Orde van Vlaamse Balies

www.advocaat.be

Staatsbladsstraat 8
B – 1000 Brussel
T +32 (0)2 227 54 70
F +32 (0)2 227 54 79
info@advocaat.be
ondernemingsnummer 0267.393.267

STANDPUNT

Commentaar op het *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 rechtshandhavingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht* (*Parl. St.*, Kamer, 54-2407-001)

Brussel, 10 mei 2017.

Algemene opmerkingen

De Orde van Vlaamse Balies (*hierna: OVB*) beschouwt het voorliggend wetsontwerp zonder meer als een *conditio sine qua non* voor de totstandkoming van een modern insolventierecht. In deze evolutie kadert de OVB alleszins de inspanningen met betrekking tot de coördinatie van de bepalingen van de huidige faillissementswet en WCO, de vervanging van het koopmansbegrip door het ondernemingsbegrip, de invoering van het stil faillissement, de mogelijkheid om de faillissementsprocedure toe te passen bij vrije beroepen en de daadwerkelijke en consequente informatisering door middel van het Centraal Register Solvabiliteit, waarvan zij gezamenlijk met de OBFG als beheerder optreedt.

Bijzondere opmerkingen

Desalniettemin wenst de OVB ultiem nog de aandacht te vestigen op een aantal bezorgdheden, waarvan zij hoopt dat er in de uiteindelijke wet aan tegemoet zal worden gekomen.

Uniforme toepassing ganse land – Voorafgaand beklemtoont de OVB dat het toekomstig Boek XX WER in het ganse land op dezelfde wijze zal moeten worden toegepast en geïnterpreteerd door elke afdeling van elke rechtbank van koophandel. De verdere implementatie van het Centraal Register Solvabiliteit zal sowieso dwingen tot de afschaffing van '*plaatselijk gewoonterecht*'.

Art. 2 – Definitie vrij beroep – De OVB merkt op dat de door art. I.22.10° bedoelde definitie van het art. I.1.14° WER thans nog niet bestaat en zal moeten worden ingevoegd via een apart wetsontwerp, waarvan de inwerkingtreding gelijktijdig met Boek XX zal moeten gebeuren.

Art. XX.1 – Toepassing vrije beroepen – De OVB verzoekt uitdrukkelijk om te worden betrokken bij de redactie van het Koninklijk Besluit nopens de toepassingsmodaliteiten van Boek XX op de vrije beroepen en hun verenigingen, waarnaar *in fine* van §1 wordt verwezen.
Zij wijst er in dat verband op dat voor de advocatuur een aantal eigenheden spelen, die het voorwerp zullen moeten uitmaken van verdere bespreking met de Koning. Naar Nederlands voorbeeld zou er bijvoorbeeld aan kunnen worden gedacht om een beroepsverbod in te stellen voor een failliet verklaarde advocaat, maar daarvoor lijkt een wetgevend ingrijpen vereist.
Ook signaleert de OVB dat een belangrijk aantal advocaten hun beroep uitoefent via een advocatenvennootschap en dat een faillissement van de advocatenvennootschap geen persoonlijk faillissement van de advocaten-vennoten inhoudt, waardoor die verder actief kunnen blijven. Derhalve kunnen er zich bij het faillissement van een advocatenvennootschap delicate problemen stellen inzake het handelsfonds van de vennootschap. Niet de vennootschap, maar de advocaten-vennoten zijn immers de beroepsbeoefenaars, waardoor het cliënteel van de advocaten-vennoten geen deel uitmaakt van het actief van de advocatenvennootschap. Wel komt het aan de curator toe om er zorg voor te dragen dat pleitzaken verder gaan en rechtsdagen en conclusietermijnen worden gerespecteerd, zodat het cliënteel geen schade ondervindt van het faillissement. In principe zal de in staat van faillissement verklaarde beroepsbeoefenaar dus onder toezicht van de curator zijn beroepsactiviteit verder kunnen zetten, zodat het passief kan worden beperkt en het actief veilig kan worden gesteld. Reglementaire tussenkomst door de OVB is hier niet aan de orde.
Inzake de woonplaatskeuze van cliënten bij advocaten, wordt het eveneens noodzakelijk geacht dat het parket-generaal bij faillissement van de betrokken advocaat daarvan melding zou maken aan de griffies van de rechtbanken en hoven.

