

# De rol van de rechter bij de Wet Continuïteit van de Ondernemingen

*Lauranne Snick*

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. Ilse Samoy en Dhr. Sander Van Look

## 1. INLEIDING

### 1.1. VOORWOORD

Een elementair principe in het verbintenissenrecht is het beginsel dat elke overeenkomst de partijen tot wet strekt (artikel 1134 Burgerlijk Wetboek)<sup>1</sup>. Het contract moet worden nageleefd en problemen van solvabiliteit of liquiditeit in hoofde van de schuldenaar kunnen dan ook in beginsel geen gegronde redenen zijn om een overeengekomen afspraak tot betaling niet na te komen<sup>2</sup>. Wanneer de debiteur zijn verplichtingen niet vrijwillig nakomt, kunnen deze in rechte worden afgedwongen<sup>3</sup>. Immers, indien de schuldenaar zich in onmogelijkheid bevindt te betalen, kan beslag op zijn goederen worden gelegd<sup>4</sup>, want het vermogen van de schuldenaar vormt het onderpand voor de schuldeiser. Hierbij hebben de schuldeisers in beginsel onderling een gelijk recht om evenredig volgens ieders schuldvordering uit de netto-opbrengst van de goederen te worden voldaan. Dit is natuurlijk niet het geval wanneer er voorrechten gelden<sup>5</sup>. Het slot in dit ‘uitwinningverhaal’ is enerzijds de

---

<sup>1</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, VI, Les biens; les sûretés*, Brussel, Bruylant, 1953, 817,

nr. 842, litt. A; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2005, 40-41; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2005, 163-164.

<sup>2</sup> A. RIZZI, *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, Parijs, LGDJ, 2007, 42 – 43.

<sup>3</sup> E. DIRIX, *Beslagrecht*, Leuven, Acco, 2012, 11; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2005,

40-41; W. THIJNS, A. VERDOODT, *Praktisch verbintenissenrecht*, De Boeck, Berchem, 2012, 29-30.

<sup>4</sup> K. BYTTEBIER, M. GESQUIÈRE, *Algemene beginselen insolventierecht*, Gent, Story Publishers, 2013, 17;

E. DIRIX, *Beslagrecht*, Leuven, Acco, 2012, 13-15; E. Dirix, K. Broeckx, *Beslag in APR*, Kluwer, Mechelen, 2010, 5-7.

<sup>5</sup> Art. 3:296 lid 1 en art. 3:276 NBW; art. 8 Belgische Hypotheekwet.

realisatie van het actief om de schulden te betalen en anderzijds – tenminste in de meeste gevallen – ondernemingsdiscontinuïteit<sup>6</sup>.

Een uitzondering op dit fundamentele beginsel van de verplichte nakoming van verbintenissen en de uitwinning is een door de wet ingevoerd beginsel, waarbij het behoud van de onderneming voorrang krijgt op de naleving van de verbintenissen. De redding van een onderneming of van een deel ervan kan immers belangrijk zijn voor de gehele economie en aldus opgevat worden als een ondersteuning van het algemeen belang<sup>7</sup>. Een andere optie kan zijn dat de partijen vrijwillig de modaliteiten van het contract herzien<sup>8</sup>. In de praktijk wordt de zoektocht naar oplossingen in der minne door de wetgever meer en meer gestimuleerd.

In België geldt als vigerende wetgeving omtrent deze problematiek de Wet betreffende de Continuïteit van de Ondernemingen<sup>9</sup>, in werking getreden op 1 april 2009<sup>10</sup> (hierna: WCO). De wetgeving voorziet in een procedure van reorganisatie van de onderneming, die in het huidige recht een almaar belangrijke plaats inneemt binnen het actuele insolventierecht<sup>11</sup>. In de WCO procedure heeft een ondernemer de keuze tussen drie manieren om zijn bedrijf te reorganiseren. Vooreerst is er de mogelijkheid tot het sluiten van een minnelijk akkoord. De inhoud van dit akkoord hoeft niet openbaar te worden gemaakt. Ten tweede – dit vormt overigens het belangrijkste onderdeel van dit werk – kan gestreefd worden naar een collectief akkoord met de schuldeisers, waarbij een reorganisatieplan wordt opgemaakt dat de meerderheid van de schuldeisers moet goedkeuren. Gedurende een bepaalde termijn worden de schuldeisers dan op een afstand gehouden opdat de schuldenaar tijd en zuurstof zou krijgen om een degelijk plan op te stellen en tot een collectief akkoord te komen. Deze periode van opschorting is een fundamenteel beginsel uit het insolventierecht, meer bepaald saneringsprocedures. Tijdens deze termijn dient de onderneming zich te reorganiseren met het oog op de economische continuïteit<sup>12</sup>. Deze procedure is afgeleid van het Amerikaanse *Chapter 11-*

<sup>6</sup> H. COUSY, “Beginselen van insolventierecht: enkele beschouwingen ter inleiding en duiding” in H. BRAECKMANS, H. COUSY, B. TILLEMANS en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 11; B. WESSELS, [*Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen*], Deventer, Kluwer, 2009, 8.

<sup>7</sup> E. FELTEN, “La loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises : le concordat judiciaire est ainsi revu mais est-il autant corrigé?”, *Cah. Jur.* 2009, afl. 1, 2-9; H. GEINGER, “Enkele bedenkingen over de wet betreffende de continuïteit der ondernemingen” in *Liber amicorum Ivan Verougstraete*, Gent, Larcier, 2011, 327.

<sup>8</sup> Art 1134 BW; A. RIZZI, *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, Parijs, LGDJ, 2007, 90.

<sup>9</sup> BS 9 februari 2009.

<sup>10</sup> Art. 1 KB 27 maart 2009 tot vaststelling van de inwerkingtreding van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, BS 31 maart 2009.

<sup>11</sup> K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, *Algemene beginselen insolventierecht*, Gent, Story Publishers, 2013, 14.

<sup>12</sup> S. BRIJS en S. JACMAIN, “De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord”, in C. GHEUR en P. LAMBRECHT (eds.), *De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 77-78.

plan<sup>13</sup>. In dit onderzoek wordt echter niet vergeleken met het Amerikaanse recht. Ten derde kan tevens gekozen worden voor een overdracht onder gerechtelijk gezag. In deze procedure staat het redden van de economische activiteit voorop, en niet de vennootschap als juridische entiteit als dusdanig<sup>14</sup>.

## 1.2. PROBLEEMSTELLING EN ONDERZOEKSVRAGEN

### 1.2.1. Probleemstelling

Na een eerste onderzoek kan worden vastgesteld dat ondanks de verschillende mogelijkheden die de WCO biedt, er nog steeds onzekerheden zijn. De weg naar de WCO wordt nog te weinig gevonden<sup>15</sup>. Bovendien mag het problematisch heten dat 70 procent van de ondernemingen die een WCO starten, het einde van de procedure niet halen of kort na de periode van opschorting de boeken neerleggen. De WCO, die als ultieme doel het redden van de onderneming vooropstelt, is vaak een laatste stuip trekking van de onderneming alvorens de definitieve faillissementsaanvraag<sup>16</sup>.

In dit onderzoek zal worden nagegaan wat de rol van de rechter in de procedures binnen de WCO inhoudt. Kan de rechter – in tijden van economische crisis – de continuïteit van ondernemingen verzekeren of is zijn bevoegdheid daarvoor te beperkt?

### 1.2.2 Onderzoeksvragen

Welke rol vervult de rechter in de onderscheiden procedures (minnelijk akkoord, reorganisatie door collectief akkoord, overdracht onder gerechtelijk gezag) waarin de WCO voorziet, in het bijzonder met betrekking tot de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord? Welke zijn de bevoegdheden van de rechter vóór de totstandkoming van het akkoord? Kan hij aldus preventief optreden? Welke zijn diens bevoegdheden ná de totstandkoming van het akkoord, zoals de beoordeling van de geldigheid van het akkoord, de homologatie, de uitvoering en beëindiging van het akkoord? Zijn deze bevoegdheden wel toereikend?

Is de wetwijziging een voldoende tegemoetkoming aan de doelstelling die de wet voor ogen hield bij haar inwerkingtreding? Is het zo dat de WCO inderdaad nog onvoldoende tegemoet komt aan de noodzakelijke ingrijpende

<sup>13</sup> R. BROUDE, 'Reorganization under Chapter 11', Law Journal Press, New York, 2006, te raadplegen via Westlaw; E., ALTMAN, 'Evaluating the Chapter 11 Bankruptcy Reorganization Process', *Columbia Business Law Review* 1993, 1.

<sup>14</sup> A. ZENNER, *Wet Continuïteit der Ondernemingen: de eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 140-141.

<sup>15</sup> B. DE MOOR, F. TAILDEMAN en T. VAN LOOCKE, "Continuïteit van de ondernemingen" in *Rechtbanken, balies en bedrijfsrevisorat. Actualiteiten: samenwerking en ondernemingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2012, 140.

<sup>16</sup> Idee geïnspireerd op het interview met P. BROOS, gedelegeerd rechter aan de Rechtbank van Koophandel te Gent dd. 9 mei 2013.

maatregelen die nodig blijken voor een goed verloop van de procedure<sup>17</sup>? De heer Michel Vermaerke, gedelegeerd bestuurder bij Febelfin, toonde aan hoe belangrijk en tegelijkertijd moeizaam het vinden van een billijk evenwicht in een economisch en maatschappelijke belangrijke aangelegenheid is. Het is goed dat evaluatie- en bijsturingsmomenten worden voorzien en de wetgever inziet dat alle betrokkenen moeten worden gehoord<sup>18</sup>.

### 1.3. ONDERZOEKSMETHODE

De onderzoeksmethode aangewend bij het schrijven van deze masterscriptie, is er één met vele invalshoeken, om op die manier een beter begrip te verwerven in de materie. Het onderwerp van deze scriptie is weliswaar interessant doch complex en één enkele invalshoek kan aldus niet volstaan.

Vooreerst is een analyse van de bestaande Belgische WCO procedure op zijn plaats. Dit stelt ons immers in de mogelijkheid reeds enkele vraagtekens rond deze materie op te lossen. Verder is een grondige literatuurstudie aan de orde. Zowel algemene handboeken met betrekking tot het handels- en economisch recht als handboeken die zich toespitsen op de materie van de continuïteit van ondernemingen worden bestudeerd. De focus wordt tevens gelegd op bijdragen verschenen in tijdschriften en ook de reeds voorhanden zijnde rechtspraak wordt uitgepluisd. Dit is zeer belangrijk aangezien het nog een recente materie betreft. Tot slot wordt in deze masterscriptie occasioneel verwezen naar bijdragen van vooraanstaande Engelse advocaten, voorzover de informatie niet kon worden opgespoord in andere rechtsbronnen.

Daarnaast wordt er rechtsvergelijkend te werk gegaan. Rechtsvergelijking heeft als doel het verwerven van kennis, maar ook het leren kennen en relativeren van het eigen rechtssysteem. Via rechtsvergelijking groeit het besef dat het eigen rechtssysteem niet het beste is en dat er ook andere oplossingen mogelijk zijn, soms zelfs betere<sup>19</sup>. Er vond externe rechtsvergelijking plaats waarbij vergeleken werd met het Verenigd Koninkrijk. In de meeste Europese landen wordt meer aandacht besteed aan het beschermen van de schuldeisers in plaats van het redden van een onderneming in moeilijkheden. De Engelse procedure van “*scheme of arrangement*” is gelijkaardig aan de Belgische procedure van gerechtelijke reorganisatie. De procedure van de *schemes of arrangement* wordt tegenwoordig overigens veel gebruikt door grotere ondernemingen in een internationale context.

---

<sup>17</sup> Idee geïnspireerd op het interview met P. Broos, gedelegeerd rechter aan de Rechtbank van Koophandel te Gent, dd. 9 mei 2013 en met T. LYSSENS, Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Tongeren, dd. 27 november 2013.

<sup>18</sup> Idee geïnspireerd op het interview met M. VERMAERKE, gedelegeerd bestuurder bij Febelfin, dd. 23 april 2014.

<sup>19</sup> W. DEVROE, *Rechtsvergelijking in een context van europeanisering en globalisering*, Leuven, Acco, 2010, 30-31.

De procedure van *schemes of arrangement* wordt vergeleken met de procedures voorzien in de WCO. Alsook wordt onderzocht of die procedure erkend wordt buiten het Verenigd Koninkrijk, o.m. in Duitsland en België; dit aan de hand van het internationaal privaatrecht. Vergelijken met het Verenigd Koninkrijk is interessant omdat er op deze wijze twee totaal verschillende rechtssystemen, het continentaal recht en het *common law* recht, tegenover elkaar worden geplaatst. Het rechtssysteem van het Verenigd Koninkrijk wordt gekenmerkt door zijn uitgebreide *case law*. *Case law* verwijst naar het geheel van rechterlijke uitspraken in individuele zaken<sup>20</sup>. Het Engels recht is een praktijkrecht; het continentale recht een wetenschappelijk recht<sup>21</sup>.

Tot slot werden ook interviews afgenomen met verschillende advocaten en magistraten werkzaam binnen dit domein om na te gaan in welke mate het doel van deze wet wordt gerealiseerd. De bevindingen van de theoretische analyse van de bepalingen van de wet werden aldus getoetst aan de praktijk. Deze interviews zullen helpen om kritische bedenkingen te maken doorheen de theoretische analyse en alzo tot een zinvollere conclusie te komen.

#### 1.4. ONDERZOEKSPLAN

Deze masterscriptie is onderverdeeld in vier grote delen. In deel I wordt beknopt de WCO gesitueerd en wordt vergeleken met zijn voorganger, de WGA. In deel II wordt de WCO in het algemeen besproken en wordt dieper ingegaan op de werking van de WCO en de regels die gemeenschappelijk zijn aan de drie procedures waarin de WCO voorziet. Verder worden de werking van het buitengerechtelijk minnelijk akkoord, het gerechtelijk minnelijk akkoord en de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag uit de doeken gedaan. Deel III vormt het hoogtepunt van het onderzoek en spitst zich toe op de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord en wat de rol van de rechter hierin betreft. Deel IV, het sluitstuk van dit werk, zal dan overgaan tot een diepgaande analyse van de Engelse procedure van de *schemes of arrangement*. Zowel de positieve punten als de knelpunten van deze procedure worden onder de loep genomen. Bovendien wordt ook het IPR aspect (of de Engelse rechter rechtsbevoegdheid heeft en of deze procedure al dan niet erkend wordt in andere landen dan de UK) onderzocht.

---

<sup>20</sup> W. DEVROE, *Rechtsvergelijking in een context van europeanisering en globalisering*, Leuven, Acco, 2010, 120-123.

<sup>21</sup> F. GORLÉ, G. BOUREOIS, H. BOCKEN, F. REYNTJENS, W. DE BONDT, K. LEMMENS, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 196-198.

## 2. SITUERING VAN DE WET CONTINUÏTEIT DER ONDERNEMINGEN

### 2.1. DE WET BETREFFENDE HET GERECHTELIJK AKKOORD

GERECHTELIJK AKKOORD - De voorloper van de WCO was de Wet betreffende het gerechtelijk akkoord van 17 juli 1997, in werking getreden op 1 januari 1998<sup>22</sup> (hierna: WGA). Net zoals de WCO had de WGA de bedoeling preventief op te treden, om ervoor te zorgen dat de onderneming nog gered kon worden en faillissement kon worden vermeden<sup>23</sup>. Bij de invoering van de WGA werd zelfs de hoop uitgedrukt dat het gerechtelijk akkoord (met als resultaat het redden van de onderneming en haar activiteiten) de regel zou worden en het faillissement (met het verdwijnen van de onderneming en haar activiteiten) de uitzondering<sup>24</sup>.

Centraal stonden de ondernemingen die zich op één of andere manier in een penibele situatie bevonden, die niet totaal uitzichtloos was<sup>25</sup>. Door deze wet zouden ondernemingen aangemoedigd worden om een preventief of remedieërend herstelplan uit te werken. De WGA blonk echter niet uit door ambitie<sup>26</sup>. Al van bij de bespreking van het wetsontwerp hadden een aantal senatoren en volksvertegenwoordigers verduidelijkt dat ze elke overdreven euforie wilden vermijden. Ze waren heel terughoudend over het ontwerp<sup>27</sup>.

PIJNPUNTEN - De WGA heeft slechts weinige jaren toepassing gevonden en moet *grosso modo* als een mislukking worden beschouwd<sup>28</sup>. De belangrijkste oorzaken hiervoor waren de vrees voor de reacties van de handelspartners van een onderneming (zeker wanneer de aanvraag media-aandacht kreeg), de

---

<sup>22</sup> BS 28 oktober 1997.

<sup>23</sup> P. CAVENAILE, *Lecture pour les praticiens de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises*, Luik, Editions du Jeune barreau de Liège, 2009, 9; G. BANKEN, olv H. COUSY, "Het gerechtelijk akkoord", *Jura Falc.* 2006-07, afl. 43, nr. 2, 297-298.

<sup>24</sup> G. DE CROOCK, L. DE DECKER, I. DE LEENHEER, E. DURSIN en M. VERSCHULDEN, *Gerechtelijk akkoord of faillissement? Pijnpunten en remedies*, Mechelen, Kluwer, 2003, 121; K. DE MEESTER, E. DURSIN en H. GEINGER, *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord herbekeken*, Antwerpen, Maklu, 2004, 145-146; M. DE GRAEVE, "Het gerechtelijk akkoord is aan een gerechtelijke reorganisatie toe", *TVW* 2009, 178; M. VANMEENEN, "De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen", *RW* 2008-09, 1284; A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, Brussel, Larcier, 1998, 863.

<sup>25</sup> E. BALLON, J. DE LEENHEER, M. DENEFF en D. DESIMPELAERE, *De nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord*, Diegem, Ced. Samson, 1997, 25.

<sup>26</sup> A. ZENNER, "La loi relative à la continuité des entreprises. Genèse et philosophie de la loi" in F. DE TANDT, C. ALTER, L. PELTZER, J. WINDEY en A. ZENNER, *La loi relative à la continuité des entreprises*, Brussel, Larcier, 2009, 9-10.

<sup>27</sup> A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, Brussel, Larcier, 1998, 863-866.

<sup>28</sup> G. DE CROOCK, L. DE DECKER, I. DE LEENHEER, E. DURSIN en M. VERSCHULDEN, *Gerechtelijk akkoord of faillissement? Pijnpunten en remedies*, Mechelen, Kluwer, 2003, 121; K. DE MEESTER, E. DURSIN en H. GEINGER, *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord herbekeken*, Antwerpen, Maklu, 2004, 145-146.

overdreven aantasting van de rechten van schuldeisers, het risico op een gedwongen overdracht van de ondernemingen en ten slotte de fiscale twijfelpunten<sup>29</sup>. Bovendien was de toegang tot het gerechtelijk akkoord onderworpen aan veel te strenge voorwaarden: die kwamen er eigenlijk op neer dat het akkoord enkel mocht worden toegestaan aan leefbare en rendabele ondernemingen met liquiditeitsproblemen<sup>30</sup>. In het algemeen werd er op een verkeerde wijze gebruik gemaakt van de procedure. In bijna alle gevallen werd het gerechtelijk akkoord te laat aangevraagd, nadat alle alternatieven om faillissement te voorkomen, hadden gefaald<sup>31</sup>.

Andere pijnpunten van de WGA betroffen de moeilijkheden die de ondernemingen vaak ondervonden om nieuwe financiering te bekomen. Deze vloeiden voort uit de onzekerheid die bestond over het lot van de verstrekte zekerheden en tevens uit de aansprakelijkheidsvrees van de commissaris inzake opschorting. Bovendien was de duur van de voorlopige definitieve opschorting te beperkt voor grote ondernemingen<sup>32</sup>. De rechtbank van koophandel wees op de rechtsonzekerheid door lacunes in de wet. Deze onzekerheid vormde een drempel om een beroep te doen op het gerechtelijk akkoord, behalve voor ondernemingen die niets meer te verliezen hebben en die in een faillissement nog de enige uitweg zien<sup>33</sup>.

NEGATIEVE PERCEPTIE - Het zijn echter niet alleen deze objectieve pijnpunten die de doodsteek gaven aan het gerechtelijk akkoord. Een niet te onderschatten rol ging uit naar de perceptie van de WGA<sup>34</sup>. Deze negatieve visie ontstond door het mislukken van een aantal grote zaken zoals Sabena en Lernout&Hauspie Speech Products<sup>35</sup>. Veel ondernemingen deinsden er dus

---

<sup>29</sup> B. DE MOOR, "Wet continuïteit ondernemingen-medecontractant in X, *Knipperlichten*, Larcier, Gent, 2010, 28; A. ZENNER, "Van gerechtelijk akkoord naar continuïteit van de onderneming", in B. ALLEMEERSCH, en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 6.

<sup>30</sup> I. VEROUGSTRAETE, "Situering van en redenen voor de toepassing van de nieuwe wet" in VORMINGSINSTITUUT NEDERLANDSE ORDE ADVOCATEN BALIE BRUSSEL VIA-NOAB, *Continuïteit van de ondernemingen*, Herentals, Knops Publishing, 2010, 4-5.

<sup>31</sup> K. DE MEESTER, E. DURSIN en H. GEINGER, *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord herbekeken*, Antwerpen, Maklu, 2004, 145.

<sup>32</sup> P. COUSSEMENT, "De wet op de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009", *TBH* 2009, 286; P. LAMBRECHT en C. GHEUR, "Du concordat judiciaire à la continuité des entreprises" in P. LAMBRECHT en C. GHEUR, *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 15-17.

<sup>33</sup> *Verslag over de werking van de rechtsmacht- Jaar 2000, 2002, 19.*

<sup>34</sup> G. DE CROOCK, L. DE DECKER, I. DE LEENHEER, E. DURSIN en M. VERSCHULDEN, *Gerechtelijk akkoord of faillissement? Pijnpunten en remedies*, Mechelen, Kluwer, 2003, 121.

<sup>35</sup> B. DE MOOR, "De gegevensverzameling, de handelonderzoeken en de ondernemingsbemiddelaar in de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen" in P. LAMBRECHT en C. GHEUR, *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 37; P. COUSSEMENT, "De wet op de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009", *TBH* 2009, 286.

voor terug een dergelijke aanvraag in te dienen. Hierdoor werd de remediërende werking die men voor ogen had, niet verwezenlijkt<sup>36</sup>.

## 2.2: DE WCO

### 2.2.1. Innovatie WCO

EVENWICHTSOEFENING - De WCO van 31 januari 2009 is in de plaats gekomen van de WGA<sup>37</sup>. Een nieuwe wet was nodig, aangezien in 2009 een financiële crisis ons land trof. De commissie voor de problemen inzake handels-en economisch recht meldt in haar verslag dat het wetsvoorstel duidelijk een evenwicht zoekt tussen enerzijds de onmiddellijke belangen van de schuldeisers en anderzijds de noden van de economie in een ruimer perspectief<sup>38</sup>. De WCO maakt niet volledig komaf met een aantal bepalingen voorzien in de WGA. Sommige onderdelen zijn ongewijzigd overgenomen. De wetgever vertrok dus niet van een *tabula rasa*, maar opteerde ervoor om de goede elementen uit de WGA te behouden<sup>39</sup>.

WAAIER AAN MOGELIJKHEDEN - De nieuwe wet is innovatief, omdat ze aan ondernemingen in moeilijkheden een vrij snelle en eenvoudige oplossing aanreikt voor hun problemen. Het streefdoel wordt duidelijk vermeld in artikel 16, eerste lid WCO: *“het behouden, onder toezicht van de rechter, van de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de onderneming in moeilijkheden of van haar activiteiten.”* In tegenstelling tot de WGA, waarbij de onderneming enkel kon kiezen tussen gerechtelijk akkoord of faillissement, biedt de WCO net een waaier aan mogelijkheden aan de ondernemer, gaande van zeer vrije tot eerder strikte regelingen<sup>40</sup>. Hij behoudt bovendien zijn volledige bestuurs- en beschikkingsbevoegdheid. De WCO is tevens veel duidelijker, toegankelijker en neutraler dan zijn voorganger.

BEHOUD VAN DE ACTIVITEITEN STAAT VOOROP - De WCO maakt het mogelijk een werkzaam economisch model op te stellen voor de onderneming. De rechter heeft hiervoor een beperkte, maar toch zeer belangrijke beleidsvrijheid. Dat beleid richt zich volledig op het behoud van de ondernemingsactiviteiten. Centraal in elke procedure staat het gezond maken van de onderneming en dit

---

<sup>36</sup> K. DE MEESTER, E. DURSIN en H. GEINGER, *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord herbekeken*, Antwerpen, Maklu, 2004, 7-8.

<sup>37</sup> Art. 85 WCO.

<sup>38</sup> Verslag namens de commissie belast met de problemen inzake handels-en economisch recht, *Parl. St. Kamer 2007-08*, nr. 160/5, 7.

<sup>39</sup> S. REMMERY en G. SUPPLY, “Wet van 31 januari 2009: van gerechtelijk akkoord naar gerechtelijke reorganisatie”, *NJW 2009*, 610.

<sup>40</sup> Wetsvoorstel betreffende de continuïteit van de ondernemingen, *Parl. St. Kamer 2007-08*, nr. 160/1. In de memorie van toelichting van het voorontwerp van wet stond geschreven: *“De onderneming staat niet meer voor de tweevoudige keuze van het concordaat of faillissement, maar kan integraal beschikken over een meervoud aan opties, gaande van zeer vrije systemen tot systemen die van meer dringende aard zijn”*.



via de gepaste technieken: overdracht van een deel van de activiteit, kwijtschelding van de schuld, moratorium...<sup>41</sup>. Opmerkelijk is de positie van de schuldeisers in deze procedure; deze brengt geen samenloop<sup>42</sup> met zich mee<sup>43</sup>.

SOEPEL SYSTEEM MET EEN GAMMA AAN KEUZES - Samengevat heeft de WCO zeker een aantal essentiële kwaliteiten. De WCO biedt een soepel systeem, waarbij voor de onderneming in moeilijkheden een gamma van mogelijkheden is voorzien. Bovendien leidt de WCO ook tot potentiële kostenverlaging<sup>44</sup>. De WCO beschikt over drie verschillende instrumenten inzake gerechtelijke reorganisatie; deze kunnen elk op hun beurt worden gehanteerd tijdens dezelfde procedure, of zelfs tegelijk voor afzonderlijke procedures<sup>45</sup>. Het is dus mogelijk om wanneer één vorm mislukt, over te gaan naar een andere vorm voorzien in de WCO<sup>46</sup>. De drie vormen zijn 1° de reorganisatie door minnelijk akkoord onder gerechtelijk toezicht<sup>47</sup>, 2° de reorganisatie door een collectief akkoord dat overeenkomt met het oude gerechtelijk akkoord<sup>48</sup> en 3° de reorganisatie onder gerechtelijk gezag<sup>49</sup>. De WCO beschikt daarenboven over een buitengerechtelijke procedure.

### 2.2.2. Eerste evaluatie van de WCO

TE WEINIG ONDERNEMINGEN BEROEPEN ZICH OP DE WCO - Of de wet haar ultieme doel bereikt, namelijk het vermijden van faillissementen of anders het redden van zoveel mogelijk ondernemingswaarde, is nog onduidelijk<sup>50</sup>. Het zou voorbarig zijn om nu al een definitieve analyse te maken van de wet,

<sup>41</sup> Voorstel van wet tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2692/001, 5.

<sup>42</sup> Samenloop is elke situatie waarin meerdere schuldeisers verhaal nemen op dezelfde activa. Of anders: "elke situatie waarin één, meer of alle activa van een schuldenaar aan een collectieve realisatie worden onderworpen, anders gezegd met een collectief recht van de schuldeisers worden bezwaard, zodat hun onderlinge rechten op die activa gefixeerd zijn, en daartoe onder bewind worden gesteld" (M. STORME, *Insolventierecht in kort bestek*, Gent, 2013, 117-118).

<sup>43</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 157; A. ZENNER, *Wet Continuïteit der Ondernemingen: de eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2009, v-vi.

<sup>44</sup> B. DE MOOR, F. TAILDEMAN EN T. VAN LOOKE, "Continuïteit van de ondernemingen" in *Rechtbanken, balies en bedrijfsrevisoraat. Actualiteiten: samenwerking en ondernemingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2012, 139.

<sup>45</sup> F. DE MEY, "Wet continuïteit ondernemingen" in *Gerechtelijk akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2010, 104; A. ZENNER, *Wet Continuïteit der Ondernemingen: de eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 13.

<sup>46</sup> G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 558.

<sup>47</sup> Art. 43 WCO.

