CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 60.760/2
du 13 février 2017

sur

un avant-projet de loi ‘portant insertion du Livre XX 'Insolvabilité des entreprises', dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique’

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 60.760/2
van 13 februari 2017

over

een voorontwerp van wet ‘houdende invoeging van het Boek XX 'Insolventie van ondernemingen', in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhavingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht’

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Le 27 décembre 2016, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 15 février 2017 (*), sur un avant-projet de loi 'portant insertion du Livre XX 'Insolvabilité des entreprises', dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre les 9 et 13 février 2017. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Luc DETROUX et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Jacques ENGLEBERT et Marianne DONY, assesseurs, Yves DE CORDT, expert, et Gregory DELANNAY, greffier en chef f.f.

Le rapport a été présenté par Jean-Luc PAQUET, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Pierre VANDERNOOT.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 13 février 2017.

(*) Par courriel du 11 janvier 2017.

*

Op 27 december 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 15 februari 2017 (*), een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'houdende invoeging van het Boek XX 'Insolventie van ondernemingen', in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhavingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 9 en 13 februari 2017. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Luc DETROUX en Wanda VOGEL, staatsraden, Jacques ENGLEBERT en Marianne DONY, assessoren, Yves DE CORDT, deskundige, en Gregory DELANNAY, wnd. hoofdgriffier.

Het verslag is uitgebracht door Jean-Luc PAQUET, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre VANDERNOOT.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 13 februari 2017.

(*) Bij e-mail van 11 januari 2017.

*

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, 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 suivantes.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Ainsi que le confirme l'exposé des motifs et le commentaire de plusieurs dispositions, bon nombre de ces dernières correspondent, avec parfois des modifications et des ajouts, à des dispositions de législations actuellement en vigueur, notamment de la loi du 8 août 1997 'sur les faillites', de la loi du 31 janvier 2009 'relative à la continuité des entreprises', abrogées respectivement par les articles 67 et 68 de l'avant-projet, et de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 'relatif à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et aux faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités'.

Par ailleurs, plusieurs dispositions de l'avant-projet mettent en œuvre le règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 'relatif aux procédures d'insolvabilité' (ci-après : « le règlement 2015/848 »).

Afin de permettre aux parlementaires et aux destinataires du dispositif en projet d'apprécier dans quelle mesure celui-ci contient des modifications par rapport au droit en vigueur et de quelle manière le règlement européen est exécuté, il serait opportun que l'exposé des motifs soit complété par un tableau présentant dans les deux sens la correspondance entre l'avant-projet et, d'une part, les dispositions du droit belge actuellement en vigueur et, d'autre part, celles du règlement européen. Ce tableau devrait faire apparaître dans quels cas les textes en projet sont identiques quant au fond aux dispositions correspondantes en vigueur et dans quels cas des modifications de fond sont apportées. Il devrait également mettre en lumière les dispositions énonçant des règles entièrement nouvelles.

Ce tableau complètera utilement, de manière plus synthétique, celui communiqué par le délégué du Ministre, qui met en regard les textes pertinents actuellement en vigueur avec ceux en projet, et ce dans leur version intégrale.

L'élaboration de pareil tableau s'impose d'autant plus qu'en vertu de l'article 70 de l'avant-projet,

> « [l]es lois et arrêtés d'exécution existants qui font référence aux dispositions visées aux articles 4 à 66, sont présumés faire référence aux dispositions équivalentes du Code de droit économique, telles qu'insérées par la présente loi ».

(*) S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Le commentaire des dispositions concernées devrait par ailleurs indiquer chaque fois de manière précise la disposition correspondante de la législation en vigueur, ce qui n'est pas toujours le cas.

2.1. L'article I.1, alinéa 1er, 1°, du Code de droit économique, situé au sein du titre 1er (« Définitions générales ») de son livre Ier (« Définitions »), est remplacé par l'article 62 de l'avant-projet, situé dans la section VIII (« Modification au Code de droit économique ») de son chapitre 3 [1], et procure ainsi une nouvelle définition de la notion d'« entreprise ».

En vertu de la phrase liminaire de l'article I.1, alinéa 1er, du Code, les définitions y énoncées sont applicables en principe, « sauf disposition contraire prévue au titre 2 » du livre Ier, à l'ensemble du Code.

Dès lors que l'article I.22 en projet du Code (article 2 de l'avant-projet), situé dans un chapitre 14 nouveau (« Définitions particulières au livre XX ») du livre Ier, ne contient pas de définition de la notion d'« entreprise » qui serait donc spécifique à ce livre XX en projet portant sur l'insolvabilité des entreprises, la nouvelle définition de cette même notion d'« entreprise », appelée à figurer à l'article I.1, alinéa 1er, 1°, du Code, serait applicable aux dispositions de ce livre XX, comme d'ailleurs à l'ensemble des livres du Code.

L'article XX.1er, § 1er, alinéa 1er, en projet du Code (article 3 de l'avant-projet) procède à nouveau à une démarche de définition de la notion d'« entreprise » « [p]our l'application du présent livre [XX] », et ce en s'inspirant très largement de la nouvelle définition offerte par l'article I.1, alinéa 1er, 1°, en projet du Code.

Sur le plan substantiel, la seule différence entre les deux « définitions » résulte de l'insertion des mots « , sauf dispositions contraires dans les livres suivants ou dans d'autres dispositions légales où une telle application est prévue » à l'article I.1, alinéa 1er, 1°, alinéa 2, en projet à l'article 62. Ces mots n'ont toutefois une utilité que dans la définition générale procurée par cette dernière disposition, ce qui explique qu'ils ne figurent pas à l'article XX.1er, alinéa 2, en projet.

Pour définir la notion d'« entreprise » au sens de l'article XX.1er, en projet (article 3 de l'avant-projet), le premier alinéa du commentaire de cette dernière disposition se réfère à l'article I.1.1° (lire : « l'article I.1er, alinéa 1er, 1° »), du Code de droit économique. En revanche, selon les explications fournies par le commentaire de l'article I.22 en projet (article 2 de l'avant-projet), l'intention de l'auteur de l'avant-projet semble consister à déterminer le champ d'application du seul livre XX en projet en fonction de la notion d'« entreprise » telle que circonscrite par l'article XX.1er en projet.

C'est, semble-t-il et sous l'importante réserve des observations nos 2.2 à 2.3 formulées ci-dessous, la première approche qui devrait être retenue. Si tel est le cas, les alinéas 1er

[1] À cet égard, il serait préférable, dans un souci de clarté, que les articles 62 et 63 de l'avant-projet, qui en constituent la section VIII de son chapitre 3, soient intégrées dans le chapitre 2 (« Code de droit économique ») de l'avant-projet et en forment les deux premiers articles avant l'actuel article 2 de l'avant-projet. Il convient de relever également, s'agissant de l'article 62, qu'il y a lieu de rédiger ses litteras a) et b) en tenant compte de ce que l'article I.1 du Code de droit économique contient deux alinéas.

‡LW-ABDRPEJDI-GAHGAVT‡

et 2 de l'article XX.1er en projet sont inutiles et devraient être omis, sauf à l'auteur de l'avant-projet de s'en expliquer ; ces alinéas devraient alors être remplacés par un alinéa énonçant que « Le livre XX est applicable aux entreprises ».

En tout état de cause, l'exposé des motifs devrait clarifier cette question pour expliquer la démarche qui aura finalement été retenue dans le dispositif à la lumière de la présente observation.

Cette explication devrait figurer dans le commentaire de la disposition pertinente, à savoir celui de l'article 62 (à déplacer dans le chapitre 2 de l'avant-projet) si l'auteur de l'avant-projet entend bien donner à la notion d'« entreprise », telle que définie à l'article I.1, alinéa 1er, 1°, qui y est en projet, un sens général valant pour l'ensemble du Code de droit économique, en ce compris son livre XX nouveau.

Cette explication devrait en tout état de cause exposer alors dans quelle mesure il se justifie que la nouvelle définition de la notion d'« entreprise », qui diffère fortement de celle actuellement en vigueur, est bien susceptible de s'appliquer à l'ensemble des dispositions du Code de droit économique.

Si l'intention de l'auteur de l'avant-projet consiste à émettre une définition de cette notion qui serait spécifique au champ d'application de ce livre XX, l'article I.22 en projet à l'article 2 devrait être complété en ce sens, ce qui serait préférable à la démarche consistant à faire figurer cette définition à l'article XX.1er en projet à l'article 3, et l'article 62 sera omis, de même que les alinéas 1er et 2 de l'article XX.1er en projet ; ces deux alinéas seront alors également remplacés par un alinéa énonçant que « Le livre XX est applicable aux entreprises ». C'est d'ailleurs dans le commentaire de l'article 2, s'agissant de l'article I.22 en projet que sont données des explications portant sur la notion d'« entreprise » telle que définie pourtant actuellement par l'article XX.1er en projet à l'article 3.

Ce commentaire sera en tout état de cause adapté à la lumière de la présente observation.

2.2. Ceci étant, les articles I.1, alinéa 1er, 1°, et XX.1er, § 1er, alinéas 1er et 2, créent une présomption d'entreprise irréfragable qui s'impose à toute personne physique exerçant une profession indépendante et à toute personne morale. La présomption s'étend même à toute « organisation sans personnalité juridique » mais il s'agit ici d'une présomption simple car l'organisation pourra démontrer qu'elle ne poursuit pas un but lucratif et ne distribue pas d'avantages à ses membres ou à des personnes exerçant une influence décisive sur sa stratégie.

Cette inversion du rapport de ce qui est commercial/entreprise à l'égard ce qui est civil, pourrait être incompatible avec les principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination, au regard plus spécialement du principe de proportionnalité. Alors que le droit de l'insolvabilité commerciale/entrepreneuriale est exorbitant du droit civil, l'avant-projet étend considérablement son champ d'application *ratione personae* en passant du concept de commerçant à celui d'entreprise dans cette acception la plus large.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Le régime actuel de l'insolvabilité s'applique, pour l'essentiel, aux « commerçants » (personnes physiques ou morales). Selon l'article 2 de la loi du 8 août 1997 'sur les faillites', seul un commerçant est susceptible d'être déclaré en faillite (s'il a cessé ses paiements de manière persistante et si son crédit est ébranlé). Aux termes de son article 3, la loi du 31 janvier 2009 'relative à la continuité des entreprises' est applicable aux commerçants (article 1er du Code de commerce) et aux agriculteurs, ainsi qu'aux sociétés agricoles (article 2, § 3, du Code des sociétés) et aux sociétés civiles à forme commerciale (article 3, § 4, du Code des sociétés), ces deux catégories de sociétés étant dotées de la personnalité juridique.

L'article 1er du Code de commerce énonce que

> « sont commerçants ceux qui exercent des actes qualifiés commerciaux par la loi et qui en font leur profession habituelle, soit à titre principal, soit à titre d'appoint ».

Pour une personne physique, c'est l'activité effectivement exercée qui est prise en considération pour déterminer si des actes commerciaux sont posés, tandis que, pour une personne morale, c'est l'analyse de son objet social – en tant qu'il vise l'accomplissement ou non d'actes de commerce – qui permet de conclure à sa commercialité.

La notion d'acte de commerce n'est pas définie de manière abstraite par le Code de commerce, qui procède à une énumération empirique et hétéroclite d'actes réputés commerciaux (listes des articles 2 et 3 du Code de commerce). La Cour de cassation est venue y ajouter un élément subjectif pour définir l'acte de commerce : le but de lucre. Des actes de commerce entrant dans la définition légale échappent donc à une telle qualification si l'absence de tout but lucratif est établie [2].

La simple répétition d'actes de commerce par une personne ne suffit pas à lui attribuer la qualité de commerçant. Il faut avoir la volonté ou agir dans le but de tirer des ressources de l'accomplissement des actes de commerce envisagés.

Les actes de commerce accomplis dans un but professionnel doivent l'avoir été « en son nom et pour son compte ». Cette condition, qui n'est pas expressément visée par l'article 1er du Code de commerce, a été ajoutée par la doctrine et la jurisprudence. Elle exclut de la catégorie des commerçants ceux qui agissent pour le compte d'autrui, par exemple les employés du commerçant, le directeur de société, le gérant appointé d'un magasin, les administrateurs et gérants de sociétés commerciales.

Le concept central du Code de droit économique est l'« entreprise », définie dans la version actuelle de l'article I.1, alinéa 1er, 1°, comme « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations ». Le « but économique » est entendu comme l'activité économique résultant de toute offre de biens et de services sur un marché. C'est donc la nature de l'activité (« économique ») qui devient l'unique et large critère d'identification, quelle que soit la forme juridique de l'entreprise ou son mode de financement. L'existence d'un lien de subordination continue d'empêcher une entité d'être qualifiée d'entreprise au sens du Code. L'exigence d'un but de lucre est évacuée : la notion

[2] Cass., 19 janvier 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 323.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

d'entreprise permet d'englober les commerçants, les artisans, les entités sans but lucratif exerçant une activité économique ou les personnes exerçant une profession libérale [3].

La loi du 26 mars 2014 'modifiant le Code judiciaire et la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales en vue d'attribuer dans diverses matières la compétence au juge naturel' a également modifié l'article 573 du Code judiciaire afin que le tribunal de commerce connaisse désormais, en premier ressort, des contestations « entre entreprises, à savoir entre toutes personnes qui poursuivent de manière durable un but économique, concernant un acte accompli dans la poursuite de ce but et qui ne relèvent pas de la compétence spéciale d'autres juridictions ».

La section de législation se demande si l'auteur de l'avant-projet est conscient de ce qu'en prévoyant qu'est une entreprise « toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant », il soumet aux procédures d'insolvabilité toute personne physique qui exerce une « profession » en dehors d'un lien de subordination (ex. : l'administrateur ou le gérant d'une société). L'usage de l'adjectif « économique » – plutôt que « professionnel » – pour définir l'activité exercée pourrait contribuer à restreindre le champ d'application. Dans le commentaire de l'article 2, l'auteur de l'avant-projet souligne lui-même que « toute activité d'une personne physique ne doit pas tomber sous la notion d'entreprise ». Ainsi, la personne physique qui assure la gestion normale de son patrimoine personnel ne constitue pas une entreprise (ex. : la souscription, acquisition ou détention des titres d'une société à forme commerciale).

L'auteur de l'avant-projet doit également être conscient de ce que, par l'usage des mots « toute personne morale » sans autre restriction que ce qui est prévu aux articles I.1, 1°, alinéa 2, et XX.1er, alinéa 2, en projet, même les personnes morales n'exerçant aucune activité professionnelle ou économique – en ce compris par exemple bon nombre d'associations sans but lucratif ou de fondations – seront considérées comme des entreprises. Dans l'hypothèse où l'auteur de l'avant-projet opte pour l'énoncé nouveau de la notion d'« entreprise » dans la disposition générale de l'article I.1, alinéa 1er, 1°, en projet [4], cela vaudra non seulement pour les dispositions du livre XX 'portant sur l'insolvabilité des entreprises' mais également pour celles des autres livres du Code de droit économique.

Le texte en projet contient, au demeurant, une curieuse régression : il sera désormais possible de prononcer la faillite d'une organisation non personnalisée. Ce faisant, le législateur envisage de revenir sur l'opportune abrogation, par la loi du 13 avril 1995, de la théorie des cadres légaux obligatoires. Jusqu'à cette époque, la jurisprudence prononçait la faillite de ce qu'on appelait des « sociétés en nom collectif irrégulières » : dès l'instant où plusieurs personnes faisaient du commerce ensemble sous une raison commerciale, elles étaient traitées

[3] Les critères de la commercialité ont été réintroduits, de manière critiquable, dans le Code de droit économique. En effet, pour certaines dispositions du livre III du Code (libertés d'établissement et de prestation de services et obligations générales des entreprises), une distinction réapparaît entre « entreprise artisanale » (article I.2, 9°), « entreprise commerciale » (article I.2, 10°) et « entreprise non commerciale de droit privé » (article I.2, 11°). L'« entreprise commerciale » désigne « toute personne qui dispose d'une unité d'établissement sur le territoire belge et y exerce des actes qualifiés commerciaux tels que décrits au Code de commerce, et qui est ainsi présumée avoir la qualité de commerçant ».

[4] Il est renvoyé sur ce point à l'observation générale n° 2.1.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

« comme si » elles avaient constitué entre elles une société, par hypothèse irrégulière. Lorsque les affaires périclitaient, les commerçants apprenaient qu'ils étaient en réalité les associés d'une société dont ils ignoraient l'existence et qui était déclarée en faillite.

C'est exactement ce que veut instaurer le texte en projet : le tribunal de commerce pourra prononcer la faillite d'une « organisation » dont l'existence ne se révélera qu'au moment de sa faillite. Cette situation suscitera un contentieux considérable car il ne suffira pas de prononcer la faillite : il faudra en définir le périmètre, ce qui impliquera d'attribuer un patrimoine à une organisation qui, jusqu'à sa faillite, était juridiquement incapable d'en posséder un.

Cette innovation majeure provoque par ailleurs une double brèche dans le droit patrimonial. En effet, en reconnaissant une organisation qui ne serait pas au départ une personne (morale), le législateur rompt avec le principe général d'unicité du patrimoine, ce qui aura une double conséquence : (1°) prononcer la faillite d'une organisation qui n'est pas *a priori* une personne, suppose d'arracher cette organisation à un ou plusieurs patrimoines préexistants et définir quels seront les droits, sur l'actif de l'organisation, des créanciers personnels des personnes aux patrimoines desquelles cette organisation aura été enlevée; (2°) une fois admise cette conséquence, comment continuer à défendre l'interdiction des techniques anglo-saxonnes de division du patrimoine telles que le *trust* ?

2.3. Par ailleurs, dès lors que les autorités mentionnées tant au paragraphe 1er, alinéa 2, (c), de l'article XX.1er, en projet du Code de droit économique (article 3 de l'avant-projet) qu'à l'article I.1, alinéa 1er, 1°, alinéa 2, (c), en projet du même Code (article 62 de l'avant-projet), sont toutes indiscutablement des « personne[s] morale[s] de droit public » au sens du littera (b) des mêmes dispositions, ce littera (c) est inutile et doit être omis, d'autant qu'il contient des dénominations incomplètes [5] ou erronées [6] et qu'il contient des lacunes [7].

Ceci étant, la notion de personne morale de droit public n'est pas univoque, eu égard notamment à l'emprunt par des autorités publiques, souvent en association, de la forme de personnes morales de droit privé, comme celle de sociétés commerciales, tout en poursuivant des objectifs lucratifs [8].

[5] Ainsi, par exemple, la notion de « prézone » devrait-elle se référer à l'article 222/1 de la loi du 15 mai 2007 'relative à la sécurité civile' et celle de « zone pluricommunale » devrait mentionner l'article 9 de la loi du 7 décembre 1998 'organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux'.

[6] Ainsi, dans la version française, il faut écrire « zones de secours » et non « zones d'aide » pour équivaloir à celle d'« hulpverleningszones » dans le texte néerlandais.

[7] Il n'est ainsi, par exemple, pas question des intercommunales.

[8] Patrick Goffaux écrit notamment que « [d]éterminer si une entité donnée est ou non une personne morale de droit public n'est pas toujours aisé à faire » (P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2e éd., 2016, v° « Personne morale de droit public », § 2, p. 454). Sur ces questions, cons. not., outre le verbo précité (*ibid.*, pp. 453 à 456), P. JADOUL, Br. LOMBAERT et Fr. TULKENS (coord.), *Le paraétatisme – Nouveaux regards sur la décentralisation fonctionnelle en Belgique et dans les institutions européennes*, Bruxelles, La Charte, 2010.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

En outre, à la fin du commentaire de l'article XX.1er, en projet, il est écrit ce qui suit :

> « Les autorités publiques ne sont pas concernées. Mais certaines entreprises publiques pourront être impliquées et c'est la raison pour laquelle la loi précise quels actifs destinés à assurer le service public ne peuvent appartenir à la masse faillie ».

Or, d'une part, les entreprises publiques sont généralement des personnes morales de droit public et, d'autre part, l'auteur de l'avant-projet, contrairement à ce qu'annonce cet extrait, ne précise pas « quels actifs destinés à assurer le service public ne peuvent appartenir à la masse faillie ».

La notion de personne morale de droit public et la mesure de l'implication des biens des entreprises publiques dans les procédures d'insolvabilité gagneraient donc à être précisées à la lumière de ces observations.

3. L'avant-projet doit tenir compte de la loi du 11 juillet 2013 'modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière', dont l'entrée en vigueur, déterminée par son article 109, a été reportée par l'article 36 de la loi du 25 décembre 2016 'modifiant diverses dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières' au 1er juillet 2018.

À cet égard, la démarche de l'auteur de l'avant-projet ne paraît pas homogène.

Ainsi, par exemple, les articles XX.114 et XX.197 en projet du Code de droit économique paraissent être conçus dans le cadre du droit actuel, sans prise en compte de la réforme opérée par la loi du 11 juillet 2013 modifiée par celle du 25 décembre 2016.

En effet, la première disposition évoque encore au 3° l'institution de l'antichrèse, abrogée par les articles 80 à 88 de la loi du 11 juillet 2013 [9] et, dans le commentaire de la seconde, il est écrit que,

> « [s]i la loi du 11 juillet 2013 entre [en] vigueur avant le vote du présent projet, cet article [XX.197] devra être modifié ».

En revanche selon le commentaire de l'article XX.116 en projet du Code, « [s]a formulation [...] a été élargie afin de tenir compte de la loi du 11 juillet 2013 [...] ».

Sauf à s'en expliquer dans le commentaire de ces dispositions, par exemple pour tenir compte d'une éventuelle application transitoire du droit abrogé, la prise en considération de la loi du 11 juillet 2013, telle que modifiée par celle du 25 décembre 2016, sera harmonisée en tenant compte de la date à laquelle la loi en projet est appelée à entrer en vigueur, fixée « au plus tard le 26 juin 2017 » par l'article 73 de l'avant-projet.

[9] Ces articles remplacent en effet l'intitulé du livre III, titre XVII, chapitre II (« De l'antichrèse ») du Code civil et les articles 2085 à 2091 du même Code, qui concernent l'antichrèse, par des dispositions sans rapport avec cette institution.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

L'ensemble de l'avant-projet sera réexaminé à la lumière de la présente observation.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

ARRÊTÉ DE PRÉSENTATION

Le visa du présent avis doit être omis [10].

DISPOSITIF

Article 2

Article I.22 en projet du Code de droit économique

1. Il est impossible dans un texte bilingue de classer les définitions alphabétiquement dans les deux versions puisque celles-ci doivent être absolument équivalentes.

