

NATIONALE ARBEIDSRAAD

CENTRALE RAAD VOOR HET
BEDRIJFSLEVEN

ADVIES Nr. 2.308

CRB 2022-1870
CO 1000

Gemeenschappelijke Raadszitting van 19 juli 2022

Insolventiewetgeving - Voorontwerp van wet

x x x

3.325

ADVIES

Onderwerp: Insolventiewetgeving - Voorontwerp van wet

Bij e-mail van 11 maart 2022 heeft de beleidscel van de minister van Justitie, de heer V. Van Quickenborne, het advies van de Nationale Arbeidsraad en de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven gevraagd over een voorontwerp van wet.

Het betreft een voorontwerp van wet dat in hoofdzaak strekt tot omzetting van de richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees parlement en de Raad van 20 juni 2019 (“Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie”), met eveneens een aantal diverse bepalingen inzake insolvabiliteit.

De adviesaanvraag gericht aan de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven vraagt om ook advies te verlenen omtrent een aantal discussiepunten vermeld in twee bij de adviesaanvraag gevoegde positienota's.

Het advies wordt gevraagd tegen 30 maart 2022.

De bespreking van deze problematiek werd toevertrouwd aan de commissie Individuele Arbeidsverhoudingen.

De Raden hebben op 19 juli 2022 het volgende advies uitgebracht.

x x x

**ADVIES VAN DE NATIONALE ARBEIDSRAAD EN VAN DE
CENTRALE RAAD VOOR HET BEDRIJFSLEVEN**

I. ONDERWERP EN DRAAGWIJDTE VAN HET ADVIES

A. De adviesaanvraag

Bij e-mail van 11 maart 2022 heeft de beleidschef van de minister van Justitie, de heer V. Van Quickenborne, het advies van de Nationale Arbeidsraad en de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven gevraagd over een voorontwerp van wet.

Het hoofddoel van het voorontwerp van wet is de omzetting van de richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees parlement en de Raad van 20 juni 2019¹ (hierna: de richtlijn) in de Belgische insolventiewetgeving, zijnde Boek XX van het Wetboek van economisch recht (hierna: het WER).

Daarnaast past het voorontwerp van wet de insolventiewetgeving onder andere aan aan de eisen gesteld door het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest Plessers van 16 mei 2019 (zaak C-509-17), dat bepaalde wijzigingen oplegt aan de gerechtelijke reorganisatie door overdracht van ondernemingen.

¹ Richtlijn (EU) 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) 2017/1132.

Ook de bestaande faillissementswetgeving werd grondig gewijzigd door de procedure van vereffening te vereenvoudigen, de bevoegdheden van de curator uit te breiden en de procedure met betrekking tot de verbodsbepalingen te wijzigen.

Ten slotte worden door het voorontwerp van wet enkele vormelijke aanpassingen gedaan aan Boek XX.

De adviesaanvraag gericht aan de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven vraagt om ook advies te verlenen omtrent een aantal discussiepunten vermeld in twee bij de adviesaanvraag gevoegde positienota's.

Het advies van de Raden wordt gevraagd tegen 30 maart 2022.

In een brief aan de minister van 21 maart vroegen de Raden evenwel dat hen voldoende tijd zou worden gegeven om het omvattend voorontwerp van wet grondig te onderzoeken met het oog op het uitbrengen van een advies binnen een redelijke termijn die rekening houdt met de einddatum voor de omzetting van de richtlijn (17 juli 2022).

De Raden hebben voor deze werkzaamheden kunnen rekenen op de bereidwillige medewerking van vertegenwoordigers van de beleidscel en de FOD Justitie.

In het kader hiervan hebben de Raden vernomen dat de bepalingen van het voorontwerp van wet nog verder worden bediscuteerd tussen de diverse betrokken beleidscellen, ook in het licht van nieuwe rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, met name het arrest Heiploeg van 28 april 2022 (zaak C-237/20). In het bijzonder werd hen op 30 mei 2022 reeds een gewijzigd artikel XX.86, § 3 van het WER bezorgd (zie hierna).

B. Retroacta

De Raden wensen eraan te herinneren dat in het bijzonder in de Nationale Arbeidsraad sinds midden 2019 werkzaamheden werden opgestart – alhoewel enige tijd onderbroken – over een aantal vraagstukken inzake gerechtelijke reorganisatie.

In december 2020 hebben deze geleid tot het tussentijds advies nr. 2.188, waarin een aantal algemene bekommernissen van de sociale partners werden opgenomen met betrekking tot de gerechtelijke reorganisatieprocedure, die tevens als leidraad zouden dienen voor hun verdere werkzaamheden. Deze laatste zouden meer bepaald betrekking hebben op de omzetting van voornoemde richtlijn, het eventueel gevolg te geven aan de Plessers-rechtspraak en eventuele andere actuele problemen in het kader van de (toepassing van de) insolventiewetgeving.

