

Kroniek van het insolventierecht tijdens de corona-epidemie: is het insolventierecht in crisis?

Prof. dr. Diederik BRULOOT¹

1. Inleiding	1388
2. Eerste reactie van de wetgever: KB nr. 15	1388
<i>A. Algemene principes</i>	1388
<i>B. Personeel en temporeel toepassingsgebied</i>	1389
<i>C. Precieze draagwijdte van het moratorium</i>	1390
<i>i) Opschorting van de middelen van tenuitvoerlegging</i>	1390
<i>ii) Geen faillietverklaring</i>	1391
<i>iii) Continuïteit van lopende overeenkomsten</i>	1392
<i>iv) Bescherming van de kredietgever</i>	1393
<i>D. Opheffing van de bijzondere bescherming</i>	1393
<i>E. Concrete gevolgen voor vennootschapsbestuurders</i>	1394
3. Meer van hetzelfde en toch anders: heractivering van het moratorium n.a.v. de tweede lockdown	1396
<i>A. Algemene principes</i>	1396
<i>B. Afwijkend toepassingsgebied</i>	1396
<i>i) Overzicht</i>	1396
<i>ii) “Ooit” gesloten of “actueel” gesloten?</i>	1397
<i>iii) Wie beoordeelt?</i>	1398
4. Ondertussen op het terrein	1398
<i>A. Gepubliceerde rechtspraak</i>	1398
<i>B. Megamoratorium sinds maart 2020</i>	1399
<i>C. De cijfers: stilte voor de storm</i>	1400
5. Andere initiatieven van de wetgever op het vlak van het insolventierecht	1401
<i>A. Wetsvoorstel gerechtelijke reorganisatie “light” (originele versie)</i>	1401
<i>B. Wetsvoorstel gerechtelijke reorganisatie versie 2021</i>	1402
<i>C. Wetsvoorstel Geens</i>	1403
<i>D. Omzetting herstructureringsrichtlijn</i>	1405
6. Ondertussen in de rest van Europa	1405
<i>A. Overzicht</i>	1405
<i>B. Nederland</i>	1406
7. Enkele bedenkingen omtrent de crisisbestendigheid van het insolventierecht	1407
<i>A. De gerechtelijke reorganisatie</i>	1407
<i>B. Het faillissement</i>	1408
8. Besluit	1408

SAMENVATTING

Deze bijdrage is opgevat als een kroniek van het insolventierecht tijdens de corona-epidemie. In eerste instantie wordt stilgestaan bij het eerste en het tweede door de overheid afkondigde coronamoratorium. Vervolgens wordt getracht een beeld te schetsen “van op het terrein”, daarbij onder meer gebruikmakend van boeiend cijfermateriaal. Verder gaat de aandacht naar de diverse wetgevende initiatieven op het vlak van het insolventierecht die in de steigers staan en naar de maatregelen die in een aantal andere landen werden genomen. Op basis van al deze gegevens worden een aantal bedenkingen geformuleerd bij de actuele staat van ons insolventierecht en de rol die het zou kunnen spelen bij de uitweg uit deze crisis.

¹ Hoofddocent, Instituut Financieel recht, UGent.

RÉSUMÉ

Cette contribution devrait être perçue comme une chronique de droit de l'insolvabilité durant l'épidémie de COVID-19. En premier lieu, le premier et le deuxième moratoire COVID-19 instaurés par le Gouvernement sont abordés. Ensuite, la contribution tente de dresser un aperçu « du terrain », en utilisant à cet égard des chiffres intéressants. Par ailleurs, attention est portée aux initiatives législatives programmées en matière de droit de l'insolvabilité et aux mesures prises dans certains autres pays. En fonction de tous ces éléments, plusieurs préoccupations sont formulées sur l'état actuel de notre droit de l'insolvabilité ainsi que sur le rôle que ce droit pourrait jouer dans la sortie de cette crise.

1. INLEIDING²

1. We worden geconfronteerd met ongeziene omstandigheden die een belangrijke impact hebben op het economische leven. De corona-epidemie en de maatregelen die de overheid moet nemen om de verdere verspreiding daarvan tegen te gaan, zetten de solvabiliteit van heel wat ondernemingen sinds maart 2020 ernstig onder druk. De Belgische Overheid heeft sinds het begin van de epidemie talrijke maatregelen genomen om met deze problematiek om te gaan, waaronder twee tijdelijke, algemene moratoria voor alle faillietverklaringen en middelen van tenuitvoerlegging. Voor de klassieke insolventieprocedures was er tijdens deze periode – opmerkelijk genoeg – slechts een ondergeschikte rol weggelegd. Alles wijst er evenwel op dat dit slechts stilte voor de storm is. Ondertussen staan maatregelen in de steigers om de procedures uit Boek XX WER beter tegen deze storm bestand te maken.

2. Deze bijdrage is opgevat als een kroniek van het insolventierecht tijdens de corona-epidemie, met de klemtoon op de door de overheid op dat vlak genomen maatregelen. De

tekst wil uiteraard de lezer informeren over de draagwijdte van de diverse maatregelen, maar wil vooral ook een tijdsdocument zijn voor de toekomst. De verschillende vaststellingen die daarbij worden gedaan, lenen zich bovendien tot een aantal reflecties over de huidige staat van het Belgisch insolventierecht. Daarnaast wordt ook vooruitgekeken, naar de rol die het insolventierecht kan spelen bij de uitweg uit de crisis.

3. Het artikel vangt aan met de analyse van het eerste (2.) en het tweede door de overheid ingestelde coronamoratorium (3.). Vervolgens wordt de situatie “op het terrein” onderzocht, met bijzondere aandacht voor opmerkelijk cijfermateriaal (4.). Verder wordt aandacht besteed aan een aantal aangekondigde toekomstige ontwikkelingen op wetgevend vlak (5.) en aan de – erg uiteenlopende – manier waarop andere Europese landen met dezelfde problematiek omgaan (6.). Tot slot worden een aantal bedenkingen geformuleerd op het vlak van de crisisbestendigheid van ons insolventierecht (7.).

2. EERSTE REACTIE VAN DE WETGEVER: KB NR. 15³

A. Algemene principes

4. Het eerste initiatief van de wetgever op het vlak van het insolventierecht liet even op zich wachten. Waar het midden maart 2020 duidelijk werd dat het coronavirus een belangrijke negatieve impact zou hebben op het economische leven⁴, zou het nog tot 24 april 2020 duren alvorens het, reeds

enkele weken aangekondigde, volmachtenbesluit inzake insolventierecht zou worden aangenomen. Dat gebeurde door het KB nr. 15 betreffende de tijdelijke opschorting ten voordele van ondernemingen van uitvoeringsmaatregelen en andere maatregelen gedurende de COVID-19-crisis, dat diezelfde dag nog (*i.e.* 24 april 2020) in het *Belgisch Staatsblad* werd gepubliceerd en in werking trad.⁵

² Deze bijdrage werd afgesloten op 7 februari 2021.

³ Er wordt voor geopteerd de tekst van deze bijdrage zoveel als mogelijk in de tegenwoordige tijd te schrijven ook al ligt het temporeel toepassingsgebied van het eerste moratorium op het tijdstip van schrijven al enige tijd achter ons. Deze keuze is ingegeven vanuit overwegingen van toegankelijkheid en de keuze van de wetgever om de regelen van het moratorium te heractiveren in december 2020 naar aanleiding van de tweede *lockdown* (*cf. infra*, randnr. 31).

⁴ Op 18 maart 2020 werd de eerste “*lockdown*” afgekondigd waarbij alle niet-essentiële winkels werden gesloten evenals alle horecazaken en de scholen en waarbij bovendien voor alle ondernemingen telewerken in principe verplicht werd; ministerieel besluit van 23 maart 2020 houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken (*BS* 23 maart 2020), daarna herhaaldelijk gewijzigd.

⁵ Hierna steeds geciteerd als “KB nr. 15” of “het KB”. Zie voor commentaren o.m. D. DE MAREZ, “Een stormparaplus voor alle door de coronacrisis getroffen ondernemingen”, *RW* 2019-20, 1449; E. DIRIX, “Pauzeknop voor coronafaillissementen en beslagen”, *De Juristenkrant* 2020, 29 april 2020, 5 en 20; E. DIRIX, “Crisis en privaatrecht”, *NJW* 2021, 2-10; F. GEORGE en N. OUCHINSKY, “Le sursis temporaire légal en faveur des entreprises: commentaires de l’arrêté royal n° 15 du 24 avril 2020”, *Bulletin Juridique & Social* 2020, mei 2020, 1-11; B. INGHELS en Z. PLETINCKX, “Un moratoire pour les entreprises pendant la durée de la crise du COVID-19”, *JT* 2020, 351-357; A. VAN HOE, “Uitzonderlijke tijden, uitzonderlijke maatregelen”, *TBH* 2020, 241-242.

De wetgever ging bijgevolg niet over één nacht ijs en nam een zekere tijd om de maatregelen uit te werken. Dit lijkt niet het gevolg te zijn van een beleidskeuze, er waren immers geen redenen om de bescherming voor de ondernemingen uit te stellen, maar eerder van het (feitelijke) proces dat moest worden doorlopen om tot de maatregelen te komen. Het tijdsverloop tussen de start van de crisis en de inwerkingtreding van de eerste maatregelen inzake insolventierecht is in internationaal perspectief overigens niet zo uitzonderlijk.⁶

5. Het uitgangspunt van KB nr. 15 is dat aan alle ondernemingen, zonder onderscheid, die op 18 maart 2020 nog niet aan de faillissementsvoorwaarden voldeden, automatisch een tijdelijke periode van opschorting wordt toegekend, naar analogie met de opschorting die wordt verkregen in het kader van de procedure van gerechtelijke reorganisatie.⁷ Deze laatste heeft duidelijk model gestaan bij de concrete uitwerking van de regelen. Een belangrijke nuance, en meteen ook één van de verantwoordingen van de regelgever waarom de maatregel noodzakelijk was, is dat het moratorium niet alleen geldt voor schulden ontstaan voorafgaand aan de periode van opschorting, maar ook voor schulden die tijdens de opschorting ontstaan.⁸

Naast een tijdelijke reddingsboei voor ondernemingen is een tweede verantwoording die zeer nadrukkelijk voor de maatregelen uit KB nr. 15 wordt gegeven dat men op die manier een overbelasting van de ondernemingsrechtbanken wil vermijden.⁹ Ondernemingen die door de corona-epidemie met continuïteitsproblemen worden geconfronteerd, zouden immers zonder meer op de procedure van gerechtelijke reorganisatie een beroep kunnen doen om een opschorting te bekomen. De vrees bleek evenwel bij de beleidsmakers te bestaan dat de ondernemingsrechtbanken de toevloed aan aanvragen inzake gerechtelijke reorganisatie niet de baas zouden kunnen. Of dit in het licht van de reeds gerealiseerde, verregaande digitalisering van de toegang tot de reorganisatieprocedure terecht is, is onduidelijk.¹⁰ In bevestigend geval is het in ieder geval een eerste aandachtspunt voor de toekomstige ontwikkeling van het insolventierecht (cf. *infra*, randnr. 78).

B. Personeel en temporeel toepassingsgebied

6. De regelen van KB nr. 15 gelden voor alle ondernemingen die onder het toepassingsgebied van Boek XX WER vallen (art. 1 KB nr. 15)¹¹; een logische en efficiënte keuze. Daaraan worden evenwel nog twee belangrijke bijkomende vereisten toegevoegd.

Vooreerst moet de continuïteit van de onderneming bedreigd zijn door de verspreiding van de COVID-19-pandemie en haar gevolgen. Dit impliceert dat ondernemingen wiens continuïteit niet is bedreigd, niet door het KB worden beschermd. Vraag is evenwel of, in het licht van de zeer ruime invulling die in het kader van de gerechtelijke reorganisatie aan het concept “continuïteitsbedreiging” wordt gegeven (cf. art. XX.45, § 1 WER), niet nagenoeg alle ondernemingen zich als gevolg van de coronapandemie en de naar aanleiding daarvan genomen maatregelen op één of andere manier in hun continuïteit bedreigd weten. Belangrijker is dat wordt vereist dat de continuïteit effectief door de “COVID-19-pandemie en haar gevolgen” is bedreigd. Continuïteitsbedreigingen die geen verband houden met de COVID-19-pandemie komen bijgevolg niet in aanmerking. Het is evenwel niet noodzakelijk dat COVID-19 de enige oorzaak voor de continuïteitsbedreiging is, één van de oorzaken volstaat. Aldus lijkt ook dit element van de omschrijving van het toepassingsgebied geen belangrijke inperking te impliceren.

Een tweede, en meer beperkende, vereiste, is dat enkel die ondernemingen worden beschermd “*die niet in staking van betaling waren op 18 maart 2020*”. De beleidsmatige gedachte die achter deze beperking schuilgaat, is duidelijk. Ondernemingen die reeds in staat van faillissement verkeerden bij aanvang van de coronacrisis, hoeven niet te worden beschermd tegen de gevolgen van deze crisis, maar moeten daarentegen zo snel mogelijk failliet worden verklaard. Hoewel enkel naar de “*staking van betaling wordt verwezen*”, moet aangenomen worden dat ook de tweede faillissementsvoorwaarde, namelijk het “wankelen van het krediet” in rekening moet worden gebracht bij de beoordeling van de concrete situatie.¹² Beiden moeten overeenkomstig vast-

⁶ Cf. *infra*, randnrs. 63 et seq.

⁷ Zoals vervat in art. XX.50 et seq. WER.

⁸ Verslag aan de Koning bij het KB n° 15 betreffende de tijdelijke opschorting ten voordele van ondernemingen van uitvoeringsmaatregelen en andere maatregelen gedurende de COVID-19-crisis (BS 24 april 2020, p. 28.732), hierna geciteerd als “verslag aan de Koning”. In het kader van een gerechtelijke reorganisatieprocedure geldt de opschorting immers slechts voor schuldverzoeken in de opschorting (art. XX.50-51 WER), namelijk schulden die voortvloeiend uit de opening van de procedure zijn ontstaan (art. I.22, 11° WER).

⁹ Verslag aan de Koning, p. 28.732.

¹⁰ De indiening van de verzoekschriften en bijlagen verloopt immers integraal via RegSol (art. XX.41, § 3 WER), terwijl de (erg beperkte) toegangsvoorwaarden tot de procedure – in de geest van de openportaalbenadering – slechts een *prima facie* controle door de rechtbank behoeven (zie art. XX.46, § 2 WER: “Indien de voorwaarden vermeld in artikel XX.45 vervuld **lijken**, verklaart de rechtbank de procedure van gerechtelijke reorganisatie geopend.”).

¹¹ M.a.w. de ondernemingen uit art. I.1, 1° WER maar, ingevolge art. I.22, 7/1° en 8° WER, met uitsluiting van alle publiekrechtelijke rechtspersonen.

¹² Zie anders Vz. Orb. Luik juni 2020, TIBR 2020, RS-90: “Il n’est pas question, dans le cadre de l’AR n° 15, d’une cessation persistante de paiement: une simple cessation de paiement suffit pour être exclu du bénéfice du sursis légal. Il n’est pas non plus nécessaire de démontrer l’ébranlement de crédit de l’entreprise en question.”

staande rechtspraak immers steeds in nauwe samenhang worden gezien.¹³

Een uitbreiding van het toepassingsgebied van het moratorium tot de echtgenoot of de wettelijk samenwonende partner van de natuurlijke persoon die als onderneming kwalificeert en/of tot kosteloze borgstellers¹⁴, werd niet opportuun geacht.¹⁵ Doelbewust gedwongen uitvoeren tegen dergelijke partijen voor “beroepsschulden” van een natuurlijke persoon die wél onder het moratorium valt, zou evenwel als misbruik kunnen worden gekwalificeerd.

7. Een belangrijke opmerking wat het toepassingsgebied van KB nr. 15 betreft, is dat de gestelde voorwaarden steeds slechts *ex post* worden getoetst en er eigenlijk een weerlegbaar vermoeden wordt ingevoerd dat alle ondernemingen die op 18 maart 2020 nog niet failliet waren verklaard aan de voorwaarden van het KB voldoen.

