ROYAUME DE BELGIQUE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre des Finances, le 17 novembre 1995, d'une demande d'avis sur un projet de loi "modifiant la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers, l'article 2075 du Code civil, l'article 2 du Titre VI, Livre I, du Code de commerce et l'article 22 de la loi du 10 juin 1964 sur les appels publics à l'épargne", a donné le 11 mars 1996 l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 17 november 1995 door de Minister van Financiën verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten, artikel 2075 van het Burgerlijk Wetboek, artikel 2 van Titel VI, Boek I, van het Wetboek van Koophandel en artikel 22 van de wet van 10 juni 1964 op het openbaar aantrekken van spaargelden", heeft op 11 maart 1996 het volgend advies gegeven :

Examen du projet.

Observations générales.

L'intitulé de la loi en projet laisse penser qu'elle n'a pas d'autre dessein que celui de modifier la récente loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers, un article du Code civil, l'article 2075, ainsi qu'un article du Code de commerce, l'article 2 du titre VI du Livre I. En réalité, les dispositions projetées touchent et ébranlent quelques unes des notions fondamentales qui forment le socle du droit privé patrimonial et du droit judiciaire belges. Il s'agit notamment des notions aussi centrales que celles de personne juridique, de patrimoine, ainsi que de celles de contrat et de représentation, notamment en justice. C'est pourquoi d'ailleurs l'arrêté de présentation du projet ne peut être signé par le seul ministre des Finances; le ministre de la Justice, lui aussi, doit être associé à ce projet.

I. La règle "nul ne plaide par procureur".

L'article 111, § 5, de la loi du 4 décembre 1990 en projet (article 6 du projet) dispose que "la société de gestion représente le fonds de placement et ses participants" et peut même, dans certains cas, les représenter en justice "sans révéler (leur) identité".

Cette règle contredit le principe "nul ne plaide par procureur" qu'exprime l'article 702, 1°, du Code judiciaire selon lequel "A peine de nullité, l'exploit de

citation contient, ... : 1° les nom, prénom et domicile du demandeur ...". Ce principe est notamment destiné à permettre au défendeur de savoir quel est exactement son adversaire. Cette connaissance lui est indispensable notamment pour qu'il puisse exercer le droit, que lui accorde l'article 828 du Code judiciaire, de récuser un juge. On sait, en effet, que la récusation repose sur le lien qui peut exister entre un juge et l'une des parties au procès; ce lien ne peut apparaître qu'à celui qui connaît l'identité du juge et des parties, cette connaissance est donc indispensable à l'effectivité du droit de récusation.

Or, il faut que les parties puissent au besoin récuser un juge si l'on veut garantir à chacune le droit à ce que sa cause "soit entendue équitablement, publiquement, et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial" (article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950). Le droit de récusation est intimement lié à l'impartialité du tribunal, et celle-ci doit à son tour être garantie pour assurer le caractère équitable du procès (1).

La disposition en projet qui contrevient au principe du procès équitable doit donc être omise.

---

(1) Le tribunal de commerce de Bruxelles, dans son jugement du 10 septembre 1992, n'a pas abordé la question (tijdschrift voor rechtspersonen en vennootschappen 1992, spécialement les pages 438-439 et 449-450).

II. L’unité du patrimoine et de la personne juridique.

L’article 115, § 6, de la loi du 4 décembre 1990, actuellement en vigueur, autorise une Sicav à se diviser en compartiments distincts et il prévoit que, dans ce cas, "les actifs d’un compartiment déterminé ne répondent que des dettes, engagements et obligations qui concernent ce compartiment". Le même texte précise qu’il s’agit là d’une dérogation à l’article 8 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851.

L’article 7 du projet actuellement soumis au Conseil d’Etat tend, selon l’exposé des motifs, à "éclaircir" la disposition de cet article 115, § 6, en ajoutant que la division en compartiments n’emporte pas seulement une dérogation à l’article 8 de la loi hypothécaire, mais aussi une dérogation à l’article 7 de la même loi.

Cet "éclaircissement" revêt une importance d’autant plus grande que le système de la division en compartiments, jusqu’ici réservé aux seules Sicav, est étendu par le projet (article 13) aux sociétés d’investissement en créances (SIC). La liberté de se compartimenter qui serait désormais accordée aux Sic emporterait évidemment les mêmes conséquences : les Sic compartimentées seraient immunisées des conséquences des règles des articles 7 et 8 de la loi hypothécaire.

Il faut garder à l’esprit que ces articles 7 et 8 posent le principe de l’unité de la personne et du patrimoine : toute personne juridique, physique ou morale, a un patrimoine et n’en a qu’un; inversement à tout patrimoine

correspond une personne juridique, physique ou morale. Sur cette unité s'établit ce qui est appelé le droit de gage général du créancier, droit qui constitue la garantie fondamentale de celui-ci. De ce droit de gage général, la Cour de cassation a pu déclarer que "le débiteur ne peut pas convenir avec un de ses créanciers, en dehors des causes de préférence légales, que son patrimoine ne sera pas entièrement grevé au profit des autres créanciers, du gage général établi par les articles 7 et 8 (de la loi de 1851)" (Cass., 23 avril 1914, Pas. 1914, I, p. 192).

Les textes actuellement en projet qui "éclaircissent" le dispositif mis en place en 1990 et l'étendent de la Sicav à la Sic, écartent l'application de ce principe au bénéfice de ces deux types particuliers de sociétés d'investissement. Le conseil d'administration des sociétés anonymes de ce type serait désormais doté du pouvoir de créer d'autres patrimoines que celui de la société qu'il dirige. En décidant cette division, ce même conseil se sera donné la liberté de gérer plusieurs patrimoines, de mener plusieurs entreprises sans que les aléas encourus dans l'une retentissent sur les autres. Corrélativement, les créanciers et les actionnaires de ces sociétés cesseront de profiter de la prospérité globale ou d'être exposés à tous les risques de la société dont ils sont membres. Le commentaire de l'article 13 du projet indique nettement cette conséquence; l'intention des auteurs, explique-t-il, est de faire en sorte que "les droits des différentes catégories de détenteurs de titres (puissent) ainsi plus clairement être liés à des composantes spécifiques du patrimoine de la SIC".

La dérogation aux articles 7 et 8 de la loi hypothécaire fait de ces compartiments d'autres patrimoines, c'est-à-dire autant d'universalités faisant correspondre un actif à un passif. A y bien regarder, ceux-ci deviennent de nouvelles personnes morales, clones de celle qui les a engendrées. Cependant aucune des précautions dont la loi entoure la création des personnes morales n'aura été respectée. Aucune autre société, même celle dont les activités sont très diverses et entretiennent peu de rapports les unes avec les autres, ne bénéficient d'une telle facilité de gestion. La seule précaution prise par le projet actuel est de rendre les administrateurs responsables de cette opération dans les termes de l'article 62, alinéa 2, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, sans aggraver ni alléger la portée de ceux-ci.

Sur le projet devenu la loi du 4 décembre 1990, le Conseil d'Etat avait formulé l'avis suivant :

> "Le principe général et fondamental du droit privé selon lequel le patrimoine du débiteur répond de ses dettes est expressément mis en échec par le dernier alinéa du paragraphe 6 de l'article 98. La conséquence en est que si une SICAV s'organise en compartiments conformément à l'alinéa 1er du même paragraphe 6, un créancier quelconque de la SICAV, par exemple un fournisseur ou un membre du personnel, ne pourra saisir les biens d'un compartiment, alors cependant que tous les autres créanciers de la SICAV auraient été désintéressés.
>
> La SICAV trouve ainsi le moyen de soustraire aux poursuites de certains créanciers une partie de son patrimoine non pas, comme il est courant, pour favoriser d'autres catégories de créanciers, mais pour favoriser certains porteurs de parts, donc certains associés de la SICAV. L'exposé des motifs précise en effet que l'on a cherché par ce texte à éviter "des inconséquences juridiques qui pourraient compromettre principalement les droits des participants.