<sup>48</sup> Art. 44-58 WCO; C. GHEUR en P. LAMBRECHT, "Du concordat judiciaire à la continuité des entreprises" in C. GHEUR en P. LAMBRECHT, *La loi relative à la continuité des entreprises*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 30.

<sup>49</sup> Art. 59-70 WCO.

<sup>50</sup> D. BRULOOT en D. VERMEIREN, "Wet continuïteit ondernemingen hervormd", *Juristenkrant* 2012, afl. 273, 2-3.

aangezien deze nog maar vier jaar in werking is<sup>51</sup>. Volgens de beschikbare cijfers heeft de procedure die door de WCO werd ingevoerd, tot 857 vonnissen geleid in één jaar. Dit is tien maal het aantal gerechtelijke akkoorden die vroeger in dezelfde tijdsduur werden verkregen op basis van de oude WGA<sup>52</sup>. Toch moeten we vaststellen dat sinds de tweede jaarhelft van 2011 het aantal toepassingen van de WCO niet meer significant toeneemt. Dit is in zekere zin in contradictie met de economische omstandigheden op dat ogenblik. Immers, in 2011 en daarna is het aantal bedrijven dat in zware moeilijkheden verkeert gestegen door een crisisgolf. Toch blijkt dat in die periode nauwelijks méér ondernemingen een beroep doen op de WCO. Bovendien zouden slechts 2% van de ondernemingen die zware moeilijkheden ondervinden zich beroepen op de mogelijkheden die de wet hun biedt<sup>53</sup>. Daaruit volgde de noodzaak om de incoherenties van de wet te verhelpen door middel van een wetswijziging.

WETSWIJZIGING IS EEN COMPROMIS - Het eerste ontwerp tot wijziging van de WCO<sup>54</sup>, thans wet geworden, handhaaft de primauteit van het behoud van de continuïteit van de onderneming. Vaak echter zijn de rechten van de schuldeisers niet verenigbaar met de continuïteit van de onderneming. Zowel een versterking van de rechten van de schuldeisers als het toekennen van grotere bevoegdheden aan de rechtbanken zijn eigenlijk noodzakelijk, maar dit tast op zijn beurt dan weer de continuïteit van de onderneming aan. Het resultaat is een compromis dat de tekortkomingen van de WCO tracht te verhelpen, maar niet wegwerkt<sup>55</sup>.

### 2.2.3. Wetswijzigingen inzake WCO

GRONDBEGINSELEN BLIJVEN DEZELFDE - Op 1 augustus 2013 trad de vernieuwde WCO in werking, met uitzondering van de artikelen 7 (voorwaarden voor elektronische aangiften, mededelingen en kennisgevingen) en 42 tot 45 (registratierechten bij procedure van gerechtelijke reorganisatie). Deze treden in voege op 31 december 2014<sup>56</sup>. Eén van de belangrijkste betrachtingen van de wetswijziging is om naar verhouding meer bedrijven toe

---

<sup>51</sup> MvT bij het wetsontwerp tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *Parl. St. Kamer* 2012-13, nr. 2692/1, 4.

<sup>52</sup> Voorstel tot wijziging van de wet van 13 februari 1998 houdende bepalingen tot bevordering van de tewerkstelling en van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit der ondernemingen, ten einde in bepaalde gevallen van aangekondigde sluiting de overdracht van de activiteiten te ondersteunen, *Parl. St. Senaat* 2012-13, nr. 2085/1, 1.

<sup>53</sup> M. GREGOIRE, "Trois réformes à l'étude touchant à l'exercice de l'activité bancaire" in M. GREGOIRE, J.-P. BUYLE, P. PROESMANS en D. RAES, *Le droit bancaire et financier en mouvement*, Brussel, Bruylant, 2013, 18; GRAYDON BELGIUM, "Wet op de continuïteit van de ondernemingen: round-up na 3 jaar werking" in *Foro Unie der Rechters in Handelszaken van België*, 2012/2, 5.

<sup>54</sup> Wetsontwerp tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *Parl. St. Kamer* 2013, nr. 2692/1.

<sup>55</sup> T. LYSSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 6-7.

<sup>56</sup> T. LYSSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 6-7.

te laten die werkelijk overlevingskansen hebben<sup>57</sup>. De grondbeginselen – het behoud van de activiteit van de onderneming – blijven dezelfde<sup>58</sup>.

UITBREIDING VAN HET TOEPASSINGSGEBIED - Om de knelpunten inzake de gerechtelijke reorganisatie met betrekking tot de WCO te verhelpen, voorziet de wet een aantal belangrijke nieuwe maatregelen. Zo wordt het toepassingsgebied van de WCO uitgebreid. Voortaan is de WCO ook van toepassing op kooplieden, handelsvenootschappen, burgerlijke vennootschappen met een handelsvorm en landbouwvenootschappen. Landbouwers vallen nu ook onder het personeel toepassingsgebied<sup>59</sup>. Alleen de vrije beroepen vallen nog buiten het toepassingsgebied van de WCO<sup>60</sup>.

INVOERING VAN EEN EXTRA INFORMATIEVERPLICHTING - Verder krijgen de externe accountant, de belastingconsulent, de externe erkend boekhouder-fiscalist en de bedrijfsrevisor een bijkomende verplichting. Het is nu hun taak om de onderneming in te lichten indien zij vaststellen dat de continuïteit ervan in gevaar is. Indien er gedurende 12 maanden niets wordt ondernomen om de continuïteit te waarborgen, kunnen zij de voorzitter van de rechtbank van koophandel schriftelijk op de hoogte brengen<sup>61</sup>. De rechter kan bij hen inlichtingen inwinnen over de stand van zaken<sup>62</sup>. Deze “verklikkersfunctie” acht de wetgever uitermate belangrijk. In de memorie van toelichting wordt immers gesteld: “de economische beroepsbeoefenaars verplichten om een initiatief te nemen, is nodig voor een efficiënte preventie van de discontinuïteit”<sup>63</sup>. De wetgever beschouwt de informatieverplichting als een instrument in de strijd tegen de discontinuïteit van ondernemingen. Of de economische beroepsbeoefenaar bij het niet-naleven van deze informatieverplichting een aansprakelijkheidsrisico loopt, is echter niet duidelijk in de wet<sup>64</sup>.

ELEKTRONISCH DOSSIER - Vanaf nu geldt ook de verplichting een “elektronisch dossier van gerechtelijke reorganisatie” op te stellen. Deze verbetering, in het

<sup>57</sup> GRAYDON BELGIUM, “Wetswijziging WCO werpt zijn eerste vruchten af”, Graydon 2014, 4.

<sup>58</sup> M. GREGOIRE, “Trois réformes à l’étude touchant à l’exercice de l’activité bancaire in M. GREGOIRE, J.-P. BUYLE, P. PROESMANS en D. RAES, *Le droit bancaire et financier en mouvement*, Brussel, Bruylant, 2013, 18.

<sup>59</sup> Art. 4 Wet 27 mei 2013 tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *BS* 22 juli 2013; F.-X. VAN DER MERSCH, “De nieuwe formele vereisten van Belgische Wet op de Continuïteit van Ondernemingen: een goede stap voorwaarts”, [www.lexgo.be](http://www.lexgo.be)

<sup>60</sup> M. GREGOIRE, “Trois réformes à l’étude touchant à l’exercice de l’activité bancaire in M. GREGOIRE, J.-P. BUYLE, P. PROESMANS en D. RAES, *Le droit bancaire et financier en mouvement*, Brussel, Bruylant, 2013, 18.

<sup>61</sup> T. LYSSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 14-15; Wetgeving, “Continuïteit ondernemingen”, *NJW* 2013, 651-652.

<sup>62</sup> T. LYSSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 14-16.

<sup>63</sup> Voorstel van wet tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *Parl. St. Kamer* 2012-2013, nr. 2692/1, 11.

<sup>64</sup> Idee geïnspireerd op het interview met T. VAN LOECKE, bedrijfsrevisor Deloitte, dd. 26 maart 2014.

kader van de informatie aan de schuldeisers over het verloop van de procedure, is bedoeld om misbruiken te vermijden. Er zal dus een grotere transparantie zijn, wat natuurlijk het risico inhoudt dat de reputatie van de onderneming daaronder lijdt<sup>65</sup>.

VERBETERDE PROCEDUREREGELS - Eén van de belangrijkste wijzingen aan de WCO is ook dat vanaf nu alle stukken bij het inleidend verzoekschrift moeten worden gevoegd, dit op straffe van onontvankelijkheid<sup>66</sup>. Zo krijgt de rechter onmiddellijk een goed beeld van de situatie. Deze maatregel beoogt misbruiken uit te sluiten. Tot de meest vastgestelde misbruiken binnen de procedure van de WCO behoort immers het indienen van een verzoekschrift met de enige bedoeling uitstel van betaling te verkrijgen - zonder inzicht in de mogelijke redding van de onderneming - én de uitvoeringsmaatregelen door schuldeisers te blokkeren<sup>67</sup>. Dit leidt dan tot onvolledige aanvragen en het ontbreken van essentiële elementen. De aanpassing van dit artikel maakt duidelijk dat de continuïteit van de onderneming vooropstaat, niet het uitstel van betaling<sup>68</sup>. Bovendien wordt de sanctie nu expliciet in de wet neergeschreven<sup>69</sup>.

FINANCIËLE DREMPEL - Ten vierde wordt er een vaste kostprijs van 1 000 euro voorzien voor de volledige procedure van gerechtelijke reorganisatie, een som die vooraf betaald dient te worden<sup>70</sup>. Die financiële drempel lijkt in strijd met de bedoeling van de wetgever om de procedure toegankelijk te maken voor alle bedrijven. Maar enkele jaren ervaring hebben duidelijk gemaakt dat de procedure, voorzien in de WCO, gebruikt wordt om uitwinningsmaatregelen door de gerechtsdeurwaarder tegen te gaan<sup>71</sup>. Dit gebeurt omdat het goedkoper is dan verzet aan te tekenen bij de beslagrechter tegen een uitvoerend beslag. Trouwens, valt het te rijmen dat een onderneming die zelfs geen 1 000 euro kan opbrengen, nog gered zou kunnen worden<sup>72</sup>?

---

<sup>65</sup> M. GREGOIRE, "Trois réformes à l'étude touchant à l'exercice de l'activité bancaire" in M. GREGOIRE, J.-P. BUYLE, P. PROESMANS en D. RAES, *Le droit bancaire et financier en mouvement*, Brussel, Bruylant, 2013, 19; D. BRULOOT en D. VERMEIREN, "Wet continuïteit ondernemingen hervormd", *Juristenkrant* 2012, nr. 273, 3-4.

<sup>66</sup> Art. 17 WCO.

<sup>67</sup> D. BRULOOT, D. VERMEIREN, "Wet continuïteit ondernemingen hervormd", *Juristenkrant* 2012, nr. 273, 2-3.

<sup>68</sup> M. GREGOIRE, "Trois réformes à l'étude touchant à l'exercice de l'activité bancaire" in M. GREGOIRE, J.-P. BUYLE, P. PROESMANS en D. RAES, *Le droit bancaire et financier en mouvement*, Brussel, Bruylant, 2013, 18-19; T. LYSSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 19-22; Wetgeving, "Continuïteit ondernemingen", *NJW* 2013, 651-652.

<sup>69</sup> Voorstel van wet tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *Parl.St.* Kamer 2013, nr. 53-2692/001, 13.

<sup>70</sup> Wetgeving, "Continuïteit ondernemingen", *NJW* 2013, nr. 287, 651-652.

<sup>71</sup> Idee geïnspireerd op het interview met M. VAN ESSCHE, advocaat, dd. 29 april 2014.

<sup>72</sup> T. LYSSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 20.

De rechter kan nu ook de lopende procedure van gerechtelijke reorganisatie stopzetten wanneer duidelijk wordt dat de schuldenaar niet in staat blijkt om zijn onderneming te redden. Daarnaast bestaat nu ook voor de rechtbank de mogelijkheid – dankzij een nieuwe paragraaf in artikel 55 – om de stemming uit te stellen wanneer zij van mening is dat het plan de pleegvormen niet naleeft of de openbare orde schendt<sup>73</sup>.

WIJZIGING VAN GELIJKE BETALINGEN TUSSEN SCHULDEISERS - Van zeer groot belang is ten slotte ook het nieuwe artikel 49/1 WCO<sup>74</sup>. Het stipuleert dat in het reorganisatieplan een betalingsvoorstel voorzien moet worden dat 15% van het bedrag van de schuldvordering garandeert voor schuldeisers (dit betekent dat sommige crediteurs nog steeds gedwongen zullen worden om 85% van hun schuldvordering op te geven<sup>75</sup>). Het frustreerde veel schuldeisers dat de kleine crediteurs een relatief hoog percentage van hun schuldvordering terugbetaald kregen om zo het voldoende aantal stemmen te behalen dat nodig is om de meerderheid te bekomen in de stemming over het plan (in verband met de stemming van het reorganisatieplan: zie *infra*). Dergelijke manipulaties worden afgekeurd. Een klassiek voorbeeld is de bevoordeling van schuldeisers die niet noodzakelijk zijn voor de continuïteit van de onderneming, maar wel een ‘bepaalde vriendschap’ hebben met de vennootschap<sup>76</sup>. Daarom wordt nu in een bijkomende bescherming voorzien. Daarnaast hebben openbare schuldeisers met een algemeen voorrecht (de RSZ en de fiscus) vanaf nu recht op een minstens gelijke behandeling als de best behandelde gewone schuldeisers. Een lagere behandeling is slechts uitzonderlijk mogelijk op basis van dwingende vereisten en voorwaarden die verband houden met de continuïteit van de onderneming<sup>77</sup>. Deze laatste bepaling is er gekomen na sterk lobbywerk. Vaak moesten deze algemene schuldeisers de gewone schuldeisers laten voorgaan en dit terwijl bij een faillissement de algemene schuldeisers voorgaan. Toch is het zo dat de RSZ en de fiscus vaak vrijbuiten spelen en nooit voor een reorganisatieplan stemmen, tenzij ze 100% van hoofdsom en bijslagen betaald krijgen. Dit zijn overigens meestal vrij grote schulden. Het gevolg is natuurlijk dat ze sommige WCO’s onmogelijk maken door de alle beschikbare sommen naar zich toe te trekken en dus ook de mogelijkheid tot een succesvolle WCO wegnemen. De ambtenaren schijnen het zich weinig aan te trekken dat door hun weigering het hele plan in duigen valt. Vaak hebben ze liever een faillissement dan 10 000 EUR op 50 000 EUR in te leveren. Dat gaat natuurlijk regelrecht tegen de geest van de wet in. Aan de ene kant maakt de overheid (akkoord het is de wetgevende macht) een

<sup>73</sup> T. LYSSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 55-56 en 123-124.

<sup>74</sup> Wetsontwerp tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *Parl.St. Kamer* 2012-13, nr. 2692/1.

<sup>75</sup> M. STORME, *Insolventierecht in kort bestek*, Gent, 2013, 99.

<sup>76</sup> M. VANMEENEN, “Drie jaar wet continuïteit ondernemingen – Over kleine en grote knelpunten en misverstanden” in X. (ed.), *CBR Jaarboek 2011-2012*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 452.

<sup>77</sup> T. LYSSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 51-54.

WCO uit economische noodzaak, maar aan de andere kant stelt de uitvoerende macht (nl. de administratie) zich zodanig op dat ze elke mogelijkheid tot succesvolle WCO's wegbulldozeren<sup>78</sup>.

POSITIEVE RESULTATEN? - Of de wetswijziging zijn vruchten afwerpt is nog niet duidelijk maar vastgesteld kan reeds worden dat sinds augustus 2013 het aantal bedrijven dat opschorting van betaling verkrijgt met 32,1% is gedaald. Er zijn minder bedrijven die de opening van de procedure aanvragen maar ze zijn groter. Daarnaast blijkt ook dat het vertrouwen vanwege de rechtbanken inzake de kwaliteit van de dossiers in de opschorting toeneemt. Dit blijkt uit het feit dat de looptijd van de eerste opschorting van betaling in stijgende lijn gaat. Ook het primaire doel van de wetswijziging – meer bedrijven toelaten die wel degelijk overlevingskansen hebben – lijkt in goede zin te evolueren. Minder bedrijven die reeds jaren voordien zware financiële moeilijkheden hadden (en nu dus met meer acute problemen kampen) gaan in de opschorting. Na verloop van tijd zullen dus meer ondernemingen (niet verbluffend veel) overleven<sup>79</sup>.

#### 2.2.4. *Knelpunten inzake WCO*

GEEN WAARHEIDSGETROUWE DOCUMENTEN - Hoewel er heel wat verbeteringen zijn ten opzichte van de WGA, kampt ook de WCO met enkele knelpunten. Het is zo dat het merendeel van de aanvragers hoopt te vermijden dat de deurwaarder uitwinningmaatregelen neemt of dat een andere uitvoering wordt doorgevoerd die de exploitatie verlamt<sup>80</sup>. De aanvraag wordt dan te snel ingediend of er worden stukken voorgelegd die niet overeenstemmen met de realiteit en dit leidt tot een onvolledig dossier waarbij essentiële gegevens ontbreken. Dit kan onder meer ook voorkomen omdat de ondernemingen in moeilijkheden experts aanstellen die belang hebben bij de continuïteit van de onderneming en geen waarheidsgetrouwe stukken afleveren<sup>81</sup>. Vroeger was het zo dat de gedelegeerd rechter op het terrein van de onderneming een onderzoek ging uitvoeren. Hiervoor waren echter onvoldoende middelen en de wetgever heeft zijn taak ingeperkt. Het is vanaf nu niet mogelijk voor een gedelegeerd rechter om te controleren of de overhandigde stukken overeenkomen met de werkelijke situatie van de onderneming in moeilijkheden. TOON LYSSENS hoopt bij een nieuwe wetswijziging op de invoering van een artikel terzake: bij het openen van de procedure zou door een onafhankelijk expert (aan te stellen op kosten van de onderneming) of een gedelegeerd rechter (hiervoor voldoende vergoed) een grondige analyse dienen

<sup>78</sup> Idee geïnspireerd op het interview met M. VAN ESSCHE, advocaat, dd. 29 april 2014.

<sup>79</sup> GRAYDON BELGIUM, "Wetswijziging WCO werpt zijn eerste vruchten af", Graydon 2014, 4.

<sup>80</sup> M. VANMEENEN, "Drie jaar wet continuïteit ondernemingen – Over kleine en grote knelpunten en misverstanden" in X. (ed.), *CBR Jaarboek 2011-2012*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 416-417.

<sup>81</sup> Geïnspireerd op het interview met T. LYSSENS, Voorzitter aan de Rechtbank van Koophandel te Tongeren dd. 27 november 2013.

te worden gemaakt om de situatie van de onderneming onmiddellijk in te schatten<sup>82</sup>.

RECHTBANKEN EN SCHULDEISERS BUITENSPEL - Ook een ander element speelt de procedure parten: het gebrek aan het bestaan van een plan. De aanvraag wordt eigenlijk ingediend met als enige bedoeling uitstel van betaling te verkrijgen, zonder inzicht in de mogelijke redding van de onderneming. Tegelijkertijd wordt dan de mogelijkheid in het leven geroepen om de onderneming te vereffenen zonder dat enige vergoeding voor de schuldeisers wordt voorzien<sup>83</sup>, wat leidt tot grote frustraties. De falende ondernemer krijgt als het ware het vermoeden van goede trouw, terwijl de rechter en de schuldeisers niet worden betrokken. Een ander probleem ligt in de eventueel discriminerende behandeling van sommige schuldeisers in de reorganisatieplannen<sup>84</sup>. Daarnaast krijgen de schuldeisers soms gebrekkige informatie en worden bepaalde bedrijven wel eens verkocht aan spotprijzen.

TE PASSIEF - Bovendien blijft de WCO relatief onbekend, werkt ze mogelijk concurrentieverstorend en laat ze malafide praktijken toe. Ook het toepassingsgebied is te eng en legt te weinig nadruk op de faillissementspreventie. Ten slotte is volgens sommigen, waaronder ALAIN ZENNER, de huidige rol voor de rechtbank van koophandel te passief<sup>85</sup>. Niet iedereen is het hier echter mee eens. Anderen stellen immers dat indien de rechter alle bevoegdheden die hem door de wet zijn toegekend zou benutten, de rol van de rechter wel toereikend genoeg is. De rechter kan immers tussenkomen in de procedure indien hij vindt dat het plan niet realistisch is of dat het discrimineert door rechtsmisbruik op te werpen. FRANK TAILDEMAN, gedelegeerd rechter aan de Rechtbank van Koophandel te Brussel, betreurt het feit dat de rechters ervoor terugdeinzen deze rechtsfiguur te hanteren<sup>86</sup>. Bovendien is het ook de taak van de schuldeisers om actief deel te nemen in de procedure en waakzaam te zijn dat de regels wel worden nageleefd. Niet alle verantwoordelijkheid mag en kan gelegd worden bij de rechter<sup>87</sup>.

TE LIBERAAL - Meer algemeen kan vastgesteld worden dat de wet zeer (te?) liberaal is. De ondernemer heeft de vrije keuze en alle schuldeisers moeten wijken voor de continuïteit. Het feit dat zij daardoor geld verliezen, is bijzaak.

<sup>82</sup> Geïnspireerd op het Interview met T. LYSSENS, Voorzitter aan de Rechtbank van Koophandel te Tongeren dd. 27 november 2013.

<sup>83</sup> D. BRULOOT en D. VERMEIREN, "Wet continuïteit ondernemingen hervormd", *Juristenkrant* 2012, nr. 273, 2-3; T. LYSSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 2.

<sup>84</sup> D. BRULOOT en D. VERMEIREN, "Wet continuïteit ondernemingen hervormd", *Juristenkrant* 2012, nr. 273, 2-3.

<sup>85</sup> B. DE MOOR, F. TAILDEMAN en T. VAN LOOKE, "Continuïteit van de ondernemingen" in *Rechtbanken, balies en bedrijfsrevisoraat. Actualiteiten: samenwerking en ondernemingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2012, 140-145.

<sup>86</sup> Idee geïnspireerd op het interview met F. TAILDEMAN, gedelegeerd rechter aan Rechtbank van Koophandel te Brussel, dd. 27 maart 2014.

<sup>87</sup> Idee geïnspireerd op het interview met F. TAILDEMAN, gedelegeerd rechter aan Rechtbank van Koophandel te Brussel, dd. 27 maart 2014.

De rechter heeft zich hierin ook niet te mengen. Het is aan de schuldeisers om hun rechten te verdedigen, dit met enorme kwijtscheldingen van schulden bij concurrenten en de vereffening van de onderneming zonder enige controle tot gevolg. De WCO werkt bovendien veel misbruiken in de hand. Men betreurt het feit dat de rechtbanken geen controlemaatregelen mogen nemen. Het argument in de voorbereidende werken was steeds dat het de schuldeisers toekwam te letten op misbruiken en dat daarnaast ook de Procureur des Konings kon optreden. In werkelijkheid is het echter zo dat de schuldeisers reeds veel geld verliezen en dus geen extra tijd en geld willen kwijtraken aan incidenten bij de procedure. Ook de (substituut-)procureur des Konings heeft geen tijd om bij elke procedure eventuele misbruiken na te gaan<sup>88</sup>.

STERFHUISCONSTRUCTIES - Een ander heikel punt is dat de wet het mogelijk maakt om binnen de WCO over te schakelen van de ene procedure naar de andere. Het is nu mogelijk om zogenaamde “sterfhuiskonstructies” te realiseren en dit zet de poorten open voor misbruik. Bij een sterfhuiskonstructie wordt ervoor gezorgd dat alle gezonde delen van de onderneming weggesluisd worden naar een andere onderneming en zo laat men de onderneming met de slechte delen failliet gaan. Bijvoorbeeld: een onderneming heeft drie verschillende takken, waarvan één gezonde tak. De schuldenaar kan met zijn schuldeisers tot een collectief akkoord komen, maar tegelijk de gezonde tak van de onderneming overdragen naar een andere vennootschap op zijn naam<sup>89</sup>. De rechter mag dit niet weigeren, want deze constructie is niet strijdig met de openbare orde<sup>90</sup>. Niet iedereen is echter akkoord met het feit dat deze constructies knelpunten zijn. Door deze constructie kunnen immers banen worden gered<sup>91</sup>.

ONDERNEMINGEN NEMEN ZELDEN ZELF INITIATIEF - CHRISTINE DEFRAIGNE stelt dat in een aantal gevallen de WCO zijn doel niet altijd kan bereiken en er soms niet in slaagt om het economisch weefsel te beschermen. De wet gaat er immers doorgaans vanuit dat de onderneming die in moeilijkheden verkeert, zelf het initiatief neemt om de WCO toe te passen. Dit strookt echter niet altijd met de “geglobaliseerde” financiële belangen van internationale groepen, die eigenlijk andere strategieën voor ogen hebben. Het is immers zo dat een groot aantal ondernemingen die zich in België bevinden, vaak deel uitmaken van machtige internationale groepen en de beslissingen die in het buitenland worden genomen, volgen. Die grote groepen hebben de neiging om eerst en

---

<sup>88</sup> Idee geïnspireerd op het interview met T. LYSSENS, Voorzitter aan de Rechtbank van Koophandel te Tongeren dd. 27 november 2013.

<sup>89</sup> Idee geïnspireerd op het interview met E. HULPIAU, kamervoorzitter aan het Hof van Beroep te Antwerpen, dd. 4 november 2013 en op het interview met F. TAILDEMAN, gedelegeerd rechter aan de Rechtbank van Koophandel te Brussel, dd. 27 maart 2014.

<sup>90</sup> Idee geïnspireerd op het interview met P. BROOS, gedelegeerd rechter aan de Rechtbank van Koophandel te Gent dd. 9 mei 2013.

<sup>91</sup> Idee geïnspireerd op het interview met G. HANSEN, advocaat, dd. 26 maart 2014.



vooral de – meestal kleinere – vestigingen te laten sneuvelen die zich in een klein land bevinden en dus een beperkte markt vertegenwoordigen<sup>92</sup>.

WERKGELEGENHEID - Door het feit dat 70% van de ondernemingen nog steeds failliet<sup>93</sup> gaat, is de WCO is in feite kiezen tussen cholera of de pest<sup>94</sup>. Toch kan de regeling heel goed helpen voor werkgelegenheid. Ze geeft immers tijd voor het personeel om ander werk te zoeken tijdens de periode dat het plan wordt opgemaakt<sup>95</sup>.

### 3. BEGRIPPENAPPARAAT

#### 3.1: DE BUITENGERECHTELIJKE REORGANISATIE

VOORDELEN - Het buitengerechtelijk minnelijk akkoord kan worden beschouwd als één van de meest efficiënte herstellvormen voor een onderneming in moeilijkheden, al moet men zich hoeden voor misbruiken. In deze procedure worden de zaken overgelaten aan de volledige wilsautonomie van de partijen en bepalen ze vrij de inhoud van het akkoord. Bovendien wordt het akkoord buiten elke gerechtelijke procedure om geregeld. Voordeel is dus discretie, wat vaak belangrijk is omdat de media ervoor kunnen zorgen dat de reputatie van de onderneming wordt geschaad<sup>96</sup>. Bovendien wordt er onderhandeld met verschillende betrokken schuldeisers, die veelal vrijwillig instemmen met bepaalde regelingen<sup>97</sup>. Positief aan het minnelijk akkoord zijn dus vrijheid, vertrouwelijkheid en de lage kosten<sup>98</sup>.

<sup>92</sup> Voorstel tot wijziging van de wet van 13 februari 1998 houdende bepalingen tot bevordering van de tewerkstelling en van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit der ondernemingen, ten einde in bepaalde gevallen van aangekondigde sluiting de overdracht van de activiteiten te ondersteunen, *Parl. St.* Senaat 2012-13, nr. 2085/1, 2-3.

<sup>93</sup> Interview G. HANSEN, advocaat, dd. 26 maart 2014.

<sup>94</sup> Interview K. GOOSSENS, handelsrechter aan de Rechtbank van Koophandel te Brussel, dd. 26 maart 2014.

<sup>95</sup> Interview K. GOOSSENS, handelsrechter aan de Rechtbank van Koophandel te Brussel, dd. 26 maart 2014.

<sup>96</sup> J.-P. LEBEAU, “Le champ d’application de la loi relative à la continuité des entreprises (L.C.E.) - L’accord amiable- Le principe du “portail” in C. GHEUR en P. LAMBRECHT, *La loi relative à la continuité des entreprises/De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 30 ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 103-104; A. ZENNER, *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises: prévention et réorganisation judiciaire des entreprises en difficulté*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, 65.

<sup>97</sup> A. ZENNER, *Wet Continuïteit der Ondernemingen: de eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 63-68.

