



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 72.541/2
du 21 décembre 2022

sur

un avant-projet de loi
‘transposant la
directive (UE) 2019/1023 du
Parlement européen et du
Conseil du 20 juin 2019 relative
aux cadres de restructuration
préventive, à la remise de dettes
et aux déchéances, et aux
mesures à prendre pour
augmenter l’efficacité des
procédures en matière de
restructuration, d’insolvabilité et
de remise de dettes, et modifiant
la directive (UE) 2017/1132 et
portant des dispositions diverses
en matière d’insolvabilité’

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 72.541/2
van 21 december 2022

over

een voorontwerp van wet ‘tot
omzetting van
richtlijn (EU) 2019/1023 van het
Europees parlement en de raad
van 20 juni 2019 betreffende
preventieve
herstructureringsstelsels,
betreffende kwijtschelding van
schuld en beroepsverboden, en
betreffende maatregelen ter
verhoging van de efficiëntie van
procedures inzake
herstructurering, insolventie en
kwijtschelding van schuld, en tot
wijziging van
Richtlijn (EU) 2017/1132 en
houdende diverse bepalingen
inzake insolventie’

Le 16 novembre 2022, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Justice et de la Mer du Nord à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'transposant la directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 et portant des dispositions diverses en matière d'insolvabilité'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 21 décembre 2022. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Marianne DONY, assesseur, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Pauline LAGASSE et Anne-Stéphanie RENSON, auditrices.

Henri CULOT, appelé en qualité d'expert sur la base de l'article 82 des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, a également présenté un rapport.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Patrick RONVAUX.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 21 décembre 2022.

*

Op 16 november 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-eersteminister en Minister van Justitie en Noordzee verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot omzetting van richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees parlement en de raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 en houdende diverse bepalingen inzake insolventie'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 21 december 2022. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Patrick RONVAUX en Christine HOREVOETS, staatsraden, Marianne DONY, assessor, en Béatrice DRAPIER, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Pauline LAGASSE en Anne-Stéphanie RENSON, auditers.

Henri CULOT, die als expert opgeroepen is op grond van artikel 82 van de wetten 'op de Raad van State', gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft eveneens verslag uitgebracht.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 21 december 2022.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, 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.

FORMALITÉS PRÉALABLES

L'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)' (ci-après : le « RGPD »), combiné avec l'article 57, paragraphe 1, c), et le considérant 96 de ce règlement, ainsi qu'avec l'article 2, alinéa 2, de la loi du 30 juillet 2018 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', prévoit une obligation de consulter l'autorité de contrôle, en l'occurrence l'Autorité de protection des données visée dans la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données', dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement de données à caractère personnel.

En l'espèce, les articles 13, 14, 15, et 23 à 28 se rapportent à des traitements de pareilles données.

Interrogé à cet égard, le délégué du Ministre a indiqué qu'une demande d'avis avait été adressée à l'Autorité de protection des données mais que l'avis n'avait pas encore été rendu.

Si l'accomplissement de cette formalité devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État sur des points autres que de pure forme ou ne résultant pas également des suites réservées au présent avis, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à nouveau à l'avis de la section de législation, conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État'.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. QUANT AUX MESURES ENVISAGÉES POUR RÉGLER LES CONSÉQUENCES DE L'ARRÊT PLESSERS

1.1. Selon l'exposé des motifs, l'avant-projet à l'examen entend notamment

« adapte[r] également la législation relative à l'insolvabilité aux exigences fixées par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Plessers* du 16 mai 2019 et l'arrêt

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

Heiploeg (C-238/20) du 28 avril 2022, ce qui impose certaines modifications à la réorganisation par transfert d'entreprises ».

1.2. Dans l'arrêt *Plessers* du 16 mai 2019 ¹, la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur la compatibilité du traitement réservé aux travailleurs dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice au regard de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 'concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements'.

Dans l'arrêt *Heiploeg* du 28 avril 2022 ², la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur la compatibilité du traitement réservé aux travailleurs dans le cadre de la procédure de « *prepack* » applicable aux Pays-Bas au regard de la même directive 2001/23/CE.

1.3. La section de législation a rappelé ce qui suit dans son avis 68.479/2 donné le 14 janvier 2021 sur une proposition de loi 'portant diverses modifications en matière d'insolvabilité des entreprises' :

« 1.2. L'article 3, paragraphe 1, de la directive n° 2001/23/CE dispose comme suit :

'Les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire.

Les États membres peuvent prévoir que le cédant et le cessionnaire sont, après la date du transfert, responsables solidairement des obligations venues à échéance avant la date du transfert à la suite d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert'.

1.3. L'article 4 de la même directive énonce quant à lui ce qui suit :

'1. Le transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire. Cette disposition ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi.

Les États membres peuvent prévoir que le premier alinéa ne s'applique pas à certaines catégories spécifiques de travailleurs qui ne sont pas couverts par la législation ou la pratique des États membres en matière de protection contre le licenciement.

2. Si le contrat de travail ou la relation de travail est résilié du fait que le transfert entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur, la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail est considérée comme intervenue du fait de l'employeur'.

¹ C.J.U.E., 16 mai 2019, *Plessers*, C-509/17, ECLI: EU:C:2019:424.

² C.J.U.E., 28 avril 2022, *Heiploeg*, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321.

1.4. L'article 5, paragraphe 1, de la directive n° 2001/23/CE permet toutefois de déroger aux mécanismes de protection des travailleurs prévus aux articles 3 et 4 moyennant le respect des trois conditions cumulatives suivantes :

- le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ;
- cette procédure est ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant ;
- et la procédure se déroule sous le contrôle d'une autorité publique compétente.

1.5. En droit belge, le traitement des travailleurs en cas de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice est réglé par l'article XX.86 du [Code de droit économique] (anciennement l'article 61 de la loi du 31 janvier 2009 'relative à la continuité des entreprises'), qui dispose comme suit :

§ 1^{er}. Sans préjudice des dispositions du présent livre, une convention collective de travail conclue au sein du Conseil national du travail et rendue obligatoire par le Roi précise les modalités du transfert des droits et obligations des travailleurs concernés par un transfert d'entreprise sous autorité de justice.

§ 2. La convention collective de travail visée au paragraphe 1^{er} règle :

1° l'information des travailleurs concernés par un transfert sous autorité de justice lorsqu'il n'y a ni conseil d'entreprise ni délégation syndicale dans l'entreprise ;

2° l'information que le mandataire de justice doit, sur la base des informations que doit fournir le débiteur, transmettre au cessionnaire et aux travailleurs concernés ;

3° le maintien des droits et obligations des travailleurs concernés par un transfert sous autorité de justice, y compris les possibilités de dérogations ;

4° le choix des travailleurs qui seront repris ;

5° les modalités de conclusion d'une convention de transfert projeté entre le débiteur ou le mandataire de justice et le cessionnaire ainsi que le contenu de cette convention en ce qui concerne les droits et obligations des travailleurs repris ;

6° le sort des dettes à l'égard des travailleurs repris.

§ 3. Le choix des travailleurs qui seront repris par le cessionnaire incombe à ce dernier.

Le choix du cessionnaire doit être dicté par des raisons techniques, économiques ou organisationnelles et s'effectuer sans différenciation interdite.

En particulier, les représentants des travailleurs dans l'entreprise transférée ou la partie d'entreprise transférée ne peuvent être soumis à un traitement différencié uniquement en raison de leur activité exercée comme représentant des travailleurs dans l'entreprise transférée ou la partie d'entreprise transférée.

Sauf preuve contraire, l'absence de différenciation interdite est présumée établie si la proportion, avant le transfert sous autorité de justice, entre les travailleurs occupés dans l'entreprise transférée ou la partie d'entreprise transférée et leurs représentants dans les organes de cette entreprise ou partie d'entreprise reste respectée après le transfert.

§ 4. La convention collective de travail visée au paragraphe 1^{er} peut accorder au cessionnaire et au travailleur repris la possibilité de modifier le contrat de travail individuel au moment où le transfert sous autorité de justice a lieu, pour autant que les modifications apportées soient principalement liées à des raisons techniques, économiques ou organisationnelles.

§ 5. Le cessionnaire, le débiteur ou le mandataire de justice, peut demander par requête adressée au tribunal du travail du siège social ou de l'établissement principal du débiteur, l'homologation de la convention de transfert projeté visée au paragraphe 2, 5°.

Le tribunal du travail vérifie si les conditions légales ont été remplies par les parties signataires et si l'ordre public a été respecté.

Le tribunal statue en urgence après avoir entendu les représentants des travailleurs et le requérant.

§ 6. Si l'homologation est accordée, le cessionnaire ne peut être tenu à des dettes et obligations autres que celles figurant dans la convention dont l'homologation est demandée. La mise en œuvre des modifications aux conditions de travail convenues collectivement ou appliquées collectivement est subordonnée à la condition suspensive de la conclusion d'une convention collective de travail qui en reproduit les termes'.

1.6. Ainsi que l'explicitent Roman Aydogdu et Jonathan Wildemeersch,

'Au départ de la prémisse que l'exception prévue par l'article 5 [de la directive n° 2001/23/CE] était applicable à un transfert sous autorité de justice réalisé dans le cadre d'une réorganisation judiciaire, la question politique et économique du sort des travailleurs de l'entreprise transférée a fait l'objet d'une solution de compromis, consacrée par l'article XX.86 du Code de droit économique ('C.D.E.'), anciennement article 61 de la [loi du 31 janvier 2009 'relative à la continuité des entreprises'] et la [convention collective de travail (C.C.T.)] n° 102.

Pour nous limiter à la seule problématique dont la Cour de justice était saisie dans l'affaire *Plessers*, à savoir la reprise du personnel, le droit belge prévoit que le cessionnaire n'est pas tenu de reprendre l'ensemble du personnel mais uniquement les travailleurs qu'il choisit, étant précisé que son choix doit être dicté par des raisons techniques, économiques ou organisationnelles et s'effectuer sans différenciation interdite (article XX.86, paragraphe 3, du C.D.E. et article 12 de la C.C.T. n° 102).

Dès l'adoption de ce compromis, plusieurs auteurs ont cependant mis en doute la possibilité d'appliquer à la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice l'exception portée par l'article 5, paragraphe 1^{er}, de la directive 2001/23 et, partant, la compatibilité des dérogations faites par l'article XX.86 du C.D.E. et la C.C.T. n° 102, aux articles 3 et 4 de la directive 2001/23³, notamment quant à la faculté pour le cessionnaire de choisir les travailleurs repris, sur la base de raisons techniques, économiques ou organisationnelles^{4, 5}.

³ Note de bas de page n° 5 de l'avis cité : Note de bas de page n° 3 de l'article cité : H. VAN HOOGENBEMT, « De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement », *J.T.T.*, 2009, n° 19, p. 183 ; J. PEETERS et P. HUMBLET, « De arbeidsrechtelijke aspecten van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen : gewikt en gewogen », *Gerechtelijke reorganisatie, Getest, gewikt en gewogen*, Anvers, Intersentia, 2010, n°s 49-50, pp. 309-310.

⁴ Note de bas de page n° 6 de l'avis cité : Note de bas de page n° 4 de l'article cité : Voy. notamment F. KÉFER et G. GAILLIET, « Le sort des travailleurs d'une entreprise en réorganisation judiciaire », in *Questions spéciales de droit social, Formation permanente CUP*, vol. 150, n°s 54-57, pp. 412-414.

⁵ Note de bas de page n° 7 de l'avis cité : R. AYDODGU et J. WILDEMEERSCH, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne : une condamnation 'avec sursis' de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *J.L.M.B.*, 2019/27, pp. 1267 et 1268.

1.7. Poursuivant le même raisonnement que celui tenu dans son arrêt *Smallsteps*⁶, la Cour de Justice de l'Union européenne a refusé le bénéfice de l'exception de l'article 5, paragraphe 1, de la directive n° 2001/23/CE à la procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice au motif qu'aucune des trois conditions de l'article 5, paragraphe 1, n'était remplie.

Dès lors que les conditions d'application de l'article 5, paragraphe 1, de la directive n° 2001/23/CE ne sont pas réunies, il en résulte que les articles 3 et 4 de la même directive sont applicables en cas de transfert sous autorité de justice.

La Cour a donc vérifié dans un second temps si le traitement des travailleurs en cas de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice respectait les garanties prévues aux articles 3 et 4 de la directive n° 2001/23/CE.

À cet égard, la Cour a relevé ce qui suit :

'51. [...] [T]out d'abord, il ressort de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/23 que les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert d'entreprise sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire.

[...]

53. Ensuite, en vertu de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2001/23, le transfert d'entreprise ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire. Cela étant, cette disposition ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation qui impliquent des changements sur le plan de l'emploi.

54. Il résulte du libellé de cette disposition que des licenciements survenus dans un contexte de transfert d'entreprise doivent être motivés par des raisons économiques, techniques ou d'organisation sur le plan de l'emploi qui ne tiennent pas intrinsèquement audit transfert.

[...]

56. En l'occurrence, il ressort de la législation nationale en cause au principal que le cessionnaire a le droit de choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre, ce choix devant toutefois être motivé par des raisons techniques, économiques et organisationnelles et s'effectuer sans différenciation interdite.

57. Or, il apparaît qu'une telle législation nationale vise, contrairement à la perspective dans laquelle s'inscrit l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2001/23, non pas les travailleurs qui font l'objet d'un licenciement, mais ceux dont le contrat de travail est transféré, étant entendu que le choix de ces dernières personnes par le cessionnaire se fonde sur des raisons techniques, économiques et organisationnelles.

58. S'il est vrai que les travailleurs non choisis par le cessionnaire concerné et, partant, licenciés sont implicitement mais nécessairement ceux dont aucune raison technique, économique ou organisationnelle n'impose, aux yeux dudit cessionnaire, le transfert du contrat de travail, il n'en demeure pas moins que ce cessionnaire n'est soumis à aucune obligation de démontrer que les licenciements intervenus dans le cadre du transfert sont dus à des raisons d'ordre technique, économique ou organisationnel.

⁶ Note de bas de page n° 8 de l'avis cité : C.J.U.E., 22 juin 2017, C-126/16, *Smallsteps*, EU:C:2017:489.

59. Il apparaît donc que l'application d'une législation nationale telle que celle en cause au principal est de nature à compromettre sérieusement le respect de l'objectif principal de la directive 2001/23, tel que précisé à l'article 4, paragraphe 1, de celle-ci et rappelé au point 52 du présent arrêt, à savoir la protection des travailleurs contre les licenciements injustifiés en cas de transfert d'entreprise'.

La Cour en a conclu que

'[l]a directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, et notamment ses articles 3 à 5, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une législation nationale, telle que celle au principal, qui, en cas de transfert d'une entreprise intervenu dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice appliquée en vue du maintien de tout ou partie du cédant ou de ses activités, prévoit, pour le cessionnaire, le droit de choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre'.

[...]

1.9. Afin de se conformer à la jurisprudence de l'arrêt Plessers précité, deux pistes de solution s'offrent au législateur ⁷ :

– soit supprimer la possibilité pour le cessionnaire de choisir les membres du personnel qu'il souhaite reprendre ⁸ ;

– soit adapter la procédure de réorganisation judiciaire dans son ensemble afin de la rendre conforme aux conditions de l'article 5, paragraphe 1, de la directive n° 2001/23/CE et pouvoir bénéficier ainsi de l'exception prévue à cet article » ⁹.

1.4. L'exposé des motifs de l'avant-projet s'exprime comme suit sur ces questions :

« III. Mise en œuvre de la jurisprudence de la Cour de justice

Dans les articles XX.84 à XX.97, le régime des transferts d'entreprise dans le cadre d'une réorganisation judiciaire a été profondément revu. En résumé, le nouveau système signifie que le transfert d'entreprise dans le cadre d'une réorganisation conduit à la faillite ou à la liquidation de l'entreprise, dans des circonstances qui sont dans l'intérêt tant des détenteurs de capital que des travailleurs et créanciers. Le système ne tend plus, dans la mesure où cela n'a jamais été le cas, à assurer la continuité de l'entreprise, entendue dans cet avant-projet comme la personne morale ou physique » (p. 8).

1.5. Dans le même sens, le commentaire de l'article 142 de l'avant-projet précise ce qui suit :

« Le but du transfert d'entreprise tel qu'il est exprimé dans le nouvel article XX.84, § 1^{er}, est la liquidation de l'entreprise ou, s'agissant de personnes physiques, la liquidation de son patrimoine par le biais de la faillite. Le raisonnement de la Cour de justice en cause Plessers était que la procédure de transfert sous autorité de justice était une procédure

⁷ Note de bas de page n° 9 de l'avis cité : C. ALTER et Z. PLETINCKX, « Transfert d'entreprise sous autorité de justice, réduction de la masse salariale et conformité au droit européen », *J.T.*, 2019, p. 548.

⁸ Note de bas de page n° 10 de l'avis cité : Le risque de cette option étant, selon C. Alter et Z. PLETINCKX, de « priver la procédure de réorganisation judiciaire par transfert d'une grande partie de son utilité, qui a déjà été démontrée à plusieurs reprises devant les cours et tribunaux » (C. ALTER et Z. PLETINCKX, *ibidem*).

⁹ Avis 68.479/2 donné le 14 janvier 2021 sur une proposition de loi 'portant diverses modifications en matière d'insolvabilité des entreprises' (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 55-1591/002, pp. 4 à 10).

tendant à la sauvegarde de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités, de sorte que l'article 5 de la Directive n° 2001/23 n'était pas applicable. L'avant-projet tend à faire correspondre complètement le transfert avec la procédure visée à l'article 5 de la Directive[,] laquelle s'applique. Cet article impose que la procédure de faillite ou une procédure analogue soit introduite à une fin de liquidation du patrimoine du cédant. Le maintien de tout ou partie de l'entreprise est exclu par l'avant-projet et le transfert devient une modalité de la liquidation. [...] ».

1.6. Dès lors que l'option retenue consiste à adapter la procédure de réorganisation judiciaire dans son ensemble afin de la rendre conforme aux conditions d'application de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23/CE, l'attention du législateur doit être attirée sur le fait que, dans son arrêt *Plessers*, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que la procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice ne répondait à aucune des trois conditions cumulatives de l'article 5, paragraphe 1, de cette directive.

Même si cette interprétation de la Cour est contestée par la doctrine (à tout le moins s'agissant des première et troisième conditions)¹⁰, il n'en demeure pas moins qu'il convient d'adapter la procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice réalisée par l'avant-projet à l'examen en manière telle que chacune des trois conditions cumulatives de l'article 5, paragraphe 1, de la directive n° 2001/23/CE soit remplie.

Les auteurs de l'avant-projet sont par conséquent invités à justifier plus systématiquement le respect de chacune des trois conditions précitées¹¹.

1.7. À cet égard, l'attention des auteurs de l'avant-projet est plus particulièrement attirée sur les éléments suivants :

a) S'agissant des deuxième et troisième conditions à respecter (à savoir la poursuite de la liquidation des biens du cédant et le contrôle d'une autorité publique compétente), force est de constater que, si l'avant-projet entend modifier à cet égard les articles XX.39, XX.84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et XX.87, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, du CDE afin de supprimer l'objectif de la poursuite des activités, il ne modifie en revanche pas d'autres dispositions qui indiquent pourtant une préférence à la sauvegarde des activités ou qui la présentent comme l'objectif principal de la procédure et qui,

¹⁰ Not. J. WILDEMEERSCH et R. AYDOGDU, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne : une condamnation 'avec sursis' de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *J.L.M.B.*, 2019, p. 1270 ; C. ALTER et Z. PLETINCKX, « Transfert sous autorité de justice, réduction de la masse salariale et conformité au droit européen », *J.T.*, 2019, pp. 547 et 548, n° 4 ; S. JACMAIN et I. VEROUGSTRAETE, « Premières réflexions critiques et pratiques suite à l'arrêt *Plessers* », *R.D.C.*, 2019, pp. 547 à 551, n°s 14 à 18 ; A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, p. 542, n° 728.

¹¹ Voir dans le même sens, l'avis 68.479/2 précité.

selon la Cour de justice de l'Union européenne ¹², témoignent d'un contrôle plus restreint du mandataire de justice que celui exercé par le curateur désigné en cas de faillite. Il en va ainsi des dispositions suivantes :

– l'article XX.87, § 1^{er}, alinéa 2, du CDE, selon lequel le praticien de l'insolvabilité recherche et sollicite des offres « en veillant *prioritairement* au maintien de tout ou partie de l'activité de l'entreprise tout en ayant égard aux droits des créanciers » (italiques ajoutés) ¹³ ;

– l'article XX.89, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du CDE, qui donne pourtant une préférence à la sauvegarde des activités en disposant qu'« [e]n cas de pluralité d'offres comparables, la priorité est accordée par le tribunal à celle qui garantit la permanence de l'emploi par un accord social ».

Si l'intention du législateur est effectivement de rendre la législation conforme aux conditions de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23/CE en ne visant plus que l'hypothèse d'une liquidation de la société concernée par la procédure et de démontrer que le transfert d'entreprise est bien effectué sous le contrôle de l'autorité publique compétente, il s'agira de veiller à ce que les autres dispositions pertinentes du CDE soient adaptées en conséquence ¹⁴.

En outre, dès lors que (i) l'avant-projet entend exclure que l'entreprise subsiste après le transfert de tout ou partie de ses activités et que (ii) l'article XX.39 en projet ne prévoit plus la possibilité qu'une réorganisation judiciaire poursuive un objectif propre pour chaque activité ou partie d'activité, de l'accord du délégué, la référence à une pluralité d'objectifs de réorganisation dans d'autres dispositions que l'article XX.39, comme dans les articles XX.41, § 2, alinéa 1^{er}, 2^o, XX.48, § 1^{er}, alinéa 2, 4^o, du CDE ou XX.93 du CDE, sera omise.

b) S'agissant du respect des première et deuxième conditions, les auteurs de l'avant-projet ont fait le choix d'inscrire la « [r]éorganisation judiciaire par transfert sous autorité judiciaire » dans le titre V (« Réorganisation judiciaire ») et de maintenir dans l'appellation de ce mécanisme les termes « réorganisation judiciaire ».

La définition des finalités de la procédure de « réorganisation judiciaire » est modifiée afin de répondre aux arrêts *Plessers* et *Heiploeg* et de supprimer le lien automatique entre réorganisation judiciaire et préservation de la continuité de l'entreprise (article XX.39 en projet). Cela étant, sous le vocable « réorganisation judiciaire », se retrouvent désormais à la fois des mécanismes visant principalement au maintien de l'activité de l'entreprise et des mécanismes visant à augmenter les chances de désintéressement des créanciers. Dans son arrêt *Heiploeg*, la Cour oppose la simple finalité de « réorganisation », à celle de « liquidation » de l'entreprise ¹⁵ et

¹² C.J.U.E., 16 mai 2019, C-509/17, *Christa Plessers c. Prefaco NV et l'État belge*, § 47.

¹³ Interrogé quant à l'intention poursuivie par l'article 145 de l'avant-projet (la version consolidée transmise à la section de législation et le dispositif de l'avant-projet ne correspondant pas sur ce point), le délégué du Ministre a en effet précisé ceci :

« Alleen het eerste lid wordt vervangen (met name een zinsdeel wordt weggelaten). Het voorontwerp moet in die zin verduidelijkt worden ».

¹⁴ Voir dans le même sens l'avis 68.479/2 précité, ainsi que R. AYDOGDU, « 2 - Tomber de Smallsteps en Heiploeg : cinq ans d'odyssée pour la protection des travailleurs dans les transferts d'entreprises en difficulté » in N. Ouchinsky (dir.), *Actualités en droit de l'insolvabilité*, 1^{ère} édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 77.

¹⁵ C.J.U.E., 28 avril 2022, *Federatie Nederlandse Vakbeweging c. Heiploeg Seafood International BV et co.*, C-237/20, § 53.

considère que l'application de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23 à un transfert d'entreprise sous autorité judiciaire est avant tout une question d'analyse de l'ensemble des circonstances légales et factuelles qui constituent un faisceau d'indices permettant de plaider pour l'une ou l'autre qualification. Compte tenu de l'objectif de liquidation qui est poursuivi et de la volonté d'inscrire le transfert d'entreprise sous autorité judiciaire dans une finalité de maximisation des chances de désintéressement des créanciers, il paraîtrait plus cohérent et plus sûr d'inscrire le transfert d'entreprise sous autorité judiciaire en dehors de la réorganisation judiciaire, qui est habituellement associée au maintien de l'activité.

Il a dès lors été demandé au délégué du Ministre si le classement de cette procédure de transfert parmi les procédures de « réorganisation judiciaire » ne risquait pas de créer une ambiguïté ou des discussions sur l'objectif poursuivi au regard de la jurisprudence de la Cour de justice, qui utilise comme critère déterminant, lors de la vérification de la deuxième condition de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23, la poursuite d'un objectif de « liquidation », qu'elle oppose à un objectif de maintien de l'activité ou de « réorganisation » (C.J.U.E. C-237/20, 28 avril 2022, § 53). Il a été suggéré au délégué de créer une troisième catégorie de procédure d'insolvabilité visant à englober ces procédures intermédiaires (qui se situent entre la réorganisation judiciaire qui se limiterait au maintien de l'activité d'une part, et la faillite pure et simple, d'autre part).

En réponse à cette question, le délégué du Ministre a répondu ce qui suit :

« Het is juist die 'derde' categorie die door *Plessers* is geweerd en die niemand wil aangezien zij niet beantwoordt aan de eisen van art. 5 van de sociale richtlijn. Het woord 'onderneming' slaat in deze tekst van het ontwerp, anders dan in het voorgaande boek XX, op een rechtspersoon of fysieke persoon. Het Hof van justitie is heel duidelijk: de rechtspersoon moet worden vereffend. Dat belet natuurlijk niet dat een activiteit BUITEN HET KADER van de cedent voortleeft. *Heiploeg* heeft dit niet veranderd ».

Il n'est effectivement pas contestable que la jurisprudence de la Cour de justice ne s'oppose pas à la poursuite de l'activité en dehors de l'entreprise liquidée. La question se pose cependant de savoir s'il ne serait pas pertinent, dans un souci de sécurité juridique, de distinguer les hypothèses de réorganisation judiciaire dont la finalité première est le maintien de l'activité, des mécanismes dont la finalité première est la liquidation et l'augmentation des chances de désintéressement des créanciers. L'arrêt *Plessers* reprochait notamment à la procédure examinée de transfert d'entreprise de ne pas systématiquement aboutir à la faillite de l'entreprise (ou à une procédure analogue)¹⁶. La question se pose de savoir s'il ne serait dès lors pas plus cohérent avec

¹⁶ C.J.U.E., 16 mai 2019, C-509/17, *Christa Plessers c. Prefaco NV et l'État belge*, §§ 42 et 43.

la première condition de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23, d'inscrire le mécanisme du transfert d'entreprise sous autorité judiciaire, si pas dans le cadre d'une troisième catégorie de procédure d'insolvabilité, à tout le moins dans le cadre des procédures de faillite. La procédure implique, du reste, la désignation d'un « praticien de l'insolvabilité » (et non pas d'un « praticien de la réorganisation »).

c) S'agissant de la troisième condition à respecter (à savoir, le contrôle d'une autorité publique compétente), force est de constater que la Cour de Justice a notamment relevé, pour conclure au non-respect de cette condition, que le mandataire de justice (en l'espèce le praticien de l'insolvabilité) est chargé d'organiser et de réaliser le transfert « au nom et pour le compte du débiteur »¹⁷. L'avant-projet à l'examen n'entend cependant pas modifier à cet égard l'article XX.85, alinéa 1^{er}, du CDE.

Les auteurs de l'avant-projet seront par conséquent attentifs au respect complet de cette troisième condition¹⁸.

B. QUANT AUX TABLEAUX DE TRANSPOSITION

Les auteurs de l'avant-projet sont invités à relire attentivement les tableaux de transposition avant de les joindre au projet de loi.

Sans être exhaustif, la consultation du tableau de transposition relatif à la concordance entre le texte de la directive et le texte de l'avant-projet joint au dossier de demande d'avis appelle notamment les observations suivantes :

– de l'accord du délégué du Ministre, il convient d'indiquer que l'article 2, paragraphe 1, 5°, de la directive est transposé par les articles I.22, 11° à 14° (tel qu'il est modifié par l'avant-projet) et XX.58 du CDE (et non par les articles I.22, 10° et XX.56 du CDE) ;

– l'article 2, paragraphe 2, c), de la directive est également transposé par l'article XX.83/1 en projet ;

– de l'accord du délégué du Ministre, il convient d'indiquer que l'article 5, paragraphe 3, c), de la directive est transposé par l'article 157 de l'avant-projet (et non par l'article 158) ;

– de l'accord du délégué du Ministre, il convient d'indiquer que l'article 6, paragraphe 3, alinéa 1^{er}, de la directive n'est pas transposé par les articles 34, 45, 157 et 162 de l'avant-projet, mais bien par ses articles 76, 100 et 159, ainsi que par les articles 41 et 50 et suivants du CDE ;

¹⁷ C.J.U.E., 16 mai 2019, C-509/17, § 46.

