

BESCHIEDEN TOEZICHTER OF BEMIDDELAAR? DE PLAATS VAN DE RECHTER IN REORGANISATIE EN FAILLISSEMENT VANUIT RECHTSHISTORISCH PERSPECTIEF

Dave DE RUYSSCHER

Universitair hoofddocent Tilburg University, hoofddocent VUB*

De plaats van de rechter in de Belgische gerechtelijke reorganisatie is thans beperkt door een uitgebreid initiatiefrecht van de debiteur en omwille van het overwicht van het oordeel van de schuldeisers over het herstel- en reorganisatieplan. De opschorting van betaling, die eenvoudig en grotendeels eenzijdig wordt toegekend, vormt een restant van een benadering uit het ancien régime. Deze methode werd door de Napoleontische codificaties geschrapt, maar werd niettemin – eerst onder het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden, later in België – opnieuw ingevoerd. Dat gebeurde echter met behoud van vele regels uit de Franse wetboeken. Mede daardoor bleef de rol van de rechter bescheidener dan vóór de Franse Revolutie. Het Belgische faillissements- en reorganisatierecht van de negentiende, twintigste en eenentwintigste eeuw bracht op dit vlak weinig vernieuwing. Niettegenstaande regels van reorganisatierecht steeds meer als een uitzondering op gemeen privaatrecht en procesrecht worden beschouwd, blijven wettelijke beperkingen gelden die een overblijfsel zijn van de historische band met faillissement en van de beperkt economisch-bedrijfsmatige interpretatie van reorganisatie in het verleden. Ze maken dat de rechtbank van koophandel niet ten volle als een forum voor informatieuitwisseling, onderhandeling en bemiddeling kan worden opgevat. Een confrontatie met het recht en de praktijken van de zestiende, zeventiende en achttiende eeuw, zowel in Frankrijk als in de Nederlanden, laat toe de Belgische juridische traditie inzake reorganisatie anders te bekijken.

* Commentaar is welkom op d.deruysscher@uvt.nl en dderuyss@vub.ac.be. Dit artikel werd mogelijk gemaakt door FWO-Vlaanderen (project G.0532.14N) en de *European Research Council (ERC Starting Grant CLLS, 714759*, zie ook www.clls.eu). Maaïke Geuens (UA) verzamelde materiaal over de besproken wetten van 1838, 1851, 1883 en 1887. De auteur wenst ook Eric Dirix, Henri Swennen, Arie Van Hoe en de *peer reviewers* van *Tijdschrift voor Privaatrecht* te danken voor hun commentaar op eerdere versies van dit artikel. De auteur is enig verantwoordelijke voor eventuele fouten. De finale versie van deze bijdrage werd ingeleverd op 1 februari 2018.

I. INLEIDING

II. THEORIEËN EN VISIES OVER DE POSITIE VAN DE RECHTER BIJ FAILLISSEMENT EN REORGANISATIE

III. ONDERHANDELINGEN BIJ ONVERMOGENDHEID EN DE RECHTBANKEN: SALVOCONDOTTO, BEMIDDELING EN DWANGAKKOORD (ZESTIENDE-ACHTTIENDE EEUW)

IV. DE CODE DE COMMERCE (1807): DE RECHTER NAAR DE ACHTERGROND

A. Een strenge benadering

B. Het doel van een snelle procedure

C. De dominantie van de inzichten van de schuldeisers

D. De inbedding van de handelsrechtbanken in het gemeen procesrecht

V. DE BEPERKTE TERUGKEER VAN HET ANCIEN RÉGIME (CA. 1830-CA. 1850): SALVOCONDOTTO MAAR GEEN BEMIDDELING EN DWANGAKKOORD

A. De Franse wet van 28 mei 1838: bestendinging van het Napoleontische kader

B. De Belgische wet van 1851: een overname van de Franse wet van 1838 met toevoeging van een Nederlands salvocondotto

VI. HET “PREVENTIEF CONCORDAAT (1883)

VII. DE BELGISCHE RECHTBANK VAN KOOPHANDEL EN REORGANISATIE VANDAAG

A. De voorgeschiedenis: de wetswijzigingen van 1946 en 1997

B. Rechterpassiviteit bij gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord

C. Haperende informatie-doorstroming

VIII. CONCLUSIE: DE REORGANISATIERECHTER

I. INLEIDING

1. Zoals hierna in detail zal worden betoogd, hebben tal van elementen in het geldende Belgische reorganisatierecht wortels in negentiende- en twintigste-eeuwse aanvullingen en wijzigingen van de *Code de commerce* van 1807. Vanuit een rechtshistorisch standpunt bekeken is het Belgische reorganisatierecht daarom een loot aan de boom van het faillissementsrecht. Met wetten van 1851, 1883, 1887, 1946, 1997, 2009 en 2017 heeft de Belgische wetgever de regels inzake concordaat, uitstel van betaling, later gerechtelijk akkoord en gerechtelijke reorganisatie, telkens herzien en uitgebreid; de vernieuwingen wijzigden ook de aard van reorganisatie naar Belgisch recht (zie verder onder titel VII). Zo werd bijvoorbeeld het *paritas creditorum*-beginsel in collectieve akkoorden na verloop van tijd minder relevant geacht. Verder werd doorheen de tijd meer nadruk gelegd op de vroege aangifte van betalingsmoeilijkheden en op het voorkomen van faillissement. In 1997 zette de wetgever de rechtbanken van koophandel in om handelaars met betalingsmoeilijkheden op te sporen (zie verder onder titel VII).

2. Niettegenstaande deze vernieuwingen blijft het Belgische reorganisatierecht ambigu. De nieuwe wet van 11 augustus 2017 plaatst faillissement, minnelijk akkoord en gerechtelijke reorganisatie onder een breed begrip “insolventierecht”. Toch is faillissement fundamenteel anders van natuur dan reorganisatie. Maar de verschillen blijken vaak niet uit de geldende regels: de gerechtelijke reorganisatie gaat nog steeds gebukt onder visies die in oorsprong bedoeld waren voor faillissement. Deze bijdrage illustreert dit voor wat betreft de rol van de rechter in reorganisatieprocedures. Het centrale argument dat hierna wordt ontwikkeld betreft het nog grotendeels eenzijdig, passieve en niet-economisch georiënteerde karakter van het rechterlijk optreden tijdens de gerechtelijke reorganisatieprocedure. De rechtbank van koophandel oefent slechts toezicht uit op de redactie van het herstelplan door de schuldenaar en laat de beoordeling ervan aan de schuldeisers over. De rechtbank kan weliswaar ingrijpen indien aanwijzingen van fraude voorliggen, maar voor het grootste deel gelden de inzichten van de debiteur en de meerderheidsbeslissing van de schuldeisers over het voorgelegde plan. De rechtbank kan homologatie van dat plan na goedkeuring door de schuldeisers slechts weigeren op grond van een marginale toetsing aan de openbare orde of wegens schending van vormvereisten. De wetgever laat niet toe dat de rechtbank het voorgestelde herstelplan bedrijfsmatig toetst. Bovendien fungeert de rechtbank niet als platform voor informatie-uitwisseling tussen alle betrokkenen bij de totstandkoming van het herstelplan. Hierna zal aangetoond worden dat deze visies een gevolg zijn van het voortleven van negentiende-eeuwse ideeën inzake reorganisatie en inzake beperkt rechterlijk optreden in faillissementsprocedures.

3. In het tweede deel wordt kort de rol van rechters in faillissements- en reorganisatieprocedures onderzocht aan de hand van theorieën over beide procedures. Een oudere voorkeur voor door schuldeisers gestuurde procedures, en de visies die daarmee samenhangen, heeft ook het rechtshistorisch onderzoek wat gekleurd. Er wordt sinds een zekere tijd echter een nieuwe nadruk op “*corporate rescue*” gelegd, en dit zowel in theorieën over faillissement en reorganisatie, als in rechtshistorisch onderzoek over die thema’s. Het derde deel van deze bijdrage analyseert het reorganisatierecht dat vóór de tijd van de codificaties bestond. Zowel in Frankrijk, de Nederlanden als in Duitse gebieden bestonden praktijken van uitstel van betaling (moratorium), werd er vanuit de rechtbanken bemiddeld tussen schuldeisers en de debiteur om een akkoord, en konden in bepaalde perioden en in bepaalde regio’s schuldeisers zelfs door de rechtbank verplicht worden om een korting op hun

vordering of een volledige kwijtschelding toe te staan. In het vierde deel wordt de *Code de commerce* (1807) onder de loep genomen. Dat wetboek schafte de vermelde praktijken af en steunde op een voorkeur voor liquidatie en een snelle vereffening van de boedels van handelaren met betalingsproblemen. Het vijfde deel behandelt de gedeeltelijke terugkeer van reorganisatieregels in België, tussen circa 1830 en circa 1850. In een zesde titel worden de totstandkoming en de kenmerken van het *concordat préventif* (gerechtelijk akkoord), zoals bepaald in Belgische wetten van 1883 en 1887, toegelicht. Een zevende deel gaat in op de geldende wetgeving en op de historische kenmerken van de regels van positief recht, die maken dat inzake reorganisatie nog hinderlijke regels van gemeen privaatrecht en procesrecht gelden. In een afsluitend achtste deel wordt gepleit voor een grotere eigenheid voor reorganisatierecht wat de rol van de rechter betreft.

II. THEORIEËN EN VISIES OVER DE POSITIE VAN DE RECHTER BIJ FAILLISSEMENT EN REORGANISATIE

4. In de Angelsaksische economisch-juridische literatuur (vooral in de stroming “*law and finance*”) was het tot voor kort gebruikelijk om regels inzake faillissement en reorganisatie, hetzij als “*creditor friendly*” hetzij als “*debtor friendly*” te kwalificeren. Onder “schuldenaariervriendelijke” regels werden die normen begrepen die rehabilitatie en een doorstart van ondernemingen bevorderen. In een “schuldeiservriendelijke” benadering – zo wordt vaak gesteld – vormen de liquidatie bij opdeling of de (onderhandelde) overname/verkoop van het bedrijf de meest geëigende oplossingen. Thomas H. Jackson verdedigde in de jaren 1980 dat insolventiewetgeving voor bedrijven louter bedoeld was om de contractuele rechten van schuldeisers zo goed mogelijk te beschermen. Normen inzake faillissement en reorganisatie dienen daarom de acties van individuele schuldeisers te beperken. Jackson betoogde dat het *ex ante* perspectief van schuldeisers de doorslag moet geven. Het terugdringen van uitwinningsprocedures voor elke schuld afzonderlijk en een collectieve aanpak zijn in de ogen van Jackson gerechtvaardigd omdat elke schuldeiser inziet dat daardoor meer dividend wordt gegenereerd¹. Een dergelijke benadering wordt vaak als de *creditors’ bargain theory* omschreven, en ook wel als “*proceduralism*”² of “*debt collection theory*”³. Deze visie vertoont veel overeenkomsten met een opvatting van insolventierecht als een *ultimum remedium*, dat niet *sui generis* is maar gegrond blijft in het gemeen privaatrecht en procesrecht. In die visie is reorganisatierecht en faillissementsrecht vergelijkbaar. Voor beide gevallen bepaalt het insolventierecht hoe schuldeisers hun vorderingen hard kunnen maken, maar rekening houdend met de eigenheden van insolventie. Het wijkt af van het gemene recht in de vrijwaring van de belangen van meerdere schuldeisers, wat voortvloeit uit de samenloop, en er gelden bijzondere regels inzake voorrang omdat niet alle schuldvorderingen kunnen worden betaald⁴.

¹ Th.H. JACKSON, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law* (Harvard (Ma.): Harvard University Press 1986). Voor een overzicht van de kritiek op die visie, die vooral het verwaarlozen van *stakeholder rights* en het ontkennen van een perspectief op doorstart betreft, zie V. FINCH, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles* (Cambridge: Cambridge University Press 2002), 28–32.

² J.T. FERRIELL en E.J. JANGER, *Understanding Bankruptcy* (New Providence (NJ): Bender 2013), 8–9.

³ J.P. SARRA, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations* (Toronto: University of Toronto Press, 2003), 37.

⁴ Zie bijvoorbeeld ook H. COUSY, “Paradigmawijzigingen in het insolventierecht?”, in *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch* (Antwerpen: Intersentia 2008), (283) 291–292 nr. 12. Zie ook E. DIRIX, “Insolventierecht en gemeenrecht”, in *Van alle markten*, (411) 414–415 (met citaten van “*proceduralists*” Thomas Jackson en Douglas Baird). Beide auteurs pleiten voor selectieve wetgevende afwijkingen van het privaatrecht of privaatrechtelijke vermogensrecht, voor zover insolventie bijzondere problemen stelt. Zie, meer algemeen, inzake de botsing van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke concepten en benaderingen, H. COUSY, in *Van alle markten*, 283–294; E. DIRIX, “Voortschrijdend inzicht en zwarte zwanen in het insolventierecht”, in E. Dirix, R.

5. Bepaalde Amerikaanse auteurs hebben *creditors' bargain theory* zo ingevuld dat buitengerechtelijke onderhandelingen onder schuldeisers, en bij het mislukken daarvan, individuele uitwinning als optimale oplossingen gelden. Een wantrouwen tegenover wetgeving en de interventie van rechtbanken stond daarbij centraal⁵. Nochtans kregen dergelijke opvattingen gedurende de laatste drie decennia minder aanhang. In de Verenigde Staten wordt sindsdien door “*traditionalists*”, ook wel voorstanders van een “*rehabilitation theory*” genoemd⁶, opgeworpen dat continuïteit van een onderneming vaak te verkiezen valt zelfs wanneer de rechten van crediteuren worden geschaad. Werknemers, aandeelhouders en de nationale economie kunnen baat hebben bij een doorstart. Deze belangen kunnen echter niet door de acties van schuldeisers alleen worden beschermd; rechtbanken zijn in die optiek belangrijk om de tegengestelde belangen tegen elkaar af te wegen⁷. In deze visie geldt rechterlijke controle op de keuze van alle betrokkenen voor de ene of de andere procedure (faillissement, reorganisatie) als vanzelfsprekend. De Wereldbank, die aanvankelijk sterk beïnvloed was door de theorie van Jackson⁸, heeft sinds 2005 meer nadruk gelegd op de rol van rechtbanken in het promoten van onderhandelde oplossingen, zelfs tegen de wil van schuldeisers in, hoewel beperkingen van de rechten van schuldeisers (in het bijzonder van gewaarborgde schuldeisers) slechts aanvaardbaar worden geacht voor zover ze een doorstart of hogere opbrengsten dan bij liquidatie waarborgen⁹. De Belgische Wet Gerechtelijk Akkoord (hierna WGA)¹⁰ en vooral de Belgische Wet Continuïteit Ondernemingen (hierna WCO)¹¹ stroken met een “schuldenaariendelijke” benadering¹², hoewel – zoals hierna betoogd zal worden – de eigenheid van reorganisatie nog niet ten volle wordt erkend.

6. De “*creditors' bargain*” en “rehabilitatie”-benaderingen zijn in de kern grondig verschillend wat de rol van de rechter betreft. “*Traditionalists*” pleiten doorgaans voor een ruimere bevoegdheid van de rechter dan “*proceduralists*”. In de benadering van Jackson en medestanders raakt faillissement weliswaar het algemeen belang, maar dient de rechtbank slechts de invordering door schuldeisers te coördineren. Lange procedures, bijvoorbeeld over voorrang, of door de rechtbank opgelegde beslissingen inzake continuïteit zijn uitgesloten¹³. De verificatie van schuldvorderingen en het vaststellen van de inhoud van de boedel of waarde van een onderneming vormen echter opdrachten die ook “*proceduralists*” aan de rechter toebedelen. De tussenkomst van de overheid, in de figuur van de rechtbank, vormt in

Houben en E. Wymeersch (eds.), *In het vennootschapsbelang: liber amicorum Herman Braeckmans* (Antwerpen: Intersentia 2017), 115–128, en M. STORME, *Dikè, Hydra, Zeno in het insolventierecht* (Antwerpen: Intersentia 2013).

⁵ B.E. ADLER, “Bankruptcy and Risk Allocation”, 77. *Cornell Law Review* 1992, 439–489; B. ADLER, “A Theory of Corporate Insolvency”, 72. *New York University Law Review* 1997, 343–382. Voor een uitgebreide analyse van “*neoliberal bankruptcy theory*”, van deze auteur en anderen, zie S. BLOCK-LIEB, “The Logic and Limits of Contract Bankruptcy”. *University of Illinois Law Review* 2001, 503–560.

⁶ J.P. SARRA, *Creditor Rights*, 42.

⁷ E. WARREN, “Bankruptcy Policy Making in an Imperfect World”, 92. *Michigan Law Review* 1993, (336) 355–356.

⁸ *Insolvency and Creditor Rights Systems Principles* (2001), <http://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/the-world-bank-principles-for-effective-insolvency-and-creditor-rights>

⁹ *Revised Insolvency and Creditor Rights Systems Principles* (2005, 2011, 2016), <http://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/the-world-bank-principles-for-effective-insolvency-and-creditor-rights>.

¹⁰ W. 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord, BS 28 oktober 1997, *err.* BS 4 december 1997.

¹¹ W. 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, BS 9 februari 2009.

¹² Hierover: H. COUSY, in *Van alle markten*, 283–294; E. DIRIX, in *Van alle markten*, (411) 412.

¹³ Voor argumenten tegen een rechterlijke beslissing inzake reorganisatie, zie D. BAIRD en E. MORRISON, “Bankruptcy Decision Making”, 17. *Journal of Law, Economics and Organization* 2001, (356) 366–368.

hun ogen een garantie voor een onafhankelijke beoordeling van de netto-activa en voor een bescherming van de belangen van de schuldeisers¹⁴. De mogelijkheid tot bekrachtiging van door (meerderheden van) schuldeisers afgewezen moratoria of herstelplannen vormen opties die eerder kaderen binnen een “*traditionalist*” benadering¹⁵.

7. De vraag naar welke plaats rechters in faillissements- en reorganisatieprocedures moet worden toebedeeld kan ook rechtshistorisch worden onderzocht. Tussen de vermelde theorieën en de rechtshistorische literatuur bestond in het verleden maar een dunne scheidslijn. De “*creditors’ bargain theory*” heeft wortels in de negentiende eeuw. Het Amerikaanse faillissementsrecht kende vóór 1938 geen rechterlijk opgelegde herstelplannen die niet door een meerderheid van schuldeisers waren goedgekeurd (zie verder, onder VI). Bovendien hebben soortgelijke visies lang bestaan onder juridische specialisten faillissementsrecht, die hun opvattingen schraagden met rechtshistorische argumenten. De Berlijnse jurist en rechtshistoricus Josef Kohler (1849–1919) bijvoorbeeld maakte een onderscheid tussen een publiek en privaat principe waarnaar faillissementswetgeving in Europese landen zich richtte. Kohler gaf de voorkeur aan een “private” aanpak, die de keuze inzake te volgen procedures aan de schuldeisers liet. Een efficiënt faillissementssysteem laat toe dat zij opteren voor een liquidatie of een akkoord over kwijtschelding of betalingsuitstel. Bij een openbare verkoop van de goederen van de debiteur wordt één van de schuldeisers als beheerder aangewezen. De rechtbank dient slechts toe te kijken op de curatoren die de boedel beheren en een door een meerderheid van schuldeisers gevormde akkoorden aan de minderheid op te leggen. Volgens Kohler was deze private benadering Italiaans van origine en werd ze sinds de Renaissance ook elders, bijvoorbeeld in de Nederlanden, toegepast¹⁶.

8. Kohler’s opvattingen hebben lange tijd invloed uitgeoefend, niet alleen in publicaties over geldend faillissementsrecht, maar ook in rechtshistorische literatuur. Een constante in oudere geschiedschrijving over het Franse en Duitse faillissementsrecht was dat betalingsuitstel en zelfs onderhandelde oplossingen na insolventie en falings uitzonderingen op een gemene liquidatieprocedure waren¹⁷. De onderliggende assumptie was lange tijd dat een vereffening en verdeling van de goederen van de gefailleerde steeds het hoogste dividend voor de schuldeisers oplevert. De vermelde remedies van uitstel en onderhandeling werden voorgesteld hetzij als geïnspireerd door een motief van humane behandeling van debiteuren te goeder trouw, hetzij als voorbeelden van private geschillenbeslechting. Bepaalde regels van het Franse recht in de zestiende en zeventiende eeuw die compromissen en afbetalingsplannen voorstonden, werden bijvoorbeeld als “*laxiste*” (laks) bestempeld omdat ze te weinig inspraak aan schuldeisers lieten. De achterliggende idee was dat schuldeisers benadeeld werden doordat een liquidatie of een oordeel over het lot van hun debiteur hen werd ontzegd¹⁸. In

¹⁴ Th.H. JACKSON, *The Logic and Limits*, 219.

¹⁵ J.P. SARRA, *Creditor Rights*, 43.

¹⁶ J. KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts* (Stuttgart: Enke 1891), 11–45. Zie ook U. FALK, “Die Konkursübel. Forschungsfragen zur Geschichte des Konkursverfahrens in Deutschland”, 131, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für europäische Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* 2014, (266) 318–319. Falk reageert op dit punt tegen W. FORSTER, *Konkurs als Verfahren. Francisco Salgado de Somoza in der Geschichte des Insolvenzrechts* (Keulen: Böhlau 2009), 1–6 en 363–365. Zie voor Kohler’s invloed op het Duitse faillissementsrecht Ch.G. PAULUS, “Josef Kohler und die Entwicklung des modernen Insolvenzrechts”, in S. GRUNDMANN, M. KLÖPFER en Ch.G. PAULUS (eds.), *Festschrift 200 Jahre juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin: Geschichte, Gegenwart und Zukunft* (Berlijn: de Gruyter 2010), 1131–1147.

¹⁷ J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial* (Parijs: PUF 1986), 305–341; A. MEIER, *Die Geschichte des deutschen Konkursrechts, insbesondere die Entstehung der Reichskonkursordnung von 1877* (Frankfurt am Main: Lang 2003).

¹⁸ J. HILAIRE, *Introduction historique*, 321 en 323. Zie ook, voor de tweede helft van de negentiende eeuw, R. SZRAMKIEWICZ en O. DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires* (Parijs; LGDJ 2013 (2de ed.)), 391.

oudere literatuur over Italiaanse en Spaanse praktijken van de late middeleeuwen en vroegmoderne periode werd dan weer beklemtoond dat overeenkomsten van uitstel en kwijtschelding van betaling hetzij gunsten voor de bonafide schuldenaar¹⁹, hetzij een vorm van private schuldenregeling en eigendomsoverdracht waren. Wat dat laatste aspect betreft, benadrukte men dat concordaten in het verlengde lagen van een streng wettelijk kader inzake faillissement, dat gericht was op openbare verkopen, en voor de debiteur dus weinig voordelig was. Concordaten vormden daarom afspraken die toelieten om de schuldenaar te controleren²⁰. Ook ten aanzien van het Romeinsrechtelijke *cessio bonorum*, dat een onderhandelde afstand van goederen in ruil voor bescherming tegen aanhouding, gevangenzetting en beslag inhield, gold lang overwegend de visie dat het om een “gunst” ging, niet om een remedie die ook door schuldeisers kon gevraagd worden²¹. Gedurende de voorbije jaren werd het rechtshistorische onderzoek naar faillissement echter grondig uitgebreid. Daarbij werden veronderstellingen uit het verleden, die vaak teruggingen op de vermelde “schuldeiservriendelijke” opvattingen, steeds meer in vraag gesteld. Voor alle vermelde perioden en regio’s wordt vandaag meer aandacht besteed aan het economisch nut van onderhandelde oplossingen, ook voor schuldeisers, en aan de actieve rol van rechtbanken²².

III. ONDERHANDELINGEN BIJ ONVERMOGENDHEID EN DE RECHTBANKEN: SALVOCONDOTTO, BEMIDDELING EN DWANGAKKOORD (ZESTIENDE-ACHTTIENDE EEUW)

9. Een gevolg van de vermelde oudere tendens in schuldeisergerichte interpretaties van oud faillissementsrecht was dat de derde betrokkene, namelijk de rechter, gewoonlijk maar een kleine plaats kreeg toegemeten. Dat is begrijpelijk voor de continentale traditie van de *Code de commerce* van 1807, die bewust de tussenkomst van de rechter in het faillissement beperkte. Volgens het Napoleontische Wetboek van Koophandel, dat in grote delen van West-Europa werd opgelegd of overgenomen²³, beslisten schuldeisers over de uitkomst van de procedure (liquidatie of concordaat) en over de herintrede van de gefailleerde in de markt (ze mochten zich verzetten tegen de rehabilitatie). Volgens het handelswetboek van 1807 was de rechtbank van koophandel bevoegd maar rechterlijk ingrijpen werd beperkt omwille van de

¹⁹ Zie bijvoorbeeld J.A. ALEJANDRE GARCÍA, *La Quiebra en el Derecho Histórico Español anterior a la Codificación* (Sevilla: Universidad de Sevilla 1970), 124.

²⁰ Bijvoorbeeld U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti* (Turijn: Giapichelli 1998), 103; U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia* (Padua: CEDAM 1964), 275–304.

²¹ W. PAKTER, “The Mystery of ‘Cessio Bonorum’”, 22. *Index* 1994, (323) 323. Zie voor een discussie, W. FORSTER, *Konkurs als Verfahren*, 98–100. Pas in het *ius commune* van de late middeleeuwen werd *cessio bonorum* hoofdzakelijk als een gunst opgevat, die verbonden was aan gevangenzetting of voorkoming daarvan. De gevangene verkreeg het recht op vrijlating in ruil voor overdracht van al zijn goederen. In de loop van de veertiende eeuw groeide de meerderheidsopvatting dat dit ook aan de schuldeisers kon worden opgelegd. Zie hiervoor W. FORSTER, *Konkurs als Verfahren*, 201–202; W. PAKTER, “The Origins of Bankruptcy in Medieval Canon and Roman Law”, in P. Linehan (ed.), *Proceedings of the Seventh International Congress of Medieval Canon Law* (Vatican City: Biblioteca Apostolica Vaticana 1988), (485) 490–491; P. ZAMBRANA MORAL, *Derecho concursal histórico I. Trabajos de investigación* (Málaga: Universidad de Málaga 2001), 180–182.

²² Zie voor Frankrijk in het *ancien régime*: J. SGARD, “Bankruptcy, Fresh Start and Debt Renegotiation in England and France (17th to 18th century)”, in Th. M. Safley (ed.), *The History of Bankruptcy. Economic, Social and Cultural Implications in Early Modern Europe* (Abingdon: Routledge 2013), (223) 230–232. De positie van Sgard is sterk beïnvloed door het werk van Natacha Coquery (zie verder). Zie voor een nieuwe benadering van het Venetiaanse recht van de late middeleeuwen en vroegmoderne periode: M. RESSEL, “Norms and Practice of Handling Complex and International Insolvencies in Early Modern Venice”, in A. Cordes en M. Schulte-Beerbühl (eds.), *Dealing with Economic Failure: Extrajudicial and Judicial Conflict Regulations* (Frankfurt: Lang 2016), 115–138.

