

VV.

CONSEIL D'ETAT - RAAD VAN STATE LEGISLATION - WETGEVING L
- 1 - 20-01-1983
Transmis à M. Overgemaakt aan de H. <i>Coördinatie</i>

L. 14.893/2.

ROYAUME DE BELGIQUE.

KONINKRIJK BELGIE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Justice et par le Ministre des Affaires économiques, le 30 juillet 1982, d'une demande d'avis sur un projet de loi "relative à la recherche des entreprises en difficulté et à leur assistance dans leur redressement", a donné le 29 novembre 1982 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, de 30e juli 1982 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie en door de Minister van Economische Zaken verzocht hun van advies te dienen over een ontwerp van wet "tot opsporing van ondernemingen in moeilijkheden en tot bijstand in hun herstel", heeft de 29e november 1982 het volgend advies gegeven :

21 JAN 1983

OBSERVATIONS GENERALES.

Selon l'exposé des motifs, le projet tend, d'une part, à institutionnaliser les services d'enquêtes commerciales en prévoyant "qu'ils seront organisés au sein de chaque tribunal de commerce", et, d'autre part, "à modifier et à compléter la législation existante d'une façon simple de sorte que sans que la sécurité juridique et l'ordre économique soient compromis, les entreprises en difficulté puissent être assistées dans un cadre légal". Sur ce dernier point, le projet s'inspire des travaux accomplis "dans le cadre de Benelux en vue d'aboutir à la rédaction d'une loi uniforme en matière de concordat judiciaire".

I.

1. Née dans la deuxième moitié du 19ème siècle, la législation actuellement en vigueur sur les faillites et les concordats n'a pas reçu les aménagements qui lui permettraient d'être adaptée aux nécessités de notre époque. Il en est résulté un vide législatif que les cours et tribunaux ont dû pallier dans des conditions parfois délicates. Aussi s'indiquerait-il que le Gouvernement saisisse l'occasion du présent projet pour résoudre plus complètement certaines difficultés de la matière.

Aux termes de l'article 442 de la loi du 18 avril 1851, "le tribunal de commerce peut déclarer la faillite, soit sur l'aveu du failli, soit à la requête d'un ou de plusieurs créanciers, soit d'office".

Les travaux préparatoires présentent la faillite d'office comme "une précaution que la loi prend et contre les faillis qui, n'importe pour quel motif, prolongent leur agonie au détri-

.../...

ment de tout ou partie de leurs créanciers, et contre les créanciers eux-mêmes, qui souvent les uns dans des vues intéressées, coupables, les autres par négligence ou par ignorance, s'abstiennent de provoquer une déclaration de faillite" (1).

La faillite d'office a été longtemps une mesure exceptionnelle (2). Mais la situation a évolué. Les créanciers ordinaires sont devenus moins soucieux de provoquer la faillite de leur débiteur, dès lors que celle-ci ne se liquide, en général, qu'au profit des créanciers privilégiés. D'un autre côté, le commerçant est souvent incité à maintenir en vie l'entreprise, malgré les difficultés dans lesquelles celle-ci se débat. Dans ces conditions, la déclaration en faillite d'office est devenue plus fréquente.

Les tribunaux de commerce les plus importants se sont donné les moyens de mener à bien la politique d'assainissement nécessaire en organisant des services de dépistage confiés à des juges consulaires expérimentés, bien au courant de la vie des affaires (3).

.../...

-
- (1) MAERTENS, "Commentaires de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes, et sursis", Bruxelles, DUVIVIER, 1851, page 125.
 - (2) La plupart des législations étrangères ignorent l'institution de la faillite d'office qui a été souvent critiquée (FREDERICQ, Traité de droit commercial belge, tome VII, n° 31).
 - (3) Sur l'organisation de ce service au tribunal de commerce de Bruxelles, cf. DUPLAT, in "L'entreprise en difficulté", Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 1981, pp. 45 et suiv. Ce rapport révèle que, de 1967 à 1980, dix-huit mille dossiers ont été ouverts dont une partie non négligeable a pu être classée après le premier entretien que le magistrat a eu avec l'entreprise et son conseil (ibid. p. 58).

Aussi, a-t-on pu dire que "dans les tribunaux où l'interpellation des mauvais payeurs est bien organisée, le nombre de faillites d'office prend le pas sur celui des faillites déclarées selon d'autres modes" (1).

Cette procédure largement empirique a donné de bons résultats, mais pose cependant certaines questions de principe.

2. Le juge des enquêtes commerciales peut-il conseiller le commerçant en difficulté ?

Fréquemment, le juge s'efforce, ne serait-ce que dans l'intérêt de l'emploi, de sauver l'entreprise. Il essaie d'aider le débiteur, parfois peu au courant des obligations qui lui incombent, en l'orientant dans la bonne voie. Il est d'autant plus enclin à le faire qu'il conserve des contacts avec son interlocuteur pendant la période relativement longue où s'opère le redressement de l'entreprise (2).

Il est cependant à craindre que le juge, en prodiguant des conseils, ne s'expose à être privé de l'immunité relative qui le met à l'abri d'éventuelles actions en responsabilité (3).

.../...

(1) NOVELLES, Droit commercial, tome IV, n° 1124.

(2) Voir les renseignements communiqués dans le rapport de M. DUPLAT, op. cit., p. 60.

(3) KRINGS, "La juridiction consulaire et la situation économique", J.T. 1979, pp. 533 et suiv. et spécialement p. 537.

Devant la juridiction répressive (1) ou la juridiction commerciale, des plaideurs ont invoqué que les situations qui leur étaient reprochées étaient nées avec l'approbation ou au moins avec la tolérance du service d'enquêtes commerciales. Ces prétentions n'ont pas été accueillies. Elles font néanmoins apparaître la nécessité de dissiper toute équivoque en définissant avec précision le rôle des services de dépistage.

L'article 1er, § 2, du projet dispose que le juge des enquêtes commerciales ne peut se substituer au débiteur "en prenant des décisions de caractère économique". On reviendra sur cette délimitation de pouvoirs, non définis par ailleurs, du juge, lors de l'examen de l'article 1er, § 2. L'indication qu'elle contient est insuffisante. Il serait indispensable que le Gouvernement et les Chambres législatives se prononcent clairement et avec précision sur l'étendue de la mission du juge des enquêtes commerciales et sur les modalités de l'exécution de cette mission.

3. Le débiteur doit-il être entendu avant d'être déclaré en faillite d'office ? A l'heure actuelle, cette pratique est généralement suivie. Elle est cependant considérée plutôt comme un moyen de fournir au tribunal l'information nécessaire à se former une opinion. Selon certaines décisions, l'audition du débiteur n'est nullement un droit pour celui-ci.

On a objecté à cette dernière façon de voir que le pouvoir de juger en l'absence d'une demande n'implique pas le

.../...

(1) Corr. Bruxelles, 13 octobre 1980, J.T. 1981, p. 274. Ce jugement est frappé d'appel.

droit de le faire en l'absence d'une défense (1). Le droit de défense fait partie des principes généraux qui ont force de loi (2). Il s'applique à toute procédure sous la réserve que le législateur peut "régler spécialement l'exercice de ces droits dans une matière déterminée" (3).

Cependant, l'article 8 du projet admet que la faillite peut être prononcée d'office sans audition ni convocation du débiteur dans des circonstances exceptionnelles. D'après l'exposé des motifs, il en serait notamment ainsi lorsque, dans une phase transitoire, le service de dépistage auprès du tribunal de commerce fonctionnerait de manière insuffisante.

Cette façon de voir ne peut en tout cas pas être admise. Elle aurait en effet pour conséquence que le droit de défense du débiteur en difficulté se trouverait amoindri dans l'hypothèse même où, à défaut d'une information convenable du tribunal, l'intérêt d'une bonne administration de la justice rendrait le plus utile l'exercice de ce droit par le débiteur.

Invitée à se prononcer sur la compatibilité de l'article 442 du Code de commerce avec l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la jurisprudence belge tranche la question par l'affirmative. Mais la réponse qu'elle formule n'est exempte ni de réserves ni de nuances (4).

.../...

-
- (1) AFSCHRIFT, "La comparution du commerçant déclaré d'office en état de faillite", J.T. 1981, p. 718.
- (2) GANSHOF van der MEERSCH, "Propos sur le texte de la loi et des principes généraux du droit", J.T. 1970, p. 593.
- (3) Cass. 27 septembre 1972, Pas. 1973, I, 97, et 4 avril 1974, Pas. 1974, I, 815.
- (4) Pour un examen complet de cette jurisprudence, voir 't KINT, "Le pouvoir d'office du juge en matière de faillite", XIes Journées d'Etudes Juridiques Jean DABIN, Louvain-la-Neuve, 14-15 octobre 1982, pages 13 et suivantes.

