

Insolventierecht en mededingingsrecht : niet in isolatie

Stijn De Dier

1. Ter gelegenheid van het huldeboek opgedragen aan prof. dr. Anne-Marie Van den Bossche, schreven Wim De Meester, Melissa Vanmeenen en ik een bijdrage over de raakvlakken tussen insolventie en mededinging⁽¹⁾. Het werd de neerslag van een vooral verkennende gedachtewisseling over de wijzen waarop beide rechtstakken elkaar beïnvloeden, inspireren en mogelijk versterken.

2. Op het eerste gezicht zijn ze elkaars tegenpolen⁽²⁾. Mededingingsrecht legt de lat voor ondernemingen hoog in de zoektocht naar een optimale marktwerking. Insolventierecht focust op de financieel zwakke onderneming, ter bescherming van de schuldeisers én de (waarde van de) onderneming-schuldenaar. De wisselwerking tussen beide domeinen schetst zich dan ook vaak als een grens. Uitzonderlijk houdt het mededingingsrecht wel rekening met de financiële moeilijkheden van een onderneming⁽³⁾. De toepassing en handhaving van het mededingingsrecht stoot dan op een grens. De mogelijkheden binnen het insolventierecht (i.h.b. insolventieprocedures) geven die grens meer kleur en betekenis.

Nochtans gaat de complementariteit verder. Ook het insolventierecht beperkt de vrijheid van ondernemingen, en het mededingingsrecht haalt daar op zijn beurt ook voordeel uit.

3. Centraal staat de idee dat het insolventierecht het perspectief van de individuele onderneming (vereffening of sanering) overstijgt. Insolventierecht is er niet louter om de noodlijdende ondernemingen te

verwijderen, de schuldenaar te saneren, of de ondernemingswaarde te vrijwaren. Op de achtergrond heeft een veel fundamenteeler proces plaats, dat opgaat in een ruimere ambitie : ook het insolventierecht is erop uit om de optimale marktwerking te vrijwaren⁽⁴⁾.

Als het insolventierecht even wordt weggedacht, zijn er geen regels die de (dreigende) insolventie van een onderneming begeleiden. In zo'n wereld verschaft insolvabiliteit een voordeel : een onderneming die reeds onder water is, wordt niet snel afgeschrikt door de (financiële) gevolgen van wetsschendingen (boetes, schadevergoedingen ...) en ligt bijgevolg in de regel niet wakker van de vraag of zij een regel overtreedt. Dat 'voordeel' van insolvabiliteit bedreigt ook het mededingingsrecht⁽⁵⁾. Het mededingingsrecht begrenst de vrijheid van ondernemingen en bewaakt die grens streng. Maar als een onderneming niet bekommerd is om het feit of ze die grens overtreedt, omdat ze insolvabel is of weldra zal zijn, verliezen mededingingsautoriteiten (minstens deels) hun grip. Dat 'voordeel' verergert als de onderneming een rechtspersoon met beperkte aansprakelijkheid is. De aandeelhouders zagen hun inbreng al in rook opgaan, en voor meer zijn ze niet aansprakelijk. Eventuele andere schulden die nog ontstaan, zullen hen weinig tot niets deren.

Hier grijpt het insolventierecht in. Het insolventierecht beperkt met name het 'voordeel' dat aan de toestand van insolvabiliteit kleef. Het verplicht schuldenaars om bij het beheer van hun vermogen rekening te houden met de belangen van schuldeisers.

* Persoonlijke stellingname van de auteur.

1. S. DE DIER, W. DE MEESTER en M. VANMEENEN, "Insolventierecht en mededingingsrecht : living apart, belonging together ?" in J. BLOCKX en G. STRAETMANS (eds.), *Eerlijke en vrije mededinging : wijsheid is maat*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 113 e.v.

2. Zie de voormelde bijdrage, voetnoten 2 en 3.

3. Zie de voorbeelden uitvoerig beschreven in de voormelde bijdrage, p. 120 e.v.

4. Vgl. de tussenkomst van prof. dr. em. H. COUSY op een hoorzitting in de Kamercommissie op 15 januari 2008 (*Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 0160/005, 128-129). De idee dat een performant insolventierecht een belangrijke schakel is in het streven naar een optimale marktwerking vindt men ook in de Herstructureringsrichtlijn (Richtlijn nr. 2019/1023) : zie bv. overweging (16).

5. In dezelfde zin C. SAINT-ALARY-HOUIN, "Entreprises en difficulté et concurrences", *RIDE* 1995, p. 170, nr. 2.

Of nog : het stelt paal en perk aan de autonomie die een schuldenaar heeft om zijn vermogen te beheren. Het vermogen strekt immers tot onderpand van alle schuldeisers⁽⁶⁾ : zolang er schuldeisers zijn, heeft het vermogen als doel hen te voldoen. Voor een insolventiejurist is dat evident. Door de insolventietoestand door dwingende regels te omkaderen, helpt het insolventierecht ook het mededingingsrecht. Immers : als het ‘voordeel’ dat aan insolventie kleeft wordt beperkt, verbetert ook de grip van het mededingingsrecht op de markt⁽⁷⁾. Ondernemingen wiens insolventie dreigt, worden prompt gewezen op hun verplichtingen ter zake; ondernemingen die al insolvent zijn, worden naar een exit of herstructurering geleid. Bovendien vindt de redding of herstructurering van een onderneming in moeilijkheden plaats in een specifiek, insolventierechtelijk kader dat bepaalde waarborgen inhoudt (bv. rechterlijke controle, aanstelling van een neutrale bewindvoerder). Zodoende wordt ook de optimale toepassing van het mededingingsrecht gefaciliteerd.