²³ B. FOURNIEL, “L’influence à l’étranger du *Code de commerce* français aux XIXe et XXe siècles: du déclin du droit commercial français à l’émergence d’un droit des affaires francophone”, in C. Saint-Alary-Houin (ed.), *Qu’en est-il du Code de commerce 200 ans après? État des lieux et projections* (Parijs: LGDJ 2009), (57) 59–62.

invloed van het gemeen procesrecht, en om een snelle afhandeling en de rechten van schuldeisers niet in gevaar te brengen (zie verder, onder IV). Nochtans, wanneer men de gehele Westerse traditie inzake schuldbemiddeling en faillissement onderzoekt, vormt de *Code de commerce* een uitzondering. Maar niettegenstaande het originele karakter van die codificatie inzake de rol van de rechter in insolventieprocedures blijft de inhoud tot vandaag de Europees-continentale visies op faillissement en reorganisatie bepalen.

10. In Frankrijk werd in het *ancien régime* een onderscheid gemaakt tussen onvermogenheid (*déconfiture*) en *faillite*. *Déconfiture* was een tekort aan activa, stond voor niet-handelaars open en ging met liquidatie gepaard. *Faillite* was vergelijkbaar maar gold enkel voor kooplieden²⁴. In de Nederlanden daarentegen bestond in de zestiende, zeventiende en achttiende eeuw geen afzonderlijk handelsrecht en konden zowel handelaars als niet-professionelen en consumenten failliet gaan²⁵. Nochtans waren er in de vermelde periode ook vele gelijkenissen tussen Frankrijk en de Nederlanden. Wetgeving was voornamelijk gericht op het sanctioneren van schuldenaars te kwader trouw. Forse wetten met strafbepalingen dienden tot afschrikking. De vorstelijke wetgever stelde zowel in Frankrijk als in de Nederlanden in de zestiende eeuw *banqueroute* strafbaar. Dat misdrijf omvatte het verduisteren van activa en het opzetten van gesimuleerde contracten. Het werd net zoals diefstal bestraft met de dood²⁶. In de Nederlanden bestond – net zoals in Frankrijk – een verschil tussen een crimineel getint faillissement (*fugitieven, bankroet*) en insolventie. De gebruikelijke beschermingen voor burgers en inwoners tegen beslag en arrestatie waren niet van toepassing wanneer het faillissement/insolventie werd aangetoond. Vrees voor vlucht werd vaak voldoende geacht om een debiteur – en zelfs met volwaardige burgerrechten – in een gevangenis te plaatsen. Dat was aanvankelijk ook bedoeld om omslachtige beslagprocedures te omzeilen, die gaandeweg wel eenvoudiger werden²⁷.

11. Daarnaast bestonden in de rechterlijke en administratieve praktijk, zowel in Frankrijk als in de (Zuidelijke en Noordelijke) Nederlanden, ten aanzien van faillissement en insolventie, drie benaderingen die voordelig waren voor de schuldenaar²⁸. Enerzijds werd debiteuren met betalingsproblemen de mogelijkheid geboden van een eenzijdige en tijdelijke bescherming

²⁴ J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 315–316, 318–319; R. SZRAMKIEWICZ en O. DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, 237, 239–240.

²⁵ D. DE RUYSSCHER, “Praktijkgerichtheid in de rechtbank van koophandel (19de-21ste eeuw): een uitgeholde traditie opnieuw ingevuld” in D. De ruysscher (ed.), *Lekenparticipatie en rechtspreken: noodzaak of traditie?* (Antwerpen: Maklu 2013), (137) 143–144.

²⁶ Zoals bepaald in twee verordeningen van Karel V, van 1531 en 1540. Zie *Recueil des ordonnances des Pays-Bas. Règne de Charles Quint 1506–1555*, III, J. Lameere (ed.) (Brussel: Gobbaerts 1902), 267 (7 oktober 1531) en IV, J. Lameere en H. Simont (eds.) (Brussel: Gobbaerts 1907), 233 (4 oktober 1540). Voor de – wat strafbaarstellingen betreft vergelijkbare – Franse ordonnantie van 1536, zie Ch. RENOARD en J. BEVING, *Traité des faillites et banqueroutes ...* (Brussel: Librairie du Panthéon classique et littéraire 1851), 16–19. In Frankrijk werd de doodstraf voor *banqueroute* (frauduleus bankroet) in 1569 ingevoerd. Deze sanctie werd herhaald in de *Ordonnance sur le commerce* van 1673. Zie R. SZRAMKIEWICZ en O. DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, 249–251.

²⁷ De mogelijkheid om voor nagenoeg alle achterstallige schulden beslag te leggen dat na beperkte gerechtelijke toetsing tot openbare verkoop kon leiden, kwam in de tweede helft van de vijftiende eeuw op in Noordwest Europa, onder andere in Antwerpen. Zie hiervoor D. DE RUYSSCHER, “Bankruptcy, Insolvency and Debt Collection Among Merchants in Antwerp (c. 1490–c. 1540)”, in Th.M. Safley (ed.), *The History of Bankruptcy*, (185) 188–189.

²⁸ De zestiende eeuw vormde, zeker voor de gebieden ten Noorden van de Alpen, een periode van vernieuwing op dit vlak. Zie E. DIRIX, “Historische verkenningen in het faillissementsrecht”, *RW* 2005–06, (212) 215 nr. 6; M. SCHULTE BEERBÜHL, “Introduction”, in A. Cordes en M. Schulte-Beerbühl (eds.), *Dealing with Economic Failure*, (9) 15–16; Th.M. SAFLEY, “Introduction. A History of Bankruptcy and Bankruptcy in History”, in Th.M. Safley (ed.), *The History of Bankruptcy*, (1) 3.

tegen beslag en arrestatie. Daarnaast kon een langere periode van vrijwaring worden verkregen, met eventueel kwijtschelding van een deel van de schulden, maar enkel met goedkeuring van een meerderheid van schuldeisers. Tot slot kon actief ingrijpen van rechtbanken en overheden leiden tot gedwongen akkoorden: aarzelende schuldeisers werden tot instemming bewogen.

12. Reeds in de zestiende eeuw bestonden in Frankrijk opties voor schuldenaren om tijdelijk en eenzijdig opschorting van betaling en bescherming tegen beslag en arrestatie te verkrijgen. De bevoegdheden op dit vlak waren in Frankrijk gedurende het ganse *ancien régime* erg versnipperd. Aan het einde van de zeventiende eeuw en in de achttiende eeuw kon de *Conseil du roi* arresten over verzoeken tot bescherming wijzen (“*arrêts de surséance*”). De schuldeisers werden niet gehoord en het verleende uitstel van betaling was kort (3 maanden of een jaar)²⁹. Verder kenden de gewone rechtbanken in zestiende, zeventiende en achttiende eeuw zogenaamde *défenses générales* toe, die eveneens zonder akkoord van de schuldeisers werden opgelegd en een kort moratorium inhielden³⁰. In beide gevallen stond voor schuldeisers, na hun oproeping in een procedure van bekrachtiging, enkel “*opposition*” open, dat een betwisting van de geldigheid van het verzoek vormde en geen schorsende werking had³¹. *Défenses générales* waren weinig populair in de ganse vermelde periode tot het einde van de achttiende eeuw, maar *arrêts de surséance* werden aan de vooravond van de Franse Revolutie nog vaak gevraagd³². De kanselarij van de Franse *Conseil du roi* behandelde in de achttiende eeuw verder verzoeken om *répit*. Op grond van een verzoekschrift, waarin de debiteur zijn goede trouw benadrukte en op voorwaarde van het indienen van een *bilan* (d.i. een overzicht van activa en passiva) bij de handelsrechtbank of op het stadhuis als geen dergelijke rechtbank bestond, werd een *lettre de répit* verleend. Schuldeisers dienden te worden opgeroepen om te worden gehoord. Net zoals het voor *défenses générales* en *arrêts de surséance* gold, verleenden de schuldeisers geen goedkeuring; ze konden zich enkel verzetten tegen de bekrachtiging. Het toegekende betalingsuitstel mocht maximaal vijf jaar bedragen³³. Zoals het het geval was voor *défenses générales*, werden *lettres de répit* aan het einde van de achttiende eeuw nog zelden verleend³⁴.

13. De Franse procedures en praktijken vertoonden sterke gelijkenissen met wat elders gangbaar was. Italiaanse steden kenden in de late middeleeuwen kortlopende moratoria die door rechtbanken werden opgelegd en die de schuldenaar toelieten in het bezit van zijn vermogen te blijven (*salvocondotto*, *inducia*). Dergelijke maatregelen waren bedoeld om onderhandelingen toe te laten³⁵. In de zeventiende eeuw werd deze methode ook toegepast in handelssteden ten noorden van de Alpen. Het *Stadtrecht* van Hamburg (1603) en de Amsterdamse faillissementsordonnantie van 1659 lieten een min of meer automatische tijdelijke beslagbescherming toe voor debiteuren die hun insolventie meldden³⁶. Een

²⁹ S. CHOFFÉE, *La faillite du commerçant au XIXe siècle*, onuitgegeven doctoraatsverhandeling Université de Paris-XII, 1997, 20; F. DESHUSSES, “Mésurer l’insolvabilité? Usages statistiques des dossiers de faillite (1673–1807)”, 23. *Histoire & Mesure* 2008, (19) 28–30; Cl. DUPOUY, *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce* (Parijs: Pichon 1960), 139–145.

³⁰ Cl. DUPOUY, *Le droit des faillites*, 138–139.

³¹ S. CHOFFÉE, *La faillite*, 20; DUPOUY, *Le droit des faillites*, 139–140.

³² F. DESHUSSES, 23. *Histoire & Mesure* 2008, (19) 30; Cl. DUPOUY, *Le droit des faillites*, 144.

³³ S. CHOFFÉE, *La faillite*, 19–20; Cl. DUPOUY, *Le droit des faillites*, 66–67, 138–145.

³⁴ Cl. DUPOUY, *Le droit des faillites*, 144.

³⁵ U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, 106.

³⁶ *Hand-vesten, privilegien, octroyen, costumen en willekeuren der stad Amstelredam* (Amsterdam, Smient, 1663), 256 (ordonnantie 2 april 1659, art. 6); *Der Stadt Hamburg Gerichtsordnung und Statuta* (Hamburg, Perthes, 1842), 231–232 (tit. 43, art. 6).

belangrijk verschil tussen de Franse praktijk van eenzijdige maatregelen enerzijds en de Italiaanse, Nederlandse en Duitse anderzijds, betrof de buitenbezitstelling. De vermelde Franse remedies (*arrêts de surséance*, *défenses générales*, *lettres de répit*) konden – in theorie – vanaf de oproeping van schuldeisers gepaard gaan met buitenbezitstelling van de debiteur. In dat geval werd een *syndic* aangesteld door de schuldeisers, die de goederen van de schuldenaar beheerde voor zolang de periode van bescherming liep en tot de schuldeisers een beslissing troffen over wat na het moratorium diende te gebeuren. In de praktijk echter kwam buitenbezitstelling of controle op de schuldenaar die zijn bedrijf voortzette weinig voor, ook omdat er geen procedureel kader bestond om dit te organiseren³⁷. Buiten Frankrijk werd de debiteur daarentegen uitdrukkelijk, en ook bij wet, onder toezicht geplaatst, zij het met de toelating zijn handel voort te zetten.

14. In achttiende-eeuws Frankrijk kon tijdens het tijdelijke moratorium een akkoord over verder betalingsuitstel en/of kwijtschelding worden gesloten. Overeenkomsten inzake termijnen (*atermoiement*) of kwijtschelding (*remise*) moesten door de gewone rechtbanken (niet de handelsrechtbanken) worden gehomologeerd³⁸. Dergelijke akkoorden werden doorgaans eerst bij een notaris afgesloten³⁹. In de achttiende-eeuwse Franse handelspraktijk was het gebruikelijk dat schuldenaren, zelfs voorafgaandelijk aan een formeel verzoek tot beslagbescherming, hun schuldeisers polsten om uitstel van betaling te verkrijgen, met de uitdrukkelijke vraag in het bezit van hun goederen te blijven⁴⁰.

15. Naast notarissen speelden de *juridictions consulaires* in Frankrijk een belangrijke rol bij het tot stand komen van akkoorden tussen schuldenaren en schuldeisers. Deze voorlopers van de huidige rechtbanken van koophandel waren in het midden van de zestiende eeuw ontstaan. Er zetelden uitsluitend gekozen handelaars-rechters en ze hadden een gecombineerde personele (tussen kooplieden) en materiële bevoegdheid (inzake handel)⁴¹. De rol van deze rechtbanken inzake insolventie was dubbel: ze waren enerzijds mettertijd bevoegd voor *faillite*, en voor akkoorden als uitkomst van onderhandelingen na insolventie, anderzijds

³⁷ S. CHOFFÉE, *La faillite*, 19–20. Choffée stelt *lettres de répit* en *défenses générales* gelijk inzake de verplichte vergadering van schuldeisers, en een mogelijke beslissing tot aanstelling van een *syndic*. Dupouy is op dit punt aarzelend, wat de *défenses générales* en *arrêts de surséance* betreft. Volgens een ordonnantie van augustus 1669, die niet werd verijnd door latere wetgeving en verklaringen van de overheid, gold een crediteurenvergadering met mogelijkheid tot aanstelling van een *syndic* enkel voor *lettres de répit*. Aanstelling van een *syndic* was dus voor geen van de drie vermelde remedies verplicht. Bovendien moest niet voor elk van de vermelde procedures een schuldeiservergadering worden gehouden. Een enige bescherming voor schuldeisers was in die gevallen een vage bepaling in de *Ordonnance sur le commerce* van 1673 (tit 11, art. 4), die stelde dat de debiteur met *lettres de répit* en *défenses générales* geen schuldeisers mocht bevoordelen. Zie Cl. DUPOUY, *Le droit des faillites*, 142–145.

³⁸ F. DESHUSSES, 23. *Histoire & Mesure* 2008, (19) 28–31; J. HILAIRE, *Introduction historique*, 322.

³⁹ G. ANTONETTI, “La faillite dans la pratique notariale à Paris aux XVIIe et XVIIIe siècles”, 63. *Le Gnomon* 1988, 4–11; G. ANTONETTI, “La crise économique de 1729–1731 à Paris d’après les règlements de faillites”, 2. *Études et documents du Comité pour l’histoire économique et financière de la France* 1998, 35–181; N. COQUERY, “Credit, Trust and Risk. Shopkeepers’ Bankruptcies in 18th-Century Paris”, in Th.M. Safley (ed.), *The History of Bankruptcy*, (52) 61–65; N. COQUERY en N. PRAQUIN, “Règlement des faillites et pratiques judiciaires. De l’entre-soi à l’expertise du syndic (1673–1889)”, 23. *Histoire & Mesure* 2008, (43) 48–51; Cl. DUPOUY, *Le droit des faillites*, 156.

⁴⁰ N. COQUERY, in Th.M. Safley (ed.), *The History of Bankruptcy*, (52) 65.

⁴¹ Algemeen over de *juridictions consulaires*: J. HILAIRE, *Introduction historique*, 73–75; J. HILAIRE, “Perspectives historiques de la juridiction commerciale”, in *Les tribunaux de commerce. Genèse et enjeux d’une institution* (Parijs: La Documentation française 2007), (9) 10–11; E. RICHARD, *Droit des affaires. Questions actuelles et perspectives historiques* (Rennes: Presses Université de Rennes 2005), 74–77, nrs. 78–83; R. SZRAMKIEWICZ en O. DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, 191–192. Zie ook D. DE RUYSSCHER, “Handel in oud en nieuw recht: lobbyen voor een afzonderlijk handelsrecht doorheen de geschiedenis”, 48. *TPR* 2011, (1599) 1623–1626.

konden de handelsrechters bemiddelen bij invordering van schulden en zo een overeenkomst over betalingsuitstel buiten faillissement bewerkstelligen.

16. Tot het derde kwart van de zeventiende eeuw waren de handelsrechtbanken volgens de wet niet bevoegd voor *faillite*, dat – net zoals *déconfiture* – tot de jurisdictie van de civiele rechtbanken behoorde. Gaandeweg deden kooplieden echter wel een beroep op de handelsrechtbanken voor die gevallen. De constante strijd tussen de handels- en de civiele rechtbanken op dit punt maakte echter dat de *juridictions consulaires* inzake faillissement (*faillite*) maar geleidelijk aan bevoegdheden verwierven. De *Ordonnance sur le commerce* van 1673 erkende dat indien na een *faillite* de verzamelde schuldeisers, die drie vierden van de schulden vertegenwoordigden, een akkoord bereikten, de lokale *jurisdiction consulaire* dat mocht homologeren⁴². Met deze *ordonnance* werden de handelsrechtbanken formeel – zij het gedeeltelijk – bevoegd voor insolventie. De vaagheid van de ordonnantie was nochtans erg groot, zodat civiele rechtbanken zich ook bevoegd konden achten. De onduidelijkheid was op bepaalde punten ook in het voordeel van de *juridictions*. Zo liet de *Ordonnance* het in het midden of niet-kooplieden “failliet” konden gaan of “bankroet” konden zijn, wat maakte dat de rechtbanken van koophandel soms procedures inzake faillissementen van niet-handelaars opvolgden⁴³. In alle vermelde gevallen waarin de vorstelijke raad tussenkwam (*répit, surséance*) en waarin buiten de rechtbank akkoorden werden gemaakt (van *atermoiement, remise*) waren de *juridictions* niet bevoegd om die overeenkomsten te bekrachtigen, maar de rechtbanken van koophandel moesten volgens de *Ordonnance sur le commerce* niettemin een *bilan* van de schuldenaar ontvangen⁴⁴. In 1715 werd bij wijze van tijdelijke crisismaatregel de bevoegdheid inzake akkoorden van *atermoiement* aan alle *juridictions consulaires* toevertrouwd⁴⁵. In 1733 werd bij wet echter opnieuw aangeknoopt bij de regels van 1673, maar sommige handelsrechtbanken hebben zich ook na 1733 – en in navolging van de oudere praktijk – bevoegd geacht om overeenkomsten tussen schuldenaren en schuldeisers te beoordelen⁴⁶.

17. Op grond van de verwarrende en beknopte regels in de *Ordonnance* van 1673 ontwikkelde zich in bepaalde *juridictions consulaires* een praktijk van verzoeken van debiteuren om buiten een faillissementsprocedure onderhandelingen op te starten onder leiding van door de rechtbank aangestelde commissarissen of externe bemiddelaars (*arbitres* of *arbitres-rapporteurs*). Deze benadering had een zekere wettelijke grondslag. Het plakkaat van Fontainebleau van 1560 had bepaald dat “arbitrage” (eigenlijk bemiddeling en advies door

⁴² *Ordonnance de Louis XIV ... pour le commerce, donnée à S. Germain en Laye au mois de Mars 1673 ...* (Parijs, s.n., 1709) (hierna *Ordonnance 1673*), 52 (tit. 11, art. 5–9).

⁴³ E. RICHARD, *Droit des affaires*, 552–555; R. SZRAMKIEWICZ en O. DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, 239–240.

⁴⁴ *Ordonnance 1673*, 44–45 (tit. 9, art. 1).

⁴⁵ F. DESHUSSES, 23. *Histoire & Mesure* 2008, (19) 27; P. DUPIEUX, “Les attributions de la juridiction consulaire de Paris, 1563–1793: l’arbitrage entre associés, commerçants, patrons et ouvriers au XVIIIe siècle”, 95. *Bibliothèque de l’École des Chartes* 1934, (116) 134.

⁴⁶ Bepaalde *juridictions* verkregen na 1733 nog officiële verlengingen van de (voordien als tijdelijk opgevatte) bevoegdheid, en zelfs tot de jaren 1770. Nochtans hebben ook andere *juridictions* zich na 1733 bevoegd geacht. Zie P. DUPIEUX, 95. *Bibliothèque de l’École des Chartes* 1934, (116) 134; G. LECLERC, *La juridiction consulaire de Paris pendant la Révolution* (Parijs: Plon 1909), 80–81; S. MOLINIER, “La juridiction consulaire de Besançon”, 120. *Jurisprudence* 2002, (69) 77–81. De *jurisdiction* van Rouen legde registers aan waarin akkoorden werden ingeschreven, sinds 1678 en gedurende de ganse achttiende eeuw. Zie H. LAFOSSE, *La juridiction consulaire de Rouen, 1556–1791* (Rouen: Defontaine 1922), 108–109 en 295. De meeste van de vermelde *juridictions* waren echter in een permanente diplomatie verwickeld om deze precare bevoegdheden te vrijwaren.

derden) een aangewezen methode van geschillenbeslechting tussen kooplieden vormde.⁴⁷ Bovendien stonden de *juridictions consulaires* grotendeels buiten de gerechtelijke organisatie: de procedure was er tamelijk soepel en informeel⁴⁸. De rechters konden dus een relatief grote rol opeisen. Dat maakte dat in bepaalde handelsrechtbanken de praktijk van het opgelegde akkoord ontstond, en dit zowel binnen als buiten de faillissementsprocedure. Een dergelijk gedwongen akkoord vormde een door de rechter opgelegd uitstel van betaling of kwijtschelding voor het geval de vereiste meerderheid niet werd behaald, of wanneer geen (duidelijke) meerderheidsregels golden. De voorzitter van de *Conservation des privilèges* in Lyon, die als enige Franse handelsrechtbank al sinds het midden van de zestiende eeuw onverdeeld voor faillissement bevoegd was, legde maatregelen ter bescherming van de schuldenaar op tegen de wil van de crediteuren in⁴⁹. Een dergelijk rechterlijk bevel kon een akkoord aan onwillige crediteuren opleggen. Een element van dwang bestond echter niet overal: in sommige *juridictions* was de voorzitter van de *assemblée* van schuldeisers, die na de start van een procedure van *faillite* bijeenkwam, een *syndic*. Dat was een vertegenwoordiger van de schuldeisers die instond voor het beheer van de boedel en die dus niet de autoriteit had om oplossingen op te leggen⁵⁰.

18. In de Nederlanden was het vooral Antwerpen dat inzake opgelegde akkoorden een voortrekkersrol op zich nam. Na een veralgemeende toepassing van beslag van goederen voor achterstallige schulden aan het einde van de vijftiende eeuw werd in 1516 in de Scheldestad een collectieve faillissementsprocedure ingesteld. Voor deficitaire nalatenschappen en voortvluchtige schuldenaars (handelaars en anderen) werd een vereffening georganiseerd ten behoeve van alle crediteuren, met een pondspondsgewijze verdeling voor niet-gewaarborgde schuldeisers⁵¹. De nadruk in wetgeving lag toen – net zoals in Frankrijk – nog op crimineel faillissement. Vanaf de late jaren 1520 ontstond nochtans een praktijk waarbij schuldenaren met betalingsproblemen zich konden melden en konden verzoeken om een verplicht onderhandelingsmoment onder leiding van vertegenwoordigers van het Antwerpse stadsbestuur, dat in deze tijd zowel de wetgevende, uitvoerende als rechterlijke macht over de stad had⁵². Functionarissen van de stad vroegen de schuldeisers dan om betalingsuitstel of kwijtscheldingen toe te staan en ze probeerden te voorkomen dat er procedures tot invordering werden gestart. Wie tegenstribbelde, werd overtuigd door de Antwerpse bestuurders. Ze pasten daarvoor uiteenlopende technieken toe: lange gesprekken, individuele oproeping of het uitnodigen van de vorstelijke instellingen om bepaalde schuldeisers het recht op procederen te ontzeggen⁵³. Dat had ook te maken met het ontbreken van regels over meerderheidsbeslissingen, die in Antwerpen pas in 1608 werden ingevoerd.

⁴⁷ *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420, jusqu'à la Révolution de 1789*, [F.-A.] Isambert, [M.] Decrusy en [A.-H.] Taillandier (eds.), XIV/1 (Parijs: Belin-Leprieur 1829), 51–52 (augustus 1560).

⁴⁸ D. DE RUYSSCHER, “Praktijkgerichtheid in de rechtbank van koophandel (19de–21ste eeuw): een uitgeholde traditie opnieuw ingevuld”, in D. De ruysscher (ed.), *Lekenparticipatie en rechtspreken: noodzaak of traditie?* (Antwerpen: Maklu 2013), (137) 141–142.

⁴⁹ J. GODART, *La juridiction consulaire à Lyon. La Conservation des privilèges royaux des foires, 1463–1791. Le Tribunal de Commerce, 1791–1905* (Lyon: Rey 1905), 94 en 96; J. VAESSEN, *Juridiction commerciale à Lyon sous l'ancien régime. Étude historique. Conservation des privilèges royaux des foires de Lyon, 1463–1795* (Lyon: Brun 1879), 155–169.

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld J. SAVARY, *Le parfait négociant, ou instruction générale pour ce qui regarde le commerce ...* (Amsterdam: Jansons 1726), I, 542.

⁵¹ D. DE RUYSSCHER, 76. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 2008, 309–313.

⁵² D. DE RUYSSCHER, in Th.M. Safley (ed.), *The History of Bankruptcy*, (185) 191–194.

⁵³ D. DE RUYSSCHER, “The Struggle for Voluntary Bankruptcy and Debt Adjustment in Antwerp (c. 1520–c. 1550)”, in A. Cordes en M. Schulte-Beerbühl (eds.), *Dealing with Economic Failure*, 77–95.

19. De Antwerpse benadering geleek sterk op de Venetiaanse. Al in 1395 had de Brede Raad van de *Serenissima* bepaald dat gevluchte schuldenaren die terugkeerden en hun boekhouding en een overzicht van hun goederen deponeerden niet werden vervolgd en gedurende een bepaalde tijd tegen beslag en arrestatie werden beschermd. Vertegenwoordigers van het stadsbestuur bemiddelden actief tussen de schuldeisers om een akkoord van betalingsuitstel en/of kwijtschelding van schulden te bereiken⁵⁴. Deze methode was na het midden van de achttiende eeuw ook gangbaar in Hamburg en Amsterdam. De Hamburgse *Faillitenordnung* van 1753 verleende een wanbetaler die te goeder trouw was de mogelijkheid een overeenkomst inzake afbetalingstermijnen en kwijtschelding te sluiten. Commissarissen van de stad ijverden voor een akkoord onder alle schuldeisers⁵⁵. De debiteur kon bovendien bij goedkeuring door drie vierden van de schuldeisers in het bezit van zijn goederen blijven, voor zolang de onderhandelingsprocedure liep⁵⁶. In 1777 voerde de stad Amsterdam een vergelijkbaar systeem in. Commissarissen van de Insolvente Boedelskamer moesten volgens de ordonnantie van dat jaar overeenstemming onder de schuldeisers trachten te bereiken⁵⁷. Anders dan in Antwerpen konden in Hamburg na 1753 de gewaarborgde schuldeisers, zelfs als ze hypotheek hadden, worden verplicht in te stemmen met een kwijtschelding. Dat maakte *pre-package deals* mogelijk. Het gebeurde regelmatig dat schuldenaren eerst onderhandelden vooraleer ze formeel hun insolventie, met een akkoord over een doorstart, aan de rechtbank voorlegden⁵⁸.

20. Anders dan in laat-achttiende-eeuws Amsterdam en Hamburg, bevond het opgelegde akkoord zich in Frankrijk in een juridische schemerzone. Het bestond enkel in de praktijk, slechts in bepaalde regio's, en miste grotendeels wettelijke grondslag. Maar ook in de vermelde handelssteden hing de impact van overheidsinterventies sterk af van het procedurele kader. In zestiende-eeuws Antwerpen vonden onderhandelingen plaats zonder steun in de geldende wetgeving en ontbraken regels inzake de stemming en meerderheden bij akkoorden, waardoor de invloed van bestuurders groot kon zijn. In Hamburg en Amsterdam daarentegen maakte de formalisering van onderhandelingsprocedures in wetgeving dat een actieve rol van de gedelegeerde rechters op grenzen kon botsen. Het beperkte procedurele kader kon een basis vormen voor rechterlijk ingrijpen, maar was vaak nadelig voor de schuldeisers. In Frankrijk leidde een te versnipperd geheel van procedures en een zwak wettelijk kader inzake buitenbezitstelling en boedelbeheer tot grote speelruimte voor debiteuren. Ze konden eenvoudig in het bezit blijven van hun goederen. Het niet neerleggen van een *bilan* bij de handelsrechtbank, wat nochtans verplicht was, werd niet gesanctioneerd⁵⁹. De gebrekkige oproeping van schuldeisers en de afwezigheid van transparantie over het aantal en de aard van de schulden van de wanbetaler maakte dat velen onder de crediteuren elk voorstel van akkoord aanvaardden⁶⁰. De debiteur had dus veel mogelijkheden, ook om fraude te plegen. Fictieve staten, zelfs met verzonden schuldeisers, kwamen voor⁶¹.

