

**« De voornaamste reddingsmiddelen voor
ondernemingen in moeilijkheden »**

INHOUDSTAFEL

I	INLEIDING – ALGEMENE BESCHOUWINGEN	4
I.1	BESCHRIJVING.....	4
I.2	INLEIDENDE OVERWEGINGEN	4
I.3	SCHEMATISCHE VOORSTELLING MAATREGELEN BOEK XX	5
I.4	ALGEMENE VOORDELEN EN NADELEN VAN BEIDE FASEN (BUITENGERECHTELIJK VS GERECHTELIJK)	5
II	BUITENGERECHTELIJKE MAATREGELEN	6
II.1	DE ONDERNEMINGSBEMIDDELAAR	6
II.1.1	<i>Wat is zijn hoedanigheid ?</i>	7
II.1.2	<i>Hoe wordt hij aangesteld en wat is zijn missie?</i>	7
II.1.3	<i>Last but not least – honoraria van de bemiddelaar zijn ten laste van de onderneming in moeilijkheden</i>	7
II.2	HET BUITENGERECHTELIJK MINNELIJK AKKOORD.....	7
II.2.1	<i>Algemeen.....</i>	7
II.2.2	<i>Eigenschappen en voordelen van deze procedure (t.o.v. zuiver minnelijk akkoord)</i>	8
II.2.3	<i>De tussenkomst van de gerechtsmandataris in de zoektocht naar een akkoord</i>	9
III	GERECHTELIJKE FASE	9
III.1	ALGEMENE PRINCIPES VAN DE GERECHTELIJKE REORGANISATIE	10
III.1.1	<i>Voorwaarden voor opening van het gerechtelijk luik.....</i>	10
III.1.2	<i>Effecten van de aanvraag tot opening van de gerechtelijke reorganisatie.....</i>	10
III.1.3	<i>Effecten van de effectieve opening van de gerechtelijke reorganisatie (door vonnis van de rechtbank).....</i>	10
III.2	MAATREGELEN DIE GENOMEN KUNNEN WORDEN TIJDENS DE OPSCHORTING	11
III.2.1	<i>Sluiten van één of meerdere gerechtelijke akkoorden - “WCO 1”</i>	11
III.2.2	<i>Het collectief akkoord - « WCO 2 ».....</i>	12
III.2.3	<i>De overdracht van activiteiten onder gerechtelijk gezag - “WCO 3”</i>	14
IV	ENKELE SPECIFIEKE VRAAGSTUKKEN IN HET KADER VAN DE OVERDRACHT ONDER GERECHTELIJK GEZAG	16
IV.1	DE INTERNE OVERDRACHT (O.A. BIJ GEBREK AAN GEÏNTERESSEERDE OVERNEMERS) – DE GERECHTELIJKE REORGANISATIE DOOR OVERDRACHT VAN ACTIVITEITEN VAN ORCHESTRA PRÉMAMAN BELGIË (OPB).....	16
IV.1.1	<i>Principe van interne overdracht – essentiële rol van de gerechtsmandataris.....</i>	16
IV.1.2	<i>In de praktijk – de gerechtelijke reorganisatie door overdracht van Orchestra-Prémaman België</i>	17
IV.2	DE VASTSTELLING VAN DE OVERDRACHTSPRIJS – DE GERECHTELIJKE REORGANISATIE VAN MAXI TOYS	17
IV.2.1	<i>Principe: de geboden prijs moet hoger zijn dan de liquidatiewaarde</i>	17
IV.2.2	<i>Een COVID-rechtspraak aangaande de liquidatiewaarde?</i>	18
IV.2.3	<i>De « Maxi Toys rechtspraak »</i>	18
IV.3	BELANG VAN HET FINANCIËEL PLAN – DE GERECHTELIJKE REORGANISATIE VAN DE NV ENTREPRISES GÉNÉRALES 3ÈME BUREAU 19	
IV.3.1	<i>Het lastenkohier en de structurering van het overnamebod.....</i>	19
IV.3.2	<i>Gerechtelijke reorganisatie 3^{ème} BUREAU – Toepassing.....</i>	19
V	CONCLUSIE	20

BIJLAGES

BIJLAGE 1 – Specifieke bepalingen van Boek XX van Wetboek Economisch Recht;

BIJLAGE 2 – Model van verzoekschrift tot aanstelling van een ondernemingsbemiddelaar;

BIJLAGE 3 – Model van buitengerechtelijk minnelijk akkoord;

BIJLAGE 4 - Model van verzoekschrift tot opening van de gerechtelijke reorganisatie;

BIJLAGE 5 – Voorbeeld van reorganisatieplan.

I INLEIDING – Algemene beschouwingen

I.1 BESCHRIJVING

Veel ondernemingen worden tijdens hun levensloop geconfronteerd met moeilijkheden (onvoldoende cashflow, hoge schulden, verlies van contracten of klanten, opzegging van een lening door de bank, beëindiging van een contract met een belangrijke leverancier, beslagen,...).

De praktijk wijst echter uit dat de leidinggevenden van deze ondernemingen vaak niet of nauwelijks op de hoogte zijn van de bestaande mogelijkheden om met dit soort situaties om te gaan. Dit vaak met alle gevolgen van dien, zowel voor de onderneming (die mogelijk met een faillissement te maken kan krijgen), voor de schuldeiser (die mogelijk een essentiële partner verliest), voor de werknemers (die mogelijk hun baan verliezen),...

Deze bijdrage geeft een praktijkgerichte inleiding in de 'reddingsinstrumenten' die een onderneming tot haar beschikking heeft om met dergelijke financiële moeilijkheden om te gaan, en identificeert welk instrument in welke concrete situatie aangewend kan worden.

De focus ligt bij dit alles volop op continuïteit van de onderneming: een faillissement is mits juiste en tijdige reflexen inderdaad vaak te voorkomen.

Concreet zullen de voornaamste 'buitengerechtelijke' en 'gerechtelijke' maatregelen besproken worden, gaande van 'vrijblijvende' maatregelen zoals de aanstelling van een ondernemingsbemiddelaar die *ad hoc* kan tussenkomen in minnelijke onderhandelingen met schuldeisers, tot meer ingrijpende maatregelen zoals de overdracht onder gerechtelijk toezicht van de levensvatbare activiteiten van de onderneming aan een nieuwe structuur (die deze activiteit opnieuw naar behoren kan ondersteunen).

De uiteenzetting wordt ondersteund door zeer concrete voorbeelden uit de praktijk (gebaseerd op recente rechtspraak zoals bv. Maxi Toys en Orchestra-Prémaman), alsmede door modellen van documenten die aangewend worden om deze maatregelen op te starten en op te volgen (verzoek tot aanstelling van een bemiddelaar, model van minnelijke schikking, verzoek tot opening van gerechtelijke reorganisatieprocedure, ...).

De presentatie zal met name gebaseerd zijn op onze ervaring als advocaat, bemiddelaar en gerechtsmandataris. In deze hoedanigheden hebben wij een expertise ontwikkeld in het begeleiden en adviseren van bedrijven in moeilijkheden.

I.2 INLEIDENDE OVERWEGINGEN

De COVID-19 gezondheidscrisis heeft geleid tot een verregaande economische crisis, waarvan de gevolgen nog in volle ontwikkeling zijn (sociaal, financieel, bankwezen, ecologisch, ...). Op het moment van schrijven (oktober 2020), wordt gesproken van een tweede *lockdown*.

Verschillende bedrijven, waarvan sommige hun activiteiten volledig hebben moeten stopzetten, verkeren in ernstige moeilijkheden. Vooral bedrijven met onvoldoende cash, die deze periode dus niet kunnen overbruggen, worden zwaar getroffen. Bepaalde sectoren hebben tot op vandaag hun activiteiten niet of slechts gedeeltelijk kunnen hernemen, en dit ondanks een aantal initiële versoepelingen in de sanitaire maatregelen (waaronder horeca, evenementen, transport,...).