Er werd in 2021 met de hulp van de bevoegde overheidsdiensten en rechtspractici gewerkt om de concrete problemen en aandachtspunten verder te objectiveren, maar de werkzaamheden werden vervolgens onderbroken om eerst een zicht te kunnen hebben op het voorontwerp van wet tot omzetting van de richtlijn.

II. STANDPUNT VAN DE RADEN

De Raden hebben het voorgelegde voorontwerp van wet met zijn memorie van toelichting evenals de bijgevoegde positienota's grondig onderzocht.

Aansluitend op het advies nr. 2.188, wensen zij een aantal bemerkingen te maken over de te geven omzetting van de richtlijn, maar ook over een aantal andere thema's inzake de insolventiewetgeving die hen sinds 2019 hebben bezig gehouden.

A. Algemene beschouwing

De Raden merken op dat de memorie van toelichting bij het voorontwerp van wet aangeeft dat de belangrijkste doelstellingen van de richtlijn er in bestaan om :

1. een onderneming in financiële moeilijkheden toegang te geven tot een doeltreffend preventief herstructureringsstelsel dat de mogelijkheid biedt insolventie te voorkomen;
2. een onderneming natuurlijke persoon een tweede kans te geven in de vorm van een kwijtschelding van zijn schuld en de opheffing van een eventueel bij de faillietverklaring opgelegd beroepsverbod;

3. procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld efficiënter te maken waardoor ze minder lang duren; en
4. een verdere harmonisatie van de insolventieprocedures in de Europese Unie tot stand te brengen, vooral wat betreft de preventieve procedures.

Tevens wordt in de memorie van toelichting aangegeven dat door de inwerkingtreding in 2018 van het boek XX van het WER reeds heel wat doelstellingen van de richtlijn zijn verwezenlijkt, onder meer in het tweedekansenbeleid, in de verhoging van de efficiëntie van de insolventieprocedures en door de elektronische procesvoering in insolventiezaken.

De Raden wensen aan te geven dat zij volledig staan achter de doelstellingen van de richtlijn, maar dat zij een aantal specifieke bemerkingen hebben over de tenuitvoerlegging ervan wat het Belgisch recht betreft. Daarnaast hebben deze bemerkingen ook betrekking op de voornoemde Europese rechtspraak, die de overeenstemming van het Belgisch recht met een andere Europese richtlijn (Richtlijn 2001/23/EG betreft (zie verder).

B. Specifieke bemerkingen

1. Instrumenten van vroegtijdige waarschuwing

De Raden zijn van oordeel dat instrumenten voor de vroegtijdige waarschuwing van schuldenaren met financiële moeilijkheden (art. 3 van de richtlijn) van groot belang zijn en dat het stelsel een voorspellend, maar tevens een echt preventief karakter dient te hebben.

Zij hebben tijdens hun werkzaamheden vernomen :

- dat wordt gewerkt om de verzamelde gegevens (“knipperlichten”) verder te verrijken (art. XX.22/1 en XX.23 WER);
- dat wordt gewerkt aan een economisch dashboard ten behoeve van alle of een deel van de ondernemingen van het rechtsgebied van de ondernemingsrechtbank (art. XX.21, vierde lid WER);

- dat er een stelsel van vroegtijdige waarschuwing wordt opgezet dat de schuldenaar aanspoort om tijdig de nodige maatregelen te nemen, onder meer door de verplichting voor de cijferberoepen om hen in te lichten en hen aanbevelingen te doen (art. XX.23, § 3 WER);
- dat de kamers voor ondernemingen in moeilijkheden hen vervolgens opvolgen; en
- dat de federale en gewestelijke administratieve overheden hulp en begeleiding bieden aan de noodlijdende bedrijven.

De Raden benadrukken het belang van de verschillende onderdelen van dit stelsel. Zij wensen in het bijzonder de uitbreiding van de zogenaamde “knipperlichten” onder de controle van de ondernemingsrechtbanken te ondersteunen, vanuit het streven om de continuïteit van de activiteiten te kunnen vrijwaren door een echt preventief optreden.

2. De betrokkenheid van de werknemers(vertegenwoordigers) en procedure-aspecten

De Raden merken op dat het advies nr. 2.188 stelt “*dat dient nagegaan te worden hoe de (vertegenwoordigers van) werknemers nauwer kunnen betrokken worden bij de procedure van gerechtelijke reorganisatie zowel via het sociaal overleg op het niveau van de onderneming als tijdens de procedure voor de ondernemingsrechtbank, uitgaande van de bestaande verplichtingen inzake informatie en consultatie zoals voorzien in boek XX van het WER (in het kader van de procedure voor de ondernemingsrechtbank), maar ook in de cao nr. 102 (in ondernemingen zonder ondernemingsraad of vakbondsafvaardiging) en de cao’s nrs. 5 en 9 (in ondernemingen met werknemersvertegenwoordiging)*”.

