Mechelen, Ced.Samsom 2002, 175.

¹⁴ Cass. 21 september 1989, *TBH* 1989, 940; contra: Rb. Mechelen 5 oktober 1992, *RW* 1995-96, 884.

b. De inbreng

Wanneer er sprake is van een *inbreng* voorziet het wetboek vennootschappen een bijzondere regeling. Voor de overdracht *kan* hier ook beroep op worden gedaan, maar alleen indien partijen daarvoor te kiezen.¹⁵ Volgens deze regeling, waar dan voor een bedrijfstak weer van kan worden afgestapt, wordt de beslissing over de inbreng genomen door de algemene vergadering.¹⁶ De algemene vergadering is dus bevoegd, maar haar bevoegdheid is tegelijk ook beperkt, in die zin dat ze maar kan overgaan tot een inbreng op voorstel van de raad van bestuur. De algemene vergadering kan daarbij dan ook het voorwerp van de overdracht niet wijzigen, maar eventueel wel de prijs.¹⁷ De ruime bevoegdheid van de algemene vergadering ter zake vormt een probleem bij inbreng van een deel van de onderneming in een procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag.¹⁸

c. De handelszaak

Voor de handelszaak voorziet het wetboek vennootschappen niet in een bijzondere regeling. De handelszaak kan als feitelijke universaliteit wel een bedrijfstak of een algemeenheid uitmaken voor de vervreemder, waarbij dan bovenstaande bevoegdheidsverdeling (eventueel facultatief) geldt.¹⁹ Het is echter ook mogelijk, doch ingewikkelder qua formaliteiten, om de inbreng tot stand te brengen door een gewone inbreng in natura of door de handelszaak gewoon als feitelijke universaliteit te verkopen (eventueel door verkoop van alle aandelen in de handelszaak).²⁰

¹⁵ Art. 770 W.Venn.

¹⁶ Art. 761 W.Venn.; A. GOEMINNE, “W.Venn. Art. 760-762” in X, *Vennootschappen en verenigingen – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, afl. 3, Mechelen, Kluwer 2000, 283; J. BLUMBERG, “Het nieuwe regime inzake inbreng en overdracht van een bedrijfstak en van een algemeenheid”, *Not.Fisc.M.* 1995, afl. 8, 4; J. COUTURIER, “Inbreng van een algemeenheid of van een bedrijfstak”, *AFT* 1998, 143; P. DELLA FAILLE, *Fusions, acquisitions et evaluations d’entreprises – une approche juridique, économique et financière*, Brussel, Larcier 2001, 423.

¹⁷ K SELLESLAGS., *Inbreng en overdracht van bedrijfstak en algemeenheid – aspecten van vennootschapsrecht*, Gent, Larcier 2004, 91.

¹⁸ Zie verder.

¹⁹ Cass. 4 maart 1982, *RCJB* 1984, 175; I. LEBBE, « Techniques sociétaires de l’apport d’un fonds de commerce en société: l’apport de branche d’activité en particulier » in H COUSY., B.TILLEMANN en A. BENOIT-MOURY (eds.), *De handelszaak – Le fonds de commerce*, Brugge, die Keure 2001, 413; P. VAN OVERBEKE, “Vennootschapsrechtelijke aspecten van de inbreng van de handelszaak in vennootschap: gemeenrechtelijk regime” in H.COUSY, B.TILLEMANN en A. BENOIT-MOURY (eds.), *De handelszaak – Le fonds de commerce*, Brugge, die Keure 2001, 391; P. DELLA FAILLE, *Fusions, acquisitions et evaluations d’entreprises – une approche juridique, économique et financière*, Brussel, Larcier 2001, 417.

²⁰ D. MEULEMANS, “De verschillende technieken tot overdracht” in D. MEULEMANS (ed), *Overdracht van de handelszaak – nieuwe wetgeving en actuele tendensen*, Gent, Story Publishers 2010, (15) 25; D. WILLERMAIN, “La cession de commerce – Aspects de droit civil et de droit

2.1.2. De verkrijger/overnemer

Voor de verkrijger is het onderscheid tussen *bedrijfstaking* en *algemeenheid* niet van belang, voor hem gaat het in beide gevallen om een uitbreiding van het actief. Onafhankelijk van het voorwerp zal de *inbreng* voor hem dus onvermijdelijk een kapitaalvorming vooronderstellen, waardoor alleen de algemene vergadering bevoegd is.²¹ De enige uitzondering hierop is een kapitaalverhoging binnen het kader van het toegestaan kapitaal, waarbij de bevoegdheid als het ware wordt gedelegeerd aan de raad van bestuur.²² De *overdracht* daarentegen is ook hier een deel van de residuaire bevoegdheid van de algemene vergadering, zolang er geen aandelen worden uitgekeerd als vergoeding.²³ In dit laatste geval gaat het immers niet meer over een gewone aankoop van werkingsmiddelen, maar worden de rechten van de aandeelhouders aangetast.

Ook bij de overdracht van onderneming onder gerechtelijk gezag blijft deze regeling onverkort van toepassing. Voor de overnemer gaat het dus om een gemeenrechtelijke inbreng of aankoop en geldt er dus geen bijzondere beslissingsprocedure voor de overname van activa uit een onderneming in moeilijkheden.

De verschillende manieren waarop de verkrijgende partij de overdracht kan financieren zetten aan tot creativiteit bij de combinatie van de twee regelingen.²⁴

2.2. DE ROL VAN DE GERECHTSMANDATARIS IN DE OVERDRACHT ONDER GERECHTELIJK GEZAG

2.2.1. Vrijwillige overdracht onder gerechtelijk gezag: bevoegdheid tot aanvraag

De overdracht onder gerechtelijk gezag kan in de eerste plaats vrijwillig gebeuren. Dit is het geval wanneer de schuldenaar hierom vraagt in zijn verzoekschrift. Het gaat dus om een keuze van de schuldenaar. Het is echter ook mogelijk dat de schuldenaar in dit verzoek al geen keuze²⁵ meer heeft over

commercial” in N. THIRION (ed.), *La cession du fonds de commerce*, Brussel, Larcier 2005, (58) 63.

²¹ Art. 581 W.Venn.

²² Art. 602 W.Venn.

²³ Voor een quasi-inbreng is zo bijvoorbeeld wel een beslissing van de algemene vergadering vereist en hetzelfde geldt voor een ruiltransactie, waarbij de vergoeding van de overdrager bestaat in aandelen van de overnemer: K. SELLESLAGS, *Inbreng en overdracht van bedrijfstaking en algemeenheid – aspecten van vennootschapsrecht*, Gent, Larcier 2004, 89.

²⁴ Zie verder.

²⁵ Normaalgezien beschikt de schuldenaar over de keuze tussen een minnelijk akkoord of een gerechtelijke reorganisatie, hetzij door een minnelijk akkoord, hetzij door een collectief akkoord, 632

de te volgen procedure. Als hij in de voorbije drie jaar al eerder beroep heeft gedaan op een procedure van gerechtelijke reorganisatie, is overdracht zijn enige optie.²⁶ Tot het indienen van dit verzoekschrift is alleen de schuldenaar bevoegd en als deze schuldenaar een vennootschap is, komt deze taak toe aan de raad van bestuur of aan de zaakvoerder.²⁷ De algemene vergadering zal hier dus waarschijnlijk geen toestemming moeten geven, zelfs al heeft de overdracht de hele onderneming als voorwerp. Dit wordt verdedigd naar analogie met Cassatierechtspraak over het verzoek tot gerechtelijk akkoord met boedelafstand onder de WGA. Deze rechtspraak werd evenwel niet door alle lagere rechterbanken gevolgd en is het voorwerp geweest van heel wat kritiek.²⁸

Er is daarnaast ook sprake van een vrijwillige overdracht als de schuldenaar tijdens een procedure van gerechtelijke reorganisatie die met een ander doel is aangegaan, toch opteert voor een overdracht, waarbij de werknemers dan wel opnieuw moeten worden gehoord.²⁹ Dit zal zich voordoen als het minnelijk akkoord niet te verwezenlijken is of als het reorganisatieplan onuitvoerbaar blijkt.³⁰ Ook hier geldt bovenstaand principe dat het in een vennootschap de raad van bestuur is die daarvoor bevoegd is.

2.2.2. *Gedwongen overdracht onder gerechtelijk gezag*

Naast de schuldenaar kunnen in de WCO ook de procureur, een schuldeiser en zelfs eenieder die belang heeft om het geheel of een gedeelte van de

hetzij door een overdracht onder gerechtelijk gezag; C. VAN BUGGENHOUT, « Quelles solutions (juridiques) pour les entreprises en difficulté? » in G. DELVAUX, M. GRÉGOIRE, F. LAGASSE en C. VAN BUGGENHOUT, *L'entreprise en difficulté – solutions et nouveaux outils juridiques*, Louvain-la-Neuve, Anthemis 2009, (17) 29.

²⁶ Art. 23, vierde lid WCO; Gent 22 februari 2010, *RW* 2010, 203; P. COUSSEMENT, “De Wet op de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009”, *TBH* 2009, 300; Een procedure van gerechtelijk akkoord is niet hetzelfde. In dat geval kan er dus nog steeds gekozen worden voor een minnelijk of voor een collectief akkoord, zie Kh. Namen 18 mei 2009, *RDC* 2009, 703.

²⁷ Art. 17, §1 WCO; Bergen 2 juni 2009, *TBH* 2009, 650; G. DE CROOCK en M. VERSCHELDEN, *Preventie bij ondernemingen in moeilijkheden na de nieuwe wet op de continuïteit van de ondernemingen – Hoe komt u sterker uit deze crisis?*, Mechelen, Kluwer 2009, 38; S. BRIJS, “De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen”, *TRV* 2009, 684.

²⁸ Cass. 21 september 1989, *RCJB* 1993, 5, met kritische noot M. COIPEL, « Réflexions sur la dissolution d'une société pour extinction de la chose et sur le pouvoir de décider le dépôt d'une requête en concordat par abandon d'actif », *RCJB* 1993, (11) 40-46; 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), 213; K. GEENS en H. LAGA, “Overzicht van rechtspraak, vennootschappen (1986-1991)”, *TPR* 1993, (933) 1032-1035.

²⁹ Art. 59, §1, tweede lid WCO; Brussel 23 februari 2010, *NJW* 2010, 366; J. VERLINDEN en S. LOOSVELD, “De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de wet continuïteit ondernemingen. Een eerste commentaar”, *TRV* 2009, 712.

³⁰ Artikel 39, eerste lid WCO; In de eerste 20 maanden van het bestaan van de WCO werd in 87 gevallen overgestapt van een procedure tot minnelijk of collectief akkoord naar een procedure tot overdracht onder gerechtelijk gezag (Volgens cijfers van E. VAN DEN BROELE, *Gerechtelijke Reorganisatie – Studie 16.12.2010*, Berchem, Graydon Belgium, www.graydon.be).

onderneming te verwerven de overdracht vorderen bij dagvaarding.³¹ Dit is wel pas mogelijk als de schuldenaar een fout heeft gemaakt, zoals het nalaten een procedure tot gerechtelijke reorganisatie aan te vragen wanneer de onderneming zich al in staat van faillissement bevindt³², of het niet verzamelen van de nodige stukken³³, of als de vooropgestelde reorganisatieprocedure is mislukt.³⁴

De bevoegdheid om de overdracht te vorderen kan hier dus ook aan schuldeisers toekomen en zelfs aan geïnteresseerde overnemers. De achterliggende bedoeling was de schuldenaar aan te zetten zo snel mogelijk beroep te doen op de procedures van de WCO om zo te vermijden dat het lot van zijn onderneming in handen van concurrenten zou komen te liggen. Als bescherming tegen eventuele *raiders* – overnemers die de onderneming slechts overnemen om ze te ontmantelen met alleen hun eigen economisch belang voor ogen – eist de wetgever wel dat deze derde een *rechtmatig* belang heeft. Zo werd bijvoorbeeld in de parlementaire voorbereidingen zelfs verdedigd dat het belang dat een concurrent heeft bij het verkleinen van de concurrentie niet als rechtmatig beschouwd kan worden.³⁵ In de rechtsleer wordt deze visie te streng geacht, onder meer omdat de meeste geïnteresseerden net sectorgenoten zullen zijn. Alleen als de vordering kennelijk onredelijk is of niet de continuïteit van de onderneming beoogt zou een belang als onrechtmatig voorkomen.³⁶

2.2.3. *Beslissing over de overdracht*

Bij aanvang van de procedure tot gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag wordt er een gerechtsmandataris aangesteld. Hij is belast met het organiseren en het realiseren van de overdracht.³⁷ Hij doet dat

³¹ Art. 59, §2 WCO; S. REMERY en G. SUPPLY, “ wet van 31 januari 2009 – van gerechtelijk akkoord naar gerechtelijke reorganisatie”, *NJW* 2009, 625.