Overeenkomstig de bepalingen van het KB (art. 1, tweede lid KB nr. 15) moet een belanghebbende die meent dat een onderneming niet valt onder het toepassingsgebied van het KB zich bij dagvaarding wenden tot de voorzitter van de bevoegde ondernemingsrechtbank om daaromtrent een beslissing te nemen. In het verslag aan de Koning wordt zeer uitdrukkelijk gesteld dat deze bevoegdheid uitsluitend toekomt aan de voorzitter van de ondernemingsrechtbank en dat schuldeisers of andere belanghebbenden dus geen andere acties kunnen ondernemen om het moratorium terzijde te schuiven.¹⁶ Een schuldeiser die meent dat een onderneming niet onder het toepassingsgebied van het moratorium valt, kan deze onderneming dus niet dagvaarden in faillissement, waarbij de toepassingsvoorwaarden van KB nr. 15 preliminair door de ondernemingsrechtbank zouden worden onderzocht, maar moet eerst de betrokken onderneming dagvaarden voor de voorzitter van de rechtbank. Idem voor het aanwenden van middelen van tenuitvoerlegging (zie voor een belangrijke nuance tijdens het tweede coronamoratorium *infra*, randnr. 40). Erg efficiënt is dit uiteraard niet, maar het lijkt erop dat de regel vooral is bedoeld om schuldeisers te ontmoedigen tijdens het ingestelde moratorium eender welke actie te ondernemen tegenover hun schuldenaar.¹⁷

8. Wat het *temporele toepassingsgebied* betreft, ging het moratorium in op 24 april 2020. De initiële einddatum van 17 mei 2020 werd één keer verlengd¹⁸, zodat het moratorium uiteindelijk definitief afliep op 17 juni 2020. Vanaf die datum konden schuldeisers weer onbeperkt actie ondernemen tegen hun schuldenaren. Zonder over concrete cijfers te beschikken, lijkt het er evenwel op dat dit na afloop van het moratorium niet massaal is gebeurd. In ieder geval was er geen aanzienlijke stijging waar te nemen op het vlak van het aantal faillissementen.¹⁹ Het juridische moratorium werd op het terrein in belangrijke mate verdergezet. Bij schuldeisers, in het bijzonder overheidsschuldeisers, was er een duidelijke terughoudendheid om in deze bijzondere periode actief het faillissement of de gedwongen tenuitvoerlegging na te streven (zie hierover verder *infra*, randnrs. 43 *et seq.*).

C. Precieze draagwijdte van het moratorium

9. Het door het KB ingestelde moratorium omvat vier verschillende aspecten (zie art. 1, eerste lid KB nr. 15), twee daarvan komen in belangrijke mate overeen met wat ook voor de opschorting in het kader van de gerechtelijke reorganisatieprocedure geldt.

i) Opschorting van de middelen van tenuitvoerlegging

10. Tijdens het coronamoratorium kan geen bewarend of uitvoerend beslag worden gelegd, en geen enkel middel van tenuitvoerlegging worden aangewend of voortgezet op de goederen van de onderneming. Dit komt overeen met de opschorting zoals voorzien in de artikelen XX.50 en XX.51 WER. Concreet betekent dit dat alle uitvoeringsdaden gaande van het bevel tot betalen tot de openbare verkoop principieel zijn uitgesloten.²⁰ Een uitzondering voor verkopen die reeds waren gepland bij de aanvang van de opschorting, zoals voorzien in artikel XX.51, § 2 WER, bevat het KB niet. Daarnaast wijkt het coronamoratorium nog op een aantal andere punten af van de opschorting in het kader van een gerechtelijke reorganisatieprocedure.

¹³ Zie o.m. Cass. 26 september 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, nr. 47, p. 73; Cass. 7 september 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, nr. 591, p. 1073; Cass. 17 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, nr. 319, p. 637.

¹⁴ Zoals gesuggereerd door de Raad van State; Adv. 67.253/2 van 21 april 2020 over het ontwerp van koninklijk besluit nr. 15.

¹⁵ “[O]mdat zij niet in lijn ligt met de door het besluit nagestreefde eenvoud en ook niet nodig is in het licht van de korte duur waarvoor het besluit geldt.”; zie verslag aan de Koning, p. 28.733.

¹⁶ Verslag aan de Koning, p. 28.733. Zie voor een beperkte nuance *infra*, randnr. 24.

¹⁷ Het Verslag aan de koning verwijst uitdrukkelijk naar een tijdelijk “staakt het vuren tussen schuldeisers en schuldenaren”; verslag aan de Koning, p. 28.732.

¹⁸ Zie koninklijk besluit van 13 mei 2020 tot verlenging van de maatregelen genomen bij het koninklijk besluit nr. 15 van 24 april 2020 betreffende de tijdelijke opschorting ten voordele van ondernemingen van uitvoeringsmaatregelen en andere maatregelen gedurende de COVID-19-crisis (BS 13 mei 2020).

¹⁹ Cf. *infra*, randnrs. 48 *et seq.*

²⁰ Ook pandverzilveringen of revindicaties door een schuldeiser-eigenaar (vnl. i.g.v. eigendomsvoorbehoud of leasing) zijn uitgesloten; zie E. DIRIX, “Pauzeknop voor coronafaillissementen en beslagen”, *Juristenkrant* 2020, 29 april 2020, 20. Zie wat betreft de evenredige verdeling n.a.v. een eerdere verkoop, S. BRIJS en R. LINDEMANS, *De gevolgen van collectieve insolventieprocedures voor de executierechten van individuele schuldeisers*, Herentals, Knops, 2015.

11. Vooreerst is er een belangrijke – en o.i. moeilijk te verantwoorden²¹ – expliciete uitzondering voor het beslag (bewarend of uitvoerend) op onroerende goederen. Deze vallen dus buiten het moratorium. Hetzelfde geldt ook voor het beslag op zee- en binnenschepen, zij het dat hier enkel bewarend beslag is toegelaten, geen uitvoerend beslag.

12. Een andere belangrijke afwijking betreft de omschrijving van de schulden die onder het toepassingsgebied van het moratorium vallen. Het coronamoratorium is immers algemeen en heeft zowel betrekking op schulden ontstaan vóór en ná de periode van opschorting. Het algemene karakter van het moratorium wordt verder ook onderstreept door het eveneens uitdrukkelijk van toepassing te verklaren op schulden die zijn opgenomen in een reorganisatieplan zoals bedoeld in artikel XX.82 WER, namelijk een door de rechtbank gehomologeerd reorganisatieplan in het kader van een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord.²²

ii) Geen faillietverklaring

13. Een tweede facet van het coronamoratorium betreft de bescherming tegen faillietverklaring van alle ondernemingen die onder het toepassingsgebied van de regeling vallen (art. 1, eerste lid, tweede streepje KB nr. 15). De bescherming geldt evenzeer voor de gedwongen gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag die door een belanghebbende kan worden geïnitieerd wanneer de onderneming zich in staat van faillissement bevindt (cf. art. XX.84, § 2, 1° WER). Voor rechtspersonen wordt de bescherming verder ook uitgebreid tot de gerechtelijke ontbinding.

14. Op de principiële bescherming tegen faillietverklaring en aanverwanten, gelden 3 uitzonderingen.

Vooreerst wordt uitdrukkelijk bevestigd dat een onderneming uiteraard nog steeds vrijwillig aangifte kan doen van haar faillissement (art. 2 KB nr. 15). De principiële verplichting om binnen de maand nadat aan de faillissementsvoorwaarden is voldaan, van het faillissement aangifte te doen (art. XX.102 WER) is weliswaar opgeschort tijdens de duur van het moratorium, maar de schuldenaar kan nog steeds vrijwillig aangifte doen. Merk op dat de vrijstelling van de aangifteplicht slechts geldt “indien de faillissementsvoorwaarden het gevolg zijn van de COVID19-epidemie of -pandemie en haar gevolgen”.²³ De vrijstelling van de aangifteplicht werkt uiteraard door op het vlak van de straf- en burgerrechtelijke aansprakelijkheidsgronden die daarmee zijn verbonden. Verschillende andere aansprakelijkheidsregelingen in de aanloop naar insolventie, zoals de regeling inzake *wrongful trading* (art. XX.227 WER), blijven echter wel onverkort van toepassing, zodat waakzaamheid voor bestuurders absoluut geboden is (zie hierover verder *infra*, randnr. 28).²⁴

Een tweede uitzondering betreft de faillietverklaring op dagvaarding door het openbaar ministerie. Deze blijft mogelijk ook al voldoet de onderneming in kwestie in alle opzichten aan de voorwaarden van het toepassingsgebied van het coronamoratorium.

Een derde uitzondering geldt tot slot voor de faillietverklaring op dagvaarding door een voorlopig bewindvoerder die door de voorzitter van de ondernemingsrechtbank over de betrokken onderneming werd aangesteld omdat er gewichtige en met elkaar overeenstemmende aanwijzingen waren dat aan de faillissementsvoorwaarden was voldaan (art. XX.32 WER). Merk in dit verband op dat het coronamoratorium de mogelijkheid om een voorlopig bewindvoer-

21. Vgl. F. GEORGE en N. OUCHINSKY, “Le sursis temporaire légal en faveur des entreprises: commentaires de l’arrêté royal n° 15 du 24 avril 2020”, *Bulletin Juridique & Social* 2020, mei 2020, 4; B. INGHELS en Z. PLETINCKX, “Un moratoire pour les entreprises pendant la durée de la crise du COVID-19”, *JT* 2020, 352.

22. Hierbij zijn drie verduidelijkingen op hun plaats:
1) het speelt geen rol of de homologatie van het plan gebeurde vóór of ná de inwerkingtreding van het coronamoratorium (zie art. 1, eerste lid, eerste streepje KB nr. 15);
2) als gevolg van de uitdrukkelijke uitbreiding van het toepassingsgebied van het moratorium tot schulden opgenomen in een reorganisatieplan, voorziet het KB ook in de overeenkomstige automatische verlenging van de betalingstermijnen opgenomen in deze reorganisatieplannen met een duur gelijk aan de duur van het coronamoratorium (desgevallend met verlenging van de maximumtermijn van 5 jaar voor de uitvoering van het plan zoals voorzien in art. XX.76 WER en van de maximumtermijn bedoeld in art. XX.74 WER (buitengewone schuldeisers in de opschorting)). Let wel, schuldenaren zijn uiteraard niet verplicht om van deze mogelijkheid gebruik te maken en kunnen het plan ook zonder meer verder blijven uitvoeren;
3) KB nr. 15 bevat geen gelijkaardige regeling ten aanzien van buitengerechtelijke minnelijke akkoorden (art. XX.37 *et seq.* WER) en minnelijke akkoorden tot stand gekomen in het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie (art. XX.64 *et seq.* WER). Nochtans geldt het moratorium ook onverkort voor schulden opgenomen in dergelijke akkoorden.

23. Dit lijkt een bijkomende vereiste te zijn bovenop het toepassingsgebied van het KB op basis waarvan de onderneming in ieder geval nog niet voorafgaand aan de coronacrisis (*i.e.* 18 maart 2020) in staat van faillissement mag zijn geweest. *De facto* voegt deze vereiste evenwel niet zo veel toe. Bij de meeste ondernemingen bij wie voor het eerst na de start van de coronacrisis de faillissementsvoorwaarden zijn vervuld, zal de corona-epidemie daar immers één van de oorzaken van zijn. Vgl. B. INGHELS en Z. PLETINCKX, “Un moratoire pour les entreprises pendant la durée de la crise du COVID-19”, *JT* 2020, 353.

24. D. LAMBRECHT, “La responsabilité des dirigeants pour poursuite déraisonnable d’une activité déficitaire: article 1382 du Code civil ou XX.227 du CDE? Et quid en période de coronavirus?”, *TBH* 2020, 699.

der in de zin van artikel XX.32 WER aan te stellen geheel onverlet lijkt te laten.²⁵

iii) Continuïteit van lopende overeenkomsten

15. Een derde aspect van het coronamoratorium betreft de continuïteit van alle overeenkomsten die voor de inwerking-treding van KB nr. 15 (*i.e.* voor 24 april 2020) werden gesloten (art. 1, eerste lid, vierde streepje KB nr. 15).²⁶ De werking van deze regel is evenwel relatief beperkt en in ieder geval geheel anders dan het overeenkomstige leerstuk in het kader van de gerechtelijke reorganisatie (art. XX.56 WER). De regel heeft enkel betrekking op de eenzijdige of gerechtelijke ontbinding *wegens wanbetaling van een geldschuld*. Alle andere gevallen van wanprestatie blijven buiten het toepassingsgebied van de regeling en kunnen bijgevolg nog steeds tot ontbinding aanleiding geven.²⁷ Verder blijven ook de gemeenrechtelijke contractuele sanctiemechanismen onverkort overeind. Het KB verwijst daarbij expliciet naar de exceptie van niet-uitvoering, het retentierecht en de schuldvergelijking. In het verlengde van dit laatste wordt verder ook verwezen naar de wet financiële zekerheden²⁸ die onverkort van toepassing blijft.

Op de basisregel “geen ontbinding wegens wanbetaling” bevat de wet slechts één echte uitzondering: arbeidsovereenkomsten. Wanbetaling blijft in arbeidsrelaties ook tijdens het coronamoratorium bijgevolg nog steeds een grond tot eenzijdige beëindiging van de overeenkomst. In artikel 1, laatste lid, laatste zin KB nr. 15, wordt bovendien ook nog eens bevestigd dat het KB niet raakt aan de verplichtingen van werkgevers.

16. Belangrijk is verder dat het coronamoratorium de betalingsverplichting van de schuldenaar principieel onverlet laat. Alleen de mogelijkheid om de niet-nakoming van deze verplichting als grondslag voor de ontbinding van de overeenkomst aan te merken of om deze gedwongen ten uitvoer te laten leggen, wordt tijdens de duur van het moratorium aan banden gelegd. Het KB stelt in dat opzicht uitdrukkelijk dat het geen afbreuk doet aan de principiële verplichting van de schuldenaar om opeisbare schulden te betalen (art. 1, laat-

ste lid, eerste zin KB nr. 15). Dat betekent meteen ook dat interesten en schadebedingen zonder meer verder uitwerking krijgen. Ook dwangsommen kunnen verder verbeuren.²⁹

Verder moet de schuldenaar, anders dan in het kader van de gerechtelijke reorganisatie (art. XX.53 WER), bij vrijwillige betalingen niet met bijkomende vereisten rekening houden zoals het feit dat de betaling noodzakelijk is met het oog op de continuïteit van de onderneming. Enige voorzichtigheid is niettemin geboden wanneer er sprake is van selectieve betaling van schulden. De motieven waarom de ene schuldeiser wel en de andere niet wordt betaald, moeten aan legitieme doelstellingen beantwoorden. Wanneer blijkt dat één of meerdere schuldeisers moedwillig worden bevoordeeld ten nadele van één of meerdere andere terwijl de insolventie van de onderneming nakend is, komen immers niet alleen de regelen inzake bestuurdersaansprakelijkheid in het vizier (zie hierover ook *infra*, randnr. 28), maar ook de *actio pauliana*.

17. Dat de impact van het coronamoratorium wat betreft lopende overeenkomsten beperkt is, is een belangrijke vaststelling voor ondernemingen die naar aanleiding van de coronacrisis ernstige financiële moeilijkheden ondervinden. Voor wie werkelijk structurele betalingsproblemen ondervindt, vormt de regeling uit het KB slechts een doekje voor het bloeden en dringt een volwaardige reorganisatieprocedure zich op. Voor dergelijke ondernemingen kan het coronamoratorium een tijdelijke “veilige haven” zijn om terdege een reorganisatieverzoek voor te bereiden. De praktijk naar aanleiding van het eerste coronamoratorium wijst jammer genoeg evenwel niet duidelijk in die richting, aangezien er geen sprake lijkt te zijn van een stijging van het aantal reorganisatieaanvragen.

In dat opzicht had het o.i. zinvol geweest een duidelijkere brug te creëren tussen het coronamoratorium en de eigenlijke gerechtelijke reorganisatieprocedure. Het lijkt er evenwel op dat de schrik van de beleidsmakers om de ondernemingsrechtbanken te overbelasten de bovenhand haalt op de noodzaak om ondernemingen in moeilijkheden te stimuleren om zich in een volwaardige reorganisatieprocedure aan te melden. Het is ondertussen nochtans voldoende bekend dat de tijdige aanmelding in een reorganisatieprocedure cruciaal

²⁵ Er zou evenwel kunnen worden geargumenteed dat het coronamoratorium een impact zal hebben op de analyse van de voorwaarden die gelden om een voorlopig bewindvoerder te kunnen aanstellen. Er moet immers aangetoond worden dat er “aanwijzingen bestaan dat de voorwaarden voor een *faillissement* vervuld zijn”. Bijgevolg kan worden verdedigd dat eerst moet worden weerlegd dat de onderneming in kwestie onder het toepassingsgebied van KB nr. 15 valt (bv. omdat die reeds in staking van betaling verkeerde op 18 maart 2020), alvorens de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder in de zin van art. XX.32 WER kan worden bekomen.