> Il n’y a pas de justification possible d’une règle permettant à une société de mettre définitivement à l’abri des poursuites d’un créancier une partie de son capital pour permettre à ses actionnaires de continuer à bénéficier des produits et des fruits de celle-ci.
>
> Les deux derniers alinéas du paragraphe 6 de l’article 98 doivent donc être fondamentalement revus pour établir, s’il en est besoin, des causes de préférence entre créanciers, mais sans jamais aller jusqu’à privilégier les actionnaires vis-à-vis des créanciers" (1).

Cette observation doit être rappelée. Le projet actuellement examiné en clarifiant la portée des règles de la loi du 4 décembre 1990 fait encore mieux voir à la fois les risques que le système comporte et le fait qu’aucune règle n’est introduite pour en prémunir ceux qui les courent.

Au surplus, si les règles en projet devaient être adoptées, il faut être conscient qu’il n’est pas exclu qu’elles en viennent à faire figure non d’exception - comme elles sont actuellement présentées - mais de modèle avancé en vue d’une réforme globale du droit des personnes juridiques et du patrimoine. Il n’est pas sûr que tous les créanciers, et tous les tiers en général, trouveraient dans une législation réformée dans cet esprit, la protection dont ils bénéficient actuellement.

---

(1) L. 19.530 du 18 janvier 1990.

III. Convention, représentation et exercice des droits.

Réduites à ses traits essentiels, les règles de l'article 119nonies en projet (article 16 du projet) prévoient qu'un organisme de placement en créances peut conclure avec une personne une "convention de nomination" de représentant. Ce dernier ne représente pas (et ne représentera jamais) l'organisme; mais il est destiné à représenter un tiers, non partie à la convention en question, le détenteur de titres de créance émis par l'organisme.

Par l'effet de la conclusion d'une telle convention, "publiée de manière appropriée", le détenteur n'exerce plus son droit que selon les termes de celle-ci, par le truchement du représentant qui lui aura été assigné, car "la nomination des représentants lie les détenteurs de titres". Le représentant, pour sa part, trouve dans les termes de la convention la description de ses pouvoirs ainsi que le droit de les exercer, sans révéler aux tiers, avec lesquels il entre en contact en tant que représentant, l'identité de ceux qu'il représente.

Tout se passera donc comme si le détenteur du titre avait perdu l'initiative de l'exercice du droit dont il est titulaire, pour n'en conserver que l'émolument. Le représentant, de son côté, se trouve doté de la prérogative d'exercer effectivement le droit dont il n'est pas titulaire, sans être soumis à la surveillance du représenté, ou devoir en exécuter les ordres. Il n'existe toutefois aucun rapport direct entre le représenté et le représentant, le second étant imposé au premier par une "convention" à laquelle le représenté est étranger.

Que tel soit l’objectif du texte est attesté par le commentaire qui en est donné; il apprend, en effet, que cet article 119nonies, § 1er, en projet, est écrit pour "suivre l’exemple du trustee anglo-américain" et "contribuer ainsi de manière significative à la stabilité des structures complexes de titrisation".

Il est pour le moins douteux qu’il soit possible de reproduire dans une législation de civil law, les rapports complexes du trust. Il est bien connu que cette institution repose sur la dualité, dans le système juridique où elle a pris naissance, du common law et de l’equity. Cette dualité a permis de concevoir une sorte de dédoublement de la propriété - ou de la titularité d’un droit -, en en confiant l’exercice à une personne et le bénéfice à une autre; la première est, dans sa mission de trustee, placée sous la surveillance constante d’une juridiction, que la seconde peut saisir, chaque fois qu’elle le désire, pour assurer la protection du droit dont elle a, et doit conserver le bénéfice.

Tenter de reproduire cette figure juridique étrangère en recourant seulement aux figures juridiques du contrat et de la représentation est une entreprise qui ne peut être menée à bien sans déformer ces notions (A). Au surplus, pour qu’une telle représentation puisse fonctionner de manière harmonieuse, il faut qu’une juridiction dispose d’un pouvoir quasi discrétionnaire d’injonction (B).

A. La notion de contrat.

Il n’est pas douteux qu’un contrat peut entraîner des effets juridiques dans le chef de personnes qui n’y sont pas parties; il existe même des contrats faits dans l’intention de conférer des droits à des tiers, le meilleur exemple étant celui de la stipulation pour autrui; le stipulant et le promettant y sont parties, mais c’est un tiers qui, sans y être partie, en est le principal bénéficiaire. Encore faut-il pour qu’un contrat puisse ainsi profiter à un tiers qu’il soit bien un contrat entre les parties mêmes qui le concluent. Il faut donc que, par l’effet de la convention, au moins l’une des parties soit obligée envers l’autre. Car il est inhérent à la notion même de convention ou de contrat qu’une ou plusieurs personnes s’y obligent envers une ou plusieurs autres à donner, faire, ou ne pas faire quelque chose (article 1104 du Code civil).

Or, c’est là un point sur lequel les dispositions du projet restent fort obscures : quels sont les droits et obligations que la "convention de nomination de représentant" fait naître entre le représentant "nommé" et l’organisme qui le nomme. Il n’est guère possible de prétendre que l’obligation de représenter est prise vis-à-vis de l’organisme, car le texte précise qu’elle est exercée dans le seul intérêt des détenteurs des titres de créance. Or, il est facile d’apercevoir les cas dans lesquels peuvent surgir des conflits d’intérêts entre l’organisme de placement en créances et les détenteurs de titres. Le projet déforme donc si gravement la notion de contrat que l’on en vient à s’interroger sur la question de savoir si cette "convention de nomination" est bien une convention. N’est-

elle pas plutôt simplement un acte par lequel deux personnes déclarent chacune leurs volontés parallèles qu'une troisième, absente, perde l'initiative dans l'exercice de ses droits parce qu'elle est nécessairement représentée ?

Pour protéger le tiers, le projet prévoit que si l'organisme est un de ceux visés à l'article 1er, § 1er, 1°, de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers, c'est le Roi et non les parties qui fixera l'essentiel du contenu de la convention (article 119nonies, § 1er, dernier alinéa). Cette règle, assurément protectrice du tiers auquel l'initiative de l'exercice de son droit est enlevée, fait surgir une autre objection. Les pouvoirs accordés au Roi sont excessivement larges puisque la loi en projet ne pose même pas les principes les plus généraux de l'opération à la suite de laquelle le représentant est imposé au représenté. Le texte en projet énumère seulement les questions que l'arrêté royal pourra aborder; il ne dit rien des limites dans lesquels le pouvoir réglementaire du Roi devra se tenir, en réglant celles-ci; il ne dit notamment rien des "cas dans lesquelles et des conditions auxquelles les détenteurs des titres de créance peuvent exercer leur droit individuellement".

Quant à la disposition figurant au début du même alinéa de l'article 119nonies, § 1er, qui prévoit que la convention devra être préalablement approuvée par la Commission bancaire et financière et que les représentants nommés devront être agréés par elle, il convient d'observer que le pouvoir ainsi conféré à la Commission bancaire ne peut se concevoir que s'il est étroitement encadré par la loi et, éventuellement, par un arrêté royal qui en aménage-

rait les questions de détail. Il y a lieu en effet de ne jamais perdre de vue que le dispositif projeté de représentation obligée aboutit à dépouiller le titulaire de son droit d'exercer lui-même les prérogatives juridiques qui sont les siennes.