Elke dag koppen de kranten met sluitingen, faillissementen, herstructureringen en gerechtelijke reorganisaties.

De Belgische wetgeving voorziet in verschillende mogelijkheden voor ondernemingen die zich in moeilijkheden bevinden. Deze wetgeving wordt vandaag dus bij uitstek op de proef gesteld. Ze bestaat niet alleen uit de voor de meesten vrij goed gekende faillissementsprocedure (waar een curator het resterende actief verkoopt ten gunste van de schuldeisers), maar ook uit verschillende maatregelen die een onderneming moeten toelaten om haar activiteiten alsnog te saneren en continuïteit te garanderen.

De procedures die continuïteit beogen blijken in de praktijk evenwel niet goed gekend door ondernemers en hun adviseurs, en worden bijgevolg vaak niet, of pas *in extremis* aangewend wanneer zij eigenlijk hun nut niet meer kunnen bewijzen. ‘Ongekend is onbemind’ is wat deze procedures betreft zeker een toepasselijke uitdrukking.

Deze procedures kunnen opgedeeld worden in twee delen (zie schema hieronder), een buitengerechtelijke fase (die eerder minnelijk van aard is), en een gerechtelijke fase (gekend als de ‘gerechtelijke reorganisatie’, waar de rechtbank een actieve rol speelt). Deze regelgeving is ontstaan in de nasleep van de financiële crisis van 2008 (de toenmalige Wet Continuïteit Ondernemingen (of ook ‘WCO’) dewelke werd overgenomen in boek XX van het recente Wetboek Economisch Recht (“WER”) – zie **BIJLAGE 1**).

Het doel van deze bijdrage is in wezen om de “tools” te presenteren die worden aangeboden door dit boek XX. Wij hopen dan ook dat deze bijdrage ondernemers en hun adviseurs een aantal reflexen kan bieden die hen toelaten om problemen tijdig te herkennen, en om hier meteen op de adequate manier op te reageren. Een onderneming staat er inderdaad, en in tegenstelling tot wat velen denken, allesbehalve alleen voor wanneer zij geconfronteerd wordt met financiële moeilijkheden.

Belangrijke opmerking bij dit alles is uiteraard dat deze maatregelen nooit « op zich » staan. Zij zullen in de regel steeds kaderen binnen een ruimer strategisch plan om de onderneming opnieuw rendabel te maken. Het inleiden van één van de procedures die in deze bijdrage besproken wordt, zal de onderneming niet helpen om haar producten op de juiste manier te commercialiseren, haar kostenstructuur te optimaliseren,... Deze maatregelen zijn er m.a.w. om de onderneming de kans te geven om ook intern haar huiswerk te doen.

Hieronder worden stap per stap de maatregelen/procedures besproken die een onderneming tot haar beschikking heeft. Wij wijzen er meteen op dat ook een belangrijk sociaal luik verbonden is aan deze procedures, dit wordt hier niet in detail besproken.

I.3 SCHEMATISCHE VOORSTELLING MAATREGELEN BOEK XX

De middelen die wij zullen bespreken kunnen als volg samengevat worden :

Buiten of pr-gerechtelijke fase:	Gerechtelijke fase:
→ Ondernemingsbemiddelaar; → Buitengerechtelijk minnelijk akkoord.	→ Ondernemingsbemiddelaar; → Gerechtelijk minnelijk akkoord; → Collectief akkoord; → Overdracht onderneming onder gerechtelijk gezag

I.4 ALGEMENE VOORDELEN EN NADELEN VAN BEIDE FASEN (BUITENGERECHTELIJK VS GERECHTELIJK)

Inleidend staan wij kort stil bij een aantal algemene verschillen tussen beide fasen, deze worden verder in de tekst meer gedetailleerd doorgelicht.

Schematisch beschouwd kunnen de buitengerechtelijke ‘tools’ logischerwijze gebruikt worden zonder gerechtelijke tussenkomst (op een paar kleine *ad hoc* tussenkomsten van de rechter na in specifieke gevallen).

Gedurende de gerechtelijke fase (“gerechtelijke reorganisatie”) zal een formele tussenkomst van de rechter wel noodzakelijk zijn, in de zin dat zittingen georganiseerd zullen worden bij de rechtbank om de procedures op te volgen. De rechter zal ook een grotere ‘superviserende’ rol spelen.

Hierna is het de bedoeling om de specifieke maatregelen/procedures te bespreken die binnen deze 2 fasen vallen, en na te gaan welke fase en welke specifieke maatregel het meest aangewezen is in een concreet geval.

	Buitengerechtelijke fase	Gerechtelijke fase (« gerechtelijke reorganisatie »)
Formalisme	(+) Snel, relatief informeel	(-) Formeel, inherent trager
Kost	(+) Relatief goedkoop	(-) Relatief duur (Gerechtskosten, advocatenkosten, eventueel kosten gerechtsmandataris,...)
Vertrouwelijkheid	(+) Vertrouwelijk	(-) Publieke procedure
Omvang van de moeilijkheden	(-) Voornamelijk efficiënt bij lage complexiteit (bv. klein aantal schuldeisers)	(+) Kan ook soelaas bieden bij hoge complexiteit
Afdwingbaarheid	(-) Vereist medewerking van schuldeisers	(+) Maatregelen kunnen opgelegd worden aan schuldeisers zonder hun akkoord
Noodzakelijke informatie	(-) Slecht gekend (wat vaak voorafgaande informatieverstrekking vereist naar de schuldeisers toe)	(+) Relatief gekende procedure, minder wantrouwen bij schuldeisers

II BUITENGERECHTELIJKE MAATREGELEN

De buiten of pré-gerechtelijke fase kan gezien worden als een minnelijk en vertrouwelijk procedé waarmee de onderneming in moeilijkheden haar continuïteit wenst te beschermen, maar op een moment dat zij nog geen beroep wenst/hoeft te doen op de verregaande tussenkomst van een rechtbank (de rechtbank komt wel tussen op louter formele, administratieve wijze).

In de praktijk worden deze buitengerechtelijke maatregelen aangewend wanneer er nog een dialoog mogelijk is met de schuldeisers en wanneer men m.a.w. in een (zeer) vroeg stadium van financiële achteruitgang zit, of in het algemeen wanneer het schuldprofiel van de onderneming erg eenvoudig is (bijvoorbeeld slechts enkele schuldeisers).

Deze maatregelen laten toe om snel en doeltreffend op te treden zonder dat hieraan een grote investering van tijd en geld is gekoppeld (in tegenstelling tot wat vaker het geval is in de gerechtelijke fase).

Concreet zijn er in deze fase de volgende maatregelen ter beschikking van de onderneming:

- de aanstelling van een bedrijfsbemiddelaar (zie punt II.1) ;
- het buitengerechtelijk minnelijk akkoord (zie punt II.2).

In de praktijk wordt deze fase te weinig aangewend. Als zij dan toch aangewend wordt (bijvoorbeeld na het raadplegen van een advocaat), zijn de financiële problemen vaak al in een stadium waar deze maatregelen niet langer doeltreffend zijn. De boodschap is dus om er vroeg bij te zijn, en om zelfs bij beperkte problemen deze procedures in het achterhoofd te hebben.

II.1 DE ONDERNEMINGSBEMIDDELAAR

II.1.1 Wat is zijn hoedanigheid ?

De ondernemingsbemiddelaar¹ is een persoon (vaak advocaat), aangesteld door de ondernemingsrechtbank, met als opdracht de reorganisatie van een onderneming te faciliteren.