Il convient de réprouver la méthode utilisée par l'avant-projet examiné, qui consiste à classer alphabétiquement les définitions employées dans une seule langue (ici le néerlandais), alors que la notion correspondante dans l'autre version est définie au même endroit. En effet, cette méthode conduit nécessairement à ce que, dans la version dans laquelle le classement alphabétique ne peut être suivi, les définitions se trouvent entremêlées d'une manière aléatoire.

Il y a donc lieu de remanier l'article 2 de telle sorte que, dans les deux versions, les définitions apparaissent selon un ordre logique [11].

Ainsi, par exemple, la définition de la notion de « créances sursitaires », actuellement au 23°, devrait figurer avant les définitions des notions de « créances sursitaires extraordinaires » (3°) et de « créances sursitaires ordinaires » (8°).

2. Au 1° en projet, la disposition en projet définit la « décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité » comme étant « la décision de toute juridiction d'ouvrir une procédure d'insolvabilité ou de confirmer l'ouverture d'une telle procédure ».

Dès lors que cette définition reproduit l'article 2, 7), du règlement 2015/848, l'exposé des motifs devrait expliquer pourquoi le texte en projet n'y intègre pas, comme le fait le texte européen, « la décision d'une juridiction de désigner un praticien de l'insolvabilité ».

[10] *Principes de technique législative – Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, onglet « Technique législative », www.raadvst-consetat.be, recommandations n^os^ 36.4 et 227 – point b) – et modèle F 5.

[11] En ce sens, l'avis n° 28.618/3 donné le 29 décembre 1998 sur un avant-projet devenu la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité', observation particulière formulée sur l'article 2 (*Doc. parl.*, Chambre, 1998-1999, n° 1933/1).

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

3. Au 6° en projet, la définition de la « procédure collective » (« les procédures auxquelles participe la totalité ou une partie importante des créanciers d'un débiteur ») est superflue et suscite une interrogation inutile.

L'expression « procédure collective » n'apparaît qu'une fois, à l'article XX.61, et vise clairement trois procédures spécifiques : la faillite, la liquidation ou le transfert sous autorité de justice, qui font suite à la fin de la procédure de réorganisation judiciaire. Dans le seul cas où l'expression est utilisée, la définition est donc inexacte.

À supposer même que la définition soit maintenue, il appartient à l'auteur de l'avant-projet de préciser ce qu'il entend par « procédures auxquelles participe […] une partie importante des créanciers d'un débiteur » : si l'on peut comprendre que le législateur européen n'ait pas pu être plus précis dans le règlement 2015/848, le principe général de sécurité juridique n'offre pas cette possibilité au législateur belge.

4. Au 11° en projet, le texte en projet définit le « praticien de l'insolvabilité » comme suit :

> « toute personne ou tout organe dont la fonction, y compris à titre intérimaire, consiste à, exercer une ou plusieurs des tâches suivantes :
>
> i) vérifier et admettre les créances soumises dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ;
>
> ii) représenter l'intérêt collectif des créanciers ;
>
> iii) administrer, en tout ou en partie, les actifs dont le débiteur est dessaisi ;
>
> iv) liquider les actifs visés au point iii); et le cas échéant, de répartir le produit entre les créanciers ; ou
>
> v) surveiller la gestion des affaires du débiteur ».

Cette définition, reprise de l'article 2, 5), du règlement 2015/848, est inappropriée.

En effet, à côté de cette définition apparemment ouverte, le législateur européen énumère limitativement ces praticiens dans l'annexe B du règlement 2015/848 [12]. Or, cette annexe contient une énumération limitative pour la Belgique de la notion de « praticien de l'insolvabilité » dont il résulte que cette notion telle que définie au 11° en projet, ne vise pas toutes les fonctions visées dans cette annexe.

5. Au 12°, la définition de la notion de « tribunal de l'insolvabilité » devrait être remplacée par celle-ci : « pour chaque procédure d'insolvabilité, le tribunal qui est saisi d'une demande d'ouverture de cette procédure ou qui l'a effectivement ouverte ».

C'est d'ailleurs en ce sens que l'entendent, semble-t-il, les articles XX.20, § 6, alinéa 2, XX.103, XX.107, alinéa 1er, XX.130, alinéa 1er, XX.132, alinéa 2, XX.138, § 5, XX.179, XX.232, XX.234 et XX.235 en projet.

[12] Annexe B au règlement (UE) 2015/848 (« Praticiens de l'insolvabilité visés à l'article 2, point 5) : La Belgique : Le curateur – Le juge-délégué – Le mandataire de justice – Le médiateur de dettes – Le liquidateur – L'administrateur provisoire »).

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Dans tous les autres cas, l'expression « tribunal compétent » évite des redondances (comme à l'article XX.12, § 1er, alinéa 1er, à l'article XX.34, § 1er, alinéa 1er et à l'article XX.105, alinéa 1er, en projet).

L'expression « par le tribunal de l'insolvabilité » peut par ailleurs être omise de l'article XX.20, § 1er, alinéa 4.

Le texte en projet utilise, en outre à de nombreuses reprises les termes « le tribunal », sans autre précision.

Si la définition actuelle est maintenue, il conviendrait de veiller à ce que l'emploi de l'expression soit systématisé ou du moins rationalisé.

6. S'agissant du 20°, il est renvoyé à l'observation générale n° 2.1.

7. Le « créancier-propriétaire » est, aux termes du 21° en projet,

« le créancier qui à titre de garantie est propriétaire de biens qui se trouvent entre les mains du débiteur, au jour de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ».

Telle qu'elle est formulée, cette définition pourrait théoriquement couvrir des hypothèses de transfert de propriété à titre de garantie, en plus de celle de la réserve de propriété.

Si telle est la volonté de l'auteur de l'avant-projet, il devrait s'en expliquer dans l'exposé des motifs. Une telle interprétation contredirait en effet l'esprit de la loi du 11 juillet 2013 'modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière'.

La lente assimilation de la clause de réserve de propriété à une véritable sûreté a connu son point d'orgue avec cette loi. Mais, à côté de la réserve de propriété, il y a une autre hypothèse où la propriété peut servir de sûreté : la cession de propriété à titre de garantie (la « cession fiduciaire ») [13]. Or, par un arrêt du 3 décembre 2010, la Cour de cassation a décidé que, sans être nulle, une telle cession fiduciaire devait être réduite à un gage. Cette évolution a été consacrée par la loi du 11 juillet 2013, en sorte que, quelle que soit leur créativité, tout ce que feront les parties pour constituer une sûreté réelle mobilière sera toujours considéré comme un gage.

Au 21° en projet, la définition de la notion de « créancier-propriétaire » inclut évidemment le titulaire de la réserve de propriété mais elle peut aussi englober le propriétaire fiduciaire.

L'auteur de l'avant-projet doit être clair : soit il en reste au régime où le seul créancier-propriétaire protégé est le titulaire d'une clause de réserve de propriété, soit il considère que celui qui bénéficie d'une cession fiduciaire doit également être considéré comme un « créancier-propriétaire ».

[13] Il s'agit par exemple du transfert de la propriété de la voiture d'un emprunteur à son prêteur pour garantir le remboursement de son prêt.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Le commentaire de la disposition sera, en tout état de cause, complété sur ce point. Il est renvoyé à l'observation générale n° 3.

8. Au 26°, après avoir défini le groupe de sociétés au 25°, il serait souhaitable de définir comme suit la notion d'« entreprises liées », qui est utilisée à l'article XX.13 : « les entreprises entre lesquelles existe un lien de filiation au sens de l'article 11, 1°, du Code des sociétés ».

Les 26° et 27° en projet deviendraient, en conséquence, respectivement les 27° et 28°.

Article XX.1er en projet du Code de droit économique

1. En disposant que « l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'une entreprise, dont les membres ont une responsabilité illimitée, n'entraine pas nécessairement, par ce fait même, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de ses mêmes membres », l'article XX.1er, § 1er, alinéa 3, en projet entend rompre avec la jurisprudence bien établie de la Cour de cassation en vertu de laquelle la faillite de la société en nom collectif ou de la société en commandite implique automatiquement la faillite des associés en nom collectif et des commandités. Il s'agit là tout au plus d'un vœu pieux car ces associés sont solidairement tenus au passif de la société.

Dès lors, de deux choses l'une : soit ils peuvent assumer ce passif et la société ne sera pas déclarée en faillite ; soit ils en sont incapables et, vu la définition large de la notion d'« entreprise », leur propre faillite est inéluctable.

Si l'on ajoute que, s'agissant des procédures d'insolvabilité autres que la faillite, rien ne s'est jamais opposé juridiquement à un traitement asymétrique de la société et de ses associés, la disposition paraît ne pas pouvoir avoir d'effet utile.

Si elle est maintenue, la concordance entre les deux versions linguistiques du paragraphe 1er, alinéa 3, en projet doit être assurée, la préférence semblant devoir être accordée au texte néerlandais, dans lequel le correspondant des mots « par ce fait même », n'apparaît pas.

2. Le dernier alinéa du paragraphe 1er doit devenir le quatrième alinéa du paragraphe 2, dont le troisième alinéa sera constitué par l'actuel paragraphe 4 du projet. Les paragraphes 2 et 3 seraient en conséquence rédigés comme suit :

> « § 2. Les dispositions du présent livre s'appliquent sans préjudice du droit particulier qui régit les professions libérales réglementées, les officiers ministériels et les notaires, en ce compris l'accès à la profession, les restrictions à la gestion et à la transmission du patrimoine et le respect du secret professionnel.
>
> Les règles du présent livre ne peuvent être interprétées dans le sens qui restreindrait l'obligation au secret professionnel ou affecterait le libre choix du patient ou client du titulaire d'une profession libérale.
>
> En cas de doute quant à la compatibilité d'une disposition de ce livre avec une obligation découlant du statut légal des entreprises visées au paragraphe 2 du présent

‡LW-ABDRPEJDI-GAHGAVT‡

article, le tribunal, le juge délégué ou le juge-commissaire peut demander, d'initiative ou à la requête de toute partie à la procédure d'insolvabilité, l'avis de l'Ordre ou de l'Institut dont dépend le titulaire de la profession libérale. Cet avis devra être donné dans les huit jours calendrier de la réception de la demande dudit avis.

Le Roi détermine les modalités d'application du présent livre aux professions libérales et leurs associations.

§ 3. Les dispositions du présent livre s'appliquent sans préjudice du droit particulier qui régit l'insolvabilité des établissements de crédit, aux entreprises d'assurances, des entreprises d'investissement, des sociétés de gestion d'organismes de placement collectif, des organismes de compensation et de liquidation et assimilés, des entreprises de réassurance, des compagnies financières holding et des compagnies financières holding mixtes ».

Ceci étant, à l'alinéa 3 du paragraphe 2, il y aurait lieu de préciser la notion d'« Ordre », voire celle d'« Institut », pour tenir compte du fait que certaines professions peuvent être organisées en plusieurs ordres ; ainsi, par exemple, l'Ordre des barreaux francophones et germanophone de Belgique et l'Orde van Vlaamse Balies coexistent avec des ordres locaux.

Une observation analogue vaut pour les autres dispositions de l'avant-projet qui visent les Ordres et les Instituts.

Articles XX.2 et XX.84 en projet du Code de droit économique

Aux termes de l'article XX.2, § 1er, en projet,

« Sauf les exceptions prévues par la loi ou sauf si le juge en décide autrement moyennant une décision spécialement motivée, sans préjudice de l'article 1414 du Code judiciaire, les jugements définitifs sont exécutoires par provision, nonobstant opposition ou appel ».

Cette disposition est présentée par son commentaire comme « dévi[ant] du droit commun ».

Cette assertion n'est plus correcte en ce qui concerne les effets de l'appel puisque, depuis l'entrée en vigueur de l'article 41 de la loi du 19 octobre 2015 'modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice', l'article 1397 du Code judiciaire est rédigé comme suit :

« Sauf les exceptions prévues par la loi ou sauf si le juge en décide autrement moyennant une décision spécialement motivée et sans préjudice de l'article 1414, l'opposition formée contre les jugements définitifs en suspend l'exécution.

Sauf les exceptions prévues par la loi ou sauf si le juge en décide autrement moyennant une décision spécialement motivée, sans préjudice de l'article 1414, les jugements définitifs sont exécutoires par provision nonobstant appel et sans garantie si le juge n'a pas ordonné qu'il en soit constitué une ».

Le paragraphe 1er et son commentaire seront revus en conséquence.

‡LW-ABDRPEJDI-GAHGAVT‡

Compte tenu du dispositif nouveau de l'article 1397 du Code judiciaire, l'articulation à opérer entre cette dernière disposition et l'article XX.84, alinéa 7, en projet, qui confère un caractère suspensif à l'appel dirigé contre les jugements refusant l'homologation du plan de réorganisation judiciaire par accord collectif, ne pose pas de problème, cette dernière disposition apparaissant comme une *lex specialis* par rapport à l'article 1397. Le caractère dérogatoire de l'article XX.84, alinéa 7, en projet, du Code de droit économique par rapport à l'article 1397 du Code judiciaire devrait toutefois être exprimé plus clairement dans la première de ces dispositions. En tout état de cause, le commentaire de l'article XX.84 en projet gagnerait à préciser, *in fine*, que c'est conformément au droit commun de l'article 1397 du Code judiciaire que l'appel ne suspend pas le caractère exécutoire du jugement d'homologation.

Enfin, dans la version française, le mot « moyennant » sera remplacé par le mot « par ».

Article XX.7 en projet du Code de droit économique

À l'alinéa 1er, est envisagée l'application de l'article XX.1er, § 4, alinéa 2, qui n'existe pas.

Articles XX.8 et XX.9 en projet du Code de droit économique

1. L'article XX.9 en projet prévoit qu'à l'avenir, toutes les notifications, communications ou dépôts « auprès du tribunal, du ministère public ou des services qui dépendent du pouvoir judiciaire en ce compris les greffes et les secrétariats de parquet » et toutes notifications et communications faites par une de ces entités à un avocat, un huissier ou un notaire, se feront par le biais du registre central de la solvabilité.

Cette règle pourrait venir en concurrence avec celles énoncées par l'article 32*ter* du Code judiciaire et par l'arrêté royal du 16 juin 2016 'portant création de la communication électronique conformément à l'article 32*ter* du Code judiciaire'.

L'auteur du projet est invité à mieux préciser l'articulation entre les règles fixées par ces dispositions et celles en projet, notamment à l'article XX.9, concernant la communication électronique entre les autorités judiciaires et les acteurs judiciaires qu'elles visent.

2. Le même article XX.9 en projet énonce ensuite, en son alinéa 2, que le dépôt de l'avis dans le registre vaut notification ou communication « à condition que cela s'accompagne d'un message électronique à l'intéressé ». L'alinéa 3 précise les règles applicables pour déterminer la date du dépôt, de la communication ou de la notification effectués via le registre.

En prenant pour comparaison les règles énoncées pour la signification électronique à l'article 32*quater*/1 du Code judiciaire et dans un projet d'arrêté royal 'portant exécution de différents articles de la loi relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Justice', à propos duquel le Conseil d'État a donné le 1er février 2017 l'avis 60.805/2 [14], la condition posée par la disposition en projet et les règles fixées pour la détermination de la date des formalités accomplies par voie électronique, semblent insuffisantes pour garantir la sécurité et l'efficacité du système de notification ou de communication par voie électronique mis en place.

3. Il est prévu, à l'article XX.9, alinéa 4, en projet que l'huissier de justice devra déposer les exploits de signification dans le registre central de solvabilité.

À nouveau, il appartient à l'auteur de l'avant-projet de vérifier la compatibilité et l'articulation d'une telle règle avec celles régissant la procédure de signification par voie électronique et avec celles régissant le Registre des actes authentiques dématérialisés mis en place par l'article 32*quater*/2 du Code judiciaire et par le projet précité d'arrêté royal 'portant exécution de différents articles de la loi relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de Justice' évoqué ci-avant.

Ainsi, l'obligation générale du dépôt des exploits de signification dans le registre central de solvabilité apparaît incompatible avec les restrictions d'accès aux données du Registre des actes authentiques dématérialisés, ainsi qu'avec l'interdiction faite au responsable du traitement de ce registre de communiquer à des tiers des données contenues dans le Registre des actes authentiques dématérialisés, dès lors que toutes les significations faites par la voie électronique, qui sont nécessairement visées par la disposition en projet, devraient, selon l'article 32*quater*/2 du Code judiciaire et le projet d'arrêté royal mentionné ci-dessus, être enregistrées dans le Registre des actes authentiques dématérialisés.

4. L'article XX.9 sera réexaminé à la lumière de ces observations.

Article XX.12 en projet du Code de droit économique

1. Il convient, dans la version française, de compléter la première phrase du paragraphe 1er, alinéa 2, par le mot « social », conformément à la définition de siège social donnée à l'article I.22, 27°, en projet.

2. À l'alinéa 3 du même paragraphe 1er de la version française, il convient de remplacer les mots « lieu d'établissement principal » par les mots « lieu d'activité principal » conformément à l'article 3, paragraphe 1, alinéa 3, du règlement 2015/848.

3. L'article 186 du Code judiciaire détermine les règles d'attribution de compétences à chaque division d'un tribunal tout en prévoyant les matières qui devront nécessairement pouvoir être traitées dans toutes les divisions d'un même tribunal [15].

[14] Cette comparaison avec les règles régissant la signification par voie électronique se justifie dès lors que, dans certaines hypothèses, la notification peut soit remplacer, soit produire les mêmes effets qu'une signification.

[15] La version française de l'article XX.12, § 2, en projet fait référence, de manière erronée, à « chaque section » du tribunal. Il faut lire « division ».

‡LW-ABDRPEJDI-GAHGAVT‡

Si l'objet du paragraphe 2 en projet est de permettre une répartition des compétences entre les différentes divisions du tribunal, il est inutile. Si son objet est d'imposer que le contentieux de la solvabilité puisse être traité dans chaque division, il est préférable de modifier l'article 186 du Code judiciaire.

Article XX.16 en projet du Code de droit économique

1. L'article XX.16, en projet prévoit une mise en place et une gestion conjointe du registre par l'« Orde van Vlaamse Balies » et l'« Ordre des Barreaux francophones et germanophone », à l'instar de ce que prévoit actuellement l'article 5/2 de la loi du 8 août 1997 'sur les faillites', inséré par l'article 6 de la loi du 1er décembre 2016 'modifiant le Code judiciaire et la loi du 8 août 1997 sur les faillites en vue d'introduire le Registre Central de la Solvabilité'.

À l'égard de la proposition devenue cette loi du 1er décembre 2016, la section de législation a fait notamment l'observation suivante :

> « En vertu de l'article 5/2, § 1er, alinéa 1er, proposé, le gestionnaire de cette banque de données serait l'Ordre des barreaux francophones et germanophone et l'Orde van Vlaamse Balies agissant conjointement.
>
> Les articles 488 à 505 du Code judiciaire créent les deux ordres des barreaux, constituent leurs organes, déterminent leurs compétences et leur fonctionnement. Ils n'envisagent toutefois nullement une action conjointe de ces deux ordres.
>
> Ainsi, l'article 495 du Code judiciaire dispose :
>
> 'L'Ordre des Barreaux francophones et germanophone et l'Orde van Vlaamse Balies ont, chacune en ce qui concerne les barreaux qui en font partie, pour mission de veiller à l'honneur, aux droits et aux intérêts professionnels communs de leurs membres et sont compétentes en ce qui concerne l'aide juridique, le stage, la formation professionnelle des avocats-stagiaires et la formation de tous les avocats appartenant aux barreaux qui en font partie.
>
> Elles prennent les initiatives et les mesures utiles en matière de formation, de règles disciplinaires et de loyauté professionnelle, ainsi que pour la défense des intérêts de l'avocat et du justiciable.
>
> Chacune d'elles peut faire, en ces matières, des propositions aux autorités compétentes'.
>
> L'article 496 du même Code dispose :
>
> 'L'Ordre des Barreaux francophones et germanophone et l'Orde van Vlaamse Balies arrêtent des règlements appropriés en ce qui concerne les compétences visées à l'article 495.
>
> Elles fixent, pour les relations entre les membres des différents barreaux qui en font partie, les règles et usages de la profession d'avocat et les unifient. À cette fin, elles arrêtent des règlements appropriés'.
>
> Le Conseil d'État n'aperçoit pas comment, ainsi organisés, ces Ordres pourraient gérer conjointement une banque de données informatisée.
>
> La compatibilité entre les articles 488 à 505 du Code judiciaire et les dispositions proposées sera fondamentalement repensée ».

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Cette observation vaut également pour l'article XX.16 en projet.

2. Au paragraphe 3, alinéa 2, 1°, quatrième tiret, les mots « numéro du » doivent être insérés dans la version française entre les mots « le » et « Registre national ».

Article XX.19 en projet du Code de droit économique

1. La version française du paragraphe 2, alinéa 3, doit être mise en concordance avec la version néerlandaise afin d'éviter de lire le texte comme signifiant que le gestionnaire doit payer les rétributions.

2. Au début du paragraphe 3, alinéa 1er, il y a lieu de renvoyer au « montant de la rétribution visé au paragraphe 2 ».

Par ailleurs, le paragraphe 4 est inutile et peut être omis.

Article XX.20 en projet du Code de droit économique

1. La section de législation n'aperçoit pas la cohérence de l'articulation entre les trois alinéas suivants du paragraphe 3 :

« Les frais et honoraires *des praticiens de l'insolvabilité* sont déterminés par le tribunal en fonction de l'importance et de la complexité de leur mission.

Les honoraires *des curateurs* sont fixés partiellement sur la base du temps requis pour la gestion de la masse et partiellement sous la forme d'une indemnité proportionnelle aux actifs réalisés.

Les honoraires *des autres praticiens de l'insolvabilité* sont fixés sur la base du temps requis pour l'accomplissement de leurs prestations, le cas échéant en tenant compte de la valeur des actifs » (italiques ajoutés).

Il est également renvoyé à l'observation n° 4 formulée sous l'article I.22 en projet, qui concerne le 11° de cette disposition.

2. Afin de faire correspondre la version française à la version néerlandaise, le mot « arbitrage », à la fin du paragraphe 4, alinéa 1er, sera remplacé par le mot « liquidation ».