⁵⁴ M. RESSEL, in A. Cordes en M. Schulte-Beerbühl (eds.), *Dealing with Economic Failure*, (115) 123; U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, 105–106, 107–108.

⁵⁵ J.N. MISLER en J.G. MISLER, *Essai sur le droit de Hambourg touchant les faillites* (Geneva: Froullé 1781), 3 en 30–31.

⁵⁶ J.N. MISLER en J.G. MISLER, *Essai*, 20.

⁵⁷ M. ROESTOFF, "Skuldverligtingsmaatreëls vir Individue in die Suid-Afrikaanse Insolvensiereg: 'n historiese ondersoek", 11, *Fundamina* 2005, (78) 83.

⁵⁸ J.N. MISLER en J.G. MISLER, *Essai*, 25–27, 31.

⁵⁹ F. DESHUSSES, 23. *Histoire & Mesure* 2008, (19) 23.

⁶⁰ S. CHOFFÉE, *La faillite*, 74, 76.

⁶¹ S. CHOFFÉE, *La faillite*, 74; J. HILAIRE, *Introduction historique*, 317.

21. Alles in acht genomen werden procedures gericht op opgelegde akkoorden doorheen de tijd vaker uitzonderingen. In de vroegmoderne periode brak het romano-canonieke procesrecht door. Soepele benaderingen en informeel optreden van rechters werden daardoor minder mogelijk. Als algemeen principe gold – ook in handelsrechtbanken – steeds meer dat een akkoord slechts gold ten aanzien van zij die partij waren bij de overeenkomst. Meerderheidsoplossingen waren mogelijk, maar indien geen overeenstemming onder een meerderheid van crediteuren werd bereikt dan stond de rechter machteloos.⁶² De vrije ruimte van onderhandelen werd dus aanzienlijk vergroot wanneer gewone procesregels niet of slechts beperkt golden. Nochtans tonen de Antwerpse, Venetiaanse en Franse voorbeelden aan dat bemiddeling door overheidsvertegenwoordigers maar succesvol kon zijn wanneer een stok achter de deur bestond. In Antwerpen en Venetië gold een sterk uitgewerkte regeling die bij declaratie van insolventie of vlucht buitenbezitstelling, beheer van de boedel en indaging van schuldeisers oplegde⁶³. Schuldeisers hadden derhalve de zekerheid dat hun vorderingen minstens deels zouden worden verzilverd in het geval geen akkoord werd bereikt. In Frankrijk daarentegen waren bemiddeling door rechters of notarissen en een praktijk van onderhandelen buiten de rechtbank om gebruikelijk, maar ontbrak het vangnet van een coherente collectieve vereffeningsprocedure.

IV. DE CODE DE COMMERCE (1807): DE RECHTER NAAR DE ACHTERGROND

22. Op 1 januari 1808 werd de *Code de commerce* (1807) van kracht in Frankrijk en ook in het huidige België, dat immers onder het Franse *Empire* ressorteerde⁶⁴. Faillissement (*faillite*) en bankroet (*banqueroute*) werden behandeld in Boek III van dat wetboek. De *Code de commerce* bevatte zowel regels inzake de verdeling van de boedel en de afhandeling van het faillissement en *concordat* (d.i. een akkoord tussen schuldeisers en een gefailleerde) als bepalingen over de strafbaarstelling van misdrijven die ermee verband hielden. Het Napoleontische handelswetboek stelde de rechtbank van koophandel bevoegd voor *faillite* en – deels voor – *banqueroute*, maar ging niettemin uit van een sterk beperkte rol van die rechtbank. Dat vloeide vooreerst voort uit een crediteurgerichte visie, die zich uitte in een nadruk op strafbepalingen en een culpabilisering van gefailleerden. Verder speelde een vooropgestelde snelheid in procedure als motief om de slagkracht van de rechtbank te beperken. De enkele gevallen waarin een actieve tussenkomst mogelijk werd geacht, waren voornamelijk bedoeld om fraude van de gefailleerde en/of schuldeisers aan te pakken en niet om de belangen van de debiteur te beschermen. Daarnaast maakte de inpassing van de handelsrechtbanken in het gemene procesrecht dat bepaalde mogelijkheden tot actieve bemiddeling, zoals ze in het *ancien régime* bestonden, verdwenen. Achter deze drie doelstellingen sluimerde een opvatting van een beperkt instrumentarium om betalingsmoeilijkheden aan te pakken. Een economische benadering van insolventie ontbrak, ook omdat het faillissementsrecht nog grotendeels voor kooplieden en niet voor ondernemingen bedoeld was.

⁶² Over de invloed van fragmenten van het Romeinse *Corpus Iuris Civilis* op meerderheidsregels inzake akkoorden tussen schuldeisers en hun debiteur, zie F. MIGLIORINO, *Mysteria concursus. Itinerari premoderni del diritto commerciale* (Milaan: Giuffrè 1999), 148–150.

⁶³ G. CASSANDRO, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII–XVI con documenti inediti* (Turijn: Lattes 1938), 91–113; D. DE RUYSSCHER, “Designing the Limits of Creditworthiness. Insolvency in Antwerp Bankruptcy Legislation and Practice (16th–17th Centuries)”, 76. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 2008, 307–327.

⁶⁴ Algemeen over de totstandkoming en invoering van de *Code de commerce*, zie de bijdragen van Anne Lefebvre-Teillard, Cathérine Delplanque en Dirk Heirbaut in: G. Martyn en D. Heirbaut (eds.), *Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel. Bicentenaire du Code de commerce* (Brussel: KVAB Press 2009).

A. EEN STRENGE BENADERING

23. Rechtshistorici en economische historici hebben de regels inzake faillissement in de *Code de commerce* unaniem als streng aangemerkt⁶⁵, ook omdat de regering die het wetboek voorstelde zelf sprak van “*une loi sévère*”⁶⁶. Inzake strafmaatregelen en andere sancties voor gefailleerden was de benadering van de wetgever van 1807 strenger dan onder het *ancien régime*. Het meest sprekende voorbeeld daarvan vormt de strafbaarstelling van onzorgvuldig zakelijk beheer. Een veroordeling voor “*banqueroute simple*”, dat bestraft werd met een gevangenisstraf van een maand tot twee jaar, kon al bij “excessieve uitgaven” en “risicovolle beleggingen” (art. 586 *Code de commerce*) en was ook mogelijk voor onregelmatig gehouden boekhouding (art. 587). Afwezigheid van boekhouding kon zelfs worden gekwalificeerd als “*banqueroute frauduleuse*” (art. 594, tweede lid), dat met dwangarbeid werd bestraft (art. 402, tweede lid *Code pénal* van 1810)⁶⁷. Gelet op de uitgebreide voorschriften inzake boekhouding die de *Code de commerce* vooropstelde, waren dit uiterst strenge bepalingen. Elke handelaar diende immers niet alleen een journaal (geen grootboek!) bij te houden, maar tevens elk jaar een inventaris te maken van zijn activa en passiva (art. 8-9 *Code de commerce*). Het criminaliseren van een gebrek aan professionalisme, dat eigenlijk een niet-naleving van strenge formele vereisten was, ging veel verder dan het economisch strafrecht van vóór de Franse Revolutie, dat enkel veroordeling voor *banqueroute* bij kwaad opzet had voorgeschreven. Tijdens de besprekingen in de *Conseil d'État* over ontwerpen van de *Code de commerce* gaf de lage drempel voor een kwalificatie tot *banqueroute simple* aanleiding tot vragen, maar uiteindelijk werd er weinig gewijzigd⁶⁸.

24. Verder gold volgens de *Code de commerce de facto* een vermoeden van onregelmatigheid bij faillissement. De gefailleerde werd geacht fouten te hebben begaan of te kwader trouw te zijn. Dat bleek vooreerst uit de verplichte aangifte. Een *déclaration* vanwege een schuldenaar dat hij zich in staat van faillissement bevindt, werd aanzien als het signaleren van een verdachte toestand. Uit die te verhelpen omstandigheid vloeide een plicht tot handelen voort, om erger te voorkomen. Dit was geen vrijwillig faillissement zoals in de vroege achttiende eeuw in Engeland was ontstaan (*voluntary bankruptcy*). Dat verschaftte immers bij wijze van beloning voor diens medewerking aan de debiteur een aantal voordelen, zoals een *discharge* (d.i. kwijtschelding voor het restant na vereffening) (zie verder onder VI.).

25. Het *de facto* vermoeden van onregelmatigheid bleek verder uit de verplichte arrestatie van de gefailleerde. Zelfs wanneer hij zelf het *faillite* meldde, werd de debiteur gevangengezet in een arresthuis of onder bewaking gesteld (art. 455); de gefailleerde kon slechts worden

⁶⁵ N. COQUERY en N. PRAQUIN, 23. *Histoire & Mesure* 2008, (43) 46; J. HILAIRE, *Introduction historique*, 324–325; E. RICHARD, *Droit des affaires*, 574–575.

⁶⁶ J.G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ...*, XIX (Parijs: Treuttel en Würtz 1830), 536 en 549.

⁶⁷ In de rechtspraak werd kwaad opzet wel als vereiste vooropgesteld. Zie “*Faillite et banqueroute*”, in *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence ...*, XXIV (Parijs: Bureau de la jurisprudence générale 1851), (1) 447 nr. 1430.

⁶⁸ J.G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle*, XIX, 359–360. In verband met artikel 587, dat het onregelmatig houden van boeken als *banqueroute simple* kwalificeerde, wierpen sommige leden op dat vele kleine handelaars ongeletterd waren of althans geen verstand van boekhouding hadden. Een verzachting daarop bestond erin dat gebrekkige boeken enkel tot “eenvoudig bankroet” zouden leiden als ze achterstallen camouflerden en dat het niet volstond dat ze “onregelmatig” waren. Nochtans werd de tekst van de wetsbepaling niet substantieel gewijzigd en ook voor het overige bleven de bepalingen inzake *banqueroute simple* behouden, zoals bijvoorbeeld het deel van artikel 586 dat “excessieve uitgaven” strafbaar stelde. Zie ook S. CHOFFÉE, *La faillite*, 200–202.

vrijgelaten als zijn onschuld vaststond. Het redactiecomité maar ook Napoleon zelf hadden hier sterk de nadruk op gelegd⁶⁹. Het ontwerp van de *Code de commerce* werd op dit punt door de hoven en rechtbanken, die het voor advies kregen toegestuurd, als een aantasting van de persoonlijke vrijheid en van het vermoeden van onschuld beschouwd. Op vragen in die zin tijdens de bespreking van de ontwerp teksten in de *Conseil d'État* repliceerde Napoleon dat de gevangenzetting een onderzoeksdaad vormde. De keizer vergeleek de aangifte van een faillissement met een jachtongeval waarbij een dodelijk slachtoffer was gevallen: degene die het ongeval had veroorzaakt moest eveneens worden aangehouden totdat het onderzoek meer klaarheid schiep⁷⁰. Uiteindelijk werd aanvaard dat in hoofde van de *failli* geen vermoeden van schuld in de juridische zin bestond, maar dat er toch minstens arrestatie zou zijn en dat steeds een onderzoek zou worden gevoerd. Dat laatste zou – als de gefailleerde onschuldig bleek – “een officiële bevestiging van zijn goede trouw vormen”⁷¹! In vele gevallen was de debiteur bij het begin van de faillissementsprocedure al gevangen genomen wegens schulden (*contrainte par corps*) en vorderden de schuldeisers een vonnis van faillietverklaring als geen of onvoldoende betalingen volgden. In dat geval bevestigde de rechtbank van koophandel de opsluiting⁷². Volgens de *Code de commerce* kon de rechtbank bij aanvang van de procedure niet beslissen de gefailleerde niet op te sluiten of onder bewaking te plaatsen, zelfs niet wanneer die laatste het eigen faillissement had aangebracht. Wel kon een *saufconduite*, een “vrijgeleide”, worden toegestaan, maar enkel nadat het faillissement was geopend en de debiteur van zijn vrijheid was beroofd (art. 466).

B. HET DOEL VAN EEN SNELLE PROCEDURE

26. Het was onder gelding van de *Code de commerce* relatief eenvoudig om tot een faillissement te (laten) besluiten. Dat had niet alleen met (*de facto*) vermoede fraude in hoofde van de gefailleerde, maar ook met de opgelegde snelheid van de procedure te maken. De aangifte van één enkele schuldeiser was voldoende om een vonnis van faillissement uit te lokken (art. 449). Aangezien *faillite* als een verdachte toestand werd beschouwd, diende de rechtbank onmiddellijk, van bij ontvangst van een melding van faillissement, en als de rechtbank oordeelde dat er inderdaad faillissement was, bij vonnis de zegels te laten leggen (art. 449). Bovendien werd in datzelfde vonnis een rechter-commissaris (“*juge-commissaire*”), uit de leden van de rechtbank, aangesteld en werden agenten (“*agents*”) tot voorlopig beheer van de boedel benoemd (art. 454).

27. In theorie kon de rechtbank aangiften van *faillite* door schuldeisers afwegen en diende ze te oordelen of er inderdaad sprake was van faillissement. De vage omschrijving van de voorwaarden van *faillite* in de wet (“*cessation de paiement*”, “staking van betaling”) wees er echter op dat het niet de bedoeling was dat de verklaringen van aangevende schuldeisers

⁶⁹ Over de rol van Napoleon, zie S. CHOFFÉE, *La faillite*, 136–137, 140–142; B. COLSON, “Napoléon et l’élaboration du Code de commerce”, in Y. Pouillet, P. Wynants en P. Wéry (eds.), *Liber amicorum Michel Coipel* (Brussel: Kluwer 2004), (3) 10–12; A. PADOA-SCHIOPPA, “Napoleone e il “Code de commerce””, in *Studi in onore di Cesare Grassetti* (Milaan: Giuffrè 1980), II, 1325–1354 [herdrukt in A. PADOA-SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale* (Milaan: LED 1992), (89) 92–94].

⁷⁰ J.G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle*, XIX, 477. Een ander voorbeeld van Napoleon (op p. 478) betrof de kapitein wiens schip ten onder ging: ook hij werd vastgehouden tot er duidelijkheid was over zijn schuld of onschuld. Zie ook S. CHOFFÉE, *La faillite*, 133–134, 138–140.

⁷¹ J.G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle*, XIX, 479–480. Zie ook *Ib.*, 462 en 463–464 (opinion van Merlin de Douai die een gematigde visie had).

⁷² Het *depôt* (opsluiting in een arresthuis) van een gefailleerde en *contrainte par corps* waren niet identiek, maar toch sterk gelijkend. Zie R.Th. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l’ordre du Code ... De la contrainte par corps ...* (Brussel: Larcier 1848), 89–90 nrs. 56–57.

uitgebreid werden getoetst⁷³. De rechter-commissaris diende in het bijzonder op de snelle verificatie van schuldvorderingen (art. 501) en inventarisatie toe te zien, op korte termijn de vergaderingen van schuldeisers te organiseren en voor een spoedige implementatie van hun beslissingen (in het bijzonder inzake liquidatie of het sluiten van een *concordat*) te zorgen (art. 458, tweede lid: “*il sera chargé spécialement d’accélérer ...*”). Snelheid was voor de wetgever een belangrijke reden geweest om het toezicht over de beheerders (*agents*, daarna *syndics*) en de controle van de schuldvorderingen aan een rechter-commissaris, en niet aan de ganse rechtbank, toe te vertrouwen⁷⁴.

28. De verplichte snelheid diende in de eerste fase van de procedure om de buitenbezitstelling te garanderen. Eén van de tekortkomingen van de *Ordonnance* van 1673 was geweest dat de debiteur na de start van het *faillite* vaak in het bezit van zijn goederen was gebleven, waardoor frauduleuze vervreemdingen gemakkelijk konden worden georganiseerd⁷⁵. Dit motief sloot dus aan bij de *de facto* vermoede onregelmatigheid in hoofde van de gefailleerde. Een andere beweegreden lag eveneens aan de verplichte snelle afhandeling ten grondslag: één van de doelstellingen van de wetgever was het beperken van de proceskosten, van de kosten van boedelbeheer en van de openbare verkoop voor de schuldeisers⁷⁶. In negentiende-eeuwse Franse en Belgische literatuur werd de doelstelling van snelheid in de procesgang en het beheer van het faillissement steeds in de verf gezet. Hoewel de regels in *Code de commerce* na verloop van tijd op het vlak van kostenpreventie als een mislukking werden ervaren, werden het motief van fraudepreventie door onmiddellijke buitenbezitstelling⁷⁷ en het aanstellen van een rechter-commissaris om redenen van snel beheer⁷⁸ toch als positief ervaren.

29. Het haastwerk speelde in het voordeel van de schuldeisers. Ze waren nauw betrokken bij het opstellen van de lijst van schuldvorderingen: de agenten (*agents*), die in het vonnis dat het faillissement opende werden aangesteld en die het *bilan* moesten samenstellen als de gefailleerde dat niet afleverde, waren in de regel zelf schuldeisers (art. 456)⁷⁹. Dat was ook vaak het geval voor de *syndics provisoires*, die na de eerste bijeenkomst van schuldeisers de *agents* opvolgden (art. 480)⁸⁰. De *syndics définitifs* werden aangesteld wanneer de

⁷³ E. RICHARD, *Droit des affaires*, 582–583. Voor een uitvoerige analyse van het begrip “*cessation de(s) paiement(s)*”, waarover zowel tijdens de voorbereiding van de *Code de commerce* als na afkondiging van het wetboek uiteenlopende visies bleven bestaan, zie T. NOËL, *La pratique du droit de la faillite dans le ressort de la Cour d’Appel de Rennes au XIXe siècle*, onuitgegeven doctoraatsverhandeling Université de Rennes 1, I, 57–96.

⁷⁴ Zie bijvoorbeeld J.G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle*, XIX, 207 en 225. Zie ook J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce* (Parijs: Gamery 1811), V, 423–424. Dit motief is onderbelicht gebleven in de literatuur, die de wording van de *Code de commerce* doorgaans in termen van economisch idee ngood en overheidsinmenging duidt. Zie bijvoorbeeld S. CHOFFÉE, *La faillite*, 117.

⁷⁵ J.G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle*, XIX, 77–91. Zie ook S. CHOFFÉE, *La faillite*, 74.

⁷⁶ Volgens het *exposé des motifs* was “*une vente prompte et peu dispendieuse*”  en van de doelstellingen. Zie J.G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle*, XIX, 556.

⁷⁷ Zie bijvoorbeeld P.-J. MAERTENS, *Commentaire de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis* (Brussel: Pollack-Duvivier 1863), 248–249 nr. 279, 249 nr. 282 en 266–267 nr. 305. Maertens oordeelde dat het beheer door drie opeenvolgende beheerders (*agents*, *syndics provisoires* en *syndics définitifs*) alles vertraagde en de kosten de hoogte in joeg.

⁷⁸ Bijvoorbeeld P.J. NAMUR, *Le Code de commerce belge révisé ...* (Brussel: Bruylant 1877), 216 nr. 1702.

⁷⁹ Dit artikel bepaalde dat ze uit de (vermoede) schuldeisers konden worden gekozen. In de roman *C sar Biroteau* van Honoré de Balzac, die in detail vele praktijken van de rechtbank van koophandel inzake faillissement uiteenzet, wordt bevestigd dat de *agents* vrijwel steeds schuldeisers waren. Zie E. RICHARD, *Droit des affaires*, 575. Er was een duidelijke *incentive* om schuldeisers tot *agents* aan te stellen, aangezien die niet mochten worden vergoed (art. 485) en ze dus goedkoper waren dan *agents* die geen schuldeiser waren en een uitkering ten laste van de boedel ontvingen (art. 483).

⁸⁰ De rechtbank benoemde de *syndics* op basis van een lijst van door de vergadering van schuldeisers voorgedragen kandidaten. In vele gevallen ging het om schuldeisers. Een richtlijn van het Franse ministerie van

schuldeisers beslisten tot een vereffening. Al de vermelde beheerders handelden in principe onder toezicht van de rechter-commissaris (art. 459), maar gelet op de korte termijnen en hun bevoegdheden waren ze grotendeels autonoom. In de praktijk was één en dezelfde persoon vaak opeenvolgend *agent* en *syndic*⁸¹. De *syndics (provisoires)* speelden een cruciale rol in het strafonderzoek. Ze dienden volgens het wetboek binnen de acht dagen na hun aanstelling een rapport (“*mémoire ou compte sommaire*”) over de omstandigheden en aard van het faillissement door te spelen aan de *magistrat de sûreté*, het parket (art. 488). Het openbaar ministerie kon *ex officio* optreden, maar vaak volgde strafvervolgning voor faillissement wanneer de *syndics (provisoires)* in hun rapport aanwijzingen opnamen die dat toelieten⁸². Het was in de praktijk gebruikelijk dat de *syndic (provisoire)* een verslag opstelde over de oorzaken van het faillissement, op basis waarvan de vergadering van schuldeisers besliste over *concordat* of openbare verkoop. Dat rapport omvatte zowel een inventaris van de boedel als indicaties over de schuld van de gefailleerde⁸³. Die laatste gegevens speelden een cruciale rol in een beslissing over strafrechtelijke vervolging⁸⁴. De *syndics* en rechter-commissaris dienden tijdens hun werkzaamheden ook alle elementen aan de *magistrat de sûreté* mee te delen die relevant waren voor een strafonderzoek⁸⁵. De rechter-commissaris kon verder eigenhandig ondervragingen van betrokkenen organiseren (art. 474). De rechter-commissaris moest bij een beslissing over het al dan niet instellen van een strafvordering snel op de hoogte worden gebracht (art. 490).

30. Het vooruitschuiven van een rechter-commissaris leidde ertoe dat de rechterlijke toetsing in vele fasen van de procedure beperkt was. Tijdens de voorbereiding van de *Code de commerce* werd erop gehamerd dat de rechter-commissaris geen rol had in het beheer van de boedel, maar slechts toezicht uitoefende. Dat toezicht was bedoeld om de belangen van alle schuldeisers te vrijwaren en was om die reden omvattend⁸⁶. De rol van de rechter-commissaris was een twistpunt geweest in de aanloop naar het uiteindelijke wetboek. In het eerste ontwerp van de *Code de commerce* (december 1801) werd uitgegaan van een regeringscommissaris die streng zou toekijken op het verloop van de procedure, de overheid vertegenwoordigde en zelfs deelnam aan de vergadering van schuldeisers. Bovendien zou die commissaris de opdracht van curator uitoefenen: hij stond in voor de inventaris en het stellen van daden van bewaring. Protest van de hoven en rechtbanken over de verregaande inmenging van de overheid in wat als een zaak van de schuldeisers werd beschouwd, maakte dat de rechter-commissaris uiteindelijk een gedelegeerd rechter werd⁸⁷. De wettelijke

Justitie d.d. 8 juni 1838 bepaalde: “*prendre les syndics parmi ceux des créanciers connus qui inspirent le plus de confiance, telle doit être la règle générale*”. Nochtans bestond in de rechtbank van koophandel van Parijs de praktijk om een kleine groep van personen aan te spreken, die meestal geen aanspraken hadden tegen de gefailleerde. Zie, zowel voor de richtlijn als voor de Parijse praktijk, “Faillite et banqueroute”, in *Répertoire méthodique*, XXIV, 1851, (1) 158–159 nr. 414.

⁸¹ J. HILAIRE, *Introduction historique*, 327.

⁸² In het negentiende-eeuwse Parijs was dat het geval: V. REBOLLEDO-DHUIN, *La librairie et le crédit. Réseaux et métiers du livre à Paris (1830–1870)*, onuitgegeven doctoraatsverhandeling Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2011, 223–224.

⁸³ Een dergelijk rapport was niet voorgeschreven in het wetboek. Wel gold een rapporteringsplicht over deze elementen tegenover de vergadering van schuldeisers, onder toezicht van de rechter-commissaris. Zie art. 517 *Code de commerce*.

⁸⁴ Althans in negentiende-eeuws Parijs: V. REBOLLEDO-DHUIN, *La librairie et le crédit*, 238–239, 244.

⁸⁵ Dit bleek uit de voorbereidende werken, minder uit de wet. Zie S. CHOFFÉE, *La faillite*, 153–154.

⁸⁶ J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, VI, 88–89.

⁸⁷ S. CHOFFÉE, *La faillite*, 108–127, 327–333; S. EUZEN, “Doctrines et faillite pendant la première moitié du XIX^e siècle: la leçon de Vincens le précurseur”, *Revue juridique de l’Ouest* 1996, (195) 209; Ph. PASCHEL, “L’apparition de l’intérêt public dans le droit des faillites. Le commissaire du gouvernement du projet de code de commerce de 1801”, *Forum Historiae Juris*, 2014, <http://www.forhistiur.de/2014-03-paschel/>.

delegatie aan de rechter-commissaris van taken van de rechtbank was nochtans vaak verregaand; volgens de letter van de *Code de commerce* was de rechter-commissaris de voornaamste controleur van de ingediende schuldvorderingen; *de facto* was hij de enige, de rechtbank zelf bleef grotendeels op de achtergrond (art. 501–513, art. 635, 4°).

C. DE DOMINANTIE VAN DE INZICHTEN VAN DE SCHULDEISERS

31. Zowel de rechtbank als de door haar aangestelde *juge-commissaire* beperkte zich volgens de geest van het (uiteindelijke) wetboek tot het homologeren van de beslissingen van de schuldeisers. De rol van de rechter-commissaris in de vergaderingen van schuldeisers was niet bedoeld om (ook) over de belangen van de debiteur te waken, maar integendeel enkel om valse schuldeisers af te schrikken en de rechten van minderheidsschuldeisers te beschermen⁸⁸. Bovendien gold een achterliggende opvatting dat remedies bij betalingsmoeilijkheden beperkt waren. Enkel vereffening of betalingsuitstel werden geacht daaraan te kunnen verhelpen. De rechter-commissaris kon als voorzitter de vergadering van schuldeisers wel toespreken (art. 515), maar moest zich neerleggen bij haar oordeel. De verenigde schuldeisers beslisten tot liquidatie (*contrat d'union*) of ze stonden een *concordat* toe, waarin betalingsuitstel werd verleend. Kwijtschelding was niet de regel, temeer daar de schuldenaar maar kon gerehabiliteerd worden als alle schulden werden terugbetaald (zie verder). De debiteur deed voorstellen van een *concordat*. Voor een *concordat* was een gewone meerderheid in hoofden vereist, die bovendien minstens drie vierden van de schulden (in omvang) vertegenwoordigde (art. 519). Als geen *concordat* werd gemaakt, werd een *contrat d'union* bij gewone meerderheid (in hoofden) van de aanwezige schuldeisers gesloten (art. 527)⁸⁹ en in dat geval werden de goederen van de debiteur uitgewonnen en openbaar verkocht. Garanties tegen hun beslissingsmacht (bijvoorbeeld meerderheidsregels) hadden slechts de bescherming van andere, minderheidsschuldeisers tot doel; er waren geen expliciete wettelijke garanties voor de debiteur en ook uit de voorbereiding van de wet blijkt die bedoeling niet. De rechtbank homologeerde een *concordat* weliswaar, maar dit werd uitgelegd als het registreren en het verbindend maken van een overeenkomst gesloten door een meerderheid van schuldeisers ten aanzien van zij die niet akkoord waren⁹⁰. De homologatie vormde dus, volgens de wetgever, geen bijkomend moment van toetsing, bijvoorbeeld aan de belangen van de debiteur⁹¹.

