

MERITIUS®

ADVOCATEN - AVOCATS

Verdienstelijk in recht

© Copyright MERITIUS® Gent

## In dit nummer

<b>Art. 16 WCO als toetssteen.....</b>	<b>1</b>
<b>De parlementaire voorbereidingen.....</b>	<b>1</b>
<b>Beperkte rechterlijke beoordelingsbevoegdheid.....</b>	<b>2</b>
<b>Toch speelt het leefbaarheids criterium.....</b>	<b>2</b>
<b>En moet het verzoek rechtmatig zijn?.....</b>	<b>3</b>
<b>Vindt de rechtspraak van de hoven navolging?.....</b>	<b>3</b>
<b>Luikse vonnissen als samenvatting.....</b>	<b>4</b>
<b>Bedachtzame voorbereiding blijft de boodschap!.....</b>	<b>4</b>

## Wet op de continuïteit van ondernemingen: één jaar rechtspraak verduidelijkt het toepassingsgebied

Luc STOLLE

### Art. 16 WCO als toetssteen

Artikel 16 WCO stelt dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie strekt tot het behoud, onder toezicht van de rechter, van de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de onderneming in moeilijkheden of van haar activiteiten.

De WCO maakt het de rechtbank mogelijk aan de onderneming in moeilijkheden een zgn. periode van opschorting toe te kennen met het oog op (1) hetzij het bewerkstelligen van een minnelijk akkoord met twee of meerdere schuldeisers, (2) hetzij het verkrijgen van het akkoord van de schuldeisers over een globaal reorganisatieplan, (3) hetzij de overdracht onder gerechtelijk gezag, aan een of meerdere derden, van het geheel of een gedeelte van de onderneming of haar activiteiten.

Aldus moet de realisatie van één of meerdere van deze zgn. doelstellingen tijdens de periode van opschorting het mogelijk maken om het geheel of een gedeelte van de onderneming of haar activiteiten te behouden. Tijdens deze

periode wordt de onderneming beschermd tegen aanvallen van buitenaf: zij kan niet failliet worden verklaard en niet gerechtelijk worden ontbonden; tijdens deze periode is ook de gedwongen uitvoering op roerende en onroerende goederen van de onderneming onmogelijk.

Teneinde zoveel mogelijk economische activiteit te redden, legde de wetgever de drempel voor de toegang tot de procedure van gerechtelijke reorganisatie bewust laag: de procedure hoeft niet te leiden tot het herstel van de onderneming; het volstaat dat de verzoekster aantoonde dat een gedeelte van haar economische activiteiten kan worden behouden. De omvang van dit "gedeelte" wordt niet omschreven. Het is dus voldoende dat het om een beperkt gedeelte van de activiteiten gaat.

Deze laagdrempeligheid, die reeds tot uiting kwam in de parlementaire voorbereidingen, vindt ook zijn weerslag in de rechtspraak van het afgelopen jaar. Daarop gaan we in deze nieuwsbrief verder in.

### De parlementaire voorbereidingen

In de parlementaire voorbereidingen is te lezen dat *"het nodig is maar volstaat dat de continuïteit van de onderneming bedreigd is op korte of middellange termijn, naar het oordeel van de schuldenaar, en dat de reorganisatieprocedure een deel van de oplossing kan bieden voor het gehele of gedeeltelijke behoud van de economische activiteit."*

De reorganisatieprocedure moet dus worden toegestaan van zodra zij een deel van de oplossing kan bieden voor het behoud van economische activiteit, hoe klein ook. Bij de stemming van de WCO bevonden we ons immers in volle crisis en was het uiteraard de bedoeling de afbraak van de economische activiteit en de tewerkstelling zoveel als mogelijk tegen te gaan.



**MERITIUS**  
ADVOCATEN - AVOCATS

**De procedure van gerechtelijke reorganisatie wordt toegepast zodra de door art. 23 WCO gestelde voorwaarden vervuld zijn: d.i. dat (1) de continuïteit van de onderneming, onmiddellijk of op termijn, bedreigd is, dat (2) het verzoekschrift en de daarbij horende stukken is neergelegd, en (3) dat er tijdens de drie voorgaande jaren geen beroep werd gedaan op de WCO.**

Het hoeft dan ook geen verwondering te wekken dat zelfs toepassing van de WCO kan worden gemaakt wanneer de onderneming virtueel failliet is. In de parlementaire voorbereidingen leest men dat *“de procedure kan geopend worden als de onderneming in werkelijkheid failliet is, maar de procedure van reorganisatie voordeliger is*

*voor de gemeenschap en de schuldeisers dan een klassiek faillissement”.*

In vele gevallen zal een virtueel failliete onderneming toch een deelactiviteit hebben die waardevol is en die behouden kan blijven wanneer zij bijvoorbeeld onder gerechtelijk toezicht wordt overgedragen aan een gezonde onderneming.