<sup>98</sup> B. DE MOOR, F. TAILDEMAN EN T. VAN LOOCKE, “Continuïteit van de ondernemingen” in *Rechtbanken, balies en bedrijfsrevisorat. Actualiteiten: samenwerking en ondernemingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2012, 99; M. VANMEENEN, “De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen”, *RW* 2008-09, 1292.

GEWONE OVEREENKOMST - Het minnelijk akkoord is eigenlijk niet meer dan een loutere overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeisers. Om het sluiten van een minnelijk akkoord wat aantrekkelijker te maken, heeft de wetgever voor een bescherming gezorgd door de artikelen 17, 2° en 18 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 niet toepasselijk te verklaren op het akkoord (art. 15 WCO). De overeenkomst is daardoor – in geval van een later faillissement – tegenwerpelijk aan de faillissementsboedel, ook al werd het akkoord gesloten in de verdachte periode die aan het faillissement voorafging. Zo biedt de wetgever een grotere rechtszekerheid aan de schuldeisers<sup>99</sup>.

VOORWAARDEN - De wetgever heeft de voorwaarden om aan een minnelijk akkoord te voldoen, zeer laagdrempelig gehouden om alle vrijheid te laten aan de schuldeisers<sup>100</sup>. Wat de personele voorwaarde betreft, volstaat het dat er minstens twee schuldeisers opgenomen zijn in het akkoord (art. 15 WCO). Deze voorwaarde wordt gesteld als verweermiddel tegen bedrog. Men veronderstelt immers dat de schuldeisers nooit zullen toestaan dat ze minder goed behandeld worden dan de anderen, bijgevolg zal er een wederzijdse controle plaatsvinden<sup>101</sup>.

Naast deze personele voorwaarden gelden er ook een aantal formele voorwaarden. Ten eerste moet het akkoord uitdrukkelijk vermelden dat het werd gesloten met het oog op de gezondmaking van de financiële situatie van de schuldenaar of de reorganisatie van zijn onderneming (art. 15, derde lid WCO). Deze doelstelling moet uitdrukkelijk worden vermeld in het minnelijk akkoord. Hieruit kunnen we een extra voorwaarde afleiden, namelijk dat het akkoord moet worden vastgelegd in een geschrift. Een mondeling akkoord volstaat dus niet om van de wettelijke bescherming te genieten<sup>102</sup>. Deze expliciete vermelding werd opgelegd om te vermijden dat schuldenaars en/of schuldeisers zich achteraf bij een faillissement op eender welk document gaan beroepen om van de uitzonderingsregeling gebruik te maken. De tweede formele voorwaarde betreft de neerlegging van het geschrift in een vertrouwelijk register op de griffie van de Rechtbank van Koophandel. Daardoor krijgt het akkoord een vaste datum en is het tegenstelbaar in geval van een later faillissement<sup>103</sup>. Inzage of kennisname van het akkoord is slechts

<sup>99</sup> S. BRIJS, “Minnelijk akkoord met schuldeisers: bedreiging of opportuniteit?”, *Balans* 2009, afl. 609, 1.

<sup>100</sup> S. BRIJS, “Minnelijk akkoord met schuldeisers: bedreiging of opportuniteit?”, *Balans* 2009, afl. 609, 1.

<sup>101</sup> P. COUSSEMENT, “De Wet op de Continuïteit van de Ondernemingen van 31 januari 2009”, *TBH* 2009, 298.

<sup>102</sup> M. VANMEENEN, “De preprocedurale reorganisatie binnen de WCO” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 53.

<sup>103</sup> M. VANMEENEN, “De preprocedurale reorganisatie binnen de WCO” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 54; S. BRIJS, “Minnelijk akkoord met schuldeisers: bedreiging of opportuniteit?”, *Balans* 2009, afl. 609, 2.

mogelijk met toestemming van de schuldenaar zelf<sup>104</sup>. Het minnelijk akkoord is immers iets informeels en vertrouwelijks<sup>105</sup>. Vandaar dat schuldeisers die geen partij zijn bij het akkoord, er niet door gebonden zijn. Die behouden al hun rechten. Ter verduidelijking, het bestaan van de overeenkomst *an sich* is tegenwerpelijk aan de andere schuldeisers, de inhoud daarentegen wordt afgeschermd. Enkel via het collectief akkoord kan een plan worden afgedwongen tegen niet-instemmende schuldeisers indien de vereiste meerderheid akkoord gaat. Toch zal een minnelijk akkoord met slechts enkele schuldeisers wel de rechten van de andere, niet deelnemende schuldeisers beïnvloeden<sup>106</sup>.

BEDREIGING OF OPPORTUNITEIT VOOR DE SCHULDEISERS? - Uit het voorgaande kunnen we afleiden dat het akkoord “buitengerechtigd” is, in de ware zin van het woord. Er vindt immers geen enkele inhoudelijke controle of tussenkomst door de rechtbank plaats door bijvoorbeeld een homologatie<sup>107</sup>. Nu kunnen we ons de vraag stellen of dit alles wel zo positief is, die verregaande vrijheid, het gebrek aan controle en de onaantastbaarheid ten opzichte van de curator. Laat dit geen misbruiken toe? Moeten we niet waakzaam zijn in de periode juist voorafgaand aan het faillissement? Het is zo dat schuldeisers er vaak belang bij zullen hebben om mee te werken aan minnelijke akkoorden en ze er dan voor opteren om gedeeltelijk schulden kwijt te schelden. Dit is te verkiezen boven de *paritas creditorum* in een later faillissement. Het gevolg is natuurlijk dat de schuldeisers die worden betrokken in het akkoord de enigen zijn die wél nog hun schuldvordering voldaan zien<sup>108</sup>. De schuldenaars van hun kant lopen dan weer een risico dat zij onder druk gezet worden door de economisch sterkere schuldeisers die in het akkoord betrokken zijn. Bovendien dreigt het gevaar dat schuldeisers haast volledige genoegdoening krijgen onder het mom van financiële gezondmaking, enkele weken vóór het faillissement<sup>109</sup>. Tot slot moet worden gepeild of de schuldenaar zijn problemen wel te boven kan komen. Er heerst dus onzekerheid over de standvastigheid van een minnelijk akkoord<sup>110</sup>.

---

<sup>104</sup> Art.15 WCO.

<sup>105</sup> P. COUSSEMENT, “De Wet op de Continuïteit der Ondernemingen van 31 januari 2009”, *TBH* 2009, 298.

<sup>106</sup> S. BRIJS, “Minnelijk akkoord met schuldeisers: bedreiging of opportuniteit?”, *Balans* 2009, afl. 609, 2.

<sup>107</sup> S. BRIJS, “Minnelijk akkoord met schuldeisers: bedreiging of opportuniteit?”, *Balans* 2009, afl. 609, 2.

<sup>108</sup> R. JANSEN, “Far-West recht voor beginners: enkele kritische kanttekeningen bij het buitengerechtigd minnelijk akkoord in de nieuwe Wet Continuïteit der Ondernemingen”, *RW* 2008-09, 1580.

<sup>109</sup> R. JANSEN, “Far-West recht voor beginners: enkele kritische kanttekeningen bij het buitengerechtigd minnelijk akkoord in de nieuwe Wet Continuïteit der Ondernemingen”, *RW* 2008-09, 1581-1582.

<sup>110</sup> M. VANMEENEN, “De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen”, *RW* 2008-09, 1286.

## 3.2. DE GERECHTELIJKE REORGANISATIE

ONDER TOEZICHT VAN EEN RECHTSMACHT - Wanneer de schuldenaar er niet in slaagt zijn problemen via een informele weg op te lossen, kan hij een beroep doen op de gerechtelijke reorganisatie. De gerechtelijke reorganisatie is een formele procedure, onder toezicht van de Rechtbank van Koophandel<sup>111</sup>.

*3.1.1. Aan de gerechtelijke reorganisatie gemeenschappelijke bepalingen - Artikelen 16 tot en met 42 WCO.*

### **a Doel**

CONTINUÏTEIT STAAT VOOROP - Artikel 16 WCO bepaalt de doelstelling van deze procedure, meer bepaald het behoud – onder toezicht van de rechter – door de onderneming in moeilijkheden over haar activiteiten<sup>112</sup>. Het doel is dus niets anders dan een herhaling van de algemene basisfilosofie van de WCO<sup>113</sup>. Men gaat dus uit van een “redden-wat-er-te-redden-valt” – aanpak. Meer nog, artikel 23 WCO bepaalt dat de staat van faillissement op zich niet uitsluit dat een procedure van gerechtelijke reorganisatie kan worden geopend of voortgezet<sup>114</sup>. In tegenstelling tot de buitengerechtelijke procedure gebeurt de gerechtelijke procedure onder toezicht van een rechtsmacht. De rechter is in deze procedure dus aanwezig en zijn rol heeft hierbij zeker een belang.

### **b Drie herstructureringswegen**

PORTAALBENADERING VAN DE WCO - Om de doelstelling van artikel 16 WCO te bereiken, wordt aan de schuldenaar conform die wettelijke bepaling de opschorting van betaling toegekend. Tijdens die periode van opschorting krijgt de schuldenaar drie mogelijkheden. Hij kan kiezen voor een minnelijk akkoord, een collectief akkoord of een overdracht van (een deel) van de onderneming onder gerechtelijk gezag. Men spreekt hier over de “portaalbenadering” van de WCO<sup>115</sup>. Dit impliceert dat tijdens de periode van

---

<sup>111</sup> M. VANMEENEN, “De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen”, *RW* 2008-09, 1286.

<sup>112</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 111; A. ZENNER, *Wet Continuïteit der Ondernemingen: de eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 69-70.

<sup>113</sup> Wetsvoorstel betreffende de continuïteit van de ondernemingen, *Parl.St.* Kamer 2007, nr. 160/1, 4.

<sup>114</sup> Artikel 23, *in fine* WCO; S. BRIJS, “Wet continuïteit ondernemingen laat creatieve oplossingen toe”, *Balans* 2009, afl. 602, 2.

<sup>115</sup> S. BRIJS, “Wet continuïteit ondernemingen laat creatieve oplossingen toe”, *Balans* 2009, afl. 602, 2; P. HANNES, “Wet continuïteit Ondernemingen: vergeet de fiscus niet”, *NJW* 2012, 363.

opschorting de schuldenaar de meest geschikte reorganisatiemaatregel uitwerkt<sup>116</sup>.

## c Procedure

### *c.1.. Het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie*

OPENING VAN DE PROCEDURE VIA EEN VERZOEKSCRIFT - Om een procedure van gerechtelijke reorganisatie van start te doen gaan, moet een verzoekschrift via de Rechtbank van Koophandel worden ingediend. Het initiatiefrecht ligt exclusief bij de schuldenaar<sup>117</sup>. Dit in tegenstelling tot bij de WGA, waar ook de Procureur des Konings een initiatiefrecht had<sup>118</sup>. De Rechtbank van Koophandel van het arrondissement waar de rechtspersoon zijn zetel heeft, of indien het een natuurlijk persoon betreft, waar deze zijn hoofdinzichting heeft, is territoriaal bevoegd om kennis te nemen van een verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie<sup>119</sup>. Een verzoekschrift dient ingediend te worden op de griffie van de Rechtbank van Koophandel. Bij het verzoekschrift moet de indiener bepaalde stukken voegen, onder andere de doelstellingen waarvoor hij het openen van de procedure aanvraagt, een volledige lijst van erkende of beweerde schuldeisers in de opschorting en de vermelding van een elektronisch adres (art.17 WCO).

### *c.2. De figuur van gedelegeerd rechter*

AANWIJZING VAN EEN GEDELEGEERD RECHTER: OPDRACHT - Onmiddellijk na de indiening van het verzoekschrift en de bijhorende stukken, zal de voorzitter van de rechtbank een gedelegeerd rechter aanwijzen: een beroepsmagistraat,

---

<sup>116</sup> G. DE CROOCK en M. VERSCHULDEN, *Preventie bij ondernemingen in moeilijkheden na de nieuwe wet op de continuïteit van ondernemingen: hoe komt u sterker uit deze crisis?*, Mechelen, Kluwer, 2009, 35; M. VANMEENEN, "drie jaar wet continuïteit ondernemingen – Over kleine en grote knelpunten en misverstanden" in X. (ed.), *CBR Jaarboek 2011-2012*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 412.

<sup>117</sup> Art. 17, §1 en §3 WCO; S. BRIJS EN S. JACMAIN, "De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord" in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 88; G. DE CROOCK en M. VERSCHULDEN, *Preventie bij ondernemingen in moeilijkheden na de nieuwe wet op de continuïteit van ondernemingen: hoe komt u sterker uit deze crisis?*, Mechelen, Kluwer, 2009, 37; I. VEROUĞSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 113.

<sup>118</sup> Art.11, §2 WGA.

<sup>119</sup> Art. 631, §2 Ger.W.; I. VEROUĞSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 113.

de voorzitter uitgezonderd, of een rechter in handelszaken<sup>120</sup>. In de WGA bestond de figuur van gedelegeerd rechter nog niet, wel die van rechter-commissaris. Het is belangrijk te weten dat de gedelegeerd rechter de commissaris inzake opschorting niet vervangt. Hij is de tussenschakel tussen de schuldenaar en de rechtbank<sup>121</sup>. De taken van de gedelegeerd rechter zijn inhoudelijk wel beperkter dan die van de commissaris inzake opschorting onder de WGA<sup>122</sup>. De gedelegeerd rechter zal het dossier beheren en heeft bovendien als taak om verslag uit te brengen, zowel over de ontvankelijkheid als de gegrondheid van het verzoek en tevens over elk element dat nuttig is voor de beoordeling ervan<sup>123</sup>. Hij dient hiervoor een onderzoek te voeren waarbij de verzoekende schuldenaar – evenals elke andere persoon van wie hij het nuttig acht – gehoord kan worden<sup>124</sup>. Tevens staat het hem vrij aan de schuldenaar alle informatie te vragen die hij nodig heeft voor zijn beoordeling. Toch beschikt hij niet over een reële macht of bepaalde dwangmiddelen<sup>125</sup>. De concrete opdracht van de gedelegeerd rechter kunnen we terugvinden in artikel 19 WCO. Hij dient te waken over de naleving van de wet en licht de rechtbank in over de evolutie in de toestand van de schuldenaar en wordt dus verondersteld actief op te treden<sup>126</sup>.

---

<sup>120</sup> Art.18 WCO; G. DE CROOCK en M. VERSCHULDEN, *Preventie bij ondernemingen in moeilijkheden na de nieuwe wet op de continuïteit van ondernemingen: hoe komt u sterker uit deze crisis?*, Mechelen, Kluwer, 2009, 40; B. DE MOOR, F. TAILDEMAN en T. VAN LOOKE, “Continuïteit van de ondernemingen” in *Rechtbanken, balies en bedrijfsrevisorat. Actualiteiten: samenwerking en ondernemingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2012, 114; B. DE MOOR, “Wet continuïteit ondernemingen” in *Knipperlichten*, Larcier, Gent, 2010, 33; P. LAMBRECHT en C. GHEUR, “Du concordat judiciaire à la continuité des entreprises” in P. LAMBRECHT en C. GHEUR, *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 27.

<sup>121</sup> S. BRIJS en S. JACMAIN, “De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord” in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 80.

<sup>122</sup> B. DE MOOR, “De preprocedurele instrumenten en de gerechtelijke reorganisatie door een minnelijk akkoord en door een collectief akkoord” in VORMINGSINSTITUUT NEDERLANDSE ORDE ADVOCATEN BALIE BRUSSEL VIA-NOAB, *Continuïteit van de ondernemingen*, Herentals, Knops Publishing, 2010, 51.

<sup>123</sup> G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 553.

<sup>124</sup> C. VAN BUGGENHOUT, “De gerechtelijke actoren in de wet continuïteit ondernemingen” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke Reorganisatie: getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 203; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 47-48.

<sup>125</sup> S. BRIJS en S. JACMAIN, “De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord” in P. LAMBRECHT en C. GHEUR., *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de coninuiteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 80-81.

<sup>126</sup> Geïnspireerd op het interview met F. TAILDEMAN, gedelegeerd rechter aan de Rechtbank van Koophandel te Brussel, dd. 27 maart 2014.

Zijn functie is dus ruim geformuleerd. Hij waakt over de naleving van de wet en informeert de rechtbank over de toestand van de schuldenaar<sup>127</sup>. De gedelegeerd rechter moet bovendien verslag uitbrengen aan de rechtbank en toezicht houden op de handelingen zolang de opschorting duurt. In het begin van de procedure geeft hij advies over de neergelegde stukken en de continuïteitsbedreiging in hoofde van de schuldenaar<sup>128</sup>. Het uitbrengen van een verslag houdt geen beoordeling in en moet in alle objectiviteit gebeuren. De gedelegeerd rechter geeft dus geen beoordeling van het dossier alvorens de rechtbank over het verzoek tot toekenning van een gerechtelijke reorganisatie heeft beraadslaagd<sup>129</sup>.

De opdrachten van de gedelegeerde rechter lijken sterk op deze van de rechter-commissaris in de faillissementsprocedure, een taak die veelal wordt waargenomen door rechters in handelszaken<sup>130</sup>. De rol van de gedelegeerd rechter wordt evenwel in de praktijk dikwijls ervaren als ‘onbestaand’, formalistisch en wordt zeker niet ten volle uitgeput<sup>131</sup>.

GEVOLGEN VAN DE NEERLEGGING VAN HET VERZOEKSCRIFT - Belangrijk is dat vanaf de neerlegging van het verzoekschrift, de schuldenaar zowel bescherming geniet tegen vorderingen tot faillietverklaring of ontbinding als tegen uitvoerend beslag<sup>132</sup>.

### *c.3. De grondvoorwaarden voor het openen van de gerechtelijke reorganisatie, de behandeling van het verzoek en het vonnis van de rechtbank*

BEDREIGING VAN DE CONTINUÏTEIT - De grondvoorwaarden voor het openen van de procedure worden nader omschreven in artikel 23 WCO. De rechtbank opent de procedure zodra volgende twee voorwaarden vervuld lijken te zijn: 1<sup>o</sup>, een in artikel 17, § 1 bedoeld verzoekschrift is neergelegd en 2<sup>o</sup>, de continuïteit van de onderneming “onmiddellijk of op termijn” bedreigd is. De

<sup>127</sup> S. BRIJS en S. JACMAIN, “De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord” in P. LAMBRECHT en C. GHEUR., *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 80-81; G. DE CROOCK en M. VERSCHULDEN, *Preventie bij ondernemingen in moeilijkheden na de nieuwe wet op de continuïteit van ondernemingen: hoe komt u sterker uit deze crisis?*, Mechelen, Kluwer, 2009, 41; I. VEROUĞSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 44-45.

<sup>128</sup> P. COUSSEMENT, “Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord” in K. BYTTEBIER, M. TISON EN M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie: getest, gewikt en gewogen*, Intersentia, Antwerpen, 2010, 75.

<sup>129</sup> Kh. Turnhout 27 oktober 2009, *RW* 2009-10, 970-971.

<sup>130</sup> P. COUSSEMENT, “Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord” in K. BYTTEBIER, M. TISON EN M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie: getest, gewikt en gewogen*, Intersentia, Antwerpen, 2010, 86.

<sup>131</sup> Idee geïnspireerd op het interview met R. PIEDFORT, advocaat, dd. 18 april 2014.

<sup>132</sup> Art. 22 WCO; S. BRIJS, “Wet continuïteit ondernemingen laat creatieve oplossingen toe”, *Balans* 2009, afl. 602, 3; I. VEROUĞSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 127-128.

voorwaarden van de reorganisatieprocedure worden dus versoepeld. Een staking van betaling is immers niet langer vereist; het is nu voldoende dat de onderneming onmiddellijk of op termijn is bedreigd<sup>133</sup>. Onder het begrip “bedreiging van de continuïteit” dienen we de situatie van de alarmbelprocedure te verstaan<sup>134</sup>. Er moet niet bewezen worden dat de bedreiging van de continuïteit reëel is: een loutere bewering volstaat<sup>135</sup>. De WCO wordt gekenmerkt door een “open-portaal”-benadering; dit veronderstelt dat in principe elke onderneming met continuïteitsproblemen tot de gerechtelijke reorganisatie wordt toegelaten<sup>136</sup>.

FRUSTRATIES - De beoordelingsmarge van de rechtbank blijft hier dus eerder beperkt<sup>137</sup>. Zo heeft het Hof te Bergen verwoord dat - zodra de rechtbank in het bezit is van het verzoekschrift en de noodzakelijke stukken en indien de continuïteit bedreigd wordt - haar controle een puur vormelijk karakter krijgt en zij geen andere keuze meer heeft: artikel 23 legt dan de opening van de procedure op<sup>138</sup>. Dit leidt echter tot grote frustraties bij de rechtbanken omdat ze op dat ogenblik niet mogen ingrijpen, terwijl het kan voorkomen dat reeds op dat moment duidelijk wordt dat de onderneming niet meer te redden valt. Sommige rechters komen in de praktijk hieraan tegemoet door een zeer korte termijn van opschorting van betaling toe te kennen, waardoor het soms onmogelijk wordt voor de schuldenaar om een plan op te stellen dat de goedkeuring van de meerderheid van de schuldeisers kan wegdragen. Wanneer de rechters dan - na het horen van het verslag van de gedelegeerd rechter en het inwinnen van voldoende informatie over de schuldenaar - vaststellen dat het openen van de procedure wel degelijk opportuun is, kunnen zij de termijn van opschorting van betaling verlengen en zodoende de schuldenaar meer tijd geven om een degelijk reorganisatieplan op te stellen. Indien de rechter daarentegen oordeelt dat de procedure geen kans op slagen heeft, kan hij weigeren de termijn tot opschorting van betaling te verlengen. Beroep hiertegen is onmogelijk. Dit betekent dan ook het einde van de procedure<sup>139</sup>. Door korte termijnen op te leggen, houdt de rechtbank druk op de ketel en is

<sup>133</sup> Kh. Luik 23 april 2009, *TBH* 2009, 668-670; Kh. Luik 28 april 2009, *TBH* 2009, 675-677; Kh. Luik 29 april 2009, *TBH* 2009, 678-680; Kh. Namen 4 mei 2009, *TBH* 2009, 681-682; Kh. Luik 6 mei 2009, *TBH* 2009, 691-693; Kh. Luik 12 mei 2009, *TBH* 2009, 696-698; Kh. Luik 15 mei 2009, *TBH* 2009, 699-701; Kh. Namen 18 mei 2009, *TBH* 2009, 702-703; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 129; G. POPPE, “Wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen: Een grondige analyse”, *Activa* 2009, afl. 3, 24; L. QUINTIENS en B. WINDEY, “Rechtspraakoverzicht WCO: de voornaamste tendensen na 2 jaar rechtspraak”, *Limb. Rechtsl.* 2011, afl. 4, 303.

<sup>134</sup> Art. 23 WCO.

<sup>135</sup> A. ZENNER, *Wet continuïteit ondernemingen: De eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 81.

<sup>136</sup> M. VANMEENEN, “Drie jaar wet continuïteit ondernemingen – Over kleine en grote knelpunten en misverstanden” in X. (ed.), *CBR Jaarboek 2011-2012*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 412.

<sup>137</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 131-132.

<sup>138</sup> Bergen 2 juni 2009, *TBH* 2009, 650 en *DAOR* 2009, 344.

<sup>139</sup> Idee geïnspireerd op het interview van E. HULPIAU, kamervoorzitter aan het Hof van Beroep te Antwerpen dd. 4 november 2013.



dit ook een middel om bestendige controle te hebben op de evolutie van de procedure<sup>140</sup>.

BEHANDELING IN DE RAADKAMER - De rechtbank moet het verzoek behandelen binnen een termijn van tien dagen na de indiening ervan ter griffie. Het betreft een behandeling in de raadkamer waar zowel de schuldenaar als de gedelegeerd rechter worden gehoord<sup>141</sup>.

#### *c.4. Opschorting van betaling*

##### *c.4.1. Algemeen*

BESCHERMING TEGEN SCHULDEISERS - Een beslissing tot gerechtelijke reorganisatie brengt automatisch een opschorting van betaling met zich mee<sup>142</sup>. Voor het verwezenlijken van een collectief akkoord heeft de schuldenaar immers tijd en zuurstof nodig<sup>143</sup>. Dankzij de opschorting van betaling kan de onderneming gedurende de procedure niet gedwongen worden om al bestaande schulden (schulden die ontstaan zijn vóór de opening van de procedure, met andere woorden schuldvorderingen in de opschorting) te voldoen<sup>144</sup>. De periode van opschorting moet de schuldenaar toelaten om één van de door de wet voorziene doelstellingen – minnelijk akkoord, collectief akkoord, overdracht onder gerechtelijk gezag – te realiseren<sup>145</sup>. De rechten van de schuldeisers worden dus sterk aan banden gelegd<sup>146</sup>. De periode van opschorting, bepaald in het vonnis<sup>147</sup>, bedraagt maximaal 6 maanden<sup>148</sup>.

Bij de behandeling van het ontwerp in de Kamer werd gesteld dat *“deze termijn in normale omstandigheden voldoende zou moeten zijn om een plan uit te werken, te zorgen voor de overdracht van de onderneming of de activiteiten*

<sup>140</sup> Idee geïnspireerd op het interview van P. BROOS, gedelegeerd rechter aan de Rechtbank van Koophandel te Gent dd. 9 mei 2013.

<sup>141</sup> Art. 24 WCO; I. VEROUGSTRÆTE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 135-136.

<sup>142</sup> M. VANMEENEN, “Drie jaar wet continuïteit ondernemingen – Over kleine en grote knelpunten en misverstanden” in X. (ed.), *CBR Jaarboek 2011-2012*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 421.

<sup>143</sup> S. BRIJS en S. JACMAIN, “De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord” in P. LAMBRECHT en C. GHEUR., *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 77-78.

<sup>144</sup> G. DE CROOCK en M. VERSCHULDEN, *Preventie bij ondernemingen in moeilijkheden na de nieuwe wet op de continuïteit van ondernemingen: hoe komt u sterker uit deze crisis?*, Mechelen, Kluwer, 2009, 46.

<sup>145</sup> B. DE MOOR, F. TAILDEMAN EN T. VAN LOOCKE, “Continuïteit van de ondernemingen” in *Rechtbanken, balies en bedrijfsrevisorat. Actualiteiten: samenwerking en ondernemingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2012, 135.

<sup>146</sup> B. DE MOOR, F. TAILDEMAN EN T. VAN LOOCKE, “Continuïteit van de ondernemingen” in *Rechtbanken, balies en bedrijfsrevisorat. Actualiteiten: samenwerking en ondernemingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2012, 99.

<sup>147</sup> D. DE MAREZ, I. DE LEENHEER en P. MULLIEZ, “De nieuwe wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen: juridische en fiscale aspecten”, *Accountancy & Taks*, 2009, afl. 2, 10-11.

<sup>148</sup> Art. 32 WCO.

*ervan, of te onderhandelen over een minnelijk akkoord. Een langere termijn zou een aanzienlijke last betekenen voor de schuldeisers, wat kan leiden tot een desorganisatie van onze open economie en de bestaande kredietsystemen*"<sup>149</sup>.

De rechtbank zal er op moeten toezien dat de schuldenaars geen misbruik maken van deze gunst omdat zij zich misschien zouden kunnen onttrekken aan contractuele verplichtingen.

VERLENGING - De rechtbank kan de opschorting eventueel verlengen volgens een periode door hem vastgesteld op verzoek van de schuldenaar en na het horen van het verslag van de gedelegeerd rechter, dit op grond van artikel 38, §1 WCO<sup>150</sup>. De verlenging mag echter niet langer duren dan één jaar na het vonnis dat de opschorting toekende<sup>151</sup>. De mogelijkheid om de opschorting te verlengen is voor de rechter de ideale manier om een evenwicht te zoeken tussen de rechten van de schuldeisers enerzijds, en het redden van de activiteiten van de onderneming, anderzijds<sup>152</sup>.

#### c.4.2. Gevolgen

SCHORSING BESLAG EN TENUITVOERLEGGING - De gevolgen die de WCO aan de opschorting verbindt, lijken op het eerste gezicht sterk op de gevolgen voorzien in de WGA<sup>153</sup>. Ten eerste brengt de opschorting de schorsing van elk middel van tenuitvoerlegging op de roerende en onroerende goederen met zich mee. Ook is er een schorsing van elke mogelijkheid om de schuldenaar failliet te verklaren of om de gerechtelijke ontbinding van een vennootschap-schuldenaar uit te spreken. Vervolgens geldt er een verbod tot beslag, en worden de lopende overeenkomsten behouden.

<sup>149</sup> Amendement nr. 1 van de Regering bij het wetsvoorstel betreffende de continuïteit van de ondernemingen, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 160/2, 59.

