

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 40.985/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Vice-Première Ministre et Ministre de la Justice, le 24 juillet 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, prorogé d'un mois, sur un avant-projet de loi "relative à la continuité des entreprises", a donné le 18 septembre 2006 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Portée de l'avant-projet de loi

L'avant-projet de loi relative à la continuité des entreprises vise à remplacer la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire qui selon les auteurs de l'avant-projet de loi "a rapidement montré ses limites et a vieilli". Il s'inscrit néanmoins dans la ligne des objectifs poursuivis par la loi de 1997, à savoir "poursuivre le développement durable des entreprises et leur assainissement sans perturber par des décisions judiciaires les mécanismes des marchés normaux". L'avant-projet de loi conserve, dès lors, un certain nombre d'éléments du droit actuel qui donnent encore satisfaction. Par ailleurs, d'autres éléments sont, selon les termes des auteurs de l'avant-projet, "résolument novateurs". Il s'agit pour l'essentiel d'offrir à l'entreprise dont la continuité est menacée, dès le moment où les difficultés apparaissent, plusieurs possibilités pour redresser la barre et ce, en lieu et place de l'actuel choix binaire du concordat ou de la faillite.

Compétence du législateur fédéral

Aux termes de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 6, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles,

"(...) l'autorité fédérale est (...), seule compétente pour : (...) 5° le droit commercial et le droit des sociétés".

.../...

Dès lors qu'elles concernent ou remplacent celles relatives au concordat judiciaire, les dispositions envisagées dans l'avant-projet de loi relèvent du droit commercial. En outre, la compétence que la loi spéciale réserve à l'autorité fédérale constitue une exception à la compétence attribuée aux Régions dans le domaine de l'économie ⁽¹⁾.

Il en résulte que le législateur fédéral est compétent pour élaborer une législation relative à la continuité des entreprises, destinée à remplacer l'actuelle législation du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire.

Observation générale

L'avant-projet de loi offre une pluralité d'options à l'entreprise en difficulté pour assurer sa "continuité" ou celle "de tout ou partie de ses activités".

L'exposé des motifs relatif à l'article 12 précise que lorsque l'avant-projet fait référence à la "continuité de l'entreprise", il vise "l'entité elle-même avec ses différentes composantes" tandis que lorsqu'il fait référence aux "activités", il vise "l'activité économique détachée de son support". Le texte en projet concerne donc, d'une part, l'hypothèse où l'entité juridique fait l'objet de mesures appropriées pour en sauvegarder l'existence, comme le remplacement de l'actionnaire majoritaire lorsque celui-ci cède ses parts sociales ou l'admission d'un nouvel actionnaire par le biais d'une augmentation de capital et, d'autre part, l'hypothèse où l'entité juridique est appelée à disparaître après que tout ou partie de ses activités aient été cédées à un tiers.

S'il n'est pas possible d'énumérer de manière exhaustive toutes les opérations qui peuvent être envisagées dans le cadre de l'objectif de la sauvegarde de la continuité des entreprises, il n'en demeure pas moins que la sécurité juridique serait servie si les opérations visées étaient circonscrites avec davantage de précision. Ceci pourrait se faire par l'énoncé dans l'exposé des motifs, d'exemples significatifs tirés de la pratique et permettant d'avoir une idée plus précise des possibilités ouvertes par la loi. S'agissant d'exemples, la loi ne s'en trouverait pas figée dans les applications nouvelles auxquelles elle pourrait donner lieu dans le futur.

⁽¹⁾ Avis 22.357/VR, donné le 11 mai 1993 sur une proposition d'ordonnance du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale "sur un concordat de réorganisation" (Doc. parl., Conseil R.B.C., A-241/1, session 1992-1993) .

Observations particulières

Dispositif

Article 1^{er}

Les articles 64 à 68 de l'avant-projet règlent une matière visée à l'article 77 de la Constitution et non une matière visée à l'article 78 de la Constitution.

Article 2

Litt f)

L'avant-projet de loi donne à l'article 2, litt f) une définition du "créancier-propriétaire". Il s'agit d'un concept emprunté à la loi actuelle sur le concordat judiciaire ⁽²⁾.

Dans un commentaire sur cette loi actuelle, Ph. Gérard, J. Windey et M. Grégoire formulent l'observation suivante : "Qu'est-ce qu'un «créancier-propriétaire» ? Les travaux préparatoires montrent que cette notion dépasse celle de créancier bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété, pour englober notamment celle du «bailleur de leasing». Il faut pourtant, qu'une même personne présente en même temps les qualités de créancier et de propriétaire et , bien que le texte ne le précise pas, il faut sans doute que le droit de propriété et le droit de créance soient unis par un lien de connexité. Ainsi, les contrats de bail, de leasing, de vente à terme pour le paiement du prix mettent en jeu ensemble et de manière intime la propriété d'un bien (transférée ou à transférer) et la créance qui en constitue la contrepartie" ⁽³⁾.

⁽²⁾ Voir notamment article 21, § 1^{er}, alinéa 3.

⁽³⁾ Le concordat judiciaire et la faillite, Lois des 17 juillet et 8 août 1997, Les dossiers du Journal des Tribunaux, 1998, p. 180, n° 173.

Dans la mesure où l'exposé des motifs ne contient pas de précisions à ce sujet, il y aurait lieu dans un souci de sécurité juridique, de le compléter par l'énonciation des différentes situations envisagées par le législateur.

Litt g)

Il convient que le texte français soit aligné sur le texte néerlandais de manière à viser les créanciers sursitaires ordinaires ou extraordinaires.

Litt i) et m)

Les litteras i) et m) comportent des modalités autonomes relatives à la signification et à la notification qui ont pour effet de déroger aux dispositions des 1° et 2° de l'article 32 du Code judiciaire.

Dans la mesure où les modalités ainsi prévues permettent de procéder à une signification ou à une notification par voie électronique, il convient de veiller à assurer la cohérence entre l'avant-projet et d'autres dispositions qui tendent également à modifier, notamment l'article 32 du Code judiciaire, afin de permettre l'utilisation d'une adresse judiciaire électronique et le recours à la voie électronique pour procéder tant à des significations et notifications, qu'à des dépôts et communications ⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ Voir à cet égard :

- les articles 4 à 7 de la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunications et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, non encore en vigueur à ce jour et dont l'abrogation est prévue par l'article 28 de la loi du 10 juillet 2006 relative à la procédure par voie électronique, lui-même non encore entré en vigueur;
- la loi du 5 août 2006 modifiant certaines dispositions du Code judiciaire en vue de la procédure par voie électronique, qui modifie, notamment, l'article 32 du Code judiciaire, et dont la date d'entrée en vigueur doit être fixée par le Roi et au plus tard le 1^{er} janvier 2009;
- la loi du 10 juillet 2006, précitée, dont la date d'entrée en vigueur doit être fixée par le Roi et au plus tard le 1^{er} janvier 2009.

Une observation analogue doit être formulée en ce qui concerne d'autres dispositions de l'avant-projet qui tendent à régler divers aspects de la procédure devant le tribunal de commerce dans le cadre de l'application des dispositions relatives à la continuité des entreprises ⁽⁵⁾.

Litt l)

Il y aurait lieu de rédiger le littéra l) comme suit : "«siège social» : le siège social de la personne morale tel qu'il est déterminé par ses statuts" et ceci, par opposition à l'"établissement principal" qui concerne la personne physique.

Litt o)

Le mot "pendante" devrait être remplacé par le mot "ouverte" de sorte que la phrase doit se lire comme suit :

"o) «tribunal» : le tribunal de commerce auprès duquel la procédure de réorganisation est ouverte".

Article 4

Au dernier alinéa, le renvoi à l'article 1029 du Code judiciaire ne semble pas correct. Sans doute convient-il de viser, outre l'article 1025, les articles 1026 et 1027 du Code judiciaire.

⁽⁵⁾ Voir, notamment, les articles 5, 8, § 1^{er}, alinéa 3, 14, 17, alinéa 2, 18, alinéa 2, 20, alinéa 2, 21, 28, 30, alinéa 2, 31, § 1^{er}, alinéa 2, 33, alinéa 2, 36, §§ 1^{er} et 4, 46, alinéa 2, 48, alinéa 1^{er}, 49, 52, dernier alinéa, 53, 59, alinéa 2, de l'avant-projet de loi.

Article 6

L'alinéa 3 fait référence aux "organismes publics ou privés désignés ou agréés par l'autorité compétente pour assister les entreprises en difficulté".

Il s'agit de la reprise littérale de l'article 5, alinéa 3, de la loi du 17 juillet 1997, précitée, ainsi que de l'article 10, § 2, de la même loi. Dans la mesure où ces organismes ne semblent pas avoir été mis en place ou sont inopérants⁽⁶⁾, les auteurs de l'avant-projet devraient préciser dans l'exposé des motifs les organismes concrets auxquels le législateur entend faire référence et la manière dont il est satisfait à la protection de la vie privée.

Article 8

L'article 8 reproduit littéralement l'article 7 de la loi du 17 juillet 1997, précitée. Toutefois, ce dernier texte prévoit que tant l'ONSS que l'administration des finances transmettent au greffe du tribunal de commerce non seulement la liste des commerçants qui restent en défaut de payer les cotisations de sécurité sociale, la TVA ou le précompte professionnel mais également la somme due. Cette précision devrait être reprise car elle permet de mesurer l'importance de l'arriéré du commerçant.

Article 9

Cette disposition confère au Roi le pouvoir de prendre, après avis du comité de surveillance sectoriel "Phenix" créé par l'article 22 de la loi du 10 août 2005 instituant le système d'information Phenix,

"les mesures requises afin de permettre le traitement, selon une structure logique, des données recueillies et d'en garantir l'uniformité et la confidentialité dans les différents greffes des tribunaux de commerce".

⁽⁶⁾ Voir A. Zenner, Faillites et concordats 2002, Les dossiers du Journal des Tribunaux, Larcier, 2003, p. 79 n° 63.

Le Conseil d'État se demande quel rapport existera entre ce système de traitement et le système d'information Phenix institué par la loi du 10 août 2005, précitée, et s'il ne convient pas par ailleurs pas de prévoir, outre l'avis du comité de surveillance, celui du comité de gestion "Phenix", instauré par l'article 15 de la loi du 10 août 2005, précitée, et chargé de gérer le système d'information Phenix ⁽⁷⁾.

Article 10

§ 1^{er}

Dans un souci de cohérence, il y a lieu, par analogie avec l'article 6, § 1^{er}, de retenir le concept de "commerçants qui sont en difficultés financières" plutôt que celui de "débiteur en difficulté", voire même celui de débiteur (article 10, § 2, alinéa 1^{er}).

La même observation vaut pour la suite de l'avant-projet.

§ 2

Lorsque le commerçant fait l'objet d'une enquête commerciale, il peut demander au "juge" de désigner un "médiateur d'entreprise" tandis que s'il ne fait pas encore l'objet d'une telle enquête, c'est le "président du tribunal" qui peut désigner un tel médiateur.

Les auteurs de l'avant-projet devraient justifier cette différence de traitement.

⁽⁷⁾ La consultation du comité de gestion et du comité de surveillance est ainsi prévue dans diverses dispositions tant de la loi du 10 juillet 2006 relative à la procédure par voie électronique (voir, notamment, les articles 10, § 1^{er}, alinéa 2, et 13), que de la loi du 5 août 2006 modifiant certaines dispositions du Code judiciaire en vue de la procédure par voie électronique (voir, notamment, les articles 5 et 10).

Par ailleurs, ce même paragraphe 2 prévoit en son alinéa 3 qu'un médiateur d'entreprises peut être désigné d'office si le commerçant s'abstient deux fois de comparaître alors qu'il est convoqué en chambre d'enquête commerciale.

Toutefois, si le commerçant refuse l'intervention du médiateur ou s'il ne peut être contacté, "le médiateur rend compte au juge qui l'a désigné".

L'exposé des motifs précise que dans ce cas :

"(...) le juge en avisera le président du tribunal qui pourra agir de droit, notamment en prenant la mesure visée à l'article 8 de la loi sur les faillites"

c'est-à-dire, priver le commerçant de la gestion de tout ou partie de ses biens et nommer un administrateur provisoire.

Dans un souci de parfaite lisibilité du texte, cette précision devrait être reprise dans le texte, alinéa 3, du paragraphe 2, de l'article 10.