¹⁸ Voir dans le même sens, l'avis n° 68.749/2 précité ainsi que R. AYDOGDU, « 2 - Tomber de Smallsteps en Heiploeg : cinq ans d'odyssée pour la protection des travailleurs dans les transferts d'entreprises en difficulté » in N. Ouchinsky (dir.), *Actualités en droit de l'insolvabilité*, 1^{ère} édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 77.

– de l'accord du délégué du Ministre, il convient d'indiquer que l'article 6, paragraphe 5, de la directive est transposé par les articles XX.50, XX.57 et XX.73 du CDE, ainsi que par l'article 123 de l'avant-projet (et non par son article 159) ;

– de l'accord du délégué du Ministre, il convient d'ajouter que l'article 6, paragraphe 6, de la directive est également transposé par l'article XX.97/3 en projet ;

– il convient d'indiquer que l'article 8 de la directive est transposé par l'article 92 (et non par l'article 91), qui insère un article XX.70/1 dans le CDE et par l'article 120 (et non par l'article 119), qui insère un article XX.83/4 dans le CDE ;

– de l'accord du délégué du Ministre, il convient d'indiquer que l'article 9, paragraphe 4, alinéa 1^{er}, de la directive est transposé par les articles 100, 115, 125 et 171 (et non par les articles 3, 104 et 105) ;

– de l'accord du délégué du Ministre, il convient d'ajouter que l'article 9, paragraphe 4, alinéa 3, de la directive est également transposé par l'article XX.83/1, alinéa 3, en projet ;

– de l'accord du délégué du Ministre, il convient d'ajouter que l'article 10, paragraphe 3, de la directive est également transposé par l'article XX.79, § 4, alinéa 3, en projet ;

– les articles XX.74/1 et XX.83/8 en projet ne constituent pas la transposition de l'article 11, paragraphe 2, alinéa 2, de la directive ;

– il convient d'indiquer par quelles dispositions les articles 18, paragraphes 4¹⁹ et 24²⁰ de la directive sont transposés ;

– de l'accord du délégué du Ministre, il convient d'indiquer que l'article 20, paragraphe 1, alinéa 1^{er}, de la directive n'est pas transposé par les articles 34 et 134 de l'avant-projet mais par l'article XX.173 du CDE ;

– il convient d'indiquer que l'article 21, paragraphe 1, de la directive est également transposé par l'article XX.76 du CDE.

C. QUANT À LA CORRECTE TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE (UE) 2019/1023

1. De l'accord du délégué du Ministre et pour assurer une transposition correcte de l'article 1^{er}, paragraphe 2, c), de la directive (UE) 2019/1023, l'article XX.1^{er}, § 2, du CDE devrait viser les organismes de placement collectif au lieu des sociétés de gestion d'organismes de placement collectif.

¹⁹ Interrogé à cet égard, le délégué du Ministre a précisé qu'il s'agissait des articles XX.38, XX.65, XX.83, XX.111 et XX.112 en projet.

²⁰ Interrogé à cet égard, le délégué a précisé qu'il s'agissait de l'article XX.173 en projet et partiellement de l'article 135.

2. L'article 2, paragraphe 1, point 9), de la directive (UE) 2019/1023 définit l'entrepreneur comme étant

« une personne physique exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

Le tableau de transposition indique que cette définition correspond à celle de l'article I.1, alinéa 1^{er}, 1^o, a), du CDE, qui, lorsque cette définition se rapporte à une personne physique, définit l'entreprise comme suit :

« chacune des organisations suivantes : (a) toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant ».

Dans un arrêt du 18 mars 2022 (C.21.0006.F), la Cour de cassation a précisé qu'

« [u]ne personne physique n'est une entreprise, au sens de cette dernière disposition, que lorsqu'elle constitue une organisation consistant en un agencement de moyens matériels, financiers ou humains en vue de l'exercice d'une activité professionnelle à titre indépendant ».

Si l'on tient compte de l'exigence d'une « organisation », présente à l'article I.1, alinéa 1^{er}, 1^o, a), du CDE et rappelée par la Cour de cassation dans l'arrêt précité, il n'est pas certain que la définition de l'article I.1, alinéa 1^{er}, 1^o, a), du CDE englobe tous les cas visés par l'article 2, paragraphe 1, 9^o, de la directive. La définition du CDE, qui contient un élément absent de la définition de la directive, risque de s'avérer plus restreinte, en particulier dans le cas d'une personne physique exerçant à titre indépendant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale sans toutefois que cette activité soit suffisamment structurée ou suffisamment dotée de moyens matériels, financiers ou humains pour être considérée comme une organisation.

Dans cette mesure, l'article I.1, alinéa 1^{er}, 1^o, a), du CDE ne constituerait pas une transposition complète de la directive et limiterait le champ d'application des règles du livre XX du CDE d'une manière non conforme à la directive.

Par ailleurs, par un jugement du 28 novembre 2022, le Tribunal de l'entreprise du Hainaut a saisi la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle portant sur la compatibilité de la notion d'entreprise, dans deux interprétations possibles, avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

Le législateur veillera à tenir compte des suites qu'il y aurait lieu éventuellement de réserver à l'arrêt qui sera rendu à l'issue de cette procédure.

3. Selon la table de concordance, l'article 19 de la directive (UE) 2019/1023 est transposé par les articles XX.224 et suivants du CDE. Ces articles prévoient des responsabilités particulières des dirigeants d'entreprises, qui ne s'appliquent que lorsque leur entreprise a été déclarée en faillite.

Or, l'article 19 de la directive prévoit une série d'obligations à charge des dirigeants « lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité », ce qui signifie que ces obligations doivent s'appliquer même si l'entreprise n'est finalement pas déclarée en faillite, soit parce que la probabilité d'insolvabilité ne se réalise pas, soit parce que la situation d'insolvabilité est résolue

d'une autre manière que par la procédure de faillite (dissolution judiciaire ou réorganisation judiciaire notamment).

Les auteurs de l'avant-projet doivent donc identifier les dispositions de droit interne qui mettent en œuvre l'article 19 de la directive et les mentionner dans la table de concordance ou, à défaut de pouvoir identifier de telles dispositions, insérer dans le projet un dispositif adéquat de nature à couvrir tous les éléments de l'article 19 de la directive.

4. L'article 21, paragraphe 1, de la directive (UE) 2019/1023 requiert que l'entrepreneur insolvable puisse être totalement libéré de ses dettes dans un délai maximal de trois ans.

Le dispositif des articles XX.76 et XX.173 du CDE ne garantissent pas que ce délai sera respecté.

Pour assurer une transposition complète de la directive, il convient de faire en sorte que le délai d'exécution du plan ne puisse dépasser trois ans pour ce qui concerne les entreprises personnes physiques et que l'effacement puisse être accordé au plus tard trois ans après les décisions judiciaires visées à l'article 21, paragraphe 1, a) et b), de la directive.

5. Afin de garantir la correcte exécution des obligations visées à l'article 29, paragraphes 1, 2, 4 et 6, de la directive (UE) 2019/1023, il convient de transposer formellement ces dispositions dans l'avant-projet.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 2

Dans le texte français, les mots « (UE) 2019/1023 » seront insérés entre les mots « de la directive » et les mots « du Parlement européen ».

Article 3

1. Le Code de droit économique contient deux articles I.22.

Il convient de corriger cette erreur légistique et de renuméroter l'article à l'examen en I.23. Toutes les références à cet article doivent ensuite être dûment adaptées.

2. L'article I.22, 7°, 7°/01 et 7°/02 en projet du CDE distingue le « praticien de l'insolvabilité » du « praticien de la réorganisation », ces deux catégories étant exclusives l'une de l'autre. Ce faisant, il est donnée une portée restrictive à la notion d'« insolvabilité » alors même que l'article I.22, 1°, du CDE entend donner à cette notion une portée générale, englobant l'ensemble des procédures visées par le livre XX, à savoir « [la] procédure d'accord amiable hors réorganisation judiciaire, [la] procédure de réorganisation judiciaire publique ou privée, ou [la] procédure de faillite ».

Dans un souci de cohérence et de sécurité juridique, il serait préférable de trouver une autre dénomination pour les « praticiens de l'insolvabilité » afin qu'il n'existe aucune confusion quant à la portée du terme « insolvabilité ».

Le dispositif sera revu au regard de cette observation.

3. À l'article I.22, 7°/01, en projet, dans le texte français, les mots « ou plusieurs » seront insérés entre les mots « pour exécuter, notamment, une » et les mots « des missions ».

4. À l'article I.22, 7°/02, en projet, dans un souci de cohérence par rapport aux définitions données du « praticien de la réorganisation » et du « praticien de l'insolvabilité », qui utilisent chacune le terme de « mandataire de justice », il conviendrait plutôt de définir « les mandataires de justice », au pluriel et non pas au singulier, comme une catégorie générale regroupant les professionnels visés.

5. À l'article I.22, 14°, en projet, il convient de viser plus précisément l'alinéa 4 de l'article 3.3 du Code civil.

L'attention des auteurs de l'avant-projet est attirée sur le fait que, telle que la définition est libellée, les créances garanties par une clause de réserve de propriété ne sont pas comprises parmi les créances sursitaires extraordinaires.

Par ailleurs, la portée des mots « et les créances qualifiées comme créances sursitaires extraordinaires par le présent livre » est difficilement compréhensible dès lors qu'aucune autre disposition du livre XX du CDE n'indique qu'un type particulier de créance doit être considéré comme une créance sursitaire extraordinaire. À défaut d'être mieux précisé, ce membre de phrase sera omis.

6. À l'article I.22, 16°/1, en projet, dans un souci de sécurité juridique et afin de transposer adéquatement l'article 2, paragraphe 1, 2°, de la directive (UE) 2019/1023, le dispositif précisera ce qu'il y a lieu d'entendre par « parties ».

7. À l'article I.22, 16°/2, en projet, les termes « participation au patrimoine » ne correspondent pas à l'intention des auteurs de l'avant-projet car c'est en réalité le débiteur lui-même qui est titulaire de son patrimoine. À la lecture du commentaire de l'article, il semble que les auteurs de l'avant-projet entendent en réalité viser les actionnaires et associés d'une société, ce qui n'inclut pas les créanciers du débiteur ni ses membres au cas où ce débiteur est une association. En effet, dès lors que les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés coopératives n'ont pas de capital en droit belge, on ne peut pas, au regard du Code des sociétés et des associations, désigner leurs actionnaires comme des « personne[s] détenant une participation au capital d'un débiteur ou de son entreprise » (qui est la définition proposée par l'article 2, paragraphe 1, 3), de la directive (UE) 2019/1023), même si les actionnaires de telles sociétés sont visés, sans doute possible, par la notion de « détenteur de capital » au sens de la directive (UE) 2019/1023 au vu de l'interprétation fonctionnelle qu'il convient de donner à cette notion.

Le « détenteur de capital » pourrait donc simplement être défini comme « l'actionnaire ou l'associé du débiteur, si ce dernier est une société ».

8. Interrogé quant aux motifs pour lesquels la définition du « critère du meilleur intérêt des créanciers » figurant à l'article 2, paragraphe 1, 6°, de la directive (UE) 2019/1023 n'a pas été formellement transposée à l'article 3 de l'avant-projet, le délégué du Ministre a répondu ce qui suit :

« In artikel 134 wordt wel verwezen naar het concept van de Richtlijn. De tekst van het ontwerp houdt één afwijking in, met name het bijwoord kennelijk. Het kan inderdaad overwogen worden om de definitie van de best interest op te nemen, maar dan in art. 134 het bijwoord 'kennelijk' te schrappen. In andere lidstaten en in de doctrine was dit probleem gerezen ».

La définition figurant à l'article 134 ne correspond toutefois pas entièrement à celle énoncée à l'article 2, paragraphe 1, 6°, de la directive (UE) 2019/1023. En effet, en plus de la suppression du mot « manifestement », qui ne figure pas dans la définition de la directive, il convient d'également viser l'hypothèse dans laquelle une meilleure solution alternative existerait si le plan de restructuration n'était pas validé.

L'article 3 sera par conséquent complété afin d'assurer une transposition complète de l'article 2, paragraphe 1, 6°, de la directive précitée.

Compte tenu de la définition qui sera ainsi donnée et de la nécessité d'assurer une correcte transposition de la directive, l'article XX.83/17, § 1^{er}, 4°, en projet (article 134 de l'avant-projet) sera quant à lui modifié pour supprimer les termes « il est satisfait au critère du meilleur intérêt des créanciers si aucun créancier dissident n'est manifestement lésé par rapport à une situation au cours de laquelle une procédure normale de liquidation aurait été suivie ».

9. Interrogé quant aux motifs pour lesquels les définitions des termes « remise de dettes totale » et « plan de remboursement » figurant à l'article 2, paragraphe 1, 10° et 11°, de la directive (UE) 2019/1023 n'ont pas été formellement transposées à l'article 3 de l'avant-projet, le délégué du Ministre a explicité ce qui suit :

« De volledige kwijtschelding van schuld wordt in de tekst omschreven in het kader van de reorganisatie, maar behoeft geen abstracte formulering. De Richtlijn verplicht de Lidstaten hierin te voorzien wat het wetsontwerp doet. De term 'kwijtschelding' kwam bijzonder ongelegen omdat zij in het Belgisch recht gebruikt worden in het kader van het faillissementsrecht, in opvolging van het begrip 'verschoonbaarheid'.

Het terugbetalingsplan is een deel van het reorganisatieplan (zie bv. XX.83/4), maar biedt geen bijkomende waarde voor de omschrijving van het plan. De twee aspecten bedoeld in de definitie van de Richtlijn wordt gedetailleerd omschreven in de tekst ».

Il est pris acte de cette explication.

Article 4

Il y a lieu de remplacer, dans la version française, les caractères italiques des mots « in paragraaf 2 » et « in paragraaf 1 » par des caractères romains.

Une observation analogue vaut pour les autres dispositions modificatives de l'avant-projet qui utilisent ce procédé (par exemple les articles 14, premier tiret, et 78 de l'avant-projet).

Article 8

Interrogé à cet égard, le délégué du Ministre a confirmé que l'article XX.11/1 en projet n'empêchait pas le tribunal ou les parties de requérir la présence physique du juge-commissaire ou du juge délégué dans certains cas.

Le dispositif sera par conséquent complété afin de traduire cette intention ²¹. Il précisera également la manière dont cette requête doit être formulée et si le juge-commissaire et le juge délégué sont tenus d'y réserver une suite favorable.

Article 13

L'article XX.16, § 3, alinéa 1^{er}, en projet habilite le Roi à déterminer, « après l'avis de l'Autorité de protection des données », la forme et les modalités de l'enregistrement des données dans le registre, les modalités d'accès au registre et les modalités de mise en place et de fonctionnement du registre, et les données du registre.

La référence à l'avis de l'Autorité de protection des données n'apporte aucune plus-value par rapport à l'obligation de consultation de l'Autorité de protection des données qui découle de l'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)' ²². Au contraire, la référence à l'avis de l'Autorité de protection des données peut être source de confusion au regard des obligations de l'Union européenne existantes ²³.

²¹ Voir en ce sens l'avis 67.623/2 donné le 8 juillet 2020 sur une proposition devenue la loi du 21 mars 2021 'modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des impôts sur les revenus 1992', observation n° 2 formulée sous l'article 2 (*Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n° 55-1337/2, p. 4).

²² Voir notamment C.E., 6 janvier 2021, n° 249.405, *Verhaeghe*, cons. 26.

²³ Voir en ce sens l'avis 69.435/AG donné le 3 juin 2021 sur des amendements au projet devenu la loi du 14 août 2021 'relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique', observation n° 6.5 (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 55-1951/011, p. 12) et l'avis 72.334/2 donné le 9 novembre 2022 sur un avant-projet de loi 'portant modification de la loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces', observation n° 4 formulée sous l'article 4.

À l'article XX.16, § 3, alinéa 1^{er}, du CDE, les mots « la Commission pour la protection de la vie privée » seront par conséquent omis (et non pas remplacés par les mots « l'Autorité de protection des données »).

Une observation analogue vaut pour les articles XX.17, § 2, alinéa 1^{er}, 6^o et alinéa 2, § 3, alinéa 2, XX.18, § 1^{er}, alinéas 2 et 4, XX.21, alinéa 2, XX.21/1, § 1^{er}, alinéa 3, et § 2, en projet.

Article 18

Contrairement à ce qui est prévu à l'article XX.20/1, alinéa 4, en projet pour ce qui concerne le praticien de la réorganisation, l'article XX.20, § 6, alinéa 4, en projet ne distingue pas l'hypothèse dans laquelle la désignation du praticien de l'insolvabilité a été rendue publique de celle dans laquelle elle ne l'a pas été ²⁴.

Interrogé à cet égard, le délégué du Ministre a répondu que

« [d]eze opmerking is terecht. De tekst verdient te worden aangepast ».

Le dispositif sera par conséquent complété en ce sens.

Article 20

Le régime des honoraires des praticiens de la réorganisation, tel qu'il est prévu à l'article XX.20/1 en projet n'est pas totalement identique avec celui des praticiens de l'insolvabilité tel que prévu à l'article XX.20 du CDE.

Interrogé quant aux motifs pour lesquels l'équivalent de l'article XX.20, § 4, du CDE n'est pas repris pour les praticiens de la réorganisation et quant à la question de savoir s'il ne faudrait pas prévoir, en toute hypothèse, une intervention du juge dans la fixation des honoraires du praticien de la réorganisation, le délégué du Ministre a répondu comme suit :

« Het statuut van de herstructureringsdeskundige is fundamenteel verschillend van die van een curator. Bij een faillissement is er een openbare procedure met dwang waarbij de inboedel van de gefailleerde vereffend wordt. De Staat neemt een aantal verplichtingen over die toelaten de vereffening conform de openbare orde te laten verlopen.

Bij een reorganisatie is het stelsel overwegend van conventionele aard. De parameters van vergoeding worden wel geschetst in de tekst. De tekst heeft geen procedure ingevoerd van betwisting omdat wij hier staan voor een procedure die niet afwijkt van een procedure van gemeenrecht. Bij betwisting zal de deskundige de debiteur moeten dagvaarden. Er is natuurlijk geen bezwaar dit in de tekst in te voegen ».

²⁴ Voir l'hypothèse visée à l'article XX.97/23 en projet, qui prévoit la confidentialité de la désignation du praticien de l'insolvabilité.

À cet égard, on relève que l'article XX.97/7 en projet ne règle explicitement ni le sort des frais causés par l'intervention du praticien de la réorganisation ni leur estimation. Ce n'est qu'« en cas de litige », selon l'article XX.97/7 en projet, que le tribunal interviendra pour estimer les frais et honoraires du praticien de la réorganisation. La section de législation a déjà fait observer à ce propos que,

« [d]ès lors qu'il est nommé par le président du tribunal, il semble raisonnable qu'un contrôle de ses frais et honoraires puisse intervenir par le biais d'une procédure en taxation des frais et honoraires par le tribunal. Il en va d'autant plus ainsi que ces frais et honoraires grèveront à due concurrence l'actif du débiteur »²⁵.

Interrogé à cet égard, le délégué du Ministre a répondu que

« [d]e vraag lijkt mij opgelost in artikel XX.20/1, maar dit artikel kan worden aangevuld zoals gesuggereerd door de vraag ».

Dans un souci de sécurité juridique, l'article XX.97/7 en projet gagnerait ainsi à être complété dans le sens suggéré par la section de législation dans son avis précité.

Articles 23, 24, 26 et 27

1. Dès lors que les renseignements et les données collectées incluent des données à caractère personnel, de tels traitements constituent des ingérences dans le droit au respect de la vie privée des personnes concernées, garanti notamment par l'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour être admissible au regard des dispositions précitées, l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée doit être définie en des termes clairs et suffisamment précis qui permettent d'appréhender de manière prévisible les hypothèses dans lesquelles le législateur autorise une pareille ingérence. Toute ingérence dans le droit au respect de la vie privée doit, en outre, reposer sur une justification objective et raisonnable et, par conséquent, être proportionnée aux buts poursuivis par le législateur²⁶.

En outre, conformément à l'article 22 de la Constitution, tout traitement de données à caractère personnel et, plus généralement, toute atteinte au droit à la vie privée, sont soumis au respect d'un principe de légalité formelle. En réservant au législateur compétent le pouvoir de fixer dans quels cas et à quelles conditions il peut être porté atteinte au droit au respect de la vie privée, l'article 22 de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucune ingérence dans l'exercice de ce droit ne peut avoir lieu qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue. Une délégation à un autre pouvoir n'est toutefois pas contraire au principe de légalité, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les « éléments essentiels » sont fixés préalablement par le

²⁵ Avis 68.812-68.813/2 précité, observation n° 19.

²⁶ Avis 68.936/AG donné le 7 avril 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 14 août 2021 'relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique' (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 1951/1, pp. 55 à 127, <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/1951/55K1951001.pdf>). Voir également dans le même sens, l'avis 72.334/2 donné le 9 novembre 2022 sur un avant-projet de loi 'portant modification de la loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces'.

législateur²⁷. Par conséquent, les « éléments essentiels » des traitements de données à caractère personnel doivent être fixés dans la loi elle-même. À cet égard, la Cour constitutionnelle et la section de législation du Conseil d'État considèrent que, quelle que soit la matière concernée, constituent, en principe, des « éléments essentiels » les éléments suivants : (1°) les catégories de données traitées, (2°) les catégories de personnes concernées, (3°) la finalité poursuivie par le traitement, (4°) les catégories de personnes ayant accès aux données traitées et (5°) le délai maximal de conservation des données²⁸.

2.1. À cet égard, les observations suivantes peuvent être formulées.

2.2 L'avant-projet à l'examen ne fixe pas le délai maximal de conservation des données. Interrogé à cet égard, le délégué du Ministre a répondu comme suit :

« Er ontbreekt inderdaad een bewaartermijn. Eventueel lijkt het een oplossing om de bewaartermijn van 5 jaar, zoals ook voorzien in artikel 4 KB 13/06/2021 (KNICLI), te hanteren. De tekst zou in die zin aangepast kunnen worden ».

Le dispositif sera par conséquent complété en ce sens.

2.3 À l'article 24, il n'est pas admissible d'habiliter le Roi à élargir la liste des catégories de personnes ayant accès aux données traitées, celles-ci devant être définies par le législateur lui-même.

La première phrase de l'article XX.21/1, § 1^{er}, alinéa 3, en projet sera par conséquent omise.

2.4 Enfin, l'article 26 énumère de manière non limitative les données et renseignements devant être collectés. Afin de répondre au principe de légalité, il convient toutefois de fixer dans la loi elle-même l'ensemble des catégories de données à caractère personnel pouvant être traitées.

L'avant-projet sera par conséquent complété en ce sens.

3. L'article XX.21, alinéa 1^{er} en projet, d'une part, n'indique pas clairement qui est chargé de collecter les renseignements et les données et, d'autre part, n'impose pas que ces renseignements et données soient collectés.

Dans ces conditions, il n'apparaît pas que le dispositif en projet suffit à transposer adéquatement l'article 3, paragraphe 1, de la directive (UE) 2019/1023, qui impose que les débiteurs aient accès à un ou plusieurs outils d'alerte précoce clairs et transparents.

Article 27

Le dispositif prévu par l'article XX.23, § 3, en projet ressemble fortement à celui de l'article 3:69 du Code des sociétés et des associations en se fondant sur des critères similaires mais

²⁷ Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle : voir notamment C.C., 18 mars 2010, n° 29/2010, B.16.1 ; 20 février 2020, n° 27/2020, B.17.

²⁸ Avis 68.936/AG précité ; C.C., 13 mars 2022, n° 33/2022, B.13.1 ; 22 septembre 2022, n° 110/2022, B.11.2.

partiellement différents (notamment celui des faits « qui révèlent une probabilité d'insolvabilité » et des faits « susceptibles de compromettre la continuité de l'activité économique »).

Pour des motifs de sécurité juridique, il serait souhaitable d'aligner les deux dispositifs.

Article 31

Les modifications envisagées par l'article 31 relatives à l'extension des délais d'examen des dossiers d'entreprises en difficulté par la chambre des entreprises en difficulté ont en réalité déjà été apportées à l'article XX.28 du CDE par l'article 4 de la loi du 21 mars 2021 'modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des impôts sur les revenus 1992' ²⁹.

L'objectif poursuivi est d'allonger de quatre à huit mois le délai accordé au juge-rapporteur pour achever son examen, avec la possibilité pour la Chambre des entreprises en difficulté de prolonger ce délai jusqu'à dix mois. Il s'agit par ailleurs d'étendre de huit à dix-huit mois le délai imposé à la chambre des entreprises en difficulté pour terminer son examen lorsqu'elle l'effectue elle-même.

À cet égard, il convient de rappeler que l'imposition de durées maximales pour les examens a été justifiée comme suit dans les travaux préparatoires de la loi du 11 août 2017 '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' :

« La loi fixe une durée maximale pour l'examen pour inciter le juge rapporteur ou, le cas échéant, la chambre à ne pas hésiter inutilement longtemps sur la voie à suivre. Un tel examen pèse par ailleurs également sur l'entreprise qui doit mettre à disposition les moyens nécessaires à cet effet » ³⁰.

Eu égard à cet objectif, la doctrine a contesté la proportionnalité de l'extension de ces durées maximales d'examen. Ainsi, N. Ouchinsky et W. David considèrent qu'

« [u]ne extension aussi large de la durée d'examen des dossiers en CED nous paraît, dans ce contexte, inappropriée, en ce qu'elle :

- ne contribue pas à inciter les entreprises à adopter un plan de sortie de crise rapide après identification des causes des difficultés ;
- impose aux entreprises de consacrer des ressources pendant une longue période pour répondre aux attentes de la CED, au lieu de se concentrer sur l'adoption de mesures d'assainissement ;
- pourrait encombrer encore davantage les tribunaux de l'entreprise, alors que ceux-ci devront vraisemblablement, dans les prochaines années, faire face à un volume important de dossiers d'entreprises impactées par la crise sanitaire ;

²⁹ Voir sur ce point l'observation critique formulée, à propos du dispositif similaire de l'article 3 de l'avant-projet devenu la loi du 21 mars 2021 'modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des impôts sur les revenus 1992', dans l'avis 67.623/2 précité (*Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n° 55-1337/002 pp. 4 et 5).

³⁰ *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 2407/001, p. 46.

– favorise des attermolements trop longs sur la situation d'entreprises trop gravement atteintes³¹, dont une durée plus stricte d'examen des dossiers devrait, lorsque c'est nécessaire, mener plus rapidement à une dissolution, une faillite ou, selon les circonstances, à la désignation d'un administrateur provisoire sur pied de l'article XX.32 du CDE »³².

Au regard de ce qui précède, cet allongement des délais maximaux pour les examens doit par conséquent pouvoir être dûment justifié, spécialement quant à la proportionnalité de pareil dispositif, eu égard à l'objectif poursuivi de permettre au débiteur une sortie de crise rapide après que sa situation a été éclaircie, compte tenu aussi des droits des créanciers. La proportionnalité de ce dispositif doit également être justifiée au regard de l'objectif de rapidité et d'efficacité des procédures en matière d'insolvabilité poursuivi par la directive (UE) 2019/1023³³.

À défaut de justification, la disposition sera omise.

Article 34

L'article XX.29/1, § 2, en projet entend permettre aux organismes publics de suspendre en tout ou en partie la perception de dettes fiscales ou prélèvements fiscaux ou de sécurité sociale (c'est-à-dire, ainsi que l'explique le commentaire de l'article, étaler le paiement du montant principal des cotisations) dans des conditions similaires à celles qu'octroierait un opérateur économique privé placé dans la même situation.

Dès lors qu'aux termes du paragraphe 3, le rôle du juge est limité à l'apposition d'une formule exécutoire sur le procès-verbal constatant l'accord amiable, la question se pose de savoir qui est chargé d'apprécier et de vérifier la similarité des conditions.

Article 41

Dès lors que l'article XX.2, 2°, a été complété afin de viser expressément l'article XX.35, il est inutile de prévoir, à l'article XX.35, que cette disposition s'applique « sans préjudice de l'article XX.2, 2° ».

Article 44

Le commentaire de l'article expose ce qui suit :

« L'article précise que la proposition d'accord pourra se faire en Français, en Néerlandais ou en Allemand ou dans une langue utilisée dans le commerce international. Cette disposition favorise l'utilisation de cet instrument dans des situations transnationales ou transrégionales et est requise pour préciser la portée de l'article 10 de la loi du

³¹ *Note de bas de page n° 22 de la contribution citée* : On songe notamment à ces fameuses 'entreprises zombies', qui ont fait les choux gras de la presse.

³² N. OUCHINSKY et W. DAVID, « Premier commentaire de la réforme du droit de l'insolvabilité du 21 mars 2021 », *RPS-TRV*, 2021/4, p. 412.

³³ Voir not. le considérant n° 86 de la directive (UE) 2019/1023.

15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire. La requête en homologation elle-même devra être déposée dans la langue du tribunal ».