²⁶ Zie in dit verband uitgebreid F. GEORGE en N. OUCHINSKY, “Le sursis temporaire légal en faveur des entreprises: commentaires de l’arrêté royal n° 15 du 24 avril 2020”, *Bulletin Juridique & Social* 2020, mei 2020, 7 *et seq.*

²⁷ Anders dan bij verbintenissen tot betaling van een geldsom, zal in dergelijke gevallen in de context van de coronacrisis evenwel vaak overmacht kunnen worden ingeroepen als verantwoording voor de niet-nakoming van de verbintenissen; M. DE POTTER DE TEN BROECK, “Een pandemie als overmacht, overmacht als een pandemie?”, *TBH* 2020, 246-278.

²⁸ Wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke-zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten (*BS* 1 februari 2005).

²⁹ E. DIRIX, “Pauzeknop voor coronafaillissementen en beslagen”, *Juristenkrant* 2020, 29 april 2020, 20.

is voor de goede afloop daarvan.³⁰ Ook naar aanleiding van het tweede moratorium (*cf. infra*, randnr. 32) zijn de inzichten op dat vlak jammer genoeg nog niet verder geëvolueerd. Het beleidsinitiatief van eind januari 2021 (*cf. infra*, randnrs 57 *et seq.*) gaat voor het eerst echter wel – zij het voorzichtig – in die richting.

iv) Bescherming van de kredietgever

18. Het KB nr. 15 bevat een specifieke regeling ter bescherming van kredietgevers (art. 3 KB nr. 15). De regeling omvat 3 verschillende aspecten en geldt voor alle “nieuwe kredieten” die tijdens de duur van de opschorting worden verstrekt. De aanduiding dat het om “nieuwe kredieten” moet gaan, is evenwel niet echt eenduidig.³¹ De wetgever lijkt te willen vermijden dat oneigenlijk van het gunstregime gebruik wordt gemaakt door oude kredietovereenkomsten te vervangen door nieuwe overeenkomsten zonder dat er wezenlijk iets aan de onderliggende economische realiteit verandert. De zuivere hergroepering van bestaande, niet-opeisbare kredieten bij dezelfde kredietgever of een loutere wijziging van de voorwaarden van een bestaande kredietovereenkomst, kwalificeren bijgevolg in ieder geval niet als een “nieuw krediet”. Nochtans valt o.i. niet iedere herfinanciering automatisch uit de boot. Wel als een “nieuw krediet” te beschouwen is immers de herfinanciering van eerdere kredieten die opeisbaar zijn geworden voorafgaand aan het moratorium of van kredieten die tijdens het moratorium opeisbaar zijn geworden omwille van andere redenen dan wanbetaling (zoals het verstrijken van de termijn).

19. Vooreerst worden de genoemde “nieuwe kredieten” uitgesloten van het toepassingsgebied van artikel XX.112 WER. Het betreft de regeling inzake facultatieve niet-tergenwerpelijheid van handelingen gesteld tijdens de verdachte periode waarbij de wederpartij op de hoogte was van de staking van betaling van de schuldenaar. De uitsluiting geldt niet alleen voor nieuwe kredieten, maar ook voor de zekerheden die in die context worden gesteld, evenals voor alle andere handelingen verricht ter uitvoering van deze kredieten.³² Alle andere gronden inzake niet-tergenwerpelijheid en de faillissementspauliana (resp. art. XX.111 en XX.114 WER) blijven wel onverkort van toepassing.

In dezelfde context verwijst het KB ook nog naar het oude artikel 1328 BW (thans art. 8.22 NBW) inzake vaste datum

van onderhandse akten. Deze bepaling wordt eveneens buiten toepassing gesteld ten aanzien van nieuwe kredietovereenkomsten.

20. Een derde en laatste aspect van de regeling inzake nieuwe kredieten betreft een zekere bescherming tegen de aansprakelijkheid van de kredietverlener. Het KB stelt immers uitdrukkelijk dat verstrekkers van nieuwe kredieten niet aansprakelijk kunnen worden gesteld louter omdat de nieuwe kredieten de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de activa of van de activiteiten van de schuldenaar niet daadwerkelijk mogelijk hebben gemaakt (art. 3, tweede lid KB nr. 15). Een gelijkaardig principe is ook reeds op verschillende plekken in Boek XX WER terug te vinden.³³

D. Opheffing van de bijzondere bescherming

21. De bescherming geboden door het coronamoratorium is niet absoluut. Naast het verstrijken van de wettelijke duur van het moratorium, zijn er ook situaties waarin de bescherming voortijdig kan worden opgeheven.

22. In de eerste plaats kan hierbij worden verwezen naar de situatie van de onderneming die niet aan de voorwaarden van het toepassingsgebied voldoet. Het betreft inzonderheid de vereiste dat de onderneming nog niet in staking van betaling mag zijn geweest op de datum die in aanmerking werd genomen als startpunt van de coronacrisis, namelijk 18 maart 2020.³⁴ Zoals reeds aangegeven (*cf. supra*, randnr. 7), wordt de bevoegdheid om zich hierover uit te spreken door het KB exclusief voorbehouden aan de voorzitter van de ondernemingsrechtbank.³⁵ Aan de beslagrechter komt het bijgevolg niet toe zich hierover uit te spreken.³⁶

23. Een tweede manier waarop vroegtijdig een einde kan komen aan het moratorium, is door de faillietverklaring van de onderneming op initiatief van één van de actoren die daartoe tijdens het moratorium de bevoegdheid blijft behouden, te weten: de schuldenaar zelf, het openbaar ministerie of de voorlopig bewindvoerder aangesteld overeenkomstig artikel XX.32 WER (*cf. supra*, randnr. 14).

24. Een derde mogelijkheid waarin het KB voorziet, is de meest opmerkelijke en meteen ook de meest onzekere. Elke

^{30.} Zie daaromtrent bv. 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, onuitg.*, doctoraatsthesis rechten UGent, 2007, 306 *et seq.*

^{31.} Zie in dit verband ook E. DIRIX, “Pauzeknop voor coronafaillissementen en beslagen”, *Juristenkrant* 2020, 29 april 2020, 20; F. GEORGE en N. OUCHINSKY, “Le sursis temporaire légal en faveur des entreprises: commentaires de l’arrêté royal n° 15 du 24 avril 2020”, *Bulletin Juridique & Social* 2020, mei 2020, 11.

^{32.} De vestiging van nieuwe zekerheden zonder dat er sprake is van een nieuw krediet valt uiteraard niet onder het toepassingsgebied van de regeling.

^{33.} Zie bv. art. XX.37, § 4 en XX.65, § 8 WER.

^{34.} Zie voor een toepassing Vz. Orb. Gent (afd. Brugge), 5 mei 2020, *TBH* 2020, 242.

^{35.} Zie wat de verdere modaliteiten van deze vordering betreft *infra*, randnr. 23.

^{36.} B. INGHELS en Z. PLETINCKX, “Un moratoire pour les entreprises pendant la durée de la crise du COVID-19”, *JT* 2020, 355.

belanghebbende partij kan immers bij dagvaarding aan de voorzitter van de ondernemingsrechtbank vragen het coronamoratorium geheel of gedeeltelijk op te heffen bij een bijzonder met redenen omklede beslissing, ook al voldoet de onderneming in alle opzichten aan de toepassingsvoorwaarden van het KB (art. 1, tweede lid KB nr. 15). De vordering wordt ingesteld en behandeld zoals in kort geding. De voorzitter doet uitspraak bij voorrang boven alle andere zaken.

De voorzitter van de rechtbank krijgt hierbij zeer veel ruimte om de verschillende op het spel staande belangen tegen elkaar af te wegen. Het KB geeft slechts een aantal elementen aan waarmee rekening kan worden gehouden, zonder dat deze opsomming limitatief is. Het betreft: de vraag of ten gevolge van de COVID-19-epidemie of -pandemie de omzet of activiteit van de schuldenaar sterk is gedaald, of er volledig of deels beroep is gedaan op economische werkloosheid en of de overheid bevel heeft gegeven tot sluiting van de onderneming van de schuldenaar. Dit zijn elementen die het terechte karakter van het moratorium ten aanzien van de betrokken onderneming moeten bevestigen. Deze elementen moeten vervolgens worden afgezet tegen de belangen van de “verzoeker”, die in principe een schuldeiser of een andere contractpartij van de onderneming zal zijn en één of meerdere facetten van het moratorium opheffen wil zien. Gelet op de beperkte duur van het moratorium lijkt het ons dat een opheffing slechts aan de orde is wanneer het moratorium op korte termijn een ernstig nadeel aan de eisende partij dreigt op te leveren.

Overeenkomstig het KB kan het moratorium zowel geheel als gedeeltelijk worden opgeheven. In de geest van de reglementering lijkt dit laatste de voorkeur te moeten verdienen. Daarbij denken we bijvoorbeeld aan de toelating ten gunste van een specifieke schuldeiser om, tijdens het moratorium, toch een overeenkomst te (laten) ontbinden wegens wanbetaling of een toelating aan een specifieke schuldeiser om over te gaan tot het leggen van bewarend beslag op bepaalde activa. Bij verdergaande gedeeltelijke opheffingen zal de voorzitter van de rechtbank erover moeten waken dat zijn beslissing niet strijdt met de vereiste gelijke behandeling van schuldeisers.

25. Een vraag die zich vrij snel vanuit de praktijk aandienende is hoe de specifieke bevoegdheid van de voorzitter van de ondernemingsrechtbank in het kader van KB nr. 15 zich verhoudt tot de algemene bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank uit artikel 584 Ger.W. om bij volstreekte noodzakelijkheid, op eenzijdig verzoek een dringende en voorlopige maatregel te nemen. Dit laatste biedt, gelet op het

eenzijdige karakter van de procedure, het voordeel dat de schuldenaar door de beslissing wordt verrast en zich dus op voorhand niet kan “organiseren”.³⁷ Het KB heeft evenwel, op aansturen van de Raad van State, uitdrukkelijk voor een tegensprekelijke procedure op dagvaarding gekozen.³⁸ In dat opzicht ligt het dan ook niet voor de hand te aanvaarden dat parallel met deze specifieke procedure “zoals in kort geding”, via een gewone kortgedingprocedure dezelfde maatregelen zouden kunnen worden bekomen.³⁹

E. Concrete gevolgen voor vennootschapsbestuurders

26. Het coronamoratorium stelt ondernemingen en dus ook het bestuursorgaan van vennootschappen vrij van de verplichting om aangifte te doen van het faillissement. De draagwijdte van deze vrijstelling mag evenwel niet worden overschat en het lijkt ons in dat opzicht belangrijk dat bij vennootschapsbestuurders geen vals gevoel van veiligheid wordt gecreëerd.

27. Vooreerst geldt de vrijstelling alleen voor vennootschappen die onder het toepassingsgebied vallen. Bovendien moet voldaan zijn aan de bijkomende vereiste dat vervulling van de faillissementsvoorwaarden het gevolg is van de COVID-19-epidemie of -pandemie en haar gevolgen (art. 2 KB nr. 15) (*cf. supra*, randnr. 14). Nog het meest belangrijk is dat er rekening mee moet worden gehouden dat de vrijstelling afloopt zodra het coronamoratorium voorbij is. Op dat ogenblik herwint de aangifteplicht onverkort haar geldingskracht. Aangezien het aantal faillissementen in de tweede helft van 2020 evenwel lager blijkt te liggen dan in het jaar ervoor⁴⁰, is het niet denkbeeldig dat heel wat ondernemingen in die periode onterecht geen aangifte hebben gedaan van hun faillissement. Het “vals gevoel van veiligheid” gecreëerd door het coronamoratorium en de *de facto* verdere wapenstilstand vanwege diverse overheidsschuldeisers bij de afloop daarvan (*cf. infra*, randnrs. 43 et seq.), zorgen er vermoedelijk voor dat ondernemingen zich niet geneigd voelen om aangifte te doen van hun faillissement.

28. Zoals reeds aangegeven, is de impact van het coronamoratorium voor de draagwijdte van de aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders beperkt. De aansprakelijkheidsgronden uit de artikelen XX.225 t.e.m. XX.227 WER blijven immers onverkort overeind, zelfs tijdens de duur van het moratorium (*cf. supra*, randnr. 14). In het bijzonder wat het voortzetten van een reddeloos verloren activiteit

³⁷ Zie bevestigend wat deze mogelijkheid betreft Vz. Orb. Gent (afd. Brugge), 5 mei 2020, *TIBR* 2020, RS-92, *TBH* 2020, 242. Zie ook C. HASPELAGH, “Dankzij corona tijdelijk geen verrassingen? KB nr. 15 legt bewarend roerend beslag vergaand aan banden”, 29 april 2020, www.corporatefinance-lab.org/2020/04/29/dankzij-corona-tijdelijk-geen-verrassingen-kb-nr-15-legt-bewarend-roerend-beslag-vergaand-aan-banden/#more-14277.

³⁸ Advies nr. 67.253/2 van 21 april 2020 over het ontwerp van koninklijk besluit nr. 15.

³⁹ Voor andere maatregelen dan de gehele of gedeeltelijke opheffing van het coronamoratorium lastens een schuldenaar blijft de bevoegdheid van de voorzitter overeenkomstig art. 584 Ger.W. wel onverkort overeind.

⁴⁰ *Cf. infra*, randnrs. 48 et seq.

betreft⁴¹, stellen bestuurders die hun activiteiten verder blijven zetten, ook al is het op een laag pitje, zich bloot aan een bijzonder aansprakelijkheidsrisico. Wat de beoordeling van de herstellkansen van de onderneming *ex post* betreft, zal er uiteraard wel rekening moeten worden gehouden met de onzekerheden die door de coronacrisis worden veroorzaakt, wat in het voordeel van de bestuurders speelt.⁴²

29. Een andere aansprakelijkheidsgrond die bijzondere aandacht verdient bij vennootschapsbestuurders is de aansprakelijkheid in het kader van de alarmbelprocedure. Zowel bij de NV als de BV geldt immers ook onder toepassing van het nieuwe WVV een vermoeden dat de schade die derden lijden voortvloeit uit de niet-naleving van de alarmbelprocedure.⁴³ Zeker bij de BV is in dat opzicht waakzaamheid geboden aangezien de alarmbelprocedure in de BV niet alleen wordt geactiveerd wanneer het nettoactief negatief is of bijna negatief is, maar ook wanneer het niet langer vaststaat dat, volgens de redelijkerwijs te verwachten ontwikkelingen, de vennootschap in staat zal zijn om voort te gaan met de betaling van haar opeisbare schulden over een periode van minstens 12 maanden. Veel ondernemingen lijken door de coronacrisis in de gevarenszone van deze laatste drempel te kunnen komen, zodat het in ieder geval aanbeveling verdient bij de minste twijfel de alarmbelprocedure na te leven op het tijdstip van de jaarvergadering.

Wat het jaar 2020 betreft lijken rechtbanken in dit verband een zekere terughoudendheid aan de dag te zullen moeten leggen. Gedurende grote delen van het jaar was het immers hoogst onduidelijk of en hoe een algemene vergadering met respect voor de coronamaatregelen kon worden gehouden.⁴⁴ Na de aanpassing van het WVV in dat verband⁴⁵ is dat enigszins anders voor 2021, maar ook nu nog lijkt een zekere terughoudendheid van de rechtbanken bij de beoordeling van het tweede criterium van de alarmbelprocedure gepast, in het bijzonder in het licht van het vermoeden van aansprakelijkheid. Het probleem is hierbij geenszins dat bestuurders

de liquiditeitspositie van de vennootschap en de boekhoudkundige continuïteitshypothese moeten opvolgen, dat moeten ze ook reeds doen op basis van artikel 2:52 WVV, maar wel dat men slechts over een termijn van twee maanden beschikt om de algemene vergadering te laten samenkomen. Het vermoeden van aansprakelijkheid dat daaraan werd vastgeknoopt is, zeker wat het liquiditeitscriterium betreft, eigenlijk vanuit beleidsmatig oogpunt ongepast.⁴⁶

30. Een laatste punt dat hierbij kan worden aangestipt kreeg in de commentaren bij KB nr. 15 reeds vrij veel aandacht.⁴⁷ Het betreft de vraag in welke mate het coronamoratorium een impact heeft op een eventueel vast te stellen verdachte periode in de zin van artikel XX.105 WER bij een navolgend faillissement van de vennootschap. In het verslag aan de Koning bij KB nr. 15 wordt duidelijk gemaakt dat het coronamoratorium de regeling met betrekking tot de verdachte periode in alle opzichten onverlet laat.⁴⁸ De maximale periode van 6 maanden wordt dus niet verlengd met de duur van het coronamoratorium. Evenmin wordt uitgesloten dat de verdachte periode gedeeltelijk samenvalt met de periode van het coronamoratorium.