B. Le pouvoir d'injonction.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il est indispensable qu'un représentant ainsi conçu soit l'objet d'une surveillance rigoureuse. Si une juridiction dotée d'un pouvoir d'equity peut l'assurer, il s'en faut de beaucoup que l'office du juge en droit judiciaire belge soit aussi ample que l'est celui de la division de Chancery de la High Court d'Angleterre. La Commission bancaire et financière, elle non plus, ne dispose pas d'un pouvoir analogue de surveillance de l'accomplissement d'une mission fiduciaire, ni du pouvoir d'enjoindre à un représentant d'accomplir tels ou tels actes.

Les observations de nature légistique formulées ci-après le sont sous la réserve expresse des observations générales qui précèdent.

Intitulé.

L'intitulé ne mentionne qu'une partie des modifications législatives apportées par le projet. Afin de rendre compte de l'ensemble de son contenu, celui-ci pourrait être rédigé comme suit :

"Projet de loi modifiant la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers, l'article 2075 du Code civil, l'article 2 du Titre VI, Livre I du Code de commerce, l'article 22 de la loi du 10 juin 1964 sur les appels publics à l'épargne, l'article 44 du Code TVA et les articles 265 et 266 du Code des impôts sur les revenus 1992".

Titre du ministre.

Les membres du Gouvernement dont les attributions s'étendent à plus d'un secteur distinct ne doivent pas reprendre leur titre complet pour la signature des lois, arrêtés et autres documents officiels, mais indiquer uniquement la qualité en laquelle ils agissent dans le cas considéré. Il y a donc lieu de n'indiquer, dans le proposant, dans l'arrêté de présentation et à la signature, que le titre de Ministre des Finances. En outre, comme il a été dit ci-dessus, le ministre de la Justice doit lui être associé.

Arrêté de présentation.

Afin de se conformer aux articles 75 et 78 de la Constitution et à l'observation liminaire, il y a lieu de rédiger l'arrêté de présentation de la manière suivante :

"Notre ministre des Finances et Notre ministre de la Justice sont chargés de présenter, en Notre nom, aux Chambres législatives et de déposer à la Chambre des représentants le projet de loi dont la teneur suit :".

Dispositif.

Article 2.

Les mots "..., appelées ci-après "la loi"," doivent être omis.

Article 3.

1. Les textes modificatifs doivent modifier les articles du texte antérieur dans leur ordre numérique (modifications aux articles 109, § 2, 2° (article 14 du projet), 114 et 119quinquies (article 3, § 2, du projet)).

2. Il y a lieu de rédiger le paragraphe 1er du texte néerlandais en tenant compte des observations faites dans la version néerlandaise du présent avis.

Article 4.

La phrase liminaire doit être ainsi rédigée :

"L'article 108, alinéa 1er, 3°, de la même loi, modifié par la loi du 5 août 1992, est remplacé par la disposition suivante :".

Article 5.

Les articles 5 et 14 modifient l'un et l'autre l'article 109 de la loi du 4 décembre 1990. C'est pourquoi, il est proposé de fusionner ces deux articles en un seul. On écrira donc :

"A l'article 109, de la même loi, modifié par la loi du 5 août 1992, sont apportées les modifications suivantes :

1° au § 2, 2°, les mots ... (le reste comme à l'article 14 du projet);

2° le § 3 est remplacé par la disposition suivante : ... (le reste comme à l'article 5 du projet)".

Article 6.

1. La phrase liminaire doit être ainsi rédigée :

"L'article 111 de la même loi, modifié par la loi du 5 août 1992, est complété par un paragraphe 5 rédigé comme suit :".

2. Aux alinéas 1er et 2 du paragraphe 5, en projet, le texte néerlandais serait mieux rédigé en tenant compte des observations faites dans la version néerlandaise du présent avis.

Article 9.

La disposition doit être ainsi rédigée :

"A l'article 119bis, 2°, de la même loi, inséré par la loi du 5 août 1992, les mots ...".

Article 10.

1. La phrase liminaire doit être ainsi rédigée :

"A l'article 119ter, de la même loi, inséré par la loi du 5 août 1992 et modifié par les lois des 6 juillet 1994 et 4 avril 1995, sont apportées les modifications suivantes :".

2. En outre, le texte néerlandais du 2°, du 3°, et du 4°, devrait être rédigé en tenant compte des observations faites dans la version néerlandaise du présent avis.

Article 11.

1. La phrase liminaire doit être ainsi rédigée :

"L'article 119quater, de la même loi, inséré par la loi du 5 août 1992, est remplacé par la disposition suivante :".

2. Le texte néerlandais des paragraphes 2 et 3 devrait en outre être rédigé comme il est indiqué dans la version néerlandaise du présent avis.

Article 12.

1. La phrase liminaire doit être ainsi rédigée :

"L'article 119sexies, § 2, de la même loi, inséré par la loi du 5 août 1992, est remplacé par la disposition suivante :".

2. Le texte néerlandais du paragraphe 2, en projet, devrait être rédigé en tenant compte de l'observation faite dans la version néerlandaise du présent avis.

Article 13.

Dans le texte néerlandais, il y a lieu d'écrire à l'article 119septies en projet, alinéa 1er, "in te voeren" au lieu de "in te richten". La même observation vaut pour l'alinéa 3.

Article 14.

En raison de l'observation formulée sous l'article 5, l'article 14 doit être omis. La numérotation du projet sera revue en conséquence.

Article 15.

Plutôt que d'introduire un article 119octies nouveau, mieux vaudrait apporter la dérogation directement dans les deux dispositions visées, à savoir l'article 119sexies, § 3, alinéa 3, de la loi du 4 décembre 1990 et l'article 104bis, alinéa 2, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (cette disposition n'est pas divisée en paragraphes). A cet effet, il conviendrait donc de compléter l'article 12 du projet et d'ajouter un nouvel article au chapitre III du projet.

Le délégué du ministre a fait la réserve suivante :

> "Aangaande (artikel) 15, lijkt het mij om redactionele en legistieke redenen transparanter om artikel 119octies in de wet van 4 december 1990 in te voeren, gelet op de werkzaamheden van zowel de codificatie vennootschapsrecht, als de codificatie financieel recht, daar de technische experten het eens zijn geworden om alle overlappingen weg te werken".

Cette observation n'emporte pas la conviction du Conseil d'Etat.

Article 16.

Le texte néerlandais des paragraphes 1er et 2 devrait être rédigé en tenant compte des observations faites dans la version néerlandaise du présent avis.

Article 18.

Comme l’article 127bis actuel ne comporte que deux alinéas, il est plus simple, plutôt que de modifier le premier et de supprimer le second, de remplacer tout l’article. La phrase liminaire peut donc être rédigée de la manière suivante :

"L’article 127bis, inséré par la loi du 5 août 1992, est remplacé par la disposition suivante :".

Article 19.

Le texte néerlandais de l’article 136bis, § 1er en projet, doit être rédigé comme il est proposé dans la version néerlandaise du présent avis.

Article 20.

Cette disposition doit être rédigée comme suit :

"A l’article 150, § 2, 3°, de la même loi, ...".

Article 21.

1. La phrase liminaire doit être ainsi rédigée :

"L’article 2075 du Code civil, modifié par la loi du 6 juillet 1994, ...".

2. Le texte néerlandais du deuxième alinéa de l’article 2075 doit être rédigé comme il est proposé dans la version néerlandaise du présent avis.

Article 22.

1. La phrase liminaire serait mieux rédigée comme suit :

"L’article 2 du Titre VI du Livre Ier du Code de commerce est complété par l’alinéa suivant :".

2. Dans le texte néerlandais, il y a lieu d’écrire "geldt" au lieu de "geld".

Article 23.

La disposition doit être rédigée comme suit :

"A l’article 22, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 10 juin 1964 sur les appels publics à l’épargne, modifié par les lois des 10 juillet 1969, 9 mars 1989 et 4 décembre 1990, les mots "à l’exception des parts d’organismes de placement collectif au sens du Livre III de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers" sont remplacés par les mots "... (la suite comme au projet)"".

