

Pré-insolventieakkoorden ter voorkoming van de opening van een formele insolventieprocedure:

Als een onderneming financiële, juridische of economische moeilijkheden ondervindt of naar alle waarschijnlijkheid zal ondervinden, maar er nog geen sprake is van insolventie, is het mogelijk om een mediator aan te stellen die de financiële situatie in kaart zal brengen en de onderneming zal helpen in de omgang met de schuldeisers. Hij zal trachten een minnelijke schikking te treffen tussen de onderneming en de schuldeisers. Er bestaan twee procedures; het "mandat ad-hoc" en de "conciliation". Het is mogelijk deze procedures vertrouwelijk te houden, zodat er sprake is van **stille bewindvoering**.

Mandat ad-hoc (art L611-3 Code de commerce):

De bestuurder van de onderneming kan de voorzitter van de rechtbank verzoeken tot het benoemen van een "mandataire ad-hoc", een adviseur/mediator die hij zelf mag aanwijzen onder bepaalde voorwaarden, voor een periode van 3 maanden. De adviseur geeft de ondernemer advies en begeleiding in de omgang met schuldeisers, zal helpen betaaltermijnen te onderhandelen, investeringspartners te vinden, trachten de financiële problemen op een vertrouwelijke manier op te lossen teneinde een faillissement te voorkomen en een doorstart mogelijk te maken. De ondernemer hoeft de ondernemingsraad van het bedrijf hier niet van op de hoogte te stellen. Als er een "commissaire aux comptes" is (accountant), dient deze wel op de hoogte te worden gesteld.

Procedure de conciliation (L611-4 Code de commerce):

Als na drie maanden de situatie niet verbeterd is, kan de procedure omgezet worden in een bemiddellingsprocedure (procedure de conciliation). De bestuurder van de onderneming dient hiertoe een verzoek in bij de rechtbank, met vermelding van zijn financiële, economische, sociale en patrimoniale situatie, de door hem benodigde financiering, en eventuele oplossingen. Hij kan de naam van een bemiddelaar voorstellen. De mediator kan dan bemiddelaar worden, of een andere bemiddelaar kan benoemd worden door de voorzitter van de rechtbank voor een periode van 4, maximaal 5 maanden. Deze procedure is mogelijk, als de onderneming minder dan 45 dagen in staat van insolventie verkeert. Nadat deze procedure opgestart is, kan de voorzitter van het tribunaal verzoeken om communicatie van alle elementen die hem kunnen helpen om een beeld te krijgen van de financiële, economische, sociale en patrimoniale situatie van de onderneming en zijn mogelijkheden om de schulden te betalen. Hij kan deze informatie verkrijgen van accountants, notarissen, ondernemingsraad, publieke en administratieve instanties, banken en kredietinstellingen, instanties die bankrisico's en betalingsincidenten registreren. Hij kan tevens een expertise laten opstellen. Als de procedure niet het gewenste resultaat heeft opgeleverd kan pas 3 maanden na afsluiting van de procedure een nieuwe procedure opgestart worden.

De bemiddelaar heeft tot taak (art L611-7) om

- een minnelijke overeenkomst tot stand te brengen tussen de schuldeisers, de vaste leveranciers en de onderneming.
- ieder voorstel te doen om de doorstart van de onderneming mogelijk te maken
- op verzoek van de ondernemer en met goedvinden van de schuldeisers, een gedeeltelijke of totale overname door andere partijen voor te bereiden, die in voorkomend geval zal worden uitgevoerd tijdens een latere formele insolventieprocedure.

De voorzitter van de rechtbank deelt alle door hem verkregen bovenvermelde informatie en de eventuele expertise met de bemiddelaar.

Omdat de grootste schuldeisers van een bedrijf in financiële moeilijkheden vaak publieke instanties zijn, is het sinds de wet van 4 augustus 2008 mogelijk dat financiële administraties, belastingdienst, ziekenfondsinstanties, instanties die de werkloosheidsuitkeringen en sociale lasten beheren betaaltermijnen toekennen en voorraads- of zekerheidsrechten opgeven. In dezelfde mate en omstandigheden als een privéschuldeiser dit zou doen.