3. Le paragraphe 4, alinéa 4, doit préciser la formule d'indexation.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

4. Le paragraphe 5 en projet devrait être réécrit comme suit :

« § 5. À la demande des curateurs et de l'avis conforme du juge-commissaire, le tribunal peut permettre au curateur de prélever des remboursements de frais et des honoraires provisionnels dont il fixe le montant. Sauf circonstances particulières, le total des frais et honoraires provisionnels ne peut excéder les trois quarts du montant fixé selon les règles d'indemnisation établies par le Roi. En aucun cas, des honoraires provisionnels ne peuvent être alloués lorsque les curateurs n'insèrent pas les états prévus à l'article XX.131 dans le registre.

Le tribunal peut allouer des remboursements de frais et des honoraires provisionnels à la demande des autres praticiens de 1'insolvabilité ».

5. La section de législation se demande s'il ne conviendrait pas d'intervertir les alinéas 2 et 3 du paragraphe 6 en projet.

Il est suggéré de réécrire l'alinéa 3 actuel comme suit :

« Toute demande de tiers est portée devant le tribunal, selon les formes du référé, et est dirigée contre le ou les praticiens de l'insolvabilité et contre le débiteur ».

La section de législation aperçoit par ailleurs des redondances dans le contenu et l'articulation des alinéas suivants :

> « Le praticien de l'insolvabilité et le débiteur sont entendus en chambre du conseil. La décision est rendue en audience publique.
>
> Les praticiens de l'insolvabilité dont le remplacement est envisagé, sont préalablement appelés et, après rapport du juge-commissaire le cas échéant, entendus en chambre du Conseil. Le jugement est prononcé en audience publique ».

Il conviendrait enfin de prévoir l'hypothèse suivante évoquée dans le commentaire de la disposition :

> « Sauf si le curateur est adjoint comme le prévoit l'article XX.125, lorsqu'il perd sa qualité d'avocat, le curateur est par cet unique fait considéré comme étant démissionnaire et est remplacé à sa demande ».

Le paragraphe 6 devrait être réécrit, plus spécialement quant à l'ordre des alinéas qui le composent, afin de mieux distinguer les hypothèses envisagées.

Article XX.21 en projet du Code de droit économique

À l'alinéa 1er, les mots « sont tenus à jour », qui figurent à l'article 8, alinéa 1er, de la loi 'sur la continuité des entreprises', sont remplacés par les mots « peuvent être tenus à jour ».

Le principe de sécurité juridique requiert que l'exposé des motifs précise les raisons et la portée de ce changement.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Article XX.25 en projet du Code de droit économique

La règle énoncée par l'article XX.25 concerne l'organisation judiciaire et doit figurer dans le Code judiciaire, qui sera donc modifié en ce sens.

La même observation vaut pour les dispositions qui suivent.

Article XX.26 en projet du Code de droit économique

1. L'article XX.26 en projet fixe les modalités de fonctionnement de la chambre des entreprises en difficultés instituée au sein de chaque tribunal de commerce. Il dispose que l'exercice des compétences de la chambre peut être confié à un juge rapporteur. Le rôle essentiel de cette chambre est d'enquêter sur les débiteurs dont la continuité de l'activité économique semble menacée. À ce titre le débiteur peut être convoqué afin d'obtenir toute information relative à l'état de ses affaires. La chambre ou le juge rapporteur peuvent également interroger des tiers s'occupant de la comptabilité du débiteur (comptable externe ou réviseur d'entreprise). Le texte en projet précise au paragraphe 3, alinéa 2, que dans ce cas « l'article 458 du Code pénal n'est pas applicable ». Il prévoit par ailleurs qu'à défaut de comparution du débiteur, le juge rapporteur pourra « descendre d'office » au siège du débiteur et sur les lieux du centre de ses intérêts principaux, énonçant que dans le cas d'une telle descente sur les lieux, « l'assistance d'un greffier n'est pas requise. Le juge pourra dresser seul procès verbal de ses constatations et des déclarations recueillies ».

2. L'écartement de l'application de l'article 458 du Code pénal est de nature à susciter des controverses dès lors que cette disposition pose tant le principe du secret professionnel imposé aux membres de certaines professions, que les exceptions à ce principe, à savoir le droit pour le débiteur de l'obligation au secret de se délier de celle ci lorsqu'il est appelé à témoigner en justice et la possibilité, pour la loi, de l'obliger à faire connaître ces secrets. En écartant purement et simplement son application, le texte en projet écarte tant le principe que ses exceptions.

L'auteur de l'avant-projet veillera plutôt à préciser si les tiers visés au paragraphe 3, alinéa 2, en projet sont présumés « rendre témoignage en justice » au sens de l'article 458 du Code pénal ou si, de façon plus radicale, la disposition les oblige à faire connaître leur secret quant à la situation du débiteur.

3. Aux termes de l'article 168, alinéas 1er et 2, du Code judiciaire :

> « Le greffier exerce une fonction judiciaire, accomplit les tâches du greffe et assiste, en qualité de greffier, le magistrat dans tous les actes de son ministère. Cette règle ne reçoit exception que si, en raison de l'urgence, sa présence n'a pu être requise ».

L'alinéa 4, 3° et 4°, de cette même disposition énonce notamment que le greffier « dresse le procès verbal des instances et des décisions » et il « confère l'authenticité » aux différentes formalités qui doivent être accomplies par le juge.

‡LW-ABDRPEJDI-GAHGAVT‡

Si la loi peut déroger à l'article 168 du Code judiciaire, encore l'auteur du projet doit il être conscient qu'en autorisant le juge à dresser procès verbal de constatations et de déclarations, sans être assisté par un greffier, il ne pourra pas conférer à ce procès verbal une valeur authentique.

L'auteur de l'avant-projet est invité à vérifier si telle est bien son intention.

Articles XX.31 et XX.32 en projet du Code de droit économique

Il y a lieu, comme à l'article XX.228, § 1er, de remplacer le mot « manquements » par « fautes ».

Article XX.31 en projet du Code de droit économique

La question se pose de savoir s'il ne conviendrait pas d'ajouter l'adjectif « économique » après les mots « ses activités » car, si une personne physique exerçant une activité professionnelle à titre indépendant peut être qualifiée d'entreprise, toutes ses activités ne sont pas concernées par les procédures d'insolvabilité.

L'auteur de l'avant-projet lui-même précise parfois qu'il s'agit uniquement de l'activité économique.

La même observation vaut notamment pour les articles XX.33, § 1er, XX.34, § 3, XX.39, § 1er, XX.40, § 1er et § 4, XX.42 et XX.143.

Article XX.33 en projet du Code de droit économique

Au paragraphe 2, alinéa 2, il y a lieu de préciser comment sera élaboré le code de déontologie qui y est évoqué comme liant l'administrateur provisoire.

Article XX.34 en projet du Code de droit économique

L'alinéa 3 du paragraphe 3 devrait être réécrit comme suit :

« Le pré-curateur a le droit de recueillir des informations concernant le débiteur ou ses organes de gestion. Si le débiteur y consent, il peut prendre contact avec des tiers ou demander à un expert de procéder à un examen de la situation du débiteur. Le tribunal peut octroyer à tout moment des compétences supplémentaires au pré-curateur s'il le juge nécessaire, même d'office ».

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Article XX.37 en projet du Code de droit économique

La disposition en projet prévoit d'interdire le recours ordinaire de l'opposition à l'égard d'une série de décisions judiciaires rendues en application de diverses dispositions en projet.

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur le projet de loi 'portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice', déposé le 16 janvier 2017 [16], à propos duquel le Conseil d'État a donné son avis 59.944/2-3 le 28 septembre 2016, qui a notamment pour objet de modifier très sensiblement les règles en matière d'opposition en matière civile.

L'auteur de l'avant-projet est invité à vérifier la compatibilité et l'articulation de la règle en projet avec celles en discussion dans le cadre du projet de loi précité.

Article XX.44 en projet du Code de droit économique

1. Aux termes du paragraphe 2, alinéa 1er, 5°, en projet, le débiteur qui sollicite l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire adresse au tribunal une requête, à laquelle il joint notamment

> « une situation comptable qui reflète l'actif et le passif et le compte de résultats ne datant pas de plus de trois mois, établis avec l'assistance d'un *réviseur d'entreprises*, d'un expert-comptable externe, d'un comptable agréé externe ou d'un comptable-fiscaliste agréé externe » (italique ajoutée).

Selon la version électronique du commentaire de ces dispositions,

> « le réviseur d'entreprises qui remplit en qualité de commissaire du débiteur une mission de contrôle légal des comptes annuels ne peut accepter la mission d'assistance vu qu'il compromettrait son indépendance en tant que commissaire; en effet, le commissaire ne peut être concerné d'aucune manière par l'établissement du bilan et du compte de résultats ».

La disposition devra traduire expressément cette garantie.

Par ailleurs, la version papier de ce commentaire comporte un ajout sur ce point qui n'est pas pertinent.

2. Au paragraphe 2, alinéa 1er, 9°, en projet, il ne paraît pas suffisant de n'exiger dans la requête en réorganisation judiciaire que

> « l'indication que le débiteur a satisfait aux obligations légales et conventionnelles d'information et de consultation des travailleurs ou de leurs représentants ».

Afin d'assurer l'effectivité de cette disposition, elle devrait exiger la mention du détail de la mise en œuvre de ces obligations.

[16] *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2259/001.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Article XX.48 en projet du Code de droit économique

1. Au paragraphe 2, il appartient à l'auteur de l'avant-projet de vérifier s'il entend bien s'écarter du mécanisme prévu à l'article 633 du Code des sociétés et, le cas échéant, de s'en expliquer dans le commentaire de la disposition.

2. Le paragraphe 4 en projet trouverait mieux sa place à l'article XX.87, § 2, en projet.

3. Mieux vaudrait faire de chacune des deux phrases du paragraphe 5, alinéa 1er, un alinéa distinct.

Article XX.49 en projet du Code de droit économique

L'alinéa 4 du paragraphe 1er tend à régler les problèmes relatifs à la constitution du dossier de pièces à joindre à la requête en réorganisation judiciaire.

L'option laissée au tribunal de faire application à l'article 769, alinéa 2, du Code judiciaire, qui concerne *a priori* une autre hypothèse que celle de la réparation d'une omission ou d'une irrégularité dans le dépôt de pièces nécessaires à la régularité de la demande, apparaît inutile.

Il est préférable de remplacer les mots « ou faire application de l'article 769, alinéa 2, du Code judiciaire » par les mots « pour lui permettre de corriger l'omission ou l'irrégularité constatée en produisant les pièces nécessaires à la régularité de la requêté ».

Article XX.51 en projet du Code de droit économique

Au paragraphe 1er, 1°, il est préférable de bien marquer la distinction entre la « dénomination sociale » des personnes morales (sociétés), qui est protégée par l'article 65 du Code des sociétés, et le nom commercial sous lequel l'activité économique est exercée (cfr. le livre VI du Code de droit économique sur les pratiques du marché et la protection du consommateur).

En conséquence, la rédaction suivante est proposée :

« 1° s'il s'agit d'une personne physique, les nom, prénoms, lieu et date de naissance, la nature de l'activité principale ainsi que le nom commercial sous lequel cette activité est exercée, l'adresse ainsi que le lieu de l'établissement principal et le numéro d'entreprise ; s'il s'agit d'une personne morale, la dénomination sociale, la forme juridique, le nom commercial sous lequel l'activité est exercée, le siège social et le numéro d'entreprise ; s'il s'agit d'une entreprise visée à l'article XX.1, § 1er, alinéa 1, c), le nom commercial sous lequel l'activité est exercée, le cas échéant le numéro d'entreprise, le siège de l'activité et les données d'identification du fondé de pouvoir, le cas échéant ».

‡LW-ABDRPEJDI-GAHGAVT‡

La même observation vaut pour l'article XX.110.

Article XX.52 en projet du Code de droit économique

1. La première phrase de l'alinéa 3 du paragraphe 1er en projet crée une insécurité juridique en ce qu'il est impossible pour le débiteur faisant usage de la voie électronique de savoir si le créancier a pu recevoir cet avis, sauf à compléter la disposition par un mécanisme de recommandation électronique.

2. À l'alinéa 6 du même paragraphe 1er en projet, il convient de préciser si la créance qui peut être contestée est celle du créancier qui conteste ou celle de tout autre créancier. Dans cette dernière hypothèse, la disposition devrait prévoir que cette contestation est notifiée à celui dont la créance est contestée [17].

3. Sous ces réserves, la disposition devrait être restructurée comme suit :

« § 1. Le débiteur avise les créanciers individuellement des données visées à l'article XX.51 dans les huit jours du prononcé du jugement.

Il joint en outre à cette communication la liste des créanciers visée à l'article XX.44, § 2, 7°, ainsi que le montant de leur créance, la mention spécifique de la qualité de créancier sursitaire extraordinaire et des biens grevés.

La communication visée au présent paragraphe est faite par voie électronique, sauf si le créancier ne peut recevoir d'avis électronique. La communication électronique inclut la possibilité pour le destinataire d'en confirmer l'exactitude. Si le créancier ne peut pas recevoir d'avis électronique, le débiteur notifie au créancier par lettre recommandée avec accusé de réception et insère la preuve d'envoi dans le dossier de la réorganisation. L'avis au créancier mentionne que le créancier peut tant par voie électronique que sur support matériel confirmer l'exactitude de l'avis.

Le débiteur insère une copie de ses communications dans le registre ou, le cas échéant, délivre au greffier une copie sur un support matériel pour les inclure dans le dossier visé à l'article XX.43.

Le Roi peut préciser quels sont les éléments qui doivent figurer dans la communication.

§ 2. Tout créancier sursitaire qui conteste le montant ou la qualité d'une créance reprise sur la liste visée à l'article XX.44, § 2, 7°, peut, en cas de désaccord persistant avec le débiteur, porter le litige par requête contradictoire devant le tribunal qui connait de la procédure en réorganisation judiciaire.

Le créancier dépose sa requête au registre. Le greffier notifie la requête au débiteur par voie du registre.

[17] Comp. avec l'article XX.71, § 1er, alinéa 1er, en projet.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Le jugement est notifié au requérant et aux éventuelles parties intervenantes par pli judiciaire.

Le débiteur dépose la liste des créanciers ainsi modifiée dans le registre ».

Article XX.54 en projet du Code de droit économique

1. La deuxième phrase du paragraphe 1er, alinéa 2, du texte français en projet doit être revue pour correspondre à la version néerlandaise du texte.

2. Il conviendrait de préciser, dans la deuxième phrase du paragraphe 2, si c'est d'office ou uniquement à la demande expresse du débiteur (comme c'est le cas à l'article XX.47, § 2) que le tribunal peut prononcer la suspension conjointement avec le jugement en ouverture de la procédure en réorganisation judiciaire.

3. La question se pose de savoir s'il n'y a pas lieu de compléter le paragraphe 3 par les mots « nonobstant le jugement en ouverture de la réorganisation judiciaire » (comme c'est le cas au paragraphe 2).

Article XX.57 en projet du Code de droit économique

1. Au paragraphe 4 en projet, il y a lieu d'insérer le mot « physique » entre les mots « personne » et « qui s'est constituée ».

2. L'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier, de préférence dans le commentaire de la disposition à l'examen, pourquoi :

- au paragraphe 1er, alinéa 1er, en projet, la protection organisée par cette disposition ne peut profiter à l'ex-cohabitant légal du débiteur alors qu'elle peut profiter son ex-conjoint ;

- au paragraphe 1er, alinéa 2, la restriction à la protection offerte ne concerne que les cohabitants légaux et non les personnes mariées.

Une observation analogue vaut pour les articles XX.99 et XX.177 en projet.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Article XX.59 en projet du Code de droit économique

Le paragraphe 1er prévoit que le manquement contractuel commis par le débiteur avant que le sursis ne soit accordé ne peut fonder le créancier à mettre fin au contrat lorsque le débiteur met fin à son manquement dans un délai de quinze jours après qu'il ait été mis en demeure à cette fin par le créancier sursitaire. La question se pose de savoir s'il est nécessaire de préciser que la mise en demeure doit avoir été envoyée après l'octroi du sursis. L'exposé des motifs ne contient pas cette condition :

> « […] Les manquements commis par le débiteur avant d'avoir obtenu le sursis ne sont pas une raison pour mettre un terme si le débiteur met fin à son manquement dans un délai de deux semaines après qu'il a été mis en demeure ».

Article XX.61 en projet du Code de droit économique

À la fin de l'alinéa 1er en projet, afin de mieux rendre compte de l'objectif poursuivi, il convient, semble-t-il, de remplacer les mots « dans la mesure où il y a » par les mots « pour autant qu'il y ait ».

Article XX.62 en projet du Code de droit économique

Au paragraphe 2 en projet, il convient de remplacer « dimension » par « taille » (de l'entreprise).

Article XX.65 en projet du Code de droit économique

1. Au paragraphe 2, alinéa 1er, en projet, afin de tenir compte de l'hypothèse où l'action est introduite par citation du ministère public, il y a lieu de compléter la disposition par les mots « ou sur ses réquisitions ».

2. À l'alinéa 2 du même paragraphe 2 en projet, il y a lieu, semble-t-il, de remplacer « société » par « personne morale ».

Article XX.73 en projet du Code de droit économique

Dans la version néerlandaise du paragraphe 2, alinéa 2, en projet, il y a lieu de remplacer le mot « hun » par le mot « de ».

Article XX.75 en projet du Code de droit économique

Le prescrit des alinéas 2 et 3 en projet (« le plan indique quelles créances sont encore contestées » et « peut également contenir l'évaluation des conséquences que l'approbation du plan entraînerait pour les créanciers concernés ») semble déjà figurer à l'article XX.73, § 2,

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

alinéa 2 (la partie descriptive « comporte un rapport établi par le débiteur sur les contestations de créances, de nature à éclairer les intéressés sur leur ampleur et leur fondement »), en projet et à l'article XX.74 en projet (« Le plan de réorganisation décrit avec précision les droits des personnes qui sont titulaires de créances sursitaires et la modification de leurs droits du fait du vote et de l'homologation du plan de réorganisation »).

Ces dispositions seront réexaminées.

Article XX.76 en projet du Code de droit économique

1. Les versions française et néerlandaise de l'alinéa 4 en projet ne correspondent pas.

Cette discordance doit être levée.

L'alinéa 4 en projet reproduit en substance l'article 49/1, alinéa 4, de la loi du 31 janvier 2009 'relative à la continuité des entreprises' (« Le plan ne peut contenir de réduction ou d'abandon des créances nées de prestations de travail antérieures à l'ouverture de la procédure ») tout en le complétant par les mots « à l'exclusion des cotisations ou dettes fiscales ou sociales à charge de l'employeur ».

Dans son arrêt n° 50/2016 du 24 mars 2016, la Cour constitutionnelle a jugé qu'

> « interprété en ce sens qu'il vise la créance de précompte professionnel, l'article 49/1, alinéa 4, de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution ».

Pour aboutir à cette conclusion, la Cour s'est fondée sur la considération suivante :

> « B.14. La créance de précompte professionnel, dont l'entreprise est le redevable au titre d'avance sur l'impôt que les travailleurs devront payer sur leurs revenus professionnels, peut […] être considérée comme une créance née de prestations de travail qui, pour autant qu'elle soit antérieure à l'ouverture de la procédure, est protégée par la disposition en cause.
>
> Cette créance fiscale pour le compte des travailleurs, antérieure à l'ouverture de la procédure, diffère dès lors essentiellement des créances fiscales de l'entreprise, qui pourraient être le cas échéant réduites, conformément à l'article 49/1, alinéa 2, de la loi du 31 janvier 2009 ».

Le texte en avant-projet ne fait pas de distinction entre les dettes fiscales et sociales de l'entreprise nées de prestations de travail selon qu'il s'agit ou non de créances « pour le compte des travailleurs ».

Par conséquent, la disposition en projet pourrait être jugée contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution par la Cour constitutionnelle dans la mesure où elle traite de la même manière toutes les dettes fiscales de l'entreprise sans opérer de distinction selon qu'il s'agit ou non de dettes existant « pour le compte des travailleurs ».

Il est à noter que la Cour de cassation a jugé pour sa part que l'article 49/1, alinéa 4, de la loi du 31 janvier 2009 devait être interprété comme ne comprenant pas les créances

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

pour le paiement du précompte professionnel nées de prestations de travail antérieures à l'ouverture de la procédure en réorganisation judiciaire.

Le commentaire de l'article doit donc être complété pour justifier au regard des articles 10 et 11 de la Constitution l'exclusion des cotisations ou dettes fiscales ou sociales à charge des employeurs dans la mesure où cette exclusion sera interprétée comme excluant également, notamment, les créances pour le précompte professionnel.

2. Sous ces réserves, une nouvelle rédaction de l'alinéa 4 est proposée :

« Le plan de réorganisation ne peut comporter de :

– réduction ou d'abandon des créances sursitaires nées de prestations de travail, à l'exclusion des cotisations ou dettes fiscales ou sociales à charge de l'employeur ;

– réduction des dettes alimentaires ni des dettes qui résultent pour le débiteur de l'obligation de réparer le dommage causé par sa faute et lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne ;

– diminution ou suppression des amendes pénales ».

Article XX.79 en projet du Code de droit économique

Le commentaire de l'article XX.79 en projet serait utilement complété par la mention des recommandations européennes qu'il évoque.

Article XX.81 en projet du Code de droit économique

Contrairement à ce qu'annonce le commentaire de la disposition, il n'est pas clairement prévu que les créanciers qui ont déjà été payés en partie peuvent uniquement venir à la réunion dans les limites de leur créance, dans l'état où celle-ci se trouve au moment du dépôt du plan.

Article XX.82 en projet du Code de droit économique

Le paragraphe 3 en projet répète ce que laisse déjà implicitement entendre le paragraphe 2 en projet.

Ces dispositions seront revues.

Article XX.83 en projet du Code de droit économique

La disposition serait clarifiée, conformément à son commentaire, si l'adjectif « pénale » était inséré entre les mots « poursuite » et « exercée ».

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Article XX.84 en projet du Code de droit économique

La seconde phrase de l'alinéa 2 en projet serait mieux rédigée comme suit :

« L'appel formé par un créancier est dirigé contre toutes les parties intervenues dans la procédure ainsi que contre le débiteur ».

Article XX.85 en projet du Code de droit économique

À l'alinéa 3, deuxième phrase, en projet, dans la version française**,** mieux vaut écrire :

« Si le créancier n'a pas été dûment informé au cours du sursis, il sera payé selon les modalités et dans la mesure prévue par le plan homologué pour des créances similaires ».

Article XX.90 en projet du Code de droit économique

Le paragraphe 2 en projet précise notamment que l'exercice simultané du contrôle sur des droits nécessaires à la poursuite des activités devait s'opérer à travers d'autres personnes morales.