Chapitre V.

Le Chapitre V n'a pas d'intitulé. Comme il apporte des modifications au Code TVA et au Code des impôts sur les revenus 1992, il conviendrait de le scinder en un Chapitre V, intitulé "Modifications au Code TVA", qui comprendrait l'article 24 du projet, et en un Chapitre VI, intitulé "Modifications au Code sur les revenus 1992", qui comprendrait les articles 25 et 26 du projet.

Article 24.

1. Cette disposition doit être rédigée comme suit :

"L'article 44, § 3, 11°, du Code TVA est remplacé par le texte suivant : ... (le reste comme au projet)".

2. La formulation retenue par le texte en projet ("personnes qui sont impliquées dans leur activité") est trop imprécise; il convient que nonobstant les indications données dans l'exposé des motifs, le dispositif énonce plus clairement son champ d'application, tout en veillant au respect du droit européen.

Article 26.

1. La phrase liminaire doit être rédigée comme suit :

"L'article 266 du même code, modifié par les lois des 6 juillet 1994 et 4 avril 1995, est complété par l'alinéa suivant".

2. Le texte néerlandais de l'alinéa 4, en projet, serait mieux rédigé ainsi qu'il est indiqué dans la version néerlandaise du présent avis.

3. En outre, dans le texte français de l'alinéa 4, en projet, le pendant des termes "de inning", qui figurent dans le texte néerlandais, fait défaut.

Article 27, § 2.

Le délégué du Ministre a fourni au sujet de la rétroactivité l'explication suivante :

> "De terugwerkende kracht voor de artikelen 21 en 22 van het ontwerp is ingegeven om redenen van rechtszekerheid. Theoretisch zou zoals U suggereerde een alternatief er in kunnen bestaan om van deze bepalingen interpretatieve bepalingen te maken. Op die manier treden deze artikelen pas samen met de andere artikelen in werking, maar de interpretatie die deze artikelen dan geven van artikel 2075 B.W. en artikel 2 Wb. Kh. zou dan automatisch geacht worden de juiste betekenis weer te geven van deze artikelen vanaf 25 juli 1994. Het retroactief karakter lijkt mij geen fundamenteel probleem te leveren voor de hangende effectiseringsdossiers".

Selon le commentaire consacré dans l'exposé des motifs à l'article 27 du projet de loi, "afin de dissiper tout doute causé par la formulation incomplète de la loi du

6 juillet 1994, il est proposé que les articles 21 et 22 aient un effet rétroactif à partir de la date d'entrée en vigueur de la loi du 6 juillet 1994".

Les textes en projet n'innoveraient donc pas, en ce sens qu'ils se borneraient à clarifier des dispositions dont la rédaction était imparfaite. Il reste que la loi interprétative édicte des solutions que la loi interprétée n'imposait pas de façon certaine, mais que le juge devra néanmoins appliquer même pour le passé; ce que manifeste clairement l'article 27, § 2, du projet de loi, puisqu'il prévoit expressément que les textes nouveaux rétroagiront à la date du 25 juillet 1995.

Il appartient au pouvoir législatif d'apprécier si la sécurité juridique est mieux servie par cette technique législative très particulière - qui pourrait déjouer les prévisions que certains agents économiques auraient légitimement fondées sur les lacunes des textes anciens - ou s'il n'est pas préférable de considérer que la loi nouvelle ne s'imposera aux parties que pour l'avenir, le juge restant libre d'interpréter les textes originels dans le même sens, ou dans un sens différent, selon la pertinence des arguments que les parties à une opération juridique antérieure à la modification de la loi, feraient valoir.

Le législateur sera attentif aux dispositions transitoires projetées.

Observation finale.

Le texte néerlandais de la plupart des dispositions du projet est susceptible d'amélioration. A titre d'exemple, plusieurs propositions de texte ont été faites dans le présent avis.

Onderzoek van het ontwerp.

Algemene opmerkingen.

Het opschrift van de ontworpen wet wekt de indruk dat ze alleen tot doel heeft de recente wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten te wijzigen, alsook een artikel uit het Burgerlijk Wetboek, te weten artikel 2075, en een artikel uit het Wetboek van Koophandel, te weten artikel 2 van boek I, titel VI. In werkelijkheid hebben de ontworpen bepalingen betrekking op en doen ze afbreuk aan enkele grondbeginselen die de hoeksteen vormen van het Belgisch privaatrechtelijk vermogensrecht en het Belgisch procesrecht. Het betreft voornamelijk wezenlijke begrippen, zoals de persoon naar recht, het vermogen, de overeenkomst en de vertegenwoordiging, inzonderheid in rechte. Daarom ook mag het indieningsbesluit van het ontwerp niet door de Minister van Financiën alleen worden ondertekend; ook de Minister van Justitie moet bij het ontwerp worden betrokken.

I. De regel dat niemand bij gevolmachtigde in rechte mag pleiten.

Het ontworpen artikel 111, § 5, van de wet van 4 december 1990 (artikel 6 van het ontwerp) schrijft voor dat "de beheersvennootschap (...) het beleggingsfonds en zijn deelnemers (vertegenwoordigt)" en dat ze deze in bepaalde gevallen zelfs in rechte kan vertegenwoordigen "zonder (hun) identiteit kenbaar te maken".

.../...

Deze regel is strijdig met het beginsel dat niemand bij gevolmachtigde in rechte mag pleiten, dat is vastgelegd in artikel 702, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek, dat bepaalt : "... bevat het exploot van dagvaarding, op straffe van nietigheid, de volgende opgaven : 1° de naam, de voornaam en de woonplaats van de eiser; ...". Dit beginsel is onder meer bedoeld om de verwerende partij in staat te stellen te weten wie precies de wederpartij is. Het is onontbeerlijk dat zij zulks weet, inzonderheid opdat zij het recht kan uitoefenen dat artikel 828 van het Gerechtelijk Wetboek haar toekent en op grond waarvan zij een rechter kan wraken. Het is immers bekend dat de wraking berust op de band die kan bestaan tussen een rechter en één van de partijen in het geding; die band kan alleen duidelijk worden voor wie de identiteit van de rechter en van de partijen kent, zodat de kennis ervan onontbeerlijk is voor de effectieve uitoefening van het recht tot wraken.

Om eenieder het recht "op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie" (artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950) te waarborgen, moeten de partijen echter zo nodig een rechter kunnen wraken. Het recht tot wraken is nauw verbonden met de onpartijdigheid van de rechter, die op

haar beurt moet worden gewaarborgd om een billijk proces te kunnen garanderen (1).

Deze ontworpen bepaling, die in strijd is met het beginsel van een billijk proces, moet dus vervallen.

II. Eenheid van het vermogen en van de persoon naar recht.

Het thans vigerende artikel 115, § 6, van de wet van 4 december 1990 bepaalt dat een Bevek in afzonderlijke compartimenten kan worden gesplitst en dat in zulk een geval "de activa van een bepaald compartiment slechts tot waarborg (strekken) voor de schulden, verbintenissen en verplichtingen die dit compartiment betreffen". Diezelfde tekst voegt eraan toe dat dit een afwijking is van artikel 8 van de hypotheekwet van 16 december 1851.

Het thans aan de Raad van State voorgelegde ontworpen artikel 7 beoogt volgens de memorie van toelichting het bepaalde in dat artikel 115, § 6, te "verduidelijken" door eraan toe te voegen dat de splitsing in compartimenten niet alleen een afwijking is van artikel 8 van de hypotheekwet, doch tevens van artikel 7 van diezelfde wet.