31. Samengevat stelt het coronamoratorium ondernemingen dus weliswaar principieel vrij van de verplichting om aangifte van hun faillissement te doen, maar blijft het voor ondernemingen voor wie er geen redelijke kans op herstel meer is, toch absoluut aan te bevelen om meteen aangifte van hun faillissement te doen. Voor ondernemingen die herstel wel nog mogelijk achten, maar hun continuïteit ernstig bedreigd zien, geldt dat zij zich bij voorkeur in een échte reorganisatieprocedure aanmelden. Het coronamoratorium is letterlijk een doekje voor het bloeden (*i.c.* liquiditeitsproblemen), maar stelt het bloeden niet. Een ernstige bloeding vereist gedegen wondverzorging of zelfs een verdergaande ingreep.

^{41.} Zie m.b.t. deze problematiek in het algemeen bv. recent nog D. LAMBRECHT, "La responsabilité des dirigeants pour poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire: article 1382 du Code civil ou XX.227 du CDE? Et quid en période de coronavirus?", *TBH* 2020, 674-706.

^{42.} Zo moet er voor de aansprakelijkheid wegens *wrongful trading* immers worden aangetoond dat er een moment was waarop de bestuurders wisten of behoorden te weten dat er *kennelijk geen redelijk vooruitzicht was* om een faillissement te vermijden (art. XX.227, § 1, a) WER).

^{43.} Zie art. 5:153 WVV voor de BV en 7:228 en 7:229 WVV voor de NV.

^{44.} Zie daaromtrent o.m. S. VAN VEEN, "Besluitvorming van vennootschappen. Impact van de coronacrisis", *NJW* 2020, afl. 421, 326-334.

^{45.} Zie art. 22-43 wet van 20 december 2020 houdende diverse tijdelijke en structurele bepalingen inzake justitie in het kader van de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19 (*BS* 24 december 2020).

^{46.} Anders dan vroeger staat bij de alarmbelprocedure immers niet langer de ontbinding als te nemen maatregel centraal maar wel het nemen van maatregelen om de continuïteit van de vennootschap te vrijwaren. De klassieke redenering waarop het vermoeden van aansprakelijkheid was gestoeld, namelijk: "was de algemene vergadering tijdig samengekomen, dan zou de vennootschap ontbonden zijn geweest en zouden na die datum geen schulden meer zijn ontstaan", gaat na de wetswijziging bijgevolg niet meer op.

^{47.} F. GEORGE en N. OUCHINSKY, "Le sursis temporaire légal en faveur des entreprises: commentaires de l'arrêté royal n° 15 du 24 avril 2020", *Bulletin Juridique & Social* 2020, mei 2020, 6; B. INGHELS en Z. PLETINCKX, "Un moratoire pour les entreprises pendant la durée de la crise du COVID-19", *JT* 2020, 353.

^{48.} Verslag aan de Koning, p. 28.734.

3. MEER VAN HETZELFDE EN TOCH ANDERS: HERACTIVERING VAN HET MORATORIUM N.A.V. DE TWEEDE LOCKDOWN

A. Algemene principes

32. *L’histoire se répète*. Vanaf midden oktober 2020 werd duidelijk dat België zich te midden van een “tweede golf” van de corona-epidemie bevond. Het was het startschot om, in verschillende stappen, opnieuw tot een semi-lockdown te komen, zoals in de periode maart-juni 2020 al eens het geval was geweest. Logischerwijs werd, in het licht van de sluitingsmaatregelen en de verregaande inperking van de sociale activiteiten, door heel wat belangengroepen ook opnieuw om een bescherming tegen faillissementen gevraagd. Hoewel vrij snel duidelijk was dat men hiervoor zou terugvallen op de systematiek van het eerste coronamoratorium zou het toch opnieuw lang duren voor het tweede moratorium effectief in werking zou treden. Dit had er deze keer onder meer mee te maken dat het moratorium werd ondergebracht in een verzamelwet met uiteenlopende maatregelen inzake justitie met betrekking tot de corona-epidemie.⁴⁹

33. Het nieuwe moratorium trad in werking op 24 december 2020 om af te lopen op 31 januari 2021.⁵⁰ Slechts een korte periode dus. De impact van het moratorium reikt in de realiteit evenwel veel verder dan deze periode van ruim een maand. Zowel in de aanloop ernaartoe, als na afloop van de periode zorgt het moratorium immers voor een zekere afkoeling van eventuele acties door schuldeisers.

34. De draagwijdte van het nieuwe moratorium was identiek aan dat van het eerste (cf. *supra*, 2., C.): opschorting van alle middelen van tenuitvoerlegging, geen faillietverklaring, continuïteit van de lopende overeenkomsten en bescherming van verstrekken van nieuwe kredieten.⁵¹ De tekst van KB nr. 15 werd op dat vlak zonder meer letterlijk hernomen.⁵² Bovenstaande analyses met betrekking tot de maatregelen vervat in KB nr. 15 gelden dus onverkort voor het tweede coronamoratorium zoals vervat in de wet van 20 december 2020. Op het vlak van het toepassingsgebied zijn evenwel een aantal belangrijke nuances te maken.

B. Afwijkend toepassingsgebied

i) Overzicht

35. Een eerste punt dat onze aandacht verdient vloeit voort uit het principiële behoud van de tekst van KB nr. 15 op het vlak van het toepassingsgebied van het tweede moratorium. Dat betekent dat het moratorium uitsluitend geldt ten aanzien van ondernemingen *die niet in staking van betaling waren op 18 maart 2020*, met andere woorden bij de start van de corona-epidemie in België. Deze datum ligt bij de inwerkingtreding van het tweede moratorium evenwel behoorlijk ver terug in de tijd, wat een correcte beoordeling niet eenvoudig maakt. Wat dat laatste betreft moet overigens worden aangenomen dat het principe overleefd is gebleven dat het uitsluitend aan de voorzitter van de ondernemingsrechtbank toekomt om, zoals in kort geding, te beslissen of al dan niet aan deze voorwaarde is voldaan (art. 71, tweede lid wet 20 december 2020). Aan schuldeisers of andere rechtbanken komt deze bevoegdheid bijgevolg niet toe. Meer nog dan bij het eerste moratorium hebben we, door de grotere tijdsspanne, dus te maken met een feitelijk vermoeden dat alle ondernemingen die nu nog niet failliet zijn verklaard ook nog niet aan de faillissementsvoorwaarden voldeden op 18 maart 2020.

36. Een tweede belangrijk punt wat betreft het toepassingsgebied is net wel een afwijking van het toepassingsgebied zoals oorspronkelijk geformuleerd door KB nr. 15. De wet van 20 december 2020 voegt aan de omschrijving van het toepassingsgebied immers toe dat het moratorium slechts geldt voor ondernemingen die “*het voorwerp uitmaken van sluitingsmaatregelen op grond van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken, gewijzigd bij het ministerieel besluit van 1 november 2020*”⁵³ (art. 71, eerste lid wet 20 december 2020).

Twee hoofdvragen dienen zich met betrekking tot deze toevoeging aan. Vooreerst wat de precieze draagwijdte is van deze beperking van het toepassingsgebied (zie *supra*, 2., C.,

⁴⁹. Wet van 20 december 2020 houdende diverse tijdelijke en structurele bepalingen inzake justitie in het kader van de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19 (*BS* 24 december 2020), hierna geciteerd als “wet van 20 december 2020”.

⁵⁰. Art. 80 en 71 wet van 20 december 2020.

⁵¹. Zie respectievelijk art. 71, eerste lid, eerste, tweede en vierde streepje en 73 wet van 20 december 2020.

⁵². *Memorie van toelichting* bij het wetsontwerp van 25 november 2020 houdende diverse tijdelijke en structurele bepalingen inzake justitie in het kader van de strijd tegen de verspreiding van COVID-19, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55 1668/001, p. 42; hier geciteerd als “*MvT*”.

⁵³. Ministerieel besluit van 28 oktober 2020 houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken (*BS* 28 oktober 2020), hierna geciteerd als “MB 28 oktober 2020” of “het MB”. De oorspronkelijke tekst van het MB werd verschillende malen gewijzigd; meest belangrijk in deze context waren evenwel het ministerieel besluit van 1 november 2020 houdende wijziging van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken (*BS* 1 november 2020), hierna geciteerd als “MB 1 november 2020”; en het ministerieel besluit van 28 november 2020 houdende wijziging van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken (*BS* 29 november 2020), hierna geciteerd als “MB 28 november 2020”.

ii)) en ten tweede aan wie het toekomt om over de toepasselijkheid van de beperking te oordelen (zie *supra*, 2., C., iii)). Noch de wet, de *memorie van toelichting* of de verslagen van de commissiebesprekingen bieden op dit punt verdere verduidelijking.

ii) “Ooit” gesloten of “actueel” gesloten?

37. Een eerste stap in de analyse van de beperking die de wetgever aan het toepassingsgebied van het tweede coronamoratorium heeft willen stellen, betreft de vraag wat precies moet worden begrepen onder het begrip “sluitingsmaatregelen”. Dit begrip wordt in de genoemde MB’s immers niet omschreven of als dusdanig gebruikt. Er kan evenwel worden aangenomen dat hiermee – in de terminologie van de genoemde MB’s – wordt verwezen naar ondernemingen die worden “gesloten voor het publiek”.

In de originele versie van het MB ging dit in de eerste plaats om de horecasector en andere eet- en drankgelegenheden (art. 6, § 1 MB 28 oktober 2020) en de inrichtingen of onderdelen van inrichtingen die behoren tot de culturele, feestelijke, sportieve, recreatieve en evenementensector (art. 8 MB 28 oktober 2020). Na de verruiming van de maatregelen op 1 november 2020 (*i.e.* sluiting van alle niet-essentiële winkels) zijn daar vervolgens alle ondernemingen en verenigingen bijgekomen die goederen aanbieden aan consumenten (art. 8, § 2 MB 28 oktober 2020 zoals gewijzigd door MB 1 november 2020), alsook de ondernemingen en verenigingen die diensten aanbieden aan consumenten (art. 8, § 3 MB 28 oktober 2020 zoals gewijzigd door MB 1 november 2020); zij het telkens met uitzonderingen.⁵⁴ Deze 2 uitbreidingen werden vervolgens opnieuw terugschroefd door het ministerieel besluit van 28 november 2020 (*i.e.* heropening winkels), zij het opnieuw met uitzonderingen.⁵⁵

Dat ondernemingen die door een sluitingsmaatregel worden getroffen, bepaalde activiteiten toch nog verder kunnen uitoefenen⁵⁶, belet niet dat zij principieel onder het toepassingsgebied van het moratorium vallen. Zij maken immers het voorwerp uit van een sluitingsmaatregel. Dezelfde redenering kan worden gemaakt voor rechtspersonen in wiens

schoot verschillende bedrijfsactiviteiten worden uitgeoefend. Het volstaat dat één onderdeel van de activiteiten door een sluitingsmaatregel wordt getroffen, opdat de rechtspersoon onder het toepassingsgebied van het moratorium zou vallen. Verder moet worden aangenomen dat ondernemingen wiens activiteiten door de genoemde MB’s worden verboden, zonder dat evenwel letterlijk wordt gesteld dat de onderneming wordt “gesloten voor het publiek”, eveneens door een sluitingsmaatregel worden getroffen.⁵⁷ Heel wat minder duidelijk is het antwoord op de vraag of ondernemingen die door de genoemde MB’s niet worden gesloten voor het publiek of wiens activiteiten niet integraal worden verboden, maar wiens activiteiten daardoor wel op de één of andere manier worden beperkt, onder het toepassingsgebied van het coronamoratorium vallen.⁵⁸ We zijn geneigd deze vraag ontkennend te beantwoorden, aangezien anders nagenoeg elke onderneming onder het toepassingsgebied zou vallen⁵⁹, terwijl het expliciet de bedoeling was het toepassingsgebied in te perken.⁶⁰

38. Een andere belangrijke vraag is of het volstaat dat een onderneming “ooit” door een sluitingsmaatregel werd getroffen om onder het toepassingsgebied te vallen, dan wel of zij dat ook nog moet zijn op het ogenblik dat zij zich op de bescherming beroept. Op basis van een letterlijke lezing van de wet lijkt men bij deze laatste invulling uit te komen.⁶¹ Ondernemingen die in de maanden oktober, november of december wel door een sluitingsmaatregel waren getroffen, maar voor wie deze naderhand werd opgeheven, zouden bijgevolg niet van het moratorium kunnen genieten. Een dergelijke invulling heeft het voordeel van de duidelijkheid, in het bijzonder vanuit het perspectief van de schuldeiser en de door hem aangestelde gerechtsdeurwaarder: is de onderneming van de schuldenaar gesloten, dan kan er geen gedwongen uitvoering plaatsvinden of kan er niet in faillissement worden gedagvaard; in het andere geval kan dat wel.

Een andere interpretatie is evenwel dat alle ondernemingen die op enig moment door een sluitingsmaatregel, zoals vervat in de genoemde ministeriële besluiten, zijn getroffen onder het toepassingsgebied van het tweede coronamoratorium vallen. In deze interpretatie zouden dus ook de grote

^{54.} Zo mochten inrichtingen of onderdelen van inrichtingen geopend blijven voor het publiek voor zover ze in hoofdzaak essentiële goederen aanbieden aan consumenten (art. 8, § 2, tweede lid MB 28 oktober 2020 zoals gewijzigd door MB 1 november 2020).

^{55.} Zo werd de sluitingsmaatregel in het bijzonder niet opgeheven voor de aanbieders van diensten in de sector van de “contactberoepen” (art. 8, § 3 MB 28 oktober 2020 zoals gewijzigd door MB 28 november 2020).

^{56.} Zoals een restaurant dat *takeaway*-gerechten aanbiedt.

^{57.} Denk hierbij bv. aan huis-aan-huis- en leurersactiviteiten die volledig werden verboden (art. 7bis MB 28 oktober 2020 zoals gewijzigd door MB 1 november 2020).

^{58.} We denken hierbij bv. aan winkels die na het MB van 1 november 2020 tijdelijk alleen de “essentiële goederen” uit hun assortiment mochten aanbieden (art. 8, § 2, tweede lid MB 28 oktober 2020 zoals gewijzigd door MB 1 november 2020) of nachtwinkels die geen alcoholische dranken mogen verkopen na 20u (art. 11 MB 28 oktober 2020).

^{59.} Zo worden immers alle ondernemingen die goederen of diensten aanbieden aan consumenten minstens “getroffen” door de voorschriften van art. 5 MB 28 oktober 2020 (dat de minimale regels bevat die in acht moeten worden genomen bij het ontvangen van klanten).

^{60.} *MvT*, p. 42.

^{61.} De bewuste bepaling is immers zonder meer in de tegenwoordige tijd gesteld: “Alle ondernemingen die vallen onder het toepassingsgebied van Boek XX van het Wetboek van economisch recht en het voorwerp uitmaken van sluitingsmaatregelen op grond van [...]” (art. 71, eerste lid wet 20 december 2020).

groep detailhandelszaken die in november 2020 door een sluitingsmaatregel waren getroffen onder het toepassingsgebied van de regel vallen, ook al waren zij op het ogenblik van de inwerkingtreding van het nieuwe moratorium al een tijdje niet meer gesloten. Vanuit beleidsmatig oogpunt valt in ieder geval iets te zeggen voor deze invulling. Alle ondernemingen die op enig moment door een sluitingsmaatregel zijn getroffen, zullen zich daardoor immers in hun liquiditeitspositie aangetast zien, zodat het steek houdt dat de wetgever tussenkomt om de liquiditeitsproblemen die door de overheidsmaatregelen worden veroorzaakt tijdelijk te helpen opvangen. Deze invulling vindt ook steun in de wettekst waar deze uitsluitend verwijst naar het MB van 28 oktober 2020 zoals gewijzigd door het MB van 1 november 2020, en niet naar alle latere MB's die eveneens wijzigingen hebben aangebracht aan het MB van 28 oktober 2020.⁶²

Het lijkt dus de bedoeling van de wetgever te zijn geweest een “foto” te maken van de situatie op 1 november 2020 en deze als uitgangspunt te nemen voor de toepasselijkheid van het tweede coronamoratorium: wie op 1 november door een sluitingsmaatregel was getroffen, geniet bescherming, alle anderen niet. Voor een moratorium dat op 31 januari 2021 afloopt, lijkt dit in alle redelijkheid verantwoord.

iii) Wie beoordeelt?

