

In een eerder artikel (juni 2018) schreef ik reeds over de Franse hoop een aantrekkelijk vestigingsklimaat te creëren voor bedrijven, door middel van een zowel voor debiteuren als crediteuren adequate regelgeving inzake insolventieprocedures en preventieve herstructurering.

De Franse hoop is gericht op de omzetting van de toekomstige Europese richtlijn betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU.

De Europese Commissie heeft dit voorstel 11 oktober jl. aangenomen, met een aantal kleine wijzigingen. De tekst zal naar verwachting geen grote veranderingen meer ondergaan en zal waarschijnlijk begin volgend jaar definitief aangenomen worden. Deze periode zal een nieuwe context van concurrentie op het gebied van wetgeving in Europa te weeg brengen en Frankrijk hoopt hierin belangrijke troeven in handen te hebben.

Het voorstel is vooral gericht op een vermindering van de belangrijkste belemmeringen voor het vrije verkeer van kapitaal die voortvloeien uit verschillen in de herstructurerings- en insolventiestelsels van de lidstaten.

Preventieve herstructureringsstelsels moeten de ondernemingen in staat stellen om in een vroeg stadium te herstructureren en insolventie te vermijden. De totale waarde voor crediteuren, eigenaars en de economie in haar geheel moet gemaximaliseerd worden en voorkomen dat onnodig banen, kennis en vaardigheden verloren gaan. Zij moeten ook voorkomen dat het aantal oninbare leningen stijgt.

De rechten van alle betrokken partijen moeten worden beschermd. Tegelijkertijd moeten niet-levensvatbare ondernemingen zonder overlevingskansen zo snel mogelijk worden vereffend, zodat de crediteuren niet onnodig benadeeld worden doordat de liquidatiewaarde snel minder wordt als het bedrijf niet meer actief functioneert.

Franse pré-insolventieakkoorden ter voorkoming van opening van een formele insolventieprocedure

A. “Procedure de conciliation”

Deze procedure is een soort “stille bewindvoering”, waarbij de bewindvoerder onderhandelt met de belangrijkste schuldeisers. De debiteur kan deze procedure opstarten na een ‘mandat ad hoc’ als hij minder dan 45 dagen in staat van insolventie verkeert. De bewindvoerder kan ook een overname van de onderneming voorbereiden die in voorkomend geval in een later op te starten formele insolventieprocedure uitgevoerd zal worden. Het akkoord zal daarna door het tribunaal bevestigd of gehomologeerd worden.

In deze procedure is voorts nog geen sprake van schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen. Om de richtlijn te respecteren, zal een autonoom schorsingsmechanisme vastgesteld moeten worden, dat per afzonderlijk geval toegepast zal worden.

De Europese richtlijn bepaalt dat de herstructureringsprocedure opgestart kan worden als er een *kans op insolventie* is. Dit begrip wordt niet gedefinieerd in de richtlijn en kan dus door de lidstaten nader bepaald worden. Het begrip is echter wel van groot belang, omdat het openen van de procedure de rechten van crediteuren zou kunnen aantasten. Vooral juist door de belangrijke maatregel die de debiteur beschermt: de schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen. De crediteur moet hierdoor echter niet onnodig benadeeld worden. Hierin zal Frankrijk waarschijnlijk een verandering moeten aanbrengen.

Artikel 6 van de Richtlijn (*Schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen*) bepaalt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat debiteuren die met crediteuren over een herstructureringsplan onderhandelen, kunnen profiteren van een schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen indien en voor zover deze schorsing noodzakelijk is om de onderhandelingen over een herstructureringsplan te ondersteunen.

Deze schorsing kan ten aanzien van alle soorten crediteuren worden bevolen, met inbegrip van crediteuren met een zekerheidsrecht en preferente crediteuren. De schorsing kan algemeen zijn, ten aanzien van alle crediteuren, of beperkt, ten aanzien van een of meerdere individuele crediteuren, in overeenstemming met het nationale recht.

De richtlijn schept in artikel 6 tevens de mogelijkheid voor de crediteur om de rechter te verzoeken een schorsingsmaatregel gedeeltelijk of helemaal op te heffen als deze niet meer noodzakelijk is of onnodig nadelig voor de crediteur. Op dit moment is dit in Frankrijk voor de crediteur niet mogelijk, sterker nog, de crediteur kan niet in hoger beroep gaan tegen de beslissing van de rechter om de debiteur extra betaaltermijnen toe te kennen.

De richtlijn gaat er verder van uit dat de debiteur tijdens de herstructureringsprocedure zijn lopende schulden zal voldoen. De procedure opent namelijk een onderhandelingsperiode en geen toestemming voor de debiteur om zijn schulden niet meer te betalen. Artikel 7 van de richtlijn eist dat de rechter het opstarten van een insolventieprocedure kan uitstellen, als er mogelijkheden zijn om tot een herstructureringsplan te komen.

De Franse procedure de “conciliation” zal ook in dit opzicht een aanpassing moeten ondergaan. Verder blijft de procedure “mandat ad hoc” buiten het toepassingsveld van de Richtlijn en de toekennen van betaaltermijnen (*art 1343-5 code civil*, periode van max 2 jaar) zal ook mogelijk blijven.

B. Sauvegarde accélérée en Sauvegarde financière accélérée

Sinds de wet van 12 maart 2014 kan de conciliatieprocedure op verzoek van de debiteur omgezet worden in een “procédure de sauvegarde accélérée” (*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. De “sauvegarde financière accélérée” is alleen mogelijk als de belangrijkste schuldeisers kredietinstellingen zijn.