Deze "verduidelijking" is des te belangrijker daar de regeling omtrent de splitsing in compartimenten, die tot

---

(1) De rechtbank van koophandel te Brussel heeft in haar vonnis van 10 september 1992 dat vraagstuk niet behandeld (Tijdschrift voor rechtspersonen en vennootschappen 1992, inzonderheid blz. 438-439 en 449-450).

dusver alleen voor de Bevek gold, door het ontwerp (artikel 13) uitgebreid wordt tot de vennootschappen voor belegging in schuldvorderingen (VBS). De vrijheid tot compartimenteren, die voortaan aan de VBS zou worden verleend, zou uiteraard dezelfde gevolgen meebrengen : de gecompartimenteerde VBS zou gevrijwaard worden tegen de gevolgen van het bepaalde in de artikelen 7 en 8 van de hypotheekwet.

Men mag niet uit het oog verliezen dat die artikelen 7 en 8 het beginsel van de eenheid van persoon en vermogen vastleggen : iedere persoon naar recht, of het nu om een natuurlijk persoon of om een rechtspersoon gaat, heeft één enkel vermogen; omgekeerd stemt met ieder vermogen een persoon overeen, die een natuurlijk persoon of een rechtspersoon kan zijn. Op die eenheid berust het zogeheten recht van algemeen pand van de schuldeiser, een recht dat de fundamentele waarborg van de schuldeiser vormt. In verband met dat recht van algemeen pand heeft het Hof van Cassatie het volgende gesteld : "le débiteur ne peut pas convenir avec un de ses créanciers, en dehors des causes de préférence légales, que son patrimoine ne sera pas entièrement grevé au profit des autres créanciers, du gage général établi par les articles 7 et 8 (de la loi de 1851)" (Cass. 23 april 1914, Pas. 1914, I, blz. 192).

De thans ontworpen teksten die de in 1990 ingevoerde regeling "verduidelijken" en deze van de Bevek uitbreiden tot de VBS, sluiten de toepassing van dat beginsel uit ten aanzien van deze twee bijzondere soorten beleggingsvennootschappen. De raad van bestuur van zulk een naamloze

vennootschap zou voortaan bevoegd zijn om andere vermogens te scheppen dan dat van de vennootschap die door deze raad bestuurd wordt. Door tot zulk een splitsing te besluiten, kent diezelfde raad zich de mogelijkheid toe om meer dan één vermogen te beheren, om verscheidene ondernemingen te besturen zonder dat de resultaten geboekt in de ene onderneming een weerslag hebben op de overige ondernemingen. Daarmee samenhangend zullen de schuldeisers en de aandeelhouders van die vennootschappen niet meer kunnen genieten van de algehele voorspoed of zullen ze niet meer blootgesteld worden aan alle risico's van de vennootschap waarvan zij lid zijn. De commentaar op artikel 13 van het ontwerp haalt dat gevolg expliciet aan; in die commentaar wordt gesteld dat de bedoeling van de stellers erin bestaat ervoor te zorgen dat "de rechten van verschillende categorieën van effectenhouders duidelijker kunnen worden verbonden aan welbepaalde bestanddelen van het vermogen van de VBS".

De afwijking van de artikelen 7 en 8 van de hypotheekwet brengt mee dat die compartimenten een onderscheiden vermogen vormen, d.w.z. evenveel massa's met activa zowel als passiva. Nader beschouwd worden aldus nieuwe rechtspersonen gevormd, die een kloon zijn van die waaruit ze ontstaan zijn. Geen enkele van de voorzorgsmaatregelen waarmee de wet de oprichting van rechtspersonen omringt, wordt echter in acht genomen. Ten aanzien van geen enkele andere vennootschap, zelfs die waarvan de activiteiten zeer verscheiden zijn en in geringe mate met elkaar verband houden, gelden zulke gemakkelijke beheersvoorwaarden. De enige voorzorgsmaatregel die in het huidige ontwerp wordt genomen, bestaat erin dat de bestuurders aansprakelijk zijn

voor die verrichting, in de zin van artikel 62, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, zonder dat de draagwijdte van het bepaalde in dat artikel verstrengd of verlicht wordt.

De Raad van State had omtrent het ontwerp dat de wet van 4 december 1990 is geworden, het volgende advies verstrekt :

> "In het laatste lid van paragraaf 6 van artikel 98 wordt uitdrukkelijk afgeweken van het algemene grondbeginsel van het privaatrecht, volgens hetwelk het vermogen van de schuldenaar tot waarborg strekt voor zijn schulden. Dit brengt mede dat, wanneer een BEVEK overeenkomstig het eerste lid van dezelfde paragraaf 6 wordt ingedeeld in compartimenten, onverschillig welke schuldeiser van de BEVEK, bijvoorbeeld een leverancier of een personeelslid, geen beslag kan leggen op de goederen van een compartiment, terwijl alle andere schuldeisers van de BEVEK evenwel schadeloos zouden zijn gesteld.
>
> Aldus ziet de BEVEK de kans om een gedeelte van haar vermogen te onttrekken aan het verhaal van sommige schuldeisers, niet om, zoals gewoonlijk, andere categorieën van schuldeisers te bevoordelen, doch om sommige houders van rechten van deelneming, dus sommige vennoten van de BEVEK, te bevoordelen. In de memorie van toelichting wordt immers gepreciseerd dat er met die tekst naar is gestreefd "juridische inconsequenties" te voorkomen "waarbij vooral de rechten van de deelnemers in het gedrang zouden kunnen komen".
>
> Een regel die het een vennootschap mogelijk maakt een gedeelte van haar kapitaal definitief te vrijwaren tegen verhaal van een schuldeiser opdat haar aandeelhouders verder aanspraak kunnen maken op de opbrengst en de vruchten ervan, is onmogelijk te rechtvaardigen.
>
> De laatste twee leden van paragraaf 6 van artikel 98 moeten dus grondig worden herzien en wel zo dat, zo nodig, redenen van voorrang worden opgegeven wat de

schuldeisers betreft, doch nooit in die mate dat de aandeelhouders worden bevoorrecht boven de schuldeisers" (1).

Op deze opmerking moet opnieuw worden gewezen. Door de draagwijdte van het bepaalde in de wet van 4 december 1990 te verduidelijken, geeft het thans onderzochte ontwerp nog duidelijker aan welke risico's deze regeling inhoudt, en ook dat in geen enkele regel wordt voorzien om degenen die dat risico lopen, ervoor te behoeden.

Indien de ontworpen regels zouden worden aangenomen, moet men er zich bovendien terdege van bewust zijn dat het niet uitgesloten is dat ze niet zozeer als een uitzondering zouden gelden - zoals zij zich thans aandienen -, doch veeleer als een model dat wordt voorgesteld met het oog op een volledige hervorming van het recht van de personen naar recht en van het vermogen. Het is niet zeker dat alle schuldeisers, en alle derden in het algemeen, in een in die zin aangepaste wetgeving de bescherming zouden terugvinden die ze thans genieten.

III. Overeenkomst, vertegenwoordiging en uitoefening van de rechten.

In wezen bepalen de voorschriften van het ontworpen artikel 119nonies (artikel 16 van het ontwerp) dat een instelling voor belegging in schuldvorderingen met een

---

(1) L. 19.530 van 18 januari 1990.

persoon een "overeenkomst tot aanstelling" als vertegenwoordiger kan sluiten. Deze laatste vertegenwoordigt de instelling niet (en zal dat ook nooit doen), maar het is wel de bedoeling dat hij een derde vertegenwoordigt die geen partij is bij de desbetreffende overeenkomst, te weten de houder van schuldinstrumenten uitgegeven door de instelling.

Als gevolg van het sluiten van zulk een overeenkomst, die "op aangepaste wijze is bekendgemaakt", oefent de houder zijn recht alleen nog uit volgens de bedingen van die overeenkomst, door bemiddeling van de vertegenwoordiger die hem is toegewezen, want "de aanstelling van deze vertegenwoordigers is verbindend voor de houders van de schuldinstrumenten". De overeenkomst omschrijft harerzijds de bevoegdheden van de vertegenwoordiger en het recht om ze uit te oefenen, zonder dat aan de derden, met wie deze in zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger in contact treedt, de identiteit kenbaar wordt gemaakt van degenen die hij vertegenwoordigt.

