

ROYAUME DE BELGIQUE

KONINKRIJK BELGIE

AVIS 30.775/2

DE LA SECTION DE LEGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

ADVIES 30.775/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 10 octobre 2000, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un avant-projet de loi "modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire et le Code des sociétés", a donné le 29 novembre 2000 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 10 oktober 2000 door de Minister van Justitie verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste een maand, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de faillissementswet van 8 augustus 1997, de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord en het Wetboek van vennootschappen", heeft op 29 november 2000 het volgende advies gegeven :

OBSERVATION GENERALE

Comme l'indique l'exposé des motifs, le projet a pour but de corriger les difficultés, voire les incohérences des lois du 17 juillet 1997 relatives au concordat judiciaire et du 8 août 1997 sur les faillites, sans prétendre cependant à l'exhaustivité (1).

Même dans les matières qu'il règle, le projet n'apporte pas toutes les corrections et précisions

-
- (1) Pour une liste de questions controversées, voyez A. Zenner, "Dépistage, Faillites et Concordats", Bruxelles, Larcier, 1998, n° 1455, p. 1033. Pour un autre exemple, voyez Y. Dumon, "La faillite et le concordat judiciaire. La réforme de 1997", J.T., 1997, p. 801 qui précise, à propos de l'article 74 relatif à la suspension de l'exécution du jugement de clôture de la faillite pour insuffisance d'actif :
"L'examen des travaux parlementaires permet de conclure au maintien de la possibilité de faire rapporter un jugement rendu en application de l'article 73 comme sous l'ancienne loi, mais avec une limite dans le temps et sans initiative du failli.
On regrette que le législateur ne l'ait pas exprimé clairement dans le texte de la loi."
Selon P. Gérard, J. Windey et M. Grégoire, "L'on doit supposer, nous paraît-il, que nonobstant la suppression de ce second paragraphe, la suspension de la clôture a pour but de permettre effectivement tant au failli qu'à tout tiers intéressé de se pourvoir contre le jugement". (Le concordat judiciaire et la faillite. Lois des 17 juillet 1997 et 8 août 1997, Larcier, 1988, n° 159, p. 164).

.../...

souhaitables et suggérées par la doctrine (1). Sauf à laisser à la jurisprudence le soin de trancher les difficultés, il appartient à l'auteur du projet d'y apporter toutes les précisions nécessaires.

OBSERVATIONS PARTICULIERES

Article 2

(article 3 en projet de la loi du 8 août 1997
sur les faillites)

Cette disposition rappelle certaines règles
contenues dans le règlement (CE) N° 1346/2000 du Conseil du

(1) Il existe une doctrine abondante sur les lois des 17 juillet 1997 et 8 août 1997 précitées. Voyez, à titre d'exemple : P. Gérard, J. Windey et M. Grégoire, Le concordat judiciaire et la faillite. Lois des 17 juillet et 8 août 1997, Bruxelles, Larcier, 1998; O. Poelmans, "Le concordat et le concours après la loi du 17 juillet 1997, R.D.C., 1999, p. 144; A. Zenner, Faillites et concordats. Chronique de doctrine et de jurisprudence 1998-1999, Bruxelles, Larcier, 2000 ainsi que les références citées par ces auteurs. Sur la question de l'excusabilité du failli, voyez notamment M. Matray, "L'excusabilité du failli", R.R.D., 1998, p. 261 et J. Windey, "L'excusabilité du failli", R.B.D.C, 1999, p. 168. Ces deux auteurs abordent notamment la question du renvoi que font les articles 73 et 83 à l'article 180 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (1), ce qui est inutile.

Il est suffisant d'indiquer que si le centre des intérêts principaux d'un commerçant est situé dans un autre Etat membre de l'Union européenne, il peut être déclaré en faillite conformément aux dispositions du règlement (CE) N° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

Par ailleurs, comme le règlement CE n'entrera en vigueur que le 31 mai 2002, il convient de ne faire entrer en vigueur l'article 2 du projet qu'à cette date. L'article 150, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 précitée sera modifié en conséquence.

De plus, au 1°, il y a lieu d'écrire "au paragraphe 1er, alinéa 2" au lieu de "au paragraphe 1er, alinéa 1er".

(1) Tel est le cas notamment :

- 1° de l'indication que les entreprises d'assurance et les établissements de crédit, les entreprises d'investissement qui fournissent des services impliquant la détention de fonds ou de valeurs mobilières de tiers, ainsi que les organismes de placement collectifs, ne sont pas concernés par la procédure d'insolvabilité;
- 2° de l'indication que les effets de la procédure d'insolvabilité sont limités aux biens du commerçant situés en Belgique.

.../...

Article 4

(article 30 en projet de la loi du 8 août 1997
sur les faillites)

Cette disposition vise le curateur qui est intervenu comme conseil d'un créancier privilégié. Selon l'exposé des motifs, toute personne qui a accompli des prestations au bénéfice d'un créancier privilégié dans l'année qui précède la faillite ne peut assurer la fonction de curateur et doit se démettre.

Afin de correspondre à l'exposé des motifs et d'éviter toute ambiguïté, il convient, à l'alinéa 1er en projet, de viser "le curateur qui a accompli des prestations - autres que celles qu'il auraient accomplies en tant que curateur - au bénéfice d'un créancier privilégié", cette expression ayant une portée plus large et générale que celle de "curateur qui est intervenu comme conseil d'un créancier privilégié".

Article 5

(article 73 en projet de la loi du 8 août 1997
sur les faillites)

1. L'article 73, alinéa 1er, en projet, dispose que :

"... le tribunal peut, à la requête des curateurs, le failli dûment appelé par pli judiciaire contenant le

.../...

texte [de l'article 73] et après avoir entendu les parties en chambre du conseil, prononcer la clôture des opérations de la faillite. Dans ce cas, les créanciers rentrent dans l'exercice de leurs actions individuelles contre la personne et les biens du failli."

L'article précise ensuite :

"Néanmoins, le tribunal déclare le failli excusable, avec les effets énoncés à l'article 82, s'il répond aux conditions portées par les articles 80 et 81."

Afin d'éviter toute ambiguïté, il convient de faire apparaître plus clairement que l'audition des parties en chambre du conseil concerne à la fois la clôture des opérations de la faillite et l'excusabilité du failli.

2. Un certain nombre de questions se posent quant à la procédure d'excusabilité du failli, notamment en ce qui concerne la présence des créanciers et du ministère public, l'éventualité d'un jugement d'excusabilité distinct du jugement de clôture des opérations de la faillite et les voies de recours. Ces questions seront abordées lors de l'examen de la procédure ordinaire de clôture de la faillite prévue par l'article 80 en projet. Il convient, dans la mesure du possible, de prévoir une procédure identique selon que l'excusabilité est examinée dans le cadre de la procé-

.../...

dure sommaire de clôture ou dans le cadre de la procédure ordinaire de clôture (1).

3. L'on peut se demander si la requête visée à l'article 73, alinéa 1er, en projet, est une requête unilatérale (2) ou une requête contradictoire et si le failli "dûment appelé" est ou non partie à la cause. Le fait

-
- (1) A ce sujet, la doctrine s'est interrogée sur le fait que la procédure ordinaire de clôture est précédée d'une procédure de reddition des comptes au cours de laquelle les créanciers donnent leur avis sur l'excusabilité du failli. Dans le cadre de la procédure sommaire de clôture, la reddition des comptes n'est que facultative (article 73, alinéa 6, en projet) et, en pratique, jamais utilisée (Voyez J. Windey, op. cit., p. 172). Un avis publié au Moniteur belge du 20 octobre 2000 indique que le tribunal de commerce de Charleroi a posé la question préjudicielle suivante à la Cour d'arbitrage :

"L'article 73 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, en tant que cette disposition instaure une procédure sommaire de clôture par laquelle le tribunal peut prononcer la clôture des opérations de faillite et statuer sur l'excusabilité du failli sans qu'une assemblée des créanciers ne soit tenue en vue de la reddition des comptes par le curateur et en vue d'émettre un avis sur l'excusabilité du failli, et alors que la procédure ordinaire de clôture de la faillite prévue aux articles 79 et 80 de la loi du 8 août 1997 organise une telle assemblée à ces fins, n'est-il pas contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution ?".

