

CONTINUÏTEIT VAN DE ONDERNEMING IN MOEILIKHEDEN(*)

door

Herman COUSY
Gewoon Hoogleraar K.U.Leuven

Eric DIRIX
Hoogleraar K.U.Leuven

INHOUD

- I. Krachtlijnen nieuw Belgisch insolventierecht
 - 1. Inleiding
 - 2. Bibliografische verwijzingen
 - 3. Krachtlijnen Wet Gerechtelijk Akkoord (W.G.A.)
 - 4. Krachtlijnen nieuwe Faillissementswet (Faill.W.)
- II. Gerechtelijk Akkoord
 - 1. Toegang tot de procedure
 - 2. Beknopt overzicht van de procedure
 - 3. Positie van de schuldenaar
 - 4. Observatieperiode
 - 5. Posities schuldeisers en separatisten tijdens de observatieperiode
 - 6. Lot bestaande overeenkomsten
 - 7. Verbintenissen ontstaan tijdens observatieperiode
 - 8. Doorfinanciering
 - 9. Het „herstel- of betalingsplan”
 - 10. Gevolgen van goedkeuring plan
 - 11. Posities schuldeisers tijdens definitieve opschorting
- III. Overdracht van de onderneming
- IV. Faillissement

(*) Deze bijdrage werd geschreven als preadvies voor de vergadering te Zutphen (Nederland) van 20 november 1998 van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland.

I. Krachtlijnen nieuw Belgisch insolventierecht

1. INLEIDING

1. In onderhavig preadvies wordt de recentelijk geheel vernieuwde Belgische insolventiewetgeving (in de ruime zin, dus met inbegrip van de preventie) onderzocht vanuit het oogpunt van de „continuïteit van de onderneming in moeilijkheden”, d.w.z. vanuit de vraag hoe en in welke mate de beoogde wetgeving oplossingen biedt voor het geheel of gedeeltelijk behoud van de onderneming in moeilijkheden met reddingskansen. Huidig preadvies komt aldus in het verlengde te liggen van het preadvies dat I. Verougstraete en Ch. Van Buggenhout in 1990(1) aan dit onderwerp hebben gewijd. De nieuwe Belgische insolventiewetgeving waarvan sprake omvat de Wet betreffende het Gerechtelijk Akkoord van 17 juli 1997 (hierna W.G.A.)(2) en de Faillissementswet van 8 augustus 1997 (hierna Faill.W.)(3). De W.G.A. die in de plaats komt van de bij Regentsbesluit van 25 september 1946 gecoördineerde wetten op het Gerechtelijk Akkoord, is in werking getreden op 1 januari 1998(4) maar is niet toepasselijk op de lopende procedures (art. 61 W.G.A.). Ook de nieuwe Faillissementswet trad in werking op dezelfde datum(5), maar deze wet blijft wat de werking in de tijd betreft grotendeels(6) onderworpen aan het desbetreffend gemene recht. Ofschoon de nieuwe Faillissementswet in de plaats komt van de in Boek III van het Wetboek van Koophandel opgenomen Wet van 18 april 1851 op het faillissement, de bankbreuk en de opschorting van betaling, werd hij niet opgenomen in het Wetboek van Koophandel. Zulks was nochtans mogelijk(7) nu de nieuwe Faillissementswet (zoals trouwens de W.G.A.) *ratione per-*

(1) I. VEROUGSTRAETE en Ch. VAN BUGGENHOUT, „Faillissement en continuïteit van de onderneming”, *T.P.R.* 1990, 1731-1775 en de bespreking daarvan door E. KRINGS en C.J.H. BRUNNER, in *Jubileumbundel van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland*, Deventer, 1997, 93-103.

(2) *B.S.* 28 oktober 1997.

(3) *B.S.* 28 oktober 1997.

(4) Bij toepassing van art. 62 W.G.A. en van het daarin bedoelde K.B. 25 november 1997 tot uitvoering van art. 150, eerste lid van de Wet van 8 augustus 1997 op het faillissement (*B.S.* 28 oktober 1997).

(5) Met uitzondering van het artikel 3 Faill.W., dat betrekking heeft op internationale faillissementen en dat in werking zal treden samen met het verdrag van Brussel van 23 november 1995 inzake insolventieprocedures (zie art. 150, lid 2 Faill.W.).

(6) Met uitzondering evenwel van de bepalingen van artikelen 13, 76 en 101.

(7) En volgens sommigen wenselijk: vgl. H. COUSY, „Het vernieuwd faillissementsrecht”, *Jura Falconis* 1997, 209-220.

sonae (enkel) toepasselijk is (en zoals de oude Faillissementswet blijft) op kooplieden.

Inderdaad heeft de Belgische wetgever, anders dan men had kunnen verwachten, van de vernieuwing van de insolventiewetgeving geen gebruik gemaakt om een van de laatste (maar belangrijke) restanten van het dualisme van burgerlijk en handelsrecht weg te werken(8). Amendementen die ertoe strekten de wet op niet kooplieden en op zgn. „economische ondernemingen” toepasselijk te maken, werden verworpen. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd door de minister verklaard dat een uitbreiding van het faillissement tot niet-handelaars een te gewaagde onderneming was die bovendien bemoeilijkt wordt door de bestaande, door het Gerechtelijk Wetboek van 1967 nog bevestigde, splitsing tussen de burgerlijke rechtbanken en de rechtbanken van koophandel. Wel werden bij herhaling zowel doctrinale als parlementaire voorstellen geformuleerd strekkende tot organisatie van een „collectieve” tenuitvoerlegging ten laste van de debiteur-consument(9). Zij hebben uiteindelijk geleid tot de uitvaardiging van de wet van 5 juli 1998 betreffende de collectieve schuldenregeling(10). De wet die van toepassing is op de niet-koopman en op de ex-koopman, voorziet in een *collectieve schuldenregeling* die minnelijk (met tussenkomst van een „schuldbemiddelaar”) dan wel gerechtelijk kan zijn. In dit laatste geval kan de rechter maatregelen nemen gaande van uitstel tot - onder welbepaalde voorwaarden - kwijtschelding van schuld.

De wetswijziging komt er op een moment waarop ook in andere landen belangwekkende vernieuwingen plaatsvinden of plaatsvonden: in Frankrijk nagenoeg zonder onderbreking sedert 1967, in Duitsland recentelijk nog door de (op 1 januari 1999 in werkingtredende)

(8) Voor een greep uit de overvloedige, grotendeels voor de afschaffing van het dualisme pleitende literatuur: J. LIMPENS, „De l'unification du droit civil et du droit commercial”, *J.T.*, 1953, 353; S. FREDERICQ, *De eenmaking van het burgerlijk recht en het handelsrecht*, 1957; S. FREDERICQ en Y. MERCHIERS, „Honderdvijftig jaar Belgisch handelsrecht” in *Honderdvijftig jaar rechtsleven in België en Nederland, 1830-1980*, 201-232; X., *Unité et Diversité du Droit Privé*, Brussel, U.L.B., 1983, 656 pp.; VAN GERVEN, W., „Daden van koophandel. De onderneming”, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht, deel XII, Handels- en Economisch recht, Ondernemingsrecht*, 3de uitgave, Vol. A, 1989, 63-83.

(9) E. DIRIX, „De gerechtsdeurwaarder in het executierecht”, in *De Gerechtsdeurwaarder*, 1994, 1-19; F. DOMONT-NAERT, „Un pas vers l'introduction d'une procédure de règlement collectif des dettes en droit belge”, *D.C.C.R.* 1994-95, 293-310; en vooral M. LAMBRECHTS, „Overmatige schuldenlast en kansarmoede: overmatig recht. Beschouwingen over schuldbemiddeling en schuldsanering”, in *Arm Recht? Kansarmoede en recht*, 3de Antwerps Juristencongres, Antwerpen, 1997, 113-186.

(10) Wet betreffende de collectieve schuldenregeling en de verkoop uit de hand van in beslag genomen goederen, *B.S.* 31 juli 1998.

Insolvenzordnung van 5 oktober 1994(11). In 1967 werden naar Frans recht twee procedures georganiseerd: „le règlement judiciaire et la liquidation des biens”(12) en de „la suspension provisoire des poursuites”(13). Laatstgenoemde procedure introduceerde het concept van de voorlopige opschorting en van het herstelplan (le plan de redressement)(14). In 1985 werden de teksten vervangen door drie nieuwe wetten: Loi n° 64-148 van 1 maart 1984 („prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises”), Loi n° 85-89 van 25 januari 1985 („redressement et liquidation judiciaire des entreprises”) en Loi n° 85-99 van dezelfde datum („administrateurs judiciaires”)(15). Op hun beurt werden deze wetten gewijzigd door de wet van 10 juni 1994 (Loi n° 94-475 van 10 juni 1994 „sur les entreprises en difficulté”)(16).

De nieuwe Belgische W.G.A.-wet is ongetwijfeld schatplichtig aan deze buitenlandse wetgevingen, al werden ook basisideeën ontleend aan het Anglo-Amerikaanse recht(17).

2. BIBLIOGRAFISCHE VERWIJZINGEN

2. Commentaren op de nieuwe wetten in boekvorm.

1. BALLON, E., DE LEENHEER, J., DENEFF, M. en DESIMPELAERE, M.D., *De nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord*, Diegem, Ced.Samsom, 1997, 359 p.
2. BRAECKMANS, H., DIRIX, E. en WYMEERSCH, E. (eds.), *Faillissement & gerechtelijk akkoord: het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1998, 549 p. (hierna geciteerd als „Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht”).

(11) De „Insolvenzordnung” bewerkstelligt een tweevoudige eenmaking: van het faillissementsrecht („Konkursordnung”) en het akkoord („Vergleichsordnung”) in de oude Bondsstaten, en van het recht van de oude en nieuwe Duitse deelstaten: L. HÄSEMEYER, *Insolvenzrecht*, 2de uitg., Carl Heymans Verlag, 1997, 1.

(12) Loi nr. 67-563 van 13 juli 1967 en Décret 67-1120 van 22 december 1967.

(13) Ordonnance 67-820 van 25 september 1967 en het Décret 67-1255 van 31 december 1967.

(14) Zie C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 2de uitg., Paris, Montchrestien, 1996, 15-23.

(15) F. DERRIDA, P. GODÉ en J.P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises. Cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, 3de uitg., Paris, Dalloz, 1991, 675 pp.

(16) Zie P. LE CANNU, J.M. LUCHEUX, M. PITRON en J.P. SENECHAL, *Entreprises en difficulté*, Parijs, Joly, 1994, p. 14, nrs. 34 e.v.

(17) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Brussel, 1998, p. 7, nr. 8.

3. CAVENAILE, P. en RAMQUET, P., *Le nouveau régime légal des faillites et concordats: premiers commentaires*, Luik, Jeune Barreau, 1997, 163 p.
4. CENTRE JEAN RENAULD (ed.), *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite: les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Brussel, Bruylant, 1997, 285 p.
5. COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997, Rapports du 47ème Séminaire*, Luik, Faculté de Droit U.Liège, 1997, 811 p. (hierna geciteerd als „*Rapports C.D.V.A. 1997*”).
6. CUSAS, E. en RENARD, J.P., *Le nouveau droit du concordat et de la faillite*, Diegem, Kluwer Editions Juridiques, 1997, 161 p.
7. DAUWE, J., DEDECKER, L. en TILLEMANN, B., *Commentaar bij de nieuwe wet op het faillissement van 8 augustus 1997*, Diegem, Ced.Samsom, 1998, 368 p.
8. DEMOLIN, P. en BRULARD, Y., *La restructuration des entreprises en difficulté (au regard des nouvelles lois du 17 juillet et 8 août 1997)*, Diegem, Ced.Samsom, 1998, 690 p.
9. GERARD, Ph., WINDEY, J. en GREGOIRE, M., *Le concordat judiciaire et la faillite*, Brussel, Larcier, 1998, 221 p.
10. VAN CAMP, E., *De nieuwe Faillissementswet*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1997, 409 p.
11. VEROUGSTRAETE, I., *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer Editions Juridiques, 1998, 664 p. (hierna geciteerd als „*Manuel de la faillite et du concordat*”).
12. ZENNER, A., *Dépistage, faillites et concordats*, Brussel, Larcier, 1998, 1183 p.

Commentaren in de vorm van artikelen en bijdragen in tijdschriften.

1. TISON, M., „Dépistage en gerechtelijk akkoord na de wet van 17 juli 1997”, *R.W.* 1997-98, 377-395 en 417-432.
2. VAN BUGGENHOUT, Ch., „Kanttekeningen bij de wetten betreffende het gerechtelijk akkoord en het faillissement”, *R.W.* 1997-98, 449-462.
3. DUMON, Y. en STRANART, A.M., „Le concordat judiciaire — Loi du 17 juillet 1997”, *J.T.* 1997, 849- 875.
4. COLLE, Ph., „De nieuwe wetgeving betreffende het gerechtelijk akkoord”, *T.B.H.* 1998, 71-80.
5. DUMON, Y., „La faillite et le concordat judiciaire — La réforme de 1997”, *J.T.* 1997, 785-815.

6. RENARD, J.P., „Aperçu de la réforme du concordat judiciaire et de la faillite”, *D.A.O.R.* 1997, 9-29.
7. VERLINDEN, J., „Overzicht van de nieuwe wetten betreffende het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *T.R.V.* 1997, 513-549 en *T.R.V.* 1998, 3-23.
8. BOSLY, T. en VAN BUGGENHOUT, Ch., „De quelques nouveautés introduites par la loi du 8 août sur les faillites”, *T.B.H.* 1998, 208-224.
9. VEROUGSTRAETE, I., „Les nouvelles lois sur la faillite et le concordat”, *Cahier du Juriste*, 1997, n° 1.
10. DE CLERCK, St., „Concordaat en faillissement: nieuwe opdrachten voor de accountants en bedrijfsrevisoren”, *De Belg. Acc.* 1996, 2-3.
11. GERARD, Ph., „L'échec du concordat et la liquidation de l'entreprise”, *Cahier du Juriste* 1997, nr. 3, 41.
12. COLLE, Ph., „De krachtlijnen van het Belgisch Wetsontwerp inzake gerechtelijk akkoord”, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1997, 119.
13. THIRION, N., „La nouvelle réglementation du concordat judiciaire”, *Actualité du Droit* 1997, 379.

Commentaren bij beperkte onderdelen van de nieuwe wetgeving.

1. DIRIX, E., „Eigendomsvoorbehoud”, *R.W.* 1997-98, 481-496.
2. ROGER-FRANCE, E., „L'infraction de banqueroute: la réforme apportée par la nouvelle loi sur les faillites”, *T.B.H.* 1998, 81-92.
3. BIHAIN, L., „Le délit d'abus de biens sociaux”, *T.B.H.* 1998, 93-102.
4. ROZIE, J., „Het lot van bedrijfsuitrustingsmaterieel bij faillissement”, *A.J.T.* 1997-98, 473-484.
5. WINDEY, B., „Het initiatief van de curator als criterium voor het onderscheid tussen schulden in en schulden van de boedel”, (noot onder Gent 17 april 1996), *T.B.H.* 1997-98, 493-495.
6. LOOSVELD, S., „De sterfhuisconstructie”, *T.R.V.* 1998, 125-153.
7. DENEFF, M., „De „overdracht van de onderneming” in de nieuwe wet op het gerechtelijke akkoord: welke lading dekt de vlag?”, *De Belg. Acc.* 1998, 7-17.
8. BYTTEBIER, J., „Uitvoerend beslag gevolgd door faillissement: een oplettende zaak voor de notaris”, *Notarius* 1998, 204-206.
9. OLIVIER, H., „L'entreprise en difficulté et le droit des sociétés après la nouvelle loi sur le concordat”, *Déjeuner Causerie du Carrefour Interdisciplinaire Entreprises-Administration-Universités*, 12 mars 1998.

3. De hervorming van de insolventiewetgeving is het resultaat van een jarenlang volgehouden inspanning. Nadat eerdere initiatieven zonder succes gebleven waren(18) werd een commissie geïnstalleerd onder voorzitterschap van procureur-generaal E. KRINGS, en belast met de voorbereiding van de herziening van de Faillissementswet. Pas in een latere fase werd op initiatief van „enkele wakkere parlementsleden” gestart met de voorbereiding van een voorontwerp van wet inzake opschorting van betaling dat in de plaats moest komen van de bestaande gebrekkige en inefficiënt gebleken wetgeving op het gerechtelijk akkoord(19). De werkzaamheden zouden uitmonden in de twee hierboven genoemde onderscheiden wetten, die in de bedoeling van de opstellers ervan een onderling sterk complementair karakter zouden vertonen(20). De rolverdeling tussen de nieuwe Faillissementswet en de Wet op het Gerechtelijk Akkoord verschilt evenwel van de vroeger bestaande.

Het zwaartepunt van de vernieuwing ligt onmiskenbaar bij het nieuwe gerechtelijk akkoord. Het doel van de wetgever is een juridisch kader te scheppen dat het mogelijk moet maken om ondernemingen in moeilijkheden te redden die rendabel zijn of die op eenvoudige wijze kunnen rendabel gemaakt worden(21). Het is in de wetgeving op het gerechtelijk akkoord dat dit juridisch kader is geconcentreerd. Bij de conceptie van de nieuwe wetgeving op het faillissement lag de nadruk op het creëren van een (efficiënt) instrument van vereffening van een hopeloze toestand. Daarom is er in de nieuwe wetgeving geen sprake

(18) Zie daaromtrent I. VEROUĞSTRAETE, „Algemeen concept”, in *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, p. 3. Reeds voordien was in 1978 een andere werkgroep onder leiding van wijlen professor R. VANDEPUTTE door de toenmalige Justitieminister belast met de herziening van het faillissementsrecht. De werkgroep legde een stelsel van „beheer met bijstand” voor. Het ontwerp oogstte ruime belangstelling (zie de behandeling ervan op het XXIVe Rechtscongres van de Vlaamse Juristenvereniging te Leuven, op 26 april 1980, *R.W.* 1979-80, 2898-2899) maar strandde in de loop van de parlementaire behandeling hiervan.

(19) I. VEROUĞSTRAETE, *ibidem*, die er de nadruk op legt dat de Commissie haar taak steeds heeft gezien als onderdeel van een ruimer project waarin naast de hervorming van faillissement en preventief akkoord, ook de herziening van het stelsel van de voorrechten een essentieel onderdeel zou moeten uitmaken.

(20) De complementariteit van de twee wetten komt met name tot uitdrukking in de onderscheiden voorwaarden (duurzame staking van betaling in het faillissement, tegenover tijdelijke betaalverlegenheid voor de akkoordprocedure), in de mogelijkheid van overstap van de ene naar de andere procedure (cfr. de zgn. „passerelles” naar een faillissement op verschillende momenten van de akkoordprocedure, waarover meer in voetnoot nr. 24), in het feit dat de overdracht van de onderneming enkel mogelijk is in de procedure van het gerechtelijk akkoord (zij het dat ook in de nieuwe Faillissementswet daarin wordt voorzien, zie art. 75, § 4 Faill. W. en zie hierna nr. 37), in de afschaffing van het (overigens *de facto* geheel in onbruik geraakte) akkoord na faillissement.

(21) Ph. HAMER, „Le nouveau droit du concordat et de la faillite. Objectifs et modifications essentielles”, in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997, Rapports du 47ème Séminaire*, Luik, Faculté de Droit U.Liège, 1997, (hierna „Rapports C.D.V.A. 1997”) 17-42.

meer van akkoord na faillissement. Daarom ook kan het gerechtelijk akkoord aan de schuldenaar worden toegestaan indien de continuïteit van zijn onderneming bedreigd wordt door moeilijkheden die „op min of meer korte termijn”, zegt de wetgever (artikel 9, § 1 W.G.A.), kunnen leiden tot het ophouden van betalen, of indien de schuldenaar tijdelijk zijn schulden voldoet.