Même si cette disposition est identique à l'article 62 de la loi du 31 janvier 2009 'relative à la continuité des entreprises', la section de législation n'aperçoit pas la raison d'être de cette restriction.

Article XX.102 en projet du Code de droit économique

Le commentaire de la disposition devrait être complété pour justifier le monopole que l'alinéa 5 réserve au curateur.

Article XX.105 en projet du Code de droit économique

Il revient à l'auteur de l'avant-projet d'examiner si l'exception à l'obligation pesant en principe sur tout débiteur de faire l'aveu de la faillite en cas de cessation de paiement, faite au profit des associations sans but lucratif, des associations internationales sans but lucratif et des fondations, ne doit pas être étendue aux partis politiques européens et aux fondations politiques européennes au sens des titres III*ter* et III*quater* de la loi 27 juin 1921 'sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes' telle que modifiée par le chapitre 6 de la loi du 25 décembre 2016 'modifiant le statut juridique des détenus et la surveillance des prisons et portant des dispositions diverses en matière de justice'.

Dans la version néerlandaise, on écrira d'ailleurs « hij » au lieu de « rij ».

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Article XX.111 en projet du Code de droit économique

Au paragraphe 3, alinéa 2, en projet, les mots « qui n'est pas au courant » seront avantageusement remplacés par les mots « qui n'a pas été informé ou n'a pas eu connaissance ».

Article XX.113 en projet du Code de droit économique

Le Conseil d'État se demande si, au paragraphe 3, alinéa 2, en projet, il n'y a pas lieu de viser non seulement « les montants, sommes et paiements que le failli recueille à partir de la déclaration de la faillite en vertu d'une cause postérieure à la faillite » mais également les autres biens, dont il est pourtant question au paragraphe 1er.

Article XX.114 en projet du Code de droit économique

Au 3° en projet, il serait souhaitable de préciser, comme dans le commentaire de l'article, que la non-opposabilité ne vaudra pas lorsqu'il s'agit d'un accord amiable ou d'une réorganisation judiciaire.

Article XX.115 en projet du Code de droit économique

Il serait utile de préciser dans le dispositif en projet que la règle envisagée ne s'applique pas en cas d'accord amiable ou de réorganisation judiciaire, ainsi que l'expose son commentaire.

Article XX.141 en projet du Code de droit économique

Comme dans la version néerlandaise du texte, les virgules qui, dans le texte français, encadrent les mots « qui ne servent pas de preuve contre des tiers » doivent être omises de la quatrième phrase de l'alinéa 2 en projet, sauf à qualifier l'ensemble des pièces du dossier comme ayant cette caractéristique, ce qui créerait un non-sens dans la disposition.

Article XX.142 en projet du Code de droit économique

Sauf le renvoi à l'article 46 de la loi sur les faillites, le commentaire de la disposition paraît ne pas avoir de rapport avec le contenu de celle-ci.

Article XX.159 en projet du Code de droit économique

Il convient de restructurer l'alinéa 1er en projet et de remplacer le mot « identité » par les mots « dénomination sociale ».

‡LW-ABDRPEJDI-GAHGAVT‡

La rédaction suivante est proposée :

« La déclaration de chaque créancier énonce :

– son identité, son numéro d'entreprise et, le cas échéant, sa profession et domicile ou, s'il agit d'une personne morale, son numéro d'entreprise, sa dénomination sociale et son siège social ;

– le montant et les causes de sa créance, les privilèges, hypothèques ou sûreté réelle mobilière qui y sont affectées et le titre d'où elle résulte.

À défaut, les curateurs peuvent rejeter la créance ou la considérer comme chirographaire ».

Article XX.164 en projet du Code de droit économique

La deuxième phrase de l'alinéa 3 en projet sera mieux rédigée comme suit :

« Ils peuvent soumettre au tribunal, entre les procès-verbaux, les contestations relatives aux créances qu'ils veulent accepter ou contester ».

Article XX.173 en projet du Code de droit économique

La première phrase de l'alinéa 1er en projet sera revue afin de mieux organiser et articuler les rôles respectifs du curateur et du juge-commissaire dans la convocation des créanciers et du failli, ainsi que l'ordre de leurs interventions.

Article XX.176 en projet du Code de droit économique

1. Le paragraphe 2, alinéa 1er, en projet serait mieux rédigé comme suit :

« L'effacement n'est accordé qu'à la demande du failli, jointe à sa déclaration d'aveu de la faillite, ou introduite par le dépôt d'une requête dans le registre au plus tard dans les trois mois qui suivent la publication du jugement de faillite, même si la faillite est clôturée avant l'expiration de ce délai ».

2. Le même paragraphe 2 en projet prévoit en outre que :

– sans attendre la clôture de la faillite et une fois écoulé le délai de trois mois, le failli peut demander au tribunal de se prononcer sur l'effacement ;

– à la demande du failli, le tribunal lui communique, par le biais du registre, dans un délai d'un an à partir de l'ouverture de la faillite, les motifs qui justifient qu'il ne s'est pas prononcé sur l'effacement, sans que cette communication ne préjuge de la décision qui sera rendue sur l'effacement ;

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

– si la requête en demande d'effacement est seulement introduite après la clôture de la faillite, le tribunal accorde l'effacement.

En considération de ces éléments, la section de législation se demande si l'intention de l'auteur du projet est bien que l'effacement soit automatique quand la demande est introduite après la clôture de la faillite.

3. Au paragraphe 3 en projet, dans la version française, les mots « À la demande d'une partie intéressée, notifiée au failli par le greffier, » seront avantageusement remplacés par les mots « Par une demande notifiée au failli par le greffier, ».

Article XX.193 en projet du Code de droit économique

Mieux vaut rédiger l'alinéa 2 en projet comme suit :

« Le paiement des dettes communes contractées par le failli dans l'exercice de son activité économique et qui ne sont point réglées par la liquidation de la faillite, ne peut être poursuivi sur le patrimoine propre du conjoint du failli ».

Article XX.196 en projet du Code de droit économique

La section de législation se demande comment s'articulent les deux alinéas du paragraphe 2 en projet, le premier utilisant le verbe « ordonner » et le second le verbe « autoriser ».

Article XX.205 en projet du Code de droit économique

Mieux vaut rédiger la disposition comme suit :

« Lorsqu'un débiteur faisant l'objet dans un autre État membre d'une procédure ouverte conformément à l'article 3, paragraphe 1, du Règlement insolvabilité possède un établissement en Belgique, le contenu essentiel de la décision ouvrant la procédure d'insolvabilité, l'identité du praticien de l'insolvabilité désigné ainsi que la règle de compétence appliquée par la juridiction qui a ouvert la procédure sont publiés au *Moniteur belge*. Il en va de même si la demande en est faite par le praticien de l'insolvabilité ou le débiteur non dessaisi ».

Article XX.213 en projet du Code de droit économique

Dans la version française, il y a lieu d'écrire « Le présent chapitre… » plutôt que « Ce chapitre… ».

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Articles XX.219 à XX.222 en projet du Code de droit économique

L'article XX.219 en projet envisage le rôle, les pouvoirs et les devoirs du praticien de l'insolvabilité dans le cadre d'une insolvabilité internationale principale.

À l'article XX.221 en projet sont reproduits partiellement les articles XX.210 et XX.212 (« insolvabilité européenne »). La section de législation se demande pourquoi le contenu de l'article XX.211 en projet n'a pas été repris, *mutatis mutandis*. Cette disposition est rédigée comme suit en vertu du Règlement insolvabilité :

> « Dès lors qu'une juridiction belge est saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou a ouvert une procédure d'insolvabilité, toute demande de coopération de cette juridiction avec un praticien de l'insolvabilité désigné par une juridiction d'un autre État membre, est de la compétence du juge-commissaire ou du juge délégué ».

Le commentaire de la disposition sera, le cas échéant, complété sur ce point.

Article XX.219 en projet du Code de droit économique

Au paragraphe 2 en projet, le mot « à » doit être remplacé par le mot « a ».

Article XX.224 en projet du Code de droit économique

1. À l'alinéa 1er en projet, le mot « autre » sera omis de la version française.

2. À l'alinéa 2 en projet, les mots « ouverte dans un pays étranger » seront insérés entre les mots « une procédure d'insolvabilité » et les mots « a obtenu ».

Article XX.228 en projet du Code de droit économique

1. Au paragraphe 3 en projet, il faudrait prévoir que le créancier lésé qui intente l'action doit en informer le curateur.

2. Le commentaire du paragraphe 5 sera complété pour mieux justifier le dispositif selon lequel la compensation concerne, d'une part, une diminution ou une absence d'actif et, d'autre part, une aggravation du passif.

Article XX.229 en projet du Code de droit économique

L'article XX.229 en projet reproduit – en l'adaptant – le contenu du paragraphe 2 des articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés, qui sont abrogés par ailleurs.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Ainsi, les mots figurant en italiques dans le texte reproduit ci-après, qui est celui de ce paragraphe 2, alinéa 1er, ni figurent pas à l'article XX.229 en projet :

> « Sans préjudice du paragraphe 1er, l'Office national de Sécurité sociale et le curateur peuvent tenir les administrateurs, anciens administrateurs et administrateurs de fait visés au paragraphe 1er comme étant personnellement et solidairement responsables pour la totalité ou une partie des […] *majorations, intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire visée à l'article 54ter de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs,* dus au moment du prononcé de la faillite, *s'il est établi qu'une faute grave qu'ils ont commise était à la base de la faillite* […] ».

En outre, l'alinéa 2 de ce paragraphe 2 n'est pas reproduit dans la disposition en projet. Cet alinéa 2 est rédigé comme suit :

> « L'Office national de Sécurité sociale ou le curateur intentent l'action en responsabilité personnelle et solidaire des administrateurs visée à l'alinéa 1er devant le tribunal du commerce qui connaît de la faillite de la société ».

Enfin, dès lors que l'hypothèse de la faute grave n'est plus retenue, l'alinéa 3 du paragraphe 2 des textes actuels du Code des sociétés n'est pas davantage reproduit.

Par ailleurs, le même commentaire indique que

> « [l]es cas prévus [à l'article XX.229 en projet] tiennent lieu de présomption *juris et de jure* de responsabilité pour le paiement des cotisations dues. Le texte permet néanmoins une certaine appréciation pour l'implication des dirigeants, comme l'a décidé la Cour constitutionnelle (Cour const., 25 septembre 2014, n° 133/2014, B.9.2). L'ampleur de l'implication de l'administrateur dans la faillite peut influencer « cette appréciation ».

Ces préoccupations ne sont toutefois pas clairement traduites dans la disposition en projet.

La cohérence entre le dispositif et son commentaire sera mieux établie, ce qui donnera également l'occasion d'expliquer les différences par rapport à la rédaction actuelle des dispositions correspondantes du Code des sociétés.

Article XX.230 en projet du Code de droit économique

Une observation analogue à celle formulée sous l'article XX.229 en projet vaut pour l'article XX.230 en projet puisque l'objectif est bien de prévoir en faveur du fisc une disposition similaire à celle qui existe au profit de l'ONSS.

Article XX.233 en projet du Code de droit économique

Au paragraphe 1er, dans le texte français, le verbe « peut » doit être introduit entre les mots « de Bruxelles » et « , s'il est établi ».

‡LW-ABDRPEJDI-GAHGAVT‡

Article XX.236 en projet du Code de droit économique

Il y a lieu d'ajouter les mots « le délai d' » au début de la seconde phrase du premier alinéa de la version française.

Chapitre III

Dans les dispositions modificatives et abrogatoires constituant le chapitre III de l'avant-projet, il y a lieu de mentionner toutes les modifications antérieures apportées aux dispositions à modifier à nouveau, pourvu que ces modifications soient toujours en vigueur et non devenues sans objet à la suite de modifications ultérieures, ainsi que, même si elles ne sont plus en vigueur, celles qui y auraient inséré ou rétabli certaines dispositions [18].

Il s'ensuit que les dispositions ayant remplacé les textes à modifier doivent être mentionnées – à moins qu'elles n'aient été elles-mêmes modifiées ultérieurement –, de même que celles ayant inséré de nouveaux textes.

Article 12

(article 490*quater* du Code pénal en projet)

La disposition serait mieux rédigée comme suit :

« Sont punis d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 5 euros à 125.000 euros, (i) ceux qui ont frauduleusement, sans être créanciers, pris part au vote prévu à l'article XX.81 du Code de droit économique, (ii) ceux qui, étant créanciers, ont exagéré leurs créances et (iii) ceux qui ont stipulé, soit avec le débiteur, soit avec toutes autres personnes, des avantages particuliers pour orienter le sens de leur vote sur le plan de réorganisation ou qui ont conclu un accord particulier en vertu duquel résulterait en leur faveur un avantage à charge de l'actif du débiteur ».

Article 18

1. La section de législation n'a pas connaissance du fait que l'article 764, alinéa 1er, 9°, du Code judiciaire aurait été rétabli par une loi, dont la date n'est pas mentionnée dans l'avant-projet.

2. L'intitulé de la loi du 27 juin 1921 est devenu le suivant par l'effet de l'article 38 de la loi du 25 décembre 2016 'modifiant le statut juridique des détenus et la surveillance des prisons et portant des dispositions diverses en matière de justice' : loi du 27 juin 1921 'sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes'.

[18] *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 113.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Il en sera tenu compte dans le texte complémentaire proposé.

Une observation analogue vaut pour la section III du chapitre III de l'avant-projet et pour la phrase liminaire de son article 49.

Article 19

(article 1186 du Code judiciaire en projet)

Conformément au commentaire de la disposition, il convient d'ajouter « en totalité » entre « appartenant » et « à des mineurs ».

Article 60

Dès lors que le règlement européen mentionné à l'article 119, § 2, 1°, en projet du Code de droit international privé est défini par l'article 117, 4°, du même Code, tel que modifié par l'article 59 de l'avant-projet, comme étant le « règlement sur l'insolvabilité », il suffit de rédiger comme suit les mots appelés à figurer à cet article 119, § 2, 1°, en projet : « 8, paragraphe 2, du règlement sur l'insolvabilité ».

Article 73

Sur la manière adéquate de rédiger la formule d'entrée en vigueur conformément au souhait de l'auteur de l'avant-projet, tel qu'il résulte de la disposition à l'examen, il est renvoyé au *Code de légistique, Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », formule F 4-5-2-1.

OBSERVATIONS FINALES

1. L'exposé des motifs devrait être complété par un commentaire des articles 67 à 73.

2. La rédaction de l'ensemble de l'avant-projet doit être revue. Des exemples en ce sens et des suggestions sont formulées, à titre exemplatif, dans le présent avis.

*

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, 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 die drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Zoals in de memorie van toelichting en in de bespreking van verschillende bepalingen wordt bevestigd, zijn er veel bepalingen die, soms met wijzigingen en toevoegingen, overeenstemmen met bepalingen uit thans geldende wetgeving, in het bijzonder met bepalingen van de 'Faillissementswet' van 8 augustus 1997, van de wet van 31 januari 2009 'betreffende de continuïteit van de ondernemingen', die bij respectievelijk de artikelen 67 en 68 van het voorontwerp worden opgeheven, en van koninklijk besluit nr. 22 van 24 oktober 1934 'betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden en gefailleerden om bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen'.

Voorts geven verschillende bepalingen van het voorontwerp uitvoering aan verordening (EU) 2015/848 van Het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 'betreffende insolventieprocedures' (hierna: "verordening 2015/848").

Opdat de parlementsleden en de adressaten van de ontworpen tekst zouden kunnen beoordelen in hoeverre die tekst het geldende recht wijzigt en hoe aan de Europese verordening uitvoering wordt gegeven, is het wenselijk dat de memorie van toelichting wordt aangevuld met een tabel die de overeenstemming in twee richtingen aangeeft tussen het voorontwerp en enerzijds de thans geldende bepalingen van het Belgisch recht en anderzijds de Europese verordening. Uit die tabel zou moeten blijken in welke gevallen de ontwerpteksten inhoudelijk identiek zijn aan de daarmee overeenstemmende geldende bepalingen, en in welke gevallen inhoudelijke wijzigingen worden aangebracht. Ook zou duidelijk naar voren moeten komen welke bepalingen geheel nieuwe regels bevatten.

Die tabel moet een nuttige aanvulling en samenvatting zijn van de tabel die de gemachtigde van de minister heeft overgezonden, waarin de relevante thans geldende teksten en de ontwerpteksten integraal naast elkaar staan.

Zo'n tabel is des te meer noodzakelijk daar krachtens artikel 70 van het voorontwerp

> "[d]e bestaande wetten en uitvoeringsbesluiten die verwijzen naar de bepalingen bedoeld in artikelen 4 tot en met 66, worden geacht te verwijzen naar de overeenkomstige bepalingen in het Wetboek van economisch recht, zoals ingevoegd bij deze wet".

(*)Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder "rechtsgrond" de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

In de bespreking van de betreffende artikelen zou overigens telkens nauwkeurig moeten worden vermeld welke bepaling van de geldende wetgeving met het betreffende artikel overeenstemt, wat niet altijd het geval is.

2.1. Artikel I.1, eerste lid, 1°, van het Wetboek van economisch recht, dat in titel 1 ("Algemene definities") van boek I ("Definities") staat, wordt vervangen bij artikel 62 van het voorontwerp, dat deel uitmaakt van "sectie" (lees: "afdeling") VIII ("Wijziging van het Wetboek van economisch recht") van hoofdstuk III van het voorontwerp,[1] en geeft aldus een nieuwe definitie van het begrip "onderneming".

Krachtens de inleidende zin van artikel I.1, eerste lid, van het Wetboek, zijn de definities die in dat artikel staan in principe van toepassing op heel het Wetboek, "behoudens andersluidende bepaling in titel 2" van boek I.

Aangezien in het ontworpen artikel I.22 van het Wetboek (artikel 2 van het voorontwerp), dat in een nieuw hoofdstuk 14 ("Definities eigen aan boek XX") van boek I staat, het begrip "onderneming" niet specifiek voor dat ontworpen boek XX betreffende de insolventie van ondernemingen wordt gedefinieerd, zou de nieuwe definitie van dat begrip "onderneming" die in artikel I.1, eerste lid, 1°, van het Wetboek moet komen, gelden voor de bepalingen van dat boek XX, zoals trouwens voor alle boeken van het Wetboek.

In het ontworpen artikel XX.1, § 1, eerste lid, van het Wetboek (artikel 3 van het voorontwerp) wordt opnieuw een definitie gegeven van het begrip "onderneming" "[v]oor de toepassing van dit boek [XX]", die in hoge mate gebaseerd is op de nieuwe definitie die gegeven wordt in het ontworpen artikel I.1, eerste lid, 1°, van het Wetboek.

Het enige fundamentele verschil tussen de twee "definities" vloeit voort uit de invoeging van de woorden ", behoudens voor zover anders bepaald in de hierna volgende boeken of andere wettelijke bepalingen die in dergelijke toepassing voorzien" in het ontworpen artikel I.1, eerste lid, 1°, tweede lid (artikel 62 van het ontwerp). Die woorden hebben maar zin in de algemene definitie die die laatstgenoemde bepaling bevat, wat verklaart dat ze niet in het ontworpen artikel XX.1, tweede lid, voorkomen.

Om het begrip "onderneming" in de zin van het ontworpen artikel XX.1 (artikel 3 van het voorontwerp) te definiëren, wordt in het eerste lid van de bespreking van die laatstgenoemde bepaling verwezen naar artikel I.1.1° (lees: "artikel I.1, eerste lid, 1°") van het Wetboek van economisch recht. Volgens de toelichtingen in de bespreking van het ontworpen artikel I.22 (artikel 2 van het voorontwerp) lijkt de steller van het voorontwerp daarentegen de werkingssfeer van louter het ontworpen boek XX te willen bepalen op basis van het begrip "onderneming" zoals het is omschreven in het ontworpen artikel XX.1.

[1] Omwille van de duidelijkheid zouden de artikelen 62 en 63 van het voorontwerp, die "sectie" VIII van hoofdstuk III vormen, moeten worden opgenomen in hoofdstuk II ("Wetboek van economisch recht") van het voorontwerp, en daarvan de eerste twee artikelen moeten vormen, nog voor het huidige artikel 2 van het voorontwerp. Ook moet bij de redactie van de litterae a) en b) van artikel 62 ermee rekening worden gehouden dat artikel I.1 van het Wetboek van economisch recht twee leden bevat.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Naar het zich laat aanzien en onder het belangrijke voorbehoud van de opmerkingen 2.2 tot 2.3 *infra*, moet de eerste werkwijze worden gevolgd. In dat geval zijn het eerste en het tweede lid van het ontworpen artikel XX.1 overbodig en moeten ze, behalve indien de steller van het voorontwerp kan verklaren waarom ze nodig zijn, worden weggelaten. Ze moeten dan worden vervangen door een lid dat als volgt luidt: "Boek XX is toepasselijk op de ondernemingen".

Hoe dan ook moet over die kwestie duidelijkheid worden geschapen in de memorie van toelichting zodat de werkwijze die uiteindelijk in het dispositief wordt gevolgd in het licht van deze opmerking verklaard wordt.

Die uitleg moet in de bespreking van de relevante bepaling staan, namelijk in de bespreking van artikel 62 (dat naar hoofdstuk II van het voorontwerp moet worden verplaatst), indien de steller van het voorontwerp inderdaad van plan is aan het begrip "onderneming" zoals gedefinieerd in het ontworpen artikel I.1, eerste lid, 1°, een algemene betekenis te geven die voor heel het Wetboek van economisch recht geldt, ook voor het nieuwe boek XX ervan.

In die uitleg moet dan in ieder geval worden uiteengezet in hoeverre het gerechtvaardigd is dat de nieuwe definitie van het begrip "onderneming", die sterk afwijkt van de thans geldende definitie, inderdaad voor alle bepalingen van het Wetboek van economisch recht kan gelden.

Indien de steller van het voorontwerp een definitie van dat begrip wil geven die specifiek voor dat boek XX geldt, moet het ontworpen artikel I.22 (artikel 2 van het ontwerp), in die zin worden aangevuld, wat te verkiezen valt boven de werkwijze waarbij die definitie in het ontworpen artikel XX.1 (artikel 3 van het ontwerp), wordt opgenomen, en moet artikel 62, evenals het eerste en het tweede lid van het ontworpen artikel XX.1, worden weggelaten. Die twee laatstgenoemde leden moeten dan ook worden vervangen door een lid dat als volgt luidt: "Boek XX is toepasselijk op de ondernemingen". De toelichting bij het begrip "onderneming" zoals dat momenteel in het ontworpen artikel XX.1, (artikel 3 van het ontwerp) wordt gedefinieerd, wordt overigens gegeven in de bespreking van artikel 2, dat betrekking heeft op het ontworpen artikel I.22.