De Raden hebben deze reflectie voltooid en wensen de volgende bemerkingen te maken.

- Ten eerste, wat de informatie en consultatie van werknemers(vertegenwoordigers) via het sociaal overleg op het niveau van de onderneming betreft, dient gewezen te worden op het belang van het respect voor de bestaande regels inzake informatie en consultatie bij de reorganisatie van een onderneming.

Zoals de memorie van toelichting bij het voorontwerp van wet aangeeft, gaat het om autonome regelingen die los staan van het WER “alhoewel het WER steeds verwijst naar het feit dat de bepalingen van sociale aard onverkort van toepassing blijven bestaan in procedures van insolventie”.

De Raden vernamen tijdens hun werkzaamheden dat het inderdaad de bedoeling is van het voorontwerp van wet om (de verwijzing naar) bestaande informatie- en consultatierechten voor de werknemers(vertegenwoordigers) in boek XX te behouden.

De Raden merken evenwel op dat in het artikel XX.37 van het WER (met betrekking tot het minnelijk akkoord buiten gerechtelijke reorganisatie) een verwijzing naar informatie- en consultatierechten voor de werknemers(vertegenwoordigers) is verdwenen (door de schrapping van XX.37 § 3²). Ze vragen zich af of hiervoor een bijzondere reden is, gezien de geuite intentie van de beleidscel.

- Ten tweede, wat de inspraak van werknemers(vertegenwoordigers) in het kader van de procedure voor de ondernemingsrechtbank betreft, wensen de Raden op te merken dat een aantal specifieke regels inzake een hoorrecht zijn opgenomen in het boek XX van het WER.

De procedureregels voor een insolventieprocedure voor de ondernemingsrechtbank worden bepaald door het Gerechtelijk Wetboek, waarbij wordt verduidelijkt dat men alleen door het feit gehoord te worden nog geen formeel (tussenkommende) partij wordt in de zin van artikel 813 Ger. W. (art. XX.4 WER).

Wat dit betreft, vragen de Raden dat de ondernemingsrechtbanken bijzondere aandacht blijven geven aan de rechten van de werknemers betrokken bij een reorganisatieprocedure, zelfs indien deze niet formeel partij zijn in de procedure.

² Huidig artikel XX.37, § 3: “Deze bepaling geldt onverminderd de verplichtingen die werknemers of hun vertegenwoordigers te raadplegen en in te lichten op grond van de bestaande wettelijke of conventionele bepalingen.”

Toegang tot het Centraal Register Solvabiliteit (afgekort “RegSol”), het digitaal platform van de insolventiedossiers, is op heden beperkt tot de medewerkers van de rechtbank, de schuldenaar en zijn schuldeisers, de tussenkomende partijen en de derden die beroepsmatig rechtsbijstand verlenen (advocaten)³.

Geconfronteerd met deze situatie, vragen de Raden dat nagedacht wordt over de mogelijkheid om de toegang tot RegSol uit te breiden tot de vertegenwoordiger van de vakbond die de werknemer(s) van de betrokken onderneming-schuldenaar bijstaat. Dit zou er ook voor kunnen zorgen dat de informatie- en consultatieverplichtingen ten aanzien van de werknemersvertegenwoordigers in de betrokken onderneming beter worden nageleefd. Opgemerkt wordt dat deze vraag losstaat van de formele hoedanigheid van procespartij.

- Ten derde, wensen de Raden de aandacht te vestigen op de mogelijkheid om de homologatie te vragen aan de arbeidsrechtbank van de overeenkomst van voorgenomen overdracht tussen de schuldenaar of de gerechtsmandataris en de verkrijger (in het kader van de procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag), voorzien door artikel XX.86, § 5 van het WER. Hierbij worden de vertegenwoordigers van de werknemers en de verzoeker gehoord.

De Raden stellen vast dat er weinig gebruik wordt gemaakt van deze procedure en stellen zich de vraag naar de reden hiervan.

- Ten vierde, wijzen de Raden er op dat het gebruik van RegSol aanleiding kan geven tot de inning van een retributie door de beheerder ervan (art. XX.19 WER). De voorwaarden waaronder deze verschuldigd is (afhankelijk van de partij die gebruik maakt van het register en de wijze van registratie) en de gevallen van vrijstellingen worden bepaald bij koninklijk besluit⁴.

³ De tabellen in bijlage bij het KB van 23 maart 2017 houdende de werking van het Centraal Register Solvabiliteit geven aan wie leesrecht en schrijfrecht heeft – zijnde de twee van de handelingen die worden verstaan onder 'toegang' – in relatie tot de verschillende stukken vermeld in boek XX van het WER.