3. KRACHTLIJNEN WET GERECHTELIJK AKKOORD (W.G.A.)

4. Niettegenstaande het behoud van de benaming, heeft het gerechtelijk akkoord nieuwe stijl nog maar weinig gemeen met dat van het Regentsbesluit van 1946. Aan heel wat aspecten van de oude wetgeving werd fundamenteel gesleuteld. Onder de oude wet lag het initiatief voor het aanvragen van het gerechtelijk akkoord uitsluitend bij de schuldenaar, die vaak niet zo goed geplaatst is om de ernst van de situatie in te (willen) zien. Onder het stelsel van de nieuwe wet wordt het akkoord aangevraagd door de schuldenaar (artikel 11, § 1 W.G.A.) maar de procedure kan ook worden ingeleid door de Procureur des Konings (artikel 11, § 2 W.G.A.). Tegelijk worden door de W.G.A. binnen de rechtbanken van koophandel de zgn. „Kamers voor Handelonderzoek”(22) opgericht. Deze worden belast met de gegevensverzameling nopens de kooplieden in betaalmoeilijkheden (artikel 5 W.G.A.) en met het ambtshalve onderzoek van de vraag of de betrokken handelaar voldoet aan de voorwaarden voor het bekomen van een gerechtelijk akkoord (artikel 10 W.G.A.).

Onder de vroegere wet werd vereist dat de schuldenaar voldeed aan de voorwaarden van faillietverklaring alvorens een procedure tot voorkoming(!) van faillissement te kunnen opstarten. In de nieuwe wetgeving wordt aan dit gebrek aan logica verholpen (zie hierna, nr. 6). De homologatie van het akkoord werd enkel verleend ten behoeve van de

(22) De „kamers voor handelonderzoek” komen er ter vervanging van de eerder op initiatief van de rechtbanken van koophandel opgerichte „diensten voor handelonderzoek” waarvoor de enige (en zeer smalle!) wettelijke basis gevonden werd in het artikel 442 (oude) Faill. W., dat aan de rechtbanken van koophandel toeliet ambtshalve failliet te verklaren. Zie over deze zgn. „diensten voor handelonderzoek” of „depistagediensten”: J.L. DUPLAT en G. HORSMANS, „Les services des enquêtes commerciales des tribunaux de commerce”, in *Entreprises en difficultés*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1981, 69 en vlg.; Ph. COLLE, *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, Antwerpen, 1989, 216-225; E. WYMEERSCH (ed.), *Faillissementspreventie en -previsie*, in de reeks *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Antwerpen, Maklu, 1996, 901 pp. met o.a. een bijdrage van I. VEROUGSTRAETE, „Evoluties in het recht van de ondernemingen in moeilijkheden, overzicht van de evoluties in de op komst zijnde wetgeving”; L. CORNELIS, „Aansprakelijkheid van de magistraten zetelend in opsporingsdiensten en van de Belgische Staat voor gebeurlijke fout van die magistraten”, *T.B.H.* 1983, 414-427.

schuldenaar die voldeed aan de vereiste „ongelukkig en te goeder trouw” te zijn. In de nieuwe wet wordt geen of althans veel minder belang besteed aan deze subjectieve (op de bescherming van de betrokken handelaar gerichte vereisten) en komt wel gewicht toe aan de beoordeling van objectieve omstandigheden die verband houden met de economische overlevingskansen van de betrokken onderneming. In de luttele gevallen waarin een akkoordprocedure tot een goed einde werd gebracht en de overeengekomen schulden werden betaald, werd de schuldenaar door de oude wet gehouden zijn schuldeisers ten volle te betalen ingeval hij opnieuw in beteren doen komt („*en cas de retour à meilleure fortune*”), een regel die door de nieuwe wet achterwege wordt gelaten. Onder de oude wet werden de hypothecaire, pandhoudende en bevoorrechte schuldeisers door de procedure niet geraakt zodat zij onverminderd, en ingevolge de vervroegde opeisbaarheid van termijnschulden zelfs vervroegd, uitvoeringsmaatregelen konden nemen, zodoende de akkoordprocedure doorkruisen, en aan deze wellicht alle slaagkansen ontnemen(23). In de nieuwe wet worden de rechten van de hypothecaire, pandhoudende en bevoorrechte schuldeisers teruggedrongen. Meer algemeen worden de rechten van de schuldeisers achtergesteld aan het belang van de continuïteit van de onderneming.

In grote lijnen komt de regeling neer op het volgende. Wordt de debiteur toegelaten tot de akkoordprocedure dan worden zijn schuldeisers onderworpen aan een dubbele afkoelingsperiode. In een eerste fase geldt een zgn. „observatieperiode” tijdens welke de verhaalsrechten van de schuldeisers aan banden worden gelegd en de lopende contractuele verhoudingen worden in stand gehouden. Door het instellen van deze „afkoelingsperiode” wordt ruimte geboden om de mogelijkheden van een sanering af te tasten. Gedurende deze periode dient een *herstel- of betalingsplan* (hierna: „herstelplan”) te worden opgesteld dat ertoe moet strekken de onderneming te „saneren”. De wet zegt dat het herstelplan wordt opgesteld door de schuldenaar. Maar de spilfiguur in de gehele procedure van het gerechtelijk akkoord is ongetwijfeld de door de rechtbank aangestelde *commissaris inzake opschorting* die de schuldenaar bijstaat in zijn bestuur, onder toezicht van de rechtbank en in de mate die door deze wordt bepaald (infra nr. 13). Het herstelplan beoogt niet noodzakelijk de aanzuivering van alle schulden. De klemtoon ligt op het terug rendabel maken van de onderneming met het oog op de continuïteit. Wordt het plan

(23) Ph. COLLE, „De nieuwe wetgeving betreffende het gerechtelijk akkoord”, *T.B.H.* 1998, 71.

goedgekeurd, dan volgt de periode van „definitieve opschorting” waarin het plan moet worden uitgevoerd. De uitvoering van het plan heeft de bevrijding van de schulden tot gevolg. Worden de verbintenissen uit het plan niet nagekomen, dan is steeds de overstap naar het faillissement mogelijk(24). De nieuwe wet biedt aan de rechtbank echter ook nog andere opties. Indien zulks bijdraagt tot het behoud van de economische activiteit en de werkgelegenheid, dan kan de rechtbank de goedkeuring verlenen tot de gehele of gedeeltelijke overdracht van de onderneming (art. 41 e.v. W.G.A.) (zie infra, nr. 29). Wanneer de onderneming niet meer levensvatbaar blijkt te zijn, dan is het faillissement niet de enige uitweg. Gaat het om een rechtspersoon dan kan de rechtbank aansturen op de ontbinding ervan (art. 45 W.G.A.). Deze „semi-vrijwillige” ontbinding onder toezicht van de rechtbank, kan dus dienen als alternatief voor het faillissement(25).

4. KRACHTLIJNEN NIEUWE FAILLISEMENTSNET (FAILL.W.)

5. De wijzigingen aan het faillissementsrecht zijn beperkt gebleven. Zoals hierboven reeds gezegd, wordt aan de faillissementsprocedure een andere en gereduceerde rol toegekend: het faillissement dient thans enkel nog het vereffeningsdoel. De redding van de onderneming

(24) Indien de commissaris inzake opschorting vaststelt dat het plan geheel of gedeeltelijk niet wordt uitgevoerd, kan hij in zijn verslag aan de rechtbank de herroeping van de opschorting vorderen (art. 37, § 1, eerste lid W.G.A.). Ook een schuldeiser kan de herroeping vorderen wanneer hij niet wordt voldaan of wanneer hij aantoont dat hij niet zal worden voldaan (art. 37, § 1, tweede lid W.G.A.). Bij zulke herroeping kan de rechtbank in hetzelfde vonnis het faillissement van de schuldenaar uitspreken, na hem in het bijzonder te hebben gehoord over de faillissementsvoorwaarden (art. 37, § 3 W.G.A.).

De overstap naar de faillissementsprocedure wordt door de wet ook voorzien bij drie andere (eerdere) momenten van de akkoordprocedure: bij de verwerping van de akkoordaanvraag (art. 15, § 2 W.G.A.), bij de beëindiging van de voorlopige opschorting (art. 24, tweede lid W.G.A.), bij de afwijzing van de definitieve opschorting (art. 33, eerste lid W.G.A.).

In elk van deze (vier) gevallen van overstap naar de faillissementsprocedure legt de wet de rechtbank de verplichting op de schuldenaar uitdrukkelijk te horen over de faillissementsvoorwaarden. Het gaat hier om procedurele waarborgen, ingegeven door de overweging dat het in de vier genoemde gevallen gaat om een soort „ambtshalve” faillietverklaringen (zie over dit alles, Ph. ERNST, „Verbanden tussen het gerechtelijk akkoord, het faillissement en de vereffening van vennootschappen na 1 januari 1998”, *Vennootschapsrecht en Fiscaliteit*, 1998, (186), p. 196, nrs. 37-46).

(25) Waar de wet in vier gevallen de overstap naar de faillissementsprocedure regelt, voorziet art. 45 W.G.A. slechts in drie van de vier hypothesen in de mogelijkheid van ontbinding van de handelaar-rechtspersoon (bij beëindiging van de voorlopige opschorting, bij verwerping en herroeping van de definitieve opschorting, dus niet bij de afwijzing van de akkoordaanvraag). De rechtbank kan bevelen dat de commissaris inzake opschorting de algemene vergadering van de rechtspersoon bijeenroep met de ontbinding ervan op de agenda (Ph. ERNST, „Verbanden tussen het gerechtelijk akkoord, het faillissement en de vereffening van vennootschappen na 1 januari 1998”, *Vennootschapsrecht en Fiscaliteit* 1998, (186), p. 203, nr. 73-75).

dient te gebeuren in het kader van het gerechtelijk akkoord. De procedure van akkoord na faillissement die onder de oude Faillissementswet nog verplicht vóór enige tegeldemaking of vereffening moest worden georganiseerd(26), wordt afgeschaft.

In de nieuwe Faillissementswet zijn de voorwaarden van faillietverklaring goeddeels dezelfde gebleven als onder het vroegere recht.

Volgens art. 2 Faill.W. bevindt zich in staat van faillissement de koopman die op duurzame wijze heeft opgehouden te betalen en wiens krediet geschokt is(27).

Een andere bepaling waarvan het behoud in de nieuwe Faillissementswet niet onopgemerkt kan blijven, is deze die voorziet in de mogelijkheid van de voortzetting van de activiteiten van de onderneming door de curatoren met toelating van de rechtbank van koophandel (art. 475 oude Faill.W., art. 75 § 4 Faill.W.).

Nieuw is vooreerst de afschaffing van het ambtshalve faillissement(28). Daarmee hangt samen dat het initiatiefrecht nu ook aan het openbaar ministerie wordt toegekend (art. 6 Faill.W.). Daarmee houdt tevens verband de legalisatie en organisatie in de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord van de „knipperlichten”-verzameling in de schoot van de zgn. kamers voor handelsonderzoek (art. 6 Faill.W. en art. 5-10 W.G.A.). Eveneens naar aanleiding van de afvoering van de mogelijkheid van ambtshalve faillietverklaring en ingevolge de regel

(26) Art. 509-527 oude Faill.W.

(27) Eerder was kritiek uitgeoefend op de dubbele wettelijke vereiste van staking van betaling enerzijds en wankel krediet anderzijds (I. VEROUGSTRAETE, „Wettelijke criteria van de discontinuïteit”, in *Ondernemingsdiscontinuïteit*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 281; I. VEROUGSTRAETE, „Knelpunten van het faillissementsrecht”, *T.P.R.* 1986, 589). Bij herhaling heeft trouwens het Hof van Cassatie gewezen op de nauwe samenhang van de beide vereisten (zie o.a. Cass. 2 december 1963, *Pas.* 1964, I, 346). In de nieuwe faillissementswet is enkel nieuw dat thans wordt vereist dat de betaalverlegenheid „duurzaam” moet zijn. Deze vereiste van „duurzaamheid” contrasteert met de in art. 9, § 1 W.G.A. gestelde vereiste dat het gerechtelijk akkoord aan de schuldenaar kan worden toegestaan „wanneer hij *tijdelijk* zijn schulden niet kan voldoen of wanneer hij moeilijkheden ondervindt die op min of meer korte termijn kunnen leiden tot het ophouden van betalen.” Ingevolge de invoering van het vereiste duurzaam karakter van de staking van betaling, mag thans niet meer gesteld worden dat het faillissement in eerste instantie een liquiditeitsprobleem, eerder dan een solvabiliteitsprobleem impliceert. Liquiditeitsproblemen zouden onder de nieuwe wet niet tot faillietverklaring aanleiding kunnen geven.

(28) Voorheen uitdrukkelijk voorzien door de oude faillissementswet (artikel 442) maar sinds enige tijd enkel nog toegepast mits eerbiediging van de procedurele waarborgen opgelegd door het algemeen rechtsbeginsel van het recht op verdediging zoals nader ontwikkeld door het Hof van Cassatie. Aldus werd gesteld dat bij een ambtshalve faillietverklaring het recht van verdediging vereist ofwel dat de schuldenaar voor de behandeling van de zaak wordt opgeroepen en gehoord, ofwel dat de rechter de redenen van uitzonderlijke spoed opgeeft waarom hij de schuldenaar niet oproept (Cass. 27 april 1989, *R.W.* 1989-90, 301, *Arr. Cass.* 1988-89, 1004, *T.B.H.* 1989, 590 met noot C. VAN SCHOUBROECK; Cass., 25 september 1989, *R.W.* 1989-90, 477; Cass. 9 februari 1995, *R.W.* 1994-95, 1368 met noot, *T.R.V.* 1995, 1145, noot S. RAES en *Arr. Cass.* 1995, nr. 79).

dat de faillietverklaring op verzoek van schuldeisers enkel kan bij dagvaarding, introduceert de nieuwe Faillissementswet de (compleet nieuwe) figuur van de voorlopige bewindvoerder. Deze wordt door de voorzitter ambtshalve of op eenzijdig verzoekschrift aangesteld en wordt belast met het beheer van de boedel en het onverwijld vorderen van de faillietverklaring telkens wanneer kan gevreesd worden dat de (door de dagvaarding verwittigde) debiteur zich aan de justitie zou onttrekken (art. 8 Faill.W.)(29).

In tegenstelling tot de boude wijze waarop de rechten van de schuldeisers-separatisten en van de schuldeisers-eigenaars in de Wet Gerechtelijk Akkoord worden teruggeschroefd, worden deze schuldeisers door de nieuwe Faillissementswet grotendeels ongemoeid gelaten. Integendeel wordt de situatie van één categorie van schuldeisers opvallend verbeterd, namelijk die van de niet-betaalde verkoper. In tegenstelling tot wat de regel was bij toepassing van artikel 546 van de oude Faillissementswet(30) geeft het faillissement onder het nieuwe recht niet meer aanleiding tot verval van het hem gegeven voorrecht en recht van terugvordering(31) en van zijn recht van ontbinding. Nog opvallender is dat gebroken wordt met de meer dan zestig jaar oude (jurisprudentiële) regel van de niet-tegenstelbaarheid aan de failliete boedel van de clause van eigendomsvoorbehoud(32). Artikel 101 Faill.W. geeft aan het beding uitwerking bij faillissement voorzover het beding schriftelijk is overeengekomen uiterlijk op het ogenblik van de levering van het goed, en voorzover de goederen zich nog in natura bij de schuldenaar bevinden en niet onroerend geworden zijn door incorporatie of vermengd met een ander goed(33).

In navolging van de Amerikaanse „*fresh start*” doctrine, werd door de nieuwe Faillissementswet de mogelijkheid van de verschoonbaarheid van de gefailleerde ingevoerd. De verschoonbaarheidsverklaring bestond ook reeds onder het vroegere recht maar de gevolgen ervan

(29) C. VAN SCHOU BROECK en H. COUSY, „Preventieve ontzetting en voorlopig beheer”, in *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, 109-103.

(30) Artikel 546, lid 1 oude Faill.W. ontnam aan de niet-betaalde verkoper van roerende zaken het voorrecht en recht van terugvordering (hem toegekend door art. 20 Hyp.W., zie volgende voetnoot), alsmede het recht van ontbinding.

(31) Artikel 20, 5° geeft de niet-betaalde verkoper een voorrecht en, indien de verkoop zonder tijdsbepaling is gedaan, een recht van terugvordering binnen de acht dagen na de levering. Het voorrecht houdt op te bestaan wanneer de roerende goederen onroerend geworden zijn door bestemming of incorporatie, behalve wanneer het gaat om bedrijfsuitrustingsmateriaal en tijdige neerlegging van de factuur ter griffie van de rechtbank van koophandel is geschied.

(32) Cass. 9 februari 1933, *Pas.* 1933, I, 103.

(33) E. DIRIX, „Eigendomsvoorbehoud”, *R.W.* 1997-98, 481.

waren eerder symbolisch(34). Thans krijgt de verschoonbaarheid verstrekkende gevolgen: de gefailleerde wordt erdoor bevrijd van al zijn restschulden na faillissement (art. 82 Faill.W.).

Ten aanzien van rechtspersonen heeft de verklaring van niet-verschoonbaarheid ook nog in andere opzichten effect: artikel 82 Faill.W. zegt dat deze verklaring „onmiddellijk een einde maakt aan zijn bestaan”(35), hetgeen wellicht moet begrepen worden in de zin van een ontbinding *ex lege*. Het gaat hier om een ommekeer ten aanzien van het vroegere recht waar (meestal) aanvaard werd dat het faillissement en zijn sluiting niet van rechtswege de ontbinding van de vennootschap met zich meebrachten(36). De wet zegt weinig over de voorwaarden van verschoonbaarheid, behalve dan dat bepaalde strafrechtelijke veroordelingen en andere tekortkomingen de verschoonbaarheidsverklaring in de weg staan (art. 81 Faill.W.). In elk geval komt de beslissing toe aan de rechtbank; de schuldeisers worden desbetreffend enkel gehoord door de rechter-commissaris die desbetreffend verslag uitbrengt aan de raadkamer (art. 80 Faill.W.). Reeds is enige betwisting ontstaan over de vraag of de gefailleerde recht heeft op de verschoonbaarheid zodra hij niet valt onder de uitsluitingsgronden van artikel 80(37), dan wel of bijkomende, door de wet

(34) E. VAN CAMP, *De nieuwe faillissementswet*, Antwerpen, 1997, 257.

(35) Voorwaar een bepaling die niet uitmunt door trefzekerheid in de verwoording. Bemerkt overigens dat artikel 80 Faill.W. aan de aldus niet meer bestaande rechtspersoon nog het recht geeft om binnen een termijn van één maand na de kennisgeving verzet aan te tekenen tegen het vonnis van niet-verschoonbaarheidsverklaring.

(36) Onder het vroegere recht werd meestal aanvaard dat het faillissement geen einde stelde aan de vennootschap, en niet de ontbinding ervan impliceerde. Zie Ph. ERNST, „Verbanden tussen het gerechtelijk akkoord, het faillissement en de vereffening van vennootschappen na 1 januari 1998”, *Vennootschapsrecht en fiscaliteit*, 1998, (186) en de verwijzingen aldaar o.a. K. GEENS e.a., „Overzicht van rechtspraak. Vennootschapsrecht”, *T.P.R.* 1993, p. 1158-1159, nr. 276; P. VAN OMMEFLAGHE en X. DIEUX, „Examen de jurisprudence (1979 à 1990) — Les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.* 1994, (733), 773 e.v.). Soms werd evenwel voorgehouden dat de sluiting van het faillissement leidde tot ontbinding op grond van art. 1865, 2° B.W. (tenietgaan van de zaak). Ook werd verdedigd dat er sprake is van een ontbinding en vereffening in feite, aangezien een rechtspersoon ophoudt te bestaan bij de sluiting van zijn vereffening, en er na faillissement, impliciet en bij gebrek aan actief vereffening plaatsgrijpt (E. WYMEERSCH, „De invloed van de Faillissementswet en de Wet Gerechtelijk Akkoord op het Vennootschapsrecht”, in *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, (473), p. 499, nr. 32). Onder de nieuwe wet maakt de beslissing tot niet-verschoonbaarheid onmiddellijk een einde aan het bestaan van de vennootschap. De verschoonbaar verklaarde vennootschap blijft bestaan. Ingevolge de bevrijdende werking van de verschoonbaarheid, kan de vennootschap gereactiveerd worden. Dergelijke operatie vertoont voordelen bij vergelijking met de oprichting van een nieuwe vennootschap (Ph. ERNST, *l.c.*, p. 223, nr. 149).

(37) In die zin, Ph. COLLE, „De krachtlijnen van het Belgisch wetsontwerp inzake gerechtelijk akkoord”, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1997, (119), 121; J. DAUWE, „De sluiting van het faillissement en zijn gevolgen”, in *Updatingssessie Faillissement Gerechtelijk Akkoord*, januari 1998, 15.

niet expliciet gestelde vereisten door de rechtbank kunnen of moeten worden gecontroleerd⁽³⁸⁾, of nog of de verschoonbaarheid niet dan slechts in uitzonderlijke omstandigheden door de rechtbank kan worden toegekend.

