

BELGISCHE KAMER VAN  
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

5 juni 2008

**WETSVOORSTEL**

**tot uitlegging van artikel 46, § 1,  
eerste lid, van de faillissementswet  
van 8 augustus 1997**

(ingediend door de heer David Clarinval c.s.)

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS  
DE BELGIQUE

5 juin 2008

**PROPOSITION DE LOI**

**portant interprétation de l'article 46,  
§ 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 8 août 1997  
sur les faillites**

(déposée par M. David Clarinval et consorts)

**SAMENVATTING**

*Dit wetsvoorstel strekt ertoe de gebruikelijke lezing van artikel 46, § 1, eerste lid, van de faillissementswet van 8 augustus 1997 te bekrachtigen. Op grond van die lezing kunnen de curatoren geen einde maken aan de vóór het vonnis van faillietverklaring gesloten overeenkomsten, zonder de toepasbare contractuele of wettelijke bepalingen na te leven.*

*Een recent arrest van het Hof van Cassatie heeft die gebruikelijke lezing echter op de helling gezet. De indieners van dit wetsvoorstel willen de gevolgen van dat arrest ongedaan maken.*

**RÉSUMÉ**

*La proposition vise à confirmer l'interprétation traditionnelle de ladite disposition, selon laquelle le curateur ne peut mettre fin aux contrats, conclus avant la date du jugement déclaratif de faillite, sans respecter les stipulations conventionnelles ou les dispositions légales applicables.*

*Un récent arrêt de la Cour de cassation a mis en cause cette interprétation traditionnelle et les auteurs souhaitent mettre à néant l'effet de cet arrêt.*

|              |   |                                                                         |  |
|--------------|---|-------------------------------------------------------------------------|--|
| cdH          | : | centre démocrate Humaniste                                              |  |
| CD&V – N-VA  | : | Christen-Democratisch en Vlaams/Nieuw-Vlaamse Alliantie                 |  |
| Ecolo-Groen! | : | Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales – Groen |  |
| FN           | : | Front National                                                          |  |
| LDD          | : | Lijst Dedecker                                                          |  |
| MR           | : | Mouvement Réformateur                                                   |  |
| Open Vld     | : | Open Vlaamse liberalen en democraten                                    |  |
| PS           | : | Parti Socialiste                                                        |  |
| sp.a+VI.Pro  | : | Socialistische partij anders + VlaamsProgressieven                      |  |
| VB           | : | Vlaams Belang                                                           |  |

  

|                                                          |                                                                                                                                                                                         |                                                             |                                                                                                                                                                                                             |
|----------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Afkortingen bij de nummering van de publicaties :</i> |                                                                                                                                                                                         | <i>Abréviations dans la numérotation des publications :</i> |                                                                                                                                                                                                             |
| DOC 52 0000/000 :                                        | Parlementair document van de 52 <sup>e</sup> zittingsperiode + basisnummer en volgnummer                                                                                                | DOC 52 0000/000 :                                           | Document parlementaire de la 52 <sup>ème</sup> législature, suivi du n° de base et du n° consécutif                                                                                                         |
| QRVA :                                                   | Schriftelijke Vragen en Antwoorden                                                                                                                                                      | QRVA :                                                      | Questions et Réponses écrites                                                                                                                                                                               |
| CRIV :                                                   | Voorlopige versie van het Integraal Verslag (groene kaft)                                                                                                                               | CRIV :                                                      | Version Provisoire du Compte Rendu intégral (couverture verte)                                                                                                                                              |
| CRABV :                                                  | Beknopt Verslag (blauwe kaft)                                                                                                                                                           | CRABV :                                                     | Compte Rendu Analytique (couverture bleue)                                                                                                                                                                  |
| CRIV :                                                   | Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaald beknopt verslag van de toespraken (met de bijlagen)<br>(PLEN: witte kaft; COM: zalmkleurige kaft) | CRIV :                                                      | Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes)<br>(PLEN: couverture blanche; COM: couverture saumon) |
| PLEN :                                                   | Plenum                                                                                                                                                                                  | PLEN :                                                      | Séance plénière                                                                                                                                                                                             |
| COM :                                                    | Commissievergadering                                                                                                                                                                    | COM :                                                       | Réunion de commission                                                                                                                                                                                       |
| MOT :                                                    | moties tot besluit van interpellaties (beigekleurig papier)                                                                                                                             | MOT :                                                       | Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige)                                                                                                                                             |