⁴ KB van 23 maart 2017 houdende de bepaling van het bedrag van de retributie, evenals de voorwaarden en de modaliteiten van de inning ervan in het kader van het Centraal Register Solvabiliteit.

De Raden zouden meer duidelijkheid wensen te krijgen over de intenties van de overheid met betrekking tot deze kwestie en in het bijzonder of de mogelijkheid voor bepaalde gratis handelingen zou behouden blijven, o.a. voor de aangifte van een schuldvordering of de inzage in het dossier (art. 1, 1° van het KB).

3. De verschillende procedures van gerechtelijke reorganisatie

Wat de beschikbaarheid van preventieve herstructureringsstelsels betreft (art. 4 van de richtlijn), merken de Raden op dat het voorontwerp van wet ervoor zorgt dat er nu 5 reorganisatieprocedures in boek XX van het WER bestaan (naast de mogelijkheid van een minnelijk akkoord buiten gerechtelijke reorganisatie): naast de 3 reeds bestaande openbare procedures (minnelijk akkoord, collectief akkoord en overdracht van onderneming) worden 2 besloten procedures ingevoerd (minnelijk akkoord en collectief akkoord).

Deze laatste geven de mogelijkheid om voorafgaand aan de procedure tot gerechtelijke reorganisatie in de luwte⁵, d.w.z. zonder publiciteit, een ontwerp van minnelijk of collectief akkoord op te stellen dat vervolgens na een versnelde procedure tot gerechtelijke reorganisatie kan worden voltooid.

De Raden herinneren eraan dat, in het kader van de maatregelen ter ondersteuning van de door het coronavirus getroffen ondernemingen, de wet van 21 maart 2021 reeds tijdelijk zo'n besloten procedures heeft ingevoerd in boek XX van het WER (de oorspronkelijke regeling werd reeds verlengd tot 16 juli 2022 om ze te laten aansluiten bij de omzetting van de richtlijn; op 3 juni 2022 besliste de ministerraad om de regeling nogmaals te verlengen tot eind 2022). Deze procedure werd ingevoerd zonder de raadpleging van de sociale partners.

Wat betreft de besloten gerechtelijke reorganisatieprocedures (door een minnelijk akkoord of door een collectief akkoord), hebben de organisaties vertegenwoordigd in de Raden onderscheiden standpunten (zie hierna), maar, onverminderd deze principiële standpunten, wensen ze gemeenschappelijk de volgende bemerkingen te maken.

⁵ Art. XX.97/1, § 1, 4^{de} lid van het WER, zoals opgenomen in het voorontwerp van wet: *“De procedure is besloten en de beslissingen worden niet bekend gemaakt. De gegevens die in het register bewaard worden, zijn vertrouwelijk en slechts toegankelijk voor de schuldenaar, voor de herstructureeringsdeskundige, voor de schuldeisers die deelnemen aan de procedure en voor de leden van de hoven en rechtbanken in de uitoefening van hun opdracht.”*

De Raden wensen erop te wijzen dat voor het goed functioneren van deze besloten procedures vereist is dat ze behoorlijk omkaderd worden, zodat geen misbruiken mogelijk zijn.

Zij vragen dat een evaluatie zou worden gemaakt van de besloten procedure ingevoerd door de wet van 21 maart 2021, die aan de sociale partners wordt bezorgd, zodat zij een beter zicht zouden krijgen op het gebruik dat gemaakt is van deze procedure.

Verder wensen zij op te merken dat, alhoewel het confidentieel karakter van deze besloten procedures er een essentieel kenmerk van uitmaken, het sociaal recht een heel aantal regels bevat met betrekking tot de informatie en consultatie van werknemers(vertegenwoordigers), waarvan een aantal specifiek van toepassing zijn bij de reorganisatie van een onderneming.

De leden die de werkgeversorganisaties vertegenwoordigen stellen vast dat de opening van een procedure van gerechtelijke reorganisatie gepaard gaat met publicatie in het Belgisch Staatsblad. Op die manier worden de financiële en/of economische problemen van de onderneming algemeen bekend, wat doorgaans gepaard gaat met een onmiddellijk waardeverlies. Dit waardeverlies is in het nadeel van alle betrokken partijen: de onderneming zelf, de werknemers, schuldeisers, de maatschappij in het algemeen.

De voorgestelde besloten procedures komen aan de problematiek tegemoet, doordat zij toelaten “in de luwte” een akkoord voor te bereiden. Dit moet toelaten onder optimale omstandigheden een minnelijk of collectief akkoord voor te bereiden.