Une autre différence résulte de ce que le juge-commissaire ne fait aucun rapport et n'intervient pas à la cause lors de la procédure sommaire de clôture, même si la pratique montre parfois le contraire (Voyez J. Windey, op. cit., p. 172, et R. Matthys ["De summiere rechtspleging tot sluiting van het faillissement", T.B.H., 1999, nr. 5, blz. 163], qui estiment que :

"Vermoedelijk gaat het om een vergetelheid en is dit verslag vereist.").

- (2) En ce sens, voyez J. Windey, op. cit., note 30 qui fait référence aux articles 1028 et suivants du Code judiciaire.

que le texte en projet ne prévoie une possibilité de tierce-opposition que pour les créanciers contre la décision qui prononce l'excusabilité du failli et non pour le failli contre la décision qui refuse l'excusabilité, implique que ce dernier est partie à la cause et que la requête visée à l'article 73, alinéa 1er, en projet, est une requête contradictoire (1).

4. L'article 73 en projet dispose que suite à la clôture de la faillite, les créanciers rentrent dans l'exercice de leurs actions individuelles contre la personne et les biens du failli. L'on se demande pourquoi cette règle n'est mentionnée qu'à l'article 73 relative à la procédure sommaire de clôture et non également à l'article 80 relatif à la procédure de clôture ordinaire (2).

(1) Dans le cadre de la législation actuelle, qui est muette sur les voies de recours ouvertes contre les décisions statuant sur l'excusabilité du failli dans le cadre de la procédure sommaire de clôture, certaines décisions ont estimé que le failli devait former tierce-opposition (C.A. Liège, 27 mai 1999, R.R.D., 1999, p. 308), d'autres qu'il devait interjeter appel (C.A. Gand, 24 mai 2000, R.B.D.C., 2000, p. 426). Cette décision précise :

"Het door de curator neergelegde verzoekschrift dient te worden gezien als zijnde een verzoekschrift op tegenspraak zoals geregeld in de artikelen 1034bis tot 1034sexies van het Gerechtelijk Wetboek. Door de oproeping van appellant naar aanleiding van dit verzoekschrift is hij partij geworden in zake."
Dans le sens d'une requête contradictoire, voyez également R. Matthys, op. cit., p. 163.

(2) L'article 82, alinéa 2, actuel dispose que "si le failli n'est pas déclaré excusable, les créanciers recouvrent le droit d'exercer individuellement leur action sur ses biens". Cette disposition ne se trouve, cependant, plus dans l'article 82 en projet.

5. Il y a lieu d'harmoniser les dispositions relatives à la publication et à la notification du jugement ordonnant la clôture de la faillite lors de la procédure sommaire de clôture et lors de la procédure ordinaire de clôture. Plus particulièrement, il convient, dans la procédure sommaire, de prévoir la notification du jugement au failli plutôt que de se contenter de la publication du jugement par extraits au Moniteur belge.

Article 6

(article 80 en projet de la loi du 8 août 1997
sur les faillites)

1. A l'instar de la procédure sommaire de clôture, l'article 80 en projet prévoit que le failli est dûment appelé par pli judiciaire devant le tribunal de commerce, mais ne précise pas qu'il est entendu en chambre du conseil (1). Afin d'éviter toute ambiguïté, il y a lieu de prévoir, à l'alinéa 1er, que le failli est également entendu en chambre du conseil, tant sur la clôture de la faillite que sur l'excusabilité.

2. La doctrine souligne que, bien que la loi ne demande pas au juge-commissaire de donner un avis, mais uniquement de faire rapport, plusieurs décisions montrent

(1) L'article 73 relatif à la procédure sommaire de clôture dispose que les parties sont entendues en chambre du conseil.

que le juge-commissaire est également entendu en son avis (1). Si l'auteur du projet entend confirmer cette pratique, il convient de l'indiquer à l'article 80, alinéa 2, en projet.

3. Si le texte en projet prévoit désormais explicitement la présence du failli à la cause, il ne précise rien en ce qui concerne le curateur (a), les créanciers (b) et le ministère public (c).

a) La doctrine souligne que toutes les décisions témoignent de la présence constante du curateur lors de l'audience en chambre du conseil (2). Le projet lui-même admet l'importance de cette présence puisqu'il dispose que la tierce-opposition au jugement qui prononce l'excusabilité du failli est faite par citation donnée au failli et au curateur. L'exposé des motifs justifie la citation du curateur comme suit :

"Le curateur est en effet la personne la mieux placée pour se prononcer sur les circonstances qui pourront justifier soit l'octroi, soit le refus de l'excusabilité et répondre aux diverses interrogations des créanciers. Par ailleurs, la jurisprudence considère à juste titre que la collaboration du failli avec le curateur pendant la procédure de faillite est l'un des éléments qui doit être pris en compte par le tribunal préalablement à la décision sur l'excusabilité. Il va de soi que seul le curateur est à même de pouvoir se prononcer à ce sujet de manière pertinente."

(1) Voyez C. Matray, op. cit., p. 272; J. Windey, op. cit., p. 169.

(2) Voyez J. Windey, op. cit., p. 170.

Les raisons qui justifient la présence du curateur à la procédure sur tierce-opposition valent évidemment pour la procédure ayant abouti au jugement frappé de tierce-opposition. Par ailleurs, il ne fait pas de doute que le curateur est partie à la procédure de liquidation sommaire puisque c'est à sa requête que le tribunal prononce la clôture des opérations de la faillite. Le projet doit donc prévoir expressément la présence du curateur dans la procédure de liquidation ordinaire.

b) Le fait que la voie de recours qui est ouverte aux créanciers soit la tierce-opposition implique, en principe, qu'ils ne sont pas parties à la cause. Cependant, la doctrine souligne que certains créanciers, notamment les créanciers publics, assistent au déroulement de la procédure d'excusabilité et donnent leur avis en chambre du conseil (1). Si l'auteur du projet considère que le fait pour le failli d'être convoqué et entendu le rend partie à la cause (2), il devrait logiquement en être de même pour les créanciers qui sont intervenus dans la procédure d'excusabilité devant le tribunal. Partant, ces derniers ne pourraient entreprendre le jugement accordant l'excusabilité au failli que par la voie de l'appel et non par celle de la tierce-opposition.

(1) Voyez C. Matray, op. cit., p. 273; J. Windey, op. cit., p. 169.

(2) Et ce, contrairement à ce qu'avait décidé la Cour de cassation en matière de faillite d'office.

Cette question doit être résolue dans le texte en projet.

c) L'article 764, 8°, du Code judiciaire, dispose que sont communiquées au ministère public "les demandes en concordat, en déclaration de faillite, en report de la date de cessation de paiement ainsi que les procédures en révocation du sursis de paiement et en clôture de la faillite". Le législateur n'a donc pas formellement prévu que la décision sur l'excusabilité soit précédée d'un avis du parquet. Toutefois, la pratique s'en est largement répandue (1). Cette solution est logique dès lors que la procédure de clôture doit être considérée comme formant un tout, l'excusabilité lui étant liée (2). L'exposé des motifs pourrait confirmer cette interprétation.