<sup>150</sup> Kh. Brussel 17 juni 2009, geciteerd in : K. BYTTEBIER en T. WERA, *De WCO 2 jaar in praktijk, Elementaire rechtspraak VZW*, Brussel, 2011, 119.

<sup>151</sup> Cass. 15 juni 2012, *TBH* 2012, 915.

<sup>152</sup> Kh. Dendermonde 2 november 2009, *RW* 2009-10, 1093. In die zin oordeelde de rechtbank dat de opschorting in het raam van de procedure van gerechtelijke reorganisatie wordt toegekend met het oog op het sluiten van minnelijke akkoorden en een verlenging van de periode van opschorting ten aanzien van schuldeisers met wie geen minnelijk akkoord kon worden bereikt, niet kan worden toegestaan. Hier verkiest de rechter dus het belang van de schuldeisers boven het belang van de betrokken vennootschap.

<sup>153</sup> B. DE MOOR, F. TAILDEMAN EN T. VAN LOOKE, "Continuïteit van de ondernemingen" in *Rechtbanken, balijs en bedrijfsrevisorat. Actualiteiten: samenwerking en ondernemingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2012, 135; A. ZENNER, "Van gerechtelijk akkoord naar continuïteit van de onderneming" in *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 45.

De opschorting beïnvloedt echter niet<sup>154</sup> de in pand gegeven schuldvorderingen ten gunste van derden<sup>155</sup>, de vrijwillige betaling door de schuldenaar, de schuldvergelijking tussen schuldvorderingen in de opschorting en schuldvorderingen die zijn ontstaan tijdens de opschorting, indien deze verknocht zijn<sup>156</sup>, de lopende overeenkomsten en de modaliteiten van hun uitvoering<sup>157</sup>.

#### **d. Het lot van de lopende overeenkomsten en schuldvorderingen voor prestaties gedurende de reorganisatie**

VERBOD TOT HET BEEÏNDIGEN VAN LOPENDE OVEREENKOMSTEN - Artikel 35 WCO bevat een scala aan bepalingen omtrent de lopende overeenkomsten. Het uitgangspunt is de continuïteit. Het verbiedt aan de schuldeiser om een einde te stellen aan de lopende overeenkomsten<sup>158</sup>. Artikel 35, § 1 WCO poneert het principe van continuïteit, niettegenstaande elk andersluidend beding. Dit heeft tot gevolg dat een uitdrukkelijk ontbindend beding op grond van de opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie in beginsel nog steeds verboden is<sup>159</sup>. Uit de grondgedachte van de WCO spreekt duidelijk de keuze van de wetgever voor het redden van de onderneming, veeleer dan het beschermen van de schuldeisers en hun rechten. Dit kunnen we afleiden uit de verregaande beperkingen aan de executierechten van de schuldeisers<sup>160</sup>. Toch heeft de schuldenaar een *sui generis* recht om te beslissen de overeenkomst

<sup>154</sup> B. DE MOOR, B. TAILDEMAN en T. VAN LOOCKE “Continuïteit van de ondernemingen” in *Rechtbanken, balies en bedrijfsrevisoraat. Actualiteiten: samenwerking en ondernemingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2012, 135-136; A. ZENNER, “Van gerechtelijk akkoord naar continuïteit van de onderneming” in *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 47-48.

<sup>155</sup> Art. 32 WCO.

<sup>156</sup> Art. 34 WCO.

<sup>157</sup> Art. 35, § 1 WCO.

<sup>158</sup> B. DE MOOR, “Wet continuïteit ondernemingen-medecontractant” in *Knipperlichten*, Larcier, Gent, 2010, 25-26; E. DIRIX en R. JANSEN, “De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten” in K. BYTTEBIER, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtigde reorganisatie: getest, gewikt en gewogen*, Intersentia, Antwerpen, 2010, 185; G. DE CROOCK en M. VERSCHULDEN, *Preventie bij ondernemingen in moeilijkheden na de nieuwe wet op de continuïteit van ondernemingen: hoe komt u sterker uit deze crisis?*, Mechelen, Kluwer, 2009, 47; F. TAILDEMAN, B. DE MOOR, EN T. VAN LOOCKE, “Continuïteit van de ondernemingen” in *Rechtbanken, balies en bedrijfsrevisoraat. Actualiteiten: samenwerking en ondernemingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2012, 136; P. VAN OMMESLAGHE, “La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers” in A. ZENNER en M. DAL, *Actualité de la continuité, continuité de l’actualité: états généraux de la continuité des entreprises*, Brussel, Larcier, 2012, 165.

<sup>159</sup> P. VAN OMMESLAGHE, “La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers” in A. ZENNER en M. DAL, *Actualité de la continuité, continuité de l’actualité: états généraux de la continuité des entreprises*, Brussel, Larcier, 2012, 163; A. ZENNER, *Wet Continuïteit der ondernemingen: de eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 100; M. VANMEENEN, “De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen”, *RW* 2008-09, 1309-1310.

<sup>160</sup> G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRYEN, *Inleiding tot het economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 557-558; E. DIRIX en R. JANSEN, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Kluwer, Mechelen, 2009, I.G. 3-4, losbl.

niet langer uit te voeren tijdens de opschorting. Dit kan echter enkel wanneer de opschorting noodzakelijk is om het reorganisatieplan te doen werken of om een overdracht onder gerechtelijk gezag mogelijk te maken (art. 43 WCO)<sup>161</sup>.

### 3.1.2. Gerechtelijke reorganisatie door minnelijk akkoord (art. 43 WCO)

GELIJKE TOEPASSING - In toepassing van artikel 15 WCO kan de schuldenaar in moeilijkheden een buitengerechtelijk minnelijk akkoord afsluiten. Om zijn kansen echter te verhogen, kan het soms aangewezen zijn om een minnelijk akkoord te realiseren binnen een procedure van gerechtelijke reorganisatie. Wat uiteengezet werd bij het buitengerechtelijk minnelijk akkoord, is *mutatis mutandis* van toepassing op het minnelijk akkoord binnen de gerechtelijke reorganisatie. We kunnen niettemin een aantal verschillen opmerken. De schuldenaar zal vanaf nu verplicht worden om in te staan voor de procedurekosten. Bovendien zal het vonnis gepubliceerd worden in het *Belgisch Staatsblad* en een gedelegeerd rechter houdt toezicht op het minnelijk akkoord<sup>162</sup>. De tussenkost van de rechter kan tegelijk bijdragen tot het slagen van de procedure. Wanneer het minnelijk akkoord tussen beide partijen gesloten is, zal dit akkoord ter bevestiging worden voorgelegd aan de rechtbank. De gedelegeerd rechter moet verslag uitbrengen<sup>163</sup>.

### 3.1.3. Gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord

De gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord vormt het belangrijkste deel van de WCO-procedure (niet minder dan 55 van de 86 artikels handelen over deze procedure)<sup>164</sup>. Daarom wordt deze apart uitgebreid besproken.

### 3.1.4. Gerechtelijke reorganisatie door overdracht van (een deel van) de onderneming onder gerechtelijk gezag

REALISATIE VAN EEN LIQUIDATIE AAN DE HAND VAN TWEE MOGELIJKHEDEN - De overdracht van het geheel of een gedeelte van de onderneming of haar activiteiten is de derde mogelijkheid die voorzien wordt in de WCO om de

<sup>161</sup> G. DE CROOCK en M. VERSCHULDEN, *Preventie bij ondernemingen in moeilijkheden na de nieuwe wet op de continuïteit van ondernemingen: hoe komt u sterker uit deze crisis?*, Mechelen, Kluwer, 2009, 47; F. DE MEY, "Wet continuïteit ondernemingen" in *Gerechtelijk akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2010, 13-14; P. VAN OMMESLAGHE, "La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers" in A. ZENNER en M. DAL, *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité: états généraux de la continuité des entreprises*, Brussel, Larcier, 2012, 166-167; A. ZENNER, *Wet Continuïteit der ondernemingen: de eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 104.

<sup>162</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 179-180.

<sup>163</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 182-184; M. VANMEENEN, "De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen", *RW* 2008-09, 1311.

<sup>164</sup> P. CAVENAILE, *Lecture pour les praticiens de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises*, Luik, Editions du Jeune barreau de Liège, 2009, 25.

economische activiteit van de onderneming te waarborgen. Uitgangspunt van de overdracht onder gerechtelijk gezag is dat de onderneming nog maatschappelijke waarde heeft en dat de overdracht ervan dient te worden gerealiseerd<sup>165</sup>. Als doel staat dus het bewerkstelligen van een liquidatie voorop, wat te verkiezen is boven een faillissement aangezien het toelaat om de activiteiten te behouden<sup>166</sup>.

Twee mogelijkheden dienen zich aan: de gedwongen en de vrijwillige overdracht<sup>167</sup>. Bij een vrijwillige overdracht gaat het dan om een consensuele handeling van een ondernemer met solvabiliteitsproblemen<sup>168</sup>. Zij komt tot stand via een verzoekschrift. Helemaal anders is een gedwongen overdracht zoals bepaald in artikel 59 WCO. Dat is een soort van dwangmaatregel omdat de toestand van de onderneming een overdracht noodzakelijk maakt. Slechts in een uitzichtloze situatie zal de schuldenaar instemmen met de vervreemding van zijn activa. Bovendien is zijn instemming zelfs niet vereist wanneer de poging van gerechtelijke reorganisatie faalde, (het inleidend verzoekschrift wordt verworpen, het plan wordt weggestemd, de homologatie wordt geweigerd of de rechtbank beveelt een vroegtijdige beëindiging), want dan kan de overdracht ook worden opgelegd (op verzoek van de procureur des Konings of van derden)<sup>169</sup>. Belangrijk is ook te weten dat een overdracht zowel betrekking kan hebben op het geheel als op een gedeelte van de onderneming, alsook op het geheel of gedeelte van haar activiteiten<sup>170</sup>.

---

<sup>165</sup> K. BYTTEBIER, M. GESQUIÈRE, *De overdracht onder gerechtelijk gezag* in K. BYTTEBIER, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie: getest, gewikt en gewogen*, Intersentia, Antwerpen, 2010, 65.

<sup>166</sup> P. LAMBRECHT en C. GHEUR, "Du concordat judiciaire à la continuité des entreprises" in P. LAMBRECHT en C. GHEUR, *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 32-33.

<sup>167</sup> G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, "Inleiding tot het economisch recht, Mechelen, Kluwer, 2010, 560; S. BRIJS en S. JACMAIN, "De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord" in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises / De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 101.

<sup>168</sup> A. ZENNER, *Wet continuïteit ondernemingen: De eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 140.

<sup>169</sup> F. DE MEY, "Wet continuïteit ondernemingen" in *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2010, 20; M. LAUWERS, "Wet continuïteit ondernemingen in *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2010, I.K., 20; A. ZENNER, *Wet continuïteit ondernemingen: De eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 140-141.

<sup>170</sup> A. ZENNER, *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises: prévention et réorganisation judiciaire des entreprises en difficulté*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2009, 137.

## 4. ROL VAN DE RECHTER BIJ REORGANISATIE DOOR COLLECTIEF AKKOORD

### 4.1. BASISPRINCIPES

AKKOORD OVER REORGANISATIEPLAN - De procedure van gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord heeft als doelstelling het verkrijgen van een akkoord van de schuldeisers over een reorganisatieplan<sup>171</sup>. Deze procedure sluit het meest aan bij de procedure van gerechtelijke reorganisatie die voorzien werd in de WGA<sup>172</sup>. Het is de procedure van gerechtelijke reorganisatie die het meest wordt toegepast (van de 1939 opschortingen geopend tot en met mei 2011 werden er 1402 geopend met een collectief akkoord tot doel)<sup>173</sup>. De procedure verloopt in essentie als volgt. De schuldenaar stelt een reorganisatieplan op waarover de schuldeisers stemmen; na de goedkeuring door de schuldeisers wordt het plan aan de rechter voorgelegd ter homologatie. Indien de rechter het plan goedkeurt, wordt het bindend voor alle schuldeisers in de opschorting<sup>174</sup>.

Artikel 44 WCO bepaalt het volgende: indien de procedure van gerechtelijke reorganisatie tot doel heeft het akkoord van de schuldeisers te verkrijgen over een reorganisatieplan, moet de schuldenaar minstens veertien dagen voor de zitting een reorganisatieplan ter griffie neerleggen.

### 4.2. ONTWERP EN STEMMING VAN HET REORGANISATIEPLAN

#### 4.2.1. Ontwerp

DEGELIJK EN REALISTISCH PLAN - Het is pas bij het ontwerp van het reorganisatieplan dat de ondernemer de echte oorzaken van de moeilijkheden ziet en een strategie probeert voorop te stellen om zijn kansen te doen keren. De opstelling van een doordacht en haalbaar reorganisatieplan is echter cruciaal om op termijn de onderneming te kunnen redden<sup>175</sup>. Een doodzieke

---

<sup>171</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 111; A. ZENNER, *Wet continuïteit ondernemingen: De eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 18-19.

<sup>172</sup> F. DE MEY, "Wet continuïteit ondernemingen" in *Gerechtelijk akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2010, 6; P. LAMBRECHT en C. GHEUR, "Du concordat judiciaire à la continuité des entreprises" in P. LAMBRECHT en C. GHEUR, *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 30.

<sup>173</sup> GRAYDON, *De wet op de continuïteit van de ondernemingen: een statische stand van zaken*, VBO-CAP congres, 22 juni 2011; A. VAN HOE en M-A VREVEN, "Knelpunten bij de gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord", *TBH* 2011, 853-855.

<sup>174</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 185-205.

<sup>175</sup> F. DE MEY, "Wet continuïteit ondernemingen" in *Gerechtelijk akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2010, 22-23.

onderneming nieuw leven inblazen is immers geen sinecure en een lichtzinnig plan heeft geen enkele kans op slagen<sup>176</sup>.

Het reorganisatieplan is een schriftelijk rapport, dat bestaat uit een beschrijvend en een bepalend gedeelte<sup>177</sup>. In het beschrijvend gedeelte wordt de staat van de onderneming beschreven, de moeilijkheden waarin zij zich bevindt en de middelen waarmee ze deze hoopt te verhelpen. In het bepalend gedeelte worden de maatregelen beschreven om de schuldeisers in de opschorting terug te betalen. Het beschrijft dus de rechten van deze schuldeisers ingeval het reorganisatieplan wordt goedgekeurd door de rechter<sup>178</sup>. Het reorganisatieplan moet de voorgestelde betalingstermijnen en de verminderingen van de schuldvorderingen in de opschorting, in kapitaal en in intresten vermelden<sup>179</sup>. Het plan kan vanaf nu ook voorzien in een gedifferentieerde regeling van bepaalde categorieën van schuldvorderingen, onder meer op grond van omvang en aard van de schuldvordering<sup>180</sup>. Dit in tegenstelling tot het principe dat in 1985 door het Hof van Cassatie werd bevestigd waarbij werd aangenomen dat alle schuldeisers op gelijke wijze dienden te worden behandeld<sup>181</sup>.

De uitvoeringstermijn van het plan mag niet langer zijn dan vijf jaar, te rekenen vanaf de homologatie en dit zonder enige mogelijkheid van verlenging<sup>182</sup>. Dit impliceert dus dat de verlengde opschorting en maximaal vijf jaar durende uitvoeringstermijn zich tot 6,5 jaar kan uitstrekken.

<sup>176</sup> F. DE MEY, "Wet continuïteit ondernemingen" in *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2010, 107.

<sup>177</sup> S. BRIJS en S. JACMAIN, "De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord" in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 90-103; B. DE MOOR, "De preprocedurale instrumenten en de gerechtelijke reorganisatie door een minnelijk akkoord en door een collectief akkoord" in VORMINGSINSTITUUT NEDERLANDSE ORDE ADVOCATEN BALIE BRUSSEL VIA-NOAB, *Continuïteit van de ondernemingen*, Herentals, Knops Publishing, 2010, 66-67; W. DAVID, J.-P. RENARD en V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, 182; E. FELTEN, "La loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises: le concordat judiciaire est ainsi revu mais est-il autant corrigé?", *Cah. Jur.* 2009, afl. 1, 2-9.

<sup>178</sup> S. BRIJS en S. JACMAIN, "De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord" in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 93; I. VEROUGSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 190-197; A. ZENNER, *Wet continuïteit der ondernemingen: de eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 126-127; S. REMMERY en G. SUPPLY, "Wet van 31 januari 2009: van gerechtelijk akkoord naar gerechtelijke reorganisatie", *NJW* 2009, 623.

<sup>179</sup> Art. 49 WCO.

<sup>180</sup> A. VAN HOE en I. VEROUGSTRATE: "Van toegelaten differentiatie tot verboden discriminatie", *TBH* 2011, 923.

<sup>181</sup> Cass. 2 mei 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1187-1188; H. GEINGER, "Enkele bedenkingen over de wet betreffende de continuïteit der ondernemingen" in *Liber amicorum Ivan Verougstraete*, Gent, Larcier, 2011, 327-328.

<sup>182</sup> I. VEROUGSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 195.

#### 4.2.2. Stemming

FASE VAN STEMMING OVER HET PLAN - Zodra het plan ter griffie is neergelegd, wordt dit meegedeeld aan de schuldeisers en wordt er gestemd<sup>183</sup>. De schuldeisers hebben dus de laatste stem met betrekking tot het lot van de schuldenaar en zijn onderneming. Ze bezitten geen mogelijkheid om alternatieve plannen voor te stellen. Ze kunnen dus het plan slechts beïnvloeden in de fase van de stemming, hoewel het vanzelfsprekend is dat de schuldenaar zijn plan zo zal concipiëren dat het plan de meerderheid van de stemmen haalt. Toch kan opgemerkt worden dat het hele proces van het opstellen van een plan een betrekkelijk geringe dynamiek vertoont, aangezien de schuldeisers slechts 14 dagen hebben om het plan te beoordelen<sup>184</sup>. De schuldenaar hoeft dus vanaf de voorbereiding van het plan tot de neerlegging ter griffie geen enkele inmenging te dulden. Dit roept mogelijk toch wat vragen op, aangezien de schuldenaar reeds geniet van een opschorting van betaling<sup>185</sup>.

DEELNAME AAN DE STEMMING - Zowel de gewone schuldeisers<sup>186</sup> in de opschorting als de buitengewone schuldeisers<sup>187</sup> in de opschorting kunnen deelnemen aan de stemming. Het criterium is wel dat het reorganisatieplan een weerslag heeft op hun rechten<sup>188</sup>. Het begrip “weerslag” moet ruim worden geïnterpreteerd. Het betreft alle maatregelen waarin een reorganisatieplan kan worden voorzien en die een invloed hebben op de positie van de schuldeiser. Dit is bijvoorbeeld niet het geval als het plan voorziet in een normale uitbetaling van de schuldeiser zoals oorspronkelijk werd overeengekomen<sup>189</sup>. Daarnaast kan een (buiten)gewone schuldeiser in de opschorting niet deelnemen aan de stemming voor afspraken waarover een minnelijk akkoord is bereikt. Het reorganisatieplan heeft dan immers geen invloed op de rechten van de schuldeiser<sup>190</sup>.

---

<sup>183</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 197.

<sup>184</sup> Art. 53 WCO.

<sup>185</sup> S. BRIJS en S. JACMAIN, “De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord” in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 88-89.

<sup>186</sup> De schuldeiser met een bevoorrechte schuldvordering of de separatist.

<sup>187</sup> De schuldeiser met een niet-bevoorrechte schuldvordering of de chirografaire schuldeiser.

<sup>188</sup> P. COUSSEMENT, “Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord” in *Gerechtelijke reorganisatie: getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 97-98; J. DUPONT, “Artikel 53 WCO: het begrip “weerslag” nader toegelicht” (noot onder Gent, 10 september 2012), *DAOR* 2013, 180.

<sup>189</sup> J. DUPONT, “Artikel 53 WCO: het begrip “weerslag” nader toegelicht” (noot onder Gent, 10 september 2012), *DAOR* 2013, 181; A. VAN HOE en M-A VREVEN, “Knelpunten bij de gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord”, *TBH* 2011, 853-855.

<sup>190</sup> A. VAN HOE en M-A VREVEN, “Knelpunten bij de gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord”, *TBH* 2011, 853-855.



Een belangrijke vraag is of de “buitengewone schuldeisers” mogen meestemmen over het plan. De separatist zal immers vaak een grote waarde vertegenwoordigen en met zijn stem kan het gehele plan staan of vallen. Er zijn twee mogelijkheden: ofwel is er met deze schuldeiser geen individueel akkoord afgesloten maar worden zijn rechten ook niet meer dan twee jaar beknot (zoals verboden door artikel 50 WCO), ofwel is er een individueel akkoord bereikt<sup>191</sup>. In het eerste geval is het overduidelijk dat de buitengewone schuldeisers mogen meestemmen. Het tweede geval ligt moeilijker. Men zou kunnen stellen dat - in het geval van een minnelijk akkoord - het plan geen weerslag meer heeft op de rechten van de buitengewone schuldeiser en deze dus niet meer mag meestemmen. Dit blijkt echter niet ondubbelzinnig uit de WCO<sup>192</sup>. Bovendien preciseert de WCO niet aan welke vorm dit akkoord dient te beantwoorden. Het Hof van Cassatie stelde dat, als een bijzondere schuldeiser in het plan is opgenomen en hij het plan goedkeurt, dit gelijkgesteld kan worden met een individueel akkoord<sup>193</sup>. Nu luidt de vraag - rekening houdend met het feit dat schuldeisers enkel mogen meestemmen indien het plan een weerslag heeft over hun rechten -: telt die stem van de buitengewone schuldeiser dan mee voor het berekenen van de meerderheid<sup>194</sup>? Niet alleen externe schuldeisers kunnen deelnemen aan de stemming, ook “verbonden” schuldeisers (bv. aandeelhouders, verbonden vennootschappen, enz.) krijgen die mogelijkheid. Wanneer externe schuldeisers vermoeden dat het gaat om valse schuldvorderingen, kunnen zij die betwisten. De Rechtbank van Koophandel mag echter niet ambtshalve een schuldeiser uit de stemming weren wanneer deze schuldeiser overeenkomstig artikel 17 WCO is opgenomen in de lijst van schuldeisers en indien de opname door geen enkele schuldeiser - op grond van artikel 46 WCO - werd betwist<sup>195</sup>.

MEERDERHEID VAN DE STEMMEN - Het plan wordt geacht goedgekeurd te zijn wanneer de meerderheid van de schuldeisers voor heeft gestemd; dit wil zeggen: de helft van de vertegenwoordigde schuldvorderingen<sup>196</sup>.

---

<sup>191</sup> S. BRIJS en S. JACMAIN, “De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord” in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 105-106; J. DUPONT, “Artikel 53 WCO: het begrip “weerslag” nader toegelicht” (noot onder Gent, 10 september 2012), *DAOR* 2013, 182.

<sup>192</sup> S. BRIJS en S. JACMAIN, “De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord” in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 105-106.

<sup>193</sup> Cass. 6 september 2013, *JLMB* 2014, 12-17.

<sup>194</sup> Volgens de 5<sup>e</sup> kamer van het Hof van Beroep te Antwerpen is het antwoord op deze vraag affirmatief (nav het interview met E. HULPIAU, kamervoorzitter bij het Hof van Beroep te Antwerpen, dd. 4 november 2013).

<sup>195</sup> A. VAN HOE en M.-A. VREVEN, “Knelpunten bij de gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord”, *TBH* 2011, 855.

<sup>196</sup> Art. 54, tweede lid WCO; A. ZENNER, *Wet Continuïteit der Ondernemingen: de eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 137.

Er is dus sprake van een dubbele meerderheid: in aantal en in grootte van de schuldvorderingen<sup>197</sup>. Zeer ingrijpend is echter dat bij de stemming enkel rekening wordt gehouden met de aanwezige of vertegenwoordigde schuldeisers. Dit wil zeggen dat de afwezige schuldeisers die niet gestemd hebben, toch gebonden zijn door het reorganisatieplan<sup>198</sup>. Het Grondwettelijk Hof oordeelde reeds dat het niet onredelijk is dat niet alle schuldeisers akkoord moeten gaan met het reorganisatieplan. Het Hof stelde dat *“het vereisen van de unanimiteit immers een onevenredige grote macht zou verlenen aan de schuldeisers die van oordeel zijn dat het niet zinvol is om de continuïteit van de desbetreffende onderneming na te streven, wat de algemene doelstelling van de wetgever - die erin bestaat ondernemingen in moeilijkheden een kans op herstel te bieden - in het gedrang zou brengen.”*<sup>199</sup>

VERWERPING OF GOEDKEURING VAN HET PLAN - Bij verwerping van het reorganisatieplan liggen verschillende wegen open voor de schuldenaar. Hij kan een nieuwe poging doen en een nieuw plan uitwerken. Hij kan ook kiezen voor een overdracht onder gerechtelijk gezag. Hij kan ook opteren voor een voortijdige sluiting van de procedure indien er geen continuïteitsperspectief is<sup>200</sup>. Indien het reorganisatieplan door de schuldeisers wordt goedgekeurd, komt het aan de rechter toe om binnen 14 dagen na de zitting - en in elk geval voor de vervaldag van de opschorting - over de homologatie te beslissen<sup>201</sup>.

<sup>197</sup> S. BRIJS en S. JACMAIN, “De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord” in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 104; S. BRIJS, “De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen”, *TRV* 2009, 703; T. LYSSENS, “Wet continuïteit der ondernemingen” in *Gerechtelijk akkoord en Faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2010, 30-31; J. WINDEY, “La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises”, *JT* 2009, 246.

<sup>198</sup> Art. 54, derde lid WCO; S. BRIJS, “De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen”, *TRV* 2009, 703-704; P. VAN OMMESLAGHE, “La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers” in A. ZENNER en M. DAL, *Actualité de la continuité, continuité de l’actualité: états généraux de la continuité des entreprises*, Brussel, Larcier, 2012, 189; I. VEROUGSTRÆTE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 199; M. VANMEENEN, “De (veron)gelijk(t)ie positie van de schuldeisers bij gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord”, *DAOR* 2011, afl. 98, 289-290.

<sup>199</sup> GwH 18 januari 2012, *TBH* 2012, 435-442.

<sup>200</sup> S. BRIJS en S. JACMAIN, “De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord” in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 106; P. VAN OMMESLAGHE, “La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers” in A. ZENNER en M. DAL, *Actualité de la continuité, continuité de l’actualité: états généraux de la continuité des entreprises*, Brussel, Larcier, 2012, 189.

<sup>201</sup> G. DE CROOCK en M. VERSCHULDEN, *Preventie bij ondernemingen in moeilijkheden na de nieuwe wet op de continuïteit van ondernemingen: hoe komt u sterker uit deze crisis?*, Mechelen, Kluwer, 2009, 55-56; B. DE MOOR, “De preprocedurale instrumenten en de gerechtelijke reorganisatie door een minnelijk akkoord en door een collectief akkoord” in VORMINGSINSTITUUT NEDERLANDSE ORDE ADVOCATEN BALIE BRUSSEL VIA-NOAB, *Continuïteit van de ondernemingen*, Herentals, Knops Publishing, 2010, 69-70; W. DAVID, J.-P. RENARD en V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d’emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, 195; S. BRIJS, “De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen”, *TRV* 2009, 704.

Deze beslissing behelst dat hij ofwel het reorganisatieplan weigert ofwel het plan goedkeurt<sup>202</sup>.

### 4.3. HOMOLOGATIE DOOR DE RECHTBANK

#### 4.3.1. Algemeen

BEPERKTE CONTROLE DOOR DE RECHTBANK - De belangrijkste vernieuwing met betrekking tot de homologatie is de inperking van de beoordelingsvrijheid van de rechtbank<sup>203</sup>. De wetgever heeft de discretionaire appreciatiebevoegdheid ten aanzien van de rechtbank weggenomen<sup>204</sup>. Het komt immers niet aan de rechter toe om de haalbaarheid en de inhoud van het reorganisatieplan te beoordelen<sup>205</sup>. De rechter kan de homologatie énkél weigeren in geval van niet-naleving van de pleegvormen door de WCO opgelegd (door de invoering van de figuur van gedelegeerd rechter, die de formaliteiten van de WCO controleert, zal dit in de praktijk niet vaak meer voorkomen) of wegens schending van de openbare orde (art. 55, tweede lid WCO)<sup>206</sup>. Dit wantrouwen ten opzichte van de rechter komt tot uiting in artikel 55, derde lid WCO: het voorziet dat de rechtbank de homologatie van het reorganisatieplan niet ondergeschikt kan maken aan voorwaarden die niet in

<sup>202</sup> Art. 55 WCO; I. VEROUWSTRAETE en A. VAN HOE, “De rechtsbescherming van schuldeisers bij een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord - La protection des créanciers dans la réorganisation judiciaire par accord collectif” (noot onder GwH 18 januari 2012), *TBH* 2012, 445.