## Beperkte rechterlijke beoordelingsbevoegdheid

Zoals gezegd heeft de rechtspraak de contouren van het toepassingsgebied van de WCO onder tussen omstandiger omschreven.

Zo staat in een arrest van het *Hof van Beroep te Bergen van 9 juni 2009* te lezen dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie wordt toegepast zodra de door art. 23 WCO gestelde voorwaarden vervuld zijn: d.i. dat (1) de continuïteit van de onderneming onmiddellijk of op termijn, bedreigd is, dat (2) het verzoekschrift en de daarbij horende stukken zijn neergelegd, en (3) dat er tijdens de drie voorgaande jaren geen beroep werd gedaan op de WCO.

Het Hof erkent dat de beoordelingsbevoegdheid van de rechter sterk wordt beperkt.

Volgens het Hof te Bergen is het zelfs niet vereist dat de verzoekster zou aantonen dat de gerechtelijke reorganisatieprocedure voor de schuldeisers voordeliger zou zijn dan een faillissement; het moet daarentegen volstaan aan te tonen dat de procedure een gedeelte van de oplossing biedt voor het behoud van een gedeelte van de economische activiteit, dit losstaand van de vraag of deze onderneming als geheel virtueel failliet is.

Verder meende het Bergense Hof dat er bij de beoordeling van het verzoek geen diepgaande analyse van de leefbaarheid van de onderneming en van haar reorganisatieproject vereist is. Toch stelde het Bergense Hof dat er desalniettemin gekeken kan worden naar de leefbaarheid van de ondernemingen na de opening van de reorganisatieprocedure.

Wat hiermee wordt bedoeld, blijkt deels uit het arrest van *28 september 2009* van hetzelfde Hof. Het Hof verduidelijkte dat de procedure van de gerechtelijke reorganisatie niet tot doelstelling mag hebben dat ondernemingen de goedkeuring van een onrealistisch herstelplan zouden krijgen. Deze “filtering” van de leefbaarheid van de onderneming – en dus het onderzoek naar de haalbaarheid van het reorganisatieplan – dient evenwel niet te gebeuren bij de aanvang van de reorganisatieprocedure, maar wel tijdens de opschortingsprocedure zelve.

Moraal van het verhaal: bij de aanvang van de procedure dient enkel de continuïteit bedreigd te zijn (onmiddellijk of op termijn) en dient geen diepgaand onderzoek te gebeuren naar de leefbaarheid van de onderneming.

## Toch speelt het leefbaarheids criterium

Toch kan de leefbaarheid wel degelijk een rol spelen bij de beoordeling van het verzoek tot toekenning van de opschorting.

Het *Hof van Beroep te Antwerpen* linkt in haar arrest van *27 juli 2009* de leefbaarheid aan het bestaan van continuïteit. Volgens het Hof kan er nl. geen sprake zijn van continuïteit en dus van leefbaarheid wanneer uit de feitelijke omstandigheden blijkt dat de vroeger uitgeoefende activiteiten werden gestopt en er van mogelijke nieuwe activiteiten onvoldoende bewijs voorligt. Dit is

logisch: een onderneming kan niet leven zonder activiteit; wie geen activiteit heeft kan ook niet spreken over continuïteit en bedreiging van de continuïteit.

Het Antwerpse Hof meende in haar arrest van *5 januari 2010* dat er evenmin sprake kon zijn van continuïteit in het geval dat de procedure klaarblijkelijk enkel wordt nagestreefd om beschermd te worden tegen de verhaalsrechten van schuldeisers.



## En moet het verzoek rechtmatig zijn ?

Verder stelt zich de vraag of de rechtbanken onderzoek kunnen doen naar de rechtmatigheid van het verzoek tot toepassing van de WCO.