Dans un arrêt du 6 novembre 1981 (1), la Cour de Bruxelles invoque que la faillite d'office présente la caractéristique d'être principalement de nature conservatoire et qu'elle peut être prise d'office et de manière unilatérale comme d'autres mesures plus limitées telles la saisie. La Cour estime cependant que, dans l'exercice de son pouvoir, le tribunal doit se prononcer sur des éléments qui ont pu être soumis à l'appréciation de celui envers qui le tribunal envisage de prendre la mesure de faillite d'office. D'après le même arrêt, le débiteur doit être appelé à fournir des explications si celles-ci apparaissent nécessaires, sauf lorsque des motifs d'utilité publique imposent que le secret soit gardé avant que le tribunal ne statue. Il en sera notamment ainsi lorsqu'il y a lieu de craindre que le débiteur fasse disparaître des documents importants ou se rende coupable d'autres fraudes.

On observera toutefois qu'un jugement déclaratif de faillite ne peut être assimilé purement et simplement à une décision autorisant une saisie. Le tort fait par un jugement déclaratif de faillite, soumis à publicité, est, le plus souvent, irréparable. Le rapport de la faillite ne peut supprimer le préjudice encouru (2). Il est plutôt l'indice d'un manque d'information suffisante au moment où la décision initiale a été prise (3). Il ne fait donc que souligner l'utilité d'un droit de défense dès l'origine.

.../...

(1) R.P.S., 1982, n° 6182, p. 92.

(2) COPPENS et 't KINT, Examen de jurisprudence, "Les faillites et les concordats", R.C.J.B. 1979, 332.

(3) KRINGS, article cité, p. 539.

La loi française du 13 juillet 1967 prévoit formellement la convocation du débiteur. Sous le régime antérieur à cette loi, dans l'interprétation d'une disposition identique à l'article 442 précité, la Cour de cassation de France avait décidé que la faillite d'office ne pouvait être prononcée qu'après que le débiteur eut été appelé et "mis à même d'assurer sa défense" (1).

Il est vrai que, dans certains cas, il peut s'avérer nécessaire de prendre des mesures conservatoires dont l'efficacité requiert le secret à l'égard du débiteur. Il y a cependant une disproportion entre le but limité de telles mesures et le moyen que constitue la faillite d'office pour atteindre ce but.

Pour résoudre la question posée par la Cour d'appel de Bruxelles dans l'arrêt précité du 6 novembre 1981, il suffirait d'habiliter le tribunal à prendre d'office, avant toute déclaration de faillite, les mesures conservatoires qu'il jugerait appropriées (2).

4. Il résulte de l'article 9 du projet, tel qu'il est éclairé par l'exposé des motifs, que l'entretien auquel le débiteur en difficulté est convié par le président du tribunal de commerce conformément à l'article 1er, § 2, et les discussions qui en sont éventuellement la suite, sont censées permettre l'exercice du droit de défense par le débiteur puisque le jugement déclaratif de faillite qui intervient ultérieurement est réputé contradictoire. Cette appréciation ne se vérifie pas dans tous les cas. A ce stade de la procédure, le débiteur concentre normalement son attention sur le programme de redressement qui fait

.../...

(1) Cass. franç. comm. 12 juin 1968, Bull. civ. t. IV, n° 190, p. 171.

(2) AFSCHRIFT, article cité, p. 719.

l'objet des contacts avec le juge des enquêtes. Dans le climat de confiance qui s'établit, les déclarations du débiteur ne tendent pas nécessairement à une défense dont la nécessité ou l'urgence ne sont pas, à ce moment, évidentes. Il serait indispensable qu'au moment où l'éventualité d'une faillite d'office est envisagée par le tribunal, le débiteur reçoive l'avis de cette possibilité et soit invité à faire connaître son point de vue en connaissance de cause.

Les enquêtes et discussions ne peuvent pas en effet être considérées comme des mesures suffisantes pour assurer le respect des droits de la défense.

5. La doctrine et la jurisprudence dominantes sont actuellement d'avis que même dans le cas où le débiteur a été entendu, le jugement qui le déclare en faillite d'office est rendu par défaut (1). Cette appréciation est importante car si le failli était considéré comme partie au jugement déclaratif de faillite, il ne pourrait se pourvoir contre ledit jugement qu'en interjetant appel. Dans l'hypothèse inverse, il doit obligatoirement utiliser la voie de la tierce opposition à peine de se voir opposer la non-recevabilité de l'appel (2).

Etant donné que l'enquête et la discussion ne peuvent tenir lieu de défense du débiteur dans la procédure de faillite d'office, il appartiendra au Gouvernement et aux Chambres législatives d'apprécier si, lorsque le débiteur aura été régulièrement invité à se défendre sur l'éventualité de la prononciation de la faillite d'office, le jugement déclarant cette faillite doit ou non être susceptible d'opposition lorsque le débiteur n'a pas comparu.

.../...

- — — — —
- (1) VAN RYN et HEENEN, Principes de Droit commercial, T. IV, n° 2659 Gand, 9 mai 1959, R.W. 1959-60, col. 1896; Bruxelles, 6 mars 1979, J.C.B. 22.600 et Bruxelles, 9 janvier 1978, J.C.B. p. 116.
- (2) Bruxelles, 2 février 1972, Pas., II, 80; Bruxelles, 6 mars 1975, Pas., II, 125; Mons, 29 octobre 1975, Pas. 1976, II, 114.

II.

Le projet "supprime la condition de bonne foi et d'infortune comme élément de la recevabilité de la requête (en concordat)". S'inspirant de l'avant-projet Benelux (1), il élimine "la règle en vertu de laquelle celui qui a obtenu le concordat est tenu en cas de retour à meilleure fortune de payer intégralement ses créanciers". Il vise ainsi à réaliser une réforme qui privilégie le caractère économique de la procédure en la débarrassant de considérations morales de caractère personnel.

Le concordat après faillite (articles 495, 514 et 521 de la loi du 18 avril 1851) obéit actuellement à des règles différentes de celles du concordat judiciaire. La doctrine souligne avec raison que cette différence de traitement n'a pas de justification logique (2).

Le Gouvernement et les Chambres législatives auront à apprécier s'il ne serait pas opportun d'unifier les deux régimes et d'étendre les principes du concordat judiciaire, tels qu'ils découleront notamment des règles nouvelles portées par le projet, à la procédure de concordat après faillite.

.../...

- - - - -

(1) "Dispositions communes en matière de concordat judiciaire", Commission belgo-néerlandaise-luxembourgeoise pour l'étude de l'unification du droit, 25 janvier 1980.

(2) NOVELLES, Droit commercial, T. IV, n° 2972.

EXAMEN DES ARTICLES.Article 1er.

1. Selon l'article 1er des lois sur le concordat judiciaire, coordonnées le 25 septembre 1946, "le débiteur commerçant pourra éviter la déclaration de faillite, s'il obtient de ses créanciers un concordat judiciaire dans les formes et conditions prescrites par la présente loi".

L'article 1er, § 1er, du projet tend à substituer à cette règle celle que "le débiteur commerçant qui prévoit qu'il ne pourra pas continuer à honorer ses dettes peut proposer un concordat à ses créanciers".

Le nouveau critère est emprunté à l'article 213 de la loi néerlandaise sur la faillite, qui traite de la "surséance van betaling". Il se retrouve dans l'article 1er de l'avant-projet Benelux. Le projet reproduit cet article textuellement, à ceci près qu'il remplace l'expression "payer ses dettes" par l'expression "honorer ses dettes". La formule de l'avant-projet Benelux doit être préférée en raison de sa meilleure précision sur le plan juridique.

Désormais, le débiteur en difficulté aura ainsi la faculté de faire des offres concordataires avant de se trouver en état de cessation de paiements.

Strictement interprétée, la formule de l'article 1er, § 1er, pourrait avoir pour conséquence de fermer la voie du concordat au débiteur qui se trouve en état de cessation de paiement.

.../...

Cette intention n'étant certainement pas celle du Gouvernement, il serait préférable de rédiger l'article 1er, § 1er, en projet, comme suit :

"§ 1er. S'il désire éviter la déclaration de faillite ou s'il prévoit qu'il ne pourra continuer à payer ses dettes, le débiteur commerçant peut proposer un concordat à ses créanciers".

2. L'alinéa 2 de l'article 1er des lois coordonnées sur le concordat judiciaire dispose comme suit : "Le concordat peut être également accordé après le décès du débiteur".

L'article 1er, § 1er, alinéa 2, en projet modifie cette disposition de la manière suivante : "Au décès du débiteur, le concordat peut être proposé par chacun des héritiers ayant accepté la succession sous bénéfice d'inventaire".

D'après l'exposé des motifs, la modification proposée est destinée à mettre la loi belge en concordance avec le texte de l'article 1er.2. de l'avant-projet Benelux.

Sous le régime actuel, on décide généralement que l'héritier peut demander un concordat à la place de son auteur décédé, dans la mesure où des patrimoines distincts continuent d'exister. Tel est le cas lorsque l'héritier du commerçant décédé renonce à la succession de son auteur ou ne l'accepte que sous bénéfice d'inventaire (1). Si l'héritier accepte purement et simplement la succession, on estime que son acceptation entraîne la confusion des patrimoines et que cette situation l'empêche de

.../...

