

Faculteit Rechtsgeleerdheid

Universiteit Gent

Academiejaar 2014-2015

DE POSITIE VAN SCHULDEISERS IN REORGANISATIEPROCEDURES IN VERGELIJKEND PERSPECTIEF

Masterproef van de opleiding
'Master in de Rechten'

Ingediend door

Thomas Courtens

(Studentennr. 00903166)

Promotor: Prof. Dr. M. Tison
Commissaris: Mevr. M. Vansteenkiste



Faculteit Rechtsgeleerdheid

Universiteit Gent

Academiejaar 2014-2015

DE POSITIE VAN SCHULDEISERS IN REORGANISATIEPROCEDURES IN VERGELIJKEND PERSPECTIEF

Masterproef van de opleiding
'Master in de Rechten'

Ingediend door

Thomas Courtens

(Studentennr. 00903166)

Promotor: Prof. Dr. M. Tison
Commissaris: Mevr. M. Vansteenkiste

VOORWOORD

Deze masterproef werd geschreven met het oog op het behalen van de Master of Law in de Rechten aan de Universiteit Gent.

Mijn dank gaat uit naar mijn promotor, Prof. Tison, die mij de mogelijkheid bood om een masterproef omtrent insolventie te schrijven. Zonder zijn ondersteuning, uiterst gewaardeerd advies en expertise in het vakgebied zou deze thesis nooit tot stand gekomen zijn.

Daarnaast bedank ik mijn familie en vrienden, wiens raad, enthousiasme en aanmoedigingen ik ten zeerste op prijs stel.

Ten slotte wens ik mijn ouders te bedanken voor hun onvoorwaardelijke steun, zowel bij het schrijven van deze masterproef als doorheen heel mijn academische loopbaan.

Thomas Courtens,
Gent, 11 mei 2015

Inhoudsopgave

1 Inleiding 7

2 Liquidation v. Reorganization 9

3 Taxonomie van zekerheidsrechten en insolventieprocedures per land 11

3.1 België 11

3.1.1 Gelijkheid van schuldeisers en zekerheidsrechten 11

3.1.2 Insolventieprocedures 13

3.2 Nederland 14

3.2.1 Gelijkheid van schuldeisers en zekerheidsrechten 14

3.2.2 Insolventieprocedures 15

3.3 Frankrijk 16

3.3.1 Gelijkheid van schuldeisers en zekerheidsrechten 16

3.3.2 Insolventieprocedures 18

3.4 USA 19

3.4.1 Gelijkheid van schuldeisers en zekerheidsrechten 19

3.4.2 Insolventieprocedures 20

3.5 Bedenkingen 21

4 Reorganisatieprocedures vanuit schuldeiserperspectief 23

4.1 Opening van de procedure 23

4.1.1 Personeel Toepassingsgebied 23

4.1.1.1 Het handelaarscriterium als spook uit het verleden 23

4.1.1.2 Internationale inzichten: op naar een functioneel criterium? 25

4.1.2 Inititiatiefrecht 26

4.1.2.1 Belgisch schuldenaarsmonopolie 27

4.1.2.2 Internationale inzichten 28

4.1.3 Grond –en vormvoorwaarden 30

4.1.3.1 Twin peaks – tweesporenbeleid 30

4.1.3.2 Openportaalbenadering 31

4.1.3.2.1 Continuïteitsbedreiging 31

4.1.3.2.2 Prima facie en Ex-post beoordeling 32

4.1.3.2.3 Internationale inzichten: te schuldenaarsvriendelijk? 33

4.1.3.3 Misbruikbeteugeling – Processuele waarborgen 35

4.1.3.3.1 Het verzoekschrift 35

4.1.3.3.1.1 Doel van de procedure 35

4.1.3.3.1.2 Bewijs van continuïteitsbedreiging 36

4.1.3.3.1.3 Bij te voegen stukken 36

4.1.3.3.1.4 Internationale aspecten 37

4.1.3.3.2 Recidive 37

4.1.3.3.3 Opschortingsprincipe – rechterlijke controle 38

4.1.3.3.4 Rechtsmiddelen 40

4.1.3.3.5 Voortijdige beëindiging 40

4.1.3.3.6 Gerechtelijke controleorganen 41

4.1.4 Situatie na de reorganisatieaanvraag 42

4.1.4.1 Faillietverklaring onmogelijk 42

4.1.4.2 Verbod tegeldemaking - Opschorting middelen tenuitvoerlegging 42

4.1.4.2.1 Beslag 43

4.1.4.2.2 Pandverzilvering 43

4.2 Positie van schuldeisers gedurende de reorganisatieprocedure 44

4.2.1 Samenloop 44

4.2.1.1.1 Liquidatie en samenloop 45

4.2.1.1.2 Reorganisatie en quasi-samenloop 45

4.2.2 Fixatie – Opschorting 46

4.2.2.1 Opschorting middelen van tenuitvoerlegging 47

4.2.2.1.1 Principe 47

4.2.2.1.2 Uitzonderingen 48

4.2.2.1.2.1 Revindicatie door de schuldeiser-eigenaar 48
4.2.2.1.2.1.1 Zekerheid: eigendomsvoorbehoud/financiële leasing 48
4.2.2.1.2.1.2 Als restitutie 49
4.2.2.1.2.1.3 Onbetaalde verkoper 49
4.2.2.1.2.2 Pandhoudende schuldeiser 50
4.2.2.1.2.2.1 Pand op financiële instrumenten/contanten/banktegoeden 50
4.2.2.1.2.2.2 Ten gunste van derden in pand gegeven schuldvorderingen 52
4.2.2.1.2.3 Eigendomsoverdracht en cessie tot zekerheid 52
4.2.2.1.2.4 Schuldvergelijking 54
4.2.2.1.2.5 Zijdelingse en Pauliaanse vordering 55
4.2.2.1.2.6 Rechtstreekse vordering 55
4.2.2.1.2.7 Overig (minnelijk kantonnement – escrow - delegatie) 55
4.2.2.1.3 Internationale Inzichten 56
4.2.2.1.3.1 De behandeling van zekerheidsschuldeisers: variatie 56
4.2.2.1.3.2 Relief: de flexibiliteit van casuïstiek en pragmatisme 57
4.2.2.1.3.3 Omzeilingstechnieken 57
4.2.2.1.3.4 België: een verregaand verbod? 58
4.2.2.2 Verbod beslag 58
4.2.2.2.1 Nieuwe beslagen 58
4.2.2.2.2 Reeds gelegde beslagen 59
4.2.2.2.3 Internationale Inzichten 59
4.2.2.3 Continuïteit lopende overeenkomsten 60
4.2.2.3.1 Neutralisatie van ontbindende bedingen (en strafbedingen) 61
4.2.2.3.2 Eenzijdige verbreking 61
4.2.2.3.3 15 – dagen regel 62
4.2.2.3.4 Retentierecht/ENAC 62
4.2.2.3.5 Internationale Inzichten 63
4.2.2.4 Nieuwe overeenkomsten en voortgezette prestaties tijdens de opschorting 64
4.2.2.4.1 Geen schuld ‘in de opschorting’ 65
4.2.2.4.2 Navolgend faillissement 65
4.2.2.4.3 Vestiging van nieuwe zekerheidsrechten 66
4.2.2.4.4 Internationale inzichten 67
4.2.3 Handelings(on)bevoegdheid 68
4.2.3.1 Debtor-in-possession 69
4.2.3.1.1 Vrijwillige betaling 69
4.2.3.1.2 Optierecht van de debiteur 71
4.2.3.2 Controleorganen in de WCO 72
4.2.3.2.1 Gerechtsmandataris 72
4.2.3.2.2 Voorlopig bestuurder 73
4.2.3.2.3 Gedelegeerd rechter 74
4.2.3.2.4 Internationale inzichten: schuldeisercomités 74
4.2.3.2.4.1 Chapter 11: creditors’ committee 75
4.2.3.2.4.2 Sauvegarde: comité de créanciers 76
4.2.3.2.4.3 Surseance: crediteurenvergadering 76
4.3 De Reorganisatie 77
4.3.1 Vaststelling van de schuldvorderingen 77
4.3.1.1 Mededeling door de schuldenaar 77
4.3.1.2 Reactie van de schuldeiser 78
4.3.1.3 Onwetende schuldeiser 79
4.3.1.4 Internationale Inzichten: modern maar gebrekkig. 79
4.3.2 Redactie van het plan 81
4.3.2.1 Recht van de schuldenaar 81
4.3.2.1.1 Internationale inzichten: redactierecht voor schuldeisers 81
4.3.2.2 Reorganisatieplan 82
4.3.2.2.1 Uitgangspunt: gedifferentieerde behandeling van schuldeisers 83
4.3.2.2.2 Wettelijke beperkingen 83
4.3.2.2.2.1 T.a.v. gewone schuldeisers 83
4.3.2.2.3 T.a.v. buitengewone schuldeisers 85
4.3.2.2.4 Fiscus – RSZ 85
4.3.2.2.5 Internationale Inzichten: inadequaat beschermingsmechanisme 87

4.3.2.3 Internationale Inzichten: *Chapter 11 disclosure statement.* 89
4.3.3 Goedkeuring van het plan door de schuldeisers 89
4.3.3.1 Gewone schuldeisers (Art. 2, e) WCO) 89
4.3.3.1.1 Stemgerechtigden 89
4.3.3.1.2 Misbruik 91
4.3.3.2 Buitengewone schuldeisers 91
4.3.3.3 Internationale Inzichten: stemgerechtigden 93
4.3.3.4 Internationale Inzichten: schuldeisersklassen en *'cram down'* procedure 93
4.3.3.5 Internationale Inzichten: de positie van zekerheidsschuldeisers 95
4.3.4 Homologatie door de rechtbank 96
4.3.4.1.1 Homologatiecriteria 96
4.3.4.1.1.1 Niet-naleving pleegvormen 96
4.3.4.1.1.2 Schending openbare orde 97
4.3.4.1.1.2.1 Grondwettelijk gelijkheidsbeginsel 97
4.3.4.1.1.2.2 Privaatrechtelijke alternatieven 98
4.3.4.1.1.2.3 Wettelijke specialiteit 99
4.3.4.1.1.3 Overig 100
4.3.4.1.2 Gevolgen 100
4.3.4.1.3 Rechtsmiddelen 101
4.3.4.2 Internationale Inzichten: Gebrek aan een differentiatiecriterium 101
4.3.5 Situatie post-procedure 103
4.3.5.1 Uitvoering van het plan 103
4.3.5.2 Betwiste en niet-opgenomen schuldvorderingen 104
5 Besluit 105
6 Bibliografie 108

1 INLEIDING

"Today, certain people file for bankruptcy, businesses and individuals, and it no longer has the stigma it once had. Now it's almost considered wise, a way to regroup and come back again"

-David Dinkins

Insolventie is een onvermijdelijk kwaad: rode cijfers zijn een constant gegeven, vandaag en in de toekomst. De wijze waarop met insolventie wordt omgegaan is echter gedurende de laatste 30 jaar ingrijpend gewijzigd. Insolventieprocedures zijn klassiek als schuldeisergericht te beschrijven: een collectieve procedure die schuldeisers toelaat op een ordentelijke wijze het maximum van hun verloren schuldvordering te recupereren. Deze opvatting maakte –aanvankelijk in de Verenigde Staten van Amerika en hedentendage ook in Europa- plaats voor een meer humane & economische visie. Waar mogelijk moet men van deze schuldeisergerichte visie afstappen teneinde de schuldenaar de mogelijkheid te bieden de heropleving van zijn onderneming te bewerkstelligen. Deze moderne zienswijze wordt belichaamd door collectieve reorganisatieprocedures, het onderwerp van deze thesis. Sinds de jaren '50 van de vorige eeuw is de wetgever ook in België naarstig op zoek naar een ideale wettelijke omkadering voor ondernemingen in moeilijkheden. Na een periode waarin, op basis van het Regentbesluit van '46, de gelijkheid van schuldeisers ook binnen reorganisatieprocedures werd toegepast, werd reorganisatie sinds 1997 door de Wet Gerechtelijk Akkoord beheerst. In 2010 zette de wetgever de stap naar een echt soepel beleid door de invoering van de Wet Continuïteit Ondernemingen, die in 2013 door een reparatiewet opnieuw werd verfijnd.

"All animals are equal, but some animals are more equal than others"

- George Orwell

In tegenstelling tot de principiële gelijkheid van schuldeisers die men, gelet op het louter vereffeningsdoel, in de faillissementswet terugvindt, is binnen het kader van de gerechtelijke reorganisatie een gedifferentieerde behandeling van schuldeisers noodzakelijk. Het toepassen van de *paritas creditorum* zou binnen de gerechtelijke reorganisatieprocedure immers geen ademruimte laten voor financieel herstel. Integendeel, indien schuldeisersrechten onverkort zouden blijven, belandt men *de facto* vaak in een toestand van faillissement. De hierboven beschreven wetswijzigingen en beleidsevaluaties verraden dit belangenconflict. De differentiatie tussen schuldeisers is immers een *slippery slope*. De mate waarin men een schuldenaar een flexibel stel reorganisatieregels kan bieden, is onlosmakelijk verbonden met de mate waarin men bereid is de rechten van de schuldeisers te beknotten. Dit alles uiteraard ter bevordering van het algehele economisch klimaat, dat gebaat is bij

zoveel mogelijk goed draaiende ondernemingen. Dit is de ultieme onoplosbare belangenafweging waarmee de gerechtelijke reorganisatie mee geconfronteerd wordt. Hoe creëren we een relatieve gelijkheid in de ongelijkheid van schuldeisers?

De doelstelling van deze scriptie is dan ook tweeërlei. Ten eerste gaan we na op welke manier de wetgever vorm heeft gegeven aan, afstappende van de principiële gelijkheid, een systeem waar differentiatie toegelaten is, maar waar het waarborgen van een minimum aan gelijkheid toch wenselijk is. Hiertoe stellen we ons in de positie van verschillende soorten schuldeisers en analyseren we in welke positie zij gedurende de reorganisatieprocedure verkeren. Daarnaast vergelijken we de Belgische WCO systematisch met enkele buitenlandse varianten (USA: *chapter 11,* Frankrijk: *sauvegarde* en Nederland: surseance van betaling). Dit rechtsvergelijkend onderzoek concentreert zich op vier grote onderzoeksvelden. Aangezien de positie van schuldeisers, ook binnen collectieve insolventieprocedures, in zeer grote mate bepaald wordt door de zekerheidsrechten die zij verworven hebben, vergelijken we eerst de systemen van gelijkheid onder schuldeisers en de werking van de zekerheidsrechten (Deel 1). Vervolgens analyseren we de regels omtrent het openen van de reorganisatieprocedure (Deel 2), waarna wordt ingegaan op de positie van schuldeisers gedurende de opschorting (Deel 3) en de invloed die zij kunnen uitoefenen in de totstandkoming van het reorganisatieplan (Deel 4).

> *"Bankruptcy is a legal proceeding in which you put your money in your pants pocket and give your coat to your creditors"*
>
> **- Joey Adams**

De hoeveelheid legislatief werk van de laatste 15 jaar, culminerend in de WCO-reparatiewet van 2013, bewijst hoe moeilijk het voor de wetgever is een evenwicht te vinden in het voornoemde belangenconflict. Vaak stelt men vast dat van het noodzakelijk permissieve karakter van reorganisatieprocedures misbruik wordt gemaakt zowel door schuldenaars als door schuldeisers. Het is tegen deze achtergrond dat men de laatste reparatiewet moet plaatsen: zij verfijnt de originele WCO teneinde misbruiken die men in de praktijk vaststelde, tegen te gaan. Doorheen deze scriptie wordt tevens op deze misbruiken ingegaan en proberen we aan de hand van internationale inzichten alternatieven en mogelijke oplossingen aan te reiken.

2 LIQUIDATION V. REORGANIZATION

Een kritisch lezer kan zich de vraag stellen naar de relevantie van dit thesisonderwerp. De positie van schuldeisers tijdens reorganisatieprocedures is weliswaar een actueel vraagstuk omtrent de balans tussen schuldeisersbelangen en continuïteitsperspectieven, maar waarom in de eerste plaats reorganiseren? Is het niet eenvoudiger elke schuldeiser zijn deel van de overblijvende koek toe te bedelen?

Voor ieders duidelijkheid: met *Liquidation* wordt bedoeld deze systemen die erop gericht zijn alle activa van de insolvente onderneming te gelde te maken, en vervolgens hiermee de resterende schuldeisers, meestal niet integraal, te vergoeden. De onderneming verdwijnt met andere woorden uit het rechtsverkeer. *Reorganization* slaat daarentegen op procedures die via een toegift van de crediteuren op hun vorderingen, de schuldenaar toelaten het herstel van zijn onderneming te bewerkstelligen. De schuldenaar betaalt vervolgens volgens de modaliteiten van deze toegiften zijn schuldvorderingen af. De onderneming blijft aldus voortbestaan.

Enerzijds is de neiging van schuldeisers om waar voor hun geld te kiezen, begrijpelijk. Liquidatie biedt hen immers de zekerheid dat zij alleszins onmiddelijk een gedeelte van hun vordering voldaan zullen zien. Echter is deze redenering grotendeels gestoeld op irrationaliteit. Voor schuldeisers is het namelijk theoretisch voordeliger een toegift op hun originele vordering toe te staan. Via het herstel van de onderneming, dat door deze toegiften mogelijk werd gemaakt, zullen zij immers betaald kunnen worden met de toekomstige inkomsten van de onderneming. Trouwens, vaak zal deze voldoening volgens de modaliteiten van het reorganisatieplan, in nominale bedragen, een hogere graad van afbetaling bieden dan de opbrengsten die men uit een liquidatie zou ontvangen.

Ook voor de maatschappij is reorganisatie in principe te verkiezen boven liquidatie. Liquidatie gaat immers altijd gepaard met economisch waardeverlies. Een onderneming *in going concern* is namelijk altijd meer waard dan louter de som van haar onderdelen. De maatschappij verliest bijvoorbeeld het toekomstig winstpotentieel van de onderneming en haar bijdrage aan het Bruto Nationaal Product. Bovendien veroorzaakt het verdwijnen van een onderneming uit het rechtsverkeer banenverlies, wat de gemiddelde welvaart verder onderuit haalt.

Ondanks dat reorganisatie theoretisch te verkiezen is, bestaan er omstandigheden waar het beter is te liquideren. Per slot van rekening kan de toestand van de onderneming zodanig slecht zijn dat zelfs de toegiften van schuldeisers niet voldoende zijn om de conitnuïteit te waarborgen. In dat geval zou de onderneming enkel meer verliezen opstapelen waardoor zij andere ondernemingen in haar val zou

kunnen meesleuren (het zogenaamde sneeuwbaleffect) en de graad van voldoening van de schuldeisers verder zou kunnen hypothekeren.

In de doctrine maakt men onderscheid tussen *financial* en *economic distress*[1]. *Financial distress* betekent dat een onderneming genoeg winsten boekt om de productiekosten te dekken maar niet genoeg om tegelijkertijd haar schulden af te lossen. *De facto* is de onderneming in deze situatie slachtoffer van haar eigen kapitaalstructuur. *Economic distress* houdt in dat de onderneming zelfs niet (meer) in staat is haar eigen productiekosten te dekken. Deze onderneming is structueel verlieslatend en economisch niet rendabel: zelfs zonder schulden zou zij niet in staat zijn te overleven.

Concluderend kunnen we stellen dat reorganisatie theoretisch en onder ideale omstandigheden altijd de voorkeur verdient. Echter zijn omstandigheden vaak verre van ideaal. Daarom moet men ondernemingen die in een situatie *economic distress* verkeren, afleiden naar een liquidatieprocedure: '*cut the losses and move on'*. Ondernemingen met *financial distress* daarentegen, dienen een kans op reorganisatie te krijgen. Het besluit is duidelijk: de mate waarin een reorganisatieprocedure erin slaagt te filteren tussen ondernemingen met *financial* of *economic disstress,* speelt aldus een belangrijke rol in het ultiem waardeconserverend karakter van een heel insolventiesysteem.

[1] Zie E. ALTMAN, *Coporate financial distress: a complete guide to predicting, avoiding and dealing with banktruptcy, New York, Wiley, 1980, 368p.*

3 TAXONOMIE VAN ZEKERHEIDSRECHTEN EN INSOLVENTIEPROCEDURES PER LAND

Om de nuances van de positie van schuldeisers in saneringsprocedures te begrijpen, moet men over de nodige achtergrondkennis over het desbetreffende rechtsstelsel beschikken. De positie van schuldeisers zal in eerste instantie bepaald worden door het systeem van *paritas creditorum* en eventueel zekerheidsrechten. Daarom is een overzicht van de wijze waarop samenloop en zekerheidsrechten georganiseerd worden per land, primordiaal. Bovendien bestaat er vaak een myriade van procedures die de insolventie van een schuldenaar uitwerken. Om de sterktes en zwaktes van de positie van een schuldeiser te begrijpen, dient men te beseffen hoe de saneringsprocedures zich verhouden tegenover andere insolventieprocedures. Daarom wordt ook een overzicht gegeven van de insolventiesystemen van de vier onderzochte rechtstelsels en de wijze waarop zij zich verhouden tegenover saneringsprocedures.

3.1 België

3.1.1 GELIJKHEID VAN SCHULDEISERS EN ZEKERHEIDSRECHTEN

De positie van schuldeisers naar Belgisch recht wordt in grote mate bepaald door Art. 7-8 HypW. Hierin lezen we vooreerst dat een schuldenaar met zijn gehele vermogen instaat voor de betaling van zijn schulden. Bovendien dienen schuldeisers, wanneer zij gelijktijdig voldoening van hun schuld eisen, gelijk behandeld te worden.

Belangrijk is dat dit *paritas creditorum*-principe slechts speelt in gevallen van samenloop. Dat wil zeggen dat zolang slechts één schuldeiser voldoening eist van zijn debiteur, deze regel louter theoretisch blijft. De schuldeiser kan voldoening eisen en de schuldenaar kan bevrijdend betalen: *first come, first served*[2]. Echter van zodra meerdere schuldeisers gelijktijdig hun aanspraken op de debiteur uitoefenen (*concursus creditorum)*, zal men met deze gelijkheid moeten rekening houden. Concreet betekent dit dat bij de tegeldemaking van het vermogen van de debiteur, de schuldeisers (in geval van insolventie of bij beslag) naar evenredigheid van hun aanspraken zullen vergoed worden[3]. In de praktijk zal men dan overgaan tot een ponds-ponds gewijze verdeling van het vermogen. Belangrijk is

[2] E. DIRIX, "Art. 8 Hyp. W." in E. HELLEBUYCK (ed.), *Voorrechten en hypotheken: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Algemene bepalingen samenloop.*, Antwerpen, Kluwer, 2011, 15-17.

[3] C. VAN BUGGENHOUT, "Gelijkheid onder de schuldeisers, samenloop, gerechtelijk akkoord en gerechtelijke reorganisatie" in A. DE WILDE (ed.), *Tendensen in het bedrijfsrecht. Gelijke behandeling in de bedrijfswereld*, Brussel, Bruylant, 2009, 8-11.

dat het *paritas creditorum*-principe slechts van dwingend recht is. Aldus kunnen partijen van hun rechten tot voldoening die zij in de samenloop hebben, afstand doen.

In de praktijk verwordt voorgaand principe eerder tot uitzondering dan regel. Er bestaan een aantal mechanismen die toelaten de samenloop en de *paritas creditorum* te ontglippen. In eerste instantie zijn dit de wettige redenen van voorrang (zoals gedefinieerd in Art. 9 HypW.). Deze redenen bieden schuldeisers het recht dat hun schuldvordering bij voorrang wordt voldaan voordat het resterende vermogen naar evenredigheid onder de gewone schuldeisers wordt verdeeld. De wettige redenen van voorrang bestaan ten eerste uit voorrechten, die met de opbrengst van het gehele vermogen of van een bepaald goed in het vermogen voldoening van een schuldvordering bieden (vóór de gewone schuldeisers) wegens de aard van een bepaalde schuldvordering. De tweede figuur die voorrang biedt is de hypotheek. Zij biedt een schuldeiser voorrang in die zin dat hij voor de gewone schuldeisers met de opbrengst van het onroerend goed waar de hypotheek op gevestigd was, wordt voldaan. Ten derde vermeldt de wet het pand. Deze zekerheid biedt aan schuldeisers bij voorrang voldoening van hun schuldvorderingen met de opbrengst van een roerend goed. Theoretisch gezien is het pand geen zelfstandige zekerheid, maar verleent zij de pandhouder een bijzonder voorrecht op de opbrengst van het in pand gehouden goed. De regels betreffende het pand zullen echter met ingang van 01/01/2017 ingrijpend gewijzigd worden. Volledigheidshalve moet ook nog het retentierecht vermeld worden, dat bij samenloop weliswaar geen zelfstandig voorrangsrecht oplevert, maar voor de retentor wel een bevoorrechte positie oplevert.

Naast deze wettige redenen van voorrang werden in de praktijk enkele verbintenisrechtelijke constructies uitgevonden, die theoretisch geen voorrang bieden maar *de facto* wel deze uitwerking hebben. Te denken valt aan eigendomsvoorbehouden (waarbij het eigendomsrecht als zekerheid wordt aangewend), leasing, eigendomsoverdrachten tot zekerheid, schuldvergelijking, *close-out netting*, …[4] Vaak werden deze figuren ontworpen om de gelijkheid van schuldeisers te ontlopen. Aangezien deze overeenkomsten in geval van samenloop de andere schuldeisers benadelen, wordt in de rechtsleer omtrent elk van deze constructies hevig gediscussieerd over hun tegenwerpelijkheid in insolventieprocedures. Meestal concludeert men hierbij dat zekerheidsmechanismes die gestoeld zijn op de wilsautonomie, slechts aanvaard worden indien de voorrang die erdoor verleend wordt een normaal gevolg is van de economie van de overeenkomst en derden zich redelijkerwijs aan hun uitwerking kunnen verwachten[5].

[4] R. HOUBEN en I. PEETERS, "De zekerheidswaarde van schuldvergelijking in het Belgisch recht, mede in het licht van de financiële crisis. Pleidooi voor een genuanceerde maar verantwoorde aanpak", *TBH* 2011, afl. 8, 769.
[5] A. DE WILDE, "Gelijkheid tussen schuldeisers. Toetsing aan de hand van de wet op de continuïteit van de ondernemingen" in J. CATTARUZZA (ed.), *Tendensen in het bedrijfsrecht, Antwerpen, Kluwer, 2009, 83.*

3.1.2 INSOLVENTIEPROCEDURES

Het Belgische recht kent drie grote insolventiesystemen. Het spectrum loopt van procedures gericht op liquidatie en pure verdeling van het vermogen van de debiteur tot procedures die het herstel van de financiële situatie betreffen. Bovendien bepaalt de hoedanigheid van de schuldenaar in grote mate welke procedures mogelijk zijn.

Veruit de belangrijkste Belgische insolventieprocedure is het faillissement. Het faillissement staat open voor handelaars en is ontworpen voor situaties waar er geen enkele hoop meer is op het voortbestaan van de onderneming. In essentie beoogt het faillissement alle schuldvorderingen vast te leggen en via tussenkomst van een curator het resterende vermogen volgens een vast stramien onder de schuldeisers te verdelen[6].

Het tweede belangrijke insolventiesysteem is de gerechtelijke reorganisatie, ingevoerd door de Wet Continuïteit Ondernemingen. Deze wet biedt ondernemingen, onder andere uitgebaat door handelaars, een kans op financieel herstel. De wet omvat drie procedures, waarvan de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord veruit de belangrijkste is. In alle procedures wordt de schuldenaar beschermd tegen de aanspraken van schuldeisers terwijl men de finaliteit van de desbetreffende procedure tracht te bewerkstelligen. Het minnelijk akkoord tracht via onderhandelingen met enkele schuldeisers de financiële situatie te herstellen. Zij veronderstelt echter dat alle betrokken schuldeisers akkoord gaan. De overdracht onder gerechtelijk gezag beoogt de onderneming *in going concern* te verkopen en met de opbrengst hiervan de schuldeisers te betalen. In wezen betreft het hier een mini-faillissement. De belangrijkste procedure, het collectief akkoord, tracht via een globaal reorganisatieplan waarin alle schuldeisers kunnen betrokken worden, de financiële toestand van de onderneming recht te trekken[7]. Belangrijk is dat niet alle schuldeisers met het plan en desgevallend de vermindering van hun schuldvorderingen moeten akkoord gaan omdat zij via de schuldeiserstemming invloed hebben op de bindende werking van het reorganisatieplan. De vergelijking die volgt in deel V is voornamelijk toegespitst op deze procedure. Wanneer er hiernavolgend van gerechtelijke reorganisatie gewag wordt gemaakt, wordt dan ook de procedure via collectief akkoord bedoeld.

Een laatste insolventiesysteem betreft de collectieve schuldenregeling[8]. Deze procedure is bedoeld voor particulieren – natuurlijke personen met burgerlijke activiteiten. Zij beoogt op een menselijke manier de schulden van een particulier af te bouwen en hem een kans op een schone lei te bieden[9].

---

[6] Zie o.a. Faillissementswet; H. BRAECKMANS, *Faillissement & Reorganisatie*, Antwerpen, Kluwer, 2001, losbl.
[7] Zie o.a. WCO; P. COUSSEMENT, "De wet betreffende de continuïteit ondernemingen van 31 januari 2009, *TBH* 2009, 283-321.
[8] Zie Wet 5 juli 1998 betreffende de collectieve schuldenregeling en de mogelijkheid van verkoop uit de hand van de in beslag genomen onroerende goederen.
[9] B. DE GROOTE en S. VOET, *Collectieve schuldenregeling*, Brussel, Larcier, 2009, 1-15.

3.2 Nederland

3.2.1 GELIJKHEID VAN SCHULDEISERS EN ZEKERHEIDSRECHTEN

Het Nederlandse rechtsstelsel loopt in grote mate gelijk met het Belgische wat betreft de gelijke behandeling van schuldeisers en de werking van zekerheidsrechten.

Ook in Nederland geldt het principe van eenheid van vermogen: "Een schuldeiser kan zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen"[10]. Zolang schuldeisers hun verhaalsrechten niet gelijktijdig uitoefenen, vormt dit geen probleem: wie eerst komt, eerst maalt. In een situatie van *concursus creditorum* daarentegen, moet men zoals in België overgaan tot een ponds-ponds gewijze verdeling: "Schuldeisers hebben het recht om naar evenredigheid van ieders (hun) vordering te worden voldaan"[11].

Uitzonderingen op voorgaand principe zijn de door de wet erkende redenen van voorrang. Deze voorrang vloeit enkel voort uit het pand, de hypotheek, het voorrecht en uit de andere in de wet aangegeven gronden. Geheel in lijn met de Belgische wetgeving, kunnen schuldeisers bij voorrang voldaan worden met de opbrengst van het onroerend goed ('registergoed') of roerend goed waar respectievelijk de hypotheek of het pand op rust. Voorrechten scheppen net zoals in België een voorrangspositie op basis van een wettelijke bepaling. Het retentierecht levert onder Nederlands recht echter geen voorrecht op, maar wordt als een aparte zekerheid beschouwd die op zelfstandige wijze een reden van voorrang biedt[12].

Het Nederlands recht is echter veel dieper uitgewerkt wat betreft verbintenisrechtelijke constructies die, meestal op basis van het eigendomsrecht, een zekerheidsfunctie vervullen. Zo wordt het eigendomsvoorbehoud expliciet door de wet behandeld[13]. Zij wordt beschouwd als een overdracht ter uitvoering van een verbintenis onder opschortende voorwaarde. In geval van samenloop blijft het voorbehoud tegenwerpelijk. Daarnaast bevat het Nederlands BW een *fiducia*-verbod: overdrachten tot zekerheid vormen geen geldige titel van overdracht[14]. Wel moet gezegd dat de wetgeving betreffende fiduciaire eigendomsoverdracht van financiële activa grote gelijkenissen vertoont met de Belgische Wet Financiële Zekerheden[15]. Dit is logisch gezien deze wetgevingen beide een implementatie zijn van de Europese Financial Collateral Directive. Niettemin blijven er, net zoals in België, tal van

[10] Art. 3:276 BW
[11] Art. 3:277 BW
[12] Art. 3: 292 BW
[13] Art. 3: 92 BW
[14] Art. 3: 84 BW
[15] T. KEIJSER, "De implementatie van de Europese Richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten", *WPNR* 2004, 2004/6592, 761-771.

constructies bestaan waarvoor geen wettelijke omkadering is voorzien en die schuldeisers toch een zekerheidspositie bieden[16].

3.2.2 INSOLVENTIEPROCEDURES

Nederland kent drie grote insolventieprocedures die grotendeels het spiegelbeeld vormen van hun Belgische varianten. Ten eerste bestaat de mogelijkheid tot schuldsanering. Dit is de tegenhanger van de collectieve schuldenregeling en is erop gericht natuurlijke personen met betalingsmoeilijkheden een dragelijk afbetalingsschema voor te leggen. Daarnaast hanteert men ook in Nederland de term faillissement voor de procedure die gericht is op liquidatie van ondernemingen die opgehouden hebben te betalen om vervolgens het provenu onder de schuldeisers te verdelen[17].

Als variant op de Belgische gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord kent Nederland de procedure van surseance van betaling. Zij is erop gericht financieel herstel van de onderneming te bewerkstelligen via een reorganisatieplan dat alle schuldeisers betrekt en hen hierover laat stemmen. Op vele vlakken is deze procedure strenger dan het Belgische collectief akkoord en bijgevolg, nog minder succesvol. Opmerkelijk is dat de Belgische WCO een schuldenaar een ruimere gereedschapskist biedt om zijn onderneming te saneren. Een tegenhanger van gerechtelijke reorganisatie door minnelijk akkoord of door overdracht van onderneming, lijkt niet voorhanden. Minnelijke akkoorden moeten bijgevolg buitengerechtelijk gesloten worden. Het overdragen van ondernemingen zal men in de praktijk bewerkstelligen via een activa-transactie tijdens het faillissement en in overleg met de curator.

Daarnaast poogt men in Nederland al geruime tijd om het insolventierecht ingrijpend te wijzigen. Zo werd in 2007 in de commissie Kortmann een volledig nieuwe insolventiewet uitgewerkt. Zij zag echter nooit het levenslicht. Daaropvolgend heeft men in het kader van het programma "Herijking Faillissementsrecht" drie nieuwe wetsontwerpen, respectievelijk genaamd Wet Continuïteit Ondernemingen I, II en III, opgesteld die hoogstwaarschijnlijk begin 2016 in voege zullen treden.

Wet Continuïteit Ondernemingen I zal de mogelijkheid bevatten om reeds voor het openen van de faillissements- of surceanceprocedure een curator of bewindvoerder aan te stellen. Het doel van deze regeling bestaat erin reeds voor het aanvatten van de formele procedure voorbereidingen te treffen voor de afwikkeling ervan. Meer specifiek hoopt men een doorstart van de onderneming via een

[16] C. ASSER, A. VAN MIERLO, F. MIJNSSEN en A. VAN VELTEN, *Goederenrecht. 3: Zekerheidsrechten* 2003, Deventer, Kluwer, 568 (5).
[17] E. DE LIAGRE BÖHL, *Vademecum Ondernemingsrecht: Sanering en Faillissement* 1991, Deventer, Kluwer, 345 (35).

activa-transactie na faillissement aan te moedigen[18]. Zo'n vooronderhandeld akkoord noemt men naar Brits voorbeeld een *pre-pack*[1920]. In België werd deze praktijk niet in de wet voorzien, hoewel een voorgekookt akkoord tussen schuldenaar en schuldeisers in de praktijk vaak voorkomt.

Wet Continuïteit Ondernemingen II voorziet een procedure van buitengerechtelijk dwangakkoord. Dit houdt in dat een schuldenaar (of in bepaalde gevallen een schuldeiser) voor het aanvangen van een insolventieprocedure een reorganisatieplan kan voorleggen aan zijn schuldeisers. Dit plan moet via stemming in schuldeiserklassen goedgekeurd worden. Nadien kan de rechtbank het akkoord algemeen bindend verklaren, waardoor het voor alle schuldeisers bindend wordt[21]. Het dwangakkoord komt tegemoet aan het probleem dat enkele schuldeisers bij buitengerechtelijk minnelijk akkoord volstaan om het herstructureringsplan te dwarsbomen. Bovendien besefte de wetgever dat continuïteit via surseance vaak illusoir bleek aangezien de sterke positie van zekerheidsschuldeisers in de surseanceprocedure ondernemingen vaak rechtstreeks in faillissement duwde. Het dwangakkoord verschilt voornamelijk van de reorganisatie door collectief akkoord doordat een groot deel van de procedure zich zonder rechterlijke tussenkomst afspeelt en de stemming over het plan via schuldeiserklassen geschiedt.

Op moment van schrijven werd nog geen wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen III gepubliceerd. Deze zou een aantal maatregelen ten behoeve van de voortzetting van de onderneming gedurende het faillissement, bevatten[22]. Te denken valt aan o.a. een doorleveringsverplichting voor leveranciers …

3.3 Frankrijk

3.3.1 GELIJKHEID VAN SCHULDEISERS EN ZEKERHEIDSRECHTEN

Ook het Franse systeem van gelijkheid onder schuldeisers loopt gelijk met het Belgische. Het uitgangspunt is eenheid van vermogen, wat men in het Frans verwoordt als het *droit de gage général: 'quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir'*[23]. Schuldeisers kunnen onbeperkt maatregelen van tenuitvoerlegging nemen op het ganse vermogen van de schuldenaar, tenzij ze zich in een situatie van samenloop of *concours* bevinden[24] (wat in de Franse literatuur gelijkaardig gedefinieerd wordt): *'les*

[18] M. VAN EEDEN-VAN HARSKAMPP en J. SPANJAARD, "De pre-pack vanuit contractenrechtelijk perspectief", *ORP* 2014, afl. 5, 34.
[19] B. TILDEMAN, "Kritische kanttekeningen bij de pre-pack", *FIP* 2013, Afl. 6, 190.
[20] M. VAN ZANTEN, "Aan het werk met de pre-pack!", *AR* 2013, Afl. 10, 7.
[21] *Stukken Tweede Kamer,* Memorie van toelichting WCO II. (NL)
[22] *Stukken Tweede Kamer,* Memorie van toelichting WCO I. (NL)
[23] Art. 2284 *C. Civ*.
[24] C. Le Gallou, *Droit de sûretés et droit des procédures collectives*, Larcier, Bruxelles, 2012, 8-9.

biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution[25]. In dat geval valt men terug op *la distribution 'au marc le franc' (*ponds-ponds gewijze verdeling).

Enkel schuldeisers met een *'cause légitime de préférence'* (= wettige reden van voorrang) ontsnappen aan deze verdelingswijze. Dit zijn de zakelijke zekerheidsrechten die opgenomen zijn in het hoofdstuk *sûretés réelles* van de *code civil*[26]. Zij bieden schuldeisers voorrang om met de opbrengst van het goed waar de zekerheid op rust, vergoed te worden. Met betrekking tot de zekerheden op onroerende goederen, kent Frankrijk dezelfde zekerheden als België, met name de hypotheek en de voorrechten (=*privilèges)*[27]. Daarnaast bestaat er een derde zakelijke zekerheid op onroerende goederen: *le gage immobilier* (vroeger *antichrèse* genoemd)[28]. Dit zou men kunnen beschouwen als een soort vuistpand op onroerende goederen. Buitenbezitstelling is een essentiële vereiste: het goed wordt in het bezit van de schuldeiser gebracht tot wanneer de schuld voldaan is. Het voordeel van de *le gage immobilier* bestaat erin dat de schuldeiser ook recht heeft op de vruchten die het onroerend goed voortbrengt. Zolang de schuld niet wordt voldaan, heeft de schuldeiser een retentierecht en kan hij met de opbrengst van het onroerend goed vergoed worden.

Wat betreft roerende goederen gebruikt men, naast de voorrechten, twee zekerheidsfiguren die bij ons beide onder het pandrecht zouden vallen. Men maakt namelijk een onderscheid naargelang de lichamelijke of onlichamelijk aard van het onderpand. *Le gage* treft enkel lichamelijke goederen, terwijl *le nantissement* voor onlichamelijke goederen (vaak "pand" op schuldvorderingen) wordt aangewend[29]. Beide kunnen als een pandrecht beschouwd worden en kunnen zowel met of zonder buitenbezitsstelling geschieden, wat in België niet mogelijk is (althans tot inwerkingtreding van de nieuwe pandwet).