Het is als het ware een tussenpersoon tussen de onderneming in moeilijkheden, schuldeiser en in voorkomend geval de rechtbank die toelaat om de communicatie en het sluiten van akkoorden tussen de partijen makkelijker te laten verlopen.

Als onafhankelijk persoon heeft hij/zij een neutraal oog op het belang van de partijen, en is hij/zij dus perfect gepositioneerd om deze taak te vervullen. In de regel zal dit ook een persoon zijn met ervaring ter zake die de onderneming-schuldenaar (en de schuldeisers) aldus nuttig kan adviseren.

II.1.2 Hoe wordt hij aangesteld en wat is zijn missie?

De ondernemingsbemiddelaar kan dus aangesteld worden met de bedoeling de onderneming in moeilijkheden te ondersteunen bij haar reorganisatie. Hij kan ook een faciliterende rol spelen in elk van de procedures die hieronder besproken worden (zowel buitengerechtelijk als gerechtelijk).

Een verzoekschrift zal hiertoe ter griffie van de ondernemingsrechtbank worden neergelegd waarin wordt uiteengezet waarom een bemiddelaar gewenst is (zie **BIJLAGE 2** voor een model).

In theorie kan de aanstelling zelfs mondeling gevraagd worden, dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer reeds een insolventieprocedure loopt en er op een hieraan gelinkte zitting een verzoek wordt geformuleerd.

Een aantal van zijn opdrachten kunnen zijn: een rendabiliteitsrapport maken van de onderneming, contact opnemen met medewerkers of schuldeisers van de onderneming om een onderhandeling te starten, een strategisch rapport maken betreffende de organisatie van de onderneming.

In ieder geval kan hij de onderneming ook één van de maatregelen die in deze bijdrage wordt besproken aanraden indien hij dit opportuun acht.

Na de neerlegging van het verzoekschrift, zal de ondernemingsrechtbank een beschikking vellen met het oog op de benoeming van een bemiddelaar met beschrijving van zijn opdracht.

II.1.3 *Last but not least* – honoraria van de bemiddelaar zijn ten laste van de onderneming in moeilijkheden

Belangrijk te vermelden is dat de ondernemingsbemiddelaar tegen vergoeding werkt.

De schuldenaar dient hiermee dus rekening te houden in het beheer van haar schatkist.

De idee is natuurlijk dat deze kost op termijn een besparing oplevert, in de zin dat deze persoon de snelheid en efficiëntie van de lopende onderhandelingen/procedures verhoogt (snel akkoord met schuldeisers). Ook kan de bemiddelaar de schuldenaar verder adviseren over eventuele bijkomende maatregelen die genomen kunnen worden teneinde de onderneming te ondersteunen.

II.2 HET BUITENGERECHTELIJK MINNELIJK AKKOORD

II.2.1 Algemeen

Het gaat om de mogelijkheid voor de schuldenaar (ondernemer in moeilijkheden) om een akkoord te sluiten met minstens 2 schuldeisers. Dit akkoord wordt dus gesloten buiten het gerechtelijk kader (en dus buiten het kader van de gerechtelijke reorganisatie).

1. Artikel XX.36 WER.

Concreet zal de schuldenaar met 2 of meer schuldeisers een akkoord proberen vinden teneinde zijn schuld te herstructureren (afbetalingsplannen, kwijtscheldingen, stopzetting van de interesten,...). Er is geen verplichting om alle schuldeisers in dit akkoord te betrekken. Dit akkoord wordt schriftelijk vastgesteld, en neergelegd ter griffie van de ondernemingsrechtbank.

Het verschil met een 'zuiver' minnelijk akkoord bestaat er in dat bijzondere formaliteiten geëerbiedigd dienen te worden om aan partijen garanties te bieden, wat dus een akkoord moet faciliteren (zie **BIJLAGE 3** voor een model).

II.2.2 Eigenschappen en voordelen van deze procedure (t.o.v. zuiver minnelijk akkoord)

Het door het WER² voorziene "buitengerechtelijke minnelijke akkoord", onderscheidt zich inderdaad van een 'zuiver' minnelijk akkoord op een aantal vlakken:

- Eens een akkoord gesloten is, kunnen de partijen het akkoord laten homologeren door de ondernemingsrechtbank, wat wil zeggen dat het akkoord opgenomen wordt in een vonnis.³ Dit is een belangrijk bewijsmiddel voor de schuldeiser in het geval de onderneming in moeilijkheden het akkoord niet respecteert. Inderdaad, met dit vonnis kan de schuldeiser het akkoord meteen laten uitvoeren door een gerechtsdeurwaarder (bijvoorbeeld een beslagmaatregel) zonder nog een nieuw vonnis tot veroordeling te moeten verkrijgen. Het vonnis dat het akkoord vastlegt geldt dus als "uitvoerbare titel". Dit is voor de schuldeiser een serieuze tijd -en kostenbesparing.
- De schuldeiser en schuldenaar kunnen in het kader van hun akkoord nieuwe zekerheden overeenkomen die de schuldvordering 'verzekeren' (bv hypotheek, pand,...) zonder hierbij rekening te moeten houden met de regels van de "verdachte periode".

Wat is de "verdachte periode"? Dit is een periode van 6 maanden voorafgaand aan een faillissement waarbinnen de curator aangesteld in dit faillissement gaat kijken of er geen transacties hebben plaatsgevonden die het actief van de vennootschap hebben bezwaard (bv. betalingen aan schuldeisers, overdrachten van activa, opstellen van garantieverplichtingen,...). De curator kan deze transacties aanvechten en deze dus als niet bestaande beschouwen.

Transacties gedaan in het kader van een buitengerechtelijk minnelijk akkoord kunnen evenwel niet worden aangevochten (de regels van de "verdachte periode" gelden dus niet), wat een groot voordeel is voor de schuldeiser.

Voorbeeld: In het kader van het minnelijk akkoord is overeengekomen dat een pand op de handelszaak van de schuldenaar gevestigd wordt. 3 maanden later gaat de schuldenaar in faillissement ondanks het akkoord. De curator dient rekening te houden met dit pandrecht en de opbrengst van de verkoop van de handelszaak overmaken aan de schuldeiser.

- Akkoorden in dit kader gesloten zijn expliciet vertrouwelijk. Dit vergemakkelijkt het sluiten van een akkoord.

Daar waar een zuiver minnelijk akkoord typisch enkel toegevingen van de schuldeiser impliceert (toekenning afbetalingsplan, gedeeltelijke kwijtschelding etc.), zijn er in het buitengerechtelijk minnelijk akkoord dus ook voordelen voor de schuldeiser.

In ieder geval worden zijn kansen op recuperatie sterk verhoogd wanneer de schuldenaar in structurele financiële moeilijkheden verkeert, die eventueel zullen leiden tot een faillissement. Het afsluiten van een buitengerechtelijk minnelijk akkoord zal voor de schuldeiser dus vaak geïnspireerd zijn door het gezegde "beter één vogel in de hand dan twee in de lucht".

2. Artikel XX.37. WER.

3. Artikel XX.38. WER.

II.2.3 De tussenkomst van de gerechtsmandataris in de zoektocht naar een akkoord

Tot slot is het belangrijk op te merken dat de ondernemingsbemiddelaar een faciliterende rol kan spelen in de zoektocht naar een buitengerechtelijk minnelijk akkoord.

Dit kan bij uitstek het geval zijn als er verschillende schuldeisers zijn en een vlotte en gecoördineerde communicatie belangrijk zijn, of wanneer historisch gebleken is dat de communicatie met bepaalde schuldeisers erg moeilijk is. Eveneens kan zijn aanstelling gevraagd worden wanneer de onderneming er niet in is geslaagd om autonoom een akkoord te sluiten. De bemiddelaar kan de dialoog dan terug proberen op te starten.