Art XX.1, § 1a) - Definitie onderneming – De OVB sluit zich aan bij de opmerkingen in het advies van de Raad van State (*Parl. St.*, Kamer, 54-2407-001, p. 285), waar wordt benadrukt dat de bepaling dat "*iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent*" een onderneming is, tot gevolg heeft dat ieder natuurlijk persoon die een "*beroep*" uitoefent zonder een band van ondergeschiktheid onder de insolventieprocedures valt. Dit zal *in casu* opgaan voor de bestuurder of zaakvoerder van een vennootschap. De OVB vraagt daarom dat de definitie van de onderneming nauwkeuriger gebeurt en dat daarin in het bijzonder ook effectief wordt verwezen naar de "*economische activiteit*".

Art. XX.20, §3 – Kosten en erelonen insolventiefunctionarissen – De OVB benadrukt dat een aanpassing van het Koninklijk Besluit van 10 augustus 1998 met betrekking tot de erelonen en kosten van de curator, en dat van 30 september 2009 met betrekking tot de erelonen en kosten van de gerechtsmandatarissen en van de voorlopige bestuurders absoluut noodzakelijk is en acht het voorgestelde art. XX.20 een goed uitgangspunt voor de begroting van de erelonen en kosten van de insolventiefunctionaris.
De OVB meent in dat verband dat de verschillende behandeling voor de begroting van het ereloon (en de kosten) van de curator tegenover de begroting voor de andere insolventiefunctionaris zeker kan worden verantwoord vanuit de vaststelling dat de taken van een curator en de andere insolventiefunctionarissen totaal verschillend zijn. De afwikkeling van een faillissement gebeurt binnen een duidelijk stramien: de vennootschap is "dood" en de taak van de curator bestaat erin om op een zo efficiënte wijze het actief te realiseren en het passief vast te stellen. Binnen dat kader worden zijn ereloon en kosten begroot en de rechtbank beslist daarover. In de WCO-procedure daarentegen is het bedrijf van de schuldenaar nog actief en is het veel moeilijker om in

te schatten welke taken er dienen te worden uitgevoerd en hoe omvangrijk die taken van de gerechtsmandataris of voorlopig bestuurder kunnen zijn. Bovendien heeft de wetgever ervoor geopteerd om de schuldenaar de controle over zijn bedrijf te laten behouden, behoudens in uitzonderlijke gevallen. Daarom verdient het aanbeveling om de gerechtsmandataris toe te laten om gewone commerciële tariefafspraken te maken met de schuldenaar, die worden neergelegd in het dossier, met het oog op een eventuele marginale toetsing door de rechtbank.
Bijkomend signaleert de OVB dat de beide bovenvermelde Koninklijke Besluiten logischerwijze in hun huidige redactie onvoldoende rekening houden met de digitale evolutie. Daardoor worden tal van kosten niet voorzien, maar worden die wel gedragen door de insolventiefunctionaris. Het ereloon dat aan de curator wordt betaald, dekt zijn prestaties als advocaat uit hoofde van zijn kennis en kunde ter zake. Voor het materiële beheer van het faillissement heeft een curator niet meer genoeg aan een typemachine, maar moet hij nu sowieso beschikken over de nodige infrastructuur, softwareprogramma's, programma's voor het lezen en beheren van de boekhoudingen van de failliete onderneming (die meer en meer in *the cloud* worden gevoerd), een secretariaat enzovoort. Derhalve zijn de investeringen van de curator weliswaar anders, maar niet goedkoper dan de bedragen die werden voorzien in het Koninklijk Besluit van 10 augustus 1998, waarvan de laatste indexering werd toegekend in december 2011. Met de invoering van het Centraal Register Solvabiliteit werden trouwens nog bijkomende taken opgedragen aan de curator, die ook meer en andere kosten met zich meebrengen.