Naast de klassieke zekerheidsrechten, wordt in Frankrijk het eigendomsrecht vaak als zekerheid aangewend. Zo is het eigendomsvoorbehoud (*la propriété retenue*) expliciet in de *Code civil* opgenomen. Zij wordt principieel als geldig beschouwd en blijft in vele collectieve procedures tegenwerpelijk (*opposable*) aan de overige schuldeisers. Daarnaast werd ook de *fiducia*-eigendom (*propriété cédée à titre de garantie – fiducie sûreté*) behandeld. De wetgever heeft hierbij een systeem gelijkaardig aan de *trust* op poten gezet, zonder echt de bedoeling gehad te hebben de overdracht tot zekerheid te legitimeren. Door de jaren heen heeft men echter heel wat wetswijzigingen doorgevoerd

[25] Art. 2285 *C. Civ.*
[26] Hoewel de *code civil* op historische gronden enkel de hypotheek en de voorechtten een voorrangsrecht toekent. Zie P. SIMLER en P DELEBECQUE, *Droit civil: les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, Paris, 2012, 419; Art. 2323 *C. Civ.*
[27] M. CABRILLAC, C. MOULY en S. CABRILLAC, *Manuel: Droit des sûretés*, Paris, Litec, 2010, 645.
[28] R. TENDLER, *Les sûretés*, Paris, Dalloz, 1983, 43.
[29] Y. PICOD, *Droit des sûretés,* Paris, PUF, 2011, 317.

die ook de *fiducie-sûreté*, weliswaar onder zware formaliteiten, geldig heeft gemaakt[30]. Ten slotte worden ook het retentierecht (*droit de rétention*) en de schuldvergelijking (*compensation*) vaak als zekerheid gebruikt.

3.3.2 INSOLVENTIEPROCEDURES

Frankrijk kent 4 grote insolventieprocedures: *La conciliation*, *la sauvegarde*, *le redressement judiciaire* en *la liquidation judiciaire*. Deze procedures werden recent vernieuwd[31] en zijn terug te vinden in de *Code de Commerce*.

La conciliation is de procedure waarin de schuldenaar onder toezicht van een door de rechtbank aangeduide bemiddelaar minnelijk onderhandelt met de belangrijkste schuldeisers[32]. Nadien wordt het akkoord ofwel door de rechtbank bekrachtigd of gehomologeerd[33]. De procedure is voornamelijk een mengeling tussen het Belgisch buitengerechtelijk minnelijk akkoord en de reorganisatie door minnelijk akkoord: de rechter komt namelijk wel in de procedure tussen maar het gaat *sensu stricto* niet over een collectieve insolventieprocedure.

In 2005 voerde de Franse wetgever de *procédure de sauvegarde* in. Deze heeft als finaliteit ondernemingen met betalingsmoeilijkheden een mogelijkheid te bieden via een reorganisatieplan orde op zaken te zetten voor ze in een staat van *cessation de paiements* verkeert. Hiertoe beschermt de rechtbank de schuldenaar tegen zijn schuldeisers[34]. De procedure komt in zeer grote mate overeen met de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord.

Daarnaast kent Frankrijk ook twee procedures voor het geval de staking van betaling reeds een feit is. Het betreft de *liquidation judiciaire* en de *redressement judiciaire*. Deze laatste heeft net als de *procédure de sauvegarde* tot doel de continuïteit van de onderneming te bewerkstelligen[35]. Zij is echter ontworpen om continuïteit te bewerkstelligen wanneer de staking van betaling reeds is opgetreden[36]. Verder kan de opening van deze procedure ook door schuldeisers of het openbaar ministerie gevorderd worden. Ook *le pouvoir de gestion* van de schuldenaar wordt in de meeste gevallen geheel of gedeeltelijk aan banden gelegd. In deze zin vertoont de *redressement* meer gelijkenissen met de overdracht onder gerechtelijk gezag dan met het collectief akkoord. Deze kan

[30] Y. PICOD, *Droit des sûretés,* Paris, PUF, 2011, 469.
[31] *Loi 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.*
[32] Zie C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 2011, Paris, Motchrestien.
[33] F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 2012, Paris, LGDJ, 97.
[34] P. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 2009, Paris, Dalloz, 610.
[35] J-F. MARTIN en A. LIENHARD, *Redressement et Liquidation Judiciaire: prévention, règlement amiable, faillite personnelle, banqueroute*, 2003, Paris, Delmas, 49.
[36] F. LUCAS en H. LÉCUYER, *La réforme des procédures collectives: la loi de sauvegarde article par article*, 2006, Paris, LGDJ, 246.

immers ook door schuldeisers geïnitieerd worden wanneer de schuldenaar heeft opgehouden te betalen en poogt via verkoop van de onderneming de continuïteit ervan te bewerkstelligen. In geval er geen enkele hoop op continuïteit meer blijkt te zijn, gaat men over tot *liquidation judiciaire*. De onderneming wordt uit het rechtsverkeer gehaald en tegelde gemaakt ten behoeve van de schuldeisers[37]. Het betreft de Franse tegenhanger van het faillissement.

3.4 USA

3.4.1 GELIJKHEID VAN SCHULDEISERS EN ZEKERHEIDSRECHTEN

In tegenstelling tot de *Civil Law* landen, hanteert de USA een systeem waar de gelijkheid van schuldeisers compleet afwezig is. In geval van concurrente vorderingen op een insolvente debiteur, wordt het gehele vermogen van de schuldenaar verdeeld volgens de prioriteitsregels en is van *pari passu* verdeling tussen chirografaire schuldeisers geen sprake. In plaats daarvan dient elkeen die uitbetaling van zijn schuld wenst zo snel mogelijk een zekerheid te bekomen om vervolgens met de opbrengst van het goed waarop de zekerheid slaat, vergoed te worden. Deze zekerheden nemen de vorm aan van (*judicial, consensual en statutory) liens*, en dienen telkens per goed geregistreerd te worden (*perfecting/docketing*). Daarbij geldt een anterioriteitsregel waardoor diegene die eerst registreert, bij voorrang wordt uitbetaald. De competitie tussen schuldeisers wordt dus geenszins, althans buiten de insolventiesystemen, aan banden gelegd[38].

Het voorgaande geldt evenzeer voor chirografaire schuldeisers. Net als bij ons dienen zij om hun schuldvordering op de schuldenaar te verhalen eerst een uitvoerbare titel te bekomen. Deze kan de vorm aannemen van een *judgment lien* of een *execution lien* (beide zijn vormen van de bredere categorie *judicial liens*). Dit zijn in essentie zekerheidsrechten die door de rechtbank aan de schuldeiser worden toegekend. *Judgment liens* dienen vervolgens geregistreerd te worden op één of meerdere onroerende goederen van de schuldenaar (=*docketing*), waardoor ze rang nemen. *Execution liens* daarentegen nemen pas rang vanaf de beslaglegging. Zij vloeien voort uit een *writ of execution*, wat neerkomt op een bevel van de rechter aan de executieve macht om beslag te leggen op bepaalde goederen van de schuldenaar. Van zodra dit gebeurt, neemt de *execution lien* rang. Van een evenredige verdeling is met andere woorden nooit sprake: schuldeisers pogen immers zo snel mogelijk, via door de rechtbank verleende zekerheden, voorrang op concurrente schuldeisers te verkrijgen[39].

Ook de varianten van onze klassieke zakelijke zekerheidsrechten nemen de vorm aan van *liens*, bestaande uit enerzijds *consensual liens* (conventionele zekerheden waaronder de hypotheek en het

[37] A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 2007, Paris, Litec, 355.
[38] D. EPSTEIN, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, St. Paul, West Group, 39-51.
[39] P. KING en M. COOK, *Creditors' rights, debtors' protection and bankruptcy,* Matthew Bender, New York, 1997, 108-124.

pandrecht) en *statutory liens* anderzijds (zekerheden voortvloeiend uit de wet waaronder de voorrechten). De conventionele *liens* worden nogmaals onderverdeeld in zekerheden op *real property* (onroerende goederen) en deze op *personal property* (roerende goederen). Zekerheden op *real property* bestaan vooral uit de *mortgage* en worden nog steeds door de common law beheerst. Bijgevolg kan de regelgeving met betrekking tot (parate) executie lichtjes verschillen van staat tot staat. Zekerheden op roerende goederen worden daarentegen *security interests* genoemd en worden door *Article 9* van de *Federal Uniform Commercial Code* beheerst. In de praktijk benoemt men deze contracten o.a. als *pledge contracts* (=pand). Echter heeft de naam die men aan zo'n overeenkomst geeft niet zoveel belang aangezien ze allen een *lien* verschaffen die onderling rang zullen nemen. Ook *statutory liens* bestaan in het Amerikaanse recht. Zij kunnen gezien worden als de variant op onze voorrechten. Zowel *consensual* als *statutory liens* moeten geregistreerd worden om rang te nemen (=*perfection)*. Het kan dus voorvallen dat een chirografair schuldeiser voorrang heeft op een hypothecair schuldeiser in het geval deze zijn *consensual lien* pas registreerde na de *judicial lien* van de gewone crediteur. Alle voorgaande regels gelden natuurlijk enkel voor gevallen van *concursum creditorum* buiten collectieve insolventieprocedures[40].

Naast dit systeem van *liens*, wordt ook het eigendomsrecht als volwaardig zekerheidsrecht aangewend. Dit kent men in de praktijk als de *trust*. Het principe hiervan is dat men de eigendom aan een apart vermogen overdraagt, waarover een *trustee* het bestuur voert. In geval van wanprestatie behoudt de *trustee* dan de eigendom van het in *trust* gegeven goed. Daarnaast wordt ook schuldvergelijking (*set-off*) vaak als zekerheidsmechanisme gebruikt.

3.4.2 INSOLVENTIEPROCEDURES

De Amerikaanse collectieve insolventieprocedures zijn opgenomen in *Title 11* van de *United States Code*, beter bekend als de *Bankruptcy code* en wordt aldus volledig door federaal recht beheerst. De verschillende insolventieprocedures dragen de naam van het *chapter* waarin zij opgenomen zijn in de *Bankruptcy Code*. *De facto* kent men 5 verschillende procedures: *Chapter 7, 9,11, 12* en *13*.

Chapter 7 is gericht op *liquidation* en vormt de tegenhanger van het Belgische faillissement. Tijdens de procedure zal een *trustee* (curator) alle activa van de gefailleerde verzamelen en vervolgens verdelen onder de schuldeisers. *Chapter 7* wordt in de praktijk vaak toegepast maar wordt zoveel mogelijk vermeden (veel meer dan in België het geval is). *Chapter 7* staat ook open voor insolvente

[40] M. ROE, *Corporate reorganization and bankruptcy: legal and financial materials*, New York, Foundation Press, 2000, 96.

natuurlijke personen[41]. Het persoonlijk faillissement blijft in Amerika aldus een optie, in tegenstelling tot de meeste West-Europese landen.

Chapter 9 en *11* zijn beide gericht op reorganisatie. *Chapter 9* staat enkel open voor *Municipalities*. Het bekendste voorbeeld van deze procedure betreft *the bankruptcy of the city of Detroit, Michigan*[42]. *Chapter 11* daarentegen bevat de reorganisatieprocedure voor ondernemingen en natuurlijke personen[43]. Zij wordt wereldwijd beschouwd als de moeder van alle reorganisatieprocedures waarop vele varianten – ook de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord- geïnspireerd zijn. Zij gaat uit van bescherming tegen de schuldeisers gedurende de procedure, het *debtor-in-possession* principe en een reorganisatieplan waar via schuldeiserklassen over gestemd wordt[44].

Ten slotte kent men nog twee procedures die enkel gericht zijn op natuurlijke personen en in die zin op de collectieve schuldenregeling gelijken. Het gaat om enerzijds *chapter 12*, die een schuldenregeling voor *'family farmers'* bevat en anderzijds *Chapter 13*, dat openstaat aan alle natuurlijke personen met een voldoende stabiel inkomen. Zij poogt op een meer menselijke manier de schulden van een natuurlijk persoon via een afbetalingsplan af te bouwen[45].

3.5 Bedenkingen

Uit deze korte uiteenzetting over de werking van insolventie, zekerheidsrechten en de gelijkheid van schuldeisers, komen al enkele markante verschillen tussen de vergeleken landen naar voor.

Op het vlak van de gelijkheid van schuldeisers buiten insolventie, past men in de *Civil Law* landen nagenoeg hetzelfde systeem toe. Elke schuldeiser kan maatregelen van tenuitvoerlegging vorderen maar eens men in een situatie van *concursum* terechtkomt, past men de principiële gelijkheid toe. Dat geldt onder andere voor het beslag, dat bij tussenkomst van andere crediteuren *de facto* een collectieve werking heeft. In de USA past men deze gelijkheid principieel niet toe waardoor maatregelen van tenuitvoerlegging enkel aan de crediteur die het beslag vorderde, ten goede komen.

---

[41] X, *Bankruptcy code, rules and official forms: law school edition*, Saint-Paul, West publishing co., 1988, 487.
[42] R. dc, "Faillissement Detroit goedgekeurd", *De Standaard* 4/12/2013.
[43] W. BROWN en L. AHERN, *2005 Bankruptcy reform legislation with analysis 2nd: commentary and highlighted tekst of the United States Bankruptcy code as amended by the bankruptcy abuse prevention and consumer protection act of 2005 public law 109*-8, Saint-Paul, West Publishing co., 2005, 52.
[44] M. CRAMES, H. EDELMAN en A. KRESS, *The fundamentals of bankruptcy and corporate reorganization,* Yonkers, Juris Publishing, 1998, 105.
[45] P. MURPHY, *Secured creditors and lessors under the bankruptcy reform act* 1981, New York, Practising law Institute, 1981, 26.

Zekerheden komen in de vergeleken landen grotendeels overeen in die zin dat men mits registratie voorrang verkrijgt. In Europa verleent men deze voorrang vaak naargelang het zakelijk recht dat men registreerde, en in onderschikte orde naargelang het moment waarop deze registratie plaatsvond. Amerikaans recht heeft de neiging zich veel strikter op het anterioriteitsbeginsel te baseren. De zekerheid die eerst geregistreerd werd, heeft voorrang, ongeacht welke zekerheid geregistreerd werd. Bovendien hebben de Europese landen moeite met het *numerus clausus* beginsel, op basis waarvan enkel door de wet erkende zekerheden voorrang kunnen verlenen. Waar in de USA de *trust* een goed ingeburgerde zekerheid is, stelt men vast dat het aanwenden van het eigendomsrecht als zekerheid in Europa veel problematischer is. In die zin is België, met haar halsstarrige *Sart-Tilman* doctrine, nog de slechtste leerling van de klas. De *Financial Collateral Directive* heeft op dat vlak de lidstaten reeds gedeeltelijk gedwongen de *Fiducia*-eigendom te aanvaarden. Men kan dan ook de vraag stellen in welke mate het vasthouden aan de exclusiviteit, wat betreft voorrang, van de klassieke accessoire zekerheidsrechten verwordt tot een illusie die niet langer met de praktijk strookt[46]. Bovendien ziet men dat eigendomszekerheid door schuldeisers vaak wordt aangewend omwille van de overdaad in het arsenaal van accessoire zekerheidsrechten en de verstrekkende bescherming die moratoria in collectieve insolventieprocedures bieden.

De collectieve insolventieprocedures lopen door band genomen gelijk: meestal heeft men minstens drie procedures gericht op respectievelijk liquidatie, reorganisatie en sanering voor natuurlijke personen. Opvallend is dat alle landen moeite hebben om een doeltreffend systeem op poten te zetten met een evenwichtige balans tussen debi- en crediteuren. Er bestaat dan ook een tendens om de waaier aan mogelijkheden om economisch herstel te bewerkstelligen, te verbreden. Zo zagen onder andere in Nederland en Frankrijk procedures het licht die erop gericht zijn buitengerechtelijke akkoorden achteraf door de rechtbank te laten bekrachtigen/opleggen.

Ten slotte stel ik vast dat de USA veel reorganisatiegerichter is dan het Europese continent. Waar men bij ons van de neiging tot liquidatie en van het verdelen-wat-er-te-verdelen-valt-principe tracht af te stappen, beseft men in Amerika reeds dat een onderneming meer waard is dan louter de som van zijn delen. Met het oog op een hogere kans op schuldeiservoldoening via betaling met de toekomstige inkomsten van een onderneming, hechten zij bijgevolg meer belang aan het *in going concern* houden van hun debiteur. Stilaan begint deze mentaliteit, onder meer onder invloed van de recente wetgevende initiatieven, ook op het Europese vasteland door te dringen.

[46] Y. PICOD, *Droit des sûretés,* Paris, PUF, 2011, 255.

4 REORGANISATIEPROCEDURES VANUIT SCHULDEISERPERSPECTIEF

Nu de systematiek van de zekerheidsrechten en de verhoudingen tussen insolventieprocedures in de vergeleken landen bekend zijn, gaan we in dit tweede luik dieper in op de reorganisatieprocedures. Een grondige analyse van de (on)machtspositie van de schuldeisers in de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord vormt daarbij het uitgangspunt van dit onderzoek. Zo worden achtereenvolgens behandeld de opening van de procedure, de positie van schuldeisers gedurende de opschorting en hun beïnvloedingsmogelijkheden bij de totstandkoming van het reorganisatieplan. Telkenmale benaderen we deze thema's eveneens vanuit een rechtsvergelijkende invalshoek: de Belgische procedure wordt geanalyseerd aan de hand van de cruciale aspecten van haar Nederlandse, Franse en Amerikaanse varianten. De volgende procedures vormen daarbij de leidraad:

- België: WCO – Gerechtelijke Reorganisatie door Collectief Akkoord
- Nederland: Surseance van betaling (& Wet Continuïteit Ondernemingen II)
- Frankrijk: *Sauvegarde Entreprises* (& *Redressement Judiciaire*)
- USA: *Bankruptcy Code: Chapter 11 Reorganization*

4.1 Opening van de procedure

Aangezien een reorganisatieprocedure in de regel gepaard gaat met een periode waarin schuldvorderingen onuitvoerbaar zijn, is het voor schuldeisers van belang te weten wie een gerechtelijke reorganisatieprocedure kan opstarten (4.1.1 & 4.1.2) en onder welke voorwaarden (4.1.3). Ook overloop ik de procedurele regels en waarborgen gemeen aan alle reorganisatieprocedures in de WCO. Ten slotte onderzoeken we de (on)uitvoerbaarheid van schuldvorderingen in de periode tussen de reorganisatieaanvraag en de toekenning ervan (4.1.4).

4.1.1 PERSONEEL TOEPASSINGSGEBIED

4.1.1.1 Het handelaarscriterium als spook uit het verleden

Het personeel toepassingsgebied van de reorganisatie door collectief akkoord (en minnelijk akkoord/overdracht onder gerechtelijk gezag) is een vrij ingewikkelde materie. Dit vindt zijn oorzaak voornamelijk in haar historische evolutie: klassiek heeft men immers altijd het handelaarscriterium gebruikt om het toepassingsgebied van het faillissement en zelfs het gerechtelijk akkoord af te bakenen. Dit ouderwets criterium heeft de wetgever in de WCO -helaas- behouden. Art. 3 WCO verwijst voor haar toepassingsgebied naar het wetboek van koophandel: de kooplieden zoals bepaald

in Art. 1 W. Kh (*i.e.* natuurlijke en rechtspersonen die daden van koophandel stellen), komen in aanmerking voor een reorganisatieprocedure. Commercialiteit blijft aldus het principe waar de legislatieve macht zich krampachtig blijft aan vastklampen.

Nochtans neemt economische activiteit in de moderne maatschappij een myriade van vormen aan: ondernemerschap limiteert zich immers niet meer tot louter klassieke "handelsactiviteiten". Al maar meer wringt de klassieke onderscheiden behandeling van handelaars met de vaststelling dat extra-commerciële economische ontplooiingen ultiem dezelfde doelen nastreven en op vlak van insolventie aldus dezelfde noden delen. Het voorgaande beseffende, heeft de wetgever enkele uitbreidingen aangebracht om het commerciële insolventierecht te laten doordringen in het "civiele ondernemingsleven"[47]. Kunnen naast handelaars dus ook gebruik maken van de WCO-procedure: burgerlijke vennootschappen met handelsvorm en landbouwvennootschappen. Dit leidt ertoe dat *de facto* alle rechtspersonen alsook natuurlijke personen-handelaren nu voor schuldeiserbescherming in aanmerking komen.

Belangrijk voor schuldeisers is dat natuurlijke personen met burgerlijke activiteiten niet in aanmerking komen voor reorganisatie. Zij zullen hun heil in de collectieve schuldenregeling moeten zoeken. Echter worden sinds de WCO-reparatiewet , naar aanleiding van een arrest van het Grondwettelijk Hof[48], per uitzondering ook landbouwers-natuurlijke personen onder het toepassingsgebied van de WCO gebracht[49]. Interessant zal zijn in welke mate deze gedwongen wijziging de *floodgates* opent voor een verdere uitbreiding van het personeel toepassingsgebied naar burgerlijke activiteiten uitgeoefend als natuurlijk persoon[50]. Daarnaast komen vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid (maatschap, tijdelijke vennootschap,…) en verenigingen eveneens niet in aanmerking.

Bovendien heeft de wetgever, naast een aantal andere uitsluitingen[51], ook de vrije beroepen expliciet uit het toepassingsgebied van de WCO gehaald. Deze uitsluiting is bijna even klassiek als het vastklampen aan het handelaarscriterium en wordt verantwoord door te wijzen op de aanwezigheid van deontologische regelen en andere bijzondere wetgevingen die op hen van toepassing zijn[52]. Ook deze regel voelt als een stuiptrekking van het 19e-eeuwse handelsrecht dat niet beantwoordt aan de

[47] M. TISON, "De Wet Continuïteit Ondernemingen: Het portaal naar een nieuw insolventierecht?", in A. BOSSUYT, B. DECONICKX , E. DIRIX, A. FETTWEIS en E. FORRIER (eds.), *Liber spei et amicitiae*, Brussel, Larcier, 2011, 380.
[48] GwH 28 februari 2013, nr 24/2013, *A. GrwH* 2013/1, 411.
[49] DE KEYSER, "Wijzigingen aan de wet betreffende de continuïteit ondernemingen" , *TRV* 2013, 741-743.
[50] R. STEENNOT, "Continuïteit ondernemingen landbouwer", *NJW* 2014, afl. 309, 744.
[51] Art. 4, 2e lid WCO; Het gaat o.a. om kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen, beleggingsondernemingen, …
[52] M. TISON, "De Wet Continuïteit Ondernemingen: Het portaal naar een nieuw insolventierecht?", in A. BOSSUYT, B. DECONICKX , E. DIRIX, A. FETTWEIS en E. FORRIER (eds.), *Liber spei et amicitiae*, Brussel, Larcier, 2011, 381.

economische realiteit, hoewel het Grondwettelijk Hof onlangs nog bevestigde dat deze buitensluiting als conform met het gelijkheidsbeginsel beschouwd moet worden[53].

4.1.1.2 Internationale inzichten: op naar een functioneel criterium?

In Frankrijk is men erin geslaagd om, vertrekkende van de dezelfde historische context met strikte scheiding tussen het civiel en commercieel recht, een meer coherent systeem op poten te zetten[54]. Ten eerste komen alle *personnes morales* (rechtspersonen) in aanmerking. Wat betreft *personnes physiques* zijn de regels iets complexer: alle handelaars en landbouwers komen net zoals bij ons in aanmerking. Daarnaast vallen echter ook onder de *sauvegarde* -en *redressement*procedure *tout autre personne physique que excerçant une activité professionelle indépendant y compris un profession libérale…* Met andere woorden, elk zelfstandig werkende persoon alsook de vrije beroepers komen in aanmerking[55]. Mijn inziens is dit een meer modern systeem dat 'durft' af te stappen van het handelaarscriterium. Door te refereren naar zelfstandige beroepen slaagt men erin om elke economisch actieve 'onderneming' (in de functionele zin van het woord) een kans op reorganisatie te bieden maar tegelijk louter natuurlijke personen uit de procedure te weren. Bovendien zien de Fransen in dat de 'onderscheiden' positie van vrije beroepers achterhaald is en bieden ook hen expliciet de kans zich op deze wetgeving te beroepen[56].

Ook in Nederland baseert men zich niet op het handelaarscriterium, daar deze tweespalt tussen civiel en handelsrecht reeds in de eerste helft van de vorige eeuw werd afgeschaft. Dientengevolge is het systeem veel eenvoudiger: elke schuldenaar kan bescherming zoeken onder de surseance van betaling. De enige uitzonderingen hierop zijn natuurlijke personen die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen, kredietinstellingen en verzekeraars[5758]. Over vrije beroepers wordt in de faillissementswet niets vermeld. Omdat zij echter een zelfstandig beroep uitoefenen, worden ook zij geacht de mogelijkheid tot surseance te hebben.

De Verenigde Staten werken dan weer met het ruimste systeem: de *Chapter 11* procedure kan principieel gebruikt worden door alle personen[59]. Hieronder vallen dus alle rechtspersonen, *sole proprietorships* (vergelijkbaar met de natuurlijk persoon-handelaar) en –in tegenstelling tot de

[53] GwH 12 maart 2015, nr. 31/2015.
[54] Art. L. 620-2 en L. 631-2 *C. Com.*
[55] A. LIENHARD, *Procedures collectives: Chapitre 52: Conditions de fond de l'ouverture de la procédure*, Delmas, Paris, 2013, 52.11 – 52.55.
[56] F. LUCAS en H. LÉCUYER, *La réforme des procédures collectives: la loi de sauvegarde article par article*, 2006, Paris, LGDJ, 62.
[57] B. WESSELS, *Surseance van betaling*, Kluwer, Deventer, 13.
[58] Art. 214 Faillissementswet (NL)
[59] 11 USC §109 (b) *juncto* (d) – Who may be a debtor.

Europese landen- particulieren. Behalve uitzonderingen voor banken, verzekeraars en *stockbrokers*, zijn er m.a.w. geen beperkingen op het personeel toepassingsgebied[60]. Echter is het wel zo dat de *Chapter 11 procedure* zelden door particulieren gebruikt wordt, behoudens gevallen van personen met grote vermogenskracht of winst-genererend potentieel[61].

Op basis van deze internationale inzichten moet het gezegd dat België nog steeds een archaïsch systeem hanteert. Het handelaarscriterium alsook de uitsluiting van vrije beroepen zijn tot artificiële constructies verworden die de economische realiteit niet meer weerspiegelen. Hoewel het toepassingsgebied (door de natuurlijke persoon-handelaar er ook in op te nemen) in vele gevallen dezelfde zal zijn als in andere landen, verdient het de voorkeur dit criterium in te ruilen voor een meer functioneel criterium dat, ongeacht hun aard of hoedanigheid, 'ondernemingen met economische activiteit' tot de procedure toelaat. De uitsluiting van particulieren is begrijpelijk maar heeft in de praktijk weinig belang: zij zullen zich immers vaak tot gespecialiseerde procedures wenden.

4.1.2 INITITIATIEFRECHT

Naast het personeel toepassingsgebied, is ook de vraag naar welke actoren gerechtigd zijn een reorganisatieprocedure te initiëren, van primordiaal belang. Zij bepaalt immers of een schuldenaar tot reorganisatie gedwongen kan worden en heeft bijgevolg een grote invloed op de machtsverdeling tussen de verschillende stakeholders. Essentieel is dat de reorganisatieaanvraag geschiedt op het juiste moment: niet te vroeg (niet elk klein akkefietje noodzaakt reorganisatie), maar zeker ook niet te laat[62]. Het is immers empirisch vastgesteld dat het tijdstip van reorganisatieaanvraag omgekeerd evenredig verbonden is met de kans op daadwerkelijke verderzetting van de onderneming: hoe later men de procedure aanvat, hoe kleiner de kans op haar welslagen[63]. Dit is meestal te wijten aan het met de tijd verder verslechteren van de financiële situatie van de onderneming in kwestie. Menig tuinier die wel eens in augustus kniehoog onkruid wiedde, begrijpt inderdaad het gejammer dat men niet reeds eind mei de riek ter hand nam.

De strategie van het toekennen van initiatiefrecht aan bepaalde actoren, moet met andere woorden een reorganisatieaanvraag op het ideaal moment uitlokken. Drie mogelijkheden zijn denkbaar. Eerst en vooral kan men de schuldenaar exclusief het initiatief voorbehouden. Dit lijkt optimaal aangezien de

---

[60] D. EPSTEIN, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, St. Paul, West Group, 137-138.
[61] J-L., VALLENS, L'insolvabilité des entreprises en droit comparé. Pratique des affaires, Parijs, Joly, 2011, 10.
[62] B. DE MOOR, "De gegevensverzameling, de handelsonderzoeken en de ondernemingsbemiddelaar in de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen", in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises. De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2010, 41.
[63] P. COUSSEMENT, *Herstelschema's voor ondernemingen in moeilijkheden: een grondslagenonderzoek naar de doelstellingen van insolventieregulering en de verhouding tussen de Wet Gerechtelijk Akkoord en de Faillissementswet vanuit een rechtsvergelijkende, rechtseconomische en empirische invalshoek*, disseratie UGent, 2007, 292.

onderneming zelf het best weet wanneer ze bescherming nodig heeft en in theorie enkel haar belangen (en dus voortbestaan) nastreeft. Dit strookt echter niet met de praktijk: schuldenaars in moeilijkheden nemen immers geen rationele beslissingen[64]. Zij geloven (vaak onterecht) in hun eigen capaciteiten om een scheve situatie recht te trekken. Tegelijk willen ze vaak de negatieve "reclame" van een publieke reorganisatieprocedure vermijden. Dit verklaart waarom reorganisatieaanvragen uitgaande van de onderneming zelf in vele gevallen geen zoden aan de dijk meer kunnen brengen. Een tweede optie zou kunnen zijn het initiatief ook aan de schuldeisers van de onderneming toe te kennen. Voor schuldeisers, die enkel bekommerd zijn met de voldoening van hun vordering, betekent dit vaak dat zij veel vroeger een reorganisatieaanvraag bewerkstelligen. Dit geldt echter enkel voor belangrijke schuldeisers aangezien voor kleine crediteuren de kosten van het opvolgen van de financiën van de onderneming en het opstarten van de reorganisatie vaak groter zijn dat het verlies van hun vordering (*rational ignorance*)[65]. Daarnaast heeft het toekennen van initiatief aan schuldeisers ook een invloed op het gedrag van de schuldenaar: hij zal door deze dreiging vaker zelf geneigd zijn tijdig bescherming te zoeken[66]. Ten slotte kunnen ook publieke entiteiten een belangrijke rol vervullen: effectief handelsonderzoek kan per slot van rekening zeer vroeg continuïteitsproblemen aan het licht brengen.

4.1.2.1 Belgisch schuldenaarsmonopolie

In België komt het initiatief tot het openen van de procedure exclusief aan de schuldenaar toe[67]: geen enkele schuldenaar kan aldus tot een gerechtelijke reorganisatie gedwongen worden. Noch het openbaar ministerie, de rechtbank, werknemers, schuldeisers noch enige andere partij zal de procedure van reorganisatie door collectief akkoord zelfstandig kunnen opstarten. Ondanks het besef dat een exclusief initiatiefrecht voor de schuldenaar laattijdige reorganisatieaanvragen in de hand werkt, gaat met ervan uit dat de maatregelen van de openportaalbenadering deze tendens zal counteren[68].

Daarnaast bestaan er toch enkele mogelijkheden waardoor schuldeisers – zij het indirect- een reorganisatieprocedure kunnen opstarten. Eerst en vooral kunnen belangrijke schuldeisers –handelend vanuit een machtspositie- de debiteur onder druk zetten om de reorganisatie op te starten. Bovendien kunnen zij trachten minnelijk een akkoord te sluiten. Formeel gezien moeten zij echter wel de staat van faillissement afwachten om ofwel zelf, ofwel via het O.M. een faillissementsvordering in te

[64] P. COUSSEMENT, *Herstelschema's voor ondernemingen in moeilijkheden: een grondslagenonderzoek naar de doelstellingen van insolventieregulering en de verhouding tussen de Wet Gerechtelijk Akkoord en de Faillissementswet vanuit een rechtsvergelijkende, rechtseconomische en empirische invalshoek*, disseratie UGent, 2007, 294.
[65] Voor meer informatie omtrent *rational igonorance* en risicotheorie zie P. BERNSTEIN, *Against the gods: the remarkable story of risk*, Wiley, New York, 383p.
[66] P. COUSSEMENT, *Herstelschema's voor ondernemingen in moeilijkheden: een grondslagenonderzoek naar de doelstellingen van insolventieregulering en de verhouding tussen de Wet Gerechtelijk Akkoord en de Faillissementswet vanuit een rechtsvergelijkende, rechtseconomische en empirische invalshoek*, disseratie UGent, 2007, 294.
[67] Art. 17 WCO.
[68] Zie *supra.*

stellen. Ook mogelijk is de vordering, uitgaande van elke belanghebbende, tot aanstelling van een gerechtsmandataris[69]. Dit kan in geval van een kennelijke en grove tekortkoming. Het is denkbaar dat de gerechtsmandataris, die het bestuur van de onderneming op zich neemt, het vervolgens opportuun acht een reorganisatieprocedure op te starten. Belangrijk is dat dit voor de mandataris geen verplichting tegenover de schuldeisers vormt: hij oordeelt hierover in overeenstemming met de inhoud van zijn opdracht, die door de rechtbank bepaald wordt[70]. Ten slotte is wel een formeel initiatiefrecht aan de schuldeisers (belanghebbenden) en het O.M. toegekend voor het opstarten van de procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag. De grondvoorwaarden voor deze procedure zijn echter dezelfde als deze voor het faillissement. In die zin heeft dit initiatiefrecht slechts een kleine verbetering van hun positie tot gevolg[71].

4.1.2.2 Internationale inzichten

De Franse *sauvegarde*-procedure kent dezelfde regeling als België. Enkel de schuldenaar is gerechtigd een *sauvegarde* aan te vragen[7273]. De afwezigheid van een staking van betaling (wat een essentiële voorwaarde is om toegelaten te worden tot de *sauvegarde*) verantwoordt dit schuldenaarsmonopolie, aangezien de onderneming (nog) geen problemen voor haar omgeving zou mogen veroorzaken[7475]. Voor de *redressement judiciaire* liggen de zaken anders. Aangezien deze slechts kan geopend worden in geval van staking van betaling, kan zij echter moeilijk met het collectief akkoord vergeleken worden. De overdracht onder gerechtelijk gezag lijkt een beter aanknopingspunt. De schuldenaar heeft de verplichting om binnen een termijn van 45 dagen na *cessation de paiements* de *redressement* te verzoeken, gedurende welke periode hij hiertoe het alleenrecht heeft. Slaagt hij hier niet in, dan zijn ook de rechtbank, het *ministère public* (O.M.) en de schuldeisers gemachtigd deze vordering in te stellen[76]. Indien men veronderstelt dat de equivalenten van de *sauvegarde* en *redressement* respectievelijk het collectief akkoord en de overdracht onder gerechtelijk gezag zijn, komt deze regeling qua initiatiefrecht grotendeels overeen met het Belgisch systeem.

---

[69] Art. 14 WCO.
[70] H. GEINGER en P. VANLERSBERGHE, "Gerechtelijke reorganisatie: procedurele aspecten" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen,* Antwerpen, Intersentia, 2010, 121.
[71] Art. 59 WCO.
[72] Art. L 620-1 *C. Com.*
[73] F. LUCAS en H. LÉCUYER, *La réforme des procédures collectives: la loi de sauvegarde article par article*, 2006, Paris, LGDJ, 58-59.
[74] P. PÉTEL, "La réforme des plans de redressement", *LPA* 2004, 34.
[75] R. VALLIOT, "La loi du 26 juillet 2005… Le point de vue de l'administrateur judiciaire – mandataire *ad hoc* et conciliateur" *JCP E* 2005, 1515.
[76] Art. L 631-4, L 631-5 *C. Com.*

Ook in Nederland geldt voor de surseance van betaling hetzelfde systeem: enkel de schuldenaar kan een surseanceverzoek indienen[77]. Zogenaamde 'dwangsurseance', geïnitieerd door schuldeisers of publieke instanties is niet mogelijk[78]. Vernieuwend is echter het buitengerechtelijk dwangakkoord, dat door de Wet Continuïteit Ondernemingen II zal ingevoerd worden. Het prerogatief tot het opstellen van reorganisatieplan is weliswaar voorbehouden aan de schuldenaar, maar de schuldeiser kan na het verstrijken van een redelijke termijn zelf een reorganisatieplan aanbieden[79]. Dit recht kan enigszins met een initiatiefrecht vergeleken worden aangezien in het buitengerechtelijk dwangakkoord geen formele rechtsingang plaatsvindt tot na het opstellen van het reorganisatieplan.

In de USA werkt men met *voluntary* en *involuntary proceedings*. Het eerste geval komt overeen met het Belgisch schuldenaarsinitiatief[80]. Opmerkelijk is echter de *involuntary commencement,* die schuldeisers toelaat een *chapter 11* reorganisatie op te starten. Zij is echter aan strenge voorwaarden onderworpen[81]. Ten eerste moet het vereist aantal schuldeisers wiens vorderingen tegelijk een bepaald bedrag, variërend naargelang de grootte van de onderneming, moeten bereiken, instemmen met de procedure. Ten tweede moeten zij aantonen dat de onderneming haar schulden gewoonlijk niet afbetaalt. Na deze *creditor's petition* volgt een periode waarin de schuldenaar kan aantonen dat aan voornoemde voorwaarden niet voldaan is[82]. Ultiem beveelt de rechtbank al dan niet een *order for relief*, wat de reorganisatieprocedure formeel opstart. Per slot van rekening kunnen, om *abusive petitions* te vermijden, schuldeisers door de rechtbank tot een schadevergoeding veroordeeld worden wegens het ongegrond opstarten van de reorganisatieprocedure[83].

België ligt grotendeels op dezelfde lijn met de vergeleken landen. Voor pure reorganisatieprocedures blijft de schuldenaar in de meeste landen, uitgezonderd de VSA, exclusief bevoegd om de saneringsprocedure op te starten. Gezien het tijdig opstarten van de procedure de slaagkansen vergroot, moet een initiatief van publieke instanties en zelfs schuldeisers zeker overwogen worden. Zij kan een impuls vormen tot het snel opstarten van de reorganisatie en kan, mits beschermingsmaatregelen tegen abusievelijke aanvragen, een middel vormen om de doeltreffendheid van saneringsprocedures te verhogen.

---

[77] Art. 214, lid 1 Faillissementswet.
[78] B. WESSELS, *Surseance van betaling*, Kluwer, Deventer, 15-16.
[79] Art. 368 Voorstel van Wet, Wet Continuïteit Ondernemingen II.
[80] §301 U.S. Bankruptcy Code.
[81] P. COUSSEMENT, *Herstelschema's voor ondernemingen in moeilijkheden: een grondslagenonderzoek naar de doelstellingen van insolventieregulering en de verhouding tussen de Wet Gerechtelijk Akkoord en de Faillissementswet vanuit een rechtsvergelijkende, rechtseconomische en empirische invalshoek*, disseratie UGent, 2007, 305.
[82] M. CRAMES, H. EDELMAN en A. KRESS, *The fundamentals of bankruptcy and corporate reorganization*, New York, Juris Publishing, 2003, 149 – 165.
[83] P. KING en M. COOK, *Creditors' rights, debtors' protection and bankruptcy,* Matthew Bender, New York, 1997, 664.

	WCO	Surseance/WCOII	Sauvegarde/Redressement	Chapter 11
Exclusief Initiatief voor Schuldenaar?	Ja	Ja/Neen	Ja/Neen	Neen

4.1.3 GROND –EN VORMVOORWAARDEN

De grond –en vormvoorwaarden bepalen in grote mate wanneer, hoe vaak en hoe succesvol saneringsprocedures gebruikt zullen worden. In de doctrine worden grofweg twee modellen verdedigd die twee tegenovergestelde opvattingen belichamen. Ik bespreek eerst het schuldeiservriendelijke *twin peaks*-model, dat in vorige wetgevingen vaak tot uiting kwam. Nadien overlopen we de modernere en schuldenaarsvriendelijke openportaalbenadering alsook de maatregelen om misbruiken binnen dit model tegen te gaan.

4.1.3.1 Twin peaks – tweesporenbeleid

In de Wet Gerechtelijk Akkoord, die in 2009 werd vervangen door de WCO, werd het zogenaamde tweesporenbeleid geïncorporeerd[84]. Dit *twin peaks*-model bestond erin dat een onderneming bij aanvang van de procedure naargelang haar financiële staat moest afgeleid worden naar ofwel het faillissement ofwel de akkoordprocedure[85]. Concreet betekende dit dat de rechter in het kader van de reorganisatieaanvraag diende te oordelen of de onderneming nog levensvatbaar was, in welk geval hij de aanvraag diende toe te staan. Daarentegen moest men, wanneer de onderneming reeds virtueel failliet was, ten alle koste vermijden dat zij onder de akkoordprocedure bescherming kon verkrijgen. De rechter moest deze gevallen aldus naar het faillissement afleiden.