Reflexen voor de praktijk

Streven naar een buitengerechtelijk minnelijk akkoord kan nuttig zijn wanneer :

- de onderneming in een (zeer) vroeg stadium van financiële problemen zit, of geconfronteerd wordt met een *ad hoc* probleem met 1 of enkele schuldeisers (bv. bank die een gegeven krediet stopzet) ;
- er weinig schuldeisers zijn, of tenminste dat er slechts enkele problematische schulden zijn ;
- communicatie met de schuldeisers nog mogelijk is, maar een zuiver minnelijk akkoord niet of moeilijk gevonden kan worden.

In het algemeen kan deze procedure erg nuttig zijn om beginnende financiële problemen meteen ten gronde aan te pakken, en te vermijden dat men meteen achter de feiten aanloopt wat betreft de sanering van de onderneming.

De ondernemingsbemiddelaar kan in deze een erg belangrijke faciliterende en coördinerende rol spelen.

III GERECHTELIJKE FASE

In principe wordt de gerechtelijke fase geactiveerd wanneer:

- de buitengerechtelijke fase is mislukt (bijvoorbeeld: de schuldeisers weigeren elke minnelijke schikking);
- de financiële toestand van de onderneming al in die mate is verzwakt dat de buitengerechtelijke fase geen soelaas meer kan bieden;
- de buitengerechtelijke fase het mogelijk maakte om de gerechtelijke fase « voor te bereiden » (bijvoorbeeld: de in een buitengerechtelijke fase aangestelde bedrijfsbemiddelaar adviseert het bedrijf in moeilijkheden om de opening van een procedure in gerechtelijke reorganisatie voor te bereiden).

In het algemeen kan dus gesteld worden dat deze fase geopend zal worden wanneer de situatie complex is, en het niet (langer) mogelijk is om een constructieve en gecoördineerde dialoog te voeren met de schuldeisers.

We ontwikkelen hieronder niet opnieuw de notie van de ondernemingsbemiddelaar, hoewel deze zoals gezegd zowel in de buitengerechtelijke⁴ als in de gerechtelijke fase⁵ kan worden aangesteld.

Hieronder worden de algemene principes van de gerechtelijke reorganisatie behandeld, alsmede de verschillende mogelijkheden/maatregelen die er zijn binnen een gerechtelijke organisatie. Ook worden enkele specifieke casussen uit onze praktijk uitgelicht.

4. Artikel XX.37 WER.

5. Artikel XX.65 WER.

III.1 ALGEMENE PRINCIPES VAN DE GERECHTELIJKE REORGANISATIE

III.1.1 Voorwaarden voor opening van het gerechtelijk luik

De opening van de gerechtelijke reorganisatie door de ondernemingsrechtbank op verzoek van de onderneming is "bijna automatisch". Wel moet het bedrijf ook hier aantonen dat de continuïteit van het bedrijf bedreigd wordt, op korte termijn of op lange termijn.⁶

Dit bewijs is in de praktijk vrij makkelijk te leveren:

- Men kan ingebrekestellingen, beslagexploiten, ... van schuldeisers voorleggen;
- Er is een vermoeden van discontinuïteit⁷ wanneer de 'alarmbelprocedure' werd opgestart (dit is een vennootschapsrechtelijke procedure die verplicht dient opgestart te worden door de onderneming wanneer de waarde van haar actief onder bepaalde grenzen zakt). Ander bewijs van discontinuïteit is dan niet nodig.

Het verzoekschrift zal in de regel ingediend worden via het platform « RegSol ». Dit is een platform waar alle insolventieprocedures worden gecentraliseerd en die zowel aan rechtbank, schuldeiser en schuldenaar toelaten om het dossier te consulteren. Bij dit verzoekschrift moeten een aantal bijlagen gevoegd worden (zie model van verzoekschrift in **BIJLAGE 4**).⁸

III.1.2 Effecten van de aanvraag tot opening van de gerechtelijke reorganisatie

De indiening van het verzoekschrift tot opening van de procedure heeft onmiddellijk 2 essentiële effecten⁹ :

- de onderneming in moeilijkheden is beschermd tegen faillissement of gerechtelijke ontbinding: dit belet een schuldeiser niet om de failliete schuldenaar te dagvaarden, maar de rechtbank bij wie dit verzoek aanhangig is gemaakt, zal de procedure moeten uitstellen. *De facto* betekent dit dus dat de schuldenaar niet gedwongen kan worden om schulden te betalen ;
- reeds genomen beslagmaatregelen worden in beginsel opgeschort vanaf het verzoekschrift wordt neergelegd.¹⁰

III.1.3 Effecten van de effectieve opening van de gerechtelijke reorganisatie (door vonnis van de rechtbank)

De effectieve opening van de procedure leidt bovendien tot een bijkomende bescherming voor de onderneming in moeilijkheden. Er wordt namelijk voorzien in een opschorting van betaling van de openstaande schulden. Dit geldt wel enkele voor de schulden ontstaan voor de toekenning van deze betalingsopschorting. Schulden die erna ontstaan dienen dus te worden opgevolgd.

Het doel van deze opschortingsperiode is om één van de drie maatregelen die hieronder besproken worden uit te werken. Men kent als het ware wat ademruimte toe om de reorganisatie uit te voeren.

De initiële schorsingsperiode is maximaal 6 maanden.¹¹

De rechtbank kent in eerste instantie meestal een kortere termijn toe, dit om de onderneming aan te moedigen om efficiënt te werken. Wel kan een uitstel aangevraagd worden. Een korte opschortingstermijn toekennen heeft vaak ook als bedoeling om de onderneming « kort » te houden:

- de rechtbank heeft zo meer controle over een eventuele bijkomende verzwakking van de financiële toestand van het bedrijf;

6. Artikel XX.45, §1 WER.

7. Artikel XX.45, §2 WER.

8. Artikel XX.41, §2 WER.

9. Artikel XX.44 WER.

10. Artikel XX.44, §2 en §3 WER.

11. Artikel XX.51 WER.

- de rechtbank kan zo ook makkelijker controleren of de schulden ontstaan na de opschorting wel nog worden betaald.

III.2 MAATREGELEN DIE GENOMEN KUNNEN WORDEN TIJDENS DE OPSCHORTING

III.2.1 Sluiten van één of meerdere gerechtelijke akkoorden - “WCO 1”

III.2.1.1 Algemeen

Deze procedure viseert om, gelijkaardig als bij een buitengerechtelijk minnelijk akkoord, één of meerdere akkoorden te vinden met één of meer schuldeisers.¹²

In het kader van een dergelijk akkoord kan een schuldherschikking geviseerd worden, maar kan ook de overdracht van (een deel van) de activiteiten van de onderneming geviseerd worden. Dit alles uiteraard met als doel de financiële toestand van de onderneming te saneren. Er is dus zeker ruimte om creatief te zijn in de zoektocht naar een duurzame oplossing voor de onderneming.

Overigens kunnen ook hier bepaalde zekerheden overeengekomen worden, die in het geval van een faillissement bijkomende bescherming kunnen bieden en die dus tegenwerpeijk zijn aan de curator (zie ook hoger over de “verdachte periode”).

III.2.1.2 Een bijkomend drukmiddel : de toekenning door de rechtbank van een afbetalingsplan

Bijkomend kan de schuldenaar de rechtbank ook verzoeken om afbetalingstermijnen toe te kennen, en dit zonder dat een expliciet akkoord vereist is van de schuldeisers. Dit is een sterk drukmiddel op de schuldeiser om toch richting een akkoord te gaan. De rechtbank zal hier natuurlijk de nodige voorzichtigheid aan de dag leggen, het betreft immers een maatregel die ééenzijdig wordt opgelegd.