II. Gerechtelijk Akkoord

1. TOEGANG TOT DE PROCEDURE

6. Zoals reeds vermeld, hebben alleen kooplieden toegang tot de procedure van het Gerechtelijk Akkoord. De materiële voorwaarden (ter onderscheiding van de procedurale voorwaarden die betrekking hebben op het vereiste akkoord van de schuldeisers en de goedkeuring daarvan door de rechtbank; zie daarover *infra*, nr. 11) waaraan moet worden voldaan voor het verkrijgen van het akkoord, bevinden zich in de wet op drie verschillende plaatsen. In artikel 9 W.G.A. heeft de wet het expliciet over voorwaarden van toekenning van het gerechtelijk akkoord. In artikel 15 W.G.A., waarin gehandeld wordt over de voorwaarden waaronder aan de debiteur een voorlopige opschorting van betaling wordt toegekend, worden daaraan voorwaarden toegevoegd. En ook in artikel 34 W.G.A., dat betrekking heeft op de (materiële) voorwaarden waaronder de rechtbank een zgn. „definitieve opschorting” goedkeurt, is sprake van nogmaals andere vereisten. Zij kunnen worden samengebracht.

Samenvattend kan gesteld dat de toegang tot het akkoord onderworpen is aan vier vereisten: 1. de schuldenaar kan tijdelijk zijn schulden niet voldoen of de continuïteit van de onderneming wordt bedreigd (artikel 9, § 1); 2. het vooruitzicht moet bestaan dat het passief kan worden aangezuiverd („gesaneerd”) en dat een economisch herstel van de onderneming mogelijk is (artikel 9, § 2); 3. de bedrijfscontinuïteit kan geheel of gedeeltelijk worden gehandhaafd (artikel 15, § 1 W.G.A.); 4. de debiteur mag geen blijf hebben gegeven van

(38) In die zin, Kh. Leuven 30 juni 1998, A.R. 1916/98, *onuitgeg.*: „Aangezien de nieuwe faillissementswet zoals ze is opgesteld derhalve laat uitschijnen dat de verschoonbaarheid de regel is waarvan slechts zal moeten afgeweken worden voor zoveel de gefaalde valt onder toepassing van art. 81 of andere elementen aantonen dat hij niet op een eerlijke wijze handel dreef; dat het feit dat een pand niet meer zal kunnen verwezenlijkt worden terzake geen element is dat wijst op een oneerlijkheid in hoofde van eerste verweerster”.

„kennelijk kwade trouw” (artikel 15, § 1 W.G.A.). Ter gelegenheid van de goedkeuring van het definitief akkoord, zal de rechtbank bovendien dienen na te gaan of de schuldenaar de nodige waarborgen biedt voor een eerlijk bestuur, en of het gesloten akkoord niet strijdig is met de openbare orde (artikel 34 W.G.A.). Onmiddellijk blijkt hoe de wetgever in de aldus gestelde vereisten inderdaad belang heeft laten toekomen aan objectieve criteria zoals de overlevingskansen van de onderneming en de „subjectieve” vereisten heeft gereduceerd tot de vereisten van „eerlijk bestuur” en afwezigheid van kennelijk kwade trouw in hoofde van de schuldenaar. De genoemde vier vereisten worden hierna nader toegelicht.

7. Naar luid van artikel 9, § 1 W.G.A. is vereist dat de schuldenaar, om voor het gerechtelijk akkoord in aanmerking te komen, tijdelijk zijn schulden niet kan voldoen of dat de continuïteit van de onderneming wordt bedreigd door moeilijkheden die op min of meer korte termijn kunnen leiden tot het ophouden van betalen (art. 9, § 1 W.G.A.). Het gaat duidelijk over twee alternatieve vereisten waarvan de tweede, meer dan het eerste, verwijst naar structurele problemen⁽³⁹⁾. De wetgever formuleert zelf een (onweerlegbaar)⁽⁴⁰⁾ vermoeden betreffende de continuïteit van de onderneming van een rechtspersoon: deze wordt in ieder geval geacht bedreigd te zijn „indien als gevolg van de verliezen het netto-actief is gedaald tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal” (artikel 9, § 1, tweede lid W.G.A.).

Een amendement ertoe strekkende dit onweerlegbaar vermoeden te vervangen door een weerlegbaar vermoeden, werd verworpen (*Parl. St.*, Senaat, 1996-97, I, 498/5, 4).

Men zal bemerken dat de hier beoogde situatie precies deze is waarin, met toepassing van art. 103 Venn.W., de algemene vergadering moet worden bijeengeroepen om te beraadslagen en te besluiten over de ontbinding van de vennootschap of over de andere in de agenda

(39) Men vergelijk met volgende doctrinale definitie van de onderneming in moeilijkheden: „een onderneming verkeert in moeilijkheden vanaf het ogenblik dat haar toestand omwille van economische, financiële, organisatorische, sociale of andere redenen, zodanig evolueert dat redelijkerwijze mag verwacht worden dat zij vroeg of laat moeite zal ondervinden om voldoende inkomsten voort te brengen ten einde aan haar wettelijke en contractuele verplichtingen te voldoen en de investeringen te blijven verrichten die zich opdringen” (Ph. COLLE, *Het juridisch karakter van de faillissementsvoorkoming*, p. 14, nr. 9).

(40) Vgl. E. WYMEERSCH, „De toepassingsvoorwaarden van het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, in *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, 93.

aangekondigde maatregelen: de zgn. „alarmbelprocedure”(41). Het bijzonder verslag dat de raad van bestuur ten behoeve van de algemene vergadering zal neerleggen, houdende uiteenzetting van de overwogen herstelmaatregelen, zal met name kunnen melding maken van een eventueel verzoek tot het bekomen van een gerechtelijk akkoord(42).

8. Het akkoord kan alleen worden toegestaan indien de financiële toestand van de onderneming(43) kan worden gesaneerd en het economisch herstel ervan mogelijk blijkt (artikel 9, § 2 W.G.A.). Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de term „gesaneerd” verkozen werd boven de eerder in de ontwerp tekst voorkomende term van „aanzuivering” teneinde duidelijk te maken dat hier niet de eis van de volledige terugbetaling wordt gesteld(44). Anderzijds vereist de wet wel degelijk dat alle tekenen aanwezig zijn om een mogelijk herstel en aanzuivering van passief te veronderstellen(45). De procedure van gerechtelijk akkoord, aldus de Memorie van Toelichting bij het ontwerp 1406, mag er niet toe leiden dat de normale marktmechanismen worden verstoord door, langs rechterlijke beslissingen om, ondernemingen kunstmatig in de markt te houden(46). In de tweevoudige door artikel 9, § 2 gestelde vereiste van mogelijke sanering en economisch herstel wordt ook het onderscheid gelezen tussen juridische en economische continuïteit van de onderneming(47).

9. Uit de tekst zelf van de wet moet worden afgeleid dat de in artikel 15 gestelde vereiste „dat de continuïteit van de onderneming geheel of gedeeltelijk kan worden hersteld”, verschilt van de in artikel 9 ge-

(41) Artikel 103, derde lid Venn.W. heeft het ook over de hypothese dat het netto-actief daalt tot minder dan één vierde van het maatschappelijk kapitaal. In dat geval zal het vermoeden van art. 9, § 1, tweede lid W.G.A. „a fortiori” toepassing vinden (Ph. ERNST, „Verbanden tussen het gerechtelijk akkoord, het faillissement en de vereffening van vennootschappen na 1 januari 1998”, *Vennootschapsrecht en Fiscaliteit* 1998, (186), p. 201, nr. 65). Eenzelfde „a fortiori” redenering kan gevolgd worden m.b.t. de hypothese waarvan sprake in art. 104 Venn.W. (daling van het netto-actief tot minder dan het wettelijk minimumkapitaal). Men bemerkte dat de wetgever in deze laatste hypothese in de (meer drastische) sanctie voorziet van de mogelijkheid van gerechtelijke ontbinding op vordering van iedere belanghebbende, mogelijkheid die op zichzelf onmiskenbaar een bedreiging van de continuïteit uitmaakt (Ph. ERNST, *ibidem*, nr. 66).

(42) Vgl. J.P. RENARD, „La procédure concordataire”, *Rapports C.D.V.A.* 1997, 492.

(43) Dat hier sprake is van onderneming i.p.v. schuldenaar blijkt enkel aan een ontoereikende redactie gewijd te moeten worden (Ph. GERARD, J. WINDEY en M. GREGOIRE, „Le concordat judiciaire et la faillite”, in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, p. 69, nr. 52).

(44) *Parl. St.*, Kamer, 1995-96, 329/3, 2 en 3.

(45) *Parl. St.*, Kamer, 1993-94, 1406/1, 11.

(46) *Ibidem*.

(47) J.P. RENARD, *o.c.*, p. 493, nr. 3.

stelde vereiste van sanering en economisch herstel. Genoemd artikel 15 vereist immers dat de rechtbank laatstgenoemde voorwaarde moet onderzoeken (ook) wanneer aan de voorwaarden gesteld in artikel 9 is voldaan. Toch lijken de beide vereisten heel dicht bij mekaar te liggen, zij het dat artikel 15 in zekere zin derogeert aan artikel 9 in de mate dat artikel 15 zich (reeds) blijkt tevreden te stellen met het vooruitzicht van een *gedeeltelijk* economisch herstel.

In elk geval zal de rechtbank van koophandel, zo blijkt uit artikel 14 W.G.A.(48), over een zeer geringe termijn beschikken om de overlevingskansen van de onderneming zorgvuldig in te schatten alvorens een voorlopige opschorting toe te staan. Aangezien alle in artikel 9 en 15 opgesomde elementen binnen genoemd tijdsbestek onmogelijk kunnen worden geverifieerd, dient de verwijzing naar die vereisten in die zin begrepen te worden dat de rechtbank de voorlopige opschorting slechts mag toestaan indien het uit de aan de rechtbank voorgelegde elementen *a priori* als waarschijnlijk voorkomt dat aan de gestelde vereisten zal worden voldaan(49). Overigens krijgt de rechtbank van koophandel een tweede kans om over een en ander te oordelen wanneer zij bij toepassing van artikel 34 W.G.A. uitspraak zal doen over de goedkeuring van het akkoord betreffende de definitieve opschorting van betaling.

10. Artikel 15, § 1 W.G.A. stelt tenslotte als vierde vereiste voor de toelating tot de akkoordprocedure dat de debiteur geen blijk heeft gegeven van kennelijk kwade trouw. Spijts de kritiek op de oude wetgeving werd in de nieuwe wet toch een vereiste opgenomen die verband houdt met de subjectieve kwalificaties van de debiteur. Na lange parlementaire discussies werd de vereiste terug ingevoerd, maar vergezeld van een drievoudige mildering: in plaats van de voorheen positief geformuleerde vereiste van de aanwezigheid van goede trouw, wordt nu enkel de voorwaarde van de afwezigheid van kwade trouw gesteld; deze kwade trouw moet bovendien „kennelijk” zijn. Tenslotte kan de rechtbank, zelfs ingeval van kwade trouw van „een verantwoordelijke” binnen de onderneming, de gunst van de voor-

(48) Artikel 14 W.G.A. bepaalt dat de rechtbank uitspraak doet over de aanvraag uiterlijk vijftien dagen na de indiening van het verzoekschrift of na de betekening van de dagvaarding. De korte duur van deze termijn houdt onder meer verband met de regel dat in de periode tussen de aanvraag en de uitspraak over de ingediende akkoordaanvraag, de betrokken koopman niet failliet kan worden verklaard, en in deze periode ook geen enkele andere tenuitvoerlegging mag geschieden. In dit laatste verband rijst een probleem van bekendmaking van de indiening van de aanvraag (verzoekschrift); zie J. BYTTEBIER, „Uitvoerend beslag gevolgd door faillissement: een opletende zaak voor de notaris”, *Notarius* 1998, 204-206.

(49) I. VEROUGSTRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, 84.

lopige opschorting verlenen voor zover er voldoende waarborgen zijn dat deze verantwoordelijke uit het bestuur wordt verwijderd (art. 15, § 3 W.G.A.)(50). Het was duidelijk de bedoeling van de wetgever dat het lot van de onderneming niet mag worden opgeofferd op het altaar van de moraliteit van haar bestuurders.

2. BEKNOPT OVERZICHT VAN DE PROCEDURE

11. De nieuwe wet bepaalt dat het akkoord wordt aangevraagd door de schuldenaar (art. 11, § 1 W.G.A.), maar dat de procedure ook kan ingeleid worden door de procureur des konings(51). De schuldenaar richt een verzoekschrift tot de rechtbank vergezeld van de wettelijk opgesomde stukken en gegevens(52) en, indien de schuldenaar dat wenst, vergezeld van het verslag opgesteld naar aanleiding van het onderzoek naar zijn toestand door de kamers van handelsonderzoek. Er zij onderstreept dat de continuïteitsbeoordeling in beginsel hoort tot de verantwoordelijkheid van de onderneming en van de ondernemingsleiders. In een vennootschap rust deze verantwoordelijkheid op de raad van bestuur en de commissaris-revisor(53). Zulks volgt reeds uit de vennootschaps- en boekhoudwetgeving. Aldus staat het aan de bestuursorganen van de onderneming de regels die gelden voor de waardering van de inventaris vast te leggen(54). In de regel wordt bij de vaststelling en toepassing van de waarderingsregels ervan uitgegaan dat de onderneming haar bedrijf zal voortzetten. Als dit niet meer

(50) Zie ook art. 30, lid 4 W.G.A. betreffende de wijze waarop de vervanging van de leden van de raad van bestuur kan worden opgenomen in het herstel- en betalingsplan: beslissing van de algemene vergadering, hiertoe bijeengeroepen door de commissaris inzake opschorting. Uiteraard bestaat de procedure van vervanging van de ongeschikte ondernemingsleider alleen bij rechtspersonen, niet bij natuurlijke personen.

(51) Tot de personen die de procedure niet kunnen inleiden, behoren de werknemers en de schuldeisers. Waar het past in de hem gegeven gerechtelijke opdracht zou de aanvraag wel kunnen gedaan worden door de gerechtelijk aangestelde voorlopige bestuurder. Werknemers, schuldeisers, aandeelhoudersgroepen, e.d. zouden derhalve, bij inertie van het bestuur van de vennootschap, de aanstelling van een dergelijke voorlopige bestuurder kunnen vorderen met als opdracht het gerechtelijk akkoord aan te vragen en na te streven (vgl. J. WINDEY, „Les conditions d'obtention du concordat et le déroulement de la procédure”, in *Rapports C.D.V.A.* 1997, nr. 39). Wie het in elk geval niet kan, is de voorlopige bewindvoerder die is aangesteld met toepassing van art. 8 Faill.W. (zie hierboven, nr. 5).

(52) Zie art. 11, § 1 W.G.A.: uiteenzetting van de gebeurtenissen, boekhoudkundige staat, lijst van schuldeisers, voorstellen van herstel.

(53) E. WYMEERSCH, „De invloed van de Faillissementswet en de Wet Gerechtelijk Akkoord op het vennootschapsrecht”, in *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, p. 483, nr. 13; M. OLIVIER, „L'entreprise en difficulté et le droit des sociétés après la nouvelle loi sur le concordat”, *DAOR* 12 maart 1998.

(54) Art. 15 K.B. 8 oktober 1976 met betrekking tot de jaarrekening van de ondernemingen, *B.S.* 19 oktober 1976.

het geval is, moeten de waarderingsregels worden aangepast en in een liquidatieperspectief worden geplaatst⁽⁵⁵⁾. De niet-aanpassing van de boekhouding kan leiden tot aansprakelijkheid van de bestuurders. Het gaat hier om de bijzondere en hoofdelijke aansprakelijkheid wegens inbreuk op de vennootschapswet (zie art. 62, lid 2 Venn.W.)⁽⁵⁶⁾. Aan deze verantwoordelijkheid van de bestuurders wordt door de nieuwe wet op het Gerechtelijk Akkoord niets toegevoegd behalve dat aan de bestuurders thans een verplichting wordt opgelegd om bij verliezen en overdracht van verliezen uitdrukkelijk de keuze voor continuïteits-waarderingsregels te rechtvaardigen⁽⁵⁷⁾. De Wet op het Gerechtelijk Akkoord kent nu ook een knipperlicht-functie toe aan de commissaris-revisor, die vaststelt dat de continuïteit van de onderneming wordt bedreigd. Naar luid van de nieuw ingevoegde tweede paragraaf van artikel 64^{sexies} Venn.W. moet de commissaris-revisor bij het vaststellen van gewichtige en overeenstemmende feiten die de continuïteit van de onderneming in het gedrang kunnen brengen, de bestuurders schriftelijk en op omstandige wijze op de hoogte brengen. In dat geval moet de raad van bestuur beraadslagen over de te nemen maatregelen. Gebeurt dit niet of zijn de voorgestelde maatregelen ontoereikend, dan kan hij zijn vaststellingen overmaken aan de voorzitter van de rechtbank van koophandel. In vennootschappen waar geen commissaris werd benoemd zal de raad van bestuur bij het doen van de hierboven genoemde vaststellingen, op eigen initiatief moeten beraadslagen.

In de praktijk en zeker in de gevallen waar er geen commissaris-revisor is, zal het wellicht vaak de kamer voor handelsonderzoek zijn die de schuldenaar tot de aanvraag aanzet. Ook de procureur des konings kan de akkoordaanvraag inleiden bij dagvaarding (art. 11, § 2 W.G.A.)⁽⁵⁸⁾. Het optreden van de procureur des konings moet gezien worden in het kader van de afschaffing van het ambtshalve

(55) Zie onder meer de regels van art. 40 K.B. 8 oktober 1976 (volledige afschrijving van oprichtingskosten, aanvullende afschrijving of waarderingsvermindering van activa, voorziening voor kosten van beëindiging van werkzaamheden).

(56) Inderdaad worden de regels van de Boekhoudwet door art. 59 W.G.A.: „Wanneer uit de balans een overgedragen verlies blijkt, of wanneer uit de resultatenrekening gedurende twee opeenvolgende boekjaren een verlies van het boekjaar blijkt, moeten de bestuurders de toepassing van de waarderingsregels in de veronderstelling van de continuïteit verantwoorden in het jaarverslag”. Over de dubbelzinnigheid van deze tekst, zie E. WYMEERSCH, „De invloed van de Faillissementswet en de Wet Gerechtelijk Akkoord op het vennootschapsrecht”, *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, p. 482, nr. 11.

(57) Zie art. 77, vierde lid *in fine* Venn.W., toegevoegd door art. 59 W.G.A.: „Wanneer uit de balans een overgedragen verlies blijkt, of wanneer uit de resultatenrekening gedurende twee opeenvolgende boekjaren een verlies van het boekjaar blijkt, moeten de bestuurders de toepassing van de waarderingsregels in de veronderstelling van de continuïteit verantwoorden in het jaarverslag”. Over de dubbelzinnigheid van deze tekst, zie E. WYMEERSCH, „De invloed van de Faillissementswet en de Wet Gerechtelijk Akkoord op het vennootschapsrecht”, *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, p. 482, nr. 11.

(58) Ph. COLLE, „De krachtlijnen van het Belgisch wetsontwerp inzake gerechtelijk akkoord”, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1997, (119), 121.

faillissement en van de wettelijke organisatie van de kamers voor handelonderzoek. Deze laatsten zijn niet bevoegd om de akkoord-aanvraag te doen of de zaak over te maken aan de rechtbank van koophandel(59).

Volledigheidshalve weze er nog herinnerd aan de (reeds hierboven besproken, zie nr. 7) alarmbelprocedure van art. 103 Venn.W. die toepassing vindt in de hypothese van daling van de activa tot beneden een breukdeel van het maatschappelijk kapitaal, hypothese die de raad van bestuur tot bijzondere maatregelen verplicht en die, naar luid van art. 9, § 1, tweede lid W.G.A., een onweerlegbaar vermoeden van bedreiging van ondernemingscontinuïteit creëert.