Art. XX.20, §4 – Forfaitair ereloon – De OVB juicht toe dat het principe van de forfaitaire vergoeding in die faillissementen waarvan de activa niet voldoende zijn om de beheers- en vereffeningskosten te dekken, thans eindelijk in de wet zal worden ingeschreven, maar benadrukt dat deze vergoeding dan ook realistisch moet zijn.
Uit de zeer beknopte studie die door bedrijfsrevisor F. de Mey, in opdracht van de vzw Pro Mandato, de vereniging van de Antwerpse curatoren, in het najaar van 2016 werd gevoerd, blijkt dat de gemiddelde kostprijs van een pro-Deofaillissement, zijnde een faillissement met 0 euro actief, al minimaal 1.731,00 euro exclusief btw bedraagt. Dit bedrag betreft voor alle duidelijkheid louter de kostprijs en omvat geen enkele vergoeding voor de professionele prestaties van de curator, vermits die moeten gedekt worden door een ereloon.
Bij de vaststelling van de omvang van het forfaitair ereloon dient daarom *de facto* rekening te worden gehouden met de intrinsieke kosten die de afwikkeling van het faillissementsdossier met zich meebrengt. In die optiek is een totaalbedrag van 1.500,00 euro voor het ereloon en de kosten eigenlijk slechts een begin van vergoeding voor de minimale kosten die het kantoor van een curator draagt voor de afwikkeling van een pro-Deofaillissement en voorziet het *in se* zelfs geen enkel ereloon voor de geleverde prestaties van de curator.
In dat verband wijst de OVB er nog op dat het Koninklijk Besluit van 27 maart 2017 houdende de bepaling van het bedrag van de retributie in het kader van het Centraal Register Solvabiliteit, uitdrukkelijk voorziet dat er geen retributie verschuldigd is voor de faillissementen met een bruto actief, zijnde het actief waarop het ereloon berekend wordt, tot 1.500,00 euro en met andere woorden faillissementen met een dergelijk actief uitdrukkelijk als pro-Deofaillissementen bestempelt.
Pro-Deofaillissementen maken minimaal 60% uit van de jaarlijks uitgesproken faillissementen. Er mag worden verwacht dat hun aantal verhoudingsgewijs nog zal toenemen als gevolg van recente wetgeving, bijvoorbeeld inzake de zakelijke zekerheden, die het realiseerbare actief binnen een faillissement meer en meer zal afbouwen, terwijl de taken van de curator dezelfde zullen blijven. De curator dient voor deze faillissementen basisplichtplegingen te verrichten, met name het afstappen ter plaatse, de gefailleerde horen, de boekhouding afsluiten, een boedelbeschrijving maken, de vermoedelijke schuldeisers aanschrijven, de processen verbaal van nazicht van schuldvorderingen opstellen, strafklachten formuleren en opvolgen en de sluiting van het

faillissement organiseren, Last but not least moet de curator zijn beroepsaansprakelijkheid verzekeren, kost die in elk faillissement wordt gemaakt en overigens geen boedelschuld is.

Art. XX.122, §1, tweede en vierde lid – Schorsing tenuitvoerlegging uitvoerende beslagen - De OVB staat kritisch ten aanzien van de schorsing van de tenuitvoerlegging van uitvoerende beslagen, die voor het vonnis van faillietverklaring werden gelegd. Meer in het bijzonder vraagt zij de intrekking van de tweede zin van het tweede lid en de eerste zin van het vierde lid van de eerste paragraaf van art. XX.122.[1]
De OVB wijst er met name op dat het volstrekt irrealistisch is om een procedure te voeren (zitting in de rechtbank onder voorzitterschap van de rechter-commissaris, desgevallend tegensprekelijk debat met conclusies en stukken) met een oproepingstermijn van acht dagen, wanneer een curator wordt geconfronteerd met een verkoopsvaststelling die reeds enkele dagen na het faillissement doorgaat. In die fase betaamt een soepeler werkwijze, die niet gekoppeld is aan een wettelijk vastgelegde oproepingstermijn van ten minste acht dagen voor de zitting. De OVB meent dat best de huidige regeling wordt behouden, waarbij de curator een verzoekschrift tot de rechter-commissaris richt, waarna laatstgenoemde onverwijld beslist.
De voorgestelde bepaling van art. XX.122 verhindert daarentegen *de facto* dat de curator, in het belang van alle schuldeisers, een voorgenomen verkoop onmiddellijk zou kunnen tegenhouden of nog een ontmanteling van een handelsfonds door de verkoop van roerende goederen zou kunnen vermijden, teneinde minstens te kunnen onderzoeken of een onderhandse verkoop geen grotere realisatiewaarde zou kunnen creëren.