Het lijkt er dus op dat aan de houder van een schuldinstrument het initiatief is ontnomen om het recht uit te oefenen waarvan hij drager is, en dat hij alleen nog de emolumenten ervan behoudt. De vertegenwoordiger daarentegen verkrijgt het prerogatief om effectief het recht uit te oefenen waarvan hij niet de drager is, zonder dat de vertegenwoordigde hem kan controleren en zonder dat hij diens bevelen hoeft op te volgen. Er bestaat evenwel geen enkel rechtstreeks verband tussen de vertegenwoordigde en de vertegenwoordiger, met dien verstande dat de tweede aan de

eerste wordt opgelegd bij wege van een "overeenkomst", waar de vertegenwoordigde buiten wordt gehouden.

Dat zulks de strekking van de tekst is, wordt bevestigd door de commentaar die daaromtrent wordt verstrekt; daaruit blijkt immers dat het ontworpen artikel 119nonies, § 1, "naar het voorbeeld van de Anglo-Amerikaanse trustee" is uitgewerkt, teneinde "in belangrijke mate bij (te dragen) tot de stabiliteit van de complexe effectiseringsstructuren".

Het is op zijn minst twijfelachtig of het wel mogelijk is in de wetgeving inzake "civil law" de ingewikkelde banden van de "trust" over te nemen. Het is algemeen bekend dat die rechtsfiguur gebaseerd is op de dualiteit, in het rechtsbestel waarin ze ontstaan is, tussen "common law" en "equity". Deze dualiteit heeft ervoor gezorgd dat het eigendomsrecht - of het drager zijn van een recht - in zekere zin gesplitst wordt, doordat de uitoefening ervan aan één persoon wordt toevertrouwd, en het genot aan een ander; op de eerste persoon, de "trustee", is een constante, rechterlijke controle toepasselijk waarop de tweede persoon een beroep kan doen telkens wanneer deze zulks wenst, om het recht te beschermen waarvan deze het voordeel geniet en moet kunnen behouden.

Het is niet mogelijk deze vreemde rechtsinstelling over te nemen door alleen de rechtsfiguren van de overeenkomst en de vertegenwoordiging aan te wenden, zonder dat die begrippen worden uitgehold (A). Opdat zulk een vertegenwoordiging harmonieus kan werken, moet een rechtscollege

bovendien over een bijna discretionair injunctierecht kunnen beschikken (B).

A. Het begrip "overeenkomst".

Een overeenkomst kan rechtsgevolgen meebrengen voor personen die geen partij erbij zijn; er bestaan zelfs overeenkomsten gesloten met de bedoeling rechten te verlenen aan derden (het beste voorbeeld zijnde het derdenbeding); de bedinger en de belover sluiten de overeenkomst, doch het is een derde, die geen partij is bij de overeenkomst, die de voornaamste begunstigde is. Bovendien moet de overeenkomst, wil ze aldus tot voordeel van een derde kunnen strekken, een contract zijn tussen de partijen zelf die deze overeenkomst sluiten. Daartoe moet uit kracht van de overeenkomst ten minste één van de partijen verbonden zijn tegenover de andere. Het is immers eigen aan het begrip zelf van de "overeenkomst" of van het "contract" dat één of meer personen zich tegenover één of meer andere personen ertoe verbinden iets te geven of te doen, of iets niet te doen (artikel 1104 van het Burgerlijk Wetboek).

Dit is echter één van de aangelegenheden waarin de bepalingen van het ontwerp vrij onduidelijk blijven : wat zijn de rechten en verplichtingen die de "overeenkomst tot aanstelling" als vertegenwoordiger doet ontstaan tussen de "aangestelde" vertegenwoordiger en de instelling die hem aanstelt. Er kan nauwelijks worden gesteld dat de verplichting tot vertegenwoordiging ten aanzien van de instelling wordt genomen, daar de tekst bepaalt dat ze uitsluitend in

het belang van de houders van schuldinstrumenten wordt nagekomen. Het is echter niet moeilijk de gevallen te beschouwen waarin belangenconflicten kunnen rijzen tussen de instelling voor belegging in schuldvorderingen en de houders van schuldinstrumenten. Het ontwerp holt derhalve zozeer het begrip "overeenkomst" uit dat de vraag rijst of die "overeenkomst tot aanstelling" wel een overeenkomst is. Is ze niet veeleer een handeling waarbij twee personen elk hun gelijklopende wensen uiten, namelijk dat een derde, daarbij afwezige persoon het initiatief kwijtspeelt bij de uitoefening van zijn rechten omdat hij verplicht vertegenwoordigd is ?

Om de derde te beschermen, bepaalt het ontwerp dat indien de instelling één van die is welke worden bedoeld in artikel 1, § 1, 1°, van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten, het niet de partijen zijn, doch de Koning die de wezenlijke inhoud van de overeenkomst bepaalt (artikel 119nonies, § 1, laatste lid). Deze regel, die duidelijk de derde beschermt wiens initiatief tot het uitoefenen van zijn recht hem wordt ontnomen, doet een ander bezwaar rijzen. De aan de Koning verleende bevoegdheden zijn bovenmatig ruim, daar de ontworpen wet niet eens de meest algemene beginselen vastlegt van de handeling als gevolg waarvan de vertegenwoordiger aan de vertegenwoordigde wordt opgelegd. De ontworpen tekst somt alleen de kwesties op die in het koninklijk besluit kunnen worden behandeld, doch zegt niets over de grenzen waarbinnen de verordeningsbevoegdheid van de Koning bij het regelen van die kwesties moet blijven; hij zegt inzonderheid niets over de "gevallen waarin en de

voorwaarden waaronder de houders van de schuldinstrumenten hun rechten individueel kunnen uitoefenen".

In verband met de bepaling aan het begin van hetzelfde lid van artikel 119nonies, § 1, die stelt dat de overeenkomst vooraf moet worden goedgekeurd door de Commissie voor het Bank- en Financiewezen en dat de aangestelde vertegenwoordigers door haar erkend moeten worden, valt op te merken dat de aldus aan de Commissie voor het Bank- en Financiewezen verleende bevoegdheid alleen aanvaardbaar is indien ze duidelijk in het kader van een wet wordt geregeld, en eventueel in het kader van een koninklijk besluit, dat dan de detailkwesties behandelt. Men mag immers nooit uit het oog verliezen dat de voorgestelde regeling van verplichte vertegenwoordiging ertoe leidt dat aan een persoon het recht wordt ontnomen om zelf de juridische prerogatieven uit te oefenen waartoe hij gerechtigd is.

B. Injunctierecht.

Daarom ook is het onontbeerlijk dat zulk een vertegenwoordiger aan een strikte controle onderworpen wordt. Een rechtscollege dat bevoegd is op het gebied van de "equity", kan die controle weliswaar uitoefenen, doch de bevoegdheid van de rechter naar Belgisch procesrecht is hoegenaamd niet even ruim als die van de afdeling "Chancery" van de Engelse High Court. De Commissie voor het Bank- en Financiewezen beschikt evenmin over een soortgelijke bevoegdheid om controle uit te oefenen op de totstandkoming van een fiduciaire handeling, noch over de bevoegdheid om

een vertegenwoordiger aan te manen deze of gene handeling te verrichten.

De wetgevingstechnische opmerkingen hierna worden gemaakt onder het uitdrukkelijke voorbehoud van de voorenstaande algemene opmerkingen.

Opschrift.