Na het sluiten van een akkoord, en met het oog op de homologatie ervan, zal de schuldenaar een verzoekschrift richten aan de rechtbank (een homologatie die ook hier zal leiden tot een “uitvoerbare titel” in hoofde van de schuldeiser).



Reflexen voor de praktijk

Het gerechtelijk minnelijk akkoord (ook wel “**WCO 1**” genoemd) vertoont sterke gelijkenissen met het buitengerechtelijk minnelijk akkoord. Er zijn evenwel 2 belangrijke verschillen die ook doorslaggevend zullen zijn wanneer men analyseert voor welke procedure men opteert :

- de schuldenaar zal beschermd zijn door de effecten van de opschorting (er kunnen geen uitvoerende maatregelen zoals beslag genomen worden door de schuldeisers, en de verplichtingen van de schuldenaar worden ‘bevroren’);
- De mogelijkheid ééenzijdig afbetalingsplannen te laten opleggen.

Bijgevolg zal men opteren voor deze procedure wanneer :

- de liquiditeitspositie van de vennootschap dermate is aangetast dat een opschorting vereist is om verdere achteruitgang te voorkomen;
- schuldeisers niet geneigd zijn om in te stemmen met een akkoord op louter minnelijke basis (zuiver minnelijk of buitengerechtelijk);
- er een beperkt aantal schuldeisers zijn, waardoor het overeenkomen van individuele akkoorden mogelijk is.

12. Artikel XX.65 WER.

III.2.2 Het collectief akkoord - « WCO 2 »

III.2.2.1 Algemeen, voorstel reorganisatieplan aan schuldeiser

Het doel van deze procedure is om aan alle schuldeisers tegelijk een 'gerechtelijk reorganisatieplan' voor te stellen (zie model in **BIJLAGE 5**).¹³ Dit wordt opgesteld door de onderneming in moeilijkheden zelf, en dit tijdens de schorsingsperiode. De schuldeisers zullen stemmen of dit reorganisatieplan aanvaard wordt.

Dit plan, met een looptijd van maximaal 5 jaar, bestaat uit 2 delen:

- Een beschrijvend deel: in dit deel beschrijft men enerzijds het verleden (toestand van de situatie en verklaring van de ondervonden moeilijkheden), en anderzijds de toekomst (wat zijn de geplande maatregelen om de solvabiliteit van de onderneming te herstellen?).
- Het herstructureringsplan: dit deel bevat de maatregelen die moeten worden genomen om de schuldeisers af te betalen (zoals betalingstermijnen, schuldvermindering tot 80% van de schuld, stopzetting/annulering van interesten, omzetting van schulden in aandelen, etc.).

Er is ruimte voor creativiteit, aangezien alle maatregelen die niet uitdrukkelijk verboden zijn door de bepalingen van het WER, zijn toegestaan.¹⁴ Het plan kan voorzien in een verschillende behandeling van schuldeisers, afhankelijk van hun strategische positie binnen de activiteit van de onderneming, de omvang van de vordering, de aard of oorzaak van hun vordering, enz.

De schuldenaar moet zijn plan ten minste 20 dagen vóór de geplande hoorzitting indienen voor de stemming en beslissing over het plan.

III.2.2.2 Stemming over het reorganisatieplan - respect van een dubbele meerderheid

Het plan moet worden goedgekeurd door de schuldeisers op basis van een dubbele meerderheid.

- (i) Enerzijds moet een meerderheid van de schuldeisers het plan goedkeuren;
- (ii) Anderzijds moet de totale schuldvordering van de schuldeisers die het plan goedkeuren meer dan 50% uitmaken van de totale schuld van betrokken schuldeisers.

Er wordt alleen rekening gehouden met de schuldeisers die een stem hebben uitgebracht om deze dubbele meerderheid te analyseren.

Voorbeeld van reorganisatieplan :

Deelnemende schuldeiser	Hoogte van de schuldvordering	Voorgestelde terugbetaling van de schuldeiser	Stem(+) of (-)	« Gewicht » van de schuldvordering
Verhuurder 1	15.000	100% uitgespreid over 3 jaar	(+)	8,14 %
Verhuurder 2	5.000	100% uitgespreid over 3 jaar	(+)	2,71 %
BTW	30.000	100% uitgespreid over 3 jaar	(+)	16,30%
RSZ	10.000	100% uitgespreid over 3 jaar	(+)	5,43 %

13. Artikel XX.67 WER.

14. Beperkingen kunnen gevonden worden in de artikelen XX.72 tot XX.79 WER.

Bank 1	15.000	50% uitgespreid over 5 jaar	(-)	8,15 %
Bank 2	24.000	50% uitgespreid over 5 jaar	(-)	13,04 %
Bank 3	15.000	50% uitgespreid over 5 jaar	(-)	8,15 %
Leverancier 1	35.000	20% uitgespreid over 5 jaar	(+)	19,02%
Leverancier 2	25.000	20% uitgespreid over 5 jaar	(-)	13,58 %
Leverancier 3	10.000	20% uitgespreid over 5 jaar	(-)	5,43 %
Totaal percentage stem	(+) 51,60 % >< (-) 48,40 %			

In dit voorbeeld treft men de dubbele meerderheid van schuldeisers aan:

- 5 op de 10 van de deelnemende schuldeisers stemden voor het plan. In geval exact de helft voor stemt, en de helft tegen, is de wet van oordeel dat de stem moet omslaan in het voordeel van de schuldeisers die het plan steunen;
- de vordering van schuldeisers die voor het plan hebben gestemd, vertegenwoordigt 51,60% van de vorderingen van schuldeisers die aan de stemming hebben deelgenomen. De tweede meerderheid is dus ook gehaald.

III.2.2.3 Homologatie van het plan

Eenmaal goedgekeurd door schuldeisers, moet het plan worden gehomologeerd door de ondernemingsrechtbank. De rechtbank doet geen uitspraak over de inhoud van het plan. Daarom kan hij het plan als zodanig niet "corrigeren".

Dat gezegd zijnde kan de rechtbank de goedkeuring in twee gevallen weigeren:

- Een juridische formaliteit wordt niet gerespecteerd.
Voorbeeld: een categorie van schuldeisers ontvangt minder dan 20% van zijn schuld, wat het minimale aflossingspercentage (behoudens uitzondering) is waarin de wet voorziet (op een aantal uitzonderingen na).
- In geval van overtreding van "openbare orde".
Voorbeeld: het plan voorziet in ongerechtvaardigde discriminatie tussen twee categorieën schuldeisers met hetzelfde profiel. Dit zou in het voorbeeldplan het geval zijn als leverancier 1 een betere behandeling zou krijgen dan leverancier 2 zonder dat dit gerechtvaardigd of uitgelegd is.

Wanneer het plan niet wordt goedgekeurd of gehomologeerd, staat de wet de ondernemingsrechtbank toe de onderneming een "tweede kans" te geven. Deze laatste kan immers, op basis van de opmerkingen van de rechtbank, het plan wijzigen en opnieuw presenteren.

III.2.2.4 Wanneer kiest men voor een collectief akkoord, en hoe gaat men tewerk bij het opstellen van een reorganisatieplan?

Het grote voordeel van het collectief akkoord, in tegenstelling tot het (buiten)gerechtelijk minnelijk akkoord, is dat de schuldenaar een algemeen plan kan opstellen dat al haar schuldeisers betreft, en dat bovendien 'opgedrongen' kan worden aan schuldeisers die weigeren concessies te doen.