Tijdens de procedure kan de ondernemer de rechter vragen om het toekennen van betaaltermijnen (art L1343-5 code civil, periode van max 2 jaar).

Als het niet lukt een overeenstemming te bereiken, en niet wordt voldaan aan de voorwaarden voor het opstarten van een procedure de sauvegarde accélérée (PSA), presenteert de bemiddelaar een rapport aan de voorzitter van het tribunaal, die de procedure beëindigt.

Als het wel lukt een overeenstemming te bereiken, is het mogelijk dit akkoord te laten constateren of homologeren door de rechtbank (art L611-8 Code de commerce).

- Als het akkoord wordt geconstateerd, verifieert de rechtbank de inhoud van het akkoord niet, blijft het vertrouwelijk en is het alleen afdwingbaar tussen de partijen die het akkoord getekend hebben.
- Als het akkoord wordt gehomologeerd, verifieert de rechtbank de inhoud wel en wordt het akkoord gepubliceerd. De onderneming mag niet meer in staat van insolventie verkeren of het akkoord moet hier een einde aan maken. Het akkoord mag de "kleine" schuldeisers die niet meegetekend hebben niet benadelen. De schuldeisers die nieuwe kredieten, goederen of diensten ter beschikking stellen van de onderneming krijgen de garantie een hogere rang toegekend te krijgen in een eventueel later opgestarte formele insolventieprocedure. In dat geval kan de datum van insolventie niet eerder vastgesteld worden dan de dag waarop het homologatievonnis uitgesproken is (zie ook de zogenaamde période suspecte).
- De personen die zich garant hebben gesteld of persoonlijke zekerheden hebben gesteld ter garantie van schulden van de onderneming kunnen zich op het akkoord beroepen.

Het is mogelijk een **dwangakkoord buiten faillissement** af te dwingen als een meerderheid van de schuldeisers akkoord gaat met de overeenstemming, maar een minderheid blokkeert. Sinds de wet van 12 maart 2014 kan de conciliatieprocedure op verzoek van de debiteur omgezet worden in een "procédure de sauvegarde accélérée" PSA (art L628-1 Code de commerce). De voorwaarden hiervoor zijn dat

- het bedrijf in een conciliatieprocedure zit,
- een meerderheid van de schuldeisers akkoord gaat
- een doorstart-plan is opgesteld dat kans van slagen heeft,
- de rekeningen door een accountant zijn gecontroleerd,
- één van de drie drempels overschreden wordt: meer dan 20 werknemers, meer dan 3 miljoen € omzet (voordat de belastingen eraf gaan), of 1,5 miljoen € totale balans.

Dit is een soort persiemiddel geworden, om schuldeisers ervan te overtuigen, in te stemmen met de overeenkomst.

Insolventieprocedures (procédures collectives):

Er zijn drie insolventieprocedures: sauvegarde judiciaire, redressement judiciaire en liquidation judiciaire.

Sauvegarde judiciaire (S.J.): art L620-1 en verder

De sauvegarde judiciaire is ingesteld door de wet van 26 juli 2005, en is geen reële insolventieprocedure, omdat er nog geen sprake is van insolventie.

Iedere ondernemer die een commerciële of artisanale activiteit uitoefent, een landbouwactiviteit of een onafhankelijk beroep heeft, met inbegrip van privaatrechtelijke rechtspersonen, kan een verzoek indienen bij de rechtbank tot het openen van een "procédure de sauvegarde judiciaire", als hij aantoonbaar moeilijkheden te hebben, die hij niet kan overwinnen, zonder al in staat van insolventie te verkeren. Deze procedure is bedoeld om de reorganisatie van het bedrijf te vergemakkelijken zodat de economische activiteit voortgezet kan worden, werknemers niet ontslagen hoeven te worden en schulden gesaneerd kunnen worden.

Er dient een plan opgesteld te worden dat door de rechter-commissaris vastgesteld wordt, na een observatieperiode en eventuele samenstelling van crediteurencommissies.