Gebaseerd op puur economisch waardebehoud, lijkt de *twin peaks*-opvatting inderdaad de efficiëntste: ze liquideert waar geen verderzetting mogelijk is (en vermijdt zo sneeuwbaleffecten) en reorganiseert in het andere geval. In de praktijk bleek dit echter niet met de werkelijkheid te stroken aangezien het tweesporenbeleid een cruciaal element over het hoofd ziet. Men gaat er immers vanuit dat ondernemingen in moeilijkheden altijd reorganisatie zullen aanvragen. Echter besloten schuldenaars, onder invloed van de mogelijkheid tot ambtshalve faillietverklaring, vaak meer niet dan wel voor reorganisatie te gaan. Bovendien creëerde de beleidsvrijheid van de rechter om hierover te oordelen grote rechtsonzekerheid in hoofde van schuldenaars. Oordelen of aan faillissementsvoorwaarden

[84] De Wet van 17 juni 1997 op het Gerechtelijk Akkoord, *BS* 28 oktober 1997. Hierna: Wet Gerechtelijk Akkoord.
[85] M. TISON en I. VEROUGSTRAETE, "Conceptuele zwaartepunten van de WCO" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen,* Antwerpen, Intersentia, 2010, 2.

voldaan is, is immers een vage en vaak subjectieve oefening, waardoor de rechtbank *de facto* autonoom over de levensvatbaarheid van een onderneming oordeelde[86].

Om deze redenen bleek de Wet Gerechtelijk Akkoord met haar tweesporenbeleid de verwachtingen niet te kunnen inlossen. De cijfers over reorganisatieprocedures waren dan ook ronduit teleurstellend[87]. Daarom besloot de wetgever met de WCO onder het motto van 'geen-reorganisatie-is-erger-dan-een mislukte' van het tweesporenbeleid af te stappen en de openportaalbenadering in te voeren.

4.1.3.2 Openportaalbenadering

De wetgever besefte terdege dat een ondernemer in zijn overweging om een reorganisatieprocedure op te starten, niet enkel rekening zal houden met zijn financiële situatie, maar eveneens met de kans dat zijn aanvraag daadwerkelijk zal ingewilligd worden. Met het opzet zoveel mogelijk ondernemingen *in going concern* te houden en zoveel mogelijk economische waarde te conserveren, houdt de openportaalbenadering de grond –en vormvoorwaarden intentioneel soepel. We bekijken achtereenvolgens het criterium van continuïteitsbedreiging, de beoordelingsmarge van de rechter en de maatregelen om misbruik tegen te gaan. Het verbod op faillietverklaring kan ook gezien worden als een onderdeel van de openportaalbenadering, maar dat komt verder ter sprake[88].

4.1.3.2.1 Continuïteitsbedreiging

De opening van een reorganisatieprocedure is slechts verbonden aan één grondvoorwaarde: continuïteitsbedreiging[89]. Slaagt een onderneming erin aan te tonen dat haar continuïteit onmiddellijk, dan wel op termijn bedreigd is, kan een procedure geopend worden. Voor rechtspersonen geldt tevens een vermoeden: wanneer verliezen het netto-actief hebben herleid tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal, gaat men ervan uit dat de continuïteit van rechtspersoon bedreigd is. *A contrario* mag men hieruit niet afleiden dat wanneer aan het voornoemde vermoeden niet voldaan is, de vennootschap zich niet in een continuïteitsbedreigende situatie zou bevinden[90].

Bovendien benadrukt de wet, compleet in overeenstemming met de openportaalbenadering, dat een toestand van faillissement de opening van een gerechtelijke reorganisatieprocedure niet verhindert. Na

[86] P. COUSSEMENT, "Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reirganisatie door een collectief akkoord", in X., *Gerechtelijke Reorganisatie,* 67.
[87] S. Remmery en G. Supply, "Wet Continuïteit Ondernemingen. Wet van 31 januari 2009: van gerechtelijk akkoord naar gerechtelijke reorganisatie", *NJW* 2009, afl. 207, 610; M. Vanmeenen, "De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen", *R.W.* 2008-09, afl. 31, 1284;
[88] Zie *Supra.*
[89] Art. 23 WCO.
[90] Art. 633 W. Venn; M. TISON, *Syllabus Handels –en Insolventierecht*, 2012.

een periode waarin de jurisprudentie deze regel met enige scepsis onthaalde, lijkt zij deze onderhands plichtsgetrouw toe te passen. Echter stelt men vast dat er zich in de rechtspraak een contentieux heeft ontwikkeld ter voorkoming van misbruiken. Aldus bestaat er een delicaat evenwicht, waarbij de rechtbank zich welwillend opstelt maar zich toch een marginaal toetsingsrecht heeft toegeëigend. Onder andere werden in de rechtspraak enkele verzoeken afgewezen omdat zij er enkel toe strekten het vermogen af te schermen van één enkele schuldeiser. Zo ook oordeelden enkele rechtbanken dat een reorganisatieverzoek kan afgewezen worden wanneer continuïteit op het moment van de aanvraag en in de toekomst compleet afwezig is/zal zijn. Deze positie valt te verdedigen aangezien er in geval van discontinuïteit bij voorbaat geen sprake kan zijn van een continuïteitsbedreiging. Aangezien de grens tussen de vaststelling van discontinuïteit en de beoordeling van de levensvatbaarheid van een onderneming fijn is, dient de rechtbank hier voorzichtig mee om te springen[91]. Rechters moeten er zich met andere woorden voor hoeden zich op basis van deze redenering uit te spreken over de levensvatbaarheid van de onderneming. De levensvatbaarheid/overlevingskansen van de onderneming vormen geenszins een criterium voor de opening van de reorganisatieprocedure. Enkel een continuïteitsbedreiging volstaat en mag in aanmerking genomen worden.

4.1.3.2.2 Prima facie en Ex-post beoordeling

Bovendien zijn niet enkel de minimale grondvoorwaarden typerend voor de openportaalbenadering, maar ook de wijze waarop zij worden toegepast. De beoordelingsmarge van de rechtbank bij de toekenning van het reorganisatieverzoek werd bewust beperkt gehouden. De rechtbank zal een verzoek moeten toestaan wanneer de grondvoorwaarden vervuld *lijken*[92]. Het gaat met andere woorden om een *prima facie*-onderzoek[93]. Wel moeten een aantal essentiële gegevens op straffe van nietigheid in het verzoekschrift opgenomen worden. Waar de rechtbank van koophandel onder de WGA nog een autoritaire *gatekeeper* was, werd haar positie onder de WCO soepeler en passiever. Het doel van de procedure verantwoordt met andere woorden dat de schuldenaar het voordeel van de twijfel verdient.

Bovendien vindt er geen beoordeling *ex-ante* van de herstelkansen van de onderneming plaats. Deze evaluatie gebeurt enkel *ex-post* na de toekenning van de opschorting en gedurende de procedure. Concreet betekent dit dat met de levensvatbaarheid van de onderneming op het moment van het

[91] M. TISON en I. VEROUGSTRAETE, "Conceptuele zwaartepunten van de WCO" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen,* Antwerpen, Intersentia, 2010, 2.
[92] Art. 24, 2§ WCO.
[93] P. COUSSEMENT, "Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord", in X., *Gerechtelijke Reorganisatie,* 67.

reorganisatieverzoek geen rekening mag gehouden worden[94]. Het ontbreken van herstelkansen kan m.a.w. niet leiden tot een afwijzing van de reorganisatieaanvraag maar enkel tot een voortijdige beëindiging van de reorganisatieprocedure tijdens de opschorting. Enkel de grondvoorwaarde van Art. 23 WCO speelt: continuïteitsbedreiging. Met deze benadering wenst men schuldeisers aan te moedigen een reorganisatieprocedure op te starten en aldus het voordeel van de twijfel te gunnen. De vaststelling of er daadwerkelijk mogelijkheden tot herstel aanwezig zijn, gebeurt dan gedurende de procedure wanneer men hierover met meer kennis van zaken kan oordelen.

4.1.3.2.3 Internationale inzichten: te schuldenaarsvriendelijk?

In Frankrijk maakt men een strikt onderscheid tussen preventieve en curatieve procedures. Essentieel blijft hier het criterium van de staking van betaling (*cessastion de paiements).* Toegang tot *sauvegarde*-procedure wordt verleend wanneer een onderneming moeilijkheden ondervindt die hij niet alleen te boven kan komen (*des difficultés que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter*)[95]. Deze voorwaarde zou goed overeenkomen met het continuïteitscriterium, ware het niet dat er een tweede voorwaarde wordt gesteld. Om toegelaten te worden tot de *sauvegarde* mag er immers nog geen staking van betaling hebben opgetreden[96]. Hierin verschilt de Franse procedure radicaal van de Belgische: bij ons verhindert de toestand van faillissement en aldus de staking van betaling de opening van de reorganisatieprocedure geenszins. De *cessation de paiements* vormt in die zin de overgang naar de curatieve procedures. Ondernemingen waar de staking van betaling reeds plaatsnam komen immers (vaak gedwongen) terecht in de *redressement judiciaire*[97]. In mate van het mogelijk zal men hier continuïteit trachten te bewerkstelligen, maar indien dit onmogelijk blijkt, gaat men over tot liquidatie (*liquidation judiciaire)*[98]. Dit verschil is echter niet zo groot als men zou denken: zowel voor als na staking van betaling zal men immers proberen te reorganiseren. Echter zal men vanaf staking van betaling niet meer van een faillissement beschermd kunnen worden door een *sauvegarde* procedure: men kan immers tot *redressement judiciaire* of, wanneer dit onmogelijk bleek, tot een *liquidation judiciare* gedwongen worden[99].

Ook Nederland lijkt eerder aan te sluiten bij de *twin peaks* benadering. Alle schuldenaars 'die voorzien dat zij met betalen van opeisbare schulden niet kunnen voortgaan' kunnen surseance aanvragen[100].

---

[94] M. TISON, "De Wet Continuïteit Ondernemingen: Het portaal naar een nieuw insolventierecht?", in A. BOSSUYT, B. DECONICKX , E. DIRIX, A. FETTWEIS en E. FORRIER (eds.), *Liber spei et amicitiae*, Brussel, Larcier, 2011, 380.

[95] C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en* difficulté, Montchrestien, Paris, 2011, 199-205.

[96] A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté: les procédures collectives de redressement et liquidation* judiciaire, Litec, Paris, 2002, 77.

[97] P. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures* collectives, Dalloz, Paris, 2009, 304.

[98] F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, Paris, 2012, 181.

[100] Art. 213 Faillissementswet.

Ook deze voorwaarde toont grote gelijkenissen met het continuïteitsbedreigingscriterium. De rechtbank is in de regel vrij om al dan niet surseance te verlenen. Enkel in drie gevallen dient zij deze te weigeren: wanneer de meerderheid van de schuldeisers zich daartegen verklaart, indien er gegronde vrees bestaat voor benadeling van schuldeisers of wanneer het vooruitzicht niet bestaat dat de schuldenaar na verloop van tijd zijn schuldeisers zal kunnen bevredigen. In deze gevallen kan de rechtbank tegelijkertijd en ambtshalve het faillissement uitspreken[101]. Men werkt echter in twee fasen. Eerst verleent de rechtbank onder voornoemde voorwaarden een 'voorlopige' surseance. Nadien stemmen de schuldeisers over het openen van de procedure en verleent de rechtbank desgevallend de 'definitieve' surseance.

De Amerikaanse *chapter 11* blijkt opnieuw de vreemde eend in de bijt. Zij stelt *de facto* geen enkele grondvoorwaarde[102]. In tegenstelling tot Europese reorganisatieprocedures, krijgt de schuldenaar toegang tot de *chapter 11* en tot de volledige bescherming tegen schuldeisers door en vanaf de loutere neerlegging van zijn *petition*, zonder dat hierop een inhoudelijke controle plaatsvindt[103]. Een toekomstige en waarschijnlijke continuïteitsbedreiging volstaat en zelfs bij afwezigheid hiervan kan dit enkel ex-post tot herroeping leiden. Net zoals bij ons geldt dat een staat van faillissement de opening van de *chapter 11* niet verhindert. Echter kan de rechter onder bepaalde voorwaarden de conversie naar een *chapter 7* bevelen[104].

	WCO	**Surseance**	**Sauvegarde/Redressement**	**Chapter 11**
Voorwaarde Continuïteitsbedreiging	ja	ja	ja	neen
Inhoudelijke Rechterlijke Controle	*prima facie*	ja	ja	neen
Ambtshalve Faillietverklaring bij Opening	neen	ja	ja	neen

In voorgaande tabel vergelijken we in welke mate de openportaalbenadering in de vergeleken landen wordt toegepast. Opvallend is dat België onder de Europese rechtstelsels zich het meest schuldenaar-vriendelijk opstelt. De *prima facie* rechterlijke inhoudelijke controle of de afwezigheid van de

[101] B. WESSELS, *Surseance van betaling*, Kluwer, Deventer, 13.
[102] P. KING en M. COOK, *Creditors' rights, debtors' protection and bankruptcy,* Matthew Bender, New York, 1997, 647.
[103] P. COUSSEMENT, *Herstelschema's voor ondernemingen in moeilijkheden: een grondslagenonderzoek naar de doelstellingen van insolventieregulering en de verhouding tussen de Wet Gerechtelijk Akkoord en de Faillissementswet vanuit een rechtsvergelijkende, rechtseconomische en empirische invalshoek*, disseratie UGent, 2007, 33.
[104] Zie *Supra.*

mogelijkheid tot ambtshalve faillietverklaring vindt men in Frankrijk en Nederland niet terug. De *chapter 11* lijkt op basis van deze tabel nog de meest 'open' openportaalbenadering toe te passen: zij stelt geen enkel van de hierboven genoemde voorwaarden. Men moet echter opletten te besluiten dat het Belgisch systeem door de band genomen evenwichtig zou zijn. Hier wordt immers noch rekening gehouden met de ambtshalve conversiemogelijkheid naar faillissement gedurende de opschorting noch met de initiatiefgerechtigde schuldeisers: beide zijn immers onmogelijk binnen de context van de WCO maar wel binnen de *chapter 11*. Louter op vlak van de openportaalbenadering zou men wel kunnen stellen dat België, zeker gezien de recente misbruikbeteugelende wijzigingen[105], erin geslaagd is een evenwichtige regelgeving op poten te zetten.

4.1.3.3 Misbruikbeteugeling – Processuele waarborgen

De WCO, zoals die werd ingevoerd in 2009, was aldus een zeer schuldenaar-vriendelijke wetgeving. De vrees voor misbruiken en abusievelijke reorganisatieaanvragen is echter deels terecht gebleken. Veel schuldenaars die *de facto* failliet waren, zochten alsnog bescherming tegen hun schuldeisers zonder reële plannen te hebben om hun onderneming te herstructureren. Gezien de zeer soepele grondvoorwaarden en beperkte rechterlijke toetsing, kon men hiertegen in de praktijk slechts beperkt optreden. Daarom heeft men, naast de reeds bestaande processuele waarborgen, *per* WCO-Reparatie heel wat maatregelen ingevoerd om misbruik te beteugelen.

4.1.3.3.1 Het verzoekschrift

De WCO 2009 stelde aan het verzoekschrift slechts minimale vereisten. Ingevolge talrijke misbruiken en de constatatie dat vele procedures mislukten omwille van het ontbreken van bepaalde elementaire gegevens, werden deze voorwaarden bij WCO-reparatiewet opnieuw verstrengd[106].

4.1.3.3.1.1 Doel van de procedure

Zoals eerder aangehaald, ligt het initiatiefrecht tot het openen van een reorganisatieprocedure volledig bij de schuldenaar[107]. Aangezien hij de enige is die de procedure opstart, is hij ook de enige die het doel van de procedure kan bepalen: schuldeisers bezitten dit prerogatief niet. Deze gang van zaken betreft voor de schuldenaar een recht maar evenzeer een plicht. Het bepalen van het doel van de procedure is namelijk een verplichte vormvoorwaarde, voorgeschreven op straffe van onontvankelijkheid van het verzoekschrift. Concreet moet de schuldenaar in het verzoekschrift

[105] Zie *Supra.*
[106] DE KEYSER, L., DELWICHE, T., ACKAERT, T., MALEKZADEM, J., "Wijzigingen aan de wet betreffende de continuïteit van de ondernemigen", *TRV* 2013, afl. 8, 743.
[107] Een uitzondering hierop is de procedure tot overdracht onder gerechtelijk gezag. Deze procedure kan eveneens door schuldeisers of door het openbaar ministerie opgestart worden op voorwaarde dat de schuldenaar in staat van faillissement bevindt. Ambtshalve opening blijft evenwel onmogelijk.

vermelden of de opschorting wordt aangevraagd met het oog op een minnelijk akkoord, collectief akkoord of een overdracht onder gerechtelijk gezag. Echter kan zij in bepaalde omstandigheden en in elke stand van de procedure op initiatief van de schuldenaar gewijzigd worden.

Louter aangeven welke procedure men wil volgen is echter niet voldoende. Tevens vermeldt de schuldenaar welke maatregelen en voorstellen hij overweegt om de rendabiliteit en solvabiliteit van zijn onderneming te herstellen en hoe hij denkt de schuldvorderingen van de schuldeisers –eventueel volgens gewijzigde modaliteiten- te voldoen.

Belangrijk is dat het doel van de procedure kan en mag verschillen voor gedeelten van de onderneming. Zo kan een procedure geopend worden als slechts een gedeelte van de onderneming kan gereorganiseerd worden. In de praktijk gebeurt het vaak dat men een gedeelte van een onderneming, die zich *in globo* in staat van faillissement bevindt, zal trachten *in going concern* te houden via een overdracht onder gerechtelijk gezag van het levensvatbare gedeelte.

4.1.3.3.1.2 Bewijs van continuïteitsbedreiging

Naast het aangeven van het doel van de procedure, moet de schuldenaar doen blijken dat aan de grondvoorwaarden voldaan is. *In concreto* is vereist een uiteenzetting van de gebeurtenissen waarop zijn verzoek is gegrond en waaruit blijkt dat naar zijn oordeel de continuïteit van zijn onderneming onmiddellijk of op termijn bedreigd is. Volstaat de motivering van de schuldenaar niet, dan kan dit aanleiding geven tot onontvankelijkheid van de aanvraag. Tevens dient de schuldenaar een elektronisch adres te vermelden waar hij gedurende de procedure kan bereikt worden.

4.1.3.3.1.3 Bij te voegen stukken

De schuldenaar dient bovendien bij het verzoekschrift volgende stukken te voegen[108]:

- De twee recentste jaarrekeningen die volgens de statuten dienden neergelegd te zijn of, indien het gaat om een natuurlijk persoon, de twee recentste aangiftes in de personenbelasting.
- Boekhoudkundige staat die het passief en actief weergeeft (=balans) en de resultatenrekening.
- Een begroting met een schatting van inkomsten en uitgaven gedurende de opschorting.
- Een volledige lijst van de erkende of beweerde schuldeisers met vermelding van het bedrag van hun vordering en eventueel de zekerheden die hiermee gepaard gaan.

De WCO 2009 bevatte hieromtrent een andere regeling. Er waren weliswaar stukken die bij het verzoekschrift dienden gevoegd te worden maar dit was niet voorgeschreven op straffe van

[108] Art. 17 WCO.

ontvankelijkheid. Ondanks deze lacune, ging men er in de rechtspraak toch vanuit dat deze regels op straffe van ontvankelijkheid moesten nageleefd worden[109]. Bovendien moesten deze gegevens niet noodzakelijk reeds bij de aanvraag neergelegd te worden. De wet voorzag in een periode van 14 dagen waarbinnen alsnog de voorgeschreven stukken konden bijgevoegd worden[110].

Ingevolge misbruiken werden voornoemde regels *per* WCO-Reparatie afgeschaft. In de huidige wetgeving zijn deze bij te voegen stukken, verplichte vermeldingen en eveneens de doelbepaling van de procedure voorgeschreven op straffe van niet-ontvankelijkheid van het reorganisatieverzoek. Bovendien moeten al deze gegevens op de dag van de neerlegging van het verzoekschrift bijgevoegd zijn. Dit om te voorkomen dat men tijd en mankracht investeert in onvolledige of abusieve reorganisatieaanvragen[111].

4.1.3.3.1.4 Internationale aspecten

In Frankrijk stelt men verregaande voorwaarden aan het reorganisatieverzoek. In de *sauvegarde* dient men uit te leggen '*la nature des difficultés qu'il rencontre et les raisons pour lesquelles qu'il n'est pas en mesure de les surmonter'*. Ook moeten een aantal belangrijke informatiestukken (zoals de lijst van schuldeisers, jaarrekening,…) bijgevoegd worden. Indien deze ontbreken, moet men de redenen vermelden omwille van dewelke deze stukken ontbreken. Het is dan aan de rechtbank om hierover volgens het normdoel van de regel te oordelen[112]. In Nederland moet men aangeven waarom men niet meer met betaling van opeisbare schulden zal kunnen doorgaan. Ook moet een gestaafde staat van baten en schulden bijgevoegd worden. Hieronder wordt ook begrepen een actuele lijst van schuldeisers[113]. De Amerikaanse *Bankruptcy Code* vereist zoals gesteld geen echt bewijs van continuïteitsbedreiging[114]. Wel moeten een aantal belangrijke stukken bij de *petition* gevoegd worden[115]. Een aantal van deze documenten kan mits motivering tot twee weken na de *petition* neergelegd worden[116].

4.1.3.3.2 Recidive

[109] M. TISON en I. VEROUGSTRAETE, "Conceptuele zwaartepunten van de WCO" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen,* Antwerpen, Intersentia, 2010, 3.
[110] M. TISON, "Ontbrekende stukken bij en verzoekschrift tot opening van een reorganisatieprocedure", *NJW* 2011, afl. 245, 471.
[111] P. COUSSEMENT, "Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reirganisatie door een collectief akkoord", in X., *Gerechtelijke Reorganisatie,* 72.
[112] Art. L. 621-1 *C. Com. Juncto* Art. 50 *Decrèt d'application;* F. LUCAS en H. LÉCUYER, *La réforme des procédures collectives: la loi de sauvegarde article par article*, 2006, Paris, LGDJ, 64.
[113] Art. 214, lid 1 Faillissementswet; B. WESSELS, *Surseance van betaling*, Kluwer, Deventer, 15.
[114] Zie *Supra*.
[115] Rule 1007. (a), (b), *Federal rules of bankruptcy procedure*.
[116] Rule 1007. (c), *Federal rules of bankruptcy procedure.*

Naast de bovengenoemde voorwaarden, heeft de wetgever nog enkele bijkomende maatregelen genomen om paal en perk te stellen aan opeenvolgende reorganisatieaanvragen. Om misbruik te beperken, werden deze regels met de WCO-Reparatiewet eveneens verstrengd[117].

Het verzoekschrift van een schuldenaar die in de voorgaande drie jaar een reorganisatieverzoek heeft gevraagd en verkregen, kan enkel aanvaard worden indien de reorganisatieprocedure ertoe strekt een overdracht van de onderneming in zijn geheel of gedeeltelijk, te bewerkstelligen. Een reorganisatie door collectief akkoord is dus onmogelijk indien deze procedure reeds in de drie voorgaande jaren werd gevoerd[118].

Kan wel toegestaan worden, een reorganisatieaanvraag van een schuldenaar die meer dan 3 jaar, maar minder dan 5 jaar tevoren reeds een reorganisatie heeft aangevraagd en verkregen. Echter zal in de nieuwe procedure niet kunnen getornd worden aan de verworvenheden van schuldeisers in de vorige procedure. Enkel aan schuldvorderingen die niet in het oude plan werden verwerkt, kunnen dus in de nieuwe procedure aan bod komen[119].

Ook in Frankrijk geldt een gelijkaardige regel waardoor nieuwe *sauvergarde*-procedures slechts mogelijk zijn wanneer het originele reorganisatieplan haar volledige uitwerking heeft gehad: *sauvegarde sur sauvegarde ne vaut*[120]. In Amerika zijn meerdere *Chapter 11 filings* mogelijk zolang men geen *discharge* van de rechtbank verkreeg. Ook na het verkrijgen van de *discharge*, is er geen specifieke regel die opeenvolgende *petitions* verbiedt (althans niet binnen de *Chapter 11*). Wel blijkt het mogelijk dat consecutieve *reorganisation petitions* als een schending van de goede trouw worden gekwalificeerd[121]. Bovendien geldt de *automatic stay* (*i.e.* opschorting) slechts 30 dagen indien men binnen het jaar reeds een *bankruptcy petition* indiende[122].

4.1.3.3.3 Opschortingsprincipe – rechterlijke controle

Het vonnis tot reorganisatie luidt een periode van algehele opschorting in. Gedurende deze periode wordt de schuldenaar bescherming tegen zijn schuldeisers geboden om hem in alle sereniteit toe te laten een reorganisatieplan te uit te werken. Op deze opschorting wordt in het volgend hoofdstuk

[117] DE KEYSER, L., DELWICHE, T., ACKAERT, T., MALEKZADEM, J., "Wijzigingen aan de wet betreffende de continuïteit van de ondernemigen", *TRV* 2013, afl. 8, 754.
[118] Art. 23, §5, eerste lid WCO.
[119] Art. 23, §5, tweede lid WCO.
[120] Art. L 620-2, tweede lid *C. Com.*; F. LUCAS en H. LÉCUYER, *La réforme des procédures collectives: la loi de sauvegarde article par article*, 2006, Paris, LGDJ, 61.
[121] Zie J. MOSS, "Consecutive Chapter 11 Filings: Use or Abuse?", *Fordham Urban Law Journal* 1991, Afl. 19 Issue 1, Article 4, 111-145.
[122] §362 (c), (3) & (4), Bankruptcy Code.

uitvoerig ingegaan. Echter bepaalt de rechtbank de modaliteiten van deze opschorting. In deze zin kan het bepalen van de modaliteiten en de duur van de opschorting als een bevoegdheid van de rechtbank gezien worden die de mogelijkheid biedt de macht van de schuldenaar gedurende de procedure ietwat te fnuiken.

De duur van de opschorting wordt initieel door de rechtbank in haar vonnis vastgelegd en kan niet langer zijn dan 6 maanden[123]. Echter kan deze opschorting op verzoek van de schuldenaar en op verslag van de gedelegeerd rechter verlengd worden voor de duur die de rechtbank bepaalt, zonder dat de totale duur van de opschorting 12 maanden mag overschrijden. Vaak zal de rechtbank de opschorting meermaals voor een korte termijn verlengen. Dit om de opschorting niet nodeloos lang te laten aanslepen en om zo groot mogelijke controle over de procedure te behouden[124]. In buitengewone omstandigheden kan de rechtbank de opschorting nog met een bijkomende zes maanden verlengen. De opschorting kan in dit geval maximum anderhalf jaar bedragen. Als buitengewone omstandigheden somt de wet exemplatief op de omvang van de onderneming, de complexiteit van de zaak en het behoud van werkgelegenheid.

In de praktijk werden verzoeken tot verlenging van de opschorting in een zeer laat stadium van de opschorting of zelf ter zitting neergelegd met de nodige praktische organisatieproblemen tot gevolg. Daarom bepaalt de WCO-Reparatie voortaan dat het verzoek tot verlenging op straffe van onontvankelijkheid uiterlijk veertien dagen voor het einde van de toegekende termijn dient neergelegd te zijn.

In Nederland geldt een gelijkaardige regeling: de duur van de surseance wordt door de rechtbank bepaald en kan maximum anderhalf jaar bedragen. Wel is deze termijn verlengbaar. Bovendien schrijft de wet, net zoals bij ons, geen minimumtermijn voor, wat de rechtbank de mogelijkheid biedt strikte controle over de procedure uit te oefenen[125]. Frankrijk hanteert dezelfde regel: de opschorting kan maximaal voor 6 maanden verleend worden maar is verlengbaar. Ook hier schrijft de wet geen minimumperiode voor[126]. In de Verenigde Staten werkt men met een ander systeem. In principe geldt het moratorium daar zolang de rechtbank de *Bankruptcy case* niet afsloot. Echter kunnen schuldeisers vorderen voor *relief* (=opheffing van de opschorting). Aldus kan de rechter op deze manier voor

[123] Art. 24, §2 WCO.
[124] Toepassing: Kh. Tongeren 6 juli 2009, *RW* 2009, 371- 372. Zoals gevonden in L. VANDAMME, *Macht en onmacht van de verschillende actoren bij reorganisatieprocedures: rechtsvergelijkend onderzoek,* Masterproef Ugent, 2012-2013, 51.
[125] Art. 223 Faillissementswet; B. WESSELS, *Surseance van betaling*, Kluwer, Deventer, 48.
[126] Art. L 621-3 *C. Com.;* F. LUCAS en H. LÉCUYER, *La réforme des procédures collectives: la loi de sauvegarde article par article*, 2006, Paris, LGDJ, 70.

bepaalde of alle schuldeisers de opschorting beëindigen wegens de in de wet voorgeschreven gronden[127].

4.1.3.3.4 Rechtsmiddelen

Schuldeisers kunnen via het uitoefenen van rechtsmiddelen misbruiken die niet door de rechter werden gecorrigeerd of niet konden gecorrigeerd worden, aanvechten. De gewone regels van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de rechtsmiddelen zijn van toepassing binnen het kader van de WCO, behoudens enkele afwijkende regels[128].

Zo is tegen het vonnis dat beslist over de vordering tot opening van de reorganisatieprocedure geen verzet mogelijk[129]. Hoger beroep kent wel doorgang en wordt ingediend bij verzoekschrift binnen de acht dagen na kennisgeving van het vonnis. Wat derdenverzet betreft, gelden de gemeenrechtelijke regels[130]. Afwijkend is tegen het vonnis dat oordeelt over de vordering tot verlenging van de opschorting geen verzet of hoger beroep mogelijk.

In Nederland werkt men met een voorlopige en definitieve surseanceverlening. Tegen de voorlopige surseanceverlening staat geen hoger beroep open. Bij definitieve afwijzing van het reorganisatieverzoek kan enkel de schuldenaar, gelet op het verbod op dwangsurseance, de appelrechter vatten[131]. In het tegenovergesteld geval kan hoger beroep ook ingesteld worden door de schuldeisers die tegen de surseanceverlening stemden[132]. Frankrijk laat zowel Cassatieberoep als hoger beroep toe voor de schuldenaar, het openbaar ministerie en de schuldeisers. Bovendien is ook derdenverzet mogelijk (*tierce oppositioin contre la décision statuant sur l'ouverture*)[133].

4.1.3.3.5 Voortijdige beëindiging

Zoals reeds aangegeven, kan de schuldenaar gedurende de opschorting niet failliet verklaard worden of in faillissement gedaagd worden. Om deze procedure aan te vatten, zal men de gerechtelijke reorganisatie eerst moeten beëindigen. Dit kan via de procedure van de voortijdige beëindiging.

---

[127] P. KING en M. COOK, *Creditors' rights, debtors' protection and bankruptcy,* Matthew Bender, New York, 1997, 159-164.
[128] Art. 29 WCO.
[129] I. VEROUGSTRAETE, A. VAN HOE, "De rechtsbescherming van schuldeisers bij een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord – La protection des créanciers dans la réorganisation judiciaire par accord collectif", *TBH* 2012, afl. 5, 444.
[130] H. GEINGER en P. VANLERSBERGHE, "Gerechtelijke reorganisatie: procedurele aspecten" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen,* Antwerpen, Intersentia, 2010, 143.
[131] B. WESSELS, *Surseance van betaling*, Kluwer, Deventer, 41-43
[132] Zie *Infra*.
[133] F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 2012, Paris, LGDJ, 264-268.

Deze procedure laat toe om in twee gevallen, op initiatief van het openbaar ministerie of van andere belanghebbenden (= schuldeisers), de procedure te beëindigen waardoor de vorderingen van de schuldeisers opnieuw herleven en waardoor een faillissementsprocedure kan geïnitieerd of verdergezet worden[134]. De gevallen waarin de rechtbank hiertoe beslist, zijn enerzijds de situatie waar de schuldenaar kennelijk niet meer in staat is de continuïteit van zijn onderneming te verzekeren. Anderzijds is voortijdige beëindiging mogelijk wanneer de informatie die aan de gedelegeerd rechter is verstrekt in het initieel verzoekschrift kennelijk onvolledig of onjuist blijkt te zijn[135].

De voortijdige beëindiging bleek in de praktijk te omslachtig en tijdrovend[136][137]. Vroeger kon namelijk pas 1 maand na het openen van de procedure een vordering tot voortijdige beëindiging worden ingediend. Omdat dit vaak in praktijk onbillijk bleek tegenover schuldeisers, werd deze wachttermijn door de WCO-Reparatie afgeschaft. Bovendien heeft de vaststelling dat schuldeisers in de praktijk slechts zelden van hun initiatiefrecht in deze materie gebruik maakten en rechtbank niets ambtshalve kon beslissen, ertoe geleid ook aan de gedelegeerd rechter een initiatief toe te kennen[138]. Ook hij kan nu de procedure van vroegtijdige beëindiging initiëren via een verslag waarin hij het toepassen van de procedure verantwoordt.

In Nederland kan de surseanceprocedure voortijdig beëindigd worden aan de hand van de vordering tot intrekking van de surseance. Dit kan geschieden op voordracht van de rechter-commissaris, bewindvoerder, schuldeisers en zelfs ambtshalve. De gronden variëren van beheer ter kwader trouw over de boedel tot schuldeisersbenadeling[139].

4.1.3.3.6 Gerechtelijke controleorganen

Voor een bespreking van de gedelegeerd rechter, voorlopig bewindvoerder en gerechtsmandataris en hun varianten naar buitenlands recht, zie hoofdstuk " Beschikkingsonbevoegdheid'.

---

[134] A. VAN HOE, "De voortijdige beëindiging van de gerechtelijke reorganisatie: enkele opmerkingen", *DAOR* 2011, Afl. 99, 430.
[135] Art. 41 WCO.
[136] DE KEYSER, "Wijzigingen aan de wet betreffende de continuïteit ondernemingen" , *TRV* 2013, 755; A. ZENNER, *Wet Continuïteit Ondernemingen – de eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 117-118.
[137] A. VAN HOE, "Continuïteit voor de wet ondernemingen", *RW* 2013-2014, afl. 3, 1214; T. LYSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 43.
[138] A. VAN HOE, "Continuïteit voor de wet ondernemingen", *RW* 2013-2014, afl. 3, 1214; T. LYSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 5.
[139] B. WESSELS, *Surseance van betaling*, Kluwer, Deventer, 107.

4.1.4 SITUATIE NA DE REORGANISATIEAANVRAAG

In vele reorganisatieprocedures verbindt men aan het indienen van het reorganisatieverzoek reeds rechtsgevolgen. Vaak genieten schuldenaars van bij de indiening van het reorganisatieverzoek van een gelijkaardige bescherming tegen schuldeisers als deze die men verkrijgt na de rechterlijke goedkeuring van het verzoek. Echter bestaan er in de meeste reorganisatieprocedures subtiele verschillen tussen de situatie voor en na toekenning van het reorganisatieverzoek. Schuldeisers dienen dan ook te weten in welke positie zij verkeren en of hen in deze overgangsperiode nog middelen tot tenuitvoerlegging, beslag, … resten.

4.1.4.1 Faillietverklaring onmogelijk

Vanaf de neerlegging van een verzoekschrift dat strekt tot het openen van de reorganisatieprocedure kan de schuldenaar niet failliet verklaard worden[140]. Dat de vordering tot faillietverklaring werd ingediend voor dan wel na het reorganisatieverzoek is van geen belang. Effectief, de schuldenaar die in faillissement gedaagd wordt, kan bescherming zoeken door een reorganisatieverzoek in te dienen. De vordering tot faillissement wordt in dat geval opgeschort zolang de rechtbank geen oordeel velt over het reorganisatieverzoek. Indien de rechtbank het verzoek afwijst, herleeft de faillissementsvordering. In het tegenovergestelde geval wordt deze beschermingsperiode verlengd gedurende de opschorting.

4.1.4.2 Verbod tegeldemaking - Opschorting middelen tenuitvoerlegging

Aan de neerlegging van het verzoek tot reorganisatie worden reeds beschermende maatregelen verbonden. Zo bepaalt Art. 22 WCO dat zolang de rechtbank geen uitspraak doet over een reorganisatieverzoek, er geen enkele tegeldemaking van roerende en onroerende goederen van de schuldenaar kan plaatsvinden als gevolg van het aanwenden van een middel tot tenuitvoerlegging. In de rechtsleer bestaat er echter discussie omtrent de draagwijdte van deze bepaling. Waar sommigen aan deze bescherming dezelfde waarde toekennen als de opschorting na opening van de procedure, wordt veelal een restrictieve interpretatie van deze bepaling voorgesteld. Zo wordt algemeen aangenomen dat niet alle middelen tot tenuitvoerlegging worden opgeschort, maar enkel deze die daadwerkelijk tot tegeldemaking van goederen leiden. Concreet zal men dit geval per geval moeten nagaan. Hieronder worden enkele speciale gevallen behandeld.

[140] Art. 30 *in fine* WCO.

4.1.4.2.1 Beslag

Bewarend beslag blijft principieel mogelijk. Bewarend beslag strekt tot het vastleggen van het onderpand van de schuldenaar zodat deze zich hiervan niet bedrieglijk kan ontdoen. Daar het geen tegeldemaking van het vermogen van de schuldenaar betreft, blijft dit middel van tenuitvoerlegging onverkort uitoefenbaar.

Anders is dit voor het uitvoerend beslag. Uitvoerend beslag beoogt, in tegenstelling tot het bewarend beslag, wel het liquideren van het vermogen van de schuldenaar. In principe betreft het dus een verboden middel van tenuitvoerlegging via tegeldemaking. Echter aanvaardt men dat uitvoerend beslag voor de opening van de procedure nog steeds kan gelegd worden, enkel de uitwerking ervan kan geen voortgang vinden. Concreet zal men uitvoerend beslag op de goederen van de schuldenaar kunnen laten leggen, maar de gedwongen verkoop blijft tot na afloop van de reorganisatie onmogelijk. Het uitvoerend beslag verkrijgt op deze wijze een bewarende werking[141].

4.1.4.2.2 Pandverzilvering

Pandverzilvering is een vorm van parate executie die de pandhouder een soepel stel regels biedt om over te gaan tot gedwongen verkoop van het in pand gegeven goed zonder met de beslagregels te moeten rekening houden. Onder het huidige pandrecht dient de pandhouder evenwel eerst machtiging van de rechter bekomen, alvorens hij tot gedwongen verkoop kan overgaan. Met de inwerkingtreding van de nieuwe Pandwet per 01/01/2017 zal deze machtiging enkel nog vereist zijn in geval van consument-pandgever.

Net als uitvoerend beslag is de pandverzilvering een middel van tenuitvoerlegging dat tegeldemaking beoogt. Het verdient de voorkeur ze op gelijke wijze te behandelen. De pandverzilvering kan in de periode na neerlegging van het reorganisatieverzoek dan ook geen doorgang vinden. Voor het pand op financiële activa geldt een afwijkende regeling conform de Wet Financiële Zekerheden[142].

[141] E. DIRIX en R. JANSEN, "De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen,* Antwerpen, Intersentia, 2010, (157) 166.

[142] Aangezien de behandeling van het pand op financiële activa niet verschilt voor de periode voor en na het openen van de reorganisatieprocedure, wordt hierop in het volgend hoofdstuk uitvoerig ingegaan.

4.2 Positie van schuldeisers gedurende de reorganisatieprocedure

4.2.1 SAMENLOOP

Bij een analyse van het Belgisch reorganisatierecht kan men niet anders dan kort stilstaan bij de figuur van de samenloop, daar zij het klassieke leerstuk is van waaruit de moderne insolventieprocedures zijn ontstaan.

Samenloop kent in het Belgisch recht geen wettelijke definitie maar werd door de rechtsleer verregaand ontwikkeld. Klassiek spreekt men van samenloop van zodra schuldeisers niet alleen concurrente schuldvorderingen hebben, maar zij ook tegelijkertijd de tenuitvoerlegging ervan nastreven[143]. Bovendien stelde het Hof van Cassatie dat, opdat er van samenloop sprake kan zijn, de bekwaamheid van de debiteur om over zijn vermogen te beschikken aan banden moet gelegd worden[144].

Concreet is er sprake van samenloop van zodra:

- Gelijktijdige aanspraken van schuldeisers op het vermogen van de debiteur.
- De bekwaamheid van de debiteur om over zijn vermogen te beschikken aan banden wordt gelegd.