Dès lors que, selon ce commentaire, l'article XX.37, § 1^{er}, alinéa 3, en projet du CDE se présente ainsi comme un aménagement de la loi du 15 juin 1935 'concernant l'emploi des langues en matière judiciaire', il serait opportun, du point de vue de la sécurité juridique, de traduire la dernière phrase de ce commentaire dans le dispositif.

Article 45

1. L'article XX.38, § 1^{er}, alinéas 3 et 4, en projet prévoit, d'une part, que les tiers n'ont pas le droit de prendre connaissance de la requête en homologation de l'accord (sauf assentiment du débiteur) et, d'autre part, que l'homologation doit être refusée si l'accord porte préjudice aux droits des tiers.

Il peut être supposé que les tiers potentiellement lésés seraient les mieux à même d'informer le président du tribunal des atteintes éventuelles que l'accord soumis à homologation porte à leurs droits mais l'impossibilité de prendre connaissance de cet accord les empêchera d'en faire l'analyse et, le cas échéant, d'attirer l'attention du tribunal. On peut craindre en conséquence que le président du tribunal ne puisse pas assurer efficacement la mission qui lui est confiée de vérifier que l'accord ne porte pas manifestement atteinte aux droits des tiers.

Le dispositif sera revu pour permettre aux tiers qui risqueraient d'être affectés de prendre connaissance de l'accord et de faire valoir leur point de vue devant le président du tribunal.

2. Il conviendrait en outre de prévoir à l'article XX.38, § 1^{er}, alinéa 4, en projet que le juge refuse également l'homologation de l'accord s'il est contraire à l'ordre public.

3. L'article 1328 de l'ancien Code civil a été abrogé par l'article 73 de la loi du 13 avril 2019 'portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve »'. La disposition équivalente est l'article 8.22 du Code civil, inséré par la même loi.

La référence figurant à l'article XX.38, § 2, alinéa 1^{er}, en projet sera par conséquent corrigée.

Cette observation s'applique aussi aux articles XX.65, § 2, et XX.97/9, § 2, en projet.

Article 54

1. Ainsi que l'explicite le commentaire de l'article, plusieurs modifications envisagées par l'article 54 ont déjà en réalité été apportées à l'article XX.41 du CDE par l'article 7 de la loi du 21 mars 2021.

À cet égard, la section de législation avait observé ce qui suit dans son avis 67.623/2 :

« Les articles 6 et 7 entendent assouplir les exigences formelles liées au dépôt de la requête en réorganisation judiciaire visées à l'article XX.41, § 2, alinéa 1^{er}, du CDE.

Il convient, à cet égard, de revenir sur l'évolution législative de cette disposition. Lors de l'adoption de la loi du 31 janvier 2009 'relative à la continuité des entreprises', le législateur a entendu faciliter au maximum l'accès à la procédure de réorganisation judiciaire, 'qui revêtait un caractère quasi automatique pour le débiteur qui la sollicitait' ³⁴.

Conformément à l'article 17 de cette loi du 31 janvier 2009, devaient uniquement être jointes à la requête au moment de son dépôt les pièces visées au paragraphe 2, 1^o à 4^o, tandis qu'un délai supplémentaire de quatorze jours était octroyé pour le dépôt des pièces visées au paragraphe 2, 5^o à 9^o.

Ainsi que le relèvent C. ALTER et Z. PLETINCKX,

'les quatre premières années d'application de la loi ont cependant révélé un certain nombre d'abus parmi lesquels un recours abusif à la procédure de la part d'entreprises virtuellement en faillite en vue de faire échec (fût-ce temporairement) aux tentatives de recouvrement de leurs créanciers et sans véritablement de politique de redressement' ³⁵.

Les travaux préparatoires de la loi du 27 mai 2013 'modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises' énoncent ainsi ce qui suit :

'Pour optimiser ce modèle, quelques adaptations de la loi sont opportunes. Le projet entend en particulier faciliter la découverte et la sanction des abus. La loi permet certes déjà d'écarter certains abus, mais il est apparu utile de compléter la loi.

Le projet tente de le faire sans étouffer les tentatives de sauvetage par un excès de réglementation.

[...]

L'efficacité d'une procédure est en principe le mieux garantie par des mesures garantissant la gratuité de la procédure ou du moins d'un coût pas trop élevé (Voy. Cour européenne des droits de l'homme, 25 septembre 2007). Ceci résulte de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit l'accès à la justice. Il faut toutefois déterminer un seuil raisonnable afin d'éviter que des procédures irréflechies ou fallacieuses soient entamées. Plusieurs articles du projet expriment cette volonté en instaurant un frein au dépôt inconsidéré de requêtes' ³⁶.

Pour mettre fin à ces abus, la loi du 27 mai 2013 a ainsi exigé le dépôt d'un dossier entièrement complet, sous peine d'irrecevabilité de la requête en réorganisation judiciaire. Désormais, 'tous les documents doivent être joints à la demande au moment du dépôt de la requête' ³⁷.

³⁴ Note de bas de page n° 10 de l'avis cité : C. ALTER et Z. PLETINCKX., *op. cit.*, p. 177.

³⁵ Note de bas de page n° 11 de l'avis cité : *Ibidem*.

³⁶ Note de bas de page n° 12 de l'avis cité : *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-2692/001, pp. 5 et 6.

³⁷ Note de bas de page n° 13 de l'avis cité : *Ibidem*, p. 13.

Cette exigence a ensuite été reproduite dans l'article XX.41, § 2, alinéa 1^{er}, du CDE. Les travaux préparatoires justifient la reprise de cette exigence pour les mêmes motifs :

‘Certains débiteurs ont trop rapidement recherché la protection du sursis de paiement, ce qui explique la formulation relativement stricte de cet article’³⁸.

En contrepartie de cette sévérité accrue dans les conditions formelles de recevabilité de la requête en réorganisation judiciaire, l'article XX.46, § 1^{er}, alinéa 4, du CDE prévoit toutefois la possibilité pour le tribunal de passer outre certaines irrégularités mineures :

‘Si une omission ou une irrégularité dans le dépôt de documents n'est pas d'une nature telle qu'elle empêche le tribunal d'examiner si les conditions prévues à l'article XX.45 sont remplies et si elle peut être réparée par le débiteur, le tribunal peut, après avoir entendu le débiteur, mettre l'affaire en continuation’.

Les articles 6 et 7 de la proposition entendent désormais revenir à un assouplissement des conditions formelles de recevabilité de la requête. Comme l'indique le commentaire des articles, ‘[c]et article a pour but de rendre la réorganisation judiciaire un peu plus accessible. Les exigences formelles étaient telles que de nombreuses PME hésitaient à demander une réorganisation. [...] Les restrictions imposées constituent des obstacles non justifiés à l'égard d'indispensables opérations de restructuration, particulièrement en [temps] de crise’.

Interrogé à cet égard, le mandataire du président de la Chambre des représentants a ajouté que ‘la situation consécutive à la crise sanitaire justifie un recours au régime de la loi de 2009’.

Au vu de ce qui précède, le législateur veillera à s'assurer de la proportionnalité des mesures proposées eu égard aux risques d'abus tels que constatés par le législateur en 2013 et en 2017 et ce, d'autant que la proposition à l'examen n'est pas limitée dans le temps à la période de crise liée à l'actuelle crise sanitaire »³⁹.

Pareille observation peut être réitérée en l'espèce⁴⁰.

2. L'article XX.41, § 2, alinéa 2, en projet utilise les concepts de « petite ou moyenne entreprise » et de « grande entreprise », sans toutefois définir ces notions.

Implicitement, les définitions de ces notions peuvent être déduites de l'article XX.66/1 en projet.

Il conviendrait que l'article XX.41, § 2, alinéa 2 en projet fasse référence à l'article XX.66/1 précité, voire également à l'article XX.83/1 en projet, pour éviter tout doute sur ce point.

Le dispositif sera revu en conséquence.

³⁸ Note de bas de page n° 14 de l'avis cité : *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 54.

³⁹ Avis 67.623/2 donné le 8 juillet 2020 sur une proposition devenue la loi du 21 mars 2021 ‘modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des impôts sur les revenus 1992’, observation n° 1 formulée sous les articles 6 et 7 (*Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n° 55-1337/2, pp. 10 à 12).

⁴⁰ Voir également en ce sens N. OUCHINSKY et W. DAVID, « Premier commentaire de la réforme du droit de l'insolvabilité du 21 mars 2021 », *RPS-TRV*, 2021/4, pp. 416 à 419.

Article 57

La portée de l'article XX.45, § 6, en projet n'est pas claire. Le droit commun des sociétés et des associations ne prévoit pas que le dépôt d'une requête en réorganisation judiciaire doit recevoir l'assentiment de l'assemblée générale ou de certains actionnaires.

Le texte ou à tout le moins le commentaire de l'article devrait indiquer les cas précis visés par le dispositif dans lesquels il dispense d'obtenir l'accord de l'assemblée générale ou de certains actionnaires pour déposer une requête en réorganisation judiciaire, alors que cet accord serait requis à défaut d'introduire la disposition à l'examen.

La même observation s'applique à l'article XX.70, § 3, en projet car la rédaction et le dépôt d'un plan de réorganisation ne suppose pas non plus, en principe, l'assentiment de l'assemblée générale ou de certains actionnaires.

Article 75

À l'article XX.59, § 1^{er}, alinéa 3, du CDE, pour correspondre aux termes de l'article 6, paragraphe 8, de la directive (UE) 2019/1023, les mots « La durée maximale » devraient être remplacés par les mots « La durée totale ».

Article 86

Dans la mesure où les débiteurs personnes physiques ne sont pas visés par l'article XX.83/1 en projet, les mots « des débiteurs visés à l'article I.1.1°, a), du présent Code ou » sont inutiles et seront omis.

Article 89

L'article XX.68, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, en particulier s'il est comparé au texte qu'il remplace, semble limiter la contestation de la qualité de la créance au seul cas de la créance sursitaire extraordinaire. Or, on peut concevoir des cas où une personne intéressée conteste le caractère de créance sursitaire ordinaire qui aurait été reconnu à une créance.

Avec l'accord du délégué du Ministre, le premier tiret de l'article 89 de l'avant-projet sera omis, pour laisser subsister le texte actuellement en vigueur.

Article 92

1. À l'article XX.70/1, § 2, alinéa 1^{er}, 2°, en projet, afin d'assurer une transposition complète de l'article 8, paragraphe 1, b), de la directive (UE) 2019/1023, les mots « y compris la

valeur des actifs, » seront insérés entre les mots « plan de réorganisation, » et les mots « une description ».

2. De l'accord du délégué du Ministre, à l'article XX.70/1, § 2, 6°, a), en projet, les mots « au moins » seront omis afin d'assurer une transposition exacte de l'article 2, paragraphe 1, 1°, de la directive (UE) 2019/1023.

La même observation vaut pour l'article XX.83/4, § 2, 7°, a), en projet.

Article 99

À l'article XX.75/1, alinéa 3, en projet, les termes « créanciers mentionnés ci-dessus » ne sont pas clairs. En particulier, on ne comprend pas s'il s'agit des créanciers visés à l'alinéa 1^{er} ou à l'alinéa 2 ou encore aux alinéas 1^{er} et 2.

Le dispositif sera clarifié.

En lien avec cette clarification, la dernière phrase de l'alinéa 2 pourrait s'avérer redondante et, dans ce cas, devrait être omise.

Article 102

1. L'article XX.77, § 2, en projet ne devrait pas viser le consentement ou l'opposition des dirigeants du débiteur mais seulement le consentement de ce dernier. Si le débiteur est une personne morale, la décision quant à son consentement sera évidemment prise par ses dirigeants, mais il n'est pas utile de le préciser dans l'article à l'examen.

2. L'article XX.77, § 7, en projet ne précise pas qui est chargé de fixer les modalités du vote électronique : s'agit-il du juge-délégué (pour les procédures de réorganisation judiciaire dont il a la charge) ou du tribunal ?

Interrogé à cet égard, le délégué du Ministre a répondu que

« [h]et is de rechter die beslist, maar een eventuele controle wordt door de rechtbank uitgeoefend ».

Dans un souci de sécurité juridique, le dispositif sera par conséquent complété afin de préciser qui fixe les modalités du vote électronique. L'attention des auteurs de l'avant-projet est attirée à cet égard sur le fait que le choix du juge-délégué a toutefois été contesté dans la doctrine. N. Ouchinsky et W. David émettent ainsi le regret suivant :

« Il incombe au juge délégué de fixer les modalités du vote électronique, alors que c'est le tribunal qui est compétent pour statuer sur l'homologation du plan après le vote sur celui-ci. Le fait de confier au juge délégué le soin de fixer les modalités du vote électronique des [procédures de réorganisation judiciaires] dont il a la charge risque, en outre, d'induire des complications importantes. En effet, lors d'une audience où cinq dossiers sont fixés en vue de voter sur le plan de réorganisation, le tribunal pourrait devoir travailler de

cinq manières différentes, en fonction de ce que chaque juge délégué aura décidé. C'est évidemment difficilement gérable. Il e[û]t été plus opportun de confier ce pouvoir à la chambre du tribunal en charge des réorganisations judiciaires, de manière à ce que la procédure soit uniforme (et supervisée par un juriste) » ⁴¹.

3. Interrogé sur la question de savoir si les détenteurs de capital seront également autorisés à voter à distance et si, dans ce cas, il ne faudrait pas prévoir que le tribunal doit pouvoir vérifier leur identité et leur qualité, le délégué du Ministre a répondu comme suit :

« Een terechte opmerking. Dit moet worden gepreciseerd ».

Le dispositif sera par conséquent complété en ce sens.

4. Les observations qui précèdent valent pour les dispositions analogues en projet aux articles 128 et 172.

Article 105

1. À l'article XX.78/2, alinéa 1^{er} en projet, la formulation diffère de celle de l'article XX.83/14, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet.

Il convient d'aligner les deux formulations en faisant clairement apparaître que le critère à prendre en compte est celui du montant total (et pas du nombre) des créances et en précisant si l'on tient compte seulement du montant principal ou aussi des intérêts.

2. De l'accord du délégué du Ministre, l'article XX.78/2, alinéa 3, en projet sera complété afin de préciser, comme c'est le cas à l'article XX.83/14, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, que la circonstance qu'un créancier ou détenteur de capital ne participe pas au vote n'implique pas que l'intéressé n'est pas lié par le vote.

Article 106

1. L'article 10, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, d), de la directive (UE) 2019/1023 impose que les conditions auxquelles l'autorité judiciaire ou administrative valide le plan de restructuration comprennent la constatation que, « lorsqu'il y a des créanciers dissidents, le plan de restructuration satisfait au critère du meilleur intérêt des créanciers ». Ce critère est défini à l'article 2, paragraphe 1, point 6), de la directive précitée.

Or :

– ce critère est défini à l'article XX.83/17 en projet, soit dans le chapitre 3/1 en projet consacré à la réorganisation judiciaire publique par accord collectif applicable aux grandes

⁴¹ N. OUCHINSKY et W. DAVID, « Premier commentaire de la réforme du droit de l'insolvabilité du 21 mars 2021 », *RPS-TRV*, 2021/4, p. 414.

entreprises, mais pas dans le chapitre 3 en projet qui traite de la même question pour les petites et moyennes entreprises ;

– ce critère n'est pas mentionné à l'article XX.79 en projet, qui définit les pouvoirs du tribunal chargé d'homologuer le plan de réorganisation judiciaire ;

– cet article XX.79 en projet ne permet au tribunal de refuser l'homologation du plan de réorganisation que si les formalités légales n'ont pas été respectées, si le plan est contraire à l'ordre public ou s'il n'offre manifestement pas une perspective raisonnable d'éviter la liquidation ou la faillite du débiteur ou de garantir la viabilité de l'entreprise.

Ainsi, ce dispositif ne permet pas au tribunal de vérifier que le plan de restructuration satisfait au meilleur intérêt des créanciers ni de refuser son homologation si ce n'est pas le cas. Dans cette mesure, le dispositif à l'examen ne transpose pas correctement l'article 10, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, d), de la directive (UE) 2019/1023.

Le dispositif sera revu en conséquence.

2. À l'instar de la rédaction des articles XX.79, § 5, et XX.80/1, alinéa 1^{er}, en projet, il y a lieu à la fin de l'article XX.79, § 3, de remplacer les mots « le jugement final sur l'homologation » par les mots « le jugement qui statue sur l'homologation ».

Article 108

L'article 108 est redondant par rapport à l'article XX.79, § 5, en projet et sera par conséquent omis.

La numérotation des dispositions de l'avant-projet sera revue en conséquence.

Article 109

Au premier tiret, il y a lieu, dans la version française, d'insérer la conjonction « et » avant les mots « la phrase ».

Article 111

1. Le texte ajouté à l'article XX.82, alinéa 1^{er} en projet ne correspond pas à l'intention exprimée dans le commentaire de l'article.

En effet, selon celui-ci,

« cet article, qui modifie l'article XX.82 du CDE, entend préciser que la décision relative à l'homologation passe en force de chose jugée, même si au sein d'une personne morale certains litiges devaient naître au sujet des actes posés par les administrateurs sans l'approbation préalable des organes de la société ».

Le texte en projet est libellé comme suit :

« L'homologation du plan de réorganisation remplace toute décision nécessaire de l'assemblée générale des actionnaires ».

Ce n'est pas la même chose d'affirmer qu'une décision d'homologation passée en force de chose jugée suscite des litiges au sein d'une personne morale que de prévoir que la décision d'homologation remplace la décision d'un organe de la société.

D'après la table de concordance, cet article transpose l'article 12, paragraphe 2, de la directive (UE) 2019/1023, qui impose que

« [...] les détenteurs de capital ne p[eu]vent empêcher ou faire entrave, de façon déraisonnable, à la mise en œuvre d'un plan de restructuration ».

Si la disposition précitée permet de limiter les droits des actionnaires en ce qui concerne la mise en œuvre d'un plan de restructuration, elle n'autorise cependant pas, comme entend le faire le dispositif en projet, à priver complètement les actionnaires des pouvoirs qui sont les leurs en vertu du droit des sociétés. Ce n'est que s'ils entravaient « de manière déraisonnable » la mise en œuvre du plan que les actionnaires pourraient voir leurs prérogatives limitées.

Le dispositif sera revu à la lumière de cette observation.

La même observation s'applique aux articles XX.83/20 et XX.97/19 en projet.

2. Si l'intention des auteurs de l'avant-projet est de faire en sorte que, dans la mesure où la mise en œuvre du plan de réorganisation nécessiterait une décision de l'assemblée générale des actionnaires, une telle décision soit remplacée par la décision judiciaire d'homologation, il conviendrait de régler de manière plus précise toutes les conséquences de ce dispositif. À titre d'exemple, s'il s'agit d'un apport supplémentaire, le rapport de l'organe d'administration (article 5:121 du Code des sociétés et des associations) et, éventuellement, celui du réviseur (article 5:133 du Code des sociétés et des associations) sont-ils néanmoins requis ? Un acte notarié est-il requis (article 5:120 du Code des sociétés et des associations) ? Comment sera assurée la publication de l'acte requise par l'article 2:14 du Code des sociétés et des associations ?

La même observation s'applique aux articles 139 et 183 de l'avant-projet.

Article 115

1. De l'accord du délégué, dans un souci de sécurité juridique, l'article XX.83/1, alinéa 3, en projet sera complété afin de préciser qu'il s'agit des débiteurs « visés à l'article XX.66 ».

2. À l'article XX.83/1, alinéa 2, en projet, il conviendrait de se référer à la définition de l'actuel article I.22, 26°, du CDE, tout en mettant cette définition à jour pour qu'elle fasse désormais référence à l'article pertinent du Code des sociétés et des associations.

Article 125

L'article 9, paragraphe 4, alinéa 1^{er}, de la directive (UE) 2019/1023 impose que

« [...] les parties affectées soient réparties dans des classes distinctes représentatives d'une communauté d'intérêt suffisante, sur la base de critères vérifiables, conformément au droit national ».

L'article XX.83/9, alinéa 2, en projet fixe certes un critère objectif, à savoir la distinction entre créanciers sursitaires ordinaires et extraordinaires.

Cependant, le critère proposé par l'article XX.83/9, alinéa 1^{er}, en projet, à savoir le fait que « les droits [que les créanciers] pourraient recevoir en cas de liquidation du patrimoine du débiteur ou qu'ils recevraient sur la base de l'accord diffèrent à un point tel qu'il ne peut être question de position comparable », n'est pas suffisamment précis pour être considéré comme un critère vérifiable.

Il en va d'autant plus ainsi que, selon le commentaire de l'article, le rédacteur du plan pourrait placer dans des classes différentes des créanciers qui se trouvent pourtant dans une situation comparable s'il estime que cela n'empêchera pas l'adoption du plan.

Le caractère indéterminé du « critère » et la possibilité qui semble être offerte de ne pas le respecter ouvrent la porte à diverses stratégies lors de la formation des classes, qui pourraient être utilisées pour influencer les majorités dans chaque classe et, partant, le vote sur l'adoption du plan. Il convient au contraire d'empêcher de telles stratégies dans le souci d'un traitement juste et équitable de tous les créanciers, y compris de ceux qui s'opposent à l'adoption du plan.

À cette fin, conformément à l'article 9, paragraphe 4, de la directive (UE) 2019/1023, un critère clair, vérifiable et impératif doit être défini dans la disposition à l'examen, qui sera revue en ce sens.

Article 134

1. Interrogé à cet égard, le délégué du Ministre a précisé ce qui suit :

« Art. 14.1 [van de richtlijn] moet geïmplementeerd worden in verband met de procedure voor de grote ondernemingen. Een bepaling waarbij de toetsing zoals in artikel 14 van de Richtlijn wordt beoogd ontbreekt in artikel XX.83/17. De tekst zal worden aangepast ».

Le dispositif sera par conséquent complété en ce sens afin d'assurer une transposition complète de la directive (UE) 2019/1023.

2. Contrairement à l'article XX.79, § 4, alinéa 1^{er}, en projet, l'article XX.83/17 en projet ne précise pas que l'homologation peut être refusée en cas d'inobservation des formalités requises ou pour violation de l'ordre public.

Interrogé à cet égard, le délégué du Ministre a expliqué ce qui suit :

« Dit is doelbewust. De verwijzing naar pleegvormen heeft weinig zin in deze procedure van onderhandeling over de klassen. Openbare orde heeft evenmin zin omdat de controle van openbare orde de facto zal samenvallen met de controle van de klassen. In een stelsel zonder klassen zal het vaak belangrijk zijn na te gaan of de belangen van de openbare schuldeisers niet miskend zijn. In een klassenstelsel de openbare orde laten spelen betekent een bijkomende hindernis die de Richtlijn niet voorziet ».

Cette précision figurera utilement dans le commentaire de l'article.

Article 135

1. À l'article XX.83/18, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, en projet, la référence à « l'article XX.83/14 » sera revue dès lors que le plan ne peut pas être conforme à cette disposition puisqu'il n'a justement pas été approuvé dans une ou plusieurs des classes.

2. Tel que l'article XX.83/18, § 1^{er}, 2^o, est structuré, il manque de clarté, spécialement quant à l'enchaînement des différentes hypothèses envisagées.

La structure de cette disposition sera revue.

3. À l'article XX.83/18, § 1^{er}, 2^o, i), en projet, on peut admettre, conformément au considérant n° 54 de la directive (UE) 2019/1023, que, lorsqu'il n'y a que deux classes, l'accord d'une seule classe soit considéré comme suffisant pour atteindre la majorité des classes visée à l'article 11, paragraphe 1, b), i), de la même directive.

En revanche, il est nécessaire, pour transposer complètement l'article précité de la directive, de prévoir, dans le cas visé à l'article XX.83/18, § 1^{er}, 2^o, i), tout comme dans celui visé à l'article XX.83/18, § 1^{er}, 2^o, ii), en projet, que cette classe soit « une classe de créanciers garantis par une sûreté réelle ou ait un rang supérieur à celui de la classe des créanciers sursitaires ordinaires ».

4. Dans la version française, au paragraphe 2 en projet, le mot « contractuel » sera remplacé par le mot « conventionnel » pour correspondre à la terminologie du paragraphe 1^{er}, 3^o, et il sera renvoyé au « paragraphe 1^{er}, 3^o, » plutôt qu'au « paragraphe 1^{er}, c) ».

Article 144

Interrogé quant à la portée du contrôle visé à l'article XX.86, § 3, alinéa 3, en projet, le délégué du Ministre a précisé ce qui suit :

« De controle van de motivering is bestemd om een eerste filter in te voeren over de selectie van de werknemers. De controle gebeurt niet op het niveau van de individuele werknemer maar wel op een ruimer vlak dat economisch beheersbaar is door de overnemer die per definitie de overgenomen activiteit niet grondig kent. De sanctie is dat de overdracht niet zal goedgekeurd worden door de ondernemingsrechtbank ».

Par souci de sécurité juridique, le dispositif sera par conséquent complété par l'indication des conséquences du non-respect de l'obligation de motivation.

Article 151

À l'article XX.93/1, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, la référence à l'article XX.104 du CDE est erronée et sera par conséquent revue.

Article 157

1. Ainsi que l'explique le commentaire de l'article, la procédure de réorganisation judiciaire privée mise en place par l'avant-projet à l'examen s'inspire de la procédure dite d'« accord préparatoire » prévue par l'actuel article XX.39/1 du CDE.

La section de législation à cet égard a formulé sur ce point l'observation suivante dans son avis 68.812-68.813/2 :

« Le dispositif est [...] critiquable en ce qui concerne les droits des créanciers.

Ainsi, l'article XX.39/1, § 1^{er}, alinéa 3, proposé prévoit l'obligation pour le débiteur de joindre à sa demande les documents prévus à l'article XX.41, § 2, 1^o à 4^o, du CDE, sans qu'il soit renvoyé également au 7^o de la disposition, ce dernier impliquant qu'à l'entame de la procédure amiable, la liste complète des créanciers reconnus ou se prétendant tels soit communiquée au tribunal.

Bien que le débiteur doive, aux termes de l'article XX.39/1, § 1^{er}, alinéa 2, proposé, apporter dans sa requête la preuve que la continuité de l'entreprise est menacée, une telle obligation n'implique pas que la liste de l'ensemble des créanciers existants doive être portée à la connaissance du président du tribunal puisque l'article XX.39/1, § 1^{er}, alinéa 3, proposé prévoit l'obligation pour le débiteur de joindre à sa demande uniquement les documents prévus à l'article XX.41, § 2, 1^o à 4^o, du CDE, et non ceux visés au 7^o de cette

disposition. La procédure proposée visant à éviter la publicité négative qui entoure l'ouverture d'une procédure en réorganisation judiciaire du fait de sa publication au *Moniteur belge*, la communication de l'existence d'une telle procédure à l'ensemble des créanciers n'est prévue qu'au terme de la procédure amiable par l'article XX.39/1, § 3, proposé, qui dispose comme suit ⁴² :

'Sur simple demande, le débiteur fournit au mandataire de justice une liste des créanciers telle que prévue à l'article XX.41, § 2, 7°, et tous les documents comptables ou autres utiles à l'approbation du plan de réorganisation. Le mandataire de justice détermine le délai dans lequel les créanciers individuels sont informés de sa mission et des données mentionnées à l'article XX.49. Il peut décider d'entamer des négociations avec un ou plusieurs créanciers et de ne les étendre à d'autres créanciers qu'à un stade ultérieur. La notification par le mandataire de justice tient lieu de communication au sens de l'article XX.49. Lors de la notification, le mandataire de justice invite les créanciers à s'inscrire dans le registre'.

On peut lire ce qui suit sur ce point dans la justification de l'amendement n° 7 :

'Le mandataire de justice ne doit pas associer directement tous les créanciers aux négociations. En fonction de la situation, et en particulier du nombre de créanciers et de leur qualité, il peut décider d'entamer les négociations avec un nombre limité de créanciers afin d'obtenir un accord-cadre, qui sera ensuite soumis aux autres créanciers. Seul le mandataire de justice est habilité à obtenir une procuration des créanciers consultés pour voter sur le plan de réorganisation.

Afin d'éviter toute partialité, le mandataire de justice peut être mandaté par les créanciers pour marquer son accord sur le plan ou le rejeter.

Le mandataire de justice peut aussi bien obtenir une procuration pour voter dans le cadre de l'approbation du plan de réorganisation que de conclure un accord amiable. La pratique montre, en effet, que certains créanciers donnent la préférence à un paiement immédiat associé à une remise de dettes plus importante à condition que cet accord amiable soit ensuite homologué par le tribunal pour des raisons de son caractère définitif acquis conformément à l'article XX.65, § 2. La diminution du volume total des dettes ainsi réalisée facilitera la poursuite des négociations au sujet du plan de réorganisation, de sorte qu'il est indiqué de permettre les deux possibilités.

[...]