32. De almacht van de vergadering van schuldeisers blijkt ook uit de beperkte remedies die de rechtbank ter beschikking stonden om de debiteur tegen een overbodige liquidatie of langdurige gevangenschap te beschermen. De debiteur die geen *saufconduite* had genoten, in de gevangenis was opgesloten en geen *concordat* verkreeg, kon enkel een *cession judiciaire* vragen (art. 569)⁹². Dat was een variant van *cession de biens*, dat al in het *ancien régime* was gekend: een afstand van het ganse vermogen in ruil voor vrijlating uit de gevangenis en een tijdelijke bescherming tegen opsluiting⁹³. *Cession judiciaire* vormde een gunst vanwege de

⁸⁸ J.G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle*, XIX, 280–281.

⁸⁹ De *Code de commerce* bepaalde niet wat er diende te gebeuren als noch de meerderheid voor *concordat*, noch de meerderheid voor *union* werd bereikt. In de rechtspraak werd een akkoord tot vereffening onder slechts enkele schuldeisers vaak al voldoende geacht. Zie “Faillite et banqueroute”, in *Répertoire méthodique*, XXIV, 1851, (1) 296 nr. 917.

⁹⁰ J.G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle*, XIX, 281. Zo ook de Franse rechtspraak van de eerste helft van de negentiende eeuw: “Faillite et banqueroute”, in *Répertoire méthodique*, XXIV, 1851, (1) 254–260 nrs. 755–781.

⁹¹ J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, III, 523 “L’homologation n’étant qu’une simple formalité”.

⁹² Zie ook “Faillite et banqueroute”, in *Répertoire méthodique*, XXIV, 1851, (1) 153–154 nr. 397.

⁹³ Over *cession de biens* in Frankrijk voor de Franse Revolutie, zie: R. SZRAMKIEWICZ en O. DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, 244–245.

rechtbank van koophandel. In geval de debiteur te goeder trouw was en de schuldeisers meewerkten, stond een *cession volontaire*, een afstand in overleg met de schuldeisers, open (art. 566–567)⁹⁴. Nochtans was dat een uitzonderlijke uitkomst. Bij de minste aanwijzing van *banqueroute* brak de rechter-commissaris de gesprekken met de schuldeisers af en was elk akkoord, ook over *cession volontaire*, uitgesloten (art. 521). Als er sprake was van *banqueroute frauduleuse* was evenmin *cession judiciaire* mogelijk (art. 905 *Code de procédure civile* 1806). Nadat de aantijgingen waren weerlegd, of een veroordeling voor *banqueroute simple* was uitgesproken, waren *cession judiciaire* en vrijlating uit de gevangenis mogelijk. In dat geval kon de rechtbank slechts noteren dat alle goederen van de schuldenaar zouden worden uitgewonnen en openbaar verkocht, in ruil voor vrijlating. Een kwijtschelding door de rechtbank voor het restant van de schulden die niet door opbrengsten van verkochte activa werden gedekt, was in dat geval niet mogelijk (art. 568). Als principe gold immers opnieuw dat alleen de schuldeisers dat konden toestaan.

33. Eenzelfde benadering speelde ten aanzien van de rehabilitatie. Rehabilitatie was vereist voor de gefailleerde noodzakelijk om opnieuw handel te kunnen drijven (art. 614) en ze werd toegekend door het hof van beroep. Voorwaarden waren dat de rechtbank van koophandel de schuldenaar verschoonbaar had verklaard (dit was het geval wanneer geen indicaties van misdrijven waren vastgesteld) of dat in geval van *banqueroute simple* de gefailleerde zijn straf had uitgevoerd (art. 613). Rehabilitatie na *banqueroute frauduleuse* was niet mogelijk (art. 612). Een bijkomende voorwaarde was dat alle schulden betaald waren (art. 605). Het verzoek werd geafficheerd, waarop niet-betaalde schuldeisers maar ook andere belanghebbenden verzet tegen de rehabilitatie konden aantekenen (art. 608). Deze regels waren uitdrukkelijk ingegeven door een wantrouwen tegenover de gefailleerde. Dit bleek bijvoorbeeld nog uit het feit dat een geschreven kwijting niet als een voldoende bewijs voor betaling werd beschouwd; tijdens de besprekingen in de *Conseil d'État* werd benadrukt dat soms valse kwijtingen werden gebruikt⁹⁵.

D. DE INBEDDING VAN DE HANDELSRECHTBANKEN IN HET GEMEEN PROCESRECHT

34. In vergelijking met sommige *juridictions consulaires* van het *ancien régime* was de rol van de rechter-commissaris en van de rechtbank van koophandel, zoals hierboven werd aangegeven, sterk verzwakt. De rechtbank en vooral de rechter-commissaris keken toe op het vlotte verloop van de procedure, maar inhoudelijk toetsten ze de beslissingen van de schuldeiservergadering niet en ze bemiddelden evenmin. Dat vloeide voort uit de vermelde voorkeuren voor snelheid en de beslissingsbevoegdheid van de schuldeisers. De *Code de procédure civile* van 1806 ging verder al uit van een beperkte rol van de rechter in civiele zaken. Het wetboek was ingegeven door een beperking van “*l'arbitraire du juge*”. Het legde veel procedurele beperkingen op om activisme vanwege de rechter te vermijden. Een civiele rechtszaak werd beschouwd als “*la chose des parties*”.⁹⁶

35. Er speelde daarbij ook een beperkte visie inzake de reikwijdte van mogelijke oplossingen; aangezien hetzij vereffening hetzij tijdelijk uitstel als enige mogelijkheden werden beschouwd was noch uitgebreide beraadslaging onder de schuldeisers, noch een economische toets

⁹⁴ De vereiste van goede trouw was voorgeschreven door art. 1268 van de *Code civil*; een paragraaf in dat wetboek met zes artikelen regelde *cession de biens*. Zie ook art. 898–906 *Code de procédure civile* 1806.

⁹⁵ J.G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle*, XIX, 351.

⁹⁶ S. DAUCHY, “La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1806”, in L. Cadet and G. Canivet (eds.), *1806 – 1976 – 2006. De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France* (Parijs: LGDJ 2006), 77–89.

vanwege de rechtbank noodzakelijk. Op dat vlak was ook de inschatting van faillissement als een zaak van kooplieden belangrijk. De *Code de commerce* sprak over “gefailleerden”, niet over failliete rechtspersonen. Er waren zelfs nauwelijks regels voor een dergelijke situatie. In artikel 452 bepaalde het wetboek dat bij een faillissement van vennoten in een collectieve vennootschap de zegels niet alleen bij elk van de vennoten werd gelegd, maar ook in het lokaal van de vennootschap. Artikel 440 tweede lid maakte gewag van het faillissement van een vennootschap onder firma (*société en nom collectif*); alle *in solidum* aansprakelijke vennoten dienden in de aangifte van faillissement te worden vermeld. Het is duidelijk dat in de optiek van de Napoleontische wetgever enkel personenvennootschappen failliet konden gaan en dat in die gevallen ook de vennoten elk op zichzelf failliet waren.⁹⁷

36. De verminderde macht van de rechtbank van koophandel als onderhandelaar in faillissementszaken had ook een pendant in andere procedures. Omwille van het inpassen van de *tribunaux de commerce* in het procesrechtelijk kader van de *Code de procédure civile* van 1806, waardoor de *Code de commerce* slechts beperkte uitzonderingen voor die rechtbanken voorzag, stonden bepaalde procedurele praktijken uit het *ancien régime* in de vroege negentiende eeuw sterk onder druk. De rechtbank van koophandel kon geschillen inzake invordering van schulden niet langer aan *arbitres-rapporteurs* delegeren. Een doorverwijzing betrof nu vooral de beoordeling van bewijsmateriaal. Het Napoleontische wetboek van procedure maakte immers een strikt onderscheid tussen deskundigenonderzoek, bemiddeling en arbitrage: een zogenaamde “*arbitre-examineur*” aangesteld door de rechtbank van koophandel kon enkel bewijs inspecteren of trachten te verzoenen (art. 429), maar hij mocht geen oordeel vellen. Een rapport van een dergelijk arbiter mocht geen voorbereiding van vonnis bevatten⁹⁸. De onduidelijke wetgeving en vooral de inschakeling van *arbitres* in een procesrechtelijk kader, wat allerlei discussies toeliet, maakten de verwijzing van zaken naar *arbitres-examineurs* veel minder aantrekkelijk⁹⁹. Het is dan ook niet verwonderlijk dat in de Parijse rechtbank van koophandel de oude procedure van verwijzing naar *arbitres-rapporteurs* nog wel voorkwam, maar sinds 1806 uitzonderlijk was. In 1838 bijvoorbeeld werd in minder dan 5 % van de aangebrachte zaken een dergelijke *arbitre* aangesteld. In de late jaren 1800 en in de jaren 1810 waren die percentages nog lager¹⁰⁰. Voor de Belgische rechtbanken van koophandel zijn er op dit punt, voor deze en ook voor latere periodes, helaas geen cijfers beschikbaar.

37. In het *ancien régime* had de beperkte wetgeving inzake procesregels en het verbrokkelde karakter van het gerechtelijk landschap de *juridictions consulaires* de mogelijkheid geboden om disputen inzake betalingsachterstanden op te lossen door middel van “zachte” remedies, zoals bemiddeling door en onderhandelingen onder leiding van *arbitres-rapporteurs* en commissarissen-rechters. De sterkere inbedding van de *tribunaux de commerce* in het gerechtelijk apparaat en het algemeen toepasselijke en strengere procesrecht sinds de Napoleontische codificaties leidden er echter toe dat vele vormen van informele geschillenbeslechting niet meer konden worden toegepast. In het algemeen opteerde de Napoleontische wetgever in de *Code de commerce* voor bijzondere procesregels om de procedure te versnellen, maar waren ze sterk gericht op liquidatie. Noch het gemene

⁹⁷ E. RICHARD, *Droit des affaires. Questions actuelles et perspectives historiques* (Rennes: Presses universitaires de Rennes 2007), 589 nr. 1287.

⁹⁸ J.G. LOCRIÉ, *Esprit du Code de commerce*, IV, 266–272.

⁹⁹ Het is mogelijk dat het sterker aanleunen van de *arbitres-examineurs* bij *experts* tot gevolg had dat meer kosten dan voordien werden aangerekend.

¹⁰⁰ Cl. LEMERCIER, *Un modèle français de jugement des pairs. Les tribunaux de commerce, 1790–1880*, onuitgegeven *mémoire d'habilitation* Université de Paris VIII 2012, 180 en 181.

procesrecht, noch de bijzondere procesbepalingen inzake *faillite* boden bescherming voor de schuldenaar. Een optreden vanwege de rechtbank tegen de meerderheidsvisie van de crediteuren in werd onmogelijk geacht.

38. Dat stimuleerde tot acties vanwege schuldenaren buiten de rechtbanken om. Er zijn aanwijzingen dat in het vroege België, toen de Napoleontische wetboeken nog ongewijzigd van toepassing waren, buitengerechtelijke akkoorden frequent voorkwamen. Statistieken van de periode tussen 1830 en 1845 tonen aan dat een groot deel van de *faillites*, die dus bij de rechtbank van koophandel werden aangegeven, en die niet met liquidatie werden beslecht, niet door *concordat* maar wel na buitengerechtelijke acties werden beëindigd¹⁰¹. Allicht betrof dit ook een voortzetting van een oudere praktijk van onderhandelde oplossingen. In Frankrijk werden in 1840 meer dan 50 % van de gevallen van *faillite* met een gerechtelijk *concordat* beëindigd¹⁰². Dat was aanzienlijk meer dan in België. Toch werd ook in Frankrijk algemeen geklaagd over de vele buitengerechtelijke demarches van schuldenaren¹⁰³. Bepaalde handelsrechtbanken lieten zelfs vergaderingen onder schuldeisers toe buiten de faillissementsprocedure en gingen enkel over tot die laatste procedure wanneer een oplossing in der minne onmogelijk bleek¹⁰⁴. De strenge aanpak van de Napoleontische wetgever had in de praktijk geleid tot een gebrek aan medewerking van schuldenaren én schuldeisers. Die laatsten verkozen akkoorden, binnen maar vooral buiten de rechtbank, om de vele kosten te ontlopen en uit onzekerheid over de identiteit en het gewicht van andere schuldeisers¹⁰⁵. Omwille van de dreiging van de strenge faillissementsprocedure was het nog heel frequent in vroeg negentiende-eeuws Frankrijk dat handelaars wegvluchtten¹⁰⁶.

V. DE BEPERKTE TERUGKEER VAN HET ANCIEN RÉGIME (CA. 1830-CA. 1850): SALVOCONDOTTO MAAR GEEN BEMIDDELING EN DWANGAKKOORD

A. DE FRANSE WET VAN 28 MEI 1838: BESTENDIGING VAN HET NAPOLEONTISCHE KADER

39. In 1826 besloot het Franse Parlement tot een onderzoek naar de impact en werking van de *Code de commerce* op het vlak van faillissement. Aanleiding vormden klachten over trage en dure procedures¹⁰⁷ en de vaststelling dat vele faillissementen bleven aanslepen en een groot

¹⁰¹ Zie *Compte de l'administration de la justice civile en Belgique pendant les années judiciaires 1839–40, 1840–41, 1841–42, et 1842–43, présenté au Roi par le ministre de la justice* (Brussel, Imprimerie Moniteur Belge, 1845), *Appendice*, xxx. Van 1523 *faillites* die van januari 1830 tot en met december 1844 werden geopend, hetzij op aangifte van de debiteur, hetzij op initiatief van (een) schuldeiser(s), werden er 373 met liquidatie beëindigd (24,9 %) en 272 met *concordat* (17,9 %). 37 aangiften werden herroepen. In 53 dossiers werd een buitengerechtelijk akkoord als reden voor niet-voortzetting gemeld. 282 oudere dossiers waren in januari 1845 formeel niet beëindigd, en hingen sinds lange tijd op de rol. Ook voor die zaken kan men een minnelijke regeling vermoeden, hoewel dat niet in het dossier werd vermeld. Als men de recent geopende dossiers (253) uit het totaal haalt (voor deze zaken was de uitkomst in januari 1845 dus nog onduidelijk), dan betreffen de “buitengerechtelijke” oplossingen 29,29 % van de dossiers (372 van 1270), en 41,5 % van de minnelijke afhandelingen van *faillites* (372 van 897).

¹⁰² P.-C. HAUTCEUR en N. LEVRATTO, “Petites et grandes entreprises face à la faillite au XIXe siècle en France: du droit à la pratique”, niet-gepubliceerde maar publieke paper, <http://economix.u-paris10.fr/>, 16.

¹⁰³ [J.C.M.] THIERIET, *Code des faillites et des banqueroutes, ou recueil des travaux préparatoires de la loi du 28 mai 1838 ...* (Parijs: Hingray 1840), 93 (rapport van Charles Renouard, *Chambre* 26 januari 1835).

¹⁰⁴ T. NOËL, *La pratique du droit de la faillite*, I, 335.

¹⁰⁵ Voor voorbeelden van buitengerechtelijke akkoorden in Parijs vanaf 1830, zie V. REBOLLEDO-DHUIN, *La librairie et le crédit*, 218–219.

¹⁰⁶ S. CHOFFÉE, *La faillite*, 167; T. NOËL, *La pratique du droit de la faillite*, I, 336–340.

¹⁰⁷ J. BÉDARRIDE, *Traité des faillites et banqueroutes ou commentaire de la loi du 28 mai 1838*, I (Parijs: Auguste Durand 1856), 365–366; [J.C.M.] THIERIET, *Code des faillites et des banqueroutes*, 288 en 290.

aantal andere onder de radar van justitie bleef¹⁰⁸. Ook leidden bewijsproblemen regelmatig tot het stopzetten van procedures¹⁰⁹. In november 1833 werd een commissie van dertien leden ingesteld, die hoofdzakelijk uit rechters uit rechtbanken van koophandel en leden van de Raad van State bestond. Een eerste voorstel werd tot december 1834 herwerkt en het resultaat (het zogenaamde voorstel-Persil) werd daarop besproken in de *Chambre des Députés*. De hoofdviool, zowel in de commissie als in de parlementaire debatten, werd nadien gespeeld door hoogleraar en secretaris-generaal van het ministerie van Justitie Augustin-Charles Renouard (ob. 1878). Hij had aan het eerste voorstel geschreven en hield het herwerkte voorstel-Persil in 1835 uitgebreid tegen het licht. Na nog eens drie jaar bespreking en een aantal herwerkingen verving de Franse wet van 28 mei 1838 uiteindelijk het derde boek van de *Code de Commerce* over faillissement en bankroet¹¹⁰. De wet bevatte een aantal vernieuwingen maar sloot voor het grootste deel sterk aan bij de *Code de commerce* van 1807. Hoewel de wet alle bepalingen van het Napoleontische wetboek verving, werd bijvoorbeeld gesteld dat, om de artikelen van de wet van 1838 te begrijpen, een analyse van de voorbereidende werkzaamheden van de *Code de Commerce* van 1807 noodzakelijk was¹¹¹.

40. In 1838 stroomlijnde de Franse wetgever de bepalingen van de *Code de commerce*. Daarbij werd een dubbele strategie gevolgd: enerzijds werd de stringente aanpak van het wetboek enigszins afgezwakt en anderzijds werden bepaalde regels omwille van kostenefficiëntie herzien. Het is opvallend dat de wet van 1838 de drempel voor de schuldenaar om zijn *faillite* aan te geven wat verlaagde, maar dat niet deed uit menslievendheid. Het nut voor de afhandeling van het faillissement stond voorop. In de *exposé des motifs* van het voorstel-Persil van 1834 werd al de nadruk gelegd op de nadelige effecten van de strenge artikels in de *Code de commerce*, die ervoor hadden gezorgd dat schuldenaren langer wachtten met hun aangifte en allerhande kunstgrepen uithaalden om hun insolventie te verbergen, en zelfs vluchtten. De redacteurs van het voorstel van 1834 stelden ook dat de hulp van de gefailleerde bij aanvang van de procedure meer dan wenselijk was¹¹². Vergelijkbare verzuchtingen golden voor de strafrechtelijke bepalingen. Renouard stelde in 1835 dat de wetsartikels inzake *banqueroute simple* dermate streng waren, dat het misdrijf in de praktijk niet werd vervolgd: “*l’excès dans les peines conduit à l’impunité*”, zo stelde hij in navolging van wat Verlichte denkers over de doodstraf hadden geschreven¹¹³.

41. Maatregelen die de aangifte van het *faillite* voor een handelaar aantrekkelijker maakten betroffen bijvoorbeeld de nu facultatieve arrestatie van de gefailleerde, de uitgebreide mogelijkheid om een *concordat* te sluiten en de hervorming van het systeem van rehabilitatie. In tegenstelling tot wat de *Code de Commerce* bepaalde, was het niet langer verplicht om over te gaan tot aanhouding van de debiteur: dit werd door de rechtbank beoordeeld¹¹⁴. Bovendien

¹⁰⁸ Zie noot 100 en S. CHOFFÉE, *La faillite*, 166.

¹⁰⁹ S. CHOFFÉE, *La faillite*, 234.

¹¹⁰ *Loi du 28 mai 1838 sur les faillites et les banqueroutes*, *Bulletin des lois de la République française* 1838, n° 575, 717–764, beschikbaar via <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k4864180>. Hierna wordt verwezen naar de *Code de commerce* van 1838, die de wet integraal opnam (hierna *Code de commerce fr. 1838*). Voor de ganse parlementaire voorbereiding, zie [J.C.M.] THIERIET, *Code des faillites et des banqueroutes*. Zie ook A. PADOA-SCHIOPPA, “Handelsrecht Frankreich”, in H. Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III/3 (München: Beck 1986), (3152) 3171–3172.

¹¹¹ Ch. RENOARD en J. BEVING, *Traité des faillites et banqueroutes*, 2 en ook 210.

¹¹² [J.C.M.] THIERIET, *Code des faillites et des banqueroutes*, 75 (*Chambre*, 1 december 1834).

¹¹³ [J.C.M.] THIERIET, *Code des faillites et des banqueroutes*, 150 (rapport van Charles Renouard, *Chambre* 26 januari 1835). Zie bijvoorbeeld Ch. L. de Secondat, baron de La Brède et de MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, boek 1, hoofdstuk 23.

¹¹⁴ Wel was vereist dat de gefailleerde zelf zijn faillissement had aangegeven, binnen de drie dagen na staking van betaling, en ook een bilan had ingediend. Zie Art. 456 *Code de commerce fr. 1838*.

was een *concordat* niet langer uitgesloten bij *banqueroute simple*¹¹⁵, en was het zo dat wanneer homologatie van een *concordat* werd geweigerd, de gefailleerde niet werd geacht *banqueroute* te hebben gepleegd, wat onder gelding van het Napoleontische recht wel het geval was geweest¹¹⁶. Daar waar een vraag tot rehabilitatie volgens de *Code de Commerce* na weigering niet opnieuw kon worden gesteld, werd dit wel mogelijk volgens de wet van 1838. Dit kon zelfs gebeuren na het overlijden van de gefailleerde¹¹⁷. Bovendien werd het mogelijk dat de verenigde schuldeisers de debiteur bij afloop van de procedure verschoonbaar verklaarden, zelfs als geen *concordat* was gesloten en eventueel bij *banqueroute simple*, waarna hij werd beschermd tegen *contrainte par corps*¹¹⁸. *Cession de biens* werd afgeschaft¹¹⁹.

42. Er werd verder gestreefd naar een snellere afwikkeling van het faillissement en naar kostenreductie voor de schuldeisers. Om de snelheid te verhogen werd de macht van de rechter-commissaris groter: hij kreeg meer autonome bevoegdheden bij het toezicht op het beheer van de boedel, zodat de rechtbank van koophandel verder op de achtergrond bleef. De rechter-commissaris kreeg rechtsmacht: zijn beslissingen werden geacht eindbeschikkingen te zijn, waartegen alleen hoger beroep open stond in geval de wet dat uitdrukkelijk bepaalde¹²⁰. De *juge-commissaire* kreeg daarnaast de mogelijkheid om bindende beslissingen te nemen in gevallen waarvoor hij voordien enkel een adviserende functie had¹²¹. Kostenbeperking kwam er vooral met een reorganisatie van het boedelbeheer. De *agents* werden afgeschaft¹²². Om misbruiken in hun beheer uit te sluiten, werden de *syndics* vergoed voor de geleverde diensten. De rechtbank kon slechts een maximum van drie *syndics* aanduiden, daar waar het aantal voordien onbeperkt was¹²³. Tegelijkertijd vond ook een professionalisering plaats. De *syndic* werd een expert, die de rechtbank moest bijstaan bij het beoordelen van de situatie van de schuldenaar¹²⁴. Een *syndic* kon nu ook zelf vervolgd worden bij eventueel wanbeheer¹²⁵. De belangrijkste hervorming op het vlak van kostenefficiëntie was echter het *faillite* met *insuffisance d'actif*. Er werd constant nagegaan of de boedel de kosten van de procedure kon dragen en wanneer dat niet zo was, werd de procedure onmiddellijk afgesloten¹²⁶. Na 1838 werd steeds vaker gebruikt gemaakt van deze laatste mogelijkheid: in de jaren 1870 en 1880 zou zelfs een meerderheid van *faillites* vroegtijdig worden beëindigd wegens onvoldoende activa¹²⁷.

43. Er waren bepaalde openingen naar een meer actief optreden van de rechtbank, tegen de wil van de schuldeisers in. Zo gold het declaratief vonnis met de beoordeling van de staat van

¹¹⁵ Art. 511 *Code de commerce fr. 1838*.

¹¹⁶ Vergelijk artikel 526 *Code de commerce* met artikel 515 *Code de commerce fr. 1838*.

¹¹⁷ Art. 614 *Code de commerce fr. 1838*.

¹¹⁸ Art. 538–540 *Code de commerce fr. 1838*.

¹¹⁹ Art 541 *Code de commerce fr. 1838*.

¹²⁰ J. BEDARRIDE, *Traité des faillites et banqueroutes*, I, 145 nr. 162.

¹²¹ J. BEDARRIDE, *Traité des faillites et banqueroutes*, I, 144–145.

¹²² Art. 462 *Code de commerce fr. 1838*.

¹²³ M. LECOMTE, *Étude comparée des principales législations européennes en matière de faillite* (Parijs: Durand-Pedonne-Lauriel 1876), 35.

¹²⁴ N. COQUERY en N. PRAQUIN, 23. *Histoire & Mesure* 2008, (43) 73. Vaak ging het om een expert-boekhouder. Zie daarvoor P. LABARDIN, *La diffusion progressive des pratiques comptables en France – Une étude après les rapports des syndics de faillite auprès du Tribunal de Tours*, Laboratoire Orléanais de gestion, Cahiers de recherche 2007, nr. 2, 2.

¹²⁵ M. LECOMTE, *Étude comparée*, 49.

¹²⁶ Art. 527–528 *Code de commerce fr. 1838*.

¹²⁷ P.-C. HAUTCEUR en N. LEVRATTO, “Petites et grandes entreprises”, (1) 16.

faillissement door de rechtbank van koophandel nu als startpunt van het faillissement¹²⁸. Ook werd meer expliciet gesteld dat de rechtbank het faillissement ambtshalve kon uitspreken¹²⁹. Bovendien kon de rechtbank bij een verzoek tot homologatie het *concordat* toetsen aan de openbare orde, dat naar de letter van de wet ruimer was dan de belangen van de schuldeisers¹³⁰. Nochtans was het toch vooral de bedoeling dat de rechtbank net die belangen van de schuldeisers bewaakte, zoals dat in de *Code de commerce* al was bepaald. De onderliggende doelstellingen van snelheid, van weinig gedifferentieerde beslissingsmacht van schuldeisers en van beperkte rechterlijke toetsingsbevoegdheden, onder andere omwille van een beperkt visie inzake mogelijke oplossingen, bleven gelden.

44. Het grotendeels verderzetten van de strikte Napoleontische visies in de wet van 1838 blijkt ook uit de uitbreiding van het toepassingsgebied van de twee faillissementsmisdrijven en uit een verlichting van de kosten van strafrechtelijke vervolging. De wetgever wilde niet alle gefailleerden over dezelfde kam scheren, zoals de *Code de commerce* in grote mate had gedaan. Nochtans werd de goede trouw van een gefailleerde, die nog steeds de basis vormde voor de meeste gunsten zoals vrijstelling van arrestatie en rehabilitatie, streng bewaakt en eng gedefinieerd. Er kon nu ook besloten worden tot *banqueroute simple* wanneer bepalingen van een vorig *concordat* niet werden nageleefd, wanneer het huwelijkscontract niet werd bekend gemaakt, wanneer voor rekening van een derde werd geleend zonder over voldoende fondsen te beschikken en wanneer na de staking van betaling betalingen ten nadele van de boedel werden verricht¹³¹. De strenge boekhoudingsplicht van de *Code de commerce* werd behouden, al werd de strafbaarstelling wat aangepast¹³². De schuldeisers werden opnieuw beschermd. Bij veroordeling werden de kosten van de vervolging immers gedragen door de Schatkist en niet langer door de massa van schuldeisers¹³³. De vervolging lag ook in grote mate in de handen van de schuldeisers; de *syndics* konden immers enkel overgaan tot het melden van *banqueroute* aan het parket met hun akkoord¹³⁴.