Essentieel is dat een situatie van samenloop de toepassingsvoorwaarde vormt voor een strikte applicatie van het *Paritas Creditorum* principe. Met andere woorden, een situatie van *concursus creditorum* gepaard met beschikkingsonbevoegdheid van de debiteur, geeft aanleiding tot het toepassen van het principe van gelijkheid onder de schuldeisers. Dit principe valt uiteen in twee grote delen:

- Van zodra er sprake is van samenloop en *paritas creditorum*, speelt het fixatiebeginsel. Dit houdt in dat de schuldvorderingen van alle schuldeisers 'bevroren' (lees: onuitvoerbaar) worden. Hierdoor vermijdt men een race onder schuldeisers om zo snel mogelijk middelen van

[143] E. DIRIX, "Commentaar bij Art. 8 Hyp. W: Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer", OVH afl. 41, 21; *Cass* 24 maart 1977, *Arr.Cass* 1977, 802.
[144] I. VERVOORT, "Insolventie vanuit schuldeiserperspectief: samenloop bij gerechtelijk akkoord als toetssteen van een nieuw criterium bij insolventieprocedures en de impact van samenloop op de rechtstreekse vordering van de onderaannemer", in X., *Insolventierecht 2004-2005. XXXIste postuniversitaire cyclus Willy Delva,* Mechelen, Kluwer, 2006, 131.

tenuitvoerlegging aan te wenden op het vermogen van de schuldenaar. Via deze kristallisatie van schuldvorderingen krijgt men de tijd om het vermogen van de schuldenaar op een ordentelijke manier onder schuldeisers te verdelen en wordt vermeden dat de eerste crediteur met het hele vermogen aan de haal is. Het fixatiebeginsel garandeert een schuldeiser *de facto* dat andere concurrente crediteuren geen groter deel, proportioneel aan hun respectievelijke vorderingen, van het vermogen van de schuldenaar worden uitbetaald dan hijzelf.

- Een tweede gevolg van de samenloop bestaat erin dat de schuldenaar het bestuur van zijn vermogen ontnomen wordt. In feite betreft de beschikkingsonbevoegdheid zowel een voorwaarde als gevolg van de samenloop. Een neutraal bewindvoerder zal het bestuur van zijn vermogen overnemen en erover waken dat de verdeling van het vermogen op rechtvaardige wijze wordt afgewikkeld.

Opvallend is dat de doelstellingen van de verschillende Belgische insolventieprocedures merkwaardige invloeden uitoefenen op het al dan niet aanwezig zijn van een situatie van samenloop en bijgevolg op de toepassing van de klassieke regels van gelijke behandeling van schuldeisers.

4.2.1.1.1 Liquidatie en samenloop

De procedures die gericht zijn op liquidatie van het vermogen van een onderneming/vennootschap, bij uitstek het faillissement en eventueel ook de overdracht van onderneming onder gerechtelijk gezag, voldoen in grote mate aan de toepassingsvoorwaarden van de samenloop. In een faillissementsprocedure is er inderdaad sprake van *concursum creditorum* en wordt een curator aangesteld om een ordentelijke afwikkeling van de procedure mogelijk te maken.

Bijgevolg speelt het *paritas creditorum* principe ten volle. De curator, die geen enkele inspraak van de gefailleerde mag dulden, dient de schuldeisers volledig gelijk te behandelen en het vermogen van de gefailleerde volledig volgens deze principes te verdelen.

4.2.1.1.2 Reorganisatie en quasi-samenloop

In de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord, naar Belgisch recht het beste voorbeeld van een saneringsprocedure, spelen deze kenmerken echter niet ten volle. Ondanks de *concursum* creditorum worden de aanspraken van de schuldeisers niet (volledig) gefixeerd en bovendien blijft de schuldenaar volledig beschikkingsbevoegd over zijn vermogen[145].

[145] A. DE WILDE, "Gelijkheid tussen schuldeisers. Toetsing aan de hand van de Wet op de continuïteit van ondernemingen", in P. MARTENS, F. WIJCKMANS, A. DE WILDE en J. CATTARUZZA (eds.), *Tendensen in het bedrijfsrecht: Gelijke behandeling de bedrijfswereld,* Brussel, Bruylant, 2009, 89.

Bijgevolg kan hier van een klassieke samenloopssituatie geen sprake zijn. Na een periode van discussie ten tijde van de WGA, werd uiteindelijk in de rechtsleer geopteerd voor een situatie van quasi – samenloop. Deze kwalificatie *sui generis* verklaart eveneens waarom de klassieke *paritas creditorum* regels geen toepassing kennen in de reorganisatieprocedure.

Als rechtvaardiging wordt dikwijls aangehaald dat het unieke doel van de reorganisatieprocedure, met name de continuïteit van de onderneming, een stel afwijkende en soepelere regels verantwoordt.

De vaststelling dat de samenloopregels en de gelijkheid van schuldeisers niet onverkort gelden in de gerechtelijke reorganisatieprocedure roept echter meer vragen op dan het antwoorden biedt[146]. Een afwijkende regeling is omwille van het saneringsdoel inderdaad vereist, echter is het moeilijk in te vullen welke regels gewenst zijn in deze hybridevorm van samenloop[147]. De recente wetswijzigingen zijn hiervan de beste getuige. De wetgever verliet terecht de *paritas creditorum* – gedachte, maar moest bij afwezigheid van een duidelijk principe, telkens een afweging maken tussen de rechtvaardigheidsgedachte van de gelijkheid onder schuldeisers en het ultieme saneringsdoel.

Dit heeft geleid tot een unieke set regels[148]. In wat volgt zullen we volgens het schema van de klassieke gevolgen van de samenloop (fixatiebeginsel – onbekwaamheid van de schuldenaar) nagaan in welke mate deze regels nog in het Belgische en in andere buitenlandse reorganisatiesystemen terug te vinden zijn en in hoeverre de wetgever een nieuw systeem op poten gezet heeft.

4.2.2 FIXATIE – OPSCHORTING

Van zodra de rechtbank een reorganisatieverzoek goedkeurt, vangt de periode van opschorting aan. Gedurende deze periode verkrijgt de schuldenaar bescherming tegen de aanspraken van al zijn schuldeisers onder de vorm van een moratorium. Dit laat hem toe binnen de onderneming orde op zaken te stellen. Simplistisch gesteld worden in de vorderingen van de schuldeisers in grote mate onafdwingbaar. Dit principe vindt men ook terug in alle buitenlandse saneringsprocedures (de surseance – *le gel du passif – the automatic stay)*. Veronderstellende dat het nieuwe Nederlandse buitengerechtelijk dwangakkoord (WCO II) vergelijkbaar is met ons collectief akkoord, wijkt zij echter van dit principe af. Hier geniet de schuldenaar geen bescherming gedurende de periode waarin

[146] E. DIRIX, "Insolventierecht en gemeenrecht" in E. WYMEERSCH, *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch,* Antwerpen, Intersentia, 2008, (411) 413.
[147] E. DIRIX, "Gerechtelijk akkoord – juridische en conceptuele knelpunten" in M. TISON, C. VAN ACKER en J. CERFONTAINE (eds.), *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten,* Antwerpen, Intersentia, 2003, (475) 481-482.
[148] B. ALLEMEERSCH, *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Intersentia, Antwerpen, 2008, 45.

het plan wordt opgesteld en blijven schuldvorderingen uitvoerbaar. Dit is logisch gezien haar buitengerechtelijke aard.

4.2.2.1 Opschorting middelen van tenuitvoerlegging

4.2.2.1.1 Principe

Art. 30 WCO verduidelijkt de bescherming van de schuldenaar tegen zijn schuldeisers: gedurende de opschorting kan voor schuldvorderingen in de opschorting geen enkel middel van tenuitvoerlegging op de roerende of onroerende goederen van de schuldenaar worden voortgezet of aangewend. Dit moratorium bindt principieel alle schuldeisers: zowel gewone schuldeisers als de separatisten dienen het te respecteren. Ook de vordering van de schuldeiser-eigenaar wordt in de meeste gevallen getroffen. Dat ook de buitengewone schuldeisers onder het verbod vallen, was eertijds bij invoegetreding van de WCO, een belangrijke innovatie. Onder het gerechtelijk akkoord bleven de verhaalsrechten van zekerheidsschuldeisers gedurende de opschorting vaak onverkort, wat de slaagkansen van een reorganisatie excessief beknotte.

In de rechtsleer wordt geopperd dat gedurende de opschorting wel nog een mogelijkheid tot reële executie openstaat[149]. Het gaat om gevallen waarin de schuldenaar verplicht wordt de op hem rustende verbintenissen in natura uit te voeren. Daar art. 30 enkel tenuitvoerlegging op de roerende en onroerende goederen van de schuldenaar verbiedt, kan een dergelijke executie in overeenstemming met de wet beschouwd worden in die mate dat ze niet indirect het (roerend of onroerend) vermogen van de schuldenaar aantast. Bovendien leeft de reële executie op gespannen voet met het adagium *nemo potest praecise cogi ad factum*[150]. Aldus moet bv. een uithuiszetting van de debiteur krachtens een rechterlijke beslissing tijdens de opschorting mogelijk zijn. Ook het verder verbeuren van een dwangsom wordt door de opschorting niet verhinderd. De invordering zal echter geen doorgang kunnen vinden aangezien men weerom het vermogen van de schuldenaar zou aantasten.

Daarnaast regelt de wet ook de positie van mede-schuldenaren en persoonlijke zekerheidsstellers[151]. Onverminderd de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de kosteloze borgtocht, biedt de opschorting deze personen principieel geen bescherming tegen de schuldeisers van de reorganisatieverzoeker. Zij kunnen met andere woorden onverkort executie vorderen van mede-schuldenaren en persoonlijke zekerheidsstellers. De WCO beperkt echter deze mogelijkheid enigszins. Zo komt de opschorting onder voorwaarden ook ten goede aan de medeverbonden (gewezen)

[149] E. DIRIX en R. JANSEN, "De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen,* Antwerpen, Intersentia, 2010, 14.
[150] P. TAELMAN, 'Reële executie' in *Beslag- en executierecht*, Antwerpen, 2001, 235-283.
[151] Art. 33 WCO.

echtgenoot of wettelijk samenwonende partner. Daarnaast kan de natuurlijke persoon die zich kosteloos borg heeft gesteld door de rechtbank laten vaststellen dat het bedrag van de zekerheid niet evenredig is met zijn mogelijkheid, rekening houdend met zijn persoonlijke vermogenssituatie, om deze schuld af te lossen.

4.2.2.1.2 Uitzonderingen

Ondanks voorgaand principe van absoluut verbod op tenuitvoerlegging, bestaan er in de praktijk heel wat mogelijkheden voor schuldeisers om schuldvorderingen toch ten uitvoer te leggen. Deze methoden zijn gestoeld op verschillende gronden. Zo heeft de wetgever zelf enkele uitzonderingen op art. 30 WCO voorzien. Ook verbintenisrechtelijke technieken die erop gericht zijn, via het eigendomsrecht, zichzelf buiten de toepassing van Art. 30 WCO te plaatsen, worden frequent aangewend. Ten slotte veroorzaakt het sui generis-karakter van het moratorium en de formele afwezigheid van samenloop in de reorganisatieprocedure een onvolmaakte opschorting, die verscheidene gemeenrechtelijke vorderingen onverlet laat.

4.2.2.1.2.1 Revindicatie door de schuldeiser-eigenaar

De persoon in wiens hoofde tegelijkertijd de hoedanigheden verenigd zijn van titularis van een schuldvordering in de opschorting en van eigenaar van een lichamelijk roerend goed dat niet in zijn bezit is en dat als waarborg geldt, wordt binnen de WCO aangemerkt als buitengewoon schuldeiser[152]. Zijn positie gedurende de opschorting verschilt aanmerkelijk naarmate het lichamelijk goed dat niet in zijn bezit is daadwerkelijk een waarborgfunctie vervult.

4.2.2.1.2.1.1 Zekerheid: eigendomsvoorbehoud/financiële leasing

Vaak zal de eigendomstitel van de schuldeiser een loutere zekerheidsfunctie vervullen. Te denken valt onder andere aan het eigendomsvoorbehoud en de financiële leasing. Zo stelt het eigendomsvoorbehoud de overgang van de eigendomstitel bij verkoop uit tot wanneer aan bepaalde voorwaarden (meestal integrale betaling) is voldaan. Duidelijk is dat het behoud van de eigendomstitel en de revindicatievordering die zij faciliteert, een loutere zekerheidsfunctie vervullen voor het geval de koper in gebreke blijft. Ook bij financiële leasing, die *de facto* een vorm van kredietverlening is, behoudt de leassinggever de eigendomstitel van het in leasing gegeven goed voor het geval de leasingnemer zijn verplichtingen niet nakomt. Bijgevolg strekt het instellen van een revindicatievordering in deze gevallen tot het nemen van verhaal op het vermogen van de schuldenaar. Gelet op de bedoeling van de wetgever, met name alle middelen van tenuitvoerlegging die aldus tot

[152] Art. 2 WCO, f) WCO.

verhaal strekken, schorsen, moet men concluderen dat een revindicatievordering gebaseerd op zekerheidseigendom door de opschorting getroffen wordt. Derhalve kan zij geen doorgang vinden[153].

4.2.2.1.2.1.2 Als restitutie

Evenwel kan men de eigendomstitel van de schuldeiser ook kaderen in een loutere restitutieverhouding. In dit geval strekt de revindicatievordering niet tot zekerheid, maar slechts tot het opnieuw in handen krijgen van de eigen goederen zonder zich tegen de wanprestatie van de tegenpartij te willen indekken. Vaak kan men het onderscheid maken op basis van de finaliteit van de desbetreffende overeenkomst. Betreft die het overdragen van de eigendomstitel, maar wordt die overdracht bij wijze van waarborg zo lang mogelijk uitgesteld, dan zal men in de regel met zekerheidseigendom te maken hebben. In het kader van overeenkomsten die strekken tot het louter ter beschikking stellen van goederen, zal de eigendomstitel meestal tot restitutie dienen. Te denken valt aan huur/verhuur, bewaargeving en consignatie. Zo zal de verhuurder niet de bedoeling hebben het gehuurde goed over te dragen, maar het louter ter beschikking van de huurder te stellen. In geval van wanprestatie, zal een revindicatievordering uitsluitend strekken tot het in handen krijgen van het gehuurde goed, en niet tot het dekken van de onbetaalde huurgelden (die trouwens door de opschorting gevat zouden worden). Ook bij consignatie heeft men enkel de bedoeling de handelaar van een voldoende voorraad te voorzien zonder deze met het eigenaarsrisico op te schepen. Een revindicatie heeft ook hier geen zekerheidsfunctie maar betreft het recupereren van de eigen goederen die niet door de handelaar verkocht konden worden.

Aangezien de wetgever met Art. 30 WCO de bedoeling had alle middelen van tenuitvoerlegging op te schorten teneinde het vermogen van de schuldenaar in tact te houden, blijven revindicatievorderingen in het kader van restitutieverhoudingen mogelijk gedurende de opschorting. Ze strekken immers niet tot verhaal maar tot het beschermen van de eigen goederen, zodat het vermogen van de schuldenaar niet aangetast wordt[154].

4.2.2.1.2.1.3 Onbetaalde verkoper

Enige discussie bestaat omtrent de positie van de onbetaalde verkoper. In normale omstandigheden zal deze niet als schuldeiser-eigenaar kunnen geklasseerd worden aangezien de eigendomstitel bij verkoop in de regel al zal getransfereerd zijn. Dit plaatst hem in -een weliswaar bevoorrechte- positie van

[153] E. DIRIX en R. JANSEN, "De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen,* Antwerpen, Intersentia, 2010, 15-16.

[154] E. DIRIX en R. JANSEN, "De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen,* Antwerpen, Intersentia, 2010, 14.

schuldeiser in de opschorting. Bijgevolg wordt ook zijn schuldvordering onafdwingbaar. Het is echter niet ondenkbaar dat de verkoper zijn ontbindingsrecht omwille van wanprestatie zou uitoefenen. De verkoper wordt dan geacht de eigendomstitel nooit te hebben overgedragen en moet bijgevolg als eigenaar beschouwd worden. Dit leidt sommigen ertoe te stellen dat een revindicatievordering succesvol kan ingesteld worden, daar het goed waarvan hij geacht wordt altijd eigenaar geweest te zijn in theorie geen zekerheidsfunctie vervult en aldus niet door de opschorting getroffen wordt.

Duidelijk is dat deze interpretatie volledig inconsistent is met de bedoeling van de wetgever. Het leidt tot de absurde situatie waar de verkoper met eigendomsvoorbehoud de opschorting toch zou kunnen ontvluchten indien hij, in plaats van rechtstreeks te revindiceren, eerst de ontbinding van de koopovereenkomst wegens wanprestatie af zou dwingen en pas daaropvolgend 'zijn' goed zou terugvorderen. Vermits zijn eigendomstitel niet langer een waarborgfunctie vervult, zou deze revindicatie doorgang kunnen vinden. Om deze oneigenlijke gang van zaken te vermijden, verdient een interpretatie naar analogie met de verkoper met eigendomsvoorbehoud de voorkeur. Dientengevolge behoudt de revindicatievordering, ook na ontbinding, haar zekerheidsfunctie, en wordt ook zij getroffen door de opschorting.

4.2.2.1.2.2 Pandhoudende schuldeiser

De pandhoudende schuldeiser beschikt in de regel niet over het recht om zich het in pand gegeven goed toe te eigenen bij wanprestatie van de pandgever[155][156]. Hij moet voor de rechter vorderen dat, ofwel het goed hem als inbetalinggeving wordt toegewezen, ofwel dat het goed openbaar verkocht wordt[157]. Binnen de context van de WCO wordt de pandhoudende schuldeiser als een buitengewoon schuldeiser aangemerkt. Bijgevolg vallen ook zij principieel onder de normale regeling van Art. 30 WCO en kan gedurende de opschorting in de regel geen maatregel van tenuitvoerlegging genomen worden. Op dit principe bestaan echter enkele uitzonderingen.

4.2.2.1.2.2.1 Pand op financiële instrumenten/contanten/banktegoeden

Anders is de situatie voor pandhouders van financiële activa aangezien hun positie in grote mate door de Wet Financiële Zekerheden wordt bepaald. Art. 7 WCO stelt namelijk dat de WCO geen afbreuk doet aan de gelding van bijzondere wetgeving. De WFZ speelt dus ook ten volle binnen de context van de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord.

---

[155] M. VANMEENEN en A. VAN HOE, "Pand in kader van insolventieprocedures" in F. HALLEMANS, F. SAGAERT en R. VAN RANSBEECK, *Het pand, Van een oude naar een moderne zekerheid*, Brugge, Die keure, 2012, 48 (223.)
[156] Art. 2078 BW.
[157] P. FRANCOIS, "Inpandgeving – niet handelszaak" in L. CAPELLE (ed.), *Bijvoorbeeld. modellen voor het bedrijfsleven,* Mechelen, Kluwer 2006, IV.520. 1-83.

De WFZ voert voor pandhouders van financiële instrumenten/contanten/banktegoeden immers een uitzonderingsregime in. Bij wanprestatie mag de pandhouder binnen de korst mogelijke termijn en zonder ingebrekestelling op eigen gezag overgaan tot realisatie van het pand. Deze regel geldt niettegenstaande een lopende insolventieprocedure of een andere vorm van samenloop[158]. Gedurende de opschorting zijn pandhouders van financiële activa bijgevolg niet gebonden door de opschorting en kunnen zij in de regel middelen van tenuitvoerlegging aanwenden.

Echter werd voorgaand principe, bij wetswijziging in 2011, wat betreft contanten en banktegoeden enigszins verstrengd. Zo bepaalt Art. 4, §4 WFZ, dat het recht van parate executie van Art. 9, 9/1 WFZ niet geldt voor het pand op contanten of bankrekeningen. De achterliggende gedachte voor deze beperking is dat het ruime toepassingsgebied van de WFZ in vele gevallen het opschortingsprincipe uitholt waardoor het moeilijk wordt de schuldenaar voldoende bescherming te bieden. De ongehinderde uitoefening van pandrechten op contanten en bankrekeningen kan er immers toe leiden dat de onderneming, ondanks de opschorting, een aanzienlijk deel van haar liquiditeiten verliest, waardoor de kans op faillissement drastisch verhoogt[159].

Er bestaat echter een uitzondering op de uitzondering. Zo kan voornoemde parate executie toch onverkort doorgang vinden indien de pandhouder van contanten en bankrekeningen een wanprestatie van de schuldenaar bewijst. Deze wanprestatie moet betrekking hebben op één van de door de zakelijke zekerheid gewaarborgde verbintenissen.[160] Bovendien geldt voorgenoemd verbod op parate executie niet voor betrekkingen tussen publieke of financiële rechtspersonen[161]. Voor financiële instrumenten verandert er echter niets. Art. 8 WFZ geldt onverkort en wordt nog eens verduidelijkt door Art. 4, tweede lid, b) WFZ. De uitwinning van financiële instrumenten blijft dus, zelfs gedurende de opschorting, integraal uitvoerbaar.

Rechtspraak heeft zich echter in beperkte gevallen de mogelijkheid toegekend om dit recht van parate executie van een pand of financiële activa te evalueren aan de hand van het rechtsmisbruik. Aangezien de WFZ geen mogelijkheid biedt tot *a priori* evaluatie van de uitwinning, meent de rechtsleer dat het niet de bedoeling kan zijn om de fundamentele beleidskeuzes van de wetgever via de leer van het rechtsmisbreuk in vraag te stellen[162].

---

[158] Art. 8,9,9/1 WFZ.
[159] E. DIRIX en R. JANSEN, "De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen, Antwerpen, Intersentia, 2010, (157) 170.
[160] *Parl. St.* Kamer, 2010-2011, 53-1714/002, 5-11.
[161] Art. 4, 3§, a) en b) WFZ.
[162] R. JANSEN, "Rechtsmisbruik bij de uitoefening van zekerheidsrechten in de Wet Continuïteit Ondernemingen" (noot onder Voorz. Kh. Brussel 15 juni 2009) *DAOR* 2009, Afl. 91, 330.

4.2.2.1.2.2.2 Ten gunste van derden in pand gegeven schuldvorderingen

Een tweede uitzondering betreft de specifiek ten gunste van derden in pand gegeven schuldvorderingen. Hiermee wordt bedoeld de situatie waar de pandgever een specifieke schuldvordering in pand geeft ter dekking van een schuld bij de pandhouder. Uit samenlezing van de wet en de parlementaire voorbereiding ("van bij de vestiging van het pand") blijkt dat het moet gaan om schuldvorderingen van na de verpanding. Bovendien was het niet de bedoeling om deze uitzondering toe te kennen voor generieke zekerheden. Bijgevolg bepaalt de wet dat vorderingen die deel uitmaken van een breder pand op handelszaak, niet als 'specifiek' kunnen worden beschouwd.

Welke rechten heeft de pandhouder concreet wanneer de pandgever zich in een reorganisatieprocedure bevindt? Ten eerste kan hij overgaan tot kennisgeving aan de derde-schuldenaar, waardoor deze niet meer bevrijdend in de handen van de originele schuldeiser kan overgaan. Bovendien verkrijgt de pandhouder het recht om in geval van wanprestatie van de schuldenaar, niettegenstaande de opschorting, over te gaan tot verzilvering van het pand en deze sommen op zijn vordering toe te rekenen[163].

Ook de rechtspraak heeft deze gang van zaken genuanceerd[164]. Zij erkent weliswaar dat het specifiek pand op schuldvorderingen uitvoerbaar blijft tijdens de opschorting, maar eigent zich de bevoegdheid toe na te gaan of er in geval van de uitoefening van het pandrecht gedurende de opschorting geen sprake is van rechtsmisbruik. *In casu* beantwoordde de rechter deze vraag positief omdat de uitoefening van de pandrechten alle toekomstige continuïteit kan verhinderen. Rechtsleer stelt terecht dat de rechter zich bij deze beoordeling zeer terughoudend dient op te stellen om de bedoeling van de wetgever niet te ondermijnen. Een nakend faillissement kan dan ook niet als criterium voor rechtsmisbruik dienen aangezien zo de wettelijke mogelijkheid tot uitwinning gedurende de opschorting ongedaan wordt gemaakt[165].

4.2.2.1.2.3 Eigendomsoverdracht en cessie tot zekerheid

De eigendomsoverdracht tot zekerheid (fiduciaire eigendom) en cessie tot zekerheid bevinden zich in een bijzondere positie aangezien de zekerheid in kwestie niet in de vorm van een zakelijk zekerheidsrecht maar een eigendomstitel wordt aangehouden. Met betrekking tot de

[163] E. DIRIX en R. JANSEN, "De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen, Antwerpen, Intersentia, 2010, (157) 170.
[164] Voorz. Kh. Brussel 15 juni 2009, *DAOR* 2009, Afl. 91, 348.
[165] R. JANSEN, "Rechtsmisbruik bij de uitoefening van zekerheidsrechten in de Wet Continuïteit Ondernemingen" (noot onder Voorz. Kh. Brussel 15 juni 2009) *DAOR* 2009, Afl. 91, 330.

eigendomsoverdrachten in samenloopsituaties is er door de jaren heen heel wat rechtspraak verschenen. Hieruit kunnen we concluderen dat het eigendomsoverdracht tot zekerheid, bij samenloop, niet-tegenwerpelijk is aan de andere schuldeisers wegens schending van de *paritas creditorum*. Wel aanvaardt het Hof van Cassatie een conversie naar een pandrecht, voor zover aan haar geldigheidsvoorwaarden voldaan is.

De gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord doet evenwel geen formele samenloopsituatie tot stand komen. Bijgevolg zal men zich op voornoemde rechtspraak met het oog op tegenwerpelijkheid niet kunnen beroepen. Men moet aan de hand van de regels van de WCO nagaan in welke positie fiducia-eigenaars zich bevinden.

In de praktijk verschilt de positie van fiducia-eigenaars naarmate zij in het bezit zijn van het goed waarvan de eigendom ter zekerheid werd overgedragen. In het geval zij niet in het bezit zijn van deze goederen, zullen zij in dezelfde positie verkeren als de schuldeisers met eigendomsvoorbehoud. Daar de schuldeisers-eigenaars door de WCO worden aangemerkt als personen die tegelijkertijd titularis zijn van een schuldvordering in de opschorting en eigenaar zijn van een lichamelijk roerend goed dat niet in zijn bezit is en dat als waarborg geldt, zullen ook zij over een schuldvordering in de opschorting beschikken. Een revindicatievordering zal dus onder de opschorting van Art. 30 WCO vallen aangezien zij niet ter substitutie zal worden ingesteld.

Anders is de situatie voor fiduciaire eigenaars die in bezit zijn van een goed waarvan zij over de eigendomstitel beschikken. Zij worden niet alleen niet als schuldeiser-eigenaar aangemerkt, maar dienen bovendien geen actie te ondernemen om hun zekerheid aan te wenden. Zij beschikken immers reeds over de eigendomstitel. Gezien zekerheid reeds verschaft is, dient er zich geen situatie aan waar een maatregel van tenuitvoerlegging dient gevorderd te worden. Bovendien lijken de overige schuldeisers over geen enkel middel te beschikken om de eigendomsoverdracht ongedaan te maken.

Ten slotte voorziet de WFZ in een uitzondering voor financiële activa. Zo is de eigendomsoverdracht van financiële instrumenten, contanten en bankrekeningen, zelfs in het kader van een insolventieprocedure, altijd geldig en tegenwerpelijk aan de overige schuldeisers[166].

Hetzelfde geldt voor de cessie van schuldvorderingen. Voor zover aan de klassieke voorwaarden tot overdracht voldaan is, zal ook deze eigendomstitel over de schuldvordering niet onder de opschorting vallen. Een vordering om de schuldvordering ongedaan te maken, lijkt onmogelijk.

[166] Art. 12, §2 WFZ.

4.2.2.1.2.4 Schuldvergelijking

Over schuldvergelijking bestond er onder het gerechtelijk akkoord heel wat discussie. Het gerechtelijk akkoord creëerde immers een formele samenloopsituatie, wat in de regel de mogelijkheid tot schuldvergelijking en compensatie uitsluit[167].Nu echter vaststaat dat onder de huidige gerechtelijke reorganisatie van samenloop geen sprake is, lijkt deze discussie grotendeels bekoeld.

Het uitgangspunt is dat alle vormen van schuldvergelijking principieel mogelijk zijn. De wetgever heeft dit principe echter wat genuanceerd naargelang het ontstaansmoment van de schulden. Schuldvergelijking tussen "oude" (beide ontstaan voor de opschorting), blijft onbeperkt mogelijk. Daarentegen is de compensatie tussen "oude" en "nieuwe" (ontstaan tijdens de opschorting), enkel mogelijk tussen verknochte of samenhangende schulden[168].

Vroeger bestond de indruk dat de WFZ bij machte was om van voorgaande regels af te wijken waardoor nettingsovereenkomsten tussen oude en nieuwe schulden tijdens de opschorting toch doorgang zouden kunnen gevonden hebben. Dit baseerde men op de verwijzing in oud Art. 34 WCO, die een voorbehoud maakte voor de toepassing van de WFZ. Deze mogelijkheid heeft echter nooit bestaan: ook art. 14 WFZ stelt dat, opdat nettingovereenkomsten tijdens insolventieprocedures uitwerking kunnen krijgen, de schuldvorderingen reeds moeten bestaan op het moment dat de opschorting ontstaat. Deze aanhef van art. 34 WCO werd in 2011 geschrapt, waardoor alle onduidelijkheid omtrent deze mogelijkheid werd weggenomen[169].

Een speciaal geval betreft de *close-out netting*. Dit kan men definiëren als bedingen die de vervroegde opeisbaarheid bedingen van vorderingen op termijn naar aanleiding van op voorhand welbepaalde gebeurtenissen die plaatsvinden voor het verstrijken van de termijn, zodat deze vorderingen compensabel worden[170]. Simplistisch gesteld, schuldvergelijking die automatisch optreedt mits aan een bepaalde ontbindende voorwaarde is voldaan. Waar normale schuldvergelijking gedurende de opschorting principieel mogelijk is, is dit niet het geval voor close-out netting. Art. 4, §3 bepaalt immers dat close-out netting vanaf het aanvragen van de reorganisatieprocedure geen uitvoering kan krijgen, tenzij de schuldeiser zich kan beroepen op een wanbetaling. Bijgevolg zal de compensatie

[167] De enige uitzondering betreft conventionele schuldvergelijking tussen verknochte/samenhangende schulden.
[168] Art. 34 WCO.
[169] E. DIRIX en R. JANSEN, "De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen, Antwerpen, Intersentia, 2010, 29.
[170] R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 549, nr. 911 en A. VAN HOE, "Continuïteit voor de wet ondernemingen", *RW* 2013-2014, afl. 3, 1215.

tijdens de opschorting enkel bij wanbetaling kunnen plaatsvinden. In de overige gevallen valt de schuld van de ontbonden overeenkomst onder de opschorting[171][172].

4.2.2.1.2.5 Zijdelingse en Pauliaanse vordering

Aangezien er geen situatie van samenloop is, kan een zijdelingse vordering gedurende de opschorting worden ingesteld. Concreet oefent een schuldeiser als een soort 'vertegenwoordiger' de verhaalsrechten van zijn schuldenaar op een andere schuldenaar. Het provenu komt echter wel terecht in het vermogen van reorganiserende schuldenaar. Zolang geen andere schuldeisers zich melden, kan een schuldenaar vorderen dat dit provenu aan hem wordt toegekend. Daarna staat of valt alles met de medewerking van de schuldenaar. Hij kan namelijk beslissen (als *debtor in possession*) deze schulden op vrijwillige basis aan de schuldeiser over te maken (mits motivering met het oog op de continuïteit)[173]. Zonder medewerking zal men echter bot vangen, daar men in dat geval opgeschorte middelen van tenuitvoerlegging dient te vorderen.

Ook de Pauliaanse vordering kan bij afwezigheid van samenloop worden ingesteld. In dat geval zal de bedrieglijke overdracht aan de eisende schuldeisers niet tegenwerpelijk zijn. Voor hen bevindt het zich opnieuw in het vermogen van de schuldenaar. Opnieuw kan hier enkel mits medewerking van de schuldenaar een schuldeiser voldoening van zijn vordering verkrijgen[174].

4.2.2.1.2.6 Rechtstreekse vordering

Ingeval van gerechtelijke reorganisatie van een hoofdaannemer, blijft het voor de onderaannemer mogelijk een rechtstreekse vordering in te stellen tegen de bouwheer[175]. Ondanks de opschorting, kan deze uitwerking krijgen.

4.2.2.1.2.7 Overig (minnelijk kantonnement – escrow - delegatie)

Daarnaast zijn er nog een aantal andere driepartijenverhoudingen waarbij een schuldeiser niet het recht krijgt schuldvorderingen van zijn schuldenaar tenuitvoer te leggen, maar eerder een zelfstandig verhaalsrecht heeft op de schuldenaar van de schuldenaar. Te denken valt aan het minnelijk kantonnement, escrow en delegatie. Beargumenteerd kan worden dat zulke onafhankelijke

[171] Zie voor informatie over ontbindingsrecht tijdens de opschorting het hoofdstuk "continuïteit lopende overeenkomsten".
[172] R. HOUBEN, "Het gewijzigd kader voor financiële zekerheden (met inbegrip van netting)", *RW* 2012-2013, afl. 39, 1528.
[173] Zie *Infra* 'vrijwillige betaling'.
[174] E. DIRIX en R. JANSEN, "De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen, Antwerpen, Intersentia, 2010, 16.
[175] Art. 33, §5 WCO *juncto* 1798 BW.

vorderingsrechten niet als middel van tenuitvoerlegging kunnen beschouwd worden. Het gaat immers om een zelfstandig en nieuw vorderingsrecht tegenover een ander persoon dan de schuldenaar die de reorganisatieprocedure opstartte[176]. Voor een behandeling van de close-out netting gedurende de opschorting verwijs ik u naar de titel "Continuïteit van de lopende overeenkomsten".

4.2.2.1.3 Internationale Inzichten

Zowel in Frankrijk, Nederland als de Verenigde Staten kent men een variant op het verbod op tenuitvoerlegging. Nederland hanteert de volgende regel: "Gedurende de surseance kan de schuldenaar niet tot betaling van de schulden in de surseance genoodzaakt worden, alle tot verhaal van die schulden aangevangen executies worden geschorst"[177]. Ook in Frankrijk gaat men in het kader van *le gel du passif* (=fixatiebeginsel), over tot een verbod op tenuitvoerlegging: *l'interdiction des poursuites individuelles*[178]. In Amerika kadert men het principe van verbod op tenuitvoerlegging binnen de theorie van de *automatic stay*[179]: op basis hiervan worden bevroren '*vitually all creditor collection activities'*[180].

Het uitgangspunt van elk van voornoemde rechtstelsels is aldus gelijk. Alle collectieve reorganisatieprocedures (collectief akkoord, surseance, *sauvegarde* en *Chapter 11*) verbieden schuldeisers verder hun vorderingen tegelde te maken om schuldenaars gedurende de procedure bescherming te bieden. Opmerkelijk is echter dat voor het Nederlandse buitengerechtelijk dwangakkoord, zoals vervat in de WCOII, helemaal geen opschorting is voorzien. De schuldenaar krijgt bijgevolg tijdens het opstellen van het reorganisatieplan geen bescherming tegen zijn schuldeisers[181]. Wil hij dit wel, dan zal hij zijn heil in de surseance moeten zoeken. Daarnaast valt op dat de Franse *Redressement Judiciaire*-procedure, die als variant op de WCO kan beschouwd worden, dezelfde verbodsregeling kent als voor de *liquidation judiciaire* (faillissement). Hetzelfde geldt voor de regelgeving over de *automatic stay*, die dezelfde is voor de *Chapter 11* als voor *Chapter 7*.

4.2.2.1.3.1 De behandeling van zekerheidsschuldeisers: variatie

De positie van zekerheidsschuldeisers binnen de verschillende saneringsprocedures varieert sterk. In België vallen, net zoals in Frankrijk[182], ook de zekerheidsschuldeisers principieel onder de

[176] E. DIRIX en R. JANSEN, "De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen, Antwerpen, Intersentia, 2010, (157) 170.
[177] Art. 230 lid 1 Faillissementswet.
[178] Art. L 622-21 *C. Com.*
[179] 11 USC §362 (a).
[180] D. EPSTEIN, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, St. Paul, West Group, 149.
[181] Voorstel Van Wet WCO II, *internetconsultatie.nl/wco2*.
[182] F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 2012, Paris, LGDJ, 308.

opschorting[183]. Dit is echter niet het geval in Nederland: ten aanzien van executies ten behoeve van vorderingen waaraan voorrang verbonden is, geldt het verbod op tenuitvoerlegging niet[184]. De *automatic stay* binnen de *chapter 11* treft dan weer wel alle vorderingen, in kluis deze gewaarborgd door een *lien*[185]. Men kan deze situatie echter niet met de Europese rechtstelsels vergelijken daar elke schuldeiser met uitvoerbare titel als een 'zekerheidsschuldeiser' kan beschouwd worden[186].

4.2.2.1.3.2 Relief: de flexibiliteit van casuïstiek en pragmatisme

Aangezien de *Automatic stay* principieel alle vorderingen onuitvoerbaar maakt, voorziet de *Bankruptcy Code* wel in een procedure van *relief* waardoor bepaalde goederen niet langer onder de opschorting vallen[187]. Hierop kunnen bijgevolg, met respect voor de rang van zekerheidsrechten, middelen van tenuitvoerlegging genomen worden. Deze *relief* kan door de rechtbank om verscheidene redenen verleend worden[188]. Zo komen onder andere goederen in aanmerking die niet essentieel zijn voor de reorganisatie in aanmerking en kan de rechter *relief* verlenen '*for just cause'*. Deze *case-by-case-approach* biedt de schuldenaar een verregaande bescherming (die noodzakelijk is om de continuïteit te bewerkstelligen), terwijl ze tegelijkertijd de rechter genoeg flexibiliteit biedt om nutteloze afschermingen op te heffen of flagrante misbruiken aan te pakken.

4.2.2.1.3.3 Omzeilingstechnieken

In het vorige deel werd uitvoering ingegaan op allerlei technieken die tot doel hadden het verbod op executie te omzeilen. In België staat men principieel weigerachtig tegenover het aanwenden van het eigendomsrecht als zekerheid. Daarnaast bestaan er, ondanks de opschorting, een aantal andere executiemogelijkheden[189].

Een rechtsvergelijkende studie over deze omzeilingstechnieken vereist echter een verregaande kennis van de wisselwerking tussen zekerheidsrechten, het eigendomsrecht, verbintenisrechtelijke technieken en het insolventierecht. Dit zou ons in dit proefstuk te ver leiden en vormt op zich voer voor een uitvoerig doctoraat. Meer algemeen zullen de principes van de Wet Financiële Zekerheden ook in grote mate gelden in de andere Europese rechtstelsels[190]. Ook de geoorloofdheid van schuldvergelijking vindt men vaak terug (*setoff, compensation,* verrekening, …).

---

[183] Zie *Supra.*
[184] Art. 230, lid 3 Faillissementswet.
[185] Zie *Supra.*
[186] Zie *Supra*
[187] 11 USC §362 (d)
[188] D. EPSTEIN, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, St. Paul, West Group, 155.
[189] Zie *Supra.*
[190] Deze wetgevingen zijn immers gestoeld op de *EU financial colleteral directive.*

4.2.2.1.3.4 België: een verregaand verbod?

Voorgaande inzichten wekken de indruk dat België een van de meest verregaande uitvoeringsverboden kent. Dit is ook het geval. Zowel chirografaire als zekerheidsschuldeisers worden getroffen. Bovendien bestaat er, zoals in het Amerikaans recht, geen mogelijkheid om bepaalde goederen aan de opschorting te ontheffen. Alle schuldeisers in de opschorting (vergeleken met Nederland zijn dit er reeds veel), hebben aldus geen enkele mogelijkheid om deze onuitvoerbaarheid aan te vechten. Bovendien stelt men vast dat vele van de contractuele mechanismen doe het uitvoeringsverbod trachten te omzeilen, door de rechtspraak niet aanvaard worden.

Moet men dit nu als een positief als negatief punt beschouwen? Gelet op het falen van de Nederlandse surseanceprocedure en de vroegere Wet Gerechtelijk Akkoord, moet men zeggen dat onze aanpak de juiste is. De uitvoerbaarheid van vorderingen gedekt door een zekerheid 'hypothekeert' immers de kansen op het welslagen van de sanering. Echter lijkt de Amerikaanse aanpak van *relief* wel voordelen te bieden. In dat geval zou de rechter toch, volgens een *case-by-case-approach*, uitvoeringsmogelijkheden kunnen bieden. Dit lijkt mij een evenwichtige aanpak te zijn die de belangen van schuldeisers en het saneringsdoel het efficiëntst verenigt. De rechter zou op deze manier voor de sanering nutteloze uitvoeringsverboden kunnen opheffen en zo o.a. sneeuwbaleffecten en domino-faillissementen kunnen voorkomen.

4.2.2.2 Verbod beslag

Gedurende de opschorting is ook elk beslag op het vermogen van de schuldenaar verboden[191]. Dit is logisch aangezien het (uitvoerend) beslag bij uitstek hét middel van tenuitvoerlegging is. De regelgeving varieert enigszins naargelang het gaat om nieuwe beslagen tijdens de opschorting of reeds voordien gelegde beslagen.