La procédure de l'accord préparatoire sera clôturée par le président si l'approbation du plan de réorganisation est rendue suffisamment plausible par le fait que le mandataire de justice dispose de suffisamment de procurations pour marquer son accord sur le plan de réorganisation. Les majorités prévues à l'article XX.78 ne doivent pas encore être atteintes avec certitude. Une certaine flexibilité semble indiquée pour les entreprises qui comptent un grand nombre de créanciers car il semble probable que certains créanciers consultés dans une phase ultérieure tenteront de récupérer leurs déclarations de créance à défaut d'un sursis. L'ordonnance du président est transmise au tribunal pour que la procédure de réorganisation judiciaire par accord collectif puisse être déclarée ouverte par le tribunal sans perte de temps supplémentaire' ⁴³.

⁴² Note de bas de page n° 5 de l'avis cité : Les alinéas 5 et 6 de l'article XX.39/1 proposé consacrent explicitement le caractère confidentiel de la procédure.

⁴³ Note de bas de page n° 6 de l'avis cité : *Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 55-1337/4, pp. 11 et 12.

Il ressort de ce qui précède que certains créanciers, en l'occurrence ceux qui n'ont pas été appelés à la négociation par le mandataire de justice et qui n'ont été informés de l'existence d'une procédure amiable qu'au terme de celle-ci, pourraient être préjudiciés par l'accord ou par le plan de réorganisation retenu alors qu'ils n'ont pu faire valoir leur point de vue, au moment de la négociation, pour protéger leurs droits.

Il s'indiquera, afin d'assurer le respect du principe de l'égalité entre les créanciers, de prévoir, dès l'entame des négociations, une information relative à la procédure mise en œuvre et de déterminer les critères sur la base desquels le mandataire de justice peut les écarter ou à tout le moins de prévoir une possibilité de contester cette décision du mandataire, en particulier dans l'hypothèse où la demande introduite par le débiteur a débouché sur un accord amiable au sens de l'article XX.64 du CDE auquel n'ont pu participer des créanciers qui seraient préjudiciés par les effets d'un tel accord.

Cet écueil est davantage encore renforcé par la circonstance que c'est '[s]ur simple demande', et non de manière automatique, que la liste de l'ensemble des créanciers doit être fournie au mandataire de justice en vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article XX.39/1, § 3, proposé.

De même, l'alinéa 2 de la même disposition prête à confusion lorsqu'il prescrit que le mandataire de justice détermine le délai dans lequel les créanciers individuels sont informés de la mission du mandataire de justice, sans que l'on puisse déterminer si cette obligation d'information s'adresse à l'ensemble des créanciers ou aux seuls créanciers impliqués directement par la procédure »⁴⁴.

Une observation analogue peut être formulée en l'espèce.

2. De l'accord du délégué du Ministre, à l'article XX.97/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, la référence à l'article XX.64 sera remplacée par une référence à l'article XX.97/8, tandis que la référence aux articles XX.67 et XX.83/3 sera remplacée par une référence à l'article XX.97.

Une observation analogue vaut pour les références figurant à l'article XX.97/4 en projet.

3. L'article XX.97/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, qui, par l'expression « peut désigner » semble laisser une faculté de désignation au juge lorsque la demande émane du débiteur, paraît contradictoire avec l'article XX.97/1, § 4, alinéa 3, en projet, qui dispose que la désignation est accordée d'office si elle est introduite par le débiteur.

Interrogé à cet égard, le délégué du Ministre a fourni la précision suivante :

« De rechter beschikt over een beoordelingsmogelijkheid (zie § 4). Maar het zou inderdaad beter zijn te schrijven dat de rechter de vordering toekent onder de voorwaarden bedoeld in § 4. De tekst kan op dit punt verbeterd/verduidelijkt worden ».

Le dispositif sera par conséquent clarifié en ce sens.

⁴⁴Avis 68.812/2-68.813/2 donné le 11 février 2022 sur des amendements à la proposition devenue la loi du 21 mars 2021 'modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des impôts sur les revenus 1992', observation générale n° 2 formulée sous les amendements n°s 6, 7, 9 et 10 (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 55-1337/11, pp. 7 à 9).

4. À l'article XX.97/1, § 2, alinéas 2 et 3, en projet, les mots « visée au paragraphe 2, alinéa 1^{er} » seront remplacés par les mots « visée à l'alinéa 1^{er} ».

5. L'article XX.97/1, § 4 en projet manque de clarté.

Interrogé à cet égard, le délégué du Ministre a expliqué que l'alinéa 2 vise le cas où la demande de désignation d'un praticien de la réorganisation est introduite par un créancier ou un détenteur du capital, alors que l'alinéa 3 vise le cas où la demande est introduite par le débiteur ou soutenue par la majorité des détenteurs du capital.

Il conviendrait de clarifier quel alinéa s'applique et donc de quel critère de décision le juge doit tenir compte lorsque la demande de désignation d'un praticien de la réorganisation est introduite par un créancier ou un détenteur du capital et qu'elle est soutenue par la majorité des détenteurs du capital.

En outre, la dernière phrase de l'alinéa 4 (« L'ordonnance est déposée dans le registre ») s'applique dans tous les cas de figure et devrait donc constituer un alinéa distinct.

Article 158

La première phrase de l'article XX.97/2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet est redondante par rapport à l'article XX.20/1, alinéa 1^{er}, en projet.

Elle sera par conséquent omise.

Article 159

À l'article XX.97/3, alinéa 4, en projet, dans un souci de sécurité juridique, il conviendrait de préciser par quel moyen le créancier intéressé et le praticien de la réorganisation peuvent saisir le président du tribunal (s'agit-il d'une requête ou d'une autre modalité ?).

Article 161

1. Aux termes de l'article XX.97/5, § 1^{er}, en projet, la décision que prendra le tribunal le sera « [à] la demande du praticien de la réorganisation, qui joint en outre l'accord amiable et un exposé ».

Il conviendrait de préciser la forme procédurale que doit prendre cette demande et d'explicitier ce que l'avant-projet vise exactement par l'« exposé » qui doit être joint à la demande ⁴⁵.

⁴⁵ Voir dans le même sens l'avis 68.812-68.813/2 précité, observation n° 13 formulée sous l'amendement n° 7.

De la même manière, à l'article XX.97/5, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, il conviendrait de préciser la forme que doit prendre la demande du praticien de la réorganisation ou du débiteur au tribunal.

2. De l'accord du délégué du Ministre, à l'article XX.97/5, § 1^{er}, en projet, la référence à l'article XX.65, § 3, sera remplacée par une référence à l'article XX.97/9, § 3.

Article 193

Au vu de l'article 1128, alinéa 3, 6°, du Code judiciaire, qui prévoit un délai de six mois pour former une tierce-opposition contre une décision judiciaire prononçant la dissolution ou la clôture de la liquidation d'une personne morale prononcée en vertu des articles 2:74, 2:75, 2:81 et 2:101 du Code des sociétés et des associations, les auteurs de l'avant-projet doivent être en mesure de justifier au regard des articles 10 et 11 de la Constitution le délai de cinq ans qu'il entend instaurer en l'espèce.

Article 203

Dès lors que la liquidation est immédiatement clôturée par la décision judiciaire qui met un terme aux opérations de faillite, aucun liquidateur n'est désigné.

On comprend que, dans ce cas, l'article 2:79 du Code des sociétés et des associations peut trouver à s'appliquer comme le prévoit l'article XX.135, § 4, alinéa 3, en projet. En revanche, les articles 2:82 (désignation du liquidateur d'une société), 2:118 (désignation du liquidateur d'une ASBL ou d'une AISBL) et 2:135 (dissolution et liquidation d'une ASBL ou d'une AISBL en un seul acte) du Code des sociétés et des associations n'ont pas vocation à s'appliquer puisque la liquidation est clôturée et qu'aucun liquidateur n'est désigné.

La référence à ces articles sera donc omise.

Les auteurs de l'avant-projet pourraient songer à combler la lacune qui résulte de l'absence de disposition équivalente à l'article 2:79 du Code des sociétés et des associations, mais applicable aux personnes morales autres que les sociétés.

Cette observation s'applique aussi à l'article 215.

Article 220

Les articles 1418 et 1420 de l'ancien Code civil ont été abrogés par l'article 58, 7°, de la loi du 19 janvier 2022 'portant le livre 2, titre 3, « Les relations patrimoniales des couples » et le livre 4 « Les successions, donations et testaments » du Code civil'. Les dispositions équivalentes sont les articles 2.3.32 et 2.3.34 du Code civil insérés par la même loi.

Le dispositif sera corrigé en ce sens.

Article 224

1. Les articles XX.225 et XX.227 du CDE contiennent des règles spéciales de responsabilité des dirigeants d'une entreprise en cas de faillite et d'insuffisance de l'actif. Même si le fait générateur de la responsabilité n'est pas le même, ces deux articles sont rédigés de manière similaire, notamment en ce qui concerne le dommage à réparer (soit les dettes de l'entreprise à concurrence de l'insuffisance de l'actif avec un pouvoir d'appréciation du juge quant au *quantum*) et le mode de répartition de l'indemnisation entre les créanciers.

Ces deux articles prévoient aussi une exemption en faveur des dirigeants de certaines entreprises, fondée sur leur petite taille d'un point de vue économique.

Ainsi, aux termes de l'article XX.225, § 2, du CDE,

« [l]e paragraphe 1^{er} n'est pas applicable lorsque l'entreprise en faillite, a réalisé au cours des trois exercices qui précèdent la faillite ou au cours de tous les exercices si l'entreprise a été constituée depuis moins de trois ans, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 620.000 euros hors taxe sur la valeur ajoutée et lorsque le total du bilan du dernier exercice n'a pas dépassé 370.000 euros »,

alors que, selon l'article XX.227, § 5, en projet,

« [l]e paragraphe 1^{er} n'est pas applicable lorsque l'entreprise déclarée en faillite est une ASBL, AISBL et fondation dont la taille ne dépasse pas plus d'un des critères fixés aux articles 3:47, § 2, ou 3:51, § 2, du Code des sociétés et des associations ».

Le commentaire de l'article n'explique pas pourquoi l'avant-projet :

– n'exempte que les dirigeants d'ASBL, d'AISBL et de fondations de la responsabilité prévue à l'article XX.227 du Code de droit économique alors que les dirigeants de toutes les formes d'entreprises visées par cet article (sociétés et personnes morales sans but lucratif) peuvent bénéficier de la dérogation prévue à l'article XX.225, § 2, du même Code, dans un contexte où les sociétés et les personnes morales sans but lucratif sont toutes considérées comme des entreprises, peuvent exercer les mêmes activités économiques et sont soumises aux mêmes règles en ce qui concerne l'insolvabilité ;

– prévoit des critères de taille assez proches, mais différents, pour l'exemption visée à l'article XX.225, § 2, et pour celle de l'article XX.227, § 5, alors qu'il s'agit dans les deux cas d'exempter les dirigeants d'entreprises de petite taille.

Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, une différence de traitement ne peut se concilier avec les principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination, que si cette différence repose sur un critère objectif et si elle est raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure concernée ainsi

que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité et de non-discrimination est violé lorsqu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ⁴⁶.

Une telle justification ne figure pas dans le commentaire de l'article et n'apparaît pas de manière évidente. Le souci, exprimé à propos de l'article XX.227 du CDE « de ne pas décourager [l']engagement [de dirigeants de petites ASBL] (bon nombre exercent un mandat bénévole non rémunéré) dans le monde associatif » ⁴⁷ ne suffit pas à justifier ces différences de traitement.

Les auteurs de l'avant-projet sont invités à aligner les deux dispositions en ce qui concerne l'exemption ou à tout le moins à exposer plus avant dans le commentaire de l'article les motifs justifiant la différence de traitement.

2. À l'article XX.227, § 5, en projet, dans la version néerlandaise, les mots « niet een van criteria bedoeld » doivent être remplacés par les mots « niet meer dan een van de criteria bedoeld ».

Article 232

Selon le commentaire de l'article 232, celui-ci a pour objet de « supprime[r] certains obstacles à la liquidation effectuée sous supervision judiciaire ». Il s'agit plus précisément de « supprime[r] la possibilité pratiquement jamais utilisée d'un renvoi pour réexamen d'une demande en liquidation par les chambres des entreprises en difficulté, ainsi que d'un contrôle effectué par le président du tribunal de l'entreprise sur le déroulement de la procédure ». L'article 232 entend par conséquent notamment abroger l'article 2:74, § 1^{er}, alinéa 3, du Code des sociétés et des associations, qui dispose comme suit dans le cas d'une société restée en défaut de satisfaire à l'obligation de déposer les comptes annuels :

« Dans le cas d'une demande introduite par un intéressé ou le ministère public, le tribunal accorde un délai de régularisation de trois mois au moins, et il renvoie le dossier à la chambre des entreprises en difficulté qui en assure le suivi. Après l'expiration du délai, le tribunal statue sur rapport de la chambre des entreprises en difficulté ».

⁴⁶ Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle. Voir par exemple : C.C., 17 juillet 2014, n° 107/2014, B.12 ; 25 septembre 2014, n° 141/2014, B.4.1 ; 30 avril 2015, n° 50/2015, B.16 ; 18 juin 2015, n° 91/2015, B.5.1 ; 16 juillet 2015, n° 104/2015, B.6 ; 16 juin 2016, n° 94/2016, B.3 ; 18 mai 2017, n° 60/2017, B.11 ; 15 juin 2017, n° 79/2017, B.3.1 ; 19 juillet 2017, n° 99/2017, B.11 ; 28 septembre 2017, n° 104/2017, B.8.

⁴⁷ 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', amendement n° 69 (*Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2407/003, p. 10).

La section de législation a fait observer ce qui suit sur ce point dans son avis 68.479/2 précité :

« Force est toutefois de constater que ce que le commentaire de l'article qualifie de 'complications inutiles' ⁴⁸ a été présenté comme des 'garde-fous' lors de la réforme de la procédure de dissolution judiciaire par la loi du 17 mai 2017 'modifiant diverses lois en vue de compléter la procédure de dissolution judiciaire des sociétés' ⁴⁹ :

– 'Cependant, afin d'éviter, par le biais de cette nouvelle procédure, la dissolution des sociétés qui connaissent des difficultés passagères pour diverses raisons, telles que la situation familiale difficile d'un gérant, un état de santé compliqué ou la négligence du comptable, de nombreuses balises réfléchies en concertation avec les acteurs du terrain ont été mises en place [...]' ⁵⁰.

– '[...] [N]ous avons prévu plusieurs garde-fous dans le texte pour les entreprises qui rencontrent un problème, que ce soit le gérant qui est malade, que ce soit le comptable qui rencontre des difficultés. Nous sommes très attentifs à ces cas d'école. Ces garde-fous ont trait à la procédure [...]' ⁵¹.

– '[...] Je vais vous expliquer rapidement la procédure, parce que nous en avons déjà abondamment parlé. Deux voies sont possibles. M. Laaouej a évoqué la première, à savoir l'absence de dépôt des comptes annuels. En ce cas, l'action en dissolution est intentée par tout intéressé, par exemple un créancier impayé qui espère ainsi que sa créance sera acquittée, ou par le ministère public.

Dans cette hypothèse, la société citée à comparaître sera entendue par le tribunal qui aura l'obligation de lui accorder un délai de régularisation d'au moins trois mois. Très vite, le tribunal se rendra compte du type de société auquel il a affaire : soit une société fantôme, soit une société en difficulté ou une société qui connaît des négligences passagères. En fonction des circonstances et de la cause, le tribunal déterminera si ce délai de trois mois est suffisant. Rien ne lui interdit, si par exemple le gérant souffre d'une maladie grave ne lui permettant pas de faire face à ses obligations dans ce laps de temps, de lui accorder un délai plus long pour se conformer à ses obligations légales, obligations qui ont leur raison d'être et qui doivent être respectées.

Le dossier est alors suivi par la chambre d'enquête qui mettra tout en œuvre pour remettre la société sur les rails. C'est sa mission – ne l'oublions pas – suivant la loi du 31 janvier 2009. On peut en quelque sorte considérer que nous sommes dans la philosophie de la seconde chance. C'est ce que je vous disais tout à l'heure, monsieur Laaouej. Plus tôt le problème est décelé, plus tôt il pourra être réglé.

À l'expiration du délai de régularisation, le tribunal, qui est composé de juges consulaires issus du monde des affaires, décidera si la société doit ou non être dissoute. Ce sera le cas pour la société fantôme. Rappelons que nous sommes dans une procédure judiciaire qui implique évidemment tous les recours qui y sont liés: opposition et appel. Ces

⁴⁸ Note de bas de page n° 29 de l'avis cité : *Ibidem*.

⁴⁹ Note de bas de page n° 30 de l'avis cité : Suite à cette réforme, l'absence de dépôt des comptes annuels sur un seul exercice social suffit à fonder la dissolution judiciaire (alors que le délai était antérieurement de trois exercices consécutifs). Voir à ce sujet, J.-Ph. LEBEAU, « La loi du 17 mai 2017 modifiant diverses lois en vue de compléter la procédure de dissolution des sociétés : le législateur fait le choix de la dissolution judiciaire pour enrayer les abus de personne morale », *R.D.C.- T.B.H.*, 2017/7, p. 673 ; D. BLONDEEL, « La 'nouvelle' procédure de dissolution judiciaire des sociétés », *RPS-TRV*, 2018/2, pp. 77 à 100.

⁵⁰ Note de bas de page n° 31 de l'avis cité : *C.R.I.*, Séance plénière, 4 mai 2017, après-midi, CRIV 54 PLEN 166, pp. 35 et 36.

⁵¹ Note de bas de page n° 32 de l'avis cité : *Ibidem*, p. 41.

différentes garanties qui pourraient freiner la dissolution de sociétés fantômes sont nécessaires afin d'éviter que des sociétés qui ne sont pas de mauvaise foi mais qui, pour des raisons justifiées, ont été négligentes, ne soient pas pénalisées' ⁵².

Au vu de ce qui précède, le législateur veillera par conséquent à s'assurer de la proportionnalité de la disposition à l'examen eu égard aux garde-fous institués par le législateur en 2017. À cet égard, le fait que ce mécanisme ne soit pratiquement jamais utilisé n'est pas de nature à justifier en soi sa suppression » ⁵³.

Pareille observation peut être réitérée en l'espèce.

Article 233

1. Tel qu'il est rédigé (« mais décide que la faillite ne doit pas être déclarée ouverte mais peut prononcer la dissolution »), l'article 233 manque de clarté.

Interrogé à cet égard, le délégué du Ministre a précisé qu'il faudrait plutôt écrire « peut décider de ne pas prononcer la faillite mais la dissolution ».

La formulation du dispositif sera revue en ce sens ⁵⁴.

2. La référence à l'article XX.104 du CDE est erronée et sera par conséquent revue.

La même observation vaut pour les articles 234 et 235.

Article 236

1. Interrogé quant à la question de savoir si l'article 236 de l'avant-projet ne fait pas double emploi avec l'article XX.243 du CDE, tel qu'il est modifié par l'article 231 de l'avant-projet (lequel porte sur une évaluation de toutes les procédures du livre XX), le délégué du Ministre a répondu comme suit :

« Dit is een politieke eis (XX.236). De evaluatie bedoeld in artikel XX.243 [van het Wetboek van economisch recht] heeft een meer algemene draagwijdte en bedoelt over iets dat ook ver in de toekomst kan gebeuren. Daarnaast heeft artikel XX.243 WER de datum ook uitgesteld (2 jaar na de inwerkingtreding van de wet van 21 maart 2021) ».

L'articulation entre les deux procédures d'évaluation gagnerait à être mieux explicitée dans le commentaire de l'article.

⁵² Note de bas de page n° 33 de l'avis cité : *Ibidem*, pp. 43 et 44.

⁵³ Avis 68.479/2 donné le 14 janvier 2021 sur une proposition de loi 'portant diverses modifications en matière d'insolvabilité des entreprises', observation formulée sous l'article 13 (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 55-1591/002, pp. 23 et 24)

⁵⁴ Voir dans le même sens, l'avis 68.479/2 précité, observation formulée sous l'article 14.

2. À l'alinéa 1^{er}, *in fine*, de la version française, il y a lieu de remplacer le mot « cette » avant le mot « loi » par les mots « la présente ».

3. L'article 236 charge « le ministre qui a la Justice dans ses compétences » (lire : « le ministre qui a la Justice dans ses attributions » dans la version française et « de minister bevoegd voor Justitie » dans la version néerlandaise »⁵⁵) d'évaluer les chapitres 5 et 6 du titre V du Livre XX du CDE.

En vertu des principes constitutionnels relatifs à l'exercice des pouvoirs, il n'appartient pas à la loi d'attribuer directement à un ministre des pouvoirs qui reviennent normalement au Roi. Certes, il n'est pas incompatible avec ces principes de conférer à un ministre une délégation de pouvoirs d'ordre accessoire ou secondaire mais il n'en demeure pas moins qu'il appartient alors, en principe, au Roi et non au législateur, d'octroyer pareille subdélégation. En effet, l'octroi par le législateur d'une délégation directe de tels pouvoirs à un ministre signifierait que le législateur empiéterait sur une prérogative qui revient au Roi en tant que chef du pouvoir exécutif fédéral⁵⁶.

Article 237

L'article 237 entend abroger la loi du 21 mars 2021, « à l'exception des articles 13, 14 et 15 ».

Interrogé à cet égard, le délégué du Ministre a fourni la réponse suivante :

« Akkoord wat betreft 13 en 14, maar artikel 15 betreft een inhoudelijk permante bepaling die niet kan opgeheven worden ».

Le dispositif sera par conséquent revu en ce sens.

Article 239

L'article 239 sera complété par l'indication de la date d'entrée en vigueur de l'avant-projet.

Selon le commentaire de l'article, il s'agirait du 17 juillet 2022.

⁵⁵ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 167 et formules F 4-7-1 et F 4-7-2.

⁵⁶ *Ibidem*, recommandation n° 7.3 :

« [...] [I]l ne revient pas au législateur de s'immiscer dans l'organisation interne du pouvoir exécutif et de confier le règlement d'une matière directement à un ministre. Seul le Roi ou un gouvernement de Communauté ou de Région peut accorder une telle délégation ». Voir également, dans le même sens, l'avis 68.812-68.813/2 précité, observation formulée sous l'amendement n° 17, et l'avis 71.320/1-2-3-4 donné le 7 juin 2022 sur avant-projet devenu la loi du 30 juillet 2022 'visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme II', observation n° 2 formulée sous l'article 43 (*Doc. parl.*, Chambre, 2021-2022, n° 55-2774-001, pp. 148 et 149).

Interrogé à cet égard, le délégué du Ministre a toutefois précisé ce qui suit :

« Na overleg met RegSol zouden de volgende data van inwerkingtreding gehanteerd worden:

– Dat effectief op 01 01 2023 de wijzigingen in Boek XX, ingevoerd bij Wet dd. 21 maart 2021, aan art. XX.77 WER (elektronische stemming) zullen ingevoerd worden;

– Dat alle wijzigingen in het voorontwerp van wet, met uitzondering van het minnelijke akkoord buiten een procedure [gerechtelijke reorganisatieprocedures (GRP)], zullen kunnen geïmplementeerd worden op 01 04 2023;

– Dat de aanpassingen aan het minnelijk akkoord GRP zullen kunnen ingevoerd worden per 01 06 2023 ».

L'article 239 sera par conséquent complété en ce sens.

OBSERVATION FINALE DE LÉGISTIQUE

Les éléments d'une énumération doivent être précédés des indications « 1° », « 2° », « 3° », etc., et non de tirets, comme il est procédé dans un grand nombre de dispositions de l'avant-projet, à commencer par exemple par ses articles 3, 5 et 7 ⁵⁷.

L'ensemble de l'avant-projet sera revu sur ce point, l'observation valant tant pour plusieurs dispositions modificatives que pour un certain nombre de dispositions en projet.

*

⁵⁷ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandations n^{os} 58 et 59.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, 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.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’ (hierna: de “AVG”), gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening alsook met artikel 2, tweede lid, van de wet van 30 juli 2018 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens’, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, *in casu* de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’, te raadplegen bij het opstellen van een wetsvoorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel, in verband met verwerking van persoonsgegevens.

In casu hebben de artikelen 13, 14, 15 en 23 tot 28 betrekking op de verwerking van dergelijke gegevens.

Naar aanleiding van een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de minister aangegeven dat een adviesaanvraag bij de Gegevensbeschermingsautoriteit is ingediend, maar dat het advies nog niet is gegeven.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van dat vormvereiste nog wijzigingen zou ondergaan die niet louter vormelijk zijn of niet ook zouden voortvloeien uit het gevolg dat aan dit advies wordt gegeven, zouden de gewijzigde of toegevoegde bepalingen opnieuw voor advies aan de afdeling Wetgeving moeten worden voorgelegd, overeenkomstig artikel 3, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten ‘op de Raad van State’.

[‡] Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. MAATREGELEN BEDOELD OM DE GEVOLGEN VAN HET ARREST-*PLESSERS* TE REGELEN

1.1. Volgens de memorie van toelichting strekt het voorliggende voorontwerp er onder meer toe

“de insolventiewetgeving eveneens [aan te passen] aan de eisen gesteld door het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest-*Plessers* van 16 mei 2019 en in het arrest *Heiploeg* (zaak C-237/20) van 28 april 2022 dat bepaalde wijzigingen oplegt aan de reorganisatie door overdracht van ondernemingen”.

1.2. In het arrest-*Plessers* van 16 mei 2019¹ heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie zich uitgesproken over de vraag of de behandeling van de werknemers in het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, verenigbaar was met richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 ‘inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen’.

In het arrest-*Heiploeg* van 28 april 2022² heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie zich uitgesproken over de vraag of de behandeling van de werknemers in het kader van de “prepack”-procedure die in Nederland van toepassing is, verenigbaar was met dezelfde richtlijn 2001/23/EG.

1.3. De afdeling Wetgeving heeft in haar advies 68.479/2 van 14 januari 2021 over een wetsvoorstel ‘houdende diverse wijzigingen inzake insolventie van ondernemingen’ het volgende opgemerkt:

“1.2. Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/23/EG luidt als volgt:

‘De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, gaan door deze overgang op de verkrijger over.

De lidstaten kunnen bepalen dat de vervreemder en de verkrijger na het tijdstip van de overgang hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen welke vóór het tijdstip van de overgang voortvloeien uit een op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking.’

1.3. Artikel 4 van dezelfde richtlijn luidt dan weer als volgt:

‘1. De overgang van de onderneming, vestiging of onderdeel van de onderneming of vestiging vormt op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag. Deze bepaling vormt geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen.

De lidstaten mogen bepalen dat de eerste alinea niet van toepassing is op bepaalde welomschreven categorieën werknemers waarop de wettelijke voorschriften of het gebruik van de lidstaten inzake bescherming tegen ontslag geen betrekking hebben.

¹ HvJ 16 mei 2019, nr. C-509/17, *Plessers*, ECLI: EU:C:2019:424.

² HvJ 28 april 2022, nr. C-237/20, *Heiploeg*, ECLI:EU:C:2022:321.

2. Indien de arbeidsovereenkomst of de arbeidsbetrekking wordt verbroken omdat de overgang een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer ten gevolge heeft, wordt de arbeidsovereenkomst of de arbeidsbetrekking geacht te zijn verbroken door toedoen van de werkgever.'

1.4. Bij artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23/EG kan evenwel afgeweken worden van de regelingen voor de bescherming van de werknemers, zoals bedoeld in de artikelen 3 en 4, indien voldaan wordt aan de volgende drie cumulatieve voorwaarden:

- de vervreemder is verwikkeld in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure;
- de procedure wordt opgestart met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder;
- en de procedure verloopt onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.

1.5. In het Belgisch recht wordt de behandeling van de werknemers in geval van gerechtelijk reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag geregeld bij artikel XX.86 van het [Wetboek van Economisch recht] (voorheen artikel 61 van de wet van 31 januari 2009 'betreffende de continuïteit van de ondernemingen'), dat bepaalt wat volgt:

'§ 1. Onverminderd de bepalingen van dit boek verduidelijkt een collectieve arbeidsovereenkomst die gesloten is in de Nationale Arbeidsraad en algemeen verbindend verklaard is door de Koning de nadere regels voor de overdracht van de rechten en verplichtingen van de werknemers die betrokken zijn bij een overdracht van onderneming onder gerechtelijk gezag.

§ 2. De in paragraaf 1 bedoelde collectieve arbeidsovereenkomst regelt:

1° de informatieverstrekking aan de bij de overdracht onder gerechtelijk gezag betrokken werknemers, indien er in de onderneming noch een ondernemingsraad noch een vakbondsafvaardiging is;

2° de informatie die de gerechtsmandataris moet overmaken aan de verkrijger en de betrokken werknemers op basis van de gegevens die de schuldenaar moet verstrekken;

3° het behoud van de rechten en verplichtingen van de bij een overdracht onder gerechtelijk gezag betrokken werknemers, met inbegrip van de afwijkingsmogelijkheden hierop;

4° de keuze van de werknemers die zullen worden overgenomen;

5° de nadere regels voor het sluiten van een overeenkomst van voorgenomen overdracht tussen de schuldenaar of de gerechtsmandataris en de verkrijger, alsook de inhoud van deze overeenkomst aangaande de rechten en de verplichtingen van de overgenomen werknemers;

6° het lot van de schulden jegens de overgenomen werknemers.