45. Samengevat kan men de wet van 1838 niet zonder meer als een verzachting van de Napoleontische regels bestempelen¹³⁵. De Franse wetgever reageerde op ontwikkelingen in de praktijk, in het bijzonder op de lang aanslepende faillissementsprocedures en buitengerechtelijke acties, maar wenste niet af te stappen van de uitsluiting van onkundige en onvoorzichtige handelaren, die met *banqueroute simple* werden bestraft. Het voornaamste verschil met de *Code de commerce* bestond erin dat wettelijke bepalingen tot doel hadden de

¹²⁸ Art. 440 *Code de commerce fr. 1838*; J. BEDARRIDE, *Traité des faillites et banqueroutes*, I, 23; M. LECOMTE, *Étude comparée*, 30–31.

¹²⁹ J. BEDARRIDE, *Traité des faillites et banqueroutes*, I, 377. Het behoort tot de mythes van de geschiedenis van het faillissementsrecht dat de Belgische wet van 1851, in navolging van de Franse van 1838, het ambtshalve faillissement heeft ingevoerd. Art. 449 van de *Code de commerce* van 1807 voorzag reeds dat de rechtbank van koophandel handelde op grond van “*notoriété publique*”. Ook in de praktijk werden ambtshalve faillissementen uitgesproken. Zie hiervoor “*Faillite et banqueroute*”, in *Répertoire méthodique*, XXIV, 1851, (1) 54–55 nrs. 111–112.

¹³⁰ Art. 515 *Code de commerce fr. 1838*. Vergelijk met art. 526 *Code de commerce*, dat de rechtbank toeliet homologatie te weigeren “*pour cause d'inconduite ou de fraude*”.

¹³¹ Art. 585–586 *Code de commerce fr. 1838*. Zie ook S. CHOFFEE, *La faillite*, 236–242.

¹³² Art. 8–10 *Code de commerce fr. 1838*. Deze bepalingen verschilden niet veel van de oorspronkelijke wetsartikelen. Het niet hebben van boekhouding gaf nu aanleiding tot vervolging voor *banqueroute simple*; kwalificatie tot *banqueroute frauduleuse* was uitgesloten. Dat blijkt uit het nieuwe artikel 586. Zie ook “*Faillite et banqueroute*”, in *Répertoire méthodique*, XXIV, 1851, (1) 447–448 nr. 1432.

¹³³ Art. 587, eerste lid en 592, eerste lid *Code de commerce fr. 1838*.

¹³⁴ Art. 589 *Code de commerce fr. 1838*.

¹³⁵ Zie bijvoorbeeld J. HILAIRE, *Introduction historique*, 332; E. RICHARD, *Droit des affaires*, 576–578; J.-M. THIVAUD, “*L'ordre primordial de la dette: petite histoire panoramique de la faillite, des origines à nos jours*”, 25. *Revue d'économie financière* 1993, (67) 88: “*La loi de 1838 essaie d'adoucir les termes du code napoléonien*”.

gefaillende te doen meewerken met zijn schuldeisers, wat zich uitte in een afzwakking van de streng culpabiliserende benadering van 1807. De filosofie van het Napoleontische handelswetboek werd echter niet gewijzigd. De schuldeisers beslisten over het lot van de debiteur. Dat was een keuze voor vereffening of tijdelijke betalingsuitstel. Er gold bovendien een weinig economisch georiënteerde benadering van faillissement, dat nog grotendeels als een zaak van kooplieden, en niet van ondernemingen werd opgevat.

B. DE BELGISCHE WET VAN 1851: EEN OVERNAME VAN DE FRANSE WET VAN 1838 MET TOEVOEGING VAN EEN NEDERLANDS *SALVOCONDOTTO*

46. Het Belgische Nationaal Congres verklaarde in 1831 dat – naast een evaluatie van de Napoleontische wetboeken in het algemeen (art. 139, 11° GW oud) – een herziening van het faillissementsrecht zich opdrong (art. 139, 9° GW oud). Op vraag van de toenmalige minister van Justitie, Guillaume-Hippolyte Van Volxem (ob. 1868), werd in 1841 een commissie bestaande uit zes leden opgericht. Deze commissie moest zich beraden over de faillissementswetgeving en over het recht inzake vennootschappen, verzekeringen en lijfswang (*contrainte par corps*). De commissie werd ingesteld in 1841, maar startte haar werkzaamheden pas in 1844¹³⁶. Inzake faillissement gold de Franse wetwijziging van 1838 als voorbeeld. De commissie bekeek naar eigen zeggen wetgeving in meerdere Europese landen¹³⁷, maar in haar voorstellen moet men met een vergrootglas zoeken naar verschillen ten aanzien van de Franse wet. De aanleiding tot hervorming was vergelijkbaar met de Franse context. Enerzijds stelde men vast dat in de praktijk te vaak faillissementen op een buitengerechterlijke manier, en dus zonder enige rechterlijke controle, werden afgehandeld. Anderzijds probeerden schuldeisers akkoorden met de schuldenaar te bekomen die ten nadele van andere schuldeisers waren¹³⁸. De vermelde commissie stelde een aantal grote principes bij de voorgestelde hervorming voorop. Vooreerst moest een centralisatie worden doorgevoerd in de administratie, de gerechtskosten moesten worden gedrukt en ook de rol en bevoegdheden van curatoren moesten worden herbekeken¹³⁹.

47. In 1851 werd de wet gestemd¹⁴⁰. De gefaillende werd – net als in Frankrijk – minder streng aangepakt, tenminste als hij te goeder trouw was. De opstellers van de nieuwe wet gaven daarmee uiting aan hun voornemen om het aantal vrijwillige faillissementen verhogen¹⁴¹. Door de nieuwe bepalingen zouden handelaars sneller hun eigen faillissement melden, wat in de ogen van de parlementsleden de economie ten goede zou komen¹⁴². Op het ogenblik dat het faillissement werd uitgesproken, kon de schuldenaar niet langer worden gevangengezet op grond van *contrainte par corps* en werd hij vrijgelaten indien hij om die

¹³⁶ J. GILISSEN, “Codifications et projets de codification en Belgique au XIXe siècle”. *Belgisch Tijdschrift voor Nieuwste Geschiedenis* 1983, (203) 232–233; E. HOLTHÖFER, “Handelsrecht und Gesellschaftsrecht: Belgien” in H. Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III/3, (3277) 3291; Ch. RENOARD en J. BEVING, *Traité des faillites et banqueroutes*, 74.

¹³⁷ Rapport de la commission chargée d’examiner le projet de loi qui révisé la législation sur les banqueroutes, faillites et sursis, *Stukken Senaat 1849–50*, nr. 66, 3; M. HAANTJENS, *De Nederlandse en Belgische wetgevingen betreffende de onmiddellijke rechtsgevolgen van het faillissement onderling vergeleken* (Leiden: Hazenberg 1856), 6–7.

¹³⁸ Rapport de la commission chargée d’examiner le projet de loi qui révisé la législation sur les banqueroutes, faillites et sursis, *Stukken Senaat 1849–50*, nr. 66, 3; *Hand. Kamer 1849–50*, 12 januari 1849, 412.

¹³⁹ Rapport de la commission chargée d’examiner le projet de loi qui révisé la législation sur les banqueroutes, faillites et sursis, *Stukken Senaat 1849–50*, nr. 66, 75.

¹⁴⁰ W. 18 april 1851, *BS* 24 april 1851.

¹⁴¹ *Hand. Kamer 1849–50*, 12 januari 1849, 418.

¹⁴² Ch. RENOARD en J. BEVING, *Traité des faillites et banqueroutes*, 151.

reden opgesloten was (art. 453)¹⁴³. Enkel als de gefailleerde zijn faillissement niet tijdig had aangegeven, zijn boeken niet had afgegeven of geen *bilan* (staat) had ingediend, besloot de rechtbank tot opsluiting of arrest (art. 467, eerste lid). Nochtans werden – net zoals in Frankrijk – ook meer gevallen van *banqueroute simple* opgesomd (art. 574-575). De achterliggende opvatting van de Belgische wetgever, net als van de Franse, was: “streng als het moet”.

48. Nochtans baseerde de Belgische wetgever zich ook op de eigen traditie. Een eerste belangrijk verschil met Frankrijk vormde de opschorting van betaling. De *défenses générales* en andere remedies van eenzijdige opschorting hadden in Frankrijk de Revolutie niet overleefd. Wel sluimerde de idee om rechtbanken een optie van een kortstondig moratorium te verlenen ook na 1789 op de achtergrond. Philippe Legras, die lid was van het redactiecomité van de *Code de commerce*, stelde in 1799 voor de rechtbanken van koophandel toe te laten *surséance* te verlenen. Wel kon dit enkel na buitenbezitstelling en overhandiging van de boekhouding. De duur was beperkt, van zes maanden tot twee jaar¹⁴⁴. In de ontwerpen van de *Code de commerce* werd het voorstel niet behouden, zij het dat *saufconduite* mogelijk was van zodra het faillissement vast stond (zie boven). Die benadering sloot deels aan bij een ouder project, van de commissie-Mirosmesnil (1778–1781), dat na faillissement de tegenstelbaarheid van *lettres de répit* en *arrêts de surséance* had uitgesloten, en geen bevoegdheid tot het opleggen van een moratorium door de rechtbank van koophandel (toen nog *juridictions consulaires*) voorafgaand aan het faillissement had bepaald¹⁴⁵. In de Zuidelijke (en Noordelijke) Nederlanden werd de oude traditie wel weer opgepikt. In de achttiende eeuw hadden de provinciale justitieraden brieven uitgereikt “*van respijt*” of “*van inductie*”, zoals dat ook in Frankrijk het geval was.¹⁴⁶

49. Een koninklijk besluit van Willem I voerde in januari 1814 een regeling van *salvocondotto* in in het Koninkrijk der (Noordelijke) Nederlanden. In november 1814, toen duidelijk was dat Willem I vorst zou worden van het nieuwe Verenigd Koninkrijk der Nederlanden, werd de regeling bij Koninklijk Besluit tot het Zuiden uitgebreid¹⁴⁷. Een opschorting van betaling (volgens het besluit: “*surséance van betaling*”) werd door de Hoge Raad aan de vorst geadviseerd en door die laatste voor maximaal twaalf maanden verleend. Ze werd aan kooplieden en “*corporaties*” toegekend, alsook aan particulieren voor zover ze getroffen waren door een ramp of oorlogsomstandigheden (art. 2). Voorwaarden waren dat de verzoeker geen fout had begaan, dat de onmogelijkheid om te betalen slechts tijdelijk was en dat het door de toegekende opschorting waarschijnlijk was dat hij de schulden zou terugbetalen (art. 6). Er gold een onderscheid tussen een voorlopige en een definitieve opschorting. De eerste kon na het indienen van het verzoek door de Hoge Raad worden toegekend. Indien de verzoeker een burger was, was de voorlopige opschorting slechts

¹⁴³ Zie verder Rapport, fait au nom de la commission, par Victor Tesch, *Stukken Kamer* 1849–50, nr. 8, <http://www.dekamer.be/digidoc/DPS/K2267/K22671134/K22671134.PDF>, 7; Ch. RENOARD en J. BEVING, *Traité des faillites et banqueroutes*, 201.

¹⁴⁴ Ph. LEGRAS, *Projet d'un code des faillites, surséances, cessions judiciaires et banqueroutes* (Parijs: Bailleul 1799), 69–73.

¹⁴⁵ H. LÉVY-BRUHL, *Un projet de Code de commerce à la veille de la Révolution. Le projet Mirosmesnil (1778–1789)* (Parijs: Leroux 1932), 237–240.

¹⁴⁶ Zie bijvoorbeeld een edict van keizer Jozef II van 10 april 1787, dat brieven van *respijt*, *inductie*, *atterminatie* en andere “*moratoiren*” afschafte: *Edict ... behelsende een reglement voor de saecken ende processen de welcke, op den 1en der maendt mey 1787 sullen hangen onbeslist in eerste instantie, in graedt van appellatie ofte van revisie*, Brussel, Lemaire, 1787, art. 19. Voor de Noordelijke Nederlanden, zie *Groot Placaatboek inhoudende de placcaaten ende ordonnantien van de edele groot mog. Heeren staaten van Holland en West-Friesland ...*, J. van der Linden (ed.), Amsterdam, Allart, 1796, 564-565 (15 november 1793).

¹⁴⁷ Zie voor de tekst van dit besluit *Pasin.*, 2de reeks, I, 359.

mogelijk als een verslag van de burgemeester werd voorgelegd. Uit dat verslag moest blijken dat de voornaamste schuldeisers waren gehoord, dat ze toestand van de verzoeker waarschijnlijk achtten en dat de schuldenaar samen met één of meerdere van zijn schuldeisers tijdens de opschorting het vermogen zou beheren (art. 4). De schuldeisers werden ook over de definitieve opschorting, die dus maximaal een jaar duurde, gehoord, maar ze stemden niet over het verzoek (art. 5, tweede lid). Volgens de geest van het besluit werden ook de gewaarborgde schuldeisers getroffen door de (voorlopige én definitieve) opschorting.

50. In 1826 werd – nog steeds onder het Verenigd Koninkrijk – een nieuwe wet aangenomen, die de gevolgen van de *surseance* regelde¹⁴⁸. Het toepassingsgebied werd nu beperkt tot handelaars (art. 2). De procedure werd bovendien gesplitst: de Hoge Raad oordeelde over de definitieve opschorting, de arrondissementsrechtbank over de voorlopige *surseance* (art. 4-8). De schuldenaar mocht geen daden van beschikking, maar evenmin daden van beheer, stellen zonder het akkoord van bepaalde toezichthoudende schuldeisers (art. 10). Aanhangige procedures bleven lopen, maar de *surseance* maakte nieuwe tenuitvoerleggingen en processen onmogelijk (art. 11). Zakelijke zekerheden werden niet door de definitieve *surseance* getroffen, en evenmin bepaalde schulden (bijvoorbeeld van levensonderhoud, huur en loon) (art. 12). Voor de gewaarborgde schuldeisers was – net zoals voor de andere schuldeisers – elke nieuwe uitvoeringsmaatregel uitgesloten, maar enkel tijdens de voorlopige opschorting. De definitieve opschorting gold enkel voor niet-gewaarborgde schuldeisers. Deze regels werden ook in de rechtspraak nagevolgd¹⁴⁹.

51. De Belgische wet van 1851 behield de Nederlandse *surseance* (nu *sursis de paiement*, opschorting van betaling, genoemd) – hoewel ze in de Franse wetgeving ontbrak¹⁵⁰ – en bouwde grotendeels voort op de regels van 1814 en 1826. Wel werden de rechtbank van koophandel – het toepassingsgebied was eveneens beperkt tot kooplieden (art. 593) – en het hof van beroep bevoegd gemaakt. De handelaar diende twee identieke versies van het verzoekschrift in, bij de beide vermelde rechtscolleges. De rechtbank van koophandel kon een voorlopige opschorting verlenen en adviseerde over de definitieve opschorting; enkel het hof van beroep sprak de definitieve opschorting uit. De gelijkenissen met de regelingen onder het Verenigd Koninkrijk waren groot. De duur van het definitieve uitstel was beperkt tot twaalf maanden. De voorlopige opschorting werd door de rechtbank van koophandel opgelegd zonder de schuldeisers te horen (art. 595, vierde lid). In dat geval werden één of meerdere commissarissen aangesteld om de schuldenaar tijdens zijn beheer te controleren (art. 595, vijfde lid). Een uitspraak over voorlopige opschorting was bovendien niet vatbaar voor hoger beroep of verzet vanwege een schuldeiser (art. 609, eerste lid). De handelaar diende in zijn verzoekschrift duidelijk te vermelden welke omstandigheden hem ertoe dwongen zijn betalingen tijdelijk stop te zetten en hij diende een lijst van zijn voornaamste schuldeisers bij te voegen. De rechtbank en het hof beoordeelden of de omstandigheden daadwerkelijk vreemd waren aan de wil van de schuldenaar¹⁵¹. De gevolgen van de opschorting waren eveneens vergelijkbaar met de Nederlandse regels. Net zoals sinds 1826 had gegolden, verhinderde de tijdelijke opschorting nieuwe uitvoeringsmaatregelen, en ook vanwege gewaarborgde schuldeisers. De definitieve opschorting beperkte enkel de rechten van niet-

¹⁴⁸ W. 23 maart 1826, *Staatsblad* nr. 48.

¹⁴⁹ Brussel 12 januari 1826, vermeld in *Pasin.*, 2de reeks, I, 360, voetnoot 2.

¹⁵⁰ *Hand. Kamer* 1849–50, 12 januari 1849, 128: “*Si les sursis accordés depuis 1814, en vertu de l’arrêté du 25 novembre de cette année, ont été la source d’un grand nombre de déceptions, ce n’est donc pas parce que l’institution en elle-même est mauvaise (...)*”.

¹⁵¹ “*(...) des faits qui échappent à la prévoyance ordinaire*” en “*(...) pas en son pouvoir d’empêcher*”, zie o.m. Brussel 15 december 1851, *Pas.* 1852, II, 249 en Brussel 12 januari 1853, *Pas.* 1855, II, 85.

gewaarborgde schuldeisers. Wel gold de definitieve opschorting nu ook voor vorderingen beschermd met hypotheke en voorrechten, voor zover ze onroerend goed of aanhorigheden betroffen die de schuldenaar nodig had voor zijn werkzaamheden (art. 606).

52. Niettegenstaande de gelijkenissen met de Nederlandse regels van 1814 en 1826 werd opschorting van betaling door de wet van 1851 sterk in het keurslijf van de Napoleontische faillissementsprocedure gedrukt. Voorwaarde was – net zoals bij *faillite* – de staking van betaling, die – anders dan voor *faillite* was vereist – tijdelijk was en door uitzonderlijke omstandigheden was veroorzaakt (art. 593). De gelijkenis in definitie maakte dat na afloop van de periode van verleende opschorting de begunstigde eenvoudig failliet kon worden verklaard indien niet alle schulden waren betaald¹⁵². De wet van 1851 bepaalde verder dat bij opeenvolgend faillissement de periode van staking van betaling aanving op de datum van het verzoekschrift tot opschorting (art. 613). Een andere vernieuwing hield in dat de verzoeker van opschorting van betaling nu – en anders dan bepaald was in het besluit van 1814 – steeds een overzicht van activa en passiva bij zijn aanvraag diende te voegen, waaruit het tijdelijke karakter van illiquiditeit moest blijken (er dienden meer activa dan passiva voorhanden te zijn) (art. 594, tweede lid, 2°). Verder maakte de inpassing van *sursis* in het faillissementsrecht dat de rechten van de schuldeisers werden vergroot. De tijdelijke opschorting kon maar gelden tot wanneer de schuldeisers waren uitgenodigd en zij beslisten over de definitieve opschorting. Het akkoord van de helft van de schuldeisers met ten minste drie vierden van het totaal aan schulden was nu een voorwaarde voor toekenning van definitieve opschorting (art. 599, eerste lid). De vermelde tendens, van de opname van het moratorium in het faillissementsrecht, vond ook in Nederland plaats. Het Nederlandse Wetboek van Koophandel van 1838 diende allicht eveneens tot voorbeeld voor de Belgische wetgever, aangezien het een definitieve *surseance* aan een meerderheidsbeslissing van de schuldeisers verbond (art. 914).

53. Niet alleen voor de opschorting van betaling, ook voor het concordaat getuigde de wet van 1851 van een dubbele houding, die enerzijds de belangen van de schuldeisers, anderzijds de gedachte van een door de rechtbank eenzijdig opgelegd moratorium weerspiegelde. Er werd in de wet een onderscheid gemaakt tussen een snel en een “regulier” concordaat. Als een schuldenaar te goeder trouw was en zelf zijn faillissement had aangegeven, dan konden de schuldeisers op korte termijn worden opgeroepen om over een concordaat te beslissen. Nochtans – en hieruit blijkt de oude Napoleontische benadering – was in dat geval het akkoord van drie vierden van de schuldeisers in hoofden en vijf zesden in schulden (d.i. in omvang) vereist (art. 520). Inzake het “reguliere” concordaat bevestigde de Belgische wet de Napoleontische regels en de beperkte aanvullingen van de Franse wet van 1838. Ook voor een “regulier” *concordat* was goedkeuring door de meerderheid van schuldeisers, in hoofden, en voor drie vierden van de schulden (in omvang) vereist (art. 512). Niettegenstaande bepaalde gelijkenissen tussen *sursis* en *concordat*, waren gewaarborgde schuldeisers vrijgesteld van de gevolgen van een *concordat* (ook van de “snelle” variant), voor zover ze niet meestemden (art. 513). Dat was niet steeds het geval voor wat de gevolgen van een definitieve opschorting onder de regeling van *sursis de paiement* betrof (zie boven).

54. Een tweede belangrijk verschil tussen de Belgische wet van 1851 en de Franse wet van 1838 betrof het grotere wantrouwen ten opzichte van schuldeisers-beheerders en niet-professionele *syndics*. De Franse wet van 1838 had voor bezoldigde *syndics* gekozen en de

¹⁵² Enkele commentatoren stelden zelfs dat wie met succes betalingsuitstel vroeg zich al in een staat van faillissement bevond. Zie bijvoorbeeld A. CALLIER, *Des sursis de paiement d'après la loi du 18 avril 1851* (Brussel: Annoot-Braeckman 1871), 59–62. Voor een meer genuanceerd oordeel, zie Ch. RENOARD en J. BEVING, *Traité des faillites et banqueroutes*, 482–483.

agents afgeschaft¹⁵³, maar de Belgische wetgever wilde verder gaan. In België overheerste het gevoelen dat boedeladministratie door vertegenwoordigers van de schuldeisers een gevaar voor misbruik met zich mee bracht. Het kwam vaak voor dat ze geen rekenschap aflegden voor hun beheer. *Agents* en *syndics* die schuldeiser waren, kregen geen uitkering uit de boedel, wat in bepaalde gevallen tot verduistering van activa leidde¹⁵⁴. Een ander motief van de wetgever was de beperking van procedurekosten en tijdverlies, waartoe de aanstelling van drie soorten beheerders (*agents*, *syndics provisoires* en *syndics définitifs*) aanleiding had gegeven. De Belgische wetgever stelde daarom een regime van beëdigde *liquidateurs* in; ze zouden aan de rechtbanken van koophandel kunnen worden toegevoegd voor een periode van vijf jaar (art. 455, art. 457-460)¹⁵⁵. In de praktijk werden echter geen *liquidateurs* aangesteld, waardoor deze innovatie van de nieuwe wet dode letter bleef¹⁵⁶. De begeleiding van een faillissement lag daarom volledig in handen van de curatoren, die volgens de wet werden aangeduid indien geen *liquidateurs* voorhanden waren. De curator(en) werd(en) onmiddellijk, in het vonnis van faillietverklaring, aangesteld (art. 466). De wet schreef voor dat ze de boedel als een goede huisvader moesten beheren (art. 470, eerste lid), op hun verantwoordelijkheid (art. 487, eerste lid). Ze stonden onder toezicht van de rechter-commissaris. Ze legden aan hem verantwoording af voor daden van beschikking (art. 477) en verzochten om zijn toelating voor het maken van extra kosten (bv. art. 488, tweede lid).

55. In de praktijk kwam opschorting van betaling, zowel vóór als na 1851, weinig voor, wat te wijten was aan de strenge wettelijke regels, aan de toewijzing ervan aan de hoven van beroep (er waren er maar drie, in Brussel, Luik en Gent) en aan de praktijk van die hoven van beroep, die vele verzoeken afwezen¹⁵⁷. Wel vormde de (weliswaar gedeelde) toekenning van opschorting aan de rechtbanken van koophandel een kiem voor latere ontwikkelingen. Op andere vlakken was er een (nog grotendeels nominale) versterking van de rechtbank. Naar Frans voorbeeld ging het streven naar versnelling in de procedure gepaard met een uitbreiding van de bevoegdheden van de rechter-commissaris. Een verruiming van bevoegdheden van de rechtbank van koophandel bleef – net zoals in Frankrijk – beperkt tot frases, zonder dat er een achterliggende bedoeling was van bescherming van de debiteur of ingrijpen om een compromis mogelijk te maken. De rechtbank kon – nu werd dat expliciet zo gesteld – ambtshalve het faillissement uitspreken (art. 442). Zoals ook de Franse wet bepaalde¹⁵⁸, kon de rechtbank een *concordat* toetsen aan de belangen van de schuldeisers én de openbare orde (art. 517). Dit vormde een ruimere toetsingsbevoegdheid dan de *Code de commerce* had toegelaten. In de praktijk bleef de achterliggende filosofie van wantrouwen tegenover de debiteur nochtans dominant.

VI. HET “PREVENTIEF CONCORDAAT” (1883)

56. In de periode vanaf circa 1850 was het faillissementsrecht in vele landen in volle ontwikkeling. In vele West-Europese staten werd het handels- en economisch recht vanaf die

¹⁵³ Art. 529 *Code de commerce fr. 1838*.

¹⁵⁴ Ch. RENOARD en J. BEVING, *Traité des faillites et banqueroutes*, 206–207.

¹⁵⁵ Dit idee werd overgenomen uit de toenmalige Russische wetgeving en ook de Britse wetgeving diende als inspiratie. Zie Rapport de la commission chargée d'examiner le projet de loi qui révisé la législation sur les banqueroutes, faillites et sursis, *Parl. St. Senaat* 1849–50, nr. 66, 22; M. LECOMTE, *Étude comparée*, 63.

¹⁵⁶ M. LECOMTE, *Étude comparée*, 64.

¹⁵⁷ Zie voor de periode 1861–1870 *Compte 1861–1870*, 64. Die trend bestond al eerder. Nagenoeg een derde van de verzoeken in de periode van 1831 tot en met 1843 werd afgewezen. In de vroege jaren 1840 waren er minder dan 10 verzoeken voor gans België. Zie *Compte de l'administration de la justice civile en Belgique pendant les années judiciaires 1839–40, 1840–41, 1841–42, et 1842–43, présenté au Roi par le ministre de la justice* (Brussel: Imprimerie Moniteur Belge 1845), *Appendice*, xxvi–xxvii.

¹⁵⁸ Art. 515 *Code de commerce fr. 1838*.

tijd grondig geëvalueerd en herschreven. Belangrijke faillissementswetten die een uitkomst vormden van dat proces en die veel invloed hadden in gans Europa waren de Pruisische *Konkursordnung* van 1855, de Duitse *Reichskonkursordnung* van 1877 en Engelse wetten van 1861, 1869, 1883 en 1887. De vermelde *Konkursordnungen* vormden op vele punten een doorslag van de *Code de commerce* van 1807. Een akkoord tussen schuldeisers en de debiteur was volgens die wetten enkel mogelijk als uitkomst van een faillissementsprocedure en op grond van strenge meerderheidsregels¹⁵⁹.