4. De zienswijze dat het insolventierecht een afdwinging van het mededingingsrecht faciliteert, plaatst heel wat flankerende regels in een fris perspectief.

- De schuldenaar die zijn vermogen op onrechtmatige wijze vermindert of bezwaart, wendt zijn vrije beschikkingsbevoegdheid aan op een wijze die onvoldoende rekening houdt met het belang van de schuldeisers. De pauliaanse vorderingen sanctioneren die bevoegdheidsafwendings (art. 1167 BW; art. XX.111-114 WER)⁽⁸⁾.
- Bij aanhoudend slecht weer zal de schuldenaar zijn ‘voordeel’ noodgedwongen moeten prijsgeven, met als “fatitiek” moment het vervuld zijn van de faillissementsvoorwaarden : de schuldenaar die heeft opgehouden te betalen, moet daarvan verplicht aangifte doen (art. XX.102 WER).
- Ook de aansprakelijkheid wegens *wrongful trading* (en andere bestuurdersaansprakelijkheden⁽⁹⁾) vormt de uitdrukking van een bekommernis om de toestand van insolventie zo beperkt mogelijk te houden.

- Daartegenover staat dat de schuldenaar die zich aan de regels houdt, zich beschermd weet tegen zijn schuldeisers en profiteert van ruime reorganisatiemogelijkheden of een relatief ordentelijke vereffening van zijn vermogen.

Dit alles vermijdt dat het ‘voordeel’ dat gepaard gaat met insolventie oneindig lang kan worden gerekend. Meer in het algemeen voorkomt het insolventierecht dat een insolvente schuldenaar in een “*déconfiture*” verzandt. Een ordelijke set van insolventieregels geeft vertrouwen aan toekomstige schuldeisers; dat induceert kredietgevers dan weer om een breed scala aan ondernemingen kansen te geven, eerder dan hun kredietdiensten enkel aan een selecte groep van grote bedrijven aan te bieden. Ook dat komt de mededinging ten goede.

5. Het insolventierecht is dus een noodzakelijke partner van het mededingingsrecht. Beide rechtsdomeinen beogen een optimale marktwerking door de bewegingsvrijheid van ondernemingen te beperken : het mededingingsrecht grijpt in in de relatie met andere ondernemingen, het insolventierecht in de relatie tussen de onderneming en haar vermogen.

6. Net omdat het insolventierecht zelf ook grenzen stelt, is het natuurlijk belangrijk dat die grenzen niet te snel vervagen. In dat verband past een afsluitende bedenking bij de veelbeschreven tendens in de richting van buitengerechtelijke saneringsoplossingen⁽¹⁰⁾. Op zich is het zeker niet verkeerd dat de wetgever blijft nadenken over hoe insolventieprocedures moderner en flexibeler kunnen worden gemaakt. Wel mag hij daarbij niet vergeten dat het insolventierecht ook andere rechtstakken - zoals het mededingingsrecht - tot voordeel strekt. De geleidelijke heroriëntering van het insolventierecht naar een flexibel saneringsinstrument is aan te moedigen, maar gaat onvermijdelijk gepaard met een groter risico op opportunistisch gedrag. Dat is nog meer zo indien informele of buitengerechtelijke procedures worden uitgedokterd⁽¹¹⁾. Het is dan cruciaal dat de wetgever ook in maatregelen voorziet die een overdreven opportunisme afschrikken en aanpakken.

6. Sinds 1 september art. 3,36 BW (voorheen art. 7-8 Hyp.W.).

7. Uiteraard is die vaststelling niet beperkt tot het mededingingsrecht : het insolventierecht vervult dezelfde functie voor andere rechtstakken zoals het arbeids- en socialezekerheidsrecht, het fiscaal recht, het milieurecht, enz.

8. N. GEELHAND, *Belangenafweging in het huwelijksvermogensrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1994, p. 795-796, nr. 1994-1995, p. 797, nr. 1997 en p. 798, nr. 1999. Zie ook G. LINDEMANS, “De actio pauliana : zelfstandige aanspraak, splitsbare rechtszaak”, (noot onder Cass. 29 oktober 2015), *TBH* 2016, 226, nr. 7; V. SAGAERT, “De gevolgen van de actio pauliana en haar band met de ongerechtvaardigde verrijking”, *TBBR* 2001, 581, nr. 18.

9. Vgl. J. VANANROYE, *Beginselen van organisatierecht*, syllabus, sept 2020, nr. 50, beschikbaar op <https://corporaterefinancelab.files.wordpress.com/2020/09/beginselen-van-organisatierecht.pdf>.

10. S. DE DIER, W. DE MEESTER en M. VANMEENEN, “Insolventierecht en mededingingsrecht : living apart, belonging together ?” in J. BLOCKX en G. STRAETMANS (eds.), *Eerlijke en vrije mededinging : wijsheid is maat*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 117-121.

11. Zie bv. de wet van 21 maart 2021 tot wijziging van Boek XX WER, *BS* 26 maart 2021, onlangs goeddeels opnieuw verlengd tot 31 maart 2023 (KB 12 juli 2022, *BS* 15 juli 2022).