12. De rechtbank van koophandel doet uitspraak over de aanvraag uiterlijk binnen vijftien dagen. Indien aan de voorwaarden (zie hierboven nr. 10) is voldaan kent zij een voorlopige opschorting van betaling toe voor een observatieperiode die niet langer mag zijn dan zes maanden, met mogelijkheid van één verlenging voor drie maanden op verzoek van de commissaris inzake opschorting. Het vonnis bevat voorts de aanwijzing van een of meer commissarissen inzake opschorting, eventueel de beperking aan het beheer van de schuldenaar, de uitnodiging van de schuldeisers tot aangifte van hun schuld-vorderingen en de aangifte van dag, plaats en uur (!) waarop uitspraak gedaan wordt over de definitieve opschorting. Tijdens de observatieperiode wordt het herstelplan opgesteld door de schuldenaar. Wellicht wordt tijdens deze periode ook overleg gepleegd over het plan met de werknemers o.m. over mogelijke afvloeiingen (art. 32, lid 3 W.G.A. en art. 29, § 3, lid 5 W.G.A.). Na de voorstelling van het herstelplan op de vastgestelde rechtsdag (art. 31 W.G.A.) zal over het plan gestemd worden door de schuldeisers.

13. In het vonnis dat de akkoordaanvraag voorlopig gegrond verklaart, worden dus een of meerdere „commissarissen inzake opschorting” („*commissaires au sursis*”) aangewezen die tot taak hebben de schuldenaar bij te staan bij het bestuur, onder toezicht van de rechtbank (artikel 19 W.G.A.). Ofschoon de commissaris inzake opschorting niet in de plaats treedt van de schuldenaar, die namelijk aan het

(59) Ofschoon de procureur des konings op de hoogte wordt gehouden van de evolutie van de handelonderzoeken zal het hem evenwel niet vrij staan zijn aanvraag aan de rechtbank van koophandel vergezeld te laten gaan van stukken en informatie, vermits de gegevens van het handelonderzoek confidentieel blijven tot aan het vonnis van voorlopige opschorting: zie J. WINDEY, „La Procédure”, *Rapports C.D.V.A. 1997*, 93.

hoofd blijft van zijn onderneming(60), zal de commissaris toch de sleutelfiguur zijn in elke belangrijke stap van de akkoordprocedure(61). In het uittreksel van het vonnis van voorlopige opschorting dat in het *Belgisch Staatsblad* wordt bekend gemaakt, zal melding gemaakt worden van de preciese opdrachten van de commissaris inzake opschorting, t.t.z. van de daden van bestuur of beschikking die de schuldenaar alleen met machtiging van de commissaris inzake opschorting mag verrichten.

Voor diens aanwijzing stelt de wet als vereiste dat de commissaris inzake opschorting waarborgen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid biedt. Hij moet vertrouwd zijn met het bestuur van de onderneming en met boekhouden. Hij moet tevens gebonden zijn door een deontologische code en zijn professionele aansprakelijkheid moet zijn verzekerd (art. 19, lid 2 W.G.A.)(62). Uit deze vereisten (en de toelichting ervan tijdens de parlementaire voorbereiding) blijkt dat voornamelijk gedacht werd aan bedrijfsrevisoren, accountants en boekhouders. De bedoeling is dat de commissaris wordt gekozen naargelang de behoeften terzake en dat rekening wordt gehouden met het belang van de zaak. In overeenstemming met de heersende trends wordt bepaald dat de prestatie van de commissaris inzake opschorting door de rechtbank kan worden beoordeeld.

3. POSITIE VAN DE SCHULDENAAR

14. De positie van de schuldenaar wordt gedetermineerd door hetgeen door de rechtbank wordt beslist. Anders dan de oudere wetgeving, voorziet de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord niet in een voorgedij van rechtswege van de debiteur. De algemene rol van de

(60) H. BRAECKMANS, „De commissaris inzake opschorting in het raam van het gerechtelijk akkoord en de nieuwe taken van de commissaris-revisor en van de bestuurders”, in *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, (269), 290. Daarin zit een verschil met de figuur van de „administrateur judiciaire” naar Frans recht.

(61) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, 57 en 62, met opsomming van alle bepalingen van de wet die in de tussenkomst van de rechter-commissaris voorzien. Alleen in het geval bedoeld in artikel 15 § 3, waarin een verantwoordelijke binnen de onderneming door de rechter uit het bestuur wordt verwijderd, zou het kunnen dat de commissaris inzake opschorting de bedrijfsvoering tijdelijk overneemt (M. DENEFF, „De „Overdracht van de onderneming” in de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord: welke lading dekt de vlag?”, *De Belg. Acc.* 1998, p. 110, nr. 99 alwaar opsomming van de andere taken van de commissaris).

(62) In verband met de verzekering die hier wordt opgelegd, rijst hier zoals bij andere verplichte verzekeringen, de vraag naar de beschikbaarheid en naar de vereiste of wenselijke omvang van de verzekeringsdekking. Rekening houdend met het feit dat faillissementscuratoren, die een zwaarder risico uitmaken dan de commissaris inzake opschorting, gemakkelijk dekking bekomen, zou over de beschikbaarheid van verzekeringsdekking hier geen probleem mogen rijzen.

commissaris inzake opschorting is beperkt tot het bijstaan van de debiteur bij het bestuur, onder toezicht van de rechtbank (art. 19 W.G.A.). De rechtbank kan beslissen dat deze geen daden van bestuur of beschikking mag verrichten zonder machtiging van de commissaris inzake opschorting, zo zegt art. 15, § 1, derde lid W.G.A.. Een dergelijke beschikking leidt niet tot handelingsonbekwaamheid van de schuldenaar. De sanctie van handelingen zonder machtiging is niet de nietigheid van de handeling, maar wel, zo zegt artikel 15, § 1, vierde lid W.G.A., de niet-tegenstelbaarheid van de handelingen aan de schuldeisers.

Hierbij rijzen ondermeer volgende vragen. 1. wat is het effect van de naleving van de door de rechtbank opgelegde vereiste van rechterlijke machtiging; 2. welke sanctie is van toepassing wanneer de rechtbank een minder vergaande tussenkomst dan een eigenlijke machtiging van de commissaris inzake opschorting oplegt, zoals „een louter toezicht of bijstand of medewerking”?

Het antwoord op de eerste (en gedeeltelijk ook op de tweede vraag) wordt uitdrukkelijk door de wet gegeven. In artikel 44, tweede lid W.G.A. wordt gezegd dat handelingen door de schuldenaar tijdens de akkoordprocedure verricht met de medewerking, machtiging of bijstand van de commissaris inzake opschorting, ingeval van faillissement gelden als boedelschulden van het faillissement. Aangenomen moet worden dat aldus aangegane schulden ook buiten de hypothese van faillissement als „schulden van de boedel” van het gerechtelijk akkoord kunnen beschouwd worden, met als gevolg dat deze schulden bij voorafname ten laste van het actief moeten worden betaald, en zodoende onttrokken worden aan het voorwerp van het akkoord. Alleen onder die voorwaarde zullen derden bereid gevonden worden tijdens de akkoordprocedure nieuwe schuldvorderingen op de schuldenaar te verwerven (zie hierover verder onder nr. 21).

Uit artikel 44, tweede lid W.G.A. kan eveneens worden afgeleid dat het effect van de tussenkomst van de commissaris inzake opschorting diverse vormen kan aannemen en niet alleen die van de machtiging waarvan sprake in artikel 15 W.G.A.: er is in artikel 44, tweede lid W.G.A. immers sprake van medewerking, machtiging of bijstand. Nu artikel 44 W.G.A. aldus geen onderscheid maakt en aan (blijkbaar) elke vorm van tussenkomst van de commissaris inzake opschorting hetzelfde effect verbindt (de aangegane schuld wordt boedelschuld), mag worden afgeleid dat aan het ontbreken van de verschillende (door de rechtbank opgelegde) vormen van tussenkomst dezelfde effecten, zonder onderscheid, verbonden zijn. Niet alleen de afwezigheid van

machtiging, maar ook de afwezigheid van een (bij hypothese verplicht opgelegde) medewerking of bijstand leidt derhalve tot de niet-tegenwerpelijheid van de aldus onbevoegd gestelde handelingen.

4. OBSERVATIEPERIODE

15. Onder het Regentsbesluit werd overwegend aangenomen dat de procedure van het gerechtelijk akkoord een situatie van *samenloop* doet ontstaan in die zin dat het gelijkheidsbeginsel tussen de schuldeisers dient te worden nageleefd (63). De regel werd eerst gesteld in een cassatiearrest van 27 maart 1952(64) en nadien herhaaldelijk bevestigd(65). Vanaf dat ogenblik af heeft iedere schuldeiser een verworven recht dat een andere chirografaire schuldeiser geen groter bedrag uitbetaald krijgt dan hijzelf (*paritas creditorum*) en wordt de onderlinge verhouding die tussen hen bestaat, onherroepelijk vastgelegd (zgn. „fixatiebeginsel”). De vraag of dit standpunt nog onverkort kan gehandhaafd blijven, is het voorwerp van controverse. Door een gedeelte van de rechtsleer wordt deze vraag ontkennend beantwoord (66).

Het moge waar zijn dat het concept van het gerechtelijk akkoord fundamenteel gewijzigd is, in die zin dat het gelijkheidsbeginsel door de nieuwe wet op sommige punten ondergeschikt wordt gemaakt aan de doelstelling van het saneren van de onderneming. Men denke bijvoorbeeld aan artikel 29, § 3, tweede lid W.G.A. waarin wordt bepaald dat het herstel- of betalingsplan (zie *infra* nr. 24) kan voorzien in een gedifferentieerde regeling van bepaalde categorieën van schulden, inzonderheid op grond van hun omvang en hun aard. Men denke ook aan de regel die het de rechter mogelijk maakt aan bepaalde schuldeisers bijkomende zekerheden te verschaffen.

(63) P. VAN OMMESLAGHE, „Les liquidations volontaires et les concordats”, in *L'entreprise en difficulté*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 1981, (407), 463; Ph. COLLE, *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, 108.

(64) Cass. 27 maart 1952, *Pas.* 1952, I, 475 concl. HAYOIT DE TERMICOURT; *Arr.Cass.* 1952, 412.

(65) Cass. 14 september 1961, *Pas.* 1962, I, 68; Cass. 17 oktober 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 177; Cass. 2 mei 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1179, concl. JANSSENS DE BISTHOVEN, *T.B.H.* 1985, 533 concl. JANSSENS DE BISTHOVEN, *R.C.J.B.* 1989, 420, noot T KINT en FORGES. Reeds toen werd deze rechtspraak door sommigen, „à juste titre” meent I. VEROUGSTRAETE (*Manuel de la faillite et du concordat*, p. 90, voetnoot 1), bekritiseerd (cfr. M. GREGOIRE, *Théorie générale des concours en droit belge*, Brussel, 1992, 293).

(66) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, p. 90, nr. 130; Y. DUMON en A.M. STRANART, „Le concordat judiciaire”, *J.T.* 1997 (849), 860.

Niettemin blijven dit uitzonderingen op de regel en blijft de situatie er een van samenloop, zij het dan van een bijzondere aard(67). Een van de krachtlijnen van de nieuwe regeling is immers het behoud van de toestand zoals die bestaat ten tijde van de akkoordaanvraag. De wedloop tussen de schuldeisers wordt stilgelegd. Dat het hier niet gaat om een vereffenigsbewind, maar om een aanzuiveringsbewind, belet niet dat de *paritas*-regel in acht moet genomen worden. De *paritas*-regel is immers geen voltooid leerstuk dat voor alle situaties uniforme regels geeft. Het is de taak van de rechtspraak om aan deze specifieke vorm van samenloop concreet gestalte te geven zonder dat hierdoor de doelstellingen die de wetgever zich heeft gesteld, in gevaar worden gebracht. Overigens bevat de wettekst zelf aanwijzingen dat de wetgever ervan uitgegaan is dat de voorlopige opschorting samenloop met zich meebrengt vermits tot tweemaal toe (in artikel 21, § 1, laatste lid W.G.A. in verband met de stopzetting van de executierechten en in artikel 28, laatste lid W.G.A. in verband met de lopende overeenkomsten) gepreciseerd wordt dat geen afbreuk wordt gedaan „aan andersluidende bepalingen van bijzondere wetten, die van toepassing zijn ongeacht of er samenloop is of niet”. Vanuit die optiek kan de regel gehandhaafd worden dat vanaf de inleiding van de procedure geen schuldeiser nog iets mag ondernemen waardoor aan die onderlinge verhouding wordt geraakt.

Aldus moet worden aangenomen dat niet aan de concurrente schuldeisers tegenstelbaar zijn: het vestigen van zekerheid voor een eerder bestaande schuld of het nemen van een inschrijving voor een eerder gevestigde hypotheek, het doen van betalingen die afbreuk doen aan het gelijkheidsbeginsel, de betaling door schuldvergelijking, behalve wanneer het gaat om samenhangende vorderingen(68). Het samenloopbeginsel heeft voorts tot gevolg dat het ontbindingsrecht (rechtsvordering, uitdrukkelijk ontbindend beding)(69) niet kan worden uitgeoefend, dat individuele schuldeisers niet meer de zijdelingse vordering kunnen instellen. Terecht werd (sedert het van kracht worden van de nieuwe wet) geoordeeld dat de akkoordprocedure eraan in de weg

(67) In die zin: E. DIRIX, „Posities van schuldeisers en hun zekerheidsrechten”, in *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, p. 369, nr. 2. Zie ook: E. BALLON e.a., *De nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord*, Brussel, 1997, p. 216, nr. 296; K. SWARTELE, „Het hervormd gerechtelijk akkoord”, *Jura Falconis* 1997-98 (167), p. 180; M. TISON, „Depistage en gerechtelijk akkoord na de wet van 17 juli 1997”, *R.W.* 1997-98, 421, nr. 91; Ph. COLLE, „De nieuwe wetgeving betreffende het gerechtelijk akkoord”, *T.B.H.* 1998 (71), p. 78, nr. 45.

(68) In die zin: Kh. Antwerpen, 16 juni 1998, *R.W.*, 1998-99, 227, met noot V. DECKMYN.

(69) Het tegenovergestelde aannemen zou impliceren dat de verkoper wel zou kunnen de ontbinding van de overeenkomst vorderen: welnu, dit zou haaks staan op artikel 21 W.G.A. dat de revindicatie van de schuldeiser-eigenaar lamlegt.

staat dat een rechtstreekse vordering (in casu door een onderaannemer) zou worden ingesteld(70). Ook werd en wordt aangenomen dat de akkoordprocedure niet de schorsing van de loop der interesten tot gevolg heeft (een schuldeiser kan overgaan tot ingebrekestelling) en evenmin de debiteur het voordeel van de termijn doet verliezen.

De samenloop, zo mag aangenomen worden, treedt in vanaf de aanvraag(71). Ook onder het oude recht werd zulks aangenomen(72). Dat deze regel ook onder de nieuwe wet mag aangehouden worden, vindt steun in artikel 13, tweede lid, W.G.A.. Luidens deze bepaling mag geen enkele tegeldemaking geschieden van roerende of onroerende goederen van de debiteur, tot wanneer de rechtbank van koophandel gunstig heeft beslist over de aanvraag tot voorlopige opschorting.

5. POSITIES SCHULDEISERS EN SEPARATISTEN TIJDENS DE OBSERVATIEPERIODE

16. De individuele executierechten van de schuldeisers worden teruggedrongen door art. 21 W.G.A. Tijdens de observatieperiode kan geen enkel middel van tenuitvoerlegging worden voortgezet of aangewend. Deze bepaling werpt zijn schaduw reeds vooraf vanaf de aanvraag totdat hierover werd beslist. Tijdens deze voorafgaande periode is geen enkele „tegeldemaking” van de goederen van de debiteur mogelijk (art. 13, tweede lid W.G.A.). Geen enkel (uitvoerend of bewarend) beslag is van dat ogenblik af nog mogelijk (73). De gelegde beslagen kunnen geen voortgang vinden, maar behouden hun bewarende werking. Dreigt de geldigheidsduur van een beslag te verstrijken, dan is een verlenging mogelijk. De rechtbank van koophandel kan echter de opheffing toestaan wanneer door het handhaven van het beslag, het herstel van de onderneming in het gedrang komt.

Deze opschorting van de executierechten geldt voor alle schuldeisers; dus ook voor de hypothecaire, pandhoudende en bevoorrechte schuldeisers. Aan deze schorsing wordt ook het terugvorderingsrecht onder-

(70) Kh. Luik, 3 april 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1092.

(71) Kh. Antwerpen 16 juni 1998, *gecit.*

(72) P. VAN OMMESELAGHE, „Les liquidations volontaires et les concordats”, in *L'entreprise en difficulté*, p. 464, nr. 22.

(73) Zie nader: E. DIRIX, „Posities van schuldeisers en hun zekerheidsrechten” in *Faillissement en Gerechtigelijk Akkoord: het nieuwe recht*, p. 373-377, nrs. 7-12; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, p. 91, nr. 132; Ph. GERARD, J. WINDEY en M. GREGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite*, Brussel, 1998, p. 176, nr. 169 e.v. Terecht werd geoordeeld dat ook het uitoefenen van een rechtstreekse vordering onder het toepassingsgebied valt van art. 21: Kh. Luik 3 april 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1092.

worpen van een „schuldeiser-eigenaar”. Bedoeld worden: een verkoper onder eigendomsvoorbehoud, een leasinggever of een consignataris. Voorts wordt ook gedacht aan andere executies zoals de pandverzilvering(74). Aan de hypothecaire, pandhoudende en bevoorrechte schuldeisers, zowel als aan de schuldeiser-eigenaar kan ter compensatie van de schorsing van hun executierechten, respectievelijk terugeisingsrecht, een bijkomende zekerheid worden verschaft (art. 21, § 3, lid 3 W.G.A.).

Laatstgenoemde regel roept vragen op, vooreerst betreffende de omstandigheden waaronder zal kunnen aangetoond worden dat ingevolge de opschorting een onderpand een waardevermindering ondergaat; vervolgens ook betreffende het realistisch karakter van de veronderstelling dat de debiteur die zich in een situatie van (voorlopige) staking van betaling of van dreigende discontinuïteit bevindt, *de facto* over nog vele niet bezwaarde goederen zal beschikken waarop in nuttige rang zekerheid zal kunnen gevestigd worden. Gesuggereerd kan worden dat bij ontstentenis daarvan, de additionele zekerheid kan bestaan in een recht op vergoeding dat dan het karakter krijgt van een boedelschuld die bij voorrang moet worden voldaan. Evenwel kan betwijfeld worden of ook dergelijke zekerheid in een aantal gevallen aan de schuldenaar een betrouwbare en werkelijke waarborg zal verlenen. Wat moet gebeuren wanneer aldus geen bijkomende zekerheid kan gevonden worden? In dat geval blijft geen andere uitweg dan de beëindiging van de voorlopige opschorting. Artikel 24 W.G.A. voorziet in die mogelijkheid telkens wanneer de schuldenaar „niet meer aan de voorwaarden voor het verkrijgen van het akkoord” voldoet. Genoemd artikel bepaalt dat de beëindiging van de voorlopige opschorting kan gebeuren op verzoek van de schuldenaar of van de commissaris inzake opschorting, of op dagvaarding van het openbaar ministerie of van iedere belanghebbende. Met realisme maakt de wet in een dergelijk geval ook een overgang naar het faillissement mogelijk (zie art. 45 W.G.A.).

(74) De *pandhouder* zal derhalve niet tot pandverzilvering kunnen overgaan (vuistpand, warranhouder, pand handelszaak). Gaat het om een vuistpand, dan behoudt de pandhouder wel zijn retentierecht (E. DIRIX, *l.c.*, p. 375, nr. 10). De commissaris inzake opschorting kan niet eisen dat de verpande goederen zouden worden vrijgegeven tegen het verstrekken van bijkomende zekerheden. Betreft het een pandrecht op schuldvorderingen, dan kan de pandgever nog tot kennisgeving overgaan aan de debiteur van de verpande schuldvordering. Of hij ook nog tot inning bevoegd is, hangt af van de vraag of de inningsbevoegdheid moet worden beschouwd als een executiehandeling. Hier wordt verdedigd dat de (wettelijke of conventionele) inningsbevoegdheid neerkomt op een daad van bewaring. Wordt de eigen schuldvordering opeisbaar, dan wordt overgegaan tot compensatie. Door aldus te handelen oefent de pandhouder zijn voorrecht uit.