³² Art. 59, §2, 1^o; Amendement nr. 1 van de regering, Parl.St. Kamer 2008-09, nr. 160/002, 72.

³³ Art. 23, tweede lid WCO; J. VERLINDEN en S. LOOSVELD., “De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de wet continuïteit ondernemingen. Een eerste commentaar”, *TRV* 2009, 712.

³⁴ Art. 59, §2, 2^o tot 4^o; A. ZENNER, « La procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice » in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises- de wet betreffende de continuïteit van ondernemingen*, Louvain-La-Neuve, Anthemis 2010, 128; J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *JT* 2009, 247.

³⁵ Amendement nr. 1 van de regering, Parl.St. Kamer 2008-09, nr. 160/002, 73; P.CAVENAILE, *Lecture pour les praticiens de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises*, Luik, Editions de la jeune barreau de Liège 2009, 61.

³⁶ C. ALTER, « La procédure de réorganisation (les différentes options ainsi que les mesures extrajudiciaires) » in F. DE TANDT (ed.), *La loi relative à la continuité des entreprises*, Brussel, Larcier 2009, 86; P. COUSSEMENT, “De Wet op de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009”, *TBH* 2009, 313.

³⁷ Art. 60, eerste lid WCO; Amendement nr. 1 van de regering, Parl.St. Kamer 2008-09, nr. 160/002, 76; A. ZENNER, *Wet continuïteit ondernemingen: eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia 2009, 150; J. VERLINDEN en S. LOOSVELD, “De gerechtelijke reorganisatie door

door in de eerste plaats een economische analyse van de onderneming door te voeren en vervolgens offertes in te winnen voor de delen die hij kan overdragen.³⁸ Welke delen hij precies kan overdragen wordt bepaald in het vonnis dat tot overdracht heeft beslist. In de rechtsleer werd al geargumenteed dat dit voorwerp in deze vroege fase best nog niet al te precies kan worden omschreven, zodat er een zekere manoeuvreerruimte blijft tijdens de onderhandelingen.³⁹

De gerechtsmandataris heeft een machtiging nodig van de rechtbank om daadwerkelijk over te gaan tot de overdracht. Daarvoor maakt hij op basis van de verschillende offertes ontwerpen van verkoop op, die hij dan voorlegt aan de gedelegeerde rechter.⁴⁰ De gedelegeerde rechter brengt hierover verslag uit bij de rechtbank, die dan de machtiging toekent. Deze machtiging wordt wel alleen toegekend als de offertes wel degelijk gericht zijn op het behoud van een geheel of een gedeelte van de activiteiten van de onderneming.⁴¹ Wat dan de beste keuze is tussen de verschillende offertes is minder duidelijk. De wet stelt voorop dat er voorrang moet worden gegeven aan het behoud van de werkgelegenheid, maar in de rechtsleer wordt verdedigd dat dit criterium maar speelt als er vergelijkbare offertes zijn of slechts secundair is aan de hoogte van de betaalde prijs.⁴² Verdere rechtspraak zal moeten uitwijzen wat in de praktijk doorslaggevend is.

Concluderend kan dus gesteld worden dat bij overdracht onder gerechtelijk gezag de mogelijkheid van overdracht in handen komt te liggen van schuldeisers en geïnteresseerde overnemers naast de ondernemer. Het is echter steeds de gerechtsmandataris, en via de machtiging de rechtbank, die over de uiteindelijke overdracht beslist.

overdracht onder gerechtelijk gezag in de wet continuïteit ondernemingen. Een eerste commentaar”, *TRV* 2009, 716; M. VANMEENEN, “De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen”, *RW* 2008-09, 1316.

³⁸ J. VERLINDEN en S. LOOSVELD, “De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag” in VORMINGSINSTITUUT NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN, *Continuïteit van de ondernemingen*, Herentals, Knops Publishing 2010, 87.

³⁹ Art. 60, eerste lid WCO; Amendement nr. 1 van de regering, Parl.St. Kamer 2008-09, nr. 160/002, 73; G. BALLON, “Decto Fleurus of een aantal twistpunten rond de overdracht van een onderneming onder gerechtelijk gezag” (noot onder Bergen 23 maart 2010), *DAOR* 2010, 281.

⁴⁰ Art. 62, derde en vierde lid.

⁴¹ Art. 64, §1, eerste lid *jo.* Art. 62, tweede lid.

⁴² Art. 62, tweede lid volgens resp. A. ZENNER, « La procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice » in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises - de wet betreffende de continuïteit van ondernemingen*, Louvain-La-Neuve, Anthemis 2010, 134 en M. VANMEENEN, “De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen”, *RW* 2008-09, 1315; zie ook: A. ZENNER, J. LEBEAU en C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises – à l’épreuve de sa première pratique*, Brussel, Larcier 2010, 193.

3. WAARBORGEN VOOR DE WERKNEMERS

3.1. RICHTLIJN 2001/23/EG

De waarborgen die werknemers krijgen bij de overdracht van de onderneming waarin ze tewerkgesteld zijn, zijn op Europees niveau geregeld door de EG-richtlijn 2001/23⁴³. Dit is de opvolger van de oude richtlijn 77/187/EEG⁴⁴. In de Belgische rechtsorde is uitvoering gegeven aan deze verschillende richtlijnen in cao nr. 32bis.⁴⁵ Doordat de richtlijnen niet letterlijk zijn omgezet zijn er verschillen op het Europese en het Belgische niveau.

3.2. TOEPASSINGSGEBIED VAN DE RICHTLIJN

Hoewel de richtlijn ook rekening houdt met de mogelijkheid dat de overdracht kadert in een oplossing voor de onderneming in moeilijkheden, is het uitgangspunt van de richtlijn een conventionele overdracht. Voor een vergelijking van deze twee regimes is vooreerst het toepassingsgebied van de richtlijn van groot belang. Daaruit zal immers blijken onder welke van deze regimes de overdracht uit de WCO valt.

Uit rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, worden voor de toepassing van de richtlijn drie voorwaarden afgeleid.⁴⁶

⁴³ Richtl. nr. 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (verder ‘EG-richtlijn 2001/23’ genoemd).

⁴⁴ Richtl. nr. 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (verder ‘EEG-richtlijn 77/187’ genoemd).

⁴⁵ N. THOELÉN, *Conventionele overgang van onderneming – richtlijn 2001/23/EG en CAO nr. 32bis*, Brussel, Larcier, 1-5; L. MONSÉREZ, “De sociale aspecten van een overdracht onder gerechtelijk gezag in het kader van een gerechtelijke reorganisatie” in P. LAMBRECHT en C. GHEUR, *La loi relative à la continuité des entreprises- de wet betreffende de continuïteit van ondernemingen*, Louvain-La-Neuve, Anthemis 2010, 172; De cao 32bis werd bekrachtigd bij Koninklijk Besluit van 25 juli 1985 waarbij algemeen verbindend wordt verklaard de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32bis, gesloten op 7 juni 1985 in de Nationale Arbeidsraad, betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst en tot regeling van de rechten van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement of gerechtelijk akkoord door boedelafstand. Naar aanleiding van rechtspraak van het Europees Hof van Justitie en de nieuwe richtlijn, werd cao 32bis nog gewijzigd door cao’s 32ter tot 32quinquies (deze laatste dateert van 13 maart 2002).

⁴⁶ J. PUISOCHET, « La directive concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d’entreprises et la jurisprudence de la cour », *JIT* 1999, 2; L. MONSÉREZ en T. CLAEYS, “Overdracht van onderneming – overzicht van de rechtspraak van het hof van Justitie en de invloed op de Belgische rechtspraak”, *Or.* 2009, 229; N. THOELÉN, *Conventionele overgang van onderneming – richtlijn 2001/23/EG en CAO nr. 32bis*, Brussel, Larcier 2007, 7.

3.2.1. *Wijziging van werkgever of ondernemer*

Vooreerst is vereist dat er een wijziging is van werkgever of ondernemer. Dit komt er op neer dat er een andere persoon komt in te staan voor de exploitatie van de onderneming en dus ook voor het naleven van overeenkomsten met de werknemer.⁴⁷ Als toepassing hiervan heeft de Belgische rechtspraak al de overname van een vennootschap⁴⁸ en de inbreng van activiteiten van een handelaar in een door hem opgerichte vennootschap⁴⁹ erkend. Andere voorbeelden hiervan zijn volgens de commentaar bij art. 6 van de cao 32*bis* de cessie of de ‘wijziging van juridisch statuut’, maar ook de overdracht van een handelszaak tussen twee handelaars valt hier waarschijnlijk onder.⁵⁰ Wat dan weer wordt uitgesloten door deze eerste voorwaarde zijn de gevallen waar in principe niet aan het juridisch kader van de onderneming wordt geraakt, zoals een wijziging in de aandeelhoudersstructuur of de zuiver economische concentratie van ondernemingen^{51, 52}.

Bij een overdracht van onderneming onder gerechtelijk gezag zal aan deze voorwaarde steeds voldaan zijn, anders is er immers gewoon geen sprake van overdracht.

3.2.2. *Overgang van het geheel of een deel van de onderneming*

De tweede voorwaarde is dat er een overgang is van een deel of van het geheel van de onderneming.⁵³ Deze voorwaarde zorgde in de Belgische rechtsleer voor heel wat onduidelijkheid.

Zo werd er bij de invulling van ‘een deel van de onderneming’ in de commentaar bij cao 32*bis* een beperkter toepassingsgebied voorgesteld dan in de richtlijn, door een concrete invulling van het begrip ‘afdeling’ als het begrip

⁴⁷ HvJ 11 maart 1997, *Süzen*, C-13/95, *Jur.* 1997, I, 1259; HvJ 25 januari 2001, *Oy Liikenne Ab v. Liskojärvi et Juntunen*, C-172/99, *JTT* 2001, 297; C. ENGELS, *Overdracht van onderneming en outsourcing – arbeidsrechtelijk aspecten*, Gent, Larcier 2000, 5; R. ROBERT, “Les aspects sociaux de l’outsourcing” in M. FONTAINE, D. PHILIPPE en C. DELFORGE (eds.), *Les aspects juridiques de l’«outsourcing»*, Brussel, Bruylant 2002, 225.

⁴⁸ Brussel 3 februari 1988, *JT* 1988, 478.

⁴⁹ Arbr. Bergen 3 februari 1995, *JTT* 1995, 342, met verwijzing naar Arbh. Luik 10 juni 1993, *JTT* 1993, 371.

⁵⁰ C. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d’entreprises et droit du travail*, Brussel, Larcier 2003, 25.

⁵¹ Onder deze noemer is onder andere te denken aan de samenwerking van verschillende aannemers aan een groot bouwproject of het samenwerken van twee toneelgezelschappen aan een productie.

⁵² M. DEVOS, « overgang van ondernemingen en de cao 32*bis* – Recente ontwikkelingen en nieuwe knelpunten » in M.DEVOS (ed.), *50 jaar nationale arbeidsraad*, Brugge, die Keure 2002, 217.

⁵³ N. THOELEN, *Conventionele overgang van onderneming – richtlijn 2001/23/EG en CAO nr. 32*bis**, Brussel, Larcier, 9-25.