39. Een andere vraag wat het toepassingsgebied van het nieuwe moratorium betreft, is wie mag oordelen of een onderneming al dan niet onder het toepassingsgebied van de regeling valt. Bij het eerste moratorium werd daaromtrent, op basis van het verslag aan de Koning, immers een zeer strikte houding aangenomen: het komt alleen aan de voorzitter van de ondernemingsrechtbank toe om te beoordelen of een onderneming al dan niet in staking van betaling ver-

keerde op 18 maart 2020 en aldus onder het toepassingsgebied van het moratorium valt; niet aan een schuldeiser of een andere belanghebbende (*cf. supra*, randnr. 22). Op deze manier wou men een echt “staakt het vuren” realiseren ten aanzien van alle ondernemingen, dat enkel in uitzonderlijke omstandigheden zou worden opgeheven.

40. Wat het nieuwe moratorium betreft, is er geen reden om aan te nemen dat de wetgever op dit punt het roer fundamenteel heeft willen omgooien. Dit is althans het geval voor wat betreft de voorwaarde dat de onderneming nog niet in staking van betaling mag zijn geweest op 18 maart 2020. Het komt ook bij het tweede moratorium uitsluitend aan de voorzitter van de ondernemingsrechtbank toe om deze genuanceerde beoordeling te maken (art. 71, tweede lid wet 20 december 2020). Anders is dat m.i. evenwel voor wat betreft het nieuwe aspect dat aan de omschrijving van het toepassingsgebied van het tweede coronamoratorium werd toegevoegd, namelijk dat enkel ondernemingen die door een sluitingsmaatregel zijn getroffen onder het toepassingsgebied vallen. Deze beperking van het toepassingsgebied behoeft immers geen genuanceerde beoordeling, maar valt – in de eerder weerhouden invulling (*cf. supra*, randnrs. 37 *et seq.*) – door eenieder eenvoudig uit de regelgeving af te leiden.⁶³

Een dagvaarding in faillissement of een beslag lastens een onderneming die *niet* het voorwerp heeft uitgemaakt van een sluitingsmaatregel zoals vervat in MB 28 oktober 2020 zoals gewijzigd door MB 1 november 2020⁶⁴, is tijdens het tweede coronamoratorium bijgevolg mogelijk, zonder dat daartoe eerst een beslissing van de voorzitter van de ondernemingsrechtbank is vereist. Anders oordelen zou haaks staan op de bedoeling van de wetgever om het toepassingsgebied van het moratorium in te perken (*cf. supra*, randnr. 37) en zou deze toevoeging elk praktisch nut ontnemen.

4. ONDERTUSSEN OP HET TERREIN

A. Gepubliceerde rechtspraak

41. De gepubliceerde rechtspraak in de sfeer van het insolventierecht waarin hetzij de regelen van de coronamoratoria worden toegepast, hetzij waarin insolventieproblemen veroorzaakt door de corona-epidemie centraal staan, is tot dusver zeer beperkt. Wat de moratoria betreft, zijn er mij naast de twee vonnissen waarnaar eerder werd verwezen (*cf. supra*, vn. 11 en 36) geen andere gepubliceerde toepassingen bekend. Het gaat tweemaal om beslissingen waarbij duide-

lijk in het voordeel van de schuldeiser wordt beslist, maar het aantal beslissingen is veel te beperkt om op die basis te besluiten tot een veralgemeende strikte toepassing van de moratoria door de rechtbanken.

42. Een mooie illustratie van de wendbaarheid van de insolventiepraktijk, inclusief de ondernemingsrechtbanken, wordt gegeven door een vonnis van de ondernemingsrechtbank te Gent, afdeling Kortrijk.⁶⁵ Daarin werd een verzoek tot verlenging van de periode van opschorting behandeld van

⁶². Inzonderheid het MB 28 november 2020. Aangezien de wet dateert van 20 december 2020 had dat nochtans wel mogelijk geweest.

⁶³. Dat bij de elementen waarmee de voorzitter van de rechtbank (onder meer) rekening kan houden bij een vraag tot opheffing van het moratorium nog steeds melding wordt gemaakt van “*of de overheid bevel heeft gegeven tot sluiting van de onderneming*” (art. 71, tweede lid wet 20 december 2020), lijkt ons hierbij geen probleem te vormen. Zo het behoud van dit element al op een bewuste keuze van de wetgever berust, kan het verwijzen naar een sluiting n.a.v. de eerste lockdown of een sluiting o.b.v. het MB 1 november 2020 die door het MB 28 november 2020 opnieuw werd opgeheven.

⁶⁴. Denk bv. aan ondernemingen van aanneming van werken, productie of intellectuele dienstverlening.

⁶⁵. Orb. Gent (afd. Kortrijk) 24 maart 2020, *TIBR* 2020, RS-6.

een onderneming die voorafgaand aan de start van de corona-epidemie reeds tot de procedure van gerechtelijke reorganisatie was toegelaten. De rechtbank stelde vast dat de uitbraak van de coronapandemie in januari 2020 en de ten gevolge daarvan door de overheid progressief getroffen maatregelen, een ernstige en onvoorspelbare impact hadden op de economische activiteit van de schuldenaar waar deze laatste bij de opmaak van zijn reorganisatieplan nog niet ten volle rekening had kunnen mee houden. Deze bijzondere en redelijkerwijze onvoorzienbare omstandigheden (en de gegevens die door de schuldenaar omtrent diens actuele financiële toestand werden verstrekt), deden de rechtbank besluiten dat aan de schuldenaar een verlenging van de opschorting kon worden toegestaan met het oog op de neerlegging van een aangepast reorganisatieplan.

Een oordeel in die zin lijkt aangewezen in heel wat lopende reorganisatieprocedures, ook in de procedures die pas na de start van de epidemie werden geopend. De veranderende intensiteit van de epidemie en de daarop geënte overheidsmaatregelen vormen immers onzekere en niet te voorspellen omstandigheden die het uitwerken van een reorganisatieplan aanzienlijk bemoeilijken. Waar nodig lijken deze omstandigheden zelfs ook een beroep op artikel XX.59, § 2 WER te kunnen rechtvaardigen. Overeenkomstig deze bepaling kan de periode van opschorting uitzonderlijk tot een totale duur van maximum 18 maanden worden verlengd wanneer er “buitengewone omstandigheden” zijn. Het leidt geen twijfel dat de situatie veroorzaakt door de corona-epidemie voor de meeste ondernemingen als buitengewone omstandigheid te beschouwen is.⁶⁶ Uiteraard mag hierbij het doel van de reorganisatieprocedure niet uit het oog worden verloren. Ondernemingen waar er geen redelijke kans op herstel meer is van het geheel of een gedeelte van de activiteiten horen, buiten het geval van een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag (GROGG), niet thuis in een reorganisatieprocedure (art. XX.62 WER). De beoordeling van de herstelkansen moet hierbij gebeuren rekening houdend met de situatie “post-corona”.

B. Megamoratorium sinds maart 2020

43. De twee formele coronamoratoria die de overheid sinds het voorjaar van 2020 heeft afgekondigd (van 24 april tot 17 juni 2020 en van 24 december 2020 tot 31 januari 2021), zijn slechts een beperkt element van een veel ruimer moratorium dat *de facto* in werking is getreden eind maart

2020 en vermoedelijk verder zal blijven voortduren tot de corona-epidemie min of meer onder controle is.

44. Een eerste element dat aan de basis daarvan ligt, is de eerder aangehaalde reflexwerking van de formele moratoria. Van zodra deze worden aangekondigd – tweemaal zeer ruim op voorhand – en de eerste weken na afloop van het moratorium blijken schuldeisers (terecht) zeer terughoudend te zijn om acties te ondernemen, onder meer uit vrees op die manier nutteloze, niet-recupereerbare kosten te maken. Uiteraard zijn er uitzonderingen, waarbij schuldeisers net worden *getriggerd* door het formele moratorium om actie te ondernemen, maar dit lijkt toch niet de overheersende praktijk te zijn.

45. Een ander element dat ongetwijfeld speelt, is dat de Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders van bij de start van de corona-epidemie haar leden, in wisselende gradaties, belangrijke beperkingen oplegt wat betreft de mogelijkheden om over te gaan tot beslaglegging en openbare verkoop.⁶⁷ Deze maatregelen zijn in de eerste plaats ingegeven vanuit sanitaire overwegingen, maar hebben uiteraard ook een belangrijke impact vanuit insolventieperspectief.

46. Een derde, en misschien wel het belangrijkste, element dat bijdraagt tot het *de facto* “megamoratorium” is dat de overheid zelf als schuldeiser het goede voorbeeld probeert te geven wat betreft het staakt-het-vuren waar men via de formele coronamoratoria alle schuldeisers wil toe bewegen.⁶⁸ Sinds het begin van de corona-epidemie stelt de overheid zich als schuldeiser immers, in tegenstelling tot wat in normale omstandigheden het geval is, zeer passief en welwillend op. Sommige bedragen zijn voorlopig niet-verschuldigd, openstaande schulden worden niet gedwongen ingevorderd, de gebruikelijke verhogingen worden in principe niet toegepast en er worden (nagenoeg) geen insolventieprocedures geïnitieerd.

Dit geldt in de eerste plaats voor de fiscus⁶⁹, maar ook voor diverse andere overheids- en parastatale instellingen, zoals de RSZ⁷⁰, de gemeenten en provincies (voor diverse belastingen en retributies) en de socialezekerheidsfondsen voor zelfstandigen. De mate van afdwingbaarheid van het staakt-het-vuren vanwege deze schuldeisers is uiteenlopend en evolueert in de tijd, maar de belangrijkste vaststelling is dat er *de facto* nagenoeg geen gerechtelijke invorderingen of insolventieprocedures door deze partijen worden geïnitieerd.⁷¹ Het belang van deze passieve houding van de over-

⁶⁶. De wet verwijst wat betreft buitengewone omstandigheden weliswaar naar “de grootte van de onderneming, de complexiteit van de zaak of de hoegrootheid van het behoud van de werkgelegenheid” maar deze opsomming is duidelijk niet-limitatief; zie art. XX.59, § 2, tweede lid WER.

⁶⁷. Zie voor een chronologisch overzicht www.gerechtsdeurwaarders.be/coronavirus-belangrijke-instructies-voor-gerechtsdeurwaarders (laatste raadpleging op 25 januari 2021).

⁶⁸. Verslag aan de Koning, p. 28.732.

⁶⁹. Vennootschapsbelasting, btw, bedrijfsvoorheffing, enz. Zie voor een overzicht www.financien.belgium.be/nl/ondernemingen/steunmaatregelen-betreffende-het-coronavirus-covid-19 (laatste raadpleging op 25 januari 2021).

⁷⁰. Zie www.rsz.fgov.be/nl/werkgevers-en-de-rsz/coronavirus-maatregelen-voor-werkgevers (laatste raadpleging op 25 januari 2021).

⁷¹. Uiteraard zijn ook hier uitzonderingen op de basisregel op te tekenen.

heid als schuldeiser kan moeilijk worden overschat. Zeker bij KMO's vormen de genoemde overheidsschuldeisers immers één van de meest belangrijke en, in normale omstandigheden, meest actieve groepen van schuldeisers.

47. Verder heeft men er via gerichte maatregelen voor gezorgd dat ook andere schuldeisers die, in normale omstandigheden, een belangrijke impact hebben op de liquiditeitspositie van ondernemingen, tijdelijk deze liquiditeitspositie niet al te zeer belasten. Dat is in de eerste plaats het geval voor het stelsel van economische werkloosheid dat ondernemingen toelaat hun personeelskost eenvoudig te reduceren tot het niveau van hun concrete financiële mogelijkheden. Ten tweede kunnen ondernemingen sinds de start van de corona-epidemie ook beroep doen op een regeling inzake betalingsuitstel voor kredieten aangegaan bij financiële instellingen.⁷² Ook deze maatregelen dragen bij tot het feitelijk moratorium dat zich sinds de start van de epidemie heeft ontplooid.

48. Het megamoratorium heeft op korte termijn duidelijk positieve effecten. De impact op langere termijn is evenwel onduidelijk. Het gaat in essentie om kredietverlening, die de schuldgraad van de ondernemingen dus doet toenemen en het insolventierisico onvermijdelijk verder verhoogt. De lange duur van het *de facto* moratorium zorgt er ondertussen voor dat het onmogelijk lijkt te zijn geworden om, eens de corona-epidemie enigszins onder controle is, de overheid in één beweging opnieuw haar oude rol en positie als schuldeiser te laten innemen. De invordering van de tijdens de corona-epidemie opgebouwde achterstallen zal een uitgebalanceerde strategie vereisen, waarbij enerzijds een vloedgolf aan onnodige faillissementen moet worden vermeden, maar anderzijds moet worden voorkomen dat reddeloos verloren ondernemingen hun schulden nog verder kunnen laten oplopen op kosten van de schuldeisers en de belastingbetaler. Een belangrijke rol lijkt hier weggelegd voor minnelijke akkoorden en gerechtelijke reorganisaties (zie hierover ook *infra*, randnr. 76).

C. De cijfers: stilte voor de storm

49. Bovenstaande vaststellingen op het terrein worden bevestigd door het (beperkte) beschikbare cijfermateriaal. Onderzoeksbureau Graydon maakte eind 2020 bekend dat in

september 2020 797 ondernemingen failliet gingen, wat een daling betekende van 33,4% in vergelijking met dezelfde maand het jaar ervoor.⁷³ Dit was de 8ste maand op rij waarin er sprake was van een daling. Deze trend zette zich ook later verder door. In 2020 werden uiteindelijk in totaal 7.203 ondernemingen failliet verklaard, wat een daling van 32% betekent ten opzichte van 2019 toen er 10.598 faillissementen werden geregistreerd.⁷⁴ Het jaar 2020 is daarmee het eerste jaar met het laagste aantal faillissementen sinds 2005 ...

Cijfers wat betreft het aantal gerechtelijke reorganisatieprocedures zijn voor 2020 nog niet bekend, al vallen op dat vlak vanop het terrein geen geluiden te horen dat er sprake zou zijn van een aanzienlijke toename en kan worden verwacht dat de cijfers naar analogie met de faillissementscijfers eerder een dalende trend zullen vertonen.

50. Het aangehaalde cijfermateriaal zou gebruikt kunnen worden om de effectiviteit aan te tonen van het Belgische beleid om “ongewenste” faillissementen als gevolg van de corona-epidemie en de in die context genomen sanitaire maatregelen te vermijden.⁷⁵ De omvang van de cijfers – een daling van 30% ten opzichte van een cijfer dat de laatste 10 jaar al min of meer stabiel is – is evenwel van die aard dat de conclusie zich eerder opdringt dat er misschien wel sprake is van een zekere “overshooting” met de huidige maatregelen.

51. Een correctie van de faillissementscijfers vanaf het ogenblik dat het *de facto* moratorium wordt opgeheven, lijkt onvermijdelijk.⁷⁶ De omvang daarvan zou in absolute aantallen wel eens zeer groot kunnen zijn en veel meer druk op de ondernemingsrechtbanken kunnen leggen dan de druk die men destijds met de invoering van KB nr. 15 precies heeft willen vermijden (*cf. supra*, randnr. 5). Vraag is zelfs of een dergelijke evolutie de verhoopte snelle heropleving van de economie na het “lossen” van de maatregelen niet negatief zal beïnvloeden of zelfs bedreigen.

Bij wijze van exit- en overgangsstrategie uit de periode van overheidsmaatregelen is het aangewezen ondernemingen die de voorbije maanden achterstallen hebben opgebouwd nu reeds aan te moedigen om zich in een reorganisatieprocedure aan te melden of om minnelijke akkoorden te sluiten, zodat zij bij een heropleving van de economie meteen op een ordelijke manier en onder toezicht van de rechtbank of hun schuldeisers kunnen starten met het wegwerken van de achterstallen. De claim dat reorganisatieprocedures bij voorkeur

^{72.} Zie voor een overzicht van de maatregelen www.febelfin.be/nl/press-room/ook-2021-kunnen-gezinnen-en-bedrijven-bij-banken-terecht-voor-betalingsuitstel (laatste raadpleging op 25 januari 2021).

^{73.} S. VAN LEEUWEN, “Faillissementen voor achtste maand op rij gedaald”, 1 oktober 2020, beschikbaar op www.graydon.be/pers/faillissementen-voor-achtste-maand-op-rij-gedaald (laatste raadpleging op 25 januari 2021).