Deze procedure maakt het mogelijk een herstructureringsplan toch te bevestigen ondanks niet-instemmende schuldeisers. Er zijn drie categorieën schuldeisers; “het comité van kredietinstellingen, comité van de belangrijkste leveranciers en het comité van de obligatiehouders”. Het plan wordt binnen elk comité bevestigd als stemuitbrengende crediteuren bij meerderheid van twee derde van het bedrag van hun vorderingen of belangen akkoord gaan.

Het nadeel van deze procedure is dat de obligatiehouders een vetorecht hebben, terwijl de obligaties meestal in aandelen terugbetaalbaar zijn. In ieder comité bevinden zich crediteuren met verschillende belangen en risico's. Verder kan de bewindvoerder met goedvinden van de rechter de stemrechten moduleren al naar gelang de aanwezigheid van garantie- en ondergeschiktheidovereenkomsten. Dit genereert rechtsonzekerheid.

De Richtlijn voorziet categorieën toegewezen crediteuren. Omdat het geen insolventieprocedure betreft is er geen verplichte aangifte van schuldvorderingen.

In de Franse SA of SFA is dit wel het geval. Dit is volgens de schrijver van het artikel *Premières réflexions sur la transposition de la future directive sur les restructurations préventives*, Reinhard Dammann, niet gegrond. Een verlichte versie van de SA en de SFA zou gerechtvaardigd zijn.

Voor wat betreft de categorieën crediteuren, voorziet de Richtlijn in ieder geval in twee categorieën; de door een zekerheid gedekte vorderingen en niet door een zekerheidsrecht gedekte vorderingen. De bewindvoerder (conciliateur) zou in eerste instantie de categorieën kunnen vaststellen, ook met het oog op de goedkeuring van het herstructureringsplan, met controle van de rechter op het moment van vaststelling van het plan.

Op het moment van de bevestiging van het plan, onderzoekt de Franse rechter of “de belangen van iedere crediteur voldoende behartigd zijn”. Omdat deze formule nogal vaag is en rechtszekerheid niet bevordert, is de door de Richtlijn voorziene procedure van de *Best interest of creditors test* (toets om te bevestigen dat geen niet-instemmende crediteur slechter af zou zijn onder het herstructureringsplan dan in het geval van een vereffening) een goed alternatief.

Deze test zal echter voor de Franse rechter moeilijk toe te passen zijn, doordat de actuele Franse wetgeving betreffende zekerheden zeer gecompliceerd is. Een vereenvoudiging van dit stelsel zou de omzetting van de Richtlijn in dit opzicht vergemakkelijken.

De debiteur moet volgens de Franse wetgeving akkoord gaan met het herstructureringsplan, wat zeker de aantrekkelijkheid van de “procédure de conciliation” garandeert.

Het plan moet echter ook goedgekeurd worden door de crediteuren. Artikel 11 van de Richtlijn voorziet hiertoe het *cross-class cram-down* mechanisme, wanneer de noodzakelijke meerderheid in een of meerdere niet-instemmende stemmende categorieën niet wordt bereikt, zodat kan het plan toch kan worden bevestigd wanneer het voldoet aan de in artikel 11 vastgestelde vereisten. Het plan moet goedgekeurd worden door een meerderheid van crediteuren, waarvan in ieder geval een categorie crediteuren met door een zekerheid gedekte vorderingen.

Het cross-class cram-down mechanisme voorziet erin dat als plan dat niet door elke categorie van de betrokken partijen wordt goedgekeurd, door een gerechtelijke of administratieve instantie kan worden bevestigd op voorstel van een debiteur of van een crediteur met de instemming van de debiteur en bindend kan worden voor een of meerdere niet-instemmende categorieën, indien het herstructureringsplan aan bepaalde voorwaarden voldoet. Er moet wel voldaan worden aan de *Best interest of creditors test* en de *absolute priority rule*.

De vennoten van de onderneming hebben een tamelijk onduidelijke positie. Zij moeten als eersten de verliezen ondergaan en moeten als dit in het plan wordt voorzien, hun stem uitbrengen om een *debt equity swap* of een verplichte overdracht van hun aandelen uitvoerbaar te maken.

Het is mogelijk de vennoten als een categorie crediteuren te behandelen, in dat geval is het cross-class cram-down mechanisme op hen van toepassing. Het is ook mogelijk een ander mechanisme toe te passen, maar het is wel belangrijk dat het de goedkeuring van het herstructureringsplan niet beperkt.

In de Franse wetgeving zou dit constitutionele problemen kunnen opleveren, maar in 2015 heeft het Conseil Constitutionnel reeds een wetsbepaling constitutioneel verklaard waarin ook de rechten van de vennoten aangetast werden, gerechtvaardigd door de noodzaak het gemeenschappelijk belang van de schuldeisers niet aan te tasten.

Bestuurders hebben uiteraard ook een grote verantwoordelijkheid in het behartigen van de belangen van de onderneming, die niet altijd overeenstemt met het belang van de vennoten. De Richtlijn voorziet dat de bestuurders ervoor moeten waken dat de verliezen van de schuldeisers beperkt blijven en de onderneming niet in staat van insolventie geraakt.

Franse wetsteksten

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 bemiddelingsprocedure (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 voorrangs- 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 1343-5 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 pressiemiddel geworden, om schuldeisers ervan te overtuigen, in te stemmen met de overeenkomst.

Bronnen :

- Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU
- Door de Europese Commissie op 11 oktober 2018 vastgestelde versie van de bovengenoemde richtlijn (12334/18)
- Artikel Recueil Dalloz 22 november 2018 : *Premières réflexions sur la transposition de la future directive sur les restructurations préventives* (Reinhard Dammann en Vasile Rotarus)