Il y a lieu aussi de préciser si la médiation dont il est question à l'article 10 du projet correspond ou non à celle qui est organisée par la septième partie du Code judiciaire suite à la loi du 21 février 2005. Si tel n'est pas le cas, le projet doit être complété afin de préciser comment sera organisée la médiation. C'est important pour savoir notamment si le médiateur doit être agréé pour pouvoir être désigné par le juge.

§ 4

À propos des "organismes publics ou privés désignés ou agréés par l'autorité compétente pour assister les entreprises en difficulté" dont il est question au paragraphe 4, il est renvoyé à l'observation formulée sous l'article 6, alinéa 3.

§ 6

Le texte dispose que si le débiteur "paraît en état de faillite" ou peut faire l'objet d'une dissolution judiciaire conformément à l'article 182 du Code des sociétés, "la chambre d'enquête commerciale peut communiquer le dossier au procureur du Roi".

Les auteurs de l'avant-projet devraient expliquer dans l'exposé des motifs les raisons pour lesquelles dans les deux hypothèses susmentionnées, il n'y a pas obligation de communiquer le dossier au procureur du Roi, mais une simple faculté. En effet, l'intérêt général commande que lorsqu'un commerçant est en faillite, celle-ci soit rapidement prononcée pour éviter des distorsions de concurrence au détriment des commerçants, personnes physiques ou morales, économiquement saines.

Article 11

Cet article constitue une disposition importante dans le mécanisme mis en place par le projet de loi pour assurer la continuité des entreprises.

Il prévoit pour l'essentiel, d'une part, la possibilité pour le commerçant en difficulté de conclure un accord amiable avec les créanciers ou avec certains d'entre eux et, d'autre part, la non application de certaines règles de la période suspecte à l'exécution d'un tel accord.

L'exposé des motifs contient une précision importante à savoir que :

"L'accord amiable conclu avec certains créanciers ne peut avoir pour objet d'affaiblir économiquement certains créanciers non concernés par l'accord".

Cette précision devrait être reprise dans le texte de l'article 11 car la seule référence à la loi sur les faillites qui figure dans l'exposé des motifs, et notamment à son article 20 qui trouve à s'appliquer aux accords conclus en fraude des droits des tiers, est insuffisante. Elle ne va au demeurant pas à l'encontre de la philosophie du projet qui dans un souci de continuité de l'entreprise laisse au commerçant et à tout ou partie de ses créanciers une importante latitude pour conclure un accord, tout en respectant les droits de chacun des créanciers.

Article 12

Le troisième tiret de l'alinéa 2 qui envisage "(...) le transfert ... de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités" est incohérent par rapport à l'alinéa 1^{er} de ce même article qui parle de "... la continuité de l'entreprise ou de tout ou partie de ses activités".

Le dernier alinéa de l'article 12 est ambigu lorsqu'il énonce que :

"La demande peut poursuivre un objectif propre pour chaque activité ou partie d'activité distincte".

En effet, la procédure de réorganisation judiciaire peut concerner non seulement tout ou partie des activités du commerçant mais également le commerçant comme tel, hypothèse qui n'est pas considérée dans l'alinéa susmentionné.

Par ailleurs, la demande en réorganisation judiciaire, qu'elle concerne le commerçant ou tout ou partie de ses activités, doit se situer dans le cadre de l'objectif général tel que décrit à l'alinéa 1^{er}, de l'article 12 et qui est d'en préserver la continuité. Il faut donc que la demande s'en justifie.

L'objectif général peut être réalisé selon une des modalités énoncées à l'alinéa 2, de l'article 12 du projet, celles-ci pouvant être différentes selon qu'il s'agit de l'entité juridique, des activités dans leur totalité ou de chacune d'entre elles séparément. Il y aurait, dès lors, lieu de clarifier le dernier alinéa de l'article 12.

Article 13

L'alinéa 3 envisage l'hypothèse d'un transfert sous autorité de justice "de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités". Si l'on entend se conformer à l'alinéa 1^{er} de l'article 12, il serait plus correct de libeller la fin de l'alinéa 3 comme suit : "(...) au cas où elle tend au transfert sous autorité de justice de l'entreprise ou de tout ou partie de ses activités".

.../...

Article 14

Cet article qui s'inspire directement de l'article 11, § 1^{er}, 3°, de la loi du 17 juillet 1997, précitée, prévoit en son point 3 que le débiteur qui sollicite l'ouverture d'une procédure en réorganisation judiciaire joint à sa requête :

"(...) une liste de tous les créanciers, reconnus ou prétendus, indiquant leur nom, leur adresse et le montant de leur créance, ainsi que, dans la mesure du possible, la mention spéciale de la qualité de créancier sursitaire extraordinaire".

Si ce relevé se comprend pour avoir une vue complète de l'ampleur du passif du débiteur, il n'en demeure pas moins que comme le relève l'exposé des motifs :

"(...) le débiteur aux abois est rarement en état de produire des éléments très fiables, le désordre des affaires étant d'ailleurs parfois la cause des difficultés qu'il rencontre".

Aussi, on peut se demander si le débiteur sera toujours à même de fournir un relevé exhaustif de ses créanciers. Comme l'objectif n'est pas, selon les termes de l'exposé des motifs, de "... sanctionner (le débiteur) mais de donner une solution au problème de l'entreprise", le Conseil d'État suggère qu'un mécanisme soit mis en place pour rencontrer la situation décrite ci-avant.

Article 16

L'alinéa 3 prévoit que :

"Le juge délégué entend le débiteur et tout autre personne dont il estime l'audition utile à son information".

Il convient de préciser si les termes "juge délégué" visent également le juge désigné conformément à l'alinéa 1^{er}. Cette observation vaut pour l'ensemble de l'avant-projet.

Par analogie à l'article 10, § 1^{er}, alinéa 4, et pour les mêmes raisons telles qu'explicitées dans l'exposé des motifs relatif à cet article 10, il est suggéré de rédiger l'alinéa 3 comme suit :

"Le juge délégué entend le débiteur et, même hors de la présence du débiteur, tout autre personne dont il estime l'audition utile à son information."

Article 17

Il est stipulé à l'alinéa 3 de l'article 17 que si l'objectif poursuivi par la requête en réorganisation judiciaire n'est pas mentionné dans la requête, il doit être précisé, au plus tard lors de l'audience à laquelle le tribunal prend l'affaire en délibéré. Mais il est également possible que, notamment en fonction de données nouvelles, l'objectif poursuivi, tel que mentionné dans la requête, doive être redéfini ou modifié. Il y aurait lieu de prévoir cette possibilité dans le texte de l'article 17.

Le commentaire relatif à l'article 14 de l'avant-projet envisage au demeurant cette possibilité lorsqu'il dit :

"(...) il peut être plus prudent ou réaliste de laisser ouverte la possibilité de modifier l'objectif poursuivi. Une entreprise peut au départ envisager un plan de réorganisation pour peu après se décider pour le transfert".

Article 19

Le paragraphe 2 dispose que :

"§ 2. Le débiteur avise les créanciers individuellement de ces données dans les quatorze jours".

Il y aurait lieu de préciser dans l'exposé des motifs que les créanciers ainsi visés sont ceux repris dans la liste que le débiteur doit établir lors de la demande d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire telle que prévue à l'article 14, alinéa 2, point 3), ainsi que les créanciers qui se sont faits connaître depuis lors.

.../...

Article 21

Cet article prévoit que le greffe tient un dossier où figurent "tous les éléments relatifs à cette procédure (en réorganisation judiciaire)".

Il faudrait, qu'à l'instar de l'article 18 de la loi relative au concordat judiciaire, le dossier comprenne tous les éléments relatifs à la procédure mais également "au fond".

Au demeurant, l'alinéa 2 de cet article 21 dispose que :

"En vue d'interrompre la prescription de sa créance, tout créancier peut déposer le titre de celle-ci dans le dossier de procédure",

ce qui est incontestablement un élément de fond.

L'article 21 doit être complété en ce sens.

Article 23

À l'alinéa 1^{er}, il y a lieu de lire "... par application des articles 17 et 28" et non "... par application des articles 18 et 28".

L'alinéa 3 dispose que :

"Le tribunal peut, à la demande du créancier propriétaire, du créancier hypothécaire, du créancier gagiste et du créancier titulaire d'un privilège spécial, qui prouve que sa sûreté ou sa propriété subit ou pourrait subir une importante moins-value et sur le rapport du juge délégué, accorder des sûretés supplémentaires en guise de compensation, eu égard au montant de la créance".

Ce texte est la reproduction quasi littérale de l'article 21 § 1^{er}, alinéa 3, de l'actuelle loi relative au concordat judiciaire.

Dans leur commentaire des nouvelles lois sur le concordat judiciaire et la faillite, Ph. Gérard, J. Windey et M. Grégoire indiquent que :

"(...) cette disposition crée un troisième type de «sûretés» : à côté des sûretés d'origine légale et d'origine conventionnelle, existeraient désormais des sûretés d'origine judiciaire. Une telle création législative soulève diverses interrogations : le terme «sûretés» ne vise-t-il, dans la disposition examinée, que le gage et l'hypothèque, comme une interprétation rigoureuse du vocable l'impose, ou s'étend-elle au contraire aux privilèges spéciaux (...) ? Cette dernière possibilité paraît toutefois à exclure, car les privilèges ne peuvent exister en dehors de la définition qu'en donne la loi. Un texte devrait en fonder le principe, donner les limites de la créance garantie, préciser le contenu et les caractéristiques de l'assiette. Il semble donc impossible qu'un tel droit de préférence, en dehors des prévisions de la loi, soit attribué à un créancier par une décision judiciaire.

Seul un gage ou une hypothèque pourrait donc être accordé à un créancier par le tribunal de commerce, dont la décision viendrait remplacer le consentement du constituant " ⁽⁸⁾.

Afin d'éviter toute insécurité juridique, les auteurs de l'avant-projet devraient préciser la nature et les limites de la "sûreté supplémentaire" ainsi créée.

Articles 24 et 25

Ces articles décrivent les conséquences du sursis en ce qui concerne les possibilités de saisies et de paiements volontaires.

Il y aurait lieu de préciser également, dans l'exposé des motifs, les conséquences du sursis au regard des possibilités de compensation.

Article 26

Cet article permet au débiteur, même en l'absence de stipulation contractuelle en ce sens, de mettre fin, selon les modalités y définies, à un contrat en cours. Toutefois, cette règle ne s'applique pas "aux baux d'immeubles" et "aux contrats d'emploi".

⁽⁸⁾ Ph. Gérard, J. Windey et M. Grégoire, op. cit., p. 178, n° 171.

Ce dernier terme n'est pas correct; il doit être remplacé par "aux contrats de travail".

L'article à l'examen peut être rapproché de l'article 46 de la loi sur les faillites qui permet au curateur dès son entrée en fonction de décider s'il poursuit ou non les contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de la faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin.

Interrogée sur la compatibilité de cette disposition avec les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'elle autorise un curateur à déroger à la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux en ne respectant pas les conditions fixées par cette loi pour pouvoir mettre fin au bail qui lie le failli au preneur, la Cour d'arbitrage a dit pour droit que l'article 46 de la loi du 8 août 1997 ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution ⁽⁹⁾. En effet,

"(...) en visant tous les contrats, y compris ceux qui sont régis par la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux, le législateur prend une mesure pertinente au regard de l'objectif poursuivi, qui est d'assurer l'égalité des créanciers, donc de ne pas favoriser certains créanciers par rapport à d'autres. Si les curateurs étaient obligés en toutes circonstances de poursuivre les contrats de bail commercial, les autres créanciers de la faillite pourraient être préjudiciés en ce que la réalisation d'un bien immobilier grevé d'un bail commercial en cours peut être préjudiciable pour la masse. La spécificité d'une faillite qui doit assurer le traitement égal des créanciers justifie raisonnablement la différence de traitement entre deux catégories de preneurs d'un bail commercial, selon que le bailleur est commerçant ou non".

S'agissant de l'article 26 de l'avant-projet, le Conseil d'État se demande si le principe de l'égalité des créanciers est respecté, dès lors que de droit les créanciers d'un bail d'immeuble et ceux d'un contrat de travail sont privilégiés dans la mesure où le débiteur ne peut mettre fin anticipativement à ces contrats, sinon en respectant les modalités fixées par la loi.