Die bespreking moet hoe dan ook worden aangepast in het licht van deze opmerking.

2.2. Los daarvan doen de artikelen I.1, eerste lid, 1°, en XX.1, § 1, eerste en tweede lid, ten aanzien van iedere natuurlijke persoon die een zelfstandig beroep uitoefent en van iedere rechtspersoon een onweerlegbaar vermoeden ontstaan dat het om een onderneming gaat. Het vermoeden geldt zelfs ook voor iedere "organisatie zonder rechtspersoonlijkheid", maar dan als weerlegbaar vermoeden aangezien de organisatie de mogelijkheid heeft om aan te tonen dat ze geen winstoogmerk heeft en geen voordelen verstrekt aan haar leden of aan personen die een beslissende invloed op haar beleid uitoefenen.

Die omkering van de verhouding tussen het commerciële/de onderneming en het burgerlijke, is mogelijk onverenigbaar met de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en van non-discriminatie, meer bepaald ten aanzien van het evenredigheidsbeginsel. Terwijl het recht

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

inzake de insolventie van handelaars of ondernemingen sterk afwijkt van het burgerlijk recht, breidt het voorontwerp de werkingssfeer *ratione personae* van dat recht aanzienlijk uit, door het begrip "handelaar" te vervangen door het begrip "onderneming" in die extreem ruime betekenis.

De huidige insolventieregeling geldt in essentie voor de "handelaars" (natuurlijke of rechtspersonen). Volgens artikel 2 van de 'Faillissementswet' van 8 augustus 1997 kan enkel een handelaar failliet worden verklaard (indien hij op duurzame wijze is opgehouden te betalen en indien zijn krediet geschokt is). De wet van 31 januari 2009 'betreffende de continuïteit van de ondernemingen' is, naar luid van artikel 3 ervan, toepasselijk op de kooplieden (artikel 1 van het Wetboek van koophandel) en op de landbouwers, alsook op de landbouwvennootschappen (artikel 2, § 3, van het Wetboek van vennootschappen) en op de burgerlijke vennootschappen met handelsvorm (artikel 3, § 4, van het Wetboek van vennootschappen); die twee categorieën vennootschappen hebben rechtspersoonlijkheid.

Artikel 1 van het Wetboek van koophandel luidt als volgt:

> "Kooplieden zijn zij die daden uitoefenen, bij de wet daden van koophandel genoemd, en daarvan, hoofdzakelijk of aanvullend, hun gewoon beroep maken".

Om te bepalen of een natuurlijke persoon daden van koophandel stelt, wordt gekeken naar de daadwerkelijk uitgeoefende activiteit, terwijl bij een rechtspersoon wordt gekeken naar het doel van de vennootschap – omvat dit al dan niet het stellen van daden van koophandel? – om te besluiten of het om koophandel gaat.

In het Wetboek van koophandel wordt geen abstracte definitie gegeven van het begrip "daad van koophandel", maar wel een onsystematische en uiteenlopende lijst daden die als daden van koophandel worden beschouwd (lijsten van de artikelen 2 en 3 van het Wetboek van koophandel). Het Hof van cassatie heeft aan de definitie van de daad van koophandel nog een subjectief element toegevoegd: het winstoogmerk. Bijgevolg worden daden van koophandel ofschoon ze aan de wettelijke definitie beantwoorden, niet aldus gekwalificeerd indien de afwezigheid van enig winstoogmerk vaststaat.[2]

Louter het feit dat een persoon herhaaldelijk daden van koophandel stelt, verleent hem niet de hoedanigheid van handelaar. Hij moet de wil hebben om of handelen met de bedoeling uit die daden van koophandel inkomsten te halen.

Daden van koophandel die met een beroepsdoeleinde worden gesteld, moeten "uit eigen naam en voor eigen rekening" worden verricht. Die voorwaarde, die niet uitdrukkelijk in artikel 1 van het Wetboek van koophandel is vermeld, is toegevoegd door de rechtsleer en de rechtspraak. Ze sluit uit de categorie handelaars die personen uit die voor rekening van iemand anders werken, bijvoorbeeld de werknemers van een handelaar, de directeur van een vennootschap, de bezoldigde zaakvoerder van een winkel, de bestuurders en zaakvoerders van handelsvennootschappen.

Het centrale begrip van het Wetboek van economisch recht is de "onderneming", die in de huidige versie in artikel I.1, eerste lid, 1°, wordt gedefinieerd als "elke natuurlijke

[2] Cass. 19 januari 1973, *R.C.J.B.*, 1974, 323.

‡LW-ABDRPEJDI-GAHGAVT‡

persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen". Het "economisch doel" wordt opgevat als de economische activiteit die voortvloeit uit elk aanbod van goederen en diensten op een markt. De aard van de activiteit – "economisch" – wordt dus het enige en ruime criterium van onderscheid, ongeacht wat de juridische vorm van de onderneming is of ongeacht de wijze waarop die onderneming wordt gefinancierd. Het is nog steeds zo dat een entiteit niet kan worden beschouwd als een onderneming in de zin van het Wetboek wanneer er een band van ondergeschiktheid bestaat. Het vereiste van winstoogmerk is weggevallen: handelaars, ambachtslieden, verenigingen zonder winstoogmerk die een economische activiteit uitoefenen of personen die een vrij beroep uitoefenen kunnen alle onder het begrip "onderneming" vallen.[3]

Bij de wet van 26 maart 2014 'tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties met het oog op de toekenning van bevoegdheid aan de natuurlijke rechter in diverse materies' is ook artikel 573 van het Gerechtelijk Wetboek gewijzigd, zodat de rechtbank van koophandel voortaan in eerste aanleg kennisneemt van de geschillen "tussen ondernemingen, namelijk tussen alle personen die op duurzame wijze een economisch doel nastreven, die betrekking hebben op een handeling welke is verricht in het kader van de verwezenlijking van dat doel en die niet onder de bijzondere bevoegdheid van andere rechtscolleges vallen".

De afdeling Wetgeving vraagt zich af of de steller van het voorontwerp beseft dat de bepaling dat "iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent" een onderneming is, als gevolg heeft dat ieder natuurlijk persoon die een "beroep" uitoefent zonder een band van ondergeschiktheid, onder de insolventieprocedures valt (bijvoorbeeld: de bestuurder of zaakvoerder van een vennootschap). De werkingssfeer zou kunnen worden beperkt onder meer door de uitgeoefende activiteit te omschrijven als "economische activiteit" in plaats van als "beroepsactiviteit". In de bespreking van artikel 2 wijst de steller van het voorontwerp er zelf op dat "niet elke activiteit van een natuurlijke persoon onder het ondernemingsbegrip moet vallen". Zo vormt een natuurlijk persoon die voor het normale beheer van zijn persoonlijk vermogen zorgt, geen onderneming (bijvoorbeeld: inschrijving op, verwerving van of bezit van effecten van een handelsvennootschap).

De steller van het voorontwerp moet zich er ook van bewust zijn dat het gebruik van de woorden "iedere rechtspersoon" zonder enige andere beperking dan wat in de ontworpen artikelen I.1, 1°, tweede lid, en XX.1, tweede lid, is bepaald, als gevolg heeft dat zelfs rechtspersonen die geen enkele beroepsactiviteit of economische activiteit uitoefenen - met inbegrip van bijvoorbeeld tal van verenigingen zonder winstoogmerk of stichtingen - als ondernemingen zullen worden beschouwd. Indien de steller van het voorontwerp opteert voor de nieuwe invulling van het begrip "onderneming" in de algemene bepaling van het ontworpen

[3] De criteria betreffende de commerciële aard zijn op discutabele wijze opnieuw in het Wetboek van economisch recht ingevoerd. Voor sommige bepalingen van boek III van het Wetboek (vrijheid van vestiging, dienstverlening en algemene verplichtingen van de ondernemingen) bestaat er immers opnieuw een onderscheid tussen "ambachtsonderneming" (artikel I.2, 9°), "handelsonderneming" (artikel I.2, 10°) en "niet-handelsonderneming naar privaat recht" (artikel I.2, 11°). De "handelsonderneming" is "elke persoon, die over een vestigingseenheid beschikt in België en er daden van koophandel uitoefent, zoals beschreven in het Wetboek van Koophandel en die aldus wordt vermoed de hoedanigheid van 'handelaar' te hebben".

‡LW-ABDRPEJDI-GAHGAVT‡

artikel I.1, eerste lid, 1°,[4] geldt dat niet alleen voor de bepalingen van boek XX, betreffende de insolventie van ondernemingen, maar ook voor de bepalingen van de andere boeken van het Wetboek van economisch recht.

Voorts bevat de ontworpen tekst een vreemde stap terug: voortaan zal het mogelijk zijn dat het faillissement van een organisatie zonder rechtspersoonlijkheid wordt uitgesproken. Aldus wil de wetgever terugkomen op de nuttige afschaffing van de theorie van de verplichte rechtsvorm, bij de wet van 13 april 1995. Tot op dat ogenblik werd in de rechtspraak het faillissement uitgesproken van wat "onregelmatige vennootschappen onder firma" werden genoemd: zodra meerdere personen samen handel dreven onder een handelsnaam, werden ze behandeld "alsof" ze samen een vennootschap vormden, die dus onregelmatig was. Wanneer de zaken slechter gingen, vernamen de handelaars dat ze in werkelijkheid vennoten waren van een failliet verklaarde vennootschap waarvan ze niet wisten dat die bestond.

Dat is precies wat de ontworpen tekst beoogt in te voeren: de rechtbank van koophandel zal het faillissement kunnen uitspreken van een "organisatie" waarvan het bestaan pas aan het licht komt op het ogenblik van het faillissement. Die situatie zal veel geschillen met zich brengen aangezien het niet zal volstaan het faillissement uit te spreken: ook de omvang ervan moet worden bepaald, wat inhoudt dat een vermogen moet worden toegekend aan een organisatie die tot op het ogenblik van haar faillissement juridisch in de onmogelijkheid verkeerde een vermogen te bezitten.

Die belangrijke nieuwigheid slaat overigens twee bressen in het vermogensrecht. Door een organisatie te erkennen die aanvankelijk geen (rechts)persoon is, breekt de wetgever immers met het algemene beginsel van de eenheid van het vermogen, wat twee consequenties heeft: (1°) het uitspreken van het faillissement van een organisatie die *a priori* geen persoon is, veronderstelt dat die organisatie wordt weggehaald uit een of meerdere reeds bestaande vermogens en dat wordt bepaald welke rechten de persoonlijke schuldeisers van de personen uit wier vermogens die organisatie is weggehaald, op de activa van de organisatie hebben; (2°) eens die consequentie is aanvaard, rijst de vraag hoe men het verbod op Angelsaksische technieken van vermogensverdeling, zoals de *trust*, kan blijven verdedigen.

2.3. Voorts is, aangezien de overheden vermeld in zowel paragraaf 1, tweede lid, (c), van het ontworpen artikel XX.1, van het Wetboek van economisch recht (artikel 3 van het voorontwerp) als in het ontworpen artikel I.1, eerste lid, 1°, tweede lid, (c), van hetzelfde Wetboek (artikel 62 van het voorontwerp), allemaal ontegenzeglijk "publiekrechtelijke rechtsperso[nen]" zijn in de zin van littera (b) van diezelfde bepalingen, die littera (c) overbodig

[4] In dat verband wordt verwezen naar algemene opmerking nr. 2.1.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

en moet ze worden weggelaten, te meer daar ze onvolledige[5] of foute benamingen[6] bevat en leemtes[7] vertoont.

Los daarvan is het begrip "publiekrechtelijke rechtspersoon" niet eenduidig, in het bijzonder gelet op het feit dat overheidsinstanties, vaak binnen een samenwerkingsverband, de rechtsvorm van privaatrechtelijke rechtspersonen zoals handelsvennootschappen aannemen, en winst nastreven.[8]

Bovendien staat op het einde van de bespreking van het ontworpen artikel XX.1 het volgende te lezen:

> "De overheidsinstanties zullen niet betrokken worden. Maar bepaalde overheidsondernemingen kunnen wel betrokken worden en daarom is ook bepaald in de wet dat activa die voor de openbare dienst vereist zijn niet kunnen behoren tot een failliete boedel".

Enerzijds echter zijn overheidsondernemingen over het algemeen publiekrechtelijke rechtspersonen, en anderzijds preciseert de steller van het voorontwerp niet, in tegenstelling tot wat in dat uittreksel wordt aangekondigd, welke "activa die voor de openbare dienst vereist zijn niet kunnen behoren tot een failliete boedel".

Het begrip "publiekrechtelijke rechtspersoon" en de mate waarin de goederen van overheidsondernemingen onder de insolventieprocedures vallen, zouden dus in het licht van deze opmerkingen moeten worden gepreciseerd.

3. Het voorontwerp moet rekening houden met de wet van 11 juli 2013 'tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake', waarvan de inwerkingtreding, vastgesteld bij artikel 109 ervan, bij artikel 36 van de wet van 25 december 2016 'houdende de wijziging van verscheidene bepalingen betreffende de zakelijke zekerheden op roerende goederen' is uitgesteld tot 1 juli 2018.

Wat dat betreft, lijkt de werkwijze van de steller van het voorontwerp niet samenhangend.

---

[5] Zo zou bijvoorbeeld bij het begrip "prezone" verwezen moeten worden naar artikel 222/1 van de wet van 15 mei 2007 'betreffende de civiele veiligheid' en zou bij het begrip "meergemeentezones" melding moeten worden gemaakt van artikel 9 van de wet van 7 december 1998 'tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus'.

[6] Zo moet in de Franse tekst "zones de secours" worden geschreven in plaats van "zones d'aide", met het oog op de overeenstemming met "hulpverleningszones" in de Nederlandse tekst.

[7] Zo bijvoorbeeld worden de intercommunales niet genoemd.

[8] Patrick Goffaux schrijft meer bepaald dat "[d]éterminer si une entité donnée est ou non une personne morale de droit public n'est pas toujours aisé à faire" (P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, Brussel, Bruylant, 2de ed., 2016, v° "Personne morale de droit public", § 2, p. 454). Zie over die kwesties in het bijzonder, behalve het voornoemde trefwoord (*ibid.*, 453-456), P. JADOUL, B. LOMBAERT en F. TULKENS (eds.), *Le paraétatisme – Nouveaux regards sur la décentralisation fonctionnelle en Belgique et dans les institutions européennes*, Brussel, La Charte, 2010.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Zo bijvoorbeeld lijken de ontworpen artikelen XX.114 en XX.197 van het Wetboek van economisch recht uitgewerkt te zijn in het kader van het huidige recht, zonder dat rekening is gehouden met de hervorming die is doorgevoerd bij de wet van 11 juli 2013, gewijzigd bij de wet van 25 december 2016.

In punt 3° van de eerstgenoemde bepaling is er immers nog sprake van de rechtsfiguur van het genotspand, dat bij de artikelen 80 tot 88 van de wet van 11 juli 2013 is afgeschaft,[9] en in de bespreking van de laatstgenoemde bepaling wordt het volgende gesteld:

> "Indien de wet van 11 juli 2013 van kracht wordt voor de stemming van dit ontwerp, moet dit artikel [XX.197] gewijzigd worden".

In de bespreking van het ontworpen artikel XX.116 van het Wetboek staat daarentegen dat "[d]e formulering van [dat] artikel (…) werd uitgebreid teneinde rekening te houden met de wet van 11 juli 2013".

Tenzij daarvoor in de bespreking van die bepalingen een verklaring wordt gegeven, bijvoorbeeld dat rekening wordt gehouden met nog een tijdelijke toepassing van het opgeheven recht bij wijze van overgangsmaatregel, moet op eenzelfde wijze rekening worden gehouden met de wet van 11 juli 2013, zoals gewijzigd bij de wet van 25 december 2016, waarbij ook de datum waarop de ontworpen wet in werking treedt in aanmerking moet worden genomen, welke datum luidens artikel 73 van het voorontwerp "uiterlijk (…) 26 juni 2017" is.

Heel het voorontwerp moet in het licht van deze opmerking opnieuw worden onderzocht.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

INDIENINGSBESLUIT

Het lid waarin naar dit advies wordt verwezen, moet weggelaten worden.[10]

DISPOSITIEF

Artikel 2

Ontworpen artikel I.22 van het Wetboek van economisch recht

1. In een tweetalige tekst is het onmogelijk in beide versies de definities alfabetisch te rangschikken, aangezien die versies volledig met elkaar moeten overeenstemmen.

[9] Bij die artikelen worden het opschrift van boek III, titel XVII, hoofdstuk II ("Genotspand") van het Burgerlijk Wetboek en de artikelen 2085 tot 2091 van hetzelfde Wetboek, die op het genotspand betrekking hebben, immers vervangen door bepalingen die geen verband houden met die rechtsfiguur.

[10] *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, tab "Wetgevingstechniek", www.raadvst-consetat.be, aanbevelingen 36.4 en 227 - punt b) - en model F 5.

‡LW-ABDRFJDI-GAHGAVT‡

De in het voorliggende voorontwerp aangewende werkwijze, die erin bestaat de gebruikte definities alfabetisch te rangschikken in één taal (hier het Nederlands), terwijl het ermee overeenstemmende begrip in de andere versie op dezelfde plaats gedefinieerd wordt, valt af te keuren. Die werkwijze heeft immers noodzakelijkerwijs tot gevolg dat, in de versie waarin de alfabetische volgorde niet kan worden gevolgd, de definities op een totaal willekeurige wijze onderling samenhangen.

Artikel 2 moet derhalve in die zin worden herwerkt dat de definities in beide taalversies in een logische volgorde voorgesteld worden.[11]

Zo bijvoorbeeld zou de definitie van het begrip "schuldvorderingen in de opschorting", die thans voorkomt in de bepaling onder 23°, vóór de definitie van het begrip "buitengewone schuldvorderingen in de opschorting" (3°) en vóór de definitie van het begrip "gewone schuldvorderingen in de opschorting" (8°) moeten komen.

2. In de ontworpen bepaling onder 1° van het ontworpen artikel wordt de "beslissing tot opening van een insolventieprocedure" gedefinieerd als "de beslissing van een rechter tot opening van een insolventieprocedure of tot bevestiging van de opening van een dergelijke procedure".

Aangezien in die definitie artikel 2, 7), van verordening 2015/848 nagenoeg woordelijk overgenomen wordt, zou in de memorie van toelichting uitgelegd moeten worden waarom in de ontworpen tekst, anders dan in de Europese tekst, geen sprake is van "de beslissing van een rechter tot aanwijzing van een insolventiefunctionaris".

3. In de ontworpen bepaling onder 6° is de definitie van de "collectieve procedure" ("procedure waarbij alle of een aanzienlijk deel van de schuldeisers van een schuldenaar betrokken zijn") overbodig en ze doet onnodige vragen rijzen.

De uitdrukking "collectieve procedure" komt slechts eenmaal voor, in artikel XX.61, en verwijst duidelijk naar drie specifieke procedures: het faillissement, de vereffening of de overdracht onder gerechtelijk gezag, die volgen op de beëindiging van de procedure van gerechtelijke reorganisatie. In het enige geval waarin de uitdrukking gebruikt wordt, gaat het dus om een onnauwkeurige definitie.

Gesteld zelfs dat de definitie behouden wordt, dient de steller van het voorontwerp te preciseren wat hij bedoelt met "procedure waarbij (…) een aanzienlijk deel van de schuldeisers van een schuldenaar betrokken zijn": hoewel het begrijpelijk is dat de Europese wetgever dat begrip in verordening 2015/848 niet nauwkeuriger kon omschrijven, beschikt de Belgische wetgever overeenkomstig het algemeen beginsel van de rechtszekerheid niet over die mogelijkheid.

[11] Zie in die zin advies 28.618/3, op 29 december 1998 gegeven over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 29 april 1999 'betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt', bijzondere opmerking gemaakt bij artikel 2 (*Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 1933/1).

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

4. In de ontworpen bepaling onder 11° van de ontworpen tekst wordt de "insolventiefunctionaris" als volgt gedefinieerd:

> "elke persoon of instantie waarvan de taak, mede op tussentijdse basis, erin bestaat, een of meer van de volgende taken te vervullen:
>
> i) de in het kader van een insolventieprocedure ingediende vorderingen te verifiëren en te aanvaarden;
>
> ii) het collectieve belang van de schuldeisers te behartigen;
>
> iii) het geheel of een deel van de goederen waarover de schuldenaar het beheer en de beschikking heeft verloren, te beheren;
>
> iv) de onder iii) bedoelde goederen te vereffenen en in voorkomend geval de opbrengst te verdelen onder de schuldeisers; of
>
> v) toe te zien op het beheer van de onderneming van de schuldenaar."

Deze definitie, die is overgenomen uit artikel 2, 5), van verordening 2015/848, voldoet niet.

Naast deze ogenschijnlijk ruime definitie wordt door de Europese wetgever immers een limitatieve opsomming van die functionarissen gegeven in bijlage B bij verordening 2015/848.[12] In die bijlage wordt echter een limitatieve opsomming gegeven van wie in België onder het begrip "insolventiefunctionaris" valt, waaruit blijkt dat onder dat begrip, zoals gedefinieerd in de ontworpen bepaling onder 11°, niet alle functies vallen die in die bijlage vermeld worden.

5. In de bepaling onder 12°, zou de definitie van het begrip "insolventierechtbank" vervangen moeten worden door deze definitie: "voor elke insolventieprocedure, de rechtbank waarbij een aanvraag ingediend wordt om die procedure te openen of die deze procedure daadwerkelijk heeft geopend".

Het is trouwens blijkbaar in die zin dat dit begrip begrepen wordt in de ontworpen artikelen XX.20, § 6, tweede lid, XX.103, XX.107, eerste lid, XX.130, eerste lid, XX.132, tweede lid, XX.138, § 5, XX.179, XX.232, XX.234 en XX.235.

In alle andere gevallen worden met de uitdrukking "bevoegde (…) rechtbank" nodeloze herhalingen vermeden (zoals in de ontworpen artikelen XX.12, § 1, eerste lid, XX.34, § 1, eerste lid en XX.105, eerste lid).

De uitdrukking "door de insolventierechtbank" kan trouwens weggelaten worden in artikel XX.20, § 1, vierde lid.