17. In artikel 21, derde lid, wordt op de regel van de schorsing van de executie en tenuitvoerlegging uitzondering gemaakt voor de regelingen krachtens bijzondere wetten. Bedoeld worden diverse zekerheidsmechanismen in het kader van het financieel recht die zijn toegerust met een vereenvoudigde wijze van tegeldemaking. Blijkens de toelichting bij het amendement van de regering tot invoering van deze bepaling, wordt o.m. gedacht aan: de tegeldemaking van het voorrecht van de financiële bemiddelaars (art. 41, § 1 Wet 6 april 1995), van het voorrecht van clearinginstellingen (art. 41, § 2 Wet 6 april 1995), van het voorrecht van de Nationale Bank van België (art. 15 Wet 24 augustus 1939) en van effecten door de verkoper op termijn in cessie-retrocessieoperaties (art. 24 Wet 2 januari 1991)(75). In deze opsomming wordt ook de vereenvoudigde procedure genoemd met betrekking tot de pandverzilvering van fungibele effecten binnen het C.I.K. (art. 5, § 2 K.B. nr. 62 van 10 november 1967), gedematerialiseerde aandelen (art. 52octies/2, § 2 Venn.W.) en gedematerialiseerde effecten van de overheidsschuld (art. 7 Wet 2 januari 1991). Terecht werd opgemerkt dat voor de uitsluiting van althans sommige van deze verrichtingen de verantwoording ontbreekt en dat derhalve moet worden aangenomen dat de voorlopige opschorting ook de vereenvoudigde procedures van pandverzilvering voor fungibele en gedematerialiseerde vennootschapseffecten lamlegt(76).

18. De „afkoelingsperiode” of „observatieperiode” is een voorwaardelijke. De schuldeisers herwinnen hun verhaalsrechten indien de „interesten en lasten” van de schuldvorderingen, vervallen sinds het toekennen van het akkoord, niet worden betaald (art. 21, § 2 W.G.A.)(77). De begrippen „interesten en lasten” moeten in hun gewone betekenis opgevat(78). Wat de interesten betreft gaat het zowel om de vergoedende als om de moratoire rente(79). Met de „lasten” worden de andere kosten bedoeld die rechtstreeks verband

(75) *Parl. St.*, Kamer, 1995-96, 329/9, 11.

(76) M. TISON, „Depistage en gerechtelijk akkoord na de wet van 17 juli 1997”, *R.W.* 1997-78, p. 419, nr. 85.

(77) De wet voorziet niet in een automatische beëindiging van het akkoord. Als de schuldeisers hun rechten herwinnen, en ze zonder rechtsmisbruik uitoefenen, zal het akkoord niet veel zin meer hebben (aldus de minister, *Parl. St.*, Kamer, 1995-96, 396/17, 68). Anderen achten het, in het licht van de verstrekkende gevolgen van het akkoord paradoxaal het einde van het akkoord vast te knopen aan de niet-betaling van een gering bedrag aan intresten, en stellen voor de zaak aan het oordeel van de rechter over te laten (*ibidem*).

(78) M. TISON, *o.c.*, *R.W.* 1997-98, p.420, nr. 87.

(79) Tijdens de voorlopige observatieperiode blijven de intresten lopen terwijl het lot van de intresten, tijdens de definitieve opschortingsperiode zal afhangen van hetgeen desbetreffend in het goedgekeurde herstelplan is voorzien.

houden met de schuldvordering: fiscale lasten, contractueel bepaalde lasten, premies van een schuldsaldoverzekering in het raam van een kredietverlening. In de parlementaire voorbereiding wordt de eis gesteld dat het begrip lasten restrictief moet worden geïnterpreteerd(80). Het dient te gaan om lasten die gebruikelijk voor rekening van de debiteur komen. Het lot van de voorheen reeds vervallen interesten en kosten moet geregeld worden in het plan. Blijft de debiteur in gebreke deze interesten en lasten te betalen, dan herwinnen de schuldeisers dus hun verhaalsrechten en zulks niet enkel tot beloop van deze bedragen, maar eveneens tot beloop van de hoofdsom van de schuldvordering („de volle uitoefening van hun rechten”).

Aan de werking van het retentierecht en de niet-uitvoeringsexceptie (*exceptio non adimpleti contractus*) wordt geen afbreuk gedaan. Ook de regels van gemeen recht inzake kapitalisatie van interesten blijven tijdens de observatieperiode van toepassing.

6. LOT BESTAANDE OVEREENKOMSTEN

19. Het vonnis tot toekenning van voorlopige opschorting maakt geen einde aan de lopende overeenkomsten (art. 28 W.G.A.)(81). De mogelijke redding van de onderneming moet worden veilig gesteld door de onderneming in zijn contractuele posities te handhaven. De ruime formulering van de wet en de parlementaire voorbereiding laten toe om te besluiten dat zulks ook geldt voor de overeenkomsten *intuitu personae*(82). Tijdens de parlementaire voorbereiding werd weliswaar voorbehoud gemaakt voor de hypothese dat het vertrouwen

(80) Verslag VANDEURZEN, *Parl. St.*, Kamer, 1995-96, 329/17, 68-69. Zo zouden verzekeringspremies in het raam van een verzekeringsovereenkomst (bijvoorbeeld een levensverzekering) die niet ten gunste van de kredietgever wordt aangegaan niet als lasten van de schuldvordering mogen worden beschouwd. Ook gerechtskosten mogen volgens de minister niet als lasten worden beschouwd: zij zijn niet contractueel verbonden met de schuldvordering als zodanig.

(81) De aangelegenheid gaf aanleiding tot levendige debatten en amendementen. Gesuggererd werd aan de commissaris inzake opschorting een waarachtig optierecht toe te kennen, naar het voorbeeld van de curator (*Parl. St.*, Senaat, 1996-97, I-498/11, 67). Een dergelijk voorstel werd evenwel categoriek verworpen door de minister die erop wees dat het in strijd zou zijn met de geest van de functie van commissaris inzake opschorting. „Deze laatste heeft geen initiatiefrecht en zijn rol is beperkt tot het bijstaan van de ondernemer” (*Parl. St.*, Senaat, 1996-97, I-498/11, 67). (Vgl. J.P. RENARD, *o.c.*, 505).

(82) Antwoord van de minister, *Parl. St.*, Kamer, 1995-96, 329/17, 77. Zie nader: I. VEROUSTRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, nr. 143; L. HERVE, „Aperçu général du sort des contrats en cours avant et après l'entrée en vigueur des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire”, *Act. dr.* 1997, (421), p. 452-453, nr. 52; Ch. A. LEUNEN, „Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeilijkheden”, *T.P.R.* 1998, 475-506; M. TISON, *o.c. R.W.* 1997-98, p. 422-423, nr. 94.

van de partijen bij een overeenkomst die *intuitu personae* werd aangegaan, dermate is geschokt dat de verderzetting ervan niet meer mogelijk is(83).

De vraag rijst of het vorenstaande ook betekent dat tijdens de observatieperiode de overeenkomst niet meer kan ontbonden worden wegens wanprestatie, hetzij gerechtelijk, hetzij op grond van de werking van een uitdrukkelijk beding. Men moet aannemen dat aan deze gemeenrechtelijke sanctionering van het schuldenaarsverzuim niet wordt geraakt(84). Enkel kan geen gevolg worden toegekend aan een clause luidens welke de overeenkomst wordt ontbonden door het loutere feit van de aanvraag van het gerechtelijk akkoord.

Ook opzegclausules blijven in beginsel hun uitwerking behouden (b.v. bij overeenkomsten van onbepaalde duur). Wat de straf- of schadebedingen betreft, bepaalt art. 28, tweede lid W.G.A. dat deze geen uitwerking kunnen krijgen gedurende de observatieperiode.

De Wet op het Gerechtelijk Akkoord specificeert hier (zoals ook elders) dat de regeling over de lopende overeenkomsten geen afbreuk doet aan andersluidende bepalingen voorgeschreven door bijzondere wetten die van toepassing zijn ongeacht of er samenloop is of niet. Blijkbaar had de wetgever onder meer voorbeelden uit de recente financiële wetgeving op het oog, waarin wordt bepaald dat bepaalde financiële verrichtingen tussen Belgische en buitenlandse financiële instellingen (zoals swaps) doorgang moeten vinden ook ingeval van faillissement of gerechtelijk akkoord van een der partijen(85).

(83) Memorie van Toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1993-94, 1406/1, 25.

(84) Verslag VANDEURZEN, *Parl. St.*, Kamer, 1995-96, 329/17, 78.

(85) J.P. RENARD, o.c., 506, met verwijzing naar artikel 157 W. 22 maart 1993 op de kredietinstellingen, waarin bepaald wordt als volgt:

„§1. Overeenkomsten van bilaterale en multilaterale schuldvergelijking en uitdrukkelijk ontbindende bedingen om schuldvergelijking mogelijk te maken, tussen kredietinstellingen of tussen kredietinstellingen en instellingen belast met de verrekening of de vereffening van betalingen of van financiële transacties kunnen, in geval van faillissement of van enig andere gelijkgerechtigde samenloop, aan de schuldeisers worden tegengeworpen indien de te verrekenen vordering en schuld ten tijde van de faillietverklaring of van de gelijkgerechtigde samenloop deel uitmaakten van het zelfde vermogen, ongeacht of de munteenheid waarin zij zijn uitgedrukt.

Indien de in het eerste lid bedoelde overeenkomsten werden gesloten sedert het door de rechtbank bepaalde tijdstip waarop de schuldenaar heeft opgehouden te betalen of binnen tien dagen die dit tijdstip voorafgaan, kunnen zij niet aan de schuldeisers worden tegengeworpen indien zij betrekking hebben op voorheen aangegane niet-vernietigbare schulden.” (...).

7. VERBINTENISSEN ONTSTAAN TIJDENS OBSERVATIEPERIODE

20. Een apart statuut hebben de *nieuwe* schulden, d.w.z. de schulden ontstaan tijdens de akkoordprocedure. Deze schuldvorderingen zijn niet aan de samenloop onderworpen (supra nr. 14). Art. 44 W.G.A. bepaalt bovendien dat de handelingen door de schuldenaar verricht „met medewerking, machtiging of bijstand” van de commissaris inzake opschorting in het latere faillissement worden beschouwd als handelingen van de curator. De vraag rijst of voor de erkenning als boedelschulden in het latere faillissement het noodzakelijk is dat de commissaris inzake opschorting op uitdrukkelijke wijze zijn medewerking heeft verleend bij de totstandkoming van de „nieuwe” verbintenis. Art. 44 moet op een redelijke wijze worden uitgelegd. Als boedelschulden moeten worden beschouwd: alle schulden die door de debiteur na het aanvaarden van de akkoordprocedure bevoegdelijk werden aangegaan⁽⁸⁶⁾ (zie hierover tevens supra nr. 14).

Ofschoon de wetgever spreekt van „aangegane” schulden (*dettes contractées*) moet deze categorie niet beperkt blijven tot de schulden voortvloeiend uit nieuw gesloten overeenkomsten. Het gaat om alle schulden die aan de debiteur tijdens de opschortingsperiode oprechtsgeldige wijze kunnen worden toegerekend.

Het is de taak van de rechtspraak om het begrip „nieuwe” schulden nader te omschrijven. Hierbij kan wat de contractuele verbintenissen betreft, het onderscheid aflopende overeenkomsten en duurovereenkomsten (met opeenvolgende prestaties) dienstig zijn⁽⁸⁷⁾. Vanuit die optiek kan dan verdedigd worden dat de „nieuwe” schulden, niet enkel de verbintenissen zijn uit nieuw gesloten overeenkomsten, maar ook de schulden uit bestaande overeenkomsten die voortvloeien uit tijdens de observatieperiode geleverde prestaties. Te denken valt b.v. aan huurtermijnen die vervallen tijdens de observatieperiode of premies van lopende verzekeringscontracten.

21. Deze „nieuwe” schuldeisers zijn niet aan de samenloop onderworpen. De opschorting van de verhaalsrechten geldt bijgevolg niet voor deze categorie van schuldeisers. De ratio is de medecontractanten aan te moedigen om verder overeenkomsten met de schuldenaar te blijven te sluiten ten einde de continuïteit van de onderneming veilig

(86) Memorie van Toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1993-94, 1406/1, 34: „de regelmatig tot stand gekomen schulden”. Vgl.: L. HERVE, *o.c.*, *Act. Dr.* 1997, 459-460; M. TISON, *o.c.*, *R.W.* 1997-98, 432, nr. 140. Anders: Ph. COLLE, *o.c.*, *T.B.H.* 1998, p. 76, nr. 28.

(87) E. DIRIX, *o.c.* p. 378, nr. 16.

te stellen(88). Leveranciers en kredietverschaffers zullen dus hun schuldvorderingen uit nieuwe leveringen c.q. kredieten bij voorrang betaald weten. Deze schuldeisers worden betaald naar het tijdstip van het opeisbaar worden van hun respectievelijke schuldvordering. Zij kunnen ook nog tot compensatie overgaan, ook al gaat het niet om samenhangende vorderingen(89). Blijft de betaling uit, dan kunnen zij bewarend of uitvoerend beslag leggen(90). Hierdoor kan dan overigens een situatie van samenloop ontstaan met andere „nieuwe” schuldeisers.

De „nieuwe” schuldeisers beschikken aldus over een sterke positie. In de eerste plaats worden hun executierechten niet opgeschort. Hierdoor verkrijgen zij een feitelijke preferentie ten opzichte van de „oude” schuldeisers wier verhaalsrechten tijdens de afkoelingsperiode worden opgeschort. Bovendien zullen deze schulden in het latere faillissement gelden als boedelschulden die door de curator bij voorrang zullen worden voldaan. Het hoeft geen betoog dat op de commissaris inzake opschorting derhalve de verplichting rust om nauwlettend te waken over de evolutie van de omvang van de nieuwe schuldenmassa. Deze overheveling naar het faillissement van boedelschulden uit een eerdere samenloop doet vele vragen rijzen. Zo bestaat onzekerheid over de vraag of deze preferentie geldt ten aanzien van alle categorieën van schuldeisers en m.n. ook ten aanzien van de bijzonder bevoorrechte, pandhoudende en hypothecaire schuldeisers(91). Boedelschuldeisers kunnen, in beginsel, geen afbreuk doen aan de rechten van bijzonder bevoorrechte schuldeisers en separatisten(92). Een bevestigend antwoord is nochtans verdedigbaar vanuit het systeem van de wet. De „nieuwe” schuldeisers hebben immers bijgedragen tot het veiligstellen van de overlevingskansen van de onderneming in haar geheel, wat geacht moet worden in het belang te zijn van alle schuldeisers(93). Deze voorkeursbehandeling kan dan echter best

(88) Verslag VANDEURZEN, *Parl. St.*, Kamer, 1991-92, 631/13, 223.

(89) Voor Frankrijk: Cass.fr. 19 maart 1991, *Bull.* 1991, IV, nr. 105, *D.*, 1993, somm., 11.

(90) Voor Frankrijk: Cass.fr. 6 juli 1993, *Bull.* 1993, IV, nr. 284.

(91) Chr. VAN BUGGENHOUT, „Kanttekeningen bij de wetten op het gerechtelijk akkoord en het faillissement”, *R.W.* 1997-98 (449), p. 454, nr. 9 die deze vraag bevestigend lijkt te beantwoorden.

(92) Voor het principe: I. VEROUGSTRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, p. 405, nr. 697; K. DELESIE, „Art. 17 Hyp.W.”, in *Commentaar Voorrechten en Hypotheken*, nr. 34 e.v.

(93) Ook in Frankrijk hebben de schulden ontstaan tijdens de observatieperiode een algemene preferentie: „les créances nouvelles priment toutes les créances anciennes; l'avenir de l'entreprise doit l'emporter sur toute autre considération; tous les créanciers anciens pourront lui être sacrifiés” (F. DERRIDA, P. GODE en J.P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Parijs, 1991, p. 286-289, nr. 412).

beperkt worden tot de „nieuwe” schulden uit de observatieperiode en niet worden uitgebreid tot deze ontstaan tijdens de periode van definitieve opschorting(94). De wetgever en de rechtspraak moeten immers zuinig omspringen met het toekennen van preferentieposities. Voor een afwijking van de *paritas*-regel moet er steeds een afdoende verantwoording zijn. Zo'n verantwoording lijkt — anders dan voor de nieuwe schuldeisers uit de observatieperiode — niet voorhanden te zijn(95).

Een ander probleem betreft de rangorde tussen die boedelschulden. Tussen boedelschuldeisers geldt de *paritas*-regel. In geval van een zgn. „negatieve boedel” worden hun vorderingen naar evenredigheid voldaan, tenzij er tussen hen een wettelijke reden van voorrang bestaat(96). Aldus zal de verhuurder voor de tijdens de afkoelingsperiode verschenen huurtermijnen zich jegens andere „nieuwe” schuldeisers kunnen beroepen op het voorrecht uit art. 20, 1^o Hyp.W. Dit geldt ook voor conventionele zekerheidsrechten. Beschikt de bank over een „alle sommen” zekerheidsrecht (hypotheek, pand) en verleent zij tijdens de akkoordprocedure aan de debiteur nieuwe kredieten (of wordt door de debiteur verder gebruik gemaakt van een bestaand krediet), dan zullen deze (nieuwe) schuldvorderingen eveneens verzekerd zijn. Voor deze oplossing kan ook steun worden gevonden in het principe van de continuïteit der contractuele verhoudingen (i.c. conventionele zekerheidsmechanismen).

8. DOORFINANCIERING

22. Een van de krachtlijnen van de nieuwe wet is zoals gezegd de debiteur zoveel als mogelijk in zijn contractuele posities te bestendigen. De hoger uiteengezette principes gelden ook voor kredietovereenkomsten (supra nr. 10).

De aanvraag of de toelating van de debiteur tot de akkoordprocedure kan door de bank niet worden aangegrepen om de kredietverhouding

(94) In Frankrijk wordt de preferentie van de „*créances nouvelles*” (art. 40 Wet 25 januari 1985) beperkt tot deze ontstaan tijdens de observatieperiode. De debiteur wiens plan werd aanvaard geldt als *in bonis* zodat er onvoldoende redenen bestaan voor het toekennen van enige preferentie aan schuldeisers die van dat ogenblik af met hem in zee gaan. Zie: Cass.fr. 3 april 1990, *D.*, 1990, *Jur.*, 385 en *Rev. Tr. Dr. Comm.* 1990, 497.

(95) Zie voor andere argumenten: E. DIRIX, o.c., in *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, p. 382-383, nr. 21.

(96) A. CLOQUET, *Les concordats et la faillite*, Brussel, 1985, p. 532, nr. 1789; I. VEROU-STRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, p. 405, nr. 697; A. ZENNER, „Des frais et dépenses de l'administration de la faillite aux dettes de masse”, in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Brussel, 1983 (685), p. 730, nr. 35.

te beëindigen. Het *intuitu personae* karakter van de kredietovereenkomst biedt de bank ter zake geen soelaas (supra nr. 10). In de regel kan immers niet worden aangenomen dat hierdoor de vertrouwensrelatie wordt geschokt(97).

Ieder beding dat de aanvraag of de toelating tot het akkoord verbindt met de beëindiging van de kredietovereenkomst blijft dus zonder gevolg (art. 28 W.G.A.). Dit geldt evenzeer voor een beding dat in dergelijke omstandigheden de bank zou toelaten het krediet op te schorten. Het onderscheid tussen de beëindiging en de opschorting van de kredietverhouding moet in dit verband worden verworpen(98).

De gemeenrechtelijke sanctionering blijft echter overeind (art. 1184 B.W.). Ook de werking van uitdrukkelijke ontbindende bedingen blijft mogelijk, onder voorbehoud van een mogelijke rechterlijke toetsing aan de goede trouw(99). Eveneens blijft de opzegging van het krediet toelaatbaar wanneer die mogelijkheid contractueel werd voorzien en de werking van de opzegclausule niet verwijst naar de akkoordprocedure (bijvoorbeeld de opzegging van een kredietovereenkomst voor onbepaalde duur). Nochtans kan in dergelijk geval de beëindiging worden aangevochten op grond van het leerstuk van de uitvoering van overeenkomsten te goeder trouw of rechtsmisbruik wanneer blijkt dat de opzegging in werkelijkheid is ingegeven door het gerechtelijk akkoord(100). Aan de commissaris inzake opschorting komt de bevoegdheid toe om in rechte tegen een onrechtmatige beëindiging van de kredietverhouding op te treden(101).