4.2.2.2.1 Nieuwe beslagen

Tijdens de opschorting kan voor schuldvorderingen in de opschorting geen enkel beslag worden gelegd. Het verbod treft alle schuldeisers in de opschorting en verbiedt zowel bewarende als uitvoerende beslagen in de vorm van rechtstreeks beslag of beslag onder derden. Medeschuldenaars en persoonlijke zekerheidsstellers worden door art. 31 niet beschermd. Beslag op hun vermogen blijft dus mogelijk. Ook het beslag tot terugvordering ingesteld door de schuldeiser-eigenaar kan doorgang vinden indien zij kadert binnen een restitutieverhouding.

Het verbod op beslaglegging gaat in van zodra de opschorting wordt toegekend. Concreet betekent dit dat beslagen waar bij het ingaan van de opschorting nog niet is overgegaan tot gedwongen verkoop of

[191] Art. 31 WCO.

waar de opbrengst van de verkoop zich nog bij de schuldenaar bevindt, geen doorgang kunnen vinden[192]. De beslagleggende schuldeiser zal op dit provenu gedurende de opschorting geen aanspraak kunnen maken. De schuldenaar kan natuurlijk wel nog vrijwillig betalen[193].

4.2.2.2.2 Reeds gelegde beslagen

Beslagen die reeds gelegd werden voor de opschorting, kunnen niet verder uitgevoerd worden maar behouden weliswaar hun bewarende werking. Echter kan de rechtbank er handlichting van geven naar gelang de omstandigheden en na de gedelegeerd rechter, schuldeiser en schuldenaar te hebben gehoord. De opheffing van beslag mag aan de schuldeiser echter geen beduidend nadeel veroorzaken. *In concreto* gaat men na in hoeverre het beslag het doel van de procedure bemoeilijkt. Beslagen die de kansen op verderzetting van de onderneming excessief belemmeren zullen in de regel opgeheven worden[194].

4.2.2.2.3 Internationale Inzichten

Ook Nederland kent een verbod op beslag. Zoals gesteld worden gedurende de opschorting alle executies strekkende tot verhaal, waaronder het beslag, geschorst. Daarenboven vervallen alle reeds gelegde beslagen[195]. Het verbod van beslag gaat in vanaf de definitieve surseanceverlening, maar kan reeds voordien op vraag van de bewindvoerder opgelegd worden. Dit verbod laat in de periode na de reorganisatieaanvraag beslaglegging toe, maar de daadwerkelijke tegeldemaking is echter geschorst (*de facto* is dus enkel bewarend beslag mogelijk). Verschillend met België is natuurlijk dat zekerheidsschuldeisers, gezien de surseance voor hen niet geldt, wel nog kunnen overgaan tot beslag[196].

Het verbod op beslag in Frankrijk loopt in grote mate gelijk met België. Na de opening van de *sauvegarde*-procedure is geen enkel beslag meer mogelijk (*l'interdiction des procédures d'exécution)* [197]. In tegenstelling tot België, waar het verbod grotendeels ingaat bij de reorganisatieaanvraag, vormt in Frankrijk *le jugement d'ouverture* het afkappunt. Beslagen die voordien reeds definitieve uitwerking kregen (*i.e.* openbaar verkocht werden) blijven behouden. Alle

---

[192] E. DIRIX en R. JANSEN, "De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen, Antwerpen, Intersentia, 2010, 13-14.
[193] Zie *Supra.*
[194] E. DIRIX en R. JANSEN, "De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen, Antwerpen, Intersentia, 2010, 13-14.
[195] Art. 230, eerste en tweede lid Faillissementswet.
[196] B. WESSELS, *Surseance van betaling*, Kluwer, Deventer, 79.
[197] Art. L. 622-21 *C. Com.*

andere beslagen die in uitvoering waren maar nog niet definitief voltrokken, worden *caduque* (= vervallen)[198].

Eenzelfde regel geldt voor Amerikaans recht, waar de *automatic stay* de *recovery of collateral* verhindert. Vergelijkbaar met België gaat dit verbod in door het louter neerleggen van de *bankruptcy petition.* Zoals gesteld kan de rechter echter via een vordering tot *relief* beslag op bepaalde goederen in de opschorting toestaan. Bovendien kan een schuldeiser die reeds voor de procedure beslag legde, onder bepaalde omstandigheden verplicht worden het goed terug aan de schuldenaar over te maken[199].

Opnieuw stellen we vast dat België onder de continentale saneringsprocedures het meest verregaande verbod op beslag handhaaft. In tegenstelling tot Nederland, treft het beslagverbod ook de zekerheidsschuldeisers en in tegenstelling tot Frankrijk, geldt het verbod reeds tijdens de reorganisatieaanvraag. Daarnaast is het beslagverbod in de USA even uitgebreid als in België maar veel flexibeler via de vordering tot *relief,* die enige casuïstiek mogelijk maakt.

4.2.2.3 Continuïteit lopende overeenkomsten

De opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie maakt geen einde aan de lopende overeenkomsten noch aan de modaliteiten van hun uitvoering[200]. Dit is logisch met het oog op de continuïteitsgedachte. De afwezigheid van enige vorm van samenloop verantwoordt dat verbintenissen met een termijn niet direct opeisbaar worden en dat de intresten voor reeds vervallen termijnen gewoon blijven doorlopen.

De wetgever was van oordeel dat principiële continuïteit van overeenkomsten het beste past bij het doel van de procedure. Men wil de onderneming verderzetten en gunt de schuldeiser de tijd om gedurende de opschorting op zaken te stellen. Beide partijen zijn –zelfs gedurende de opschorting- gehouden hun wederzijdse verplichtingen uit te voeren. Het tegenovergestelde geval zou immers contradictorisch zijn: discontinuïteit tijdens de opschorting om continuïteit te bewerkstelligen[201]. Dit moet echter, zowel langs zijde van de debiteur[202] als crediteur, wat genuanceerd worden.

---

[198] In tegenstelling tot België behouden reeds gelegde beslagen gedurende de opschorting hun bewarend karakter niet. Net zoals in Nederland worden zij getroffen door het verval. Het belang hiervan is in de praktijk echter beperkt. Zie F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 2012, Paris, LGDJ, 312.
[199] D. EPSTEIN, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, St. Paul, West Group, 273.
[200] Art. 35, §1 WCO.
[201] E. DIRIX en R. JANSEN, "De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen, Antwerpen, Intersentia, 2010, 38.
[202] Optierecht van de debiteur: zie *Infra:* hoofdstuk beschikkingsonbevoegdheid.

4.2.2.3.1 Neutralisatie van ontbindende bedingen (en strafbedingen)

Om te vermijden dat schuldeisers het principe van continuïteit van overeenkomsten trachten te ontduiken door het opnemen van ontbindende bedingen die verwijzen naar het aanvragen van een reorganisatieprocedure, worden deze bedingen door de wet geneutraliseerd[203]. Aldus zal een overeenkomst waarin een zulk beding vervat is, niet ontbonden zijn door het aanvragen van een reorganisatieprocedure. Enkel bedingen die uitsluitend naar de reorganisatieaanvraag verwijzen door de neutralisatie getroffen worden.

De vraag rijst hoe dit principe inwerkt op de mogelijkheid van close-out netting[204]. Schuldvergelijking gecombineerd met een ontbindende voorwaarde kan immers uitvoering krijgen gedurende de opschorting in geval van wanbetaling van de schuldenaar[205]. Daarvoor is echter vereist dat men de bovenliggende overeenkomst kan ontbinden. Vermits er in de meeste gevallen een ontbindende voorwaarde in de *close-out netting* overeenkomst zal opgenomen zijn, moet ook deze voldoen aan de voorwaarden van art. 35. De ontbindende voorwaarde zal dus niet mogen verwijzen naar het openen van de reorganisatieprocedure[206].

Ook de werking van strafbedingen wordt beperkt. In de mate dat ze strekken op forfaitaire wijze de potentiële schade te dekken, blijven zij zonder gevolg tijdens de periode van opschorting en tot de integrale uitvoering van het reorganisatieplan ten aanzien van de in het plan opgenomen schuldeisers[207]. Dit ontneemt een schuldeiser niet de mogelijkheid om de werkelijk geleden schade in zijn schuldvordering in de opschorting te doen opnemen, wat echter wel de definitieve verzaking aan het strafbeding inhoudt.

4.2.2.3.2 Eenzijdige verbreking

Het principe van continuïteit impliceert weliswaar dat contracten niet louter door het openen van de reorganisatieprocedure beëindigd worden, maar het sluit tegelijkertijd de mogelijkheid tot eenzijdige verbreking van de overeenkomst niet uit. Ook tijdens de opschorting kan elke overeenkomst (net buiten insolventieprocedures) eenzijdig door een partij opgezegd worden, zolang dit niet enkel om reden van het openen van de reorganisatieprocedure gebeurt. *In concreto* zal het meestal een wanprestatie van de schuldenaar zijn die tot een ontbinding tijdens de opschorting leidt. Problematisch

[203] Art. 35, §1, eerste lid WCO.
[204] Zie *supra.*
[205] Art. 14 *juncto* 4,§3 WFZ.
[206] E. DIRIX en R. JANSEN, "De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen, Antwerpen, Intersentia, 2010, 30.
[207] Art. 35, §3 WCO.

is de eenzijdige verbreking van overeenkomsten die van vitaal belang zijn voor de continuïteit van de onderneming op basis van een wanprestatie die dateert van voor de opschorting[208].

Belangrijk is dat de rechtbank een controlebevoegdheid heeft over de verbrekingsmotieven. Zo zal zij oordelen dat een beëindiging van de overeenkomst strijdig is met de bepalingen van de WCO wanneer de verbreking in realiteit slechts is ingegeven door de reorganisatieaanvraag[209].

De gevolgen van een geldige verbreking zijn echter beperkt. De (teruggave)verbintenissen en vordering die uit de ontbinding voorvloeien, vallen immers onder de opschorting en kunnen dus niet ten uitvoer gelegd worden. De positie van deze schuldeisers en de executiemogelijkheden die hen occasioneel toch nog zouden resten, werden reeds in het vorig hoofdstuk behandeld.

4.2.2.3.3 15 – dagen regel

De wetgever voorzag echter nog in een beperking van de mogelijkheid tot éénzijdige verbreking van een overeenkomst tijdens de opschorting wegens wanprestatie. Zo vormt de contractuele wanprestatie van de schuldenaar voorafgaand aan de toekenning van de opschorting geen grond uit voor de beëindiging van de overeenkomst in zoverre de schuldenaar de wanprestatie ongedaan maakt binnen de termijn van 15 dagen na hiervoor in gebreke gesteld te zijn door de desbetreffende schuldeiser[210]. Onder "ongedaan maken" verstaat men het uitvoeren van de originele contractuele verplichtingen.

4.2.2.3.4 Retentierecht/ENAC

Ten slotte rest nog de vraag of een schuldeiser gedurende de opschorting zijn eigen prestatie mag opschorten wegens het in gebreke blijven van de tegenpartij. Dit moet principieel mogelijk zijn daar de reorganisatie geen enkele afbreuk doet aan feitelijke zekerheidsrechten uit het gemeen recht. Uiteraard moet aan de gemeenrechtelijke voorwaarden van respectievelijk het retentierecht of de *enac* voldaan zijn. Wel kan het uitoefenen van het retentierecht in sommige gevallen rechtsmisbruik uitmaken[211]. Dit wordt grotendeels beoordeeld aan de hand van het continuïteitsdoel van de procedure[212].

---

[208] Voor meer info: Zie Hoodstuk: Retentierecht/enac.

[209] E. DIRIX en R. JANSEN, "De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen, Antwerpen, Intersentia, 2010, 39.

[210] Art. 35, §1, tweede lid WCO.

[211] Antwerpen (4e kamer) 6 juni 2011, *RW* 2011-2012, afl. 16, 747.

[212] J. DE WEGGHELEIRE, "Rechtsmisbruik bij de aanwending van het (conventioneel) retentierecht in het raam van de Wet Continuïteit Ondernemingen", *RW* 2011-2012, Afl. 16, 750-753.

Echter kan men zich vragen stellen bij de wenselijkheid van deze mogelijkheid tot retentie. Het ondermijnt het principe van de continuïteit van overeenkomsten voor het geval de schuldenaar in het verleden, voor het aanvatten van de saneringsprocedure, een wanprestatie beging. De schuldeiser zal in dat geval immers zijn eigen prestatie kunnen opschorten. In de mate dat deze prestaties voor een onderneming van vitaal belang zijn, zal zij de mogelijkheid tot verderzetting van de onderneming ernstig in gedrang brengen. Continuïteit van overeenkomsten is in dit geval eerder theorie dan praktijk[213].

4.2.2.3.5 Internationale Inzichten

Met betrekking tot internationale perspectieven, valt op dat gelijkaardige bepalingen in vele saneringsprocedures aanwezig zijn. In Frankrijk kent men het principe van *Le maintien du terme*[214]. Dit houdt in dat de opening van de sauvegarde-procedure niet de opeisbaarheid van schuldvorderingen tot gevolg heeft. Geheel vergelijkbaar met ons principe van lopende overeenkomsten, blijven uitvoeringstermijnen behouden. Bovendien geldt een gelijkaardig verbod op ontbindende bedingen[215]. Alle clausules die niet corresponderen met een daadwerkelijke wanprestatie (waaronder clausules die louter refereren naar de opening van saneringsprocedures) worden voor niet geschreven gehouden. Daarnaast blijft eenzijdige verbreking wegens wanprestatie wel mogelijk, zij het dat de schuldvordering die eruit voortvloeit door de opschorting getroffen wordt ("*l'interdiction des paiements empêcherait le débiteur de la payer sur-le-champ")*[216]. Vernieuwend op dit vlak is dat wanprestaties die dateren van voor de *sauvegarde* niet als grond kunnen aangewend worden voor deze éénzijdige verbreking (*l'exception d'inexécution)*[217].

Amerika kent een ietwat verschillende aanpak. Of een overeenkomst voortloopt of opeisbaar wordt, hangt er van af of men geacht wordt over een *claim* te beschikken. Principieel worden alle *claims* opeisbaar door het openen van de procedure. Schuldeisers die een *right to payment* hebben, opeisbaar of niet, worden geacht over een *claim* te beschikken. Bijgevolg worden betalingstermijnen door het openen van de *chapter 11* opeisbaar. Echter worden prestaties, andere dan de betaling van geldsommen, niet gezien als *claims*. Deze prestaties worden bijgevolg niet opeisbaar en dienen voortgezet te worden. In de mate dat een wanprestatie tijdens de reorganisatie een grond vormt voor

---

[213] E. DIRIX en R. JANSEN, "De positie van de schuldeisers en het lot van de lopen de overeenkomsten" in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP en T. LYSENS (eds.), *Faillissement en reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, I.G.-1 – IG-55.
[214] Art. L. 622-29 *C. Com.*
[215] Art. L. 622-29. *C. Com.*
[216] F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 2012, Paris, LGDJ, 318; F. LUCAS en H. LÉCUYER, *La réforme des procédures collectives: la loi de sauvegarde article par article*, 2006, Paris, LGDJ, 152.
[217] Art. L 622-13 *C.Com.*; F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 2012, Paris, LGDJ, 318; F. LUCAS en H. LÉCUYER, *La réforme des procédures collectives: la loi de sauvegarde article par article*, 2006, Paris, LGDJ, 347.

een pecuniaire vergoeding (*money judgment*) kunnen zij nadien wel als een *claim* aangemerkt worden. In het tegenovergestelde geval, bij uitvoering in natura, verleent het reorganisatieplan tegenover deze schuldeiser geen *discharge*[218]. Bovendien is de voorzetting van lopende contracten sterk gelieerd aan de theorie van *executory contracts*[219]. De werking van ontbindende bedingen die verwijzen naar de opening van een saneringsprocedure – zogenaamde *termination-on-bankruptcy-provisions* worden door *Bankruptcy Code* sterk aan banden gelegd[220].

In Nederland bestaat er geen formeel principe van continuïteit van overeenkomst. Men volgt grotendeels de regeling van het faillissement. De basisregel volgt het NBW: de uitvoeringstermijnen lopen na surseance gewoon door[221]. Niet-opeisbare schuldvorderingen worden door de surseance dus niet plots opeisbaar. Voor wederkerige verbintenissen, waarbij zowel schuldeiser als schuldenaar nog moeten presteren geldt een alternatieve regeling[222], waarbij, wanneer de schuldenaar/bewindvoerder de overeenkomst niet wenst verder te zetten, zij van rechtswege ontbonden zal zijn[223]. Daarnaast heeft een schuldeiser tevens een recht op ontbinding: hij kan de overeenkomst wegens wanprestatie verbreken. Ook een ontbindend beding louter refererend naar de surseanceverlening wordt aanvaard. De schuldvorderingen die uit deze ontbindingen voorvloeien, vormen een schuld die door de surseance getroffen wordt[224].

Vergeleken met België sluit de Franse opvatting het meeste bij de onze aan. Nederland en de VSA hebben beiden een set rechtsregels *sui generis* die men maar moeilijk kan vergelijken. Het doel dat ze allen bewerkstelligen is weliswaar hetzelfde: verderzetting van de onderneming veronderstelt verderzetting van de overeenkomsten. Men poogt de invloed van de procedure op de lopende overeenkomsten te minimaliseren. Dit betekent wel dat ontbinding wegens wanprestatie in de meeste gevallen mogelijk blijft. Sommige rechtstelsels, waaronder België verbieden met het oog op deze minimale invloed ontbindende bedingen die louter naar de saneringsprocedure refereren.

4.2.2.4 Nieuwe overeenkomsten en voortgezette prestaties tijdens de opschorting

Nu de gerechtelijke reorganisatie geen situatie van samenloop creëert en de schuldenaar nog steeds over zijn vermogen kan beschikken, dringt een aparte regeling zich op voor handelingen gesteld en

[218] Zie voor meer info: D. EPSTEIN, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, St. Paul, West Group, 292 *e.v.*
[219] Zie Hoofdstuk: 'Optierecht van de debiteur'.
[220] 11 USC §541©, §363 (1), §365€(1); K. ADAMS, A. WALTERS en R. EISENBACH III, "Termination-on-bankruptcy provisions, some proposed language, *Business Law Today*, June 2014, 1-4.
[221] Voor meer info: B. WESSELS, *Insolventierecht: Gevolgen van de faillierverklaring (2),* Kluwer, Deventer, 348p.
[222] Zie Hoofdstuk: 'Optierecht van de debiteur'.
[223] Art. 236 *juncto* 237 Faillissementswet.
[224] E. W. J. H DE LIAGRE BÖHL, J. T DANTUMA, E. A. BROOD, *vademecum ondernemingsrecht: sanering en* faillissement, Kluwer, Deventer, 1991, 94.

overeenkomsten gesloten na het ingaan van de opschorting. In dit hoofdstuk bekijken we deze problematiek vanuit schuldeisersoogpunt. Vallen nieuwe prestaties onder het verbod van tenuitvoerlegging? Welk statuut verkrijgen deze vorderingen in daaropvolgende faillissementen? En kunnen voor deze nieuwe prestaties zekerheden bedongen worden?

4.2.2.4.1 Geen schuld 'in de opschorting'

Enkel schulden in de opschorting worden door het verbod op tenuitvoerlegging getroffen. Vallen niet onder de opschorting: schulden die verschuldigd zijn naar aanleiding van overeenkomsten ontstaan na het ingaan van de opschorting en schuldvorderingen die voortvloeien uit lopende overeenkomsten met opeenvolgende prestaties[225]. Te denken valt aan bv. huurgelden verschuldigd op basis van een huurcontract van voor de opschorting maar betaald voor prestaties verricht na het openen van de procedure.

Aangezien voornoemde schulden niet als schulden in de opschorting kunnen beschouwd worden, zijn ook de principes van Art. 30/31 WCO er niet op van toepassing. Bijgevolg kunnen schuldeisers voor deze schulden onbeperkt middelen van tenuitvoerlegging aanwenden en beslagen leggen. De ratio achter deze regel is duidelijk. Ten eerste moet een onderneming die continuïteit beoogt, bekwaam zijn om nieuwe schulden af te betalen. Indien ze dat niet kan, bevindt ze zich immers al compleet in een staat van discontinuïteit. Bovendien moedigt deze tenuitvoerleggingsmogelijkheid schuldeisers aan om met de schuldenaar toch overeenkomsten aan te gaan/voort te zetten. Beiden verhogen de kansen op daadwerkelijke verderzetting van de onderneming[226].

4.2.2.4.2 Navolgend faillissement

Ook het feit dat nieuwe schulden en schulden ontstaan naar aanleiding van voortgezette prestaties uit oude overeenkomsten in een navolgend faillissement worden aangemerkt als boedelschulden[227], zet schuldeisers aan verder met de reorganiserende onderneming te contracteren en komt ultiem de continuïteitsperspectieven ten goede. Het navolgend faillissement moet niet noodzakelijk naadloos op de reorganisatieprocedure aansluiten, maar er dient wel een nauwe band mee te bestaan. Bovendien geldt het voorgaande enkel voor schuldvorderingen voortvloeiend uit overeenkomsten. Verbintenissen voortvloeiend uit quasi-contracten of buitencontractuele aansprakelijkheid genieten bijgevolg niet van dit voorkeursregime.

---

[225] Art. 36 WCO.
[226] E. DIRIX en R. JANSEN, "De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen, Antwerpen, Intersentia, 2010, 33.
[227] Art. 37, eerste lid WCO.

4.2.2.4.3 Vestiging van nieuwe zekerheidsrechten

De klassieke opvatting die stelt dat gedurende de opschorting geen situatie van samenloop ontstaat, creëert de indruk dat het vestigen van nieuwe zekerheden nog mogelijk moet zijn. Gezien de rechten van schuldeisers gedurende de reorganisatie niet 'gefixeerd' worden, is dit ook daadwerkelijk het uitgangspunt. Tijdens de opschorting kunnen aldus allerhande zekerheden (hypotheek, omzetting van een hypothecair mandaat, pand, …) afgesloten worden. In de praktijk wakkerde dit tussen schuldeisers een stormloop aan om tijdens de opschorting zekerheden te verkrijgen. Men ging er namelijk van uit dat aard van de schuldvordering bepaald werd op het moment van de stemming. Gewone crediteuren konden op deze manier nog het karakter van buitengewoon schuldeiser in de opschorting trachten te verkrijgen, wat hun positie ter stemming aanzienlijk verbeterde.

De WCO-reparatie heeft deze praktijk aan banden gelegd en een zekere vorm van fixatie ingevoerd. De aard van een schuldvordering wordt nu bepaald op het ogenblik van het openen van de procedure[228]. Het is dus niet meer mogelijk zijn positie gedurende de opschorting te wijzigen. Deze nieuwe regel doet echter aan voorgaand principe geen afbreuk. Het vestigen van nieuwe zekerheden blijft principieel mogelijk, ze zal echter gedurende de opschorting geen uitwerking krijgen.

Na het afsluiten van de reorganisatieprocedure krijgen deze zekerheden volle uitwerking. Dit moet echter genuanceerd worden voor de situatie waar de reorganisatie naadloos wordt opgevolgd door een faillissement. In dat geval is rechtsleer het erover eens dat ook in de faillissementsprocedure deze nieuwe zekerheden geen uitwerking kunnen krijgen[229]. In alle andere gevallen krijgen de nieuwe zekerheden volle uitwerking en moeten andere schuldeisers hiermee rekening houden. Wel mogelijk is dat ze niet-tegenwerpelijk verklaard worden wanneer zij in een faillissementsprocedure door de verdachte periode gevat worden, daar de wetgever deze overeenkomsten niet van de toepassing van Art. 17 FW onttrokken heeft.

Het voorgaande geldt enkel voor officiële zekerheidsovereenkomsten die onder het *numerus clausus*-beginsel erkend worden. Verbintenisrechtelijke constructies die *de facto* een zekerheid verschaffen, maar er officieel geen zijn, blijven mogelijk gedurende de opschorting en zullen ten volle uitwerking krijgen. Bovendien is in de meeste gevallen voor het afsluiten van nieuwe zekerheden de medewerking van de schuldenaar vereist (zie voor de regels daaromtrent het hoofdstuk 'beschikkingsonbevoegdheid').

[228] Art. 2/1 WCO.
[229] E. DIRIX en R. JANSEN, "De positie van de schuldeisers en het lot van de lopen de overeenkomsten" in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP en T. LYSENS (eds.), *Faillissement en reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, I.G.-1 – IG-55.

4.2.2.4.4 Internationale inzichten

Nederland hanteert hetzelfde principe behoudens enkele uitzonderingen[230]: De surseance treft enkel schulden die reeds voor haar aanvang bestonden[231]. Schuldvorderingen ontstaan na de surseance genieten aldus niet van de uitstel van betaling en zijn voor executie vatbaar. Net als bij ons, werkt de surseance wel ten aanzien van vorderingen die ten gevolge van de surseance ontstaan, maar voortvloeien uit een reeds voordien bestaande rechtsbetrekking. Te denken valt aan schadevergoedingen die voortvloeien uit een ontbindend beding dat betrekking had op de surseanceverlening (wat is België weliswaar een verboden beding uitmaakt[232]). Wanneer een surseance binnen een periode van 1 maand wordt gevolgd door een faillissement, worden de boedelschulden in de surseance, waaronder deze voortvloeiend uit nieuwe overeenkomsten, ook als boedelschulden in het faillissement beschouwd[233]. Ook het verlenen van nieuwe zekerheden tijdens de surseance lijkt weinig waarschijnlijk. De schuldenaar is immers niet bevoegd zonder samenwerking van de bewindvoerder deze handelingen te stellen[234].

Ook in Frankrijk kent men hetzelfde principe. Worden bijgevolg niet gevat door *le gel du passif*: '*Les créances née après le jugement d'ouverture pour les besoins de la procédure sont payées à leur échéance'*[235]. Vorderingen ontstaan na de opening van de procedure en die nodig zijn voor de afwikkeling van de procedure worden aldus niet gevat door *l'interdiction des poursuites individuelles* en zijn vatbaar voor executie. Merkwaardig is dat niet alle posterieure schuldvorderingen uitvoerbaar blijven. In een poging de schuldenaar de grootst mogelijke bescherming te bieden alsook misbruiken tegen te gaan, beperkte de Franse regelgever deze uitvoerbaarheid van posterieure schuldvorderingen tot deze die 'nuttig zijn voor de afwikkeling van de procedure' en deze 'die een prestatie vormen die aan de schuldenaar omwille van zijn professionele hoedanigheid is verschaft'[236]. Voornoemde schulden worden ook in een procedure van *liquidation judiciaire* die volgt op de *sauvegarde,* gelijkgesteld met schulden die tijdens de liquidatieprocedure ontstonden[237]. Het betreft een gelijkaardige regel als de Belgische boedelschuldenregel[238]. Voor nieuwe zekerheden geldt er tijdens de *sauvegarde* een inschrijvingsverbod (*L'interdiction des inscriptions)*[239].

[230] Art. 232 Faillissementswet.
[231] Art. 233 Faillissementswet.
[232] Zie *Supra.*
[233] Art. 249 Faillissementswet; B. WESSELS, *Surseance van betaling*, Kluwer, Deventer, 125.
[234] Zie *Supra.*
[235] Art. L 622-17 *C. Com.*
[236] F. LUCAS en H. LÉCUYER, *La réforme des procédures collectives: la loi de sauvegarde article par article*, 2006, Paris, LGDJ, 124.
[237] F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 2012, Paris, LGDJ, 406.
[238] Art. 37, eerste lid WCO.
[239] Art. L 622-30. *C. Com.*

In de Verenigde Staten treft de *automatic stay* ook enkel *prepetition claims*. Bijgevolg blijft *debt collection*, net zoals in België, mogelijk voor *postpetition claims*[240]. Bovendien worden nieuw aangegane schulden in sommige gevallen beschermd door *administrative expense priorities*. Deze *priorities* garanderen dat schuldvorderingen aangegaan door de schuldenaar voor schulden die werkelijk en noodzakelijke kosten of het behoud van zijn vermogen belichamen, bij voorrang boven de chirografaire schuldeisers worden betaald. Hetzelfde geldt voor *executory contracts* (= overeenkomsten die gesloten werden voor de *automatic stay* maar waarbij men ervoor kiest ze verder uit te voeren tijdens de procedure)[241]. Zij hebben echter geen voorrang op *secured creditors* en garanderen dus geenszins, gelet op de grote hoeveel zekerheidsschuldeisers, complete betaling. Daarnaast biedt men een bijkomende bescherming voor *debtor-in-posession-financing*: de schuldeiser die de schuldenaar een bijkomende lening toestaat gedurende de procedure wordt wel bij voorrang boven de *secured creditors* uitbetaald[242].

Merkwaardig is dat, gezien de complexiteit van de materie, de verschillende rechtstelsels telkens een verschillende benadering hebben op nieuwe en voortgezette overeenkomsten tijdens de opschorting. De verklaring moet mijn inziens gezocht worden in het feit dat een saneringsprocedure zich dient aan te passen aan de myriade van zekerheidssystemen van de verschillende rechtstelsels. Desondanks komen, zeker in de continentale rechtstelsels, de uitkomsten in vele gevallen overeenkomen. Het Belgische recht ligt dan ook in lijn met de andere saneringsprocedures. Dit is logisch wanneer men rekening houdt met de ratio van dit leerstuk. Teneinde continuïteit te bewerkstelligen moedigt men schuldeisers aan met de sanerende onderneming te blijven contracteren via de voorrangspositie die aan deze nieuwe of verdergezette overeenkomsten verleend wordt.

4.2.3 HANDELINGS(ON)BEVOEGDHEID

Het tweede grote kenmerk van de samenloop is de handelingsonbevoegdheid van de schuldenaar. Hij wordt normalerwijze het bestuur over zijn vermogen ontnomen en vervangen door een neutraal persoon die met de afwikkeling van de procedure belast wordt. Bij gebrek aan samenloop blijft de schuldenaar in België gedurende de gerechtelijke reorganisatie echter principieel handelingsbevoegd. De USA en Frankrijk[243] gaan eveneens van de handelingsbevoegde schuldenaar uit, maar kennen hierop echter een groot aantal bijzondere uitzonderingen (machtigingen, bijstand, schuldeisercomités, rechterlijke controles,…). Sommige rechtstelsels baseren zich echter op het tegenovergestelde uitgangspunt. Zo is in Nederland de schuldenaar tijdens de surseance principieel

[240] D.G. BAIRD, *Elements of Bankruptcy*, Foundation Press, New York, 2001, 170.
[241] D. EPSTEIN, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, St. Paul, West Group, 323.
[242] D.G. BAIRD, *Elements of Bankruptcy*, Foundation Press, New York, 2001, 184-185.
[243] M.B. SALGADO, *Droit des entreprises en difficultés,* Parijs, Bréal, 2007, 95.

handelingsonbevoegd. Hij zal medewerking of machtiging van een bewindvoerder nodig hebben om te kunnen handelen[244].

4.2.3.1 Debtor-in-possession

De schuldenaar blijft gedurende de opschorting principieel aan het hoofd van zijn onderneming staan. Dezelfde regel geldt in Amerika (*debtor-in-possession)* en in Frankrijk (*la charge de la gestion*[245]). Het blijft voor hem mogelijk betalingen uit te voeren en contracten voort –of stop te zetten. Dit beginsel wordt verantwoord door enerzijds te wijzen op de staat van de onderneming: zij wordt verondersteld zich niet in discontinuïteit te bevinden en dient tijdens de procedure verder te blijven functioneren zoals voorheen. Bovendien gaat men ervan uit dat schuldenaars sneller tot reorganisatie zullen overgaan wanneer zij het bestuur over hun onderneming kunnen blijven uitoefenen tijdens de opschorting.

Aan het DIB beginsel zijn echter ook nadelen verbonden. Zo kan het zijn dat door wanbestuur tijdens de opschorting de verliezen zich verder opstapelen. In dat geval verkleint het *debtor-in-possession* principe de kans op continuïteit. Met het oog op het beperken van misbruiken en excessieve benadeling van schuldeisers, heeft men in België en het buitenland de rechter echter de bevoegdheid toegekend handelingen van de schuldenaar te toetsen aan de hand van bepaalde gedragsnormen. Bovendien kunnen neutrale figuren het bestuur van het vermogen van de schuldenaar in bepaalde gevallen overnemen. Nederland gaat, zoals gesteld[246], zelfs uit van de handelingsonbevoegdheid van de schuldenaar, ook tijdens de surseance. Een bijkomend populair model is het schuldeiserscomité dat controle uitoefent op het bewind van de schuldenaar.

4.2.3.1.1 Vrijwillige betaling

De opschorting staat de vrijwillige betaling door de schuldenaar van schuldvorderingen in de opschorting niet in de weg in zoverre die betaling vereist is voor de continuïteit van de onderneming. Rechtsleer geeft wel aan dat het om 'opeisbare schuldvorderingen' moet gaan. De schuldenaar dient met andere woorden de gelijkheid van schuldeisers niet te respecteren en kan zelf overgaan tot het betalen van sommige schulden aan de schuldeisers van zijn keuze.

Deze betalingen kunnen in een navolgend faillissement niet worden aangevochten op basis van het leerstuk van de verdachte periode. Ook andere aanvechtingsmogelijkheden, zoals de Pauliaanse vordering, lijken moeilijk succesvol ingesteld te kunnen worden. Aldus zijn de mogelijkheden voor

[244] Art. 288, eerste lid Faillissementswet.
[245] Art. L. 622-1 *C.Com.*
[246] Zie *Supra.*

andere schuldeisers om vrijwillige betalingen aan te vechten vrij beperkt. Ook de wetgever was zich hiervan bewust. Daarom heeft zij per WCO-Reparatie de regel ingevoerd dat deze betalingen 'vereist moeten zijn voor de continuïteit van de onderneming'. Exorbitant misbruik met als doel sommige schuldeisers te bevoordeligen kunnen op deze manier geneutraliseerd worden.

Het Belgisch principe gaat dus uit van de handelingsbevoegdheid van de schuldenaar maar tracht misbruiken en wanbeheer te voorkomen door stipuleren van 'gedragsvoorschriften'[247]. Eenzelfde systeem van *debtor-in-possession* gecombineerd met gedragsvoorschriften vindt men terug in de *Chapter 11*. Ook hier blijft de schuldenaar aan het roer van zijn onderneming staan en kan deze overgaan tot vrijwillige betalingen. Echter worden diens mogelijkheden beperkt door *Bankruptcy code*[248]. Zo kan de schuldenaar enkel handelingen stellen die kaderen binnen zijn reguliere bedrijfsuitoefening. Ook het verlenen van nieuwe zekerheden werd aan machtiging onderworpen en in bepaalde gevallen voorziet men een meldings- of machtigingsplicht aan/voor de rechter/schuldeisers[249].

Het Belgisch-Amerikaans model vereist anderzijds geenszins dat bij vrijwillige betalingen met de gelijkheid van schuldeisers wordt rekening gehouden. Betalingen dienen dus niet aan alle schuldeisers naar evenredigheid van hun vorderingen te gebeuren. Zolang men aan de vereiste van noodzakelijkheid beantwoordt, kan men sommige schuldeisers volledig voldoen terwijl andere – althans tijdens de opschorting- met lege handen achterblijven. Een andere opvatting past men toe in Nederland. Tijdens de surseance dienen betalingen te geschieden 'aan alle schuldeisers gezamenlijk en in evenredigheid hunner vorderingen'[250]. Omdat men in de praktijk geconfronteerd wordt met dwangcrediteuren, wiens verdere prestaties zo essentieel zijn voor de continuïteit dat men *de facto* gedwongen wordt diens vordering af te lossen, maakt men in praktijk wel eens uitzonderingen op deze evenredige betaling. De grondslag hiervoor wordt gezocht in het feit dat onevenredige betalingen wel legitiem kunnen zijn wanneer de positie van alle schuldeisers erdoor verbetert (ook al hebben zij geen pecuniaire vergoeding ontvangen)[251]. In Frankrijk geldt er zelfs een compleet verbod om tijdens de *sauvegarde* over te gaan tot aflossing van schulden die reeds voor de *sauvegarde* bestonden[252]. Tevens

[247] P. COUSSEMENT, "Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen,* Antwerpen, Intersentia, 2010, 65.
[248] 11 USC §363.
[249] Voor andere controlemechanismen binnen reorganisatieprocedures: Zie Hoofdstuk 'controleorganen binnen de WCO.
[250] Art. 233 Faillissementswet.
[251] B. WESSELS, *Surseance van betaling*, Kluwer, Deventer, 91.
[252] Art. L 622-7 *C.Com.*

geldt er een verbod om schulden te betalen die tijdens de *sauvegarde* ontstaan zijn[253], behoudens een waslijst uitzonderingen[254].

4.2.3.1.2 Optierecht van de debiteur

Daarnaast wordt aan de schuldenaar een optierecht toegekend met betrekking tot de continuïteit van de lopende overeenkomsten. Hij kan namelijk beslissen lopende overeenkomsten niet langer uit te voeren zonder dat aan de gemeenrechtelijke retentievoorwaarden voldaan is. Vereist is wel dat deze niet-uitvoering noodzakelijk is om een goed reorganisatieplan aan de schuldeisers te kunnen voorleggen[255]. Deze vereiste van noodzaak benadrukt nogmaals dat verderzetting van lopende overeenkomsten het uitgangspunt vormt. Het stopzetten van een overeenkomst moet dan ook een uitzondering blijven, beperkt tot de gevallen waar het zich ontdoen van bepaalde contracten essentieel is om de continuïteit van de overeenkomst te bewerkstelligen[256]. Het optierecht geldt echter niet voor arbeidscontracten[257].

Schadevergoedingen die uit de niet-uitvoering ontstaan vallen in hun geheel onder de opschorting, waardoor geen maatregelen van tenuitvoerlegging kunnen gevorderd worden[258]. Schuldeisers blijven in geval van niet-uitvoering wel zelf gerechtigd om de eigen prestatie op te schorten (*enac,…).* Zo zal de medecontractant, die gebonden was opeenvolgende prestaties te leveren, ook zijn prestatie kunnen opschorten (te denken valt onder andere aan huurcontracten,…).

In Nederland geldt voor wederkerige overeenkomsten, waarbij de schuldenaar bij het openen van de procedure nog niet volledig heeft gepresteerd, eveneens een optierecht voor de debiteur. De overeenkomst wordt normalerwijs niet meer uitgevoerd, tenzij de debiteur binnen redelijke termijn verklaart de overeenkomst gestand te doen[259]. In dat geval moet hij voor deze nakoming zekerheid stellen[260]. Er gelden afwijkende regels voor specifieke contracten (huur[261], huurkoop, pacht, arbeidsovereenkomsten[262],…). Ook in Frankrijk geldt een gelijkaardige regeling (l*a résiliation du contrat en cours)*[263]. De Verenigde staten past men de theorie van *executory contracts* toe[264]. Deze

[253] F. LUCAS en H. LÉCUYER, *La réforme des procédures collectives: la loi de sauvegarde article par article*, 2006, Paris, LGDJ, 102.
[254] Art. L 622-17 *C.Com.*
[255] Art. 35, §2 WCO.
[256] I. VEROUGSTRAETE, A. VAN HOE, "De rechtsbescherming van schuldeisers bij een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord – La protection des créanciers dans la réorganisation judiciaire par accord collectif", *TBH* 2012, afl. 5, 444.
[257] A. ZENNER, *Wet Continuïteit Ondernemingen. De eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 106, nr. 62.
[258] Art. 35, §2, tweede lid WCO
[259] B. WESSELS, *Surseance van betaling*, Kluwer, Deventer, 99.
[260] Art. 236 Faillissementswet.
[261] Art. 238 Faillissementswet.
[262] Art. 239 Faillissementswet.
[263] Art. L. 622-13 *C.Com.*; F. LUCAS en H. LÉCUYER, *La réforme des procédures collectives: la loi de sauvegarde article par article*, 2006, Paris, LGDJ, 115.
[264] D.G. BAIRD, *Elements of* Bankruptcy, Foundation Press, New York, 2001, 109.

stelt dat wederkerige verbintenissen die bij het openen van de procedure nog niet (volledig) werden uitgevoerd, naar keuze van de debiteur kunnen voortgezet (*assumption)* of stopgezet (*rejection*) worden[265].

4.2.3.2 Controleorganen in de WCO

Om flagrant misbruik van het voornoemd DIB-principe tegen te gaan, heeft de wetgever, naast enkele gedragsregelen, toch mechanismen en organen in het leven geroepen die het bewind van de schuldenaar over zijn onderneming controleren, en het in sommige gevallen van hem overnemen. We overlopen eveneens de buitenlandse varianten.