(1) NOVELLES, Droit comm. t. IV, n° 594. Certains auteurs semblent toutefois réserver aux seuls héritiers bénéficiaires le droit de demander le concordat posthume (FREDERICQ, Traité de droit commercial belge, t. VIII, n° 632; VAN RYN et HEENEN, Principes de droit commercial, t. IV, p. 406, n° 2909).

proposer un concordat au nom du disparu. L'héritier pourrait toutefois le solliciter à titre personnel, soit qu'étant commerçant lui-même, sa proposition de concordat doive être réputée acte de commerce, soit que, n'ayant pas cette qualité, sa demande soit de caractère civil (1).

L'exposé des motifs de l'avant-projet Benelux ne permet pas de penser que ses auteurs aient une conception très différente de celle de la loi belge actuelle. Il contient en effet les considérations suivantes :

"... Seuls les héritiers qui ont accepté la succession sous bénéfice d'inventaire peuvent proposer le concordat. Cet alinéa 2 vise, en effet, le concordat relatif au patrimoine du de cujus. L'héritier qui a accepté purement et simplement la succession devient lui-même débiteur, sa part dans le patrimoine du de cujus se confondant avec le sien et il peut, à titre personnel, demander le concordat s'il en remplit les conditions".

L'adoption du texte de l'avant-projet Benelux permettrait de décider avec certitude que l'héritier renonçant n'est pas admis à demander le concordat posthume.

On décide à l'heure actuelle que non seulement l'auteur décédé mais également l'héritier pur et simple qui demande le concordat posthume, doivent être de bonne foi (2). La condition de la bonne foi, qui est requise du demandeur en concordat est remplacée dans le projet soumis au Conseil d'Etat par la constatation que l'entreprise est apte à opérer son redressement. Cette condition nouvelle n'est pas transposable comme telle à l'héritier. S'il fallait néanmoins requérir l'existence d'une

.../...

(1) NOVELLES, Droit commercial, t. IV, n° 133.

(2) NOVELLES, Droit commercial, t. IV, n° 629.

telle condition dans le chef de l'héritier lui-même, il en résulterait que l'héritier en faillite, qui peut actuellement demander le concordat posthume s'il est de bonne foi (1), se verrait refuser cette faculté dans le système nouveau puisque sa propre entreprise aurait pris fin.

Le Gouvernement et les Chambres législatives doivent être informés de ces problèmes et en apprécier les différents aspects lors de l'examen du projet.

3. L'article 1er, § 2, en projet est libellé comme suit :

"Tout tribunal de commerce organise un service d'enquêtes commerciales.

S'il ressort des renseignements obtenus par ce service qu'un débiteur se trouve en difficulté, le débiteur concerné est convoqué à un entretien à l'initiative du président du tribunal de commerce. La convocation comporte le texte du présent article.

L'enquête et la discussion qui s'ensuit avec le débiteur, éventuellement assisté, doivent avoir lieu discrètement dans le respect des droits de la défense et sans que le juge ne se substitue au débiteur en prenant des décisions de caractère économique.

Exceptionnellement, le président du tribunal de commerce, sur la proposition du magistrat chargé de l'enquête commerciale et s'il estime qu'un débiteur ne pourra plus continuer à payer ses dettes, peut lui impartir un bref délai pour présenter les propositions concordataires. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours".

.../...

(1) NOVELLES, Droit commercial, t. IV, n° 595.

A l'heure actuelle, certains tribunaux de commerce sont équipés d'un service d'enquêtes commerciales, tandis que d'autres en sont dépourvus. Là où elles existent, les règles d'organisation de ces services diffèrent d'un tribunal à l'autre.

Il ne serait pas admissible que la loi entérine cette situation, variable selon les arrondissements, en délaissant aux présidents des tribunaux de commerce le soin de développer les services "progressivement en utilisant les moyens dont ils disposent". Il appartient au législateur de régler lui-même l'organisation et la procédure de ces services et notamment de se prononcer sur les questions de principe qui ont été évoquées dans les observations générales placées en tête du présent avis.

Le législateur doit également indiquer ce qu'il entend par la discrétion dont il veut que la procédure soit entourée, et préciser la manière dont les droits de défense du débiteur seront garantis. Ces précisions doivent être mentionnées dans le texte de la loi et non pas simplement dans l'exposé des motifs.

La loi doit indiquer aussi à qui et à quelle adresse la lettre de convocation du service d'enquêtes commerciales sera envoyée; à quel moment et dans quelles conditions le dossier ouvert par le service d'enquêtes commerciales sera mis à la disposition de l'entreprise et de son conseil; quels documents le commerçant en difficulté devra produire; quel délai lui sera laissé pour la mise en état de son dossier et quel sort sera fait à ce dossier tant dans l'éventualité où la faillite est déclarée que dans celle où elle ne l'est pas. D'après une pratique en usage au service d'enquêtes commerciales de Bruxelles, le magistrat chargé initialement du dossier ne peut siéger à la Chambre des

.../...

faillites appelée à apprécier la suite à donner à la procédure (1). Pareille manière de faire, qui distingue à bon droit l'instruction préalable du dossier de la décision à prendre en matière de faillite, mérite d'être consacrée par la loi.

4. L'article 1er, § 2, alinéa 3, en projet indique que le juge ne peut se substituer "au débiteur en prenant des décisions de caractère économique".

Cette expression n'est pas suffisamment précise. En réalité, le but du projet, tel que l'exprime l'exposé des motifs, paraît être d'éviter que le tribunal ne se substitue au débiteur dans l'élaboration du plan de redressement. Il s'indique de viser expressément cet objectif. Le texte pourrait être rédigé de la manière suivante :

"... sans que le juge ne se substitue au débiteur dans l'élaboration du plan de redressement".

5. L'article 1er, § 2, alinéa 4, en projet ne vise que l'hypothèse dans laquelle le débiteur ne peut plus continuer à payer ses dettes. Il y a lieu d'en étendre la portée au cas où le débiteur est déjà en état de cessation de paiements. Le texte suivant est proposé :

"Dans les cas visés à l'article 1er, § 1er, le président du tribunal de commerce peut exceptionnellement, sur proposition du magistrat chargé de l'enquête commerciale, impartir un bref délai au débiteur pour présenter des propositions concordataires".

.../...

(1) DUPLAT, op. cit., p. 59.

Ni le texte du projet, ni l'exposé des motifs ne s'expliquent sur la nature juridique de la décision que le président du tribunal de commerce sera amené à prendre par application de l'article 1er, § 2, alinéa 4. Ils ne précisent notamment pas si cette décision doit ou non être motivée.

On peut supposer qu'en réponse à l'injonction qui lui est faite, le débiteur devra, dans le délai qui lui est imparti, se conformer à l'article 3 des lois sur le concordat judiciaire. Si telle est bien l'intention du Gouvernement, le texte de l'alinéa 4 de l'article 1er, § 2, pourrait être complété comme suit :

"Le débiteur s'y conforme, dans le délai à lui imparti, par le dépôt de la requête visée à l'article 3".

Toutefois, même ainsi modifié, le texte n'énonce pas la sanction qui découle du défaut de propositions concordataires. Si le débiteur en état de cessation de ses paiements et dont le crédit est ébranlé doit, en pareil cas, être déclaré en faillite, il n'en va pas de même du débiteur qui, sans être dans cette situation, prévoit qu'il ne pourra continuer à payer ses dettes. Il s'indique que le projet soit complété sur ce point.

Article 2.

L'article 2 du projet tend à modifier l'article 2 des lois coordonnées sur le concordat judiciaire en ce que le demandeur en concordat ne devra plus faire la preuve qu'il est débiteur malheureux et de bonne foi. Cette dernière formule est, en effet, généralement critiquée (1).

.../...

(1) Permettre au tribunal de refuser un concordat parce que le débiteur est de mauvaise foi, alors que la majorité des créanciers souhaite ce concordat, c'est punir ces créanciers en raison d'une faute de leur débiteur; c'est en faire deux fois des victimes (NOVELLES, Droit commercial, tome IV, n° 2967; cf. également J. EECKHOUT, "En marge d'un concordat", J.T. 1971, 48

Toutefois, la loi doit définir le critère nouveau qu'elle substitue au critère qu'elle abandonne. On reviendra sur cette question lors du commentaire de l'article 4 du projet.

Il n'est pas nécessaire de reproduire un alinéa que le projet tend à abroger.

Sous réserve de l'observation faite plus haut, le texte suivant est proposé :

"Article 2.-

A l'article 2 des mêmes lois coordonnées, l'alinéa 5 du paragraphe 1er et le paragraphe 2 sont abrogés".

Article 3.

Dans le régime actuel, le juge délégué nomme fréquemment avant l'établissement de son premier rapport un ou plusieurs experts qui procèdent à "la vérification de l'état des affaires du débiteur" (article 12 des lois sur le concordat judiciaire).

L'article 3 du projet propose de permettre la nomination d'un ou de plusieurs experts ayant pour mission d'assister le débiteur dans la gestion de ses affaires jusqu'à l'homologation du concordat.

.../...

1. Alors que le juge délégué, dans l'exercice des pouvoirs que la loi lui reconnaît actuellement, agit seul, le premier alinéa en projet impose qu'il soit habilité pour la mission nouvelle que le projet lui reconnaît, par "un des jugements rendus conformément aux articles 7 et 8 des lois sur le concordat judiciaire". On n'aperçoit pas l'utilité de cette formalité complémentaire que l'exposé des motifs ne justifie pas.