‘afdeling’ in de Sluitingswet van 1966.⁵⁴ Daaruit kon men afleiden dat het vereist was dat in dit specifieke deel van de onderneming recent meer dan twintig mensen tewerkgesteld waren. THOELLEN verdedigde daartegen dat ‘afdeling’ eerder moet worden verstaan als bedoeld in de zin van de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden van 1966 en uitgelegd door de arbeidsrechtbank van Gent.⁵⁵ Deze oplossing leek mij terecht, maar eerder overbodig, gelet op de richtlijnconforme interpretatie, waar ook BERTRAND op wijst.⁵⁶ De invulling van het gemeenschapsrecht is immers ruimer en soepeler. Een ‘deel van de onderneming’ staat er gelijk met elk min of meer autonoom ondernemingsdeel zonder rechtspersoonlijkheid, maar ook de juridisch deels onafhankelijke vestigingen.⁵⁷ Door cao 32*quinquies* is nu ook in de cao 32*bis* een dergelijke formulering ingeschreven.⁵⁸ Voor toepassing van de richtlijn kan men er dus vanuit gaan dat ook in het Belgische recht het aantal werknemers irrelevant is.

Meer fundamenteel was de verwarring rond het standpunt van het Europese Hof van Justitie over het *voorwerp* van de overdracht – ongeacht of het gaat om een gedeelte of het geheel van de onderneming. Het Hof schipperde immers lang tussen de ‘organisatieleer’⁵⁹ en de ‘activiteitsleer’⁶⁰. Het uitgangspunt van de activiteitsleer was dat de richtlijn van toepassing is zodra er activiteiten aan iemand anders worden overgedragen, zonder dat daarbij ook noodzakelijk activa van de vervreemder overgaan. Daardoor zou volgens sommigen zelfs de situatie waarin een contract met een aannemer werd beëindigd, om een overeenkomst te sluiten met een nieuwe aannemer, onder het toepassingsgebied vallen.⁶¹ Deze leer lijkt ondertussen verlaten ten voordele van de beoordeling *in globo* van de organisatieleer, waarbij elk

⁵⁴ Commentaar bij art. 6 cao 32*bis*; De definitie is te vinden in art. 2, tweede lid van de wet van 28 juni 1966 betreffende de schadeloosstelling van de werknemers die ontslagen worden bij sluiting van ondernemingen, *BS* 2 juli 1966 of *Pas*. 1966, 353.

⁵⁵ Wet 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen alsmede voor de kandidaat-personeelsafgevaardigden, *B.S.* 29 maart 1991; *Arbrb.* Gent 28 september 2001, *TGR* 2002, 192: ‘afdeling’ als een onderdeel van de onderneming dat voldoende onderscheiden is van de rest van de onderneming zonder dat er sprake is van een reële en sociale autonomie die kenmerkend is voor de technische bedrijfsseenheid.

⁵⁶ V. BERTRAND, *Transfert des contrats de travail et cession d'entreprise – la directive européenne et les droits belge, français et allemand*, Brussel, Bruylant 1988, 119.

⁵⁷ H. VAN HOOGENBEMT, “Weerslag van bepaalde gebeurtenissen op de arbeidsovereenkomst -Overdracht van onderneming” in B. MEGRITS en O. VANACHTER (eds.), *Aanwerven, Tewerkstellen, Ontslaan*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen 1990.

⁵⁸ Artikel 6, tweede lid cao 32*bis*.

⁵⁹ HvJ 18 maart 1986, *Spijkers*, C-24/85, *Jur.* 1986, I, 1119; HvJ 19 december 1995, *Rygaard*, C-48/94, *Jur.* 1995, I, 2745; C. BAYART, “Outsourcing en overdracht van onderneming – rechtspraak van het hof van Justitie”, *Or.* 2002, (6) 10.

⁶⁰ HvJ 14 april 1994, *Schmidt*, C-392/92, *Jur.* 1994, I, 1311; P. GROSSERIES, « Champ d'application de la directive 77/187/C.E.E. du 14 février 1977 », *JTT* 1994, 283.

⁶¹ HvJ 11 maart 1997, *Sützen*, C-13/95, *Jur.* 1997, I, 1259; F. ROBERT, “Les aspects sociaux de l'outsourcing” in M. FONTAINE, D. PHILIPPE en C. DELFORGE (eds.), *Les aspects juridiques de l'outsourcing*, Brussel, Bruylant 2002, 219.

element van de overdracht in overweging wordt genomen.⁶² Vragen die daarbij worden gesteld zijn meerbepaald:

- Zijn er materiële activa, roerend dan wel onroerend, het voorwerp van de overdracht en wat is hun waarde ten opzichte van het geheel?
- Maakt de verkrijger aanspraak op het klantenbestand van de vervreemder?
- In welke mate komen de beoogde activiteiten en de oorspronkelijke activiteiten overeen?
- Wordt de overdracht voorafgegaan door een onderbreking van de activiteiten?

Ook hier blijft dus de activiteit een component. Volgens PEETERS is er dan ook niet zozeer sprake van een tweedeling, dan wel van een combinatie van de twee theorieën in de organisatieleer.⁶³

Voor de overdracht onder gerechtelijk gezag is dus een oordeel *in globo* vereist. Door de inspanningen van de wetgever om een overdracht *in going concern* te bewerkstelligen, komt het mij aan de hand van bovenstaande criteria voor dat de richtlijn altijd toepassing zal vinden bij de overdracht volgens de WCO.

Nog een punt van discussie was het begrip ‘overdracht’, dat zou vereisen dat het voorwerp van de overdracht ook na de overdracht nog te identificeren is.⁶⁴ Hier wordt dan ook vaak een afzonderlijke voorwaarde van gemaakt.⁶⁵ Er kan evenwel vanuit gegaan worden dat als er sprake is van een voorwerp (*supra*) en van een overeenkomst (*infra*), er ook een overdracht is. Dan is er immers sprake van een voortzetting van de activiteiten door de verkrijger *in going concern*.⁶⁶

3.2.3. Overgang krachtens overeenkomst

De laatste voorwaarde is dat de overgang gebeurt krachtens een overeenkomst. Deze voorwaarde stelt echter in de praktijk niet zo’n probleem door de zeer

⁶² HvJ 7 maart 1996, *Merckx & Neuhuys*, C-171/94, *Jur.* 1996, 1253; HvJ 10 december 1998, *Hernández-Vidal*, C-127/96, *Jur.* 1998, I, 8179; HvJ 2 december 1999, *Allen C-234/98*, *Jur.* 1999, I, 8643.

⁶³ J. PEETERS, *Informatie en raadpleging van werknemers bij herstructurering*, Antwerpen, Intersentia 2009, 234 tot 236 en 254 tot 256.

⁶⁴ Art. 1.1.b van de EG-Richtlijn 2001/23; F. ROBERT, “Les aspects sociaux de l’outsourcing” in M. FONTAINE, D. PHILIPPE en C. DELFORGE (eds.), *Les aspects juridiques de l’outsourcing*, Brussel, Bruylant 2002, 215; L. VANAVERBEKE, “overdracht van onderneming bij overeenkomst of na faillissement of gerechtelijk akkoord: sociaalrechtelijke gevolgen”, *Or.* 1987, 105; M. SIMON, “Nieuwe onzekerheden over het toepassingsgebied van de Richtlijn”, *Or.* 2005, 14-23.

⁶⁵ M. DEVOS, « overgang van ondernemingen en de cao 32bis – Recente ontwikkelingen en nieuwe knelpunten » in M. DEVOS (ed.), *50 jaar nationale arbeidsraad*, Brugge, die Keure 2002, 224.

⁶⁶ Naar de woorden van de Britse regering bij hun tussenkomst in de zaak *Spijkers*.

ruime interpretatie die het Europees Hof van Justitie daaraan geeft. Het Hof staft deze ruime interpretatie op de gemeenschappelijke bedoeling die blijkt uit de verschillende vertalingen.⁶⁷ Volgens de Engelse tekst volstaat met name elke *'legal transfer'*. Het is op grond daarvan dat het Europees Hof de richtlijn van toepassing verklaarde op de overname van een exploitatie door de eigenaar na wanprestatie van de erfpachter⁶⁸ en op het verkrijgen van een concessie nadat de vorige concessiehouder haar activiteiten had stopgezet⁶⁹. Het hof heeft dus erkend dat er zelfs geen contractuele band tussen verkrijger en ontvreemder vereist is.⁷⁰

Door deze soepele invulling is ook voor de overdracht onder gerechtelijk gezag aan deze laatste voorwaarde voldaan. Concluderend kan dus worden gesteld dat de EG-richtlijn 2001/23 principieel toepassing zal vinden op de overdracht onder gerechtelijk gezag.⁷¹

3.3. BESCHERMINGSMAATREGELEN IN DE RICHTLIJN

Als de richtlijn toepassing vindt zijn de gevolgen eenvoudig, maar zeer ingrijpend. Eerst en vooral bevestigt cao 32*bis* het principe van de richtlijn dat alle rechten en verplichtingen van de vervreemder overgaan op de verkrijger.⁷²

Een eerste aspect van de overdracht van alle rechten en plichten, is dat arbeidsovereenkomsten overgaan zoals ze lopen op het ogenblik van de overdracht. Er is geen sprake van een hernieuwing, maar van een werkelijke

⁶⁷ Article 1.1.a of the Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses; F. ROBERT, "Les aspects sociaux de l'outsourcing" in M. FONTAINE M., D. PHILIPPE en C. DELFORGE (eds.), *Les aspects juridiques de l'«outsourcing»*, Brussel, Bruylant 2002, (205) 226; R. BLANPAIN, *European Labour Law – tenth revised edition*, Den Haag, Kluwer Law International 2006, 599.

⁶⁸ HvJ 17 december 1987, *Ny Molle Kro*, C-287/86, *Jur.* 1987, I, 5465.

⁶⁹ HvJ 7 maart 1996, *Merckx & Neuhuys*, C-171/94, *Jur.* 1996, 1253; Arbh. Brussel 15 juni 1994, *JTT* 1994, 324; L. MONSEREZ en T. CLAEYS, "Overdracht van onderneming – overzicht van de rechtspraak van het hof van Justitie en de invloed op de Belgische rechtspraak", *Or.* 2009.

⁷⁰ HvJ 7 maart 1996, *Merckx & Neuhuys*, C-171/94, *Jur.* 1996, 1253; HvJ 26 september 2000, C-175/99, *Mayeur*, *Jur.* 2000, I, 7755; HvJ 20 november 2003, C-340/01, *Carlito Abler*, *JTT* 2004, 120; C. ENGELS, *Overdracht van onderneming en outsourcing – arbeidsrechtelijk aspecten*, Gent, Larcier 2000, 7; R. BLANPAIN, *Europees Arbeidsrecht – tiende herwerkte uitgave*, Brugge, Die Keure 2009, 464; M. SIMON, "Nieuwe onzekerheden over het toepassingsgebied van de Richtlijn", *Or.* 2005, 14-23.

⁷¹ Wetsvoorstel betreffende de continuïteit van de ondernemingen, Parl.St. Kamer 2008-09, nr. 160/001, 34.

⁷² Art. 3.1, eerste lid EG-richtlijn 2001/23; art. 7 cao 32*bis*; L. VANAVERBEKE, "overdracht van onderneming bij overeenkomst of na faillissement of gerechtelijk akkoord: sociaalrechtelijke gevolgen", *Or.* 1987, 105; R. BLANPAIN, *Europees Arbeidsrecht – tiende herwerkte uitgave*, Brugge, Die Keure 2009, 471.

voortzetting door de verkrijger.⁷³ Dit impliceert dat hij niet alleen de loonsvoorwaarden moet eerbiedigen, maar ook de andere arbeidsvoorwaarden, zoals de anciënniteit.⁷⁴ Dit zorgt er ook voor dat een eerder afgesproken opzeggingstermijn moet worden uitgediend en dat een geschorste arbeidsovereenkomst na de schorsing verder wordt uitgevoerd⁷⁵. De vordering tot schadevergoeding uit het misdrijf van het niet betalen van de werknemer, wordt dan weer niet overgedragen.⁷⁶ De werknemer heeft daarentegen wel de mogelijkheid de overdracht te weigeren. Waarin de sanctie precies bestaat als de werknemer toch ontslagen wordt is onduidelijk.