§ 3. De keuze van de werknemers die zullen worden overgenomen, behoort aan de verkrijger.

De keuze van de verkrijger moet worden bepaald door technische, economische en organisatorische redenen en moet gebeuren zonder verboden differentiatie.

Inzonderheid de werknemersvertegenwoordigers in de overgedragen onderneming of het overgedragen gedeelte van de onderneming mogen niet anders worden behandeld, alleen vanwege de activiteit uitgeoefend als werknemersvertegenwoordiger in de overgedragen onderneming of het overgedragen gedeelte van de onderneming.

Behoudens bewijs van het tegendeel wordt de afwezigheid van verboden differentiatie geacht bewezen te zijn indien de voor de overdracht onder gerechtelijk gezag bestaande verhouding tussen de werknemers van de overgedragen onderneming of het overgedragen gedeelte van de onderneming en hun vertegenwoordigers in de organen van die onderneming of dat gedeelte van de onderneming na de overdracht behouden blijft.

§ 4. De in paragraaf 1 bedoelde collectieve arbeidsovereenkomst kan de verkrijger en de overgenomen werknemer toestaan om de individuele arbeidsovereenkomst op het ogenblik van de overdracht onder gerechtelijk gezag te wijzigen, voor zover de aangebrachte wijzigingen hoofdzakelijk verband houden met technische, economische of organisatorische redenen.

§ 5. De verkrijger, de schuldenaar of de gerechtsmandataris kan, bij verzoekschrift dat wordt gericht aan de arbeidsrechtbank van de maatschappelijke zetel of de hoofdinstelling van de schuldenaar, de homologatie vragen van de in paragraaf 2, 5°, bedoelde overeenkomst van voorgenomen overdracht.

De arbeidsrechtbank gaat na of de ondertekenende partijen de wettelijke voorwaarden vervuld hebben en of de openbare orde werd nageleefd.

De rechtbank spreekt zich bij hoogdringendheid uit, na de vertegenwoordigers van de werknemers en de verzoeker te hebben gehoord.

§ 6. Als de homologatie wordt verleend, kan de verkrijger tot geen andere schulden en verplichtingen worden gehouden dan die welke voorkomen in de overeenkomst waarvan de homologatie is aangevraagd. Het implementeren van de wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden die collectief zijn overeengekomen of worden toegepast, is onderworpen aan de opschortende voorwaarde van het sluiten van een collectieve arbeidsovereenkomst die de bewoordingen ervan overneemt.³

1.6. Roman Aydogdu en Jonathan Wildemeersch stellen dienaangaande het volgende:

‘Au départ de la prémisse que l’exception prévue par l’article 5 [de la directive n° 2001/23/CE] était applicable à un transfert sous autorité de justice réalisé dans le cadre d’une réorganisation judiciaire, la question politique et économique du sort des travailleurs de l’entreprise transférée a fait l’objet d’une solution de compromis, consacrée par l’article XX.86 du Code de droit économique (‘C.D.E.’), anciennement article 61 de la [loi du 31 janvier 2009 ‘relative à la continuité des entreprises’] et la [convention collective de travail (C.C.T.)] n° 102..

Pour nous limiter à la seule problématique dont la Cour de justice était saisie dans l’affaire *Plessers*, à savoir la reprise du personnel, le droit belge prévoit que le cessionnaire n’est pas tenu de reprendre l’ensemble du personnel mais uniquement les travailleurs qu’il choisit, étant précisé que son choix doit être dicté par des raisons techniques, économiques ou organisationnelles et s’effectuer sans différenciation interdite (article XX.86, paragraphe 3, du C.D.E. et article 12 de la C.C.T. n° 102).

Dès l’adoption de ce compromis, plusieurs auteurs ont cependant mis en doute la possibilité d’appliquer à la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice l’exception portée par l’article 5, paragraphe 1^{er}, de la directive 2001/23 et, partant, la compatibilité des dérogations faites par l’article XX.86 du C.D.E. et la C.C.T. n° 102, aux articles 3 et 4 de la directive 2001/23³, notamment quant à la faculté pour le cessionnaire

³ Voetnoot 5 van het geciteerde advies: Voetnoot 3 van het geciteerde artikel: H. VAN HOOGENBEMT, “De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement”, *J.T.T.*, 2009, n° 19, p. 183 ; J. PEETERS et P. HUMBLET, “De arbeidsrechtelijke aspecten van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen : gewikt en gewogen”, *Gerechtelijke reorganisatie, Getest, gewikt en gewogen*, Anvers, Intersentia, 2010, n°s 49-50, pp. 309-310.

de choisir les travailleurs repris, sur la base de raisons techniques, économiques ou organisationnelles.’⁴⁻⁵

1.7. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft, in de lijn van zijn redenering in arrest-*Smallsteps*,⁶ het voordeel geweigerd van de uitzondering van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23/EG op de procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag om reden dat geen van de drie voorwaarden van artikel 5, lid 1, vervuld waren.

Aangezien de toepassingsvoorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23/CE niet verenigd zijn, volgt daaruit dat de artikelen 3 en 4 van dezelfde richtlijn van toepassing zijn in geval van overdracht onder gerechtelijk gezag.

Het Hof is dus in tweede instantie nagegaan of de behandeling van de werknemers in geval van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in overeenstemming was met de waarborgen zoals bedoeld in de artikelen 3 en 4 van richtlijn 2001/23/CE.

In dat opzicht heeft het Hof het volgende opgemerkt:

‘51. (...) allereerst [volgt] uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/23 dat de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang van de onderneming bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding, door deze overgang overgaan op de verkrijger.

(...)

53. Vervolgens vormt overeenkomstig artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/23 de overgang van een onderneming op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag. Deze bepaling vormt evenwel geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen.

54. Uit de bewoordingen van deze bepaling vloeit voort dat ontslagen in een context van de overgang van een onderneming moeten zijn ingegeven door economische, technische of organisatorische redenen op het gebied van de tewerkstelling die geen intrinsiek verband houden met deze overgang.

(...)

56. *In casu* blijkt uit de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling dat de verkrijger het recht heeft te kiezen welke werknemers hij wil overnemen, waarbij deze keuze evenwel moet zijn ingegeven door technische, economische en organisatorische redenen zonder dat er sprake is van verboden differentiatie.

57. Een dergelijke nationale wettelijke regeling blijkt, anders dan in de optiek van waaruit artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/23 is geschreven, niet de werknemers die worden ontslagen op het oog te hebben, maar de werknemers wier arbeidsovereenkomst overgaat, met dien verstande dat de keuze van die laatste personen door de verkrijger is gebaseerd op technische, economische en organisatorische redenen.

⁴ Voetnoot 6 van het geciteerde advies: Voetnoot 4 van het geciteerde artikel: Voy. notamment F. KEFER et G. GAILLIET, “Le sort des travailleurs d’une entreprise en réorganisation judiciaire”, in *Questions spéciales de droit social*, Formation permanente CUP, vol. 150, n^{os} 54-57, pp. 412-414.

⁵ Voetnoot 7 van het geciteerde advies: R. AYDODGU en J. WILDEMEERSCH, “L’arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l’Union européenne : une condamnation ‘avec sursis’ de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice”, *JLMB*, 2019/27, 1267 en 1268.

⁶ Voetnoot 8 van het geciteerde advies: HJEU, 22 juni 2017, C-126/16, *Smallsteps*, EU:C:2017:489.

58. Weliswaar zijn de werknemers die de betrokken verkrijger niet kiest en die dus worden ontslagen, impliciet maar noodzakelijkerwijs de werknemers voor wie geen enkele technische, economische of organisatorische reden de overgang van de arbeidsovereenkomst gebiedt in de ogen van deze verkrijger, maar dit neemt niet weg dat op deze verkrijger geenszins de verplichting rust om aan te tonen dat de ontslagen in het kader van de overgang te wijten zijn aan technische, economische of organisatorische redenen.

59. Derhalve blijkt dat de toepassing van een nationale wettelijke regeling als in het hoofdgeding een ernstig gevaar kan opleveren voor de naleving van het hoofddoel van richtlijn 2001/23, zoals dat is verduidelijkt in artikel 4, lid 1, ervan en is gememoreerd in punt 52 van het onderhavige arrest, namelijk de bescherming van de werknemers tegen een ongerechtvaardigd ontslag in geval van overgang van een onderneming.”

Het hof heeft daaruit het volgende geconcludeerd:

‘Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, en met name de artikelen 3 en 4, moet aldus worden uitgelegd dat deze richtlijn zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling, die in geval van overdracht van een onderneming in het kader van een procedure tot gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, welke procedure wordt gevoerd met het oog op het behoud van een gedeelte of het geheel van de vervreemder of van zijn activiteiten, bepaalt dat de verkrijger het recht heeft om te kiezen welke werknemers hij wil overnemen.’

(...)

1.9. Teneinde zich te voegen naar de rechtspraak van het voornoemde arrest-*Plessers*, heeft de wetgever de keuze tussen twee oplossingen:⁷

– hetzij de mogelijkheid opheffen voor de verkrijger om de personeelsleden te kiezen die hij wenst over te nemen;⁸

– hetzij de procedure van gerechtelijke reorganisatie in zijn geheel dusdanig aan te passen dat ze in overeenstemming is met de voorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23/EG om aldus de uitzondering zoals bedoeld in dat artikel te kunnen benutten”.⁹

1.4. Over die kwesties staat in de memorie van toelichting het volgende te lezen:

“III. Implementatie van de rechtspraak van het Hof van Justitie

Het stelsel van overdracht van onderneming in een gerechtelijke reorganisatie (artikelen XX.84 tot en met XX.97) is grondig herwerkt. Het nieuwe stelsel komt, kort gezegd, hierop neer dat de overdracht van onderneming in een reorganisatie leidt tot een faillissement of de vereffening van de onderneming, in omstandigheden die in het belang zijn zowel van de kapitaalhouders als van de werknemers en de schuldeisers. Het stelsel

⁷ Voetnoot 9 van het geciteerde advies: C. ALTER en Z. PLETINCKX, “Transfert d’entreprise sous autorité de justice, réduction de la masse salariale et conformité au droit européen”, *JT*, 2019, 548.

⁸ Voetnoot 10 van het geciteerde advies: Volgens C. Alter en Z. Pletinckx bestaat het risico van die keuze erin dat ze de procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht ontdoet van “une grande partie de son utilité, qui a déjà été démontrée à plusieurs reprises devant les cours et tribunaux” (C. ALTER en Z. PLETINCKX, *ibidem*).

⁹ Advies 68.479/2 van 14 januari 2021 over een wetsvoorstel ‘houdende diverse wijzigingen inzake insolventie van ondernemingen’ (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1591/002, 4-10).

strekt niet meer - voor zover dit ooit het geval was - tot het behoud van de continuïteit van de onderneming zelf, dit is in dit voorontwerp de natuurlijke of de rechtspersoon” (p.8).

1.5. De bespreking van artikel 142 van het voorontwerp geeft in dezelfde zin de volgende precisering:

“De bedoeling van de overdracht van de onderneming is thans zoals uitgedrukt in het nieuw artikel XX.84, § 1, de vereffening van de rechtspersoon of (bij fysieke personen) van het patrimonium van de onderneming door een faillissement. De redenering van het Hof van Justitie in de zaak *Plessers* was dat de procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag een procedure was met het oog op het behoud van het geheel of een gedeelte van de onderneming of van haar activiteiten zodat artikel 5 van de Richtlijn 2001/23 niet toepasselijk was. Het voorontwerp strekt ertoe de overdracht volledig te laten overeenstemmen met de procedure bedoeld in artikel 5 van de Richtlijn dat van toepassing is. Dit artikel vereist dat een faillissementsprocedure of soortgelijke procedure wordt ingeleid met het oog op de vereffening van het vermogen van de vervreemder. Het voorontwerp van wet sluit het behoud van de gehele of gedeeltelijke onderneming uit en de overdracht wordt een vorm van vereffening (...).”

1.6. Aangezien ervoor is geopteerd de procedure van gerechtelijke reorganisatie in haar geheel aan te passen om ze in overeenstemming te brengen met de toepassingsvoorwaarden vervat in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23/EG, moet de wetgever erop worden geattendeerd dat het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest-*Plessers* heeft geoordeeld dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag aan geen enkele van de drie cumulatieve voorwaarden vervat in artikel 5, lid 1, van die richtlijn beantwoordde.

Ook al wordt die interpretatie van het Hof door de rechtsleer betwist (op zijn minst wat betreft de eerste en de derde voorwaarde),¹⁰ dat neemt niet weg dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag die het voorliggende voorontwerp invoert, moet worden aangepast zodat elk van de drie cumulatieve voorwaarden, vervat in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23/EG, vervuld wordt.

Bijgevolg zouden de stellers van het voorontwerp stelselmatiger moeten aantonen dat aan elk van de drie voornoemde voorwaarden is voldaan.¹¹

1.7. In dat verband wordt de aandacht van de stellers van het voorontwerp in het bijzonder op het volgende gevestigd:

a) Met betrekking tot de tweede en de derde voorwaarde waaraan moet worden voldaan (namelijk dat de procedure wordt opgestart met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en dat ze verloopt onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie), moet worden vastgesteld dat het voorontwerp er weliswaar toe strekt op dat vlak de artikelen XX.39,

¹⁰ Onder meer in J. WILDEMEERSCH en R. AYDOGDU, “L’arrêt Plessers de la Cour de justice de l’Union européenne: une condamnation ‘avec sursis’ de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice”, *JLMB*, 2019, 1270; C. ALTER en Z. PLETINCKX, “Transfert sous autorité de justice, réduction de la masse salariale et conformité au droit européen”, *JT*, 2019, p. 547-548, nr. 4; S. JACMAIN en I. VEROUGSTRAETE, “Premières réflexions critiques et pratiques suite à l’arrêt Plessers”, *RDC*, 2019, p. 547-551, n^{rs}. 14-18; A. ZENNER, *Traité du droit de l’insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, p. 542, nr. 728.

¹¹ Zie in dezelfde zin het voornoemde advies 68.479/2.

XX.84, § 1, eerste lid, en XX.87, § 1, eerste en tweede lid van het WER te wijzigen teneinde de doelstelling van de voortzetting van de activiteit te schrappen, maar daarentegen andere bepalingen niet wijzigt, waarin nochtans de voorkeur wordt gegeven aan het behoud van de activiteit of die dat behoud van de activiteit als hoofddoel van de procedure beschouwen, en waaruit, volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie,¹² blijkt dat de gerechtsmandataris een beperkter toezicht uitoefent dan het toezicht dat wordt uitgeoefend door de curator die aangewezen wordt in geval van faillissement. Dat geldt voor de volgende bepalingen:

– artikel XX.87, § 1, tweede lid, van het WER, volgens hetwelk de insolventiefunctionaris “offertes [zoekt en inwint] en (...) *bij voorrang* [waakt] over het behoud van het geheel of een gedeelte van de activiteit van de onderneming, rekening houdend met de rechten van de schuldeisers” (eigen cursivering);¹³

– artikel XX.89, § 1, eerste lid, van het WER, dat nochtans de voorkeur geeft aan het behoud van de activiteit door te bepalen dat “[i]ndien er verscheidene vergelijkbare offertes zijn, (...) de rechtbank de voorkeur [geeft] aan de offerte die het behoud van de werkgelegenheid garandeert door een sociaal akkoord”.

Indien het daadwerkelijk de bedoeling van de wetgever is om de wetgeving in overeenstemming te brengen met de voorwaarden vermeld in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23/EG door alleen nog te verwijzen naar het geval van een vereffening van de vennootschap waarvoor de procedure is opgestart, en aan te tonen dat de overgang van onderneming wel degelijk onder toezicht van de bevoegde overheidsinstantie plaatsvindt, dient erop te worden toegezien dat de andere relevante bepalingen van het WER dienovereenkomstig worden aangepast.¹⁴

Aangezien (i) het voorontwerp wil uitsluiten dat de onderneming na de overdracht van alle of een deel van haar activiteiten blijft voortbestaan en (ii) het ontworpen artikel XX.39 niet langer meer voorziet in de mogelijkheid om bij een gerechtelijke reorganisatie voor elke activiteit of elk deel van een activiteit een specifieke doelstelling na te streven, moet bovendien - zoals de gemachtigde van de minister beaamt - de verwijzing naar een veelheid van reorganisatiedoelstellingen in andere bepalingen dan artikel XX.39, zoals in de artikelen XX.41, § 2, eerste lid, 2°, XX.48, § 1, tweede lid, 4°, van het WER of XX.93 van het WER, worden weggelaten.

b) Wat de inachtneming van de eerste en de tweede voorwaarde betreft, hebben de stellers van het voorontwerp ervoor gekozen de “gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder

¹² HvJ 16 mei 2019, C509/17, *Christa Plessers v. Prefaco NV en de Belgische Staat*, punt 47.

¹³ Op de vraag wat de bedoeling was van artikel 145 van het voorontwerp (de aan de afdeling Wetgeving overgelegde geconsolideerde versie en het dispositief van het voorontwerp komen op dit punt niet overeen), heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“Alleen het eerste lid wordt vervangen (met name een zinsdeel wordt weggelaten). Het voorontwerp moet in die zin verduidelijkt worden.”

¹⁴ Zie in dezelfde zin het voornoemde advies 68.479/2, alsook R. AYDOGDU, “2-Tomber de Smallsteps en Heiploeg: cinq ans d’odyssée pour la protection des travailleurs dans les transferts d’entreprises en difficulté” in N. Ouchinsky (ed.), *Actualités en droit de l’insolvabilité*, eerste editie, Brussel, Larcier, 2022, 77.

gezag van de rechter” op te nemen in titel V (“Gerechtelijke reorganisatie”) en de woorden “gerechtelijke reorganisatie” in de benaming van dat mechanisme te behouden.

De definitie van de doeleinden van de procedure van de “gerechtelijke reorganisatie” wordt gewijzigd teneinde tegemoet te komen aan de arresten *Plessers* en *Heiploeg* en het automatische verband tussen een gerechtelijke reorganisatie en het vrijwaren van de continuïteit van de onderneming op te heffen (ontworpen artikel XX.39). Onder de term “gerechtelijke reorganisatie” vallen voortaan echter zowel mechanismen die voornamelijk zijn gericht op het behoud van de bedrijfsactiviteit van de onderneming als mechanismen die erop gericht zijn de kansen dat de schuldeisers betaald worden te vergroten. In zijn arrest-*Heiploeg* plaatst het Hof de loutere finaliteit van de “reorganisatie” tegenover die van de “vereffening” van de onderneming¹⁵ en is het van mening dat de toepassing van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 op een overgang van onderneming onder gerechtelijk gezag in de eerste plaats een kwestie is van het analyseren van alle juridische en feitelijke omstandigheden die een geheel van aanwijzingen vormen die het mogelijk maken om voor de ene of de andere kwalificatie te pleiten. Gelet op het feit dat het nagestreefde doel de vereffening is en dat het de bedoeling is met de overgang van de onderneming onder gerechtelijk gezag de kans op het betalen van de schuldeisers zo groot mogelijk te maken, lijkt het logischer te zijn dat en zou het meer zekerheid bieden indien de overdracht van de onderneming onder gerechtelijk gezag buiten de gerechtelijke organisatie zou worden gehouden, die gewoonlijk geassocieerd wordt met het behoud van de activiteit.

Aan de gemachtigde van de minister is dan ook gevraagd of het feit dat die procedure van overdracht ondergebracht wordt bij de procedures voor “gerechtelijke reorganisatie” geen onduidelijkheid zou kunnen scheppen of zou kunnen leiden tot discussies over het nagestreefde doel in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie, dat bij de toetsing aan de tweede voorwaarde van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23, als doorslaggevend criterium hanteert dat de doelstelling die nagestreefd wordt de “vereffening” is, welke doelstelling het plaatst tegenover het behoud van de activiteit of de “reorganisatie” (HvJ 28 april 2022, C-237/20, punt 53). Aan de gemachtigde is voorgesteld om een derde categorie van insolventieprocedure te creëren, die al die tussenliggende procedures omvat (gaande van de gerechtelijke reorganisatie die zich zou beperken tot het behoud van de activiteit tot het zuivere faillissement).

In antwoord op die vraag heeft de gemachtigde van de minister het volgende gesteld:

“Het is juist die ‘derde’ categorie die door *Plessers* is geweerd en die niemand wil aangezien zij niet beantwoordt aan de eisen van art. 5 van de sociale richtlijn. Het woord ‘onderneming’ slaat in deze tekst van het ontwerp, anders dan in het voorgaande boek XX, op een rechtspersoon of fysieke persoon. Het Hof van justitie is heel duidelijk: de rechtspersoon moet worden vereffend. Dat belet natuurlijk niet dat een activiteit BUITEN HET KADER van de cedent voortleeft. *Heiploeg* heeft dit niet veranderd.”

Het valt inderdaad niet te betwisten dat de rechtspraak van het Hof van Justitie zich niet verzet tegen de voortzetting van de activiteit buiten de vereffende onderneming. De vraag rijst echter of het, ter wille van de rechtszekerheid, niet goed zou zijn een onderscheid te maken tussen de gevallen van gerechtelijke reorganisatie die er in de eerste plaats op gericht zijn de activiteit van

¹⁵ HvJ 28 april 2022, C-237/20, *Federatie Nederlandse Vakbeweging v. Heiploeg Seafood International BV e. a.*, punt 53.

de onderneming te behouden en de mechanismen waarvan het primaire doel bestaat uit de vereffening en het vergroten van de kans dat de schuldeisers worden betaald. In het *arrest-Plessers* werd onder meer aangevoerd dat de onderzochte procedure voor de overdracht van een onderneming niet systematisch leidde tot het faillissement van de onderneming (of tot een soortgelijke procedure).¹⁶ De vraag rijst of het dan ook niet meer in overeenstemming zou zijn met de eerste voorwaarde van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23, dat het mechanisme van de overgang van een onderneming onder gerechtelijk gezag, zo niet bij een derde categorie insolventieprocedure, dan toch bij faillissementsprocedures ingedeeld wordt. De procedure impliceert overigens de aanwijzing van een “insolventiefunctionaris” (en niet die van een “herstructureringsdeskundige”).

c) Met betrekking tot de derde voorwaarde (namelijk het toezicht van een bevoegde overheidsinstantie) moet worden vastgesteld dat het Hof van Justitie geconcludeerd heeft dat die niet vervuld was, en er daarbij met name op gewezen heeft dat de gerechtsmandataris (*in casu* de insolventiefunctionaris) belast is met het organiseren en realiseren van de overdracht “in naam en voor rekening van de schuldenaar”.¹⁷ Het voorliggende voorontwerp voorziet echter niet in een wijziging van artikel XX.85, eerste lid, van de WER op dat punt.

De stellers van het voorontwerp moeten er dus op toezien dat die derde voorwaarde volledig vervuld wordt.¹⁸

B. OMZETTINGSTABELLEN

Voordat de omzettingstabellen bij het wetsontwerp worden gevoegd, zouden de stellers van het voorontwerp ze eerst aandachtig moeten nalezen.

Over de omzettingstabel betreffende de overeenstemming tussen de tekst van de richtlijn en de tekst van het voorontwerp die bij het dossier van de adviesaanvraag is gevoegd, vallen onder meer de volgende opmerkingen te maken (deze lijst is niet exhaustief):

– De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat vermeld dient te worden dat artikel 2, lid 1, 5°, van de richtlijn wordt omgezet door artikel I.22, 11° tot 14°, (zoals dat wordt gewijzigd bij het voorontwerp) en door artikel XX.58 van het WER (en niet door de artikelen I.22, 10°, en XX.56 van het WER).

– Artikel 2, lid 2, c), van de richtlijn wordt ook door het ontworpen artikel XX.83/1 omgezet.

¹⁶ HvJ 16 mei 2019, C-509/17, *Christa Plessers v. Prefaco nv en de Belgische Staat*, punten 42 en 43.

¹⁷ HvJ 16 mei 2019, C-509/17, punt 46.

¹⁸ Zie in dezelfde zin het voornoemde advies 68.749/2 alsook R. AYDOGDU, “2 - Tomber de Smallsteps en Heiploeg : “cinq ans d’odyssée pour la protection des travailleurs dans les transferts d’entreprises en difficulté” in N. Ouchinsky (ed.), *Actualités en droit de l’insolvabilité*, eerste editie, Brussel, Larcier, 2022, 77.

– De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat vermeld dient te worden dat artikel 5, lid 3, c), van de richtlijn wordt omgezet door artikel 157 van het voorontwerp (en niet door artikel 158).

– De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat vermeld dient te worden dat artikel 6, lid 3, eerste alinea, van de richtlijn niet wordt omgezet door de artikelen 34, 45, 157 en 162 van het voorontwerp, maar wel door de artikelen 76, 100 en 159 van het voorontwerp alsook door de artikelen 41, 50 en volgende van het WER.

– De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat vermeld dient te worden dat artikel 6, lid 5, van de richtlijn wordt omgezet door de artikelen XX.50, XX.57 en XX.73 van het WER, alsook door artikel 123 van het voorontwerp (en niet door artikel 159 van het voorontwerp).

– De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat aanvullend dient te worden vermeld dat artikel 6, lid 6, van de richtlijn ook door het ontworpen artikel XX.97/3 wordt omgezet.

– Er dient te worden vermeld dat artikel 8 van de richtlijn wordt omgezet door artikel 92 (en niet door artikel 91), dat in het WER een artikel XX.70/1 invoegt, en door artikel 120 (en niet door artikel 119), dat in het WER een artikel XX.83/4 invoegt.

– De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat dient te worden vermeld dat artikel 9, lid 4, eerste alinea, van de richtlijn wordt omgezet door de artikelen 100, 115, 125 en 171 (en niet door de artikelen 3, 104 en 105).

– De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat aanvullend dient te worden vermeld dat artikel 9, lid 4, derde alinea, van de richtlijn ook wordt omgezet door het ontworpen artikel XX.83/1, derde lid.

– De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat aanvullend dient te worden vermeld dat artikel 10, lid 3, van de richtlijn ook wordt omgezet door het ontworpen artikel XX.79, § 4, derde lid.

– De ontworpen artikelen XX.74/1 en XX.83/8 strekken niet tot omzetting van artikel 11, lid 2, tweede alinea, van de richtlijn.

– Er dient te worden vermeld welke bepalingen strekken tot omzetting van de artikelen 18, lid 4¹⁹ en lid 24,²⁰ van de richtlijn.

– De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat vermeld dient te worden dat artikel 20, lid 1, eerste alinea, van de richtlijn niet wordt omgezet door de artikelen 34 en 134 van het voorontwerp maar door artikel XX.173 van het WER.

¹⁹ Naar aanleiding van een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de minister aangegeven dat het ging om de ontworpen artikelen XX.38, XX.65, XX.83, XX.111 en XX.112.

²⁰ Naar aanleiding van een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de minister aangegeven dat het ging om het ontworpen artikel XX.173 en gedeeltelijk om artikel 135.

– Er dient te worden vermeld dat artikel 21, lid 1, van de richtlijn ook wordt omgezet door artikel XX.76 van het WER.

C. CORRECTE OMZETTING VAN RICHTLIJN (EU) 2019/1023

1. Met het oog op een correcte omzetting van artikel 1, lid 2, c), van richtlijn (EU) 2019/1023, zou artikel XX.1, § 2, van het WER moeten verwijzen naar de instellingen voor collectieve belegging in plaats van naar de beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging. De gemachtigde van de minister is het daarmee eens.

2. Artikel 2, lid 1, punt 9), van richtlijn (EU) 2019/1023 definieert een ondernemer als “een natuurlijke persoon die een handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit uitoefent”.

Volgens de omzettingstabel stemt die definitie overeen met de definitie gegeven in artikel I.1, eerste lid, 1°, a), van het WER, waarin een onderneming die een natuurlijke persoon is, als volgt wordt omschreven:

“elk van volgende organisaties: (a) iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent”.

Het Hof van Cassatie heeft in arrest C.21.0006.F van 18 maart 2022 het volgende gesteld:

“Une personne physique n’est une entreprise, au sens de cette dernière disposition, que lorsqu’elle constitue une organisation consistant en un agencement de moyens matériels, financiers ou humains en vue de l’exercice d’une activité professionnelle à titre indépendant”.

Als men rekening houdt met het vereiste van een “organisatie” dat in artikel I.1, eerste lid, 1°, a), van het WER vervat is en dat het Hof van Cassatie in zijn voornoemde arrest in herinnering brengt, staat het niet vast dat de definitie vervat in artikel I.1, eerste lid, 1°, a), van het WER alle gevallen omvat waarop artikel 2, lid 1, 9°, van de richtlijn betrekking heeft. De definitie van het WER bevat een element dat niet in de definitie van de richtlijn te vinden is, en dreigt zo restrictiever te zijn, in het bijzonder in het geval van een natuurlijke persoon die zelfstandig een handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit uitoefent zonder dat die activiteit echter voldoende in een structuur is ingebed of op voldoende materiële, financiële of menselijke middelen steunt om als organisatie te kunnen worden beschouwd.