L'avant-projet devrait s'expliquer sur les raisons objectives qui peuvent justifier la différenciation de traitement envisagée. À défaut d'une justification pertinente, il devrait être réexaminé pour ne pas encourir le reproche de la violation du principe d'égalité entre les créanciers.

⁽⁹⁾ Arrêt n° 161/2003 du 10 décembre 2003, Moniteur Belge du 20 février 2004, p. 10.263.

Article 29

Aux 1° et 2° de l'alinéa 1^{er}, il est question de transfert sous autorité de justice de "tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités".

On se référera à ce propos à l'observation formulée sous l'article 13.

Article 31

Au paragraphe 3, il y a lieu de reprendre une formulation identique à celle de l'article 30, alinéa 3.

Article 32

À l'alinéa 1^{er}, il y a lieu de lire "des articles 17 ou 28" et non "des articles 18 ou 28".

À l'alinéa 2 de ce même article, il faut également faire référence à l'article 50, de sorte que cet alinéa doit être rédigé comme suit :

"Il en est de même si le sursis expire sans qu'il n'ait été prorogé par application des articles 28 ou 50 ou sans que la procédure n'ait été clôturée par application de l'article 31".

Article 36

1. Au paragraphe 2, alinéa 2, il y a lieu, par analogie avec la fin de l'alinéa 1^{er} du paragraphe 2, d'utiliser le terme de "créancier contesté" plutôt que celui du "créancier sursitaire".

2. Aux paragraphes 3, in fine, et 4, il est question en français du montant et de la "qualité" de la créance. En néerlandais, on parle de "bedrag" et de "inhoud". Il y a distorsion entre les deux versions, d'autant plus, qu'aux paragraphes 1^{er} et 5, il est fait mention de "bedrag" et de "hoedanigheid", ce dernier concept correspondant mieux à celui de "qualité".

.../...

Article 39

Cet article prévoit que la compensation des créances sursitaires avec les dettes du créancier postérieures à l'homologation ne peut être refusée si elle résulte d'une convention antérieure à l'ouverture de la procédure et s'il y a entre les dettes et les créances "un lien d'étroite connexité".

Cette solution entérine l'attitude hostile de la jurisprudence à l'égard de la compensation dans le cadre de la procédure concordataire, hors l'hypothèse de la poursuite d'un contrat en cours et sauf le cas de connexité ⁽¹⁰⁾.

Cette disposition doit être mise en relation avec la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières qui garantit l'efficacité de la compensation conventionnelle, nonobstant toute situation de concours, pourvu que les dettes réciproques existent au moment de l'ouverture de la procédure collective ⁽¹¹⁾. S'agissant des dettes nées postérieurement à l'ouverture de la procédure collective, les travaux préparatoires précisent que :

"(...) les règles traditionnelles en matière de compensation (...) demeurent applicables, une telle compensation nécessitant toujours le degré de connexité suffisant entre les dettes à compenser" ⁽¹²⁾.

L'introduction de l'exposé des motifs indique en son point 8 que l'avant-projet ne porte pas atteinte à la réglementation particulière découlant de la loi du 15 décembre 2004. Les auteurs de l'avant-projet devraient, dès lors, s'expliquer sur la compatibilité de l'article 39, tel qu'il est envisagé, avec la protection des mécanismes de compensation conventionnelle mise en place par la loi du 15 décembre 2004.

⁽¹⁰⁾ A. Zenner, Faillites et concordats 2002, op. cit., p. 451, n° 424.

⁽¹¹⁾ Article 14. Voir à ce sujet C. Poulet, Les garanties financières : une efficacité renforcée au détriment des droits des autres créanciers ? Revue pratique des sociétés, 2005, pp. 286 et suiv.; V. Sagaert et H. Seeldrayers, De wet Financiële Zekerheden, RW, 2004-2005, p. 1543, notamment n° 76.

⁽¹²⁾ Exposé des motifs, Doc. parl., Chambre, session 2004-2005, DOC 51-1407/001, p. 46.

Article 40

L'alinéa 3 dispose que :

"Lorsque ces créanciers (les créanciers sursitaires extraordinaires) établissent que leur propriété ou leur sûreté subit ou pourrait subir une importante moins-value, le tribunal peut leur accorder des sûretés supplémentaires en guise de compensation, eu égard au montant de la créance".

Cette disposition correspond à celle de l'article 23, alinéa 3, à cette réserve près, qu'il y est prévu que le tribunal peut accorder des sûretés supplémentaires, "sur le rapport du juge délégué". Cette précision ne figure pas à l'alinéa 3, de l'article 40. Les auteurs de l'avant-projet devraient s'en expliquer.

Pour le reste, on se référera à l'observation formulée à propos de l'alinéa 3 de l'article 23.

Article 41

Cet article devrait être libellé comme suit :

"Art. 41. La cession volontaire de l'entreprise ou de tout ou partie de ses activités peut être prévue au plan de réorganisation".

Article 43

1. La question se pose de savoir comment s'opérera l'information des représentants des travailleurs lorsqu'il n'existe, au sein de l'entreprise, aucune structure de concertation - conseil d'entreprise ou délégation syndicale - et, plus fondamentalement, en l'absence de telles structures, qui sont les représentants qui doivent être informés par le commerçant en difficulté ⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ Comparez avec l'article 29, § 3, alinéa 4 de la loi du 17 juillet 1997, précitée.

2. Il convient de viser l'article "14, alinéa 2, 3°" et non l'article "15, alinéa 2, 3°".

Article 45

L'article 45 dispose en son alinéa 2 que :

"L'homologation ne peut être refusée qu'en cas d'inobservation des dispositions ci-dessus prescrites ou pour violation de l'ordre public".

La référence aux "dispositions ci-dessus prescrites" est vague. Les auteurs de l'avant-projet devraient indiquer avec précision les dispositions qui, si elles sont violées, entraînent le refus d'homologation du plan de réorganisation.

Article 46

Le commentaire relatif à l'article 45 mentionne que :

"Si un appel est interjeté il va de soi que le délai du sursis sera sans doute dépassé, mais la Cour d'appel devra statuer de toute urgence".

Cette dernière précision ne figure pas à l'article 46 qui détermine à cet égard uniquement les délais dans lesquels d'une part, l'appel doit être formé et d'autre part, la notification aux parties intimées voire à leur avocat effectuée.

Si l'intention des auteurs de l'avant-projet est également d'imposer un délai à la Cour d'appel, il y aurait lieu de compléter en ce sens l'article 46.

Article 49

Une nouvelle fois, il est question de transfert "de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités". Ceci voudrait dire notamment que seule la totalité des activités de l'entreprise peut être transférée, ce qui n'est manifestement pas l'intention de les auteurs de l'avant-projet.

Il faut donc rédiger le début de l'article 49 comme suit :

"Art. 49. Le transfert sous l'autorité de justice de l'entreprise ou de tout ou partie de ses activités peut ".

Si cette interprétation n'est pas correcte, les auteurs de l'avant-projet doivent s'en expliquer dans l'exposé des motifs.

Article 51

Il est inusuel de parler dans un texte de loi, d'une future et hypothétique modification ou adaptation d'un autre instrument légal, réglementaire ou conventionnel. Ceci peut le cas échéant figurer dans l'exposé des motifs.

Il faut donc supprimer les mots "Dans l'attente d'une adaptation de la CCT 32bis" qui figurent au début de la seconde phrase de l'article 51 de l'avant-projet.

La suite de cette seconde phrase est rédigée comme suit :

"(...) les travailleurs relèvent du chapitre III de cette même CCT (la CCT 32bis) et de la réglementation en matière de fermeture d'entreprise".

Le chapitre III de la CCT 32bis, dont il est question, vise à sauvegarder les droits des travailleurs "repris en cas de reprise d'actif après faillite". En revanche, la situation envisagée à l'article 51 de l'avant-projet de loi est antérieure à la faillite et vise même à éviter cette extrémité.

.../...

Elle semble plutôt se rapprocher de la situation du transfert conventionnel d'entreprises visé par le chapitre II de cette convention.

Il y aurait, dès lors, lieu de rédiger cette phrase comme suit :

"Art. 51. Les travailleurs bénéficient de droits identiques à ceux qui leur sont reconnus par le chapitre III (ou chapitre II) de la CCT 32bis et ils relèvent de la réglementation en matière de fermeture d'entreprise".

Article 54

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, il est prévu que :

"Lorsqu'un projet de vente retient plusieurs propositions émanant de candidats acquéreurs différents ou comportant des conditions distinctes, le tribunal décide".

Dans la mesure où selon l'exposé des motifs, le tribunal ne peut se prononcer que sur les propositions qui lui sont soumises et non formuler une autre proposition, le texte gagnerait en clarté en précisant in fine que "... le tribunal décide laquelle des propositions il retient".

Par ailleurs, à l'alinéa 2, de ce même article 54, § 1^{er}, il y a lieu de remplacer le terme "du personnel" par "des travailleurs", comme indiqué correctement, par exemple, à l'article 43 in fine.

Article 59

L'alinéa 1^{er} dispose que :

"La personne physique dont l'entreprise a été transférée dans sa totalité par application de l'article 57, alinéa 3, peut être déchargée par le tribunal de commerce des dettes existant au moment du jugement ordonnant ce transfert, si cette personne est malheureuse et de bonne foi".

.../...

L'infortune et la bonne foi ont été supprimées comme conditions du concordat par la loi du 17 juillet 1997, précitée. En effet, selon l'exposé des motifs de cette loi :

"Toute décision de redressement ou de maintien d'une entreprise repose sur des spéculations d'ordre économique relatives à la viabilité et aux chances de redressement de l'entreprise. En cette matière, la compétence et la moralité de la direction de l'entreprise ne sont pas pertinentes" ⁽¹⁴⁾.

L'article 59 de l'avant-projet réintroduit la condition de "malheur et de bonne foi" pour permettre à la "personne physique" dont l'entreprise a été transférée dans sa totalité d'être déchargée par le tribunal de commerce des dettes existant au moment du jugement ordonnant ce transfert.

Le terme "personne physique" est dans le contexte considéré, trop restrictif.

Il y aurait lieu de viser, sous peine de violer le principe de l'égalité, non seulement la personne physique, commerçant individuel, mais aussi la personne morale dont les membres de l'organe d'administration ou de la direction sont "malheureux et de bonne foi".

Article 60

Le commentaire relatif à l'article 60 indique que le législateur n'entend pas en l'espèce innover mais seulement confirmer la possibilité de désigner conformément au droit commun un mandataire de justice, soit le plus souvent lorsqu'il s'agit d'une personne morale, un administrateur provisoire. Le but de la disposition est donc de nature procédurale, à savoir prendre une décision au fond mais selon les formes du référé.

Dans un souci de sécurité juridique, il y aurait lieu de préciser les conditions dans lesquelles un mandataire de justice peut être désigné et la nécessité pour le tribunal de commerce qui fait droit à la demande d'une motivation appropriée pour fixer de manière précise l'étendue de la mission du mandataire de justice.

⁽¹⁴⁾ Doc. parl., Chambre, session 1993-1994, n° 1406/1, p. 11.

Article 61

Comme souligné à propos des articles 6 et 10, § 4, les auteurs de l'avant-projet devraient préciser, à l'aide d'exemples concrets dans l'exposé des motifs, ce qu'ils entendent à l'alinéa 3, du paragraphe 1^{er} par :

"Ils (les mandataires de justice) peuvent être désignés parmi les personnes habilitées par les organismes publics ou privés désignés ou agréés par l'autorité compétente pour assister les entreprises en difficulté".

Par ailleurs, ce même alinéa, fait l'objet d'un texte incomplet dans la version néerlandaise.

Article 62

1. La version française de cet article reprend littéralement, en l'adaptant, l'article 46 de la loi sur le concordat judiciaire.

2. Au 2°, il est question de "un ou plusieurs créanciers supposés". La version néerlandaise parle de "een of meer onterechte schuldeisers".

Il y a une discordance entre les deux versions.

Les auteurs de l'avant-projet sont invités à préciser la version correcte.

Article 71

1. Dans la version française, au paragraphe 1^{er}, 2° tiret, en projet de l'arrêt royal n° 4 du 29 décembre 1969 relatif aux restitutions en matière de taxe sur la valeur ajoutée, il convient de remplacer les mots "plan de sauvegarde" par les mots "plan de réorganisation".