Art. XX.122, §1, vijfde en zesde lid – Voorrecht notarissen bij gedwongen verkoop - De OVB gaat niet akkoord met het vijfde en zesde lid van art. XX.122, §1, die bij de verkoop van onroerend goed de bijkomende regeling invoeren dat de stopzetting van de uitvoering van de verkoop maar mogelijk is als de kosten van de notaris voorafgaandelijk ten laste van de boedel worden gelegd en vraagt met aandrang de intrekking van die twee leden.[2]
De OVB wijst erop dat er in die formulering grote onduidelijkheid bestaat over waar de curator het geld vandaan moet halen om te consigneren; wie de afrekening van de notaris moet controleren en welke boedel effectief de uitgaven draagt, te weten of die kunnen ten laste worden gelegd van de opbrengst van het verkoop van het onroerend goed of daarentegen als een algemene boedelschuld moeten worden beschouwd.
In geval de uitgaven effectief ten laste zouden mogen komen van de rangregeling van de failliete boedel, zou dit als voordeel hebben dat de curator ze niet voorafgaandelijk moet betalen en voorschieten. Vanzelfsprekend is daarvoor wel een duidelijke wettelijke basis vereist, die bepaalt dat dergelijke schulden voorafgaan aan de vordering van de ingeschreven schuldeisers. Bij gebreke aan wettelijke bepaling zullen immers de eerder ingeschreven schuldeisers zich kunnen verzetten tegen de uitbetaling, bij voorrang, van deze notariële kosten.
Voor zover de betaling van de kosten als een boedelschuld dient beschouwd te worden, heeft de OVB evenwel principiële problemen met de creatie van een dergelijke *superboedelschuld* voor het

[1] "*Wanneer het belang van de boedel het vereist, kan de rechter-commissaris op verzoek van de curator, en na de oproeping van de ingeschreven of geregistreerde hypothecaire of bevoorrechte schuldeisers bij gerechtsbrief ten minste acht dagen voor de zitting, uitstel of afstel van de verkoop toestaan.*"
[2] "[Vijfde lid] *De werkelijke kosten waaraan de notaris werd blootgesteld in het kader van de gedwongen verkoop, tussen zijn aanstelling en het neerleggen van het verzoekschrift tot uitstel of afstel, zijn ten laste van de boedel, indien de rechter-commissaris het uitstel of het afstel van de verkoop toelaat. In dat geval zal de notaris de verkoop moeten opschorten of er afstand van moeten doen indien voldaan is aan volgende cumulatieve voorwaarden: - een met deze kosten overeenstemmend bedrag wordt overgemaakt op het kantoor van de gerechtsdeurwaarder; - en deze laatste stelt de notaris onmiddellijk in kennis hiervan per exploot.* [Zesde lid] *De gerechtsdeurwaarder maakt het overgeschreven bedrag over in handen van de notaris binnen een termijn van vijftien dagen te rekenen vanaf de ontvangst ervan. Dit bedrag zal bestemd zijn voor de betaling van de kosten van deze laatste.*"

notariaat, vermits die nog voor alle andere boedelschulden – zelfs die van art. 37 WCO, toekomstig art XX.60 – én zelfs voor de kosten en erelonen van de curator zou moeten worden voldaan. De kosten van de notaris zouden immers moeten worden betaald bij het begin van het faillissement, terwijl de erelonen en kosten van de curator slechts op het einde van het faillissement worden toegekend.
De voorgestelde bepaling van art. XX.122 verhindert eens te meer dat de curator, in het belang van alle schuldeisers, een voorgenomen verkoop zou kunnen tegenhouden, teneinde minstens te kunnen onderzoeken of een onderhandse verkoop geen grotere kans op succes heeft en meer activa zou kunnen realiseren.