In haar arrest van 28 september 2009 oordeelde het Hof van Beroep te Bergen dat een grondige controle van de gegrondheid van het verzoek niet is toegelaten. De rechter mag daartoe niet overgaan onder het voorwendsel van een zgn. "beweerd misbruik". Dit onderzoek is beperkt tot een marginale en beperkte controle ten aanzien

van het bestaan van een "duidelijk misbruik".

Ook het Hof van Beroep te Luik dacht er net zo over in haar arrest van 18 juni 2009. Het stelde dat de rechtbank, onder de schijn van een beweerd beoordeling van de rechtmatigheid van het belang tot het instellen van de vordering, geen nieuwe voorwaarde mag invoeren met betrekking tot de afwezigheid van enige kwade trouw, nu die voorwaarde niet vereist wordt in de WCO.

## Vindt de rechtspraak van de hoven navolging ?

Jawel, de rechtspraak van de rechtbanken van koophandel volgt de krijtlijnen die door de hoven zijn uitgetekend.

Dit blijkt o.m. uit het vonnis van 26 mei 2009 van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen. Deze rechtbank erkent de "laagdrempeligheid" m.b.t. de toegang tot het zgn. portaal en bevestigt dat bij de beoordeling van het verzoek in principe enkel gekeken dient te worden naar het behoud van de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de onderneming en het bedreigd zijn van diezelfde continuïteit (art. 16 en 23 WCO). Dit impliceert evenwel, aldus de Antwerpse handelsrechtbank, dat er alleszins een noemenswaardige economische activiteit moet bestaan en dat die economische activiteit een minimum aan levensvatbaarheid moet vertonen. Het bewijs daarvan dient geleverd te worden aan de hand van concrete elementen. De Antwerpse rechtbank meende dat aan deze voorwaarde niet is voldaan wanneer het gaat om een zgn. "lege doos" en dat, door deze toestand nog verder te gedogen, de schulden enkel maar kunnen verhogen. Daarenboven merkte de rechtbank op op dat de schuldenaar, door de wanbetaling van zijn schulden, een oneerlijke mededinging in het leven riep tegenover zijn correct werkende concurrenten in de sector. Tenslotte oordeelde de rechtbank in dezelfde zaak dat er sprake was van rechtsmisbruik: er werd nl. vastgesteld dat de schuldenaar zijn inkomsten voor oneigenlijke doeleinden aanwendde en d.m.v. de procedure tot gerechtelijke reorganisatie zoveel mogelijk tijd probeerde te winnen.

M.b.t. de rechtmatigheid van het verzoekschrift

oordeelde de Luikse handelsrechtbank in haar vonnis van 11 mei 2009 dat de schuldenaar zich schuldig had gemaakt aan nalatigheden en praktijken die onverzoenlijk zijn met het belasting- en sociaal recht, en dat het verzoek er finaal strekte zijn schuldeisers te laten opdraaien voor de gevolgen van zijn eigen tekortkomingen.

Ook de Antwerpse handelsrechtbank oordeelde te moeten nagaan of er nog een economische activiteit bestaat en, zo ja, of deze activiteit overlevingskansen heeft. Aldus oordeelde zij dat, wanneer er een economische activiteit bestaat en er een systeem kan worden gevonden om de laattijdigheid in de betalingen (*in casu* vanwege openbare instellingen) te ondervangen en er tevens een inbreng van derden gebeurt, de overlevingskans niet denkbeeldig is. Er werd daarom een termijn van opschorting van 5 maanden toegekend. Eenzelfde termijn werd toegestaan in een andere zaak van dezelfde datum, en dit ondanks het feit dat de overlevingskansen ronduit twijfelachtig bleken en veel zou afhangen van de mogelijkheid vreemd kapitaal aan te trekken (*Kh. Antwerpen 5 mei 2009*).

De rechtbank van Koophandel te Tongeren oordeelde tot tweemaal toe dat de vaststelling dat de onderneming zich in staat van faillissement bevindt, niet verhindert dat zij kan worden toegelaten tot de procedure van gerechtelijke reorganisatie. Zulks vereist wel dat de onderneming een maatschappelijke waarde heeft en dat zij een redelijke kans op overleven heeft, zij het eventueel in afgeslankte vorm of met een andere kapitaalstructuur (*Kh. Tongeren, 25 mei 2009, 6 juli 2009*).