Het tweede aspect van de overdracht van alle rechten en verplichtingen houdt in dat in principe al het personeel wordt overgedragen op de verkrijger.⁷⁷ Dit betekent niet dat het voor de verkrijger onmogelijk is personeel te ontslaan. Zoals gespecificeerd in artikel 9 mag de overdracht op zich gewoon geen reden zijn tot ontslag. Een ontslag is dus wel mogelijk om een dringende reden of om een economische, technische of organisatorische reden die een wijziging in de werkgelegenheid teweeg brengt.⁷⁸ De vraag is of dit een werkelijke uitzondering is of eerder een herhaling van de wettelijke mogelijkheden tot ontslag. Volgens advocaat-generaal VAN GERVEN is een dergelijk ontslag maar mogelijk in het geval dat het ook zonder de overdracht had plaatsgevonden.⁷⁹ In de rechtsleer erkent men hierin meestal een werkelijke uitzondering, waardoor het ontslag wordt aanvaard voor zover het niet louter veroorzaakt wordt door de overdracht.⁸⁰

⁷³ C. ENGELS, *Overdracht van onderneming en outsourcing – arbeidsrechtelijk aspecten*, Gent, Larcier 2000, 43; C. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d'entreprises et droit du travail*, Brussel, Larcier 2003, 73.

⁷⁴ C. ENGELS, *Overdracht van onderneming en outsourcing – arbeidsrechtelijk aspecten*, Gent, Larcier 2000, 44; C. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d'entreprises et droit du travail*, Brussel, Larcier 2003, 78.

⁷⁵ Arbh. Brussel 4 februari 1985, *JTT* 1986, 334; Arbh. Luik 29 september 1999, *Soc. Kron.* 2000, 14.

⁷⁶ Arbh. Antwerpen (afdeling Hasselt) 16 oktober 2001, *Limb.Rechtsl.* 2002, 124.

⁷⁷ Art. 7 cao 32bis; HvJ 14 november 1996, *Rotsart de Hertaing v. J. Benoidt s.a. en liquidation et IGC Housing Service s.a.*, C-305/94, *JTT* 1996, 496; Arbh. Luik 29 juli 1997, *JTT* 1997, 469; C. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d'entreprises et droit du travail*, Brussel, Larcier 2003, 89.

⁷⁸ C. BAYART en I. BOSMANS, "Individuele rechtsbescherming bij herstructurering" in J. PEETERS en W. RAUWS, *Herstructurering doorheen het (arbeids)recht*, Antwerpen, Intersentia 2006, 218; L. VANAUWERBEKE, « overdracht van onderneming bij overeenkomst of na faillissement of gerechtelijk akkoord : sociaalrechtelijke gevolgen », *Or.* 1987, 107.

⁷⁹ Conclusie Adv.-Gen. VAN GERVEN voor HvJ 25 juli 1991, *d'Urso*, C-319/94, *Jur.* 1998, I, 1061.

⁸⁰ Arbrb. Brussel 14 november 2001, AR 27.080/00, onuitgegeven, geciteerd in CLAEYS EN ENGELS – Association d'avocats, *La rupture du contrat de travail – chronique de jurisprudence 2002-2005*, Brussel, Larcier 2006, 270; C. BAYART en I. BOSMANS, "Individuele rechtsbescherming bij herstructurering" in J. PEETERS en W. RAUWS, *Herstructurering doorheen het (arbeids)recht*, Antwerpen, Intersentia 2006, 218; S. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure 2004, 207.

Verder maakt cao 32*bis* ook gebruik van de mogelijkheid van artikel 3.1 van de richtlijn om verkrijger en vervreemder hoofdelijk aansprakelijk te houden voor schulden van de vervreemder ten aanzien van de werknemers.⁸¹ Volgens DE VOS stelt zich voor de Belgische *in solidum* gehoudenheid een conflict met het principieel geldende beginsel van relativiteit van de overeenkomst en de beginselen van overdracht van schuldvordering⁸² wat betreft de schulden die na de overdracht ontstaan, maar zoals hij zelf toegeeft heeft de praktijk hier geen oren naar.⁸³ Het lijkt mij dan inderdaad ook meer aannemelijk dat artikel 1275 BW eerder dan de overdracht te verhinderen, recht geeft op het behoud van de oorspronkelijke schuldvordering naast de nieuwe.⁸⁴

De verschillende informatieverplichtingen uit de cao worden hier niet behandeld.

3.4. OMZETTING IN DE WET BETREFFENDE DE CONTINUÏTEIT VAN DE ONDERNEMINGEN

Gelet op het toepassingsgebied zoals hierboven omschreven valt ook de overdracht onder gerechtelijk gezag onder het toepassingsgebied van de richtlijn. In de parlementaire voorbereiding van de WCO werd er echter expliciet voor gepleit cao 32*bis* niet van toepassing te maken, omdat de vele plichten ten aanzien van werknemers eventuele verkrijgers zouden afschrikken. Bij gebrek aan consensus tussen de sociale partners werd een ‘voorlopige’ regeling opgenomen in artikel 61 WCO, te vervangen door een cao.⁸⁵ Bij behandeling in de Senaat bleek echter dat de beginselen vrijwel definitief vastlagen, aangezien die cao er maar in beperkte mate van zou kunnen ‘afwijken’.⁸⁶

⁸¹ Art. 3.1, tweede lid EG-richtlijn 2001/23; art. 8 cao 32*bis*.

⁸² Art. 1275 BW; M. DEVOS, “overgang van onderneming krachtens overeenkomst en delegatie: twee onderscheiden rechtsfiguren? Een onderzoek naar de voorwaarden en de gevolgen van de toepassing van artikel 1275 van het burgerlijk Wetboek. Deel I”, *JIT* 1996, 157.

⁸³ HvJ 7 februari 1985, *Arie Botzen en anderen tegen Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV*, nr. 186/83, *JIT* 1985, 163; Arrb. Brussel 1 oktober 1997, *JIT* 1997, 476; Arbh. Luik 29 juli 1997, *JIT* 1997, 469; C. WANTIEZ, “Observations”, noot onder HvJ 3 mei 1988, *JIT* 1989, 42; C. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d’entreprises et droit du travail*, Brussel, Larcier 2003, 71; M. DEVOS, « overgang van ondernemingen en de cao 32*bis* – Recente ontwikkelingen en nieuwe knelpunten » in M. DEVOS (ed.), *50 jaar nationale arbeidsraad*, Brugge, die Keure 2002, 238.

⁸⁴ Brussel 8 november 1983, *JIT* 1984, 9; Arrb. Gent 17 juni 1985, *JIT* 1986, 66; C. WANTIEZ, “Observations”, noot onder HvJ 3 mei 1988, *JIT* 1989, 43.

⁸⁵ Art. 61, §6 WCO.

⁸⁶ Verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Vandenberghe, *Parl. St. Senaat* 2008-09, nr. 4-995/3, 18; A. ZENNER, *Wet continuïteit ondernemingen: eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia 2009, 146; P. COUSSEMENT, “De Wet op de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009”, *TBH* 2009, 319; L. PELTZER, « Les aspects sociaux de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises » in F. DE TANDT (ed.), *La loi relative à la continuité des entreprises*, Brussel, Larcier 2009, 175.

Met de regeling van artikel 61 WCO stapt de wetgever uitdrukkelijk af van de regeling in cao 32*bis*. Hieronder zal eerst deze nieuwe regeling worden besproken, waarna wordt nagegaan of de wetgever daarbij geen inbreuk maakt op haar omzettingsverplichting uit de richtlijn.

3.4.1. De regeling van artikel 61 WCO

Het uitgangspunt van dit artikel is overgenomen uit artikel 7 van de cao 32*bis*: alle rechten en verplichtingen ten aanzien van de werknemers gaan over op de verkrijger.⁸⁷ Hierop worden drie uitzonderingen gemaakt.

Een eerste uitzondering bestaat in de mogelijkheid om in een collectieve onderhandelingsprocedure wijzigingen aan te brengen in de arbeidsvoorwaarden, voor zover die de bedoeling heeft de werkgelegenheid veilig te stellen of de continuïteit van de activiteiten te verzekeren.⁸⁸

Een tweede uitzondering is de mogelijkheid wijzigingen aan te brengen aan de individuele arbeidsovereenkomsten, als dit gebeurt om technische, economische of organisatorische motieven. Dit is waarschijnlijk gewoon een bevestiging van de conventionele wijziging.⁸⁹ Een beperking hierop is wel dat aan de overnemer geen zwaardere lasten kunnen worden opgelegd dan die lasten die hij heeft uit de collectieve akkoorden. Zoals PEETERS terecht opmerkt kan dit in het nadeel spelen van de werkgever in de overname van die werknemers die een bijkomende *incentive* nodig hebben om te blijven.⁹⁰

Een derde uitzondering is de vrije keuze die de verkrijger heeft wat betreft het over te nemen personeel. Deze keuze moet opnieuw gebaseerd zijn op technische, economische of organisatorische motieven en mag bovendien niet

⁸⁷ Art. 61, §1 WCO, vgl. art. 7 cao 32*bis*; N. BETSCH, “De arbeidsrechtelijke verplichtingen bij een gerechtelijke reorganisatie”, *Balans* 2009, afl. 617, 3.

⁸⁸ Art. 61, §2, eerste lid WCO; J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *JT* 2009, 248; J. PEETERS, “Rechtspositie van de werknemers in de WCO” in X, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, I.L. Mechelen, Kluwer 2010, 33.

⁸⁹ Art. 61, §2, tweede lid WCO; Arbh. Brussel 25 februari 1983, *JTT* 1984, 313; B. VANSCHOEBEKE, “De eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en het gerechtelijk ingrijpen in de arbeidsvoorwaarden: een evaluatie”, *Or.* 2002, 262; J. PEETERS, “Rechtspositie van de werknemers in de WCO” in X, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, I.L. Mechelen, Kluwer 2010, 33; L. MONSEREZ, “De sociale aspecten van een overdracht onder gerechtelijk gezag in het kader van een gerechtelijke reorganisatie” in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises- de wet betreffende de continuïteit van ondernemingen*, Louvain-La-Neuve, Anthemis 2010, 188; Sommige auteurs spreken hier over een zogenaamd *directierecht*.

⁹⁰ J. PEETERS, “Rechtspositie van de werknemers in de WCO” in X, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, I.L. Mechelen, Kluwer 2010, 34; J. PEETERS en P. HUMBLET, “De arbeidsrechtelijke aspecten van de WCO: gewikt en gewogen” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtigd reorganisatie: getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia 2010, 299.

discriminerend zijn.⁹¹ Vooral de laatste voorwaarde zal aanleiding geven tot heel wat rechtspraak, maar rechtspraak toont aan dat de bepaling niet meteen in het nadeel van de nieuwe werkgever zal uitdraaien.⁹² Ten voordele van de overnemer geldt er bovendien een vermoeden⁹³ dat de keuze op zich niet op een verboden wijze differentieert.⁹⁴

De vierde en laatste uitzondering is dat de bestaande schulden t.a.v. werknemers niet worden overgedragen voor zover ze zijn gewaarborgd door het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van een onderneming ontslagen werknemers.⁹⁵ Deze uitzondering geldt wel alleen voor de overdracht buiten de beslissing van de overdrager.⁹⁶

Als een garantie voor de overnemer zijn de overdrager en de gerechtsmandataris er toe gehouden hem in te lichten over de bestaande verplichtingen aan de werknemers die worden overgedragen.⁹⁷ Zij kunnen dit best ook correct doen, want de beschreven plichten zullen de enige plichten zijn die de overnemer heeft en de gedupeerde werknemer zal zich desgevallend tot de overdrager wenden voor schadevergoeding.⁹⁸ De werknemers zullen

⁹¹ Art. 61, §4, eerste lid WCO; J. VERLINDEN en S. LOOSVELD, “De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de wet continuïteit ondernemingen – een eerste commentaar”, *TRV* 2009, 719.