In het opschrift wordt slechts een gedeelte vermeld van door het ontwerp aangebrachte wetswijzigingen. Om de gehele inhoud ervan weer te geven zou het opschrift als volgt kunnen worden geredigeerd :

"Ontwerp van wet tot wijziging van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten, artikel 2075 van het Burgerlijk Wetboek, artikel 2 van Titel VI, Boek I van het Wetboek van Koophandel, artikel 22 van de wet van 10 juni 1964 op het openbaar aantrekken van spaargelden, artikel 44 van het BTW-Wetboek en de artikelen 265 en 266 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992".

Titel van de minister.

De leden van de Regering die bevoegd zijn voor meer dan één afzonderlijke sector behoeven niet hun volledige titel op te geven voor het ondertekenen van de wetten, besluiten en andere officiële stukken, maar dienen alleen de

hoedanigheid aan te geven waarin zij in het beschouwde geval optreden. In het voordrachtformulier, het indieningsbesluit en het ondertekeningsformulier dient dus alleen de titel van Minister van Financiën te worden vermeld. Bovendien moet, zoals hierboven is gezegd, de Minister van Justitie erbij worden betrokken.

Indieningsbesluit.

Om te voldoen aan de artikelen 75 en 78 van de Grondwet en aan de voorafgaande opmerking, dient het indieningsbesluit als volgt te worden geredigeerd :

"Onze Minister van Financiën en Onze Minister van Justitie zijn gelast het ontwerp van wet, waarvan de tekst hierna volgt, in Onze naam aan de Wetgevende Kamers voor te leggen en bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers in te dienen :".

Bepalend gedeelte.

Artikel 2.

De woorden "hierna genoemd "de wet"", dienen te vervallen.

Artikel 3.

1. De wijzigingsteksten moeten de artikelen van de vorige tekst wijzigen in de volgorde waarin ze zijn genummerd (wijzigingen in de artikelen 109, § 2, 2° (artikel 14 van het ontwerp), 114 en 119quinquies (artikel 3, § 2, van het ontwerp)).

2. Bovendien schrijve men in paragraaf 1 "eerste lid" in plaats van "lid 1" en "waarvan" in plaats van "wiens".

Artikel 4.

De inleidende zin moet als volgt worden geredigeerd :

"Artikel 108, eerste lid, 3°, van dezelfde wet, gewijzigd bij de wet van 5 augustus 1992, wordt vervangen als volgt :".

Artikel 5.

De artikelen 5 en 14 wijzigen beide artikel 109 van de wet van 4 december 1990. Daarom wordt voorgesteld die twee artikelen samen te brengen tot één artikel. Men schrijve dus :

"Artikel 109 van dezelfde wet, gewijzigd bij de wet van 5 augustus 1992, wordt gewijzigd als volgt :

1° in § 2, 2°, worden de woorden ... (voorts zoals in artikel 14 van het ontwerp);

2° § 3 wordt vervangen als volgt : ... (voorts zoals in artikel 5 van het ontwerp)".

Artikel 6.

1. De inleidende zin moet als volgt worden geredigeerd :

"Artikel 111 van dezelfde wet, gewijzigd bij de wet van 5 augustus 1992, wordt aangevuld met een paragraaf 5, luidende :".

2. In het eerste lid van de ontworpen paragraaf 5 zou het bovendien beter zijn te schrijven "ten belope van" in plaats van "tot beloop van" en "naar rata van" in plaats van "proportioneel aan".

In het tweede lid van dezelfde paragraaf schrijve men "ten laste kunnen worden gebracht ...".

Artikel 9.

De bepaling moet als volgt worden gesteld :

"In artikel 119bis, 2°, van dezelfde wet, ingevoegd bij de wet van 5 augustus 1992, worden de woorden ...".

Artikel 10.

1. De inleidende zin moet als volgt worden gerediGeerd :

"Artikel 119ter van dezelfde wet, ingevoegd bij de wet van 5 augustus 1992 en gewijzigd bij de wetten van 6 juli 1994 en 4 april 1995, wordt gewijzigd als volgt :".

2. In de bepaling onder 2° dienen de woorden "volgens de modaliteiten bepaald bij overeenkomst" vervangen te worden door de woorden "volgens de bij overeenkomst bepaalde nadere regels".

In de bepaling onder 3° schrijve men "Wanneer" in plaats van "In geval". Dezelfde opmerking geldt voor de bepaling onder 4°.

In de bepaling onder 4° dient het woord "verwerft" vervangen te worden door het woord "verkrijgt".

Ten slotte is er een discrepantie tussen deze bepaling, waarin de term "overdrager" gebezigd wordt, en die onder het tweede lid, waar de term "cedent" gebruikt wordt.

Artikel 11.

1. De inleidende zin moet als volgt worden gerediGeerd :

"Artikel 119quater van dezelfde wet, ingevoegd bij de wet van 5 augustus 1992, wordt vervangen als volgt :".

2. In paragraaf 2, eerste en tweede volzin, schrijve men, in fine : "... ofwel onmiddellijk gevolgd worden door die woorden".

Voorts is er een discrepantie tussen de Nederlandse tekst, waarin sprake is van een "openbaar fonds voor belegging in schuldvorderingen naar Belgisch recht" en de Franse tekst, waar gewag gemaakt wordt van een "fonds de placement en créances de droit belge".

In paragraaf 3 zou het beter zijn de eerste zin als volgt te redigeren : "Het beheersreglement ... beheersvennootschap als de algemene vergadering die beslissing goedkeurt".

Artikel 12.

1. De inleidende zin moet als volgt worden geredigeerd :

"Artikel 119sexies, § 2, van dezelfde wet, ingevoegd bij de wet van 5 augustus 1992, wordt vervangen als volgt :".

2. In de ontworpen paragraaf 2 schrijve men tweemaal "naam" in plaats van "maatschappelijke benaming".

Artikel 13.

In het nieuw ontworpen artikel 119septies, eerste lid, zou het beter zijn "in te voeren" te schrijven in plaats van "in te richten".

Dezelfde opmerking geldt voor het derde lid.

Artikel 14.

Wegens de onder artikel 5 gemaakte opmerking moet artikel 14 vervallen. De nummering van het ontwerp moet dienovereenkomstig worden herzien.

Artikel 15.

In plaats van een nieuw artikel 119octies in te voeren, zou het beter zijn de afwijking rechtstreeks op te nemen in de bedoelde bepalingen, te weten artikel 119sexies, § 3, derde lid, van de wet van 4 december 1990 en artikel 104bis, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen (deze bepaling is niet ingedeeld in paragrafen). Daartoe zou artikel 12 van het ontwerp dus moeten worden aangevuld en dient een nieuw artikel te worden toegevoegd aan hoofdstuk III van het ontwerp.

De gemachtigde van de minister heeft het volgende voorbehoud gemaakt :

> "Aangaande (artikel) 15, lijkt het mij om redactionele en legistieke redenen transparanter om artikel 119octies in de wet van 4 december 1990 in te voeren, gelet op de werkzaamheden van zowel de codificatie vennootschapsrecht, als de codificatie financieel recht, daar de technische experten het eens zijn geworden om alle overlappingen weg te werken".

Deze opmerking kan de Raad van State niet overtuigen.

Artikel 16.

In paragraaf 1, vierde lid, schrijve men "nadere regelen" in plaats van "modaliteiten".

In paragraaf 1, vijfde lid, schrijve men "op vertoon van" in plaats van "mits voorlegging van".

In paragraaf 2, eerste lid, schrijve men "heeft verkregen of zal verkrijgen ...".

In dezelfde paragraaf, vierde lid, schrijve men "als betaling" en niet "in betaling".

Artikel 18.

Aangezien het huidige artikel 127bis slechts twee leden bevat, is het, veeleer dan het eerste te wijzigen en het tweede te schrappen, eenvoudiger heel het artikel te vervangen. De inleidende zin kan dus als volgt worden gesteld :

"Artikel 127bis, ingevoegd bij de wet van 5 augustus 1992, wordt vervangen als volgt :".