57. De Engelse wetgeving daarentegen was origineler. Sinds het begin van de achttiende eeuw had de Engelse overheid geëxperimenteerd met akkoorden na faillissement. In 1705-06 werd het principe van *discharge* (kwijtschelding) na liquidatie maar op akkoord van een meerderheid van schuldeisers ingevoerd¹⁶⁰. Tot het midden van de negentiende eeuw bleef het Engelse recht dit spoor volgen. Nieuwe wetten van 1844 en 1849 stelden voor het eerst het “waterval”-systeem in dat het Engelse reorganisatierecht van de late negentiende en van de twintigste eeuw zou kenmerken¹⁶¹. Buitengerechtigde akkoorden die *discharge* verleenden waren mogelijk, maar met het akkoord van alle schuldeisers. Door de rechtbank gecontroleerde *arrangements* vereisten een meerderheid van zes zevenden van de schuldeisers (in hoofden en schuld). Tegenstelbaarheid aan de niet-instemmende schuldeisers werd dan verkregen als de rechtbank het akkoord billijk achtte. De “waterval”-benadering bestond er dan in dat de schuldenaar eerst alle, vervolgens een deel van zijn schuldeisers probeerde tot een akkoord te overtuigen. Dergelijke akkoorden waren echter nog vaak gekoppeld aan de overdracht van alle goederen aan de schuldeisers (*trust deeds* of *deeds of assignment*)¹⁶², zodat continuïteit van ondernemen met de debiteur aan het stuur niet de eerste zorg was. Vanaf het midden van de negentiende eeuw werden de vermelde *arrangements* gaandeweg ook toegelaten voor schuldenaren die in het bezit van hun boedel werden gelaten en zelfs in combinatie met een *discharge*. Dat gebeurde eerst voor de gerechtelijke akkoorden, later voor de buitengerechtigde¹⁶³. De meerderheidsvereisten werden geleidelijk afgebouwd. *Bankruptcy Acts* van 1861 en 1869 bepaalden dat *arrangements* zonder buitenbezitstelling die door de rechtbank werden bekrachtigd door drie vierden van de schuldeisers (in schuld, vanaf 1869 ook in aantal) konden worden toegestaan¹⁶⁴. Nochtans was er – ook in Engeland – nog sprake van een “one-gateway approach”. Eens beroep werd gedaan op de rechtbank en de

¹⁵⁹ Zie A. MEIER, *Die Geschichte*, 86–91, 145. De *Code de commerce* had in de negentiende eeuw lang gelding gehad in Duitse gebieden, zie daarvoor B. DÖLEMEYER, “Frans recht in Noord-Duitsland. De inlijving van de Noordwestelijke gebieden van Duitsland bij het Franse Keizerrijk”, in A.M.J.A. Berkvens, J. Hallebeek en A.J.B. Sirks (eds.), *Het Franse Nederland: de inlijving 1810–1813. De juridische en bestuurlijke gevolgen van de ‘Réunion’ met Frankrijk* (Hilversum: Verloren 2012), (32) 39–44.

¹⁶⁰ I.P.H. DUFFY, *Bankruptcy and Insolvency in London During the Industrial Revolution* (New York: Garland 1985), 10–11; E. KADENS, “The Last Bankrupt Hanged. Balancing Incentives in the Development of Bankruptcy Law”, 59. *Duke Law Journal* 2010, (1229) 1262–1270.

¹⁶¹ P.-C. HAUTCŒUR en P. DI MARTINO, “The Functioning of Bankruptcy Law and Practices in European Perspective (ca. 1880–1913)”, 14. *Enterprise and Society* 2013, (579) 584–585. Deze auteurs dateren de registratie in rechtbanken van akkoorden voor faillissement in 1883, maar dat klopt niet. Zie H. DALHUISEN, *Compositions in Bankruptcy. A Comparative Study of the Laws of the E.E.C. Countries, England and the U.S.A.* (Leiden: Sijthoff 1968), 32–35; S.A. RIESENFELD, “The Evolution of Modern Bankruptcy Law. A Comparison of the Recent Bankruptcy Acts of Italy and the United States”, 31. *Minnesota Law Review* 1947, (401) 442–446. De wet van 1844 beperkte zich nog tot niet-handelaars; de wet van 1849 betrof kooplieden. Zie M. LOBBAN, “Bankruptcy and Insolvency”, in W. Cornish e.a. (eds.), *The Oxford History of the Laws of England*, XII (Oxford: Oxford University Press 2010), (779) 807, 809–810.

¹⁶² Zie bijvoorbeeld een bundeling van modellen en praktische vragen: J.P. DE GEX en R.H. SMITH, *Supplement to Arrangements Between Debtors and Creditors Under the Bankruptcy Act 1861* (Londen: Stevens 1868).

¹⁶³ S.A. RIESENFELD, 31. *Minnesota Law Review* 1947, (401) 444.

¹⁶⁴ H. DALHUISEN, *Compositions in Bankruptcy*, 32–35,

meerderheid niet werd behaald, of de rechtbank het bereikte akkoord afkeurde, stond alleen liquidatie open.

58. Elders waren er experimenten met door de rechtbank opgelegde kwijtscheldingen, maar zelden in combinatie met een *debtor in possession*-regeling. Een Amerikaanse faillissementswet van 1841 had aan debiteuren te goeder trouw een *discharge* aangeboden. Deze werd toegekend behoudens verzet van een meerderheid van de schuldeisers. Buitenbezitstelling was echter de regel¹⁶⁵. Verder waren er op het Europese continent aanzetten tot procedures van akkoorden buiten faillissement. Tijdelijke crisismaatregelen verwezen in Frankrijk naar overeenkomsten buiten de faillissementsprocedure. In 1848 en 1871 werd respectievelijk naar aanleiding van de revolutie en de Commune aan de rechtbanken van koophandel de mogelijkheid geboden “*concordats amiables*” te registreren. De gelding van de bepalingen over “*faillite*” werd opgeschort. Indien een debiteur omwille van de buitengewone economische omstandigheden die toen heersten niet langer kon betalen, dan kon een buitengerechtelijk akkoord met de meerderheid van de schuldeisers worden gesloten die voor drie vierden van de schulden (in omvang) stonden. De rechtbank van koophandel kon een dergelijke overeenkomst erkennen en de debiteur bleef in dat geval in het bezit van zijn handelszaak. Een dergelijk *concordat* was echter – volgens de letter van de wet – gericht op liquidatie. Een rechter-commissaris werd aangeduid en men stelde *syndics* aan om de vereffening te organiseren. De enige gunsten voor de debiteur bestonden erin dat hij zijn handelszaak kon openhouden tot de liquidatie, de openbare verkoop kon begeleiden en dat hij niet failliet werd verklaard, waardoor een herstart zonder rehabilitatie mogelijk was¹⁶⁶. Tot circa 1880 was het Europese faillissementsrecht over het algemeen nog sterk doordrongen van de beslissingsmacht voor de schuldeisers en van de faillietverklaring als eerste stap, in de meeste gevallen in de richting van een vereffening.

59. België speelde een voortrekkersrol in het uitwerken van een “preventief concordaat”, maar verliet het pad geëffend door de Napoleontische codificaties toch niet helemaal. In 1872 werd door volksvertegenwoordiger Auguste Reynaert een voorstel ingediend van amendement op een wetsvoorstel tot hervorming van de *Code de commerce*. Dat voorstel was op de Franse wet van 1871 geënt: de rechtbank van koophandel zou akkoorden (“*arrangements amiables*”) homologeren die buiten de rechtbank tot stand waren gekomen. Het voorstel erkende – anders dan de Franse wetgeving – dat de debiteur zijn handel ten volle voortzette: een buitengerechtelijk akkoord kon dus op grond van de voorgestelde wet een doorstart omvatten. De debiteur werd voor de duur van het akkoord beschermd tegen aantijgingen van faillissement¹⁶⁷. De Franse maatregelen van 1848 en 1871 stonden nog erg ver van het “preventieve concordaat” dat in de laatste twintig jaar van de negentiende eeuw opgang zou maken. Het voorstel-Reynaert ging wel een heel eind in die richting, hoewel het de rol van de rechtbank van koophandel herleidde tot registratie. Dat bleek echter een brug te ver in het sterk proceduralistisch denkkader zoals dat sinds de negentiende eeuw bestond. Een cruciaal element, namelijk de volledige vrijstelling van buitenbezitstelling, die voor het eerst

¹⁶⁵ Ch.J. TABB, “The History of the Bankruptcy Laws in the United States”. *American Bankruptcy Institute Law Review* 1995, (5) 16–18.

¹⁶⁶ *Recueil général des lois, décrets et arrêtés ... Xe série: République française* (Parijs: Administration du journal des notaires et des avocats 1848), 298–299 (*décret relatif aux concordats amiables*, 22 augustus 1848); *Recueil général des lois, décrets et arrêtés ... XIIe série: République française*, I (Parijs: Administration du journal des notaires et des avocats 1870), 325–327 (*loi sur les concordats amiables*, 22 april 1871). Het eerste decreet gold tot 22 augustus 1848, maar werd toch uitdrukkelijk herroepen bij wet van 12 november 1849.

¹⁶⁷ Révision du Code de commerce, *Stukken Kamer* 1871–72, nr. 57, <http://www.dekamer.be/digidoc/DPS/K2289/K22891493/K22891493.PDF>, 2–3 (amendementen, 31 januari 1872).

in dit wetsvoorstel werd uitgewerkt, bleef wel behouden. Het Belgische wetsvoorstel haalde het in 1872 niet, maar vormde op dit punt wel een basis voor de wet van 1883.

60. Een bijkomend ingrediënt van het “preventief concordaat” vormde de mogelijkheid om binnen de schoot van de rechtbank onderhandelingen te organiseren. In 1879 werd door twee Kamerleden, namelijk Antoine Dansaert, een bankier-handelaar uit Brussel, en Adolphe Demeur, een Brussels advocaat en specialist financiën¹⁶⁸, een wetsvoorstel in die zin ingediend. Dat voorstel hernam voor een groot deel het wetsvoorstel van Reynaert uit 1872, maar stelde wel een gerechtelijke procedure voorop. De genoemde parlementsleden waren tot actie overgegaan op grond van de vaststelling dat de gerechtelijke opschorting van betaling aan te veel voorwaarden verbonden was en dat schuldenaren extra schulden aangingen om faillissementen te vermijden, wat uiteindelijk minnelijke oplossingen bemoeilijkte¹⁶⁹. Het voorstel werd pas laat besproken en aangepast¹⁷⁰.

61. De uiteindelijke wet van 1883 op het gerechtelijk akkoord¹⁷¹ bepaalde dat een schuldenaar, “*malheureux et de bonne foi*”, met tijdelijke betalingsmoeilijkheden, een faillissement kon vermijden door met zijn schuldeisers een overeenkomst te sluiten in de schoot van de rechtbank van koophandel. Net zoals voor opschorting van betaling gold, diende de debiteur een overzicht van zijn activa, een lijst met schuldeisers en een schets van de omstandigheden voor te leggen die tot de financiële problemen hadden geleid. Van zodra het verzoekschrift ontvankelijk werd bevonden, legde de rechtbank een voorlopige opschorting op (art. 5). De tekst van de wet bepaalde niet wat de gevolgen waren ten aanzien van gewaarborgde schuldeisers. Tijdens de voorbereiding van de wet werd een amendement dat bepaalde dat de aard van vorderingen van pandhouders, hypothecaire en bevoorrechte schuldeisers door de voorlopige opschorting niet werd aangetast, niet aanvaard, omdat dat als vanzelfsprekend werd beschouwd¹⁷². De schuldenaar mocht geen daden van beschikking stellen of zich verbinden in nieuwe overeenkomsten (art. 6). Alle schuldeisers werden opgeroepen: er werd een vergadering belegd om over de voorstellen van de schuldenaar te oordelen. Een gedelegeerd rechter werd aangesteld, die de schuldvorderingen verifieerde maar die ook de vergadering van schuldeisers kon aanhouden en uitstellen (art. 11), namelijk indien een akkoord mogelijk was¹⁷³. Voor goedkeuring van de voorstellen en amendementen was – net zoals voor het *concordat* in de faillissementsprocedure gold – een meerderheid van schuldeisers vereist, die drie vierden van de schulden (qua omvang) vertegenwoordigden. De gewaarborgde schuldeisers werden ontzien wat de gevolgen van het *concordat préventif* betrof, tenzij ze een deel van hun vordering afstonden en meestemden over het *concordat préventif* (art. 10 en 23).

¹⁶⁸ Over Dansaert en Demeur, zie J.-L. DE PAEPE en Ch. RAINDORF-GÉRARD (eds.), *Le Parlement belge 1831–1894, données biographiques* (Brussel: Académie royale de Belgique 1996), 89–90 en 187–188.

¹⁶⁹ Concordat préventif de la faillite. Développements, *Stukken Kamer* 1879–80, nr. 28 (wetsvoorstel 9 december 1879), <http://www.dekamer.be/digidoc/DPS/K2296/K22961228/K22961228.PDF>.

¹⁷⁰ L. LOWET en J. DESTREE, *Du concordat préventif de la faillite. Commentaire pratique de la loi du 29 juin 1887, avec formules* (Brussel: Larcier 1892), 46. Over de parlementaire voorbereiding van de wet, zie E. HOLTHÖFER, in H. Coing (ed.), *Handbuch der Quellen*, III/3, (3277) 3364–3368.

¹⁷¹ W. 20 juni 1883, BS 23 juni 1883; *Pasin.*, vierde reeks, 18 (1883), 168–196 nr. 142.

¹⁷² *Pasin.*, vierde reeks, 18 (1883), 169.

¹⁷³ Die finaliteit blijkt niet expliciet uit de wet, maar werd algemeen erkend in commentaren. De debiteur mocht zijn voorstellen aanpassen. Zie bijvoorbeeld G. BELTIENS, *Encyclopédie du droit commercial belge*, III, 686 nrs. 5 en 8.

62. De wet van 1883 gold tot einde 1885, maar werd nog verlengd tot 1 juli 1887¹⁷⁴. Een nieuwe wet van 29 juni 1887 maakte de regeling definitief, en voegde enkele kleine vernieuwingen toe¹⁷⁵. Een belangrijke ingreep betrof de afschaffing van het “snelle” *concordat* na faillissement¹⁷⁶. De wetten van 1883 en 1887 stelden een tweesporenbenadering (“*two-gateway approach*”) in, van reorganisatie naast faillissement. Dat had zo zijn verdiensten en was een Belgische uitvinding. Nochtans bleef in de praktijk de overgang van de ene naar de andere procedure erg eenvoudig. De hoge meerderheden die vereist werden dat een cascade in een faillissement erg waarschijnlijk was. Verder bleef de rol van de rechtbank en de gedelegeerde rechter – zoals voordien – erg beperkt waar het het bereiken van een gerechtelijk akkoord betrof. Tussenkomen waren enkel bedoeld om fraude te voorkomen, niet om de schuldenaar tegen zijn schuldeisers te beschermen, al was uitstel om akkoorden te bereiken wel mogelijk. Opmerkelijk was verder dat de wetten van 1883 en 1887 ook de opschorting van betaling behielden; de wet van 1851 werd op dit punt niet gewijzigd, hoewel de gelijkenissen tussen het gerechtelijk akkoord en opschorting van betaling erg groot waren.

63. De voorwaarden van de vier insolventieprocedures die sinds 1883 bestonden (*sursis de paiement*, “snel” *concordat* (tot 1887), *concordat* en *concordat préventif*), overlaptten voor een groot deel. Voor het *concordat préventif* was vereist dat de schuldenaar “*malheureux et de bonne foi*” was en zich niet in een staat van staking van betaling bevond (art. 2, derde lid W. 1883), alhoewel *de facto* vereist was dat de betalingsmoeilijkheden tijdelijk waren (art. 25 W. 1887). Het *sursis de paiement* veronderstelde eveneens dat de schuldenaar omwille van buitengewone en onvoorziene omstandigheden tijdelijk betalingen staakte (art. 593 W. 1851). Het “snelle” *concordat* was mogelijk voor een debiteur te goeder trouw die zijn betaling definitief had gestaakt, die dat zelf had aangegeven en die erkend was als gefailleerde (art. 520 W. 1851). Het “reguliere” *concordat* was ook mogelijk als het faillissement op vordering van de schuldeisers of de rechtbank was uitgesproken; de schuldenaar moest echter eveneens te goeder trouw zijn. Niettegenstaande de gelijkenissen in voorwaarden, waren de gevolgen van de vermelde regelingen verschillend. Vooreerst werden de vorderingen van gewaarborgde schuldeisers uiteenlopend behandeld. Ze werden als separatisten beschouwd na faillissement, en dus ook in het “regulier” en “snel” *concordat*. De oudere idee van de bescherming van de debiteur tegen gewaarborgde schuldeisers tijdens de tijdelijke opschorting werd in de wet van 1883 en ook in de juridische praktijk genegeerd. Nieuwe tenuitvoerleggingen door pandhouders, hypothecaire en bevoorrechte schuldeisers tijdens de voorlopige opschorting werden mogelijk geacht¹⁷⁷. Zo bleef enkel de uitzondering van de hypothecaire schuldeisers, met een hypotheek op een voor de schuldenaar nuttig onroerend goed, overeind. Maar die regel gold enkel tijdens de procedure van *sursis de paiement*, niet in de andere regelingen. Bovendien kon een schuldenaar te goeder trouw in het geval de vereiste meerderheden niet

¹⁷⁴ W. 23 december 1885, BS 24 december 1885.

¹⁷⁵ Het betrof permanent toezicht door de rechtbank van koophandel op de begunstigde van het *concordat préventif*, de mogelijkheid om alle goederen af te staan bij wijze van definitieve regeling (*cession de biens* was door de wet van 1851 afgeschaft, maar werd nu dus deels heropgevestigd) en de verplichting voor de begunstigde van het gerechtelijk akkoord alle schulden terug te betalen. Zie W. 29 juni 1887, BS 30 juni 1887, *Pasin.*, vierde reeks, 22 (1887), 192–212 nr. 189.

¹⁷⁶ Art. 34 W. 29 juni 1887.

¹⁷⁷ Bv. Gent 18 april 1891, *Pas.* 1891, II, 393. Er waren wel andersluidende stemmen. Zie bv. C. SMEESTERS, *Manuel de droit commercial à l'usage des commerçants et des étudiants en sciences commerciales* (Brussel: Larcier 1920), 345. Zie echter L. FREDERICQ, *Principes de droit commercial belge* (Gent: Van Rysselberghe en Rombaut 1934), III, 663–665 nr. 1769. Deze rechtspraak en doctrine betrof het *concordat préventif*. Ook inzake *sursis de paiement* was dit de gangbare opinie. Zie L. FREDERICQ, *Principes de droit commercial belge*, 1934, III, 616 nr. 1728 en 625–626 nr. 1736.

werden bereikt, enkel onder *concordat préventif* formeel buiten het faillissement blijven. In de overige drie procedures was immers steeds sprake van staking van betaling.

64. Uit de gerechtelijke statistieken blijkt dat het gerechtelijk akkoord aanvankelijk geen groot succes vormde. In de eerste jaren na 1883 werden vele verzoeken geweigerd, waaruit een restrictieve interpretatie van het “ongelukkige” karakter van de insolventie kan blijken¹⁷⁸. Bovendien hinderde de *de facto* vrijstelling van gewaarborgde schuldeisers de finaliteit van tijdelijke opschortingen. In de jaren 1880, 1890 en 1900 waren er voor elk toegestaan gerechtelijk akkoord zes à zeven faillissementen (met als uitkomst liquidatie of stopzetting door tekort aan activa)¹⁷⁹. Er was in het begin van de twintigste eeuw sprake van een geleidelijke opgang: er werden meer verzoekschriften ingediend en goedgekeurd. Tijdens de crisisjaren 1930 vormde het gerechtelijk akkoord zo wel een veel gebruikte remedie. In die jaren was er zelfs gemiddeld één gerechtelijk akkoord voor drie faillissementen (die door vereffening of sluiting van de procedure werden beëindigd)¹⁸⁰. Uit de cijfers blijkt alleszins een grotere vraag naar een gerechtelijk akkoord dan kort na de totstandkoming van de wet van 1883. Rechterlijke reserves en wettelijke drempels bleven in de jaren 1930 nochtans onverkort bestaan: vele verzoeken werden verworpen bij onderzoek van het verzoekschrift en ook daarna werden vele verzoeken afgewezen bij gebrek aan de vereiste meerderheid van schuldeisers¹⁸¹. Maar het aanvankelijk beperkte succes van het gerechtelijk akkoord belette niet dat de Belgische wet van 1883, die voor het eerst onderhandelingen buiten faillissement, in de schoot van de rechtbank en zonder buitenbezitstelling mogelijk maakte, wel wat weerklink kreeg¹⁸². Hervormingen elders integreerden de Belgische aanpak. De Engelse wetgever voerde in 1887 – net zoals de Belgische wetten van 1883 en 1887 – een tweesporstelsel in, met enerzijds een *bankruptcy* procedure en anderzijds reorganisatiemogelijkheden via *deeds* daarbuiten. Toch hield men onderhandelingen grotendeels buiten de rechtbank¹⁸³.

65. De Amerikaanse *Bankruptcy Act* van 1898 daarentegen combineerde een tegensprekelijke reorganisatie in een gerechtelijke procedure buiten faillissement, die gebaseerd was op uitgebreide informatie-uitwisseling, met een blijvende beschikkingsbevoegdheid van de debiteur (“*debtor in possession*”). Vele van de elementen in de wet van 1898 waren afkomstig uit de spoorwegindustrie. In de late negentiende eeuw was in de VS een praktijk ontstaan die

¹⁷⁸ *Administration de la justice criminelle et civile de la Belgique, période de 1886 à 1897. Résumé statistique* (Brussel: Lesigne 1898), 70 en 75. Het aantal – na consultatie van de schuldeisers en onderzoek van de aanvraag – uiteindelijk gegrond verklaarde verzoeken schommelde in de periode 1886–97 in het ressort Brussel (Kh. Antwerpen en Kh. Brussel) rond 60 %. Nadien steeg het aantal toekenningen wel in de rechtbank van koophandel van Antwerpen, maar niet in de rechtbank van koophandel van Brussel, waar het percentage uiteindelijk goedgekeurde akkoorden op het totaal aantal aanvragen nog daalde (bv. 26 op 62 in 1901–02, zie daarvoor *Statistique judiciaire de la Belgique. Cinquième année* (Brussel: Larcier 1904), 236.

¹⁷⁹ Zie *Statistique judiciaire de la Belgique* (Brussel, Larcier, vanaf 1898), rubrieken “*concordats*” en “*faillites*”. Wel daalde het aantal reguliere concordaten, dus na faillissementsverklaring, beduidend.

¹⁸⁰ *Gerechtelijke statistiek van België, jaren 1931–1940* (Brussel: Van Muysewinkel 1942), 233–245.

¹⁸¹ In de periode 1931–1937 schommelde het aantal uiteindelijk ingewilligde verzoeken tot gerechtelijk akkoord tussen 50 en 70 %. In de vroege jaren 1930 was het aandeel van door de rechtbank bij het eerste onderzoek “verworpen” verzoekschriften hoog (bv. in 1931 45,88 % van alle niet-gehonoreerde verzoekschriften). Later daalde dat aandeel en vormde vooral het meerderheidsvereiste de reden waarom geen gerechtelijk akkoord werd verkregen. Zie *Gerechtelijke statistiek van België, jaren 1931–1940* (Brussel: Van Muysewinkel 1942), 234.

¹⁸² In vergelijkende overzichten van faillissementswetten kreeg de Belgische wet veel aandacht. Zie bijvoorbeeld S.W. DUNSCOMBE, *Bankruptcy. A Study in Comparative Legislation* (New York: Columbia College 1893), 126–134; E.-E. THALLER, *Des faillites en droit comparé* (Parijs: Rousseau 1887), I, 268 e.v.

¹⁸³ Uitvoerig over de Engelse wet van 1887: P.-C. HAUTCŒUR en P. DI MARTINO, 14. *Enterprise and Society* 2013, 579–605. Zie ook, voor de concrete bepalingen, J.P. DE GEX en R.H. SMITH, *Supplement to Arrangements*, 127–135.

maakte dat spoorwegmaatschappijen bij financiële moeilijkheden door middel van een sterfhuisconstructie werden geherstructureerd. Een door de rechtbank aangestelde *receiver* organiseerde de verkoop van de firma. Een reorganisatiecomité, waarin gewoonlijk grote *bondholders* en referentieaandeelhouders zaten, kocht het bedrijf. De *absolute priority* regels maakten dat kleine aandeelhouders in dergelijke procedures weinig gewicht hadden; ze kregen doorgaans maar weinig of niets terug van hun ingelegd kapitaal. Ook niet-gewaarborgde schuldeisers kregen gewoonlijk een restant¹⁸⁴. De sterke betrokkenheid van de schuldeisers, van bij aanvang van de procedure, maakte dat het management van de firma in nood vaak aan het roer bleef¹⁸⁵. De vermelde wet van 1898 bevestigde deze praktijken. In de *Bankruptcy Act* van 1938, die de wet van 1898 hervormde, werd de bevoegdheid van de rechtbank gevoelig uitgebreid. Zo werden “*cram down*”-regels opgenomen. Die maakten dat groepen (*classes*) van schuldeisers en aandeelhouders, indien ze niet met de vereiste meerderheid voor het reorganisatieplan stemden, konden worden afgekocht of – wanneer dat niet kon – worden gedwongen het plan te respecteren. Dat laatste was het geval wanneer hun belangen door de reorganisatie “*equitably and fairly*” werden beschermd. Die criteria vormden het richtsnoer voor de rechter bij het toetsen van het reorganisatieplan¹⁸⁶.

VII. DE BELGISCHE RECHTBANK VAN KOOPHANDEL EN GERECHTELIJKE REORGANISATIE VANDAAG

A. DE VOORGESCHIEDENIS: DE WETSWIJZIGINGEN VAN 1946 EN 1997

66. In 1946 werden de wetten van 1883 en 1887 aangevuld en gecoördineerd¹⁸⁷. De inhoud van de regels rond het gerechtelijk akkoord bleef grotendeels behouden. Het “*concordat préventif*” werd nu wel “*concordat judiciaire*” gedoopt. De oudere voorwaarden van “ongelukkig en te goeder trouw” bleven hetzelfde (art. 2 § 1 vijfde lid Regentsbesluit), hoewel de band met de faillissementsprocedure nauwer werd (art. 1 eerste lid Regentsbesluit: de aanvrager “kan faillietverklaring vermijden”). Ook bleef gelden dat het gerechtelijk akkoord geen kwijtschelding kon inhouden (de betalingsproblemen waren immers tijdelijk). Art. 34 Regentsbesluit bepaalde – net zoals de wet van 1887 – dat de schuldenaar de volledige schulden diende te betalen van zodra hij opnieuw in “beteren doen” was. Het Regentsbesluit stelde net zoals voordien dat de rechtbank het akkoord toetste aan het “openbaar belang” en de belangen van de schuldeisers (art. 23). In de rechtsleer werd die controle vooral als een bescherming van de schuldeisers tegen een schuldenaar te kwader trouw opgevat¹⁸⁸. Het

¹⁸⁴ D. BAIRD, *Elements of Bankruptcy* (St. Paul (Mn): LEG 2014), 61–64.

¹⁸⁵ D.A. SKEEL JR., *Debt's Dominion. A History of Bankruptcy Law in America* (Princeton: Princeton University Press 2001), 48–70; Ch. TABB, *American Bankruptcy Institute Law Review* 1995, 21–23. Over het belang van de wet van 1898, zie D.A. SKEEL JR., “The Genius of the 1898 Bankruptcy Act”, 15. *Bankruptcy Developments Journal*, 1999, 321–341; Ch. WARREN, *Bankruptcy In United States History* (Cambridge: Harvard University Press 1935), 95–150.