**Het behoud van continuïteit impliceert dat er alleszins een noemenswaardige economische activiteit moet bestaan en dat die economische activiteit een minimum aan levensvatbaarheid moet vertonen (Kh Antwerpen).**





**Om de procedure van gerechtelijke reorganisatie open te verklaren is het noodzakelijk maar ook voldoende dat de continuïteit onmiddellijk of op termijn bedreigd zou zijn "naar het oordeel van de schuldenaar" en dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie een onderdeel van de oplossing zou bieden voor het gehele of gedeeltelijke behoud van de economische activiteit.**

## Luikse vonnissen als samenvatting

Tenslotte kunnen we het summiere rechtspraak-overzicht omtrent de toepassingsvoorwaarden van de WCO besluiten met de rechtspraak van de *Luikse handelsrechtbank* die herhaaldelijk stelde dat, om de procedure van gerechtelijke reorganisatie open te verklaren, het noodzakelijk maar ook voldoende is dat de continuïteit onmiddellijk of op termijn bedreigd zou zijn "naar het oordeel van de schuldenaar" en dat de procedu-

re van gerechtelijke reorganisatie een onderdeel van de oplossing zou bieden voor het gehele of gedeeltelijke behoud van de economische activiteit. Daarbij moet, aldus de Luikse handelsrechter, de schuldenaar de werkelijkheid van de bedreiging van discontinuïteit die hij inroep niet bewijzen, doch is het voldoende dat hij het bestaan ervan bevestigt (*Kh. Luik 28 april, 6 mei, 12 mei en 14 mei 2009*).

## Bedachtzame voorbereiding blijft de boodschap !

Dat deze raad steeds dienstig is, bewijst het vonnis van de *rechtbank van koophandel te Hasselt* van 20 oktober 2009.

Deze rechtbank oordeelde dat er sprake is van misbruik van de procedure indien de onderneming nalaat de noodzakelijke initiatieven te nemen teneinde haar zaakvoerders en vennoten te vragen de rekening-courant aan te zuiveren en het kapitaal te volstorten. De rechtbank is m.a.w. van oordeel dat een onderneming geen bescherming kan komen vragen teneinde een regeling met haar schuldeisers te betrachten wanneer zij niet in staat is de vorderingen op haar "naaste schuldenaars" te innen. Men kan begrijpen dat een rechter niet kan toestaan dat

de schuldeisers toegevingen zullen moeten doen in het kader van een minnelijk akkoord of een reorganisatieplan terwijl de zaakvoerders of de bestuurders de liquiditeiten aan de vennootschap onttrekken voor persoonlijke doeleinden.

We vernamen dat dit Hasseltse vonnis navolging vindt in andere rechtbanken, o.i. terecht!

Zo kan men zich ook al de moeite besparen wanneer de onderneming de laatste twee jaarrekeningen of aangiften in de personenbelasting van de koopman niet ter beschikking heeft (o.m. *Antwerpen 12 november 2009, Kh. Hasselt 2 juni 2009, Kh. Nijvel 09 juli 2009*). Wie niet in orde is met de minimale formaliteiten kan dus wel eens het deksel op de neus krijgen.

## Onze kantoren

### MERITIUS® GENT

Martelaarslaan 402 - 9000 Gent  
Tel. +32 (0)9 269 70 70 - Fax +32 (0)9 269 70 71  
[info.gent@meritius.be](mailto:info.gent@meritius.be)

### MERITIUS® BRUXELLES

Georges Henrilaan 431 - 1200 Bruxelles  
Tel. +32 (0)2 735 91 56 - Fax +32 (0)2 734 35 00  
[info.brussels@meritius.be](mailto:info.brussels@meritius.be)

### MERITIUS® MONS

Rue Ste Gertrude 1 - 7070 Le Roeulx  
Tel. +32 (0)64 66 50 12 - Fax +32 (0)64 67 60 93  
[info.mons@meritius.be](mailto:info.mons@meritius.be)

### MERITIUS® NAMUR

Avenue Cardinal Mercier 46 - 5000 Namur  
Tel. +32 (0)81 74 42 04 - Fax +32 (0)81 74 42 07  
[info.namur@meritius.be](mailto:info.namur@meritius.be)

### MERITIUS® ANTWERPEN

Jules Moretuslei 374-376 - 2610 Antwerpen  
Tel. +32 (0)3 825 55 00 - Fax +32 (0)3 825 56 00  
[info.antwerpen@meritius.be](mailto:info.antwerpen@meritius.be)