De S.J. kan interessant zijn voor een bedrijf, omdat de schuldvorderingen die voor het vonnis opeisbaar waren bevroren worden, de rente niet doorloopt, schuldeisers geen zekerheden meer kunnen stellen, de schulden geherstructureerd worden, de tenuitvoerlegging van beschikkingen wordt opgeschort, er geen nieuwe rechtszaken kunnen worden aangespannen (art L622-7). Bij een eerste S.J. worden er geen betalingsincidenten bij de Banque de France geregistreerd en de salarissen worden gedeeltelijk door AGS doorbetaald.

Er kan misbruik van deze aantrekkelijke procedure worden gemaakt. Maar de jurisprudentie (Coeur Defense 2011) geeft aan dat zelfs als de procedure is aangevraagd om aan schuldeisers te ontsnappen, als er geen fraude is gepleegd, de S.J. kan worden aangevraagd als de moeilijkheden zodanig zijn, dat het bedrijf ze niet kan overwinnen. In de casus Coeur Defense was er een filiaal opgericht voor een speciale operatie, middels een ingewikkelde financieringsmontage met variabele rente. Bij failliet gaan van Lehman Brothers (de bank) ging de rente opeens heel snel omhoog en was de operatie niet meer rendabel. Het aanvragen van een S.J. door het filiaal is in deze casus door de jurisprudentie niet als frauduleus beschouwd (om te bewijzen dat er gefraudeerd is dient de intentie om fraude te plegen te worden bewezen).

De debiteur dient aan te tonen dat hij moeilijkheden ondervindt die hij niet kan overwinnen, zonder in staat van insolventie te verkeren, met een goede motivatie. Als de motivatie niet goed is, wordt er een procedure de "redressement judiciaire" (R.J.) geopend.

Als de onderneming een commerciële activiteit uitoefent is het "tribunal de commerce" bevoegd, in andere gevallen het "tribunal de grande instance" (art L621-2 Code de commerce).

Na het openen van de S.J. en de publicatie van het vonnis, begint de zogenaamde "période d'observation", die 6 maanden duurt, één keer met een gemotiveerd verzoek van de curator verlengd kan worden en bij wijze van hoge uitzondering nog een keer met een gemotiveerd verzoek van het openbaar ministerie (art L621-3). Er kan HB worden aangetekend tegen dit vonnis door de partijen en "tierce opposition" door de schuldeisers, binnen een termijn van 10 dagen na publicatie van het vonnis au BODACC.

Het tribunaal stelt een rechter-commissaris aan, één of meerdere curators (administrateur), eventuele experts, één of meer mandataires judiciaires en nodigt de werknemers van de onderneming uit een vertegenwoordiger aan te wijzen (art L621-4).

De curator neemt in het geval van de sauvegarde judiciaire niet de leiding van de onderneming over van de bestuurder, maar brengt wel de financiële situatie van de onderneming in kaart, beslist welke lopende contracten voortgezet zullen worden en onderneemt hiertoe de benodigde actie. Als er geen curator wordt aangesteld, beslist de bestuurder van de onderneming, na goedkeuring van de rechter-commissaris (de aanstelling van de curator is niet verplicht als de onderneming minder dan 20 werknemers in dienst heeft, of een omzet van minder dan 3 miljoen € voor belastingen maakt). De curator is persoonlijk verantwoordelijk als hij contracten voortzet die niet betaald kunnen worden door de onderneming.

Er is sprake van **doorlevering van goederen**: het feit dat er een insolventieprocedure wordt geopend mag in geen enkel geval een reden zijn om een lopend contract te verbreken (art L622-13). De contractspartner moet aan zijn verplichtingen voldoen, zelfs als de onderneming dat niet (meer) doet. De schuldeiser kan alleen zijn schuldvorderingen indienen. De curator beslist welke lopende contracten voortgezet worden.

Voor wat betreft het huurcontract van het bedrijfspand dat gebruikt wordt voor de activiteit van de onderneming, contract dat eigenlijk altijd voortgezet wordt door de curator, behalve als er meerdere panden zijn, geeft artikel L622-14 aan dat

- het contract eindigt op de dag dat de curator dat bepaalt
- als de huur en lasten niet zijn betaald, maar de onderneming wel gebruik heeft gemaakt van het pand, de verhuurder pas 3 maanden nadat het openingsvonnis is uitgesproken kan verzoeken om het contract te beëindigen. Hij kan dit pas doen, nadat een aanmaning een maand lang zonder resultaat is gebleven.