Art. XX.124, §3 – Opleiding curatoren – De OVB vraagt dat de Koning de communautaire Ordes zou gelasten met de organisatie van de bedoelde bijzondere opleiding van curatoren, zodat de vereiste waarborgen op het gebied van de vereffeningsprocedures kunnen worden geboden. De OVB verwijst in dat verband naar haar eerder standpunt d.d. 28 januari 2016 over het wetsvoorstel 54-1191-001.

Art. XX.147 – Werkrekening curatoren – De OVB verzoekt het wetsontwerp aan te passen door te bepalen dat de curator de gelden van het faillissement op een daartoe geopende kwaliteitsrekening in de zin van art. 446*quater* Ger.W. zou kunnen storten. Dergelijke kwaliteitsrekening valt onder het toezicht van de rechtbanken van koophandel en maakt, rekening houdend met de huidige en steeds uitgebreidere mogelijkheden van bankprogramma's, bij het beheer ervan een efficiënt toezicht van de rechters-commissarissen mogelijk, waarbij een dubbele handtekening-clausule kan worden gebruikt. De OVB wijst er uitdrukkelijk op dat het gebruik van kwaliteitsrekeningen door advocaten inmiddels wettelijk en deontologisch werd geregeld. Art. 446*quater* Ger.W., specifiek § 5[3], biedt de mogelijkheid om het toezicht op alle kwaliteitsrekeningen nader vast te leggen bij Koninklijk Besluit.
In de praktijk zorgt de huidige verplichting tot doorstorting naar de Deposito- en Consignatiekas (*hierna: DCK*) sinds de centralisatie ervan te Brussel immers voor tal van problemen. De huidige werking van de DCK is zonder meer archaïsch te noemen en stemt geenszins overeen met die van een moderne bankinstelling. *In concreto* is de DCK zelf geen bank, maar werkt ze met een bankrekening van de Bank van de Post, wat met zich meebrengt dat: 1) er slechts één bankrekening wordt gebruikt om de gelden van de faillissementen van gans België op te storten en te beheren, waartoe de curator zelfs geen inzage in heeft; 2) de DCK enkel een eigen kasboekhouding voert voor de verwerking, in afzonderlijke rubriekposten, van de gelden die door de curatoren worden gestort, en in hun opdracht worden uitbetaald; 3) elke betaling die gevraagd wordt door de curator, mits mede-ondertekening door de rechter-commissaris, op papier, of via het Centraal Register Solvabiliteit, in PDF wordt aangemaakt, om vervolgens manueel door de medewerkers van de DCK te worden uitgevoerd, waarbij slechts tot 5 betalingsopdrachten tegelijkertijd kunnen worden verwerkt en indien er meer dan 5 betalingsopdrachten zijn die voor uitvoering (per drager) aan de Bank van de Post moeten worden bezorgd, die dan op haar beurt de opdrachten dient over te typen in zijn systeem voor uitvoering; 4) de betalingen niet kunnen worden opgevolgd worden door de curator, die enkel een door de DCK afgestempelde betaalstaat

[3] "*De Koning kan nadere regels vaststellen met betrekking tot het beheer, de toegang, de controle en het toezicht op de in § 2 bedoelde rekeningen.*
Door de Orde van Vlaamse Balies en de Ordre des barreaux francophones et germanophone wordt een toezichtregeling ingevoerd en georganiseerd, waarin minstens wordt bepaald wie, waarop, wanneer en op welke wijze toezicht wordt gehouden op de naleving van de bepalingen bedoeld in de §§ 1 tot 4, met uitzondering van de rekeningen die beheerd worden in het kader van een gerechtelijk mandaat. Deze toezichtregeling bepaalt in het bijzonder de sancties en maatregelen die in geval van overtreding kunnen worden genomen. Ze doet geen afbreuk aan andere wettelijke bepalingen die voorzien in een toezicht op de gelden ontvangen op de in § 2 bedoelde rekeningen."