In de ontworpen tekst wordt bovendien herhaaldelijk zonder nadere precisering gebruikgemaakt van de termen "de rechtbank".

[12] Bijlage B bij verordening (EU) 2015/848 ("Insolventiefunctionarissen als bedoeld in artikel 2, punt 5): België: De curator - De gedelegeerd rechter - De gerechtsmandataris - De schuldbemiddelaar - De vereffenaar - De voorlopige bewindvoerder").

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Als de huidige definitie behouden wordt, moet ervoor gezorgd worden dat de uitdrukking overal of op zijn minst consequent gebruikt wordt.

6. Wat de bepaling onder 20° betreft, wordt verwezen naar algemene opmerking 2.1.

7. Luidens de ontworpen bepaling onder 21° is de "schuldeiser-eigenaar"

> "de schuldeiser die tot zekerheid van zijn schuldvordering eigenaar is van goederen in handen van de schuldenaar, op de dag van de opening van een insolventieprocedure".

Zoals die definitie geformuleerd is, zou ze in theorie niet alleen betrekking kunnen hebben op het geval van eigendomsvoorbehoud, maar ook op de gevallen van eigendomsoverdracht tot zekerheid van de schuldvordering.

Als zulks de bedoeling van de steller van het voorontwerp is, zou hij daarover uitleg moeten verstrekken in de memorie van toelichting. Een dergelijke interpretatie zou immers in tegenspraak zijn met de geest van de wet van 11 juli 2013 'tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake'.

De gelijkstelling van het eigendomsvoorbehoud met een echte zekerheid is door die wet uiteindelijk tot stand gebracht. Behalve het eigendomsvoorbehoud is er evenwel nog een ander geval waarin eigendom als zekerheid kan dienen: de eigendomsoverdracht tot zekerheid van de schuldvordering (de "fiduciaire overdracht").[13] In een arrest van 3 december 2010 heeft het Hof van cassatie evenwel beslist dat een dergelijke fiduciaire overdracht weliswaar niet nietig is maar niets meer kan inhouden dan een pandrecht. Die evolutie is verankerd in de wet van 11 juli 2013, zodat al wat de partijen ook mogen doen om een roerende zakelijke zekerheid te vestigen altijd als een pandrecht beschouwd zal worden, ongeacht de creativiteit die ze daarbij aan de dag leggen.

In de ontworpen bepaling onder 21° heeft de definitie van het begrip "schuldeiser-eigenaar" uiteraard betrekking op de titularis van het eigendomsvoorbehoud, maar zij kan ook slaan op de fiduciaire eigenaar.

De steller van het voorontwerp moet duidelijk zijn: ofwel beperkt hij zich tot de regeling waarbij de enige beschermde schuldeiser-eigenaar de titularis van een eigendomsvoorbehoud is, ofwel gaat hij ervan uit dat de begunstigde van een fiduciaire overdracht eveneens als een "schuldeiser-eigenaar" beschouwd moet worden.

De bespreking van de bepaling moet hoe dan ook op dat punt aangevuld worden. Er wordt verwezen naar algemene opmerking 3.

8. De definitie die in de bepaling onder 25° gegeven wordt van de vennootschapsgroep, zou gevolgd moeten worden door een bepaling onder 26° waarin het begrip

[13] Het gaat bijvoorbeeld om overdracht van de eigendom van de wagen van een kredietnemer aan zijn kredietgever als waarborg voor de terugbetaling van zijn lening.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

"verbonden ondernemingen" dat in artikel XX.13 gebruikt wordt, als volgt gedefinieerd wordt: "ondernemingen die met elkaar verbonden zijn in de zin van artikel 11, 1°, van het Wetboek van Vennootschappen".

De ontworpen bepalingen onder 26° en 27° zouden dientengevolge respectievelijk de bepalingen onder 27° en onder 28° worden.

Ontworpen artikel XX.1 van het Wetboek van economisch recht

1. Door te bepalen dat "[h]et openen van een insolventieprocedure ten aanzien van een onderneming waarvan de leden onbeperkt aansprakelijk zijn (…) niet noodzakelijk de opening van eenzelfde insolventieprocedure ten aanzien van de onbeperkt aansprakelijke leden in[houdt]", strekt het ontworpen artikel XX.1, § 1, derde lid, ertoe af te stappen van de vaste rechtspraak van het Hof van cassatie volgens welke het faillissement van de vennootschap onder firma of van de commanditaire vennootschap automatisch het faillissement van de vennoten onder firma en van de beherende vennoten tot gevolg heeft. Dat is hooguit een vrome wens, aangezien die vennoten hoofdelijk gehouden zijn tot het passief van de vennootschap.

Het is derhalve van tweeën één: ofwel kunnen zij dat passief te hunnen laste nemen en zal de vennootschap niet failliet verklaard worden; ofwel kunnen zij dat niet en is hun eigen faillissement onafwendbaar, gelet op de ruime definitie van het begrip "onderneming",

Als men daaraan toevoegt dat er, als het om andere insolventieprocedures dan het faillissement gaat, juridisch nooit iets aan in de weg heeft gestaan dat de vennootschap en haar vennoten niet op dezelfde wijze behandeld worden, lijkt de bepaling geen nuttig effect te kunnen hebben.

Als de bepaling behouden wordt, moet gezorgd worden voor overeenstemming tussen beide taalversies van paragraaf 1, derde lid, en daarbij lijkt de voorkeur te moeten worden gegeven aan de Nederlandse tekst, die geen equivalent bevat voor de woorden "par ce fait même".

2. Het laatste lid van paragraaf 1 moet het vierde lid van paragraaf 2 worden en de huidige paragraaf 4 van het ontwerp dient het derde lid van die paragraaf 2 te worden. De paragrafen 2 en 3 dienen derhalve gesteld te worden als volgt:

> "§ 2. De bepalingen van dit boek gelden onverminderd het bijzonder recht dat de gereglementeerde vrije beroepen of de ministeriële ambtenaren en notarissen betreft, met inbegrip van de toegang tot het beroep, de beperkingen aan het beheer en de overgang van het vermogen en de eerbiediging van het beroepsgeheim.
>
> De bepalingen van dit boek mogen niet derwijze worden uitgelegd dat zij een beperking zouden inhouden van de plicht tot het bewaren van het beroepsgeheim of de vrije keuze van de patiënt of cliënt van de beoefenaar van een vrij beroep.
>
> In geval van twijfel betreffende de verenigbaarheid van een bepaling van dit boek met een verplichting volgend uit het wettelijk statuut van de ondernemingen bedoeld in paragraaf 2, kunnen de rechtbank, de gedelegeerd rechter, de rechter-commissaris, hetzij op eigen initiatief hetzij op verzoek van elke partij in de insolventieprocedure, het advies

‡LW-ABDRFJDI-GAHGAVT‡

vragen van de Orde het of [het] Instituut waarvan de beroepsbeoefenaar deel uitmaakt. Dit advies moet gegeven worden binnen een termijn van acht kalenderdagen vanaf de ontvangst van het verzoek tot advies.

De Koning bepaalt de toepassingsmodaliteiten van dit boek op de vrije beroepen en hun verenigingen.

§ 3. De bepalingen van dit boek gelden onverminderd het bijzonder recht dat de insolvabiliteit beheerst van de kredietinstellingen, de verzekeringsondernemingen, de beleggingsondernemingen, de beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging, de verrekenings- en vereffeningsinstellingen en de daarmee gelijkgestelde instellingen, de herverzekeringsondememingen, de financiële holdings en de gemengde financiële holdings."

Los daarvan moet in het derde lid van paragraaf 2 het begrip "Orde", of zelfs het begrip "Instituut", verduidelijkt worden teneinde rekening te houden met het feit dat sommige beroepen van verscheidene ordes deel kunnen uitmaken; zo bijvoorbeeld bestaan de Orde van Vlaamse Balies en de Ordre des barreaux francophones et germanophone de Belgique naast plaatselijke ordes.

Een soortgelijke opmerking geldt voor de overige bepalingen van het voorontwerp waarin naar de Ordes en de Instituten wordt verwezen.

Ontworpen artikelen XX.2 en XX.84 van het Wetboek van economisch recht

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

"Behoudens de uitzonderingen die de wet bepaalt of tenzij de rechter bij met bijzondere redenen omklede beslissing anders beslist en onverminderd artikel 1414 van het Gerechtelijk Wetboek, zijn de eindvonnissen uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande verzet of hoger beroep."

Volgens de bespreking van die bepaling "wijkt [zij] af van het gemeenrecht [sic]".

Die bewering is niet langer correct wat de gevolgen van het hoger beroep betreft, aangezien artikel 1397 van het Gerechtelijk Wetboek sinds de inwerkingtreding van artikel 41 van de wet van 19 oktober 2015 'houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie' als volgt luidt:

"Behoudens de uitzonderingen die de wet bepaalt of tenzij de rechter bij met bijzondere redenen omklede beslissing anders beveelt en onverminderd artikel 1414, schorst verzet tegen eindvonnissen daarvan de tenuitvoerlegging.

Behoudens de uitzonderingen die de wet bepaalt of tenzij de rechter bij met bijzondere redenen omklede beslissing anders beveelt, onverminderd artikel 1414, zijn de eindvonnissen uitvoerbaar bij voorraad, zulks niettegenstaande hoger beroep en zonder zekerheidsstelling indien de rechter deze niet heeft bevolen."

Paragraaf 1 en de bespreking ervan moeten dienovereenkomstig herzien worden.

Gelet op het nieuwe dispositief van artikel 1397 van het Gerechtelijk Wetboek, rijst er geen probleem wat betreft het op elkaar afstemmen van die laatstgenoemde bepaling en

‡LW-ABDRPEJDI-GAHGAVT‡

het ontworpen artikel XX.84, zevende lid, welke bepaling een opschortend karakter verleent aan het hoger beroep dat ingesteld wordt tegen vonnissen waarbij geweigerd wordt het plan van gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord te homologeren, aangezien die laatstgenoemde bepaling vergeleken bij artikel 1397 overkomt als een *lex specialis*. Dat het ontworpen artikel XX.84, zevende lid, van het Wetboek van economisch recht afwijkt van artikel 1397 van het Gerechtelijk Wetboek zou evenwel op een duidelijker wijze tot uiting gebracht moeten worden in de eerste van die bepalingen. Het zou hoe dan ook beter zijn dat in de bespreking van het ontworpen artikel XX.84 *in fine* vermeld wordt dat de uitvoerbaarheid van het homologatievonnis overeenkomstig het gemeen recht van artikel 1397 van het Gerechtelijk Wetboek niet geschorst wordt door het hoger beroep.

Ten slotte moet in de Franse tekst het woord "moyennant" vervangen worden door het woord "par".

Ontworpen artikel XX.7 van het Wetboek van economisch recht

In het eerste lid wordt gesteld dat artikel XX.1, § 4, tweede lid, eventueel toegepast zal worden, maar die paragraaf 4 bevat maar één lid.

Ontworpen artikelen XX.8 en XX.9 van het Wetboek van economisch recht

1. Het ontworpen artikel XX.9 bepaalt dat alle kennisgevingen, mededelingen of neerleggingen "bij de rechtbank, het openbaar ministerie of diensten die afhangen van de rechterlijke macht, met inbegrip van de griffies en parketsecretariaten" en alle kennisgevingen en mededelingen door één van die entiteiten aan een advocaat, een gerechtsdeurwaarder of een notaris voortaan door middel van het centraal register solvabiliteit moeten gebeuren.

Die regel zou in strijd kunnen zijn met de regels die vervat zijn in artikel 32*ter* van het Gerechtelijk Wetboek en in het koninklijk besluit van 16 juni 2016 'houdende de elektronische communicatie overeenkomstig artikel 32*ter* van het Gerechtelijk Wetboek'.

De steller van het ontwerp wordt verzocht te verduidelijken wat de samenhang is tussen de in die bepalingen vastgestelde regels en de ontworpen regels, inzonderheid die welke in artikel XX.9 vervat zijn, inzake de elektronische communicatie tussen de gerechtelijke autoriteiten en de gerechtelijke actoren waarop die bepalingen betrekking hebben.

2. In het tweede lid van datzelfde ontworpen artikel XX.9 wordt voorts bepaald dat het plaatsen van een bericht in het register als kennisgeving of mededeling geldt "mits hiervan een elektronische melding gebeurt aan de betrokkene". In het derde lid wordt bepaald welke regels van toepassing zijn voor het vaststellen van de datum waarop de neerlegging, de mededeling of de kennisgeving via het register plaatsgevonden heeft.

Als men ter vergelijking de regels inzake elektronische betekening neemt die vervat zijn in artikel 32*quater*/1 van het Gerechtelijk Wetboek en in een ontwerp van koninklijk besluit 'houdende uitvoering van verschillende artikelen van de wet houdende internering en

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

diverse bepalingen inzake justitie', waarover de Raad van State op 1 februari 2017 advies 60.805/2[14] heeft gegeven, lijken de voorwaarde die in de ontworpen bepaling gesteld wordt en de regels die vastgesteld worden voor het bepalen van de datum waarop de vormvereisten via elektronische weg vervuld zijn, niet te volstaan om de veiligheid en de doeltreffendheid te waarborgen van het systeem van elektronische kennisgeving of mededeling dat ingevoerd wordt.

3. In het vierde lid van het ontworpen artikel XX.9 wordt bepaald dat de gerechtsdeurwaarder de betekeningsexploten moet neerleggen in het centraal register solvabiliteit.

De steller van het voorontwerp dient ook wat dat punt betreft na te gaan of een dergelijke regel overeenstemt en samenhangt met de regels betreffende de procedure van elektronische betekening en met de regels betreffende het register van gedematerialiseerde authentieke akten dat ingesteld is bij artikel 32*quater*/2 van het Gerechtelijk Wetboek en bij het voornoemde ontwerp van koninklijk besluit 'houdende uitvoering van verschillende artikelen van de wet houdende internering en diverse bepalingen inzake justitie' waarvan hiervoor sprake is.

Zo bijvoorbeeld lijkt de algemene verplichting om de betekeningsexploten in het centraal register solvabiliteit neer te leggen onverenigbaar met het feit dat de toegang tot de gegevens van het register van gedematerialiseerde authentieke akten beperkt is en met het feit dat de verantwoordelijke voor de verwerking van dat register aan derden geen gegevens mag meedelen die vervat zijn in het register van gedematerialiseerde authentieke akten, aangezien alle elektronische betekeningen, waarop de ontworpen bepaling noodzakelijkerwijs betrekking heeft, volgens artikel 32*quater*/2, van het Gerechtelijk Wetboek en het voornoemde ontwerp van koninklijk besluit, in het register van gedematerialiseerde authentieke akten opgenomen zouden moeten worden.

4. Artikel XX.9 moet in het licht van die opmerkingen opnieuw onderzocht worden.

Ontworpen artikel XX.12 van het Wetboek van economisch recht

1. In de Franse tekst moet de eerste zin van paragraaf 1, tweede lid, aangevuld worden met het woord "social", overeenkomstig de definitie van "siège social" die in het ontworpen artikel I.22, 27°, gegeven wordt.

2. In de Franse tekst van het derde lid van diezelfde paragraaf 1 moeten de woorden "lieu d'établissement principal" vervangen worden door de woorden "lieu d'activité principal", overeenkomstig artikel 3, lid 1, derde alinea, van verordening 2015/848.

3. Artikel 186 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt de regels betreffende de toekenning van bevoegdheden aan elke afdeling van een rechtbank door voor te schrijven welke

[14] Dat is een terechte vergelijking met de regels inzake de elektronische betekening, aangezien de kennisgeving in bepaalde gevallen hetzij in de plaats kan komen van een betekening, hetzij dezelfde gevolgen kan hebben als een betekening.

‡LW-ABDRPEJDI-GAHGAVT‡

aangelegenheden noodzakelijkerwijs in alle afdelingen van eenzelfde rechtbank behandeld moeten kunnen worden.[15]

De ontworpen paragraaf 2 is overbodig als hij ertoe strekt een bevoegdheidsverdeling mogelijk te maken tussen de onderscheiden afdelingen van de rechtbank. Als die paragraaf ertoe strekt voor te schrijven dat de geschillen inzake solvabiliteit in elke afdeling behandeld moeten kunnen worden, zou het beter zijn om artikel 186 van het Gerechtelijk Wetboek te wijzigen.

Ontworpen artikel XX.16 van het Wetboek van economisch recht

1. In het ontworpen artikel XX.16 wordt bepaald dat de "Orde van Vlaamse Balies" en de "Ordre des Barreaux francophones et germanophone" samen instaan voor de inrichting en het beheer van het register, naar het voorbeeld van hetgeen thans bepaald wordt in artikel 5/2 van de faillissementswet van 8 augustus 1997, welk artikel daarin ingevoegd is bij artikel 6 van de wet van 1 december 2016 'tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en de faillissementswet van 8 augustus 1997 met het oog op de invoering van het Centraal Register Solvabiliteit'.

Met betrekking tot het voorstel dat ontstaan gegeven heeft aan die wet van 1 december 2016 heeft de afdeling Wetgeving inzonderheid de volgende opmerking geformuleerd:

> "Krachtens het voorgestelde artikel 5/2, § 1, eerste lid, is de beheerder van die gegevensbank de Orde van Vlaamse Balies en de Ordre des Barreaux francophones et germanophone, die daartoe gezamenlijk handelen.
>
> Bij de artikelen 488 tot 505 van het Gerechtelijk Wetboek worden de beide orden van balies ingesteld, worden hun organen opgericht en worden hun bevoegdheden en hun werking bepaald. Die artikelen bepalen evenwel geenszins dat die beide orden gezamenlijk dienen te handelen.
>
> Zo luidt artikel 495 van het Gerechtelijk Wetboek als volgt:
>
> 'De Orde van Vlaamse balies en de Ordre des barreaux francophones et germanophone hebben, elk voor de balies die er deel van uitmaken, de taak te waken over de eer, de rechten en de gemeenschappelijke beroepsbelangen van hun leden en zijn bevoegd voor de juridische bijstand, de stage, de beroepsopleiding van de advocaten-stagiairs en de vorming van alle advocaten behorende tot de balies die er deel van uitmaken.
>
> Ze nemen initiatieven en maatregelen die nuttig zijn voor de opleiding, de tuchtrechtelijke regels en de loyauteit in het beroep en voor de behartiging van de belangen van de advocaat en van de rechtzoekende.
>
> Elk van beide kan betreffende die aangelegenheden voorstellen doen aan de bevoegde overheden'.

[15] In de Franse tekst van het ontworpen artikel XX.12, § 2, wordt ten onrechte verwezen naar "chaque section" van de rechtbank. Men leze "division".

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Artikel 496 van hetzelfde Wetboek luidt als volgt:

'Met betrekking tot de bevoegdheden bepaald in artikel 495 stellen de Orde van Vlaamse balies en de Ordre des barreaux francophones et germanophone passende reglementen vast.

Met het oog op de betrekkingen tussen de leden van de onderscheiden balies die er deel van uitmaken, bepalen zij de regels en gebruiken van het beroep van advocaat en brengen er eenheid in. Te dien einde stellen zij passende reglementen vast.'

De Raad van State ziet niet in hoe die Orden, die aldus georganiseerd zijn, gezamenlijk een geïnformatiseerde gegevensbank zouden kunnen beheren.

Of de voorgestelde bepalingen wel bestaanbaar zijn met de artikelen 488 tot 505 van het Gerechtelijk Wetboek dient aandachtig nagegaan te worden."

Deze opmerking geldt eveneens voor het ontworpen artikel XX.16.

2. In paragraaf 3, tweede lid, 1°, vierde streepje, behoren de woorden "numéro du" in de Franse tekst ingevoegd te worden tussen de woorden "le" en "Registre national".

Ontworpen artikel XX.19 van het Wetboek van economisch recht

1. De Franse tekst van paragraaf 2, derde lid, moet in overeenstemming worden gebracht met de Nederlandse tekst teneinde te vermijden dat de tekst begrepen zou worden alsof de beheerder de retributies dient te betalen.

2. Vooraan in paragraaf 3, eerste lid, behoort verwezen te worden naar "het bedrag van de retributie bedoeld in paragraaf 2".

Voorts is paragraaf 4 nutteloos en mag die worden weggelaten.

Ontworpen artikel XX.20 van het Wetboek van economisch recht

1. Het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk op welke wijze de drie volgende leden van paragraaf 3, logisch met elkaar samenhangen:

"De kosten en erelonen *van de insolventiefunctionarissen* worden vastgesteld door de rechtbank in functie van het belang en de complexiteit van hun opdracht.

De erelonen *van de curatoren* worden deels bepaald op grond van de tijd nodig voor het beheer van de boedel en deels in de vorm van een proportionele vergoeding op de gerealiseerde activa.

De erelonen *van de andere insolventiefunctionarissen* worden bepaald op grond van de tijd nodig voor de vervulling van hun prestaties, desgevallend rekening houdend met de waarde van de activa" (eigen cursivering).

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Er wordt eveneens verwezen naar opmerking 4 die gemaakt is onder het ontworpen artikel I.22, met betrekking tot de bepaling onder 11° van dat artikel.

2. Om de Franse tekst beter af te stemmen op de Nederlandse tekst, behoort het woord "arbitrage" achteraan in paragraaf 4, eerste lid, vervangen te worden door het woord "liquidation".

3. In paragraaf 4, vierde lid, behoort de formule van indexering aangegeven te worden.

4. De ontworpen paragraaf 5 zou herschreven moeten worden als volgt:

"§ 5. Op verzoek van de curatoren en op eensluidend advies van de rechter-commissaris kan de rechtbank de curator toestaan om onkostenvergoedingen en een provisioneel ereloon in te houden waarvan zij het bedrag bepaalt. Behoudens bijzondere omstandigheden mag het geheel van de provisionele kosten en het provisioneel ereloon niet hoger zijn dan drie vierden van de sommen vastgesteld volgens de door de Koning bepaalde vergoedingsregels. In geen geval kan het provisioneel ereloon worden toegekend wanneer de curatoren de in het artikel XX.131 bedoelde verslagen niet in het register neerleggen.

De rechtbank kan op verzoek van de andere insolventiefunctionarissen onkostenvergoedingen en een provisioneel ereloon toekennen".

5. De afdeling Wetgeving vraagt zich af of het niet beter is om het tweede en het derde lid van de ontworpen paragraaf 6 onderling van plaats te wisselen.

Voorgesteld wordt om het huidige derde lid te herschrijven als volgt:

"Elke vordering van derden wordt bij de rechtbank ingesteld, volgens de vormen van het kort geding, en is gericht tegen de insolventiefunctionaris of -functionarissen en tegen de schuldenaar."