4.2.3.2.1 Gerechtsmandataris

De gerechtsmandataris is een orgaan dat bijstand verleent aan de schuldenaar. In tegenstelling tot de akkoordwetgeving is de aanstelling van een gerechtsmandataris niet meer verplicht. Het is wel nog mogelijk voor de schuldenaar en belanghebbende derden om de aanstelling van een gerechtsmandataris te vorderen voor zoverre dit nuttig is om de doelstelling van de gerechtelijke reorganisatie te bereiken. Ambtshalve kan deze mandataris niet benoemd worden[266]. De gerechtsmandataris verleent bijstand aan de schuldenaar met betrekking tot het bestuur over zijn onderneming . Zijn concrete taak wordt verder door de rechtbank bepaald. Echter is de zijn taak altijd beperkt tot het verlenen van bijstand, aan de bestuursbevoegdheid van de schuldenaar wordt niet geraakt. Indien zijn aanstelling door de schuldenaar gevorderd werd, kan de rechtbank geen verregaandere maatregelen opleggen dan deze die gevorderd werden. Gaat het initiatief uit van een schuldeiser, dan kan de rechtbank alle maatregelen opleggen die zij nuttig acht, ongeacht deze die door de schuldeiser gevraagd werden.

Echter kan de effectiviteit van deze regeling in vraag gesteld worden. De kosten die de aanstelling van de gerechtsmandataris teweegbrengen, moeten immers gedragen worden door diegene die zijn aanstelling verzocht. In vele gevallen zullen schuldeisers niet bereid zijn deze kosten te betalen waardoor de aanstelling van een mandataris in vele gevallen eerder een theoretische mogelijkheid blijft. Wel mogelijk is indirecte druk van de schuldeisers op de schuldenaar om zelf de aanstelling van een mandataris te verzoeken. Ook een eventuele vordering tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder kan een pressiemiddel vormen[267].

---

[265] D. EPSTEIN, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, St. Paul, West Group, 321.
[266] Art. 27 WCO.
[267] P. COUSSEMENT, "Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen,* Antwerpen, Intersentia, 2010, (65) 83.

In Frankrijk kent men op dat vlak de '*administrateur*'[268]. Deze persoon wordt verplicht aangesteld voor grote ondernemingen. Zijn taak kan variëren en bestaat uit een door de wet vastgestelde bevoegdheid en bijkomende, facultatieve en door de rechter verleende bevoegdheden. In de meeste gevallen zal de '*administrateur'* echter gewoon toezicht houden op het beleid van de schuldenaar. Daarnaast is soms vereist dat de schuldenaar alvorens te handelen, de goedkeuring van de *administrateur* nodig heeft[269]. In deze hoedanigheid verwordt deze figuur eerder tot een kruising tussen de gerechtsmandataris en de voorlopig bewindvoerder.

4.2.3.2.2 Voorlopig bestuurder

Naast een gerechtsmandataris kan in uitzonderlijke omstandigheden ook een voorlopig bestuurder worden aangesteld[270]. Deze figuur ontneemt de schuldenaar wel het beheer van zijn onderneming en vervangt hem als bestuursorgaan. Aangezien dit een inbreuk vormt op het DIB-principe, kan dit slechts wanneer de schuldenaar een kennelijke grove fout heeft begaan of blijk geeft van kennelijk kwade trouw, die door de aanvrager moet bewezen worden. In praktijk bestaan deze gronden uit fraude, manifest wanbeheer of het verstrekken van valse informatie. De slechte financiële situatie van de onderneming wordt niet aanvaard als bewijs van kennelijk grove fout[271]. De vordering kan ingesteld worden door het openbaar ministerie en elke belanghebbende (schuldeisers, werknemers,…). In tegenstelling tot de regeling omtrent de gerechtsmandataris, vallen de kosten niet principieel ten laste van de aanvrager. De rechter heeft hierover beslissingsvrijheid, waardoor de kosten normalerwijze ten laste van de onderneming zullen gelegd worden.

In Nederland wordt op dit vlak altijd een bewindvoerder aangesteld. Dit is logisch gezien de schuldenaar gedurende de surseance handelingsonbekwaam is[272] in die zin dat hij het vrije beheer en de vrije beschikking over het ondernemingsvermogen verliest. Essentieel is dat schuldenaar en bewindvoerder samenwerken. Zij oefenen in theorie beiden de controle over de onderneming uit. De schuldenaar kan nog steeds grote invloed uitoefenen op het beleid in die zin dat hij 'maar' de machtiging van de bewindvoerder nodig heeft om beslissingen te nemen[273]. Inbreuken op deze goedkeuringsvereiste worden gesanctioneerd door het intrekken van de surseance[274], het exclusief beheer door de bewindvoerder en eventueel door strafsancties.

---

[268] Art. L. 622-4. *C.Com.*
[269] F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 2012, Paris, LGDJ, 331.
[270] Art. 28 WCO.
[271] P. COUSSEMENT, "Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke Reorganisatie, Getest, Gewikt en Gewogen,* Antwerpen, Intersentia, 2010, (65) 84.
[272] Zie *Supra.*
[273] Art. 228 Faillissementswet.
[274] Art. 242 Faillissementswet.

De Amerikaanse variant van de voorlopig bestuurder betreft de *trustee*[275]. Deze figuur wordt slechts in de minderheid van de gevallen door de rechtbank benoemd en vormt een uitzondering op het DIB-principe. Hij kan slechts benoemd worden '*for cause'* (wat meestal zoveel betekent als fraude door de DIB) of wanneer zijn aanstelling *'in the interest of the creditors'* is. Zijn taak bestaat uit *'operating the business and formulating the Chapter 11 plan'*. Aangezien in vele gevallen de schuldenaar zelf beter geplaatst zal zijn om de dagelijkse leiding van de onderneming op zich te nemen, wordt vaak nagelaten een *trustee* aan te stellen[276]. In het geval geen *trustee* werd benoemd kan desnoods een *examiner* aangesteld worden. Deze figuur neemt in theorie de dagelijkse leiding van de onderneming niet op zich en beperkt zich tot het controleren van de het beleid van de schuldenaar. In de praktijk blijkt het verschil tussen de *trustee* en de *examiner* veel vager te zijn[277].

4.2.3.2.3 Gedelegeerd rechter

In elke procedure wordt onmiddellijk na de reorganisatieaanvraag een gedelegeerd rechter aangesteld[278]. Zijn taak bestaat erin te waken over de naleving van de WCO en licht de rechtbank in over de evolutie van de toestand van de schuldenaar. Daartoe kan hij de schuldenaar en elke andere relevante persoon horen[279]. Op die manier wordt het DIB-principe niet geschonden, maar heeft men toch een persoon die gedurende de reorganisatie een oogje in het zeil houdt en melding kan maken van misbruiken. Men kan zich echter wel vragen stellen of het toezicht van de gedelegeerd rechter volstaat. Daarnaast rekent men vooral op de schuldeisers zelf om hun belangen te waarborgen en eventueel het initiatief te nemen om een mandataris of voorlopig bestuurder aan te stellen.

De Nederlandse variant van de gedelegeerd rechter is de rechter-commissaris. De rechter-commissaris kan (het gaat niet om een verplichting) aangesteld worden door de rechtbank en heeft als taak de bewindvoerders op hun verzoek van advies te dienen[280]. Ook op verzoek van deze laatste kan de rechter-commissaris getuigen horen of een deskundigenonderzoek bevelen. Het is echter niet de bedoeling dat de rechter-commissaris toezicht houdt op het beleid van de bewindvoerder. Dit zou immers de grenzen tussen surseance en faillissement te zeer vervagen[281].

4.2.3.2.4 Internationale inzichten: schuldeisercomités

[275] Rule 1104, *Federal rules of bankruptcy procedure*.
[276] D. EPSTEIN, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, St. Paul, West Group, 412.
[277] D. EPSTEIN, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, St. Paul, West Group, 413.
[278] Art. 18 WCO.
[279] Art. 19 WCO.
[280] Art. 223a Faillissementswet.
[281] B. WESSELS, *Surseance van betaling*, Kluwer, Deventer, 50.

De mogelijkheid van de rechtbank om ambtshalve in de WCO-procedure in te grijpen en maatregelen te nemen die een ordentelijke afwikkeling van de procedure beogen, is zeer beperkt. Grotendeels betrouwt men in België op de schuldeisers om een oogje in het zeil te houden en desnoods een vordering bij de rechtbank aanhankelijk te maken. Dit blijkt om twee redenen echter niet altijd de meest efficiënte gang van zaken[282]. Ten eerste blijken schuldeisers in de praktijk passieve actoren te zijn die eveneens een kosten-batenafweging maken. De kosten en tijd die zij willen investeren in de controle van de schuldenaar en het vorderen van maatregelen, is recht evenredig met de grootte van hun vordering. Indien zij slechts over een kleine vordering beschikken, zullen de kosten om zich met de afwikkeling van de procedure te houden te groot zijn. In dat geval spreekt men van *rational ignorance*. Bijgevolg zullen enkel schuldeisers met een grote vordering een *incentive* hebben om de procedure te beïnvloeden. Ten tweede hebben deze grote schuldeisers een voorkeur voor liquidatieprocedures. Zij hebben vaak weinig te winnen bij een reorganisatie vanwege hun voorrangspositie in een faillissement[283]. Concluderend stelt men bijgevolg vast dat enkel de grote schuldeisers, die een faillissement prefereren, zich zullen informeren omtrent de saneringsprocedure. Bevorderlijk voor een goede afloop van de reorganisatie is dit allerminst. Om dit *incentive*-probleem te vermijden, voerde men in verscheidene rechtstelsels schuldeisercomités in. Dit comité bestaat uit een doorsnede van alle schuldeisers en vertoont bijgevolg in theorie geen *liquidation bias*. Daarnaast houdt zij de kosten van informatie laag daar niet alle kleine schuldeisers afzonderlijk de schuldenaar moeten controleren. In België heeft men helaas nagelaten een zulk comité in te voeren. Nochtans had dit, gelet op de beperkte controlebevoegdheid van de rechter en de nadruk op schuldeisers om hun positie actief te waarborgen, een grote meerwaarde voor de WCO betekend. We overlopen de buitenlandse varianten.

4.2.3.2.4.1 Chapter 11: creditors' committee

30 dagen na de neerlegging van de *bankruptcy petition* wordt het wettelijk schuldeiserscomité samengesteld[284]. In de regel bestaat dit comité uit de 7 grootste chirografaire schuldeisers die erin willen zetelen[285]. Voor kleine ondernemingen, waar vaak niet genoeg bereidwillige schuldeisers kunnen gevonden worden, is het mogelijk dat de bevoegdheden van de schuldeisersvergadering aan de *trustee*[286] worden toevertrouwd. Voor grote ondernemingen is de *creditors' committee* altijd

[282] P. COUSSEMENT, "Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord", in X., *Gerechtelijke Reorganisatie,* 90.
[283] P. COUSSEMENT, "Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord", in X., *Gerechtelijke Reorganisatie,* 91.
[284] 11 USC §362.
[285] 11 U.S.C. § 1102 (a)(1) en (b)(1)
[286] Zie *supra*.

verplicht. Als toezichtsorgaan heeft de *creditors's committee* een vrij brede bevoegdheid[287]. Zij varieert van informatie opvragen omtrent het beheer van de onderneming en hierover vergaderen met de schuldenaar tot het instellen van de vordering tot aanstelling van een *trustee* en het ter stemming voorleggen van een reorganisatieplan[288].

4.2.3.2.4.2 Sauvegarde: comité de créanciers

Frankrijk kent de verplichting twee schuldeisercomités op te richten in geval van reorganisatie van grote ondernemingen[289]. De eerste vergadering is de *comité des établissements* en bestaat enkel uit kredietverstrekkers. Daarnaast wordt ook een *comité des fournisseurs* opgericht dat bestaat uit grote leveranciers of bij gebreke hiervan, andere schuldeisers[290]. Beide comités moeten bij het opstellen van het reorganisatieplan geraadpleegd worden en kunnen zelf ook voorstellen doen[291]. Bovendien oefenen zij, naast de *administrateur*, een controlefunctie uit op het beleid van de schuldenaar.

4.2.3.2.4.3 Surseance: crediteurenvergadering

Ook in Nederland bestaat er een crediteurenvergadering, al heeft ze een verschillende functie dan de voorgaande varianten. De crediteurenvergadering verleent via een stemming de definitieve surseance[292]. Tijdens de surseance heeft zij echter geen invloed meer op de procedure. Aan de crediteurenstemming mogen enkel concurrente schuldeisers deelnemen[293]. De rechtbank velt finaal het oordeel over het verlenen van definitieve surseance maar moet deze weigeren wanneer respectievelijk, naar waarde van de vorderingen, 25% en, naar hun aantal, 33% van de schuldeisers tegenstemt[294].

Ook in het nieuwe buitengerechtelijk dwangakkoord werd in een schuldeisersvergadering voorzien. Aangezien de schuldenaar gedurende deze procedure geen bescherming geniet, kan deze vergadering hierover ook geen controle uitoefenen. De schuldeisersvergadering binnen de nieuwe WCOII wordt enkel samengeroepen om het reorganisatieplan goed –of af te keuren[295].

---

[287] P. COUSSEMENT, *Herstelschema's voor ondernemingen in moeilijkheden: een grondslagenonderzoek naar de doelstellingen van insolventieregulering en de verhouding tussen de Wet Gerechtelijk Akkoord en de Faillissementswet vanuit een rechtsvergelijkende, rechtseconomische en empirische invalshoek*, disseratie UGent, 2007, 241.
[288] 11 USC §1103, §1104.
[289] Art. L 626-29 *C.Com.*
[290] Art. L 626-30 *C.Com.*
[291] F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 2012, Paris, LGDJ, 435.
[292] Art. 218 Faillissementswet.
[293] B. WESSELS, *Surseance van betaling*, Kluwer, Deventer, 30.
[294] A.M.J. VAN BUCHEM-SPAPENS en T.A. POUW, *Faillissement, Surseance van betaling en schuldsanering,* Amsterdam, Kluwer, 2008, 112.
[295] *Stukken Tweede Kamer,* Memorie van toelichting WCOII. (NL)

4.3 De Reorganisatie

In vele gevallen zullen schuldeisers, na het toekennen van de opschortingsperiode, niet over al te veel middelen meer beschikken om alsnog voldoening van hun schuldvordering te verkrijgen. Daarom bespreken we hier het verdere verloop van de reorganisatieprocedure door collectief akkoord en haar buitenlandse varianten en de invloed die schuldeisers hierop kunnen uitoefenen.

4.3.1 VASTSTELLING VAN DE SCHULDVORDERINGEN

Een eerste fase na het toekennen van de opschorting betreft het correct weergeven van de schulden van een onderneming. Dit is essentieel daar dit de basis zal vormen voor het opstellen van het reorganisatieplan en het bepalen van de stemrechten die schuldeisers in de collectieve stemming kunnen uitoefenen. Naar Belgisch recht wordt hier vooral nadruk gelegd op schuldenaar.

4.3.1.1 Mededeling door de schuldenaar

Het vaststellen van de schuldvorderingen en het weergeven van het passief van de onderneming, is een recht (en tevens verplichting) dat exclusief aan schuldenaar wordt toegekend.

Art. 44 WCO bepaalt dat de schuldenaar, na het uitspreken van het vonnis dat de procedure open verklaart, 20 dagen de tijd heeft om aan elke schuldeiser het bedrag mee te delen waarvoor hij in de boeken van de schuldenaar is ingeschreven en desgevallend, welke zekerheden ter afdekking van deze schulden zijn verleend. Deze mededeling mag gelijktijdig met de kennisgeving van het vonnis tot toekenning van het reorganisatievorm en in elektronische vorm geschieden. Bovendien moet de hele lijst van schuldeisers in de opschorting aan elke schuldeiser worden overgemaakt[296]. Gezien de complexiteit van het Belgische zekerheidsrecht, wordt de verplichting om ook de zekerheidsrechten mee te delen geformuleerd als een inspanningsverbintenis[297][298]. Daarnaast moet de schuldenaar ook de rechtbank op de hoogte brengen. Verplicht moeten neergelegd worden: de lijst van schuldeisers, ontvangstbewijzen en opmerkingen van schuldeisers,.. Dit wekt de indruk dat de rechtbank de bevoegdheid zou hebben om de lijst van schuldvorderingen ambtshalve aan te passen[299]. Dit is echter niet het geval. Het belang van een correcte samenstelling van het passief mag bijgevolg niet

[296] Art. 45 WCO.
[297] G. SUPPLY, S. REMMERY, "Art. 44-58 Wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen" in X., *Handels- en economisch recht* , *XIIbis. Wet continuïteit ondernemingen*, Antwerpen, Kluwer, 2014, (63 p.)
[298] *Parl.St.* Kamer, nr. 52 0160/002, 66.
[299] A. VAN HOE, M. VREVEN, "Knelpunten bij de gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord", *TBH* 2011, afl. 9, 855.

onderschat worden. Zij zal de basis vormen voor het opstellen van het reorganisatieplan en voor het toekennen van stemrechten voor de stemming over dit plan.

4.3.1.2 Reactie van de schuldeiser

Gaat de schuldeiser akkoord met de wijze waarop zijn schuldvordering in de lijst werd opgenomen, wordt van hem geen reactie verwacht en kan hij het verdere verloop van de procedure afwachten.

Gaat de schuldeiser niet akkoord met de wijze waarop zijn vordering in de lijst werd opgenomen, dan zal hij actie moeten ondernemen om deze situatie te remediëren. Verschillende mogelijkheden staan open:

- De schuldeiser kan in eerste instantie proberen minnelijk met de schuldenaar tot een oplossing te komen. Indien ze onderling tot een akkoord komen, kan de rechtbank ten laatste veertien dagen voor de zitting, de lijst van schuldvorderingen in die zin aanpassen[300].
- Daarnaast kan de schuldeiser de verbetering of de opname van zijn schuldvordering in de lijst vorderen tot 14 dagen voor de rechtszitting waar over het plan gestemd wordt[301]. Voor zover er daarvoor niet betwist werd, zal de schuldeisers slechts kunnen stemmen in overeenstemming met de schuldvordering die door de schuldenaar in het plan werd vermeld. De rechtbank zal dan over de hoegrootheid en het karakter van de schuldvordering oordelen. Bedoeling is echter dat een betwisting de normale voortgang van de procedure niet in de weg zou staan. Daarom beslecht de rechtbank deze betwisting, indien er niet genoeg tijd is om definitief te oordelen, voorlopig. Tegen deze voorlopige beslissing staan geen rechtsmiddelen open.
- Ook herziening is mogelijk in de gevallen waar kort voor de stemming toch nog nieuwe elementen opduiken. In dat geval kan de rechtbank op elk ogenblik, op eenzijdig verzoek van schuldenaar of schuldeiser, een schuldvordering in de lijst aanpassen[302].

Ook moet worden vermeld dat de betwistingsmogelijkheid van Art. 46 openstaat voor elke belanghebbende. Zo kan een schuldeiser de opname van andere schuldeisers betwisten. Het gaat hier duidelijk om een anti-fraude bepaling die de mogelijkheid biedt twijfelachtige schuldvorderingen aan te vechten. Men denke vooral aan artificiële vorderingen die met het oog op de stemafspraken werden opgenomen. Ambtshalve kan de rechtbank deze schuldvorderingen echter niet aanpassen[303].

---

[300] M. VANMEENEN, "De (veron)gelijk(t)e positive van de schuldeisers bij gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord", *DAOR* 2011, afl. 98, 291.
[301] Art. 46 WCO.
[302] A. VAN HOE, "Continuïteit voor de wet ondernemingen", *RW* 2013-2014, afl. 3, 1214; T. LYSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 1221.
[303] A. VAN HOE, M. VREVEN, "Knelpunten bij de gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord", *TBH* 2011, afl. 9, 855.

4.3.1.3 Onwetende schuldeiser

Gezien het initiatief volledig bij de schuldenaar ligt, is deze procedure in de praktijk erg vatbaar voor misbruiken en vergissingen. We bekijken twee specifieke gevallen.

In de eerste plaats, moet men weten wat er gebeurt met de vordering van een niet of niet-behoorlijk ingelichte schuldeiser. Dit vormt één van de grootste knelpunten van de huidige WCO. Vaak zal de schuldenaar immers op bedrieglijke wijze bepaalde schuldeisers met het oog op de stemming niet op de hoogte brengen van het opstarten van de procedure[304].

In dit geval heeft de wetgever strafsancties voorzien. De schuldeiser heeft echter verschillende mogelijkheden. Hij kan de niet-opname betwisten volgens de normale regeling. In dit geval dient men op te letten voor de vervaltermijn van 14 dagen. Tevens mogelijk is de herziening van de lijst te vragen na het vervallen van de betwistingstermijn. Indien men echter niet op de hoogte was van de reorganisatie en de stemming reeds heeft plaatsgevonden, zal men niets meer kunnen ondernemen. Te herinneren valt dat in dat geval de schuldvordering gewoon zal herleven na het sluiten van de procedure, daar zij niet in het reorganisatieplan zal kunnen opgenomen worden. Gedurende de opschorting zal zij echter, volgens de normale regeling, niet ten uitvoer kunnen gelegd worden[305].

Een tweede vaak voorkomend geval is de situatie waar de schuldeiser wel op de hoogte werd gebracht van de opname van zijn vordering in de lijst, maar dat hijzelf echter niet op de hoogte was van het feit dat van hem initiatief verwacht wordt in de vorm van een betwisting. Vaak stelt men dan vast dat men ter stemming niet akkoord gaat met de wijze waarop de schuldvordering in de lijst werd opgenomen. Per definitie is dit echter te laat, waardoor men enkel kan stemmen overeenkomstig de schuldvordering, zoals die opgenomen werd in de lijst[306].

4.3.1.4 Internationale Inzichten: modern maar gebrekkig.

In tegenstelling tot het Belgische recht, moeten in Nederland schuldeisers zelf overgaan tot het indienen van hun vordering bij de bewindvoerder. Alle schuldvorderingen ten aanzien waarvan de surseance werkt, komen hiervoor in aanmerking. Zekerheidsschuldeisers, wiens schuldvorderingen in de regel uitoefenbaar blijven, kunnen dus niet tot indiening overgaan. Slagen zij hier toch in, dan

[304] M. VANMEENEN, "De (veron)gelijk(t)e positive van de schuldeisers bij gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord", *DAOR* 2011, afl. 98, 291.
[304] Art. 46 WCO.
[305] M. VANMEENEN, "Communicatie –en informatietekorten binnen de Wet Continuïteit ondernemingen: de schuldeisers blijven te vaak in de kou staan" (noot bij Kh. Tongeren, 15 maart 2010), *TBH* 2010, Afl. 6, 551-556.
[306] M. VANMEENEN, "De (veron)gelijk(t)e positive van de schuldeisers bij gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord", *DAOR* 2011, afl. 98, 291.

worden hun vorderingen toch getroffen door de surseance en zijn zij uitzonderlijk niet uitvoerbaar. Het indienen van de vorderingen is net zoals bij ons gericht op het vaststellen van de stemrechten in de stemming over het reorganisatieplan[307]. Het Nederlandse systeem kan om twee redenen als beter beschouwd worden dan het Belgische. Vooreerst vindt reeds voor het verlenen van de surseance een oproeping van de schuldeisers en een stemming over het openen van de procedure plaats[308]. Bijgevolg is de kans vele malen kleiner dat schuldeisers niet op de hoogte zijn van het verloop van de surseance. Bovendien is het de schuldeiser zelf die aanvankelijk de omvang van zijn schuldvordering aangeeft. Dit resulteert in de meer billijke situatie waar het de bewindvoerder zal zijn die de wijze waarop een vordering in de lijst werd opgenomen, moet betwisten.

Ook in Frankrijk moet de schuldeiser initiatief nemen om zijn schuldvordering te laten vaststellen. Door de *déclaration des créances* geeft de schuldeiser te kennen dat hij zijn vordering betaald en tot de procedure toegelaten wenst te zien. In principe is het een verplichting, op straffe van uitsluiting (*'forclos'*) om deze declaratie te doen[309]. In uitzonderlijke gevallen kan de rechtbank deze uitsluiting opheffen (*'délèver la forclusion'*). Opdat de schuldeisers op de hoogte zouden zijn van de procedure, wordt de opening van de procedure publiek gemaakt en worden de gekende schuldeisers individueel door de *mandataire* op de hoogte gebracht[310].

In Amerika kent men een systeem dat gelijkt op het Belgische. Schuldeisers worden op de hoogte gebracht van de procedure door enerzijds de verplichting voor de schuldenaar om een lijst van alle schuldvorderingen neer te leggen en anderzijds door de voorschriften inzake kennisgeving van de *order for relief*[311]. Schuldeisers zijn niet verplicht hierop te reageren maar kunnen echter wel *proof of claim* neerleggen, wanneer zij het niet eens zijn met de hoegrootheid van de vordering of een conversie naar liquidatie willen uitlokken[312].

Opvallend is dat de Belgische aangifte van schuldvorderingen de enige van de continentale rechtstelsels is die geen aangifte door de schuldeisers verwacht. Het lijkt erop dat men, naar Amerikaans voorbeeld, een soepeler systeem op poten wou stellen. Echter kent men in België niet de souplesse en verfijnde nuances van de *Chapter 11* (bv. de conversiemogelijkheid en de onderhandeling in schuldeiserklassen). Besluitend kunnen we stellen dat, hoewel het Belgische systeem van vaststelling van de vorderingen getuigt van een moderne visie, de uitvoering heel wat gebreken kent.

---

[307] B. WESSELS, *Surseance van betaling*, Kluwer, Deventer, 151 e.v.
[308] Art. 215 Faillissementswet.
[309] Art. L 622-24 *C.Com.*; F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 2012, Paris, LGDJ, 711.
[310] Art. L 622-21 *C.Com.*
[311] USC §11, Section 521 en 342.
[312] D. EPSTEIN, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, St. Paul, West Group, 407.

4.3.2 REDACTIE VAN HET PLAN

4.3.2.1 Recht van de schuldenaar

Het prerogatief tot het opstellen van het reorganisatieplan is exclusief voorbehouden aan de schuldenaar[313]. Noch de rechtbank, noch gewone, noch buitengewone schuldeisers hebben een recht op inspraak bij het opstellen van het reorganisatieplan. Dit monopolierecht is ingegeven door de continuïteitsgedachte. Het doel van de procedure is immers niet de schuldeisers te vergoeden, maar de verderzetting van de onderneming te bewerkstelligen. Met deze ratio in gedachten lijkt het logisch de schuldeisers hier geen inspraak in te geven. Zij zouden immers hun individueel belang nastreven. Toch kent de huidige aanpak enkele nadelen. Het reorganisatieplan verwordt in vele gevallen tot een voorstel dat *te nemen of te laten is*[314]. Ook zet dit prerogatief de schuldenaar aan tot een zogenaamde verdeel-en-heers politiek waarbij men met bepaalde schuldeisers onder een hoedje speelt om de rechten van kleinere schuldeisers excessief te beknotten[315]. Bovendien beschikken de schuldeisers slechts over 14 dagen om het plan te onderzoeken en eventueel hun opmerkingen hierover neer te leggen. Dit alles vergroot uiteraard de vrijheid van de schuldenaar om maatregelen te nemen die continuïteit beogen. Tegelijkertijd stijgen echter de kansen op een negatieve stemming evenredig.

Het monopolierecht van de schuldenaar moet echter genuanceerd worden. Belangrijke schuldeisers zullen *de facto* zeer veer invloed uitoefenen over de maatregelen die in het reorganisatieplan zullen opgenomen worden. Hun schuldvordering is vaak zo omvangrijk dat ze op zich volstaat om de continuïteit van de onderneming te bedreigen. Bovendien worden deze vorderingen zeer vaak afgedekt door doortastende zekerheden, wat hen het karakter van buitengewone schuldvordering verleent. In de praktijk kunnen deze schuldeisers hun wil in het reorganisatieplan doodrukken aangezien, zonder hun instemming, hun schuldvordering na de opschorting herleeft en de onderneming bijgevolg automatisch in discontinuïteit sleurt[316].

4.3.2.1.1 Internationale inzichten: redactierecht voor schuldeisers

Ook in Nederland beschikt de schuldenaar over een monopolierecht tot redactie van het reorganisatieplan[317]. Medewerking van de bewindvoerder is niet verplicht maar advisering wordt in de

[313] Art. 44 WCO.
[314] M. VANMEENEN, "De (veron)gelijk(t)e positie van de schuldeisers bij gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord", *DAOR* 2011, afl. 98, 292.
[315] A. VAN HOE, "Continuïteit voor de wet ondernemingen", *RW* 2013-2014, afl. 3, 1214; T. LYSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 1222.
[316] M. VANMEENEN, "De (veron)gelijk(t)e positie van de schuldeisers bij gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord", *DAOR* 2011, afl. 98, 293.
[317] Art. 252 Faillissementswet.

rechtspraak wel gewenst[318]. Het ontwerpakkoord kan bij het verlenen van de surseance of nadien neergelegd worden. Het buitengerechtelijk dwangakkoord (WCO II) voorziet echter wel in een mogelijkheid tot schuldeiserredactie. Schuldeisers kunnen de debiteur verzoeken om over te gaan tot het opstellen van een reorganisatieplan. Weigert deze, dan kunnen de schuldeisers zelf overgaan tot redactie[319]. Ook Frankrijk kent het schuldenaarsmonopolie[320]. De schuldenaar is evenwel verplicht bij de opstelling hiervan bepaalde individuele schuldeisers als ook de schuldeisercomités te raadplegen[321]. In de *Chapter 11* beschikt de schuldenaar in eerste instantie exclusief over het initiatiefrecht (tot 120 dagen na de neerlegging van de *petition*). Werd gedurende deze termijn geen plan neergelegd, dan beschikt elke belanghebbende (individuele schuldeisers, schuldeisercomités, aandeelhoudersvergaderingen, …) over een redactierecht[322].

Een temporeel beperkt monopolierecht, zoals men terugvindt in de *chapter 11*, lijkt het meest evenwichtig over te komen. Het zet de schuldenaar immers aan het reorganisatieplan tijdig op te stellen. Doet hij dit, dan hoeft hij geen inmenging van de schuldeiser te vrezen. In het andere geval lijkt het gerechtvaardigd, gezien de laattijdigheid meestal op misbruik van de procedure wijst, ook aan de schuldeisers een redactierecht toe te kennen. De implementatie van een zulke regeling in de WCO lijkt bijgevolg aangewezen[323].

4.3.2.2 Reorganisatieplan

De WCO schrijft voor dat het reorganisatieplan een *beschrijvend* en een *bepalend* gedeelte moet bevatten[324]. Het beschrijvend gedeelte beschrijft de staat van de onderneming, de moeilijkheden die ze ondervindt en de middelen waarmede zij deze wil verhelpen. Eveneens bevatten zij een verslag over de betwistingen van de schuldvorderingen en de maatregelen die de rendabiliteit van de onderneming zullen herstellen. Het beschrijvend gedeelte wordt vaak formalistisch benaderd[325]. Men voldoet aan de wettelijke vereisten maar vaak wordt er verder geen nadruk op gelegd. Ook voor schuldeisers zal vaak het bepalend gedeelte het belangrijkste element vormen. Of deze formalistische benadering de kansen van de onderneming op daadwerkelijke continuïteit verhoogt, kan men ten stelligste betwijfelen. Meer

[318] B. WESSELS, *Surseance van betaling*, Kluwer, Deventer, 141.
[319] *Stukken Tweede Kamer,* Memorie van toelichting WCO II. (NL)
[320] Art. L 626-2 *C.Com.*
[321] F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 2012, Paris, LGDJ, 419.
[322] D.G. BAIRD, *Elements of* Bankruptcy, Foundation Press, New York, 2001, 200.
[323] P. COUSSEMENT, *Herstelschema's voor ondernemingen in moeilijkheden: een grondslagenonderzoek naar de doelstellingen van insolventieregulering en de verhouding tussen de Wet Gerechtelijk Akkoord en de Faillissementswet vanuit een rechtsvergelijkende, rechtseconomische en empirische invalshoek*, disseratie UGent, 2007, 439.
[324] Art. 47 WCO.
[325] A. VAN HOE, "Continuïteit voor de wet ondernemingen", *RW* 2013-2014, afl. 3, 1214; T. LYSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 1221.

discussie bestaat echter over de maatregelen die een schuldenaar in het bepalend gedeelte kan opnemen.

4.3.2.2.1 Uitgangspunt: gedifferentieerde behandeling van schuldeisers

Het bepalend gedeelte bevat de concrete maatregelen die genomen worden om de schuldeisers (gedeeltelijk) te voldoen en het financiële herstel van de onderneming te bewerkstelligen[326]. Het principe is dat schuldenaar hier naar eigen goeddunken maatregelen voorstelt. Te denken valt onder meer aan schuldverminderingen, verlengde betalingstermijnen,…[327] Van belang is dat de schuldenaar, met het oog op de continuïteit van zijn onderneming, niet verplicht is om de *paritas-creditorum* na te leven. Dit beginsel geldt in de gerechtelijke reorganisatie principieel niet. De wet bepaalt uitdrukkelijk dat *het reorganisatieplan in een gedifferentieerde regeling voor bepaalde categorieën van schuldvorderingen kan voorzien*[328]. Concreet betekent dit dat de schuldenaar bepaalde schuldeisers kan bevoordelen en andere benadelen om de verderzetting van zijn onderneming te waarborgen.

In hoeverre de rechtspraak deze differentiaties aanvaardt, wordt behandeld in het hoofdstuk Homologatie. Bovendien dient het voorgestelde reorganisatieplan de stemming van schuldeisers te overleven. Ook heeft de wetgever, om misbruiken tegen te gaan, enkele regels voorzien om aan bepaalde differentiaties perk en paal te stellen.

4.3.2.2.2 Wettelijke beperkingen

4.3.2.2.2.1 T.a.v. gewone schuldeisers

Gewone schuldeisers in de opschorting zijn vaak titularis van een beperkte schuldvordering die niet afgedekt is door zekerheden of contractuele equivalenten. Deze chirografaire schuldeisers beschikken over geen enkele wettige reden van voorrang. De schuldenaar kan tegenover deze categorie crediteuren vrij maatregelen nemen die nodig zijn om de continuïteit van zijn onderneming te bewerkstelligen. Voor hen valt deze gedifferentieerde behandeling van schuldeisers vaak nadelig uit, daar zij over weinig verweermiddelen beschikken en van beperkt strategisch belang zijn.

De WCO somt exemplatief enkele van deze mogelijke maatregelen op[329]:

- Verlenging van de betalingstermijn
- Vermindering van schuldvorderingen in de opschorting, in kapitaal en intresten

[326] Art. 47 WCO.
[327] Art. 48 WCO.
[328] Art. 49 eerste lid WCO.
[329] Art. 49 eerste lid WCO.

- Omzetting van schuldvorderingen in aandelen
- Verzaking van intresten of het herschikken van de betaling hiervan
- Schuldvergelijking tussen schulden in de opschorting en deze die hierna ontstaan
- Maatregelen tegenover werknemers (onder voorwaarden)

Uiteraard gaat het om voorbeelden en zijn andere maatregelen mogelijk. Men dient echter wel te beseffen dat deze maatregelen bij stemming moeten goedgekeurd worden en nadien door de rechtbank gehomologeerd moeten worden. In de praktijk komen misbruiken voor. Schuldenaars die beseffen hoe het stemmechanisme werkt, zullen zich vaak van de vereiste dubbele meerderheid trachten te verzekeren door aan het nodig aantal schuldeisers een aanvaardbaar voorstel te doen. De rest van de schuldeisers kan men dan naar hartenlust benadelen aangezien ze, ondanks hun negatieve stem, door het plan gebonden zullen zijn[330]. Rechtspraak poogt hieraan bij homologatie perk en paal te stellen[331]. Ook de wetgever heeft, grotendeels bij WCO-Reparatie, enkele beperkingen voorzien:

- De 15%-regel:

Om flagrante misbruiken tegen te gaan, voerde de wetgever een "morele ondergrens" in. Geen enkele schuldvordering mag voor meer dan 85% percent kwijtgescholden worden[332]. Men gaat er in feite van uit dat het reduceren van een vordering tot minder dan 15% niet zou "mogen". Aldus garandeert deze regel dat elke schuldeiser minstens 15% van zijn originele vordering zal betaald krijgen. Dit laatste moet echter genuanceerd worden. De wet voorziet immers dat de schuldenaar, ondanks het 15% percent principe, toch nog lagere percentages kan voorstellen op basis van dwingende en met redenen omklede vereisten die verband houden met de continuïteit van de onderneming. De effectiviteit van de regel kan zeker betwijfeld worden. Enerzijds lijkt het principe door de wetgever zelf ondergraven te worden. Bij motivering kan er van de maatregel afgeweken worden. Af te wachten valt hoe streng de rechtspraak deze motiveringsplicht zal toepassen. Anderzijds lijkt de 15% percent regel een gevaarlijk precedent te zijn waarbij 15% in plaats van een ultiem minimum tot standaard-reductie zou verworden[333].

- Arbeidsprestaties[334]:

Het reorganisatieplan kan geen vermindering of kwijtschelding bevatten van schuldvorderingen die zijn ontstaan uit voor de opening van de procedure verrichte arbeidsprestaties. Deze regel werd

[330] M. VANMEENEN, "De (veron)gelijk(t)e positie van de schuldeisers bij gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord", *DAOR* 2011, afl. 98, 293.
[331] Zie *Infra.*
[332] Art. 49/1, eerste lid WCO
[333] DE KEYSER, L., DELWICHE, T., ACKAERT, T., MALEKZADEM, J., "Wijzigingen aan de wet betreffende de continuïteit van de ondernemigen", *TRV* 2013, afl. 8, 760.
[334] Art. 49/1

ingevoerd ter uitvoering van verdrag nr. 95 van de Internationale Arbeidsorganisatie[335]. Bovendien wou de wetgever een einde stellen aan de praktijk waarbij voor het openen van de procedure werknemers ontslaan werden opdat eventuele opzeggingsvergoedingen onder de opschorting zouden vallen en bijgevolg onderhevig waren aan de modaliteiten van een navolgend goedgekeurd reorganisatieplan.

- Onderhoudsschulden[336]:

Verminderingen van onderhoudsschulden, van schulden die voortvloeien uit de verplichting tot herstel van de door zijn schuld veroorzaakte schade die verbonden is aan het overlijden of aan de aantasting van de lichamelijke integriteit van een persoon, zijn verboden. Afwijkingen zijn niet mogelijk.

- Strafrechtelijke Geldboetes[337]:

Het reorganisatieplan kan niet voorzien in een vermindering of kwijtschelding van strafrechtelijke boeten. Afwijkingen zijn niet mogelijk. Logischerwijs vloeit deze uitzondering voort uit het rechtvaardigheidsgevoel en is het immoreel vermindering op strafrechtelijke (geld)straffen toe te staan.

4.3.2.2.3 T.a.v. buitengewone schuldeisers

In principe gelden er qua mogelijke reorganisatiemaatregelen geen verschillende regels voor gewone en buitengewone schuldeisers. De regel dat een schuldenaar vrij is zijn reorganisatieplan op te stellen en hierin vrij maatregelen kan nemen met betrekking tot (buiten)gewone schuldvorderingen, geldt onverkort[338].

In de praktijk wordt dit principe echter volledig uitgehold door de regels betreffende de goedkeuring van het reorganisatieplan. In de regel moeten buitengewone schuldeisers instemmen met het reorganisatieplan, wil het tegenover hen verbindend zijn. Zo niet herleven hun originele schuldvorderingen. Gelet op het feit dat buitengewone schuldeisers vaak belangrijke schuldeisers zijn met omvangrijke schuldvorderingen, brengt de afwezigheid van hun instemming vaak de discontinuïteit van de onderneming met zich mee. Hierover meer bij het hoofdstuk over goedkeuring.

4.3.2.2.4 Fiscus – RSZ

Een bijzonder geval zijn de openbare schuldeisers. Gezien de zekerheden die de wet hen toekent, kunnen zij naargelang het geval zowel als gewone als buitengewone schuldeisers kwalificeren. De

[335] DE KEYSER, L., DELWICHE, T., ACKAERT, T., MALEKZADEM, J., "Wijzigingen aan de wet betreffende de continuïteit van de ondernemigen", *TRV* 2013, afl. 8, 762.
[336] Art. 49/1, vijfde lid WCO.
[337] Art. 49/1, laatste lid WCO.
[338] Art. 49 eerste lid WCO.

positie van openbare schuldeisers evolueerde de laatste jaren sterk, zowel onder invloed van de rechtspraak en de wetgever.

Deze evolutie vindt haar oorsprong in de definitie van buitengewone schuldeisers in de context van de gerechtelijke reorganisatie. Schuldeisers met een algemeen voorrecht, waaronder de fiscus en de RSZ, worden immers als gewoon schuldeiser aangemerkt[339].