.../...

2. Au paragraphe 2 de l'article 71, la question se pose s'il ne convient pas de prévoir également une exonération fiscale pour les créances visées dans un accord amiable constaté par le tribunal de commerce en application de la loi relative à la continuité des entreprises ⁽¹⁵⁾.

3. Le paragraphe 3 de l'article 71 (article 48*bis*, en projet, du Code des impôts sur les revenus 1992) habilite le Roi à fixer les conditions et les limites dans lesquelles sont exonérés

"les bénéfices provenant de moins-values actées par le débiteur sur des éléments du passif suite à l'homologation par le tribunal d'un plan de réorganisation ou suite à la constatation par le tribunal d'un accord amiable en vertu de la loi sur la continuité des entreprises".

Dans l'avis 39.815/2, donné le 27 avril 2006 sur un projet d'arrêté devenu l'arrêté royal du 10 juin 2006 modifiant l'arrêté royal n° 2 du 7 novembre 1969 relatif à l'établissement de bases forfaitaires de taxation à la taxe sur la valeur ajoutée ⁽¹⁶⁾, la section de législation du Conseil d'État a observé que :

"Par l'arrêt n° 57/2005 du 16 mars 2005 ⁽¹⁷⁾, la Cour d'arbitrage s'est prononcée quant à la question de savoir si le Roi pouvait, et dans le respect de quelles conditions, être amené à déterminer, en vertu d'une habilitation législative, un élément essentiel de l'impôt sur la valeur ajoutée.

⁽¹⁵⁾ Comparer avec l'article 71, § 3, de l'avant-projet (article 48*bis*, en projet, du Code des impôts sur les revenus 1992), qui vise tant l'homologation par le tribunal de commerce d'un plan de réorganisation de l'entreprise que la constatation par le tribunal d'un accord amiable.

⁽¹⁶⁾ Voir également, dans le même sens, l'avis 38.722/2/V, donné le 2 août 2005 sur un projet d'arrêté devenu l'arrêté royal du 24 août 2005 modifiant les arrêtés royaux n°s 18, 46, 47 et 48 relatifs à la taxe sur la valeur ajoutée.

⁽¹⁷⁾ Moniteur belge du 12 avril 2005, 2^e édition, pp. 16.131-16.132.

En raison de leur importance de principe et de leur impact sur la réglementation actuellement applicable en matière de taxe sur la valeur ajoutée, les considérations essentielles de cet arrêt méritent d'être reproduites ci-après :

«B.8.1. Il se déduit des articles 170, § 1^{er}, et 172, alinéa 2, de la Constitution qu'aucun impôt ne peut être levé et qu'aucune exemption d'impôt ne peut être accordée sans qu'ait été recueilli le consentement des contribuables, exprimé par leurs représentants. Il s'ensuit que la matière fiscale est une compétence que la Constitution réserve à la loi et que toute délégation qui porte sur la détermination de l'un des éléments essentiels de l'impôt est, en principe, inconstitutionnelle.

Le manquement à ces dispositions est, en outre, constitutif d'une violation des articles 10 et 11 de la Constitution. Il implique en effet une différence de traitement injustifiable entre deux catégories de contribuables : ceux qui bénéficient de la garantie que nul ne peut être soumis à un impôt si celui-ci n'a pas été décidé par une assemblée délibérante démocratiquement élue et ceux qui sont privés de cette garantie constitutionnelle.

B.8.2. Toutefois, lorsque le législateur se trouve dans l'impossibilité d'établir lui-même tous les éléments essentiels d'un impôt parce que le respect de la procédure parlementaire ne lui permettrait pas d'agir avec la promptitude voulue pour réaliser un objectif d'intérêt général, il peut être admis qu'il habilite le Roi à le faire, pourvu qu'il détermine explicitement et sans équivoque l'objet de cette délégation et que les mesures prises par le Roi soient examinées par le pouvoir législatif dans un délai relativement court, fixé dans la loi d'habilitation.

(...)

B.9.1. En habilitant le Roi, à l'article 6, alinéa 3, du Code de la T.V.A., à déterminer, par dérogation à la règle contenue dans l'alinéa 1^{er} de cet article, les opérations pour lesquelles les communes ont la qualité d'assujetti, le législateur autorise le Roi à établir un élément essentiel de l'impôt sur la valeur ajoutée.

B.9.2. Dès lors qu'aucune disposition législative ne fait apparaître que les mesures prises par le Roi doivent être examinées et confirmées dans un délai relativement bref par le pouvoir législatif, il n'est pas satisfait à l'une des conditions auxquelles une délégation au Roi du pouvoir de déterminer un élément essentiel d'un impôt peut être considérée comme justifiée.

Le fait que le Roi, pour exécuter la disposition en cause, serait en grande partie lié par le contenu de l'article 4, paragraphe 5, de la sixième directive du Conseil des Communautés européennes du 17 mai 1977 cité au B.1.4. n'est pas de nature, en l'espèce, à remédier à l'inconstitutionnalité de la disposition litigieuse.»

À la lumière de cet arrêt de la Cour d'arbitrage, l'arrêté en projet est de nature à poser problème au regard des articles 170, § 1^{er}, 10 et 11 de la Constitution ⁽¹⁸⁾ en ce qu'il pourrait être considéré comme réglant un élément essentiel de l'impôt non couvert par une habilitation suffisante.

C'est sous la réserve de cette observation liminaire que le présent avis est donné."

Une observation analogue peut être formulée au sujet de l'habilitation conférée au Roi par l'article 71, § 3, de l'avant-projet.

À défaut pour les auteurs de l'avant-projet de pouvoir dûment justifier dans l'exposé des motifs que la détermination des conditions et des limites dans lesquelles une exonération fiscale peut être accordée pour certains bénéfices réalisés par un commerçant en difficulté ne porte pas sur des éléments essentiels de l'impôt, il convient de revoir le texte en projet afin de prendre en considération les conditions cumulatives dans lesquelles une délégation peut être conférée au Roi dans une telle matière, à savoir ⁽¹⁹⁾ :

- que le législateur doit se trouver dans l'impossibilité d'établir lui-même tous les éléments essentiels de l'impôt parce que le respect de la procédure parlementaire ne lui permet pas d'agir avec la promptitude voulue pour réaliser un objectif d'intérêt général;

⁽¹⁸⁾ Sur la jurisprudence de la Cour d'arbitrage concernant le principe de la légalité de l'impôt, voir spécialement l'étude récente de J. Theunis, "Het fiscaal legaliteitsbeginsel - Een stand van zaken na 10 jaar rechtspraak van het Arbitragehof", T.F.R., n° 295, février 2006, pp. 79-96; pour une critique de la constitutionnalité du régime des bases forfaitaires de taxation en matière de TVA, voir, en doctrine, V. Sepulchre, *Droits de l'homme et libertés fondamentales en droit fiscal*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 41-43 et 51-55 et les références citées; dans les avis de la section de législation, voir, en matière de taxe sur la valeur ajoutée, l'avis 38.722/2/V, donné le 2 août 2005, sur un projet devenu l'arrêté royal du 24 août 2005 modifiant les arrêtés royaux n°s 18, 46, 47 et 48 relatifs à la taxe sur la valeur ajoutée. Sur ce que le montant d'un impôt est un élément essentiel de celui-ci, voir aussi l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 195/2004/B.1603.

⁽¹⁹⁾ Voir, dans le même sens, les avis 39.311/1/2/3/4, donné les 4, 7 et 8 novembre 2005 sur un avant-projet de loi devenu la loi du 27 décembre 2005 portant des dispositions diverses (Doc. parl., Chambre, session 2005/2006, n°s 2098/1, pp 188-218; 2098/3, p. 6-7; 2179/1, p. 6) (observation sous l'article 169 de l'avant-projet de loi) et 38.432/1/2/3/4, donné les 17, 19 et 23 mai 2005 sur un avant-projet de loi devenu la loi-programme du 11 juillet 2005 (Doc. parl., Chambre, session 2004/2005, n° 1.820/1) (observation sous l'article 34 de l'avant-projet de loi).

- que l'objet de la délégation doit être déterminé explicitement et sans équivoque;
- et que les mesures prises par le Roi doivent être examinées par le pouvoir législatif dans un délai relativement court, à fixer dans la loi d'habilitation.

Article 73

Cette disposition doit être rédigée comme suit :

"Art. 73. À l'exception du présent article, le Roi fixe la date d'entrée en vigueur de la présent loi, au plus tard six mois après sa publication au Moniteur belge."

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	G. KEUTGEN,	assesseur de la section de législation,
Madame	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. A. LEFEBVRE, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 40.985/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 24 juli 2006 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd met een maand, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "op de continuïteit van de ondernemingen", heeft op 18 september 2006 het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag is ingediend op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten, haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Strekking van het voorontwerp van wet

Het voorontwerp van wet op de continuïteit van de ondernemingen strekt ertoe de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord te vervangen, die volgens de stellers van het voorontwerp van wet "snel tegen haar grenzen (bleek) aan te lopen en (...) verouderd (is)". Het sluit niettemin aan bij de door de wet van 1997 beoogde doelstellingen, te weten "de duurzame ontwikkeling en het gezond maken van de ondernemingen (voortzetten), zonder daarom de mechanismen van de normale markten te verstoren door rechterlijke beslissingen". Het voorontwerp van wet behoudt bijgevolg een aantal elementen van het heersende recht die nog genoegdoening geven. "Andere elementen zijn daarentegen resoluut vernieuwend" volgens de bewoordingen van de stellers van het voorontwerp. Het gaat er hoofdzakelijk om de onderneming waarvan de continuïteit in het gedrang komt, zodra de moeilijkheden zich voordoen "verscheidene mogelijkheden te bieden om de situatie recht te zetten" in plaats van de huidige tweevoudige keuze van het akkoord of het faillissement.

Bevoegdheid van de federale wetgever

Artikel 6, § 1, VI, zesde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen luidt als volgt :

"(...) alleen de federale overheid (is) bevoegd voor : (...) 5° het handelsrecht en het vennootschapsrecht".

Aangezien de in het voorontwerp van wet ontworpen bepalingen betrekking hebben op of ter vervanging dienen van die met betrekking tot het gerechtelijk akkoord, vallen zij onder het handelsrecht. Bovendien vormt de bevoegdheid die de bijzondere wet in handen legt van de federale overheid een uitzondering op de aan de gewesten toegewezen bevoegdheid op het gebied van de economie ⁽¹⁾.

Daaruit blijkt dat de federale wetgever bevoegd is om een wetgeving met betrekking tot de continuïteit van de ondernemingen te ontwerpen, of die bedoeld is om de huidige wetgeving van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord te vervangen.

Algemene opmerking

Het voorontwerp van wet biedt de onderneming in moeilijkheden een meervoudige keuze om haar "continuïteit" of die van "het geheel of een gedeelte van haar activiteiten" te handhaven.

⁽¹⁾ Advies 22.357/VR, gegeven op 11 mei 1993 over een voorstel van ordonnantie van de Brusselse Hoofdstedelijke Raad "betreffende het reorganisatieakkoord" (Gedr. St., B.H.R., A-241/1, zitting 1992-1993).

In de memorie van toelichting wordt in verband met artikel 12 gepreciseerd dat wanneer in het voorontwerp wordt verwezen naar de "continuïteit van de onderneming", bedoeld wordt op "de entiteit zelf, met de verschillende onderdelen ervan", terwijl wanneer naar de "activiteiten" wordt verwezen, bedoeld wordt op "de economische activiteit die gedeeltelijk losstaat van het medium ervan". De ontworpen tekst heeft dus enerzijds betrekking op het geval waarin ten aanzien van de rechtspersoon gepaste maatregelen worden genomen om het bestaan ervan veilig te stellen zoals de vervanging van de meerderheidsaandeelhouder wanneer deze zijn aandelen overdraagt of het toelaten van een nieuwe aandeelhouder via een kapitaalverhoging en anderzijds op het geval waarin de rechtspersoon gedoemd is te verdwijnen nadat al zijn activiteiten of een gedeelte ervan aan een derde zijn overgedragen.