<sup>203</sup> S. REMMERY en G. SUPPLY, “Wet van 31 januari 2009: van gerechtelijk akkoord naar gerechtelijke reorganisatie”, *NJW* 2009, 625.

<sup>204</sup> S. BRIJS, “De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen”, *TRV* 2009, 704; G. DE CROOCK en M. VERSCHULDEN, *Preventie bij ondernemingen in moeilijkheden na de nieuwe wet op de continuïteit van ondernemingen: hoe komt u sterker uit deze crisis?*, Mechelen, Kluwer, 2009, 56; I. VEROUWSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 199-201; J. BRONDEL, “De grenzen van de rechterlijke toetsing van het reorganisatieplan in het kader van de toepassing WCO” (noot onder GwH 18 januari 2012), *DAOR* 2012, 362; J. WINDEY, “La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises”, *JT* 2009, 246.

<sup>205</sup> GwH 18 januari 2012, *TBH* 2012, 435-442.; H. GEINGER, “Enkele bedenkingen over de wet betreffende de continuïteit der ondernemingen” in *Liber amicorum Ivan Verouwstraete*, Gent, Larcier, 2011, 331; L. QUINTIENS en B. WINDEY, “Rechtspraakoverzicht WCO: de voornaamste tendensen na 2 jaar rechtspraak”, *Limb. Rechtsl.* 2011, afl. 4, 317-320; M. VANMEENEN, “De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen”, *RW* 2008-09, 1314.

<sup>206</sup> W. DAVID, J.-P. RENARD en V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, 195; I. VEROUWSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Kluwer, 2010-11, 200-201.

het plan zijn opgenomen noch enige wijziging hieraan kan aanbrengen<sup>207</sup>. Voor de wetwijziging d. d. augustus 2013 was door de wetgever niet voorzien in de mogelijkheid om een aangepast plan voor te leggen, rekening houdend met de bezwaren van de rechtbank die geleid hebben tot weigering van de homologatie van het plan<sup>208</sup>. Dit is (gelukkig<sup>209</sup>) veranderd in de nieuwe wet<sup>210</sup>. De wetgever heeft nu voorzien in de mogelijkheid om corrigeervoorstellen te doen bij tussenvonnissen<sup>211</sup>. Indien de rechter dit goed toepast, verschaft hem dit elke mogelijkheid om een zo groot mogelijke inbreng te hebben<sup>212</sup>.

De controle door de rechtbank zou evenwel toch beter voorafgaandelijk gebeuren; dit kan schuldeisers én schuldenaar tijd, moeite en kosten sparen in geval het plan niet wordt gehomologeerd<sup>213</sup>. Het nieuw artikel 49/1 WCO voorziet een aantal bepalingen die ertoe strekken de deloyale houding van de schuldenaar te verhinderen. Het opzettelijk verzwijgen van het bestaan van bepaalde schuldeisers is een voorbeeld hiervan<sup>214</sup>.

Het Hof van Beroep te Brussel<sup>215</sup> baseert zich op de voorbereidende werken<sup>216</sup> om aan te geven dat de weigering van homologatie door de rechter zeer uitzonderlijk is<sup>217</sup>. Dit zal enkel gebeuren in irrealistische of benadelende situaties. De wetgever gaat ervan uit dat de belangen van de schuldeisers

---

<sup>207</sup> S. BRIJS, “De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord” in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises – De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Brussel, Anthemis, 2010, 107; H. GEINGER, “Enkele bedenkingen over de wet betreffende de continuïteit der ondernemingen” in *Liber amicorum Ivan Verougstraete*, Gent, Larcier, 2012, 328; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 201; A. ZENNER, *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises: prévention et réorganisation judiciaire des entreprises en difficulté*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, 131-134; A. ZENNER, *Wet Continuïteit der Ondernemingen: de eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 14; S. BRIJS, “De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen”, *TRV* 2009, 704; M. VANMEENEN, “Drie jaar Wet continuïteit ondernemingen” in *CBR Jaarboek 2011-2012*, Antwerpen, Anthemis, 450.

<sup>208</sup> H. GEINGER, “Enkele bedenkingen over de wet betreffende de continuïteit der ondernemingen” in *Liber amicorum Ivan Verougstraete*, Gent, Larcier, 2011, 331.

<sup>209</sup> Idee geïnspireerd via het interview met M. VAN ESSCHE, advocaat, dd. 29 april 2014.

<sup>210</sup> Art. 55§2 WCO.

<sup>211</sup> Voorstel van wet tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *Parl. St.* Kamer 2013, nr. 2692/1, 169.

<sup>212</sup> Idee geïnspireerd via het interview met M. VAN ESSCHE, advocaat, dd. 29 april 2014.

<sup>213</sup> S. REMMERY en G. SUPPLY, “Wet van 31 januari 2009: van gerechtelijk akkoord naar gerechtelijke reorganisatie”, *NJW* 2009, 625.

<sup>214</sup> Wetsontwerp tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *Parl. St.* Kamer 2012-13, nr. 2692/1.

<sup>215</sup> L. QUINTIENS en B. WINDEY, “Rechtspraakoverzicht WCO: de voornaamste tendensen na 2 jaar rechtspraak”, *Limb. Rechtsl.* 2011, afl. 4, 317-320.

<sup>216</sup> Brussel 16 december 2010, *DAOR* 2011, 436-442.

<sup>217</sup> C. ALTER, “La procédure de réorganisation (les différentes options ainsi que les mesures extrajudiciaires)” in F. DE TANDT, C. ALTER, L. PELTZER, J. WINDEY en A. ZENNER, *La loi relative à la continuité des entreprises*, Brussel, Larcier, 2009, 82-83.

worden beschermd door hun stemming bij meerderheid<sup>218</sup>. Toch is het niet de bedoeling geweest van de wetgever om de rechtbank elk recht op toezicht te ontnemen. De rechter zal nauwkeurig toezicht moeten houden met het oog op de doelstelling van de WCO, namelijk het behoud van de activiteiten van de onderneming<sup>219</sup>.

#### 4.3.2 Weigering wegens niet-naleving van de pleegvormen

BELANG VAN CORRECTE INFORMATIE - Het komt de eisers toe te oordelen over de haalbaarheid van het reorganisatieplan. Het is dan ook noodzakelijk dat zij voldoende kennis bezitten aangaande de inhoud van dat plan. Een aantal pleegvormen moeten dus worden nageleefd<sup>220</sup> (cf. *supra*). Het Grondwettelijk Hof bevestigde reeds de noodzaak ervan<sup>221</sup>. Hoe streng moeten deze pleegvormen in feite worden nageleefd<sup>222</sup>? Niet elke vormregel is immers even belangrijk. Overeenkomstig een meer pragmatische stelling kan de homologatie enkel geweigerd worden wanneer de niet-naleving een invloed heeft op de stemming van de schuldeisers<sup>223</sup>. Met betrekking tot de WCO, waar communicatie en informatie ten behoeve van de schuldeisers één van de meest noodzakelijke punten vormt<sup>224</sup>, betekent dit dat de gewone schuldeiser nog meer in de kou komt te staan: hij moet nu immers bewijzen dat de niet-naleving van de pleegvormen zijn stemgedrag heeft beïnvloed. Overeenkomstig een meer strikte stelling moet de Rechtbank van Koophandel streng toekijken op de naleving van de pleegvormen, aangezien niet-naleving ertoe kan leiden dat de rechten van de schuldeisers worden aangetast<sup>225</sup>.

STRENGHEID VAN DE RECHTBANK - Een voorbeeld van gestrengheid in geval van niet- of fout geïnformeerde schuldeisers is het vonnis van de Rechtbank

<sup>218</sup> A. VAN HOE en I. VEROUGSTRAETE, "Van toegelaten differentiatie tot verboden discriminatie" (noot onder HvB Brussel 16 december 2010), *TBH* 2011, 921-923; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 1998, 120.

<sup>219</sup> H. GEINGER, "Enkele bedenkingen over de wet betreffende de continuïteit der ondernemingen" in *Liber amicorum van Ivan Verougstraete*, Gent, Larcier, 2011, 329.

<sup>220</sup> I. VEROUGSTRAETE en A. VAN HOE, "De rechtsbescherming van schuldeisers bij een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord - La protection des créanciers dans la réorganisation judiciaire par accord collectif" (noot onder GwH 18 januari 2012), *TBH* 2012, 446.

<sup>221</sup> GwH 18 januari 2012, *TBH* 2012, 435-452.

<sup>222</sup> I. VEROUGSTRAETE en A. VAN HOE, "De rechtsbescherming van schuldeisers bij een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord - La protection des créanciers dans la réorganisation judiciaire par accord collectif", *TBH* 2012, 443-449.

<sup>223</sup> S. BRIJS en S. JACMAIN, "De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord" in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 107-108; S. BRIJS, "De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen", *TRV* 2009, 704.

<sup>224</sup> M. VANMEENEN, "Communicatie- en informatiekorten binnen de wet continuïteit der ondernemingen: de schuldeisers blijven te vaak in de kou staan..." (noot onder Kh. Tongeren 15 maart 2010), *TBH* 2010, 549-556.

<sup>225</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 200, 28.

van Koophandel te Tongeren<sup>226</sup>. Deze weigerde de homologatie van een collectief akkoord en dit om verschillende redenen. Ten eerste was er geen enkele garantie dat alle schuldeisers voldoende in kennis werden gesteld en ten tweede bleek de lijst van schuldeisers onvolledig en onjuist. Bijgevolg bevond de rechtbank zich in de onmogelijkheid om via deze lijst na te gaan welke schuldeisers konden stemmen over welke bedragen<sup>227</sup>.

De vaststelling dat de schuldenaar geen activiteit meer zal hebben, dat het plan de betalingstermijnen niet duidelijk aangeeft en dat de uitvoeringstermijn van het plan vijf jaar zou overschrijden, was voor de Rechtbank van Koophandel te Nijvel de aanleiding om de homologatie te weigeren wegens niet naleving van de pleegvormen<sup>228</sup>. Daarnaast bestaat er ook de praktijk van bepaalde feitenrechters om de homologatie te weigeren wanneer afbreuk wordt gedaan aan rechten van de buitengewone schuldeisers zonder hun toestemming<sup>229</sup>.

GEEN VERPLICHTING TOT WEIGERING - De rechter is bovendien verplicht om de homologatie te weigeren wanneer de pleegvormen niet zijn nageleefd. Dit staat misschien niet letterlijk in artikel 55 WCO dat voorziet dat de rechter de homologatie kan weigeren<sup>230</sup>, maar deze verplichting kan afgeleid worden uit de bewoordingen van het arrest van het GwH van 18 januari 2012<sup>231</sup>. De rechter heeft daarnaast ook niet de verplichting om te motiveren waarom hij de homologatie toekent (dit om zijn werklast te besparen)<sup>232</sup> maar wanneer hij weigert kan dat enkel op grond van de in de wet opgesomde redenen.

#### 4.3.3. Weigering wegens strijdigheid met de openbare orde

DE NOTIE “OPENBARE ORDE” - De homologatie kan geweigerd worden wegens strijdigheid met de openbare orde. De parlementaire voorbereiding van de WCO schrijft hierover:

*“De rechtbank homologeert in het beginsel de stemming van de schuldeisers, behalve in uitzonderlijke omstandigheden. Hij verwerpt het plan ingeval de openbare orde wordt geschonden maar ziet erop toe dat wat niet tot de openbare orde behoort, niet als dusdanig wordt omschreven. Gewone*

<sup>226</sup> Kh. Tongeren 15 maart 2010, *TBH* 2010, 551, noot M. VANMEENEN.

<sup>227</sup> L. QUINTIENS en B. WINDEY, “Rechtspraakoverzicht WCO: de voornaamste tendensen na 2 jaar rechtspraak”, *Limb. Rechtsl.* 2011, 318.

<sup>228</sup> Kh. Nijvel 17 januari 2011, *JLMB* 2011, 1008-1009.

<sup>229</sup> Antwerpen 16 juni 2011, *TBH* 2011, 939; Kh. Dendermonde 20 september 2010, *RW* 2010-2011, 1489; Kh. Brugge 7 december 2011, *RW* 2011-2012, 1815.

<sup>230</sup> I. VEROUGSTRAETE en A. VAN HOE, “De rechtsbescherming van schuldeisers bij een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord - La protection des créanciers dans la réorganisation judiciaire par accord collectif”, *TBH* 2012, 447.

<sup>231</sup> J BRONDEL, “De grenzen van de rechterlijke toetsing van het reorganisatieplan in het kader van de toepassing WCO” (noot onder GwH 18 januari 2012), *DAOR* 2012, 363.

<sup>232</sup> S. MOSSELMANS en B. ALLEMEERSCH, “Positieve motivering”, *RW* 2011-12, 86.

*bepalingen van dwingend recht zijn nog geen bepalingen van openbare orde*<sup>233</sup>.

Omtrent de notie “strijdigheid met de openbare orde” hebben de voorbereidende werken echter niets gepreciseerd. Men moet zich dus beroepen op rechtspraak en rechtsleer met betrekking tot artikel 34 van de WGA, die dezelfde bepaling bevatte<sup>234</sup>.

WEIGERING - De rechter zal de homologatie van het reorganisatieplan bijvoorbeeld kunnen weigeren wanneer de openbare economische orde geschonden wordt, omdat het plan te weinig rekening houdt met de toestand van de sector of het economische beleid van de overheid in gevaar brengt. Dergelijke weigering zal ook mogelijk zijn als het plan de lasten tussen de gemeenschap en bepaalde schuldeisers op een wijze die te weinig verband vertoont met de redding van de onderneming<sup>235</sup>. Daarnaast kunnen mededingingsrechtelijke bezwaren en strafrechtelijke overtredingen begaan door de schuldenaar of de schuldeisers (zie o.m. art. 72 en 73 WCO) leiden tot een weigering van de homologatie van het reorganisatieplan<sup>236</sup>.

Een plan dat in een overdracht van de activiteiten naar een nieuwe onderneming voorziet en hierbij een onverantwoorde discriminatie in het leven roept ten aanzien van bepaalde openbare schuldeisers werd reeds verworpen onder het regime van de WGA<sup>237</sup>.

DE GELIJKE BEHANDELING TUSSEN SCHULDEISERS... - De mogelijkheid goedgekeurde plannen te homologeren heeft geleid tot uiteenlopende rechtspraak. In bepaalde beslissingen is een toepassing gemaakt van het gelijkheidsbeginsel. Kan er onderscheid gemaakt worden tussen de verschillende schuldeisers? Raakt deze materie al dan niet de openbare orde? De gelijke behandeling van schuldeisers houdt de vraag in of de schuldeisers in gelijke mate de last moeten dragen van de insolventie van de schuldenaar. Kan er met andere woorden een differentiatie worden gemaakt<sup>238</sup>?

IS NIET VAN OPENBARE ORDE VOLGENS HVC - Het denken over de mogelijkheid tot differentiatie heeft een evolutie doorgemaakt bij het Hof van Cassatie, dat in zijn rechtspraak het dwingende karakter van het principe van

---

<sup>233</sup> Amendement nr. 1 van de regering bij het wetsvoorstel betreffende de continuïteit van de ondernemingen, *Parl. St. Kamer*, 2007, 160/2, 70.

<sup>234</sup> J. WINDEY, “La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises”, *JT 2009*, 246.

<sup>235</sup> Voorstel van wet tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *Parl. St. Kamer* 2012-13, 2692/1.

<sup>236</sup> S. BRIJS, “De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen”, *TRV 2009*, 704.

<sup>237</sup> Luik 25 november 1999, *TBH 2000*, 137.

<sup>238</sup> A. VAN HOE en I. VEROUĞSTRAETE, “Van toegelaten differentiatie tot verboden discriminatie”, *TBH 2011*, 923.

de gelijke behandeling van de schuldeisers relativerende<sup>239</sup>. In 1985 vernietigde het Hof van Cassatie nog een homologatie omdat volgens het Hof de indeling van schuldeisers in drie verschillende categorieën strijdig was met de gelijke behandeling van schuldeisers. Maar in de arresten van 9 maart 2000 en van 20 oktober 2005<sup>240</sup> oordeelde het Hof van Cassatie dat dit gelijkheidsprincipe de openbare orde juist niet raakt. Dit is een logische denkwijze als we kijken naar de doelstelling van de WCO. Het is volgens deze strekking aan de schuldeisers om te oordelen over de haalbaarheid van het reorganisatieplan<sup>241</sup>. Een rechtbank kan de homologatie van een reorganisatieplan dat voorziet in een manifeste arbitraire behandeling van de schuldeisers dan niet weigeren<sup>242</sup>.

IS VAN OPENBARE ORDE VOLGENS GWH - Volgens H. GEINGER is deze stelling echter te ongenueanceerd. De wetgever heeft dan misschien wel voorzien in de mogelijkheid om in het herstelplan een gedifferentieerde regeling te voorzien, toch kan het volgens H. GEINGER niet de bedoeling zijn geweest om de rechtbank elk recht op toezicht te ontnemen. De wetgever heeft niet voor niets het recht toegekend aan de rechtbank om homologatie te weigeren bij een schending van de openbare orde. Dit beginsel is miskend wanneer vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijze niet evenredig zijn met het beoogde doel<sup>243</sup>. Dit is onder meer het geval wanneer het reorganisatieplan voorziet in – de niet redelijk te verantwoorden – ongelijke behandeling van een minderheidsschuldeiser. Iets dergelijks druist immers in tegen artikel 10 van de Grondwet, dat het principe van de gelijkheid vooropstelt. Deze bepaling is van openbare orde en de horizontale werking ervan wordt in private relaties erkend. Zodoende kan de rechtbank wel degelijk haar wettigheidstoezicht uitoefenen<sup>244</sup>. Een verschil in behandeling is volgens artikel 10 van de Grondwet niet verboden, maar moet redelijk en objectief verantwoord zijn.

<sup>239</sup> I. VEROGSTRAETE en A. VAN HOE, “Van toegelaten differentiatie tot verboden discriminatie” (noot onder HvB Brussel 16 december 2010), *TBH* 2011, nr.9, 923.

<sup>240</sup> Cass. 20 oktober 2005, *NJW* 2006, 365-367.

<sup>241</sup> P. COUSSEMENT, “Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord” in *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), Intersentia, 2010, 102-103; I. VEROGSTRAETE, A. VAN HOE, “Van toegelaten differentiatie tot verboden discriminatie” (noot onder HvB Brussel 16 december 2010), *TBH* 2011, nr.9, 924.

<sup>242</sup> P. COUSSEMENT, “Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord” in *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*; K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), Antwerpen, Intersentia, 2010, 102-103.

<sup>243</sup> Zie onder meer Cass. 4 januari 2002, *Arr. Cass.* 2002, nr. 10; Cass. 28 juni 2001, *Arr. Cass.* 2001, nr. 410;

H. GEINGER, “Enkele bedenkingen over de wet betreffende de continuïteit der ondernemingen” in *Liber amicorum Ivan Verougstraete*, Gent, Larcier, 2011, 329.

<sup>244</sup> S. BRIJS en S. JACMAIN, “De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord” in *De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, V.O.B., Intersentia-Anthemis, 2010, 108; A. ZENNER, “Considérations conclusives” in A. ZENNER en M. DAL, *Actualité de la continuité, continuité de l’actualité. Etats généraux de la continuité des entreprises*, Brussel, Larcier, 2012, 740-744; S. BRIJS, “De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen”, *TRV* 2009, 704.



Deze verantwoording zal worden beoordeeld met doel en gevolgen van de overwogen maatregel voor ogen.

HET GRONDWETTELIJK HOF - Ook het Grondwettelijk Hof stelde in zijn arrest van 18 januari 2012 dat het principe van de gelijkheid van schuldeisers wel degelijk een bepaling van openbare orde is<sup>245</sup>. Door deze beslissing wordt er meer armslag verleend aan de rechtbanken om reorganisatieplannen te weigeren en komt men tegemoet aan de frustraties van feitenrechters die vroeger lijdzaam moesten toekijken wanneer de schuldenaar via allerlei allianties met schuldeisers aan de vereiste meerderheid kwam. Indien er geen redelijke verantwoording bestaat voor een verschil in behandeling van een aantal categorieën van schuldeisers, dient de rechtbank de homologatie te weigeren. Anderzijds is het dan ook zo dat - van zodra er wél een redelijk te verantwoorden verschil in behandeling wordt voorzien, zoals op grond van de omvang en of de aard conform artikel 49 - de homologatie niet zomaar kan worden geweigerd. Het valt bijgevolg te verwachten dat rechtbanken die zich over de homologatie van een plan moeten buigen, een casuïstiek zullen ontwikkelen voor het begrip “redelijk te verantwoorden”<sup>246</sup>. Dit arrest wordt in de hedendaagse rechtspraak als kapstok gebruikt. Doch heeft het niet voor een enorme ommekeer gezorgd, daar voor dit arrest al verschillende voorbeelden te vinden zijn waarbij de homologatie werd geweigerd op grond van schending van de gelijkheid tussen schuldeisers<sup>247</sup>.

LAGERE RECHTSPRAAK - Zo weigerde de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen de homologatie van het reorganisatieplan omdat het plan voorzag in een volledige terugbetaling van sommige schuldeisers, terwijl andere schuldeisers (waaronder de fiscus) slechts 5% van hun vordering voldaan zouden zien. Dit is volgens de rechtbank strijdig met de openbare orde, gelet op de onmiskenbare onevenredigheid bij de behandeling van de schuldeisers<sup>248</sup>.

Een ander voorbeeld is het arrest van het Hof van Beroep te Luik van 29 december 2010<sup>249</sup>. Het Hof bevestigde het principe dat de WCO als doel heeft om de continuïteit der ondernemingen te verzekeren en dat de rechter dient te onderzoeken of een verschillende behandeling van de categorieën van schuldeisers die voor het plan wordt voorzien, op objectieve criteria steunt. *In casu* ging het over een afwijkende behandeling van een schuldeiser, berustend op oorsprong, grondslag van de schuldvordering en hoedanigheid van de

<sup>245</sup> J BRONDEL, “De grenzen van de rechterlijke toetsing van het reorganisatieplan in het kader van de toepassing WCO” (noot onder GwH 18 januari 2012), *DAOR* 2012, 363-364.

<sup>246</sup> J BRONDEL, “De grenzen van de rechterlijke toetsing van het reorganisatieplan in het kader van de toepassing WCO” (noot onder GwH 18 januari 2012), *DAOR* 2012, 364-365.

<sup>247</sup> M. VANMEENEN, “Drie jaar wet continuïteit ondernemingen – Over kleine en grote knelpunten en misverstanden” in X. (ed.), *CBR Jaarboek 2011-2012*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 451-452.

<sup>248</sup> Antwerpen 12 oktober 2011, *FJF* 2012, 846-847; in diezelfde zin: Kh. Antwerpen 24 februari 2012, *RW* 2012-13, 512.

<sup>249</sup> Luik 29 december 2010, *JLMB* 2011, 988-992.

schuldeiser. De rechter oordeelde dat dit verschil in behandeling verantwoord was<sup>250</sup>. De rechter moet vervolgens ook nagaan of het verschil in behandeling redelijk evenredig is met de doelstelling, namelijk het herstel van de onderneming. Indien de rechter oordeelt dat dit niet het geval is, moet de homologatie van het reorganisatieplan geweigerd worden wegens strijdigheid met de openbare orde<sup>251</sup>.

Een verschil in behandeling tussen institutionele en niet-institutionele schuldeisers, waarbij van die eersten inspanningen worden gevraagd die niet in verhouding staan tot het doel van herstel van de ondernemingen, werd ook reeds strijdig bevonden met de openbare orde<sup>252</sup>. Ook het herstelplan waarbij een meerderheid van schuldeisers aan een minderheid van schuldeisers een onredelijke en onverantwoorde ongelijke behandeling oplegt, is strijdig met de goede trouw en de openbare orde<sup>253</sup>.

#### 4.3.4. Gevolgen van de homologatie en uitvoering van het plan

BINDEND VOOR ALLE PARTIJEN - De homologatie door de rechter maakt het reorganisatieplan bindend voor alle partijen, ook voor de schuldeisers die niet hebben meegestemd of tegen stemden (artikel 57 WCO). De volledige uitvoering van het plan bevrijdt de schuldenaar geheel en definitief van alle schuldvorderingen die in het plan voorkomen, tenzij het plan uitdrukkelijk anders bepaalt<sup>254</sup>.

#### 4.4. KNELPUNTEN

OBSTAKELS - De gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord is misschien de meest voorkomende vorm van reorganisatie, toch kunnen we enkele knelpunten terugvinden die een correcte toepassing van de procedure soms in de weg staan.

<sup>250</sup> H. GEINGER, "Enkele bedenkingen over de wet betreffende de continuïteit der ondernemingen" in *Liber amicorum Ivan Verougstraete*, Gent, Larcier, 2011, 330.

<sup>251</sup> GwH 18 januari 2012, *DAOR* 2012, 352; Brussel 19 oktober 2012, *JLMB* 2013, 297; E. DIRIX, "De *paritas*-regel en het reorganisatieplan", *RW* 2011-2012, 575-577; L. QUINTIENS en B. WINDEY, "Rechtspraakoverzicht WCO: de voornaamste tendensen na 2 jaar rechtspraak", *Limb. Rechtsl.* 2011, afl. 4, 317-320.

<sup>252</sup> Luik 22 december 2011, *JT*, 136-138.

<sup>253</sup> Antwerpen 28 juni 2012, *TBH* 2012, 733-734.

<sup>254</sup> S. BRIJS EN S. JACMAIN, "De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord" in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 109; W. DAVID, J.-P. RENARD en V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, 196; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 200, 201-202; A. ZENNER, *Wet Continuïteit ondernemingen: de eerste commentaar*; Antwerpen, Intersentia, 2009, 139; A. ZENNER, *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises: prévention et réorganisation judiciaire des entreprises en difficulté*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, 134.

ONREALISTISCH REORGANISATIEPLAN - De schuldenaar mag het reorganisatieplan - als er geen gerechtsmandataris is aangesteld - volledig eigenhandig opstellen. Het plan moet geen actuele vermogenssituatie of resultaatsgegevens bevatten, en evenmin een budget voor de duur van de uitvoeringsperiode. Daarom moeten de schuldeisers het als het ware doen met pure beloftes. Daarenboven voorziet het gewijzigde artikel 49/1 WCO dat het reorganisatieplan moet voorzien in een betalingsvoorstel ten bate van alle schuldeisers en goed voor minstens 15% van het bedrag van de schuldvordering. Het gevolg van dit artikel is dat de schuldenaar nu geneigd zal zijn een plan op te stellen *a rato* van de minimale verplichte terugbetaling (15%). De rechtbank zal dit vaak veel te weinig achten, maar mag zich niet inlaten met de inhoud van het reorganisatieplan. Een vergelijkbaar probleem rijst wanneer het plan betalingsvoorstellen inhoudt die onmogelijk uitgevoerd kunnen worden en de schuldeisers dit niet in detail nakijken. Ook dan kan de rechter dit “onrealistische” plan niet tegenhouden<sup>255</sup>.

Het plan moet dus niet goed zijn voor de rechter, want die heeft nauwelijks nog bevoegdheid om de homologatie van het plan te weigeren. Het plan moet zelfs niet goed zijn voor de schuldeiser, want diens enige interesse is het antwoord op de vraag wanneer en hoeveel hij wordt terugbetaald; dit in tegenstelling tot de onderneming en de wetgever, die enkel de zorg voor de continuïteit heeft. De wetgever heeft de procedure zo soepel mogelijk proberen te maken maar heeft in deze poging de onderneming de vrije baan gegeven, met alle gevolgen van dien<sup>256</sup>.

WANTROUWEN VAN DE WETGEVER? - Artikel 49/1 WCO voorziet verder dat de institutionele schuldeisers (zoals RSZ, fiscus) evenveel van de schuldvorderingen moeten terugbetaald krijgen als de best betaalde gewone schuldeisers in de opschorting. Indien dit niet het geval is, moet de rechter de homologatie weigeren. Waarom van een bedrijf dat potentieel gezond zou kunnen worden de lasten niet verlagen? De rechtbank betreurt het gebrek aan vertrouwen van de wetgever in de rechters<sup>257</sup>.