Praktisch heeft dit zeer grote gevolgen. Gewone schuldeisers zullen immers gebonden zijn door een goedgekeurd reorganisatieplan, zelfs al stemden ze negatief. Vaak werden op deze wijze achterstallige belastingen en sociale zekerheidsbijdragen tegen de wil van de fiscus in, verminderd. Het verweer dat de fiscale schuld enkel kan voortvloeien uit de wet en niet uit overeenkomst, en op deze basis dus niet gereduceerd kan worden, keurde het Grondwettelijk Hof pertinent af[340]: principieel moeten openbare schuldeisers als gewone schuldeisers beschouwd worden die gebonden zijn door een goedgekeurd reorganisatieplan[341].

Omdat men in de praktijk vaststelde dat de fiscus/RSZ systematisch werd weggespeeld, greep de wetgever bij WCO-Reparatie in. Wat betreft het algemeen voorrecht werd in een beschermingsmechanisme voorzien. Als het plan in een gedifferentieerde behandeling van schuldeisers voorziet, mag de behandeling van de openbare schuldeisers met een algemeen voorrecht, niet nadeliger zijn dan de best behandelde gewone schuldeiser in opschorting[342]. *In se* gaat het hier om een *most-favoured-creditor* principe[343]. Aangezien de openbare schuldeisers hierdoor wettelijk beter behandeld worden dan privé-schuldeisers, en de regel bijgevolg op gespannen voet leeft met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, heeft de wetgever ook hier eenzelfde uitzondering voorzien. Mits uitvoerige motivering kan men ook hiervan afwijken bij dwingende vereiste voor de continuïteit van de onderneming.

De wetgever probeert hiermee te voorkomen dat privé-schuldeisers als "*meilleurs amis*" worden behandeld en openbare schuldeisers consequent worden achtergesteld[344]. Men keert met andere woorden terug naar het principe dat publieke en private schuldeisers op gelijke voet bijdragen tot het herstel van de onderneming.

---

[339] F. DESTERBECK, "De fiscale aspecten van de wet betreffende de continuïteit van ondernemingen" in X., *Faillissement & Reorganisatie* , IV.C, 5.
[340] GwH 18 januari 2012, *juridat.be*
[341] P. HANNES, "Wet Continuïteit Ondernemingen: Vergeet de fiscus niet.", *NJW* 2012, Afl. 263, 363.
[342] Art. 49/1 tweede lid WCO.
[343] A. VAN HOE, "Continuïteit voor de wet ondernemingen", *RW* 2013-2014, afl. 3, 1214; T. LYSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 1222.
[344] A. VAN HOE, "Continuïteit voor de wet ondernemingen", *RW* 2013-2014, afl. 3, 1214; T. LYSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 1222.

Recent stelde men vast dat openbare schuldeisers andere technieken hebben gezocht om hun positie in reorganisatieprocedures te versterken. Zo maakte men meer en meer gebruik van de wettelijke hypotheek, niet per se omwille haar zekerheidsfunctie, maar om in de reorganisatieprocedure alsnog het statuut van buitengewoon schuldeiser te verwerven. De fiscus/RSZ verzekert zich er zo van dat zij niet tegen hun wil benadeeld kan worden[345].

Onlangs beslechtte het Hof van Cassatie ook de discussie over het ogenblik waarop deze (wettelijke) hypotheek dient ingeschreven te worden om het statuut van buitengewoon schuldeiser te verkrijgen in de reorganisatieprocedure. In de praktijk vestigde de fiscus haar wettelijke hypotheek reeds nadat het reorganisatieverzoek en de lijst van schuldeisers werd opgesteld. Geargumenteerd werd dat deze lijst de aard van de schuldeisers gedurende de hele procedure determineerde[346]. Het Hof ging hiermee niet akkoord. Daar er gedurende een reorganisatieprocedure van samenloop geen sprake is, kunnen ook gedurende de opschorting nog zekerheden gevestigd worden. Daaruit volgde dat de hoedanigheid van een schuldeiser niet bepaald wordt bij het openen van de reorganisatieprocedure, maar wel bij stemming over het reorganisatieplan. De wetgever voerde bij WCO-reparatie echter het nieuw Art. 2/1 WCO in, waarin bepaald wordt dat de aard van een schuldvordering vastgelegd wordt bij de opening van de procedure. Bijgevolg kan het vestigen van een hypotheek tijdens de opschorting niet meer de hoedanigheid van buitengewoon schuldeiser opleveren bij de stemming[347]. Ook dit achterpoortje werd dus door de wetgever gesloten. Logischerwijs verzwakt ook dit de positie van de fiscus enorm. Niet te verwarren, het vestigen van de wettelijk hypotheek tijdens de opschorting heeft niet alleen geen enkel gevolg wat betreft het karakter van de schuldvordering bij de stemming maar heeft ook geen invloed de zekerheidsfunctie. De hypotheek neemt immers slechts rang op het ogenblik van inschrijving en zal gedurende de opschorting niet ten uitvoer gelegd kunnen worden.

4.3.2.2.5 Internationale Inzichten: inadequaat beschermingsmechanisme

De *chapter 11* gaat uit van dezelfde beginselen als het Belgische recht. De schuldenaar is vrij om, eventueel in samenwerking met de *trustee,* maatregelen in het plan op te nemen. Daarbij mag ook in Amerika tussen schuldeisers gedifferentieerd worden. De mate waarin en de wijze waarop misbruiken beteugeld worden, verschilt echter grondig. In België wordt immers enkel een ultieme benedengrens en enkele specifieke gevallen expliciet door de WCO behandeld. Er ontbreekt echter een bepaling die de mate waarin gedifferentieerd mag worden, reguleert. Bijgevolg moet de rechter, met het oog op een

[345] P. HANNES, "Wet Continuïteit Ondernemingen: Vergeet de fiscus niet.", *NJW* 2012, Afl. 263, 371.
[345] Art. 49/1 tweede lid WCO.
[346] o.a. Luik 24 januari 2012, JLMB 2012, afl. 29, 1376
[347] A. VAN HOE, "Wanneer wordt het (buiten)gewoon karakter van een schuldvordering in de opschorting bepaald?", (noot onder Kh. Luik 29 juni 2010), DAOR 2011, 548-552.

homologatieweigering op zoek naar andere rechtsgronden waarop men zich kan baseren[348]. De *Bankruptcy Code* daarentegen bevat, naast enkele bepalingen die gelijkaardige gevallen als de WCO beheersen, ook een uitvoerig artikel dat expliciet grenzen stelt aan de mate waarin men tussen schuldeisers mag differentiëren in het reorganisatieplan[349]. In Nederland vindt men weinig bepalingen, behalve o.a. een artikel die de bescherming van vorderingen voortvloeiend uit het leveren van arbeidsprestaties, die specifieke gevallen regelen. Verder gaat men er ook bij het opstellen van het surseanceplan van uit dat een schuldenaar vrij maatregelen kan nemen tegenover de schuldeisers. Net als in de VSA, bepaalt de Nederlandse faillissementswet wel in detail in hoeverre men tussen schuldeisers kan differentiëren en vormt dit artikel aldus een grond voor homologatieweigering[350]. Bovendien is het belangrijk eraan te herinneren dat zekerheidsschuldeisers niet door de surseance gevat worden. Waar in België vrij maatregelen kunnen genomen worden die verbindend zijn mits instemming, verkrijgt men in de surseance hetzelfde resultaat, weze het op een andere grond. Zekerheidsschuldeisers kunnen immers ook gedurende de surseance hun vordering ten uitvoer leggen en kunnen bijgevolg, tenzij met hun instemming, nooit door het surseanceplan gebonden zijn. Ook in Frankrijk bepaalt de schuldenaar vrij de inhoud van het reorganisatieplan waarbij differentiatie tussen schuldeisers mogelijk is[351]. Opnieuw valt op dat, naast een aantal specifiek geregelde gevallen, de rechtsgronden waarop de rechter zich kan baseren om de homologatie te weigeren veel uitgebreider zijn.

Concluderend kunnen we stellen dat elk van de onderzochte rechtsstelsels aanneemt dat de schuldenaar naar eigen goeddunken maatregelen kan opnemen en hierbij mag differentiëren tussen schuldeisers. Opvallend is dat België nogal veel specifieke wetsbepalingen kent van toepassing op individuele situaties. Dit vindt men in andere landen veel minder terug. De oorzaak voor deze discrepantie is volgens mij te vinden in enerzijds het verlaten van de samenlooptheorie binnen de reorganisatie en anderzijds de beperkte homologatiegronden in de WCO. Elk van de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels biedt de rechter immers een myriade aan gronden op basis waarvan hij het reorganisatieplan kan afwijzen. Telkens behoort ook het overdreven differentiëren tussen schuldeisers tot één van deze gronden. Hierop wordt verder ingegaan in het hoofdstuk Homologatie. Besluitend kunnen we stellen dat, gezien de afwezigheid van samenloop en beperkte homologatieweigeringsgronden, er in België meer specifieke bepalingen nodig zijn dan in de andere onderzochte rechtsstelsels.

[348] Zie *Supra.*
[349] 11 USC Section 1123 (a), (b); D. EPSTEIN, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, St. Paul, West Group, 431.
[350] Art. 272 Faillissementswet.
[351] Art. L 626-30-2, al. 2 *C.Com.*

4.3.2.3 Internationale Inzichten: *Chapter 11 disclosure statement.*

Een probleem binnen de gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord betreft de transparantie van het reorganisatieplan. Schuldeisers hebben via het uitoefenen van hun stemrecht weliswaar gedeeltelijk hun eigen lot in handen, echter veronderstelt dit dat het reorganisatieplan duidelijk is in haar intenties en het werkelijke opzet van het plan niet verdoezelt. Procedureel werd er echter niet in een beschermings- of controlemechanisme voorzien dat de transparantie van het plan waarborgt.

Dit is anders in de USA. Alvorens men ginds tot stemming kan overgaan heeft men een *disclosure statement*, uitgevaardigd door het *Bankruptcy Court*, nodig[352]. De rechtbank gaat hiertoe niet over tot een inhoudelijke controle van het plan, maar onderzoekt of het plan *adequate information* bevat opdat schuldeisers een *informed judgment* kunnen maken. Gelijkaardige bepalingen vinden we in andere rechtstelsels niet terug.

4.3.3 GOEDKEURING VAN HET PLAN DOOR DE SCHULDEISERS

Met het oog op de goedkeuring ervan, dient de schuldenaar zijn reorganisatieplan ter griffie neer te leggen minstens 14 dagen voor de zitting inzake akkoord[353]. Dit laat de schuldeisers toe het plan gedurende deze periode te onderzoeken. Ter zitting brengt dan de gedelegeerd rechter verslag uit en worden de bemerkingen van de schuldeisers gehoord.

Het belangrijkste element van de zitting inzake akkoord is de goedkeuring van het reorganisatieplan. Hiertoe vindt in België en de andere onderzochte rechtsstelsels een stemming plaats onder de schuldeisers[354]. In sommige landen is bovendien instemming van de buitengewone schuldeisers vereist. Indien de stemming positief blijkt te zijn, wordt het plan -na homologatie door de rechtbank- verbindend tegenover alle schuldeisers en wijzigen aldus hun vorderingen op de schuldenaar. In vele gevallen zal het resultaat van de stemming reeds ingevolge onderhandelingen met schuldeisers voor de stemming gekend zijn. Deze vooronderhandelde akkoorden (zogenaamde *pre-packs)* geven zowel aan schuldenaar als schuldeiser enige zekerheid omtrent de uitkomst van de stemming.

4.3.3.1 Gewone schuldeisers (Art. 2, e) WCO)

4.3.3.1.1 Stemgerechtigden

Aangezien het reorganisatieplan slechts verbindend is als het door de schuldeisers wordt goedgekeurd, is het van belang te weten welke schuldeisers aan de stemming mogen deelnemen. Het principe

[352] 11 USC Section 1125.
[353] Art. 44 WCO.
[354] Art. 54 WCO.

daaromtrent vindt men terug in Art. 53, lid 1, vierde streepje WCO: mogen stemmen, deze schuldeisers in de opschorting op wier rechten het plan een weerslag heeft.

Cruciaal is hoe men het begrip 'weerslag' interpreteert[355]. In de praktijk geeft men hieraan een vrij ruime invulling. Elke maatregel die men in het reorganisatieplan kan opnemen t.a.v. een schuldvordering, heeft weerslag ten aanzien van de vordering van de desbetreffende schuldeiser. De wetgever gaat ervan uit dat schuldeisers wiens schuldvordering in het reorganisatieplan onverkort (=volledige en onmiddellijke betaling) blijft, geen stemrecht nodig heeft aangezien zijn positie voor en na de reorganisatie niet wijzigt. Bovendien zou dit de kansen op een positieve stemming verhogen en hiermee de positie van andere schuldeisers aanzienlijk verslechteren. Met andere woorden, men dient niet te beslissen over zaken die jou niet treffen.

Over het bedrag van de schuldvordering ten belope waarvan de reorganisatiemaatregel weerslag heeft, blijft tot op heden discussie bestaan. Vaak stelt men immers vast dat een maatregel slechts betrekking heeft op een beperkt deel van de schuldvordering, maar dat men toch voor het hele bedrag van de schuldvordering aan de stemming mag deelnemen[356]. Te denken valt onder andere aan verlenging van betalingstermijnen. Ook voor schulden die in schijven dienen afgelost te worden, heeft deze maatregel uiteraard slechts weerslag op een beperkt deel van de het totaalbedrag van de vordering. Gezien de machtspositie die bepaalde schuldeisers op deze manier verkrijgen, kan het soms aangewezen zijn schuldvorderingen te fragmenteren en slechts stemrechten te verlenen ten belope van het bedrag dat werkelijk weerslag ondervindt.

Gelet op de beperkte ingrijpmogelijkheden van zowel de schuldeisers als de rechter, valt tegen voornoemde praktijk weinig te beginnen. Het bedrag waarvoor men mag deelnemen aan de stemming zal immers bepaald worden door de lijst van schuldvorderingen (die door de schuldenaar wordt opgesteld en eventueel door de schuldeisers kan betwist worden). Aan de rechter komt het echter niet toe ambtshalve het bedrag waarvoor een schuldvordering is opgenomen, te wijzigen. De enige aannemelijke piste betreft de weigering van homologatie wegens niet naleving van pleegvormen. Ook de schuldeisers zitten in een benarde positie. Zij kunnen namelijk niet door de rechtbank laten vaststellen op welke schuldvorderingen het reorganisatieplan weerslag heeft. Zij kunnen 'slechts', aan de hand van een marginale toetsing, een aanpassing van de lijst vorderen voor de rechtbank, maar ook dit middel brengt weinig soelaas aangezien de lijst vaak correct zal blijken[357].

[355] Art. 53, lid 1 WCO.
[356] A. VAN HOE, M. VREVEN, "Knelpunten bij de gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord", *TBH* 2011, afl. 9, 855.
[357] J. DUPONT, "Artikel 53 WCO: Het begrip 'weerslag' nader toegelicht", *DAOR* 2013, Afl. 105-106, 180-186.

Voor het aannemen van het reorganisatieplan bestaat er geen aanwezigheidsquorum. Enkel met de stemmen en schuldvorderingen van de aanwezige schuldeisers wordt rekening gehouden. Daarnaast vereist men twee meerderheden onder de aanwezige/vertegenwoordigde schuldeisers. Vooreerst dient minstens de helft van de schuldeisers voor het reorganisatieplan stemmen. Bovendien moeten de ja-stemmers minstens de helft van de waarde van alle schuldvorderingen vertegenwoordigen. Ook hier wordt met de schuldvorderingen van afwezige schuldeisers geen rekening gehouden[358].

4.3.3.1.2 Misbruik

In de praktijk stelt men vast dat voornoemde stemming de schuldeisers vaak in een moeilijk parket plaatst omdat men de quora misbruikt om bepaalde schuldeisers te benadelen. Een eerste vaststelling, is dat schuldeisers vaak in een patstelling terechtkomen. Gelet op het feit dat hen geen enkele mogelijkheid openstaat om de inhoud van het reorganisatieplan te bepalen, zullen zij enkel kunnen beslissen voor of tegen te stemmen. Ondanks een –desgevallend- excessieve reductie van hun vordering in het plan, zullen sommige schuldeisers met zwakke zekerheden niet anders kunnen dan ja-stemmen omdat er in een navolgend faillissement voor hen al helemaal niets te recupereren valt. In zekere zin is dit natuurlijk het doel van de WCO, maar een gebrek aan onderhandelingsmarge met de schuldenaar plaatst schuldeisers desalniettemin met de rug tegen de muur[359].

Ten tweede gebeurt het vaak dat schuldenaar en schuldeiser onder één hoedje spelen. Rekening houdende met de stemvoorwaarde van 'weerslag op de schuldvordering', neemt men symbolische maatregelen in het reorganisatieplan op die *de facto* een zeer beperkte werkelijke weerslag hebben op een schuldvordering[360]. Desalniettemin zal men op deze wijze stemrechten verkrijgen, die logischerwijs instemmend zullen worden uitgeoefend. Dit benadeelt de positie van schuldeisers wiens schuldvorderingen werkelijk weerslag ondervinden aangezien deze 'fictieve aangetaste schuldvorderingen' bedrieglijk zullen worden aangewend om de vereiste meerderheden te bereiken en de gedupeerde schuldeisers verregaande maatregelen op te dringen.

4.3.3.2 Buitengewone schuldeisers

De positie van buitengewone schuldeisers is vele malen beter dan deze van de gewone. Deze speciale positie werd hen toekgekend als compensatie voor de situatie in de opschorting, gedurende dewelke ook buitengewone schuldeisers hun zekerheden niet kunnen uitoefenen.

---

[358] Art. 54 WCO.
[359] M. VANMEENEN, "De (veron)gelijk(t)e positive van de schuldeisers bij gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord", *DAOR* 2011, afl. 98, 293.
[360] J. DUPONT, "Artikel 53 WCO: Het begrip 'weerslag' nader toegelicht", *DAOR* 2013, Afl. 105-106,184.

Art. 52, derde lid WCO bepaalt dat, behoudens wettelijke uitzonderingen of instemming, tegenover buitengewone schuldeisers geen maatregelen mogen genomen worden die hun rechten aantasten. Bijgevolg zijn maatregelen tegenover hen in het reorganisatieplan slechts verbindend indien zij hier individueel mee instemden. Ging een buitengewoon schuldeiser niet akkoord, dan is het plan, inclusief de maatregelen die t.a.v. zijn vordering werden genomen, voor hem niet bindend, zelfs al werden ze bij collectieve stemming goedgekeurd en gehomologeerd. Hij zal de zijn schuldvordering onverkort kunnen uitoefenen[361].

Concreet verleent dit aan de buitengewone schuldeiser een enorme machtspositie. Hij hoeft zich geen zorgen te maken om benadeling. Bovendien bezitten buitengewone schuldeisers vaak omvangrijke schuldvorderingen, die bij normale executie na de opschorting de onderneming vaak in staat van discontinuïteit duwen. In deze zin worden schuldenaars verplicht met de buitengewone schuldeisers samen te werken en hun instemming te verkrijgen. Enerzijds kan dit als een positieve ontwikkeling beschouwd worden, daar deze schuldeisers voor de onderneming vaak de belangrijkste zijn. Een goede verstandhouding tussen deze spelers verhoogt m.a.w. de slaagkansen van een reorganisatie op drastische wijze. Bovendien lijkt deze status slechts een weerspiegeling van billijkheid. Gezien de zekerheden die zij vaak zullen verworven hebben, verdienen zij immers een voorkeursbehandeling. Anderzijds kan men zich vragen stellen bij de effectiviteit van deze regeling in die zin dat zij niet noodzakelijk de dialoog tussen de betrokken partijen bevordert maar juist een eenzijdige wilsuiting van eisen in de hand werkt, die ondanks het gebrek aan initiatiefrecht van de schuldeiser, te nemen of te laten zijn[362].

Op de voornoemde instemmingsvereiste van buitengewone schuldeisers bestaat één bij wet gecreëerde uitzondering [363] . Op voorwaarde dat de verschuldigde intresten betaald worden, kan een reorganisatieplan voorzien in maximum 24 maanden betalingsuitstel voor buitengewone schuldvorderingen, zelfs zonder instemming van de desbetreffende schuldeiser. Een bijkomende verlenging van 12 maanden is mogelijk indien de schuldenaar bewijst dat de inkomsten van de onderneming na deze periode de integrale betaling van de vordering zullen mogelijk maken. Deze maatregelen moeten opgenomen worden in een goedgekeurd reorganisatieplan, wat de vraag doet rijzen naar de stemrechten van buitengewone schuldeisers in de collectieve stemming.

Ook buitengewone schuldeisers hebben in de collectieve stemming stemrechten. Gezien de gebruikelijk grote pecuniaire omvang van hun vorderingen, zal de goedkeuring van een plan ook in zeer grote mate afhangen van hun ja-stem. Ook voor hen geldt dat ze slechts deelnemen aan de

[361] Art. 52 WCO.
[362] M. VANMEENEN, "De (veron)gelijk(t)e positie van de schuldeisers bij gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord", *DAOR* 2011, afl. 98, 292.
[363] Art. 50 WCO.

stemming voor zover het reorganisatieplan maatregelen bevat die weerslag hebben op hun schuldvorderingen[364]. Concreet betekent dit dat een buitengewoon schuldeiser die via minnelijk akkoord bepaalde maatregelen aanvaardde, niet zal kunnen deelnemen aan de stemming. De weerslag op zijn vordering vloeit immers voort uit het minnelijk akkoord en niet uit het reorganisatieplan. De buitengewone schuldeiser die niet op voorhand een individueel akkoord sloot, zal echter wel aan de stemming kunnen deelnemen. Dit is ook het geval wanneer de 24 maanden betalingsuitstel van de vorige paragraaf tegen zijn wil in het plan worden opgenomen.

4.3.3.3 Internationale Inzichten: stemgerechtigden

Naar Amerikaans recht gebruikt men de theorie van *impairment of claims* om de stemgerechtigde schuldeisers te bepalen[365]. De schuldvordering biedt een crediteur altijd stemrecht tenzij diens contractuele rechten in het plan niet gewijzigd worden (vergelijkbaar met het begrip "weerslag") of wanneer wanprestaties rechtgezet worden. Daarnaast vermoedt men dat een klasse van schuldeisers die in het plan helemaal niets ontvangt, automatisch tegen het reorganisatieplan stemmen. In het tegenovergestelde geval worden, wanneer aan de vorderingen van een schuldeisersklasse helemaal niet geraakt wordt, zij verondersteld in te stemmen[366]. In Nederland heeft elke schuldeiser die in de lijst van schuldvorderingen is opgenomen, stemrecht. In tegenstelling tot in België komen vorderingen echter enkel in aanmerking voor indiening in zoverre zij door de surseance geraakt worden. Deze benadering vertoont *de facto* veel gelijkenissen met de WCO[367].

4.3.3.4 Internationale Inzichten: schuldeisersklassen en *'cram down'* procedure

In tegenstelling tot de globale schuldeiserstemming in de WCO, hanteert het Amerikaans model een systeem van schuldeiserklassen. Via de *classification of claims* verplicht de *Bankruptcy Code* de schuldenaar om tot een groepsindeling over te gaan. Op welke wijze dit dient te geschieden wordt niet voorgeschreven. Echter kunnen enkel vorderingen of andere rechten die substantieel of aanmerkelijk gelijkaardig zijn in eenzelfde groep worden ondergebracht. In de praktijk brengt men alle chirografaire schuldeisers in één groep en de zekerheidsschuldeisers, naargelang hun zekerheid, telkens in aparte groepen, onder[368].

---

[364] A. VAN HOE, M. VREVEN, "Knelpunten bij de gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord", *TBH* 2011, afl. 9, 855.
[365] 11 U.S.C. Section 1124.
[366] D. EPSTEIN, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, St. Paul, West Group, 438.
[367] B. WESSELS, *Surseance van betaling*, Kluwer, Deventer, 160 e.v.
[368] P. COUSSEMENT, *Herstelschema's voor ondernemingen in moeilijkheden: een grondslagenonderzoek naar de doelstellingen van insolventieregulering en de verhouding tussen de Wet Gerechtelijk Akkoord en de Faillissementswet vanuit een rechtsvergelijkende, rechtseconomische en empirische invalshoek*, disseratie UGent, 2007, 458.

Belangrijk is dat de alle schuldeisers in eenzelfde groep ook gelijk moeten behandeld worden[369]. Zij stelt op zich een grens aan de differentiatie tussen schuldeisers. Schuldenaars die in grotere mate willen differentiëren zullen de verschillende schuldeisers in bijkomende klassen moeten indelen. Dit zal enkel mogelijk zijn wanneer zij kunnen aantonen dat de verschillende vorderingen in wezen niet gelijkaardig zijn[370]. Bovendien vormt deze praktijk voor de rechtbank een grond om de homologatie te weigeren.

De stemming over het reorganisatieplan gebeurt vervolgens ook aan de hand van deze indeling in schuldeisersklassen. Een plan wordt geacht goedgekeurd te zijn wanneer minstens ½ van de schuldeisers, die tevens 2/3 van de waarde van de schuldvorderingen vertegenwoordigen, een ja-stem uitbrengen[371]. Wanneer elke groep het plan goedkeurt, kan het door de rechtbank bekrachtigd worden. Het aantal klassen heeft bijgevolg een invloed op de goedkeuringskans. Hoe meer groepen het plan moeten goedkeuren, hoe groter de kans dat er een klasse negatief zal stemmen. Ten slotte kan via de *cram down*-procedure ook een reorganisatieplan dat niet door alle schuldeisergroepen is goedgekeurd, desondanks door de rechtbank gehomologeerd worden en aldus voor alle schuldeisers verbindend zijn[372]. In het geval ten minste 1 schuldeisersklasse, wiens vorderingen aangetast werden, het plan goedkeurden, kan de rechtbank het plan toch verbindend verklaren. De voorwaarden hiervoor zijn dat het plan niet voorziet in een '*unfair discrimination'* en voor zover het '*fair and equitable'* is. De *Bankruptcy Code* voorziet tevens in een aantal *'tests'* om te zien of aan deze laatste voorwaarden voldaan is[373].

In Frankrijk kent men een mengvorm. De goedkeuring van het *sauvegarde*-plan gebeurt zowel op basis van een globale stemming als via een goedkeuring binnen de twee wettelijk voorziene schuldeisercomités[374]. De Nederlandse surseanceprocedure hanteert dan weer het Belgische systeem van de globale stemming. De quora zijn echter strenger: respectievelijk 2/3 van het aantal schuldeisers die ¾ van de totale waarde van de schuldvorderingen vertegenwoordigt[375]. Daarnaast voorziet men in Nederland in het buitengerechtelijk dwangakkoord van WCOII wel een stemming via schuldeisergroepen, gelijkaardig aan het de *Chapter 11*-stemming[376].

---

[369] 11 U.S.C. §1123 (a)(4).
[370] P. COUSSEMENT, *Herstelschema's voor ondernemingen in moeilijkheden: een grondslagenonderzoek naar de doelstellingen van insolventieregulering en de verhouding tussen de Wet Gerechtelijk Akkoord en de Faillissementswet vanuit een rechtsvergelijkende, rechtseconomische en empirische invalshoek*, disseratie UGent, 2007, 459.
[371] 11 U.S.C, § 1126 (c).
[372] P. COUSSEMENT, "Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reirganisatie door een collectief akkoord", in M. TISON (ed.), *Gerechtelijke Reorganisatie,* 107-109.
[373] 11 U.S.C, §1129.
[374] F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 2012, Paris, LGDJ, 444 e.v.
[375] Art. 268 lid 1 Faillissementswet
[376] *Stukken Tweede Kamer,* Memorie van toelichting WCO II. (NL)

Het ontbreken van een stemming via schuldeiserklassen, hoewel zij oorspronkelijk wel in het voorontwerp voorzien was, is een van de grootste mankementen van de Belgische reorganisatieprocedure[377]. Schuldeisergroepen gecombineerd met het verbod te differentiëren binnen éénzelfde groep biedt immers de flexibiliteit om te differentiëren onder schuldeisers maar maakt tegelijk exorbitante misbruiken onmogelijk. Aldus zou zij het perfecte instrument geweest zijn om de situatie van quasi-samenloop vorm te geven.

4.3.3.5 Internationale Inzichten: de positie van zekerheidsschuldeisers

De positie van de zekerheidsschuldeisers verschilt aanzienlijk tussen de onderzochte rechtstelsels. Zoals gezegd is in België de individuele instemming van schuldeisers, behoudens één wettelijke uitzondering, vereist[378].

In Amerika behandelt men deze situatie anders. Ten eerste hebben zekerheidsschuldeisers wiens vordering niet volledig door de zekerheid gedekt wordt, het recht op *election*[379]. Dit houdt in dat ook het gedeelte van de vordering die de zekerheid overtreft met zekerheid uitbetaald wordt. In dat geval verliezen ze wel hun stemrechten[380]. Ten tweede worden ook zekerheidsschuldeisers in groepen ingedeeld, normalerwijze op basis van de gestelde zekerheid. De verschillende zekerheidsschuldeisers moeten bijgevolg, naargelang de gestelde zekerheid, gelijk behandeld worden. Echter kan men de schuldvorderingen wel reduceren, wat naar Belgisch recht zonder instemming niet mogelijk is. In dat geval moet de schuldeiserklasse in kwestie het plan wel goedkeuren of moet de rechtbank gebruik maken van de *cram down* –procedure om het plan aan de schuldeisers op te dringen. Verschillend is aldus de wijze van instemming. In tegenstelling tot de *WCO*, waar individuele instemming is vereist, is het onder de *Chapter 11* voldoende dat men de vereiste meerderheden in de schuldeisersgroep behaalt. Het kan dus voorvallen dat zekerheidsschuldeisers, ondanks een negatieve stem, door het plan gebonden zullen zijn[381]. In Nederland is de positie van zekerheidsschuldeisers dan weer voordeliger dan in België. Zij worden immers niet door de surseance getroffen. Naast het feit dat tenuitvoerlegging voor hen mogelijk blijft gedurende de surseance, kan tegenover hen geen enkele maatregel in het surseanceplan worden opgenomen. Bijgevolg kan enkel mits hun toestemming aan hun positie getornd worden[382].

---

[377] P. COUSSEMENT, "Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reirganisatie door een collectief akkoord", in M. TISON (ed.), *Gerechtelijke Reorganisatie,* 89.
[378] Zie *Supra.*
[379] 11 U.S.C. § 1111(b).
[380] D. EPSTEIN, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, St. Paul, West Group, 439.
[381] P. COUSSEMENT, "Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reirganisatie door een collectief akkoord", in M. TISON (ed.), *Gerechtelijke Reorganisatie,* 111.
[382] Zie *Supra.*

4.3.4 HOMOLOGATIE DOOR DE RECHTBANK

Na de collectieve stemming van schuldeisers, dient het reorganisatieplan nog gehomologeerd te worden door de rechtbank van koophandel, wil het verbindend zijn. De wetgever is van oordeel dat de schuldeisers zelf het best beseffen of een haalbaar reorganisatieplan werd voorgelegd. Daarom dat de nadruk in de procedure op de stemming en niet op de homologatie ligt. De mogelijkheden van de rechtbank zijn in die zin beperkt. De homologatie dient enkel om flagrante misbruiken en schendingen eruit te filteren. Behoudens rechtsmiddelen is de homologatiebeslissing in die zin de laatste kans voor schuldeisers om hun positie in het reorganisatieplan te wijzigen.

4.3.4.1.1 Homologatiecriteria

De homologatie is een *all-or-nothing* beslissing. De rechtbank oefent een marginale controle uit. Ze kan het plan afwijzen, goedkeuren of in sommige gevallen uitstel verlenen. De enige gronden op basis waarvan de rechtbank het plan mag afwijzen, betreffen de niet-naleving van de in de WCO voorgeschreven pleegvormen of het schenden van regels van openbare orde[383]. Echter nooit mogelijk, is een inhoudelijke wijziging door de rechtbank zelf. Dit recht komt enkel de schuldenaar toe.

4.3.4.1.1.1 Niet-naleving pleegvormen

Een eerste weigeringsgrond betreft het niet-naleven van pleegvormen. Het oordeel over de inhoud en haalbaarheid van een reorganisatieplan is een bevoegdheid die door de wetgever aan de schuldeisers werd voorbehouden. Het zijn immers zij die met de het plan zullen moeten leven. Echter kunnen zij maar met kennis van zaken stemmen, wanneer zij voldoende geïnformeerd werden. Deze informatieverplichtingen werden in de WCO opgenomen. Om dit belang te vrijwaren komt het de rechtbank toe een reorganisatieplan af te wijzen in het geval deze pleegvormen niet werden nageleefd[384].

Hierbij rijst de vraag of de graviteit van de inbreuk een rol speelt bij een weigering tot homologatie. Met andere woorden, leidt zelfs de lichtste inbreuk tot een weigering of mag de rechtbank genoegen nemen met het bereiken van het normdoel van de bepaling? Gebaseerd op de wet moet men aannemen dat de rechtbank niet de verplichting heeft de homologatie te weigeren, daar men de bewoording '*kan de rechtbank de homologatie weigeren'* gebruikt[385]. Dit wordt te meer bevestigd door de nadruk die de wetgever in de voorbereidende werken legt op het doel van de vormvoorschriften: het informeren van

[383] Art. 55 WCO.
[384] Art. 55, §2 WCO.
[385] I. VEROUGSTRAETE, A. VAN HOE, "De rechtsbescherming van schuldeisers bij een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord – La protection des créanciers dans la réorganisation judiciaire par accord collectif", *TBH* 2012, afl. 5, 443-449.

de schuldeisers[386]. Echter oordeelde het Grondwettelijk Hof onlangs dat *'in zoverre het reorganisatieplan niet verenigbaar is met de bepalingen van de WCO, de homologatie ervan in beginsel moet geweigerd worden'*[387]. Dit zet de tendens naar een meer formalistische benadering in, al blijft het aan de feitenrechter om te oordelen of er *in concreto* van een schending sprake is.

4.3.4.1.1.2 Schending openbare orde

Een schending van een regel van openbare orde zal eveneens tot een weigering tot homologatie leiden[388]. Omtrent deze regel is er in de rechtspraak veel discussie geweest. Concreet wordt een myriade aan regels van openbare orde aangevoerd om een weigeringsbeslissing te verkrijgen. Vooral op basis van de gedifferentieerde behandeling van schuldeisers poogt men vaak een weigering te bekomen. Schuldeisers die zich, ondanks een negatieve stem bij de goedkeuring, gebonden zien door een voor hun nadelig reorganisatieplan, proberen als laatste redmiddel een schending van de openbare orde aan te voeren opdat ze finaal toch niet door het plan zouden gebonden zijn.

Eertijds werd deze vordering vaak rechtstreeks gebaseerd op het *paritas creditorum* principe. Men ging ervan uit dat de gelijke behandeling van schuldeisers een principe was van openbare orde, op basis waarvan het plan moest geweigerd worden. Echter, geconfronteerd met de noodzaak binnen de gerechtelijke reorganisatie om te differentiëren tussen schuldeisers om zo de continuïteit te bewerkstelligen, stelde het Hof van Cassatie in een principepsarrest dat het *paritas-creditorum*-principe helemaal niet van openbare orde is[389][390]. De mogelijkheid om te differentiëren werd bovendien expliciet in de wet opgenomen[391]. Omdat de *paritas creditorum* op basis hiervan geen weigeringsgrond meer kon vormen, is men in de advocatuur naarstig op zoek naar andere regels van openbare orde die weigeringsbeslissing kunnen verantwoorden. Via zo'n omweg kan een reorganisatieplan alsnog geweigerd worden. Dat zo'n weigering omwille van de schending van een openbaar orde principe ook voordelig is voor schuldeisers die door het reorganisatieplan benadeeld werden, verklaart waarom het vooral door deze schuldeisers wordt opgeworpen. Hieronder een overzicht van gebruikte openbare orde-regels.

4.3.4.1.1.2.1 Grondwettelijk gelijkheidsbeginsel

[386] A. VAN HOE, "Continuïteit voor de wet ondernemingen", *RW* 2013-2014, afl. 3, 1214; T. LYSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013, 1225.
[387] GwH 18 januari 2012, *RW* 2011-12, 1059,
[388] Art. 55, §2 WCO.
[389] Cass. 9 maart 2000, *Pas*. 2000, I, p. 162, *RW* 2000-01, 480, noot A. DE WILDE; Cass. 20 oktober 2005, *NJW* 2006, 365, noot. P. COUSSEMENT.
[390] M. VANMEENEN, "De (veron)gelijk(t)e positive van de schuldeisers bij gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord", *DAOR* 2011, afl. 98, 293.
[391] Art. 49 lid 1 WCO.

Nadat het Grondwettelijk Hof oordeelde dat de *paritas* niet alleen niet van openbare orde is, maar ook bleek dat de *paritas creditorum* niet op de gerechtelijke reorganisatie van toepassing was, heeft men met succes geprobeerd zich op de grondwettelijke gelijkheidsbeginsel (art 10-11 GW) als weigeringsgrond te beroepen. Het Grondwettelijk hof bevestigde dat het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel ook in horizontale zin moet opgevat worden, en aldus moet nageleefd worden door private personen *die een machtspositie, in feite of in rechte, innemen die hen in de gelegenheid stelt om op discriminerende wijze afbreuk te doen aan de rechten van anderen* [392]. In een reorganisatieprocedure, beschikt de schuldenaar, gezien zijn monopoliepositie, inderdaad over een zulke positie.

In een volgend arrest verduidelijkte het Grondwettelijk Hof dat een gedifferentieerde behandeling van schuldeisers in het reorganisatieplan *redelijk verantwoord* moet zijn om het Art. 10 GW niet te schenden[393]. Het Hof van Cassatie trad dit standpunt kort nadien uitdrukkelijk bij en stelde dat de er van een redelijke verantwoording sprake is wanneer zij berust op objectieve criteria en de differentiaties evenredig zijn aan het nagestreefde doel, met name het behoud van de continuïteit van de onderneming[394]. Concreet aanvaardt men als redelijke verantwoording onder meer het strategisch belang van een schuldeiser, de duur van de schuldvorderingen, …

Deze benadering kent in de rechtspraak een aantal voorstanders, die zich beroepen op de oubolligheid van de *summa divisio* om de horizontale werking van een publiekrechtelijk beginsel te verantwoorden[395], maar minstens evenveel tegenstanders. Zo stelde E. DIRIX: "de civilist dient eerst in de eigen gereedschapskist te kijken voor en meer op maat gesneden oplossing"[396]. Echter blijft het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel de meest aangewezen route om overdreven differentiaties tussen schuldeisers tegen te gaan.

4.3.4.1.1.2.2 Privaatrechtelijke alternatieven

Sinds kort komen in rechtsleer en zelfs rechtspraak enkele alternatieven voor het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel naar voor. Zo werd gepoogd de collectieve beslissing over het reorganisatieplan

[392] GwH. 12 februari 2009, Nr. 17/2009.; Zie ook S. LOOSVELD, "De gedifferentieerde behandeling van schuldeisers in een reorganisatieplan: de grenzen van de openbare orde", *RABG* 2013, afl. 4, 208-2013.
[393] GwH 18 januari 2012, nr. 8/2012, *JT* 2012, 125, met noot M.-F. RIGAUX, *DAOR* 2012, 352, met noot J. BRONDEL, *NjW* 2012, 379, met noot P. HANNES en *TBH* 2012, 435, met noot I. VEROUGSTRAETE en A. VAN HOE.
[394] S. LOOSVELD, "De gedifferentieerde behandeling van schuldeisers in een reorganisatieplan: de grenzen van de openbare orde", *RABG* 2013, afl. 4, 211.
[395] O.a. J. BRONDEL, "De grenzen van de rechterlijke toetsing van het reorganisatieplan in het kader van de toepassing WCO", *DAOR* 2012, afl. 103, 362-366.
[396] E. DIRIX, "De paritas-regel en het reorganisatieplan", *RW* 2011-12, afl. 12, 576.

via de stemming als een partijbeslissing te kwalificeren. Op basis van de goede trouw zou de rechter dan over deze rechtsfiguur een marginaal toetsingsrecht hebben. Gelet op het feit dat de goede trouw van openbare orde is, zou dit een basis kunnen vormen om homologatie te weigeren[397].

Een populairdere stelling, die onlangs door het Hof van Cassatie werd bijgetreden is deze van de functionele bevoegdheid. Opmerkelijk is dat men op basis van deze figuur niet meer naar de Grondwet terugkoppelt. Men beschouwt dit functioneel criterium schijnbaar als een zelfstandige privaatrechtelijke toetsingsgrond. Volgens Cassatie is een differentiatie tussen schuldeisers slechts toegelaten voor zover zij afgestemd is op het behoud van de onderneming (continuïteitsdoel) en niet disproportioneel is. Met deze nieuwe beslissing lijkt in alle geval een nieuwe deur geopend. Gezien de inhoudelijke criteria grotendeels dezelfde zijn, zal de praktijk moeten uitwijzen welke meerwaarde – de louter dogmatische buiten beschouwing gelaten- deze benadering kan bieden[398].