In dat opzicht zou artikel I.1, eerste lid, 1°, a), van het WER geen volledige omzetting van de richtlijn vormen en zou het de werkingssfeer van de regels vervat in boek XX van het WER beperken op een wijze die niet conform de richtlijn is.

Voorts heeft de ondernemingsrechtbank van Henegouwen in een vonnis van 28 november 2022 aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag gesteld over de verenigbaarheid van het begrip “onderneming”, in twee mogelijke interpretaties, met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

De wetgever dient rekening te houden met het gevolg dat eventueel moet worden gegeven aan het arrest dat na afloop van die procedure zal worden gewezen.

3. Volgens de concordantietabel wordt artikel 19 van richtlijn (EU) 2019/1023 omgezet door de artikelen XX.224 en volgende van het WER. Die artikelen voorzien in bijzondere aansprakelijkheden van de bestuurders van ondernemingen, die alleen van toepassing zijn wanneer hun onderneming failliet is verklaard.

Artikel 19 van de richtlijn voorziet echter in een reeks verplichtingen voor de bestuurders “bij een dreigende insolventie”, wat betekent dat die verplichtingen van toepassing moeten zijn ook al wordt de onderneming uiteindelijk niet failliet verklaard, hetzij omdat de dreigende insolventie uiteindelijk geen werkelijkheid wordt, hetzij omdat de insolventie wordt opgelost op een andere manier dan via een faillissementsprocedure (met name gerechtelijke ontbinding of gerechtelijke reorganisatie).

De stellers van het voorontwerp moeten dus aangeven welke internrechtelijke bepalingen uitvoering geven aan artikel 19 van de richtlijn, en ze moeten die bepalingen in de concordantietabel vermelden. Als het onmogelijk is die bepalingen aan te geven, moet in het ontwerp een passend dispositief worden ingevoegd waarin alle elementen van artikel 19 van de richtlijn terug te vinden zijn.

4. Volgens artikel 21, lid 1, van richtlijn (EU) 2019/1023 moet een insolvente ondernemer een volledige kwijtschelding van schuld kunnen verkrijgen binnen een termijn van maximaal drie jaar.

Het dispositief van de artikelen XX.76 en XX.173 van het WER garanderen niet dat die termijn in acht zal worden genomen.

Om ervoor te zorgen dat de richtlijn volledig wordt omgezet, dient men te bepalen dat de termijn voor de uitvoering van het plan niet langer dan drie jaar mag zijn voor ondernemingen die een natuurlijke persoon zijn, en dat de kwijtschelding kan worden verleend ten laatste drie jaar na de rechterlijke beslissingen bedoeld in artikel 21, lid 1, a) en b), van de richtlijn.

5. Om te garanderen dat de verplichtingen, bedoeld in artikel 29, leden 1, 2, 4 en 6, van richtlijn (EU) 2019/1023, correct worden omgezet, dienen die bepalingen formeel te worden omgezet in het voorontwerp.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 2

In de Franse tekst moeten de woorden “(UE) 2019/1023” worden ingevoegd tussen de woorden “de la directive” en de woorden “du Parlement européen”.

Artikel 3

1. Het Wetboek van economisch recht bevat twee artikelen I.22.

Die wetgevingstechnische vergissing dient te worden rechtgezet. Het voorliggende artikel dient te worden hernummerd als I.23. Vervolgens moeten alle verwijzingen naar dat artikel naar behoren worden aangepast.

2. Het ontworpen artikel I.22, 7°, 7°/01 en 7°/02, van het WER maakt een onderscheid tussen de “insolventiefunctionaris” en de “herstructureringsdeskundige”, twee categorieën die elkaar uitsluiten. Op die manier krijgt het begrip “insolventie” een restrictieve strekking, terwijl artikel I.22, 1°, van het WER aan dat begrip juist een algemene strekking geeft die alle procedures omvat die worden bedoeld in boek XX, te weten “[de] procedure van minnelijk akkoord buiten gerechtelijke reorganisatie, [de] procedure van openbare of besloten gerechtelijke reorganisatie of [de] faillissementsprocedure”.

Ter wille van de samenhang en de rechtszekerheid zou men een andere benaming moeten vinden voor de “insolventiefunctionarissen”, zodat er geen onduidelijkheid bestaat over de strekking van de term “insolventie”.

Het dispositief moet in het licht van deze opmerking worden herzien.

3. In de Franse tekst van het ontworpen artikel I.22, 7°/01, moeten de woorden “ou plusieurs” worden ingevoegd tussen de woorden “pour exécuter, notamment, une” en de woorden “des missions”.

4. Ter wille van de samenhang met de definities van “herstructureringsdeskundige” en “insolventiefunctionaris”, waarin telkens de term “gerechtsmandataris” wordt gebruikt, zou in het ontworpen artikel I.22, 7°/02, beter een definitie worden gegeven van “de gerechtsmandatarissen”, in het meervoud en niet in het enkelvoud, als een algemene categorie waaronder de bedoelde beroepsbeoefenaars vallen.

5. In het ontworpen artikel I.22, 14°, dient meer bepaald te worden verwezen naar het vierde lid van artikel 3.3 van het Burgerlijk Wetboek.

De stellers van het voorontwerp worden erop geattendeerd dat volgens de definitie zoals ze momenteel luidt, schuldvorderingen gewaarborgd door een eigendomsvoorbehoud niet behoren tot de buitengewone schuldvorderingen in de opschorting.

Bovendien is de betekenis van de woorden “en de schuldvorderingen die in dit boek als buitengewone schuldvorderingen worden gekwalificeerd” onduidelijk, aangezien geen enkele andere bepaling van boek XX van het WER stelt dat een bepaald soort schuldvordering als een buitengewone schuldvordering in de opschorting moet worden beschouwd. Als die passage niet verduidelijkt wordt, moet ze worden weggelaten.

6. Ter wille van de rechtszekerheid en om artikel 2, lid 1, 2°, van richtlijn (EU) 2019/1023 naar behoren om te zetten, moet het dispositief van het ontworpen artikel I.22, 16°/1, preciseren wat men dient te verstaan onder “partijen”.

7. De woorden “belang in het vermogen” in het ontworpen artikel I.22, 16°/2, stemmen niet overeen met de bedoeling van de stellers van het voorontwerp, aangezien het in werkelijkheid de schuldenaar zelf is die de bezitter van zijn vermogen is. Uit de bespreking van het artikel kan worden opgemaakt dat de stellers van het voorontwerp eigenlijk willen verwijzen naar de aandeelhouders en vennoten van een vennootschap, waartoe noch de schuldeisers van de schuldenaar behoren, noch de leden van de schuldenaar in het geval waarin deze een vereniging is. Aangezien besloten vennootschappen en coöperatieve vennootschappen in het Belgisch recht geen kapitaal bezitten, kan men hun aandeelhouders volgens het Wetboek van vennootschappen en verenigingen niet aanwijzen als “[personen] die een eigendomsbelang [hebben] in een schuldenaar of een bedrijf van een schuldenaar” (dat is de definitie die in artikel 2, lid 1, 3), van richtlijn (EU) 2019/1023 wordt voorgesteld), ook al vallen de aandeelhouders van dergelijke vennootschappen zonder enige twijfel onder het begrip “kapitaalhouder” in de zin van richtlijn (EU) 2019/1023, gelet op de functionele interpretatie die van dat begrip dient te worden gegeven.

De “kapitaalhouder” zou dus eenvoudigweg kunnen worden gedefinieerd als “de aandeelhouder of vennoot van de schuldenaar, indien deze een vennootschap is”.

8. Op de vraag waarom de definitie van de “toets van het belang van de schuldeisers”, vervat in artikel 2, lid 1, 6°, van richtlijn (EU) 2019/1023, niet formeel is omgezet in artikel 3 van het voorontwerp, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“In artikel 134 wordt wel verwezen naar het concept van de Richtlijn. De tekst van het ontwerp houdt één afwijking in, met name het bijwoord kennelijk. Het kan inderdaad overwogen worden om de definitie van de best interest op te nemen, maar dan in art. 134 het bijwoord ‘kennelijk’ te schrappen. In andere lidstaten en in de doctrine was dit probleem gerezen”.

De definitie in artikel 134 stemt evenwel niet volledig overeen met die in artikel 2, lid 1, 6°, van richtlijn (EU) 2019/1023. Niet alleen dient het woord “kennelijk”, dat niet voorkomt in de definitie in de richtlijn, te worden geschrapt, er moet ook worden verwezen naar het geval waarin er een betere alternatieve oplossing zou bestaan indien het herstructureringsplan niet zou worden bevestigd.

Bijgevolg moet artikel 3 worden aangevuld zodat artikel 2, lid 1, 6°, van de voornoemde richtlijn volledig wordt omgezet.

Gelet op de definitie die aldus zou worden gegeven, en op de noodzaak te zorgen voor een correcte omzetting van de richtlijn, moeten in het ontworpen artikel XX.83/17, § 1, 4°, (artikel 134 van het voorontwerp) de woorden “aan de toets van het belang van de schuldeisers is voldaan als blijkt dat geen niet-instemmende schuldeiser kennelijk slechter af is onder het reorganisatieplan dan die schuldeiser zou zijn indien de normale rangorde van voorrang bij vereffening zou worden toegepast” worden weggelaten.

9. Naar aanleiding van de vraag waarom de definities van “volledige kwijtschelding van schuld” en “terugbetalingsplan”, vervat in artikel 2, lid 1, 10° en 11°, van richtlijn (EU) 2019/1023, niet formeel zijn omgezet in artikel 3 van het voorontwerp, heeft de gemachtigde van de minister de volgende uitleg gegeven:

“De volledige kwijtschelding van schuld wordt in de tekst omschreven in het kader van de reorganisatie, maar behoeft geen abstracte formulering. De Richtlijn verplicht de Lidstaten hierin te voorzien wat het wetsontwerp doet. De term ‘kwijtschelding’ kwam bijzonder ongelegen omdat zij in het Belgisch recht gebruikt worden in het kader van het faillissementsrecht, in opvolging van het begrip ‘verschoonbaarheid’.

Het terugbetalingsplan is een deel van het reorganisatieplan (zie bv. XX.83/4), maar biedt geen bijkomende waarde voor de omschrijving van het plan. De twee aspecten bedoeld in de definitie van de Richtlijn wordt gedetailleerd omschreven in de tekst”.

Van die uitleg wordt akte genomen.

Artikel 4

In de Franse tekst moeten de cursieve letters van de woorden “in paragraaf 2” en “in paragraaf 1” vervangen worden door romeinse letters.

Een soortgelijke opmerking geldt voor de andere wijzigingsbepalingen van het voorontwerp waarin op dezelfde wijze te werk gegaan wordt (bijvoorbeeld de artikelen 14, eerste streepje, en 78 van het voorontwerp).

Artikel 8

Naar aanleiding van een vraag dienaangaande heeft de gemachtigde van de minister bevestigd dat het ontworpen artikel XX.11/1 niet belet dat de rechtbank of de partijen kunnen verlangen dat de rechter-commissaris of de gedelegeerd rechter in bepaalde gevallen fysiek aanwezig zouden zijn.

Het dispositief moet bijgevolg aldus aangevuld worden dat die bedoeling weergegeven wordt.²¹ Daarin moet ook gepreciseerd worden hoe dat verzoek geformuleerd moet worden en of de rechter-commissaris en de gedelegeerd rechter verplicht zijn daarop in te gaan.

Artikel 13

Bij het ontworpen artikel XX.16, § 3, eerste lid, wordt de Koning ertoe gemachtigd om, “na het advies te hebben ingewonnen van de Gegevensbeschermingsautoriteit”, de vorm en de nadere regels te bepalen van de opname van gegevens in het register, de nadere regels inzake de

²¹ Zie in die zin advies 67.623/2 van 8 juli 2020 over een voorstel dat geleid heeft tot de wet van 21 maart 2021 ‘tot wijziging van boek XX van het Wetboek van economisch recht en het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992’, opmerking 2 bij artikel 2 (*Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-1337/2, 4).

toegang tot het register en de nadere regels voor de inrichting en werking van het register, en de gegevens van het register.

De verwijzing naar het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit biedt geen enkele meerwaarde ten opzichte van de verplichting tot raadpleging van de Gegevensbeschermingsautoriteit die voortvloeit uit artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’.²² Integendeel, de verwijzing naar het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit kan verwarring creëren in het licht van de bestaande EU-verplichtingen.²³

In artikel XX.16, § 3, eerste lid, van het WER moeten de woorden “de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer” bijgevolg geschrapt worden (en niet vervangen worden door de woorden “de Gegevensbeschermingsautoriteit”).

Een soortgelijke opmerking geldt voor de ontworpen artikelen XX.17, § 2, eerste lid, 6°, en tweede lid, § 3, tweede lid, XX.18, § 1, tweede en vierde lid, XX.21, tweede lid, XX.21/1, § 1, derde lid, en § 2.

Artikel 18

In tegenstelling tot wat bepaald is in het ontworpen artikel XX.20/1, vierde lid, wat de herstructureringsdeskundige betreft, wordt in het ontworpen artikel XX.20, § 6, vierde lid, geen onderscheid gemaakt tussen het geval waarin de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige publiek is gemaakt en het geval waarin dat niet zo is.²⁴

Op een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“[d]eze opmerking is terecht. De tekst verdient te worden aangepast.”

Het dispositief moet bijgevolg in die zin aangevuld worden.

²² Zie onder meer RvS 6 januari 2021, nr. 249.405, *Verhaeghe*, overweging 26.

²³ Zie in die zin advies 69.435/AV van 3 juni 2021 over de amendementen bij het ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 14 augustus 2021 ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’, opmerking 6.5 (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1951/11, 12) en advies 72.334/2 van 9 november 2022 over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 18 september 2017 tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten’, opmerking 4 bij artikel 4.

²⁴ Zie het geval bedoeld in het ontworpen artikel XX.97/23, dat voorziet in de vertrouwelijkheid van de aanstelling van de insolventiefunctionaris.

Artikel 20

De regeling inzake de erelonen van de herstructureringsdeskundigen, zoals die in het ontworpen artikel XX.20/1 vastgelegd is, is niet helemaal dezelfde als die voor de insolventiefunctionarissen vastgelegd in artikel XX.20 van het WER.

Op de vraag waarom er voor de herstructureringsdeskundigen geen equivalent van artikel XX.20, § 4, van het WER opgenomen is en of niet hoe dan ook voorzien moet worden in de betrokkenheid van de rechter bij het vaststellen van de erelonen van de herstructureringsdeskundige, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“Het statuut van de herstructureringsdeskundige is fundamenteel verschillend van die van een curator. Bij een faillissement is er een openbare procedure met dwang waarbij de inboedel van de gefailleerde vereffend wordt. De Staat neemt een aantal verplichtingen over die toelaten de vereffening conform de openbare orde te laten verlopen.

Bij een reorganisatie is het stelsel overwegend van conventionele aard. De parameters van vergoeding worden wel geschetst in de tekst. De tekst heeft geen procedure ingevoerd van betwisting omdat wij hier staan voor een procedure die niet afwijkt van een procedure van gemeenrecht. Bij betwisting zal de deskundige de debiteur moeten dagvaarden. Er is natuurlijk geen bezwaar dit in de tekst in te voegen.”

In dat verband wordt erop gewezen dat in het ontworpen artikel XX.97/7 niet uitdrukkelijk geregeld wordt wat er gebeurt met de kosten die het optreden van de herstructureringsdeskundige met zich meebrengt, noch hoe die kosten begroot worden. Slechts “in geval van betwisting” treedt, luidens het ontworpen artikel XX.97/7, de rechtbank op om de kosten en erelonen van de herstructureringsdeskundige te begroten. De afdeling Wetgeving heeft in dat verband reeds het volgende opgemerkt:

“Aangezien [hij] door de voorzitter van de rechtbank benoemd wordt, lijkt er redelijkerwijze van uitgegaan te kunnen worden dat de rechtbank toezicht kan uitoefenen op diens kosten en erelonen via een procedure tot vaststelling van de kosten en erelonen. Te meer daar die kosten en erelonen verhoudingsgewijs in mindering zullen strekken van de activa van de schuldenaar.”²⁵

Op een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“[d]e vraag lijkt mij opgelost in artikel XX.20/1, maar dit artikel kan worden aangevuld zoals gesuggereerd door de vraag”.

Ter wille van de rechtszekerheid zou het bijgevolg beter zijn dat het ontworpen artikel XX.97/7 aangevuld zou worden zoals de afdeling Wetgeving in voornoemd advies voorgesteld heeft.

²⁵ Voornoemd advies 68.812-68.813/2, opmerking 19.

Artikelen 23, 24, 26 en 27

1. Aangezien de inlichtingen en de verzamelde gegevens persoonsgegevens omvatten, vormen dergelijke verwerkingen inmengingen in het recht op eerbiediging van het privéleven van de betrokkenen, een recht dat gewaarborgd wordt bij onder meer artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Om in het licht van de voornoemde bepalingen aanvaardbaar te zijn, moet de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven geformuleerd worden in duidelijke en voldoende nauwkeurige bewoordingen die het mogelijk maken te voorzien in welke gevallen de wetgever een dergelijke inmenging toestaat. Elke inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven moet bovendien steunen op een objectieve en redelijke verantwoording en bijgevolg evenredig zijn met de door de wetgever nagestreefde doelstellingen.²⁶

Krachtens artikel 22 van de Grondwet geldt bovendien voor elke verwerking van persoonsgegevens en, meer in het algemeen, voor elke aantasting van het recht op het privéleven, dat een formeel legaliteitsbeginsel nageleefd dient te worden. Doordat artikel 22 van de Grondwet aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voorbehoudt om vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden afbreuk kan worden gedaan aan het recht op eerbiediging van het privéleven, waarborgt het aan elke burger dat geen enkele inmenging in dat recht kan plaatsvinden dan krachtens regels die aangenomen zijn door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Een delegatie aan een andere macht is evenwel niet in strijd met het legaliteitsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig omschreven is en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de “essentiële elementen” vooraf door de wetgever vastgesteld zijn.²⁷ Bijgevolg moeten de “essentiële elementen” van de verwerkingen van persoonsgegevens in de wet zelf vastgelegd worden. In dat verband zijn het Grondwettelijk Hof en de afdeling Wetgeving van de Raad van State van oordeel dat ongeacht de aard van de betrokken aangelegenheid, de volgende elementen in beginsel “essentiële elementen” uitmaken: (1°) de categorieën van verwerkte gegevens, (2°) de categorieën van betrokken personen, (3°) de met de verwerking nagestreefde doelstelling, (4°) de categorieën van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens en (5°) de maximumtermijn voor het bewaren van de gegevens”.²⁸

2.1. In dat verband kan het volgende opgemerkt worden.

²⁶ Advies 68.936/AV van 7 april 2021 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 14 augustus 2021 ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’ (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 1951/1, 55-127, <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/1951/55K1951001.pdf>). Zie eveneens in dezelfde zin advies 72.334/2 van 9 november 2022 over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 18 september 2017 tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten’.

²⁷ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: zie inzonderheid GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010, B.16.1; 20 februari 2020, nr. 27/2020, B.17.

²⁸ Voornoemd advies 68.936/AV; GwH 13 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.1; GwH 22 september 2022, nr. 110/2022, B.11.2.

2.2 In voorliggend voorontwerp wordt de maximumtermijn voor het bewaren van de gegevens niet vastgesteld. Op een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“Er ontbreekt inderdaad een bewaartermijn. Eventueel lijkt het een oplossing om de bewaartermijn van 5 jaar, zoals ook voorzien in artikel 4 KB 13/06/2021 (KNICLI), te hanteren. De tekst zou in die zin aangepast kunnen worden.”

Het dispositief moet bijgevolg in die zin aangevuld worden.

2.3 Wat artikel 24 betreft, kan niet aanvaard worden dat de Koning ertoe gemachtigd wordt de lijst uit te breiden van de categorieën van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens, aangezien die categorieën door de wetgever zelf bepaald moeten worden.

De eerste zin van het ontworpen artikel XX.21/1, § 1, derde lid, moet bijgevolg weggelaten worden.

2.4 Ten slotte wordt in artikel 26 een enuntiatieve opsomming gegeven van de gegevens en inlichtingen die verzameld moeten worden. Om aan het legaliteitsbeginsel te voldoen, dienen evenwel alle categorieën van persoonsgegevens die verwerkt kunnen worden, in de wet zelf bepaald te worden.

Het voorontwerp moet bijgevolg in die zin aangevuld worden.

3. Het ontworpen artikel XX.21, eerste lid, vermeldt enerzijds niet duidelijk wie belast wordt met het verzamelen van de inlichtingen en de gegevens en schrijft anderzijds niet voor dat die inlichtingen en gegevens verzameld moeten worden.

In die omstandigheden blijkt niet of het ontworpen dispositief volstaat voor een adequate omzetting van artikel 3, lid 1, van richtlijn (EU) 2019/1023, waarin wordt voorgeschreven dat de schuldenaren toegang moeten hebben tot één of meer duidelijke en transparante instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing.

Artikel 27

De regeling waarin het ontworpen artikel XX.23, § 3, voorziet, lijkt sterk op de regeling vervat in artikel 3:69 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, aangezien ze steunt op soortgelijke maar gedeeltelijk andere criteria (namelijk het criterium van de feiten die “wijzen op een dreigende insolventie” en van de feiten “die de continuïteit van de economische activiteit (...) in het gedrang kunnen brengen”).

Ter wille van de rechtszekerheid zou het beter zijn beide regelingen op elkaar af te stemmen.

Artikel 31

De wijzigingen die in artikel 31 in het vooruitzicht gesteld worden met betrekking tot het verlengen van de termijnen voor het onderzoek van de dossiers van ondernemingen in moeilijkheden door de kamer voor ondernemingen in moeilijkheden zijn in feite reeds in artikel XX.28 van het WER aangebracht bij artikel 4 van de wet van 21 maart 2021 'tot wijziging van boek XX van het Wetboek van economisch recht en het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992'.²⁹

Het is de bedoeling de termijn waarover de rechter-verslaggever beschikt om zijn onderzoek af te ronden te verlengen van vier tot acht maanden en aan de kamer voor ondernemingen in moeilijkheden de mogelijkheid te bieden om die termijn tot tien maanden te verlengen. Voorts is het de bedoeling om de termijn waarbinnen de kamer voor ondernemingen in moeilijkheden haar onderzoek moet afronden te verlengen van acht tot achttien maanden wanneer ze dat onderzoek zelf voert.

In dat verband dient erop te gewezen worden dat het opleggen van maximumtermijnen voor de onderzoeken als volgt verantwoord is in de parlementaire voorbereiding van de wet van 11 augustus 2017 '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 rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek XX in het Boek I van het Wetboek van economisch recht':

"De wet bepaalt een maximumduur voor het onderzoek om de rechter-verslaggever desgevallend de kamer aan te sporen niet nodeloos lang te aarzelen over de te volgen weg. Een dergelijk onderzoek weegt overigens ook op de onderneming die daarvoor de nodige middelen ter beschikking moet stellen."³⁰

In het licht van die doelstelling heeft de rechtsleer de proportionaliteit van de verlenging van die maximumtermijnen voor het onderzoek betwist. Zo zijn N. Ouchinsky en W. David dienaangaande de volgende mening toegedaan:

"Une extension aussi large de la durée d'examen des dossiers en CED nous paraît, dans ce contexte, inappropriée, en ce qu'elle:

- ne contribue pas à inciter les entreprises à adopter un plan de sortie de crise rapide après identification des causes des difficultés;
- impose aux entreprises de consacrer des ressources pendant une longue période pour répondre aux attentes de la CED, au lieu de se concentrer sur l'adoption de mesures d'assainissement;
- pourrait encombrer encore davantage les tribunaux de l'entreprise, alors que ceux-ci devront vraisemblablement, dans les prochaines années, faire face à un volume important de dossiers d'entreprises impactées par la crise sanitaire;

²⁹ Zie in dat verband de kritische opmerking die gemaakt is over het soortgelijke dispositief van artikel 3 van het voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 21 maart 2021 'tot wijziging van boek XX van het Wetboek van economisch recht en het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992' in voornoemd advies 67.623/2 (*Parl.St. Kamer* 2019-20, nr.55-1337/002, 4 en 5).

³⁰ *Parl.St. Kamer* 2016-17, nr. 2407/001, 46.

– favorise des attermoiements trop longs sur la situation d'entreprises trop gravement atteintes,³¹ dont une durée plus stricte d'examen des dossiers devrait, lorsque c'est nécessaire, mener plus rapidement à une dissolution, une faillite ou, selon les circonstances, à la désignation d'un administrateur provisoire sur pied de l'article XX.32 du CDE.”³²

In het licht van het voorgaande moet die verlenging van de maximumtermijnen voor de onderzoeken bijgevolg afdoend verantwoord kunnen worden, in het bijzonder wat de proportionaliteit betreft van een dergelijke regeling, gelet op de doelstelling om de schuldenaar in staat te stellen snel een uitweg uit de crisis te vinden zodra er meer duidelijkheid is over zijn toestand, mede rekening houdend met de rechten van de schuldeisers. De proportionaliteit van die regeling moet ook verantwoord worden in het licht van de door richtlijn (EU) 2019/1023 nagestreefde doelstelling die erin bestaat dat insolventieprocedures op snelle en efficiënte wijze afgehandeld moeten kunnen worden.³³

Indien daarvoor geen verantwoording gegeven wordt, moet de bepaling weggelaten worden.

Artikel 34

Het ontworpen artikel XX.29/1, § 2, strekt ertoe de overheidsinstellingen de mogelijkheid te bieden om de inning van fiscale schulden of fiscale of sociaalrechtelijke heffingen geheel of gedeeltelijk te schorsen (dat wil zeggen om, zoals in de bespreking van het artikel uitdrukkelijk gesteld wordt, de betaling van de hoofdsom van de bijdragen “op te schorten”) in gelijkaardige omstandigheden als die waarin een private onderneming in dezelfde situatie dat zou toestaan.

Aangezien de rol van de rechter luidens paragraaf 3 beperkt is tot het aanbrengen van een formulier van tenuitvoerlegging in het proces-verbaal waarin het minnelijk akkoord opgetekend wordt, rijst de vraag wie ermee belast is te beoordelen en na te gaan of het om gelijkaardige omstandigheden gaat.

Artikel 41

Aangezien artikel XX.2, 2°, aldus aangevuld is dat daarin uitdrukkelijk naar artikel XX.35 verwezen wordt, is het nutteloos om in artikel XX.35 voor te schrijven dat die bepaling “onverminderd artikel XX.2, 2°,” van toepassing is.

³¹ Voetnoot 22 van de geciteerde bijdrage: On songe notamment à ces fameuses ‘entreprises zombies’, qui ont fait les choux gras de la presse.

³² N. OUCHINSKY en W. DAVID, “Premier commentaire de la réforme du droit de l’insolvabilité du 21 mars 2021”, *RPS-TRV*, 2021/4, 412.

³³ Zie inzonderheid overweging 86 van richtlijn (EU) 2019/1023.

Artikel 44

In de bespreking van dit artikel wordt het volgende uiteengezet:

“Voorts wordt bepaald dat het voorstel mag opgesteld worden in een van de drie landstalen of in een taal die internationaal wordt gebruikt. Dit bevordert de mogelijkheid dit instrument te gebruiken in transnationale of transregionale toestanden en is vereist om de draagwijdte van artikel 10 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken te preciseren. Het verzoekschrift tot homologatie zelf zal neergelegd worden in de taal van de rechtbank.”

Aangezien het ontworpen artikel XX.37, § 1, derde lid, van het WER volgens die bespreking dus voorgesteld wordt als een aanpassing van de wet van 15 juni 1935 ‘op het gebruik der talen in gerechtszaken’, zou het ter wille van de rechtszekerheid goed zijn om de laatste zin van die bespreking op te nemen in het dispositief.

Artikel 45

1. In het ontworpen artikel XX.38, § 1, derde en vierde lid, wordt enerzijds bepaald dat derden niet het recht hebben om kennis te nemen van het verzoekschrift tot homologatie van het akkoord (tenzij de schuldenaar daarin toestemt) en anderzijds dat de homologatie moet worden geweigerd indien het akkoord afbreuk doet aan de rechten van derden.

Er kan aangenomen worden dat de mogelijkerwijs benadeelde derden het best geplaatst zouden zijn om de voorzitter van de rechtbank in te lichten over de mogelijke schending van hun rechten door het akkoord dat ter homologatie is voorgelegd, maar doordat ze geen kennis kunnen nemen van dat akkoord, zal het voor hen niet mogelijk zijn om het te analyseren en om, in voorkomend geval, de aandacht van de rechtbank daarop te vestigen. Bijgevolg valt te vrezen dat de voorzitter van de rechtbank niet in staat zou zijn om zich op doelmatige wijze te kwijten van de aan hem toevertrouwde opdracht die erin bestaat na te gaan of door het akkoord niet kennelijk afbreuk gedaan wordt aan de rechten van derden.

Het dispositief moet aldus herzien worden dat aan derden die het gevaar zouden lopen benadeeld te worden de mogelijkheid geboden wordt van het akkoord kennis te nemen en hun standpunt kenbaar te maken aan de voorzitter van de rechtbank.