2. On peut se demander si la désignation d'experts en gestion ne constitue pas, au moins indirectement, une décision de caractère économique dont le projet entend, par ailleurs, laisser la responsabilité exclusive au seul débiteur.

3. L'alinéa 2 des dispositions proposées détermine la mission du ou des experts en gestion en la faisant fixer conjointement par le juge délégué et le débiteur. Si le législateur souhaite étendre les pouvoirs du juge délégué, il serait préférable, pour éviter des difficultés, de ne pas lier sa décision au consentement du débiteur.

.../...

4. De toute façon, le projet devrait déterminer avec plus de précision la nature de la mission d'"assistance" qu'il envisage de voir confier aux experts. Le terme d'"expert", mis en regard de la notion d'"assistance", ne contribue pas à clarifier cette mission. La notion d'avis à laquelle recourt l'exposé des motifs est, à cet égard, équivoque et insuffisante.

5. Bien que le Conseil d'Etat n'ait pas coutume de formuler des observations sur l'exposé des motifs, il croit devoir relever que le texte néerlandais du commentaire de l'article 3, à l'alinéa 2, non seulement ne concorde pas avec le texte français mais contient une erreur manifeste en impliquant, par un pluriel malencontreux, le juge-commissaire dans la conduite des affaires et dans la responsabilité de la gestion.

Article 4.

Par application de l'article 24, alinéa 1er, en projet, le tribunal pourra à tout moment déclarer en faillite le débiteur dont les propositions concordataires "ne sont pas fiables".

Sous la forme générale où elle est exprimée, cette proposition fait naître une difficulté. Dans le régime nouveau, les propositions concordataires ne seront pas nécessairement présentées par un débiteur en état de cessation de ses paiements. Il n'est donc pas exact que le rejet des propositions concordataires fasse naître automatiquement la faculté de déclarer la faillite, sauf si le Gouvernement a l'intention de changer les conditions dans lesquelles la faillite peut être légalement déclarée. Si tel était le cas, le texte devrait exprimer clairement cette intention.

.../...

La condition de "fiabilité", - concept nouveau en matière de concordat -, appelle également une remarque. L'exposé des motifs explique ce vocable en énonçant qu'il vise "à la fois l'appréciation de la réussite économique du plan de redressement et celle de la crédibilité et de l'honnêteté du chef de l'entreprise". A côté du critère économique, réapparaît ainsi un critère moral et personnel que l'abrogation partielle de l'article 2 des lois coordonnées sur le concordat judiciaire avait précisément pour objet d'écarter (1).

Il appartiendra au Gouvernement et aux Chambres législatives d'apprécier si le critère de la viabilité de l'entreprise (2) ne devrait pas être préféré à celui de la "fiabilité" des propositions concordataires.

.../...

- (1) Sous l'empire des arrêtés royaux des 15 octobre et 9 décembre 1934 instituant le régime de la gestion contrôlée, la jurisprudence s'était divisée sur la question de savoir si la condition de la bonne foi dans ce régime était ou non différente de celle qui est requise en matière de concordat. La Cour de Bruxelles s'était prononcée dans le sens du critère purement économique et social (Bruxelles, 26 janvier 1935, Rev. faill. 1935-1938, p. 104), tandis que la Cour de Gand (Gand 2 février 1935, Rev. faill., 1935-1938, p. 123) avait opté pour la condition complémentaire de la bonne foi dans les relations commerciales. Cette controverse met en évidence la nécessité pour le législateur de se prononcer clairement sur le critère applicable.
- (2) C'est la formule que propose un auteur français, B. SOINNE, ("Suspension provisoire des poursuites, Règlement judiciaire et réforme du droit de la faillite", D.S. 1980, Chronique, page 73), après avoir constaté que les formules de la loi française du 13 juillet 1967 (situation financière difficile, mais non irrémédiablement compromise; trouble grave à l'économie nationale ou régionale causé par la disparition de l'entreprise et compatibilité des mesures envisagées avec l'intérêt des créanciers) manquaient de précision et ne permettaient pas au juge de se prononcer avec certitude. (Voir aussi SOINNE, "Le droit de la faillite et l'organisation consulaire française", D.S. 1979, Chronique, page 57.)

Article 7.

L'article 37 des lois coordonnées sur le concordat judiciaire est libellé comme suit :

"Tous les trois mois au moins, et chaque fois que le tribunal l'ordonnera, le juge délégué sera tenu d'examiner l'état des affaires du débiteur concordataire, en se faisant, s'il le croit utile, assister d'experts, conformément à l'article 12. Le juge-délégué fera rapport au tribunal qui, après avoir entendu le débiteur et les cautions, ou eux dûment appelés, pourra prononcer la résolution du concordat, et déclarer la faillite".

L'article 7 du projet propose de remplacer l'article 37, alinéa 2, par la disposition suivante :

"Le juge-délégué surveille l'exécution du concordat".

Dans le système actuel, tout créancier lié par le concordat peut demander la résolution du traité en cas d'inexécution. La demande de résolution doit avoir lieu par voie d'assignation. La faillite du chef de non-paiement des dettes concordataires ne peut être prononcée sans demande préalable de résolution.

L'article 37, alinéa 2, donne toutefois au tribunal le pouvoir de prononcer la résolution d'office moyennant les formalités qu'il indique.

L'article 7 du projet, s'il est adopté, mettra le tribunal dans l'impossibilité de prononcer la faillite d'un débiteur qui ne respecte pas ses engagements concordataires, sauf si un créancier en fait la demande.

.../...

Articles 8 et 9.

Ces articles appellent les observations générales
qui ont été faites au début du présent avis.

ALGEMENE OPMERKINGEN.

Volgens de memorie van toelichting beoogt het ontwerp enerzijds de diensten voor handelsonderzoek te institutionaliseren door te bepalen "dat ze in de schoot van elke rechtbank van koophandel worden georganiseerd" en anderzijds "de bestaande wetgeving op een eenvoudige manier (...) (te) wijzigen en (...) (aan te vullen) zodat, zonder de rechtszekerheid noch de economische orde in het gedrang te brengen, ondernemingen in moeilijkheden binnen een wettelijk kader begeleid kunnen worden". In verband met dat laatste punt gaat het ontwerp uit van de werkzaamheden verricht "in het kader van de Benelux" om te komen tot "een éénvormige wet inzake het gerechtelijk akkoord".

I.

1. De thans geldende wetgeving op de faillissementen en de gerechtelijke akkoorden, die in de tweede helft van de 19e eeuw is ontstaan, heeft niet de nodige aanpassingen ondergaan om het hoofd te kunnen bieden aan de noden van onze tijd. Daardoor is in de wetgeving een vacuum ontstaan dat de hoven en rechtbanken in soms zeer moeilijke omstandigheden hebben moeten verhelpen. Het zou dan ook zinvol zijn dat de Regering de door dit ontwerp geboden mogelijkheid te baat neemt om een meer volledige regeling te brengen voor een aantal moeilijkheden in verband met deze aangelegenheid.

Naar luid van artikel 442 van de wet van 18 april 1851 wordt "de faillietverklaring (...) uitgesproken (...), hetzij op aangifte van de gefailleerde, hetzij op verzoek van een of meer schuldeisers, hetzij ambtshalve ...".

De parlementaire voorbereiding stelt het ambtshalve uitgesproken faillissement voor als "une précaution que la loi prend et contre les faillis qui, n'importe pour quel motif, prolongent leur agonie au détriment de tout ou partie de leurs

.../...

créanciers, et contre les créanciers eux-mêmes, qui souvent les uns dans des vues intéressées, coupables, les autres par négligence ou par ignorance, s'abstiennent de provoquer une déclaration de faillite" (1).

Het faillissement van ambtswege is lange tijd een uitzonderingsmaatregel geweest (2). Maar de toestand is geëvolueerd. De gewone schuldeisers zijn er niet meer zozeer op uit om het faillissement van hun schuldenaar uit te lokken; de vereffening van het faillissement valt immers over het algemeen alleen uit in het voordeel van de bevoorrechte schuldeisers. Bovendien wordt de handelaar er vaak toe aangespoord om de onderneming in leven te houden, ondanks de moeilijkheden waarmee zij worstelt. Faillietverklaring van ambtswege komt dan ook hoe langer hoe meer voor.

De belangrijkste handelsrechtbanken hebben zich de middelen verschaft om het noodzakelijke saneringsbeleid tot een goed einde te brengen door het organiseren van opsporingsdiensten die toevertrouwd worden aan ervaren rechters in handelszaken die goed op de hoogte zijn van het zakenleven (3).

.../...

-
- (1) MAERTENS, "Commentaires de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis", Brussel, DUVIVIER, 1851, blz. 125.
 - (2) De meeste vreemde wetgevingen kennen het vaak bekritiseerde instituut van het ambtshalve uitgesproken faillissement niet (FREDERICQ, "Traité de droit commercial belge", deel VII, nr 31).
 - (3) Omtrent de organisatie van die dienst bij de rechtbank van koophandel te Brussel : cfr. DUPLAT in "L'entreprise en difficulté", Brussel, "Editions du Jeune Barreau", 1981, blz. 45 en volgende. Uit dat rapport blijkt dat van 1967 tot 1980 achttienduizend dossiers zijn aangelegd waarvan weliswaar een niet onaanzienlijk gedeelte na een eerste onderhoud van de magistraat met de onderneming en haar raadsman geseponeerd is kunnen worden (ibid. blz. 58).