23. Wanneer aldus de kredietovereenkomsten worden verdergezet, dan dienen nieuwe opnames beschouwd te worden als „nieuwe” schulden. Het onderscheid tussen de schulden uit een nieuwe kredietovereenkomst en uit de opname van nieuwe kredieten krachtens een bestaande kredietopening kan niet worden gemaakt (supra nr. 20).

(97) A. CUYPERS, „Kredieten en zekerheden bij faillissement en gerechtelijk akkoord”, in *Comm. Voor. & Hyp.*, Grondige studies nr. 4, 1998, p. 18, nr. 14.

(98) E. DIRIX, o.c., p. 378, nr. 15; A. CUYPERS, o.c., p. 26, nr. 23; Ph. GERARD, J. WINDEY, M. GREGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite*, Bruxelles, 1998, p. 192, nr. 184. Anders: Ph. COLLE, o.c., *T.B.H.* 1998, p. 78, nr. 43; Chr. VAN BUGGENHOUT, o.c., *R.W.* 1997-98, p. 455, nr. 11.

(99) Zie nader: S. STUNS, „De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-) rechter”, *T.B.H.* 1996, 100-165; J. CATTARUZZA, „La banque et l'entreprise en difficulté”, *Act. dr.* 1997 (601), 609 e.v.

(100) A. CUYPERS, o.c., p. 24, nr. 21; Ph. GERARD e.a., o.c., p. 193; J. CATTARUZZA, o.c., *Act. dr.* 1997, 622.

(101) Kh. Luik 4 mei 1998, *onuitgeg.*

9. HET „HERSTEL- OF BETALINGSPLAN”

24. Het komt aan de schuldenaar toe, tijdens de periode van voorlopige opschorting een zgn. „herstel- en betalingsplan” op te stellen(102). Evenwel voorziet de wet dat „in voorkomend geval” de commissaris inzake opschorting de schuldenaar bijstaat (art. 29, § 1, lid 2 W.G.A.). Men kan ervan uitgaan dat in de praktijk samenwerking met de commissaris-revisor de regel zal zijn(103).

Het plan bevat een beschrijvend gedeelte dat de staat van de onderneming aangeeft alsmede de moeilijkheden waarmee ze te kampen heeft(104). Het zgn. bepalend gedeelte van het herstel- of betalingsplan bevat de maatregelen die moeten genomen worden om de schuldeisers te voldoen. Het vermeldt ook de kredieten die onontbeerlijk zijn om ervoor te zorgen dat de onderneming haar activiteiten kan voortzetten en van de middelen die de onderneming nodig heeft. Dit tweede luik van het plan kan beschouwd worden de „concordataire maatregelen” te bevatten. Kenmerkend is dat daarbij een grote vrijheid wordt gelaten(105). Het plan kan zich beperken tot een loutere herschikking van het ondernemingspassief, of kan naast financiële maatregelen een veelheid van diepgaande maatregelen van economische en organisatorische aard bevatten.

Met betrekking tot de eerste categorie, dus de *financiële maatregelen*, is in artikel 29, § 3 W.G.A. sprake van betalingstermijnen, schuldverminderingen, omzetting van schulden in aandelen(106), herschikking van interesten, de tegeldemaking bij voorrang op de hoofdsom van de vordering. Zoals hierboven reeds werd vermeld, is van zeer groot belang dat in de nieuwe wet thans uitdrukkelijk wordt voorzien dat het plan *kan* voorzien in een gedifferentieerde regeling van bepaalde categorieën van schulden, inzonderheid op grond van hun omvang en hun aard (art. 29, § 3, tweede lid W.G.A.). Onder de vroegere wetgeving werd (traditioneel) aangenomen dat uit de *paritas*-regel van artikel 7 en 8 Hyp.W. mag afgeleid worden dat bij situaties van samenloop, iedere schuldeiser een verkregen recht heeft dat een niet-

(102) Aan het plan wordt het dossier van opschorting toegevoegd (art. 29, § 1, lid 1). Dit dossier bevat alle elementen betreffende de grond van de zaak en betreffende de procedure.

(103) J.P. RENARD, *o.c.*, 506.

(104) Deze werden desgevallend reeds gevoegd bij de aanvraag tot het bekomen van het akkoord (zie art. 11).

(105) *Parl. St.*, Kamer, 1993-94, 1406/1, 23.

(106) Een techniek waarvan de wettelijkheid onder het vroegere recht betwijfeld werd (zie J. HEENEN, „Lacunes et incertitudes de la réglementation du concordat judiciaire”, in *Liber Amicorum Fredericq Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 143).

bevoorrechte schuldeiser geen groter belang uitbetaald krijgt dan hijzelf. In de bekende zaak „Nobels-Peelman”, een der laatste pogingen die bij toepassing van de vroegere wetgeving ondernomen werden om het faillissement van een (staal-) bedrijf te voorkomen, werd precies op die grond de goedkeuring van het akkoord geweigerd(107). Aldaar was in het akkoord overeengekomen dat het percentage van kwijtschelding zou variëren naargelang de grootte van de schuldvordering.

De mogelijkheid om ook ten aanzien van de bijzonder bevoorrechte schuldeisers en hypothecaire en pandhoudende schuldeisers maatregelen te treffen, was in het oorspronkelijk ontwerp niet opgenomen, maar werd ingevoerd ingevolge een amendement(108). Daaraan wordt hierna (zie infra, nr. 26) nader aandacht besteed.

Netelig zijn de vragen of de openbare orde of andere regelen van dwingend recht zich ertegen verzetten dat in het plan kwijtschelding van welbepaalde schulden (fiscale, loonschuld, sociale bijdragen, etc.) wordt toegestaan. Met betrekking tot de opschorting van fiscale schulden, werd tijdens de parlementaire voorbereiding de mogelijkheid van een conventionele opschorting categoriek afgewezen: „Een belastingsschuld is immers een schuld van openbare orde, en het is niet mogelijk hiervan ontlasting te krijgen dan bij de wet”(109). Inzake belastingen bestaat een constitutioneel voorschrift(110). Maar ook daarbuiten en meer algemeen rijst de vraag naar de beperkingen die door de openbare orde en de imperatieve wetten aan het plan worden opgelegd. De vraag komt verder opnieuw even ter sprake (zie infra, nr. 25).

Voor wat de *organisatorische en economische aspecten* betreft, maakt de wet melding van inkrimping van de loonmassa (art. 29, § 3, vierde lid W.G.A.), vervanging van bestuurders of zaakvoerders (art. 30, vierde lid W.G.A.) en van overdracht van de onderneming (art. 29, § 3, laatste lid, hierna besproken onder randnr. 31).

Indien reductie van de loonmassa nodig is voor de redding van de onderneming dan moet worden voorzien in een sociaal herstructureeringsplan, dat in voorkomend geval in afvloeiingen kan voorzien. De

(107) Cass. 2 mei 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, nr. 526, *Pas.* 1985, I, 1078, *R.C.J.B.* 1989, 420 met noot M. FORGES en F. T'KINT en *R.W.* 1985-86, 27, concl. Adv. Gen. JANSSENS DE BISTHOVEN.

(108) Amendement nr. 19 van de Heer DE CLERCK en consoorten, *Parl. St.*, Kamer 1993-94, 1406/3.

(109) *Parl. St.*, Kamer, 1406/1, 1993-94, 28.

(110) Art. 172, tweede lid G.W.: „Geen vrijstelling of vermindering van belasting kan worden ingevoerd dan door een wet”.

wet schrijft voor dat in dat geval de vertegenwoordigers van het personeel moeten worden gehoord(111). Er moet dus overleg gebeuren, maar instemming van de werknemers wordt niet vereist.

Een andere in de wet nader geregelde organisatorische maatregel die in het plan kan opgenomen worden is de vervanging van de leden van de raad van bestuur of van de zaakvoerders. Elke dergelijke maatregel of elke inkrimping van hun bevoegdheden kan slechts opgenomen worden in het plan na beraadslaging en goedkeuring van de algemene vergadering, hiertoe bijeengeroepen door de commissaris inzake opschorting. Het gaat blijkens de Memorie van Toelichting om gevallen waarin bestuurders of zaakvoerders klaarblijkelijk niet tegen hun taak opgewassen zijn of waarin het aannemelijk is dat gebrek aan bekwaamheid, initiatief of medewerking het voorgenomen herstel doet mislukken(112).

25. De definitieve opschorting van betaling is onderworpen aan twee voorwaarden: de goedkeuring door de schuldeisers bij gekwalificeerde meerderheid, en de goedkeuring door de rechtbank.

Zoals onder het vroegere recht het geval was en zoals blijkt uit de titel van de nieuwe wet, wordt de bindende kracht van het plan gegrond op de figuur van de algemeen bindend verklaarde overeenkomst. Vereist is dat met het plan wordt ingestemd door een meerderheid van de schuldeisers die aangifte hebben gedaan en die in waarde meer dan de helft van de schuldvorderingen vertegenwoordigen. Betreurenswaardig is dat de vereiste meerderheid door de wet niet op heldere wijze wordt geformuleerd. In artikel 34 W.G.A. is sprake van de vereiste „dat de helft van de schuldeisers die aangifte hebben gedaan van hun schuldvordering, die hebben deelgenomen aan de stemming en die in waarde meer dan de helft van de schuldvorderingen vertegenwoordigen hiermee instemmen.” Reeds zijn in de doctrine meerdere mogelijke lecturen van deze bepaling voorgehouden. Volgens een mogelijke lezing vereist art. 34 W.G.A. een *quorum* (meer dan de helft van de schuldeisers die aangifte hebben gedaan, moeten aan de stemming deelnemen) en een dubbele beslissingsmeerderheid: meer dan de helft

(111) Zie daarover K. RASSCHAERT, F. VEYS en H. VAN HOOGENBEMT, „De nieuwe wetten inzake faillissement en het gerechtelijk akkoord en het arbeidsrecht”, in *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, (237), 250.

Ook buiten deze hypothese van loonmaatregelen krijgt de commissaris inzake opschorting de plicht om de werknemersorganen voor de terechtzetting in te lichten over het plan (art. 32, laatste lid W.G.A.), over de voorstellen tot overdracht van de onderneming (art. 41 W.G.A.).

(112) *Parl. St.*, Kamer, 1993-94, 1406/1, 27.

van de schuldeisers die aan de stemming hebben deelgenomen en die meer dan de helft van de schuldvorderingen vertegenwoordigen(113). Volgens een andere (betere) lezing stelt de wet geen quorum vereiste(114). Terecht wordt er ter staving van deze stelling betoogd dat uit artikel 32, lid 1 en 2 W.G.A. blijkt dat alleen de schuldeisers die aangifte hebben gedaan en voor wie het plan in een opschorting voorziet, aan de stemming mogen deelnemen(115). Men verlieze daarbij niet uit het oog dat de aangifteplicht rust op alle schuldeisers, ook op de bevoorrechte, hypothecaire en pandhoudende schuldeisers (art. 25, vierde lid W.G.A.) en dat schuldeisers die geen aangifte hebben gedaan, gebonden zijn door het herstelplan. Schuldeisers, ook de separatisten hebben er dus belang bij aangifte te doen(116). De wet zegt dat de rechtbank de definitieve opschorting van betaling kan(117) goedkeuren indien de openbare orde er niet aan in de weg staat en de schuldenaar de nodige waarborgen biedt voor een eerlijk bestuur. Hier mag aangenomen worden dat, zoals onder het vroegere recht, de keuze van de rechtbank beperkt is tot het toestaan van de opschorting of de weigering ervan. In dit laatste geval kan zij, mits de procedurale voorschriften tot bescherming van het recht van verdediging, de faillietverklaring uitspreken (art. 33 W.G.A.). De beslissing wordt bij uittreksel bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

Ter illustratie van het begrip „openbare orde” werd tijdens de parlementaire voorbereiding bij wijze van voorbeeld verwezen naar schendingen van de Europeesrechtelijke bepalingen inzake overheidssteun(118) en naar het mededingingsrecht. Het plan kan wel afwijken van regelen van dwingend recht (die niet de openbare orde aanbelangen). Over de vraag of in het plan kan worden afgeweken van een bij koninklijk besluit goedgekeurde collectieve arbeidsovereenkomst

(113) Zie M.D. DESIMPELAERE, „De akkoordprocedure”, in *De nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord*, p. 168, nr. 206; N. THIRION, „La nouvelle réglementation du concordat judiciaire”, *Act. dr.*, 1997, p. 408, nr. 66; M. TISON, „Depistage en gerechtelijk akkoord”, *R.W.* 1997-98, p. 426, nr. 108; DENEFF, M., „De overdracht van de onderneming in de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord: welke lading dekt de vlag?”, *De Belg. Acc.* 1998, p. 15, noot 38.

(114) Ph. COLLE, „De nieuwe wetgeving betreffende het gerechtelijk akkoord”, *T.B.H.*, 1998, 74.

(115) Ph. COLLE, *o.c.*, p. 74, nr. 21.

(116) Overigens worden alleen zij die aangifte hebben gedaan verwittigd van de neerlegging van het herstelplan ter griffie (art. 32, lid 1 W.G.A.) en alleen mits aangifte gedaan te hebben mogen zij deelnemen aan de stemming (art. 34 W.G.A.).

(117) De rechtbank beschikt over een appreciatiemarge, ook indien aan de expliciet genoemde voorwaarden is voldaan. I. VEROUSTRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, p. 120, nr. 179.

(118) *Parl. St.*, Kamer, 1994-95, 1406/1, 30.

(CAO) bestaat betwisting(119). Bij deze zoals bij andere strafrechtelijke betoegelde regelingen wordt immers naar het openbare orde karakter van de betrokken regelingen verwezen.

De vereiste van de aanwezigheid van waarborgen voor een eerlijk bestuur verwijst naar de (hierboven reeds besproken) vereiste van afwezigheid van kwade trouw(120). Anders dan wat onder het oude recht gold(121) (en in het oorspronkelijk ontwerp ook was voorzien(122)) moet de rechtbank niet meer de belangen van de schuldeisers onderzoeken(123).

Zoals hierboven reeds werd gezegd mag de toegestane opschorting niet meer bedragen dan 24 maanden vanaf de rechterlijke beslissing. De rechtbank kan deze termijn eenmaal verlengen met maximaal 12 maanden(124).

10. GEVOLGEN VAN GOEDKEURING PLAN

26. De goedkeuring door de rechtbank maakt het plan bindend voor alle betrokken schuldeisers. Redelijkerwijze moet worden aangenomen dat onder „betrokken” schuldeisers moet worden begrepen: alle schuldeisers van de op dat ogenblik bestaande schuldvorderingen, ongeacht of zij aangifte hebben gedaan of niet. Laattijdige schuldeisers kunnen hun schuldvordering nog indienen in zoverre hierdoor

(119) Cfr. m.b.t. de afwijking van een CAO: het (negatief) advies van de Nationale Arbeidsraad n° 1070 van 5 oktober 1993 en de genuanceerde appreciatie van I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, p. 118-119, nr. 176-177.

(120) Bemerkenswaardig is dat een amendement ertoe strekkende de vereiste „eerlijkheid” („probité”) te vervangen door „bekwaamheid” („compétence”), *Parl. St.*, Kamer, 1994-95, 631/13, 229. (vergelijk J.P. RENARD, *o.c.*, 513) werd verworpen.

Anderzijds mag ook hierin geen terugkeer gezien worden naar de subjectieve vereisten van vroeger. Vgl. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, p. 117, nr. 174: „L'erreur ne peut être commise de vouloir moraliser en la matière. L'article fait écho à ce qui est dit en ce qui concerne l'octroi du sursis provisoire, qui écarte les cas de mauvaise foi manifeste, mais permet l'octroi de la mesure si on écarte le responsable de la mauvaise gestion.”

(121) Art. 23 van de gecoördineerde wetten op het Gerechtelijk Akkoord. Reeds onder deze regel was de rechtspraak duidelijk geneigd om aan de schuldeisers het oordeel over het eigen belang over te laten (L. en S. FREDERICQ, *Beginselen van Belgisch Handelsrecht*, III, Brussel, 1980, p. 547, nr. 1980).

(122) *Parl. St.*, Kamer, 1993-94, 1406/1, 40.

(123) *Parl. St.*, Kamer, 1995-96, 329/17, . 86.

(124) Over de controle op de naleving, wijziging en de herroeping en het einde van de definitieve opschorting, zie artikelen 36-40 W.G.A. en de commentaar I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, 122-130.

niet wordt geraakt aan het goedgekeurde plan (art. 35 tweede lid W.G.A.)(125).

De commissaris oefent toezicht en controle uit over de uitvoering van het plan. Blijft de debiteur in gebreke de in het plan opgelegde verbintenissen na te komen, dan kan de rechtbank de opschorting herroepen (zie art. 37 W.G.A.).

Tenzij het plan anders bepaalt, wordt de schuldenaar volledig en definitief bevrijd door de volledige uitvoering van het plan.

11. POSITIES SCHULDEISERS TIJDENS DEFINITIEVE OPSCHORTING

27. Gedurende de periode van definitieve opschorting worden de executierechten van de schuldeisers in beginsel verder opgeschort. Er dient echter een onderscheid te worden gemaakt tussen twee categorieën van schuldeisers.

Het afbetalingsplan bindt zoals gezegd de chirografaire en algemeen bevoorrechte schuldeiser(126).

De hypothecaire, pandhoudende en bijzonder bevoorrechte schuldeisers alsmede de niet-betaalde verkoper met eigendomsvoorbehoud en de schatkist blijven een aparte positie innemen (art. 30 W.G.A.). Voor hen is het plan in beginsel enkel verbindend wanneer zij hiermee hebben ingestemd. Werd die instemming niet verleend, dan zijn zij niettemin onderworpen aan de bepalingen van het plan wanneer aan de twee volgende voorwaarden is voldaan. Het plan moet in betaling van de interesten voorzien en de betaling van hun schuldvorderingen mag niet voor langer dan 18 maanden worden opgeschort. Zijn deze voorwaarden vervuld, dan kan het plan door de rechter aan deze schuldeisers worden bindend verklaard. Wordt een dergelijke schorsing opgelegd, dan kunnen de onbetaalde verkoper en de hypothecaire, pandhoudende en bevoorrechte schuldeisers bijkomende zekerheden vragen.

De omschrijving van de schuldeisers in art. 30 (definitieve opschorting) spoort niet gelijk met die uit art. 21, § 1 (voorlopige opschorting). Opvallend is dat er niet langer sprake is van de „schuldeiser-eigenaar”, maar enkel van de onbetaalde verkoper met eigendomsvoorbehoud. Hieruit wordt afgeleid dat de leasinggever niet kan

(125) Terecht werd de vraag geopperd hoe een nieuw ingediende schuldvorderingen niet aan het plan zou kunnen raken (M. TISON, „Depistage en gerechtelijk akkoord na de wet van 17 juli 1997”, *R.W.* 1997-98, 427).

(126) Zie Parl. St., Kamer, 1993-94, 1406/1, 27 onderaan.

bogen op de preferentiële behandeling van art. 30 W.G.A.(127). De vraag rijst of deze conclusie zich ook opdringt en of het niet eerder gaat om een vergetelheid van de wetgever.

28. De positie van de schuldeisers wier vordering ontstaan is tijdens de observatieperiode werd reeds besproken. Moeten de schuldeisers wier vordering ontstaat tijdens de periode van de definitieve opschorting hiermee worden gelijkgesteld? Een bevestigend antwoord wordt veelal voetstoots aangenomen: het zou gaan om alle schulden ontstaan tijdens de akkoordprocedure. Vanzelfsprekend zullen deze schuldeisers bij voorrang moeten worden betaald. Gebeurt dit niet, dan zullen zij tot beslag kunnen overgaan en is het plan tot mislukking gedoemd (supra nr. 12).