^{74.} Zie www.statbel.fgov.be/nl/themas/ondernemingen/faillissementen/maandelijkse-faillissementen (laatste raadpleging op 25 januari 2021). De dalende trend zet zich in de eerste weken van 2021 alvast verder door www.statbel.fgov.be/nl/themas/ondernemingen/faillissementen/wekelijkse-faillissementen (laatste raadpleging op 25 januari 2021).

^{75.} Zie voor interessant cijfermateriaal wat betreft de impact van de corona-epidemie op de financiële gezondheid van de Belgische ondernemingen, E. VAN DEN BROELE, “De ondernemingsrechtbank als economisch ziekenhuis”, *In Foro* 2020, afl. 69, 11 *et seq.*

^{76.} Merk op dat deze tendens ook internationaal blijkt te bestaan; zie S. MADAUS en F.J. ARIAS, “Emergency COVID-19 Legislation in the Area of Insolvency and Restructuring Law”, *ECFR* 2020, 350.

zo vroeg mogelijk in het proces van afglijden naar insolventie worden opgestart, geldt ook nu onverminderd verder. Het

beleidsinitiatief van eind januari 2021 (*cf. infra*, randnrs. 56 *et seq.*) is alvast een eerste stap in die richting.

5. ANDERE INITIATIEVEN VAN DE WETGEVER OP HET VLAK VAN HET INSOLVENTIERECHT

52. Sinds de start van de corona-epidemie werden, naast de reeds besproken moratoria, nog verschillende andere wetgevende initiatieven op het vlak van het insolventierecht in de steigers gezet. Geen van deze initiatieven werd tot dusver afgerond en hun verdere ontwikkeling is voorlopig nog niet ten volle duidelijk. De voorstellen geven echter wel een duidelijke inkijk in hoe onze beleidsmakers het insolventierecht de komende maanden willen laten evolueren.

A. Wetsvoorstel gerechtelijke reorganisatie “light” (originele versie)

53. Een eerste initiatief gaat reeds terug tot 10 juni 2020. Toen dienden een aantal MR-kamerleden een wetsvoorstel in om de gerechtelijke reorganisatieprocedure aan te passen aan de behoeften van de economische crisis.⁷⁷ Het initiatief ligt in dat opzicht enigszins in de lijn van wat eerder werd betoogd op het vlak van de nood aan een exitstrategie uit het “megamatorium” (*cf. supra*, randnr. 51). Onmiddellijk voorafgaand aan de finalisering van deze bijdrage werden (vanuit de meerderheid) een aantal belangrijke amendementen ingediend op dit wetsvoorstel.⁷⁸ Deze komen verderop aan bod (*cf. infra*, randnrs. 56 *et seq.*).

54. Het voorstel wil de volgende wijzigingen aanbrengen aan de regelen inzake gerechtelijke reorganisatie en de bepalingen inzake voorlopige maatregelen en de opsporing van ondernemingen in moeilijkheden uit Boek XX WER:

- verslagen van de gedelegeerd rechter (of de rechter-commissaris) mogen ook in schriftelijke vorm worden opgesteld (voorgesteld art. XX.11/1 WER);
- de termijn om verslag uit te brengen voor de kamers voor ondernemingen in moeilijkheden wordt uitgebreid van 4 tot 8 maanden (voorgesteld art. XX.28 WER);
- de mogelijkheid om een gerechtsmandataris aan te stellen voorafgaand aan een reorganisatieprocedure wordt aanzienlijk uitgebreid, in het bijzonder is niet langer het bewijs van een kennelijk grove fout vereist

(voorgesteld art. XX.30 WER);

- introductie van een geheel nieuwe – en hoogst opmerkelijke – “time-out-periode” voor ondernemingen (voorgesteld art. XX.35/1 WER). Ondernemingen krijgen hierbij de mogelijkheid om aan de voorzitter van de ondernemingsrechtbank voorwaarden of termijnen te vragen aangepast aan hun individuele noden (*i.e.* een tijdelijke opschorting), waarbij aan de voorzitter een zeer ruime bevoegdheid wordt toegekend;
- versoepeling van de vereiste om diverse bijlagen bij een verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie te voegen; de onderneming krijgt de mogelijkheid om uit te leggen waarom bepaalde stukken ontbreken (voorgesteld art. XX.41, § 2/1 WER);
- schrapping van de vereiste dat de schuldenaar de voorbije 3 jaar nog geen reorganisatie mag hebben bekomen (voorgesteld XX.45, § 5 WER);
- introductie van de mogelijkheid om samen met de homologatie van een minnelijk akkoord om de toekenning van een betalingstermijn te vragen overeenkomstig artikel 1244 BW met betrekking tot andere schulden (voorgesteld art. XX.65, § 3/1 WER);
- vereenvoudiging van de procedure tot goedkeuring en homologatie van een reorganisatieplan door mogelijk te maken dat deze in belangrijke mate elektronisch kan verlopen (voorgestelde art. XX.77 en XX.78 WER). Voor het eerst is, zonder verdere duiding, ook sprake van een stemming over het plan “per categorie van schuldeisers”; vermoedelijk een verwijzing naar de herstructureringsrichtlijn (*cf. infra*, randnr. 68).⁷⁹

55. We onthouden uit dit voorstel in het bijzonder drie elementen. Vooreerst de wil om de reorganisatieprocedure, meer dan nu al het geval is, zoveel als mogelijk elektronisch te laten verlopen. Een evolutie in die zin kan alleen maar worden toegejuicht. Het verdient aanbeveling het elektronische register daarbij een centrale rol te laten spelen. Het (opnieuw) wat meer laagdrempelig maken van de reorganisatieprocedure⁸⁰ is een tweede element. De argumenten

⁷⁷. Wetsvoorstel van 10 juni 2020 tot wijziging van Boek XX van het Wetboek van economisch recht (ingediend door de heren Piedboeuf, Friart en Pivin), *Parl.St.* Kamer 2019-20, Doc. 55-1337/001.

⁷⁸. Amendementen van de parlementsleden Verhelst, Lacroix, Piedboeuf, Vicaire, Dierick, Depraetere, Van Hees en Vanbesien van 29 januari 2021, *Parl.St.* Kamer 2020-21, Doc. 55-1337/004.

⁷⁹. Richtlijn nr. 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van richtlijn (EU) nr. 2017/1132 (*Pb. L.* 26 juni 2019, afl. 172, p. 18; hierna geciteerd als “herstructureringsrichtlijn”).

⁸⁰. Nadat de toegangsvoorwaarden bij een “reparatie” van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen (WCO) in 2013 net werden verstrengd in een poging om oneigenlijk gebruik van de procedure tegen te gaan; zie wet van 27 mei 2013 tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen (*BS* 22 juli 2013); zie daaromtrent bv. A. VAN HOE, “Continuïteit voor de wet continuïteit ondernemingen”, *RW* 2014, 1202-1229.

daartoe zijn evenwel minder overtuigend. Zonder *up-to-date* boekhoudkundige stukken, kan er niet zinnig over eender welke reorganisatieoefening worden gesproken. Andere initiatieven om de aanvraag van een reorganisatieprocedure zo laagdrempelig mogelijk te maken zijn in de huidige *setting* nochtans wel welkom.

Het derde punt is de invoering van een *time-out*-regeling, een soort “*light*” reorganisatieprocedure. De indieners van het voorstel hebben zich hierbij duidelijk laten inspireren door het moratorium uit KB nr. 15 waaraan men als het ware een verlengstuk wilde breien. Nu evenwel blijkt dat er zich sinds 18 maart 2020 een *de facto* moratorium heeft ontplooid, is een dergelijk initiatief m.i. niet langer aan de orde. Het lijkt bovendien niet aangewezen naast de bestaande mogelijkheden om een opschorting te bekomen binnen Boek XX WER nog bijkomende sporen te creëren.

56. Het lot van dit voorstel was lange tijd onduidelijk. De Raad van State heeft advies uitgebracht en het voorstel is sinds november 2020 in bespreking in de Commissie voor economie, consumentenbescherming en digitale agenda.⁸¹ Terecht merkt de Raad van State op dat moet worden gewaakt over de coherentie van de voorgestelde wijzigingen en de wijzigingen die aan Boek XX WER moeten worden aangebracht ter omzetting van de herstructureringsrichtlijn (*cf. infra*, randnr. 68), en beide initiatieven bijgevolg beter kunnen worden gecombineerd.⁸²

Ondertussen heeft de regering er – enigszins opmerkelijk – voor gekozen om de initiatieven op het vlak van het insolventierecht die zij ruim heeft aangekondigd bij de afloop van het tweede coronamoratorium op 31 januari 2021⁸³ niet via een wetsontwerp vorm te geven, maar wel via amendementen op het hier besproken wetsvoorstel van 10 juni 2020 die werden ingediend door diverse parlementsleden van de meerderheidspartijen.⁸⁴ De wijzigingen die door de voorgestelde amendementen worden vooropgesteld zijn vrij ingrijpend, zodat we deze hierna in een afzonderlijke titel behandelen.

B. Wetsvoorstel gerechtelijke reorganisatie versie 2021⁸⁵

57. De keuze om via ingrijpende amendementen te werken in plaats van via een nieuw wetsontwerp beantwoordt ongetwijfeld aan één of andere politieke of strategische overwe-

ging, maar verhoogt uiteraard de leesbaarheid van het nieuwste initiatief niet. Aangezien de amendementen door diverse leden van de meerderheidspartijen samen worden ingediend en het initiatief volgt op een brede publieke communicatie vanwege de regering, lijken we een snelle goedkeuring van het geamendeerde voorstel te mogen verwachten.

58. De volgende punten uit het oorspronkelijke wetsvoorstel blijven, zij het in (licht) gewijzigde vorm, overeind:

- verslagen van de gedelegeerd rechter (of de rechter-commissaris) mogen ook in schriftelijke vorm worden opgesteld (voorgesteld art. XX.11/1 WER);
- de termijnen om verslag uit te brengen voor de kamers voor ondernemingen in moeilijkheden en om een onderzoek te voeren worden verlengd (voorgesteld art. XX.28 WER);
- de mogelijkheid om een gerechtsmandataris aan te stellen voorafgaand aan een reorganisatieprocedure wordt aanzienlijk uitgebreid, in het bijzonder is niet langer het bewijs van een kennelijk grove fout vereist (voorgesteld art. XX.30 WER). Voortaan zou de “onbestuurbaarheid” van de onderneming als voorwaarde gelden;
- de meest prominente wijziging die wordt behouden, betreft de versoepeling van de vereiste om diverse bijlagen bij een verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie te voegen. Ondernemingen krijgen de mogelijkheid om uit te leggen waarom bepaalde stukken ontbreken en de stukken zijn niet langer op straffe van onontvankelijkheid voorgeschreven (voorgesteld art. XX.41 WER);
- de voorgestelde schrapping van de vereiste dat de schuldenaar de voorbije drie jaar nog geen reorganisatie mag hebben bekomen (voorgesteld XX.45, § 5 WER);
- vereenvoudiging van de procedure tot goedkeuring en homologatie van een reorganisatieplan door mogelijk te maken dat deze in belangrijke mate elektronisch kan verlopen (voorgestelde art. XX.77 en XX.78 WER).

59. De volgende punten worden door de amendementen geschrapt uit het oorspronkelijke wetsvoorstel:

- de voorgestelde “*time-out*-periode” voor ondernemingen (voorgesteld art. XX.35/1 WER), nochtans één van de centrale punten uit het originele voorstel (*cf. supra*, randnrs. 54 en 55). Er wordt wel een andere

^{81.} Zie voor een actuele stand van zaken www.dekamer.be/kvvcr/showpage.cfm?section=/flwb&language=nl&cfm=/site/wwwcfm/flwb/flwbn.cfm?legislist=legisnr&dossierID=1337 (laatste raadpleging op 7 februari 2021).

^{82.} Adv.RvS nr. 67.623/2 van 8 juli 2020, *Parl.St.* Kamer 2019-20, Doc. 55-1337/002, p. 3.

^{83.} Zie bv. “Regering maakt komaf met faillissementenstop”, *De Tijd*, 29 januari 2021, beschikbaar op www.tijd.be/politiek-economie/belgie/federaal/regering-maakt-komaf-met-faillissementenstop/10280668.html (laatste raadpleging 7 februari 2021).

^{84.} Amendementen van de parlementsleden Verhelst, Lacroix, Piedboeuf, Vicaire, Dierick, Depraetere, Van Hees en Vanbesien van 29 januari 2021, *Parl.St.* Kamer 2020-21, Doc. 55-1337/004.

^{85.} Ook voor het opschrift van het oorspronkelijke wetsvoorstel is er een amendement. Dit zou als volgt komen te luiden: “*Wetsvoorstel tot wijziging van Boek XX van het Wetboek van economisch recht en het Wetboek van Inkomstenbelastingen 1992*”, Amendement nr. 2 mevr. Verhelst en consorts, *Parl.St.* Kamer 2020-21, Doc. 55-1337/004, p. 2.

nieuwe procedure ingevoerd (*cf. infra*, randnr. 60), maar beiden zijn eigenlijk niet aan elkaar verwant;

- de voorgestelde introductie van de mogelijkheid om samen met de homologatie van een minnelijk akkoord om de toekenning van een betalingstermijn te vragen overeenkomstig artikel 1244 BW met betrekking tot andere schulden (voorgesteld art. XX.65, § 3/1 WER).

60. De volgende nieuwe zaken worden door de amendementen aan het oorspronkelijke voorstel toegevoegd:

- er wordt voorgesteld naast de bestaande insolventieprocedures een nieuwe procedure in te voegen onder de noemer “voorbereidend akkoord” (voorgestelde art. XX.39/1 en XX.46, § 5 en § 6 WER). De procedure laat zich in het bijzonder kenmerken door een besloten karakter (geen publiciteit bij aanvang), de afwezigheid van een opschorting en de verplichte tussenkomst van een gerechtsmandataris. De uiteindelijke uitkomst is een minnelijk akkoord of een collectief akkoord in de klassieke zin die evenwel via een *fast-track*-procedure door de rechtbank moet worden gehomologeerd (*cf. infra*, randnr. 61);
- de fiscale behandeling van vorderingen die het voorwerp uitmaken van een akkoord of reorganisatieplan zou worden gelijkgetrokken ongeacht het toepasselijke reorganisatieschema: “*De waardeverminderingen en voorzieningen op schuldvorderingen op de medecontractanten waarvoor een reorganisatieplan is gehomologeerd of een minnelijk akkoord is vastgesteld in uitvoering van artikel XX.38, XX.65 of XX.79 [WER] worden vrijgesteld en dit gedurende de belastbare tijdperken tot de volledige tenuitvoerlegging van het plan of van het minnelijk akkoord of tot het sluiten van de procedure.*” (voorgesteld art. 48, tweede lid WIB 1992).

61. Het voordeel van de nieuwe procedure inzake “voorbereidend akkoord” zou zijn dat in stilte, met de hulp van een gerechtsmandataris aan een akkoord of een reorganisatieplan kan worden gewerkt, dat vervolgens zeer snel, en dus zonder reputatieschade of een periode van grote onzekerheid, door de rechtbank kan worden gehomologeerd. De procedure vertoont kenmerken van de zogenaamde *pre-pack*, het stil faillissement zoals het ooit was voorzien in het ontwerp van Boek XX WER.⁸⁶ De (openlijke) finaliteit van de nieuwe procedure is nochtans anders, er wordt immers met

geen woord gerept over de overdracht van de activiteiten van de onderneming. Nochtans lijkt de procedure *de facto* wel daartoe te kunnen worden gebruikt. Ook in het kader van een klassiek minnelijk of collectief akkoord (waarin de nieuwe procedure uiteindelijk moet uitmonden) kan immers worden overgegaan tot de “overdracht van het geheel of een gedeelte van de activa of van de activiteiten” van de onderneming (art. XX.75 WER).

Er is in de context van deze bijdrage geen tijd en ruimte voor een volledige inhoudelijke bespreking van de nieuwe procedure. Het lijkt niettemin een aanwinst voor de bestaande reorganisatiemogelijkheden te kunnen zijn, in het bijzonder voor grote en middelgrote ondernemingen. Indien het effectief de bedoeling is hiermee tegemoet te komen aan de vraag vanuit de insolventiepraktijk tot invoering van een échte *pre-pack*-procedure, wat dit gedeeltelijk is, dan had dit evenwel beter tot uitdrukking moeten worden gebracht. Anders dan de amendementen lijken te insinueren⁸⁷, heeft het nieuwe “voorbereidend akkoord” in ieder geval niets te maken met de aanvankelijk voorgestelde *time out*-regeling (*cf. supra*, randnr. 55). Beide procedures dienen een totaal andere finaliteit en doelgroep.