KNELPUNTEN BIJ DE STEMMING - Daarnaast zijn er ook problemen met betrekking tot de stemming van het reorganisatieplan. Het is immers niet altijd geheel duidelijk wie aan de stemming mag deelnemen en hoe dit juist in zijn werk moet gaan. Bovendien doen zich op het moment van de stemming over het reorganisatieplan vaak incidenten voor. Het kan bijvoorbeeld zijn dat de schuldenaar zijn reorganisatieplan intrekt uit vrees dat het plan afgewezen zal worden of dat schuldeiser de omvang van de schuldvordering betwist of dat

---

<sup>255</sup> Idee geïnspireerd via het interview met T. LYSSENS, Voorzitter aan de Rechtbank van Koophandel te Tongeren dd. 27 november 2013 en het interview met P. BROOS, Gedelegeerd rechter aan de Rechtbank van Koophandel te Gent dd. 9 mei 2013.

<sup>256</sup> F. DE MEY, “Wet continuïteit ondernemingen” in *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2010, 106.

<sup>257</sup> Idee geïnspireerd via het interview met E. HULPIAU, Kamervoorzitter aan het Hof van Beroep te Antwerpen dd. 4 november 2013.

zich schuldeisers aanbieden die niet voorkomen op de lijst van schuldeisers in de opschorting. Deze incidenten kunnen leiden tot wijzigingen aan het reorganisatieplan. Dit is echter niet mogelijk op het moment van de zitting, want dan hebben de schuldeisers onvoldoende tijd om van het gewijzigde plan kennis te nemen. De rechtbank kan beslissen om de stemming over het plan uit te stellen, rekening houdend met de termijn van de opschorting van betaling. In geval van uitstel worden de schuldeisers opnieuw opgeroepen<sup>258</sup>. Een tweede stemming binnen dezelfde aanleg is mogelijk op voorwaarde dat dit kan binnen de opschortingstermijn. Belangrijk is enerzijds dat enkel een goedgekeurd reorganisatieplan kan voorgelegd worden ter homologatie en anderzijds dat het vonnis dat oordeelt over de homologatie, de reorganisatieprocedure sluit.

Zoals hierboven uiteengezet, is de rechter verplicht om de homologatie te weigeren wanneer hij vaststelt dat het plan de pleegvormen of de openbare orde miskent. De rechtbank mag de homologatie dus niet onderwerpen aan enige voorwaarde noch enige wijziging ervan eisen. De Rechtbank van Koophandel te Nijvel zag evenwel een derde mogelijkheid<sup>259</sup>. Nadat de schuldenaar het gewijzigd reorganisatieplan had neergelegd, organiseerde de rechtbank een tweede stemming over het nieuwe plan. Er is immers geen enkele bepaling terug te vinden die verbiedt om meerdere plannen neer te leggen binnen dezelfde procedure. Volgens de rechtbank strookt dit met de geest van de WCO omdat het verhindert de gerechtelijke reorganisatie af te sluiten zonder voorliggend gehomologeerd reorganisatieplan. De redenering klinkt logisch, maar het valt te betwijfelen of dit juridisch wel steek houdt. Ook volgens H. GEINGER vindt deze rechtspraak geen steun in de wet<sup>260</sup>. Is het mogelijk de debatten te heropenen en een nieuwe stemming te organiseren nadat een eerder reorganisatieplan reeds is goedgekeurd? Indien we het reorganisatieplan kwalificeren als een collectieve rechtshandeling, dan kan het door de schuldenaar neergelegde plan worden begrepen als een aanbod en de stemming ervan door de aanwezige schuldeisers als een aanvaarding. Een eenzijdige wijziging door de schuldenaar zonder akkoord van de schuldeisers valt moeilijk te rijmen met deze denkwijze<sup>261</sup>.

<sup>258</sup> A. VAN HOE en M-A VREVEN, “Knelpunten bij de gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord”, *TBH* 2011, 860.

<sup>259</sup> Kh. Nijvel 22 februari 2010, *JLMB* 2010, 1388.

<sup>260</sup> H. GEINGER, “Enkele bedenkingen over de wet betreffende de continuïteit der ondernemingen” in *Liber amicorum Ivan Verougstraete*, Gent, Larcier, 2011, 331.

<sup>261</sup> A. VAN HOE en M-A VREVEN, “Knelpunten bij de gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord”, *TBH* 2011, 860.

## 5 DE “SCHEMES OF ARRANGEMENT” IN HET UK

### 5.1. ALGEMEEN

#### 5.1.1 Inleiding

*SCHEME OF ARRANGEMENT* - In het Verenigd Koninkrijk (UK) wordt eveneens een procedure toegepast, die een onderneming (in moeilijkheden) toelaat om zich ten aanzien van haar schuldeisers te beschermen en dit met tussenkomst van de rechter. Het betreft de zogenaamde *schemes of arrangement*, ook afgekort als *schemes*.

NADERE OMSCHRIJVING - Een *scheme* is een zogenaamde “statutory procedure” die een onderneming toelaat een regeling, een *arrangement*, te treffen met de leden (vennoten) of – voor ons hier relevant – de schuldeisers (of een bepaalde klasse van schuldeisers) die bindend is voor deze betrokkenen<sup>262</sup>, onder de voorwaarde dat de regeling wordt goedgekeurd door de vereiste meerderheid van de betrokken personen en gevalideerd door de rechter<sup>263</sup>. De *Corporations Act* verduidelijkt een *arrangement* als: “*an arrangement includes a reorganisation of the company's share capital by the consolidation of shares of different classes or by the division of shares into shares of different classes, or by both of those methods.*”<sup>264</sup> De auteurs H. L. E. VERHAGEN en J. J. KUIPERS voorzien een uitgebreide definitie van de notie “*scheme*”: “Een *scheme of arrangement* is een flexibel Engels juridisch instrument, waarbij een onderneming ( de “*scheme company*”), of één of meer van haar schuldeisers of aandeelhouders, de bevoegdheid heeft om aan de rechter te verzoeken een bepaald akkoord verbindend te verklaren voor alle betrokkenen”. Zij lichten ook verder toe dat een dergelijk akkoord betrekking kan hebben op de aanpassing van één of meer overeenkomsten waarbij de onderneming partij is, maar bijvoorbeeld ook kan voorzien in de verandering van het aandelenkapitaal<sup>265</sup>.

“COMMERCIAL GIVE AND TAKE” - Opdat er sprake zou zijn van een *arrangement* in de zin van de *Companies Act 2006*, volgt uit de rechtspraak dat de afspraak tussen de onderneming en de schuldeisers in enig opzicht “*a commercial give and take*” moet inhouden en een zekere toegift van beide

---

<sup>262</sup> G. O’DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 3, nr. 1.01.

<sup>263</sup> C. MALLON en S. WAISMAN, *The Law and Practice of Restructuring in the UK and US*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 177, nr. 7.51; G. O’DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 3, nr. 1.04.

<sup>264</sup> Section 895 (2) Companies Act 2006.

<sup>265</sup> H.L.E. VERHAGEN en J.J. KUIPERS, “De erkenning van een Engelse *scheme of arrangement* door de Nederlandse rechter” in N.E.D. FABER, J.J. VAN HEES en N.S.G.J. VERMUNT, *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer, Kluwer, 2012, 335.

zijden<sup>266</sup>, wat doet denken aan ons begrip van de dading, een rechtsfiguur waarbij wederzijdse toegevingen sinds lange tijd ook essentieel zijn<sup>267</sup>. Dit betekent dat de rechtsfiguur van de *schemes*, en in het bijzonder de *arrangements*, een zeer flexibel instrument is om de verhouding tussen onderneming en ondernemingschuldeisers leefbaar te houden en indien nodig op relatief soepele wijze in onderlinge overeenstemming tot aanpassingen over te gaan<sup>268</sup>.

### 5.1.2. Situering in de rechtsorde van het UK en gevolgen

WETGEVEND OPTREDEN - Wat de situering van deze regels in de rechtsorde van het UK betreft, zijn er drie opvallende elementen aan te duiden. Ten eerste zijn deze regels er gekomen door toedoen van de wetgever, niet door de rechtspraak, hoewel het recht van het UK als onderdeel van de “*common law*”-rechtstraditie doorgaans wordt aangeduid als een case law recht, een rechtersrecht. De *schemes* zijn geregeld in *Part 26 (Sections 895-901)* van de *Companies Act 2006*<sup>269</sup>. In dit opzicht kan als eerste voorzichtige vaststelling worden aangehaald dat de leer van de *schemes* geen “rechtersrecht” is in de eigenlijke zin van het woord, in die zin dat het concept en toepassing van de *schemes* niet volledig zijn gevormd in en door het optreden van de rechter in de UK; het basisschema is van *statutory* oorsprong, met andere woorden van legislatieve oorsprong en niet van jurisprudentiële oorsprong.

ONDERDEEL VENNOOTSCHAPSRECHT - Uit het voorgaande volgt het tweede opvallende element: in vergelijking met de Belgische situatie maakt deze procedure niet het voorwerp uit van een aparte wet zoals de WCO, maar vormt ze een onderdeel van de regels inzake het Engels vennootschapsrecht, meer bepaald de *Companies Act*<sup>270</sup>.

GEEN KLASSIEKE INSOLVENTIEPROCEDURE - Ten derde bepaalt de plaats van de regels betreffende de *scheme* in de *Companies Act* (vennootschapsrecht) ook de aard van deze procedure. Het is geen expliciete insolventieprocedure, maar ze maakt deel uit van de procedures die gevoerd worden in het

---

<sup>266</sup> G. O’DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 35, nr. 3.04.

<sup>267</sup> J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction*, Brussel, Bruylant, 1967, 21; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels*, Brussel, Bruylant, 1975, nr. 482.

<sup>268</sup> G. O’DEA, J. LONG en A. SMYTH *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 36, nr. 3.07.

<sup>269</sup> G. O’DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 3, nr. 1.03.

<sup>270</sup> G. O’DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement - Law and Practice*, Oxford University Press, 3; J. WINDSOR, “An overview of creditor schemes of arrangement”, <http://www.linklaters.com/Publications/Publication2051Newsletter/20100118/Pages/Creditorschemes.aspx>

vennootschapsrecht<sup>271</sup>. Dit blijkt ook uit de formulering van Section 895(1): “*The provisions of this Part apply where a compromise or arrangement is proposed between a company and (a) its creditors, or any class of them, or (b) its members, or any class of them.*” De procedure kan dus niet alleen toepassing vinden in de verhouding tussen een onderneming en haar schuldeisers, maar ook tussen de onderneming en haar leden (de vennoten, als leden van de onderneming/vennootschap), bijvoorbeeld om intra-groepsherstructurering te verrichten<sup>272</sup>. In die zin heeft de procedure een neutraler karakter dan de procedures vermeld in de WCO, en is ook de perceptie minder negatief wat de betrokken onderneming betreft, in vergelijking met de WCO<sup>273</sup>.

EVOLUTIE IN DE TOEPASSING – Traditioneel werd een *scheme* gebruikt ten voordele van de onderneming zelf, waarbij het de bedoeling is alle vennoten te verbinden tot een *arrangement*, een compromis, onder andere bij een overname of fusie, zonder dat er unanimititeit vereist is bij alle betrokkenen<sup>274</sup>. Niettemin heeft de juridische praktijk sinds 2008 uitgewezen dat de *schemes* een belangrijk middel zijn tot herschikking van schulden van ondernemingen, bijvoorbeeld in de zaken *IMO*, *British Vita*, *Countrywide*, etc<sup>275</sup>. Concreet gaat het dan om “*cram down schemes*”, zoals *debt-for-equity swaps* (de schuld wordt omgezet in kapitaal), *debt instrument exchanges* en schuldverminderingen, zodat de globale schuldenlast van de betrokken onderneming vermindert, en ook om “*pre-pack schemes*”, waarbij de exploitatie wordt overgedragen aan een nieuwe onderneming die toebehoort aan de schuldeisers van de *scheme*-onderneming<sup>276</sup>.

## 5.2. ANALYSE VAN DE SCHEMES

DOEL VAN DE SCHEMES - Het doel van de *schemes* in het UK recht werd in het arrest *Sea Assets Ltd v Perusahaan Perseroan (Persero) PT Perusahaan Penerbangan Garuda Indonesia* uit 2001 uiteengezet (vertaling): “*Het is het wetgevend beleid om sinds meer dan een eeuw “compromises” en*

<sup>271</sup> P. HERTZ, J. MACLENNAN en S. SAX, “International restructuring – have schemes of arrangement come of age?”, [http://www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2011/05/international\\_restructuring-haveschemes.html](http://www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2011/05/international_restructuring-haveschemes.html); J. WINDSOR, “An overview of creditor schemes of arrangement”, <http://www.linklaters.com/Publications/Publication2051Newsletter/20100118/Pages/Creditorschemes.aspx>

<sup>272</sup> G. O’DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 5, nr. 1.09.

<sup>273</sup> R. AGNELLO QC en B. GRIFFITHS, “Creditor schemes of arrangement and company voluntary arrangements in recent debt restructurings”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2013, 47.

<sup>274</sup> R. AGNELLO QC en B. GRIFFITHS, “Creditor schemes of arrangement and company voluntary arrangements in recent debt restructurings”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2013, 47.

<sup>275</sup> G. O’DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 4-5, 1.08.

<sup>276</sup> R. AGNELLO QC en B. GRIFFITHS, “Creditor schemes of arrangement and company voluntary arrangements in recent debt restructurings”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2013, 47.

“arrangements” tussen een onderneming en haar schuldeisers en leden aan te moedigen. Dit wordt verwezenlijkt door het instellen van een “statutory” (geschreven) mechanisme dat toelaat het gebrek aan instemming bij een minderheid van schuldeisers of aandeelhouders te ontwijken, met dien verstande dat een voldoende aantal relevante schuldeisers of aandeelhouders akkoord gaat met het voorgestelde “compromise of arrangement” én dat de rechtbank toestemming verleent. Als aan deze voorwaarden is voldaan, is de minderheid eveneens gebonden door deze “compromise of arrangement” (...). Maar het nut van dit “statutory” mechanisme wordt in het bijzonder duidelijk wanneer een onderneming die zich in financiële moeilijkheden bevindt, het merendeel van haar schuldeisers kan overtuigen dat een herstructurering van de schulden van de onderneming te verkiezen valt boven het uitoefenen van de rechten van de schuldeisers, met inbegrip het recht om de onderneming te brengen in een situatie waarin zij ophoudt te bestaan<sup>277</sup>.

MEERDERHEID SCHULDEISERS NOODZAKELIJK - Gelijklopend met de Belgische WCO is dat er ook een meerderheid van schuldeisers moet betrokken worden bij de procedure<sup>278</sup>, een *scheme* kan maar succesvol zijn – in de zin dat de betrokkenen gebonden zijn door de regeling<sup>279</sup> – indien de *scheme* wordt goedgekeurd door die (klasse van) schuldeisers tijdens de zittingen georganiseerd door de rechtbank én als er 75% van de schuldeisers, uitgedrukt in waarde van de schuldvorderingen die zij vertegenwoordigen, aanwezig zijn op de zitting van de rechtbank én hun goedkeuring verlenen (persoonlijk of bij volmacht)<sup>280</sup>. Een *scheme* is vooral nuttig wanneer een impasse dreigt tussen de betrokken schuldeisers, in het bijzonder wanneer er sprake zou van een dissidente minderheid van de schuldeisers<sup>281</sup>. Met behulp van een *scheme* kan deze dissidente minderheid dan worden gedwongen de gevolgen van het akkoord, de *scheme*, te aanvaarden<sup>282</sup>.

<sup>277</sup> G. O’DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 3, nr. 1.02.

<sup>278</sup> J. WINDSOR, “An overview of creditor schemes of arrangement”, <http://www.linklaters.com/Publications/Publication2051Newsletter/20100118/Pages/Creditorschemes.aspx>

<sup>279</sup> G. O’DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 5-6, nr 1.12.

<sup>280</sup> Section 899 (1) Companies Act 2006; G. O’DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 36, nr. 3.08; R. VRIESENDORP, R. HERMANS, K. DE VRIES, “Herijking faillissementsrecht en het informeel akkoord: gemiste kans of *opportunity* voor een Nederlandse *scheme of arrangement*?”, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2013, 4; L. CHAN HO, “Making and enforcing Schemes of Arrangement”, *JIBLR* 2011, 434; J. PAYNE, Cross-border Schemes of Arrangement and forum shopping, *SSRN* 2013, 3.

<sup>281</sup> H.L.E. VERHAGEN en J.J. KUIPERS, “De erkenning van een Engelse *scheme of arrangement* door de Nederlandse rechter” in N.E.D. FABER, J.J. VAN HEES en N.S.G.J. VERMUNT, *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer, Kluwer, 2012, 335.

<sup>282</sup> H.L.E. VERHAGEN en J.J. KUIPERS, “De erkenning van een Engelse *scheme of arrangement* door de Nederlandse rechter” in N.E.D. FABER, J.J. VAN HEES en N.S.G.J. VERMUNT, *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer, Kluwer, 2012, 335-336.



PROCES IN DRIE FASEN - De eigenlijke goedkeuring van een *scheme* is in feite een proces dat uit drie fasen bestaat<sup>283</sup>.

Ten eerste moet een verzoek worden gericht tot de rechtbank, om toelating te krijgen om de vergadering(en) bijeen te roepen met de schuldeisers. In dit stadium waakt de rechtbank erover dat diegenen die gerechtigd zijn, zich uitspreken over het voorgenomen *arrangement*<sup>284</sup>. Een vergelijking met de procedures onder de WCO leert dat de rechter volgens dit regime eerst moet tussenkomen, vooraleer de schuldeisers om hun akkoord moet worden gevraagd, wat een zeer actieve betrokkenheid van de rechter impliceert.

In de tweede fase moet dan de goedkeuring worden verkregen van de vereiste meerderheid van de schuldeisers.

In de derde fase is het opnieuw aan de rechtbank: er moet een verzoek worden gericht aan de rechtbank voor een uitspraak die de *scheme* goedkeurt. Bij deze tussenkomsst neemt de rechtbank onder andere volgende overwegingen in beschouwing<sup>285</sup>: (1) Zijn de toepasselijke procedurevereisten correct toegepast? (2) Werd de goedkeuring van de meerderheid van de schuldeisers correct verkregen (geen onderdrukking van de minderheid) (3) Hanteert het goedgekeurde *scheme* redelijke voorwaarden?

Indien de goedkeuring wordt verkregen, moet de rechterlijke uitspraak worden neergelegd in het *Registrar of Companies*<sup>286</sup>.

PRAKTISCH NUT - Het praktisch nut van dergelijk *scheme* komt er in het merendeel van de gevallen op neer dat schuldeisers erin toestemmen een aanzienlijk deel van hun schuld te laten vallen, waardoor de financiële druk op de onderneming vermindert<sup>287</sup>. Vanuit juridisch oogpunt biedt de *scheme* naar Engels recht de mogelijkheid om zowel chirografaire schuldeisers (“*unsecured creditors*”) als schuldeisers die van zekerheden genieten (“*secured creditors*”) te binden, wat wordt aangeduid als “*cramming down secured creditors*”<sup>288</sup>.

<sup>283</sup> G. O’DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 5, nr. 1.11 en 1.12.

<sup>284</sup> G. O’DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 5-6, nr. 1.12.

<sup>285</sup> G. O’DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, nr. 1.12, 5-6.

<sup>286</sup> G. O’DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 5, nr. 1.11.

<sup>287</sup> J.-J. KUIPERS, “Schemes of Arrangement and Voluntary Collective redress”, *Journal of private international law* 2012, 227; J. PAYNE, Cross-border Schemes of Arrangement and forum shopping, *SSRN* 2013, 3; LINKLATERS, “Three wise schemes...Linklaters advises on three schemes of arrangement launched on same day”, <http://www.linklaters.com/News/LatestDeals/2012/Pages/Linklaters-advises-three-schemes-arrangement-launched-same-day.aspx>.

<sup>288</sup> D. EHRET, F. GRELL, J. HOUGHTON, H. POTTS, “Recognition of English Schemes of Arrangements in Germany: Latest Developments in the *Equitable Life Case*”, *Latham & Watkins*

Het is dus mogelijk om dwarsliggende schuldeisers en aandeelhouders opzij te zetten, terwijl dit niet mogelijk is onder het Belgische regime van de reorganisatie door collectief akkoord<sup>289</sup>.

MOGELIJKHEDEN VAN DE *SCHEMES* - Hetgeen de *schemes* in het bijzonder zo nuttig maakt bij de aanwending in de praktijk, is de flexibiliteit van deze oplossing, deze uitweg. De *schemes* kunnen bij wijze van spreken alles voorzien wat een onderneming en de schuldeisers contractueel zouden kunnen overeenkomen. Zo kan een *creditor scheme* - een *scheme* met de schuldeisers van de onderneming - onder andere volgende zaken inhouden:

- een wijziging in de volgorde van de schuldvorderingen die niet zijn gedekt voor een voorrecht of andere zekerheid;
- de omwisseling van schuld ten overstaan van de onderneming naar kapitaal in de onderneming;
- een schuldenmoratorium (dit benadert zeer dicht de doelstelling van de WCO);
- de overdracht van activa van de schuldenaar (de onderneming) naar een nieuwe onderneming;
- amendementen aan de bestaande financieringsovereenkomsten of volledig nieuwe financieringsovereenkomsten;
- het vaststellen van methodes tot regeling van claims en betwistingen<sup>290</sup>.

HYBRIDE KARAKTER VAN DE *SCHEMES* - Dit hybride karakter van de *scheme*, namelijk dat deze procedure enerzijds niet formeel-juridisch te kwalificeren is als een insolventieprocedure en anderzijds in de praktijk een effect van bescherming tegen schuldeisers teweegbrengt, maakt het een interessant

---

2012, 1; J-J. KUIPERS, "Schemes of Arrangement and Voluntary Collective redress", *Journal of private international law* 2012, 227; M. RUTSTEIN, "Roll up! Roll up! Schemes round-up", *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 126.

R. VRIESENDORP, R. HERMANS, K. DE VRIES, "Herijking faillissementsrecht en het informeel akkoord: gemiste kans of *opportunity* voor een Nederlandse *scheme of arrangement*?", *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 2013, 7; J.WINDSOR, "An overview of creditor schemes of arrangement", <http://www.linklaters.com/Publications/Publication2051Newsletter/20100118/Pages/Creditorschemes.aspx>.

<sup>289</sup> R. VRIESENDORP, R. HERMANS, K. DE VRIES, "Herijking faillissementsrecht en het informeel akkoord: gemiste kans of *opportunity* voor een Nederlandse *scheme of arrangement*?", *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 2013, 7.

<sup>290</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 4, nr. 1.06.

instrument, ook voor niet-UK ondernemingen<sup>291</sup>. De *scheme* heeft reeds bewezen dat het een belangrijk instrument is voor de reorganisatie van schulden en insolventie<sup>292</sup>. In de reorganisatie van *Rodenstock*<sup>293</sup> en *PrimaCom*<sup>294</sup> werd bijvoorbeeld recentelijk het instrument van de *schemes* gehanteerd (zie *infra*)<sup>295</sup>.

BEPERKINGEN VAN DE PROCEDURE - Anderzijds stoot de *scheme* ook soms op zijn grenzen, zeker vergeleken met akkoordprocedures voor reorganisatie zoals deze voorkomen in andere jurisdicties, zoals in de Verenigde Staten (*Chapter 11*) en Ierland (*Examinership*). Er zijn wel degelijk zwaktes aan het instrument. Het ware bijvoorbeeld beter dat er een verbod komt op de beëindiging van contracten wanneer men de procedure van de *scheme* opent - net zoals in de WCO -, dat er een moratorium voorzien wordt voor grote ondernemingen, dat er een mogelijkheid in het leven wordt geroepen om de reorganisatie van groepen van ondernemingen tezamen uit te voeren,...<sup>296</sup>

### 5.3. ROL VAN DE RECHTER BIJ DE TOEPASSING VAN DE SCHEMES

TUSSENKOMST VAN DE ENGELSE RECHTER - De Engelse rechter heeft rechtsmacht om zich uit te spreken in de procedure betreffende de *schemes*, in eerste instantie voor die ondernemingen *liable to be wound up under the Insolvency Act 1986* of de *Insolvency Order 1989*<sup>297</sup>. Deze uitdrukking *liable to be wound up* is een uitdrukking ontstaan in verschillende cases betreffende *schemes*, zoals onder meer *RE Drax Holdings Limited*<sup>298</sup> en *Vietnam Shipbuilding Industry Groups*<sup>299</sup>, om aan te geven wanneer een onderneming in aanmerking komt voor een beroep op een *scheme of arrangement*<sup>300</sup>.

Met andere woorden, de Engelse rechtbanken zijn bevoegd om kennis te nemen van *schemes* met betrekking tot ondernemingen opgericht en geregistreerd conform de *Companies Act 2006* (met andere woorden, het UK

<sup>291</sup> R. AGNELLO QC en B. GRIFFITHS, "Creditor schemes of arrangement and company voluntary arrangements in recent debt restructurings", *Corporate Rescue and Insolvency* 2013, 48; J. PAYNE, "Cross-border Schemes of Arrangement and forum shopping", *SSRN* 2013, 4.

<sup>292</sup> D. EHRET, F. GRELL, J. HOUGHTON, H. POTTS, "Recognition of English Schemes of Arrangements in Germany: Latest Developments in the *Equitable Life* Case", *Latham & Watkins* 2012, 1.

<sup>293</sup> (2011) EWHC 1104 (Ch.).

<sup>294</sup> (2011) EWHC 3746 (Ch.).

<sup>295</sup> J. PAYNE, "Cross-border Schemes of Arrangement and forum shopping", *SSRN* 2013, 1.

<sup>296</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 6, nr. 1.13.

<sup>297</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 7, nr. 2.01. De *Insolvency Order 1989* geldt voor ondernemingen in Noord-Ierland; L. CHAN HO, "A new Byword for cross-Border Restructuring: Scheme of Arrangement as Judgment- Re Cavell Insurance Company", *SSRN* 2005, 1.

<sup>298</sup> (2004) 1 WLR 1049.

<sup>299</sup> (2013) EWHC 2476 (Ch.)

<sup>300</sup> I. FOX, "The latest way to go forum shopping: the use of English schemes of arrangement in international restructurings", *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 89; L. CHAN HO, "Making and enforcing Schemes of Arrangement", *JIBLR* 2011, 435.

vennootschapsrecht) en andere niet-geregistreerde ondernemingen, en zelfs – met enige nuance – buitenlandse ondernemingen, anders gezegd ondernemingen die worden beheerst door een ander recht(stelsel) dan de *Companies Act 2006*<sup>301</sup>. Dit is enerzijds een ruime omschrijving, maar anderzijds moet ook voor ogen worden gehouden dat er een *case-by-case* benadering wordt gevolgd en dat de rechter de *scheme* niet moet valideren<sup>302</sup>. *BEING WOUND UP* - In de *caselaw* met betrekking tot de toepassing van de leer van de *schemes* wordt deze vereiste van *being wound up* zeer ruim geïnterpreteerd. In de zaak *Vietnam Shipbuilding Industry Groups* werd het feit van *being wound up* reeds aanvaard door het enkele gegeven dat de voorgestelde overeenkomst om tot een vergelijk te komen met een welbepaalde categorie van de schuldeisers van de onderneming, een bepaling bevatte die het Engelse recht expliciet van toepassing verklaarde, terwijl er geen ander aanknopingsfactor was met Engeland<sup>303</sup>. Recent werd deze soepele<sup>304</sup> (eventueel als toegeeflijk te beschouwen) visie nogmaals bevestigd in de zaak *Cortefiel SA v MEP 11 S.a.r.l.*<sup>305</sup> (zie *infra*, met in het bijzonder de zaak *Drax* en *Re Rodenstock*).

ONDERSCHIED IN *SCHEMES* - Voor *schemes* die toepassing vinden tussen de aandeelhouders, de *members*, is er tot op heden geen geval bekend in de rechtspraak waarbij een Engelse rechter moest tussenkomen in een *member scheme* voor een onderneming die niet is geïncorporeerd in de rechtsorde van het Verenigd Koninkrijk onder de *Corporations Act 2006*<sup>306</sup>. Anders is het gesteld met de *schemes* waarin de schuldeisers zijn betrokken, de zogenaamde *creditor schemes*. In dat geval kan de flexibele toepassing van de neutralere *schemes* (in formeel-juridisch opzicht geen insolventieprocedure) ook spelen voor ondernemingen die geïncorporeerd zijn in een buitenlandse rechtsorde. De link met het Verenigd Koninkrijk is meestal te vinden in de link met Londen als financieel centrum, waarbij de buitenlandse ondernemingen trachten hun financieringsvoorwaarden en schulden ten overstaan van hun Londense schuldeisers te laten herzien op grond van de *Corporations Act 2006*<sup>307</sup>.

<sup>301</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 7, nr. 2.01.

<sup>302</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 7, nr. 2.02.