III. OVERDRACHT VAN DE ONDERNEMING

29. Luidens artikel 42 W.G.A. kan de overdracht van de onderneming of van een gedeelte ervan een onderdeel zijn van het herstel- of betalingsplan. Afgezien van het verrassend gebruik van de term „onderneming” in dit artikel en in het opschrift van het hoofdstuk, en van de onzekerheid nopens de draagwijdte die moet worden toegekend aan de begrippen onderneming, overdracht van de onderneming en gedeelte van een onderneming (waarover meer infra, sub nr. 30), roept deze bepaling voorts de volgende beschouwingen op. Dat het plan een overdracht van de onderneming of van een gedeelte ervan kan bevatten wordt reeds in artikel 29, § 3 laatste lid bevestigd. Het is goed denkbaar dat de hypothese van de overdracht van een onderneming gepaard gaat met voorzienbare sociale maatregelen, en meer bepaald voorziet in een geplande, aangekondigde, overeengekomen inkrimping van de loonmassa. Gesteld kan worden dat er in dat geval aanleiding is om toepassing te maken van de bepaling (art. 29, § 3, voorlaatste lid) die voorziet in een sociaal herstructureringsplan en het horen van de werknemers wanneer er afvloeiingen moeten plaatsgrijpen.

Wat uit de bepaling van artikel 42 W.G.A. wel kan afgeleid worden is dat de overdracht van de onderneming waarvan sprake in artikel 41 W.G.A. noodzakelijkerwijze een niet in het plan voorziene overdracht

(127) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, p. 107, nr. 162; M. TISON, o.c., R.W. 1997-98, p. 426, nr. 105.

is. Naar luid van artikel 41 W.G.A., waarvan nagenoeg elke term aanleiding geeft tot interpretatievragen, kan de rechtbank de commissaris inzake opschorting machtigen de overdracht van de onderneming of van een gedeelte ervan te verwezenlijken(128). De machtiging wordt dus wel degelijk aan de commissaris inzake opschorting gegeven, en het komt hem toe om een hele procedure na te leven: hij moet ervoor zorgen dat de nodige publiciteit gegeven wordt aan het besluit tot vervreemding van een activiteit en overnamevoorstellen moeten aan hem worden gericht; de commissaris onderzoekt de voorstellen in het licht van het behoud van een economisch levensvatbare activiteit en de weerslag op de mogelijkheid van terugbetaling aan de schuldeisers. Hij bespreekt de ingediende voorstellen met de bevoegde bestuursorganen van de onderneming en met de werknemersafvaardiging; hij kan beslissen diepgaande besprekingen te voeren met een of meer indieners van het voorstel met het oog op het bereiken van een consensus met de werknemers en hij waakt daarbij ook over de rechtmatige belangen van de werknemers; het is de commissaris inzake opschorting die de overdracht ter goedkeuring voorlegt aan de rechtbank. Vooraleer de rechtbank zich uitspreekt, hoort zij een afvaardiging van het bestuur van de onderneming en van de werknemers. Wanneer de overdracht betrekking heeft op het geheel van de onderneming, kan de rechtbank de overdracht slechts goedkeuren mits instemming van een bijzondere meerderheid van schuldeisers (dezelfde als deze vereist voor de goedkeuring van het akkoord: zie supra, nr. 25).

Wanneer bij gehele of gedeeltelijke niet-uitvoering van het plan, de opschorting door de rechtbank wordt herroepen (art. 37 W.G.A.), dan blijft deze zonder gevolg op de verwezenlijking van de overdracht of van een gedeelte ervan. De regel is ingegeven door de bekommernis vertrouwen te geven aan de cessionaris dat geen nietigverklaring van de overdracht zou volgen op de herroeping(129).

30. Onderneming, gedeelte van de onderneming. Al is het concept onderneming in de Belgische wetgeving niet onbekend(130), toch baart het gebruik ervan in deze wet enige verbazing nu het concept

(128) M. MERSCH, „L'échec du concordat. Les discrètes mesures parallèles aux conséquences considérables”, in *Rapports C.D.V.A.* 1997, 560.

(129) Vgl. G. DU BOIS, „De overdracht van de onderneming”, *Cahier van de Jurist*, 1997, p. 47, nr. 3.

(130) W. VAN GERVEN, „Daden van koophandel. De onderneming”, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, deel XII, *Handels- en economisch recht. Ondernemingsrecht*, Vol. A., 3de uitgave, 1989, (63), 78, nr. 61.

niet eerder in de wet werd gedefinieerd, noch stelselmatig gebruikt. Wel is waar dat, zoals Ch. Van Buggenhout het uitdrukt, het begrip onderneming „in aanschijn van de discontinuïteit, het continuïteitscriterium benadrukt wordt, t.a.v. de onderneming die haar identiteit bewaart in het licht van het wisselend eigenaarschap.”(131).

Er wordt vaak verwezen naar de parlementaire voorbereiding. Overdracht zo wordt daar gesteld, is er wanneer de activiteit van de onderneming of van het overgedragen gedeelte ervan met behulp van de overgedragen vermogens-elementen wordt voortgezet(132). Uit deze definitie volgt, aldus de Memorie van Toelichting, dat wat als onderneming zal beschouwd worden afhankelijk is van de omstandigheden, en naargelang het geval betrekking zal hebben op een juridische entiteit of op een technische bedrijfseenheid (dit laatste te bepalen op grond van economische en sociale criteria).

Het concept overgang van een gedeelte van de onderneming wordt in de wet niet nader omschreven. In de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp wordt onderscheid gemaakt tussen verticale overdracht (van afscheidbare en onderscheiden afdeling als geheel) en horizontale overdracht (een geheel van elementen van verschillende afdelingen van een onderneming wordt overgedragen)(133). Vermits de akkoordprocedure gericht is op continuïteit van de onderneming zou geen sprake kunnen zijn van (overdracht van) een onderneming wanneer deze alle activiteit heeft gestopt, of wanneer enkel een aantal materiële elementen worden overgedragen(134).

Over de vraag of sterfhuisconstructies worden mogelijk geacht in het kader van een gerechtelijk akkoord moet met voorzichtigheid geoordeeld worden. De term sterfhuisconstructie duidt op een juridisch

(131) Ch. VAN BUGGENHOUT, „Overname van ondernemingen in moeilijkheden of in faillissement”, in *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, Ed. Vlaams Pleitgenootschap, Biblio, 1994, (185), 187.

(132) *Parl. St.*, Kamer, 1993-94, 1406/1, 35, met verwijzing naar het begrip overgang van de onderneming zoals gekend in de CAO nr. 32bis.

(133) Zie evenwel voor een andere benaderingswijze van het begrip gedeeltelijk, de definitie waarnaar verwezen wordt in de CAO nr. 32bis en die verwijst naar het begrip dat de wet van 28 juni 1966 op de sluiting van ondernemingen waarin sprake is van een afdeling van onderneming als bevattende minstens 20 werknemers.

(134) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, p. 134, nr. 207, die erop wijst dat een onderneming in vereffening wel het voorwerp van een overdracht zou kunnen uitmaken, maar dat de hypothese theoretisch is vermits men niet inziet hoe een onderneming in vereffening zou in aanmerking komen voor een akkoordprocedure. Nochtans wordt erop gewezen dat een gerechtelijk akkoord ook in de vereffeningsfase nuttig zou kunnen zijn, gelet op de regel dat een vennootschap in vereffening failliet kan worden verklaard en dat de continuïteit van een onderneming ook na faillissement kan worden gehandhaafd (art. 75, § 4 Faill.W. en infra, randnummer 35). Zie ook Ph. ERNST, „Verbanden tussen het gerechtelijk akkoord, het faillissement en de vereffening van vennootschappen na 1 januari 1998, V & F, 1998, (186), p. 200, nr. 61.

procédé dat leidt tot défusie van bedrijfseconomisch gezonde en niet gezonde onderdelen van een concern(135). Enkel in afwezigheid van elk frauduleus opzet zou het mechanisme geldig kunnen verlopen(136).

31. Overdracht. In de W.G.A. wordt niet nader gedefinieerd wat als overdracht van onderneming moet verstaan worden. Afgezien van het hierboven reeds genoemde onderscheid tussen verticale en horizontale overdracht worden in de literatuur nog vele andere begrippen onderscheiden aangetroffen.

Onder verwijzing naar de CAO nr. 32bis(137) wordt onderscheiden tussen conventionele (vrijwillige) overgang (Hoofdstuk II van genoemde CAO) en overgang na faillissement of (zo staat in de CAO) akkoord met boedelafstand (Hoofdstuk III van genoemde CAO). Bij conventionele bedrijfsoverdracht voorziet de CAO nr. 32bis in principeel behoud van arbeidsovereenkomsten en arbeidsvoorwaarden na de overgang. In het andere geval voorziet de genoemde CAO in een minder verregaande bescherming(138).

Overdracht van onderneming, zo wordt meestal aangenomen, verwijst naar de overdracht van het handelsfonds of rechtstreekse overdracht van de onderneming en niet naar de overdracht van de aandelen(139).

(135) I. VEROUGSTRAETE en Ch. VAN BUGGENHOUT, „Faillissement en continuité van de onderneming” *T.P.R.* 1990, (1731), 1756; I. VEROUGSTRAETE, „Het waterdicht beschot” in *Libet Amicorum Jan Ronse*, 1986, 395-411.

(136) Zie desbetreffend: I. VEROUGSTRAETE en Ch. VAN BUGGENHOUT, *o.c.* *T.P.R.* 1990, 1757; vgl. Ch. VAN BUGGENHOUT, „Kanttekeningen bij de ontwerpen betreffende het gerechtelijk akkoord en het faillissement”, *R.W.* 1997-98, p. 449, nr. 10.

(137) Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 32bis betreffende het behoud van de werknemers bij de wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst of tot regeling van rechten van de werknemers die overgenomen werden bij overname van activa na faillissement of gerechtelijk akkoord door boedelafstand, gesloten in de Nationale Arbeidsraad op 7 juni 1985, algemeen bindend verklaard bij K.B. 25 juli 1985 (*B.S.* 9 augustus 1985).

(138) Hier is de verkrijger niet verplicht de werknemers over te nemen met behoud van arbeidsvoorwaarden, maar enkel tot het in aanmerking nemen van de anciënniteit bij opzegging en mag de verkrijger beslissen welke werknemers hij overneemt (zie M. DENEFF, *o.c.*, *De Belg.Acc.* 1998, p. 16, nr. 32).

Over de vraag of overdracht van de onderneming in het kader van de nieuwe procedure van gerechtelijk akkoord nu valt onder het (vergaande) regime van Hoofdstuk II dan wel onder het minder vergaande regime van Hoofdstuk III van de CAO, bestaat onenigheid (zie o.a. J. CLESSE, „Examen de quelques aspects sociaux du concordat et de la faillite”, in *Rapports C.D.V.A.* 1997, 643-647; K. RASSCHAERT, F. VEYS en H. VAN HOOGENBEMT, *o.c.*, in *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, 256; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, p. 163, nr. 268 e.v.).

(139) M. MERSCH, *o.c.*, nr. 12; VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, nr. 207; maar zie M. DENEFF, *l.c.*, nr. 6 die in dit verband het terminologisch onderscheid maakt tussen „rechtstreekse overdracht” (overeenkomst met de rechtspersoon vertegenwoordigd door zijn bevoegde organen) en onrechtstreekse overdracht (overeenkomst met de aandeelhouders).

Bij de rechtstreekse overdracht van de onderneming door overeenkomst met de rechtspersoon wordt onderscheid gemaakt tussen overdracht van welbepaalde activa (met toepassing van de bijpassende juridische techniek, en desgevallend vergezeld van de overdracht van welbepaalde passiva) en de overdracht van de algemeenheid of van een bedrijfstak⁽¹⁴⁰⁾ in de zin van artikel 174/53 en volgende Venn.W.⁽¹⁴¹⁾. Zoals men weet voorziet deze door de wet van 13 april 1995 ingevoerde wettelijke regeling de mogelijkheid een onderneming in haar geheel of een bedrijfstak in te brengen of over te dragen zonder dat partijen daarbij verplicht zijn de regels van geldigheid en tegenstelbaarheid van de overdracht na te leven die gelden voor elk van de onderscheiden (activa en passiva) bestanddelen ervan⁽¹⁴²⁾⁽¹⁴³⁾. In de rechtsleer wordt verdedigd dat de meeste van

(140) M. DENEFF, *l.c.*, nr. 6.

(141) De procedure van de overdracht van een algemeenheid of van een bedrijfstak is in de eerste plaats toepasselijk op de inbreng daarvan in een vennootschap. Artikel 174/64 Venn.W. bepaalt dat de partijen deze regeling kunnen toepassen (mits daarvan uitdrukkelijk melding te maken) op een overdracht om niet of onder bezwarende titel van een algemeenheid of van een bedrijfstak. Geviseerd wordt de overdracht van een algemeenheid of van een bedrijfstak tussen Belgische vennootschappen. Het feit dat de overdragende vennootschap in vereffening is, vormt geen beletsel. Ook de curator of de commissaris inzake opschorting zou art. 174/64 Venn.W. kunnen inroepen om het vermogen van de vennootschap aan derden over te dragen (GOEMINNE, *o.c.*, nr. 18; maar zie de bedenkingen van Ch. VAN BUGGENHOUT, *o.c.*, *R.W.* 1997-98, p. 461, nr. 230).

De procedure kan ook toegepast worden op de overdracht van een bedrijfstak door een natuurlijke persoon aan een vennootschap. De overdracht van een algemeenheid door een natuurlijke persoon, alsmede de overdracht van een algemeenheid of een bedrijfstak door een vennootschap aan een natuurlijke persoon of tussen natuurlijke personen is niet in de wet voorzien (zie Ph. ERNST, *o.c.*, nr. 19 met verwijzingen naar een niet geheel unanieme rechtsleer).

(142) Overeenkomstig art. 174/55 heeft de inbreng van een algemeenheid of van een bedrijfstak van rechtswege tot gevolg dat het geheel van de activa en de passiva van de vennootschap van rechtswege wordt overgedragen aan de verkrijgende vennootschap.

(143) BOUCKAERT, F., „Inbreng van een algemeenheid of van een bedrijfstak”, in Jan Ronse Instituut (ed.), *De nieuwe vennootschappenwetten van 7 en 13 april 1995*, 1995, 303-336; BRAECKMANS, H. en WYMEERSCH, E. (ed.), *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1995*, Antwerpen, Maklu, 1996, daarin meer bepaald VAN BAELE, J., „De herstructurering van ondernemingen in de reparatiewet”; BRAECKMANS, H., „De vennootschapswet van 13 april 1995: repareren en innoveren”, *R.W.* 1995-96, 1478; DAL, G.A. en DE WOLF, P., „La société et ses restructurations” in Centre Jean Renauld (ed.), *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Brussel, Bruylant, 1995, 293; GEENS, K., „Overname van een onderneming”, in *Jura Falconis* (ed.), *Juridische actualiteit omtrent de KMO*, 1996, 9; GLANSDORFF, B., „Fusions, scissions, transferts d'universalité et branches d'activités”, in *Evolution récente et perspective du droit des sociétés commerciales et de l'entreprise en difficulté*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1996, 176; GOEMINNE, A. en VERBIST, N., „De overdracht van een algemeenheid of een bedrijfstak”, *T.R.V.* 98/6, 355-381; LIEVENS, J. *De reparatiewet vennootschapsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 56; RAUCQ, G., „Les transferts d'universalité et de branche d'activité”, in Patrimoine XX, (ed.), *Pratique notariale et réforme de droit des sociétés*, Brussel, Bruylant, 1996, nr. 59; STIJNS, S., „Herstructurering van ondernemingen”, in BYTTEBIER, FELTKAMP en FRANÇOIS (ed.), *De gewijzigde vennootschapswet*, 1995, Antwerpen, Kluwer, 1996, 521; TILQUIN, T., „Le transfert d'une universalité ou d'une branche d'activité”, *J.T.* 1996, 499.

de hierboven beschreven scenario's mogelijk zijn om een overdracht in het kader van een gerechtelijk akkoord te verwezenlijken(144).

Hier wordt de stelling verdedigd dat, al zijn andere formules occasioneel niet uitgesloten, de overdracht in het kader van een akkoord-procedure een overdracht van activa is, waarbij de overnemer niet in de rechtsverhoudingen treedt van zijn rechtsvoorganger (zie, in verband met de overdracht van onderneming in de faillissementsprocedure, infra nr. 37).

Vermeldenswaardig is in dit verband wel dat het Hof van Cassatie nog recentelijk de gelegenheid had te onderstrepen dat bij overdracht van een handelszaak, de lopende contracten waarbij de eigenaar van een handelszaak partij is niet noodzakelijk deel uitmaken van de handelszaak(145).

32. Grondvoorwaarden. Voor de overdracht door de commissaris inzake opschorting worden door de wet twee voorwaarden gesteld: vereist is dat de overdracht bijdraagt tot de terugbetaling aan de schuldeisers en dat daardoor een economische activiteit en werkgelegenheid kan worden gehandhaafd.

Wat betekenen deze twee vereisten en hoe verhouden zij zich tot mekaar en tot de in artikel 9, § 2 W.G.A. gestelde voorwaarde (voor toekenning van het gerechtelijk akkoord) die wil dat de financiële toestand van de onderneming kan worden gesaneerd. Op geen van de drie vragen ligt het antwoord voor de hand.

Terecht werd opgemerkt dat ook bij de parlementaire voorbereiding desbetreffend enige dubbelzinnigheid tot uiting is gekomen in de verklaringen waarin het accent wordt gelegd enerzijds op de noodzaak van continuering van de onderneming in het belang van de werkgelegenheid en anderzijds op het voldoen van de schuldeisers. Zou de conclusie kunnen zijn dat de wetgever terzake een ruime appreciatiebevoegdheid toekent aan de rechter(146)? Deze zal met name niet noodzakelijk gebonden zijn door de beste prijs(147): hij zou ook met

(144) M. DENEFF, „De „overdracht van de onderneming” in de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord: welke lading dekt de vlag?”, *De Belg. Acc.* 1998, p. 10, nr. 12. Slechts een werkwijze is volgens deze auteur zo goed als uitgesloten, namelijk een overdracht van de onderneming door een geleidelijke uitverkoopoperatie van individuele materiële en immateriële actiefbestanddelen.

(145) Cass. 6 februari 1997, *Arr. Cass.* 1996-97, nr. 68; *R.W.*, 1997-98, 300.

(146) I. VEROUGSTRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, nr. 211.

(147) E. BALLON en M. DENEFF, „Het herstel- of het betalingsplan”, in *De Nieuwe wet op het gerechtelijk Akkoord*, 197.

andere bekommernissen rekening kunnen houden zoals het behoud van de werkgelegenheid.

33. Formaliteiten. Maakt de overdracht van het geheel of een gedeelte van de onderneming deel uit van het plan, dan zal de procedure gevolgd worden die is voorzien ingeval van definitieve opschorting van betaling(148): instemming van een bijzondere meerderheid van schuldeisers, goedkeuring van de definitieve opschorting door de rechtbank nadat deze de debiteur, de commissaris inzake opschorting en de schuldeisers heeft gehoord, inlichting van de werknemers door de zorgen van de commissaris inzake opschorting. Gaat het om een overdracht buiten het herstelplan, dan zal de rechtbank tweemaal tussenkomen, een eerste keer om de commissaris inzake opschorting de machtiging te verlenen, een tweede keer om het voorstel van de commissaris inzake opschorting goed te keuren, na (ook hier) het horen van bestuur en werknemers. De beslissing van de rechtbank zal de vorm aannemen van een homologatie en zal betrekking hebben op de naleving van de vormvereisten zowel als op de eerbiediging van de grondvoorwaarden(149).

Enkel indien het om een overdracht van de gehele onderneming gaat moet de instemming bekomen worden van de bijzondere meerderheid van de schuldeisers. Het onderscheid tussen de volledige en gedeeltelijke overdracht van de onderneming is dus niet zonder belang. In het licht daarvan ware verkieslijk geweest dat de wetgever zelf het begrip van „een gedeelte van de onderneming” in deze context nader had toegelicht(150). Overigens realiseren men zich dat door een gedeeltelijke overdracht wellicht reddingskansen van (de rest van) de onderneming worden bedreigd, of dat tot faillietverklaring zal moeten worden overgegaan. Maar op zijn minst zal alsdan het gezonde deel van de onderneming overgedragen worden in meer transparante en beschermende omstandigheden(151).

Blijkbaar kan de commissaris inzake opschorting tot een gedeeltelijke overdracht overgaan vanaf het vonnis van voorlopige opschorting.

(148) Art. 31 e.v. W.G.A.; vgl. I. VEROUĞSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, p. 140, nr. 217.

(149) M. MERSCH, „L'échec du concordat: les discrètes mesures parallèles aux conséquences considérables”, *Rapports C.D.V.A. 1997*, p. 565, nr. 19.