62. Er wordt een belangrijke slag om de arm gehouden door aan te geven dat de minister van Justitie de nieuwe maatregelen reeds tegen uiterlijk 15 juni 2021 een eerste maal moet evalueren met het oog op een eventuele aanpassing.⁸⁸ In dezelfde lijn ligt ook de voorgestelde bepaling die de nieuwe bepalingen opnieuw buiten werking stelt op 30 juni 2021, zij het met de mogelijkheid om de datum uit te stellen bij een in de ministerraad overlegd koninklijk besluit.⁸⁹

C. Wetsvoorstel Geens

63. In oktober 2020 werd een wetsvoorstel ingediend door Kamerlid Koen Geens dat eveneens een aantal punctuele wijzigingen wenst aan te brengen aan het insolventierecht.⁹⁰ Ook dit voorstel is op een aantal punten duidelijk ingegeven door de omstandigheden gecreëerd door de corona-epidemie, maar is op geheel andere aspecten gericht dan het onder punt A. besproken wetsvoorstel. Het wetsvoorstel Geens wil in essentie twee zaken realiseren. Enerzijds wil het een oplossing bieden voor de onzekerheid die is ontstaan voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechte-

^{86.} Maar uiteindelijk door een samenloop van omstandigheden in de eindfase daaruit werd verwijderd. Sindsdien is de roep vanuit de praktijk om toch een dergelijke procedure in te voeren echter nooit gaan liggen. Het moeilijke verloop van heel wat (belangwekkende) toepassingsgevallen de voorbije maanden (Thomas Cook, Blokker, Wibra, Brantano, E5 mode, enz.) waarbij is gebleken dat zowel de GROGG-procedure, als de gewone faillissementsprocedure voor een aantal obstakels zorgen om tot een vlotte overdracht in *going concern* van bepaalde activiteiten te komen, zetten deze vraag verder kracht bij.

^{87.} Zie amendement nr. 6 van mevr. Verhelst en consorts, *Parl.St.* Kamer 2020-21, Doc. 55-1337/004, p. 6: “Dit amendement schrapt de oorspronkelijke bepaling die overbodig is geworden door de invoering van een nieuwe voorbereide procedure.”

^{88.} Amendement nr. 17 van mevr. Verhelst en consorts, *Parl.St.* Kamer 2020-21, Doc. 55-1337/004, p. 24.

^{89.} Amendement nr. 19 van mevr. Verhelst en consorts, *Parl.St.* Kamer 2020-21, Doc. 55-1337/004, p. 26.

^{90.} Wetsvoorstel van 21 oktober 2020 houdende diverse wijzigingen inzake insolventie van ondernemingen (ingediend door de heer Geens), *Parl.St.* Kamer 2020-21, Doc. 55-1591/001.

lijk gezag (GROGG) na het arrest *Plessers* van het Europees Hof van Justitie.⁹¹ Anderzijds wil het anticiperen op de verwachte toevloed aan faillissementen na de afbouw van de diverse coronasteunmaatregelen voor ondernemingen vanwege de overheid.

64. Wat het arrest *Plessers* betreft, wordt gekozen voor een grotendeels cosmetische ingreep. Er zou voortaan heel nadrukkelijk duidelijk worden gemaakt dat het doel van de GROGG-procedure is om, na de overdracht van activiteiten of activa, tot een vereffening van de nog resterende gedeelten van de onderneming te komen. Op die manier hoopt men de procedure onder het toepassingsgebied van de uitzonderingsregeling voor faillissementsprocedures te kunnen laten vallen zoals voorzien in de Europese richtlijn die in deze discussie centraal staat.⁹² In dezelfde lijn wordt ook voorgesteld om de naam van de procedure aan te passen naar “*Gerechtelijke reorganisatie door ordelijke vereffening van de onderneming door overdracht onder gerechtelijk gezag*”. Het behoud van een stuk van de onderneming in de schoot van de rechtspersoon-schuldenaar, zal dus niet langer mogelijk zijn (zie voorgesteld art. XX.84, § 1 WER).

Verder wordt ook meer aandacht besteed aan de keuze van de overnemer om bepaalde werknemers al dan niet over te nemen. Artikel XX.86, § 3, tweede lid WER zou als volgt komen te luiden: “*De verkrijger moet een motivering geven voor zijn eventuele keuze om niet alle werknemers over te nemen op basis van technische, economische en organisatorische redenen los van de overwogen overdracht en die keuze moet gebeuren zonder verboden differentiatie.*”

Of deze cosmetische ingrepen zullen volstaan om het Hof van Justitie tot andere inzichten te brengen, staat niet onomstotelijk vast. De huidige economische omstandigheden en de casuïstiek van de voorbije maanden maken echter wel duidelijk dat het van groot economisch belang is dat deze procedure wordt geoptimaliseerd en minstens met de nodige rechtszekerheid wordt omgeven.⁹³

65. Het tweede luik van het wetsvoorstel Geens betreft een ingreep ter bevordering van de gerechtelijke ontbinding, als alternatief voor het faillissement. Samengevat wil het voorstel de techniek van de gerechtelijke ontbinding (zonder ver-

effening)⁹⁴, als een volwaardig alternatief voor het faillissement positioneren. Daarbij is er enerzijds de mogelijkheid voor schuldeisers om hun schuldenaar rechtstreeks in deze procedure te dwingen, en wordt anderzijds – en veel belangrijker – aan de rechtbanken de mogelijkheid gegeven om faillissementsvorderingen of -aangiftes ambtshalve om te vormen tot gerechtelijke ontbindingsprocedures. Het wetsvoorstel wil op die manier twee vliegen in één klap slaan: er kan verder komaf worden gemaakt met het (vermeende) grote aantal “slapende” vennootschappen in ons land en de ondernemingsrechtbanken hebben met deze nieuwe mogelijkheid een extra wapen wanneer er later in 2021 en 2022 een zeer grote toevloed aan faillissementsdossiers zou komen. Als voordelen van de gerechtelijke ontbinding wordt in het bijzonder verwezen naar de lagere werklast voor de rechtbanken en parketten en de lagere kostprijs voor de Staat.

De enige inhoudelijke voorwaarden om een onderneming van een faillissements- naar een gerechtelijke ontbindingsprocedure af te leiden is dat de onderneming niet beschikt over activa en geen personeel tewerkstelt of heeft tewerkgesteld de laatste 18 maanden (voorgesteld art. XX.104, § 2 WER). Deze voorwaarden zorgen voor een belangrijke inperking van de toepassingsmogelijkheden van de nieuwe procedure en ondernemingen die te goeder trouw aan deze voorwaarden voldoen, kunnen inderdaad bij voorkeur zonder veel bijkomende kosten te maken, worden opgedoekt. De grote vraag is evenwel of met een dergelijke regeling geen verkeerde *incentives* worden opgewekt bij bestuurders van ondernemingen die geen redelijk kans op herstel meer hebben. De voorgestelde reglementering zet er hen immers onvermijdelijk toe aan voorafgaand aan hun faillissement of ontbinding alle resterende activa te gelde te maken en de opbrengst daarvan naar goeddunken en per definitie selectief te besteden. Anders dan bij een faillissementsprocedure is er bij een gerechtelijke ontbinding niemand die deze verrichtingen op een later tijdstip nog in vraag zal stellen, laat staan dat een diepgaander onderzoek zou gebeuren naar eventuele fouten die de onderneming tot de insolventie hebben gebracht. In ieder geval kan niet van de rechtbanken worden verwacht dat ze deze zaken ambtshalve gaan onderzoeken. De diverse aansprakelijkheidsgronden voor bestuurders die

^{91.} HvJ 16 mei 2019, ECLI:EU:C:2019:424; zie daaromtrent o.m. F. DE LEO, “De reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de nasleep van *Plessers*”, *TIBR* 2021, RS-12; F. DE LEO, “Tripping the Light Fantastic: is het keuzerecht van de verkrijger om werknemers over te nemen bij een overdracht onder gerechtelijk gezag richtlijnconform?”, *Limb.Rechtsl.* 2019, 104-117; S. JACMAIN en I. VEROUGSTRAETE, “Premières réflexions critiques et pratiques suite à l’arrêt *Plessers*”, *TBH-RDC* 2019, 544-552; J. WILDEMEERSCH en R. AYDOGDU, “L’arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l’Union européenne: une condamnation ‘avec sursis’ de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice”, *JLMB* 2019, 1267-1279; C. WATHION, “Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?”, *TRV-RPS* 2020, 594-600.

^{92.} Richtlijn nr. 2001/23 van het Europees Parlement en de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (*Pb. L.* 22 maart 2001, afl. 82, 16).

^{93.} Zie o.m. Orb. Brussel (Fr.) 22 mei 2019; Orb. Luik 26 september 2019; Orb. Brussel (Nl.) 23 oktober 2019; Orb. Waals-Brabant 31 januari 2020 en Orb. Antwerpen (afd. Hasselt) 6 en 29 juli 2020, *TIBR* 2021, RS-5 *et seq.*; Orb. Gent (afd. Dendermonde) 8 oktober 2020, *TIBR* 2021, RS-17.

^{94.} Zoals ingevoegd door de wet van 17 mei 2017 tot wijziging van diverse wetten met het oog op de aanvulling van de gerechtelijke ontbindingsprocedure van vennootschappen (*BS* 12 juni 2017).

de voorbije jaren werden ingevoerd of aangescherpt dreigen op die manier geheel dode letter te worden.⁹⁵

66. Voorlopig is het lot van dit wetsvoorstel onduidelijk.⁹⁶ De inhoud van het wetsvoorstel werd aanvankelijk groten-deels overgenomen in het *voorontwerp* van wet dat uiteindelijk tot de wet van 20 december 2020 heeft geleid.⁹⁷ Daaruit lijkt te mogen worden afgeleid dat er binnen de meerderheidspartijen een zekere steun is voor deze voorstellen. In het uiteindelijke wetsontwerp dat tot de wet van 20 december 2020 heeft geleid zoals het werd ingediend in de Kamer, werden deze bepalingen echter achterwege gelaten. Tegelijkertijd werd een advies gevraagd aan de Raad van State over het oorspronkelijke wetsvoorstel Geens⁹⁸, zodat mag worden aangenomen dat de behandeling daarvan in de Kamer verder zal worden gezet.

D. Omzetting herstructureringsrichtlijn

67. Reeds lange tijd is duidelijk dat wijzigingen zullen moeten worden aangebracht aan de tekst van Boek XX WER ter omzetting van de Europese herstructureringsrichtlijn.⁹⁹ Deze richtlijn harmoniseert voor het eerste in de geschiedenis van de Unie een aantal aspecten van het gemeen, materieel insolventierecht. De klemtoon ligt daarbij op reorganisatieprocedures en de *second chance* voor ondernemers na een faillissement.

Het lijkt erop dat de Europese Commissie, nu de harmonisatie van het vennootschapsrecht na vele jaren uiteindelijk op niets is uitgedraaid, de blik thans heeft gericht op de harmonisatie van het insolventierecht; een oefening die inderdaad meer steek lijkt te houden dan de harmonisatie van het

(besloten) vennootschapsrecht. De komende jaren vallen vermoedelijk dan ook nog meer Europese initiatieven op dat vlak te verwachten.

68. De herstructureringsrichtlijn dringt uiteindelijk zeer weinig zaken aan de lidstaten op: het principe van minimum-harmonisatie is de regel doorheen de richtlijn. Het Belgisch insolventierecht blijkt bovendien reeds aan de meeste van de vooropgestelde minimumstandaarden te voldoen. Het voor-nemen van de wetgever om de herstructureringsrichtlijn op een minimalistische wijze om te zetten, kan vanuit dat perspectief worden bijgetreden. Het kan echter geen kwaad daarbij toch even na te gaan of bepaalde, niet-dwingende elementen uit de richtlijn nuttig kunnen worden meegenomen bij de aanpassing van Boek XX WER, in het bijzonder in het licht van de gewijzigde economische omstandigheden naar aanleiding van de corona-epidemie.

69. De meest ingrijpende wijzigingen vallen te verwachten op het vlak van de stemming over reorganisatieplannen, die overeenkomstig de richtlijn veel nadrukkelijker in categorieën moet gebeuren. Ook hier weer laat de richtlijn evenwel ruimte om van deze regels af te wijken, in dit geval voor schuldenaren die als KMO kwalificeren of met andere woorden het leeuwendeel van de Belgische ondernemingen (art. 9, 4., derde lid herstructureringsrichtlijn), zodat ook op dat vlak geen aardverschuivingen te verwachten zijn.

70. Een voorstel tot omzetting van de richtlijn is er vooralsnog niet. De tijd daarvoor begint nochtans te dringen. De omzetting moet in principe rond zijn tegen 17 juli 2021 (art. 34 herstructureringsrichtlijn).

6. ONDERTUSSEN IN DE REST VAN EUROPA

A. Overzicht

71. Is er ondertussen een eerste Europese initiatief tot harmonisatie van het materieel insolventierecht (*cf. supra*), van een Europees crisisbeleid op het vlak van het insolventie-

recht is vooralsnog allerm minst sprake.¹⁰⁰ Alle lidstaten nemen bijgevolg los van elkaar maatregelen om ondernemingen tijdelijk te ondersteunen tijdens de corona-epidemie. Daarin zijn niettemin wel een aantal tendensen waar te nemen.¹⁰¹

^{95.} Denk hierbij aan de aansprakelijkheid van oprichters wegens kennelijk ontoereikend aanvangsvermogen (art. 5:16, 2° WVV) of de aansprakelijkheid wegens *wrongful trading* (art. XX.227 WER) of kennelijk grove fout (art. XX.225 WER).

^{96.} Zie voor een actuele stand van zaken www.dekamer.be/kvvcr/showpage.cfm?section=/flwb&language=nl&cfm=/site/wwwcfm/flwb/flwbn.cfm?legislist=legisnr&dossierID=1591 (laatste raadpleging op 25 januari 2021).

^{97.} Zij het met een – vreemde – beperking van de geldigheidsduur van de maatregelen tot 31 maart 2021; *Parl.St.* Kamer 2020-21, Doc. 55-1668/001, p. 59 *et seq.*

^{98.} Dat ondertussen ook werd afgeleverd; zie AdvRvS nr. 68.479/2 van 14 januari 2021, *Parl.St.* Kamer 2020-21, Doc. 55-1591/002.

^{99.} Zie daaromtrent vanuit een Belgisch perspectief o.m. Y. BRULARD, “La nouvelle directive sur les restructurations: nouveaux défis pour les professionnels du chiffre et du droit. Nouvelles opportunités”, *RGFCP* 2020, afl. 6, 16-34; F. DE LEO, “Herstructureringsprocedures in België, Nederland en de richtlijn”, *TvI* 2020, 275-288; M. VANMEENEN, “When the wind of change blows: Europa zet in op harmonisering van herstructureren en tweede kansbeleid”, *TBH* 2019, 466-476.

^{100.} Dat mag niet verwonderen, zelfs op de meest essentiële punten van het EU-beleid (zoals het vrij verkeer) lijkt het bijzonder moeilijk om een Europees crisisbeleid te voeren.

^{101.} Zie voor interessante overzichten o.m. A. GURREA-MARTÍNEZ, “Insolvency Law in Times of COVID-19”, *Ibero-American Institute for Law and Finance*, Working Paper 2/2020, juni 9, 2020, beschikbaar op www.ssn.com/abstract=3562685; S. MADAUS en F.J. ARIAS, “Emergency COVID-19 Legislation in the Area of Insolvency and Restructuring Law”, *ECFR* 2020, 318-352.

72. In nagenoeg alle landen werden vrij snel na de uitbraak van de epidemie maatregelen genomen om ondernemers tijdelijk vrij te stellen van de verplichting om aangifte te doen van hun faillissement.¹⁰² Hiermee wou men in het bijzonder de onzekerheid voor ondernemers in het licht van eventuele aansprakelijkheidsrisico's wegnemen. Grote verschillen vallen evenwel op te tekenen op het vlak van de periode waarin deze maatregel geldt. Sommige landen werken met één of meerdere kortere periodes, zoals in België. Andere landen, zoals Duitsland, hebben deze maatregel meteen¹⁰³ afgekondigd tot 31 maart 2021.