De mandataire judiciaire vertegenwoordigt de schuldeisers. Hij stelt een lijst van openstaande schuldvorderingen op met vermelding van de namen van de schuldeisers. Na het openingsvonnis en de publicatie hiervan, hebben de schuldeisers 2 maanden om hun schuldvordering in te dienen. De indiening van de schuldvordering wordt beschouwd als een gerechtelijke actie die in het geval van schuldvordering van een rechtspersoon, door de wettelijke vertegenwoordiger van de rechtspersoon moet worden ingediend. Een eventuele machtiging kan op het laatst worden overgelegd op het moment dat de schuldvordering door de rechter-commissaris wordt geverifieerd en aanvaard. Sinds de "loi Macron" van 6 augustus 2015, is de door de mandataire judiciaire opgestelde lijst rechtsgeldig zelfs als de schuldvorderingen pas later door de schuldeisers bekrachtigd worden.

Schuldeisers die zekerheidsrechten kunnen doen gelden, worden persoonlijk aangeschreven door de mandataire judiciaire en de termijn van 2 maanden gaat pas lopen, nadat de brief ontvangen is. In het geval van een beding van eigendomsvoorbehoud, blijven de goederen zolang het hele bedrag niet is betaald, het eigendom van de verkoper.

Er kunnen desgevraagd controleurs aangesteld worden (art L621-10) en crediteurencommissies worden samengesteld.

De schulden die regulier ontstaan zijn na de opening van de procedure S.J. in het kader van de voortzetting van de activiteit van de onderneming en die hiertoe nuttig zijn bevonden, worden voor het verstrijken van de betaaltermijn betaald (art L622-17), zo niet krijgen de schuldeisers een bevooroordeelde rang.

Na het vaststellen van het "plan de sauvegarde" dienen de partijen zich hieraan te houden. Mocht dit niet het geval zijn of als er toch insolventie geconstateerd wordt door de commissaris die de correcte uitvoering van het plan controleert, zal er een "procédure de redressement judiciaire" of zonodig een "procédure de liquidation judiciaire" geopend worden.

De natuurlijke personen die zich garant hebben gesteld of persoonlijke zekerheden hebben gesteld ter garantie van schulden van de onderneming kunnen zich op het plan beroepen (art L626-11)

Redressement judiciaire (R.J.) art L631-1 Code de commerce

Zodra de onderneming in staat van insolventie verkeert, dient de vertegenwoordiger binnen 45 dagen de insolventie te declareren door een R.J. of een procedure de conciliation aan te vragen bij de rechtbank (art L631-4). Als er geen procedure de conciliation geopend is, kan de rechtbank op verzoek van het openbaar ministerie of van een schuldeiser een R.J. openen. De datum van insolventie wordt voor wat betreft de R.J. in principe vastgesteld op de dag waarop het openingsvonnis van de procedure uitgesproken wordt, maar de rechtbank heeft de mogelijkheid deze datum tot 18 maanden naar voren te schuiven (art L631-8). Dit is de zogenaamde "période suspecte", waarin bepaalde handelingen van de onderneming geannuleerd kunnen worden (nullités de la période suspecte art L632-1). Als de vertegenwoordiger van de onderneming geen actie onderneemt binnen 45 dagen, kan hij civiel of penaal verantwoordelijk worden gesteld, gedeeltelijk zijn persoonlijke vermogen risikerend (faillite personnelle art L653-3) en/of een bestuursverbod opgelegd krijgen (art L653-8).

Insolventie wil volgens artikel L631-1 zeggen dat de onderneming met het direct voorhanden zijnde vermogen niet meer in staat is de direct opeisbare schulden te betalen.

