

6. INSOLVENTIE / INSOLVABILITÉ

Inge Van de Plas⁴

Wetgeving/Législation

Koninklijk besluit nr. 15 betreffende de tijdelijke opschorting ten voordele van ondernemingen van uitvoeringsmaatregelen en andere maatregelen gedurende de COVID-19-crisis

INSOLVENTIE

Faillissement – Faillietverklaring – Aangifte van faillissement – Opschorting – COVID-19

INSOLVABILITÉ

Faillite – Déclaration de faillite – Aveu de faillite – Suspension – COVID-19

Op 24 april 2020 is een koninklijk besluit gepubliceerd waarin een tijdelijke opschorting van uitvoering- en andere maatregelen wordt toegekend ten voordele van ondernemingen gedurende de coronacrisis.

Wat onmiddellijk in het oog springt is dat alle ondernemingen die vallen onder het toepassingsgebied van Boek XX WER, waarvan de continuïteit bedreigd is en die niet in staking van betaling waren op 18 maart 2020, zullen genieten van een tijdelijke opschorting vanaf de dag dat dit KB in werking is getreden en tot en met 17 mei 2020. De einddatum van deze maatregelen kan worden aangepast na verder overleg in de ministerraad.

Deze opschorting houdt in dat geen bewarend of uitvoerend beslag kan worden gelegd en geen enkel middel van tenuitvoerlegging kan worden aangewend of voortgezet op de goederen van de onderneming voor alle schulden van de onderneming. Dit is inclusief de schulden die zijn opgenomen in de reorganisatieplan in de procedure van gerechtelijke reorganisatie. Deze maatregel is echter niet van toepassing op onroerende goederen, zeeschepen en binnenschepen.

Daarnaast kan de onderneming niet failliet worden verklaard of in het geval van een rechtspersoon gerechtelijk worden ontbonden, tenzij op initiatief van het Openbaar Ministerie.

Indien een onderneming zich reeds in een procedure van gerechtelijke reorganisatie bevond, dan wordt de opschortingstermijn verlengd met een duur gelijk aan die van de opschorting bedoeld in het huidig besluit.

Ten slotte kunnen overeenkomsten gesloten vóór de inwerkingtreding van dit besluit niet eenzijdig of gerechtelijk worden ontbonden wegens een wanbetaling van een geldschuld opeisbaar onder de overeenkomst. Van deze maatregel zijn arbeidsovereenkomsten wel uitdrukkelijk uitgesloten.

⁴ Doctoraatsassistent Insolventierecht, UAntwerpen.

Belanghebbenden kunnen bij dagvaarding bij de voorzitter van de bevoegde ondernemingsrechtbank verzoeken te beslissen dat een onderneming niet valt onder het toepassingsgebied van Boek XX WER of om de opschorting geheel of gedeeltelijk op te heffen. Voor dit laatste zal de voorzitter van de bevoegde rechtbank onder meer rekening houden met de volgende factoren:

- 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, alsook met de belangen van de verzoeker (art. 1).

Bovendien is de verplichting van de schuldenaar om aangifte te doen van zijn faillissement tijdelijk opgeschort gedurende de termijn van opschorting bedoeld in artikel 1 van dit KB. Deze opschorting is van toepassing indien de vervulling van de faillissementsvoorwaarden het gevolg zijn van de coronacrisis. Echter, het blijft nog steeds mogelijk voor schuldenaren om zelf aangifte te doen van hun faillissement (art. 2).

Ten slotte wordt ook artikel XX.112 WER tijdelijk buiten werking gesteld voor nieuwe kredieten die tijdens de duur van de opschorting worden toegekend aan een onderneming. Artikel XX.112 WER zal ook tijdelijk niet van toepassing zijn op zekerheden of andere handeling verricht ten uitvoering van deze nieuwe kredieten. Bovendien zullen kredietverstrekkers niet aansprakelijk kunnen worden gesteld om de loutere reden dat 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).

Met deze zeer ingrijpende maatregelen hoopt de overheid de economische impact van de coronacrisis te beperken. In welke mate deze maatregelen hierin zullen slagen, zullen we moeten afwachten.

Rechtspraak/Jurisprudence

HR (Nederland) 17 april 2020 (prejudiciële vragen HvJ)

OVERDRACHT ONDERNEMING

Gevolgen voor de werknemers – Europese richtlijn nr. 2001/23/EG betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen – Faillissement – Overnamebod

TRANSFERT D'ENTREPRISE

Conséquences pour les travailleurs – Directive n° 2001/23/CE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des tra-

vailleurs en cas de transfert d'entreprises – Faillite – Offre d'acquisition

Op 17 april 2020 heeft de Hoge Raad in Nederland nieuwe prejudiciële vragen met betrekking tot de pre-pack voorgelegd aan het Europese Hof van Justitie. De onderliggende feiten waren zeer gelijkaardig aan de feiten in de *smalsteps*-zaak (Rb. Midden Nederland 24 februari 2016, nr. 3821875 / MC EXPL 15-951).