Artikel 19.

In het ontworpen artikel 136bis, § 1, schrijve men "van toepassing op ...".

In hetzelfde artikel, § 2, schrijve men "aanwezig hebben" in plaats van "aanhouden".

In hetzelfde artikel, § 3, schrijve men "op vertoon van" in plaats van "op voorlegging van", "afgegeven" in plaats van "afgeleverd" en "uitvoering" in plaats van "verwezenlijking".

Artikel 20.

Deze bepaling moet als volgt worden geredigeerd :

"In artikel 150, § 2, 3°, van dezelfde wet, ...".

Artikel 21.

1. De inleidende zin moet als volgt worden geredigeerd :

"Artikel 2075 van het Burgerlijk Wetboek, gewijzigd bij de wet van 6 juli 1994, ...".

2. Het tweede lid van het ontworpen artikel 2075 zou aldus gesteld moeten worden :

"De inpandgeving kan eerst aan de schuldenaar van de in pand gegeven schuldvordering worden tegengeworpen vanaf het ogenblik dat zij hem ter kennis is gebracht of door hem is erkend".

Artikel 22.

1. De inleidende zin zou beter als volgt worden geredigeerd :

"Artikel 2 van Titel VI van Boek I van het Wetboek van Koophandel wordt aangevuld met het volgende lid :".

2. Men schrijve bovendien "geldt" in plaats van "geld".

Artikel 23.

De bepaling moet als volgt worden gesteld :

"In artikel 22, § 1, eerste lid, van de wet van 10 juni 1964 op het openbaar aantrekken van spaargelden, gewijzigd bij de wetten van 10 juli 1969, 9 maart 1989 en 4 december 1990, worden de woorden "met uitzondering van de rechten van deelneming van de collectieve beleggingsinstellingen als bedoeld in Boek III van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten" vervangen door de woorden "... (voorts zoals in het ontwerp)"".

Hoofdstuk V.

Hoofdstuk V heeft geen opschrift. Aangezien het wijzigingen aanbrengt in het BTW-Wetboek en in het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992, zou het gesplitst moeten worden in een Hoofdstuk V, met als opschrift "Wijzigingen in het BTW-Wetboek", waarin artikel 24 van het ontwerp zou zijn vervat, en in een Hoofdstuk VI, met als opschrift "Wijzigingen in het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992", waarin de artikelen 25 en 26 van het ontwerp zouden worden opgenomen.

Artikel 24.

1. Deze bepaling moet als volgt worden gesteld :

"Artikel 44, § 3, 11°, van het BTW-Wetboek wordt vervangen als volgt : ... (voorts zoals in het ontwerp met dien verstande dat in de Nederlandse tekst "in onderdeel 7°" dient te worden geschreven in plaats van "in het 7°")".

2. De in de ontworpen tekst gebruikte formulering ("personen die betrokken zijn bij hun werking") is te vaag; in weerwil van de in de memorie van toelichting verstrekte inlichtingen dient in het dispositief de werkingssfeer ervan duidelijker te worden verwoord, terwijl er zorg voor moet worden gedragen dat het Europees recht in acht wordt genomen.

Artikel 26.

1. De inleidende zin moet als volgt worden geredigeerd :

"Artikel 266 van hetzelfde Wetboek, gewijzigd bij de wetten van 6 juli 1994 en 4 april 1995, wordt aangevuld met het volgende lid".

2. Ter wille van de eenheid van terminologie met de voorgaande leden en met het oog op een correcter taalgebruik, wordt voorgesteld het ontworpen vierde lid aldus te

stellen : "Behoudens uitdrukkelijke afwijking, worden voor de toepassing van de gevallen waarin geheel of gedeeltelijk wordt afgezien van inning van roerende voorheffing, gevallen die door de Koning worden bepaald, de inkomsten uit certificaten van Belgische fondsen ... gelijkgesteld met inkomsten uit obligaties uitgegeven door belastingplichtigen die vallen onder de vennootschapsbelasting of de rechtspersonenbelasting".

3. Bovendien is er in de Franse tekst van het ontworpen vierde lid geen tegenhanger van de woorden "de inning", die in de Nederlandse tekst voorkomen.

Artikel 27, § 2.

De gemachtigde van de Minister heeft in verband met de terugwerkende kracht de volgende uitleg verstrekt :

> "De terugwerkende kracht voor de artikelen 21 en 22 van het ontwerp is ingegeven om redenen van rechtszekerheid. Theoretisch zou zoals U suggereerde een alternatief er in kunnen bestaan om van deze bepalingen interpretatieve bepalingen te maken. Op die manier treden deze artikelen pas samen met de andere artikelen in werking, maar de interpretatie die deze artikelen dan geven van artikel 2075 B.W. en artikel 2 Wb. Kh. zou dan automatisch geacht worden de juiste betekenis weer te geven van deze artikelen vanaf 25 juli 1994. Het retroactief karakter lijkt mij geen fundamenteel probleem te leveren voor de hangende effectiseringsdossiers".

De commentaar die in de memorie van toelichting wordt gewijd aan artikel 27 van het wetsontwerp, luidt als volgt : "Teneinde alle onzekerheid tengevolge van de onvolledige formulering van de wet van 6 juli 1994 weg te nemen, wordt voorgesteld de artikelen 21 en 22 te laten terugwerken tot op de datum van inwerkingtreding van de wet van 6 juli 1994".

De ontworpen teksten zouden dus geen innovatie vormen in die zin dat zij zich ertoe zouden beperken bepalingen waarvan de redactie gebrekkig was, te verduidelijken. Toch brengt de uitleggingswet oplossingen aan die de uitgelegde wet niet met stelligheid voorschreef, maar die de rechter niettemin zal moeten toepassen, zelfs voor het verleden; dit wordt duidelijk te kennen gegeven in artikel 27, § 2, van het wetsontwerp, aangezien het uitdrukkelijk bepaalt dat de nieuwe teksten terug zullen werken tot op de datum van 25 juli 1995.

Het komt de wetgevende macht toe uit te maken of de rechtszekerheid beter af is met deze zeer bijzondere wetgevingstechniek - waardoor de verwachtingen die bepaalde economische subjecten rechtmatig mochten hebben gegrond op de leemten die de vroegere teksten vertoonden, zouden kunnen worden verijdeld - dan wel of het niet verkieslijk is ervan uit te gaan dat de nieuwe wet alleen in de toekomst voor de partijen bindend zal zijn, waarbij de rechter vrij blijft om de oorspronkelijke teksten te interpreteren in dezelfde zin of in een andere zin, naar gelang van de relevantie van de argumenten die de partijen bij een rechtshandeling van vóór de wijziging van de wet, zouden aanvoeren.

De wetgever moet voldoende aandacht besteden aan de geplande overgangsbepalingen.

Slotopmerking.

De Nederlandse tekst van de meeste bepalingen van het ontwerp is voor verbetering vatbaar. Bij wijze van voorbeeld zijn in dit advies verscheidene tekstvoorstellen gedaan.

La chambre était composée de

Messieurs J.-J. STRYCKMANS, président de chambre,
de Heren kamervoorzitter,

Y. KREINS conseillers d'Etat,
P. LIENARDY, staatsraden,

J. DE GAVRE, assesseurs de la section de législation,
P. GOTHOT, assessoren van de afdeling wetgeving,

Madame J. GIELISSEN, greffier,
Mevrouw griffier.

De kamer was samengesteld uit

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. J.-J. STRYCKMANS.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J.-J. STRYCKMANS.

Le rapport a été présenté par M. J. REGNIER, premier auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. X. DELGRANGE, référendaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. REGNIER, eerste auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. X. DELGRANGE, adjunct-referendaris.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

J. GIELISSEN.

J.-J. STRYCKMANS.