Men heeft dan ook kunnen zeggen dat "dans les tribunaux où l'interpellation des mauvais payeurs est bien organisée, le nombre de faillites d'office prend le pas sur celui des faillites déclarées selon d'autres modes" (1).

Deze in ruime mate empirische werkwijze heeft goede resultaten opgeleverd, maar doet toch een aantal principiële vragen rijzen.

2. Kan de met het handelsonderzoek belaste rechter een handelaar die in moeilijkheden verkeert, adviseren ?

Heel dikwijls probeert de rechter de onderneming te redden al was het maar ter wille van de werkgelegenheid. Hij tracht de schuldenaar, die soms slecht op de hoogte is van de op hem rustende verplichtingen, te helpen door hem op de goede weg te brengen. Hij is des te meer geneigd dat te doen naarmate hij in voeling blijft met zijn gesprekspartner tijdens de betrekkelijk lange periode waarin het herstel van de onderneming plaatsheeft (2).

Er valt echter te vrezen dat de rechter, als hij te veel raadgevingen gaat verstrekken, het risico loopt de betrekkelijke onschendbaarheid te verliezen die hem behoedt voor mogelijke aansprakelijkheidsvorderingen (3). Pleiters heb-

.../...

(1) NOVELLES, Droit commercial, deel IV, nr 1124.

(2) Men vergelijk de in het rapport van de heer DUPLAT verstrekte gegevens; op. cit., blz. 60.

(3) KRINGS, "La juridiction consulaire et la situation économique", J.T. 1979, blz. 533 en volgende, inzonderheid blz. 537.

ben ten overstaan van het strafgerecht of het handelsgerecht (1) aangevoerd dat de hun verweten toestanden ontstaan waren met de goedkeuring van de dienst handelsonderzoek ofwel met diens gedogen. Die beweringen zijn niet geaccepteerd. Zij tonen echter aan dat het nodig is alle dubbelzinnigheid op te heffen door de rol van de opsporingsdiensten nauwkeurig te bepalen.

Artikel 1, § 2, van het ontwerp bepaalt dat de met het handelsonderzoek belaste rechter zich "door het nemen van bedrijfseconomische beslissingen" niet in de plaats kan stellen van de schuldenaar. Die begrenzing van de overigens onbepaald gebleven bevoegdheden van de rechter zal verderop nog ter sprake komen bij het tekstonderzoek van artikel 1, § 2. De aanwijzing die zij bevat is onvoldoende. Het is volstrekt noodzakelijk dat de Regering en de Wetgevende Kamers een duidelijk en nauwkeurig standpunt innemen wat betreft de omvang van de opdracht van de met het handelsonderzoek belaste rechter en omtrent de wijze waarop die opdracht moet worden vervuld.

3. Dient de schuldenaar te worden gehoord alvorens hij ambtshalve failliet wordt verklaard ? Zo wordt inderdaad tegenwoordig over het algemeen tewerk gegaan. Die werkwijze wordt echter veeleer beschouwd als een middel om de rechtbank de informatie te verschaffen die zij nodig heeft om zich een oordeel te vormen. Gehoord worden is volgens sommige uitspraken voor de schuldenaar hoegenaamd geen recht.

.../...

(1) Correctionele rechtbank Brussel, 13 oktober 1980, J.T. 1981, blz. 274. Tegen dit vonnis is beroep ingesteld.

Tegen deze laatste zienswijze is ingebracht dat de bevoegdheid om recht te spreken zonder dat er een eis is, niet inhoudt dat men dat ook mag doen zonder mogelijkheid van verweer (1). Het recht op verdediging behoort tot de algemene beginselen die kracht van wet hebben (2). Het geldt voor iedere rechtspleging, onder voorbehoud dat de wetgever de uitoefening van die rechten in een bepaalde materie speciaal kan regelen " (3).

Artikel 8 van het ontwerp neemt echter aan dat het faillissement in uitzonderlijke omstandigheden ambtshalve kan worden uitgesproken zonder dat de schuldenaar gehoord of opgeroepen wordt. Volgens de memorie van toelichting zou dat onder meer het geval zijn wanneer in een overgangsfase de opsporingsdienst bij de rechtbank van koophandel nog niet helemaal zou werken zoals het hoort.

Met die zienswijze kan in geen geval worden ingestemd. Zij zou immers tot gevolg hebben dat het recht op verdediging van de schuldenaar in moeilijkheden verkort zou worden, uitgerekend in het geval waarin de uitoefening van dat recht, doordat de rechtbank niet behoorlijk is voorgelicht, het nuttigst zou zijn in het belang van een goede rechtsbedeling.

Als de Belgische rechtspraak te maken krijgt met de vraag naar de verenigbaarheid van artikel 442 van het Wetboek van Koophandel met artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, beslecht zij die vraag in bevestigende zin. Maar het antwoord

.../...

- (1) AFSCHRIFT "La comparution du commerçant déclaré d'office en état de faillite" J.T. 1981, blz. 718.
- (2) GANSHOF van der MEERSCH "Propos sur le texte de la loi et des principes généraux du droit", J.T. 1970, blz. 593.
- (3) Cass. 27 september 1972, Pas. 1973, I, 97 en 4 april 1974, Pas. 1974, I, 815.

dat zij geeft is niet zonder voorbehoud geformuleerd en ook niet ongenueanceerd (1).

Het Hof van Beroep te Brussel voert in het arrest van 16 november 1981 (2) aan dat het van ambtswege uitgesproken faillissement als kenmerkende bijzonderheid vertoont dat het hoofdzakelijk van bewarende aard is en dat het, evenals andere beperktere maatregelen zoals het beslag, ambtshalve en eenzijdig uitgesproken kan worden. Het Hof is echter van oordeel dat de rechtbank bij de uitoefening van haar bevoegdheid zich moet uitspreken over gegevens die mogelijk ter beoordeling zijn voorgelegd aan diegene tegen wie de rechtbank de maatregel van het van ambtswege uitgesproken faillissement overweegt. Volgens hetzelfde arrest dient de schuldenaar opgeroepen te worden om uitleg te verstrekken wanneer dat nodig is, behalve wanneer redenen van openbaar nut geheimhouding vereisen voordat de rechtbank uitspraak doet. Dat is namelijk het geval wanneer gevreesd moet worden dat de schuldenaar belangrijke stukken zou laten verdwijnen of zich schuldig zou maken aan enig ander bedrog.

Op te merken valt echter dat een vonnis van faillietverklaring niet zonder meer gelijkgesteld kan worden met een beslissing waarbij toestemming tot beslag wordt verleend. Het nadeel berokkend door een vonnis van faillietverklaring waaraan ruchtbaarheid is gegeven, is meestal onherstelbaar. Het herroepen van het faillissement kan het geleden nadeel meestal niet ongedaan maken (3). Het wijst veeleer op een gebrek aan

.../...

(1) Voor een volledig onderzoek van deze rechtspraak, cf. 't KINT, "Le pouvoir d'office du juge en matière de faillite", "XIes Journées d'Etudes Juridiques Jean DABIN, Louvain-la-Neuve, 14-15 octobre 1982", blz. 13 en volgende.

(2) R.P.S., 1982, nr 6182, blz. 92.

(3) COPPENS en 't KINT, "Examen de jurisprudence", "Les faillites et les concordats", R.C.J.B., 1979, blz. 332.

voldoende informatie op het ogenblik dat de oorspronkelijke beslissing werd genomen (1). Het toont alleen nog maar eens aan hoe nuttig het is recht van verdediging te hebben van meet af aan.

De Franse wet van 13 juli 1967 voorziet uitdrukkelijk in oproeping van de schuldenaar. Onder het stelsel dat vóór die wet bestond had het Franse Hof van Cassatie bij het interpreteren van eenzelfde bepaling als die van het voormelde artikel 442, beslist dat het faillissement van ambtswege maar uitgesproken kon worden nadat de schuldenaar was opgeroepen en hem de gelegenheid was geboden om zich te verdedigen (2).

Het is juist dat het in bepaalde gevallen noodzakelijk kan blijken om bewarende maatregelen te nemen waarvoor ter wille van de doelmatigheid geheimhouding ten opzichte van de schuldenaar geboden is. Er is echter een wanverhouding tussen het beperkt gehouden doel van dergelijke maatregelen en het aanwenden van het faillissement van ambtswege als middel om dat doel te bereiken.

Om de door het Hof van Beroep te Brussel in het voormelde arrest van 6 november 1981 aan de orde gestelde kwestie op te lossen, is het voldoende de rechtbank bevoegd te verklaren om vóór enige faillietverklaring ambtshalve de bewarende maatregelen te nemen die zij passend mocht achten (3).

.../...

(1) KRINGS, geciteerd artikel, blz. 539.