De voorgestelde besloten procedures gaan bijkomend gepaard met enkele belangrijke waarborgen. Zo is er geen sprake van automatische opschorting van betaling voor alle schuldeisers. Ook kunnen alleen die schuldvorderingen worden aangetast van schuldeisers die bij de besloten procedure worden betrokken. Tot slot vereist de besloten procedure de aanwijzing van een onafhankelijke en onpartijdige herstructureringsdeskundige om elk risico van manipulatie van de schuldeisers uit te sluiten.

De voorgestelde besloten procedures vormen aldus een gebalanceerde aanvulling van de toolbox van het insolventierecht, die erop gericht is voor alle omstandigheden het geschikte instrument aan te bieden.

De leden die de werknemersorganisaties vertegenwoordigen betreuren dat de vertrouwelijkheidsgraad aanzienlijk toegenomen is in het kader van de gesloten gerechtelijke reorganisatieprocedures.

Het volwaardige sociaal overleg moet ook zijn weg vinden in de gesloten gerechtelijke reorganisatie. De leden van de ondernemingsraad (en verder – cascade) zijn immers reeds tot discretieplicht gehouden. Hun betrokkenheid kan dus geen nadeel berokkenen aan de vertrouwelijkheid van het akkoord naar de buitenwereld toe.

Het is van uiterst belang voor de organisaties die de werknemers vertegenwoordigen dat deze procedures het recht op informatie en consultatie van de (vertegenwoordigers van de) werknemers volledig respecteren en in overeenstemming worden gebracht met het Sociaal Strafwetboek dat strafrechtelijke sancties voorziet bij overtreding van de informatie en consultatieplicht.

Waar de notarissen en gerechtsdeurwaarders toegang krijgen tot het register, hebben de werknemersvertegenwoordigers dat nog steeds niet. De toegang tot het register in de reorganisatiefase wordt zelfs bemoeilijkt door te eisen dat eerst toestemming wordt gevraagd aan de schuldenaar en pas dan aan de rechter. Dit maakt de toegang tot het register voor de werknemersvertegenwoordigers vooral theoretisch en hoogst onwaarschijnlijk.

Verder, wensen de organisaties die de werknemers vertegenwoordigen op te merken dat deze gesloten reorganisatieprocedures zijn geïnspireerd door de Nederlandse constructie van “pre-pack”. Een pre-pack is – kort gezegd – een doorstart van de failliete onderneming, in afgeslankte vorm, d.w.z. een vertrouwelijk akkoord met de overnemer over de overdracht van bepaalde activa waartoe wordt overgegaan na het faillissement.

De constructie van pre-pack werd gebruikt in Nederland om de waarborgen (verplichte overname van de werknemers enz.) van de “klassieke” overgang te omzeilen onder het mom van faillissement, wat aan de kaak werd gesteld door de Nederlandse vakbonden en het Hof van Justitie (zaak C-126/16⁶).

⁶ NL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0126&from=nl>,

Het Hof heeft geoordeeld dat een pre-pack “*uiteindelijk niet de liquidatie van de onderneming beoogt, zodat het economische en sociale doel daarvan noch kan verklaren noch kan rechtvaardigen dat bij een volledige of gedeeltelijke overgang van de betrokken onderneming, haar werknemers worden beroofd van de rechten die richtlijn 2001/23 hun toekent.*” Dit betekent dat de bij deze pre-pack betrokken werknemers mee overgaan naar de ‘nieuwe’ doorgestarte onderneming, met behoud van hun op dat moment bestaande rechten en plichten uit de arbeids-overeenkomst.

In een recent arrest-Heiploeg (april 2022) heeft het Hof van Justitie haar houding t.o.v. pre-pack wat genuanceerd, maar het uitgangspunt blijft hetzelfde. De principes van de overnamerichtlijn 2001/23 (volledige overname van de werknemers bij gerechtelijke reorganisatie) hoeven niet toegepast te worden slechts indien de sluiting van de overdrachtsovereenkomst en de uitvoering van de overdracht plaatsvinden in het kader van een faillissementsprocedure en gerealiseerd worden door een curator, die het beheer van de onderneming integraal overneemt en optreedt onder toezicht van een rechter-commissaris. Dat deze overdracht tijdens een vorige procedure (zoals de Nederlandse pre-pack) voorbereid werd, verandert hier niets aan.

Ondanks deze reputatie heeft de Belgische wetgever (in het begin tijdelijk) een procedure van voorbereid akkoord ingevoerd, dat in het voorontwerp van wet tot “gesloten gerechtelijke reorganisatie” wordt omgedoopt.

De organisaties die de werknemers vertegenwoordigen zijn van oordeel dat de status van deze procedure (al dan niet faillissementskarakter) is niet duidelijk, evenals de gevolgen voor de werknemers. In tegenstelling tot de doelstelling van de Nederlandse pre-pack behoudt de onderneming in het Belgisch recht een volledige controle over haar activa (het voorontwerp van wet doopt de gerechtsmandataris om tot insolventiefunctionaris maar het beheer wordt niet ontnomen aan de bestuursorganen).