ontvangt met de bevestiging dat deze in uitvoering is, waarbij moet worden ervaren dat die uitvoering minimaal 4 weken en eerder 6 weken voor binnenlandse betalingen duurt, en voor buitenlandse betalingen zelfs tot 6 maanden kan belopen, wat totaal niet meer van deze tijd is en nodeloos de duurtijd van de afhandeling van het faillissement verlengt, vermits dit slechts kan worden afgesloten als ook de interesten gekend zijn.
Uiterst ondergeschikt, voor zover er een verplichting zou blijven bestaan om de gelden door te storten naar de DCK, dienen er minstens duidelijke richtlijnen te zijn met betrekking tot het aanhouden van bepaalde bedragen op een werkrekening. Bepaalde rechtbanken van koophandel verbieden thans curatoren om een werkrekening aan te houden en leggen hen op om alle gelden onmiddellijk door te storten naar de DCK. Dit betekent evenwel dat voor de kleinste uitgave (bijvoorbeeld de betaling van een slotenmaker, gevorderd bij de boedelbeschrijving, of de factuur voor het tijdelijk behouden van de aansluiting van een nutsvoorziening) betaalstaten moeten worden opgesteld, die het hierboven vermelde tijdsverloop kennen. In de praktijk komt dit erop neer dat de curator de betreffende kosten met eigen penningen moet voorschieten om ze nadien, mits goedkeuring van de rechter-commissaris, te recupereren.
De OVB benadrukt tot slot dat het principe van de werkrekening, naast een eventuele verplichting van doorstorting naar de DCK, dient vastgelegd te worden met een behoorlijk basisbedrag. Dit basisbedrag zou kunnen worden vastgesteld naar analogie met de regeling voor de notarissen. De wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt voorziet thans dat de notaris gelden van derden dient door te storten naar een rubriekrekening, voor zover de bedragen 2.500,00 euro te boven gaan. Art. 172 van het PP V-wetsontwerp (*Parl. St.*, Kamer, 54-2259-001), dat momenteel door de Kamer wordt behandeld, stelt voor om dat bedrag op te trekken naar 10.000,00 euro. De OVB vraagt om naar analogie met die regeling ook voor curatoren het principe van de werkrekening vast te leggen met een maximumbedrag van 10.000,00 euro evenals een verhoging toe te laten op beschikking van de rechter-commissaris.
Last but not least vraagt de OVB de overheid met aandrang om voldoende middelen uit te trekken voor een meer efficiënte werking van de DCK.

Art. 74 – Inwerkingtreding – De OVB acht de voorgestelde inwerkingtreding per 1 september 2017 te optimistisch en meent dat beter zou worden geopteerd voor een uitstel naar 1 januari 2018, rekening houdend met de noodzakelijke softwarematige aanpassingen die zullen moeten gebeuren aan het Centraal Register Solvabiliteit, de uitwerking van de toepassingsmodaliteiten op de vrije beroepen,de redactie van de noodzakelijke Koninklijke Besluiten, onder meer met betrekking tot de kosten en erelonen van curatoren, en tot slot de aanpassing van het Koninklijk Besluit d.d. 23 maart 2017 houdende de werking van het Centraal Register Solvabiliteit, onder meer voor wat betreft de toevoeging van bijkomende beroepsgroepen die schrijf- of inzagerecht hebben in het Centraal Register Solvabiliteit (bijvoorbeeld de gerechtsdeurwaarder die exploten van betekening moet opladen, de kennisgevingen door een advocaat, gerechtsdeurwaarder of notaris door middel van het Centraal Register Solvabiliteit krachtens art. XX.9, of nog de neerlegging van stukken door de schuldenaar in de WCO-procedure enzovoort).
Het door de OVB bepleit uitstel zou ook de tijd geven aan de voorzitters van de rechtbanken van koophandel om te werken aan een uniforme interpretatie van de nieuwe bepalingen van het wetboek, zodat de *workflow* ervan op uniforme wijze kan geïmplementeerd worden in het Centraal Register Solvabiliteit.