De onderneming Heiploeg komt in financiële moeilijkheden en start onderhandelingen met het oog op het bekomen van een pre-pack overname. Hierbij wordt voorafgaand aan het faillissement gezocht naar een geschikte overnemer en worden een beoogd curator en beoogde rechter-commissaris aangeduid. Het doel van deze procedure is het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Binnen deze procedure wordt een overnemer gevonden. Vervolgens wordt Heiploeg failliet verklaard en wordt de daaropvolgende dag de voorbereide overname gefinaliseerd. Hierbij wordt enkel een deel van de werknemers overgenomen. Dit is mogelijk op basis van artikel 7:666 NBW dat stelt dat de automatische overname van werknemers bij een overname (art. 7:663 NBW) niet geldt wanneer de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.

Hierop stelt FNV een vordering voor een verklaring voor recht dat artikel 5, 1. van de richtlijn nr. 2001/23/EG met betrekking tot overname van werknemers van toepassing is op deze overname en dat bijgevolg volgens een richtlijnconforme interpretatie van artikel 7:662 NBW de werknemers van Heiploeg zijn overgegaan naar de overnemer met behoud van hun arbeidsvoorwaarden. De vordering wordt afgewezen door de rechtbank en de vordering wordt opnieuw afgewezen door de Hoge Raad. De Hoge Raad is van oordeel dat een overname in het kader van een pre-pack wel onder de uitzondering van artikel 5, 1. richtlijn nr. 2001/23/EG valt en dus werknemers niet automatisch moeten worden overgenomen.

De Hoge Raad gaat in zijn analyse uitvoerig in op de verschillende elementen van het *smallsteps*-arrest. Meer bepaald, de drie voorwaarden op basis waarvan een overname onder de uitzondering van artikel 5, 1. van de richtlijn nr. 2001/23/EG valt: (i) de vervreemder is verwikkeld in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure, die (ii) is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en (iii) onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie. De Hoge Raad is van oordeel dat er geen twijfel bestaat dat de pre-pack een faillissement of gelijkaardige procedure is (i). Daarnaast, is de Hoge Raad van oordeel dat de pre-pack een procedure is die de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar beoogt (ii) en dat de aanstelling van een beoogd curator en rechter-commissaris

de positie van de curator en rechter-commissaris in de faillissementsprocedure niet uitholt. Echter, over deze laatste twee interpretaties kan twijfel bestaan naar aanleiding van het eerdere *smallsteps*-arrest en de Hoge Raad stelt hierover twee zeer gedetailleerde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

De prejudiciële vragen hebben voornamelijk betrekking op de interpretatie van de voorwaarden voor de toepassing van artikel 5, 1. richtlijn nr. 2001/23/EG dat de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie.

1. Moet artikel 5, 1. van richtlijn nr. 2001/23/EG zo worden uitgelegd dat aan de voorwaarde dat “de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder” is voldaan, indien

(i) het faillissement van de vervreemder onafwendbaar is en de vervreemder dus daadwerkelijk insolvent is;

(ii) naar Nederlands recht het doel van de faillissementsprocedure is het bewerkstelligen van een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers door middel van liquidatie van het vermogen van de schuldenaar; en

(iii) in een zogenoemde pre-pack voorafgaand aan de faillietverklaring de overgang van (een deel van) de onderneming wordt voorbereid en na de faillietverklaring wordt uitgevoerd waarbij

(iv) de door de rechtbank aangewezen beoogd curator zich voorafgaand aan de faillietverklaring moet laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers alsmede door maatschappelijke belangen zoals het belang van behoud van werkgelegenheid en de eveneens door de rechtbank aangewezen beoogd rechter-commissaris hierop moet toezien;

(v) het doel van de pre-pack is om in de daarop volgende faillissementsprocedure een wijze van liquidatie mogelijk te maken waarbij (een deel van) de tot het vermogen van de vervreemder behorende onderneming going concern wordt verkocht zodat de hoogst mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers wordt behaald; en

(vi) de inrichting van de procedure waarborgt dat dit doel daadwerkelijk leidend is?