Dat gezegd zijnde, en gezien de meerderheden die moeten worden behaald, zal de onderneming er steeds belang bij hebben om zijn plan in nauw overleg met de schuldeisers op te stellen. De meerderheden moeten natuurlijk nog steeds behaald worden, wat enkel lukt indien het plan een goede balans vindt tussen enerzijds de rechten van de schuldeisers, en anderzijds de financiële mogelijkheden van de onderneming. Bovendien, en wanneer het plan ondanks deze samenwerking niet aanvaard wordt, kan men van deze discussies profiteren om met bepaalde individuele schuldeisers alsnog minnelijke regelingen te treffen.

Tot slot kan hier ook de ondernemingsbemiddelaar een belangrijke rol spelen door de onderneming bij te staan bij het opstellen van zijn plan en de communicatie met de schuldeisers. Hun ervaring en expertise kan op dat vlak echt doorslaggevend zijn.



Reflexen voor de praktijk

Het collectief akkoord (ook wel “**WCO 2**” genoemd) is een procedure die de schuldenaar meer mogelijkheden geeft in de zin dat er naar een overkoepelend akkoord gestreefd kan worden met alle schuldeisers.

Het opgestelde herstructureringsplan kan bovendien opgelegd kan worden tegen de wil van bepaalde schuldeisers.

Deze procedure is bijgevolg nuttig wanneer er:

- een relatief groot aantal schuldeisers is (tientallen, honderden,...), wat de communicatie en coördinatie tussen deze schuldeisers moeilijk maakt;
- schuldeisers zijn die weigeren om akkoorden te sluiten;
- de financiële toestand van de onderneming vereist dat er een globale oplossing gevonden wordt waarin alle schuldeisers betrokken zijn.

Hiertegenover staat wel een hogere procedurele complexiteit, en bijgevolg een grotere financiële investering van de schuldenaar (in vergelijking met WCO 1).

III.2.3 De overdracht van activiteiten onder gerechtelijk gezag - “WCO 3”

III.2.3.1 Algemeen

Het derde mogelijke doel van een gerechtelijke reorganisatie is, naast het minnelijk en collectief akkoord, de overdracht van activiteiten onder gerechtelijk gezag.¹⁵

De idee bij deze procedure is dat (een deel van) de activiteiten van de onderneming in moeilijkheden overgedragen worden aan een andere structuur die deze activiteit wel correct kan ondersteunen. De prijs die betaald wordt voor deze overname zal dan aangewend worden om de schuldenaars van de overdragende vennootschap te betalen. Bij de opening van de procedure zal de rechtbank een gerechtsmandataris aanstellen die deze overdracht zal organiseren en overzien. De rechtbank zal deze procedure evenwel niet laten opstarten wanneer zij vaststelt dat het aanwezige actief onmogelijk *in going concern* kan overgedragen worden. Continuïteit blijft natuurlijk het uitgangspunt in de gerechtelijke reorganisatie.

Deze overdracht is *de facto* een alternatief voor een faillissement aangezien een dergelijke procedure normaal enkel gevisieerd wordt wanneer de onderneming in dermate slechte papieren zit dat de

15. Artikelen XX.84 tot XX.91 WER.

continuïteit binnen dezelfde structuur praktisch onmogelijk is geworden. Een financiële situatie waarin de eerder besproken procedures dus geen soelaas meer kunnen brengen. Er wordt ook wel gesproken van een 'stilzwijgend faillissement'.

III.2.3.2 Zoektocht naar kandidaat-overnemers

Concreet zal de gerechtsmandataris een marktonderzoek doen waarin hij mogelijke kandidaten voor de overname zal zoeken. Aan deze kandidaten maakt hij een 'lastenkohier' over waarin hij de te volgen procedure uiteenzet en de activiteiten van de onderneming beschrijft. Eveneens stelt hij een *data room* ter beschikking op basis waarvan de kandidaat een *due diligence* kan doen en een overnamebod kan voorbereiden.

De idee is om zo goed mogelijk de eerlijke concurrentie te garanderen tussen de kandidaten. Dit heeft twee redenen:

- (i) Een eerlijke concurrentie impliceert dat er een marktprijs gegeven zal worden voor de activiteiten, waardoor de schuldeisers die met deze prijs betaald zullen worden ook meteen 'correct' behandeld zijn.
- (ii) Een eerlijke concurrentie impliceert een transparante informatieoverdracht, die ervoor zorgt dat elke kandidaat een bod kan doen gebaseerd op correcte en volledige informatie.

De kandidaten kunnen zelf kiezen welke activa zij al dan niet overnemen (vast actief, contracten, merken, personeel,...).

De rol van de schuldenaar zelf is in deze procedure relatief beperkt. De schuldenaar zal voornamelijk ter beschikking moeten zijn van de gerechtsmandataris om de nodige informatie te verstrekken met het oog op de overdracht. De schuldenaar zal bijvoorbeeld de nodige documenten moeten kunnen aanbrengen die in de *data room* worden opgenomen. Wel behoudt de bedrijfsleider de controle over de activiteiten tot de overdracht geschiedt. Dit is vaak een stresserende periode: het betreft crisismanagement *pur sang*.

III.2.3.3 Bekrachtiging overname door rechtbank

Wanneer de gerechtsmandataris voldoende aanbiedingen heeft verzameld, zal hij één of meerdere verkoopontwerpen voorleggen aan de rechtbank (de gerechtsmandataris heeft dus de bevoegdheid om reeds een selectie te maken in de gedane biedingen, deze keuze dient hij te motiveren). De rechtbank zal dan beslissen welke aanbieding de beste is, en de overdracht bekrachtigen.

Bij deze beslissing zijn 2 factoren doorslaggevend :

- continuïteit van de activiteit, hierbij in het bijzonder rekening houdende met de mate waarin het bestaande personeel wordt overgenomen ;
- de geboden prijs voor het gekozen actief (een hogere prijs impliceert natuurlijk dat de uitstaande schuld voor een groter stuk afgebouwd kan worden). In ieder geval dient deze prijs hoger te zijn dan de liquidatiewaarde van het overgenomen actief (zie ook lager).

In de praktijk zal uiteraard ook gekeken worden naar de haalbaarheid van het overnameproject, het profiel van de overnemer, etc. De bedoeling is uiteraard om te verzekeren dat de activiteit werkelijk wordt verdergezet (of toch minstens voor een deel), en dat de overname niet gewoon een uitstel van executie is voor de activiteit die voorwerp is van deze overdracht.



Reflexen voor de praktijk

De overdracht onder gerechtelijk gezag in een zeer ingrijpende procedure voor een onderneming aangezien de activiteit van de onderneming (voor een stuk) wordt overgedragen aan een andere structuur.

Voor deze procedure zal dus geopteerd worden wanneer:

- de activiteiten van de onderneming simpelweg niet meer levensvatbaar zijn in de bestaande structuur (bv. een structureel gebrek aan cliënteel wegens concurrentie, wijziging van de wet die de activiteit verbiedt,...);
- men ondanks deze vaststelling wel ziet dat de activiteit binnen een andere structuur mogelijk wel levensvatbaar is, en dat een *going concern* overdracht dus mogelijk is (op die manier kan bijvoorbeeld ook het personeel gered worden van een ontslag, kan het geesteskind van een ondernemer alsnog verder ontwikkeld worden,...);
- de activa van een onderneming in het kader van een faillissement hun waarde zouden verliezen, waardoor een overdracht in *going concern* dus voorkeur krijgt (bv. een merk dat waardeloos wordt eens het in de pers gekoppeld wordt aan een faillissement).