(150) Vgl. M. MERSCH, *o.c.*, p. 561-562, nrs. 13-14.

(151) Vgl. I. VEROUĞSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, nr. 208, die hieraan toevoegt: „une telle session remplace les techniques plus ou moins licites de cessions avant faillite qui ne pouvaient être attaquées, sous l'ancien droit, que par le biais d'une action paulienne”.

Voor een volledige overdracht zal moeten gewacht worden op de afwikkeling van de aangifte van schuldvordering tijdens de observatieperiode(152).

Indien de wet voorziet dat de commissaris inzake opschorting heel wat publiciteit kan geven aan het besluit tot vervreemding van de activiteit, voorziet de wet niet in enige bekendmaking van het vonnis houdende goedkeuring van de overdracht, althans niet wanneer deze niet het voorwerp uitmaakt van het betalingsplan (in welk geval wel publicatie zal plaatsgrijpen van het vonnis van definitieve opschorting: art. 33, lid 2 W.G.A.)(153). De commissaris inzake opschorting dient te zorgen voor de naleving van de publiciteitsvoorschriften voor de tegenwerpelijkheid van de overdracht aan derden. Weigert de debiteur aan het formaliseren van de overdracht zijn medewerking te verlenen dan kan de commissaris inzake opschorting in zijn plaats als dwangvertegenwoordiger de nodige rechtshandelingen stellen. Een eventuele herroeping van de opschorting (art. 37) kan een „verwezenlijkte” overdracht niet meer aantasten (art. 43).

34. Gevolgen van de overdracht. Aan de positie van de schuldeisers bij een overdracht heeft de wetgever geen aandacht besteed. Aangezien de overdracht in het kader van een akkoordprocedure in de regel een overdracht van activa is, zal zij aanleiding geven tot een rechtsopvolging onder bijzondere titel. De overnemer treedt dan niet in de rechten en verplichtingen van de overdrager. Het vorenstaande neemt niet weg dat de overnemer, in plaats van het betalen van een overnameprijs, zich ertoe verbindt bepaalde schulden over te nemen. Een dergelijke overname kan in dat geval ook het uitzicht krijgen van een inbreng van een algemeenheid of van een bedrijfstak in de zin van artikel 1794/53 e.v. Venn.W. In zulk een geval zullen de (algemeen en bijzonder) bevoorrechte schuldeisers hun onderpand verloren zien gaan. Enkel de preferente schuldeisers die beschikken over een volgrecht weten zich hiertegen te beschermen (hypotheek, pand handelszaak). Deze schuldeisers zullen bij de onderhandelingen die leiden tot de overdracht moeten gekend worden met het oog op het verlenen van een handlichting. De rechten van de pandhouder van de handelszaak lopen echter steeds gevaar, omdat de handelszaak (en het onderschei-

(152) M. MERSCH, *o.c.*, p. 562, nr. 14.

(153) Zie de bemerkingen van I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, p. 146, nr. 231.

den cliënteel) na de overname in vele gevallen niet meer herkenbaar zal zijn(154). Indien de pandhouder van oordeel is dat zijn onderpand gevaar loopt door de overdracht, dan kan hij derdenverzet doen tegen de beslissing die de overdracht heeft goedgekeurd. Ter beveiliging van zijn rechten kan hij aan de rechter bijkomende zekerheden vragen (cfr. art. 21, § 1, derde lid W.G.A.). Ook kan hij op grond van de zakelijke subrogatie aanspraak maken op de prijs die voor de overdracht van de handelszaak is verschuldigd (bv. door beslag te leggen in handen van de overnemer op de overnameprijs)(155).

IV. Faillissement

35. Het werd hierboven reeds onderstreept: de nieuwe Faillissementswet is geheel gezet in de sleutel van de vereffeningsgedachte. Voor het bewerkstelligen van de continuïteit van de onderneming in moeilijkheden wordt de procedure aangereikt door de Wet op het Gerechtelijk Akkoord. Toch behoudt ook de nieuwe Faillissementswet de (reeds onder het vroegere recht bestaande) mogelijkheid van voortzetting van de onderneming door de curator(156). Artikel 475 van de oude Faillissementswet bepaalde uitdrukkelijk dat de rechtbank de voortzetting van de handelsverrichtingen kan bevelen „indien het belang van de schuldeisers het vereist”. Het belang van de schuldeisers wordt bijvoorbeeld gediend door voortzetting van de activiteiten met het oog op het vinden van een koper die de onderneming *in going concern* wil verwerven. De nieuwe wet gaat verder. Naar luid van het nieuwe artikel 47 is voldoende dat „het belang van de schuldeisers daaraan niet in de weg staat”. Hierin wordt een drempelverlaging gezien(157). Hierin wordt ook de uitdrukking gezien van een door de wetgever beoogde nieuwe en subtiële afweging van de betrokken belangen: van de schuldeisers, van de onderneming en van de componenten ervan. Overigens blijken, spijs de uitdrukkelijke tekst van de oude wet, de rechtbanken ook reeds onder het vroegere recht, een

(154) Betreft de verkoop enkel bepaalde bestanddelen van de handelszaak, dan zal het volgrecht van de pandhouder stuiten op art. 2279 B.W.

(155) Die zakelijke subrogatie geldt ook ten gunste van de onbetaalde verkoper van wie de goederen in weerwil van het eigendomsvoorbehoud werden vervreemd.

(156) Door de nieuwe wet is het akkoord na faillissement weliswaar afgeschaft maar bevat de wet toch nog de discrete uitdrukking van de hoop op het behoud van een economisch werkmiddel aldus I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, nr. 583.

(157) E. VAN CAMP, *De nieuwe Faillissementswet*, 149.

dergelijke meer gewogen behartiging van de onderscheiden belangen in oenschouw te hebben genomen.

In de procedure speelt, uitdrukkelijker dan onder het vroegere recht, de curator een belangrijke rol. Het is in de regel op zijn verzoek dat de rechtbank de gehele of gedeeltelijke voortzetting kan toelaten en zelfs indien het verzoek uitgaat van andere belanghebbenden moet de curator worden gehoord. De voortzetting geschiedt door de curator of, wanneer zij wordt gedaan door de gefailleerde of door een derde, onder zijn toezicht. De curator kan zelfs dadelijk na het faillissementsvonnis in afwachting van de uitspraak van de rechtbank meteen beslissen de handelsverrichtingen verder te zetten(158).

Zowel bij de aanvraag door de curator of andere belanghebbenden aan de rechtbank, als bij de voorlopige voortzetting op beslissing van de curator, moeten de werknemers (of althans — door de wet nader omschreven — vertegenwoordigers) worden gehoord. Alleen bij de wijziging of herroeping van de maatregel (door de rechtbank op verzoek van de curator of andere belanghebbenden) voorziet de wet niet in enige verplichte raadpleging van de werknemers of hun vertegenwoordigers.

36. Continuering van de overeenkomsten. Traditioneel wordt aanvaard(159) en onder de nieuwe faillissementswet is het niet anders, dat de schulden die door de curator worden aangegaan in het kader van de voortzetting van de onderneming mogen beschouwd worden als schulden van de boedel. Daarbij is onverschillig of de nieuwe verbintenissen voordelig dan wel nadelig zijn voor de boedel.

Het statuut van de schulden uit de voortzetting van de handelsactiviteit is goeddeels vergelijkbaar met deze die voortvloeien uit de lopende overeenkomsten die door de curator worden uitgevoerd: de medecontractant heeft recht, ten laste van de boedel, op de uitvoering van de verbintenissen.

Volledigheidshalve zij hier vermeld dat de nieuwe Faillissementswet een uitdrukkelijke regeling bevat betreffende de uitvoering door de

(158) De wet zegt dat de curator de verderzetting van de handelsverrichtingen toestaat (art. 47, laatste lid) daar waar hij de operatie zelf uitvoert (I. VEROUSTRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, nr. 586). Men kan zich afvragen welke de relatie is tussen deze door artikel 47 Faill.W. voorziene handeling van de curator en de hem door artikel 49 Faill.W. opgelegde verplichting onverwijld dadelijk na de ambtsaanvaarding te beslissen of zij de lopende overeenkomsten zullen verderzetten. Nu voor een voorlopige verderzetting van de handelsactiviteit geen rechterlijke machtiging vereist is, kan betwisting ontstaan over de vraag of de curator wel degelijk voortzetting heeft beoogd.

(159) Cass. 2 mei 1994, *R.W.*, 1994-95, 861, *J.L.M.B.* 1994, 1023.

curator van de lopende contracten. Na hun ambtsaanvaarding, zo zegt art. 46, eerste lid Faill.W., beslissen de curatoren onverwijld of zij de overeenkomsten die gesloten zijn voor het vonnis van faillietverklaring en waaraan door dat vonnis geen einde wordt gemaakt, al dan niet verder uitvoeren. Om onzekerheden nopens de optie van de curator te vermijden, biedt de wet de mogelijkheid aan de medecontractant van de gefailleerde om de curator aan te manen tot het nemen van een beslissing. Indien de curator geen beslissing neemt, wordt de overeenkomst geacht te zijn verbroken door toedoen van de curator: de medecontractant kan schadevergoeding wegens niet-uitvoering eisen. De schuldvordering is een schuldvordering in de boedel. Indien de curator beslist de overeenkomst uit te voeren heeft de medecontractant recht, ten laste van de boedel, op de uitvoering van de verbintenis in zoverre zij betrekking heeft op prestaties geleverd na faillissement(160).

37. Overdracht van de onderneming. In het kader van de vereffening van het faillissement kan de rechtbank op vordering van de curator de overdracht van een onderneming in werking bekrachtigen onder de voorwaarden die de partijen hebben bedongen (art. 75, § 4 Faill.W.). De wet verduidelijkt niet de criteria op grond waarvan de rechtbank zal oordelen. Volgens ministeriële verklaringen tijdens de parlementaire voorbereiding wordt het criterium in deze fase van de procedure gevonden in het schuldeisersbelang(161). Spijts de bekrachtiging door de rechtbank zal de curator de nodige machtigingen moeten bekomen(162).

Het bepaalde in artikel 75, § 4 sluit aan bij een onder de oude wet bestaande praktijk. Toch blijft zij heel wat vragen oproepen, onder meer ingevolge de gebruikte terminologie. Zoals in de wetgeving op het gerechtelijk akkoord valt ook hier op dat er sprake is van overdracht van de onderneming, terwijl de term niet elders in de faillissementswet wordt gebruikt of gedefinieerd. Vooral wat als overdracht moet worden begrepen, is niet duidelijk. Gaat het hier om overdracht van activa met behoud van de schulden binnen de failliete boedel, dan wel om een overdracht die aanleiding geeft tot rechtsopvolging ten

(160) Over de problemen die artikel 46 Faill.W. oplevert in verband met lopende arbeids-overeenkomsten, zie E. VAN CAMP, *De Nieuwe Faillissementswet*, 140-146.

(161) *Parl. St.*, Kamer, 1995-96, 329/17, 148.

(162) Vgl. Ch. VAN BUGGENHOUT, „De quelques nouveautés introduites par la loi du 8 août 1997 sur les faillites”, *T.B.H.* 1998, (208), 222; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, p. 497, nr. 903; contra M. MERSCH, „L'échec du concordat: les discrètes mesures parallèles aux conséquences considérables”, *Rapports C.D.V.A.* 1997, 574.

algemene titel? De logica van de faillissementsvereffening wil dat alleen activa worden overgedragen en dat de schulden in de failliete boedel blijven, maar niets zou partijen beletten om in welbepaalde gevallen te voorzien in de overname van elementen van het passief in ruil voor de intrekking van de aangifte van schuldvordering.

De betwiste vraag blijft deze of de wetgever de bedoeling had een globale overdracht van de activa als een enkele universaliteit op het oog heeft gehad, die als zodanig kan verhandeld worden. Deze vraag rijst ook m.b.t. de overdracht van (het geheel of een gedeelte van) de onderneming, in het kader van het gerechtelijk akkoord. Indien zulks inderdaad de wil van de wetgever is geweest(163), heeft hij zulks op ontoereikende wijze verwoord.

Origineel in de nieuwe wettelijke regeling is wel dat daarin voorzien wordt dat de naleving van de voorwaarden van de overdracht kan worden vervolgd door de curator of door elke belanghebbende. In de mate dat deze laatste blijkbaar ook een derde kan zijn wordt hier afbreuk gedaan aan het beginsel van de relativiteit van de overeenkomst(164).

(163) I. VEROUGSTRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, p. 497, nr. 903. De auteur aanvaardt dat spijs de wil van de wetgever om een „globale overdracht van activa” in te voeren, de formaliteiten van artikel 1193^{ter} Ger.W. niettemin moeten worden nageleefd, gezien het feit dat dit artikel niet gewijzigd werd. Ons inziens moet in dezelfde logica aanvaard worden dat ook alle andere wettelijke vereisten i.v.m. de geldigheid en tegenwerpelijheid van bijvoorbeeld onroerende goederen, die niet gewijzigd werden, van toepassing blijven. Van de „globale overdracht” van een „universaliteit van goederen” blijft dan niet veel overeind.

(164) Ph. GERARD, J. WINDEY en M. GREGOIRE, „Le concordat judiciaire et la faillite. Lois des 17 juillet et 8 août 1997”, *Le concordat judiciaire et la faillite*, p. 160, nr. 157.

SOMMAIRE

L'ancien droit belge de l'insolvabilité offrait insuffisamment de possibilités de préserver la continuité d'entreprises en difficulté. Le nouveau droit entend apporter des modifications en cette matière: la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire et la loi du 8 août 1997 sur la faillite.

Après avoir brossé un aperçu des lignes de force de ces deux lois, les auteurs examinent de quelle façon le législateur a concrétisé ses objectifs. Les deux lois sont complémentaires. Désormais, la faillite n'a plus d'autre but que d'assurer la liquidation, la continuité de l'entreprise ne pouvant plus être réalisée que par le transfert de l'entreprise par les soins du curateur.

La loi sur le concordat judiciaire constitue désormais clairement le centre de gravité. Elle crée un cadre juridique pour l'assainissement des entreprises en difficulté. Les droits des créanciers se trouvent subordonnés à la continuité de l'entreprise. Les conditions d'accès à la procédure connaissent un assouplissement et la situation des créanciers hypothécaires, gagistes et privilégiés un recul. Une telle opération ne peut être couronnée de succès que si l'on admet que la procédure déclenche une sorte de concours, des limites étant assignées aux droits du créancier (compensation, actions directes, etc.). Les auteurs appellent également l'attention sur les conséquences qui en découlent en ce qui concerne les contrats en cours, le sort des dettes nouvelles, la problématique du maintien du financement et le plan de redressement.

Le moyen par excellence de réaliser la continuité dans le cadre du concordat judiciaire réside dans le transfert de l'entreprise. Les auteurs analysent plus avant les divers aspects de pareil transfert, celui-ci devant être considéré, à leur avis et en principe, comme une succession à titre particulier, le cessionnaire ne reprenant pas le passif du cédant.

ZUSAMMENFASSUNG

Das frühere belgische Insolvenzrecht bot ungenügende Möglichkeiten, die Kontinuität von Unternehmen in Schwierigkeiten zu versichern. Das neue Recht versucht dies zu ändern: das Gesetz vom 17. Juli 1997 hinsichtlich des Zwangsvergleichs und das neue Konkursgesetz vom 8. August 1997.

Nach einem Überblick über die Kraftlinien beider Gesetze wird näher untersucht, auf welche Weise der Gesetzgeber sie gestaltet hat. Beide Gesetze ergänzen sich. Der Konkurs dient ab jetzt im Prinzip nur noch dem Zweck einer Begleichung. Die Kontinuität des Unternehmens kann dort nur noch realisiert werden im Falle einer Übereignung des Unternehmens durch den Konkursverwalter.

Der Schwerpunkt befindet sich deutlich beim Gesetz hinsichtlich des Zwangsvergleichs. Darin wird für die Sanierung von Unternehmen in Schwierigkeiten der juristische Rahmen geschaffen. Die Rechte der Gläubiger werden vor der Kontinuität des Unternehmens zurückgesetzt. Die Zugangsbedingungen zu dem Verfahren werden vereinfacht und die Stellungen von Hypothekaren, Pfandgläubigern und Vorzugsgläubigern zurückgedrängt. Eine solche Operation ist erst erfolgreich, wenn man annimmt, daß das Verfahren eine Art Zusammenlauf entstehen läßt, auf solche Weise, daß die Rechte des Gläubigers (Ausgleich, direkte Forderungen usw.) be-

zügelt werden. Die Autoren behandeln weiter eingehend die Folgen für die laufenden Verträge, das Schicksal der neuen Schulden, die Problematik der Durchfinanzierung und den Gesundheitsplan.

Das Mittel par excellence im Rahmen eines Zwangsvergleichs zur Realisation der Kontinuität ist die Übereignung des Unternehmens. Die unterschiedlichen Aspekte einer solchen Übereignung werden untersucht. Die Autoren sind der Ansicht, daß eine solche Übereignung im Prinzip als eine Rechtsnachfolge unter besonderem Namen betrachtet werden soll. Der Übernehmer tritt dann nicht in die Passiva des Übereigners.

SUMMARY

The former Belgian law relating to insolvency provided insufficient scope for securing the continuity of businesses experiencing difficulties. The new legislation seeks to change this, and takes the shape of the Law of 17/7/1997 on Judicial Settlement, as well as the new Law on Bankruptcies of 8/8/1997.

Following an overview of the main principles of this legislation, the author examines more closely the manner in which the Belgian Parliament has sought to give substance to them. Both Laws are complementary to each other. Henceforth, the purpose of a bankruptcy will be confined to winding up the business in question. The latter can only continue to operate in the event of it being transferred to a third party by the liquidator.

It is clearly the Law on Judicial Settlements which constitutes the main focus of attention. It creates a legal framework for the rationalisation of businesses experiencing difficulties. The rights of the creditors are subordinated to the continuity of the business. The conditions of admissibility to the procedure have been made more flexible, and the position of mortgage holders, pledge holders and preferential creditors is relegated in importance. This type of procedure can only be successful if it is accepted that it gives rise to a concurrence of debts which is such that the rights of the creditor — i.e. the right to set off the debt in question, or to its direct enforcement) are subjected to certain restrictions. The authors also devote some space to the implications of this procedure for contracts which are still operational at the time, the fate of debts incurred subsequently, the problems of continued financing and the recovery programme.

The best method of ensuring the continuity of the business by using the judicial settlement is to transfer it. The paper examines the various aspects of such a transfer. The authors are of the opinion that such a transfer should in principle be regarded as a succession of specific rights. This means that the party to whom the business is transferred will not inherit its debts.

RESUMEN

El antiguo derecho de insolvencia belga no ofrecía posibilidades suficientes para garantizar la continuidad de las empresas en dificultades. El nuevo derecho procura cambiar esta situación: se trata de la ley del 17 de julio de 1997 relativa al Arreglo Judicial y de la nueva Ley de Quiebras del 8 de agosto de 1997.

Después de describir las grandes líneas de ambas leyes, se examina más a fondo de qué manera el legislador les ha dado cuerpo. Ambas leyes son complementarias. De ahora en adelante, en principio, la quiebra ya sólo persigue servir un objetivo de liquidación. La continuidad de la empresa ya sólo puede ser realizada en caso de transmisión de la empresa por el síndico.

El centro de gravedad se encuentra claramente en la Ley sobre el Arreglo Judicial. Esta crea un marco jurídico para el saneamiento de empresas en dificultades. Los derechos de los acreedores son subordinados a la continuidad de la empresa. Se liberalizan las condiciones de acceso al procedimiento y se reducen las posiciones de los acreedores hipotecarios, pignoraticios y preferentes. Tal operación sólo puede tener éxito si se supone que el procedimiento ocasione una especie de concurso, de tal manera que se restrinjan los derechos del acreedor (compensación, reclamaciones directas, etc.). Además, los autores prestan atención a las consecuencias para los contratos vigentes, el destino de las nuevas deudas, la problemática de la continuación de financiación y el plan de saneamiento.

El medio por excelencia para realizar la continuidad en el marco del Arreglo Judicial es la transmisión de la empresa. Se examinan más en detalle los distintos aspectos de tal transmisión. Los autores consideran que, en principio, semejante transmisión tiene que ser considerada como una sucesión particular. En este caso, el cesionario no se subroga en el pasivo del cesionista.