2. Moet artikel 5, 1. van de richtlijn zo worden uitgelegd dat aan de voorwaarde dat “de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie” is voldaan, indien de overgang van (een deel van) de onderneming in een pre-pack voorafgaand aan de faillietverklaring wordt voorbereid en na de faillietverklaring wordt uitgevoerd en

(i) voorafgaand aan de faillietverklaring wordt geobserveerd door een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris, die zijn aangewezen door de rechtbank;

(ii) de beoogd curator zich naar Nederlands recht voorafgaand aan de faillietverklaring moet laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en door andere maatschappelijke belangen, zoals dat van het behoud van werkgelegenheid, en de beoogd rechter-commissaris hierop moet toezien;

(iii) de taken van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris niet verschillen van die van de curator en de rechter-commissaris in faillissement;

(iv) de overeenkomst op grond waarvan de onderneming overgaat en die tijdens een pre-pack is voorbereid, pas gesloten en uitgevoerd wordt nadat het faillissement is uitgesproken,

(v) de rechtbank bij het uitspreken van het faillissement ertoe kan overgaan een ander dan de beoogd curator of de beoogd rechter-commissaris te benoemen tot curator of rechter-commissaris; en

(vi) voor de curator en de rechter-commissaris dezelfde eisen van objectiviteit en onafhankelijkheid gelden die gelden voor een curator en rechter-commissaris in een faillissement waaraan geen pre-pack is voorafgegaan en zij, ongeacht de mate van hun betrokkenheid voorafgaand aan de faillietverklaring, op grond van hun wettelijke taak gehouden zijn te beoordelen of de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, en indien zij deze vraag ontkennend beantwoorden, te beslissen dat die overgang geen doorgang zal vinden terwijl zij steeds bevoegd zijn om op andere gronden, bijvoorbeeld omdat andere maatschappelijke belangen, zoals het belang van werkgelegenheid, zich daartegen verzetten, te beslissen dat de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming niet zal plaatsvinden?

Het valt af te wachten hoe het Hof van Justitie op deze vragen gaat reageren en of het tot nieuwe inzichten komt met betrekking tot de pre-pack procedure in Nederland.

Hof van Cassatie 12 maart 2020

INSOLVENTIE

Faillissement – Aangifte en verificatie schuldvorderingen – Utdeling aan schuldeisers

INSOLVABILITÉ

Faillite – Déclaration et vérification de créances – Répartition aux créanciers

In dit arrest lost het Hof van Cassatie een twistpunt op met betrekking tot een late of vergeten aangifte van

schuldvordering van een hypothecaire schuldeiser. De algemene regel is dat schuldeisers tijdig aangifte moeten doen van hun schuldvordering om in aanmerking te komen voor uitdeling (art. 62 Faill.W., thans art. XX.155 WER). Daarnaast geldt dat schuldeisers die in gebreke blijven om hun schuldvordering aan te geven of te bevestigen, niet in aanmerking komen voor de uitdelingen in het faillissement (art. 72 Faill.W., thans art. XX.165 WER).

Deze bepaling staat in contrast met artikel 1326 van het Gerechtelijk Wetboek op basis waarvan de verkoop door de curator van de onroerende goederen van de gefailleerde van rechtswege de overwijzing meebrengt van de prijs ten behoeve van de ingeschreven hypothecaire en bevoorrechte schuldeisers en de zuivering van de genomen inschrijvingen.

Door deze twee bepalingen rees de vraag of hypothecaire schuldeisers die laattijdige of geen aangifte hadden gedaan van hun schuldvordering in het faillissement, nog aanspraak konden maken op de toewijzing van artikel 1326 van het Gerechtelijk Wetboek. Hierop antwoordt het Hof van Cassatie nu bevestigend. Het Hof is van oordeel dat uit deze bepalingen volgt dat “hypothecaire en bevoorrechte schuldeisers niet kunnen uitgesloten worden van de verdeling of de rangregeling van de verkoopopbrengst van de bezwaarde onroerende goederen om reden dat zij geen tijdige aangifte hebben gedaan van hun schuldvordering”.

Met deze beslissing wordt dus een einde gemaakt aan deze discussie en kunnen we vaststellen dat voor een hypothecaire schuldeiser in deze context het concept “te laat” niet bestaat.

9. MEDEDINGINGSRECHT EN GEREĞULEERDE SECTOREN / DROIT DE LA CONCURRENCE ET SECTEURS RÉGULÉS

J. Léonard⁵ & E. Pieters⁶

Wetgeving/Législation

L'interdiction des abus de dépendance économique confirmée mais reportée par le législateur

CONCURRENCE

Droit belge de la concurrence – Abus de dépendance économique

⁵ Conseillère au Service public fédéral économie, direction générale de la réglementation économique, responsable du Service de la concurrence.

⁶ Chef de cabinet adjoint du ministre des PME.