IV ENKELE SPECIFIEKE VRAAGSTUKKEN IN HET KADER VAN DE OVERDRACHT ONDER GERECHTELIJK GEZAG

Hieronder worden een aantal specifieke punten uitgelicht die betrekking hebben op de overdracht onder gerechtelijk gezag. Het zijn vraagstukken/gevallen die in de praktijk regelmatig voorkomen en die illustraties zijn van de manier waarop deze dossiers concreet verlopen. Telkens wordt ook ingegaan op een specifieke casus waar één van deze vraagstukken aan bod kwam.

Uit deze voorbeelden zal in ieder geval blijken dat de overdracht onder gerechtelijk gezag een procedure is waarin gerechtsmandatarissen en rechtbanken zeer pragmatisch proberen zijn en waarbij dus de nodige flexibiliteit aan de dag wordt gelegd ten einde het belang van alle betrokkenen te dienen. Zo is duidelijk te zien dat bijvoorbeeld de Covid-19 crisis bij rechtbanken tot veel 'creativiteit' leidt.

Het is belangrijk voor ondernemers (of zij nu schuldenaar, schuldeiser, of kandidaat-overnemer zijn) om te begrijpen dat dergelijk pragmatisme inderdaad gehanteerd wordt, en dat het in die zin mogelijk is om de nodige creativiteit aan de dag te leggen wanneer men aan een dergelijke procedure deelneemt.

IV.1 DE INTERNE OVERDRACHT (O.A. BIJ GEBREK AAN GEÏNTERESSEERDE OVERNEMERS) – DE GERECHTELIJKE REORGANISATIE DOOR OVERDRACHT VAN ACTIVITEITEN VAN ORCHESTRA PRÉMAMAN BELGIË (OPB).

IV.1.1 Principe van interne overdracht – essentiële rol van de gerechtsmandataris

De interne overdracht is een operatie waarbij de onderneming in moeilijkheden haar activiteiten geheel of gedeeltelijk overdraagt aan een andere entiteit, die direct of indirect met haar verbonden is. Vaak zal dit een andere vennootschap uit dezelfde groep zijn, of een nieuwe vennootschap die opgericht is door de personen die de onderneming in moeilijkheden beheren (aandeelhouders, bestuurders,...). Het is als het ware een *fresh start* voor de betrokken activiteit.

Dit soort overdracht staat natuurlijk haaks op het principe dat voor een overdracht onder gerechtelijk gezag een vorm van concurrentie tussen verschillende kandidaten moet georganiseerd worden. Inderdaad, en zoals hoger gesteld in punt III.2.3.2, is deze eerlijke concurrentie noodzakelijk om een correcte prijs (per definitie een marktprijs) te verkrijgen voor de activa, alsmede om een transparante

informatiestroom naar kandidaat-overnemers te garanderen zodat deze de kans krijgen om een correct bod te doen.¹⁶

Het WER bepaalt daarom dat een interne overdracht mogelijk is, maar enkel indien ook derden de kans krijgen om een bod te doen. De gerechtsmandataris zal in deze de moeilijke taak hebben om te garanderen dat een verbonden entiteit die een bod wenst te doen, geen concurrentieel voordeel heeft t.o.v. een derde partij die ook geïnteresseerd is door het actief.

De rechtbank heeft de mogelijkheid om een interne overdracht te weigeren indien blijkt dat deze concurrentie niet correct werd georganiseerd, bijvoorbeeld omdat blijkt dat essentiële informatie die de verbonden entiteit ter beschikking had, niet werd overgemaakt aan de niet verbonden kandidaat.

Voor de schuldenaar is het hoe dan ook belangrijk om te weten dat deze mogelijkheid er is.

IV.1.2 In de praktijk – de gerechtelijke reorganisatie door overdracht van Orchestra-Prémaman België

In het kader van de gerechtelijke reorganisatie van Orchestra-Prémaman, werd de zoektocht naar kandidaat-overnemers moeilijk gemaakt door de *lockdown* van maart 2020.

De gerechtsmandataris kon bijgevolg maar 1 overnamebod voorleggen, dat een interne overdracht betrof aan een nieuw opgerichte verbonden vennootschap. De regels omtrent de verplichte mededeling waren dus erg moeilijk te respecteren.

De ondernemingsrechtbank stelt in dit verband in zijn vonnis van 20 juli 2020 dat :

"de gerechtsmandataris aantoont dat hij de markt heeft opengesteld voor concurrentie, zoveel mogelijk tijdens een periode van opsluiting in verband met de Covid-19 pandemie, in het bijzonder door kandidaat-investeerders te werven die zich hadden gemeld via de Rothschild-bank"

Het stelt ook vast dat de elementen die nodig zijn voor de overdracht van de bedrijfsactiva, zoals het merk en de commerciële huurcontracten, ter beschikking zijn gesteld aan mogelijke derde-kopers".

Uit deze rechtspraak kan dus afgeleid worden dat een interne overdracht mogelijk is, ook wanneer er geen andere biedingen zijn dan deze van de verbonden entiteit (in specifieke omstandigheden). Wel zal altijd gegarandeerd moeten worden dat er minstens een mogelijkheid geweest is voor derden om een correct bod te doen.

IV.2 DE VASTSTELLING VAN DE OVERDRACHTSPRIJS – DE GERECHTELIJKE REORGANISATIE VAN MAXI TOYS

IV.2.1 Principe: de geboden prijs moet hoger zijn dan de liquidatiewaarde

Wanneer de rechtbank een overnamebod analyseert, zal er zoals gezegd steeds bijzondere aandacht zijn voor de geboden prijs. Men wil absoluut vermijden dat van de financiële moeilijkheden van de onderneming gebruik (misbruik) wordt gemaakt om grote kortingen te verkrijgen.

Het WER¹⁷ specificeert daarom dat *"opdat een bod in aanmerking kan worden genomen, de geboden prijs voor alle verkochte of overgedragen activa gelijk moet zijn aan of hoger moet zijn dan de geschatte gedwongen realisatiewaarde in het geval van faillissement of liquidatie"*. De basisidee van een insolventieprocedure blijft natuurlijk om de schuldeisers zoveel als mogelijk te beschermen, het zou dan ook geen enkel nut hebben (op een aantal specifieke uitzonderingen na, zie hieronder) om in te zetten

16. Artikel XX.87, §2 WER.

17. Artikel XX.87, §1, 4° WER.

op continuïteit als deze leidt tot een lagere verkoopprijs dan bij liquidatie/faillissement (een verkoopprijs die natuurlijk moet dienen om schulden te vereffenen).

Voor zover meerdere potentiële kopers aanbiedingen doen, mag worden aangenomen dat het bod dat door de rechtbank aangenomen wordt een bod is dat een marktprijs reflecteert (ingevolge de eerlijke concurrentie, zie hoger).

Desalniettemin (en dit geldt *a fortiori* voor de gevallen waar er slecht enkele of één biedingen zijn), is het steeds nuttig om het bod te vergezellen van een deskundigenrapport waarin wordt verklaard dat de geboden prijs daadwerkelijk hoger is dan de liquidatieve prijs. Ook in de gevallen die hierboven werden besproken (interne overdracht), werd een dergelijk deskundigenrapport voorgelegd.

IV.2.2 Een COVID-rechtspraak aangaande de liquidatiewaarde?

In bepaalde gevallen zal de rechtbank toch een bod aanvaarden voor een prijs die op het moment van de beoordeling onder de liquidatiewaarde ligt. Een aantal voorbeelden uit de praktijk:

- het sociale aspect van het herstel: namelijk dat in geval van faillissement, en ondanks een hogere verkoopwaarde bij faillissement, de sociale gevolgen veel ingrijpender zijn;
- de volatiliteit van activa: namelijk dat als de overdracht niet snel plaatsvindt, de activiteiten snel hun waarde zullen verliezen en niet kunnen worden gewaardeerd in geval van faillissement (bijvoorbeeld een stok bederfbare goederen);
- in uitzonderlijke omstandigheden (we richten ons o.a. op de Covid-19-crisis, zie voorbeeld hieronder).