De organisaties die de werknemers vertegenwoordigen vragen dat een volwaardige evaluatie van de reeds tijdelijk ingevoerde gesloten reorganisatieprocedures wordt gemaakt in de NAR en de CRB vooraleer deze procedures (naar gelang van de evaluatie) ingevoerd kunnen worden.

4. De actoren: de herstructurerings- en insolventiedeskundigen

De Raden merken op dat de artikelen 25, 26 en 27 van de richtlijn wijzen op het belang van de vorming, benoeming en bezoldiging van de gerechtsmandatarissen voor de efficiënte afwikkeling van de procedures en als garantie voor hun onpartijdigheid en onafhankelijkheid ten opzichte van de betrokken partijen.

Zij wensen in dit kader de volgende bemerkingen te maken.

Ten eerste, wensen ze te wijzen op het feit dat het mogelijk is dat verschillende procedures elkaar opvolgen en dat eenzelfde persoon verschillende rollen na elkaar opneemt. De Raden vragen aandacht voor de verenigbaarheid van verschillende rollen opgenomen door eenzelfde persoon. Meer bepaald wordt aan de wetgever gevraagd om de opportuniteit van het opnemen door eenzelfde persoon van verschillende rollen na te kijken.

Ten tweede, wordt aandacht gevraagd voor de regels inzake de benoeming, vorming en bezoldiging van de gerechtsmandatarissen. In het bijzonder is de beloningspolitiek heel belangrijk; deze dient er voor te zorgen dat de deskundigen hun werk doen met het doel waarvoor de procedures zijn bedoeld.

De Raden wijzen op het verschil dat er ter zake is in boek XX van het WER tussen de curatoren en de andere insolventiefunctionarissen (art. XX.20, § 3 WER).

De curatoren worden vergoed in verhouding tot het belang en de complexiteit van hun opdracht, in de vorm van een proportionele vergoeding op de gerealiseerde activa (en desgevallend rekening houdend met de tijd nodig voor de vervulling van hun prestaties).

Wat de andere insolventiefunctionarissen betreft, wordt het als volgt geformuleerd: de erelonen worden vastgesteld in verhouding tot het belang en de complexiteit van hun opdracht en rekening houdend met de tijd nodig voor de vervulling van hun prestaties (en desgevallend rekening houdend met de waarde van de activa).

De Raden vragen om het beloningsbeleid voor de verschillende insolventiefunctionarissen te onderzoeken (forfaitair/percentage van de gerealiseerde activa), zodat ze hun taken vervullen met het doel waarvoor de procedures zijn bedoeld.

5. De duur van de procedure

De Raden merken op dat het voorontwerp van wet het artikel XX.76 van het WER aanpast door te stellen dat de uitvoeringstermijn van een reorganisatieplan in het kader van een openbare gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord niet langer mag zijn dan 3 jaar (vanaf de homologatie ervan), terwijl dit tot nu toe 5 jaar was.

De Raden wijzen erop dat men dit waarschijnlijk doet omdat in artikel 21, lid 1 van de richtlijn een termijn van 3 jaar staat. Men dient er echter rekening mee te houden dat de richtlijn het heeft over “de periode waarna insolvente ondernemers in staat zijn volledige kwijtschelding van schuld te verkrijgen”. In België gaat het in deze procedures niet steeds over een volledige kwijtschelding van schuld.

De Raden vragen om de termijn van 5 jaar in het artikel XX.76 van het WER te behouden, tenzij het gaat om situaties waarbij volledige kwijtschelding van schuld wordt beoogd. Om richtlijnconform te zijn, mag zo'n plan in die situatie slechts 3 jaar duren.

6. De goedkeuring van herstructureringsplannen

De Raden merken op dat de richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat de betrokken partijen het recht hebben om te stemmen over de goedkeuring van een herstructureringsplan; partijen die niet bij een herstructureringsplan betrokken zijn, krijgen geen stemrecht bij de goedkeuring van dat plan (art. 9, lid 2 van de richtlijn).

Verder bepaalt de richtlijn dat de betrokken partijen in afzonderlijke categorieën worden behandeld. De lidstaten bepalen de categorieën, maar er moet minstens een onderscheid tussen schuldeisers met en zonder een zekerheidspositie zijn. De lidstaten kunnen bepalen dat vorderingen van werknemers als een afzonderlijke categorie wordt behandeld (art. 9, lid 4 van de richtlijn).

Een plan wordt goedgekeurd mits daarvoor in elke categorie (klasse) een meerderheid in het bedrag van hun vorderingen of belangen bestaat (art. 9, lid 6 van de richtlijn). Indien het plan niet door alle stemmende klassen is goedgekeurd, moet het aan een aantal bijkomende voorwaarden voldoen om te worden goedgekeurd door een rechter (art. 11 van de richtlijn).