Ofschoon het niet mogelijk is een exhaustieve opsomming te geven van alle verrichtingen die mogelijk zijn in het kader van het oogmerk de continuïteit van de ondernemingen veilig te stellen, zou het niettemin de rechtszekerheid ten goede komen indien de bedoelde verrichtingen nauwkeuriger zouden worden omschreven. Zulks zou kunnen geschieden door in de memorie van toelichting relevante voorbeelden op te nemen uit de praktijk, op grond waarvan men zich een duidelijker idee kan vormen van de door de wet geboden mogelijkheden. Aangezien het slechts om voorbeelden gaat, zou de wet hierdoor niet vastliggen indien zich in de toekomst nieuwe toepassingen zouden aandienen.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 1

De artikelen 64 tot 68 van het voorontwerp regelen aan aangelegenheid als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet en niet een aangelegenheid als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet.

Artikel 2

Punt f)

In artikel 2, punt f), van het voorontwerp van wet wordt een definitie gegeven van "schuldeiser-eigenaar". Het gaat om een begrip ontleend aan de huidige wet betreffende het gerechtelijk akkoord ⁽²⁾.

In een commentaar op deze huidige wet maken Ph. Gérard, J. Windey en M. Grégoire de volgende opmerking : "Qu'est-ce qu'un «créancier-propriétaire»? Les travaux préparatoires montrent que cette notion dépasse celle de créancier bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété, pour englober notamment celle du "bailleur de leasing". Il faut pourtant qu'une même personne présente en même temps les qualités de créancier et de propriétaire et, bien que le texte ne le précise pas, il faut sans doute que le droit de propriété et le droit de créance soient unis par un lien de connexité. Ainsi, les contrats de bail, de leasing, de vente à terme pour le paiement du prix mettent en jeu ensemble et de manière intime la propriété d'un bien (transférée ou à transférer) et la créance qui en constitue la contrepartie" ⁽³⁾.

In zoverre de memorie van toelichting in dat verband geen preciseringen bevat, dient ze ter wille van de rechtszekerheid te worden aangevuld met de uiteenzetting van de verschillende situaties waaraan de wetgever heeft gedacht.

Punt g)

De Franse tekst dient in overeenstemming te worden gebracht met de Nederlandse tekst zodat duidelijk blijkt dat bedoeld wordt op de gewone of buitengewone schuldeisers in de opschorting.

⁽²⁾ Zie inzonderheid artikel 21, § 1, derde lid.

⁽³⁾ Le concordat judiciaire et la faillite, Lois des 17 juillet et 8 août 1997, les dossiers du Journal des Tribunaux, 1998, blz. 180, nr. 173.

Punten i) en m)

De punten i) en m) bevatten autonome regels met betrekking tot de betekening en de kennisgeving waarbij wordt afgeweken van het bepaalde in de onderdelen 1° en 2°, van artikel 32 van het Gerechtelijk Wetboek.

In zoverre de regels waarin aldus wordt voorzien het mogelijk maken een betekening of kennisgeving te doen langs elektronische weg, dient te worden gezorgd voor samenhang tussen het voorontwerp en andere bepalingen die er eveneens toe strekken onder meer artikel 32 van het Gerechtelijk Wetboek te wijzigen, zodat zowel betekeningen en kennisgevingen als neerleggingen en mededelingen kunnen geschieden op een elektronisch gerechtelijk adres en langs elektronische weg ⁽⁴⁾.

Een soortgelijke opmerking moet worden gemaakt in verband met andere bepalingen van het voorontwerp die ertoe strekken verschillende aspecten te regelen van de procedure voor de rechtbank van koophandel in het kader van de toepassing van de bepalingen betreffende de continuïteit van de ondernemingen ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ Zie in dat verband :

- de artikelen 4 tot 7 van de wet van 20 oktober 2000 tot invoering van het gebruik van telecommunicatiemiddelen en van de elektronische handtekening in de gerechtelijke en buitengerechtelijke procedure die heden nog niet in werking zijn getreden en in de opheffing waarvan wordt voorzien door artikel 28 van de wet van 10 juli 2006 betreffende de elektronische procesvoering, dat zelf nog niet in werking is getreden;
- de wet van 5 augustus 2006 tot wijziging van sommige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de elektronische procesvoering, die onder meer artikel 32 van het Gerechtelijk Wetboek wijzigt en waarvan de datum van inwerkingtreding door de Koning moet worden vastgesteld, en uiterlijk op 1 januari 2009;
- de voormelde wet van 10 juli 2006 waarvan de datum van inwerkingtreding door de Koning moet worden vastgesteld, en uiterlijk op 1 januari 2009.

⁽⁵⁾ Zie onder meer de artikelen 5, 8, § 1, derde lid, 14, 17, tweede lid, 18, tweede lid, 20, tweede lid, 21, 28, 30, tweede lid, 31, § 1, tweedelid, 33, tweede lid, 36, §§ 1 en 4, 46, tweede lid, 48, eerste lid, 49, 52, laatste lid, 53, 59, tweede lid, ... van het voorontwerp van wet.

Punt l)

Punt l) zou geredigeerd moeten worden als volgt : "«zetel van de vennootschap» : de maatschappelijke zetel van de rechtspersoon zoals bepaald in de statuten "van de vennootschap", zulks gesteld tegenover de "voornaamste vestiging", die betrekking heeft op de natuurlijke persoon.

Punt o)

Het woord "aanhangig" zou vervangen moeten worden door het woord "ingeleid", zodat de zin gelezen moet worden als volgt :

"o) «rechtbank» : de rechtbank van koophandel waarbij de reorganisatieprocedure is ingeleid".

Artikel 4

In het laatste lid laat het zich aanzien dat de verwijzing naar artikel 1029 van het Gerechtelijk Wetboek niet juist is. Wellicht dient niet alleen verwezen te worden naar artikel 1025, maar ook naar de artikelen 1026 en 1027 van het Gerechtelijk Wetboek.

Artikel 6

In het derde lid wordt verwezen naar de "overheidsinstellingen of private instellingen die door de bevoegde overheid zijn aangewezen of erkend om ondernemingen in moeilijkheden te begeleiden".

Het gaat om een letterlijke overname van artikel 5, derde lid, van de voormelde wet van 17 juli 1997, alsmede van artikel 10, § 2, van dezelfde wet. In zoverre het zich laat aanzien dat deze instellingen niet zijn opgericht of niet operationeel zijn ⁽⁶⁾, zouden de stellers van het voorontwerp in de memorie van toelichting moeten preciseren welke instellingen de wetgever concreet op het oog heeft en op welke wijze de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in acht genomen wordt.

Artikel 8

Artikel 8 is een letterlijke weergave van artikel 7 van de voormelde wet van 17 juli 1997. De laatstgenoemde tekst bepaalt evenwel dat zowel de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid als de administratie van Financiën aan de griffie van de rechtbank van koophandel niet alleen de lijst toezenden van de kooplieden die de sociale-zekerheidsbijdragen, de verschuldigde BTW of bedrijfsvoorheffing niet meer betaald hebben, maar op die lijst eveneens het verschuldigde bedrag vermelden. Deze precisering zou moeten worden opgenomen, daar zij het mogelijk maakt de omvang van de achterstand van de koopman te bepalen.

Artikel 9

Deze bepaling draagt de Koning de bevoegdheid op om , na advies van het sectoraal toezichtscomité "Phenix", opgericht bij artikel 22 van de wet van 10 augustus 2005 tot oprichting van het informatiesysteem Phenix

"de gepaste maatregelen (te) nemen teneinde de verwerking van de verzamelde gegevens op een logisch gestructureerde wijze te laten verlopen en de éénvormigheid en de vertrouwelijkheid hiervan in de onderscheiden griffies van de rechtbanken van koophandel te verzekeren".

⁽⁶⁾ Zie A. Zenner, *Faillites et concordats* 2002, Les dossiers du Journal des Tribunaux, Larcier, 2003, blz. 79, nr. 63.

De Raad van State stelt de vraag welk verband er zal bestaan tussen dit verwerkingssysteem en het bij de voormelde wet van 10 augustus 2005 ingevoerde informatiesysteem Phenix en of overigens, naast het advies van het toezichtscomité, niet eveneens het advies dient te worden ingewonnen van het beheerscomité van Phenix, opgericht bij artikel 15 van de voormelde wet van 10 augustus 2005, en belast met het beheren van het informatiesysteem Phenix ⁽⁷⁾.

Artikel 10

§ 1

Ter wille van de samenhang dient naar analogie met artikel 6, § 1, het begrip "kooplieden die financiële moeilijkheden ondervinden" te worden gehanteerd in plaats van dat van "schuldenaar in moeilijkheden", en zelfs dat van schuldenaar (artikel 10, § 2, eerste lid).

Dezelfde opmerking geldt voor het verdere voorontwerp.

§ 2

De koopman, met betrekking tot wie een handelsonderzoek is ingesteld, kan de "rechter" verzoeken om een "ondernemingsbemiddelaar" aan te stellen, terwijl, als nog geen zodanig onderzoek is ingesteld, het de "voorzitter van de rechtbank" is die een zodanige bemiddelaar kan aanstellen.

De stellers van het voorontwerp zouden dit verschil in behandeling moeten rechtvaardigen.

⁽⁷⁾ Zo voorzien verschillende bepalingen, zowel van de wet van 10 juli 2006 betreffende de elektronische procesvoering (zie, inzonderheid, de artikelen 10, § 1, tweede lid, en 13) als van de wet van 5 augustus 2006 tot wijziging van sommige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de elektronische procesvoering (zie, inzonderheid, de artikelen 5 en 10), in de raadpleging van het beheerscomité en van het toezichtscomité.

Bovendien wordt in het derde lid van diezelfde paragraaf 2 bepaald dat een ondernemingsbemiddelaar ambtshalve kan worden aangesteld indien de koopman tweemaal verzuimt te verschijnen wanneer hij opgeroepen is voor de kamer voor handelsonderzoek.

Indien de koopman het optreden van de bemiddelaar weigert of indien hij niet bereikbaar is, "brengt de bemiddelaar evenwel verslag uit aan de voorzitter van de rechtbank".

In de memorie van toelichting wordt gepreciseerd dat in dat geval :

"de rechter dit mee(deelt) aan de voorzitter van de rechtbank die kan handelen als naar recht, inzonderheid door de maatregel bedoeld in artikel 8 van de faillissementswet te nemen"

dit wil zeggen, de koopman geheel of ten dele het beheer van zijn goederen ontnemen en een voorlopige beheerder benoemen.

Ter wille van de vlotte leesbaarheid van de tekst zou deze verduidelijking moeten worden opgenomen in de tekst van artikel 10, paragraaf 2, derde lid.

Er dient ook te worden gepreciseerd of de bemiddeling waarvan sprake is in artikel 10 van het ontwerp al dan niet beantwoordt aan die waarin wordt voorzien in het zevende deel van het Gerechtelijk Wetboek als gevolg van de wet van 21 februari 2005. Mocht zulks niet het geval zijn, moet het ontwerp worden aangevuld om duidelijk te maken hoe de bemiddeling georganiseerd zal worden. Het is van belang om onder meer te weten of de bemiddelaar erkend moet zijn om door de rechter te kunnen worden aangesteld.

§ 4

In verband met de "de overheidsinstellingen of particuliere instellingen die door de bevoegde overheid zijn aangewezen of erkend om ondernemingen in moeilijkheden te begeleiden" waarvan sprake is in paragraaf 4, wordt verwezen naar de onder artikel 6, derde lid, gemaakte opmerking.

§ 6

De tekst bepaalt dat indien de schuldenaar zich "in staat van faillissement" blijkt te bevinden of overeenkomstig artikel 182 van het Wetboek van Vennootschappen gerechtelijk ontbonden kan worden, "de kamer voor handelsonderzoek het dossier naar de procureur des Konings (kan) zenden".

De stellers van het voorontwerp zouden in de memorie van toelichting de redenen moeten opgeven waarom in beide bovenvermelde gevallen niet de verplichting wordt opgelegd om het dossier toe te zenden aan de Procureur des Konings, doch slechts de loutere mogelijkheid wordt geboden. In het belang van het algemeen dient immers, wanneer een koopman in staat van faillissement is, dit faillissement snel te worden uitgesproken om te voorkomen dat ten nadele van de economisch gezonde kooplieden, natuurlijke of rechtspersonen, verstoringen van de concurrentieverhoudingen ontstaan.

Artikel 11

Dit is een belangrijk artikel in de bij het wetsontwerp ingevoerde regeling om te zorgen voor de continuïteit van de ondernemingen.