⁹² HvJ 11 juli 2006, *Chacón-Navas*, C-13/05, *Jur.* 2006, I, 6488; Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 3 september 2008, RW 2008-09, 1645-1648; J. PEETERS, “Rechtspositie van de werknemers in de WCO” in X, *Gerechtelijk akkoord en faillissement, I.L.*, Mechelen, Kluwer 2010, 38; J. PEETERS en P. HUMBLET, “De arbeidsrechtelijke aspecten van de WCO: gewikt en gewogen” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie: getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia 2010, 302; Gelet op de ruime formuleringen werd er al in een aantal zaken geoordeeld in het voordeel van de werkgever.

⁹³ Dit vermoeden houdt in dat het aan de ontslagen werknemer is om aan te tonen dat het ontslag op een discriminerende wijze plaatsvond. De ontslagen vakbondsvertegenwoordiger zal dus moeten aantonen dat hij werd ontslagen *omdat* hij een vakbondsfunctie uitoefent.

⁹⁴ Art. 61, §4, tweede lid WCO.

⁹⁵ Art. 61, §3, vierde lid.

⁹⁶ De ratio van dit onderscheid is onduidelijk en misschien zelfs overbodig aangezien de overdrager nooit écht de keuze heeft; J. VERLINDEN en S. LOOSVELD, “De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de wet continuïteit ondernemingen – een eerste commentaar”, *TRV* 2009, 720; P. COUSSEMENT, “De Wet op de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009”, *TBH* 2009, 319.

⁹⁷ Art. 61, §3, eerste lid; A. ZENNER, *Wet continuïteit ondernemingen: eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia 2009, 149; L. MONSEREZ, “De sociale aspecten van een overdracht onder gerechtelijk gezag in het kader van een gerechtelijke reorganisatie” in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises- de wet betreffende de continuïteit van ondernemingen*, Louvain-La-Neuve, Anthemis 2010, 190.

⁹⁸ Art. 61, §3, derde lid; H. VAN HOOGENBEMT, “De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement”, *JTT* 2009, 183; J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *JT* 2009, 248 (De auteur duidt op de problematiek van een faillissement van de overdrager); L. PELTZER, « Les aspects sociaux de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises » in F. DE TANDT (ed.), *La loi relative à la continuité des entreprises*, Brussel, Larcier 2009, 169 (De auteur vraagt zich af hoe lang eventuele compensaties verschuldigd zijn voor bijvoorbeeld jaarlijkse premies.).

bovendien ook een kopie ontvangen van het verslag om eventuele fouten zo snel mogelijk aan het licht te brengen.

Voor de overnemer die nog meer zekerheid wil, voorziet de wet bovendien in een mogelijkheid de overdracht te laten homologeren, waarna hij alleen nog door de daarin besloten verplichtingen gebonden is door het enkele feit van de homologatie.⁹⁹

3.4.2. De verhouding tot EG-richtlijn 2001/23

Artikel 61 van de WCO voorziet dus in een specifieke regeling die de regeling van cao 32*bis* vervangt. Dit betekent echter niet dat het zomaar van de regels daarin mag afwijken, aangezien het nog steeds onderworpen blijft aan de bepalingen van de richtlijn.

Voor elke insolventieprocedure onder toezicht van een overheidsorgaan, staat de richtlijn twee algemene uitzonderingen toe. Ten eerste kunnen er collectief aanpassingen worden aangebracht aan de arbeidsovereenkomsten en ten tweede mag de vervreemder gespaard blijven van bestaande schulden aan werknemers.¹⁰⁰ Voor andere uitzonderingen zijn de eisen strenger. Daar geldt de bijkomende eis dat de insolventieprocedure gericht is op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder.

Zoals MONSEREZ argumenteert is er door de overdracht onder gerechtelijk gezag wel degelijk sprake van een procedure analoog met de faillissementsprocedure¹⁰¹ en er is wel degelijk een controle door een bevoegde overheidsinstantie. De algemene uitzonderingen zijn dus richtlijnconform. De conformiteit van de andere gebruikte uitzonderingen hangt echter af van het doel van de procedure: als die gericht is op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder zijn ze mogelijk, anders niet. Hier speelt de ambiguïteit van de overdracht onder gerechtelijk gezag de wetgever parten. Vanuit het standpunt van de werknemer is er immers een continuïteit in de onderneming, hij behoudt zijn job en de activiteiten worden voortgezet. Voor de vervreemder liggen de zaken anders. Zoals terecht werd verdedigd in de Kamer zal hij vaak achterblijven met de minder rendabele delen van de onderneming, waardoor zijn vermogen uiteindelijk vereffend zal worden.¹⁰²

⁹⁹ Art. 61, §5, derde lid WCO; A. ZENNER, *Wet continuïteit ondernemingen: eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia 2009, 149.

¹⁰⁰ K. DE SCHUTTER en F. SAELEN, "Arbeidsrechtelijke aspecten bij gerechtelijke organisatie", *Or.* 2009, 152-153.

¹⁰¹ L. MONSEREZ, "De sociale aspecten van een overdracht onder gerechtelijk gezag in het kader van een gerechtelijke reorganisatie" in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises - de wet betreffende de continuïteit van ondernemingen*, Louvain-La-Neuve, Anthemis 2010, 182.

¹⁰² Wetsvoorstel betreffende de continuïteit van de ondernemingen, Parl.St. Kamer 2008-09, nr. 160/001, 7-8 en 35; Amendement nr. 1 van de regering, Parl.St. Kamer 2008-09, nr. 160/002, 43.

De vraag is echter of dit laatste altijd het geval zal zijn.¹⁰³ Het is m.i. perfect mogelijk dat een overnemer interesse heeft in minder rendabele delen, omdat hij die rendabel kan maken of omdat hij die kan gebruiken om zijn eigen diensten in waarde te doen stijgen. In dat geval zou de vervreemder achterblijven met rendabele delen en met een lagere schuldenberg, die is aangezuiverd door de inkomsten uit de overdracht. Zelfs van de kant van de overdrager/schuldenaar zou de overdracht dus kunnen uitgaan van een continuïteitsperspectief.¹⁰⁴

Wat er ook van zij, zoals PEETERS en HUMBLET aanwijzen, beslist het Europees Hof van Justitie meestal dat in geval van een behoud of herstel van de toestand van de onderneming, de artikelen 3 en 4 toepassing moet vinden.¹⁰⁵ Het doel van de richtlijn – bescherming van de belangen van werknemers – maakt immers dat uitzonderingen restrictief moeten worden geïnterpreteerd.¹⁰⁶ De beperking tot de meegedeelde verplichtingen in artikel 61, §3 WCO en het keuzerecht in artikel 61, §4 WCO zijn dus strijdig met EG-richtlijn 2001/23. Los van enige uitzondering in de richtlijn voorziet artikel 61 §2, tweede lid WCO daarenboven ook in de mogelijkheid om wijzigingen aan te brengen aan de individuele overeenkomsten. Deze mogelijkheid is een rechtstreekse schending van de beginselen van artikel 3 en 4 van de richtlijn, die zoals hoger aangetoond principieel van toepassing blijven.¹⁰⁷

Gevolg is dat de foute omzetting van de richtlijn, die zeer duidelijk is, temeer na verduidelijking door het Hof van Justitie, de aansprakelijkheid van de Belgische staat in het gedrang brengt. Deze niet-conforme uitzonderingen zijn dus niet houdbaar en dienen geschrapt te worden, waarbij de overname uit de WCO een groot deel van haar aantrekkingskracht verliest.

¹⁰³ H. VAN HOOGENBEMT, “De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement”, *JTT* 2009, 183; K. DE SCHUTTER en F. SAELEN, “Arbeidsrechtelijke aspecten bij gerechtelijke organisatie”, *Or.* 2009, 153.

¹⁰⁴ Verder in dit werk worden er twee hypothetische voorbeelden gegeven van gevallen waar dit zich voordoet.

¹⁰⁵ J. PEETERS en P. HUMBLET, “De arbeidsrechtelijke aspecten van de WCO: gewikt en gewogen” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie: getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia 2010, 310.

¹⁰⁶ HvJ 7 februari 1985, *Abels*, C-135/83, *Jur.* 1985, I, 469; HvJ 25 juli 1991, *d’Urso*, C-362/89, *Jur.* 1991, I, 4105; HvJ 7 december 1995, *Spano*, C-472/93, *Jur.* 1995, I, 4321.

¹⁰⁷ H. VAN HOOGENBEMT, “De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement”, *JTT* 2009, 183; J. PEETERS en P. HUMBLET, “De arbeidsrechtelijke aspecten van de WCO: gewikt en gewogen” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie: getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia 2010, 311.

4. GEVOLGEN VOOR DE OVERDRAGER

4.1. GEVOLGEN BIJ DE GEMEENRECHTELIJKE OVERDRACHT

Zoals al eerder vermeld¹⁰⁸ is er in het vennootschapsrecht geen sprake van de ‘onderneming’. Ook hier gaat het dus om een overdracht van een bedrijfstak, een algemeenheid of een handelszaak. Het onderscheid tussen de twee eerste begrippen is hier weliswaar niet meer van belang.

4.1.1. Inbreng van een bedrijfstak of van een algemeenheid

Wanneer de overdracht gebeurt bij wijze van *inbreng*, is ze onderworpen aan een specifieke wettelijke regeling.¹⁰⁹ De regel is dan dat de inbreng alleen vergoed kan worden met aandelen in de verkrijgende vennootschap.¹¹⁰ Deze aandelen zullen terecht komen in het vermogen van de overdrager en bij ontbinding eventueel toekomen aan haar aandeelhouders.¹¹¹ Daartegenover staat dat de bestanddelen die het voorwerp uitmaakten van de overdracht uit zijn vermogen verdwijnen, zowel de activa als de passiva.¹¹² Voor de inbreng van een bedrijfstak betreft het uiteraard alleen de daarmee verbonden activa en passiva.

Het voorgaande betekent evenwel niet dat de overdrager geheel bevrijd is. Volgens artikel 767 van het Wetboek Vennootschappen blijft hij beperkt hoofdelijk aansprakelijk voor “*de schulden die op de dag van de inbreng zeker en opeisbaar zijn en die worden overgedragen aan een verkrijgende vennootschap*”.¹¹³ In hetzelfde artikel wordt dit evenwel beperkt tot het behouden netto-actief.¹¹⁴

¹⁰⁸ Zie hoger.

¹⁰⁹ Boek XI, Titel III Wetboek Vennootschappen *jo.* artt 678-680.

¹¹⁰ Artt. 678 en 679 W.Venn.; F. BOUCKAERT, « Inbreng van een algemeenheid en van een bedrijfstak » in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblo 1995, (303) 316 en 327; J. VANDEN EYNDE, *Précis des fusions, scissions et opérations assimilées – des sociétés anonymes belges dans la code des sociétés*, Gent, Story Publishers 2009, 111; J. VAN WEMMEL en A. LIEVYNS, *Fusies, splitsingen en gelijkgestelde verrichtingen*, Antwerpen, Maklu 2009, 548; P. ERNST en J. VERSTRAELEN, *Reorganisatie van vennootschappen – Fusie, (partiële) splitsing, inbreng van een bedrijfstak of van een algemeenheid*, Mechelen, Ced.Samsom 2002, 178.

¹¹¹ F. BOUCKAERT, « Inbreng van een algemeenheid en van een bedrijfstak » in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblo 1995, (303), 312.

¹¹² Art. 763 W.Venn.; A. GOEMINNE en N. VERBIST, “Overdracht van een algemeenheid of bedrijfstak”, *TRV* 1998, 373; J. COUTUMIER, “Inbreng van een algemeenheid of bedrijfstak”, *AFT* 1998, 373.

¹¹³ Art. 767 W.Venn.