<sup>303</sup> Overweging nr. 5 van het vonnis.

<sup>304</sup> R. VRISENDORP, R. HERMANS, K. DE VRIES, “Herijking faillissementsrecht en het informeel akkoord: gemiste kans of *opportunity* voor een Nederlandse *scheme of arrangement*?”, Tijdschrift voor Insolventierecht, 2013, 7-8.

<sup>305</sup> R. AGNELLO QC en B. GRIFFITHS, “Creditor schemes of arrangement and company voluntary arrangements in recent debt restructurings”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2013, 48-49.

<sup>306</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, nr. 2.03, p. 7-8.

<sup>307</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 8, nr. 2.04.

## 5.4. TOEPASSING VAN *UK SCHEME* VOOR NIET-ENGELSE ONDERNEMINGEN

### 5.1. *Bevoegdheid Engelse rechter*

INTERESSE VAN ONDERNEMINGEN BUITEN HET UK VOOR *SCHEMES* - In dit onderdeel is het pertinent om na te gaan of ondernemingen uit andere EU-Lidstaten een beroep kunnen doen op de *scheme* uit het Verenigd Koninkrijk, gelet op de specifieke natuur van deze procedure. Met andere woorden: is de Engelse rechtbank, onder bepaalde voorwaarden, bevoegd om kennis te nemen van aanvragen voor een *scheme of arrangement* met veeleer buitenlandse aanknopingspunten? Het is duidelijk dat dit thema de nodige aandacht geniet, voornamelijk omdat de *scheme* onder Engels recht de mogelijkheid biedt om pre-insolventie-actie te ondernemen<sup>308</sup>. Logisch is het dan ook dat het instrument meer en meer gebruikt wordt door niet-Engelse ondernemingen als een sterk middel om hun solvabiliteitsproblemen op te lossen<sup>309</sup>. Redenen voor deze trend zijn onder meer de afwezigheid van gelijkaardig lokaal recht dat een herstructurering mogelijk maakt buiten formele insolventieprocedures. Ook het feit dat *schemes* een goede en stabiele manier zijn om te herstructureren in Europa, met meerdere precedentes die een rechtvaardige en voorzienbare implementatie waarborgen is een factor die meespeelt<sup>310</sup>.

VERHOUDING TOT DE INSOLVENTIEVERORDENING - Overeenkomstig Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures<sup>311</sup> (*hierna*: “Insolventieverordening”) hebben ondernemingen gevestigd in EU-lidstaten enkel de mogelijkheid om insolventieprocedures aan te wenden die voorhanden zijn in de lidstaat waar het “centrum van de voornaamste belangen” van de schuldenaar, met andere woorden de onderneming, gelegen is<sup>312</sup>. In dat opzicht kan de *scheme* naar het recht van het UK een alternatieve optie zijn die effectief kan worden aangewend, daar het in formeel opzicht geen “echte” insolventieprocedure is. Zodoende valt de *scheme* buiten het toepassingsgebied van de

---

<sup>308</sup> BAKER & MCKENZIE, “Using Schemes of Arrangement to Restructure Non UK Companies”, <http://www.bakermckenzie.com/ALGFRISchemesArrangementFeb11/>; P. JARK en S. WEBER, “The effect of English schemes of arrangement in Germany”, [http://blog.dlapiper.com/DERestructuring/entry/the\\_effect\\_of\\_english\\_schemes](http://blog.dlapiper.com/DERestructuring/entry/the_effect_of_english_schemes); P. HERTZ, J. MACLENNAN en S. SAX, “International restructuring – have schemes of arrangement come of age?”, [http://www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2011/05/international\\_restructuring-haveschemes.html](http://www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2011/05/international_restructuring-haveschemes.html).

<sup>309</sup> M. RUTSTEIN, “Roll up! Roll up! Schemes round-up”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 125.

<sup>310</sup> D. EHRET, F. GRELL, J. HOUGHTON, H. POTTS, “Recognition of English Schemes of Arrangements in Germany: Latest Developments in the *Equitable Life* Case”, *Latham & Watkins* 2012, 1; M. RUTSTEIN, “Roll up! Roll up! Schemes round-up”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 126.

<sup>311</sup> *Pb. L.* 30 juni 2000, afl. 160, p. 1.

<sup>312</sup> Art. 3 Insolventieverordening.

Insolventieverordening<sup>313</sup>, met als resultaat dat de Engelse rechter de toepassing van de *scheme* ten voordele van een onderneming uit een andere EU-lidstaat kan toelaten, ook al is het centrum van de voornaamste belangen te situeren buiten het UK<sup>314</sup>. In de recente *Wind Hellas* uitspraak werd zo geoordeeld dat een Luxemburgse *Société en Commandité par Actions*, een onderneming naar Luxemburgs (vennootschaps)recht, onder de toepassing kon vallen van de *schemes*<sup>315</sup>.

Een andere case waar de verhouding tussen de *ss* enerzijds en de Insolventieverordening anderzijds aan de orde was, was de *La Seda de Barcelona SA* – zaak uit 2010<sup>316</sup>. *La Seda* was actief in het verpakken van voeding en dranken. De onderneming was geïncorporeerd in Spanje, met filialen in Spanje, het UK en elders. Op een bepaald moment moest er 600 miljoen pond sterling worden geherstructureerd via een *equity swap*<sup>317</sup>, waarbij de *facilities agreement* werd geregeld door Engels recht en een exclusieve bevoegdheidstoebedeling werd voorzien in hoofde van de Engelse rechter<sup>318</sup>. De verdienste van deze case is dat de rechter de test die nodig is om aan te tonen dat de rechter kennis mag nemen van de vordering van een niet in de UK-geïncorporeerde onderneming in het kader van de *schemes* (zie *infra*), niet mag gelijkstellen met de test zoals deze dient te gebeuren in het kader van de Insolventieverordening<sup>319</sup>.

Ook in andere zaken werd de verhouding tussen de Europese Insolventieverordening en de Engelse *schemes* geanalyseerd voor wat de bevoegdheid van de Engelse rechter betreft om dergelijke *schemes* te valideren, onder meer in de *Dap Holding NV* case<sup>320</sup>. In die zaak werd geoordeeld dat artikel 3, tweede lid van de Insolventieverordening geen beletsel vormt voor de Engelse rechter om bevoegdheid te claimen, in het geval het centrum van voornaamste belangen (*Centre of Main interest* (hierna: COMI) is gesitueerd in een andere lidstaat<sup>321</sup>.

---

<sup>313</sup> L. ELMS, “Re Rodenstock: sanctioning schemes of arrangement of solvent overseas companies”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 114; H. EIDENMULLER, T. FROBENIUS, “Die internationale Reichweite eines englischen Scheme of Arrangement”, *Wertpapier-Mitteilungen* 2011, 1214.

<sup>314</sup> L. ELMS, “Re Rodenstock: sanctioning schemes of arrangement of solvent overseas companies”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 114.

<sup>315</sup> [2009] EWHC 3199 (Ch); G. O’DEA, J. LONG EN A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 8, nr. 2.05.

<sup>316</sup> *La Seda De Barcelona SA* [2010] EWHC 1364.

<sup>317</sup> De omruiling van schulden tegen aandelen.

<sup>318</sup> I. FOX, “The latest way to go forum shopping: the use of English schemes of arrangement in international restructurings”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 89.

<sup>319</sup> I. FOX, “The latest way to go forum shopping: the use of English schemes of arrangement in international restructurings”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 89; M. RUTSTEIN, “Roll up! Roll up! Schemes round-up”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 127.

<sup>320</sup> *Dap Holding NV* (2005), EWHC 2092 (Ch.).

<sup>321</sup> L. ELMS, “Re Rodenstock: sanctioning schemes of arrangement of solvent overseas companies”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 114; L. CHAN HO, “Making and enforcing Schemes of Arrangement”, *JIBLR* 2011, 437.

AANPASSING VAN DE INSOLVENTIEVERODENING - Er is echter is een voorstel tot wijziging van de Insolventieverordening<sup>322</sup> hangende (momenteel in eerste lezing<sup>323</sup>), waarvan twee onderdelen voor de hier aan de orde zijnde kwestie van belang zijn. Ten eerste beoogt het wijzigingsvoorstel het toepassingsgebied van de Insolventieverordening uit te breiden met zogenaamde hybride en pre-insolventieprocedures, door de definitie van “insolventieprocedure” en “curator” aan te passen. Van zodra een pre-insolventieprocedure door publicatie van de rechterlijke uitspraak bekend wordt, valt zij onder het toepassingsgebied van de Insolventieverordening. De *scheme* wordt dan van rechtswege erkend in alle lidstaten van de EU (behalve Denemarken). Dit betekent bovendien dat niet verschenen en tegenstimmende schuldeisers niet alleen in het UK, maar ook elders in de EU aan het akkoord gebonden zijn<sup>324</sup>. Ten tweede wordt de rechterlijke bevoegdheid voor de opening van de insolventieprocedure gewijzigd. Deze wijziging houdt in dat niet alleen de rechter zijn bevoegdheid op grond van artikel 3 Insolventieverordening (COMI) ambtshalve moet toetsen, maar ook dat iedere schuldeiser of belanghebbende het recht heeft om de rechtsmacht van de rechter te betwisten. Een en ander zorgt er aldus voor dat een buitenlandse rechtspersoon met een enigszins serieus aanknopingspunt met een ander land dan het UK zich straks door zogenaamd COMI-toerisme niet meer onder de rechtsmacht van de Engelse rechter kan brengen om een *scheme* goedgekeurd te krijgen. Dit wil zeggen dat elke onderneming die zijn COMI niet in Engeland heeft, zich niet meer op de procedure kan beroepen. Het voordeel van de automatische erkenning in de hele EU gaat dus aan dergelijke ondernemingen voorbij<sup>325</sup>. Daarom kan de vraag gesteld worden of het niet beter is om de *schemes* onder het toepassingsgebied van de Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: Brussel I Verordening)<sup>326</sup> te behouden wat mogelijk is een flexibelere erkenning en tenuitvoerlegging inhoudt<sup>327</sup>.

TOEPASSING BRUSSEL I - Er moet enig voorbehoud worden gemaakt bij het voorgaande: het gegeven dat de rechtsfiguur van de *schemes* formeel gezien buiten de toepassingsfeer van de Insolventieverordening valt, betekent niet dat ondernemingen beheerst door een ander recht dan de *Corporations Act*

<sup>322</sup> COM (2012) 744, dd. 12 december 2012.

<sup>323</sup> [www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2012/0360%28COD%29&l=en](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2012/0360%28COD%29&l=en) (consultatie 28 april 2014).

<sup>324</sup> Het BGH zou dan een andere uitkomst hebben bereikt in de hieronder besproken *Equitable - Life-zaak*.

<sup>325</sup> R. VRIESENDORP, R. HERMANS, K. DE VRIES, “Herijking faillissementsrecht en het informeel akkoord: gemiste kans of *opportunity* voor een Nederlandse *scheme of arrangement*?”, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2013, 8-10.

<sup>326</sup> *Pb.L.* 16 januari 2001, afl. 12, 1.

<sup>327</sup> G. VAN CALSTER, “Apcoa scheme of arrangement: Convening hearing gives firm but considered go-ahead for English Scheme of Arrangement following change in governing law”, <http://gavclaw.com/2014/04/29/apcoa-scheme-of-arrangement-convening-hearing-gives-firm-but-considered-go-ahead-for-english-scheme-of-arrangement-following-change-in-governing-law>.

2006, zonder meer aanspraak kunnen maken op de *schemes*. Mijns inziens wordt de bevoegdheid van de rechter wel bepaald door de Brussel I Verordening, zeker wat betreft de herstructurering van solvabele ondernemingen<sup>328</sup>. Bovendien worden *schemes of arrangements* niet uitgesloten van het toepassingsgebied van Brussel I. De Brussel I-verordening en de Insolventieverordening zouden moeten beschouwd worden als communicerende vaten. Datgene wat is uitgesloten van het toepassingsgebied van Brussel I op grond van artikel 1 (2) b met betrekking tot het bankroet en het faillissement van insolvabele ondernemingen zou onder de Insolventieverordening moeten vallen en omgekeerd<sup>329</sup>. Het hoofdbeginsel van de Brussel I-verordening is dat de bevoegde rechter die van de lidstaat is waar de verweerder zijn/haar woonplaats heeft, ongeacht zijn/haar nationaliteit<sup>330</sup>. Concreet komt dit erop neer dat Engelse rechters bevoegdheid hebben op voorwaarde dat tenminste één van de betrokken partijen woonplaats heeft in het UK. Toch is dit niet altijd even vanzelfsprekend bijvoorbeeld in het geval wanneer een half miljoen aandeelhouders betrokken zijn bij een *scheme* en slechts één daarvan woonplaats heeft in het UK. De woonplaats van slechts één betrokkene kan in dit geval moeilijk beschouwd worden als een voldoende band met het UK (zie *infra*)<sup>331</sup>.

*LIABLE TO BE WOUND UP* - Wanneer dan vanuit Europees perspectief is vastgesteld dat de Engelse rechter bevoegd is, wordt ook nog een door *case law* ontwikkelde test voorzien door de Engelse rechters. Om als onderneming aanspraak te maken op de regeling van de (*creditor schemes*) moet deze *liable to be wound up* zijn met betrekking tot de *Insolvency Act 1986*<sup>332</sup>. Uit de uitspraken van de Engelse rechters in de zaken *Re Rodenstock* (2011), *Re PrimaCom Holding GMBH* (2011) en andere kan worden afgeleid dat aan deze test al voldaan kan zijn als de betrokken onderneming mogelijks kan worden in verband gebracht met de *Insolvency Act 1986*: “*The test would be satisfied if the relevant company is merely the sort of company which is capable of being wound up under the Insolvency Act 1986*”<sup>333</sup>. Zo was het ook het geval in de *Gallery case*<sup>334</sup>: in deze zaak was er sprake van twee ondernemingen, enerzijds *Gallery Capital* (geïncorporeerd in Luxemburg) en anderzijds *Gallery Media*

<sup>328</sup> J.-J. KUIPERS, “Schemes of Arrangement and Voluntary Collective redress”, *Journal of private international law* 2012, 228.

<sup>329</sup> J.-J. KUIPERS, “Schemes of Arrangement and Voluntary Collective redress”, *Journal of private international law* 2012, 228.

<sup>330</sup> G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2013, 23.

<sup>331</sup> J.-J. KUIPERS, “Schemes of Arrangement and Voluntary Collective redress”, *Journal of private international law* 2012, 249.

<sup>332</sup> G. O’DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 8, nr. 2.06; L. CHAN HO, “Making and enforcing Schemes of Arrangement”, *JIBLR* 2011, 438.

<sup>333</sup> G. O’DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 8, nr. 2.06.

<sup>334</sup> Unreported (Norris J.) 21 april 2010; G. O’DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 10, nr. 2.16.



(geïncorporeerd in de *British Virgin Islands*, BVI). Omdat deze ondernemingen in tussentijd hun centrum van voornaamste belangen COMI naar Engeland hadden overgebracht, was er al voldoende basis om aanknopng te vinden bij de *Insolvency Act*, zonder dat er een verdere beoordeling diende te gebeuren voor de bevoegdheid van de rechter om een *scheme of arrangement* te sanctioneren<sup>335</sup>.

CRITERIA VAN ONTVANKELIJKHEID VOOR DE BEVOEGDHEID VAN ENGELSE RECHTER - *LEGITIMATE INTEREST* - De ontvankelijkheid van de vraag tot sanctionering van een *scheme* - in hoofde van een niet-UK geïncorporeerde onderneming - wordt niet bemoeilijkt, zeker niet uitgesloten, door de *Companies Act 2006* of de *Insolvency Act 1986*, integendeel<sup>336</sup>. Anderzijds mag ook niet worden gesteld dat een Engelse rechter zich zonder meer mag uitspreken over de vraag naar sanctionering van een *scheme*, bijvoorbeeld een *arrangement*, betreffende een niet-UK onderneming. Er moet als het ware een zekere tussenpositie worden vastgesteld, die erop neerkomt dat er toch een zeker verband moet zijn met het UK om als niet-UK onderneming aanspraak te kunnen maken op de *scheme*-regeling. Op basis van de *case law* van de Engelse rechters wordt dit verband concreet aangeduid als de vereiste van *legitimate interest*<sup>337</sup>.

#### 5.4.2. *Legitimate interest en een voldoende band met het UK*

*LEGITIMATE INTEREST* - DRIE VOORWAARDEN - De vereiste van *legitimate interest* in hoofde van de buitenlandse onderneming houdt in de praktijk voor de Engelse rechter de toetsing in aan drie voorwaarden<sup>338</sup>, om na te gaan of er sprake is van een *winding up order in relation to a foreign company*<sup>339</sup>. Ten eerste moet de onderneming een voldoende nauw verband met Engeland kunnen aantonen<sup>340</sup>, door bijvoorbeeld activa in het UK aan te houden of door management waar te nemen<sup>341</sup>. Ten tweede moet er een aannemelijke

<sup>335</sup> I. FOX, "The latest way to go forum shopping: the use of English schemes of arrangement in international restructurings", *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 90.

<sup>336</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 9, 2.09.

<sup>337</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 9, nr. 2.09.

<sup>338</sup> L. ELMS, "Re Rodenstock: sanctioning schemes of arrangement of solvent overseas companies", *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 114; J.-J. KUIPERS, "Schemes of Arrangement and Voluntary Collective redress", *Journal of private international law* 2012, 228.

<sup>339</sup> I. Fox "The latest way to go forum shopping: the use of English schemes of arrangement in international restructurings", *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 89; G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 9, nr. 2.10; H.L.E. VERHAGEN en J. J. KUIPERS, "De erkenning van een Engelse scheme of arrangement door de Nederlandse rechter" in N.E.D. FABER, J.J. VAN HEES en N.S.G.J. VERMUNT, *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer, Kluwer, 2012, 339-340.

<sup>340</sup> I. FOX, "The latest way to go forum shopping: the use of English schemes of arrangement in international restructurings", *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 89.

<sup>341</sup> L. ELMS, "Re Rodenstock: sanctioning schemes of arrangement of solvent overseas companies", *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 114.

mogelijkheid zijn dat de schuldeisers voordeel kunnen halen uit de tussenkost van de Engelse rechter in het kader van een *scheme*<sup>342</sup>. Ten derde moeten één of meerdere personen die belang hebben bij de verdeling van de activa van de onderneming, onder de bevoegdheid van de Engelse rechtbanken kunnen vallen<sup>343</sup>. Voor een voorbeeld in de rechtspraak kan worden verwezen naar de uitspraken in de *Rodenstock-zaak*<sup>344</sup>.

In de *Rodenstock-zaak* was de betrokken onderneming de belangrijkste operationele vennootschap in de Rodenstock-groep, de vierde grootste Europese producent van lezen en frames voor brillen. Het hoofdkwartier is gevestigd te München (Duitsland), en de belangrijkste productiefaciliteiten bevinden zich in Europa en Thailand. Buiten Duitsland worden de producten verdeeld via ongeveer 40 verkooppunten wereldwijd verspreid en uitgebaat via dochterondernemingen van de betrokken onderneming. De omzet van de onderneming is bij benadering € 258.3 miljoen, en de omzet op groepsniveau bedraagt bij benadering € 365.5 miljoen. De onderneming heeft een uitstaande schuld van ongeveer € 305 335 000 (die in het vonnis wordt aangeduid als *the Senior Debt*), waarvoor een *facilities agreement* (aangeduid als *the Existing Senior Facilities Agreement*) wordt voorzien. Deze *facilities agreement* wordt uitdrukkelijk beheerst door Engels recht en bevat een forumbeding tot aanduiding van de Engelse rechtbanken.

In deze zaak wordt de goedkeuring geweigerd omdat er in feite te weinig raakpunten met het UK worden vastgesteld, hetgeen expliciet in het vonnis wordt vermeld. Ten eerste was de aanvrager *Rodenstock GmbH (the Company)* als vennootschap geïncorporeerd in Duitsland en was de COMI daar gesitueerd<sup>345</sup>. Ten tweede had *the Company* geen vestiging in het UK, en ook geen activa die op het eerste gezicht konden worden betrokken in de *scheme*<sup>346</sup>. Ten derde bestaat er geen vergelijkbare jurisprudentiële mogelijkheid naar Duits recht om een *scheme of arrangement* toe te staan voor solvabele ondernemingen (*solvent schemes*). Ten vierde verwijst de rechter in

---

<sup>342</sup> I. FOX, "The latest way to go forum shopping: the use of English schemes of arrangement in international restructurings", *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 89; G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 9, nr. 2.10.

<sup>343</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 9, nr. 2.10, L. CHAN HO, "Making and enforcing Schemes of Arrangement", *JIBLR* 2011, 434-435; I. FOX, "The latest way to go forum shopping: the use of English schemes of arrangement in international restructurings", *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 89; M. RUTSTEIN, "Roll up! Roll up! Schemes round-up", *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 127.

<sup>344</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 9, nr. 2.10.

<sup>345</sup> H. EIDENMULLER, T. FROBENIUS, "Die internationale Reichweite eines englischen Scheme of Arrangement", *Wertpapier-Mitteilungen* 2011, 1213; J.-J. KUIPERS, "Schemes of Arrangement and Voluntary Collective redress", *Journal of private international law* 2012, 229.

<sup>346</sup> J.-J. KUIPERS, "Schemes of Arrangement and Voluntary Collective redress", *Journal of private international law* 2012, 229.

*Rodenstock* uitdrukkelijk naar de Duitse rechtspraak die een Engels vonnis betreffende de goedkeuring van een *scheme* in vergelijkbare (niet identieke) omstandigheden afwees, op grond van Hoofdstuk III van de Brussel I-verordening<sup>347</sup>, meer bepaald dat de betrokken beslissing genomen door de Engelse rechter geen “vonnis” is in de zin van de artikelen 32 en 33 van de vermelde Europese verordening. Ten slotte wordt ook verwezen naar het gegeven dat een kleine minderheid van de schuldeisers van *the Company*, dewelke tegen de *scheme* hadden gestemd, deze afwezigheid van bevoegdheid van de rechtbank expliciet aanhaalden.

KWALIFICATIE VAN DEZE VOORWAARDEN - Hoewel het vanuit een continentaal standpunt aannemelijk is een zeker legitiem belang te veronderstellen om als buitenlandse onderneming betrokken te (kunnen) zijn in een *scheme* naar Engels recht, is er betreffende deze materie geen eensgezindheid over de kwalificatie van deze voorwaarden. Zo oordeelt J. LAWRENCE COLLINS in de zaak *Re Drax Holdings Limited*<sup>348</sup> dat deze voorwaarden eerder moeten worden gezien als richtlijnen voor de rechter bij het uitvoeren van zijn taak dan als voorwaarden voor de ontvankelijkheid van de procedure zelf; tezelfdertijd is deze commentator ook van oordeel dat een zekere band met Engeland voorhanden moet zijn<sup>349</sup>.

VOLDOENDE BAND MET HET UK - Als één van de opgesomde voorwaarden in kader van *legitimate interest* bij de *schemes* kan worden aanzien als een echte voorwaarde voor de toegang tot de Engelse rechter en de *schemes*-regeling, dan is het wel de voorwaarde van een voldoende band met het UK<sup>350</sup>. De aanwezigheid van dergelijke voldoende band met het UK was onder meer aan de orde in de zaken *Rodenstock*, *PrimaCom*, *NEF Telecom Company BV en Drax*. *Rodenstock* en *PrimaCom* waren Duitse ondernemingen zonder activa in Engeland, *NEF Telecom Company BV* was een Nederlandse onderneming, eveneens zonder activa in Engeland<sup>351</sup>. In de zaak *Drax* betrof het financieringsvehikels in de Kaaimaneilanden<sup>352</sup>. De voldoende band werd (reeds) aanwezig geacht op basis van het voorhanden zijn van een kredietovereenkomst en een overeenkomst tussen schuldeisers, beide beheerst door het Engelse recht, en dit in verschillende zaken<sup>353</sup>.

<sup>347</sup> Verordening (EG) nr. 1215/2012 van de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

<sup>348</sup> (2004) 1 WLR 1049.

<sup>349</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 9, nr. 2.12.

<sup>350</sup> I. FOX, “The latest way to go forum shopping: the use of English schemes of arrangement in international restructurings”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 89.

<sup>351</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 10, nr. 2.14.

<sup>352</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 11, nr. 2.18.

<sup>353</sup> R. AGNELLO QC en B. GRIFFITHS, “Creditor schemes of arrangement and company voluntary arrangements in recent debt restructurings”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2013, 49.

OOK ONDERZOEK NAAR ERKENNING IN THUISLAND - Een opvallende vaststelling in deze zaken is dat de rechter een onderzoek voorzag naar de mogelijkheid tot erkenning van de *scheme* in de rechtsorde van het land van de onderneming, en dat geen gelijkwaardige procedure in de eigen rechtsorde voorhanden is<sup>354</sup>. Volgens G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH moeten de rechters in dit opzicht voldoende flexibel zijn, en eerder het globale voordeel van de *scheme* voor de onderneming afwegen tegen het risico dat sommige schuldeisers mogelijks actie ondernemen in de andere (niet-Engelse) rechtsorde; daardoor zou er namelijk ongelijkheid kunnen ontstaan tussen enerzijds de schuldeisers betrokken in en gebonden door de *scheme* naar Engels recht, en anderzijds andere schuldeisers die dan actie zouden kunnen ondernemen op basis van regels afkomstig uit de andere rechtsorde<sup>355</sup>. In de zaak *Rodenstock* blijkt ook dat de Engelse rechter in feite vooralsnog in het midden heeft gelaten of de internationale bevoegdheid inzake ondernemingen gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Unie door de eenvormige regels van Europees IPR zou worden beperkt<sup>356</sup>.

#### 5.4.3. Toepasselijk recht

ROME I - De vraag rijst wanneer men dan bij grensoverschrijdende gevallen tot de toepassing van het Engels recht kan komen. Onder welke verwijzingscategorie kan men bij grensoverschrijdende gevallen tot de toepassing van het Engels recht komen? Als men in een *scheme* een mogelijk gevolg van contractenrecht ziet, moet Engels recht de *lex contractus*<sup>357</sup> zijn volgens de Verordening (EG) nr 593/2008 van de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hierna: Rome I-verordening)<sup>358</sup>. In sommige gevallen zal dat volstaan, bijvoorbeeld wanneer de *scheme* enkel wordt opgelegd aan contractuele schuldeisers gebonden door een rechtskeuzeclausule voor Engels recht, zoals recent werd beslist in de zaak *Apcoa Parking Ltd & Ors*<sup>359</sup>. Interessant aan deze *case* is dat het oorspronkelijke toepasselijke recht niet het Engelse recht was maar dat een meerderheid van de betrokken schuldeisers akkoord ging met een wijziging naar Engels recht<sup>360</sup>. Dit toont nog maar eens aan dat de procedure van de *schemes* gewild is bij buitenlandse ondernemingen. In andere gevallen

<sup>354</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 10, nr. 2.15.

<sup>355</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 11, nr. 2.17.

<sup>356</sup> H.L.E. VERHAGEN en J.J. KUIPERS, "De erkenning van een Engelse scheme of arrangement door de Nederlandse rechter" in N.E.D. FABER, J.J. VAN HEES en N.S.G.J. VERMUNT, *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer, Kluwer, 2012, 340.

<sup>357</sup> De rechtskeuze door de partijen in het contract.

<sup>358</sup> *Pb. L.* 4 juli 2008, afl. 177, 1.

<sup>359</sup> (2014) EWHC 997 (Ch).

<sup>360</sup> G. VAN CALSTER, "Apcoa scheme of arrangement: Convening hearing gives firm but considered go-ahead for English Scheme of Arrangement following change in governing law", <http://gavclaw.com/2014/04/29/apcoa-scheme-of-arrangement-convening-hearing-gives-firm-but-considered-go-ahead-for-english-scheme-of-arrangement-following-change-in-governing-law>.

rijst de vraag of men er met de *lex contractus* alleen komt en of niet de *lex societatis* Engels moet zijn om de *scheme* te kunnen opleggen.

#### 5.4.4. Erkenning van de UK schemes in andere lidstaten - IPR

BEROEP OP EEN *SCHEME* ÉN ERKENNING VAN EEN *SCHEME* - Of het voor ondernemingen, gevestigd buiten het Verenigd Koninkrijk, praktisch haalbaar is om een beroep te doen op de Engelse procedure van *schemes of arrangement* kan niet alleen worden beoordeeld aan de hand van de Insolventieverordening (zie *supra*). De validatie door de Engelse rechter (de *sanctioning*) moet ook worden bekeken vanuit het oogpunt van de erkenning: wordt de *scheme* erkend buiten het UK, meer bepaald in het land waar het zijn uitwerking dient te krijgen? Het is maar al te goed te begrijpen dat de Engelse rechters weigerachtig staan tegenover een beroep op “hun” *schemes*, die dan geen uitwerking zouden kunnen krijgen buiten het UK<sup>361</sup>.