Het voorziet in hoofdzaak enerzijds in de mogelijkheid voor de koopman in moeilijkheden om een minnelijk akkoord te sluiten met de schuldeisers of met sommigen van hen, en bepaalt anderzijds dat bepaalde regels die gelden voor de verdachte periode niet van toepassing zijn op de uitvoering van zulk een akkoord.

In de memorie van toelichting staat een belangrijke precisering, namelijk :

"Het minnelijk akkoord dat hij met bepaalde schuldeisers afsloot, (mag) niet het voorwerp (...) zijn van het economisch verzwakken van bepaalde schuldeisers die niet bij het akkoord betrokken zijn."

Die precisering moet - in vlotter Nederlands evenwel - overgenomen worden in de tekst van artikel 11, want de loutere verwijzing naar de faillissementswet in de memorie van toelichting, en meer bepaald naar artikel 20 daarvan, dat van toepassing is op de overeenkomsten gesloten met schending van de rechten van derden, is onvoldoende. Ze is overigens niet in strijd met de opzet van het ontwerp, dat, ter wille van de continuïteit van de onderneming, de koopman en alle of een gedeelte van zijn schuldeisers een ruime bewegingsvrijheid laat om een overeenkomst te sluiten, waarbij de rechten van elk van de schuldeisers in acht genomen worden.

Artikel 12

Er is een gebrek aan samenhang tussen het derde streepje van het tweede lid, waarin "(...) de overdracht ... van het geheel of een gedeelte van de onderneming of haar activiteiten" staat, en het eerste lid van datzelfde artikel waarin sprake is van "... de continuïteit van de onderneming (...) of van het geheel of een gedeelte van haar activiteiten".

Het laatste lid van artikel 12 is onduidelijk waar het bepaalt dat :

"Het verzoek (...) een eigen doel (mag) beogen voor elke activiteit of gedeelte van een onderscheiden activiteit."

De procedure van gerechtelijke reorganisatie kan immers betrekking hebben op het geheel of een gedeelte van de activiteiten van de koopman, maar ook op de koopman als dusdanig, een mogelijkheid die niet aan bod komt in het bovengenoemde lid.

Bovendien moet het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie, ongeacht of deze betrekking heeft op de koopman dan wel op het geheel of een gedeelte van zijn activiteiten, passen binnen de algemene doelstelling zoals omschreven in het eerste lid van artikel 12, die erin bestaat de continuïteit van de onderneming of haar activiteiten te handhaven. Het verzoek moet dus in die zin verantwoord worden.

De algemene doelstelling kan worden verwezenlijkt volgens één van de methoden vermeld in het tweede lid van artikel 12 van het ontwerp, die kunnen verschillen al naargelang het gaat om de rechtspersoon, de gezamenlijke activiteiten of elk van de activiteiten afzonderlijk. Het laatste lid van artikel 12 moet dan ook worden verduidelijkt.

Artikel 13

In het derde lid is er sprake van het geval van een overdracht onder gerechtelijk gezag "van het geheel of een gedeelte van de onderneming of haar activiteiten". Ter wille van de overeenstemming met het eerste lid van artikel 12, zou het beter zijn het einde van het derde lid als volgt te stellen : "(...) in het geval het strekt tot de overdracht onder gerechtelijk gezag van de onderneming of van het geheel of een gedeelte van haar activiteiten".

Artikel 14

In punt 3 van dit artikel, dat rechtstreeks gebaseerd is op artikel 11, § 1, 3°, van de voornoemde wet van 17 juli 1997, staat dat de schuldenaar die het openen van een procedure van gerechtelijke reorganisatie aanvraagt, bij zijn aanvraag het volgende voegt :

"(...) een lijst van alle erkende of beweerde schuldeisers in de opschorting, met vermelding van hun naam, hun adres, het bedrag van hun schuldvordering, alsook, in de mate van het mogelijke, de bijzondere vermelding van de hoedanigheid van buitengewone schuldeiser in de opschorting".

Deze lijst is begrijpelijk aangezien het de bedoeling is een volledig overzicht te hebben van de omvang van het passief van de schuldenaar, maar dat neemt niet weg dat, zoals in de memorie van toelichting staat,

"(...) de radeloze schuldenaar (...) zelden in staat (is) om heel betrouwbare gegevens voor te leggen, wanordelijke zaken vormen overigens soms de oorzaak van zijn moeilijkheden."

De vraag rijst dan ook of de schuldenaar altijd in staat zal zijn een volledige lijst te verstrekken van zijn schuldeisers. Aangezien het, luidens de bewoordingen van de memorie van toelichting, niet de bedoeling is "(de schuldenaar) te bestraffen, maar hem een oplossing te bieden voor het probleem van de onderneming", stelt de Raad van State voor dat er een regeling wordt ingevoerd om de hierboven beschreven situatie het hoofd te bieden.

Artikel 16

In het derde lid staat het volgende :

"De gedelegeerd rechter hoort de schuldenaar en elke andere persoon van wie hij het horen nuttig oordeelt voor zijn onderzoek."

Er behoort gepreciseerd te worden of de term "gedelegeerd rechter" ook slaat op de rechter die overeenkomstig het eerste lid is aangewezen. Deze opmerking geldt voor het hele voorontwerp.

Naar analogie van artikel 10, § 1, vierde lid, en om dezelfde redenen als uiteengezet in de memorie van toelichting met betrekking tot dat artikel 10, wordt voorgesteld het derde lid als volgt te stellen :

"De gedelegeerd rechter hoort de schuldenaar en elke andere persoon van wie hij het horen nuttig acht voor zijn onderzoek, zelfs buiten de aanwezigheid van de schuldenaar."

Artikel 17

In het derde lid van artikel 17 staat dat wanneer het doel dat met het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie wordt nagestreefd, niet vermeld wordt in het verzoekschrift, dat doel uiterlijk op de terechtzitting waarop de rechtbank over de zaak beraadslaagt, kenbaar moet worden gemaakt. Het is echter ook mogelijk dat het nagestreefte doel zoals dat is vermeld in het verzoekschrift, onder meer in het licht van nieuwe gegevens, geherdefinieerd of gewijzigd moet worden. In die mogelijkheid behoort voorzien te worden in de tekst van artikel 17.

In de bespreking van artikel 14 van het voorontwerp komt die mogelijkheid overigens aan bod, waar er staat :

"het kan (...) voorzichtiger of realistischer zijn de mogelijkheid te laten het nagestreefde doel te wijzigen. Een onderneming kan aanvankelijk een reorganisatieplan in overweging nemen, en weinig later beslissen tot een overdracht."

Artikel 19

In paragraaf 2 staat het volgende :

"§ 2. De schuldenaar stelt de schuldeisers individueel in kennis van die gegevens binnen de veertien dagen." (lees : "binnen veertien dagen").

In de memorie van toelichting behoort gepreciseerd te worden dat de aldus beoogde schuldeisers, de schuldeisers zijn die vermeld worden in de lijst die de schuldenaar moet vaststellen bij het verzoek tot het instellen van de procedure van gerechtelijke reorganisatie, zoals bepaald in artikel 14, tweede lid, punt 3., en de schuldeisers die zich sedertdien kenbaar hebben gemaakt.

Artikel 21

Dit artikel bepaalt dat de griffie een dossier bijhoudt waarin "alle elementen met betrekking tot deze procedure (van gerechtelijke reorganisatie) voorkomen".

Naar het voorbeeld van artikel 18 van de wet betreffende het gerechtelijk akkoord, zou het dossier alle gegevens betreffende de procedure, maar ook alle gegevens "betreffende de grond van de zaak" moeten bevatten.

In het tweede lid van dit artikel 21 staat overigens :

"Met het oog op de opschorting van de verjaring van diens schuld, kan elke schuldeiser de akte ervan neerleggen in het proceduredossier",

wat ontegensprekelijk een gegeven betreffende de grond van de zaak is.

Artikel 21 moet in die zin worden aangevuld.

Artikel 23

In het eerste lid schrijve men "... met toepassing van de artikelen 17 en 28" en niet "... bij toepassing van de artikelen 18 en 28".

Het derde lid bepaalt het volgende :

"De rechtbank kan, op verzoek van de schuldeiser-eigenaar, de hypothecaire, pandhoudende en bijzonder bevoorrechte schuldeiser, die bewijst dat zijn zekerheid of eigendom een belangrijke waardevermindering ondergaat of zou kunnen ondergaan, op verslag van de gedelegeerd rechter ter compensatie bijkomende zekerheden toestaan rekening houdend met het bedrag van de schuldvordering."

Die tekst is een bijna letterlijke overname van artikel 21, § 1, derde lid, van de huidige wet betreffende het gerechtelijk akkoord.

In hun commentaar op de nieuwe wet betreffende het gerechtelijk akkoord en op de nieuwe faillissementswet, stellen Ph. Gérard, J. Windey en M. Grégoire het volgende :

"(...) cette disposition crée un troisième type de «sûretés» : à côté des sûretés d'origine légale et d'origine conventionnelle, existeraient désormais des sûretés d'origine judiciaire. Une telle création législative soulève diverses interrogations : le terme «sûretés» ne vise-t-il, dans la disposition examinée, que le gage et l'hypothèque, comme une interprétation rigoureuse du vocable l'impose, ou s'étend-elle aux privilèges spéciaux (...) ? Cette dernière possibilité paraît toutefois à exclure, car les privilèges ne peuvent exister en dehors de la définition qu'en donne la loi. Un texte devrait en fonder le principe, donner les limites de la créance garantie, préciser le contenu et les caractéristiques de l'assiette. Il semble donc impossible qu'un tel droit de préférence, en dehors des prévisions de la loi, soit attribué à un créancier par une décision judiciaire.

Seul un gage ou une hypothèque pourrait donc être accordé à un créancier par le tribunal de commerce, dont la décision viendrait remplacer le consentement du constituant " ⁽⁸⁾.

Ter wille van de rechtszekerheid zouden de stellers van het voorontwerp de aard en de grenzen van de aldus in het leven geroepen "bijkomende zekerheid" moeten bepalen.

Artikelen 24 en 25

In deze artikelen wordt beschreven wat de gevolgen van opschorting zijn met betrekking tot de mogelijkheden inzake beslag en vrijwillige betaling.

In de memorie van toelichting zou ook vermeld moeten worden wat de gevolgen van opschorting zijn op het stuk van de compensatiemogelijkheden.

Artikel 26

Dit artikel biedt de schuldenaar de mogelijkheid om, zelfs bij ontstentenis van een contractuele bepaling in die zin, een lopende overeenkomst te beëindigen op de in het artikel bepaalde wijze. Deze regel is evenwel niet van toepassing op "de huur van onroerende goederen" en op "arbeidsovereenkomsten".

De Franse term "contrats d'emploi" is niet juist; hij moet vervangen worden door "contrats de travail".

Het voorliggende artikel kan vergeleken worden met artikel 46 van de faillissementswet, dat de curator de mogelijkheid biedt meteen na zijn ambtsaanvaarding te beslissen of hij de overeenkomsten die gesloten zijn vóór de datum van het vonnis van faillietverklaring en waaraan door dat vonnis geen einde wordt gemaakt, al dan niet verder uit te voeren.

⁽⁸⁾ Ph. Gérard, J. Windey en M. Grégoire, op. cit., blz. 178, nr. 171.

Op de vraag of deze bepaling verenigbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, voorzover ze een curator toestaat af te wijken van de wet van 30 april 1951 op de handelshuurovereenkomsten, waarbij de bij die wet bepaalde voorwaarden om een einde te kunnen maken aan de huurovereenkomst die de gefailleerde aan de huurder bindt, niet worden nageleefd, heeft het Arbitragehof beschikt dat artikel 46 van de wet van 8 augustus 1997 de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt ⁽⁹⁾. Immers,

"Door alle overeenkomsten te beogen, met inbegrip van die welke bij de wet van 30 april 1951 op de handelshuurovereenkomsten worden geregeld, neemt de wetgever een maatregel die relevant is ten opzichte van de nagestreefde doelstelling, die erin bestaat de gelijkheid van de schuldeisers te verzekeren en dus sommige schuldeisers ten opzichte van andere niet te bevoordelen.