¹¹⁴ Art. 767, tweede lid W.Venn.; SELLESLAGS leidt daaruit af dat de hoofdelijkheid enkel toepassing vindt bij de overdracht van een bedrijfstak, maar aangezien ook bij de overdracht van een algemeenheid activa kunnen achterblijven lijkt ons dat niet aannemelijk; K. SELLESLAGS,

4.1.2. Overdracht van een bedrijfstak of van een algemeenheid

Als partijen er niet uitdrukkelijk voor kiezen de overdracht van een algemeenheid of bedrijfstak te organiseren volgens de procedure die verplicht is bij inbreng, voorziet het wetboek vennootschappen ook niet in een alternatief.¹¹⁵ Hier gelden dan de gemeenrechtelijke regels van een verkoop van een feitelijke algemeenheid, die dan beschouwd wordt als een verkoop van alle individuele bestanddelen, waarvoor de gemeenrechtelijke verplichtingen van de verkoper gelden.¹¹⁶ Daarvoor wordt een vergoeding in geld betaald, zelfs als partijen voor de bijzondere werkwijze als bij inbreng hebben gekozen. Als de overdrager een vennootschap is zal die opbrengst bij ontbinding verdeeld worden tussen de aandeelhouders.

Ook bij een *inbreng* van een *bedrijfstak* kan van de bijzondere wettelijke regels inzake inbreng worden afgestapt en voor deze werkwijze worden gekozen. De overdracht van een bedrijfstak wordt dan ook gewoon beschouwd als een inbreng in natura van een feitelijke universaliteit.¹¹⁷

Besluitend kan dus gesteld worden dat bij een *overdracht* van een (deel van de) onderneming in het gemeen recht, zowel actief als passief overgaan op de verkrijger en de vergoeding toekomt aan de overdrager of aan de overdragende vennootschap.

4.1.3. Specifieke verbintenissen bij de overdracht van een handelszaak

Hoger werd reeds vermeld dat de handelszaak op verschillende manieren kan worden overgedragen. Als het voorwerp van de overdracht een handelszaak uitmaakt, zal dit voor de overdrager enkele specifieke gevolgen hebben, die hieronder worden uiteengezet.

Omdat het hier gaat over een gewone verkoop van een universaliteit, is de overdrager bijvoorbeeld gehouden tot vrijwaring voor verborgen gebreken. Bij

Inbreng en overdracht van bedrijfstak en algemeenheid – aspecten van vennootschapsrecht, Gent, Larcier 2004, 191.

¹¹⁵ Art. 770 W.Venn.; VANDEN EYNDE J., *Précis des fusions, scissions et opérations assimilées – des sociétés anonymes belges dans la code des sociétés*, Gent, Story Publishers 2009, 113.

¹¹⁶ PHILLIPE D. « Transmission universelle ou à titre universel » in X, *Obligations – Traité théorique et pratique*, IV. 2, Brussel, Editions Kluwer 2008, 96; D. PHILLIPE, « Chapitre 2 : Les ventes commerciales » in C. DELFORGE, P. FORIERS, F. GLANSDORFF en J. STUYCK (eds.), *Vente – Commentaire pratique II. 2*, Waterloo, Kluwer 2009, 197.

¹¹⁷ Art. 218-219 en 443-444 W.Venn.; Voor een korte bespreking: E. JANSSENS, “Inbreng in natura en inkoop eigen aandelen: nieuwe regels”, *Balans* 2008, afl. 597, 1-3; D. WILLERMAIN, “La cession du fonds de commerce – Aspects de droit civil et de droit commercial” in THIRION N. (ed.), *La cession du fonds de commerce*, Brussel, Larcier 2005, (58) 90.

een verkoop van (alle) aandelen geldt deze regel niet, omdat de vrijwaring dan maar geldt voor het genot van die aandelen.¹¹⁸

Een tweede gevolg is dat de verkoper/overdrager gebonden zal zijn door een impliciete niet-concurrentieverplichting. Dit is een voortvloeisel van het burgerrechtelijke beginsel van vrijwaring voor eigen daad en de overdracht van het cliënteel die gepaard gaat met de overdracht van een handelszaak.¹¹⁹ Zoals elk concurrentiebeding is de verplichting ook hier op drievoudige wijze beperkt. Vooreerst in de tijd: ze geldt maar voor de termijn die nodig is om het overgedragen cliënteel “aan zich te binden”^{120, 121}. Daarnaast in de ruimte: ze geldt voor het gebied waar het oorspronkelijke cliënteel zich tot de overdrager zou blijven richten.¹²² En ten slotte naar de aard van de onderneming: ze geldt alleen voor een gelijkaardige of dezelfde activiteit. De rechtsleer neemt aan dat deze verplichting evenwel niet aanwezig is wanneer de overdracht plaatsvindt door overdracht van (alle) aandelen, hoewel er dan een grond bestaat voor schadevergoeding wegens precontractuele fout.¹²³

Een laatste gevolg, dat door een deel van de rechtsleer wordt verbonden aan de leveringsplicht, is de plicht voor de overdrager om de overnemer te laten kennismaken met het cliënteel en de leveranciers van de handelszaak.¹²⁴

¹¹⁸ Art. 1110 BW; P. FORIERS en R. JAFFERALI, « La cession de fonds de commerce – Notion » in N. THIRION (ed.), *La cession du fonds de commerce*, Brussel, Larcier 2005, (5) 38.

¹¹⁹ Art. 1628 BW; G. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economische recht*, Mechelen, Kluwer 2010, 251; T. BOEDTS, “Schending van de niet-concurrentieplicht na overname van een handelszaak: vatbaar voor een vordering tot staken?”, *Jb.Hand.Med.* 2008, (745) 746; V. SAGAERT, B. TILLEMANS en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek – Goederen- en bijzondere overeenkomstenrecht*, Antwerpen, Intersentia 2010, 171.

¹²⁰ B. TILLEMANS, “Vrijwaring voor uitwinning bij koop” in B. TILLEMANS en P.-A. FORIERS (eds.), *De koop – La vente*, Brugge, Die Keure 2002, 95.

¹²¹ Brussel 7 september 1982, *JT* 1983, 66; N. ULBURGHS, “Het niet-concurrentiebeding in overnameovereenkomsten”, *V&F* 1998, (99) 100.

¹²² Brussel 21 maart 1984 (met noot A. DE CALUWÉ, *TBH* 1984, 539); Brussel 11 mei 1955, *RW* 1956-57, 1014.

¹²³ Luik 24 april 2001, *TBH* 2001, (748)751; H. VAN GOMPEL, “Niet-concurrentiebeding – vrijwaring voor eigen daad”, (noot onder Kh. Hasselt 5 mei 2004) *Limb.Rechtsl.* 2007, 147; T. BOEDTS, “Schending van de niet-concurrentieplicht na overname van een handelszaak: vatbaar voor een vordering tot staken?”, *Jb.Hand.Med.* 2008, (745) 746; W. DE JONGHE, “De rechtspositie van de overnemer bij verwerving van een onderneming door acquisitie van aandelen”, *V&F* 1997, (85) 88; contra: Gent 23 juni 1995, *TRV* 1996, 642.

¹²⁴ Art. 1604 BW; D. MEULEMANS, “De verschillende technieken tot overdracht” in D. MEULEMANS (ed.), *Overdracht van de handelszaak – nieuwe wetgeving en actuele tendensen*, Gent, Story Publishers 2010, (15) 23.

4.2. GEVOLGEN BIJ DE OVERDRACHT ONDER GERECHTELIJK GEZAG

4.2.1. *Geen buitenbezitstelling tijdens de procedure tot overdracht onder gerechtelijk gezag*

Een bijzondere vraag die hier kort wordt behandeld is die naar de buitenbezitstelling van de schuldenaar tijdens de procedure. Dit is verder van belang om na te gaan of er tijdens een procedure van gerechtelijke reorganisatie nog een mogelijkheid bestaat tot conventionele overdracht.

Een deel van de rechtsleer leidt uit de analogie met het faillissement en de parlementaire voorbereiding af dat de schuldenaar zijn beschikkingsbevoegdheid inderdaad verliest.¹²⁵ Een betere redenering lijkt mij die van BYTTEBIER en GESQUIERE. Hun eerste argument is dat de wet specifiek voorziet in voorwaarden voor buitenbezitstelling en aldus *a contrario* elke andere buitenbezitstelling uitsluit.¹²⁶ Daarnaast is de handelings- en beschikkingsbekwaamheid naar Belgisch recht nog steeds de regel.¹²⁷ Ten slotte wijzen BYTTEBIER en GESQUIERE terecht op praktische problemen, zoals de onduidelijkheid over het voorwerp van de overdracht in de loop van de procedure.¹²⁸ Zo wijzen zij ook op de aansprakelijkheid van de gerechtsmandataris die dit met zich mee zou brengen, het gevaar van onderling tegenstrijdige rechtshandelingen en ongelijkheid tussen schuldeisers bij een gedeeltelijke overdracht.¹²⁹

Aansluitend bij de figuur van de bewindvoerder is het daarom inderdaad aannemelijk dat de schuldenaar niet buiten bezit wordt gesteld. De bevoegdheid van de gerechtsmandataris wordt in die figuur immers bepaald door het specifieke voorwerp van zijn opdracht en niet door een vertegenwoordigingsbevoegdheid ten aanzien van de schuldenaar. Hij treedt

¹²⁵ Amendement nr. 1 van de regering, Parl.St. Kamer 2008-09, nr. 160/002, 78; P. COUSSEMENT, “De Wet op de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009”, *TBH* 2009, 314.

¹²⁶ Art. 28, §1, eerste lid WCO; 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, 238.

¹²⁷ Art. 1123 BW; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht – Boek 1*, Brugge, Die Keure 2005, 93; W. VAN GERVEN, “Algemeen deel” in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Story recht 1987, 107 en 141.

¹²⁸ Zie hoger.

¹²⁹ Dit probleem zal zich in tegenstelling tot het voorgaande echter ook stellen bij de wettelijk voorziene buitenbezitstelling. Het is immers waarschijnlijk dat een vonnis, dat de schuldenaar overeenkomstig artikel 28 buiten bezit stelt, het voorwerp daarvan zal afbakenen. Het lijkt ons echter moeilijker daarin exhaustief de conflicten tussen schuldenaar en gerechtsmandataris en hun respectieve schuldeisers te beoordelen. Een oplossing zou zijn dat de buitenbezitstelling gereserveerd wordt voor de overdracht van de hele onderneming, maar die beperking is niet voorzien in de wet.

dan ook niet op als vertegenwoordiger van de schuldenaar en een buitenbezitstelling is nodig noch wenselijk.¹³⁰

4.2.2. Na de overdracht onder gerechtelijk gezag

Voor de WCO wordt uitgegaan van een overdracht bij wijze van verkoop, waardoor de vergoeding wordt geacht te bestaan uit een som geld. Dit betekent niet dat een inbreng of een vergoeding in iets anders dan geld is uitgesloten. Op deze mogelijkheid wordt verder in dit werk ingegaan.

In tegenstelling tot de wettelijk voorgeschreven procedure bij inbreng, wordt de overdracht onder gerechtelijk gezag niet beschouwd als een overdracht van een geheel. Er is eerder sprake van een overdracht van een feitelijke universaliteit – zoals bij de overdracht van een bedrijfstak of algemeenheid indien partijen niet anders overeenkomen of ook als bij een handelszaak – waarbij de verschillende bestanddelen dan ook afzonderlijk worden overgedragen. Dit blijkt uit de specifieke regelingen die zijn voorzien bij de overdracht van roerende en onroerende bestanddelen van de onderneming¹³¹, maar ook uit het feit dat alleen het actief wordt overgedragen.

Bij de overdracht van de onderneming is het inderdaad zo dat alleen de activabestanddelen worden overgemaakt. In de rechtsleer is er sprake van de zuiverende werking van de verkoop, die gebaseerd is op het faillissement.¹³² De rechten van de schuldeisers gaan immers over op de prijs, waaruit dan een samenloop ontstaat.¹³³

Ook anders dan bij de gemeenrechtelijke overdracht is dat de opbrengst van de verkoop toekomt aan de schuldeisers.¹³⁴ Het gevolg hiervan is dat het

¹³⁰ E. DIRIX, “De bewindvoerder in het insolventierecht”, in H. COUSY, E. DIRIX, S. STIJNS, J. STUYCK en D. VAN GERVEN (eds.), *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Deurne, Kluwer 2000, (521) 523; W. VAN GERVEN, “Een verwaarloosde vorm van handelen voor andermans rekening: naamloos of neutraal handelen” in X, *Album Professor Van Goethem*, Antwerpen, Standaard Boekhandel 1964, 181.