4. L'article 80, alinéa 1er, dispose que le tribunal ordonne la clôture de la faillite. Cette clôture met fin aux fonctions du curateur et emporte décharge générale [article 80, alinéa 4]; elle met fin également à la mission du juge-commissaire. L'article 80, alinéa 2, prévoit que le tribunal examine ensuite la question de l'excusabilité du failli. Cette procédure implique l'intervention du juge-commissaire et du curateur (voyez supra). L'on peut se demander si ces derniers sont encore compétents pour intervenir sur cette question alors que la clôture de la

(1) Sur cette question, voyez notamment C. Matray, op. cit., p. 273, et J. Windey, op. cit., p. 170.

(2) Voyez J. Windey, op. cit., p. 170.

faillite a mis fin à leur mission. Une réponse positive s'impose dès lors que la décision qui se prononce sur la clôture de la faillite et sur l'excusabilité du failli sont contenues dans un même jugement (voyez infra). Ce n'est qu'une fois ce jugement rendu que le curateur et le juge-commissaire sont déchargés de leur mission. Il en résulte qu'un problème se pose en ce qui concerne l'intervention de ces personnes dans la procédure de tierce-opposition ou d'appel. Il convient, dès lors, de prévoir que le curateur et le juge-commissaire resteront en fonction jusqu'à la fin des procédures relatives à l'excusabilité du failli.

5. L'on s'est demandé si la décision relative à la clôture de la faillite et celle relative à l'excusabilité du failli devaient être rendues dans un seul jugement. Les tribunaux semblent quasi systématiquement se prononcer sur la question de l'excusabilité dans le jugement de clôture (1). Cette solution est logique : la procédure de clôture doit être considérée comme formant un tout, l'excusabilité lui étant liée. Dès lors, c'est au cours de la même procédure, selon les mêmes modalités et dans le même jugement que doivent être traitées la clôture de la faillite et l'excusa-

(1) Voyez J. Windey, op. cit., pp. 170 et 171.

bilité du failli. Le texte en projet pourrait consacrer explicitement cette solution (1).

6. Dès lors que la tierce-opposition n'est pas ouverte au failli contre la décision qui lui refuse l'excusabilité, ce dernier ne dispose, comme voie de recours, que de l'appel. A la question de savoir contre qui cet appel doit être dirigé, le fonctionnaire délégué a répondu :

"Selon l'article 1053 du Code judiciaire : «Lorsque le litige est indivisible, l'appel doit être dirigé contre toutes les parties dont l'intérêt est opposé à celui de l'appelant».

Il nous semble que l'appel interjeté par le failli à l'encontre de la décision sur l'excusabilité doit en toute hypothèse être formé contre le curateur au motif que ce dernier a représenté l'ensemble des créanciers,

(1) Dans un sens opposé R. Matthys signale que :

"Bij een vrij recente evaluatie van de nieuwe faillissementswetgeving door de curators op het Ministerie van Justitie (vergadering van 11 december 1998), werd er geopperd, tegen de zienswijze in van de minister van Justitie die ervan uitging dat de verschoonbaarheid geen procedure op zichzelf vormt, de sluitingsprocedure te laten verlopen over twee vonnissen: een vonnis waarbij de sluiting wordt bevolen en later een tweede vonnis waarbij over de verschoonbaarheid wordt gesta-tueerd. Deze procedure in twee tijden heeft inderdaad als voordeel dat met het eerste vonnis de curator van zijn gerechtelijk mandaat is ontlast en hij niet meer gedurende onbepaalde tijd omtrent het probleem van de verschoonbaarheid in onzekerheid moet blijven (Op. cit, n° 10, p. 164).".

Si cette solution devait être choisie, le projet devrait être adapté en conséquence, afin, notamment, de bien préciser les règles s'appliquant à chacune des deux procédures.

.../...

lequel est intéressé à ce que la décision relative à l'excusabilité ne soit pas réformée.

Si un créancier a formé tierce-opposition contre le jugement sur l'excusabilité, il acquiert sans contester la qualité de partie. Dès lors, il sera nécessaire de le mettre en cause puisqu'en exerçant la tierce-opposition le créancier a usé d'un droit personnel, distinct des intérêts collectifs que le curateur représente."

Il convient d'adopter la solution proposée par le fonctionnaire délégué.

7. Le projet ne prévoit pas selon quelles règles se déroulera l'audience au cours de laquelle le tribunal instruira la tierce-opposition. Le Conseil d'Etat se demande, notamment, si la procédure se déroulera en chambre du conseil, comme pour la procédure initiale (1), ou, selon le droit commun, en audience publique (2). La réponse à cette question se trouve dans l'article 1042 du Code judiciaire qui dispose que :

"Pour autant qu'il n'y soit pas dérogé par les dispositions du présent livre, les règles relatives à l'instance sont applicables aux voies de recours."

8. Selon l'exposé des motifs, l'excusabilité est en principe accordée au failli qui répond aux conditions d'être malheureux et de bonne foi ou qui offre des garanties

(1) Dans ce sens, voyez J. Windey, op. cit., p. 173

(2) Dans ce sens, voyez C. Matray, op. cit, p. 275.

raisonnables de pouvoir efficacement s'engager dans des activités commerciales nouvelles, sauf à relever l'existence de circonstances particulières qui justifient le refus du tribunal. Les deux conditions sont donc alternatives et non cumulatives et la règle de l'excusabilité de principe sauf circonstances spécialement motivées s'applique à chacune d'elles.

Le texte en projet ne traduit cependant pas cette intention dans la mesure où il semble faire de la garantie de pouvoir efficacement s'engager dans des activités économiques nouvelles une condition supplémentaire à remplir par les personnes morales et ne prévoit l'exception des circonstances spécialement motivées que pour le failli malheureux et de bonne foi.

Cette contradiction entre l'exposé des motifs et le dispositif doit être corrigée. Il y a lieu d'adopter la solution prévue dans le commentaire de l'article 80.

Par ailleurs, il serait souhaitable que l'exposé des motifs donne des exemples de circonstances particulières qui justifient le refus de l'excusabilité à un failli malheureux et de bonne foi ou qui offre les garanties de pouvoir efficacement s'engager dans des activités économiques nouvelles.

9. L'article 80, alinéa 2, est incomplet. Entre les mots "des créanciers" et les mots "de la faillite", il y a lieu d'ajouter les mots : "individuellement dans le mois de

.../...

la publication du jugement de clôture de la faillite. Le jugement ordonnant la clôture ...".

Article 7

(article 82 en projet de la loi du 8 août 1997
sur les faillites)

1. En vertu de l'alinéa 2, le tribunal peut, par une décision spécialement motivée, exclure certaines dettes de l'excusabilité lorsqu'elles pourraient causer au créancier un dommage disproportionné à l'avantage qu'en retire le failli.

La règle prévue à l'alinéa 2 ne s'applique évidemment qu'aux dettes concernées par l'excusabilité du failli. Encore faut-il pouvoir déterminer celles-ci avec précision. Lors des travaux préparatoires de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, il a été déclaré que :

"L'excusabilité efface par conséquent toutes les créances liées à la faillite du commerçant. Il va de soi que l'excusabilité n'a pas trait aux dettes futures, c'est-à-dire les dettes nées après la décision d'excusabilité. L'excusabilité vise en effet la réintégration du (de l'ex-) failli dans la vie commerciale, dans laquelle il serait nécessairement tenu à satisfaire de nouveaux créanciers." (1).

(1) Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 1995-1996, n° 330/12, p. 7.

Cette solution n'a pas convaincu la majorité de la doctrine. Comme le relève C. Matray :

"On a pu souligner, au contraire, que l'excusabilité ne devait produire ses effets qu'à l'égard des créances existant au jour du jugement déclaratif de faillite. La solution est incontestablement plus heureuse mais si l'imprécision de la loi doit être interprétée à la lumière des travaux parlementaires, elle n'est pas certaine. Ici aussi, la jurisprudence devra clarifier la matière." (1).