IV.2.3 De « Maxi Toys rechtspraak »

Een vonnis van de ondernemingsrechtbank te Bergen van 11 augustus 2020 viseert dergelijke 'uitzonderlijke omstandigheden':

Wij hernemen hier de belangrijkste passages:

"De rechtsleer (...) geeft echter toe dat men een evaluatie (van de liquidatie waarde) kan uitsluiten als deze moeilijk vast te stellen is in een context van discontinuïteit. De rechtbank is van oordeel dat dit in de betreffende zaak het geval is (...).

De Covid-19-epidemie, (...) dreigt een ongunstige of zelfs zeer ongunstige invloed te hebben op een liquidatieverkoop van de winkelvoorraden. We weten inderdaad dat klanten sinds het einde van de lockdown terughoudend zijn om naar winkels te gaan en dat de verkoop daarom minder gunstig is. Met dit ongunstige element, dat enkele maanden geleden nog niet bestond, dient rekening te worden gehouden indien op korte termijn een faillissement zou plaatsvinden.

Deze omstandigheid, gecombineerd met de kosten die worden gegenereerd door een langdurige liquidatie, leidt in feite tot heroverweging van de evaluatie in hypothese van discontinuïteit (...).

Gelet op deze uitzonderlijke omstandigheden is de rechtbank dan ook van oordeel dat het bod van het bedrijf X op stock laag, maar acceptabel is.

Ten slotte, en hoewel dit criterium niet in de wet wordt genoemd, kan worden opgemerkt dat de overname van een substantieel deel van het personeel een zeer aanzienlijke besparing op de sociale verplichtingen zal opleveren, die de schuldeisers op meer dan 11 miljoen euro hebben geraamd."

Het is zeer waarschijnlijk dat een dergelijke motivering gelet op de covid-19 pandemie zal terugkomen, Er zal dan ook een zekere flexibiliteit aan de dag gelegd worden bij lage biedingen en interne overdrachten.

IV.3 BELANG VAN HET FINANCIEEL PLAN – DE GERECHTELIJKE REORGANISATIE VAN DE NV ENTREPRISES GÉNÉRALES 3ÈME BUREAU

IV.3.1 Het lastenkohier en de structurering van het overnamebod

Als het om een overnamebod gaat, is het financiële plan dat dit ondersteunt erg belangrijk.

Het WER¹⁸ geeft in dit verband aan dat de gerechtsmandataris in het kader van de uitwerking van zijn lastenkohier dient te wijzen op het belang van garanties m.b.t. tewerkstelling, betaling van de verkoopprijs en de projecten en financiële plannen van de kandidaat-overnemer.

In het kader van het bestek dat we als gerechtsmandataris opstellen, adviseren we potentiële kopers dus concreet om hun aanbod als volgt te structureren:

- het lot van werknemers van de geviseerde vennootschap;
- de aangeboden prijs, en de motivering hiervan;
- de realiteit van de betaling van deze prijs;
- de exacte inhoud van de over te nemen activa en;
- de financiële situatie en het businessplan van de potentiële koper.

Wat betreft de combinatie van deze criteria, hernemen we hieronder verschillende uittreksels uit het vonnis van de Franstalige ondernemingsrechtbank te Brussel van 12 februari 2020, dat enerzijds het belang van de voorgestelde prijs relativeerde, en anderzijds het belang van het businessplan benadrukte.

IV.3.2 Gerechtelijke reorganisatie 3^{ème} BUREAU – Toepassing

Een vonnis van de ondernemingsrechtbank te Brussel van 12 februari 2020 heeft geoordeeld dat:

“De prijs aangeboden door NV H. (45.000 euro) is lager dan die aangeboden door BVBA Z (250.000 euro), dit verschil in bedrag moet echter worden geanalyseerd in functie van de totale waarde van het passief (van meer dan 3.000.000 euro), zodat het eerste bod het in termen van relatieve waarde mogelijk maakt om 1,5% van de schuldeisers af te betalen, terwijl het tweede het mogelijk maakt om 8,3% van de schulden terug te betalen.

Het aanbod van NV H. gaat vergezeld van een gedetailleerd financieel plan, opgesteld met de hulp van een professional, waarin het beoogde economische project wordt beschreven, dat voorziet in de oprichting van een nieuw bedrijf (BV 3EME BUREAU) met het specifieke doel om de overgedragen activiteit over te nemen, met een inbreng van 200.000 euro en de toekenning van een bijkomende achtergestelde lening van 300.000 euro.

Het bod van BVBA Z is daarentegen helemaal niet gedocumenteerd en geeft geen details over het onderliggende economische project.

NV H. heeft meer ervaring in de bouwsector, is aanwezig op verschillende sites en is bijna 27 jaar geleden opgericht (27 maart 1993).

BVBA Z is weliswaar ook actief in dezelfde activiteitensector, maar is een jongere onderneming, opgericht op 11 oktober 2017, dat wil zeggen iets meer dan twee jaar geleden.

De NV H. heeft op het eerste gezicht een betere financiële basis dan de BVBA Z ”.

Naast de voorgestelde prijs en de sociale component, is het dus ook van cruciaal belang dat de potentiële koper ook zorgvuldig zijn aanbod structureert en dat deze een solide financieel plan kan voorleggen.

18. Artikel XX.87, §1, 3° (in fine) WER.

V CONCLUSIE

De onderneming die met financiële moeilijkheden geconfronteerd wordt, staat er niet alleen voor. Dat is de hoofdconclusie van deze uiteenzetting. Dat gezegd zijnde, hebben deze maatregelen geen enkele slagkracht zonder het tijdig initiatief van de ondernemer. Enerzijds moeten ondernemers financiële problemen dus tijdig (h)erkennen (één slecht betaalde schuldeiser is reeds een probleem), anderzijds moeten zij bewust zijn van de bestaande maatregelen om met dergelijke problemen om te gaan.

De boodschap die wij dus willen mededelen is tweeledig:

- dat ondernemers en hun adviseurs (boekhouders, advocaten, notarissen,...) zich deze maatregelen "toe-eigenen";
- Dat deze personen deze maatregelen ook effectief adviseren/toepassen, en dit ten gepaste tijde, aangepast aan de specifieke problematiek.

Het nut van deze procedures durft wel eens in twijfel getrokken te worden, men stelt dan dat deze procedures uitstel van executie (in dit geval faillissement) zijn. Wij betwisten dit standpunt fundamenteel, maar uiteraard wel op voorwaarde dat inderdaad tijdig en doeltreffend wordt opgetreden. Als een faillissement onafwendbaar is, is het uiteraard niet de bedoeling dat deze procedures (mis)(ge)bruikt worden om het onvermijdelijke uit te stellen.

In de praktijk is daarom sterk aan te raden dat ondernemers zich laten omringen door professionals om dit soort procedures te doorlopen. Dit neemt uiteraard niet weg dat het initiatief om zich te laten bijstaan, en dus om een procedure te initiëren, bij de onderneming ligt.

Deze analyse is des te pertinenter in tijden van crisis. Zelf de meest stabiele ondernemingen zien zich plots geconfronteerd met moeilijke financiële situaties. Veel ondernemers zijn ongewild crisismanagers geworden. Wij hopen dat deze bijdrage hen kan wapenen in deze vreemde en uitdagende tijden.

Brussel, 26 oktober 2020

Tibault LE HARDY & Dimitri PATERNOSTRE

Met de medewerking van

Alexander DE TAVERNIER, Raffaele PETRULLO en Laurence VANDEPLAS.