De afdeling Wetgeving merkt voorts op dat er op het vlak van de inhoud en de samenhang van de volgende leden sprake is van herhalingen:

> "De insolventiefunctionaris en de schuldenaar worden gehoord in raadkamer. De beslissing wordt uitgesproken in openbare zitting.
>
> De insolventiefunctionarissen van wie de vervanging wordt overwogen, worden vooraf opgeroepen en, na verslag van de rechter-commissaris in voorkomend geval, gehoord in raadkamer. Het vonnis wordt uitgesproken in openbare terechtzitting."

Ten slotte verdient het aanbeveling om daarin ook het volgende geval op te nemen, dat beschreven wordt in de bespreking van de bepaling:

> "Behoudens wanneer de curator is toegevoegd zoals bedoeld in artikel XX.125, wordt de curator, wanneer hij de hoedanigheid van advocaat verliest, door dit enkele feit geacht ontslagnemend te zijn en wordt hij op eigen verzoek vervangen."

‡LW-ABDRPEJDI-GAHGAVT‡

Paragraaf 6 zou herschreven moeten worden, meer bepaald wat betreft de volgorde van de leden waaruit die bestaat, teneinde een beter onderscheid te kunnen maken tussen de daarin beschreven gevallen.

Ontworpen artikel XX.21 van het Wetboek van economisch recht

In het eerste lid zijn de woorden "worden bijgehouden", die voorkomen in artikel 8, eerste lid, van de wet 'betreffende de continuïteit van de ondernemingen', vervangen door de woorden "kunnen (…) bijgehouden worden".

Het beginsel van de rechtszekerheid vereist dat de redenen voor en de draagwijdte van die wijziging aangegeven worden in de memorie van toelichting.

Ontworpen artikel XX.25 van het Wetboek van economisch recht

De regel vervat in artikel XX.25 betreft de rechterlijke organisatie en dient opgenomen te worden in het Gerechtelijk Wetboek, dat derhalve in die zin gewijzigd behoort te worden.

Dezelfde opmerking geldt voor de bepalingen die volgen.

Ontworpen artikel XX.26 van het Wetboek van economisch recht

1. Het ontworpen artikel XX.26 bepaalt de nadere regels inzake de werkwijze van de kamer voor ondernemingen in moeilijkheden die opgericht wordt binnen elke rechtbank van koophandel. Het bepaalt dat de uitoefening van de bevoegdheden van de kamer kan worden toevertrouwd aan een rechter-verslaggever. De belangrijkste taak van die kamer bestaat erin onderzoek te voeren naar de schuldenaars van wie de continuïteit van de economische activiteit bedreigd lijkt. Daartoe kan de schuldenaar opgeroepen worden teneinde alle inlichtingen te verkrijgen over de stand van zijn zaken. De kamer of de rechter-verslaggever kunnen eveneens derden horen die de boekhouding van de schuldenaar bijhouden (externe boekhouder of bedrijfsrevisor). In de ontworpen tekst wordt in paragraaf 3, tweede lid, bepaald dat in dat geval "artikel 458 van het Strafwetboek niet van toepassing" is. Er wordt voorts bepaald dat wanneer de schuldenaar niet verschenen is de rechter-verslaggever zich "van ambtswege (kan) begeven" naar de zetel van de schuldenaar en naar het centrum van diens voornaamste belangen, in welk geval "[d]e bijstand van een griffier (...) niet vereist (is)". Bovendien kan "de rechter (...) geheel alleen proces-verbaal opmaken van zijn bevindingen en van de afgelegde verklaringen".

2. Bepalen dat artikel 458 van het Strafwetboek niet van toepassing is kan aanleiding geven tot discussies, aangezien in die bepaling zowel het beginsel van het beroepsgeheim vervat zit, dat opgelegd wordt aan de beoefenaars van bepaalde beroepen, als de uitzonderingen op dat beginsel, te weten het recht van degene die aan de geheimhoudingsplicht gehouden is om zich aan die plicht te onttrekken wanneer hij geroepen wordt om in rechte getuigenis af te leggen en de mogelijkheid voor de wetgever om hem te verplichten die geheimen bekend te maken. Door

‡LW-ABDRPEJDI-GAHGAVT‡

de toepassing van dat artikel zonder meer uit te sluiten, verklaart de ontworpen tekst zowel het beginsel als de uitzonderingen daarop niet van toepassing.

De steller van het voorontwerp zou er beter aan doen te preciseren of de derden waarvan sprake is in de ontworpen paragraaf 3, tweede lid, geacht worden "in rechte getuigenis af te leggen" in de zin van artikel 458 van het Strafwetboek, dan wel of, op meer ingrijpende wijze, de bepaling hen ertoe verplicht om hun geheim wat de situatie van de schuldenaar betreft bekend te maken.

3. Artikel 168, eerste en tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek luidt als volgt:

> "De griffier oefent een gerechtelijke functie uit. Hij vervult de griffietaken en staat de magistraat bij als griffier in alle verrichtingen van diens ambt. Op deze regel wordt slechts een uitzondering gemaakt wanneer om dringende redenen zijn aanwezigheid niet kon worden gevorderd."

In het vierde lid, 3° en 4°, van dezelfde bepaling wordt inzonderheid gesteld dat de griffier "het verloop van de rechtszaken en de uitspraken (notuleert)" en "authenticiteit (verleent)" aan de verschillende formaliteiten die door de rechter moeten worden vervuld.

Hoewel de wet mag afwijken van artikel 168 van het Gerechtelijk Wetboek, dient de steller van het ontwerp zich er toch van bewust te zijn dat indien de rechter gemachtigd wordt om proces-verbaal op te maken van de bevindingen en verklaringen, zonder daarbij bijgestaan te worden door een griffier, hij aan dat proces-verbaal geen authenticiteit zal kunnen verlenen.

De steller van het ontwerp wordt verzocht na te gaan of zulks wel degelijk zijn bedoeling is.

Ontworpen artikelen XX.31 en XX.32 van het Wetboek van economisch recht

Net als in artikel XX.228, § 1, behoort het woord "tekortkoming(en)" vervangen te worden door het woord "fout(en)".

Ontworpen artikel XX.31 van het Wetboek van economisch recht

De vraag rijst of het niet beter zou zijn om het adjectief "economische" in te voegen tussen de woorden "haar" en "activiteiten", aangezien een natuurlijke persoon die als zelfstandige een beroepsactiviteit uitoefent weliswaar bestempeld kan worden als onderneming, het niet zo is dat de insolventieprocedures op al zijn activiteiten betrekking hebben.

De steller van het voorontwerp preciseert soms zelf dat het uitsluitend om de economische activiteit gaat.

Dezelfde opmerking geldt inzonderheid voor de artikelen XX.33, § 1, XX.34, § 3, XX.39, § 1, XX.40, § 1 en § 4, XX.42 en XX.143.

‡LW-ABDRPEJDI-GAHGAVT‡

Ontworpen artikel XX.33 van het Wetboek van economisch recht

In paragraaf 2, tweede lid, behoort te worden verduidelijkt op welke wijze de deontologische code zal worden uitgewerkt, die volgens deze bepaling bindend is voor de voorlopige bestuurder.

Ontworpen artikel XX.34 van het Wetboek van economisch recht

Het derde lid van paragraaf 3 zou herschreven moeten worden als volgt:

"De precurator heeft het recht inlichtingen in te winnen met betrekking tot de schuldenaar of diens bestuursorganen. Indien de schuldenaar daarmee instemt, mag hij contact opnemen met derden of aan een deskundige vragen om onderzoek te verrichten naar de situatie van de schuldenaar. De rechtbank kan te allen tijde bijkomende bevoegdheden verlenen aan de precurator zo zij dit nodig acht, zelfs ambtshalve."

Ontworpen artikel XX.37 van het Wetboek van economisch recht

De ontworpen bepaling voorziet in een verbod op het gewone rechtsmiddel van het verzet met betrekking tot een reeks rechterlijke beslissingen gewezen met toepassing van verscheidene ontworpen bepalingen.

De aandacht van de steller van het voorontwerp wordt getrokken op het op 16 januari 2017[16] ingediende wetsontwerp 'houdende vereenvoudiging, harmonisering, informatisering en modernisering van bepalingen van burgerlijk recht en van burgerlijk procesrecht alsook van het notariaat, en houdende diverse bepalingen inzake justitie', waarover de Raad van State op 28 september 2016 advies 59.944/2-3 gegeven heeft en dat er inzonderheid toe strekt de regels inzake verzet in burgerlijke zaken zeer ingrijpend te wijzigen.

De steller van het voorontwerp wordt verzocht na te gaan of de ontworpen regel en de regels waarvan sprake is in het kader van het voornoemde wetsontwerp wel met elkaar bestaanbaar zijn en of ze niet beter op elkaar afgestemd dienen te worden.

Ontworpen artikel XX.44 van het Wetboek van economisch recht

1. Naar luid van de ontworpen paragraaf 2, eerste lid, 5°, richt de schuldenaar die het openen van een procedure van gerechtelijke reorganisatie aanvraagt, aan de rechtbank een verzoekschrift, waarbij hij inzonderheid het volgende toevoegt:

> "een boekhoudkundige staat die het actief en het passief weergeeft en de resultatenrekening die maximum drie maanden oud is, opgesteld met de bijstand van hetzij *een bedrijfsrevisor*, hetzij een externe accountant, hetzij een externe erkend boekhouder of een externe erkend boekhouder-fiscalist" (eigen cursivering).

[16] *Parl.St*. Kamer 2016-17, nr. 54-2259/001.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

In de elektronische versie van de bespreking van die bepalingen staat het volgende:

> "De bedrijfsrevisor die als commissaris van de schuldenaar een opdracht van de wettelijke controle van de jaarrekening uitvoert, kan de bijstandsopdracht niet aanvaarden daar hij zijn onafhankelijkheid als commissaris in het gedrang zou brengen; de commissaris kan immers op geen enkele manier betrokken worden bij het opstellen van de balans en de resultatenrekening."

Deze waarborg behoort op uitdrukkelijke wijze in de bepaling te worden opgenomen.

De papieren versie van deze bespreking bevat overigens een toevoeging in dat verband die niet relevant is.

2. Het feit dat in de ontworpen paragraaf 2, eerste lid, 9°, met betrekking tot het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie enkel "de aanwijzing" geëist wordt "dat de schuldenaar voldaan heeft aan de wettelijke of conventionele verplichtingen de werknemers of hun vertegenwoordigers in te lichten of te raadplegen", lijkt niet voldoende.

Teneinde de werkzaamheid van deze bepaling te verzekeren, zou daarin ook moeten worden bepaald dat in detail dient te worden vermeld op welke wijze die verplichtingen nagekomen zijn.

Ontworpen artikel XX.48 van het Wetboek van economisch recht

1. Wat paragraaf 2 betreft, staat het aan de steller van het voorontwerp om na te gaan of het inderdaad de bedoeling is om af te wijken van het mechanisme waarin artikel 633 van het Wetboek van vennootschappen voorziet en om dit, in voorkomend geval, nader toe te lichten in de bespreking van de bepaling.

2. De ontworpen paragraaf 4 hoort veeleer thuis in het ontworpen artikel XX.87, § 2.

3. Het verdient aanbeveling om van elk van beide zinnen van paragraaf 5, eerste lid, een onderscheiden lid te maken.

Ontworpen artikel XX.49 van het Wetboek van economisch recht

Het vierde lid van paragraaf 1 strekt ertoe de problemen te regelen met betrekking tot de samenstelling van het dossier met stukken die bij het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie gevoegd dient te worden.

De keuze die aan de rechtbank gelaten wordt om toepassing te maken van artikel 769, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, dat *a priori* betrekking heeft op een ander geval dan dat van het herstel van een verzuim of van een onregelmatigheid in verband met de

‡LW-ABDRPFIDI-GAHGAVT‡

neerlegging van de stukken die noodzakelijk zijn voor de regelmatigheid van het verzoek, lijkt nutteloos.

Het is beter de woorden "of artikel 769, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek toepassen" te vervangen door de woorden "teneinde hem de mogelijkheid te geven om het verzuim of de vastgestelde onregelmatigheid te herstellen door de stukken over te leggen die noodzakelijk zijn voor de regelmatigheid van het verzoek".

Ontworpen artikel XX.51 van het Wetboek van economisch recht

In paragraaf 1, 1°, zou er een duidelijk onderscheid gemaakt moeten worden tussen de "naam" van de rechtspersonen (vennootschappen), die beschermd wordt bij artikel 65 van het Wetboek van vennootschappen en de handelsnaam waaronder de economische activiteit wordt uitgeoefend (zie Boek VI van het Wetboek van economisch recht betreffende de marktpraktijken en de consumentenbescherming).

Bijgevolg wordt de volgende redactie voorgesteld:

"1° in het geval van een natuurlijke persoon, de naam, de voornamen, de plaats en datum van geboorte, de aard van de voornaamste activiteit alsmede de handelsnaam waaronder die activiteit wordt uitgeoefend, het adres alsmede de plaats van zijn hoofdvestiging en het ondernemingsnummer; in het geval van een rechtspersoon, de naam van de vennootschap, de rechtsvorm, de handelsnaam waaronder de activiteit wordt uitgeoefend, de zetel van de vennootschap en het ondernemingsnummer; in het geval van een onderneming als bedoeld in artikel XX.1, § 1, eerste lid, c), de handelsnaam waaronder de activiteit wordt uitgeoefend, in voorkomend geval het ondernemingsnummer en de zetel van de activiteit en de identificatiegegevens van de gemachtigde, in voorkomend geval".

Dezelfde opmerking geldt voor artikel XX.110.

Ontworpen artikel XX.52 van het Wetboek van economisch recht

1. De eerste zin van het derde lid van de ontworpen paragraaf 1 leidt tot rechtsonzekerheid doordat de schuldenaar die de mededeling via elektronische weg verzendt onmogelijk kan weten of de schuldeiser dat bericht heeft kunnen ontvangen, tenzij in die bepaling ook voorzien wordt in een regeling voor het versturen van elektronisch aangetekende zendingen.

2. In het zesde lid van dezelfde ontworpen paragraaf 1 behoort gepreciseerd te worden of de schuldvordering die betwist kan worden die van de betwistende schuldeiser is, dan wel die van elke andere schuldeiser. In dat laatste geval zou in het artikel bepaald moeten worden dat die betwisting ter kennis gebracht wordt van de partij waarvan de schuldvordering betwist wordt.[17]

[17] Vergelijk met het ontworpen artikel XX.71, § 1, eerste lid.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

3. Onder dat voorbehoud zou de bepaling herschreven moeten worden als volgt:

"§ 1. De schuldenaar stelt de schuldeisers individueel in kennis van de gegevens vermeld in artikel XX.51 binnen een termijn van acht dagen te rekenen vanaf de dag waarop het vonnis is uitgesproken.

Bovendien voegt hij bij die mededeling de in artikel XX.44, § 2, 7°, bedoelde lijst van schuldeisers alsook het bedrag van hun schuldvordering, de bijzondere vermelding van de hoedanigheid van buitengewone schuldeiser in de opschorting en van de bezwaarde goederen.

De in deze paragraaf bedoelde mededeling wordt elektronisch gedaan, tenzij de schuldeiser geen elektronisch bericht kan ontvangen. De elektronische mededeling bevat voor de geadresseerde de mogelijkheid om de juistheid ervan te bevestigen. In geval de schuldeiser geen elektronisch bericht kan ontvangen, geeft de schuldenaar hiervan kennis aan de schuldeiser met een aangetekende brief met ontvangstbewijs en voegt hij het bewijs van de verzending bij het reorganisatiedossier. Het bericht aan de schuldeiser vermeldt dat de schuldeiser de juistheid van het bericht zowel elektronisch als op materiële drager kan bevestigen.

De schuldenaar plaatst een kopie van zijn mededelingen in het register of bezorgt in voorkomend geval aan de griffier een kopie op een materiële drager om ze op te nemen in het in artikel XX.43 bedoelde dossier.

De Koning kan bepalen welke gegevens in de mededeling opgenomen moeten worden.

§ 2. Elke schuldeiser in de opschorting die het bedrag of de hoedanigheid van een opgenomen schuldvordering op de lijst bedoeld in artikel XX.44, § 2, 7°, betwist, kan, in geval van voortdurende onenigheid met de schuldenaar, met een tegensprekelijk verzoekschrift de betwisting aanhangig maken bij de rechtbank die de procedure van gerechtelijke reorganisatie heeft geopend.

De schuldeiser legt zijn verzoekschrift neer in het register. De griffier geeft hiervan kennis aan de schuldenaar via het register.

Van het vonnis wordt bij gerechtsbrief kennis gegeven aan de verzoeker en aan eventuele tussenkomende partijen.

De schuldenaar legt de aldus gewijzigde schuldeiserslijst in het register neer."

Ontworpen artikel XX.54 van het Wetboek van economisch recht

1. De Franse tekst van de tweede zin van de ontworpen paragraaf 1, tweede lid, moet in overeenstemming gebracht worden met de Nederlandse tekst.

2. In de tweede zin van paragraaf 2 zou moeten worden gepreciseerd of de rechtbank ambtshalve dan wel alleen op uitdrukkelijke vraag van de schuldenaar (zoals het geval is in

‡LW-ABDRPEJDI-GAHGAVT‡

artikel XX.47, § 2) de schorsing kan uitspreken samen met de beslissing tot opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie.

3. De vraag rijst of paragraaf 3 niet moet worden aangevuld met de woorden "ondanks het vonnis tot opening van gerechtelijke reorganisatie" (zoals het geval is in paragraaf 2).

Ontworpen artikel XX.57 van het Wetboek van economisch recht

1. In de ontworpen paragraaf 4 moet het woord "natuurlijke" ingevoegd worden tussen de woorden "kan de" en het woord "persoon".

2. De steller van het voorontwerp moet, bij voorkeur in de bespreking van de voorliggende bepaling, kunnen rechtvaardigen waarom:

- wat de ontworpen paragraaf 1, eerste lid, betreft, de bij die bepaling geregelde bescherming niet de gewezen wettelijk samenwonende partner van de schuldenaar, maar wel zijn of haar gewezen echtgeno(o)t(e) tot voordeel kan strekken;

- in paragraaf 1, tweede lid, de beperking van de geboden bescherming alleen betrekking heeft op de wettelijk samenwonende partners en niet op de gehuwde personen.

Een soortgelijke opmerking geldt voor de ontworpen artikelen XX.99 en XX.177.

Ontworpen artikel XX.59 van het Wetboek van economisch recht

Paragraaf 1 bepaalt dat de contractuele wanprestatie van de schuldenaar voorafgaand aan de toekenning van de opschorting voor de schuldeiser geen grond uitmaakt voor de beëindiging van de overeenkomst, in zoverre de schuldenaar deze wanprestatie ongedaan maakt binnen een termijn van vijftien dagen na hiervoor in gebreke te zijn gesteld door de schuldeiser in de opschorting. Vraag is of het noodzakelijk is om te preciseren dat die ingebrekestelling verzonden moet zijn na de toekenning van de opschorting. In de memorie van toelichting ontbreekt die voorwaarde:

> "(...) [D]e tekortkomingen begaan door de schuldenaar voor hij de opschorting verkregen heeft, [zijn] geen reden om te beëindigen indien de debiteur binnen twee weken na in gebreke te zijn gesteld een einde maakt aan de tekortkoming."

Ontworpen artikel XX.61 van het Wetboek van economisch recht

Op het einde van het ontworpen eerste lid zou het beoogde doel naar alle waarschijnlijkheid beter weergegeven worden als de woorden "in zoverre" vervangen worden door de woorden "voor zover".

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Ontworpen artikel XX.62 van het Wetboek van economisch recht

In de ontworpen paragraaf 2 moeten de woorden "omvang van de onderneming" vervangen worden door de woorden "grootte van de onderneming".

Ontworpen artikel XX.65 van het Wetboek van economisch recht

1. In de ontworpen paragraaf 2, eerste lid, moeten de woorden "of de vorderingen" ingevoegd worden tussen de woorden "en het advies" en de woorden "van het openbaar ministerie" teneinde rekening te houden met het geval waarin de vordering ingesteld wordt op dagvaarding van het openbaar ministerie.

2. In het ontworpen tweede lid van dezelfde paragraaf 2 lijkt het woord "vennootschap" vervangen te moeten worden door het woord "rechtspersoon".

Ontworpen artikel XX.73 van het Wetboek van economisch recht

In de Nederlandse tekst van de ontworpen paragraaf 2, tweede lid, moet het woord "hun" vervangen worden door het woord "de".

Ontworpen artikel XX.75 van het Wetboek van economisch recht

Het voorschrift van het ontworpen tweede en het ontworpen derde lid "het plan vermeldt welke schuldvorderingen nog betwist zijn" en kan ook "de gevolgen evalueren die de goedkeuring van het plan zou meebrengen voor de betrokken schuldeisers" blijkt reeds opgenomen te zijn in het ontworpen artikel XX.73, § 2, tweede lid (het beschrijvend gedeelte "bevat een verslag over de betwistingen van schuldvorderingen dat opgesteld wordt door de schuldenaar en dat de belanghebbenden kan inlichten over de omvang en de grondslag ervan" en in het ontworpen artikel XX.74 "het reorganisatieplan beschrijft nauwkeurig de rechten van de personen die titularis zijn van schuldvorderingen in de opschorting en van de wijziging van hun rechten ten gevolge van de stemming en de homologatie van het reorganisatieplan".

Die bepalingen moeten opnieuw onderzocht worden.

Ontworpen artikel XX.76 van het Wetboek van economisch recht

1. Het ontworpen vierde lid neemt in hoofdzaak artikel 49/1, vierde lid, over van de wet van 31 januari 2009 'betreffende de continuïteit van de ondernemingen' ("Het plan kan geen vermindering of kwijtschelding bevatten van schuldvorderingen die zijn ontstaan uit vóór de opening van de procedure verrichte arbeidsprestaties.") en vult het aan met de woorden "met uitsluiting van de fiscale of sociale heffingen (lees: van de fiscale of sociale bijdragen of schulden) ten laste van de werkgever".

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

In zijn arrest nr. 50/2016 van 24 maart 2016 heeft het Grondwettelijk Hof het volgende geoordeeld:

> "In die zin geïnterpreteerd dat het betrekking heeft op de schuldvordering inzake bedrijfsvoorheffing, schendt artikel 49/1, vierde lid, van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet."