4.3.4.1.1.2.3 Wettelijke specialiteit

Het wettelijk specialiteitsbeginsel is een ander principe dat ingevolge een reorganisatie van een vennootschap die deel uitmaakt van een groep, wordt opgeworpen als weigeringsgrond. Wettelijke specialiteit betekent zoveel als de vaststelling dat een vennootschap winst moet nastreven en niemand om niet mag begunstigen. De rechtsleer stelt echter op basis van de zogenaamde Rozenblum-criteria, dat vennootschap een andere vennootschap van dezelfde groep mag begunstigen zolang als daar een (indirect) voordeel voor de vennootschap kan tegenovergesteld worden[399].

Wanneer nu een dochtervennootschap in een reorganisatieplan een kwijtschelding van schuld voor een vennootschap in dezelfde groep opneemt, dan bewerkstelligt zij in die zin haar eigen discontinuïteit en worden de andere schuldeisers op overmatige manier benadeeld tegenover groepsschuldeisers. Irrelevant is het feit dat een zulke kwijtschelding de economische realiteit binnen de groep reflecteert, *i.e.* alle vennootschappen in de groep kennen financiële problemen en kunnen intragroepsleningen onder geen beding terugbetalen. Aangezien er voor de vennootschap ten slotte geen enkel voordeel uit de kwijtschelding te halen valt, schendt een zulke maatregel de wettelijke specialiteit-regel. Gebaseerd op het openbare orde-karakter, vormt deze schending een weigeringsgrond voor homologatie[400].

---

[397] A. VAN HOE en M. VREVEN, "Knelpunten bij de gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord", *TBH* 2011, afl. 9, 854.
[398] A. VAN HOE en I. VEROUGSTRAETE, "Van toegelaten differentiatie tot verboden differentiatie", *TBH* 2011, afl. 9, 921-928.
[399] K. MACOURS, "Lendit: gedachten bij de miskenning van het vennootschapsbelang in een groepscontext", *Bank Fin. R.* 2006, Afl. 1, 30 e.v.
[400][400] Zie voor een toepassing: Gent 22 december 2014, nr. 2014/17559, *juridat.be*

4.3.4.1.1.3 Overig

Naast voornoemde argumenten, zijn in de rechtspraak nog een aantal andere regels van openbare orde met wisselend succes naar voor geschoven om de weigering van homologatie te bewerkstelligen. Zo kunnen strafrechtelijke inbreuken die verband houden met het reorganisatieplan van openbare orde beschouwd worden[401]. Rechtsleer voert aan dat ook mededingingsrechtelijke inbreuken een openbare orde-karakter bezitten, die een weigering zouden kunnen opleveren[402]. In de praktijk heeft zo'n casus zich echter nog niet voorgedaan. Recent oordeelde het Hof van Beroep te Gent ook dat het miskennen van het hoor –en informatierecht van de werknemers bij ontstentenis van een sociaal overlegorgaan een schending van pleegvormen kan vormen die tot weigering om te homologeren kan dienen[403].

4.3.4.1.2 Gevolgen

Op basis van voornoemde criteria, beslist de rechtbank uiterlijk 14 dagen na de zitting inzake akkoord en in elk geval voor de vervaldag van de opschorting, of zij al dan niet het reorganisatieplan homologeert[404]. Drie pistes zijn mogelijk:

- Wanneer de rechtbank van oordeel is dat alle pleegvormen werden nageleefd en geen regels van openbare orde werden geschonden, zal ze het reorganisatieplan moeten goedkeuren. Deze homologatie verleent aan het reorganisatieplan haar bindende werking. Vanaf dat ogenblik zal het voor alle betrokken schuldeisers verbindend worden. Bovendien wordt de reorganisatieprocedure afgesloten, wat het einde van opschorting inhoudt.
- Indien pleegvormen of regels van openbare orde werden geschonden, kan de rechtbank het reorganisatieplan verwerpen. Hierbij zegt de rechtbank *de facto* dat de procedure niet succesvol kan afgerond worden. De opschorting neemt eveneens een einde en de schuldvorderingen herleven in hun originele vorm aangezien er geen reorganisatieplan voorhanden is. In vele gevallen zal deze situatie verglijden in een faillissementsprocedure. Deze maatregel wordt in de praktijk meestal toegepast in het geval het de bedoeling is van de schuldenaar om bepaalde schuldeisers voor te trekken, zonder dat het plan strekt tot de fundamentele redding van de onderneming.
- Sinds de WCO-reparatie heeft de rechtbank nog een tweede mogelijkheid bij de weigering tot homologatie. Ze kan bij een met redenen omklede beslissing alvorens recht te doen, aan de schuldenaar toestaan om een aangepast reorganisatieplan voor te leggen. In dat geval beslist de rechtbank over de verlenging van de opschorting zonder dat zij de maximumtermijn kan

[401] VEROUGSTRAETE, I., VAN HOE, A., "De rechtsbescherming van schuldeisers bij een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord – La protection des créanciers dans la réorganisation judiciaire par accord collectif", *TBH* 2012, afl. 5, 443-449.
[402] I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite,* Waterloo, Kluwer, 2011, 200.
[403] Gent (7e kamer) 5 mei 2014, *TGR* 2014, afl. 5, 386-388, noot A. HOSTE
[404] Art. 55 WCO.

overschrijden. Deze aanpassingsmogelijkheid maakt van de homologatiebevoegdheid van de rechtbank niet langer een alles-of-niets verhaal. De appreciatiemarge van de rechtbank wordt in die zin verruimd dat zij het plan niet zelf kan aanpassen, maar wel een inhoudelijke incentive aan de schuldenaar kan geven om daartoe over te gaan[405].

4.3.4.1.3 Rechtsmiddelen

Tegen het homologatievonnis kan onder geen beding verzet worden ingesteld[406]. Hoger beroep en eventueel derdenverzet zijn onder bepaalde voorwaarden mogelijk.

Hoger beroep kan ingesteld worden bij verzoekschrift en wordt gericht tegen ofwel de schuldenaar, ofwel de schuldeisers die betrokken partij waren bij de homologatiebeslissing[407]. Hier knelt het schoentje. Enkel schuldeisers die formeel tussengekomen zijn bij de homologatiebeslissing kunnen een hoger beroep instellen. Een schuldeiser die ter zitting enkel zijn stem uitbracht of opmerkingen formuleerde, kan immers formeel niet als 'partij' beschouwd worden[408]. De partijen in hoger beroep kunnen echter wel de overige partijen in tussenkomst oproepen. Indien het hoger beroep wordt ingesteld tegen de verwerping van het plan, schort het beroep de uitspraak op. De opschorting zal m.a.w. verlengd worden gedurende de beroepsprocedure, die echter wel bij hoogdringendheid wordt behandeld.

Aan schuldeisers die geen 'partij' waren, staat echter wel het derdenverzet open. Echter, op basis van het Ger.W. kunnen schuldeisers enkel verzet aantekenen wanneer hun schuldenaar bedrog heeft gepleegd of wanneer ze zich kunnen beroepen op een hypotheek, een voorrecht of enig ander recht dat buiten hun schuldvordering ligt. Het Hof van Cassatie preciseerde dat de volledige kwijtschelding van een schuld geen bedrog uitmaakt. Concluderend mogen we stellen, dat voor gewone (chirografaire) schuldeisers geen derdenverzet mogelijk is[409].

4.3.4.2 Internationale Inzichten: Gebrek aan een differentiatiecriterium

Ook in de *chapter 11* procedure moet een goedgekeurd reorganisatieplan door de rechter gehomologeerd worden ('*confirmation')*[410]. De rechtbank gebruikt hiertoe een hele resem criteria. Zo moet het plan voldoen aan de '*best interest of the creditors'*-test. Dit houdt in dat schuldeisers die

[405] Art. 55, §2 WCO.
[406] Art. 56 eerste lide WCO.
[407] Art. 56 tweede lid WCO.
[408] M. VANMEENEN, "De (veron)gelijk(t)e positie van de schuldeisers bij gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord", *DAOR* 2011, afl. 98, 289-299.
[409] X., "Rechtsmiddelen tegen een homologatievonnis bij een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord", *DAOR* 2011, afl.99, 444-445.
[410] 11 U.S.C. §1128.

tegen het plan stemden hun vordering minstens in dezelfde mate voldaan zien als onder een liquidatieprocedure. Ook heeft men een *feasability-requirement.* Dit houdt in dat de rechtbank nagaat of het plan haalbaar is, m.a.w. of de schuldenaar *überhaupt* in staat is de verplichtingen van het reorganisatieplan na te komen[411]. De belangrijkste voorwaarde voor homologatie is echter het feit dat men aan de bepalingen van de *Bankruptcy Code* moet voldoen. Op het eerste zicht lijkt dit dezelfde bepaling als de WCO. Men moet echter beseffen welke bepalingen in deze *Bankruptcy Code* zijn opgenomen. In tegenstelling tot de WCO, bepaalt deze in haar *Section 1123* in detail in hoeverre men mag differentiëren tussen schuldeisers. Dit maakt het voor de rechter mogelijk om met vrij grote eenvoud een plan omwille van exorbitante differentiaties af te keuren. Andere verschillen zijn onder andere voornoemde *cram down* –procedure[412], die het mogelijk maakt reorganisatieplannen te homologeren die niet door elke schuldeiserklasse werden goedgekeurd.

Ook in Nederland is de bevoegdheid om een surseanceplan al dan niet te homologeren breder. De faillissementswet geeft vooreerst een aantal specifieke gronden aan op basis waarvan de rechtbank het plan kan weigeren te homologeren[413]. Zo is het mogelijk een akkoord af te wijzen indien het door bedrog, door begunstiging van schuldeisers of met behulp van andere oneerlijke middelen tot stand kwam. Ten slotte bevat de wet een *catch-all* bepaling: de homologatie kan immers ook op basis van ander gronden geweigerd worden[414].

Ook de Franse rechter moet het *sauvegarde*plan homologeren opdat het verbindend zou zijn. Zijn bevoegdheid wordt in de *loi sauvegarde des entreprises* zeer algemeen geformuleerd. De rechter moet zich ervan verzekeren dat de rechten van de schuldeisers voldoende beschermd zijn (*que les intérêts de tous les créanciers sont suffisament protégés*)[415]. Dit biedt de Franse rechter evenzeer de homologatie van een plan te weigeren indien het te excessief differentieert tussen schuldeisers[416].

Concluderend kunnen we stellen dat grootste lacune in de Belgische WCO in de homologatiebepalingen te vinden is. In alle andere rechtsstelsels heeft de rechter, al dan niet rechtstreeks een grond om overdreven differentiaties tussen schuldeisers op te vangen. Dit enerzijds door de homologatiebevoegdheden zeer ruim te formuleren en anderzijds, door schendingen van de wet, waaronder het overdreven differentiëren, als weigeringsgrond op te nemen. De benarde situatie van de Belgische wet hangt mijn inziens samen met de samenloopdoctrine. Vertrekkende van de *paritas creditorum* zou men op vlak van homologatie immers geen probleem gehad hebben. Nu de

[411] D. EPSTEIN, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, St. Paul, West Group, 441.
[412] Zie *Infra.*
[413] Art. 272 Faillissementswet.
[414] B. WESSELS, *Surseance van betaling*, Kluwer, Deventer, 178.
[415] Art. L. 626-31 *C.Com.*
[416] F. LUCAS en H. LÉCUYER, *La réforme des procédures collectives: la loi de sauvegarde article par article*, 2006, Paris, LGDJ, 235.

gelijkheid van schuldeisers –terecht- niet geldt binnen de reorganisatieprocedures moet men in een adequaat vervangend mechanisme voorzien. Dit werd door de wetgever echter te dogmatisch aangepakt. Hierdoor ziet de rechtspraak zich genoodzaakt om, door zich te beroepen op allerlei openbare orde -principes, aan de nood van de praktijk om overdreven differentiaties te bestraffen, te voldoen. Het is dan ook ten stelligste aan te raden deze situatie te remediëren. Dit kan door ofwel een algemene bepaling in te voeren die de rechter meer beleidsruimte biedt of, en dit lijkt de meest logische oplossing, door in de WCO een bepaling op te nemen die meer in detail aangeeft in welke mate differentiatie aanvaardbaar is. Wegens een schending van een bepaling van de WCO, zou de rechter dan –zonder kunstmatige redeneringen- het reorganisatieplan kunnen afkeuren. Een meer functionele benadering is dan ook van primordiaal belang.

4.3.5 SITUATIE POST-PROCEDURE

Na homologatie van het reorganisatieplan, is het plan verbindend tegenover alle betrokken schuldeisers. De schuldvorderingen en betalingstermijnen worden m.a.w. door het reorganisatieplan bepaald en zullen ook zo moeten uitgevoerd worden. Schuldeisers wiens vordering niet door het plan werd gewijzigd of buitengewone schuldeisers die niet met het plan instemden, oefenen hun originele schuldvordering opnieuw uit[417].

4.3.5.1 Uitvoering van het plan

Indien de schuldenaar het plan volledig uitvoert, is de schuldenaar volledig en definitief bevrijd voor alle erin opgenomen schuldvorderingen. Schuldeisers wiens schuldvordering ingevolge het plan werd gereduceerd, zullen aldus geen enkele vordering tegen de schuldenaar kunnen instellen ten belope van het deel van de originele vordering die het bedrag in het reorganisatieplan te boven gaat.

Ook mogelijk is dat de schuldenaar zijn reorganisatieplan niet volledig naleeft. *In concreto* zal dit het geval zijn wanneer het reorganisatieplan geen zoden aan de dijk kon brengen en de onderneming nog steeds in financiële moeilijkheden verkeert. In dit geval kan men een intrekking van het reorganisatieplan vorderen[418]. Dit kan door de schuldeiser in de opschorting die bewijst dat het plan niet wordt nageleefd of niet zal nageleefd kunnen worden en hij hierdoor tevens schade leidt. Dezelfde vordering kan ook door de Procureur des Konings worden ingesteld wanneer het plan niet strikt wordt nageleefd. In vele gevallen zal deze vordering worden ingesteld door schuldeisers die niet langer door het plan wensen gebonden te zijn en terug willen vallen op hun originele vordering of een faillissement willen uitlokken. In de navolgende faillissementsprocedure wordt dan rekening gehouden met de originele aanspraken en niet de schuldvorderingen zoals deze uit het reorganisatieplan bleken.

[417] Art. 55, §4 WCO.
[418] Art. 58 WCO.

Door de intrekking herleven alle vorderingen van alle schuldeisers, ook deze die de intrekking niet vorderden. Zij kunnen hun originele aanspraken gedwongen laten uitvoeren. Reeds uitgevoerde betalingen en verplichtingen blijven echter geldig en moeten niet ongedaan gemaakt worden. Uiteraard worden deze bedragen op de originele aanspraken toegerekend.

4.3.5.2 Betwiste en niet-opgenomen schuldvorderingen

Rest nog de vraag wat er met betwiste en niet-opgenomen schuldvorderingen gebeurt in de uitvoeringsfase. Voor betwiste vorderingen geldt de regel dat deze worden betaald op de wijze die is bepaald voor de schuldvorderingen van dezelfde aard[419]. In de praktijk kan dit tot problemen leiden bij vaststelling van het definitief bedrag van de vordering. Immers worden dezelfde modaliteiten dan op het definitief bedrag toegepast. In het geval dit bedrag hoger uitvalt dan het provisioneel bedrag, kan dit niet-voorziene kosten voor de schuldenaar opleveren. Bij niet-naleving, zou dit zelfs tot een intrekking van het plan kunnen leiden[420].

Een tweede moeilijkheid betreft schuldeisers die niet in de lijst van schuldvorderingen voorkwamen. Zij zullen pas betaald worden na de volledige uitvoering van het plan en op de wijze die bepaald is in het plan voor gelijkaardige schuldvorderingen. Dit zou echter een zeer onbillijke situatie creëren voor schuldeisers die niet behoorlijk of zelfs niet werden ingelicht door de schuldenaar omtrent de reorganisatie. De schuldeisers die dit kunnen aantonen, zullen toch betaald worden op de wijze die het gehomologeerde plan bepaalt voor soortgelijke schuldvorderingen. Ook schuldeisers die niet werden ingelicht, zullen hun originele vordering dus gereduceerd zien[421].

[419] Art. 57 WCO.
[420] S. BRIJS en S. JACMAIN, "De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord" in P. LAMBRECHT en C. GHEUR (eds.), *De wet betreffende de continuïteit ondernemingen,* Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2010, (77) 111.
[421] Art. 57 WCO.

5 BESLUIT

Nu alle aspecten van de gerechtelijke reorganisatieprocedures in verschillende rechtsstelsels onderzocht werden, komen toch enkele markante vaststellingen en rode draden naar voor.

Ten eerste verschillen de attitudes omtrent insolventie grondig tussen *civil law* en *common law* landen. Opvallend is dat de *chapter 11* procedure in de USA grondig ingeburgerd is en als voornaamste insolventieprocedure wordt beschouwd. Deze opvatting vloeit ongetwijfeld voort uit het besef dat reorganisatie omwille van haar waardebehoudend effect te verkiezen is boven een liquidatieprocedure. Dit besef ontbrak lange tijd in *civil law* landen waar de nadruk op schuldeiservoldoening lag. Men moet opmerken dat, onder invloed van de *chapter 11* procedure, ook in continentaal Europa het besef is doorgedrongen dat reorganisatie een efficiënt middel kan zijn om met insolventie om te gaan. Elk van de onderzochte rechtstelsels heeft dan ook een reorganisatieprocedure geïmplementeerd. De efficiëntie van deze procedures verschilt echter grondig.

Als eerste aspect werden de systemen van zekerheidsrechten en de implementatie van het *paritas creditorum*-principe geanalyseerd. Op dit vlak kennen alle continentale stelsels hetzelfde systeem. Buiten insolventie moeten concurrente schuldeisers ponds-pondsgewijs voldaan worden, tenzij zij enige wettige reden van voorrang hebben bedongen. In de USA wordt de wedloop echter niet stilgelegd. Buiten de context van collectieve insolventieprocedures moeten schuldeisers zo snel mogelijk een uitvoerbare titel verkrijgen. In tegenstelling tot Europa, kan deze titel als een zekerheid tot betaling beschouwd worden die rang neemt zodra men hem bekomt.

Qua opening van de reorganisatieprocedure moet men stellen dat België een schuldenaarsvriendelijke regeling hanteert. Dit komt vooreerst tot uiting in het initiatiefrecht: enkel de schuldenaar kan een reorganisatieprocedure opstarten. In alle andere stelsels heeft men op enerlei wijze ook initiatiefrecht toegekend aan andere actoren. Zo kunnen ook de schuldeisers na een wachtperiode een *chapter 11* procedure inleiden. In Nederland kunnen schuldeisers weliswaar geen surseance opstarten, maar zullen zij in de toekomst wel een buitengerechtelijk dwangakkoord (WCOII) kunnen afdwingen. Frankrijk lijkt hetzelfde principe als België te hanteren, ware het niet dat het belang hiervan door hun *twin peaks* benadering moet genuanceerd worden. Ook wat dit tweesporenbeleid betreft, komen markante verschillen naar boven. Zowel Frankrijk als Nederland passen een strikt tweesporenbeleid toe, waarbij de levensvatbaarheid van de onderneming reeds voor het opstarten van de procedure wordt geanalyseerd. In de USA past men een variant van de openportaalbenadering toe. Echter kan een schuldenaar, in tegenstelling tot de WCO, reeds tijdens de procedure naar een faillissement worden afgeleid. Opnieuw kent de WCO, met de voortijdige beëindiging, de meest permissieve regeling.

Daarnaast gunnen alle onderzochte reorganisatieprocedures de schuldenaar een moratorium die de uitvoerbaarheid van de schuldvorderingen aan banden legt. In België valt dit moratorium, abstractie gemaakt van enkele zekerheidsmechanismen, niet te omzeilen. In Nederland stelt men vast dat zekerheidsschuldeisers niet door dit moratorium gebonden zijn en hun schuldvordering ook tijdens de surseance ten uitvoer kunnen leggen. Bovendien kent de nieuwe procedure van het buitengerechtelijk dwangakkoord, gelet op haar buitengerechtelijk karakter, geen moratorium. In Amerika treft het moratorium alle schuldeisers, maar kan de rechter deze op een *case-by-case-approach* opheffen. De meeste reorganisatieprocedures hanteren, net zoals in België, het *debtor in possession* systeem, waarbij de schuldenaar tijdens de opschorting aan het roer van zijn onderneming blijft staan. In Amerika is dit ook het geval, maar kunnen, naast de *trustee*, ook schuldeisercomités het beheer van de schuldenaar controleren. Nederland verplicht overigens de bijstand van een bewindvoerder, die samen met de schuldenaar het beheer over de onderneming uitoefent.

Wat betreft de redactie van het reorganisatieplan en de procedure die hiertoe gevolgd moet worden, springen drie aspecten in het oog. Vooreerst kent de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord het redactierecht exclusief aan de schuldenaar toe. In tegenstelling tot dit Belgisch exclusief redactierecht, kunnen schuldeisers in de USA bij stilzitten van de schuldenaar zelf overgaan tot redactie. In Nederland gebeurt de redactie van het plan *de facto* met bijstand van de bewindvoerder. In de WCO II wordt overigens ook aan de schuldeisers een redactierecht toegekend. Frankrijk voorziet dan weer een procedure waarbij verplicht overleg moet gepleegd worden met de twee schuldeisercomités. Ten tweede valt in België het gebrek aan stemming via schuldeisercomités op. Deze vindt men zowel in *sauvegarde* als de *Chapter 11* terug. Nederland kent deze procedure niet in de surseance, maar dit wordt evenwel gecompenseerd door het feit dat zekerheidsschuldeisers niet door de surseance gebonden worden. Bovendien voorziet het buitengerechtelijk dwangakkoord wel in een stemming via schuldeisercomités. België lijkt met haar globale stemming aldus de vreemde eend in de bijt te zijn. Ten slotte laten alle reorganisatieprocedures een gedifferentieerde behandeling van schuldeisers toe. Echter verschilt de wijze waarop men misbruiken beteugelt grondig. Opvallend is dat men in België moeilijk een wettelijke grondslag kan vinden op basis waarvan de homologatie van het reorganisatieplan kan geweigerd worden. De oorzaak hiervan ligt in het gebrek aan een expliciete bepaling omtrent de gedifferentieerde behandeling van schuldeisers in de WCO. Een zulke bepaling vindt men wel terug in de andere rechtsstelsels. Zowel in Amerika als Nederland heeft men expliciet de grenzen waarbinnen men mag differentiëren tussen schuldeisers in de wet aangegeven. Op basis van een schending van de wet kan dan de homologatie geweigerd worden. In Frankrijk kent men de rechter een grote appreciatiebevoegdheid toe, waardoor ook hij wegens exorbitante differentiaties de homologatie kan weigeren.

Wat kan men nu besluiten uit voornoemde vaststellingen. Op het eerste zicht zou men kunnen stellen dat België een te schuldenaarsvriendelijk systeem hanteert. Schuldeisersrechten worden te zeer beknot en zetten debiteuren aan tot misbruik. Deze conclusie lijkt mij echter te kortzichtig. Wanneer men het succes van de verschillende reorganisatieprocedures nagaat, ziet men dat het Belgische collectief akkoord ten opzichte van de surseance –en *sauvegarde*procedure vrij succesvol blijkt. Dit succes kan verklaard worden door het feit dat een permissief systeem schuldenaars aanmoedigt tijdig een procedure op te starten. In Frankrijk en Nederland slaagt men hier veel minder in. Bovendien valt op dat men in deze landen bijkomende systemen ontwikkelt om informele reorganisatie te bewerkstelligen. Te denken valt onder andere aan het Nederlands buitengerechtelijk dwangakkoord en Franse *conciliation*.

Duidelijk is dat de *Chapter 11* als moeder aller reorganisatieprocedures moet beschouwd worden. Onder andere het Belgische collectief akkoord heeft erop gebaseerd. Mijn inziens moet de Belgische wetgever becomplimenteerd worden omwille van haar moed om een permissief systeem op poten te zetten. Dit getuigt van een moderne visie omtrent insolventie en bewijst dat de –oorspronkelijk Amerikaanse- visie van economisch waardebehoud via reorganisatie de heersende stroming is geworden. Toch mag men niet blind blijven voor de gebreken van de gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord. Zij heeft weliswaar de grote principes van de *Chapter 11* in de Belgische rechtsorde geïmplementeerd, toch mist zij haar nuances en verfijndheden. Ook de WCO-reparatiewet moet in dit kader belicht worden: zij corrigeert immers al enkele gebreken die in de originele WCO te vinden waren. Andere verfijningen die mijn inziens in de toekomst moeten geïmplementeerd worden, zijn onder andere het beperken van het exclusief initiatiefrecht in de tijd, een bepaling die de grenzen van differentiatie onder schuldeisers aangeeft, een stemming via schuldeisersklassen,…

Concluderend ben ik de mening toegedaan dat de Gerechtelijk Reorganisatie via collectief akkoord een stap in de goede richting is. Zij implementeert, overeenkomstig een moderne visie en zich baserend op de *Chapter 11*, een permissief systeem dat, zeker onder de continentale systemen, als toonaangevend kan beschouwd worden. Spijtig is dat men bij het ontwerpen van de procedure heeft nagelaten de nuances en verfijndheden van de *Chapter 11*-procedure over te nemen. De WCO-Reparatie remedieerde deze situatie al enigszins. Toch lijken verdere hervormingen in de toekomst aangewezen. De principes van de WCO zitten in elk geval juist, verdere verfijningen die misbruiken uitsluiten, blijven echter broodnodig. In deze zin blijft de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord *a work in progress*.

6 BIBLIOGRAFIE

België:

BEKAERT, J., "De WCO: Schuldeisers schaakmat?" in X., *De Vennootschap in de verschillende takken van het recht*, 81-126.

BRAECKMANS, H., *Faillissement & Reorganisatie*, Antwerpen, Kluwer, 2001, losbl.

BRIJS, S. en JACMAIN, S., "De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord" in LAMBRECHT, P. en GHEUR, C., (eds.), *De wet betreffende de continuïteit ondernemingen,* Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2010, (77) 111.

BRONDEL, J., "De grenzen van de rechterlijke toetsing van het reorganisatieplan in het kader van de toepassing WCO", *DAOR* 2012, afl. 103, 362-366.

COPPIN, B., "Redelijkheid wordt grens van bescherming tegen schuldeisers", *Juristenkrant* 2012, afl. 250, 1.

COUSSEMENT, P., *Herstelschema's voor ondernemingen in moeilijkheden: een grondslagenonderzoek naar de doelstellingen van insolventieregulering en de verhouding tussen de Wet Gerechtelijk Akkoord en de Faillissementswet vanuit een rechtsvergelijkende, rechtseconomische en empirische invalshoek*, disseratie UGent, 2007, 292.

COUSSEMENT, P., "Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reirganisatie door een collectief akkoord", in M. TISON (ed.), *Gerechtelijke Reorganisatie,* 65-120.

DELWICHE, T., "Reparatiewet WCO werkt de inhoudings- en doorstortingsplicht van opdrachtgevers aan de RSZ (en de fiscus) tijdens de opschortingsprocedure weg", *RW* 2013-14, afl. 10, 383-387.

DESTERBECK, F., "Nieuwe wet versterkt positie fiscus in WCO-procedure", *Fisc. Act.* 2013, afl. 21, 13-15.

DE GROOTE, B., en VOET, S., *Collectieve schuldenregeling*, Brussel, Larcier, 2009, 1-15.

DE MEY, F., "Het reorganisatieplan" in X., *Faillissement & Reorganisatie*, I.J.-1 – I.J.-108.

DE KEYSER, L., DELWICHE, T., ACKAERT, T., MALEKZADEM, J., "Wijzigingen aan de wet betreffende de continuïteit van de ondernemigen", *TRV* 2013, afl. 8, 740-777.

DE MOOR, B., "De gegevensverzameling, de handelsonderzoeken en de ondernemingsbemiddelaar in de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen", in LAMBRECHT, P. en GHEUR, C., (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises. De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2010, 41.

DERIJCKE, W., "Dwars door het insolventierecht: de (on-)gelijke behandeling van de schuldeisers in de diverse insolventieprocedures" in X., *Insolventierecht* 2004-2005, 541-565.

DE RAEDT, S., "Het openbare-ordeverweer van de fiscale administratie tegen een opgelegde schuldvermindering in een gerechtelijke reorganisatie", *NJW* 2012, afl. 266, 519.

DE WILDE, A., "Gelijkheid tussen schuldeisers. Toetsing aan de hand van de Wet op de Continuïteit ondernemingen. All animals are equal, but some animals are more equal than others.", in X., *Gelijke behandeling in de bedrijfswereld,* 77-105.

DIRIX, E., "Art. 8. Hyp. W." In X., *Voorrechten en hypotheken. Artikelgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 1-40.

DIRIX, E., "De paritas-regel en het reorganisatieplan", *RW* 2011-12, afl. 12, 575-577.

DIRIX, E., JANSEN, R., "De positie van de schuldeisers en het lot van de lopende overeenkomsten" in X., *Gerechtelijke reorganisatie*, 157-196.

FRANCOIS, P., "Inpandgeving – niet handelszaak" in CAPELLE, L., (ed.), *Bijvoorbeeld. modellen voor het bedrijfsleven,* Mechelen, Kluwer 2006, IV.520. 1-83.

GEINGER, H., VANLERSBERGHE, P., "De gerechtelijke reorganisatie: procedurele aspecten" in X., *Gerechtelijke Reorganisatie*, 121-156.

HANNES, P., "Wet Continuïteit Ondernemingen: Vergeet de fiscus niet.", *NJW* 2012, Afl. 263, 363.

HELSEN, F., "Positie RSZ bij gerechtelijke reorganisatie: differentiëren mag, discrimineren niet", *NJW* 2013, afl. 283, 453-454.

HOUBEN, R., en PEETERS, I., "De zekerheidswaarde van schuldvergelijking in het Belgisch recht, mede in het licht van de financiële crisis. Pleidooi voor een genuanceerde maar verantwoorde aanpak", *TBH* 2011, afl. 8, 769.

LALEEUW, S., "WCO – Gelijkheid der schuldeisers", *Info@law* 2011, afl. 1, 29-30.

Le GALLOU, C., *Droit de sûretés et droit des procédures collectives*, Larcier, Bruxelles, 2012, 8-9.

LOOSVELD, S., "De gedifferentieerde behandeling van schuldeisers in een reorganisatieplan: de grenzen van de openbare orde", *RABG* 2013, afl. 4, 208-2013.

LOOSVELD, S., "Een minnelijk akkoord als doel van een gerechtleijke reorganisatieprocedure: zin en onzin van de wettelijke drempel van minstens twee schuldeisers", *RABG* 201O, afl. 8, 519-522.

LYSENS, T., "De procedure van gerechtelijke reorganisatie" in X., *Faillissement & Reorganisatie*, I.F-1 – I.F.-45.

PAUWELS, S., "De weigering tot homologatie van een collectief reorganisatieplan binnen de WCO: schending van de openbare orde wegens ongelijke behandeling van schuldeisers", *TRV* 2013, afl. 2, 141-145.

R. DC, "Faillissement Detroit goedgekeurd", *De Standaard* 4/12/2013.

REMMERY, S., SUPPLY, G., "Wet Continuïteit Ondernemingen. Wet van 31 januari 2009: van gerechtelijk akkoord naar gerechtelijke reorganisatie", *NJW* 2009, afl. 207, 610-627.

RENARD, J., "La réforme de la loi sur la continuité des entreprises: le portail se resserre", *JLMB* 2014, afl. 1, 23-25.

RENIERS, K., "Continuïteit en schuldeisers: op zoek naar het juiste evenwicht?", *DAOR* 2012, afl. 101, 95-100.

RIGAUX, M., "Le côntrole du plan de réorganisation d'une entreprise en difficultés: la Cour constitutioelle précise les pouvoirs du juge", *JT* 2012, afl. 6467, 129-131.

STEENNOT, R., "Continuïteit ondernemingen landbouwer", *NJW* 2014, afl. 309, 744.

SUPPLY, G., REMMERY, S., "De gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord" in X, *Faillissement & Reorganisatie*, I.I-1 – I.I-57.

TISON, M., "Openportaalbenadering bij gerechtelijke reorganisatie", *NJW* 2010, afl. 222, 367.

VAN BUGGENHOUT, C., "Gelijkheid onder de schuldeisers, samenloop, gerechtelijk akkoord en gerechtelijke reorganisatie" in DE WILDE, A., (ed.), *Tendensen in het bedrijfsrecht. Gelijke behandeling in de bedrijfswereld*, Brussel, Bruylant, 2009, 8-11.

VANDERHAEGHEN, A., "Reorganisatieplan", *NJW* 2013, afl. 280, 316.

VAN GEEL, C., "Wetgeving op de continuïteit van ondernemingen bijgestuurd", *P&O* 2013, afl. 9, 35-36.

VAN HOE, A., "Continuïteit voor de wet ondernemingen", *RW* 2013-2014, afl. 3, 1214; T. LYSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2013.

VAN HOE, A., "De Voortijdige beïndiging van de gerechtelijke reorganisatie: enkele begrippen", *DAOR* 2011 afl. 99, 430-435.

VAN HOE, A., "Caveat creditor: wolfijzers en schietgeweren in de Wet Continuïteit Ondernemingen", *RW* 2012-13, afl. 34, 1332-1337.

VAN HOE, A., VEROUGSTRAETE, I., "Van toegelaten differentiatie tot verboden differentiatie", *TBH* 2011, afl. 9, 921-928.

VAN HOE, A., "Over verbonden schuldeisers en de gerechtelijke reorganisatie", *TRV* 2013, afl. 8, 800-804.

VAN HOE, A., VREVEN, M., "Knelpunten bij de gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord", *TBH* 2011, afl. 9, 853-856.

VANMEENEN, M., "De (veron)gelijk(t)e positie van de schuldeisers bij gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord", *DAOR* 2011, afl. 98, 289-299.

VANMEENEN, M. en VAN HOE, A., "Pand in kader van insolventieprocedures" in HALLEMANS, F., SAGAERT, F. en VAN RANSBEECK, R., *Het pand, Van een oude naar een moderne zekerheid*, Brugge, Die keure, 2012, 48 (223.)

VEROUGSTRAETE, I., VAN HOE, A., "De rechtsbescherming van schuldeisers bij een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord – La protection des créanciers dans la réorganisation judiciaire par accord collectif", *TBH* 2012, afl. 5, 443-449.

VERSTIJLEN, F., "Paritas creditorum, voorrang en preferentie", *TPR* 2006, afl. 2, 1157-1236.

VERVOORT, I. "Insolventie vanuit schuldeiserperspectief: samenloop bij gerechtelijk akkoord als toetssteen van een nieuw criterium bij insolventieprocedures en de impact van samenloop op de rechtstreekse vordering van de onderaannemer", in X., *Insolventierecht 2004-2005. XXXIste postuniversitaire cyclus Willy Delva,* Mechelen, Kluwer, 2006, 131.

WOUTERS, P., "De toepassing van de insolventieverordening op de procedures van de gerechtelijke reorganisatie en de rechtsmacht van de Belgische rechtbanken", *RABG* 2013, afl. 18, 1277-1281.
X., "Misbruik van de procedure van gerechtelijke reorganisatie", *DAOR* 2012, afl. 103, 371.
X., "Rechtsmiddelen tegen een homologatievonnis bij een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord", *DAOR* 2011, afl.99, 444-445.
X., "WCO gerechtelijke reorganisatie en gedifferentieerde behandeling van schuldeisers. Noot Contra", *info@law* 2012, afl. 7, 15.
X., "Continuïteit ondernemingen", *NJW* 2013, afl. 287, 651-652.

Frankrijk:

CABRILLAC, M., MOULY, C., en CABRILLAC, S., *Manuel: Droit des sûretés*, Paris, Litec, 2010, 645.
JACQUEMONT, A., *Droit des entreprises en difficulté*, 2007, Paris, Litec, 355.
LE CORRE, P-M., "Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises", *Recueil Dalloz* 2005, 2297.
LE CORRE, P-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, 2009, Paris, Dalloz, 610.
LE CORRE, P-M., "Les irrégularités affectant la composition et le vote des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire", *Recueil Dalloz* 2007, 822.
LIENHARD, A., "Sauvegarde des entreprises: remises de dettes des créanciers publics", *Dalloz Actualité* 2007.
LUCAS, F-X., "Droit des entreprises en difficulté", *Recueil Dalloz* 2008, 570.
LUCAS, F-X., en LÉCUYER, H., *La réforme des procédures collectives: la loi de sauvegarde article par article*, 2006, Paris, LGDJ, 246.
MARTIN, J-F. en LIENHARD, A., *Redressement et Liquidation Judiciaire: prévention, règlement amiable, faillite personnelle, banqueroute*, 2003, Paris, Delmas, 49.
PEROCHON, F., *Entreprises en difficulté*, 2012, Paris, LGDJ, 97.
PÉTEL, P., "La réforme des plans de redressement", *LPA* 2004, 34. R. VALLIOT, "La loi du 26 juillet 2005… Le point de vue de l'administrateur judiciaire – mandataire *ad hoc* et conciliateur" *JCP E* 2005, 1515.
SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit des entreprises en difficulté*, 2011, Paris, Motchrestien.
SALGADO, M.B., *Droit des entreprises en difficultés,* Parijs, Bréal, 2007, 95.
TENDLER, R., *Les sûretés*, Paris, Dalloz, 1983, 43.
VALLENS, J-L., " Les effets pervers de la loi sauvegarde des entreprises", *RTD.com* 2007, 604.

Nederland:

ASSER, C., VAN MIERLO, A., MIJNSSEN, F., en VAN VELTEN, A., *Goederenrecht. 3: Zekerheidsrechten* 2003, Deventer, Kluwer, 568 (5).

DE LIAGRE BÖHL, E., *Vademecum Ondernemingsrecht: Sanering en Faillissement* 1991, Deventer, Kluwer, 345 (35).
KEIJSER, T., "De implementatie van de Europese Richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten", *WPNR* 2004, 2004/6592, 761-771.
TILDEMAN, B., "Kritische kanttekeningen bij de pre-pack", *FIP* 2013, Afl. 6, 190.
VAN EEDEN-VAN HARSKAMP, M., en SPANJAARD, J., "De pre-pack vanuit contractenrechtelijk perspectief", *ORP* 2014, afl. 5, 34.
VAN BUCHEM-SPAPENS, A.M.J. en POUW, T.A., *Faillissement, Surseance van betaling en schuldsanering,* Amsterdam, Kluwer, 2008, 112.
VAN ZANTEN, M., "Aan het werk met de pre-pack!", *AR* 2013, Afl. 10, 7.
WESSELS, B., "Moeten schuldeisers altijd gelijk behandeld worden?" *NJB* 2010, afl. 6, 334-340.

USA:

ADLER, B., *Foundations of bankruptcy law*, New York, Foundation Press, 2005, 386.
ALTMAN, E. *Coporate financial distress: a complete guide to predicting, avoiding and dealing with banktruptcy, New York, Wiley, 1980, 368p.*
BAIRD, D.G., *Elements of Bankruptcy*, Foundation Press, New York, 2001, 170.
BALCAEN, S., BUYZE, J., en OOGHE, H., *Financial disstress and firm exit: determinants of involuntary exits, voluntary liquidations and restructuring exits*, Gent, Vlerick Leuven Gent Management School, 2009, 61p.
BROWN, W. en AHERN, L., *2005 Bankruptcy reform legislation with analysis 2nd: commentary and highlighted tekst of the United States Bankruptcy code as amended by the bankruptcy abuse prevention and consumer protection act of 2005 public law 109*-8, Saint-Paul, West Publishing co., 2005, 52.
CRAMES, M., EDELMAN, H. En KRESS, A., *The fundamentals of bankruptcy and corporate reorganization,* Yonkers, Juris Publishing, 1998, 105.
EPSTEIN, D. *Bankruptcy and related law in a nutshell*, St. Paul, West Group, 39-51.
KING, P. en COOK, M., *Creditors' rights, debtors' protection and bankruptcy,* Matthew Bender, New York, 1997, 108-124.
MOSS, J., "Consecutive Chapter 11 Filings: Use or Abuse?", *Fordham Urban Law Journal* 1991, Afl. 19
MURPHY, P., *Secured creditors and lessors under the bankruptcy reform act* 1981, New York, Practising law Institute, 1981, 26.
ROE, M., *Corporate reorganization and bankruptcy: legal and financial materials*, New York, Foundation Press, 2000, 96.
X, *Bankruptcy code, rules and official forms: law school edetion*, Saint-Paul, West publishing co., 1988, 487.