(2) "Cass. Franç. comm. 12 juin 1968", "Bull. civ." deel IV, nr 190, blz. 171.

(3) AFSCHRIFT, geciteerd artikel, blz. 719.

4. Uit artikel 9 van het ontwerp, zoals het in de memorie van toelichting wordt verduidelijkt, blijkt dat het onderhoud waartoe de schuldenaar in moeilijkheden door de voorzitter van de rechtbank van koophandel overeenkomstig artikel 1, § 2, wordt uitgenodigd en de besprekingen die er in voorkomend geval op volgen, geacht worden de schuldenaar gelegenheid te geven tot het uitoefenen van het recht op verdediging, aangezien het vonnis van faillietverklaring dat naderhand uitgesproken wordt, beschouwd wordt als op tegenspraak te zijn geweest. Dit wordt niet in alle gevallen bewaarheid. In dat stadium van de rechtspleging concentreert de schuldenaar normaal zijn aandacht op het herstelprogramma waarover hij contacten heeft met de rechter die met het onderzoek is belast. In de vertrouwenssfeer die ontstaat zijn de verklaringen van de schuldenaar niet noodzakelijk gericht op een verdediging, waarvan op dat ogenblik nog niet blijkt dat ze nodig of dringend is. Het ware volstrekt noodzakelijk dat de schuldenaar, op het ogenblik dat de rechtbank de mogelijkheid van een ambts-halve uit te spreken faillissement overweegt, van die mogelijkheid op de hoogte gebracht wordt opdat hij zijn standpunt met kennis van zaken kan doen gelden.

De onderzoekingen en de besprekingen kunnen immers niet beschouwd worden als maatregelen die toereikend zijn om de eerbiediging van het recht op verdediging te verzekeren.

5. In de huidige rechtsleer en rechtspraak overheerst de opvatting dat, zelfs wanneer de schuldenaar gehoord is, het vonnis dat hem failliet verklaart een verstekvonnis is (1). Dit is een opvatting met verstekkende gevolgen, want als de gefail-leerde werd beschouwd als partij bij het vonnis van failliet-

.../...

(1) VAN RYN en HEENEN, "Principes de droit commercial", deel IV, nr 2659; Gent, 9 mei 1959, R.W. 1959-60; kol. 1896; Brussel, 6 maart 1979, J.C.B. 22.600 en Brussel, 9 januari 1978, J.C.B. blz. 116.

verklaring, zou hij tegen dat vonnis alleen kunnen opkomen door het instellen van hoger beroep. In het tegenovergestelde geval moet hij noodzakelijkerwijs het rechtsmiddel van het derdenverzet hanteren, want anders zou hem de niet-ontvankelijkheid van het hoger beroep kunnen worden tegengeworpen (1).

Aangezien het onderzoek en de bespreking in de procedure van het faillissement van ambtswege niet kunnen worden geacht te gelden als verdediging van de schuldenaar, behoren de Regering en de Wetgevende Kamers uit te maken of, wanneer de schuldenaar regelmatig verzocht is om zich te verdedigen ten aanzien van de mogelijkheid van een ambtshalve uit te spreken faillissement, het vonnis dat het faillissement uitspreekt al dan niet vatbaar moet zijn voor verzet als de schuldenaar niet verschenen is.

II.

Het ontwerp "schaft de voorwaarde van goede trouw en ongeluk als elementen voor de ontvankelijkheid van het verzoek (tot het verkrijgen van een akkoord) af". Voortbouwend

.../...

(1) Brussel, 2 februari 1972, Pas. II, 80; Brussel, 6 maart 1975, Pas. II, 125; Bergen, 29 oktober 1975, Pas., 1976, II, 114.

op het Benelux-voorontwerp (1) laat het "de regel" vallen "krachtens welke diegene die het akkoord heeft verkregen, verplicht is, zodra het hem terug voor de wind gaat, zijn schuldeisers volledig te betalen". Het beoogt zodoende een hervorming tot stand te brengen die in de procedure het economische doet prevaleren en ze aldus ontdoet van morele overwegingen van persoonlijke aard.

Voor het akkoord na faillissement (de artikelen 495, 514 en 521 van de wet van 18 april 1851) gelden thans andere regels dan voor het gerechtelijk akkoord. In de rechtsleer wordt er terecht op gewezen dat dit verschil in behandeling zich niet logisch laat verantwoorden (2).

De Regering en de Wetgevende Kamers zullen hebben uit te maken of het niet wenselijk is beide regelingen een te maken en de beginselen in verband met het gerechtelijk akkoord, zoals die onder meer zullen volgen uit de nieuwe regels van het ontwerp, mede te doen gelden voor de procedure van het akkoord na faillissement.

.../...

(1) "Gemeenschappelijke bepalingen inzake het gerechtelijk akkoord", Belgisch-Nederlands-Luxemburgse studiecmissie voor eenmaking van het recht, 25 januari 1980.

(2) "NOVELLES, Droit Commercial", Deel IV, nr 2972.

ONDERZOEK VAN DE ARTIKELEN.Artikel 1.

1. Artikel 1 van de op 26 september 1946 gecoördineerde wetten op het gerechtelijk akkoord bepaalt : "De schuldenaar die handelaar is, kan faillietverklaring vermijden, indien hij van zijn schuldeisers een gerechtelijk akkoord bekomt, op de wijze en onder de voorwaarden voorgeschreven bij deze wet".

Artikel 1, § 1, van het ontwerp beoogt die regel door de volgende tekst te vervangen : "De schuldenaar die handelaar is en die voorziet dat hij zijn schulden niet verder kan afbetalen, kan zijn schuldeisers een akkoord aanbieden".

Het nieuwe criterium is ontleend aan artikel 213 van de Nederlandse Faillissementswet, dat handelt over "surséance van betaling". Het komt ook voor in artikel 1 van het Benelux-voorontwerp. Het ontwerp neemt dat artikel nagenoeg woordelijk over, met dien verstande dat het in de Franse tekst de wending "payer ses dettes" vervangt door de wending "honorer ses dettes". De formulering van het Benelux-voorontwerp moet de voorkeur krijgen wegens haar grotere nauwkeurigheid op juridisch gebied.

Voortaan heeft de schuldenaar in moeilijkheden dus de mogelijkheid om, alvorens hij in de toestand van staking van betaling komt te staan, een akkoord aan te bieden.

Strikt geïnterpreteerd, kan de formule van artikel 1, § 1, tot gevolg hebben dat de schuldenaar die in die toestand verkeert, zich de weg van het akkoord versperd ziet. Aange-

.../...

zien dat zeker niet de bedoeling van de Regering is, zou het verkieslijk zijn artikel 1, § 1, van het ontwerp als volgt te redigeren :

"§ 1. De schuldenaar die handelaar is en die faillietverklaring wenst te vermijden of die voorziet dat hij zijn schulden niet verder kan betalen, kan zijn schuldeisers een akkoord aanbieden".

2. Het tweede lid van artikel 1 van de gecoördineerde wetten op het gerechtelijk akkoord bepaalt : "(...) (Het) akkoord kan ook na het overlijden van de schuldenaar worden verleend".

Het ontworpen artikel 1, § 1, tweede lid, wijzigt die bepaling op de volgende manier : "Na het overlijden van de schuldenaar kan ieder van zijn erfgenamen die de nalatenschap onder het voorrecht van boedelbeschrijving heeft aanvaard, het akkoord aanbieden".

Volgens de memorie van toelichting dient de voorgestelde wijziging om de Belgische wet in overeenstemming te brengen met de tekst van artikel 1.2. van het Benelux-voontwerp.

In de huidige regeling wordt over het algemeen beslist dat de erfgenaam een akkoord kan aanvragen in de plaats van zijn overleden rechtsvoorganger, voor zover er afzonderlijke vermogens blijven bestaan. Dat is het geval wanneer de erfgenaam van de overleden handelaar de nalatenschap van zijn rechtsvoorganger verwerpt of deze slechts onder voorrecht van boedelbeschrijving

.../...

aanvaardt (1). Wanneer de erfgenaam de nalatenschap zonder meer aanvaardt, wordt aangenomen dat daardoor vermenging van de vermogens ontstaat en dat die toestand hem verhindert namens de afgestorvene een akkoord aan te bieden. De erfgenaam zou het echter voor zich persoonlijk kunnen vragen waarbij, als hij zelf handelaar is, zijn aanbod van akkoord als een daad van koophandel moet worden aangemerkt, of, als hij dat niet is, zijn verzoek een civielrechtelijk karakter vertoont (2).

De memorie van toelichting van het Benelux-voorontwerp wettigt niet de mening dat de stellers van dat voorontwerp er een opvatting op nahouden die sterk verschilt van die welke in de huidige Belgische wet wordt gehuldigd. Zij bevat immers de volgende overwegingen :

"Alleen erfgenamen die de nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving hebben aanvaard, kunnen akkoord aanbieden. Het gaat in lid 2 immers om een akkoord met betrekking tot het vermogen van de erflater. De erfgenaam die de boedel zuiver heeft aanvaard, wordt zelf schuldenaar, aangezien zijn aandeel in het vermogen van de erflater in dat geval deel gaat uitmaken van zijn eigen vermogen. Voor zover hij aan de daartoe gestelde voorwaarden voldoet, kan hij dan persoonlijk een akkoord voorstellen".