Indien de curatoren zouden worden verplicht in alle omstandigheden handelshuurovereenkomsten verder te zetten, zouden de andere schuldeisers van het faillissement kunnen worden benadeeld doordat een realisatie van onroerend goed bezwaard met een lopende handelshuurovereenkomst nadeliger kan zijn voor de boedel. De specificiteit van een faillissement die de gelijke behandeling van schuldeisers dient te verzekeren verantwoordt naar redelijkheid het verschil in behandeling tussen twee categorieën van huurders van een handelshuurovereenkomst naargelang de verhuurder met wie zij die overeenkomst hebben gesloten al dan niet handelaar is."

Wat artikel 26 van het voorontwerp betreft, vraagt de Raad van State zich af of het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers in acht wordt genomen, aangezien schuldeisers op basis van overeenkomsten voor de huur van een onroerend goed en schuldeisers op basis van arbeidsovereenkomsten, van rechtswege bevoorrecht zijn, voorzover de schuldenaar niet voortijdig een einde kan maken aan die overeenkomsten, tenzij hij de nadere regels vastgesteld in de wet in acht neemt.

In het voorontwerp moeten de objectieve redenen worden uiteengezet die het betrokken verschil in behandeling kunnen rechtvaardigen. Indien er geen afdoende rechtvaardiging voorhanden is, moet het voorontwerp opnieuw worden onderzocht, om te voorkomen dat hiertegen kan wordt ingebracht dat het het beginsel van de gelijkheid van schuldenaars schendt.

⁽⁹⁾ Arrest nr. 161/2003 van 10 december 2003, Belgisch Staatsblad van 20 februari 2004, blz. 10.264

Artikel 29

In de punten 1° en 2° van het eerste lid is er sprake van overdracht onder gerechtelijk gezag van "het geheel of een gedeelte van de onderneming of van haar activiteiten".

Er zij in dat verband verwezen naar de opmerking gemaakt bij artikel 13.

Artikel 31

In paragraaf 3 moet eenzelfde formulering worden gehanteerd als die van artikel 30, derde lid.

Artikel 32

In het eerste lid schrijve men "van de artikelen 17 of 28" en niet "van de artikelen 18 of 28".

In het tweede lid van datzelfde artikel moet ook verwezen worden naar artikel 50, zodat dit lid als volgt moet luiden :

"Hetzelfde geschiedt wanneer de opschorting verstrijkt zonder verlengd te zijn met toepassing van artikel 28 of artikel 50, of zonder dat de procedure afgesloten werd met toepassing van artikel 31".

Artikel 36

1. In paragraaf 2, tweede lid, moet, naar analogie van het einde van het eerste lid van paragraaf 2, de term "betwiste schuldeiser" worden gebruikt in plaats van de term "schuldeiser in opschorting".

2. In de paragrafen 3, in fine, en 4, is er in het Frans sprake van "le montant" en van "la qualité" van de schuld. In het Nederlands spreekt men van "bedrag" en "inhoud". Er is een discrepantie tussen de twee versies, te meer daar er in de paragrafen 1 en 5 sprake is van "bedrag" en "hoedanigheid", waarbij dit laatste begrip beter overeenstemt met dat van "qualité".

Artikel 39

Dit artikel bepaalt dat schuldvergelijking tussen de schuldvorderingen in de opschorting en de schulden van de schuldeiser die dateren van na de homologatie, niet geweigerd mag worden indien ze het gevolg is van een overeenkomst die dateert van vóór het instellen van de procedure en indien de schulden en de schuldvorderingen "onderling nauw verknocht zijn".

Deze oplossing bekrachtigt de vijandige houding van de rechtspraak ten aanzien van schuldvergelijking in het kader van de procedure inzake gerechtelijk akkoord, buiten het geval van de voortzetting van een lopend contract en het geval van verknochtheid ⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ A. Zenner, Faillites et concordats 2002, op. cit., blz. 451, nr. 424.

Deze bepaling moet in verband worden gebracht met de wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden, die de doeltreffendheid van schuldvergelijking bij overeenkomst waarborgt, niettegenstaande enig geval van samenloop, op voorwaarde dat de wederzijdse schulden bestaan op het ogenblik waarop de collectieve procedure gestart wordt ⁽¹¹⁾. Wat betreft de schulden die ontstaan zijn na het instellen van de collectieve procedure, staat in de parlementaire voorbereiding het volgende :

"(...) de traditionele regels met betrekking tot de (...) verrekening (...) (blijven) van toepassing, waarbij een dergelijke verrekening vereist dat er tussen de te verrekenen schulden steeds voldoende samenhang bestaat". ⁽¹²⁾

In punt 8 van de inleiding van de memorie van toelichting staat dat het voorontwerp geen afbreuk doet aan de bijzondere reglementering vervat in de wet van 15 december 2004. De stellers van het voorontwerp zouden bijgevolg uitleg moeten verschaffen omtrent de verenigbaarheid van artikel 39 zoals dat wordt voorgesteld, met de vrijwaring van de mechanismen van schuldvergelijking bij overeenkomst ingesteld bij de wet van 15 december 2004.

Artikel 40

Het derde lid bepaalt het volgende :

"Wanneer deze schuldeisers (de buitengewone schuldeisers in de opschorting) aantonen dat hun eigendom of hun zekerheid een belangrijke minderwaarde ondergaat of zou kunnen ondergaan, kan de rechtbank hen bijkomende zekerheden verlenen als compensatie, rekening houdend met het bedrag van de schuldvordering".

⁽¹¹⁾ Artikel 14. Zie in dat verband C. Poulet, Les garanties financières : une efficacité renforcée au détriment des droits des autres créanciers ? Revue pratique des sociétés, 2005, blz. 286 e.v.; V. Sagaert en H. Seeldrayers, De wet Financiële Zekerheden, RW, 2004-2005, blz. 1543, inzonderheid nr. 76.

⁽¹²⁾ Memorie van toelichting, Gedr. St., Kamer, zitting 2004-2005, DOC 51-1407/001, blz. 46.

Deze bepaling stemt overeen met die van artikel 23, derde lid, op dit verschil na dat daarin wordt bepaald dat de rechtbank extra zekerheden kan toekennen "op verslag van de gedelegeerd rechter". Die precisering staat niet in het derde lid van artikel 40. De stellers van het voorontwerp zouden dat verschil nader moeten verklaren.

Voor het overige wordt verwezen naar de opmerking die is gemaakt bij artikel 23, derde lid.

Artikel 41

Dit artikel zou als volgt moeten worden gesteld :

"Art. 41. De vrijwillige overdracht van de onderneming of van het geheel of een gedeelte van haar activiteiten kan in het reorganisatieplan worden bepaald."

Artikel 43

1. De vraag rijst hoe de vertegenwoordigers van de werknemers worden ingelicht wanneer er binnen de onderneming geen overlegstructuur - ondernemingsraad of vakbondsdelegatie - bestaat en, nog fundamenteeler, welke vertegenwoordigers door de koopman in moeilijkheden moeten worden ingelicht wanneer zulke structuren ontbreken ⁽¹³⁾.

2. Er behoort te worden verwezen naar artikel "14, tweede lid, 3°" in plaats van naar artikel "15, alinea 2, 3°".

⁽¹³⁾ Vgl. met artikel 29, § 3, vierde lid, van de voormelde wet van 17 juli 1997.

Artikel 45

Artikel 45, tweede lid, bepaalt :

"De homologatie kan slechts geweigerd worden in geval van niet naleving van de hierboven voorgeschreven bepalingen of wegens schending van de openbare orde".

De verwijzing naar de "hierboven voorgeschreven bepalingen" is vaag. De stellers van het voorontwerp zouden duidelijk moeten aangeven welke bepalingen, als ze geschonden worden, leiden tot de weigering van de homologatie van het reorganisatieplan.

Artikel 46

In de bespreking van artikel 45 staat :

"Ingeval hoger beroep wordt ingesteld, zal de opschortingstermijn uiteraard wellicht worden overschreden, maar het hof van beroep zal dringend moeten beslissen".

Die precisering komt niet voor in artikel 46, dat in dat verband alleen bepaalt binnen welke termijnen enerzijds hoger beroep moet worden ingesteld en anderzijds de kennisgeving aan de geïntimeerde partijen en zelfs aan hun advocaat moet geschieden.

Als de stellers van het voorontwerp ook een termijn willen opleggen aan het hof van beroep, moeten ze artikel 46 in die zin aanvullen.

Artikel 49

Opnieuw is er sprake van de overdracht "van het geheel of een gedeelte van de onderneming of van haar activiteiten". Dat zou inzonderheid willen zeggen dat alleen het geheel van de activiteiten van de onderneming kan worden overgedragen, wat kennelijk niet de bedoeling is van de stellers van het voorontwerp.

Het begin van artikel 49 moet dus als volgt worden gesteld :

"Art. 49 De overdracht onder gerechtelijk gezag van de onderneming of van het geheel of een gedeelte van haar activiteiten kan".

Als die interpretatie niet correct is, moeten de stellers van het voorontwerp dat nader verklaren in de memorie van toelichting.

Artikel 51

Het is ongebruikelijk in een wet van een toekomstige en onzekere wijziging of aanpassing van een andere wet, verordening of overeenkomst te spreken. Zulk een wijziging of aanpassing kan eventueel in de memorie van toelichting worden besproken.

De woorden "In afwachting van de aanpassing van de CAO 32*bis*" aan het begin van de tweede zin van artikel 51 van het voorontwerp moeten dus vervallen.

Het vervolg van die tweede zin luidt als volgt :

"(...) zijn de werknemers onderworpen aan hoofdstuk III van deze CAO (de CAO 32*bis*) en aan de wet betreffende de sluiting van de ondernemingen".

Het genoemde hoofdstuk III van de CAO 32*bis* heeft tot doel de rechten te beschermen van de werknemers "die overgenomen worden in geval van overname van activa na faillissement". De situatie bedoeld in artikel 51 van het voorontwerp van wet gaat echter aan het faillissement vooraf en heeft zelfs tot doel die extreme beslissing te voorkomen.

Ze lijkt veeleer aan te sluiten bij de situatie van de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst bedoeld in hoofdstuk II van die overeenkomst.

Die zin zou dus als volgt moeten worden gesteld :

"Art. 51. De werknemers hebben dezelfde rechten als die welke aan hen worden toegekend bij hoofdstuk III (of hoofdstuk II) van de CAO 32*bis* en vallen onder de regelgeving betreffende de sluiting van de ondernemingen".

Artikel 54

Paragraaf 1, derde lid, bepaalt :

"Wanneer een ontwerp van verkoop meerdere voorstellen weerhoudt van verschillende kandidaten kopers of met verschillende voorwaarden, beslist de rechtbank".

Doordat de rechtbank volgens de memorie van toelichting alleen uitspraak mag doen over de voorstellen die aan haar zijn voorgelegd en geen ander voorstel mag doen, zou de tekst aan duidelijkheid winnen wanneer hij als volgt zou worden gesteld :

"Wanneer in een ontwerp van verkoop meerdere voorstellen van verschillende kandidaat-kopers of met verschillende voorwaarden in aanmerking genomen worden, beslist de rechtbank welk voorstel ze kiest".

Bovendien moeten de woorden "van het personeel" in het tweede lid van dat artikel 54, § 1, vervangen worden door de woorden "van de werknemers", zoals bijvoorbeeld aan het einde van artikel 43 correct wordt bepaald.

Artikel 59

Het eerste lid bepaalt :

"De natuurlijke persoon van wie de onderneming bij toepassing van artikel 57, alinea 3, in haar totaliteit werd overgedragen, kan door de rechtbank van koophandel ontlast worden van de schulden die bestaan op het ogenblik van het vonnis dat deze overdracht beveelt, indien deze persoon ongelukkig en te goeder trouw is".

Ongeluk en goede trouw zijn bij de voormelde wet van 17 juli 1997 geschrapt als voorwaarden voor een gerechtelijk akkoord. In de memorie van toelichting van die wet staat namelijk het volgende :

"Elke beslissing tot herstel en tot instandhouding van een onderneming steunt immers op overwegingen van economische aard, die verband houden met de leefbaarheid en de herstelkansen van de onderneming. De bekwaamheid en de moraliteit van de ondernemingsleiding zijn terzake irrelevant" ⁽¹⁴⁾.