EUROPEES RECHT EN INTERN IPR - Vandaar dat de analyse van de toepassing van de Engelse *schemes* voor niet-UK ondernemingen zich niet kan beperken tot een onderzoek naar de mogelijkheid om een beroep te doen op de *schemes* en aan welke voorwaarden/in welke omstandigheden. Er moet ook aandacht worden besteed aan relevante EU-regelgeving, die grensoverschrijdende bevoegdheid inzake insolventieprocedures en de erkenning in de eigen rechtsorde van een *scheme* naar Engels recht regelt. Een interessante vaststelling in dit verband is het onderscheid tussen enerzijds de keuze voor het Engelse recht en anderzijds de bevoegdheid van de Engelse rechter om op te treden en de erkenning van de gevolgen van dit optreden in het zogenaamde thuisland van de betrokken onderneming. De rechtskeuze voor het Engelse recht is immers in feite slechts een keuze voor de toepassing van het Engelse contractenrecht, en kan niet zomaar worden verstaan als de directe toepassing van de bepalingen inzake *schemes of arrangement* uit de *Companies Act 2006*<sup>362</sup>. De rechtsgevolgen van een *scheme of arrangement*, namelijk de gebondenheid van alle betrokken schuldeisers, treedt daarentegen maar in als een gevolg van het gezag van gewijsde van de beschikking, de *order*, van de Engelse rechter<sup>363</sup>. Volgens VERHAGEN en KUIPERS is de hamvraag bijgevolg te verwoorden als volgt: een *order* waarmee een *scheme* wordt bekrachtigd, kan in een ander land (Nederland en ook België) slechts rechtsgevolgen

<sup>361</sup> L. ELMS, “Re Rodenstock: sanctioning schemes of arrangement of solvent overseas companies”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 115.

<sup>362</sup> H.L.E. VERHAGEN en J.J. KUIPERS, “De erkenning van een Engelse scheme of arrangement door de Nederlandse rechter” in N.E.D. FABER, J.J. VAN HEES en N.S.G.J. VERMUNT, *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer, Kluwer, 2012, 338.

<sup>363</sup> H.L.E. VERHAGEN en J.J. KUIPERS, “De erkenning van een Engelse scheme of arrangement door de Nederlandse rechter” in N.E.D. FABER, J.J. VAN HEES en N.S.G.J. VERMUNT, *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer, Kluwer, 2012, 338.

hebben, indien deze beschikking volgens het Nederlandse of Belgische IPR een voor erkenning vatbare rechterlijke beslissing is<sup>364</sup>.

TOEPASSING EUROPESE INSOLVENTIEVERORDENING EN BRUSSEL I-VERORDENING - Een eerste aspect inzake de erkenning en afdwingbaarheid van de *scheme* in de eigen rechtsorde van de onderneming is de verhouding tot de Insolventieverordening. Deze verordening wijst de bevoegdheid tot het opvolgen van een insolventieprocedure toe aan de rechtbank van de lidstaat waar het centrum van de belangen van de onderneming kan worden gesitueerd, alleszins waar de onderneming een vestiging heeft<sup>365</sup>. Eerder is vastgesteld dat de regeling van de *schemes* werd toegepast op niet-UK ondernemingen die geen vestiging hebben in het UK (de voldoende band werd op een andere wijze ingevuld, zie *supra*) en dat de *schemes* niet onder het toepassingsgebied van de Insolventieverordening valt (zie *supra*). In dit kader is de Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken ("Brussel I")<sup>366</sup> eveneens belangrijk om aan te halen, in het bijzonder de artikelen 32 tot 56, die over erkenning handelen.

GEEN BEVOEGDHEIDSPROBLEEM VOLGENS ENGELSE RECHTER - In de reeds aangehaalde zaken ziet de Engelse rechter geen beperking in deze verordeningen voor zijn bevoegdheid om tussen te komen in de toekenning van een *scheme* naar Engels recht aan een niet-UK onderneming. Een belangrijk argument hierbij is dat de *scheme* geen insolventieprocedure is waarvoor de rechtsmachtregels van de Insolventieverordening gelden<sup>367</sup>. Voor een *scheme*-procedure is immers niet vereist dat de onderneming in staat van insolventie verkeert: ook ten aanzien van geheel solvante ondernemingen kan immers om een *scheme* worden verzocht<sup>368</sup>. Bovendien komt de *scheme* niet voor op Bijlage A, waarin voor elke Europese lidstaat de insolventieprocedures zijn genoemd waarop de Insolventieverordening van toepassing is<sup>369</sup>.

---

<sup>364</sup> H.L.E. VERHAGEN en J.J. KUIPERS, "De erkenning van een Engelse scheme of arrangement door de Nederlandse rechter" in N.E.D. FABER, J.J. VAN HEES en N.S.G.J. VERMUNT, *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer, Kluwer, 2012, 339.

<sup>365</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 11, nr. 2.20.

<sup>366</sup> *Pb.L.* 16 januari 2001, afl. 12, 1.

<sup>367</sup> H.L.E. VERHAGEN en J.J. KUIPERS, "De erkenning van een Engelse scheme of arrangement door de Nederlandse rechter" in N.E.D. FABER, J.J. VAN HEES en N.S.G.J. VERMUNT, *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer, Kluwer, 2012, 341; P. OMAR, "Drawing boundaries between the Brussels and European insolvency regulations: the example of schemes of arrangement", *Corporate Rescue and Insolvency* 2013, 44.

<sup>368</sup> H.L.E. VERHAGEN en J.J. KUIPERS, "De erkenning van een Engelse scheme of arrangement door de Nederlandse rechter" in N.E.D. FABER, J.J. VAN HEES en N.S.G.J. VERMUNT, *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer, Kluwer, 2012, 341.

<sup>369</sup> H.L.E. VERHAGEN en J.J. KUIPERS, "De erkenning van een Engelse scheme of arrangement door de Nederlandse rechter" in N.E.D. FABER, J.J. VAN HEES en N.S.G.J. VERMUNT, *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer, Kluwer, 2012, 341.

GEEN AUTOMATISCHE ERKENNING VIA INSOLVENTIEVERORDENING - Anderzijds moet hierbij wel worden opgemerkt dat een *scheme*, doordat het buiten de werkingssfeer van de Insolventieverordening valt, niet kan genieten van een automatische erkenning (erkenning van rechtswege) ingevolge deze Insolventieverordening<sup>370</sup>. Hier kan echter verandering in komen wanneer de hierboven uiteengezette wetswijziging wordt ingevoerd<sup>371</sup>.

ERKENNING IN DE EIGEN RECHTSORDE? - Eerder werd al vermeld dat de Engelse rechter een onderzoek liet voeren naar de erkenning van de *scheme* in de eigen rechtsorde van de onderneming. Dit is geenszins een overbodige opdracht, want de niet-UK onderneming kan tal van activa aanhouden in verschillende Europese landen. Aangezien de *scheme* er nu juist naar streeft een schuldeisersregeling in te stellen die ook de minderheid, vaak “*non-consenting*”, bindt, zou een niet-erkenning in de eigen rechtsorde ervoor zorgen dat sommige schuldeisers in weerwil van de *scheme* toch verdere acties nemen. Hierdoor zou het effect van de *scheme* serieus worden ingeperkt, en zouden de Engelse rechters op termijn ook minder geneigd zijn om een *scheme* te laten passeren voor een niet-UK onderneming<sup>372</sup>.

VERWIJZING DOOR ENGELSE RECHTER NAAR BRUSSEL I - Gebaseerd op rechtspraak in Duitsland en Spanje met betrekking tot dit punt kan worden gesteld dat er een sterke indicatie is dat een *scheme* gevalideerd door een Engelse rechter erkend zou worden door de Duitse hoven en rechtbanken, als de Engelse rechter zijn rechtsmacht heeft vastgesteld in overeenstemming met Hoofdstuk II van Brussel I, aangaande bevoegdheid<sup>373</sup>. Nu de procedure voorlopig niet in de Insolventieverordening is opgenomen, kan men dus onder Brussel I vallen wat zeker een flexibelere erkenning en tenuitvoerlegging inhoudt. Maar nuance is op zijn plaats<sup>374</sup>: het is goed mogelijk dat wat de vorderingen op basis van een contract naar Engels recht betreft, de *scheme* kan worden erkend, maar terzelfdertijd kan een schuldeiser zich nog steeds op Duits recht beroepen voor wat betreft zijn zakelijke rechten op een betrokken onroerend goed gelegen in Duitsland<sup>375</sup>. Hiervoor is de Engelse rechter op

<sup>370</sup> L. ELMS, “Re Rodenstock: sanctioning schemes of arrangement of solvent overseas companies”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 116.

<sup>371</sup> COM (2012) 744, dd. 12 december 2012.

<sup>372</sup> G. O’DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 17, nr. 2.36.

<sup>373</sup> A. VIDEON en J. TURNER, “Schemes of Arrangement under the Companies Act 2006 for Foreign Companies”, [http://www.olswang.com/media/10173903/iclg\\_corporate\\_recovery\\_and\\_insolvency\\_front\\_cover\\_and\\_olswang\\_chapter.pdf](http://www.olswang.com/media/10173903/iclg_corporate_recovery_and_insolvency_front_cover_and_olswang_chapter.pdf).

<sup>374</sup> L. ELMS, “Re Rodenstock: sanctioning schemes of arrangement of solvent overseas companies”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 116; G. VAN CALSTER, “Apcoa scheme of arrangement: Convening hearing gives firm but considered go-ahead for English Scheme of Arrangement following change in governing law”, <http://gavclaw.com/2014/04/29/apcoa-scheme-of-arrangement-convening-hearing-gives-firm-but-considered-go-ahead-for-english-scheme-of-arrangement-following-change-in-governing-law>.

<sup>375</sup> Art. 24. 1 Brussel I Verord.

grond van Brussel I immers niet bevoegd, alsook wanneer het gaat over onder meer de ontbinding van rechtspersonen en vennootschappen wanneer deze vestiging zich in Duitsland bevindt<sup>376</sup>.

UITSpraak DUITSE RECHTER IN DE ZAAK *EQUITABLE LIFE* - In een beslissing van een Duits Hof van Beroep in de zaak *Equitable Life* in 2010 werd de *scheme* niet erkend in de Duitse rechtsorde<sup>377</sup>. De motivering voor deze weigering van erkenning was dubbel. Ten eerste werd geen erkenning toegestaan onder de Insolventieverordening, daar de *schemes* niet alleen kunnen worden toegepast voor insolvable ondernemingen<sup>378</sup> (de *scheme* is als programma uit het vennootschapsrecht niet voorbehouden aan ondernemingen die kampen met insolvableiteit, zie *supra*)<sup>379</sup>. Ten tweede zag de rechtbank de *scheme* niet aan als een *judgment* in de zin van de Brussel I-verordening, omdat er niet daadwerkelijk een *contentieux* mee wordt beslecht<sup>380</sup>.

ARREST DUIS HOOGGERECHTSHOF (*BUNDESGERICHTSHOF*) 15 FEBRUARI 2012 - Hierbij kan ten slotte melding worden gemaakt van het arrest van het Duitse Hooggerechtshof van 15 februari 2012<sup>381</sup>, dat in beroep uitspraak deed over de beslissing door de regionale hogere rechtbank in *Equitable Life*<sup>382</sup>. Dit arrest biedt geen expliciet uitsluitel over de erkenning van een *scheme* naar Engels recht onder Brussel I, daar een uitsluitingsgrond voor Brussel I van toepassing was<sup>383</sup>. Het Hooggerechtshof heeft wel aangegeven dat er argumenten zijn om Brussel I toe te passen, en suggereerde dus op zijn minst dat erkenning onder Brussel I mogelijk is<sup>384</sup>. Volgens het Hooggerechtshof moet de term *judgment*

<sup>376</sup> Art. 24. 2 Brussel I Verord.

<sup>377</sup> Oberlandesgericht Celle; L. ELMS, "Re Rodenstock: sanctioning schemes of arrangement of solvent overseas companies", *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 116; I. FOX, "The latest way to go forum shopping: the use of English schemes of arrangement in international restructurings", *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 90.

<sup>378</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 20, 2.51.

<sup>379</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 20, 2.51

<sup>380</sup> I. FOX, "The latest way to go forum shopping: the use of English schemes of arrangement in international restructurings", *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 89; G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 20, 2.51.

<sup>381</sup> <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi/bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=21b6459a9bae89191cf691d39df5f3ea&nr=59811&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>; R. BORK, "Recognising schemes of arrangement in Germany - back to square one", *Insolvency intelligence*, Sweet & Maxwell and its Contributors, 2013.

<sup>382</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 21, 2.51.

<sup>383</sup> D. EHRET, F. GRELL, J. HOUGHTON, H. POTTS, "Recognition of English Schemes of Arrangements in Germany: Latest Developments in the *Equitable Life* Case", *Latham & Watkins* 2012, 2.

<sup>384</sup> P. JARK en S. WEBER, "The effect of English schemes of arrangement in Germany", [http://blog.dlapiper.com/DEstructuring/entry/the\\_effect\\_of\\_english\\_schemes;](http://blog.dlapiper.com/DEstructuring/entry/the_effect_of_english_schemes;) D. EHRET, F. GRELL, J. HOUGHTON, H. POTTS, "Recognition of English Schemes of Arrangements in Germany: Latest Developments in the *Equitable Life* Case", *Latham & Watkins* 2012, 2.



heel ruim worden geïnterpreteerd en bovendien vertoont de tussenkomst van de Engelse rechter in de procedure van de *schemes* volgens het Hooggerechtshof kenmerken van geschillenbeslechting<sup>385</sup>. Deze uitgeschreven opvatting van het Hooggerechtshof is dus *de facto* een weerlegging van de zienswijze van de regionale hogere rechtbank.

Er wordt vaak gesuggereerd dat de *Equitable Life Case* zal zorgen voor de doodsteek in de toepassing van de *schemes* voor Duitse ondernemingen maar enig voorbehoud is op zijn plaats. De beslissing van het *Bundesgerichtshof* is immers enkel van toepassing wanneer het gaat over zaken waarin de Duitse rechtbanken exclusieve bevoegdheden hebben over de vorderingen (zoals *in casu*: verzekeringscontracten)<sup>386</sup>.

Er blijft evenwel veel twijfel bestaan over de mogelijkheid tot het (laten) erkennen van een *scheme of arrangement* in een andere rechtsorde. Daarom wordt een beroep op het nationale IPR aangeraden<sup>387</sup>, evenwel zonder verdere richtlijnen hoe dit recht zich dan kan of mag verhouden ten aanzien van de uitspraak van de Engelse rechter<sup>388</sup>.

STANDPUNT IN DE RECHTSLEER EN EIGEN ANALYSE - Voortbouwend op de aanknopingsfactor voor de Engelse rechter om zijn rechtsmacht te baseren teneinde kennis te nemen van de aanvraag voor een *scheme* (cf. criterium van *being liable to be wound up*) maken bepaalde auteurs de link met de criteria van Brussel I op basis van het feit dat er verband is met de ontbinding van de onderneming, althans het voorkomen van de ontbinding van de onderneming<sup>389</sup>. Gelet op deze band met de onderneming en het voorkomen van een faillissement, alleszins het oplossen van een (dreigende) insolventie van de onderneming, waar het inhoudelijk doorgaans om draait bij de procedures van *arrangement of scheme*, kan m.i. worden verwezen naar artikel 121 Wetboek IPR, op grond waarvan de Rechtbank van Koophandel de nodige erkenning kan voorzien voor de *order* van de Engelse rechter, meer bepaald de *scheme* te aanzien als een territoriale procedure, rekening houdende evenwel met hetgeen is voorzien in artikel 121, §1, 2° Wetboek IPR.

<sup>385</sup> G. O'DEA, J. LONG en A. SMYTH, *Schemes of Arrangement – Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, nr. 2.51, p. 21; D. EHRET, F. GRELL, J. HOUGHTON, H. POTTS, "Recognition of English Schemes of Arrangements in Germany: Latest Developments in the *Equitable Life Case*", *Latham & Watkins* 2012, 2.

<sup>386</sup> D. EHRET, F. GRELL, J. HOUGHTON, H. POTTS, "Recognition of English Schemes of Arrangements in Germany: Latest Developments in the *Equitable Life Case*", *Latham & Watkins* 2012, 2.

<sup>387</sup> L. ELMS, "Re Rodenstock: sanctioning schemes of arrangement of solvent overseas companies", *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 115.

<sup>388</sup> I. FOX, "The latest way to go forum shopping: the use of English schemes of arrangement in international restructurings", *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 90.

<sup>389</sup> H.L.E. VERHAGEN en J.J. KUIPERS, "De erkenning van een Engelse scheme of arrangement door de Nederlandse rechter" in N.E.D. FABER, J.J. VAN HEES en N.S.G.J. VERMUNT, *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer, Kluwer, 2012, 347-348.

In aansluiting bij dit standpunt kan ook worden verwezen naar de argumentatie van L. ELMS, die suggereert dat een *scheme* kan worden erkend in een andere rechtsorde dan deze van het UK indien deze andere rechtsorde een met de *scheme* vergelijkbare procedure voorziet<sup>390</sup>. Deze auteur stelt inderdaad vast dat het voorkomen van een vergelijkbare procedure in de staat van incorporatie van de onderneming een positieve invloed heeft op de bereidheid van de rechter van deze staat om de *scheme* uitwerking te laten hebben<sup>391</sup>. Tot op heden is dit in België moeilijk, gelet op de aard van de WCO, maar er zijn toch trends in die richting in andere Europese landen, zoals in Duitsland en Spanje, meer bepaald worden er daar amendementen voorzien op bestaande insolventieregels met het oog op het faciliteren van schuldherschikking buiten een formele insolventieprocedure<sup>392</sup>.

## 5.5. VOORDELEN VAN DE PROCEDURE VAN DE SCHEMES

TOEPASSELIJK OP SOLVABELE EN INSOLVABELE ONDERNEMINGEN - Tot slot kan geconcludeerd worden dat de procedure van de *schemes* een uitermate flexibel instrument vormt dat voor verschillende doeleinden kan worden gehanteerd. Het vormt een interessante en efficiënte manier om ondernemingen te herstructureren en met een propere lei te beginnen<sup>393</sup>. In tegenstelling tot vele andere saneringsprocedures is een essentieel element van de Engelse procedure het feit dat een *scheme* bekrachtigd kan worden door de rechtbank wanneer een onderneming solvabel is en dus nog niet, zoals in de Belgische WCO, wanneer de continuïteit van de onderneming “onmiddellijk of op termijn is bevrijd”<sup>394</sup>. Bovendien is het ook zo dat de procedure niet alleen toepassing kan vinden tussen een onderneming en haar schuldeisers (zoals in de Belgische WCO), maar ook tussen de leden van de onderneming onderling. Dit maakt de perceptie ervan positiever dan de Belgische WCO, waar een ondernemer die de WCO aanvraagt al snel wordt gelijkgesteld met een gefailleerde.

FLEXIBILITEIT - De *scheme* biedt overigens de mogelijkheid om zowel chirografaire schuldeisers (“*unsecured creditors*”) als schuldeisers die van zekerheden genieten (“*secured creditors*”) te binden, wat wordt aangeduid als

---

<sup>390</sup> L. ELMS, “Re Rodenstock: sanctioning schemes of arrangement of solvent overseas companies”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 116.

<sup>391</sup> L. ELMS, “Re Rodenstock: sanctioning schemes of arrangement of solvent overseas companies”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 116.

<sup>392</sup> L. ELMS, “Re Rodenstock: sanctioning schemes of arrangement of solvent overseas companies”, *Corporate Rescue and Insolvency* 2011, 116.

<sup>393</sup> J.-J. KUIPERS, “Schemes of Arrangement and Voluntary Collective redress”, *Journal of private international law* 2012, 227.

<sup>394</sup> J.-J. KUIPERS, “Schemes of Arrangement and Voluntary Collective redress”, *Journal of private international law* 2012, 228.

“*cramming down secured creditors*”<sup>395</sup>. Het is dus mogelijk om dwarsliggende schuldeisers en aandeelhouders opzij te zetten, terwijl dit niet mogelijk is onder het Belgische regime van de reorganisatie door collectief akkoord<sup>396</sup>. Bovendien heeft de *scheme* ook het voordeel dat de partijen de mogelijkheid hebben om in de procedure voor de rechter hun posities nog aan te passen, afhankelijk van verdere ontwikkelingen of onderhandelingen. In de Belgische procedure is deze mogelijkheid niet voorzien: na de aanvaarding van plan kan de rechter dat in de homologatieprocedure enkel nog maar goed- of afkeuren. Deze flexibiliteit is een enorme meerwaarde aan het instrument van de *schemes*<sup>397</sup>.

## 6. CONCLUSIE

DE WCO: EEN PARAPLU MET SCHERPE RANDJES? - In het algemeen kan vastgesteld worden dat in vergelijking met de gerechtelijke reorganisatie in de WGA, de toelating tot de procedure maximaal is versoepeld. De termijnen zijn verlengd, zodat de verlengde opschorting plus de maximaal vijf jaar durende uitvoeringstermijn zich zelfs tot 6,5 jaar kan uitstrekken. Ook het principe van strikte gelijkheid onder schuldeisers is weggefallen. De ondernemingen verkrijgen al deze tegemoetkomingen zonder enige tegenprestatie. En wat met de kleine schuldeisers, die nu zelf inspanningen moeten leveren en kosten maken om hun schulden betaald te zien<sup>398</sup>? In feite krijgt de falende ondernemer het vermoeden van goede trouw en wordt de rechter buitenspel gezet. De doodzieke patiënt wordt als het ware tot zijn eigen arts benoemd. Het is bovendien problematisch dat het bestuur bij een WCO doorgaans in dezelfde handen blijft. Dat bestuur stelt de rechter een mooi plaatje voor over de kansen op redding, en dit zonder dat de rechter de waarheidsgetrouwheid van deze informatie kan controleren<sup>399</sup>. Terwijl bij een faillissement een rechter ook

---

<sup>395</sup> D. EHRET, F. GRELL, J. HOUGHTON, H. POTTS, “Recognition of English Schemes of Arrangements in Germany: Latest Developments in the *Equitable Life* Case”, *Latham & Watkins* 2012, 1; J.-J. KUIPERS, “Schemes of Arrangement and Voluntary Collective redress”, *Journal of private international law* 2012, 227; R. VRIESENDORP, R. HERMANS, K. DE VRIES, “Herijking faillissementsrecht en het informeel akkoord: gemiste kans of *opportunity* voor een Nederlandse *scheme of arrangement*?”, *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 2013, 7; J. WINDSOR, “An overview of creditor schemes of arrangement”, <http://www.linklaters.com/Publications/Publication2051Newsletter/20100118/Pages/Creditorscheme.aspx>.

<sup>396</sup> R. VRIESENDORP, R. HERMANS, K. DE VRIES, “Herijking faillissementsrecht en het informeel akkoord: gemiste kans of *opportunity* voor een Nederlandse *scheme of arrangement*?”, *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 2013, 7.

<sup>397</sup> R. VRIESENDORP, R. HERMANS, K. DE VRIES, “Herijking faillissementsrecht en het informeel akkoord: gemiste kans of *opportunity* voor een Nederlandse *scheme of arrangement*?”, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2013, 7.

<sup>398</sup> F. DE MEY, “Wet continuïteit ondernemingen” in *Gerechtelijk akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2010, I. J, 104.

<sup>399</sup> F. DE MEY, “Wet continuïteit ondernemingen” in *Gerechtelijk akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2010, I. J, 105.

achter de coulissen kan kijken, kijkt een rechter in de WCO naar een scherm<sup>400</sup>.

*Bovendien kunnen slechtgeleide bedrijven zonder maatschappelijk kapitaal dan zomaar voortdoen terwijl wat slecht is, kapot zou moeten gaan. Dat is een gezond principe van de vrijemarkteconomie. Geen enkele wet zal dat principe doorbreken.*<sup>401</sup>

De rechter heeft overigens nauwelijks discretionaire bevoegdheden. Mijns inziens zou het wenselijk zijn dat de rechter over een grotere bevoegdheid beschikt dan de huidige, die zich beperkt tot het weigeren van de homologatie wegens niet-naleving van de pleegvormen of strijdigheid met de openbare orde. De rechtbank mag overigens geen opportuniteitsoordeel hanteren tegenover de onderneming. Met andere woorden, zodra er een “onmiddellijke of nakende” dreiging op de onderneming rust, is de rechter verplicht de procedure te openen. Hij kan dus niets ondernemen, zelfs niet indien hij mocht vaststellen dat de onderneming niet meer te redden valt of dat er sprake is van misbruiken. Hij kan jammer genoeg niet oordelen over de wenselijkheid van het inzetten van de procedure.

Daarnaast werden ook heel wat misbruiken van de procedure vastgesteld. Een dergelijke inbreuk is bijvoorbeeld het afleveren van documenten die niet overeenstemmen met de realiteit. Immers, veel ondernemingen vragen de WCO aan om uitwinningsmaatregelen van de gerechtsdeurwaarder te ontwijken. Daarenboven gebeurt het frequent dat bij de procedure van reorganisatie door collectief akkoord kleine schuldeisers een relatief hoog percentage van hun schuldvordering terugbetaald krijgen, dit met de bedoeling het aantal stemmen te behalen dat nodig is voor de meerderheid bij de stemming over het plan. Ook het op poten stellen van een sterfhuisconstructie is een vaak vastgesteld misbruik.

Ondanks dit alles bereikt de WCO min of meer haar doelstellingen. Ook al gaat 70% van de bedrijven failliet, 30% haalt het wel en voor die ondernemingen is de afloop beslist positief. Het is bovendien niet meer dan logisch dat nog zoveel van de betrokken ondernemingen over de kop gaan, en wel omdat de wet juist gericht is op ondernemingen die al doodziek zijn en nauwelijks nog het hoofd boven het water kunnen houden. De WCO biedt schuldenaar en schuldeisers een waaiër van mogelijkheden om een oplossing te zoeken voor de solvabiliteitsproblemen waarmee de onderneming kampt. En zelfs al zou de reorganisatie mislukken, dan krijgt de onderneming toch een soort uitstel van executie, wat het personeel de kans geeft zich voor te bereiden op eventueel ontslag en ondertussen een andere job te zoeken.

---

<sup>400</sup> L. HUYMANS, “De wet op de continuïteit van ondernemingen bestaat 5 jaar”, *Trends* 2014, 25-28.

<sup>401</sup> Dixit G. DE CROOCK, voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde; Interview T. VAN LOOKE, bedrijfsrevisor, dd. 26 maart 2014.

In het algemeen zou men positiever staan tegenover de WCO, indien deze enkel werd toegepast in de gevallen waarvoor ze is bedoeld. Te weinig specialisatie staat een juiste toepassing in de weg<sup>402</sup>. De WCO zou enkel gebruikt moeten worden voor en door ondernemingen die een economische waarde bezitten (en niet de frituur om de hoek, bij wijze van spreken) en daaraan een zekere authenticiteit paren. In ons systeem van vrije markt is het faillissement feitelijk de enige manier om, in geval van overaanbod, een ondernemer uit de markt te halen<sup>403</sup>. Een onderneming waarnaar geen vraag is, wordt best niet voortgezet. De wetwijziging van 2013 betekent reeds een stap in de goede richting. Toch blijft het een merkwaardige en ideologische discussie. Als je iemand in de vrije markt zeer veel vrijheid biedt, dan moeten er eenvoudige regels zijn die streng worden toegepast. Nu staat het de onderneming vrij naar eigen inzichten te handelen, zonder enig voorbehoud. Een beetje meer strengheid tegenover de schuldenaar is dus op termijn wel een noodzaak<sup>404</sup>. Uiteindelijk blijft het hallucinant dat bedrijven schulden kunnen maken en ze daarna vereffenen ten koste van andere betrokkenen. Dit is echter een economische realiteit die ook haar nut kan hebben want zo kan een onderneming gered worden en dit is positief voor het economisch weefsel. Men moet trachten de kwaliteit van de saneringen op een realistische wijze te begeleiden. Als dat niet mogelijk is, kan men beter de wet wijzigen of desnoods afschaffen.

---

<sup>402</sup> K. GOOSSENS, handelsrechter aan de Rechtbank van Koophandel te Brussel, dd. 26 maart 2014.

<sup>403</sup> Interview T. VAN LOECKE, bedrijfsrevisor, dd. 26 maart 2014

<sup>404</sup> Interview T. LYSSENS, voorzitter aan de Rechtbank van Koophandel te Tongeren dd. 27 november 2013.