Als de tekst van het Benelux-voorontwerp wordt aangenomen, zou met zekerheid kunnen worden beslist dat de verwerpende erfgenaam geen postuum akkoord kan vragen.

Tegenwoordig wordt beslist dat goede trouwe vereist is niet alleen bij de overleden rechtsvoorganger maar ook bij de zuiver aanvaardende erfgenaam die een postuum akkoord vraagt (3).

.../...

-
- (1) NOVELLES, "Droit comm.", deel IV, nr 594. Sommige auteurs lijken het recht om een postuum akkoord aan te vragen uitsluitend toe te denken aan de erfgenamen die onder voorrecht hebben aanvaard (FREDERICQ, "Traité de droit commercial belge" deel VIII, nr 632; VAN RYN en HEENEN, "Principes de droit commercial", deel IV, blz. 406, nr 2909).
 - (2) NOVELLES, "Droit commercial", deel IV, nr 133.
 - (3) NOVELLES, "Droit commercial", deel IV, nr 629.

De bona fide voorwaarde die vereist wordt van degene die een akkoord aanvraagt, is in het aan de Raad van State voorgelegde ontwerp vervangen door de vaststelling dat de onderneming in staat is haar herstel te bewerkstelligen. Deze nieuwe voorwaarde kan niet als zodanig op de erfgenaam worden getransponeerd. Als niettemin zou worden geëist dat de erfgenaam zelf die voorwaarde vervult, zou het gevolg zijn dat de failliete erfgenaam, die thans, indien hij te goeder trouw is, een postuum akkoord kan aanvragen (1), zich die mogelijkheid in de nieuwe regeling ontzegd zou zien aangezien aan zijn eigen onderneming een einde zou zijn gekomen.

De Regering en de Wetgevende Kamers moeten met die problemen bekend zijn en dienen de verschillende aspecten ervan in het onderzoek van het ontwerp te betrekken.

3. Het ontworpen artikel 1, § 2, luidt als volgt :

"Elke rechtbank van koophandel organiseert een dienst voor handelsonderzoek.

Als uit de inlichtingen van die dienst blijkt dat een schuldenaar in moeilijkheden verkeert, dan wordt de betrokken schuldenaar op verzoek van de voorzitter der rechtbank van koophandel voor een gesprek opgeroepen. De oproeping bevat de tekst van onderhavig artikel.

Het onderzoek en de daaropvolgende bespreking met de gebeurlijk bijgestane schuldenaar moeten omzichtig verlopen, met erkenning van de rechten der verdediging en zonder dat de rechter, door het nemen van bedrijfseconomische beslissingen, zich in de plaats van de schuldenaar stelt.

Bij uitzondering kan de voorzitter der rechtbank van koophandel, op voorstel van de met het handelsonderzoek belaste magistraat, indien hij meent dat de schuldenaar zijn schulden niet verder kan afbetalen, hem een korte termijn stellen om de akkoordvoorstellen voor te leggen. Hiertegen is geen verhaal mogelijk".

.../...

(1) NOVELLES, "Droit commercial", deel IV, nr 595.

Sommige rechtbanken van koophandel zijn op dit ogenblik uitgerust met een dienst voor handelsonderzoek, andere niet. Waar die diensten bestaan verschillen zij organisatorisch van rechtbank tot rechtbank.

Het zou niet goed aanvaardbaar zijn dat de wet die toestand, die verschilt naar gelang van het arrondissement, bekrachtigt door aan de voorzitters van de rechtbanken van koophandel de zorg over te laten die diensten "met alle middelen waarover ze beschikken, geleidelijk (te) ontwikkelen". De wetgever dient zelf de organisatie en de werkwijze van die diensten te regelen en onder meer een standpunt in te nemen ten aanzien van de principiële vragen die aan de orde zijn gesteld in de algemene opmerkingen vooraan in dit advies.

De wetgever moet eveneens aangeven wat hij bedoelt met de omzichtigheid waarmee hij de rechtspleging wenst te zien verlopen, en nader bepalen op welke wijze het recht op verdediging van de schuldenaar gewaarborgd moet worden. Die verduidelijking dient in de tekst zelf van de wet en niet zo maar in de memorie van toelichting te worden gegeven.

De wet behoort eveneens aan te geven aan wie en naar welk adres de oproepingsbrief van de dienst voor handelsonderzoek wordt gezonden, op welk ogenblik en onder welke voorwaarden het door de onderzoeksdienst aangelegde dossier ter beschikking van de onderneming en van haar raadsman wordt gesteld; welke documenten de handelaar in moeilijkheden dient over te leggen; welke termijn hem gelaten wordt om zijn dossier in orde te brengen en wat er verder met dat dossier geschiedt, zowel wanneer het faillissement wordt uitgesproken als wanneer dat niet gebeurt. In de Brusselse dienst voor handelsonderzoek is het ge-

.../...

bruikelijk dat de magistraat die aanvankelijk met het onderzoek van het dossier was belast, geen zitting kan hebben in de faillissementenkamer die moet oordelen hoe de rechtspleging verder verloopt (1). Die manier van werken, waarbij terecht een onderscheid gemaakt wordt tussen het voorafgaande onderzoek van het dossier en de ter zake van het faillissement te nemen beslissing, verdient dat ze door de wet wordt bekrachtigd.

4. Het ontworpen artikel 1, § 2, derde lid, bepaalt dat de rechter "door het nemen van bedrijfseconomische beslissingen, zich (niet) in de plaats van de schuldenaar (...) (mag stellen)".

Die formulering is niet voldoende nauwkeurig. Het eigenlijke doel van het ontwerp, zoals dat tot uiting komt in de memorie van toelichting, bestaat er blijkbaar in te voorkomen dat de rechtbank de plaats van de schuldenaar gaat innemen bij het opmaken van het herstelplan. Dat doel zou uitdrukkelijk moeten worden aangegeven. De tekst zou als volgt geredigeerd kunnen worden :

"... zonder dat de rechter zich bij het opmaken van het herstelplan in de plaats van de schuldenaar stelt".

5. Het ontworpen artikel 1, § 2, vierde lid, doelt alleen op de veronderstelling dat de schuldenaar met het betalen van zijn schulden niet kan voortgaan. Het verdient aanbeveling het toepassingsgebied ervan te verruimen tot het geval waarin de schuldenaar zich reeds in de toestand van staking van betaling bevindt. De volgende tekst wordt voorgesteld :

.../...

(1) DUPLAT, op. cit., blz. 59.

"In de in artikel 1, § 1, bedoelde gevallen kan de voorzitter van de rechtbank van koophandel bij uitzondering, op voorstel van de met het handelsonderzoek belaste magistraat, de schuldenaar een korte termijn stellen om akkoordvoorstellen te doen".

Noch de tekst van het ontwerp, noch de memorie van toelichting geven enige uitleg over de juridische aard van de beslissing die de voorzitter van de rechtbank van koophandel overeenkomstig artikel 1, § 2, vierde lid, zal hebben te nemen. Er wordt met name niet gepreciseerd of die beslissing al dan niet met redenen moet zijn omkleed.

Aangenomen mag worden dat de schuldenaar, als antwoord op het hem gegeven bevel, binnen de hem gestelde termijn dient te voldoen aan artikel 3 van de wetten op het gerechtelijk akkoord. Als dat wel degelijk de bedoeling van de Regering is, zou de tekst van het vierde lid van artikel 1, § 2, als volgt kunnen worden aangevuld :

"De schuldenaar voldoet daaraan, binnen de hem gestelde termijn, door indiening van het in artikel 3 bedoelde verzoekschrift".

Zelfs de aldus gewijzigde tekst zegt niet welke sanctie het ontbreken van akkoordvoorstellen meebrengt. Moet de schuldenaar die in de toestand van staking van betaling verkeert en wiens krediet geschokt is, in zulk een geval failliet verklaard worden, voor de schuldenaar die zich niet in die toestand bevindt maar toch voorziet dat hij zijn schulden niet verder kan betalen, is het anders. Het verdient aanbeveling het ontwerp op dat punt aan te vullen.

.../...

Artikel 2.

Artikel 2 van het ontwerp beoogt artikel 2 van de gecoördineerde wetten op het gerechtelijk akkoord in dier voege te wijzigen dat degene die een akkoord vraagt niet meer het bewijs zal hoeven te leveren dat hij een ongelukkig en te goeder trouw zijnd schuldenaar is. Deze laatste formule wordt immers algemeen bekritiseerd (1).

De wet dient echter de nieuwe maatstaf te definiëren die zij in de plaats doet komen van de maatstaf die wordt losgelaten. Dit punt komt nog ter sprake bij de behandeling van artikel 4 van het ontwerp.

Van een lid dat het ontwerp bedoelt op te heffen, moet niet de tekst zelf worden aangehaald.

Onder voorbehoud van de hierboven gemaakte opmerking wordt de volgende tekst voorgesteld :

"Artikel 2.-

In artikel 2 van dezelfde gecoördineerde wetten worden het vijfde lid van paragraaf 1 en de paragraaf 2 opgeheven".