¹³¹ Art. 63 WCO; C. ENGELS, “De overdracht van onroerende goederen in het raam van de wet betreffende de continuïteit van ondernemingen” in UNIVERSITEIT GENT- FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID, *Rechtskroniek voor het notariaat – Deel 16*, Brugge, Die Keure 2010, (99) 124.

¹³² Art. 66 WCO; Amendement nr. 1 van de regering, Parl.St. Kamer 2008-09, nr. 160/002, 78; M. GREGOIRE, “Les sorts des créanciers et leurs garanties” in X, *L’entreprise en difficulté – Solutions et nouveaux outils juridiques*, Louvain-La-Neuve, Anthemis 2009, 63; M. VANMEENEN, “De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen”, *RW 2008-09*, (1282) 1317.

¹³³ C. ALTER, « La procédure de réorganisation (les différentes options ainsi que les mesures extrajudiciaires) » in F. DE TANDT (ed.), *La loi relative à la continuité des entreprises*, Brussel, Larcier 2009, 91.

¹³⁴ Art. 65 WCO *jo.* Deel V, Titel III, Hoofdstukken VII en VIII Gerechtelijk Wetboek; A. ZENNER, *Wet continuïteit ondernemingen: eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia 2009, 154.

vermogen van de schuldenaar sterk zal afnemen en, als het om een vennootschap gaat, zullen dus ook de aandelen een kleinere waarde vertegenwoordigen na de overdracht.

Bij een overdracht onder gerechtelijk gezag gaan dus, in tegenstelling tot de gemeenrechtelijke overdracht, alleen de activa over en komen die ten goede aan de schuldeisers van de overdrager.

4.2.3. Toepassing van de gemeenrechtelijke regels bij verkoop

Zoals BYTTBIER en GESQUIERE opmerken is er bij een overdracht onder gerechtelijk gezag sprake van een verkoop onder gerechtelijk gezag.¹³⁵ De rechtsleer verbindt hieraan als klassieke gevolgen dat de overdrager/schuldenaar niet gehouden is tot vrijwaring voor verborgen gebreken¹³⁶ en ook niet kan worden aangesproken tot vernietiging van de verkoop van een onroerend goed wegens benadeling¹³⁷.¹³⁸ Hoewel de verkoop gebeurt onder gerechtelijk gezag stelt zich voor de (impliciete) niet-concurrentieverplichting geen probleem.¹³⁹

Een bijzonder interessante vraag die de auteurs nog stellen is die naar de doorwerking van vervreemdingsverboden tijdens een procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag.¹⁴⁰ In navolging van Franse Cassatierechtspraak daarover besluiten ze dat wettelijk voorziene overdraagbaarheidsbeperkingen steeds moeten worden nageleefd.¹⁴¹

¹³⁵ K. BYTTBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtigde reorganisatie: getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia 2010, 262-268 (Voor de bevoegdheid te beslissen tot overname van een bedrijfstak of algemeenheid: zie hoger randnr. ...).

¹³⁶ Art. 1641 jo. 1649 BW; C. ENGELS, *Procesrecht in verband met het notariaat – syllabus*, Brugge, Die Keure 2010, 133; J. DE CONINCK, “Artikel 1649 BW” in X, *Bijzondere overeenkomsten: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, Mechelen, Kluwer 2003, afl. 57, 5 (De auteur pleit voor een beperking van de toepassing van deze uitzonderingsregel, maar de overdracht onder gerechtelijk gezag lijkt aan de hand van zijn voorbeelden nog steeds onder de uitzonderingsregel te vallen.).

¹³⁷ Art. 1674 jo. 1684 BW; A. CHRISTIAENS, “Artikel 1683-1684” in X, *Bijzondere overeenkomsten: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, Mechelen, Kluwer, afl. 36, 2; A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Cursusdienst Universitat 2008, 154.

¹³⁸ G. LEVAL en F. HERINCKX, *Les ventes judiciaires d'immeubles*, Brussel, Larcier 2010, 129.

¹³⁹ 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 – volume I*, Antwerpen, Intersentia 2003, (457) 495; I. VEROUGSTRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer Éditions juridiques Belgique 1998, 148.

¹⁴⁰ K. BYTTBIER en M. GESQUIÈRE, “De overdracht onder gerechtelijk gezag” in K. BYTTBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtigde reorganisatie: getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia 2010, 264.

¹⁴¹ Dit is van belang indien de gerechtsmandataris een juridische dochter zou willen overdragen.

5. GEMEENRECHTELIJKE OVERDRACHT ONDER GERECHTELIJK GEZAG

In dit laatste deel zal, na een vergelijking van de twee vormen van overdracht, worden nagegaan of het mogelijk is dat beide vormen interfereren.¹⁴² Dit komt meer concreet neer op de vraag of er tijdens de procedure tot gerechtelijke reorganisatie nog een mogelijkheid is voor een gemeenrechtelijke overdracht. Zoals ZENNER schrijft, kan dit voordelig zijn voor de bijzondere schuldeisers.¹⁴³ Zij genieten immers een grotere zekerheid bij de overdracht volgens gemeen recht. Ook voor de bestuurders en aandeelhouders is dit van belang. In de gemeenrechtelijke procedure is hun toestemming immers vereist om over te gaan tot overdracht.

5.1. OVERDRACHT ONDER GERECHTELIJK GEZAG BUITEN EEN PROCEDURE TOT GERECHTELIJKE REORGANISATIE

Een denkbare interferentie is die van de overdracht onder gerechtelijk gezag in het gemeen recht. Gelet op de mogelijkheid tot beperking van de rechten van werknemers en de zuiverende werking van de overdracht onder gerechtelijk gezag zou dit voor de overdragende partijen interessant kunnen zijn. Het is echter onwaarschijnlijk dat de gerechtsmandataris zou meewerken aan een dergelijke constructie, die vreemd is aan het opzet van de WCO. Deze hypothese zal hier dan verder ook niet besproken worden, omdat ze zich in de praktijk niet zal voordoen.

5.2. VENNOOTSCHAPSRECHTELIJKE OVERDRACHT DOOR DE GERECHTSMANDATARIS

5.2.1. *Situering van de mogelijkheid tot overdracht*

Aan het begin van dit deel lijkt het aangewezen enkele voorbeelden te geven die verder ter illustratie kunnen dienen. Deze voorbeelden dienen eveneens ter staving van minder conventionele hypothesen die doorheen dit werk werden aangenomen.

Hoger¹⁴⁴ werd verdedigd dat overnemers eventueel ook geïnteresseerd zijn in een niet-rendabel deel van de onderneming. Dit blijkt ook uit de mogelijkheid

¹⁴² Omdat de verschillpunten en grote lijnen van beide vormen van overdracht al in de voorgaande delen aan bod kwamen, zullen hier minder voetnoten te vinden zijn dan in de voorgaande delen. De weinige bronnen die verwijzen naar een mogelijke combinatie van de beide vormen komen hier wel (opnieuw) aan bod.

¹⁴³ A. ZENNER, *Wet continuïteit ondernemingen: eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia 2009, 142.

¹⁴⁴ Zie hoger.

van overdracht van heel de onderneming, die immers per definitie niet rendabel is.

- Een verkoper van tweedehandswagens die, om in te spelen op de tendensen in de automarkt, start met het verstrekken van kredieten aan zijn cliënteel, komt door de financiële crisis en een vergissing in de kredietwaardigheid van enkele cliënten in de problemen.
- Een keten van speelgoedwinkels, die haar activiteiten heeft willen uitbreiden door ook online speelgoed aan te bieden, ziet dat door de hoge kosten van levering aan huis en van onderhoud van de website, al haar activiteiten verlies laten.

In het eerste voorbeeld zullen gespecialiseerde kredietverstrekkers de activiteiten misschien wel rendabel kunnen maken door een grotere administratie, die vaak ook beter is in de inschatting van risico's. In het tweede voorbeeld zullen er onlinebedrijven zijn, die de leveringen kunnen combineren met eigen leveringen en meer klanten kunnen aantrekken door de aanbidding van speelgoed, waardoor ook die activiteiten weer winstgevend worden.

Hoewel deze hypothesen zeer aannemelijk zijn, in tegenstelling tot wat de wetgever meende, zal het in de praktijk om een minderheid van de gevallen gaan. Voor wat volgt wordt er dus van uitgegaan dat het de rendabele delen van de onderneming zijn die de gerechtsmandataris zal overdragen.

- Als hypothetisch voorbeeld nemen we een transportfirma in het Antwerpse havengebied, die tevens verhuishagens verhuurt. Door de veroudering van de verhuishagens is deze tak verlieslatend. Door hoge brandstofkosten is de transporttak eveneens verlieslatend, maar door de uitstekende ligging biedt deze tak nog mogelijkheden.
- Als voorbeeld waarbij de hele onderneming wordt overgedragen, nemen we een autogarage, die door wanbeleid in moeilijkheden komt. Met een belangrijke concessie en een moderne showroom, is deze onderneming wel rendabel te voeren door een overnemer.¹⁴⁵

Hoger werd er al gewezen op het feit dat de meeste geïnteresseerde overnemers sectorgenoten zullen zijn. Dat mag ook uit bovenstaande voorbeelden blijken. Het gaat in de eerste drie voorbeelden respectievelijk om andere kredietverstrekkers, andere e-shops en andere transportfirma's. Met het oog op de overdracht en vooral op de continuïteit van de onderneming, lijkt het belang dat een concurrent heeft bij de aanvang van een procedure tot gerechtelijke reorganisatie rechtmatig. Deze opvatting over de rechtmatigheid

¹⁴⁵Vrij naar: http://www.fleet-business.com/ben_abeloos_en_hadelin_d_hoop_nachten_wakker_gelegen_-nl-259-174314.html (zaak van de Brusselse Kroymans-concessies).

van het belang, sluit aan bij de dreigende functie die de wetgever aan het verzoek heeft willen geven.¹⁴⁶

5.2.2. Een alternatief: de inbreng van een bedrijfstak of algemeenheid

Een nadeel van de standaardprocedure uit de WCO is dat een overname die in geld gefinancierd wordt, economisch zwaar valt, omdat er vaak niet zoveel kapitaal voorhanden is.

Als illustratie kunnen hier de geïnteresseerde ondernemingen bij het tweede voorbeeld dienen. Deze vaak jonge ondernemingen beschikken niet over grote hoeveelheden kapitaal. Ook in de andere sectoren is een gebrek aan kapitaal in tijden van kredietcrisis denkbaar.

Anders dan in de WCO voorziet het gemeen recht expliciet in de overdracht van een deel van een onderneming bij wijze van inbreng.¹⁴⁷ Dit is voor de overnemer voordeliger, omdat hij dan zelf niet op zoek moet naar kapitaal, maar de overdrager kan vergoeden met aandelen. In een procedure tot gerechtelijke reorganisatie is dit moeilijker, omdat de vergoeding voor de overdracht daar toekomt aan de schuldeisers van de overdrager. Toch zijn de twee figuren niet per se onverenigbaar. Een oplossing zou er immers in bestaan dat de waarde van de aandelen, die de overdracht vergoeden, aan de schuldeisers toekomt. Een vergoeding in aandelen wordt door de wetgever immers niet uitgesloten.¹⁴⁸

Wanneer de overnemer een kleine onderneming is, zal deze methode voor problemen zorgen. De aandelen van kleine overnemers zijn meestal weinig liquide, en het is maar zeer de vraag of de schuldeisers interesse hebben om duurzaam aandeelhouder te worden in deze ondernemingen. Verder zal er zich in dit geval ook bij de kleine ondernemingen zelf een probleem stellen. Waar bij grotere ondernemingen vaak een toegestaan kapitaal voorhanden is voor eventuele overnames¹⁴⁹, is dit voor kleinere ondernemingen zelden het geval. Daar zal dus een tussenkomst van de algemene vergadering nodig zijn, wat dan misschien weer onverenigbaar is met de korte termijnen die de WCO vooropstelt.¹⁵⁰ Omdat het financiële risico voor deze kleine ondernemingen ook groter uitvalt, kan besluitend worden gesteld dat de overname van een

¹⁴⁶ A. ZENNER, *Wet continuïteit ondernemingen: eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia 2009, 143.