J. Windey estime que même si l'on retient les dettes antérieures au jugement d'excusabilité, les dettes de la masse restées impayées ne peuvent être couvertes par l'excusabilité dans la mesure où elles ne naissent, dans le chef du failli, qu'à la clôture de la faillite. De même, cet auteur estime que les arrérages de pension alimentaire venant à échéance pendant le cours de la liquidation de la faillite, ne sont pas liés à la faillite et ne peuvent être visés par la mesure d'excusabilité (2).

(1) Voyez C. Matray, op. cit., p. 268. Voyez également J. Windey qui précise : "Aussi, la majorité de la doctrine estime-t-elle que seules les créances antérieures à la déclaration de faillite sont concernées par l'excusabilité" (op. cit., p. 174).

(2) Voyez J. Windey, op. cit., p. 175 qui précise : "Pas plus que les héritiers du défunt ne deviennent débiteurs d'arrérages échus postérieurement au décès de leur auteur, pas plus la masse ne peut-elle être tenue de servir une pension postérieurement à la faillite ou les arrérages échus postérieurement à la déclaration ne peuvent-ils venir grever le patrimoine dessaisi."

Il convient, dès lors, que le projet précise clairement quelles sont les dettes concernées par l'excusabilité et celles qui ne le sont pas.

2. L'alinéa 2 en projet permet au tribunal d'exclure certaines dettes de l'excusabilité. La doctrine s'est demandé si le tribunal pourrait prononcer une excusabilité partielle, chaque créance étant réduite dans une proportion équivalente (1). Il est souhaitable que le projet donne une réponse à cette question.

3. A l'alinéa 3, la section de législation n'aperçoit pas le sens des mots "à l'égard des tiers". Si la caution n'est pas déchargée, elle reste tenue à l'égard du créancier de l'obligation principale et non vis-à-vis des tiers en général.

Le texte doit être précisé à cet égard.

4. Le projet doit régler la question du recours de la caution contre le failli. Comme l'explique A. Zenner, les opinions divergent en la matière :

"Nous avons considéré, avec M. Verougstraete, que la décharge libère le failli du recours de la caution. D'aucuns font valoir que la question dépendrait du moment du paiement qui fait naître le recours subrogatoire : au cas où la caution aurait payé avant le jugement d'excusabilité, son recours serait atteint par

(1) Voyez J. Windey, op. cit., p. 176.

la décharge; dans le cas contraire, il subsisterait et pourrait être exercé après la clôture. Pour d'autres encore, la caution maintiendrait toujours son recours, pour autant qu'elle n'ait pas payé avant la faillite." (1).

Article 9

(article 11 de la loi du 17 juillet 1997
relative au concordat judiciaire)

Cette disposition prévoit que le débiteur qui sollicite le concordat doit joindre à sa requête le rapport établi lors de l'examen de sa situation par les chambres d'enquête commerciale. Il serait moins onéreux pour le failli de prévoir que le greffe joint lui-même le rapport au dossier.

Article 10

(modification de l'article 12 de la loi du 17 juillet 1997
relative au concordat judiciaire)

Cette disposition trouverait mieux sa place à l'article 14 qui dispose que le tribunal statue sur la demande au plus tard quinze jours après le dépôt de la requête ou après la signification de la citation.

(1) Voyez A. Zenner, "Faillites et concordats, Chronique de doctrine et de jurisprudence 1998-1999", Larcier, 2000, n° 68, p. 59.

Article 13

(modification de l'article 30, de la loi
du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire)

1. Cette disposition vise à permettre au juge de rendre opposable le plan concordataire au bailleur de leasing. Il y a lieu, à l'alinéa 1er, de viser également les autres bailleurs de meubles (1).

2. Il convient également, à l'alinéa 2, d'insérer les mots "ces bailleurs" entre les mots "ce vendeur" et les mots "ou ces créanciers".

La phrase introductive de l'article 13 du projet sera donc rédigée comme suit :

"Art. 13. Dans l'article 30 de la même loi sont apportées les modifications suivantes :

1° à l'alinéa 1er, les mots "du bailleur de leasing" sont insérés entre les mots "du prix" et les mots "des créanciers hypothécaires ...";

(1) Le bailleur d'immeuble est, quant à lui, compris dans la catégorie des créanciers bénéficiant d'un privilège spécial.

- 2° à l'alinéa 2, les mots "ces bailleurs" (1) sont insérés entre les mots "ce vendeur" et les mots "ou ces créanciers".

Article 16

Cette disposition doit être omise. En effet, l'exécution des lois est réglée par la Constitution et par les lois particulières.

(1) Le mot "bailleur" est au pluriel pour le cas où il serait tenu compte de l'observation relative aux autres bailleurs de meubles.

ALGEMENE OPMERKING

Zoals in de memorie van toelichting wordt aangegeven, is het de bedoeling van de steller van dit ontwerp moeilijkheden, en ook incoherenties die vervat zijn in de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord en in de faillissementswet van 8 augustus 1997, weg te werken, zonder evenwel exhaustief te willen zijn (1).

Door het ontwerp worden, zelfs in de aangelegenheden die daarbij geregeld worden, niet alle gewenste correcties en preciseringen aangebracht die door de rechts-

-
- (1) Voor een lijst van betwiste kwesties, zie A. Zenner, "Dépistage, Faillites et Concordats", Brussel, Larcier, 1998, nr. 1455, blz. 1033.
Voor een ander voorbeeld, zie Y. Dumon, "La faillite et le concordat judiciaire. La réforme de 1997", J.T., 1997, blz. 801, waarin de volgende passage staat in verband met artikel 74, dat betrekking heeft op de schorsing van de tenuitvoerlegging van het vonnis tot sluiting van het faillissement wegens ontoereikend actief :
"L'examen des travaux parlementaires permet de conclure au maintien de la possibilité de faire rapporter un jugement rendu en application de l'article 73 comme sous l'ancienne loi, mais avec une limite dans le temps et sans initiative du failli.
On regrette que le législateur ne l'ait pas exprimé clairement dans le texte de la loi."
P. Gérard, J. Windey en M. Grégoire hebben in dat verband het volgende geschreven : "L'on doit supposer, nous paraît-il, que nonobstant la suppression de ce second paragraphe, la suspension de la clôture a pour but de permettre effectivement tant au failli qu'à tout tiers intéressé de se pourvoir contre le jugement." (Le concordat judiciaire et la faillite. Lois des 17 juillet 1997 et 8 août 1997, Larcier, 1988, nr. 159, blz. 164.).

.../...

leer worden voorgesteld (1). Het staat aan de steller van het ontwerp daarin alle noodzakelijke preciseringen aan te brengen, tenzij hij het aan de rechtspraak wil overlaten om die moeilijkheden te beslechten.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 2

(ontworpen artikel 3 van de faillissementswet van 8 augustus 1997)

In deze bepaling wordt herinnerd aan bepaalde regels vervat in verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad

(1) Aan de voormelde wetten van 17 juli en 8 augustus 1997 zijn veel werken gewijd. Zie, bij wijze van voorbeeld : P. Gérard, J. Windey en M. Grégoire, *Le concordat judiciaire et la faillite. Lois des 17 juillet 1997 et du 8 août 1997*, Brussel, Larcier, 1998; O. Poelmans, "Le concordat et le concours après la loi du 17 juillet 1997", *R.D.C.*, 1999, blz. 144; A. Zenner, *Faillites et concordats. Chronique de doctrine et de jurisprudence 1998-1999*, Brussel, Larcier, 2000, alsook de werken waarnaar deze auteurs verwijzen. Voor de kwestie van de verschoonbaarheid van de gefailleerde, zie inzonderheid M. Matray, "L'excusabilité du failli", *R.R.D.*, 1998, blz. 261, en J. Windey, "L'excusabilité du failli", *R.B.D.C.*, 1999, blz. 168. Deze beide auteurs hebben het onder andere over de verwijzing in de artikelen 73 en 83 naar artikel 180 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen.

van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (1), wat niet nodig is.