Verder blijken er in heel wat landen ook meer algemene moratoria te zijn afgekondigd.¹⁰⁴ Anders dan wat in België met de coronamatoria het geval is, worden deze moratoria vaak evenwel niet automatisch toegekend en moet daartoe eerst een aanvraag worden gedaan.¹⁰⁵ Bovendien zijn deze moratoria soms ook beperkt tot faillietverklaringen, en hebben zij geen betrekking op gedwongen tenuitvoerleggingen.¹⁰⁶

Een bijzondere bescherming voor nieuwe kredieten en beperkingen op de mogelijkheid om lopende overeenkomsten te beëindigen, zijn verder evenzeer maatregelen die in heel wat jurisdicties terug te vinden zijn.

73. Een ander punt waar in verschillende landen op werd ingegrepen, zijn de alarmbelprocedures. In België is dit niet gebeurd, hoewel dit nuttig had geweest. We nemen evenwel aan dat rechtbanken in de toekomst terughoudend zullen zijn bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van bestuurders wegens de niet-naleving van de alarmbelprocedure tijdens de corona-epidemie, onder meer in het licht van de onmogelijkheid om een algemene vergadering samen te roepen en – specifiek voor de BV – de moeilijkheid om betrouwbare prognoses te maken wat betreft de liquiditeitspositie van de vennootschap (cf. *supra*, randnr. 29).

Een andere tijdelijke maatregel die in verschillende landen werd genomen¹⁰⁷, maar niet in België, betreft de schorsing

van de verdachte periode, in het belang van de schuldeisers. In het licht van het megamotorium dat zich momenteel in België in de praktijk ontplooit zou dit nochtans een nuttige maatregel kunnen zijn.

Verder valt op dat een moratorium dat niet alleen betrekking heeft op faillietverklaringen maar ook op iedere vorm van gedwongen tenuitvoerlegging voor alle mogelijke schuldeisers (zowel met als zonder zakelijke zekerheden) zoals we dat naar Belgisch recht hebben gezien, eerder uitzonderlijk is.

B. Nederland

74. Nederland vormt een uitzondering op de lijst van landen die snel na de start van de corona-epidemie zekere maatregelen hebben genomen om ondernemingen tijdelijk vrij te stellen van de verplichting om aangifte te doen van hun faillissement. Eerst in september 2020 werd in Nederland een eerste corona-initiatief genomen op het vlak van het insolventierecht.¹⁰⁸ De regeling, die op 17 december 2020 in werking is getreden, lijkt evenwel in niets op de Belgische benadering.

75. De Nederlandse regeling wordt niet automatisch toegekend en moet uitdrukkelijk door de onderneming worden gevraagd. Bovendien kan een onderneming deze aanvraag slechts tot de rechtbank richten wanneer deze effectief met een dagvaarding in faillissement of een beslag wordt geconfronteerd. Het komt vervolgens aan de rechter toe om te onderzoeken of de liquiditeitsproblemen die de onderneming ondervindt pas na de start van de corona-epidemie zijn begonnen en door de epidemie en de overheidsmaatregelen in dat verband worden veroorzaakt. Enkel in dat geval kan op de regeling een beroep worden gedaan, wat inhoudt dat een beslag kan worden opgeheven en een ingestelde vordering in faillissement voor een periode van maximaal 6 maanden kan worden opgeschort.

Vergeleken met deze regeling lijken de Belgische coronamatoria wel heel erg schuldenaarsvriendelijk.

¹⁰² Cf. *supra*, randnr. 13. Zie in die zin ook de duidelijke oproep bij S. MADAUS en B. WESSELS, "CERIL Executive Statement 2020-1 on COVID-19 and insolvency legislation", 20 maart 2020, beschikbaar op www.ceril.eu/news/ceril-statement-2020-1. De maatregel werd onder meer aangenomen in Duitsland, Frankrijk, Luxemburg en Spanje; zie voor een overzicht A. GURREA-MARTÍNEZ, "Insolvency Law in Times of COVID-19", *Ibero-American Institute for Law and Finance*, Working Paper 2/2020, juni 9, 2020, beschikbaar op www.ssrn.com/abstract=3562685, p. 8.

¹⁰³ Zie het voorwaardelijk.

¹⁰⁴ Dit is onder meer het geval in Spanje, Italië en Tsjechië.

¹⁰⁵ Dit is bv. het geval in Tsjechië, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland; zie daaromtrent bv. DLA Piper, "An international guide to changes in insolvency law in response to COVID-19", 1 december 2020, beschikbaar op www.dlapiper.com/en/us/insights/publications/2020/03/coronavirus-what-european-governments-are-doing-to-support-businesses/; S. MADAUS en F.J. ARIAS, "Emergency COVID-19 Legislation in the Area of Insolvency and Restructuring Law", *ECFR* 2020, 331.

¹⁰⁶ Zie voor een pleidooi *pro* een maatregel in deze laatste zin, S. MADAUS en F.J. ARIAS, "Emergency COVID-19 Legislation in the Area of Insolvency and Restructuring Law", *ECFR* 2020, 344.

¹⁰⁷ Onder meer in Duitsland en Tsjechië; zie voor een overzicht A. GURREA-MARTÍNEZ, "Insolvency Law in Times of COVID-19", *Ibero-American Institute for Law and Finance*, Working Paper 2/2020, juni 9, 2020, beschikbaar op www.ssrn.com/abstract=3562685, p. 14.

¹⁰⁸ Wijziging van enkele wetten op het terrein van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en het ministerie van Justitie en Veiligheid en de introductie van bepalingen ter invoering van de tijdelijke mogelijkheid voor de rechter om de behandeling van faillissementsverzoeken aan te houden en andere verhaalsacties te schorsen en een schuldenaar een tijdelijk betalingsuitstel te verlenen in verband met de uitbraak van COVID-19 (tijdelijke wet COVID-19 SZW en JenV), Kamerstukken II 2019-20, 35557). Zie hieromtrent bv. P. DE BRUIN, "Wonderlijke wetgeving: de beslagbepalingen in de tijdelijke wet COVID-19 SZW en JenV", *Beslag, Executie & Rechtsvordering in de praktijk* 2020, afl. 8, 14-17; J.C.A.T. FRIMA, "Betalingsuitstelwet: mosterd na de maaltijd, of mosterd zonder maaltijd?", *FIP*, 2020/357.

7. ENKELE BEDENKINGEN OMTRENT DE CRISISBESTENDIGHEID VAN HET INSOLVENTIERECHT

A. De gerechtelijke reorganisatie

76. De vanzelfsprekendheid waarmee in België werd aangenomen dat specifieke maatregelen op het vlak van het insolventierecht noodzakelijk waren, zowel bij de start van de eerste als de tweede corona-lockdown, is enigszins opmerkelijk. In heel wat landen werden weliswaar maatregelen genomen op het vlak van het insolventierecht, maar slechts in weinig gevallen waren deze maatregelen zo uitgebreid in hun werking en in de tijd (*cf.* “megamoratorium”) als in België.

De gerechtelijke reorganisatieprocedure uit Boek XX WER is er nochtans ook reeds op gericht ondernemingen die tijdelijk hun continuïteit bedreigd zien, bescherming te bieden, zodat zij zonder acties van schuldeisers te vrezen, aan een oplossing kunnen werken. De reorganisatieprocedure is daarbij allerm minst voorbehouden voor situaties waarbij de continuïteitsbedreiging door ondernemingsinterne factoren wordt veroorzaakt (ook al is dat veelal het geval). Integendeel, de kans op succes van de reorganisatie lijkt zelfs groter wanneer de continuïteit wordt bedreigd door externe factoren, zoals *i.c.* de corona-epidemie en de beperkende overheidsmaatregelen in het kielzog daarvan.

77. Een terechte bedenking daarbij is dat de gewone reorganisatieprocedure geen impact heeft op schulden die ontstaan na de opening van de procedure en de coronamoratoria daarvoor wel een oplossing bieden. Door het *de facto* moratorium dat door de overheid is ingesteld (*cf. supra*, randnr. 43 *et seq.*), wordt dit probleem evenwel reeds in zeer verre gaande mate gereduceerd. Gerichte initiatieven met betrekking tot lopende huurovereenkomsten voor roerende en onroerende goederen, hadden de problematiek bovendien nog verder kunnen terugdringen, zodat uiteindelijk nage noeg nog uitsluitend die schulden overblijven die beantwoorden aan werkelijk aan de onderneming geleverde (nut tige) prestaties tijdens de opschorting. Voor deze laatste lijkt het niet meer dan logisch dat deze correct worden voldaan, al was het maar om een sneeuwbal effect te vermijden.

Ook wat de duur van de periode van opschorting betreft, biedt de gewone procedure voldoende flexibiliteit. De tijde lijk erg onzekere economisch omstandigheden kunnen wor den verdisconteerd in de duur van de toegekende opschor ting waarbij zelfs een verlenging tot 18 maanden verant woord kan zijn (*cf. supra*, randnr. 42).

78. Dat niet werd vertrouwd op de gerechtelijke reorgani satieprocedure lijkt vooral te zijn ingegeven vanuit kos-

tenoverwegingen. Enerzijds de kost voor de onderneming om de procedure aan te vragen, anderzijds de kost voor de overheid. Wat het eerste betreft, moet echter worden vastge steld dat de stukken die bij het verzoek moeten worden gevoegd (art. XX.41 WER) minder veeleisend of uitzonder lijk zijn dan wat weleens wordt beweerd. Een onderneming heeft deze stukken zelf ook nodig wil zij zinvol over haar toekomst kunnen nadenken en dat geldt *a fortiori* voor de rechtbank die de situatie van de onderneming moet beoorde len. De voorgestelde versoepeling wat betreft de bij te voe gen stukken (*cf. supra*, randnr. 58), kan dan ook slechts wor den ondersteund vanuit het perspectief om de termijn om een reorganisatieaanvraag voor te bereiden enigszins in te kor ten. Niettemin zullen ondernemingen ook na de wetswijzi ging vrij snel na hun verzoek tot gerechtelijke reorganisatie de ontbrekende stukken moeten aanleveren, willen zij enige kans op slagen hebben. Minstens even nuttig lijkt mij te zijn om verschillende organisaties en beroepsgroepen¹⁰⁹ tijdelijk in het licht van de coronacrisis en daartoe eventueel gestimu leerd door de overheid een bijkomende faciliterende rol te laten spelen wat betreft de vlotte toegang tot een reorganisa tieprocedure.

Wat de kosten voor de overheid betreft, wordt vooral verwe zen naar de vrees dat de ondernemingsrechtbanken zouden worden overspoeld door reorganisatieverzoeken. Bij de start van de corona-epidemie kon deze vrees terecht bestaan. Nie mand wist hoe ondernemingen zouden reageren. Bij het tweede moratorium is dat veel minder het geval. In de periode tussen de 2 moratoria was het immers duidelijk geworden dat er helemaal geen stormloop op reorganisatie procedures was, zelfs integendeel. Verder moet deze – al dan niet terechte – vrees ons doen nadenken over een verdere vereenvoudiging van de bestaande procedure vanuit het per spectief van de rechtbanken. Een nog meer doorgedreven digitalisering van de procedure en een betere beklemtoning van de openportaalbenadering zouden hierbij soelaas kun nen brengen. Daarnaast lijkt ook ons land niet te zullen kun nen ontsnappen aan de noodzaak die momenteel wereldwijd wordt vastgesteld: het tijdelijk versterken van de insolven tierechtbanken zal één van de noodzakelijke maatregelen zijn om de economische gevolgen van de corona-epidemie op een ordelijke manier achter ons te laten.¹¹⁰

79. Samengevat: onze gerechtelijke reorganisatieproce dure is voldoende crisisbestendig en had, rekening houdend met alle andere maatregelen die werden genomen, een alter natief kunnen zijn voor de tijdelijke moratoria die werden afgekondigd, zeker wat het tweede moratorium betreft. De

^{109.} Zoals de ondernemingsorganisaties, Dyzo, cijferberoepen, advocaten, enz.

^{110.} S. MADAUS en F.J. ARIAS, “Emergency COVID-19 Legislation in the Area of Insolvency and Restructuring Law”, *ECFR* 2020, 350; E.R. MORRISON en A.C. SAAVEDRA, “Bankruptcy’s Role in the COVID-19 Crisis”, in K. PISTOR (ed.), *Law in the Time of COVID-19*, Columbia Law School, 2020, 127. Zie in een Belgische context E. VAN DEN BROELE, “De ondernemingsrechtbank als economisch ziekenhuis”, *In Foro* 2020, afl. 69, 6.

procedure zal in ieder geval een belangrijke rol spelen in de uitweg uit de crisis en het verdient aanbeveling dat ondernemingen die tijdens de corona-epidemie aanzienlijke achterstallen hebben opgebouwd, maar wel over een – in normale omstandigheden – rendabel businessconcept beschikken (door de overheid) worden aangemoedigd om zich in een reorganisatieprocedure aan te melden. Ondertussen kan de procedure “intern” verder op punt worden gezet door een verdere digitalisering daarvan, een oplossing voor het probleem *Plessers* (cf. *supra*, randnr. 64) en misschien – naar analogie met de spraakmakende Nederlandse WHOA¹¹¹ – een opwaardering van het minnelijk akkoord; wat dit laatste betreft gaat het voorgestelde “voorbereidend akkoord” (cf. *supra*, randnr. 60) alvast in die richting.

B. Het faillissement

80. Wat de crisisbestendigheid van de faillissementsprocedure betreft, zijn er meer vragen dan bij de gerechtelijke reorganisatie. Fundamentele modernisering van de eigenlijke procedure zijn er, buiten de invoering van RegSol, sinds de faillissementswet van 1997 niet meer geweest, zodat een oefening in die zin zich vroeg of laat opdringt. Het ingrijpend wijzigen van de spelregels tijdens een crisis lijkt evenwel niet het beste idee. Hoe beter de gerechtelijke reorganisatieprocedure evenwel is uitgerust om via onder meer de

GROGG-procedure en een opgewaardeerd minnelijk akkoord – op kosten van de onderneming en haar aandeelhouders, niet van de schuldeisers en de belastingbetaler – ondernemingswaarde te redden, hoe minder de faillissementsprocedure daartoe moet worden opgezocht.

81. Prangende vraag is of de voorgestelde veralgemeende invoering van de gerechtelijke ontbinding als alternatief voor het faillissement en meer in het bijzonder de faillissementen die worden gesloten wegens ontoereikend actief (cf. *supra*, randnr. 65), een goed idee is. In ieder geval zou op deze manier een aanzienlijk aantal van de te verwachten faillissementen snel en relatief goedkoop kunnen worden afgehandeld. Het lijkt evenwel onvermijdelijk hiermee een totaal verkeerde *incentive* te creëren bij bestuurders, zodat deze optie uitsluitend bij wijze van crisismaatregel zou mogen worden overwogen. Insolvente vennootschappen die geen noemenswaardige activa meer hebben en wiens bestuurders te goeder trouw zijn, kunnen steeds gebruik maken van de vrijwillige vereffeningprocedure, als alternatief voor het faillissement. Aan insolvente vennootschappen wiens bestuurders *niet* te goeder trouw zijn, mag evenwel geen premie worden gegeven; integendeel, hun houding voorafgaand aan het faillissement moet worden onderzocht, al was het maar met het oog op de oplegging van een – veel te zelden gebruikt – beroepsverbod.

8. BESLUIT

82. Is het insolventierecht in crisis? Vooralsnog niet. De gerechtelijke reorganisatieprocedure werd naar aanleiding van de corona-epidemie niet op de proef gesteld. De wetgever gaf de voorkeur aan ruim opgevatte, algemene moratoria. Zowel op basis van de cijfers als op basis van een vergelijking met het buitenland, lijkt er evenwel sprake van een zekere *overshooting*, zeker wat het tweede moratorium betreft. Ondertussen wordt de vraag naar een exitstrategie, weg uit het megamoratorium dat door de overheid sinds de start van de epidemie in maart 2020 werd gecreëerd, steeds

prangender. Op dat punt lijkt wel een belangrijke rol te zijn weggelegd voor de gerechtelijke reorganisatieprocedure in zijn verschillende verschijningsvormen. Met ingrepen in de faillissementsprocedure om het hoofd te kunnen bieden aan de verwachte toevloed aan faillissementsdossiers moet hoogst omzichtig worden omgesprongen. Maatregelen die op een tijdelijk fenomeen zijn gericht, worden bij voorkeur ook in de tijd beperkt, in afwachting van een meer fundamentele modernisering van de faillissementsprocedure.

^{111.} Wet homologatie onderhands akkoord in faillissement (WHOA), zoals in werking getreden op 1 januari 2021. Zie hierover vanuit een Belgisch perspectief bv. F. DE LEO, “Herstructureringsprocedures in België, Nederland en de richtlijn”, *TvI* 2020, 275-288.