Bij artikel 59 van het voorontwerp wordt de voorwaarde van "ongeluk en goede trouw" opnieuw ingevoerd om ervoor te zorgen dat de "natuurlijke persoon" van wie de onderneming geheel is overgedragen, door de rechtbank van koophandel kan worden ontlast van de schulden die bestaan op het ogenblik van het vonnis waarbij deze overdracht wordt bevolen.

De term "natuurlijke persoon" is in de gegeven context te beperkend.

Niet alleen naar de "natuurlijke persoon", individuele koopman, zou moeten worden verwezen, maar ook naar de rechtspersoon waarvan de leden van het bestuursorgaan of de directieleden "ongelukkig en te goeder trouw" zijn. Anders wordt het gelijkheidsbeginsel geschonden.

Artikel 60

In de bespreking van artikel 60 staat dat de wetgever ter zake niet wil innoveren, maar alleen wil bevestigen dat overeenkomstig het gemeen recht een procesgemachtigde kan worden aangesteld, namelijk meestal wanneer het gaat om een rechtspersoon, een voorlopige beheerder. Het doel van de bepaling is dus van procedurele aard, namelijk een beslissing ten gronde nemen, maar volgens de vormen van het kort geding.

⁽¹⁴⁾ Gedr. St., Kamer, zitting 1993-1994, nr. 1406/1, blz. 11.

Ter wille van de rechtszekerheid zouden de voorwaarden voor het aanstellen van een procesgemachtigde moeten worden verduidelijkt, alsook de noodzaak voor de rechtbank van koophandel die de vordering inwilligt, om een passende motivering te geven om de strekking van de taak van de procesgemachtigde nauwkeurig te bepalen.

Artikel 61

Zoals is onderstreept in verband met de artikelen 6 en 10, § 4, zouden de stellers van het voorontwerp, aan de hand van concrete voorbeelden in de memorie van toelichting, moeten verduidelijken wat ze in paragraaf 1, derde lid, verstaan onder :

"Ze (de procesgemachtigden) kunnen aangesteld worden onder de personen die door de openbare of private overheden gemachtigd zijn ...".

De tekst van dat lid is bovendien onvolledig in de Nederlandse versie.

Artikel 62

1. In de Franse versie van dat artikel worden de bewoordingen van artikel 46 van de wet betreffende het gerechtelijk akkoord, met enige aanpassing, letterlijk overgenomen. In de Nederlandse versie is dat niet het geval.

2. In onderdeel 2° is sprake van "een of meer onterechte schuldeisers". In de Franse versie is sprake van "un ou plusieurs créanciers supposés".

De beide versies stemmen niet overeen.

De stellers van het voorontwerp wordt gevraagd te verduidelijken welke versie de juiste is.

Artikel 71

1. In de Franse versie van de ontworpen paragraaf 1, tweede streepje, van het koninklijk besluit nr. 4 van 29 december 1969 met betrekking tot de teruggaven inzake belasting over de toegevoegde waarde moeten de woorden "plan de sauvegarde" vervangen worden door de woorden "plan de réorganisation".

2. Wat artikel 71, § 2, betreft, rijst de vraag of niet ook in een fiscale vrijstelling moet worden voorzien voor de schuldvorderingen vermeld in een minnelijk akkoord dat de rechtbank van koophandel met toepassing van de wet op de continuïteit van de ondernemingen heeft vastgesteld ⁽¹⁵⁾.

3. Bij artikel 71, § 3, (ontworpen artikel 48*bis* van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992) wordt de Koning gemachtigd om te bepalen onder welke voorwaarden en binnen welke grenzen vrijstelling wordt verleend voor

"de winst (...) die voortvloeit uit de minderwaarden die door de schuldenaar zijn geacteerd op bestanddelen van het passief ten gevolge van de homologatie van een reorganisatieplan door de rechtbank of ten gevolge van de vaststelling door de rechtbank van een minnelijk akkoord krachtens de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen".

⁽¹⁵⁾ Vgl. met artikel 71, § 3, van het voorontwerp (ontworpen artikel 48*bis*, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992) dat zowel betrekking heeft op de homologatie door de rechtbank van koophandel van een plan voor de reorganisatie van de onderneming als op de vaststelling door de rechtbank van een minnelijk akkoord.

In advies 39.815/2 van 27 april 2006 over een ontwerpbesluit dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 10 juni 2006 tot wijziging van het koninklijk besluit nr. 2 van 7 november 1969 met betrekking tot de vaststelling van forfaitaire grondslagen van aanslag voor de belasting over de toegevoegde waarde ⁽¹⁶⁾ heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State het volgende opgemerkt :

"Bij arrest nr. 57/2005 van 16 maart 2005 ⁽¹⁷⁾ heeft het Arbitragehof uitspraak gedaan over de vraag of de Koning, krachtens een machtiging door de wetgever, een essentieel bestanddeel van de belasting over de toegevoegde waarde kon vaststellen, en met inachtneming van welke voorwaarden.

Wegens de principiële relevantie en de impact ervan op de thans geldende regeling inzake de belasting over de toegevoegde waarde, is het nuttig de belangrijkste overwegingen van dit arrest hierna weer te geven :

«B.8.1. Uit de artikelen 170, § 1, en 172, tweede lid, van de Grondwet kan worden afgeleid dat geen enkele belasting kan worden geheven en dat geen enkele vrijstelling van belasting kan worden verleend zonder instemming van de belastingplichtigen, uitgedrukt door hun vertegenwoordigers. Daaruit volgt dat de fiscale aangelegenheid een bevoegdheid is die door de Grondwet aan de wet wordt voorbehouden en dat elke delegatie die betrekking heeft op het bepalen van één van de essentiële elementen van de belasting in beginsel ongrondwettig is.

De niet-inachtneming van die bepalingen impliceert bovendien een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Zij houdt immers een niet te verantwoorden verschil in behandeling in tussen twee categorieën van belastingplichtigen : degenen die de waarborg genieten dat niemand kan worden onderworpen aan een belasting indien daartoe niet is beslist door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering en degenen aan wie die grondwettelijke waarborg wordt onttrokken.

B.8.2. Wanneer de wetgever zich evenwel in de onmogelijkheid bevindt om zelf alle essentiële elementen van een belasting vast te stellen omdat de inachtneming van de parlementaire procedure hem niet ertoe in staat zou stellen met de vereiste spoed te handelen om een doelstelling van algemeen belang te verwezenlijken, kan worden aanvaard dat hij de Koning ertoe machtigt zulks te doen op voorwaarde dat die machtiging uitdrukkelijk en ondubbelzinnig is en dat de door de Koning genomen maatregelen door de wetgevende macht worden onderzocht binnen een relatief korte termijn, vastgesteld in de machtigingswet.

⁽¹⁶⁾ Zie ook in dezelfde zin advies 38.722/2/V van 2 augustus 2005 over een ontwerpbesluit dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 24 augustus 2005 tot wijziging van de koninklijke besluiten nrs. 18, 46, 47 en 48 met betrekking tot de belasting over de toegevoegde waarde.

⁽¹⁷⁾ Belgisch Staatsblad van 12 april 2005, 2^e editie, blz. 16.131-16.132.

(...)

B.9.1. Door in artikel 6, derde lid, van het B.T.W.-Wetboek aan de Koning de bevoegdheid te verlenen om, in afwijking van de in het eerste lid van dat artikel vervatte regel, de handelingen te bepalen waarvoor de gemeenten als belastingplichtige moeten worden aangemerkt, machtigt de wetgever de Koning om een essentieel bestanddeel van de belasting over de toegevoegde waarde vast te stellen.

B.9.2. Vermits uit geen enkele wettelijke bepaling blijkt dat de door de Koning genomen maatregelen binnen een relatief korte termijn door de wetgevende macht dienen te worden onderzocht en bekrachtigd, is niet voldaan aan een van de voorwaarden waaronder een delegatie aan de Koning van de bevoegdheid tot het vaststellen van de essentiële bestanddelen van een belasting verantwoord kan worden geacht.

Het feit dat de Koning bij het uitvoeren van de in het geding zijnde bepaling in belangrijke mate gebonden zou zijn door de inhoud van het in B.1.4 geciteerde artikel 4, lid 5, van de Zesde Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 17 mei 1977, is te dezen niet van die aard dat het de ongrondwettigheid van de in het geding zijnde bepaling kan verhelpen.'

In het licht van dit arrest van het Arbitragehof kan het ontworpen besluit een probleem doen rijzen uit het oogpunt van de artikelen 170, § 1, 10 en 11 van de Grondwet ⁽¹⁸⁾, doordat het zo zou kunnen worden beschouwd dat het een essentieel bestanddeel van de belasting regelt zonder de dekking van een toereikende machtiging.

Het is onder voorbehoud van deze voorafgaande opmerking dat dit advies wordt gegeven."

Een soortgelijke opmerking kan worden gemaakt bij de machtiging die aan de Koning wordt verleend bij artikel 71, § 3, van het voorontwerp.

⁽¹⁸⁾ Zie over de rechtspraak van het Arbitragehof betreffende het beginsel van de wettelijkheid van de belasting, in het bijzonder de recente studie van J. Theunis, "Het fiscaal legaliteitsbeginsel - Een stand van zaken na 10 jaar rechtspraak van het Arbitragehof", T.F.R., nr. 295, februari 2006, blz. 79-96; voor een kritiek van de grondwettigheid van de regeling inzake forfaitaire grondslagen van aanslag inzake BTW, zie in de rechtsleer, V. Sepulchre, "Droits de l'homme et libertés fondamentales en droit fiscal", Brussel, Larcier, 2005, blz. 41-43 en 51-55 en de aangehaalde literatuurplaatsen; in de adviezen van de afdeling wetgeving, zie, inzake de belasting over de toegevoegde waarde, advies 38.722/2/V, gegeven op 2 augustus 2005, over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het koninklijk besluit van 24 augustus 2005 tot wijziging van de koninklijke besluiten nr. 18, nr. 46, 47 en 48 met betrekking tot de belasting over de toegevoegde waarde. In verband met het feit dat het bedrag van een belasting een "essentieel element" ervan is, zie ook arrest nr. 195/2004/B.16.3 van het Arbitragehof.

Als de stellers van het voorontwerp in de memorie van toelichting niet behoorlijk kunnen wettigen waarom het bepalen van de voorwaarden waaronder en de grenzen waarbinnen een fiscale vrijstelling kan worden verleend voor bepaalde vormen van winst die een koopman in moeilijkheden heeft geboekt, geen betrekking heeft op essentiële bestanddelen van de belasting, moet de ontworpen tekst zo worden herzien dat rekening wordt gehouden met de voorwaarden waaraan tegelijk moet worden voldaan om in zulk een aangelegenheid een machtiging aan de Koning te kunnen verlenen, namelijk ⁽¹⁹⁾ :

- de wetgever moet zich in de onmogelijkheid bevinden om zelf alle essentiële elementen van een belasting vast te stellen omdat de inachtneming van de parlementaire procedure hem niet ertoe in staat zou stellen met de vereiste spoed te handelen om een doelstelling van algemeen belang te verwezenlijken;
- het onderwerp van de machtiging moet uitdrukkelijk en ondubbelzinnig worden bepaald;
- de door de Koning genomen maatregelen moeten door de wetgevende macht worden onderzocht binnen een relatief korte termijn, vastgesteld in de machtigingswet.

⁽¹⁹⁾ Zie, in dezelfde zin, de adviezen 39.311/1/2/3/4, gegeven op 4, 7 en 8 november 2005 over een voorontwerp van wet dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 27 december 2005 houdende diverse bepalingen (Gedr. St., Kamer, zitting 2005/2006, nrs. 2098/1, blz. 188-218; 2098/3, blz. 6-7; 2179/1, blz. 6) (opmerking onder artikel 169 van het voorontwerp van wet) en 38.432/1/2/3/4, gegeven op 17, 19 en 23 mei 2005 over een voorontwerp van wet dat ontstaan heeft gegeven aan de programmawet van 11 juli 2005 (Gedr. St., Kamer, zitting 2004-2005, nr. 1820/1) (opmerking onder artikel 34 van het voorontwerp van wet).

Artikel 73

Deze bepaling moet als volgt worden gesteld :

"Art. 73. Met uitzondering van dit artikel treedt deze wet in werking op een door de Koning te bepalen datum, en uiterlijk zes maanden na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad."

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heer	G. KEUTGEN,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	B. VIGNERON,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. A. LEFEBVRE, auditeur.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

Y. KREINS