Er behoeft alleen te worden aangegeven dat een koopman wiens centrum van de voornaamste belangen in een andere lidstaat van de Europese Unie gelegen is, failliet kan worden verklaard overeenkomstig de bepalingen van verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures.

Aangezien die EG-verordening pas op 31 mei 2002 in werking treedt, behoort artikel 2 van het ontwerp eveneens eerst dan in werking te treden. Artikel 150, tweede lid, van de voormelde wet van 8 augustus 1997 behoort dienovereenkomstig te worden gewijzigd.

Voorts schrijve men in onderdeel 1° "in paragraaf 1, tweede lid" in plaats van "in paragraaf 1, eerste lid".

-
- (1) Dat is inzonderheid het geval met :
- 1° de vermelding dat de insolventieprocedure niet van toepassing is op de verzekeringsondernemingen, de kredietinstellingen, de beleggingsondernemingen die diensten verrichten welke het houden van geld of effecten van derden behelzen en de instellingen voor collectieve belegging;
 - 2° de vermelding dat de gevolgen van de insolventieprocedure beperkt zijn tot de goederen van de koopman die zich in België bevinden.

.../...

Artikel 4

(ontworpen artikel 30 van de faillissementswet van
8 augustus 1997)

Deze bepaling heeft betrekking op de curator die als raadsman van een bevoorrecht schuldeiser is opgetreden. In de memorie van toelichting staat daarover te lezen dat eenieder die ten gunste van een bevoorrecht schuldeiser prestaties heeft verricht in het jaar voorafgaand aan het faillissement ongeschikt is om het ambt van curator waar te nemen en dat ambt moet neerleggen.

Met het oog op de overeenstemming met de memorie van toelichting en teneinde enkele dubbelzinnigheid te vermijden, dient in het eerste lid waarmee artikel 30 van de voormelde wet zou worden aangevuld, te worden gewerkt met de uitdrukking "curator die - in een andere hoedanigheid dan die van curator - prestaties heeft verricht ten gunste van een bevoorrecht schuldeiser", aangezien die uitdrukking een ruimere en algemenere strekking heeft dan die van "curator die als raadsman van een bevoorrecht schuldeiser is opgetreden".

Artikel 5

(ontworpen artikel 73 van de faillissementswet van
8 augustus 1997)

1. Het ontworpen artikel 73, eerste lid, luidt als volgt :

.../...

"... de rechtbank (kan), op verzoek van de curators, na de gefailleerde behoorlijk te hebben opgeroepen met een gerechtsbrief die de tekst van [artikel 73] bevat en na de partijen in raadkamer te hebben gehoord, de sluiting van de verrichtingen van het faillissement uitspreken. In dat geval treden de schuldeisers opnieuw in de uitoefening van hun afzonderlijke rechtsvorderingen tegen de persoon en de goederen van de gefailleerde."

Verderop in datzelfde artikel staat evenwel het volgende :

"Niettemin, verklaart de rechtbank de gefailleerde verschoonbaar, met toepassing van de in artikel 82 vermelde gevolgen, wanneer hij beantwoordt aan de in artikelen 80 en 81 bepaalde voorwaarden."

Teneinde elke dubbelzinnigheid te vermijden, dient duidelijker tot uiting te worden gebracht dat het horen van de partijen in de raadkamer betrekking heeft op zowel het sluiten van de verrichtingen van het faillissement als de verschoonbaarheid van de gefailleerde.

2. In verband met de procedure waarbij de gefailleerde verschoonbaar kan worden verklaard, rijzen een aantal vragen, inzonderheid wat betreft de betrokkenheid van de schuldeisers en het openbaar ministerie, de mogelijkheid om de gefailleerde verschoonbaar te verklaren bij een ander vonnis dan dat waarbij de verrichtingen van het faillissement worden gesloten, en de rechtsmiddelen. Die vragen zullen worden besproken bij het onderzoek van de gewone procedure tot sluiting van het faillissement die vervat is in het ontworpen artikel 80. Voor het vaststellen van de verschoonbaarheid moet zoveel mogelijk eenzelfde procedure worden gevolgd, ongeacht of die verschoonbaarheid

.../...

wordt onderzocht in het kader van de summiere sluitingsprocedure dan wel in het kader van de gewone sluitingsprocedure (1).

-
- (1) In dit verband heeft de rechtsleer stilgestaan bij het feit dat de gewone sluitingsprocedure wordt voorafgegaan door een procedure tot het doen van rekening en verantwoording waarin de schuldeisers hun mening geven over de verschoonbaarheid van de gefailleerde. In het kader van de summiere sluitingsprocedure behoeft niet te worden bevolen rekening en verantwoording te doen (het ontworpen artikel 73, zesde lid) en wordt dat in de praktijk ook nooit bevolen (Zie J. Windey, op. cit., blz. 172.).

Uit een bericht dat in het Belgisch Staatsblad van 20 oktober 2000 is gepubliceerd, blijkt dat de rechtbank van koophandel van Charleroi aan het Arbitragehof de volgende prejudiciële vraag heeft gesteld :

"Is artikel 73 van de faillissementswet van 8 augustus 1997 niet strijdig met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre die bepaling een summiere sluitingsprocedure invoert waarbij de rechtbank de sluiting van het faillissement kan uitspreken en over de verschoonbaarheid van de gefailleerde uitspraak kan doen zonder dat een vergadering van schuldeisers wordt gehouden met het oog op het overleggen van de rekeningen door de curator en het uitbrengen van een advies over de verschoonbaarheid van de gefailleerde, terwijl de gewone procedure tot sluiting van het faillissement waarin de artikelen 79 en 80 van de wet van 8 augustus 1997 voorzien, te dien einde een dergelijke vergadering organiseert ?".

Een ander verschil bestaat hierin dat de rechter-commissaris geen verslag opmaakt en niet in de zaak optreedt tijdens de summiere sluitingsprocedure, ook al gebeurt dat in de praktijk soms wel (Zie J. Windey, op. cit., blz. 172, en R. Matthys ("De summiere rechtspleging tot sluiting van het faillissement", T.B.H., 1999, nr. 5, blz. 163), die in dat verband het volgende stellen :

"Vermoedelijk gaat het om een vergetelheid en is dit verslag vereist.").

.../...

3. De vraag rijst of het verzoekschrift waarvan sprake is in het ontworpen artikel 73, eerste lid, een eenzijdig verzoekschrift is (1), dan wel een verzoekschrift op tegenspraak en of de "behoorlijk opgeroepen" gefailleerde al dan niet partij is in die zaak. De omstandigheid dat alleen de schuldeisers volgens de ontworpen tekst derdenverzet kunnen aantekenen tegen de beslissing waarbij de gefailleerde verschoonbaar wordt verklaard, terwijl de gefailleerde geen derdenverzet kan aantekenen tegen de beslissing waarbij hij niet verschoonbaar wordt verklaard, impliceert dat de gefailleerde partij is in die zaak en dat het verzoekschrift waarvan sprake is in het ontworpen artikel 73, eerste lid, een verzoekschrift op tegenspraak is (2).

(1) Zie in dat verband J. Windey, op. cit., noot 30, waarin verwezen wordt naar de artikelen 1028 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek.