¹⁴⁷ Zie hoger.

¹⁴⁸ Zie hoger.

¹⁴⁹ Zie hoger.

¹⁵⁰ Bij de kleinste ondernemingen zal dit probleem zich dan weer niet stellen omdat er in beperktere kringen sneller algemene vergaderingen kunnen worden samengeroepen voor een dergelijke beslissing.

onderneming in moeilijkheden bij wijze van inbreng voor hen praktisch niet haalbaar is.

Wanneer het om een grotere onderneming gaat, en vooral wanneer de aandelen vlot verhandelbaar zijn – bijvoorbeeld omdat het een beursgenoteerde onderneming betreft – is dit wel een werkzame oplossing.¹⁵¹ Er is vaak ook een toegestaan kapitaal voorhanden. De meest voor de hand liggende uitvoering ervan is dan dat de gerechtsmandataris de aandelen opnieuw verkoopt, en met de opbrengst daaruit de schuldeisers uitbetaalt. Een meer doordachte uitvoering ervan zou daarentegen zijn dat de schuldeisers de aandelen zelf in ontvangst nemen.¹⁵² Op die manier wordt de aansprakelijkheid van de gerechtsmandataris beperkt en ontstaat er achteraf ook geen discussie over de opportuniteit van – de timing van – de overdracht.

Een fundamenteel probleem dat zich bij deze werkwijze stelt is dat het passief van het overgedragen deel ook toekomt aan de overnemer.

Voor schuldeisers is deze overdracht van het passief voordelig. Als ze niet worden uitbetaald, krijgen ze op deze manier dan toch een nieuwe schuldenaar op wie ze hun schuld kunnen verhalen.

Voor de overnemer daarentegen vormt dit op het eerste zicht een ernstig nadeel. Anders dan bij de gangbare overdracht onder gerechtelijk gezag, zal hij moeten opdraaien voor het passief van het betrokken deel van de onderneming. In de twee gevallen zal het resultaat echter *de facto* hetzelfde zijn. Door de aanwezigheid van het passief zal de marktwaarde van de onderneming (als bedrijfstak of algemeenheid) immers dalen, waardoor de overnemer er van zijn kant minder voor moet betalen. Nu wordt de vraagprijs bij de overdracht onder gerechtelijk gezag eveneens bepaald door de omvang van de schuldenlast van de onderneming in moeilijkheden. Het inlossen van de claims van de schuldeisers is immers een ijkpunt voor de gerechtsmandataris.¹⁵³ De berekening is voor hem bij de overdracht onder gerechtelijk gezag wel eenvoudiger. Hier zal de gerechtsmandataris immers rekening moeten houden met de meer uitgebreide zekerheid voor de schuldeisers en de voordelen voor

¹⁵¹ P. ERNST en J. VERSTRAELEN, *Reorganisatie van vennootschappen – Fusie, (partiële) splitsing, inbreng van een bedrijfstak of van een algemeenheid*, Mechelen, Ced.Samsom 2002, 172.

¹⁵² Dit zou dan bijvoorbeeld gebeuren ten belope van de waarde van hun schuldvordering, aan een beurswaarde van de aandelen op de dag van de sluiting, of op een andere overeengekomen datum.

¹⁵³ Hier wordt voorbijgegaan aan de discussie of een gerechtsmandataris in de eerste plaats rekening moet houden met de rechten van de werknemers, dan wel met de hoogste prijs (zie hoger). Het punt is dat de betaalde prijs nooit volledig irrelevant wordt naast de rechten van de werknemers en het is aannemelijk dat de overnemer een zelfde behoud van werkgelegenheid voor ogen heeft ongeacht of het gaat om een overdracht als (deel van de) onderneming, dan wel om een overdracht als bedrijfstak of algemeenheid. Over de verschillende ontslagmogelijkheden van werknemers zie hoger.

de schuldenaar, om die af te wegen tegen de lagere prijs die de overnemer zal neertellen.

Een tweede probleem dat zich – vooral in arbeidsintensieve sectoren als in het derde voorbeeld – bij deze werkwijze zal stellen, is dat de overnemer niet geniet van de mogelijke inperking van de rechten van werknemers uit de overdracht uit de WCO.

Zoals hoger aangetoond zijn de krachtigste voordelen voor de overnemer in strijd met EG-richtlijn 2001/23. Het is dus maar zeer de vraag hoe lang deze zullen blijven bestaan en hoe lang dit probleem zich dus nog zal stellen.

Een laatste probleem is eerder technisch. Bij de gemeenrechtelijke inbreng beslist de algemene vergadering op voorstel van de raad van bestuur.

Het gaat hier dus eigenlijk om de vraag of de gerechtsmandataris zich in de plaats kan stellen van de raad van bestuur en/of aandeelhoudersvergadering. Onder de WGA werd dit door de rechtsleer niet aanvaard, *vooreerst* omdat de schuldenaar net principieel aan het hoofd bleef van zijn eigen vermogen en *daarnaast* ook omdat de commissaris¹⁵⁴ alleen over de hem toegewezen bevoegdheden beschikte.¹⁵⁵ De rechtsleer die positief antwoordde op deze vraag voorzag wel in een cumulatie van de verschillende vormvoorwaarden, waarbij de commissaris de rol van bestuurder van de onderneming kreeg toegewezen, maar vond ook geen afdoende antwoord op deze twee fundamentele bezwaren.¹⁵⁶

Zoals hoger beargumenteerd, sluit ik me in dit werk aan bij de visie dat ook in de procedure van de WCO, de schuldenaar zijn beschikkingsbevoegdheid in de regel houdt.¹⁵⁷ Alleen als het tegendeel wordt aangenomen is het eerste argument weerlegd. Tegen het tweede argument kan hier worden aangevoerd dat het toezicht van de rechter het respect voor de rechten van de eigenaar of

¹⁵⁴ S. REMERY en G. SUPPLY, “wet van 31 januari 2009 – van gerechtelijk akkoord naar gerechtelijke reorganisatie”, *NJW* 2009, (610) 618; De functie van commissaris uit de WGA werd in de WCO vervangen door invoering van de functie van gedelegeerd rechter, maar het principe van opgesomde bevoegdheden kan ook voor de gerechtsmandataris verdedigd worden.

¹⁵⁵ C. VAN BUGGENHOUT, “Het beleid van de rechter in de overdracht van de onderneming in moeilijkheden”, *TBH* 2001, (72) 78; a contrario I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer Éditions juridiques Belgique 1998, 139; De commentaar van VAN BUGGENHOUT werd later erkend door VEROUGSTRAETE, waarbij de auteur eenvoudigweg om een ingrijpen van de wetgever verzoekt: I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat – Edition 2003*, Brussel, Kluwer Éditions juridiques Belgique 2003, 157; M. DENEFF, “De overdracht van onderneming in de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord: welke lading dekt de vlag?”, *De BelgAcc* 1998, nr. 2, (7) 10.

¹⁵⁶ Artt. 760 en 761 W.Venn.; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat – Edition 2003*, Brussel, Kluwer Éditions juridiques Belgique 2003, 156.

¹⁵⁷ Zie hoger.

de aandeelhouders zou moeten garanderen. Dit doet evenwel niet af aan het feit dat ze daarmee haar bevoegdheid overschrijdt en dat dit in feite ook niet werkzaam is, aangezien de rechtbank hele andere belangen behartigt. Ook een tegenargument vanuit de rechtspraak “*qui peut le plus peut le moins*” gaat hier niet echt op. De procedure van de WCO is en blijft immers gericht op het vermogen van de schuldenaar en de rechten van de aandeelhouders zijn niet in het geding.

Toch lijkt deze uitkomst niet bevredigend. De vraag is immers welk belang de aandeelhouder zou kunnen hebben bij het verhinderen van een overdracht bij wijze van inbreng. Ook als de overdracht van de onderneming gebeurt volgens de gangbare procedure van de WCO blijft hij immers meestal achter met een aandeel in een failliete vennootschap.

Nemen we het derde voorbeeld. De aandeelhouder die zich verzet tegen een overdracht van de transporttak door middel van inbreng, noopt de gerechtsmandataris tot overdracht van de onderneming volgens de procedure van WCO. In dit geval blijft hij achter met aandelen in de onderneming die de verhuishagens verhuurt. Zoals men in het parlement al vooronderstelde, rest er dit deel van de onderneming niets anders dan het faillissement. De aandeelhouder blijft hier dus ook achter met een waardeloos aandeel.

In de praktijk zou de gerechtsmandataris dit gebrek aan bevoegdheid kunnen verhelpen door met deze argumenten de algemene vergadering te overhalen om in te stemmen. Indien de schuldenaar slechts een kleine onderneming is, kan dit vrij snel gebeuren, maar dit is zeker niet altijd het geval. Hoe dan ook lijkt het aangewezen dat de wetgever in het belang van de overdrachtsmogelijkheden voorziet in een uitbreiding van de bevoegdheid van de gerechtsmandataris op dit vlak.

5.2.3. Een alternatief? De overdracht van een bedrijfstak of algemeenheid

Om dit laatste probleem te omzeilen en toch maar tot een vennootschapsrechtelijke overdracht te komen, zou men de overdracht in sommige gevallen kunnen organiseren als een gewone overdracht van een handelszaak. Hier is overdracht immers wel mogelijk zonder de toestemming van de organen van de schuldenaar. Daarmee haalt men zich echter alle nadelen van de overdracht van een algemeenheid of bedrijfstak op de hals¹⁵⁸, terwijl men net het grote voordeel van de gemeenrechtelijke overdracht verliest¹⁵⁹. Ook dit alternatief is dus niet wenselijk.

¹⁵⁸ Met name de overdracht van het passief samen met het actief en het wegvallen van de mogelijkheid tot verdere inperking van de rechten van de werknemers.

¹⁵⁹ Met name de mogelijkheid van financiering van de overdracht met eigen aandelen door de overnemer.

6. BESLUIT

Dit werk was er op gericht de nieuwe overdracht onder gerechtelijk gezag te vergelijken met de oudere overdracht van een algemeenheid of van een bedrijfstak uit het vennootschapsrecht.

Bij het opstellen van die eerste vorm van overdracht heeft de wetgever in een uitgebreid sociaal programma voorzien, met verschillende toegevingen aan de potentiële overnemers. Zoals aangetoond zijn veel van deze toegevingen echter precair, gelet op de non-conformiteit met de Europese regelgeving. Bij afwezigheid van de sociaalrechtelijke voordelen voor de overnemer bij een overdracht onder gerechtelijk gezag, werd dan de vraag gesteld naar een mogelijke interferentie van de twee vormen. Door de grote verschillen in de gevolgen van de twee vormen van overdracht leek dit me aanvankelijk onwaarschijnlijk.

Toch blijken het echter niet zozeer de substantiële verschillen naar gevolg, maar veeleer de formele verschillen in de procedure, die hier voor een probleem zorgen.

Gelet op de voordelen van een vennootschapsrechtelijke inbreng voor de schuldeisers, maar ook voor de overnemer, pleiten we er hier voor dat ook de gerechtsmandataris een vennootschaps-rechtelijke overdracht zou kunnen voltrekken. Dit kan door hem expliciet de bevoegdheid toe te kennen zich in de plaats te stellen van de vennootschapsrechtelijke organen van de schuldenaar. Op deze manier wordt opnieuw aansluiting gezocht bij de figuur van de bewindvoerder die zijn bevoegdheid afgelijnd ziet door de belangen van het vermogen van de vennootschap. De rechten van de aandeelhouders worden hier dan wel beperkt, maar ook slechts in die mate dat de ze in een overdracht onder gerechtelijk gezag nog een waarde hebben.

Deze theoretische uiteenzetting biedt ook niet meer dan een idee. Het zal in de praktijk moeten blijken of er voldoende voordelen zijn aan deze werkwijze en hoe die dan precies uit te leggen valt.