¹⁸⁶ Over deze belangrijke bepalingen, zie H.M. KNOELLER, “Reorganization Procedure under the New Chandler Act”, 24. *Marquette Law Review* 1939, (12) 30–31. Over de “*cram down*” onder gelding van het huidig geldende Chapter 11 (*Bankruptcy Act* van 1978), zie J.T. FERRIELL en E.J. JANGER, *Understanding Bankruptcy*, 779–797.

¹⁸⁷ W. 10 augustus 1946 op het gerechtelijk akkoord, BS 16 en 17 augustus 1946; Regentsbesluit 25 september 1946 houdende samenschakeling der wetten op het gerechtelijk akkoord, BS 11 oktober 1946. Voor het tijdelijk ingevoerde “gecontroleerd beheer” (1934-1935), en aanpassingen aan *sursis de paiement* in 1934-1936, zie D. DE RUYSSCHER, “Legal Culture, Path Dependence, and Dysfunctional Layering in Corporate Insolvency Law (Belgium, 19th-21st Centuries)”, *International Insolvency Review*, ter perse.

¹⁸⁸ L. DE WILDE, “Overzicht van rechtspraak 1965–1968”. *TPR* 1969, 497 nr. 88; L. FREDERICQ en S. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch handelsrecht* (Brussel: Bruylant 1980), III, 547 nr. 1981; H. GEINGER, Ph. COLLE en Ch. VAN BUGGENHOUT, “Overzicht van rechtspraak 1975–1989. Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”. *TPR* 1991, 676–677 nrs. 395–396; H. GEINGER, Ph. COLLE en Ch. VAN BUGGENHOUT, “Overzicht van

Regentsbesluit stipuleerde nu wel dat de meerderheid van schuldeisers gecombineerd moest worden met een meerderheid van twee derden, en niet langer drie vierden, van de schulden (d.i. in omvang) (art. 2 § 1). De regels inzake beraadslaging over voorstellen uit eerdere wetten werden grotendeels geschrapt. De achterliggende gedachte was dat het gerechtelijk akkoord een gunst betrof, die ook grotendeels eenvormig was. Uitstel van betaling werd geacht de doorsnee inhoud van een dergelijk akkoord uit te maken (zie art. 23). Verder regelde de wet van 10 augustus 1946 uitvoeriger het akkoord door boedelafstand, dat al in de wet van 1887 was opgenomen (art. 24-24quater; art. 30-33 Regentsbesluit). Gedurende de ganse twintigste eeuw werd als meerderheidsopvatting gehuldigd dat tijdens de procedure van het gerechtelijk akkoord, zelfs tijdens de voorlopige opschorting, gewaarborgde schuldeisers nieuwe tenuitvoerleggingen voor hun vorderingen konden starten¹⁸⁹.

67. De Wet op het Gerechtelijk Akkoord van 1997 liet voor het eerst toe dat het gerechtelijk akkoord niet alleen door de schuldenaar, maar ook door de Procureur des Konings kon worden gevraagd (art. 11 § 2). Binnen de rechtbanken van koophandel werden kamers voor handelonderzoek verplicht gesteld: op die manier verkregen de rechtbanken een wettelijk recht handelaars met betalingsmoeilijkheden op te roepen en te horen (art. 5). Er werd enigszins teruggekeerd naar het regime van 1883 door het gerechtelijk akkoord expliciet buiten de faillissementsprocedure te plaatsen. Het was voor de debiteur – net zoals in 1883 – ook niet langer verplicht de schulden alsnog te voldoen wanneer hij “in beteren doen” was. Indien de rechtbank oordeelde dat de verzoeker aan de voorwaarden voldeed, gold een observatieperiode van maximaal zes maanden, die met drie maanden kon worden verlengd (art. 15 § 1 en 23). Tijdens die periode bleef de debiteur in het bezit van zijn goederen, zij het dat de rechtbank voor daden van bestuur en beschikking tot machtiging vanwege die commissaris inzake de opschorting kon verplichten. Eén of meerdere van dergelijke commissarissen stonden de schuldenaar bij in diens beheer (art. 19). De gewaarborgde schuldeisers mochten – net zoals alle andere schuldeisers – tijdens de observatieperiode geen nieuwe maatregelen van “tegeldemaking” – dus nu niet alleen van tenuitvoerlegging maar ook van bewarend beslag – nemen (art. 13, tweede lid). Wel kon ter compensatie voor deze opschorting aan de gewaarborgde schuldeisers een bijkomende zekerheid worden verschaft (art. 21, § 3, derde lid).

68. Volgens de WGA werd het herstelplan geschreven door de schuldenaar met bijstand van de commissaris inzake de opschorting. Deze commissaris kon zelf wijzigingen vragen (art. 38, eerste lid). De schuldeisers werden op voorhand op de hoogte gebracht van het indienen van het herstelplan door de schuldenaar. Indien ze niet instemden met het ter stemming afgewezen plan, konden ze wijzigingen voorstellen, waarna een advies van de commissaris inzake de opschorting, eventuele aanpassingen en een nieuwe stemming volgden. Wijzigingen werden door de rechtbank getoetst o.a. aan het belang van de onderneming (art. 38, eerste lid). Dat was ook het geval indien het plan was goedgekeurd, maar een tegenstemmende schuldeiser aantoonde dat de uitvoering van het plan hem ernstige moeilijkheden kon berokkenen. Daarop kon de rechtbank beslissen het plan te wijzigen, zij het niet zonder een nieuwe stemming

rechtspraak 1990–1995. Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”. *TPR* 1996, 1136 nr 259. Voor andere toepassingen, zie J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial* (Brussel: Bruylant 1965), IV, 420–421 nr. 2934.

¹⁸⁹ Art. 29, tweede lid, 2° Regentsbesluit 25 september 1946; L. FREDERICQ, *Précis de droit commercial belge* (Brussel: Bruylant 1970), 543 nr. 515; H. GEINGER, Ph. COLLE en Ch. VAN BUGGENHOUT, *TPR* 1991, 679–680 nrs. 401–402; H. GEINGER, Ph. COLLE en Ch. VAN BUGGENHOUT, *TPR* 1996, 1135 nr. 258; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, 426 nr 2942. Voor een bespreking van de wetsvoorstellen van de jaren 1970, inzake “beheer met bijstand”, verwijs ik naar DE RUYSSCHER, “Legal Culture, Path Dependence, and Dysfunctional Layering”.

indien de rechten van de andere schuldeisers betrokken in het herstelplan mogelijk werden benadeeld (art. 38, tweede lid en volgende).

69. De WGA bepaalde verder – net zoals de vorige wetten – dat de rechtbank van koophandel de goedkeuring van de definitieve opschorting door de schuldeisers toetste aan de openbare orde (art. 34, eerste lid). De wet doorbrak wel het beginsel van gelijkheid onder de schuldeisers (*paritas creditorum*). Het herstelplan kon volgens de wet een gedifferentieerde regeling bevatten, naar categorieën van schulden, inzonderheid op grond van hun omvang of hun aard (art. 29 § 3 tweede lid). Het Hof van Cassatie besliste in arresten van 9 maart 2000 en 20 oktober 2005 dat het beginsel van gelijkheid onder de schuldeisers (*paritas creditorum*) enkel van dwingend recht is en niet van openbare orde¹⁹⁰. Bijgevolg leverde het Hof op deze manier steun aan het argument dat de rechtbanken van koophandel niet konden weigeren goedgekeurde akkoorden te homologeren, op grond van het argument dat een (bepaalde) ongelijke behandeling van schuldeisers in dat akkoord strijdig was met de openbare orde. Niettemin bleef dit een punt van controverse, in de rechtspraak en doctrine¹⁹¹. Naast een toetsing aan het belang van de onderneming en de openbare orde, vergewiste de rechtbank zich ervan dat de schuldenaar de “nodige waarborgen” bood voor een eerlijk bestuur (art. 34 eerste lid).

70. Het herstelplan werd gehomologeerd na goedkeuring door de helft van de (zich aangemelde én deelnemende) schuldeisers die minstens de helft van de schulden (in omvang) vertegenwoordigen (art. 34, eerste lid). De definitieve opschorting bedroeg maximaal 24 maanden, te verlengen met 12 maanden (art. 34, tweede lid). Gewaarborgde schuldeisers werden gebonden door het plan, voor zover het hun rechten raakte, op voorwaarde dat ze ermee instemden. Indien ze niet akkoord waren, gold het herstelplan toch te hunner opzichte indien het bepaalde dat interesten op vorderingen zouden worden betaald en voor zover de betaling van hun schulden niet voor meer dan 18 maanden werd opgeschort (art. 30, eerste lid).

71. Al bij al bracht de WGA ruimere beoordelingsbevoegdheden voor de commissaris inzake de opschorting en de rechtbank, die ook een economisch-bedrijfsmatige analyse toelieten. Dat was reeds het geval bij de aanvang van de procedure. De schuldenaar moest aantonen dat economisch herstel mogelijk was, wat maakte dat de rechtbank dat diende na te gaan (art. 9 § 2). De commissaris inzake de opschorting assisteerde de debiteur bij de redactie van het herstelplan en kon wijzigingen voorstellen. Voorstellen van wijziging werden door de rechtbank niet alleen aan de openbare orde, maar ook aan het belang van de onderneming getoetst (art. 38 eerste lid). Verder was een differentiëring naar categorieën van schulden afhankelijk van de omvang en aard van de schulden (art. 29 § 3 tweede lid). Dat veronderstelde dus eveneens een controle vanwege de rechtbank. Een toetsing gold eveneens voor wat de nodige waarborgen voor een eerlijk bestuur door de debiteur betrof (art. 34 eerste lid). De vermelde beoordelingsbevoegdheden maakten dat de rechtbank van koophandel kon oordelen dat een herstelplan niet haalbaar was.¹⁹² Al de vermelde criteria boden ankerpunten

¹⁹⁰ Cass. 9 maart 2000, AR C.98.0338.N = AC, 2000, nr. 164 = RW, 2000-2001, 480, noot A. DE WILDE, “De positie van de koper bij faillissement van de verkoper” = RDC, 2002, 585, noot I. VERVOORT, “Ontbinding en faillissement”; Cass. 20 oktober 2005, AR C.03.0244.N = Pas. 2005, 1994 = NJW 2006, 365-367.

¹⁹¹ E. DURSIN en K. DE MEESTER, “De toepassing van de wet op het gerechtelijk akkoord: enkele knelpunten”, in K. Byttebier, E. De Batselier en E. Janssens (eds.), *Faillissement en gerechtelijk akkoord herbekeken* (Antwerpen: Maklu, 2004), (51) 69.

¹⁹² Brussel 30 augustus 2001, RW 2002-03, 1106.

voor een economisch-bedrijfsmatige analyse van het verzoekschrift en van het herstelplan¹⁹³. Toch was het optreden van de rechtbank ook beperkt. Ambtshalve kon de rechtbank geen wijzigingen in het herstelplan opnemen. Eigen voorstellen formuleren was evenmin mogelijk. Een afkeuring van een door de meerderheid van schuldeisers aanvaard herstelplan, op grond van een economische toets, was niet toegestaan.

B. RECHTERPASSIVITEIT BIJ GERECHTELIJKE REORGANISATIE DOOR COLLECTIEF AKKOORD

72. Het huidige Belgische recht inzake reorganisatie, in de Wet Continuïteit Ondernemingen van 2009, onderging in 2013 belangrijke wijzigingen¹⁹⁴. Onlangs, op 11 augustus 2017, werd een wet gestemd die de WCO en de faillissementswet in het Wetboek van economisch recht opneemt, en dat tevens wijzigingen voorstelt¹⁹⁵. Niettegenstaande belangrijke vernieuwingen bouwt de nieuwe wet nog grotendeels op negentiende-eeuwse en twintigste-eeuwse opvattingen. Voor zover de nieuwe wet afwijkt van de WCO van 2009, zoals hervormd in 2013, wordt er hierna op ingegaan (hierna “WER”).

73. Eén van de meest in het oog springende kenmerken van het Belgische reorganisatierecht sinds 2009 is het “bipolaire” karakter. De positie van de schuldenaar en van de schuldeisers is erg sterk, respectievelijk in het begin en aan het einde van de procedure. De debiteur heeft een nagenoeg absoluut initiatiefrecht ten aanzien van welke procedure wordt gekozen (overdracht onder gerechtelijk gezag, gerechtelijke reorganisatie door minnelijk of collectief akkoord), bij aanvang maar ook tijdens de procedure (art. 39 WCO; art. XX.62 WER), en er worden weinig voorwaarden gesteld om de vermelde procedures op te starten. Bovendien heeft de schuldenaar het recht zonder inspraak van de schuldeisers een herstel- en reorganisatieplan uit te werken en voor te stellen (exclusief redactierecht). Dat alles maakt de zogenaamde open-portaal-benadering uit, die in de WCO werd ingevoerd¹⁹⁶. Die open-portaalbenadering vormde een sterke reactie tegen een door schuldeisers gestuurd faillissementsrecht. Nochtans speelt ook nog de traditie om opschorting van betaling als weinig gedifferentieerd te beschouwen, wat zich vertaalt in reserves om een debat over de opties van doorstart te houden.

74. De nieuwe visie blijkt ook uit enkele wijzigingen ten opzichte van de WGA. De commissaris inzake de opschorting werd bijvoorbeeld afgeschaft. De gedelegeerd rechter van de WCO staat de debiteur niet bij in de redactie van het reorganisatieplan. Wel kan daartoe een gerechtsmandataris worden aangesteld, op verzoek van de schuldenaar of elke belanghebbende derde (art. 27 WCO). In de nieuwe wet van 11 augustus 2017 is die taak overgenomen door de ondernemingsbemiddelaar, die ook kan bemiddelen met schuldeisers (art. XX.36 § 4 WER). De aanstelling van een gerechtsmandataris, die eveneens kan assisteren bij het schrijven van het reorganisatieplan, is slechts verplicht bij kennelijk grove

¹⁹³ I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite* (Waterloo: Kluwer 2011), 199–201.

¹⁹⁴ W. 27 mei 2013 tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *BS* 22 juli 2013.

¹⁹⁵ W. 11 augustus 2017 houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek XX in het Boek I van het Wetboek van economisch recht, *BS* 11 september 2017.

¹⁹⁶ Hierover o.a. P. COUSSEMENT, “De Wet op de Continuïteit van de Ondernemingen van 31 januari 2009”. *TBH* 2009, (283) 287–290; M. TISSON en I. VEROUGSTRAETE, “Conceptuele zwaartepunten van de Wet Continuïteit Ondernemingen”, in K. Byttebier, E. Dirix, M. Tisson en M. Vanmeenen (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie: getest, gewikt en gewogen* (Antwerpen: Intersentia 2010), (1) 7–9 nrs. 15–17.

tekortkomingen (art. XX.30 WER). Een ondernemingsbemiddelaar kan buiten dat geval enkel op verzoek van de schuldenaar worden aangesteld (art. XX.36 § 1 WER). De rechtbank kan de opdracht van die bemiddelaar niet ruimer bepalen dan datgene wat de schuldenaar verzoekt (art. XX.36 § 3, tweede lid WER). Bovendien eindigt de opdracht van de ondernemingsbemiddelaar wanneer de schuldenaar dat beslist (art. XX.36 § 5 WER).

75. Rechterpassiviteit bij de beoordeling van verzoekschriften, maar ook voor een groot deel tijdens de procedure, is sinds de WCO bij wet opgelegd¹⁹⁷. Die passiviteit betreft vooral de beoordeling van de financiële moeilijkheden en de haalbaarheid van voorstellen van doorstart of reorganisatie. De rechtbank van koophandel gaat bij de aanvang van de procedure niet na of een herstel mogelijk is¹⁹⁸, en zelfs wanneer de verzoeker zich in staat van faillissement bevindt kan gerechtelijke reorganisatie worden aangevraagd (art. 23 WCO; art. XX.45 § 3 WER). Opnieuw speelt hier de open-portaalbenadering. Er geldt een absolute voorkeur voor continuïteit, met daaraan gekoppeld de gedachte dat het blijvend beheer door de debiteur de beste garantie vormt op die continuïteit. Toch speelt ook de traditie, die inhoudt dat reorganisatie als een vorm van tijdelijke opschorting geldt. Een dergelijk uitstel was in de negentiende eeuw eenvormig en mede daarom niet afhankelijk van discussie over de invulling ervan. De beperkte rechterlijke toetsing van de inhoud van herstelplannen gaat daarop terug.

76. De rechtbank van koophandel verleent bij het begin van de gerechtelijke reorganisatie opschorting van betaling. Dat vormt een voortzetting van de *surseance* en de betalingsopshorting van de negentiende eeuw, die op hun beurt refereerden aan de *salvocondotto*-benadering van het *ancien régime*. Een belangrijk verschil betreft echter de gevolgen van de opschorting. Sinds 1997 geldt de (voorlopige) opschorting ook ten aanzien van gewaarborgde schuldeisers, zoals in de vroege negentiende eeuw het geval was. De WCO bepaalt dat een opschorting in het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie zes maanden kan duren (ze is wel verlengbaar tot twaalf, eventueel achttien maanden) (art. 24 § 2, art. 38 § 1 en 2 WCO; art. XX.46 § 2 en XX.59 § 1 en § 2 WER). Net zoals in de WGA wordt de (voorlopige) opschorting, met de daaraan gekoppelde bescherming van de debiteur, pas aan de schuldeisers meegedeeld nadat ze wordt verleend. Dat grijpt eveneens terug op een oude traditie. De open-portaal-benadering en het eenzijdig verkregen moratorium worden gecompenseerd door de relatief korte duur van de procedure. Enkel in een later stadium, wanneer meer definitieve maatregelen (definitieve opschorting onder de WGA; goedkeuring van het reorganisatieplan onder de WCO en het WER) worden getroffen, hebben de schuldeisers hun zeg.

77. Vanaf het neerleggen van het reorganisatieplan door de schuldenaar geldt een erg grote, zij het weinig gedifferentieerde, beslissingsmacht van de schuldeisers. Zij keuren het reorganisatieplan, op grond van meerderheidsregels, goed of af (art. 54, tweede lid WCO; art. XX.78 tweede lid WER). Schuldeisers worden ingelicht over de neerlegging van het reorganisatieplan en hebben dan inzage (art. 53 WCO; art. XX.77 tweede lid WER). Enkel nadat de debiteur het plan heeft afgewerkt, worden de schuldeisers betrokken. De schuldeisers

¹⁹⁷ Zie de treffende uitdrukking van Ivan Verougstraete, één van de architecten van de WCO, die – vóór de totstandkoming van die laatste wet – sprak over een ideaal van “lichtvoetige controle door de rechter”. Geciteerd in E. DIRIX, “Het insolventierecht op nieuwe wegen”. *RW* 2011–12, (74) 77. Zie ook I. VEROUGSTRAETE, “Insolvabiliteit en zekerheden. Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel”, in A. Bruyneel e.a. (eds.), *Bicentenaire du Code de commerce. Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel* (Brussel: Larcier, 2007), (233), 258. De gedelegeerd rechter kijkt toe op de procedure, maar steun, “die (...) niet mag verstikken”, is niet verplicht.

¹⁹⁸ Dat was anders in de wet van 1997 op het gerechtelijk akkoord. Volgens de WGA controleerde de rechtbank bij de start van de procedure of een reële mogelijkheid tot herstel bestond (art. 9 § 2).

kunnen hun stem laten horen op de zitting waar wordt gestemd over het plan (art. 54, eerste lid WCO; art. XX.78 eerste lid WER). Dat recht om gehoord te worden is voornamelijk bedoeld om het voorgestelde plan te bekritisieren en zo de stemming te beïnvloeden, niet om amendementen voor te stellen. Dat zou ingaan tegen het initiatief- en redactierecht van de schuldenaar¹⁹⁹. Dit alles staat echter ver af van een onderhandelde oplossing, zoals die in het *ancien régime* en de negentiende eeuw gebruikelijk was. De wet van 1883 bepaalde bijvoorbeeld nog expliciet dat er over de voorstellen tot gerechtelijk akkoord een beraadslaging was onder de schuldeisers (“*délibération des créanciers*” (art. 11)), en niet louter een stemming. Zoals gezegd, kon de zitting onder leiding van de gedelegeerd rechter verdaagd worden als een akkoord haalbaar leek (zie nr. 61 boven). In de WGA golden eveneens ruimere garanties voor schuldeisers (zie nr. 68 boven).

78. Het niet-gedifferentieerde karakter van de beslissingsmacht van de schuldeisers uit zich verder in een beperkt wettelijk onderscheid tussen categorieën van schuldvorderingen, die voor sommige schuldeisers (bijvoorbeeld de “openbare schuldeisers”) maar niet voor andere bestaat. In 2009 bevestigde de wetgever echter wel de uitholling van de *paritas creditorum*-regel door – net zoals onder de WGA – toe te laten dat reorganisatieplannen een gedifferentieerde regeling van categorieën van schuldvorderingen kunnen bevatten (art. 49, eerste lid WCO; art. XX.72 eerste lid WER). Nochtans stemmen schuldeisers allen samen over het reorganisatieplan en houden de meerderheidsregels geen rekening met dergelijke categorieën. De beperkte macht van de rechtbank, die geen “*cram down*”-mogelijkheden heeft (zie ook verder), houdt hier rechtstreeks mee verband. Omdat “wisselmeerderheden” mogelijk zijn²⁰⁰, lijkt een doordrukken van net niet-gestemde plannen vanwege de rechtbank minder noodzakelijk. Wel zijn de nadelen van een niet-gedifferentieerde stemming en afwezigheid van een “*cram down*” allicht groter dan het toekennen van meer onderhandelingsruimte en bemiddelingsmacht aan de rechter.

79. De verhouding tussen de gewaarborgde en chirografaire schuldeisers is hier relevant. Sinds 1997 ondergingen de gewaarborgde schuldeisers opnieuw de gevolgen van het gerechtelijk akkoord, later de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord. Sinds 2009 houdt de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord voor gewaarborgde schuldeisers hoogstens een tijdelijke opschorting van hun rechten in, voor een maximale duur van 24 maanden, te verlengen met 12 maanden, tenzij ze individueel instemmen met meer uitgebreide beperkingen (art. 50 WCO; art. XX.74 WER); de chirografaire schuldeisers ondergaan daarentegen mogelijk wel kortingen op hun vorderingen of andere beperkingen zonder hun individueel akkoord, die tot vijf jaar kunnen duren (art. 52 WCO; art. XX.76 WER). Die tegengestelde gevolgen van de gerechtelijke reorganisatie verhinderen niet dat de stemmen over het reorganisatieplan van de vermelde categorieën schuldeisers worden samengenomen. Gewaarborgde schuldeisers nemen deel aan de stemming. De belangen van de vermelde groepen zijn dermate verschillend dat uiteenlopend stemgedrag verwacht kan

¹⁹⁹ Kritisch over het gebrek aan dynamiek (onderhandelingen, debat) in de reorganisatieprocedure, voornamelijk door gebrek aan (tijdige) informatie verstrekt aan de schuldeisers, zijn: S. BRIJS en S. JACMAIN, “De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord”, in P. Lambrecht en C. Gheur (eds.), *La loi relative à la continuité des entreprises/ De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen* (Louvain-la-Neuve: Anthemis 2010), (77) 88–89 nr. 12; M. TISSON, “De Wet Continuïteit Ondernemingen en kredietverlening”, in J. Cattaruzza, W. Kupers en I. Peeters (eds.), *Liber Amicorum Achilles Cuypers* (Brussel: Larcier 2009), (261) 272.

²⁰⁰ Het is opmerkelijk hoe weinig de niet-differentiatie van schuldeisers bij de stemming kritische opmerkingen in de doctrine uitlokt. Zie bijvoorbeeld wel STORME, *Dikè, Hydra, Zeno*, 34–35 nr. 25, die spreekt over de mogelijkheid “meerderheden te zoeken” in de collectieve schuldenregeling, wat net zo geldt voor de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord.

worden. Chirografaire schuldeisers verkiezen doorgaans continuïteit van de onderneming, terwijl voor gewaarborgde schuldeisers het omgekeerde geldt²⁰¹. Tussen andere categorieën, zoals leveranciers, uitleners, enz, wordt evenmin een onderscheid gemaakt. Bovendien is de kost om informatie in te winnen voor kleine schuldeisers relatief gezien groter dan voor grotere, wat meer passiviteit onder die eersten verklaart²⁰². Het systeem dat wisselmeerderheden toelaat is in het licht van de uiteenlopende belangen van de vermelde groepen moeilijk te verantwoorden.

80. Het is opmerkelijk dat de Belgische wetgever ook in de nieuwe wet niet opteert voor een stemming door klassen schuldeisers, en evenmin voorziet in een “dwangprocedure” voor het geval een herstelplan niet wordt goedgekeurd. Deze elementen vormen wel een onderdeel van een voorstel van Europese Richtlijn van 21 november 2016 dat een minimumharmonisatie beoogt van reorganisatieprocedures buiten faillissement²⁰³. Het voorstel bevat een *cram down*-procedure. De lidstaten dienen het mogelijk te maken dat een door één of enkele klassen afgekeurd reorganisatieplan alsnog door de rechtbank wordt gehomologeerd. Dat is het geval wanneer een reorganisatieplan niet door alle klassen wordt goedgekeurd, minstens één klasse (een andere dan de klasse van aandeelhouders) het plan goedkeurt en het voldoet aan de “*best interest of creditors*”-test (art. 11.1). Dat houdt in dat een reorganisatieplan nooit minder mag uitkeren aan schuldeisers dan wat ze bij een vereffening of verkoop als *going concern* zouden ontvangen. Lidstaten mogen het vereiste minimum aantal klassen dat met het plan instemt wel verhogen (art. 11.2). Dit voorstel van richtlijn bouwt voort op een Aanbeveling van de Europese Commissie van 12 maart 2014, die de lidstaten aanzet hun wetgeving zodanig te herschrijven dat ondernemingen de mogelijkheid krijgen hun bedrijf vroeg te herstructureren. Een indeling van schuldeisers in klassen en een stemming per klasse over een voorgelegd herstel- en reorganisatieplan worden in de Aanbeveling vermeld. Volgens de Aanbeveling zijn belangrijke voorwaarden bij zo’n dwangprocedure de uitnodiging van alle schuldeisers, de bescherming van de rechten van dissidente groepen, een uitkering aan die groepen die niet minder is dan wat ze bij een liquidatie zouden ontvangen, en de noodzaak en proportionaliteit van de financiering die in een reorganisatieplan wordt opgenomen. Het onderdeel van de *cram down*-procedure steekt in de Aanbeveling wat af tegen de algemene suggesties inzake reorganisatieprocedures. De tussenkomst van rechtbanken, de lengte en kost van procedures dienen volgens de Aanbeveling noodzakelijk en evenredig te zijn om de belangen van schuldeisers en andere betrokkenen te vrijwaren²⁰⁴.

²⁰¹ P. COUSSEMENT, “Macht en onmacht van de verschillende stakeholders in een gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord”, in K. Byttebier, E. Dirix, M. Tison en M. Vanmeenen (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie*, (65) 89–90 nr. 46.

²⁰² P. COUSSEMENT, in K. Byttebier, E. Dirix, M. Tison en M. Vanmeenen (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie*, (65) 90–91 nr. 48.

²⁰³ Voorstel (Comm.) voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad 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, 22 november 2016, COM(2016) 723 def, – 2016/0359 (COD). Voor een grondige kritiek op dit voorstel, zie H. EIDENMÜLLER, “Contracting for a European Insolvency Regime”, 18. *European Business Organization Law Review* 2017, 273–304.