De schuldeisers hebben er baat bij dat de onderneming niet insolvent wordt verklaard, omdat in geval van een "sauvegarde judiciaire" en een contract dat voortgezet wordt, op termijn wordt betaald en zij zoniet om beëindiging van het contract kunnen verzoeken. Om te bepalen of de onderneming in staat van insolventie verkeert, wordt alleen rekening gehouden met de direct opeisbare schulden. Als de debiteur kan bewijzen dat er een regeling is getroffen met de schuldeiser, is de schuld niet direct opeisbaar (art L631-1). De termen activa en passiva kunnen relatief zijn; een passiva van een moederonderneming kan een activa van de dochter zijn.

Als er een procedure de redressement judiciaire wordt geopend door de rechtbank, worden dezelfde organen benoemd als bij de sauvegarde judiciaire, maar de curator zal in dit geval het bestuur van de onderneming overnemen tijdens de procedure (mission de representation). De bestuurder wordt totaal of gedeeltelijk onbevoegd verklaard door de rechtbank, die een lijst opstelt met handelingen die door de curator dienen te worden uitgevoerd. De bestuurder houdt wel de bevoegdheid om de organen van de onderneming bijeen te roepen en met name de algemene vergadering van de aandeelhouders.

De curator kan tijdens de observatieperiode met goedkeuring van de rechter-commissaris overgaan tot ontslag van werknemers voor economisch motief als deze ontslagen urgent, onontkoombaar en onvermijdelijk zijn (art L631-17).

Het plan dat opgesteld wordt (sauvegarde judiciaire of redressement judiciaire), vermeldt o.a. :

- analyse van de eventuele doorstart- mogelijkheden en de contracten die voortgezet worden
- de herstructurering van de schulden (als er meer dan 150 werknemers in het bedrijf werken, worden er crediteurencommissies samengesteld en beslissingen worden genomen met meerderheid van stemmen, bij minder dan 150 werknemers dient iedere schuldeiser individueel akkoord te gaan)
- analyse van de eventuele ontslagen
- analyse en inventarisatie van aanbod in geval van gedeeltelijke of totale overname door andere partijen
- indien nodig, de modificatie van de statuten als de structuur van de onderneming verandert en verhoging van het kapitaal

Sinds de *ordonnance de 12 mars 2014* en de *wet van 18 nov 2016* bestaat een nieuwe mogelijkheid om blokkerende aandeelhouders te forceren: Als het voorstel voor het plan een modificatie van de statuten of een verhoging van het kapitaal voorziet, in het voordeel van derden die kapitaal willen inbrengen en toezeggen het plan te zullen uitvoeren, kan de curator de rechtbank verzoeken een mandaire aan te wijzen die er voor zal zorgen dat de door de curator voorgestelde verhoging aangenomen zal worden. Hij zal stemmen in de plaats van aandeelhouders die blokkeren (art L631-9-1). De rechtbank kan de betreffende aandeelhouders daarna forceren hun aandelen te verkopen (squeeze-out-procedure) aan deze derden.

De rechtbank kan tevens, als dit nodig is voor het herstel van de onderneming, als voorwaarde stellen voor het vaststellen van het plan, dat de bestuurder(s) van de onderneming vervangen wordt (art L631-19-1). In dat geval kan de rechtbank de oud bestuurders forceren hun aandelen te verkopen.

Het plan wordt daarna door de rechtbank vastgesteld. Na de vaststelling van het plan, neemt de bestuurder het management weer over. Hij dient de in het plan gemaakte afspraken te respecteren (anders kan een S.J. omgezet worden in een R.J. of een R.J. in een L.J.) en het plan kan eventueel aangepast worden als dat nodig blijkt. Een commissaris controleert de correcte uitvoering van het plan. Hij deelt de dividenden uit aan de geregistreerde schuldeisers, die hun schuldvorderingen gedeclareerd hebben.

De personen die zich garant hebben gesteld of persoonlijke zekerheden hebben gesteld ter garantie van schulden van de onderneming kunnen zich niet op het plan beroepen (art L631-20).

In geval van overname, komt de problematiek van de lopende contracten weer naar voren, maar deze keer voor de overnemer. De verhuurder van het bedrijfspand is verplicht het contract met de overnemer voort te zetten. Het vonnis vermeldt welke contracten overgenomen worden. De prijs die door de overnemer wordt betaald, maakt het mogelijk de schuldeisers te betalen.