Artikel 3.

In de huidige regeling benoemt de rechter-commissaris alvorens hij zijn eerste rapport opmaakt vaak een of meer deskundigen "die ..., de toestand der zaken van de schuldenaar onderzoeken" (artikel 12 van de wetten op het gerechtelijk akkoord)

.../...

- (1) De rechtbank toestaan een akkoord te weigeren omdat de schuldenaar te kwader trouw is, terwijl de meeste schuldeisers dat akkoord wensen, komt erop neer die schuldeisers te straffen wegens een fout van hun schuldenaar; zij worden aldus twee keer getroffen (NOVELLES, "Droit commercial", deel IV, nr 2967; cf. eveneens J. EECKHOUT, "En marge d'un concordat", J.T. 1971, 48).

Artikel 3 van het ontwerp wil de benoeming mogelijk maken van een of meer deskundigen die als opdracht hebben de schuldenaar bij te staan in het beheer over zijn zaken totdat het akkoord wordt gehomologeerd.

1. Terwijl de rechter-commissaris in de uitoefening van de hem thans bij de wet toegekende bevoegdheden alleen handelt, eist het eerste ontworpen lid dat hij voor de nieuwe opdracht die het ontwerp hem toekent, gemachtigd wordt door : "één der overeenkomstig de artikelen 7 en 8 van de wetten op het gerechtelijk akkoord uitgesproken vonnissen". Het is niet duidelijk wat het nut kan zijn van dat bijkomend vormvereiste, dat in de memorie van toelichting niet verantwoord wordt.

2. Men kan zich afvragen of de aanwijzing van deskundigen in beheerszaken niet, althans indirect, een bedrijfseconomische beslissing is waarvoor het ontwerp overigens de verantwoordelijkheid uitsluitend bij de schuldenaar wil laten berusten.

3. Het tweede lid van de voorgestelde bepalingen laat de opdracht van de deskundige(n) in beheerszaken vaststellen door de gezamenlijk handelende rechter-commissaris en schuldenaar. Indien de wetgever de bevoegdheden van de rechter-commissaris wenst te verruimen, is het verkieslijk, om moeilijkheden te voorkomen, dat zijn beslissing niet aan het goedvinden van de schuldenaar gekoppeld wordt.

.../...

4. Het ontwerp zou hoe dan ook de aard van de "bijstands"-opdracht die het aan de deskundigen wil toevertrouwd zien, nauwkeuriger moeten omschrijven. De term "deskundige" met daartegenover het begrip "bijstand" draagt niet bij tot verheldering van die opdracht. Het begrip "advies" dat in de memorie van toelichting gebruikt wordt is in dit verband dubbelzinnig en ontoereikend.

5. Hoewel de Raad van State geen opmerkingen over de memorie van toelichting pleegt te maken, meent hij er echter op te moeten wijzen dat de Nederlandse tekst van de commentaar op artikel 3 in het tweede lid niet met de Franse tekst overeenstemt en bovendien duidelijk een fout bevat doordat hij, ten gevolge van ongelukkige meervoudsvormen, de rechter-commissaris bij de beleidsvoering en de beheersverantwoordelijkheid betreft.

Artikel 4.

Met toepassing van het ontworpen artikel 24, eerste lid, zal de rechtbank de schuldenaar wiens akkoordvoorstellen "niet betrouwbaar zijn" op ieder ogenblik failliet kunnen verklaren.

Met de algemene formulering die eraan gegeven is, doet dit voorstel een moeilijkheid rijzen. In de nieuwe regeling worden de akkoordvoorstellen niet noodzakelijk gedaan door een schuldenaar die in de toestand van staking van betaling verkeert. Het is dus niet juist dat verwerping van de akkoordvoorstellen vanzelf de mogelijkheid doet ontstaan om het faillissement uit te spreken, tenzij het in de bedoeling van de Regering ligt om de voorwaarden te veranderen waaronder het faillissement wettig kan worden uitgesproken. Indien dat het geval is, zou de tekst die bedoeling duidelijker te kennen moeten geven.

.../...

Bij de voorwaarde van "betrouwbaarheid", een nieuw begrip terzake van akkoord, is eveneens een opmerking te maken. De memorie van toelichting legt die term uit met de overweging dat er "terzelfdertijd aandacht (in) wordt besteed aan de beoordeling van het economisch welslagen van het herstelplan en van de geloofwaardigheid en de eerlijkheid van de onderneming". Naast de economische maatstaf duikt hier dus weer een morele en persoonlijke maatstaf op, een maatstaf die men met de gedeeltelijke opheffing van artikel 2 van de gecoördineerde wetten op het gerechtelijk akkoord precies beoogde te weren (1).

Het is zaak van de Regering en van de Wetgevende Kamers te oordelen of de leefbaarheid van de onderneming (2) als maatstaf niet de voorkeur verdient boven de "betrouwbaarheid" van de akkoordvoorstellen.

.../...

-
- (1) Onder de gelding van de koninklijke besluiten van 15 oktober en 9 december 1934 tot instelling van het stelsel van het gecontroleerd beheer, was er in de rechtspraak verschil van mening ontstaan omtrent de vraag of de bona fide voorwaarde in dat stelsel al dan niet verschilde van die welke terzake van het akkoord wordt vereist. Het Hof van beroep te Brussel had zich in de zin van de zuiver sociaal-economische maatstaf uitgesproken (Brussel, 26 januari 1935, Rev. faill. 1935-1938, bl. 104), terwijl het Hof van beroep te Gent (Gent 2 februari 1935, Rev. faill. 1935-1938, blz. 123) gekozen had voor de aanvullende voorwaarde van goede trouw in handelsbetrekkingen. Die controverse toont duidelijk de noodzaak aan van een ondubbelzinnige uitspraak van de wetgever met betrekking tot de toepasselijke maatstaf.
- (2) Dat is de formule die wordt voorgesteld door een Frans auteur B. SOINNE, ("Suspension provisoire des poursuites, Règlement judiciaire et réforme du droit de la faillite", D.S. 1980, Chronique, blz. 73), nadat hij tot de bevinding was gekomen dat de formules van de Franse wet van 13 juli 1967 (moeilijke maar niet uitzichtloze financiële toestand; ernstige verstoring van de nationale of de gewestelijke economie wegens de teloorgang van de onderneming en verenigbaarheid van de beoogde maatregelen met het belang van de schuldeisers) te vaag zijn en de rechter niet in staat stellen om zich met zekerheid uit te spreken (vergelijk ook SOINNE, "Le droit de la faillite et l'organisation consulaire française", D.S. 1979, Chronique blz. 57).

Artikel 7.

Artikel 37 van de gecoördineerde wetten op het gerechtelijk akkoord luidt als volgt :

"Ten minste om de drie maanden, en telkens als de rechtbank het beveelt, is de rechter-commissaris gehouden de toestand der zaken van de schuldenaar wie een akkoord werd toegestaan te onderzoeken, waarbij hij, indien hij het nuttig acht, zich kan doen bijstaan door deskundigen, overeenkomstig artikel 12. De rechter-commissaris doet verslag aan de rechtbank die, na de schuldenaar en de borggen te hebben gehoord, of ze behoorlijk te hebben opgeroepen, de ontbinding van het akkoord en de faillietverklaring kan uitspreken".

Artikel 7 van het ontwerp stelt voor, artikel 37, tweede lid, te vervangen door de volgende bepaling :

"De rechter-commissaris ziet op de uitvoering van het akkoord toe".

In de huidige regeling kan iedere door het akkoord verbonden schuldeiser de ontbinding van de overeenkomst vragen wanneer deze niet wordt nagekomen. De eis tot ontbinding dient bij dagvaarding te geschieden. Het faillissement wegens nietbetaling van de akkoordschulden kan niet zonder voorafgaande eis tot ontbinding worden uitgesproken.

Artikel 37, tweede lid, verleent de rechtbank echter de bevoegdheid om de ontbinding van ambtswege uit te spreken, mits de vormvoorschriften die het opgeeft worden nageleefd.

.../...

Artikel 7 van het ontwerp zal, indien het wordt aangenomen, het de rechtbank onmogelijk maken om het faillissement uit te spreken van een schuldenaar die zijn akkoordverbintenissen niet nakomt, behalve wanneer een schuldeiser erom verzoekt.

Artikelen 8 en 9.

Voor deze artikelen gelden de algemene opmerkingen die vooraan in dit advies zijn gemaakt.

La chambre était composée de

Messieurs : P. TAPIE,
de Heren :

Ch. HUBERLANT,
P. FINCOEUR,

R. PIRSON,

L. MATRAY,

Madame : M. VAN GERREWEY,
Mevrouw :

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. P. TAPIE.

Le rapport a été présenté par M. G. PIQUET, premier auditeur.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

M. VAN GERREWEY.

De kamer was samengesteld uit

président de chambre,
kamervoorzitter,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

assesseurs de la
section de législation,
assessoren van de
afdeling wetgeving,

greffier assumé,
toegevoegd griffier.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. TAPIE.

Het verslag werd uitgebracht door de H. G. PIQUET, eerste auditeur.

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

P. TAPIE.