²⁰⁴ Aanbev.Comm. 12 maart 2014, C (2014) 1500. Zie voor een analyse H. EIDENMÜLLER en K. VAN ZWIETEN, “Restructuring the European Business Enterprise: The EU Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency”, 16/4. *European Business Organization Law Review* 2015, 625–667; S. MADAUS, “The EU Recommendation on Business Rescue – Only Another Statement or a Cause for Legislative Action Across Europe?”, 27. *Insolvency Intelligence* 2014, 81–85; G. MCCORMACK, A. KEAY en S. BROWN, *European Insolvency Law. Reform and Harmonization* (Cheltenham: Edward Elgar 2017), 225–302; K. VAN ZWIETEN, “Restructuring Law: Recommendations from the European Commission”, *Law in Transition* (EBRD

81. Volgens de geldende Belgische wetgeving omvat de rol van de rechtbank in de laatste fase van de reorganisatieprocedure door collectief akkoord het marginaal toetsen en dus in regel bevestigen van het resultaat van de stemming van schuldeisers, en van het reorganisatieplan²⁰⁵. De wet bepaalt uitdrukkelijk dat de rechtbank het gestemde reorganisatieplan niet aan enige voorwaarde kan onderwerpen die niet in het plan vervat is en de rechtbank mag er geen wijziging in aanbrengen (art. 55 § 3, tweede lid WCO; art. XX.79 § 3 tweede lid WER). De wetgever ging er in 2009, in de lijn van de open-portaal-benadering, van uit dat de rechtbank het reorganisatieplan niet mocht onderwerpen aan een economische of haalbaarheidstoets²⁰⁶. Het is mede daarom niet toegestaan dat de rechtbank van koophandel een reorganisatieplan homologeert als geen meerderheid van de schuldeisers het plan goedkeurt, zelfs niet wanneer die meerderheid nipt niet wordt gehaald. Rechterpassiviteit bestaat dus ook op dat vlak. Dat geldt niet alleen vandaag, maar is een constante sinds de vroege negentiende eeuw. Het Regentsbesluit van 1946 en ook de WGA van 1997 hielden vast aan dat principe. Toch liet de WGA wel openingen voor een bedrijfsmatige analyse van het herstelplan (zie nr. 71). De WCO heeft dat echter uitgesloten. De Wijzigingswet WCO van 2013 en ook de wet van 11 augustus 2017 voegen hier niets aan toe. Vooral ten aanzien van het vermelde wetsontwerp is dit vreemd, nu het voorstel van Europese richtlijn van november 2016 wel een “*cram down*”-procedure bevat. De verplichte terughoudendheid van de rechtbank om de doorstartmogelijkheden te toetsen hing historisch samen met de *bias* naar faillissement. Een steeds verdere verzelfstandiging van regels inzake reorganisatie staat dus haaks op het uitsluiten van een bedrijfsmatige toetsing.

82. Wel is in de rechtspraak en doctrine inzake de appreciatiebevoegdheid van de rechter een evolutie merkbaar, die in de toekomst mogelijk zal leiden tot een uitgebreide – ook bedrijfsgerichte – belangenafweging bij de beoordeling van reorganisatieplannen. Een dergelijke ruime beoordeling kan de onderneming in moeilijkheden ten goede komen en ook met de delicate evenwichten tussen schuldeisers van uiteenlopende categorieën rekening houden. De haalbaarheidstoets is immers terug. Zoals gezegd, bood de WGA steun aan een economische lezing van het herstelplan, bij toetsingen aan het belang van de onderneming, de interpretatie van “eerlijk bestuur” en zelfs aan de openbare orde (zie nr. 71). Volgens de geest en de letter van de WCO is de controle door de rechter op dit punt beperkter dan onder de WGA: toetsing aan de openbare orde blijft vereist (art. 55 § 3 eerste lid WCO; art. XX.79 § 3 eerste lid WER) maar wordt – en anders dan tot 2009 – niet opgevat als een beoordeling van de haalbaarheid van het reorganisatieplan. Nochtans wordt de openbare orde in art. 55 WCO door het Hof van Cassatie sinds februari 2013 zo begrepen dat het begrip ook de continuïteit van de onderneming omvat. Het onderscheid tussen schuldeisers in een reorganisatieplan moet volgens het Hof van Cassatie functioneel zijn, d.i. dienstig voor de continuïteit van de onderneming, en mag niet disproportioneel zijn²⁰⁷. Deze nieuwe haalbaarheidstoets wordt in de praktijk – net zoals dat in het verleden het geval was – hoofdzakelijk als een beoordeling

publication) 2015. Voor een toetsing van de Aanbeveling aan het geldende Belgische recht, zie M. VANMEENEN “In de ban van continuïteit”. *TBH* 2015, 487–525.

²⁰⁵ P. COUSSEMENT, in K. Byttebier, E. Dirix, M. Tison en M. Vanmeenen (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie*, (65) 102 nr. 68.

²⁰⁶ Zie hierover L. SNICK, “De rol van de rechter bij de Wet Continuïteit Ondernemingen”, 50. *Jura Falconis* 2013–14, (857) 924–925; M. VANMEENEN, *TBH* 2015, (487) 522.

²⁰⁷ Cass. 13 maart 2014 = *Pas.* 2014, afl. 3, 713 = *TBH* 2014, 687, noot R. FRANSIS “Gedifferentieerde behandeling van schuldeisers in het reorganisatieplan: een privaatrechtelijke toets aan het verbod op rechtsmisbruik” = *RW* 2014–15, 226, noot A. VAN HOE “De wederopstanding van de *paritas*-regel”. Zie ook Cass. 7 februari 2013, C.12.0165.F = *Pas.* 2013, II, 381 = *JLMB* 2013, 1510 = *TBH* 2013, 469 = *TBH* 2014, 687, noot R. FRANSIS.

van het evenwicht tussen de belangen van (individuele) schuldeisers opgevat²⁰⁸, en ze vormt nauwelijks een middel om de continuïteit van de onderneming te vrijwaren tegen de visies van de schuldeisers in. De vermelde toets is bovendien een marginale toetsing, die verbonden is aan een vereiste redelijkheid van de beslissing van de schuldeisers. De inhoud van het reorganisatieplan mag bepaalde schuldeisers niet kennelijk onredelijk behandelen. Een ongelijke behandeling is mogelijk, voor zover ze niet “*unfair*” is²⁰⁹.

C. HAPERENDE INFORMATIEDOORSTROMING

83. De combinatie van een uitgebreide en niet-gedifferentieerde beslissingsmacht van schuldeisers aan het einde van de procedure van gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord, met een nagenoeg complete uitsluiting van hun inspraak voordien, is niet optimaal. Tegen de achtergrond van een beperkte rechterlijke tussenkomst geldt dat des te meer. De passieve rechter draagt niet bij tot een efficiënte informatie-uitwisseling onder de betrokkenen²¹⁰. In 2013 werd hieraan op bepaalde vlakken verholpen en de wet van 11 augustus 2017 zet wel meer stappen in die richting.

84. Vanaf 2009 gold dat de debiteur eenvoudig toegang kreeg tot de reorganisatieprocedure. Zijn verzoekschrift bevatte in bijlage jaarrekeningen, een staat van activa en passiva, een resultatenrekening, een simulatie van kasstromen en een overzicht van schuldeisers (art. 17 § 2 WCO 2009). De wet van 27 mei 2013, die de WCO hervormde, breidde de controle op de gegevens die de schuldenaar bij de start van de procedure meedeelt uit en besteedde meer aandacht aan informatie-uitwisseling. Nu moet de vermelde staat van activa en passiva en de resultatenrekening onder toezicht van een bedrijfsrevisor worden opgesteld (art. 17, § 2, 5° WCO); de simulatie van kasstromen tijdens de periode van opschorting is sinds 2013 een begroting, die met bijstand van een adviseur wordt gemaakt (art. 17, § 2, 6° WCO). Verder moet de schuldenaar sinds 2013 de schuldeisers persoonlijk inlichten over de aanvang van de procedure van gerechtelijke reorganisatie (art. 26 § 2 WCO; art. XX.49 § 1 eerste lid WER). Sinds 2013 wordt ingezet op een elektronisch dossier, dat tijdens de procedure door de schuldeisers kan worden geconsulteerd. Het dossier van de gerechtelijke reorganisatie bevat volgens de wet van 2013 “alle elementen met betrekking tot de procedure en de grond van de zaak”, en zeker ook de verslagen van de gedelegeerd rechter en de adviezen van het Openbaar Ministerie (art. 20 § 1 WCO; art. XX.40 § 1 WER). De nieuwe wet stelt ook een Centraal Register Solvabiliteit voorop, waarin alle dossiers inzake minnelijk akkoord, gerechtelijke reorganisatie en faillissement worden opgeslagen (art. XX.6 WER). Aangezien het elektronisch dossier voor gerechtelijke reorganisaties er nog niet is (sinds 1 april 2017 is dat er wel voor faillissementen), is de uitwisseling van informatie bij de aanvang van en ook tijdens de reorganisatieprocedure thans beperkt.

²⁰⁸ Zie de rechtspraak vermeld in: C. ALTER en A. LÉVY MORELLE, “Évolutions de la jurisprudence depuis la loi du 27 mai 2013”, in A. Zenner (ed.), *Paiement, insolvabilité et réorganisation. S’organiser pour être payé, payer ou se réorganiser* (Brussel: Larcier 2015), (99) 127–133 nrs. 20–33; S. REMMERY en G. SUPPLY, “Gerechtelijke reorganisatie. Stand van zaken na ruim vijf jaar praktijk”, 317. *NjW* 2015, (42) 52–54.

²⁰⁹ E. DIRIX, “De *paritas*-regel en het reorganisatieplan”, noot onder Antwerpen 30 juni 2011, *RW* 2011–12, 575–577; E. DIRIX, “Het insolventierecht anno 2014”, in H. Braeckmans, E. Dirix, M.E. Storme, B. Tilleman en M. Vanmeenen (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III* (Antwerpen: Intersentia 2014) (3) 20–24 nrs. 20–24; R. FRANISIS “Gedifferentieerde behandeling van schuldeisers in het reorganisatieplan: een privaatrechtelijke toets aan het verbod op rechtsmisbruik”, noot onder Cass. 13 maart 2014, *TBH* 2014, 701–702 nrs. 12–15; I. VEROUGSTRAETE, in *Bicentenaire du Code de Commerce*, 248–251.

²¹⁰ Zie over het onevenwicht dat dit creëert: S. BRIJS en S. JACMAIN, in P. Lambrecht en C. Gheur (eds.), *La loi/De wet*, (77) 82 nr. 12 en 88–90 nr. 25.

85. Volgens de WCO van 2009 stelt de verzoeker tijdens de opschorting een herstel- en reorganisatieplan op. Sinds 2013 moet het verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie vermelden welke maatregelen de schuldenaar overweegt om de onderneming te herstellen (art. 17, § 2, 8° WCO; art. XX.41 § 2, 8° WER). Nochtans is de debiteur niet verplicht de schuldeisers te betrekken bij of in te lichten over de redactie van het herstel- en reorganisatieplan. Schuldeisers hebben evenmin een recht op inspraak. Een uitzondering geldt voor vertegenwoordigers van werknemers, die de schuldenaar tijdens het redactieproces moet horen (art. 49 vijfde lid WCO; art. XX.72 zesde lid). Zelfs veranderde opvattingen en intenties inzake de inhoud van het herstel- en reorganisatieplan moeten uit hoofde van de wet niet aan het dossier worden toegevoegd. Dat kan wel onrechtstreeks. De gedelegeerd rechter kan immers gegevens bij de schuldenaar opvragen (art. 18 derde lid WCO; art. XX.42 derde lid WER) en de gedelegeerd rechter moet de rechtbank inlichten over de financiële toestand van de schuldenaar, en het verloop daarvan (art. 19 eerste lid WCO; art. XX.43 WER). De schuldeisers hebben inzage in het dossier van de gerechtelijke reorganisatie op de griffie, dat de verslagen van de gedelegeerd rechter bevat (art. 20, eerste lid WCO; art. XX.40 § 1 WER). Sinds 2013 wordt, zoals gezegd, verwezen naar het elektronisch dossier. Bovendien kan de rechtbank sinds 2013 in het vonnis over het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie opleggen dat bepaalde gegevens moeten worden meegedeeld, bijvoorbeeld tijdens de opschorting (art. 24 § 4, eerste lid WCO; art. XX.46 § 4 WER)²¹¹. Al bij al geldt op grond van de WCO geen systematische plicht tot inlichting en voorlichting van de schuldeisers over de redactie van het herstel- en reorganisatieplan²¹². De open-portaal-benadering, en het daaraan gekoppelde initiatief- en redactierecht van de verzoeker, blijven ook na 2013 nog dermate sterk dat de schuldeisers tussen de beoordeling van het verzoekschrift door de rechtbank en de indiening van het reorganisatieplan niet moeten worden geïnformeerd, tenminste voor zover de gedelegeerd rechter dit niet nodig acht en de rechtbank de debiteur daar niet toe heeft verplicht. Bovendien staat de gedelegeerd rechter – zoals ook voor 2013 – nog steeds niet in voor uitwisseling van informatie met de schuldeisers²¹³. Zoals hoger vermeld was het zowel in het *ancien régime* en zelfs onder gelding van de Napoleontische *Code de commerce* de bedoeling dat rechters, *arbitres*, *syndics* en overheidsbemiddelaars op dit punt de brug sloegen tussen de debiteur en de schuldeisers.

86. De wet van 11 augustus 2017 bevat echter enkele belangrijke wijzigingen. Ze stelt dat in de fase van het handelsonderzoek de kamers voor ondernemingen in moeilijkheden, of door hen aangeduide rechters verslaggever, van ambtswege alle gegevens mogen verzamelen die nodig zijn voor het onderzoek (art. XX.25 § 3 derde lid WER). Nochtans kunnen enkel bij een vastgestelde kennelijk grove tekortkoming van de schuldenaar voorlopige maatregelen worden genomen, zoals de aanstelling van een gerechtsmandataris of een voorlopig bewindvoerder. Zoals gezegd kan de ondernemingsbemiddelaar tijdens het proces van redactie van het reorganisatieplan een tussenpersoon zijn tussen de schuldenaar en de schuldeisers, maar is diens aanstelling eveneens een recht van de debiteur (nr. 71). Tijdens elke insolventieprocedure dient de rechtbank ambtshalve alle relevante omstandigheden te onderzoeken (art. XX.7 eerste lid WER). Dat houdt echter geen sturingsrecht ten aanzien van de te volgen procedure in (met uitzondering van faillissement, indien aan de voorwaarden is voldaan). Het respect voor de keuzevrijheid van de debiteur inzake insolventieprocedures

²¹¹ Een voorbeeld van dergelijke gegevens is een (update van de) lijst van schuldeisers in de opschorting. Zie M. VANMEENEN, *TBH* 2015, (487) 502.

²¹² Zie hierover: S. BRIJS en S. JACMAIN, in P. Lambrecht en C. Gheur (eds.), *La loi/De wet*, (77) 82 nr. 12 en 88–89 nr. 25.

²¹³ Zoals het de bedoeling was van de wetgever in 2009. Zie M. VANMEENEN, “De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen”, *RW* 2008–09, (1282) 1299 nr. 38.

blijft dus bestaan. Tijdens de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord is de gedelegeerd rechter verplicht de rechtbank in te lichten, maar net zoals voordien wordt in het nieuwe WER geen systematische doorstroming van informatie naar de schuldeisers opgelegd. In dat opzicht wordt – nu nog meer dan in de wet van 2013 – de nadruk gelegd op een omvangrijk en toegankelijk dossier. Gegevens inzake insolventieprocedures zullen worden gebundeld in een insolventieregister (art. XX.15 e.v. WER). De toegang tot het dossier van gerechtelijke reorganisatie zal bij KB worden geregeld (art. XX.40 § 4 WER). Niettegenstaande deze vernieuwingen, die nog dienen te worden geïmplementeerd, wordt het reorganisatieplan in de regel nog steeds enkel in afgewerkte vorm aan de schuldeisers ter inzage voorgelegd (art. XX.77 eerste lid WER).

VIII. CONCLUSIE: DE REORGANISATIERECHTER

87. Wanneer de keuze wordt gemaakt om schuldeisers als enigen te laten beslissen over een herstel- en reorganisatieplan, dan is het niet verkieslijk hen een tijdlang buitenspel te zetten en hen geen wettelijk recht op inspraak of beraadslaging toe te staan. Een snellere en grotere betrokkenheid van schuldeisers zou toelaten herstructureringen een ruimer draagvlak te geven. Een reorganisatierecht dat – zoals de “*rehabilitation theory*” vooropstelt – rekening houdt met uiteenlopende belangen, dient minstens ook de inzichten van de schuldeisers te respecteren. De WCO en het nieuwe boek XX van het WER erkennen op dit punt te weinig de eigenheid van reorganisatierecht. De verplichte aanstelling van een ondernemingsbemiddelaar die de schuldeisers inlicht over de vorderingen in de redactie van het reorganisatieplan, of het instellen van schuldeisercomités, zouden hieraan kunnen verhelpen.

88. Vanuit historisch perspectief is “schuldeiserpassiviteit” een restant van een op vereffening gericht insolventierecht, waarbij opschorting van betaling bij wijze van gunst kon worden toegekend. Tot 1851 was opschorting van betaling (*surseance*) niet afhankelijk van een goedkeuring door schuldeisers. In 1851 werd bepaald dat *sursis de paiement* door de schuldeisers diende te worden aanvaard die drie vierden van de schulden (in omvang) vertegenwoordigden. Maar zelfs nadat in 1883 een reorganisatie buiten faillissement werd mogelijk gemaakt, in de figuur van het gerechtelijk akkoord (*concordat préventif*), bleef het initiatief- en redactierecht bij de debiteur. Wel liet de wet van 1883 beraadslagingen onder schuldeisers en een zekere bemiddeling door de gedelegeerd rechter toe. De wetten van 1883 en 1887 gingen er, net zoals de wet van 1851, van uit dat een gerechtelijk akkoord weinig gedifferentieerd was; het verleende steeds een tijdelijke opschorting van betaling, zonder verplichtingen voor gewaarborgde schuldeisers. De invulling van de WCO was een reactie op een faillissementstraditie die veel macht aan de schuldeisers verleende. Maar tegelijkertijd getuigt de wet van de impliciete idee dat reorganisatie net zoals de vroegere opschorting van betaling en het gerechtelijk akkoord grotendeels eenvormig en evident is, zodat geen omstandig recht van inspraak en deliberatie voor schuldeisers nodig is. Wat informatieuitwisseling betreft, zit het geldende reorganisatierecht inderdaad nog voor een groot deel in het keurslijf van het faillissementsrecht, met daaraan gekoppeld het uitstel van betaling als gunst. Maar dat heeft in vele opzichten weinig zin. Bij gerechtelijke reorganisatie hangt het succes van een reorganisatieplan steeds mede af van de goede verstandhouding met en zelfs medewerking van de schuldeisers. In een faillissementsprocedure is dat niet noodzakelijk het geval. Tijdelijk uitstel van betaling kan bovendien niet worden vergeleken met reorganisatie, dat een heel spectrum van oplossingen omvat.

89. Daarom is het ook aangewezen de toetsing van reorganisatieplannen door de rechtbank ook meer economisch-bedrijfsmatig in te vullen. Meer regels inzake verplichte categorieën

van schuldeisers, of een wettelijk uitgewerkt recht voor de rechtbank om de redelijkheid en doelgerichtheid van voorgestelde categorieën van schulden te beoordelen zijn wenselijk. Dat geldt ook voor de mogelijkheid om akkoorden op te leggen aan groepen niet-benadeelde maar tegenstemmende schuldeisers, naar Amerikaans voorbeeld (*cram down*)²¹⁴. Ook op dit vlak is de wetgever terughoudend, hoewel een actieve rol van de rechtbank, gekoppeld aan een analyse van de kredietwaardigheid en leefbaarheid van de gereorganiseerde onderneming, tot de essentiële kenmerken van reorganisatierecht behoort. “*Rehabilitation theory*”, die de onderliggende filosofie van de WCO en het nieuwe boek XX van het WER vormt, veronderstelt een dergelijke benadering. De niet-toepasselijkheid van de *paritas creditorum*-regel maakt een rechterlijke economisch-bedrijfsmatige controle nu reeds noodzakelijk²¹⁵. De haalbaarheidstoets, die in 2009 naar de letter van de wet werd uitgesloten maar sinds enkele jaren opnieuw – zij het met horten en stoten – het reorganisatierecht werd binnengeloodst, hangt samen met de idee dat inzake reorganisatie een bijzonder recht van toepassing is dat afwijkt van het gemeen recht. De functionele beoordeling van een met een meerderheidsbeslissing aangenomen reorganisatieplan in het licht van de continuïteit van de onderneming, die het Hof van Cassatie voorstaat, veronderstelt een inhoudelijke controle van het plan die van een andere orde is dan het gemene privaats- en procesrecht.

90. Ook in dit opzicht is het geldende reorganisatierecht een product van het verleden. De impliciete gedachte is lang geweest dat reorganisatie eenvormig is, net zoals opschorting van betaling dat was in de negentiende eeuw. Dat hing samen met het niet begrijpen van opschorting van betaling of reorganisatie als een economisch probleem.²¹⁶ Bovendien geldt ook vandaag nog een traditie van beperkt rechterlijk ingrijpen in het faillissement, waar het reorganisatierecht uit voortkomt. De *Code de commerce* schroefde de controle door de rechtbank terug om snelle procedures van vereffening mogelijk te maken; de belangen van de debiteur of continuïteit van diens bedrijf werden juridisch weinig relevant geacht, zelfs indien een *concordat* werd gesloten. De later ingevoerde procedures van opschorting van betaling, gerechtelijk akkoord en gerechtelijke reorganisatie lieten gaandeweg meer ruimte voor een inhoudelijke beoordeling van herstelplannen door de rechtbank. Nochtans was die evolutie niet lineair. Het is bijvoorbeeld opmerkelijk dat de wettelijke bepalingen van de WGA, die een ruimere toetsing toelieten, in de WCO van 2009 grotendeels werden geschrapt en dat de nieuwe wet op dat punt weinig wijzigt.

91. De traditie hoeft in dit alles geen rem te vormen. Er zijn aanknopingspunten voor een beter functionerend reorganisatierecht in de wetten van 1883 en 1997, op het vlak van de beraadslaging onder schuldeisers en de beoordelingsbevoegdheid van de rechtbank van koophandel. Het uitbreiden van de opdrachten van de handelsrechtbank zou aanknopen bij een – nu vergeten – traditie, die grotendeels dateert van voor de Franse wetboeken en beter aansluiten bij de actieve rol van de rechtbank in het handelsonderzoek. Andere elementen kunnen worden aangegrepen. De expertise van de rechters in handelszaken, die niettegenstaande andersluidende plannen behouden werden in het Gerechtelijk Wetboek van 1967²¹⁷, is bijvoorbeeld een troef. Hun kennis van boekhouding, jaarrekeningen en de

²¹⁴ Pleit daarvoor: P. COUSSEMENT, in K. Byttebier, E. Dirix, M. Tison en M. Vanmeenen (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie*, 107–111 nrs. 76–81.

²¹⁵ E. DIRIX, in *Curatoren en vereffenaars III*, (3) 24 nr. 24.

²¹⁶ In economie geschoolde en met handelspraktijk vertrouwde parlementsleden hadden in de negentiende en twintigste eeuw een beperkte rol bij de redactie van wetsvoorstellen en in debatten in het Parlement die handelden over reorganisatie. Dat bestendigde *path dependence* in wettelijke oplossingen. Zie daarover uitgebreid DE RUYSSCHER, “Legal Culture, Path Dependence, and Dysfunctional Layering”.

²¹⁷ G. MARTYN, “De rechtbanken van koophandel in België”, 10. *Pro Memoria. Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden* 2008, (203) 213–214.

werking van ondernemingen kan van pas komen tijdens het redactieproces en bij economisch-bedrijfsmatige beoordelingen van reorganisatieplannen. Een historische benadering van het reorganisatierecht biedt dus heel wat perspectieven voor het geldende recht.

Samenvatting

Het Belgische recht inzake gerechtelijke reorganisatie, zoals vastgelegd in de Wet Continuïteit Ondernemingen 2009 en in het boek XX van het Wetboek van economisch recht, kan geëvalueerd worden op grond van een rechtshistorische analyse. Vele regels worden nog bepaald door de historische band met faillissement en met de opschorting van betaling als gunst voor de ongelukkige debiteur. Dat blijkt uit de beperkte inspraak van schuldeisers tijdens de procedure van gerechtelijke reorganisatie. In de loop van de negentiende eeuw werd een kortstondig moratorium ingevoerd. Aanvankelijk betrof het een gunst toegekend door de overheid, waarover de schuldeisers geen zeg hadden. De achterliggende idee was dat opschorting van betaling grotendeels eenvormig is, wat maakte dat geen debat over de inhoud van die maatregel nodig werd geacht. Dat hield eveneens verband met een beperkt economisch-bedrijfsmatige lezing van moratoria. Vanaf 1851 was opschorting van betaling (*sursis de paiement*) afhankelijk van een goedkeuring door een meerderheid van schuldeisers, die drie vierden van de schulden (in omvang) vertegenwoordigden. De opschorting van betaling werd op die manier dichter bij het faillissement gebracht. Maar zelfs nadat in 1883 een reorganisatie buiten faillissement werd mogelijk gemaakt, in de figuur van het gerechtelijk akkoord (*concordat préventif*), bleef het initiatief- en redactierecht bij de debiteur. Beraadslagingen onder schuldeisers en een zekere bemiddeling door de gedelegeerd rechter waren wel mogelijk. Toch verdwenen die laatste regels, die een beperkte erkenning van de eigenheid van reorganisatie vormden, in 1946. In 1997 werden ze deels opgevoerd in de Wet Gerechtelijk Akkoord, maar de WCO van 2009 opteerde voor een strenge openportaalbenadering en schrapte ze opnieuw. Een wantrouwen tegen door schuldeisers gestuurde procedures vloeyde samen met een doorleven van de vermelde impliciete idee van een weinig gedifferentieerde tijdelijke bescherming van de debiteur. De schuldenaar heeft sindsdien het quasi-exclusieve recht tot initiatief en van invulling van het herstelplan, dat slechts kan goed- of afgekeurd worden. Dat alles strookt echter niet met de eigen kenmerken van reorganisatierecht, dat een samenwerking en minstens een grondige afweging van belangen van betrokkenen veronderstelt om het bedrijf in moeilijkheden te laten overleven.

Daarnaast is de door de wet beperkte toetsing van reorganisatieplannen een gevolg van de vermelde ideeën van een weinig gedifferentieerd herstel en beperkt economisch-bedrijfsmatig inzicht, maar eveneens van de historische band met faillissement, waarover de rechtbank van koophandel weinig controle had. Het Belgische reorganisatierecht van de negentiende, twintigste en eenentwintigste eeuw bouwde op dit punt gedurende lange tijd voort op het voorbeeld van het faillissementsrecht. De WGA van 1997 liet wel een economisch-bedrijfsmatige analyse van het verzoekschrift en herstelplan door de rechtbank toe. Dat werd opnieuw uitgesloten in de WCO. Niettegenstaande regels van reorganisatierecht vandaag steeds meer als een uitzondering op gemeen privaatrecht worden beschouwd, blijven daarom wettelijke beperkingen gelden die een overblijfsel zijn van de historische band met faillissement. Een economisch-bedrijfsmatige controle van de inhoud van reorganisatieplannen is echter nodig om de doelstelling van een reorganisatieprocedure, namelijk herstel van het bedrijf, te verwezenlijken.