Liquidation judiciaire (L.J. art 640-1 en verder)

Als het niet mogelijk is een doorstart-plan op te stellen omdat de financiële situatie te ernstig is aangetast, of als de onderneming niet in staat is zelf de economische situatie te herstellen, is een L.J. de enige oplossing.

De onderneming zal daardoor vereffend worden door liquidatie van de activa en betaling van de schuldvorderingen of dient overgenomen te worden door andere partijen. In dat laatste geval moet de activiteit van de onderneming doorgaan (in principe voor een periode van 3 maanden).

Als de onderneming geen onroerend goed bezit, niet meer dan één werknemer in dienst heeft, en een omzet van minder dan 300.000 € voordat de belastingen eraf gaan heeft gemaakt, is verplicht de procedure de liquidation judiciaire simplifiée van toepassing (art L 641-2 en D641-19).

Als de onderneming geen onroerend goed bezit, tussen de één en vijf werknemers in dienst heeft en een omzet tussen de 300.000 en de 750.000 € heeft gemaakt, kan de procedure de liquidation judiciaire simplifiée worden toegepast (art L641-2-1).

Als er wordt besloten een procedure de liquidation judiciaire te openen tijdens een observatieperiode van een S.J. of een R.J. wordt de vertegenwoordiger van de schuldeisers (mandataire judiciaire) vaak benoemd tot liquidateur/ vereffenaar.

De bestuurder van de onderneming wordt door de rechtbank onbevoegd verklaard (L641-9) voor wat betreft de administratie van en de beschikking over(al) zijn goederen, totdat de procedure gesloten is. Alle rechten en rechtsvorderingen van de debiteur betreffende zijn patrimonie worden door de vereffenaar uitgeoefend. De debiteur kan zich wel civiele partij stellen als hij slachtoffer is van een misdrijf en kan rechten en rechtsvorderingen uitoefenen die niet binnen de missie van de liquidateur vallen.

De curator presenteert iedere drie maanden een liquidatierapport aan de rechter-commissaris, de debiteur en het openbaar ministerie (art 641-7). Als vertegenwoordiger van de schuldeisers, zal hij de voor de opening van de procedure openstaande schuldvorderingen verifiëren en een rangorde opstellen tussen de schuldeisers, de tenuitvoerlegging van beschikkingen voortzetten die in het belang zijn van de schuldeisers, nieuwe zaken aanspannen (met name vorderingen tot nietigverklaring van handelingen en vorderingen tot aanzuivering van de schulden tegen de voormalige bestuurders van de geliquideerde onderneming).

De rechtbank kan, in het vonnis dat de overname van de onderneming bevestigt, toestaan dat er een overeenkomst inzake huur en beheer wordt afgesloten met de persoon die het bod doet, waarbij de minste ontslagen vallen en de schuldeisers het beste betaald worden.

Verantwoordelijkheden en sancties

Hieronder een paar sancties die door de rechtbank opgelegd kunnen worden:

Art L650-1: sinds de *ordonnance* van 18 dec 2008 kunnen de banken /kredietverleners niet meer verantwoordelijk worden gesteld voor benadeling/schade ondervonden door derden omdat zij geld geleend te hebben aan de onderneming, behalve in geval van fraude.

Art L651-1 en verder: verantwoordelijkheid voor onvoldoende activa: bestuurders van ondernemingen en vertegenwoordigers van rechtspersonen die een onderneming besturen, kunnen in geval van onvoldoende activa verantwoordelijk worden gesteld voor de betaling hiervan als zij een beheersfout hebben gemaakt (termijn van drie jaar)

Art 653-1 en verder: faillite personnelle of bestuursverbod: ondernemers (natuurlijke en rechtspersonen), bestuurders van ondernemingen en vertegenwoordigers van rechtspersonen die een onderneming besturen kunnen door de rechtbank persoonlijk failliet worden verklaard of een bestuursverbod opgelegd krijgen als zij o.a.

- abusievelijk de exploitatie van een onderneming voortzetten ondanks deficitaire bedrijfsresultaten.
- een deel van de activa hebben verduisterd of verdoezeld, of de passiva frauduleus hebben vermeerderd