2. Daarenboven zou in het ontworpen artikel XX.38, § 1, vierde lid, bepaald moeten worden dat de rechter eveneens weigert het akkoord te homologeren indien het in strijd is met de openbare orde.

3. Artikel 1328 van het oud Burgerlijk Wetboek is opgeheven bij artikel 73 van de wet van 13 april 2019 ‘tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van boek 8 “Bewijs” in dat Wetboek’. De overeenkomstige bepaling is artikel 8.22 van het Burgerlijk Wetboek, welk artikel bij dezelfde wet ingevoegd is.

De verwijzing in het ontworpen artikel XX.38, § 2, eerste lid, moet bijgevolg gecorrigeerd worden.

Deze opmerking geldt eveneens voor de ontworpen artikelen XX.65, § 2, en XX.97/9, § 2.

Artikel 54

1. Zoals in de bespreking van het artikel uitdrukkelijk gesteld wordt, zijn verscheidene wijzigingen die in artikel 54 in het vooruitzicht gesteld worden in feite reeds in artikel XX.41 van het WER aangebracht bij artikel 7 van de wet van 21 maart 2021.

In advies 67.623/2 heeft de afdeling Wetgeving in dat verband het volgende opgemerkt:

“De artikelen 6 en 7 strekken ter versoepeling van de formele vereisten die gelden voor het indienen van het verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie, bedoeld in artikel XX.41, § 2, eerste lid, van het WER.

In dat verband dient teruggekomen te worden op de wetshistoriek van die bepaling. Toen de wetgever de wet van 31 januari 2009 ‘betreffende de continuïteit van de ondernemingen’ aangenomen heeft, was het de bedoeling te zorgen voor een zo soepel en laagdrempelig mogelijke toegang tot de procedure voor de gerechtelijke reorganisatie, die ‘revêtait un caractère quasi automatique pour le débiteur qui la sollicitait’.³⁴

Overeenkomstig artikel 17 van die wet van 31 januari 2009 dienden op het ogenblik van de indiening van het verzoekschrift daarbij alleen de stukken bedoeld in paragraaf 2, 1° tot 4°, gevoegd te worden, terwijl een aanvullende termijn van veertien dagen gold voor het indienen van de stukken bepaald in paragraaf 2, 5° tot 9°.

In dat verband schrijven C. ALTER en Z. PLETINCKX het volgende:

‘les quatre premières années d’application de la loi ont cependant révélé un certain nombre d’abus parmi lesquels un recours abusif à la procédure de la part d’entreprises virtuellement en faillite en vue de faire échec (fût-ce temporairement) aux tentatives de recouvrement de leurs créanciers et sans véritablement de politique de redressement’.³⁵

In de parlementaire voorbereiding van de wet van 27 mei 2013 ‘tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen’ wordt in dat verband het volgende gesteld:

‘Om dit model te optimaliseren, zijn enkele inhoudelijke aanpassingen nodig. Het ontwerp streeft ernaar het opsporen van misbruiken en de sanctie op die misbruiken te bevorderen. De huidige wet biedt reeds de mogelijkheid om een aantal misbruiken te vrijdelen, maar het was wenselijk de wet aan te vullen.

Het wetsontwerp poogt hierbij de reddingspogingen niet te verstikken door overdreven regulering.

(...)

De doeltreffendheid van een procedure wordt in beginsel gewaarborgd door maatregelen die de garantie inhouden voor het kosteloze karakter van de procedure of de vaststelling van niet al te hoge kosten (zie EHRM 25 september 2007). Dit strookt ook met artikel 6 EVRM dat het recht op toegang tot de rechter waarborgt. Nochtans moet een

³⁴ Voetnoot 10 van het geciteerde advies: C. ALTER en Z. PLETINCKX, *op. cit.*, 177.

³⁵ Voetnoot 11 van het geciteerde advies: *Ibidem*.

evenredige drempel ingebouwd worden, die vermijdt dat ondoordachte of bedrieglijke procedures zouden worden aangevat. Dit maakt het voorwerp uit van diverse artikelen in dit ontwerp die in hun samenhang beschouwd, een rem inhouden voor het ondoordacht neerleggen van een verzoekschrift.³⁶

Om aan die misbruiken een einde te maken, is aldus in de wet van 27 mei 2013 de verplichting opgenomen om een dossier met echt alle stukken in te dienen op straffe van niet-ontvankelijkheid van het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie. Sedert toen dienen ‘alle stukken (...) bij de aanvraag gevoegd [te] worden op het ogenblik van de neerlegging van het verzoekschrift’.³⁷

Die verplichting is vervolgens overgenomen in artikel XX.41, § 2, eerste lid, van het WER. In de parlementaire voorbereiding worden voor de overname van die verplichting dezelfde redenen opgegeven:

‘Bepaalde schuldenaars hebben te vlug de bescherming gezocht van het uitstel van betaling, wat de relatief strenge formulering uitlegt van dit artikel.’³⁸

Tegenover die verstrenging van de formele voorwaarden voor de ontvankelijkheid van het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie, staat dat artikel XX.46, § 1, vierde lid, van het WER voorziet in de mogelijkheid voor de rechtbank om voorbij te gaan aan een aantal minder ernstige onregelmatigheden:

‘Indien een verzuim of onregelmatigheid bij de neerlegging van de stukken niet van die aard is dat de rechtbank daardoor wordt verhinderd te onderzoeken of de in artikel XX.45 bepaalde voorwaarden vervuld zijn en indien dat verzuim of die onregelmatigheid door de schuldenaar kan worden hersteld, kan de rechtbank, nadat de schuldenaar gehoord is, de zaak voor verdere behandeling uitstellen.’

De artikelen 6 en 7 van het voorstel strekken ertoe de formele voorwaarden voor de ontvankelijkheid van het verzoek van nu af aan opnieuw te versoepelen. In de bespreking van de artikelen wordt immers het volgende te kennen gegeven: ‘Dit artikel strekt ertoe de gerechtelijke reorganisatie wat laagdrempeliger te maken. De formele vereisten waren van die aard dat heel wat kmo's ervoor terugdeinsden een reorganisatie aan te vragen. (...) De opgelegde beperkingen zijn niet verantwoord gelet op de noodzaak van herstructureringen zeker in een periode van economische crisis.’

Naar aanleiding van een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers daaraan het volgende toegevoegd: ‘la situation consécutive à la crise sanitaire justifie un recours au régime de la loi de 2009’.

In het licht van het voorgaande dient de wetgever zich te vergewissen van de proportionaliteit van de voorgestelde maatregelen gelet op de risico's qua misbruiken zoals vastgesteld door de wetgever in 2013 en in 2017, temeer daar [het] temporeel toepassingsgebied van voorliggend voorstel niet beperkt is tot de crisisperiode ten gevolge van de huidige gezondheidscrisis.’³⁹

³⁶ Voetnoot 12 van het geciteerde advies: *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 53-2692/1, 5 en 6.

³⁷ Voetnoot 13 van het geciteerde advies: *Ibidem*, 13.

³⁸ Voetnoot 14 van het geciteerde advies: *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/1, 54.

³⁹ Advies 67.623/2 van 8 juli 2020 over een voorstel dat geleid heeft tot de wet van 21 maart 2021 ‘tot wijziging van boek XX van het Wetboek van economisch recht en het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992’, opmerking 1 bij de artikelen 6 en 7 (*Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-1337/2, 10-12).

In casu kan een gelijkaardige opmerking gemaakt worden.⁴⁰

2. In het ontworpen artikel XX.41, § 2, tweede lid, worden de begrippen “kleine of middelgrote onderneming” en “grote onderneming” gehanteerd, maar worden die begrippen evenwel niet gedefinieerd.

De definities van die begrippen kunnen impliciet afgeleid worden uit het ontworpen artikel XX.66/1.

In het ontworpen artikel XX.41, § 2, tweede lid, zou naar voornoemd artikel XX.66/1 verwezen moeten worden, zelfs eveneens naar het ontworpen artikel XX.83/1, om elke twijfel in dat verband te vermijden.

Het dispositief moet dienovereenkomstig herzien worden.

Artikel 57

Het is niet duidelijk wat de strekking is van het ontworpen artikel XX.45, § 6. In het gemeen vennootschaps- en verenigingsrecht wordt niet bepaald dat voor het neerleggen van een verzoek tot gerechtelijke reorganisatie de instemming van de algemene vergadering of van bepaalde aandeelhouders vereist is.

In de tekst of op zijn minst in de bespreking van het artikel zou vermeld moeten worden in welke specifieke in het dispositief bedoelde gevallen de instemming van de algemene vergadering of van bepaalde aandeelhouders niet vereist is om een verzoek tot gerechtelijke reorganisatie in te dienen, terwijl die instemming vereist zou zijn indien de voorliggende bepaling niet ingevoegd wordt.

Dezelfde opmerking geldt voor het ontworpen artikel XX.70, § 3, aangezien het opstellen en het indienen van een reorganisatieplan in principe evenmin de instemming vooronderstelt van de algemene vergadering of van bepaalde aandeelhouders.

Artikel 75

Ter wille van de overeenstemming met de bewoordingen van artikel 6, lid 8, van richtlijn (EU) 2019/1023 zouden in artikel XX.59, § 1, derde lid, van het WER de woorden “De maximale duur” moeten worden vervangen door de woorden “De totale duur”.

⁴⁰ Zie in die zin ook N. OUCHINSKY en W. DAVID, “Premier commentaire de la réforme du droit de l’insolvabilité du 21 mars 2021”, *RPS-TRV*, 2021/4, 416-419.

Artikel 86

Aangezien in het ontworpen artikel XX.83/1 niet verwezen wordt naar schuldenaren die natuurlijke personen zijn, zijn de woorden “schuldenaren bedoeld in artikel I.1.1°, a), van dit Wetboek of” overbodig en moeten ze weggelaten worden.

Artikel 89

Het ontworpen artikel XX.68, § 1, eerste lid, lijkt, in het bijzonder als het vergeleken wordt met de tekst die daarbij vervangen wordt, de betwisting van de hoedanigheid van de schuldvordering te beperken tot louter het geval van de buitengewone schuldvordering in de opschorting. Men kan zich evenwel gevallen indenken waarin een betrokkene de hoedanigheid van de gewone schuldvordering in de opschorting betwist die aan een schuldvordering toegekend zou zijn.

De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat het eerste streepje van artikel 89 van het voorontwerp weggelaten moet worden, zodat de thans geldende tekst blijft bestaan.

Artikel 92

1. Met het oog op een volledige omzetting van artikel 8, lid 1, b), van richtlijn (EU) 2019/1023 moeten in het ontworpen artikel XX.70/1, § 2, eerste lid, 2°, de woorden “met een waardering voor de activa” ingevoegd worden tussen het woord “reorganisatieplan” en de woorden “wordt voorgelegd”.

2. De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat in het ontworpen artikel XX.70/1, § 2, 6°, a), de woorden “ten minste” weggelaten moeten worden met het oog op een correcte omzetting van artikel 2, lid 1, 1°, van richtlijn (EU) 2019/1023.

Dezelfde opmerking geldt voor het ontworpen artikel XX.83/4, § 2, 7°, a).

Artikel 99

In het ontworpen artikel XX.75/1, derde lid, zijn de woorden “hierboven vermelde schuldeisers” niet duidelijk. Het is meer bepaald niet duidelijk of het gaat om de schuldeisers bedoeld in het eerste lid of in het tweede lid dan wel om de schuldeisers bedoeld in het eerste en het tweede lid.

Het dispositief moet verduidelijkt worden.

In het licht van die verduidelijking zou de laatste zin van het tweede lid overbodig kunnen blijken, in welk geval die zin weggelaten moet worden.

Artikel 102

1. In het ontworpen artikel XX.77, § 2, hoort niet te worden verwezen naar de toestemming of naar de weigering van het bestuur van de schuldenaar, maar enkel naar de toestemming of instemming van die laatstgenoemde. Als de schuldenaar een rechtspersoon is, is het uiteraard het bestuur ervan dat over de toestemming of instemming moet beslissen, maar in de voorliggende bepaling is die precisering niet zinvol.

2. In het ontworpen artikel XX.77, § 7, wordt niet gepreciseerd wie belast is met het vaststellen van de regels voor de elektronische stemming: gaat het om de gedelegeerd rechter (voor de procedures van gerechtelijke reorganisatie waarmee deze belast is) of om de rechtbank?

Op een vraag daarover heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“Het is de rechter die beslist, maar een eventuele controle wordt door de rechtbank uitgeoefend”.

Ter wille van de rechtszekerheid moet in het dispositief bijgevolg aanvullend worden gepreciseerd wie de regels voor de elektronische stemming vaststelt. De stellers van het voorontwerp worden er in dat verband op geattendeerd dat de keuze voor de gedelegeerd rechter in de rechtsleer evenwel gecontesteerd is. N. Ouchinsky en W. David betreuren bijvoorbeeld het volgende:

“Il incombe au juge délégué de fixer les modalités du vote électronique, alors que c’est le tribunal qui est compétent pour statuer sur l’homologation du plan après le vote sur celui-ci. Le fait de confier au juge délégué le soin de fixer les modalités du vote électronique des [procédures de réorganisation judiciaires] dont il a la charge risque, en outre, d’induire des complications importantes. En effet, lors d’une audience où cinq dossiers sont fixés en vue de voter sur le plan de réorganisation, le tribunal pourrait devoir travailler de cinq manières différentes, en fonction de ce que chaque juge délégué aura décidé. C’est évidemment difficilement gérable. Il e[û]t été plus opportun de confier ce pouvoir à la chambre du tribunal en charge des réorganisations judiciaires, de manière à ce que la procédure soit uniforme (et supervisée par un juriste)”.⁴¹

3. Op de vraag of aan de kapitaalhouders ook wordt toegestaan op afstand te stemmen en of in dat geval niet dient te worden bepaald dat de rechtbank hun identiteit en hoedanigheid moet kunnen verifiëren, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“Een terechte opmerking. Dit moet worden gepreciseerd”.

Het dispositief moet bijgevolg in die zin worden aangevuld.

4. De voorgaande opmerkingen gelden ook voor de gelijksoortige ontworpen bepalingen in de artikelen 128 en 172.

⁴¹ N. OUCHINSKY en W. DAVID, “Premier commentaire de la réforme du droit de l’insolvabilité du 21 mars 2021”, *RPS-TRV*, 2021/4, 414.

Artikel 105

1. Het ontworpen artikel XX.78/2, eerste lid, is verschillend geformuleerd ten opzichte van het ontworpen artikel XX.83/14, § 1, eerste lid.

Beide formuleringen dienen op elkaar te worden afgestemd, waarbij duidelijk naar voren moet komen dat het totaalbedrag van de schuldvorderingen (en niet het aantal schuldvorderingen) het relevante criterium is. Ook dient men te preciseren of alleen met de hoofdsom rekening wordt gehouden, dan wel ook met de interesten.

2. De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat het ontworpen artikel XX.78/2, derde lid, naar het voorbeeld van het ontworpen artikel XX.83/14, § 1, derde lid, aanvullend moet bepalen dat het feit dat een schuldeiser of kapitaalhouder niet aan de stemming deelneemt, niet betekent dat hij niet door de stemming gebonden is.

Artikel 106

1. Volgens artikel 10, lid 2, eerste alinea, d), van richtlijn (EU) 2019/1023 is een van de voorwaarden waaronder de rechterlijke of administratieve instantie het herstructureringsplan bevestigt, de vaststelling dat “indien er niet-instemmende schuldeisers zijn, (...) het herstructureringsplan aan de toets van het belang van de schuldeisers [voldoet]”. Dat criterium wordt in artikel 2, lid 1, punt 6), van de voornoemde richtlijn gedefinieerd.

Men dient echter het volgende op te merken:

– Dat criterium wordt gedefinieerd in het ontworpen artikel XX.83/17, dus in het ontworpen hoofdstuk 3/1 dat betrekking heeft op de openbare gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord toepasselijk op grote ondernemingen, maar niet in het ontworpen hoofdstuk 3 dat dezelfde kwestie regelt voor kleine en middelgrote ondernemingen.

– Dat criterium wordt niet vermeld in het ontworpen artikel XX.79, waarin de bevoegdheden worden vastgesteld van de rechtbank die belast is met de homologatie van het gerechtelijk reorganisatieplan.

– Op basis van dat ontworpen artikel XX.79 kan de rechtbank de homologatie van het reorganisatieplan alleen weigeren als de wettelijk bepaalde vormvereisten niet in acht zijn genomen, als het plan strijdig is met de openbare orde of als het kennelijk geen redelijk vooruitzicht biedt op het afwenden van de vereffening of van het faillissement van de schuldenaar of op het waarborgen van de levensvatbaarheid van de onderneming.

Dat dispositief biedt de rechtbank aldus niet de mogelijkheid om na te gaan of het herstructureringsplan het belang van de schuldeisers dient, noch om, wanneer dat niet het geval is, de homologatie van dat plan te weigeren. In dat opzicht vormt het voorliggende dispositief geen correcte omzetting van artikel 10, lid 2, eerste alinea, d), van richtlijn (EU) 2019/1023.

Het dispositief moet dienovereenkomstig worden herzien.

2. In artikel XX.79, § 3, *in fine*, dienen de woorden “het eindvonnis over de homologatie” te worden vervangen door de woorden “het vonnis dat oordeelt over de homologatie”, naar het voorbeeld van de formulering in de ontworpen artikelen XX.79, § 5, en XX.80/1, eerste lid.

Artikel 108

Artikel 108 is redundant ten opzichte van het ontworpen artikel XX.79, § 5, en moet dus worden weggelaten.

De bepalingen van het voorontwerp moeten dienovereenkomstig worden hernummerd.

Artikel 109

In de Franse tekst van het eerste streepje dient het voegwoord “et” te worden ingevoegd voor de woorden “la phrase”.

Artikel 111

1. De tekst die in het ontworpen artikel XX.82, eerste lid, wordt toegevoegd, stemt niet overeen met de bedoeling die in de bespreking van het artikel naar voren wordt gebracht.

In die bespreking staat immers te lezen dat

“dit artikel, dat artikel XX.82 van het WER wijzigt, [beoogt] te verduidelijken dat de beslissing inzake homologatie in gezag van gewijsde gaat, zelfs indien binnen een rechtspersoon bepaalde geschillen zouden rijzen in verband met handelingen door de bestuurders gesteld zonder voorafgaande goedkeuring van de organen van de vennootschap”.

De ontworpen tekst is als volgt geredigeerd:

“De homologatie van het reorganisatieplan treedt in de plaats van elke noodzakelijke beslissing van de algemene vergadering van aandeelhouders”.

Stellen dat ten gevolge van een beslissing inzake homologatie die in gezag van gewijsde is gegaan, geschillen rijzen binnen een rechtspersoon, is niet hetzelfde als bepalen dat de beslissing inzake homologatie in de plaats komt van de beslissing van een orgaan van de vennootschap.

Volgens de concordantietabel strekt dat artikel tot omzetting van artikel 12, lid 2, van richtlijn (EU) 2019/1023, waarin wordt bepaald dat het

“(…) kapitaalhouders niet is toegestaan de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren”.

De voornoemde bepaling maakt het weliswaar mogelijk dat de rechten van de aandeelhouders in verband met de uitvoering van een herstructureringsplan worden beperkt, maar ze staat niet toe, zoals het ontworpen dispositief beoogt, dat de aandeelhouders alle bevoegdheden worden ontnomen die ze krachtens het vennootschapsrecht hebben. Slechts als de aandeelhouders de uitvoering van het plan “op onredelijke wijze” zouden belemmeren, is een beperking van hun prerogatieven mogelijk.

Het dispositief moet in het licht van deze opmerking worden herzien.

Dezelfde opmerking geldt voor de ontworpen artikelen XX.83/20 en XX.97/19.

2. Als de stellers van het voorontwerp de bedoeling hebben om, in zoverre de uitvoering van het reorganisatieplan zou nopen tot een beslissing van de algemene vergadering van aandeelhouders, een dergelijke beslissing te vervangen door de rechterlijke beslissing inzake homologatie, moeten alle consequenties van dat dispositief nauwkeuriger worden geregeld. Bijvoorbeeld: als het gaat om een bijkomende inbreng, is dan desondanks het verslag van het bestuursorgaan vereist (artikel 5:121 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen) en eventueel het verslag van de revisor (artikel 5:133 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen)? Is een notariële akte vereist (artikel 5:120 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen)? Hoe zal worden gezorgd voor de bekendmaking van de akte, voorgeschreven bij artikel 2:14 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen?

Dezelfde opmerking geldt voor de artikelen 139 en 183 van het voorontwerp.

Artikel 115

1. De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat het ontworpen artikel XX.83/1, derde lid, ter wille van de rechtszekerheid aanvullend moet bepalen dat het gaat om de schuldenaars “bedoeld in artikel XX.66”.

2. In het ontworpen artikel XX.83/1, tweede lid, dient te worden verwezen naar de definitie vervat in het huidige artikel I.22, 26°, van het WER; die definitie moet voorts worden bijgewerkt zodat ze voortaan verwijst naar het relevante artikel van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen.

Artikel 125

Artikel 9, lid 4, eerste alinea, van richtlijn (EU) 2019/1023 schrijft voor dat

“(…) de betrokken partijen in afzonderlijke categorieën worden behandeld die, krachtens nationaal recht, voldoende gedeelde belangen weerspiegelen op basis van verifieerbare criteria”.

Het ontworpen artikel XX.83/9, tweede lid, stelt inderdaad een objectief criterium vast, namelijk het onderscheid tussen buitengewone en gewone schuldeisers in de opschorting.

Het criterium dat in het ontworpen artikel XX.83/9, eerste lid, wordt voorgesteld, namelijk het feit dat “de rechten die [de schuldeisers] zouden hebben bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar of op basis van het akkoord zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is”, is echter niet precies genoeg om voor een verifieerbaar criterium te kunnen doorgaan.

Dat geldt des te meer daar, volgens de bespreking van het artikel, de opsteller van het plan schuldeisers die zich nochtans in een gelijkaardige situatie bevinden, toch in verschillende categorieën zou kunnen onderbrengen als hij meent dat dit de goedkeuring van het plan niet zal verhinderen.

Het onbestemde karakter van het “criterium” en de ogenschijnlijke mogelijkheid om dat criterium niet in acht te nemen, openen de deur voor allerlei strategieën bij het opdelen in categorieën. Zo zou men de meerderheden in elke categorie, en bijgevolg ook de stemming over de goedkeuring van het plan, kunnen beïnvloeden. Dergelijke strategieën horen integendeel te worden verhinderd met het oog op een eerlijke en billijke behandeling van alle schuldeisers, ook van diegenen die zich verzetten tegen de goedkeuring van het plan.

Overeenkomstig artikel 9, lid 4, van richtlijn (EU) 2019/1023 moet de voorliggende bepaling daartoe een duidelijk, verifieerbaar en dwingend criterium vaststellen. Ze moet in die zin worden herzien.

Artikel 134

1. Naar aanleiding van een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de minister de volgende toelichting gegeven:

“Art. 14.1 [van de richtlijn] moet geïmplementeerd worden in verband met de procedure voor de grote ondernemingen. Een bepaling waarbij de toetsing zoals in artikel 14 van de Richtlijn wordt beoogd ontbreekt in artikel XX.83/17. De tekst zal worden aangepast.”

Het dispositief moet bijgevolg in die zin worden aangepast met het oog op een volledige omzetting van richtlijn (EU) 2019/1023.

2. In tegenstelling tot het ontworpen artikel XX.79, § 4, eerste lid, vermeldt het ontworpen artikel XX.83/17 niet dat de homologatie kan worden geweigerd in geval van niet-ervulling van de vormvereisten of wegens schending van de openbare orde.

Naar aanleiding van een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de minister de volgende uitleg gegeven:

“Dit is doelbewust. De verwijzing naar pleegvormen heeft weinig zin in deze procedure van onderhandeling over de klassen. Openbare orde heeft evenmin zin omdat de controle van openbare orde *de facto* zal samenvallen met de controle van de klassen. In een stelsel zonder klassen zal het vaak belangrijk zijn na te gaan of de belangen van de openbare schuldeisers niet miskend zijn. In een klassenstelsel de openbare orde laten spelen betekent een bijkomende hindernis die de Richtlijn niet voorziet.”

Het verdient aanbeveling die verduidelijking op te nemen in de bespreking van het artikel.

Artikel 135

1. In het ontworpen artikel XX.83/18, § 1, eerste lid, 1°, moet de verwijzing naar “artikel XX.83/14” worden herzien, aangezien het plan niet in overeenstemming kan zijn met die bepaling vermits het juist niet is goedgekeurd in een of meerdere categorieën.

2. De huidige structuur van artikel XX.83/18, § 1, 2°, is niet duidelijk, in het bijzonder wat betreft de aaneenschakeling van de verschillende beoogde gevallen.

De structuur van die bepaling moet worden herzien.

3. Wat betreft het ontworpen artikel XX.83/18, § 1, 2°, i), is het, overeenkomstig overweging 54 van richtlijn (EU) 2019/1023, aanvaardbaar dat, wanneer er slechts twee categorieën zijn, de instemming van een enkele categorie voldoende wordt geacht om de meerderheid van de categorieën te behalen die in artikel 11, lid 1, b), i), van dezelfde richtlijn wordt vermeld.

Om het voornoemde artikel van de richtlijn volledig om te zetten dient daarentegen in het geval bedoeld in het ontworpen artikel XX.83/18, § 1, 2°, i), net als in het geval bedoeld in het ontworpen artikel XX.83/18, § 1, 2°, ii), te worden bepaald dat die categorie “een categorie door een zakelijke zekerheid gedekte schuldeisers is of hoger in rang is dan de categorie gewone niet door een zekerheid gedekte schuldeisers”.

4. In de Franse tekst van de ontworpen paragraaf 2 moet het woord “contractuel” worden vervangen door het woord “conventionnel” om aan te sluiten bij de terminologie die in paragraaf 1, 3°, wordt gebruikt. Voorts moet naar “paragraaf 1, 3°,” worden verwezen in plaats van naar “paragraaf 1, c),”.

Artikel 144

Op de vraag wat de strekking is van de controle bedoeld in het ontworpen artikel XX.86, § 3, derde lid, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“De controle van de motivering is bestemd om een eerste filter in te voeren over de selectie van de werknemers. De controle gebeurt niet op het niveau van de individuele werknemer maar wel op een ruimer vlak dat economisch beheersbaar is door de overnemer die per definitie de overgenomen activiteit niet grondig kent. De sanctie is dat de overdracht niet zal goedgekeurd worden door de ondernemingsrechtbank.”

Ter wille van de rechtszekerheid moet het dispositief bijgevolg worden aangevuld met de vermelding van de gevolgen van het niet-nakomen van de motiveringsplicht.

Artikel 151

In het ontworpen artikel XX.93/1, § 1, derde lid, is de verwijzing naar artikel XX.104 van het WER verkeerd en moet ze bijgevolg worden herzien.

Artikel 157

1. In de bespreking van het artikel wordt uitdrukkelijk gesteld dat de procedure van besloten gerechtelijke reorganisatie die bij het voorliggende voorontwerp wordt ingevoerd, gebaseerd is op de zogenaamde procedure van “voorbereidend akkoord” waarin het huidige artikel XX.39/1 van het WER voorziet.

In dat verband heeft de afdeling Wetgeving in advies 68.812-68.813/2 de volgende opmerking gemaakt:

“Het dispositief geeft (...) aanleiding tot kritiek wat de rechten van de schuldeisers betreft.

Zo verplicht het voorgestelde artikel XX.39/1, § 1, derde lid, de schuldenaar om bij zijn verzoekschrift de in artikel XX.41, § 2, 1° tot 4°, van het WER voorziene stukken te voegen, maar verwijst het niet ook naar punt 7° van de bepaling, dat impliceert dat bij het openen van de minnelijke procedure de volledige lijst van de erkende en beweerde schuldeisers aan de rechtbank wordt meegedeeld.

Hoewel de schuldenaar, luidens het voorgestelde artikel XX.39/1, § 1, tweede lid, in zijn verzoekschrift moet kunnen aantonen dat de continuïteit van de onderneming bedreigd is, impliceert een dergelijke verplichting niet dat de lijst van alle bestaande schuldeisers ter kennis moet worden gebracht van de voorzitter van de rechtbank, aangezien het voorgestelde artikel XX.39/1, § 1, derde lid, de schuldenaar verplicht om bij zijn verzoekschrift enkel de in artikel XX.41, § 2, 1° tot 4° van het WER voorziene stukken te voegen, en niet die welke in punt 7° van die bepaling worden bedoeld. Aangezien de voorgestelde procedure de negatieve publiciteit wil vermijden waarmee het openen van een procedure van gerechtelijke reorganisatie vanwege de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* gepaard gaat, moet het bestaan van een dergelijke procedure, luidens het voorgestelde artikel XX.39/1, § 3, pas na afloop van de minnelijke procedure aan alle schuldeisers word[en] meegedeeld. Die bepaling luidt als volgt:⁴²

‘De schuldenaar verstrekt de gerechtsmandataris op eenvoudig verzoek een lijst van de schuldeisers, zoals voorzien door artikel XX.41, § 2, 7°, en alle boekhoudkundige of andere stukken relevant voor de goedkeuring van het reorganisatieplan. De gerechtsmandataris bepaalt de termijn waarbinnen de individuele schuldeisers in kennis worden gesteld van zijn opdracht en van de gegevens bepaald in artikel XX.49. Hij kan beslissen de onderhandelingen aan te vatten met één of meerdere schuldeisers en pas in een latere fase uit te breiden tot andere schuldeisers. De kennisgeving door de gerechtsmandataris geldt als mededeling in de zin van artikel XX.49. Bij de kennisgeving nodigt de gerechtsmandataris de schuldeisers uit om zich te registreren in het register.’