De Raden merken verder op dat het voorontwerp van wet werknemers enkel stemrecht geeft in hun hoedanigheid van schuldeisers en hen niet als een aparte categorie behandelt.

De bestaande immuniteit van werknemers voor de vermindering/kwijtschelding van hun schuldvorderingen in de opschorting “ontstaan uit arbeidsprestaties” blijft behouden (art. XX.73 WER, ook na aanpassing door het voorontwerp van wet). Deze immuniteit omvat niet alle schuldvorderingen van werknemers die voortvloeien uit hun arbeidsovereenkomst (zoals bv. de opzeggingsvergoeding of het vakantiegeld).

In ditzelfde artikel worden wel de bestaande a priori-regelingen voor gewone schuldeisers (minstens 20% van het bedrag van hun schuldvordering in hoofdsom), de openbare schuldeisers die een algemeen voorrecht genieten (niet minder gunstig dan die welke de best behandelde gewone schuldeisers in de opschorting genieten) en de bijzonder bevoorrechte schuldeisers afgevoerd.

De Raden hebben de RSZ gevraagd naar de mogelijke impact van de wijziging van de tot nu toe bestaande behandeling van openbare schuldeisers die een algemeen voorrecht genieten in het kader van een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord (art. XX.73, tweede lid WER). Gelet op het korte tijdsbestek voor het uitbrengen van dit advies was het niet mogelijk om van de RSZ een becijferd antwoord ter zake te kunnen bekomen. Zo gauw dit beschikbaar is, zullen de Raden dit overmaken aan de bevoegde beleidscellen, in aanvulling op onderhavig advies.

7. De rechtspraak van het Europees Hof van Justitie inzake reorganisatieprocedures

De Raden herinneren eraan dat in het bijzonder de Nationale Arbeidsraad reeds eind 2019 had besloten om uit eigen beweging de impact te onderzoeken van een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie in een Belgische zaak (de zaak Plessers⁷) op de Belgische regelgeving inzake de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, in het bijzonder op de cao nr. 102.

⁷ HJEU, 16 mei 2019, C-509/17, Plessers.
Advies nr. 2.308

Deze zaak betrof de interpretatie van de Richtlijn 2001/23/EG⁸ die bepaalt hoe de rechten van de werknemers moeten worden gevrijwaard bij de overdracht van de onderneming waarvoor ze werken.

In dit arrest worden de drie voorwaarden verduidelijkt (opgenomen in artikel 5.1 van de richtlijn) waaronder bij bepaalde overdrachtsprocedures kan afgeweken worden van de regels inzake de bescherming van de werknemers bij overdracht van hun onderneming (opgenomen in de artikelen 3 en 4 van dezelfde richtlijn). In casu wordt geoordeeld dat de voorwaarden niet voldaan zijn in de Belgische procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag.

De Raden merken op dat de memorie van toelichting bij het voor advies voorgelegde voorontwerp van wet stelt dat *“het zaak (is) erover te waken dat er geen controverse zou kunnen ontstaan met betrekking tot de verenigbaarheid van de Belgische wet met Richtlijn 2001/23 zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie.”*

Zij constateren dat het voor advies voorgelegde voorontwerp van wet er voor opteert om de Belgische procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in overeenstemming te brengen met de voorwaarden van artikel 5.1. van de richtlijn zoals geïnterpreteerd door het Hof. De overdrachtsprocedure, zo wordt gesteld, is een procedure van de vereffening van de activa en de activiteiten van de schuldenaar.

Het voorontwerp van wet voert verder een verplichting in voor de verkrijger om een motivering te geven van zijn keuze voor het niet overnemen van bepaalde werknemers die zijn verbonden aan de activa of de activiteiten van de schuldenaar die wordt vereffend in het licht van technische, economische of organisatorische redenen die losstaan van de overdracht zelf. De insolventierechtbank is er toe gehouden de motivering te controleren bij de toelating van de overdracht (wijziging van art. XX.86, § 3 WER).

⁸ Richtlijn 2001/23/EG van 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

De Raden hebben tevens vernomen dat op 28 april 2022 het Hof een arrest heeft gewezen in een Nederlandse zaak (de zaak Heiploeg⁹) met betrekking tot een pre-packprocedure. In dit arrest worden de voorwaarden opgenomen in artikel 5.1. van de richtlijn als vervuld beoordeeld in relatie tot deze Nederlandse procedure.

In reactie op dit arrest liet de beleidscel Justitie ondertussen aan de Raden weten dat een aanpassing aan het voorontwerp van wet zal worden doorgevoerd in functie van het arrest Heiploeg. Meer bepaald zal het artikel XX.86, § 3 van het WER worden hersteld in zijn huidige bewoordingen (en dus zonder de motiveeringsplicht voor de verkrijger).