(2) In het kader van de huidige wetgeving, waarin niets wordt gezegd over de rechtsmiddelen die in het kader van de summiere sluitingsprocedure kunnen worden aangewend tegen de beslissingen waarin over de verschoonbaarheid van de gefailleerde uitspraak wordt gedaan, zijn een aantal uitspraken gedaan waarin wordt gesteld dat de gefailleerde derdenverzet dient aan te tekenen (Luik, 27 mei 1999, R.R.D., blz. 308) terwijl in andere uitspraken wordt gesteld dat hij beroep dient aan te tekenen (Gent, 24 mei 2000, T.B.H. 2000, blz. 426). In deze beslissing wordt het volgende gesteld :

"Het door de curator neergelegde verzoekschrift dient te worden gezien als zijnde een verzoekschrift op tegenspraak zoals geregeld in de artikelen 1034bis tot 1034sexies van het Gerechtelijk Wetboek. Door de oproeping van appellant naar aanleiding van dit verzoekschrift is hij partij geworden in zake."
In de zin van een verzoekschrift op tegenspraak, zie eveneens R. Matthys, op. cit., blz. 163.

4. Krachtens het ontworpen artikel 73 kunnen de schuldeisers door de sluiting van het faillissement hun afzonderlijke rechtsvorderingen tegen de persoon en de goederen van de gefailleerde opnieuw uitoefenen. De vraag rijst waarom die regel eveneens niet vervat is in artikel 80, betreffende de gewone sluitingsprocedure, maar alleen in artikel 73, betreffende de summiere sluitingsprocedure (1).

5. De bepalingen betreffende de bekendmaking en de kennisgeving van het vonnis waarbij in het kader van de summiere sluitingsprocedure de sluiting van het faillissement wordt bevolen moeten worden afgestemd op die welke in het kader van de gewone sluitingsprocedure gelden. Meer in het bijzonder dient te worden bepaald dat het vonnis in het kader van de summiere procedure ter kennis van de gefailleerde moet worden gebracht in plaats van alleen te stellen dat dit vonnis bij uittreksel in het Belgisch Staatsblad moet worden bekendgemaakt.

Artikel 6

(ontworpen artikel 80 van de faillissementswet van
8 augustus 1997)

1. Het ontworpen artikel 80 bepaalt dat de gefailleerde, net als bij de summiere sluitingsprocedure, met

(1) Het huidige artikel 82, tweede lid, luidt als volgt : "Wanneer de gefailleerde niet verschoonbaar is verklaard, verkrijgen de schuldeisers opnieuw het recht om ieder afzonderlijk hun rechtsvordering tegen zijn goederen uit te oefenen.". In het ontworpen artikel 82 komt deze bepaling evenwel niet voor.

een gerechtsbrief behoorlijk wordt opgeroepen om voor de rechtbank van koophandel te verschijnen, maar in dat artikel wordt niet gesteld dat hij in de raadkamer wordt gehoord (1). Teneinde elke dubbelzinnigheid te vermijden, dient in het eerste lid te worden bepaald dat de gefailleerde ook in de raadkamer wordt gehoord, zowel over de sluiting van het faillissement als over de verschoonbaarheid.

2. In de rechtsleer wordt benadrukt dat, hoewel de rechter-commissaris volgens de wet alleen een verslag moet opmaken en geen advies hoeft uit te brengen, uit verschillende beslissingen blijkt dat ook het advies van de rechter-commissaris wordt gehoord (2). Als het de bedoeling van de steller van het ontwerp is deze praktijk te bekrachtigen, dient hij dat op te nemen in het ontworpen artikel 80, tweede lid.

3. In de ontworpen regeling wordt uitdrukkelijk bepaald dat de gefailleerde aanwezig is bij het geding, maar daarin wordt niets gezegd over de curator (a), de schuldeisers (b) en het openbaar ministerie (c).

(1) Artikel 73, betreffende de summiere sluitingsprocedure, bepaalt dat de partijen in de raadkamer worden gehoord.

(2) Zie C. Matray, op. cit., blz. 272; J. Windey, op. cit., blz. 169.

a) In de rechtsleer wordt benadrukt dat uit alle beslissingen blijkt dat de curator aanwezig is tijdens de volledige terechtzitting in de raadkamer (1). In het ontwerp zelf wordt aangegeven dat die aanwezigheid van belang is, aangezien daarin wordt bepaald dat het derdenverzet tegen het vonnis waarbij de gefailleerde verschoonbaar verklaard wordt, geschiedt door middel van een dagvaarding die aan de gefailleerde en de curator wordt gedaan. In de memorie van toelichting wordt voor de omstandigheid dat ook de curator moet worden gedagvaard de volgende reden gegeven :

"De curator is immers de best geplaatste persoon om zich uit te spreken over de omstandigheden die de toekenning of de weigering van de verschoonbaarheid kunnen rechtvaardigen en om de vragen van de schuldeisers te beantwoorden. De rechtspraak is overigens terecht van oordeel dat de samenwerking tussen de gefailleerde en de curator tijdens de faillissementsprocedure een element vormt waarmee de rechtbank voorafgaandelijk aan de beslissing over de verschoonbaarheid rekening moet houden. Vanzelfsprekend kan enkel de curator zich daarover op relevante wijze uitspreken."

De redenen voor de aanwezigheid van de curator in de procedure na derdenverzet gelden uiteraard ook voor de procedure die geleid heeft tot het vonnis waartegen derdenverzet is aangetekend. Overigens lijdt het geen twijfel dat de curator partij is bij de summiere vereffeningprocedure, aangezien de rechtbank op zijn verzoek de sluiting van de verrichtingen van het faillissement uitspreekt. In het ontwerp dient dan ook uitdrukkelijk te worden bepaald dat de curator aanwezig is bij de gewone vereffeningprocedure.

(1) Zie J. Windey, op. cit., blz. 170.

b) Het feit dat het rechtsmiddel waarover de schuldeisers beschikken het derdenverzet is, houdt in principe in dat zij geen partij zijn in de zaak. In de rechtsleer wordt evenwel benadrukt dat sommige schuldeisers, inzonderheid de openbare schuldeisers, de afwikkeling van de verschoonbaarheidsprocedure bijwonen en in de raadkamer hun advies geven (1). Als de steller van het ontwerp er van uitgaat dat de gefailleerde, doordat hij opgeroepen en gehoord wordt, partij wordt in de zaak (2), zou zulks logischerwijze eveneens het geval moeten zijn met de schuldeisers die betrokken geweest zijn in de verschoonbaarheidsprocedure voor de rechtbank. Bijgevolg zouden die schuldeisers het vonnis waarbij de gefailleerde verschoonbaar wordt verklaard alleen kunnen bestrijden door daartegen hoger beroep in te stellen en niet door daartegen derdenverzet aan te tekenen.

Deze kwestie dient in de tekst van het ontwerp te worden geregeld.

c) Artikel 764, 8°, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat aan het openbaar ministerie worden meegedeeld "de akkoordaanvragen, de vorderingen tot faillietverklaring, tot verdaging van de datum van staking van betaling, alsook de rechtsplegingen tot herroeping van de opschorting van betaling en tot sluiting van het faillissement". De wetgever

(1) Zie C. Matray, op. cit., blz. 273; J. Windey, op. cit., blz. 169.

(2) En zulks in tegenstelling met wat het Hof van Cassatie geoordeeld heeft inzake ambtshalve faillissement.

heeft dus niet uitdrukkelijk bepaald dat het parket een advies dient uit te brengen vóór er een beslissing over de verschoonbaarheid kan worden genomen. In de praktijk wordt het parket nochtans vaak eerst om advies verzocht (1). Dat is een logische keuze, aangezien de sluitingsprocedure als een geheel moet worden beschouwd en de verschoonbaarheid daarmee verbonden is (2). De memorie van toelichting zou deze interpretatie kunnen bevestigen.