Om tot die beslissing te komen, heeft het Hof zich gebaseerd op de volgende overweging:

> "B.14. De schuldvordering inzake bedrijfsvoorheffing, die de onderneming verschuldigd is als voorschot op de belasting die de werknemers op hun beroepsinkomsten zullen moeten betalen, kan (...) worden beschouwd als een schuldvordering ontstaan uit arbeidsprestaties die, in zoverre zij dateert van vóór de opening van de procedure, door de in het geding zijnde bepaling wordt beschermd.
>
> Die fiscale schuldvordering voor rekening van de werknemers, die dateert van vóór de opening van de procedure, verschilt bijgevolg in essentie van de fiscale schuldvorderingen van de onderneming, die in voorkomend geval zouden kunnen worden verminderd, overeenkomstig artikel 49/1, tweede lid, van de wet van 31 januari 2009."
>
> In het voorontwerp wordt geen onderscheid gemaakt tussen de fiscale en sociale schulden van de onderneming die ontstaan zijn uit arbeidsprestaties naargelang het al dan niet gaat om schuldvorderingen "voor rekening van de werknemers".

Het Grondwettelijk Hof zou bijgevolg kunnen oordelen dat de ontworpen bepaling strijdig is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre ze alle fiscale schulden van de onderneming op dezelfde manier behandelt zonder een onderscheid te maken naargelang het al dan niet gaat om schulden "voor rekening van de werknemers".

Er zij op gewezen dat het Hof van Cassatie van zijn kant geoordeeld heeft dat artikel 49/1, vierde lid, van de wet van 31 januari 2009 in deze zin geïnterpreteerd moet worden dat het geen betrekking heeft op de schuldvorderingen inzake bedrijfsvoorheffing die ontstaan zijn uit arbeidsprestaties die vóór de opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie verricht zijn.

De bespreking van het artikel dient dus aangevuld te worden teneinde het uitsluiten van de fiscale of sociale bijdragen of schulden ten laste van de werkgevers te verantwoorden in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, voor zover die uitsluiting geïnterpreteerd moet worden als zouden met name ook de schuldvorderingen inzake de bedrijfsvoorheffing uitgesloten zijn.

2. Onder dat voorbehoud wordt voor het vierde lid een nieuwe redactie voorgesteld:

"Het reorganisatieplan kan niet voorzien in:

– een vermindering of kwijtschelding van schuldvorderingen in de opschorting ontstaan uit arbeidsprestaties met uitsluiting van de fiscale of sociale bijdragen of schulden ten laste van de werkgever;

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

– een vermindering van de onderhoudsschulden, noch van de schulden die voor de schuldenaar voortvloeien uit de verplichting tot herstel van de door zijn schuld veroorzaakte schade die verbonden is aan het overlijden of aan de aantasting van de lichamelijke integriteit van een persoon;

– een vermindering of kwijtschelding van strafrechtelijke boeten."

Ontworpen artikel XX.79 van het Wetboek van economisch recht

Het zou nuttig zijn in de bespreking van het ontworpen artikel XX.79 de Europese aanbevelingen te noemen waarnaar daarin wordt verwezen.

Ontworpen artikel XX.81 van het Wetboek van economisch recht

In tegenstelling tot wat in de bespreking van de bepaling staat, wordt niet duidelijk bepaald dat de schuldeisers die reeds voor een deel betaald zijn, de vergadering alleen kunnen bijwonen binnen de grenzen van hun vordering, in de staat waarin die vordering zich bevindt op het ogenblik van de neerlegging van het plan.

Ontworpen artikel XX.82 van het Wetboek van economisch recht

De ontworpen paragraaf 3 is een herhaling van wat de ontworpen paragraaf 2 reeds impliciet laat uitschijnen.

Die bepalingen moeten worden herzien.

Ontworpen artikel XX.83 van het Wetboek van economisch recht

De bepaling zou duidelijker zijn indien het woord "vervolging", overeenkomstig de bespreking ervan, vervangen werd door het woord "strafvervolging".

Ontworpen artikel XX.84 van het Wetboek van economisch recht

Het zou beter zijn de tweede zin van het ontworpen tweede lid als volgt te redigeren:

"Het door een schuldeiser ingestelde hoger beroep is gericht tegen alle partijen die in het geding zijn tussengekomen alsook tegen de schuldenaar."

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Ontworpen artikel XX.85 van het Wetboek van economisch recht

In de Franse tekst van het ontworpen derde lid, tweede zin, schrijve men:

"Si le créancier n'a pas été dûment informé au cours du sursis, il sera payé selon les modalités et dans la mesure prévue par le plan homologué pour des créances similaires. »

Ontworpen artikel XX.90 van het Wetboek van economisch recht

In de ontworpen paragraaf 2 wordt inzonderheid gepreciseerd dat het terzelfdertijd uitoefenen van controle op rechten die noodzakelijk zijn voor de voorzetting van de activiteiten, via andere rechtspersonen moest gebeuren.

Ook al komt de tekst van die bepaling letterlijk overeen met artikel 62 van de wet van 31 januari 2009 'betreffende de continuïteit van de ondernemingen', het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk wat de bestaansgrond van die beperking is.

Ontworpen artikel XX.102 van het Wetboek van economisch recht

De bespreking van de bepaling zou moeten worden aangevuld met een verantwoording voor het monopolie dat in het vijfde lid in handen van de curator gelegd wordt.

Ontworpen artikel XX.105 van het Wetboek van economisch recht

De steller van het voorontwerp moet onderzoeken of de uitzondering op de verplichting die in principe op elke schuldenaar rust om in geval van staking van betaling aangifte te doen van het faillissement, welke uitzondering geldt voor de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen, niet moet worden uitgebreid tot de Europese politieke partijen en de Europese politieke stichtingen in de zin van de titels III*ter* en III*quater* van de wet van 27 juni 1921 'betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de stichtingen en de Europese politieke partijen en stichtingen', zoals gewijzigd bij hoofdstuk 6 van de wet van 25 december 2016 'tot wijziging van de rechtspositie van de gedetineerden en van het toezicht op de gevangenissen en houdende diverse bepalingen inzake justitie'.

In de Nederlandse tekst schrijve men overigens "hij" in plaats van "zij".

Ontworpen artikel XX.111 van het Wetboek van economisch recht

In de ontworpen paragraaf 3, tweede lid, zou het beter zijn de woorden "dat niet op de hoogte was van" te vervangen door de woorden "dat niet op de hoogte gebracht is of geen kennis gekregen heeft van".

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Ontworpen artikel XX.113 van het Wetboek van economisch recht

De Raad van State vraagt zich af of in de ontworpen paragraaf 3, tweede lid, behalve naar "de bedragen, sommen en uitkeringen die de gefailleerde ontvangt sinds de faillietverklaring op grond van een oorzaak die dateert van na het faillissement", niet ook verwezen moet worden naar de andere goederen waarvan nochtans sprake is in paragraaf 1.

Ontworpen artikel XX.114 van het Wetboek van economisch recht

Het zou wenselijk zijn om, net zoals in de bespreking van het artikel, in het ontworpen punt 3° te preciseren dat de niet-tegenstelbaarheid niet zal gelden wanneer er sprake is van een minnelijk akkoord of een gerechtelijke reorganisatie.

Ontworpen artikel XX.115 van het Wetboek van economisch recht

Het zou nuttig zijn om in het ontworpen dispositief te preciseren dat de ontworpen regel niet geldt in geval van een minnelijk akkoord of een gerechtelijke reorganisatie, zoals in de bespreking ervan te lezen staat.

Ontworpen artikel XX.141 van het Wetboek van economisch recht

In de Franse versie van de vierde zin van het ontworpen tweede lid moeten, overeenkomstig de Nederlandse versie van de tekst, de komma's vóór en na de woorden "qui ne servent pas de preuve contre des tiers" weggelaten worden. Zo niet zouden alle stukken van het dossier die hoedanigheid vertonen, waardoor de bepaling zinloos zou worden.

Ontworpen artikel XX.142 van het Wetboek van economisch recht

Behoudens de verwijzing naar artikel 46 van de faillissementswet, heeft de bespreking van de bepaling blijkbaar niets te maken met de inhoud ervan.

Ontworpen artikel XX.159 van het Wetboek van economisch recht

Het ontworpen eerste lid moet een andere structuur krijgen en het woord "identiteit" moet vervangen worden door de woorden "maatschappelijke benaming".

De volgende redactie wordt voorgesteld:

"De aangifte van elke schuldeiser bevat:

– zijn identiteit, zijn ondernemingsnummer en in voorkomend geval zijn beroep en woonplaats of, indien het een rechtspersoon betreft, zijn ondernemingsnummer, zijn maatschappelijke benaming en zijn maatschappelijke zetel;

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

– het bedrag en de oorzaken van zijn schuldvordering, de eraan verbonden voorrechten, hypotheken of zakelijke zekerheden op roerende goederen, en de titel waarop zij berust.

Is dat niet het geval, dan kunnen de curatoren de schuldvordering verwerpen of beschouwen als niet-preferente schuldvordering."

Ontworpen artikel XX.164 van het Wetboek van economisch recht

De tweede zin van het ontworpen derde lid zou beter als volgt geredigeerd worden:

"In de tijd tussen de proces-verbalen kunnen zij aan de rechtbank de betwistingen voorleggen betreffende de schuldvorderingen die zij wensen te aanvaarden of te betwisten."

Ontworpen artikel XX.173 van het Wetboek van economisch recht

De eerste zin van het ontworpen eerste lid moet aldus herzien worden dat beter omschreven wordt wat de rol is van respectievelijk de curator en de rechter-commissaris bij de oproeping van de schuldeisers en de gefailleerde en hoe hun taken op elkaar aansluiten, en dat beter geregeld wordt in welke volgorde ze optreden.

Ontworpen artikel XX.176 van het Wetboek van economisch recht

1. De ontworpen paragraaf 2, eerste lid, zou beter als volgt geredigeerd worden:

"De kwijtschelding wordt enkel toegekend op verzoek van de gefailleerde, welk verzoek hij dient te voegen bij zijn aangifte van het faillissement of dient neer te leggen in het register uiterlijk drie maanden na de bekendmaking van het faillissementsvonnis, zelfs indien het faillissement is afgesloten voor het verstrijken van die termijn."

2. Bovendien wordt in diezelfde ontworpen paragraaf 2 bepaald dat:

– de gefailleerde, zonder de sluiting van het faillissement af te wachten en zodra de termijn van drie maanden verstreken is, de rechtbank kan verzoeken uitspraak te doen over de kwijtschelding;

– de rechtbank binnen een termijn van een jaar vanaf de opening van het faillissement op verzoek van de gefailleerde via het register aan hem de redenen meedeelt die rechtvaardigen waarom ze zich niet over de kwijtschelding heeft uitgesproken zonder dat deze mededeling vooruitloopt op de latere beslissing tot kwijtschelding;

– als het verzoek tot kwijtschelding pas na de sluiting van het faillissement wordt ingediend, de rechtbank de kwijtschelding toekent.

‡LW-ABDRPEJDI-GAHGAVT‡

Gelet op dat alles vraagt de afdeling Wetgeving zich af of het wel de bedoeling van de steller van het ontwerp is dat de kwijtschelding automatisch toegekend wordt wanneer het verzoek ingediend wordt na de sluiting van het faillissement.

3. Het zou beter zijn om in de Franse tekst van de ontworpen paragraaf 3 de woorden "À la demande d'une partie intéressée, notifiée au failli par le greffier," te vervangen door de woorden "Par une demande notifiée au failli par le greffier,".

Ontworpen artikel XX.193 van het Wetboek van economisch recht

Het ontworpen tweede lid zou beter als volgt geredigeerd worden:

"De gemeenschappelijke schulden die de gefailleerde bij de uitoefening van zijn economische activiteit heeft gemaakt en die niet voldaan zijn door de vereffening van het faillissement, kunnen niet verhaald worden op het eigen vermogen van de echtgenoot van de gefailleerde."

Ontworpen artikel XX.196 van het Wetboek van economisch recht

De afdeling Wetgeving vraagt zich af hoe de beide leden van de ontworpen paragraaf 2 zich tot elkaar verhouden, aangezien in het eerste lid het werkwoord "bevelen" gebruikt wordt en in het tweede lid het werkwoord "machtigen".

Ontworpen artikel XX.205 van het Wetboek van economisch recht

Men doet er beter aan de bepaling als volgt te redigeren:

"Wanneer overeenkomstig artikel 3, lid 1, van de Insolventieverordening in een andere lidstaat een insolventieprocedure geopend is ten aanzien van een schuldenaar die in België een vestiging heeft, worden de hoofdzaken van de beslissing tot opening van de insolventieprocedure, de identiteit van de aangewezen insolventiefunctionaris, alsmede de bevoegdheidsregel die toegepast wordt door het rechtscollege dat de procedure geopend heeft, bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad*. Hetzelfde geldt indien de insolventiefunctionaris of de schuldenaar die zijn goederen in bezit houdt daarom verzoekt."

Ontworpen artikel XX.213 van het Wetboek van economisch recht

In de Franse tekst schrijve men "Le présent chapitre …" in plaats van "Ce chapitre …".

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Ontworpen artikelen XX.219 tot XX.222 van het Wetboek van economisch recht

Het ontworpen artikel XX.219 schrijft voor wat de rol, de bevoegdheden en de plichten van de insolventiefunctionaris zijn in het kader van een buitenlandse hoofdinsolventie.

In het ontworpen artikel XX.221 worden de artikelen XX.210 en XX.212 ("Europese insolventieprocedures") gedeeltelijk overgenomen. De afdeling Wetgeving vraagt zich af waarom de inhoud van het ontworpen artikel XX.211 niet *mutatis mutandis* overgenomen is. Die bepaling luidt als volgt:

> "Zodra een vordering tot opening van een insolventieprocedure aanhangig wordt gemaakt bij een Belgisch rechtscollege of voornoemd rechtscollege een insolventieprocedure heeft geopend op grond van de insolventieverordening, behoort enig verzoek van dit rechtscollege tot samenwerking met een door een rechtscollege van een andere lidstaat aangewezen insolventiefunctionaris tot de bevoegdheid van de rechter-commissaris of de gedelegeerd rechter."

De bespreking van de bepaling moet in voorkomend geval op dat punt aangevuld worden.

Ontworpen artikel XX.219 van het Wetboek van economisch recht

In de Franse tekst van de ontworpen paragraaf 2 moet het woord "à" vervangen worden door het woord "a".

Ontworpen artikel XX.224 van het Wetboek van economisch recht

1. In de Franse tekst moet in het ontworpen eerste lid het woord "autre" weggelaten worden.

2. In het ontworpen tweede lid moeten de woorden "in het buitenland geopende" ingevoegd worden tussen de woorden "in een" en het woord "insolventieprocedure".

Ontworpen artikel XX.228 van het Wetboek van economisch recht

1. In de ontworpen paragraaf 3 zou bepaald moeten worden dat de benadeelde schuldeiser die de vordering instelt de curator daarvan in kennis moet stellen.

2. De bespreking van paragraaf 5 moet aldus aangevuld worden dat de regeling waarbij de schuldvergelijking enerzijds betrekking heeft op een vermindering of afwezigheid van activa en anderzijds op een vermeerdering van het passief beter gerechtvaardigd wordt.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Ontworpen artikel XX.229 van het Wetboek van economisch recht

Het ontworpen artikel XX.229 neemt de inhoud van paragraaf 2 van de artikelen 265, 409 en 530 van het Wetboek van vennootschappen in een aangepaste vorm over. Die artikelen worden overigens opgeheven.

Zo komen de cursief weergegeven woorden in de hiernavolgende tekst van die paragraaf 2, eerste lid, niet voor in het ontworpen artikel XX.229:

> "Onverminderd § 1 kunnen de in § 1 bedoelde bestuurders, gewezen bestuurders en feitelijke bestuurders door de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid en de curator persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het geheel of een deel van [de] op het ogenblik van de uitspraak van het faillissement verschuldigde (…) *bijdrageopslagen, verwijlinteresten en de vaste vergoeding bedoeld in artikel 54ter van het koninklijk besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, indien komt vast te staan dat een door hen begane grove fout aan de basis lag van het faillissement* (…)."

Bovendien is het tweede lid van die paragraaf 2 niet opgenomen in de ontworpen bepaling. Dat tweede lid luidt als volgt:

> "De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid of de curator stellen de vordering inzake persoonlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid van de in het eerste lid bedoelde bestuurders in bij de rechtbank van koophandel die kennis neemt van het faillissement van de vennootschap."

Ten slotte wordt het derde lid van paragraaf 2 van de huidige teksten van het Wetboek van vennootschappen evenmin overgenomen, aangezien het geval van de grove fout niet meer in aanmerking genomen wordt.

Voorts wordt in dezelfde bespreking aangegeven dat "[d]e gevallen waarin artikel XX.229 voorziet] gelden als een vermoeden *iuris et de iure* van aansprakelijkheid voor de betaling van de verschuldigde bijdragen. De tekst laat evenwel een zekere appreciatie toe voor de betrokkenheid van de bestuurders zoals door het Grondwettelijk Hof beslist (Grondw. Hof 25 september 2014, nr. 133/2014, B.9.2.).[18] De omvang van de betrokkenheid van de bestuurder bij het faillissement kan die appreciatie beïnvloeden".

Die bedenkingen worden in de ontworpen bepaling evenwel niet duidelijk weergegeven.

De samenhang tussen deze bepaling en de bespreking ervan dient beter aangetoond te worden, wat tevens de gelegenheid zal bieden om toelichting te geven bij de verschillen ten opzichte van de huidige redactie van de overeenkomstige bepalingen van het Wetboek van vennootschappen.

[18] GwH 25 september 2014, nr. 133/2014, B.9.2.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

Ontworpen artikel XX.230 van het Wetboek van economisch recht

Voor het ontworpen artikel XX.230 geldt een soortgelijke opmerking als die welke bij het ontworpen artikel XX.229 gemaakt is, aangezien het wel degelijk de bedoeling is om ten gunste van de fiscus te voorzien in een soortgelijke bepaling als die welke ten gunste van de RSZ bestaat.

Ontworpen artikel XX.233 van het Wetboek van economisch recht

In de eerste paragraaf van de Franse tekst moet het werkwoord "peut" ingevoegd worden tussen de woorden "de Bruxelles" en de woorden ", s'il est établi".

Ontworpen artikel XX.236 van het Wetboek van economisch recht

In de Franse tekst dient vooraan in de tweede zin van het eerste lid geschreven te worden: "Le délai d'appel …".

Hoofdstuk III

In de wijzigings- en opheffingsbepalingen die hoofdstuk III van het voorontwerp vormen, moet melding gemaakt worden van alle vroegere wijzigingen die aangebracht zijn in de opnieuw te wijzigen bepalingen, op voorwaarde dat die bepalingen nog geldig zijn en niet doelloos geworden zijn als gevolg van latere wijzigingen, alsook van de wijzigingen waarbij daarin bepalingen ingevoegd of hersteld zouden zijn, zelfs indien deze wijzigingen niet meer geldig zijn.[19]

Daaruit volgt dat melding gemaakt moet worden van de bepalingen waarbij de te wijzigen teksten vervangen zijn – tenzij die zelf later nog gewijzigd zijn – alsook van de bepalingen waarbij nieuwe teksten ingevoegd zijn.

Artikel 12

(ontworpen artikel 490*quater* van het Strafwetboek)

De bepaling zou beter als volgt geredigeerd worden:

"Met gevangenisstraf van een maand tot twee jaar en met geldboete van 5 euro tot 125.000 euro worden gestraft, (i) zij die, bedrieglijk, zonder schuldeiser te zijn, deelgenomen hebben aan de stemming bepaald bij artikel XX.81 van het Wetboek van economisch recht, (ii) zij die als schuldeiser hun schuldvorderingen overdreven hebben en (iii) zij die, hetzij met de schuldenaar, hetzij met enige andere persoon, bijzondere voordelen bedongen hebben om de

[19] *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek", aanbeveling 113.

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡

stemming over het reorganisatieplan in een bepaalde richting te sturen of die een bijzondere overeenkomst aangegaan zijn waaruit voor hen een voordeel zou voortvloeien ten laste van het actief van de schuldenaar."

Artikel 18

1. De afdeling Wetgeving is er niet van op de hoogte dat artikel 764, eerste lid, 9°, van het Gerechtelijk Wetboek hersteld zou zijn bij een wet, waarvan de datum niet in het voorontwerp vermeld is.

2. Het opschrift van de wet van 27 juni 1921 luidt, ingevolge artikel 38 van de wet van 25 december 2016 'tot wijziging van de rechtspositie van de gedetineerden en van het toezicht op de gevangenissen en houdende diverse bepalingen inzake justitie', als volgt: wet van 27 juni 1921 'betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de stichtingen en de Europese politieke partijen en stichtingen'.

In de voorgestelde aanvullende tekst moet daarmee rekening gehouden worden.

Een soortgelijke opmerking geldt voor sectie III van hoofdstuk III van het voorontwerp en voor de inleidende zin van artikel 49 ervan.

Artikel 19

(ontworpen artikel 1186 van het Gerechtelijk Wetboek)

Overeenkomstig de bespreking van de bepaling moet het woord "geheel" ingevoegd worden tussen de woorden "die" en de woorden "toebehoren aan minderjarigen".

Artikel 60

Aangezien de Europese verordening die vermeld wordt in het ontworpen artikel 119, § 2, 1°, van het Wetboek van internationaal privaatrecht, bij artikel 117, 4°, van hetzelfde wetboek, zoals gewijzigd bij artikel 59 van het voorontwerp, gedefinieerd wordt als de "insolventieverordening", volstaat het om de woorden die in dat ontworpen artikel 119, § 2, 1°, opgenomen moeten worden, als volgt te redigeren: "8, lid 2, van de insolventieverordening".

Artikel 73

Voor een correcte redactie van de inwerkingtredingsformule die overeenstemt met de wens van de steller van het voorontwerp, zoals die uit de voorliggende bepaling voortvloeit, wordt verwezen naar de handleiding wetgevingstechniek, *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek", formule F 4-5-2-1.

‡LW-ABDRPEJDI-GAHGAVT‡

SLOTOPMERKINGEN

1. De memorie van toelichting zou moeten worden aangevuld met een bespreking van de artikelen 67 tot 73.

2. De redactie van het hele ontwerp moet worden herzien. In dit advies worden een aantal voorbeelden in die zin gegeven en worden bij wijze van voorbeeld een aantal suggesties aangereikt.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Gregory DELANNAY Pierre VANDERNOOT

‡LW-ABDRPFJDI-GAHGAVT‡