Geconfronteerd met deze recente ontwikkelingen, hebben de Raden de FOD Justitie gevraagd om een positiebepaling ten aanzien van het voorontwerp van wet in relatie tot de arresten Plessers en Heiploeg. Volgens de FOD beantwoordt zijn voorontwerp van wet aan deze voorwaarden.

De Raden wensen omtrent de voornoemde bepalingen van het voorontwerp van wet nog geen advies uit te brengen, gezien er nog geen consensus is over de precieze interpretatie van dit arrest.

8. Gerechtelijke ontbinding

De Raden constateren dat het voorontwerp van wet het artikel XX.100 van het WER aanpast. De gerechtelijke ontbinding van de schuldenaar/rechtspersoon kan nu van in het begin van de procedure gevraagd worden.

Door dezelfde akte waarmee de ondernemingsrechtbank verzocht wordt tot faillietverklaring kan verzocht worden om de gerechtelijke ontbinding van de schuldenaar uit te spreken (nadat de rechtbank heeft vastgesteld dat de voorwaarden voor het faillissement zijn vervuld).

In de aangifte van het faillissement door een rechtspersoon of op de daarop volgende zitting kan deze rechtspersoon vragen om de gerechtelijke ontbinding uit te spreken (nadat de rechtbank heeft vastgesteld dat de voorwaarden voor het faillissement zijn vervuld).

⁹ HJEU, 28 april 2022, C-237/20, Heiploeg.

De Raden merken op dat in de memorie van toelichting wordt gesteld dat de rechtbank de geschikte modaliteiten – faillissement of ontbinding en vereffening – kan beoordelen naargelang de concrete situatie.

De Raden wensen te wijzen op het belang van het vrijwaren van de rechten van de schuldeisers, waaronder de werknemers, andere ondernemingen en de publieke schuldeisers, door het maximaal vrijwaren van hun onderpand, de activa van de onderneming, in het kader van een kwalitatieve procedure, die ook zorgt voor een level playing field ten opzichte van de andere ondernemingen. De Raden vragen dat wordt nagekeken of er voldoende waarborgen aanwezig zijn om deze doelstellingen te realiseren.

9. Overdracht aan verbonden partijen

De Raden wensen te wijzen op de situatie waarbij in het kader van een faillissement of gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, de verkoop of de overdracht van de activa (voor het behoud van het geheel of een gedeelte van de activiteit van de overdragen entiteit) gebeurt aan een “insider”, in het bijzonder aandeelhouders of een vennootschap van dezelfde groep.

De Raden onderlijnen het belang van de bepalingen van de WER die garanties bieden voor het correct verloop van een overdracht in dergelijke context.

In een faillissement waakt de curator over de belangen van de schuldeisers.

Er wordt in dit kader een onafhankelijke insolventiefunctionaris aangesteld door de rechtbank die de offertes zoekt en inwint en hierbij bij voorrang dient te waken over het behoud van het geheel of een gedeelte van de activiteit, rekening houdend met de rechten van de werknemers. Opdat een offerte in aanmerking zou kunnen genomen worden dient de prijs minimaal deze te zijn die vermoedelijk bij faillissement of vereffening zou verkregen worden (art. XX.87, § 1 WER). De rechten die noodzakelijk zijn voor de voortzetting van de activiteiten van de onderneming dienen onder dezelfde voorwaarden toegankelijk te zijn voor de andere bidders, indien een offerte uitgaat van iemand die controle op de onderneming heeft uitgeoefend in de 6 maanden voorafgaand aan de procedure (art. XX.87, § 2 WER).

De insolventiefunctionaris opereert onder de controle van de rechtbank (art. XX.84, § 3 WER), die de uiteindelijke machtiging dient te geven om te kunnen overgaan tot de uitvoering van de verkoop (art. XX.87, § 4 WER).

De Raden zijn van oordeel dat deze maatregelen voldoende garanties moeten bieden tegen mogelijke vormen van misbruik.

Er dient volgens de Raden gezorgd te worden voor een objectieve beoordeling van de offertes, gepaard gaand met de nodige transparantie, zonder bevoordeling van "insiders" (level playing field).

De Raden vragen dat in de regelgeving verder zou opgenomen worden dat het vereist is dat diegene die een offerte doet, aan de insolventiefunctionaris zou meedelen dat hij bepaalde banden heeft met de onderneming in kwestie.

10. Het verzamelen van informatie

De Raden roepen de overheid eveneens op om meer informatie te verzamelen over het gebruik van de verschillende insolventieprocedures en hun kosten/resultaten, zoals ook gevraagd door artikel 29 van de richtlijn.