4. Krachtens artikel 80, eerste lid, beveelt de rechtbank de sluiting van het faillissement. De sluiting van het faillissement maakt een einde aan de opdracht van de curator en houdt een algemene kwijting in (artikel 80, vierde lid). Ook aan de opdracht van de rechter-commissaris komt daardoor een einde. Krachtens artikel 80, tweede lid, gaat de rechtbank vervolgens na of de gefailleerde verschoonbaar is. Die procedure impliceert dat de rechter-commissaris en de curator daarbij betrokken worden (zie *supra*). De vraag zou kunnen rijzen of de rechter-commissaris en de curator nog bevoegd zijn om zich met die kwestie in te laten, aangezien hun opdracht door de sluiting van het faillissement beëindigd is. Deze vraag dient bevestigend te worden beantwoord, aangezien de beslissing over de sluiting van het faillissement en die over de verschoonbaarheid van de gefailleerde in hetzelfde vonnis vervat zijn (zie *infra*).

(1) Zie, in verband met deze kwestie, inzonderheid C. Matray, op. cit., blz. 273, en J. Windey, op. cit., blz. 170.

(2) Zie J. Windey, op. cit., blz. 170.

Pas wanneer dat vonnis gewezen is, zijn de curator en de rechter-commissaris van hun opdracht ontheven. Daaruit volgt dat de betrokkenheid van die personen in de procedure van derdenverzet of hoger beroep een probleem doet rijzen. Er behoort bijgevolg te worden bepaald dat de curator en de rechter-commissaris hun opdracht blijven uitoefenen totdat de procedures betreffende de verschoonbaarheid van de gefailleerde zijn beëindigd.

5. De vraag is gerezen of over de sluiting van het faillissement en over de verschoonbaarheid van de gefailleerde in hetzelfde vonnis uitspraak dient te worden gedaan. De rechtbanken blijken in het vonnis over de sluiting nagenoeg altijd uitspraak te doen over de kwestie van de verschoonbaarheid van de gefailleerde (1) . Die regeling is logisch : de sluitingsprocedure dient als een geheel te worden beschouwd, waarmee de verschoonbaarheid verband houdt. De sluiting van het faillissement en de verschoonbaarheid van de gefailleerde dienen derhalve te worden behandeld tijdens dezelfde procedure, volgens dezelfde nadere regels en in hetzelfde vonnis. In de

(1) Zie J. Windey, op. cit., blz. 170 en 171.

ontworpen bepaling kan die regeling expliciet worden vastgelegd (1).

6. Doordat de gefailleerde geen derden-verzet kan aantekenen tegen de beslissing waarbij de verschoonbaarheid geweigerd wordt, beschikt laatstgenoemde als rechtsmiddel alleen over het hoger beroep. Op de vraag tegen wie dat hoger beroep gericht moet worden heeft de gemachtigde ambtenaar het volgende geantwoord :

"Selon l'article 1053 du Code judiciaire : «Lorsque le litige est indivisible, l'appel doit être dirigé contre toutes les parties dont l'intérêt est opposé à celui de l'appelant».

-
- (1) In tegenovergestelde zin wijst R. Matthys op het volgende :

"Bij een vrij recente evaluatie van de nieuwe faillissementswetgeving door de curators op het Ministerie van Justitie (vergadering van 11 december 1998), werd er geopperd, tegen de zienswijze in van de Minister van Justitie die ervan uitging dat de verschoonbaarheid geen procedure op zichzelf vormt, de sluitingsprocedure te laten verlopen over twee vonnissen : een vonnis waarbij de sluiting wordt bevolen en later een tweede vonnis waarbij over de verschoonbaarheid wordt gestatueerd. Deze procedure in twee tijden heeft inderdaad als voordeel dat met het eerste vonnis de curator van zijn gerechtelijk mandaat is ontlast en hij niet meer gedurende onbepaalde tijd omtrent het probleem van de verschoonbaarheid in onzekerheid moet blijven (op. cit., nr. 10, blz. 164).".

Indien voor die regeling mocht worden geopteerd, zou het ontwerp dienovereenkomstig moeten worden aangepast, om inzonderheid duidelijk de regels aan te geven die op elk van deze procedures van toepassing zijn.

.../...

Il nous semble que l'appel interjeté par le failli à l'encontre de la décision sur l'excusabilité doit en toute hypothèse être formé contre le curateur au motif que ce dernier a représenté l'ensemble des créanciers, lequel est intéressé à ce que la décision relative à l'excusabilité ne soit pas réformée.

Si un créancier a formé tierce-opposition contre le jugement sur l'excusabilité, il acquiert sans contester la qualité de partie. Dès lors, il sera nécessaire de le mettre en cause puisqu'en exerçant la tierce-opposition le créancier a usé d'un droit personnel, distinct des intérêts collectifs que le curateur représente.".

De door de gemachtigde ambtenaar voorgestelde regeling dient te worden aangenomen.

7. In het ontwerp worden geen regels bepaald voor het verloop van de terechtzitting waarop de rechtbank het derden-verzet onderzoekt. De Raad van State vraagt zich inzonderheid af of de procedure verloopt in raadkamer, zoals bij de oorspronkelijke procedure (1), dan wel, volgens het gemeen recht, in openbare terechtzitting (2). Artikel 1042 van het Gerechtelijk Wetboek biedt het antwoord op die vraag :

"Voor zover de bepalingen van dit boek er niet van afwijken zijn de regels van het geding toepasselijk op de rechtsmiddelen.".

(1) In die zin, zie J. Windey, op. cit., blz. 173.

(2) Zie in die zin C. Matray, op. cit., blz. 275.

8. Volgens de memorie van toelichting wordt de verschoonbaarheid in principe toegekend aan de ongelukkige gefailleerde die te goeder trouw handelt of die redelijke waarborgen biedt dat hij met succes nieuwe handelsactiviteiten kan uitoefenen, behalve in geval van bijzondere omstandigheden die een weigering van de rechtbank rechtvaardigen. Die twee voorwaarden zijn dus alternatieven en hoeven niet samen te worden vervuld en in elk van beide gevallen geldt de regel van de principiële verschoonbaarheid, behoudens met bijzondere redenen omklede omstandigheden.

In de ontworpen regeling wordt die bedoeling echter niet weergegeven inzoverre blijkbaar voor rechtspersonen de bijkomende voorwaarde gesteld wordt dat de gefailleerde waarborgen moet bieden dat hij met succes nieuwe handelsactiviteiten kan uitoefenen en er alleen voor de ongelukkige gefailleerde die te goeder trouw handelt voorzien wordt in een uitzonderingsregeling waarbij de aangevoerde omstandigheden met bijzondere redenen dienen te worden omkleed.

Deze contradictie tussen de memorie van toelichting en het dispositief dient te worden rechtgezet. De regeling die vervat is in de bespreking van artikel 80 dient te worden aangenomen.

Verder is het raadzaam in de memorie van toelichting voorbeelden te geven van bijzondere omstandigheden die de weigering rechtvaardigen om een ongelukkige gefailleerde die te goeder trouw handelt of die waarborgen biedt dat hij met succes nieuwe handelsactiviteiten kan uitoefenen, verschoonbaar te verklaren.

.../...

9. In artikel 80, tweede lid, vervange men de woorden "van de bekendmaking ervan aan de curator en aan de gefailleerde kunnen doen" door de woorden "van de bekendmaking van het vonnis tot sluiting van het faillissement aan de curator en aan de gefailleerde sturen".

Artikel 7

(ontworpen artikel 82 van de faillissementswet van
8 augustus 1997)

1. Krachtens het tweede lid kan de rechtbank, bij een met bijzondere redenen omklede beslissing, bepaalde schulden niet in aanmerking nemen voor verschoonbaarheid wanneer ze de schuldeiser een schade zouden berokkenen die niet in verhouding staat tot het voordeel van de gefailleerde.