⁴² Voetnoot 5 van het geciteerde advies: Het vertrouwelijke karakter van de procedure wordt expliciet verankerd in het vijfde en het zesde lid van het voorgestelde artikel XX.39/1.

In dat verband staat in de verantwoording van amendement nr. 7 het volgende te lezen:

‘De gerechtsmandataris dient niet onmiddellijk alle schuldeisers te betrekken in de onderhandelingen. Naargelang de situatie en in het bijzonder het aantal schuldeisers en hun hoedanigheid, kan hij beslissen om de onderhandelingen aan te vatten met een beperkt aantal schuldeisers om een kaderakkoord te bekomen, dat vervolgens zal worden voorgelegd aan de overige schuldeisers. Alleen de gerechtsmandataris is gerechtigd om een volmacht te bekomen van de geraadpleegde schuldeisers om te stemmen over het reorganisatieplan.

Om elke partijdigheid te vermijden, kan de gerechtsmandataris door de schuldeisers gemachtigd worden om met het plan in te stemmen dan [wel] het af te wijzen.

De gerechtsmandataris kan zowel een volmacht bekomen om te stemmen naar aanleiding van de goedkeuring van het reorganisatieplan als om een minnelijk akkoord [te] sluiten. De praktijk leert immers dat bepaalde schuldeisers de voorkeur geven aan een onmiddellijke betaling met een grotere schuldkwijtschelding mits dit minnelijk akkoord vervolgens wordt gehomologeerd door de rechtbank omwille van het definitief verworven karakter ervan ingevolge artikel XX.65, § 2. De vermindering van de totale schuldenmassa die hierdoor wordt gerealiseerd, zal de verdere onderhandelingen rond het reorganisatieplan faciliteren, zodat het aangewezen is om beide mogelijkheden toe te laten.

(...)

De procedure tot voorbereidend akkoord zal door de voorzitter worden afgesloten indien de goedkeuring van het reorganisatieplan voldoende aannemelijk is gemaakt doordat de gerechtsmandataris over voldoende volmachten beschikt om in te stemmen met het reorganisatieplan. De meerderheden bedoeld in artikel XX.78 dienen nog niet met zekerheid te zijn behaald. Enige flexibiliteit lijkt aangewezen voor ondernemingen met een groot aantal schuldeisers aangezien het waarschijnlijk lijkt dat bepaalde in een latere fase geraadpleegde schuldeisers hun schuldvorderingen zullen trachten in te vorderen bij gebreke aan een opschorting. De beschikking van de voorzitter wordt overgemaakt aan de rechtbank [zodat] de procedure tot gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord zonder [bijkomend] tijdsverlies kan worden openverklaard door de rechtbank.⁴³

Uit het voorgaande volgt dat bepaalde schuldeisers, *in casu* degenen die door de gerechtsmandataris niet bij de onderhandelingen betrokken zijn geweest en die pas na afloop van de minnelijke procedure op de hoogte zijn gebracht van het bestaan van die procedure, door het akkoord of door het gekozen reorganisatieplan zouden kunnen worden benadeeld, in zoverre ze bij de onderhandelingen hun standpunt niet naar voren hebben kunnen brengen ter bescherming van hun rechten.

Om ervoor te zorgen dat het beginsel van de gelijkheid onder de schuldeisers in acht wordt genomen, verdient het aanbeveling om van bij het begin van de onderhandelingen te voorzien in informatieverstrekking over de gevolgde procedure, en om de criteria te bepalen op basis waarvan de gerechtsmandataris schuldeisers kan uitsluiten, of op zijn minst om in een mogelijkheid te voorzien die beslissing van de mandataris te betwisten, meer bepaald ingeval het door de schuldenaar ingediende verzoekschrift is uitgelopen op een minnelijk akkoord zoals bedoeld in artikel XX.64 van het WER waaraan schuldeisers die zouden worden benadeeld door de gevolgen van een dergelijk akkoord niet hebben kunnen deelnemen.

⁴³ Voetnoot 6 van het geciteerde advies: Parl.St. Kamer 2020-21, nr. 55-1337/004, 11 en 12.

Die klip wordt nog moeilijker te omzeilen door de omstandigheid dat krachtens het eerste lid van het voorgestelde artikel XX.39/1, § 3, de lijst van alle schuldeisers ‘op eenvoudig verzoek’ en niet automatisch aan de gerechtsmandataris moet worden verstrekt.

Het tweede lid van dezelfde bepaling leidt evenzeer tot verwarring wanneer het voorschrijft dat de gerechtsmandataris de termijn bepaalt waarbinnen de individuele schuldeisers in kennis worden gesteld van de opdracht van de gerechtsmandataris, zonder dat kan worden uitgemaakt of die informatieplicht voor alle schuldeisers bedoeld is dan wel enkel voor de schuldeisers die rechtstreeks bij de procedure betrokken zijn.”⁴⁴

In casu kan een soortgelijke opmerking worden gemaakt.

2. De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat in het ontworpen artikel XX.97/1, § 1, eerste lid, de verwijzing naar artikel XX.64 moet worden vervangen door een verwijzing naar artikel XX.97/8, terwijl de verwijzing naar de artikelen XX.67 en XX.83/3 moet worden vervangen door een verwijzing naar artikel XX.97.

Een soortgelijke opmerking geldt voor de verwijzingen in het ontworpen artikel XX.97/4.

3. Het ontworpen artikel XX.97/1, § 1, eerste lid, dat door het gebruik van het werkwoord “kan” de rechter een mogelijkheid tot aanwijzing lijkt te laten wanneer het verzoek uitgaat van de schuldenaar, lijkt in tegenspraak te zijn met het ontworpen artikel XX.97/1, § 4, derde lid, dat bepaalt dat het verzoek tot aanwijzing ambtshalve wordt toegewezen indien het verzoek wordt ingediend door de schuldenaar.

Naar aanleiding van een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de minister de volgende verduidelijking verstrekt:

“De rechter beschikt over een beoordelingsmogelijkheid (zie § 4). Maar het zou inderdaad beter zijn te schrijven dat de rechter de vordering toekent onder de voorwaarden bedoeld in § 4. De tekst kan op dit punt verbeterd/verduidelijkt worden.”

Het dispositief moet bijgevolg in die zin worden verduidelijkt.

4. In het ontworpen artikel XX.97/1, § 2, tweede lid, moeten de woorden “het in paragraaf 2, eerste lid, bepaalde” worden vervangen door de woorden “het in het eerste lid bedoelde”. In het derde lid van die paragraaf moeten de woorden “bedoeld in paragraaf 2, eerste lid 1,” worden vervangen door de woorden “bedoeld in het eerste lid”.

5. Het ontworpen artikel XX.97/1, § 4, is niet duidelijk.

⁴⁴ Advies 68.812/2-68.813/2 van 11 februari 2022 over de amendementen op het voorstel dat heeft geleid tot de wet van 21 maart 2021 ‘tot wijziging van boek XX van het Wetboek van economisch recht en het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992’, algemene opmerking 2 bij de amendementen nrs. 6, 7, 9 en 10 (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1337/11, 7-9).

Naar aanleiding van een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de minister uitgelegd dat het tweede lid betrekking heeft op het geval waarbij het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt ingediend door een schuldeiser of een kapitaalhouder, terwijl het derde lid betrekking heeft op het geval waarbij het verzoek wordt ingediend door de schuldenaar of wordt gesteund door de meerderheid van de kapitaalhouders.

Er zou moeten worden verduidelijkt welk lid van toepassing is en dus met welk beslissingscriterium de rechter rekening moet houden wanneer het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt ingediend door een schuldeiser of een kapitaalhouder en wordt gesteund door de meerderheid van de kapitaalhouders.

Bovendien is de laatste zin van het vierde lid (“De beschikking wordt in het register neergelegd”) in alle gevallen van toepassing en zou hij dus een afzonderlijk lid moeten vormen.

Artikel 158

De eerste zin van het ontworpen artikel XX.97/2, § 1, eerste lid, is redundant ten opzichte van het ontworpen artikel XX.20/1, eerste lid.

Die zin moet bijgevolg worden weggelaten.

Artikel 159

Ter wille van de rechtszekerheid zou in het ontworpen artikel XX.97/3, vierde lid, moeten worden verduidelijkt via welk middel de belanghebbende schuldeiser en de herstructureringsdeskundige zich tot de voorzitter van de rechtbank kunnen wenden (gebeurt dat met een verzoekschrift of op een andere wijze?).

Artikel 161

1. Luidens het ontworpen artikel XX.97/5, § 1, moet de beslissing van de rechtbank worden genomen “[o]p verzoek van de herstructureringsdeskundige, die daarbij het minnelijk akkoord en een toelichting voegt”.

Er zou moeten worden verduidelijkt in welke procedurele vorm dat verzoek moet worden ingediend, terwijl tevens uitdrukkelijk zou moeten worden vermeld wat in het voorontwerp precies wordt bedoeld met de “toelichting” die bij het verzoek dient te worden gevoegd.⁴⁵

Zo ook zou in het ontworpen artikel XX.97/5, § 2, eerste lid, moeten worden verduidelijkt in welke vorm het verzoek van de herstructureringsdeskundige of van de schuldenaar moet worden ingediend bij de rechtbank.

⁴⁵ Zie in dezelfde zin het voornoemde advies 68.812-68.813/2, opmerking 13 bij amendement nr. 7.

2. De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat in het ontworpen artikel XX.97/5, § 1, de verwijzing naar artikel XX.65, § 3, moet worden vervangen door een verwijzing naar artikel XX.97/9, § 3.

Artikel 193

Gelet op artikel 1128, derde lid, 6°, van het Gerechtelijk Wetboek, dat voorziet in een termijn van zes maanden voor het instellen van derdenverzet tegen een rechterlijke beslissing van een ontbinding of van de sluiting van de vereffening van een rechtspersoon uitgesproken krachtens de artikelen 2:74, 2:75, 2:81 en 2:101 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, moeten de stellers van het voorontwerp de termijn van vijf jaar die ze daarbij *in casu* willen invoeren, kunnen verantwoorden in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Artikel 203

Aangezien de rechterlijke beslissing tot sluiting van de verrichtingen van het faillissement de onmiddellijke sluiting van de vereffening meebrengt, wordt geen vereffenaar aangewezen.

Het valt te begrijpen dat artikel 2:79 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen in dat geval toepassing kan vinden, zoals in het ontworpen artikel XX.135, § 4, derde lid, bepaald wordt. De artikelen 2:82 (aanwijzing van de vereffenaar van een vennootschap), 2:118 (aanstelling van de vereffenaar van een vzw of een ivzw) en 2:135 (ontbinding en vereffening van een vzw of een ivzw in één akte) van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, daarentegen, kunnen niet van toepassing zijn, aangezien de vereffening gesloten is en geen vereffenaar aangewezen is.

De verwijzing naar die artikelen moet dan ook weggelaten worden.

De stellers van het voorontwerp zouden kunnen overwegen de leemte aan te vullen die voortvloeit uit het feit dat er geen bepaling voorhanden is die vergelijkbaar is met artikel 2:79 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, maar die van toepassing is op rechtspersonen die geen vennootschap zijn.

Die opmerking geldt ook voor artikel 215.

Artikel 220

De artikelen 1418 en 1420 van het oud Burgerlijk Wetboek zijn opgeheven bij artikel 58, 7°, van de wet van 19 januari 2022 'houdende boek 2, titel 3, 'Relatievermogensrecht' en boek 4 'Nalatenschappen, schenkingen en testamenten' van het Burgerlijk Wetboek'. De overeenkomstige bepalingen zijn de artikelen 2.3.32 en 2.3.34 van het Burgerlijk Wetboek, welke artikelen bij dezelfde wet ingevoegd zijn.

Het dispositief moet in die zin verbeterd worden.

Artikel 224

1. De artikelen XX.225 en XX.227 van het WER bevatten bijzondere regels inzake de aansprakelijkheid van de bestuurders van een onderneming voor het geval bij het faillissement ervan de schulden de baten overtreffen. Hoewel de aansprakelijkheid niet uit hetzelfde feit voortkomt, zijn die beide artikelen in soortgelijke bewoordingen gesteld, met name inzake de te herstellen schade (namelijk de schulden van de onderneming ten belope van het tekort, waarbij de rechter een beoordelingsbevoegdheid heeft inzake het kwantum) en de wijze waarop de vergoeding onder de schuldeisers verdeeld wordt.

Deze beide artikelen voorzien ook in een vrijstelling voor de bestuurders van bepaalde ondernemingen, op basis van de geringe omvang ervan in economisch opzicht.

Zo luidt artikel XX.225, § 2, van het WER als volgt:

“Paragraaf 1 is niet van toepassing wanneer de gefailleerde onderneming over de drie boekjaren voor het faillissement, of, indien de onderneming sedert minder dan drie jaar is opgericht, alle boekjaren voor het faillissement, een gemiddelde omzet van minder dan 620 000 euro, buiten de belasting over de toegevoegde waarde, heeft verwezenlijkt en wanneer het totaal van de balans bij het einde van het laatste boekjaar niet hoger was dan 370 000 euro.”,

terwijl het ontworpen artikel XX.227, § 5, als volgt luidt:

“Paragraaf 1 is niet van toepassing wanneer de failliet verklaarde onderneming een vzw, ivzw of stichting is waarvan de omvang niet [meer dan] een van [de] criteria bedoeld in de artikelen 3:47, § 2 of 3:51, § 2, van het Wetboek vennootschappen en verenigingen overstijgt.”

In de bespreking van het artikel wordt niet uitgelegd waarom het voorontwerp:

– de bestuurders van een vzw, van een ivzw en van stichtingen niet vrijstelt van de aansprakelijkheid waarin artikel XX.227 van het Wetboek van economisch recht voorziet, terwijl de bestuurders van alle soorten ondernemingen bedoeld in dat artikel (vennootschappen en rechtspersonen zonder winstoogmerk), in aanmerking komen voor de afwijking bepaald in artikel XX.225, § 2, van datzelfde Wetboek, in een context waarin de vennootschappen en de rechtspersonen zonder winstoogmerk allemaal als onderneming beschouwd worden, dezelfde economische activiteiten kunnen uitoefenen en aan dezelfde regels inzake insolventie onderworpen zijn;

– voor de vrijstelling bedoeld in artikel XX.225, § 2, en voor de vrijstelling bedoeld in artikel XX.227, § 5, criteria van omvang vaststelt die vrij nauw bij elkaar aansluiten maar toch verschillend zijn, terwijl het in beide gevallen gaat om vrijstellingen voor bestuurders van kleine ondernemingen.

Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is een verschil in behandeling alleen dan verenigbaar met de grondwettelijke beginselen inzake gelijkheid en non-discriminatie wanneer dat verschil op een objectief criterium berust en redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet beoordeeld worden rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betrokken maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het

beginsel inzake gelijkheid en non-discriminatie is geschonden als er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.⁴⁶

Een dergelijke verantwoording staat niet in de bespreking van het artikel en is evenmin makkelijk te vinden. De bezorgdheid die geuit is in verband met artikel XX.227 van het WER, om de “betrokkenheid [van bestuurders van kleine vzw’s] bij het verenigingsleven niet te ontmoedigen - velen onder hen bekleden immers vrijwillig een onbezoldigd mandaat”,⁴⁷ volstaat niet als verantwoording voor die verschillen in behandeling.

De stellers van het voorontwerp worden verzocht beide bepalingen op elkaar af te stemmen wat de vrijstelling betreft of op zijn minst in de bespreking van dit artikel uiteen te zetten welke redenen grond opleveren voor dat verschil in behandeling.

2. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel XX.227, § 5, schrijve men “(...) niet meer dan een van de criteria bepaald in de artikelen 3:47, § 2 of 3:51, § 2, van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen overstijgt.”

Artikel 232

Volgens de bespreking van artikel 232 bestaat de bedoeling van dat artikel erin “bepaalde hinderpalen voor de vereffening onder gerechtelijke supervisie uit de weg [te ruimen]”. Het is meer bepaald de bedoeling om “de vrijwel nooit gebruikte mogelijkheid van een terugverwijzing voor heronderzoek van een vordering tot vereffening door de kamers voor ondernemingen in moeilijkheden, alsook een controle verricht door de voorzitter van de ondernemingsrechtbank met betrekking tot het verloop van de procedure [te schrappen]”. Artikel 232 strekt bijgevolg tot opheffing van artikel 2:74, § 1, derde lid, van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, waarin voor een vennootschap die haar verplichting om een jaarrekening neer te leggen niet nagekomen is, het volgende bepaald wordt:

“In geval van een verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie kent de rechtbank een regularisatietermijn toe van ten[.]minste drie maanden, en verwijst het dossier voor opvolging naar de kamer voor ondernemingen in moeilijkheden. Na afloop van de termijn doet de rechtbank uitspraak op verslag van de kamer voor ondernemingen in moeilijkheden.”

⁴⁶ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Zie bijvoorbeeld GwH 17 juli 2014, nr. 107/2014, B.12; 25 september 2014, nr. 141/2014, B.4.1; 30 april 2015, nr. 50/2015, B.16; 18 juni 2015, nr. 91/2015, B.5.1; 16 juli 2015, nr. 104/2015, B.6; 16 juni 2016, nr. 94/2016, B.3; 18 mei 2017, nr. 60/2017, B.11; 15 juni 2017, nr. 79/2017, B.3.1; 19 juli 2017, nr. 99/2017, B.11; 28 september 2017, nr. 104/2017, B.8.

⁴⁷ Wetsontwerp ‘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 rechtshandavingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht’, amendement nr. 69 (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/003, 10).

In voornoemd advies 68.479/2 heeft de afdeling Wetgeving hierover het volgende opgemerkt:

“Op te merken valt evenwel dat hetgeen in de toelichting bij dit artikel als ‘nutteloze complicaties’ bestempeld wordt,⁴⁸ voorgesteld is als ‘garde-fous’ (garanties) bij de hervorming van de procedure tot gerechtelijke ontbinding bij de wet van 17 mei 2017 ‘tot wijziging van diverse wetten met het oog op de aanvulling van de gerechtelijke ontbindingsprocedure van vennootschappen’:⁴⁹

– ‘Cependant, afin d’éviter, par le biais de cette nouvelle procédure, la dissolution des sociétés qui connaissent des difficultés passagères pour diverses raisons, telles que la situation familiale difficile d’un gérant, un état de santé compliqué ou la négligence du comptable, de nombreuses balises réfléchies en concertation avec les acteurs du terrain ont été mises en place [...]’⁵⁰.

– ‘(...) [N]ous avons prévu plusieurs garde-fous dans le texte pour les entreprises qui rencontrent un problème, que ce soit le gérant qui est malade, que ce soit le comptable qui rencontre des difficultés. Nous sommes très attentifs à ces cas d’école. Ces garde-fous ont trait à la procédure (...)’⁵¹.

– ‘(...) Je vais vous expliquer rapidement la procédure, parce que nous en avons déjà abondamment parlé. Deux voies sont possibles. M. Laaouej a évoqué la première, à savoir l’absence de dépôt des comptes annuels. En ce cas, l’action en dissolution est intentée par tout intéressé, par exemple un créancier impayé qui espère ainsi que sa créance sera acquittée, ou par le ministère public.

Dans cette hypothèse, la société citée à comparaître sera entendue par le tribunal qui aura l’obligation de lui accorder un délai de régularisation d’au moins trois mois. Très vite, le tribunal se rendra compte du type de société auquel il a affaire : soit une société fantôme, soit une société en difficulté ou une société qui connaît des négligences passagères. En fonction des circonstances et de la cause, le tribunal déterminera si ce délai de trois mois est suffisant. Rien ne lui interdit, si par exemple le gérant souffre d’une maladie grave ne lui permettant pas de faire face à ses obligations dans ce laps de temps, de lui accorder un délai plus long pour se conformer à ses obligations légales, obligations qui ont leur raison d’être et qui doivent être respectées.

Le dossier est alors suivi par la chambre d’enquête qui mettra tout en œuvre pour remettre la société sur les rails. C’est sa mission – ne l’oublions pas – suivant la loi du 31 janvier 2009. On peut en quelque sorte considérer que nous sommes dans la philosophie de la seconde chance. C’est ce que je vous disais tout à l’heure, monsieur Laaouej. Plus tôt le problème est décelé, plus tôt il pourra être réglé.

⁴⁸ Voetnoot 29 van het geciteerde advies: *Ibidem*.

⁴⁹ Voetnoot 30 van het geciteerde advies: Ten gevolge van die hervorming levert de omstandigheid dat een vennootschap haar jaarrekening betreffende één enkel boekjaar niet neergelegd heeft voldoende grond op voor de gerechtelijke ontbinding van die vennootschap (terwijl dat gevolg voordien slechts gold indien dat verzuim drie opeenvolgende boekjaren betrof). Zie in dit verband J.-P. LEBEAU, “La loi du 17 mai 2017 modifiant diverses lois en vue de compléter la procédure de dissolution des sociétés : le législateur fait le choix de la dissolution judiciaire pour enrayer les abus de personne morale”, *RDC-TBH*, 2017/7, 673; D. BLONDEEL, “La ‘nouvelle’ procédure de dissolution judiciaire des sociétés”, *RPS-TRV*, 2018/2, 77 tot 100.

⁵⁰ Voetnoot 31 van het geciteerde advies: *I.V.*, Plenumvergadering, 4 mei 2017, namiddag, CRIV 54 PLEN 166, 35 en 36.

⁵¹ Voetnoot 32 van het geciteerde advies: *Ibidem*, 41.

À l'expiration du délai de régularisation, le tribunal, qui est composé de juges consulaires issus du monde des affaires, décidera si la société doit ou non être dissoute. Ce sera le cas pour la société fantôme. Rappelons que nous sommes dans une procédure judiciaire qui implique évidemment tous les recours qui y sont liés: opposition et appel. Ces différentes garanties qui pourraient freiner la dissolution de sociétés fantômes sont nécessaires afin d'éviter que des sociétés qui ne sont pas de mauvaise foi mais qui, pour des raisons justifiées, ont été négligentes, ne soient pas pénalisées.⁵²

Gelet op het voorgaande dient de wetgever zich er bijgevolg van te vergewissen of de voorliggende bepaling niet te ver gaat in het licht van de garanties die de wetgever in 2017 ingebouwd heeft. In dat opzicht kan het feit dat dit mechanisme vrijwel nooit gebruikt wordt op zich niet voldoende grond opleveren voor het afschaffen ervan.⁵³

In casu kan een dergelijke opmerking opnieuw gemaakt worden.

Artikel 233

1. Zoals artikel 233 thans is gesteld ("maar beslist dat het vonnis van faillietverklaring niet moet worden uitgesproken, kan de ontbinding uitspreken"), is het niet duidelijk.

Naar aanleiding van een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de minister geantwoord dat veeleer "kan beslissen niet het vonnis van faillietverklaring maar wel de ontbinding uit te spreken" moet worden geschreven.

De formulering van het dispositief moet in die zin worden herzien.⁵⁴

2. De verwijzing naar artikel XX.104 van het WER is verkeerd en moet bijgevolg worden herzien.

Dezelfde opmerking geldt voor de artikelen 234 en 235.

Artikel 236

1. Op de vraag of artikel 236 van het voorontwerp en artikel XX.243 van het WER, zoals dat wordt gewijzigd bij artikel 231 van het voorontwerp (dat betrekking heeft op een evaluatie van alle procedures van boek XX) elkaar niet overlappen, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

"Dit is een politieke eis (XX.236). De evaluatie bedoeld in artikel XX.243 [van het Wetboek van economisch recht] heeft een meer algemene draagwijdte en bedoelt over iets dat ook ver in de toekomst kan gebeuren. Daarnaast heeft artikel XX.243 WER de datum ook uitgesteld (2 jaar na de inwerkingtreding van de wet van 21 maart 2021)."

⁵² Voetnoot 33 van het geciteerde advies: I.V., Plenumvergadering, 4 mei 2017, namiddag, CRIV 54 PLEN 166, 43 en 44.

⁵³ Advies 68.479/2 van 14 januari 2021 over een wetsvoorstel 'houdende diverse wijzigingen inzake insolventie van ondernemingen', opmerking bij artikel 13 (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1591/002, 23-24).

⁵⁴ Zie in dezelfde zin de opmerking die in het voornoemde advies 68.479/2 bij artikel 14 is gemaakt.

Het verdient aanbeveling de samenhang tussen beide evaluatieprocedures nader te verduidelijken in de bespreking van het artikel.

2. In de Franse tekst moet in het eerste lid, *in fine*, het woord “cette” voor het woord “loi” worden vervangen door de woorden “la présente”.

3. Bij artikel 236 wordt “de minister die bevoegd is voor Justitie” (lees: “de minister bevoegd voor Justitie” in de Nederlandse tekst en “le ministre qui a la Justice dans ses attributions” in de Franse tekst)⁵⁵ belast met de evaluatie van de hoofdstukken 5 en 6 van titel V van Boek XX van het WER.

Krachtens de grondwettelijke beginselen inzake de uitoefening der machten staat het niet aan de wetgever om rechtstreeks aan een minister bevoegdheden toe te kennen die normaal aan de Koning toekomen. Het is weliswaar niet onverenigbaar met die beginselen om aan een minister bevoegdheden inzake bijkomstige of detailkwesties te delegeren maar in dat geval staat het niettemin in beginsel aan de Koning, en niet aan de wetgever, om een dergelijke subdelegatie te verlenen. Indien de wetgever zulke bevoegdheden rechtstreeks aan een minister delegeert, zou dat namelijk betekenen dat de wetgever zich een prerogatief toe-eigent dat toekomt aan de Koning als hoofd van de federale uitvoerende macht.⁵⁶

Artikel 237

Artikel 237 strekt ertoe de wet van 21 maart 2021 op te heffen “met uitzondering van artikelen 13, 14 en 15”.

Naar aanleiding van een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“Akkoord wat betreft 13 en 14, maar artikel 15 betreft een inhoudelijk permante bepaling die niet kan opgeheven worden.”

Het dispositief moet bijgevolg in die zin worden herzien.

⁵⁵ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling 167 en formules F 4-7-1 en F 4-7-2.

⁵⁶ *Ibidem*, aanbeveling 7.3:

“Het komt (...) de wetgever niet toe om zich te mengen in de interne organisatie van de uitvoerende macht en de regeling van een aangelegenheid rechtstreeks aan een minister op te dragen. Alleen de Koning of een Gemeenschaps- of een Gewestregering kan een dergelijke delegatie uitvaardigen.” Zie in dezelfde zin eveneens de opmerking die bij amendement nr. 17 is gemaakt in het voornoemde advies 68.812-68.813/2, en opmerking 2 die bij artikel 43 is gemaakt in advies 71.320/1-2-3-4 van 7 juni 2022 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 30 juli 2022 ‘om justitie menselijker, sneller en straffer te maken II’ (*Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2774/001, 148 en 149).

Artikel 239

Artikel 239 moet worden aangevuld met de vermelding van de datum waarop het voorontwerp in werking treedt.

Volgens de bespreking van het artikel zou het om 17 juli 2022 gaan.

Naar aanleiding van een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de minister evenwel het volgende geantwoord:

“Na overleg met RegSol zouden de volgende data van inwerkingtreding gehanteerd worden:

– Dat effectief op 01 01 2023 de wijzigingen in Boek XX, ingevoerd bij Wet dd. 21 maart 2021, aan art. XX.77 WER (elektronische stemming) zullen ingevoerd worden;

– Dat alle wijzigingen in het voorontwerp van wet, met uitzondering van het minnelijke akkoord buiten een procedure [gerechtelijke reorganisatieprocedures (GRP)], zullen kunnen geïmplementeerd worden op 01 04 2023;

– Dat de aanpassingen aan het minnelijk akkoord GRP zullen kunnen ingevoerd worden per 01 06 2023.”

Artikel 239 moet bijgevolg in die zin worden aangevuld.

WETGEVINGSTECHNISCHE SLOTOPMERKING

De onderdelen van een opsomming moeten worden voorafgegaan door de vermeldingen “1°”, “2°”, “3°”, enz., en niet door streepjes zoals thans het geval is in een groot aantal bepalingen van het voorontwerp, te beginnen bijvoorbeeld met de artikelen 3, 5 en 7 ervan.⁵⁷

Het volledige voorontwerp moet op dat punt worden herzien. De opmerking geldt daarbij zowel voor verschillende wijzigingsbepalingen als voor een aantal ontworpen bepalingen.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT

⁵⁷ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbevelingen 58 en 59.