De in het tweede lid vervatte bepaling is vanzelfsprekend alleen van toepassing op de schulden waarvoor de gefailleerde verschoonbaar kan worden verklaard. Deze schulden dienen evenwel nauwkeurig te worden bepaald. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de faillissementswet van 8 augustus 1997 is het volgende verklaard :

"De verschoonbaarheid wist bijgevolg alle schuldvorderingen uit verbonden aan het faillissement van de handelaar. Het spreekt vanzelf dat de verschoonbaarheid niet geldt voor toekomstige schulden, dat zijn de schulden die ontstaan na de beslissing tot verschoonbaarheid. De verschoonbaarheid heeft immers de reïntegratie van de (ex)gefaillieerde in het handels-

.../...

leven tot doel, waarbij hij uiteraard gehouden is zijn nieuwe schuldeisers te voldoen." (1).

Deze regeling heeft de meerderheid van de rechtsgeleerden niet overtuigd. C. Matray merkt het volgende op :

"On a pu souligner, au contraire, que l'excusabilité ne devait produire ses effets qu'à l'égard des créances existant au jour du jugement déclaratif de faillite. La solution est incontestablement plus heureuse mais si l'imprécision de la loi doit être interprétée à la lumière des travaux parlementaires, elle n'est pas certaine. Ici aussi, la jurisprudence devra clarifier la matière." (2).

J. Windey is de mening toegedaan dat, zelfs als de schulden die bestaan vóór het vonnis waarbij de gefailleerde verschoonbaar wordt verklaard, in aanmerking worden genomen, laatstgenoemde niet verschoonbaar kan worden verklaard voor de onbetaald gebleven boedelschulden, aangezien zij pas bij het sluiten van het faillissement ontstaan ten aanzien van de gefailleerde. Evenzo is die auteur van oordeel dat de termijnen voor de betaling van onderhoudsgelden die tijdens de vereffening van het faillissement verstrijken, geen

(1) Gedr. St., Kamer, gewone zitting 1995-1996, nr. 330/12, blz. 7.

(2) Zie C. Matray, op. cit., blz. 268. Zie eveneens J. Windey, die het volgende stelt : "Aussi, la majorité de la doctrine estime-t-elle que seules les créances antérieures à la déclaration de faillite sont concernées par l'excusabilité" (op. cit., blz. 174).

verband houden met het faillissement en niet kunnen vallen onder de verschoonbaarheidsmaatregel (1).

In het ontwerp dient derhalve duidelijk te worden aangegeven voor welke schulden de gefailleerde verschoonbaar kan worden verklaard en voor welke niet.

2. Krachtens het ontworpen tweede lid kan de rechtbank beslissen om bepaalde schulden niet in aanmerking te nemen wanneer ze over de verschoonbaarheid beslist. De rechtsgeleerden hebben onderzocht of de rechtbank een gedeeltelijke verschoonbaarheid kan uitspreken, waarbij elke schuldvordering in dezelfde verhouding verminderd wordt (2). Het is raadzaam in het ontwerp op die vraag een antwoord te geven.

3. Het is de afdeling wetgeving niet duidelijk wat met de woorden "ten opzichte van derden" in het derde lid bedoeld wordt. Indien de borg niet bevrijd wordt, blijft hij verschuldigd tegenover de schuldeiser van de hoofdverbintenis en niet tegenover derden in het algemeen.

(1) J. Windey, op. cit., wijst op het volgende op blz. 175 : "Pas plus que les héritiers du défunt ne deviennent débiteurs d'arrérages échus postérieurement au décès de leur auteur, pas plus la masse ne peut-elle être tenue de servir une pension postérieurement à la faillite ou les arrérages échus postérieurement à la déclaration ne peuvent-ils venir grever le patrimoine dessaisi."

(2) Zie J. Windey, op. cit., blz. 176.

De bepaling dient in dit verband te worden verduidelijkt.

4. In het ontwerp dient de kwestie van het beroep van de borg tegen de gefailleerde te worden geregeld. Zoals A. Zenner uitlegt, lopen de standpunten terzake uiteen :

"Nous avons considéré, avec M. Verougstraete, que la décharge libère le failli du recours de la caution. D'aucuns font valoir que la question dépendrait du moment du paiement qui fait naître le recours subrogatoire : au cas où la caution aurait payé avant le jugement d'excusabilité, son recours serait atteint par la décharge; dans le cas contraire, il subsisterait et pourrait être exercé après la clôture. Pour d'autres encore, la caution maintiendrait toujours son recours, pour autant qu'elle n'ait pas payé avant la faillite." (1).

Artikel 9

(artikel 11 van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord)

Volgens deze bepaling dient de schuldenaar die het akkoord aanvraagt bij zijn verzoekschrift het verslag te voegen dat de kamers voor handelsonderzoek tijdens het onderzoek naar de toestand van de schuldenaar opgemaakt hebben. Indien wordt bepaald dat de griffie zelf het verslag bij het dossier voegt, zou dit voor de gefailleerde minder kosten meebrengen.

(1) Zie A. Zenner, "Faillites et concordats, Chronique de doctrine et de jurisprudence 1998-1999", Larcier, 2000, nr. 68, blz. 59.

Artikel 10

(wijziging van artikel 12 van de wet van 17 juli 1997
betreffende het gerechtelijk akkoord)

Deze bepaling zou beter in artikel 14 komen te staan, dat bepaalt dat de rechtbank uitspraak doet over de aanvraag uiterlijk vijftien dagen na de indiening van het verzoekschrift of na de betekening van de dagvaarding.

Artikel 13

(wijziging van artikel 30 van de wet van 17 juli 1997
betreffende het gerechtelijk akkoord)

1. Deze bepaling strekt ertoe de rechter in staat te stellen het gerechtelijk plan aan de leasinggever tegenwerpbaar te maken. In het eerste lid dienen eveneens de andere verhuurders van roerende goederen te worden vermeld (1).

2. In het tweede lid dienen eveneens de woorden "die verhuurders" te worden ingevoegd tussen de woorden "die verkoper" en de woorden "of die schuldenaars".

De inleidende zin van artikel 13 van het ontwerp dient dus als volgt gesteld te worden :

(1) De verhuurder van onroerende goederen zijnerzijds behoort tot de categorie van schuldeisers die een bijzonder voorrecht genieten.

"Art. 13. In artikel 30 van dezelfde wet worden de volgende wijzigingen aangebracht :

- 1° in het eerste lid worden de woorden ", aan de leasing-gever" ingevoegd tussen de woorden "van de prijs" en de woorden "aan de hypothecaire ...";
- 2° in het tweede lid worden de woorden "die verhuurders" (1) ingevoegd tussen de woorden "die verkoper" en de woorden "of die schuldenaars".

Artikel 16

Deze bepaling dient te vervallen. De uitvoering van de wetten wordt immers geregeld door de Grondwet en door de bijzondere wetten.

(1) Het woord "pandgever" staat in het meervoud om rekening te houden met de opmerking betreffende de andere pandhouders.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs J.-J. STRYCKMANS,
de Heren
Y. KREINS,
P. QUERTAINMONT,
J.-M. FAVRESSE,

premier président,
eerste voorzitter,
conseillers d'Etat,
staatsraden,
assesseur de la
section de législation,
assessor van de
afdeling wetgeving,

Madame J. GIELISSEN,
Mevrouw

greffier assumé,
toegevoegd griffier.

Le rapport a été présenté
par M. A. LEFEBVRE, auditeur. La
note du Bureau de coordination
a été rédigée et exposée par
M. P. BROUWERS, référendaire.

Het verslag werd uitgebracht
door de H. A. LEFEBVRE, auditeur.
De nota van het Coördinatiebureau
werd opgesteld en toegelicht door
de H. P. BROUWERS, referendaris.

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 GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PREMIER PRESIDENT - DE EERSTE
VOORZITTER,

J. GIELISSEN

J.-J. STRYCKMANS