  

|                                                                                    |                                                                          |
|------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------|
| <i>Officiële publicaties, uitgegeven door de Kamer van volksvertegenwoordigers</i> | <i>Publications officielles éditées par la Chambre des représentants</i> |
| Bestellingen :                                                                     | Commandes :                                                              |
| Natieplein 2                                                                       | Place de la Nation 2                                                     |
| 1008 Brussel                                                                       | 1008 Bruxelles                                                           |
| Tel. : 02/ 549 81 60                                                               | Tél. : 02/ 549 81 60                                                     |
| Fax : 02/549 82 74                                                                 | Fax : 02/549 82 74                                                       |
| www.deKamer.be                                                                     | www.laChambre.be                                                         |
| e-mail : publicaties@deKamer.be                                                    | e-mail : publications@laChambre.be                                       |

## TOELICHTING

DAMES EN HEREN,

### 1) Draagwijdte van de oorspronkelijke lezing

Artikel 46, § 1, eerste lid, van de faillissementswet van 8 augustus 1997 schrijft de curatoren voor te beslissen «of zij de overeenkomsten die gesloten zijn voor de datum van het vonnis van faillietverklaring [...], al dan niet verder uitvoeren».

Volgens de gebruikelijke lezing van de bewuste bepaling, die al sinds ten minste 1851 gangbaar is, mag een curator echter geen einde maken aan die overeenkomsten zonder de toepasbare contractuele of wettelijke bepalingen na te leven. «De overeenkomsten niet uitvoeren» betekent echter niet «de medecontractant zijn rechten onttrekken».

Het beste concrete voorbeeld is dat van de huur: als de curator van een failliet verklaarde eigenaar beslist de huurovereenkomst niet voort te zetten, kan de huurder hem niet dwingen het pand te onderhouden en er hem het gebruik van te garanderen. Niets verhindert die huurder echter het pand te blijven betrekken na het faillissement van de eigenaar en de curator mag de huurder in dat geval niet uitzetten om het pand vrij van huur en tegen een betere prijs te verkopen. Evenmin kan een landbouwer zijn pachtovereenkomst worden ontzegd of kan een detailhandelaar het recht op zijn handelshuur verliezen. Na de verkoop van het goed kunnen zij allen hun rechten doen gelden ten aanzien van de koper.

Een ander voorbeeld is dat van de handelstussenpersonen. De curator van een grote keten kan beslissen de commerciële activiteit van die keten niet voort te zetten, maar hij mag geen einde maken aan de overeenkomsten van de franchisenemers of de concessiehouders, en al evenmin aan de mandaten van de handelsagenten, zonder daarbij de bepalingen na te leven die zijn vervat in de wetten van 27 juli 1961<sup>1</sup> of 13 april 1995<sup>2</sup> met betrekking tot de vooropzegging of de vergoedingen (in die gevallen geldt de in hetzelfde artikel 46 van de faillissementswet opgenomen regeling).

Hoe dan ook blijven de medecontractanten van de gefailleerde de rechten genieten die zijn ingesteld bij de wetten tot waarborging van de stabiliteit van hun activiteit.

<sup>1</sup> Wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop.

<sup>2</sup> Wet van 13 april 1995 betreffende de handelsagentuurovereenkomst.

## DÉVELOPPEMENTS

MESDAMES, MESSIEURS,

### 1) Portée de l'interprétation traditionnelle

L'article 46, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites prescrit aux curateurs de décider «s'ils poursuivent ou non l'exécution des contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de faillite».

Selon l'interprétation traditionnelle de la règle en cause, appliquée depuis 1851 au moins, le curateur ne peut pour autant pas mettre fin à ces contrats sans respecter les stipulations conventionnelles ou les dispositions légales applicables. «Ne pas poursuivre l'exécution» ne veut pas dire «priver le cocontractant de ses droits».

Le meilleur exemple concret est celui du bail: si le curateur d'un propriétaire déclaré en faillite décide de ne pas poursuivre le bail, le locataire ne pourra le contraindre à entretenir les lieux et à garantir sa jouissance; mais rien n'empêche le locataire de rester dans les lieux après la faillite du propriétaire, sans que le curateur ne puisse l'en expulser pour vendre le bien, libre d'occupation, à meilleur prix. Le fermier ne pourra être privé de son bail à ferme, ni le détaillant de son droit au bail commercial; après la vente du bien, ils pourront faire valoir leurs droits envers l'acquéreur.

Un autre exemple est celui des intermédiaires commerciaux: le curateur d'une grande enseigne peut décider de ne pas poursuivre l'activité commerciale, mais il ne peut pas révoquer les contrats des franchisés ou des concessionnaires de vente ni les mandats des agents commerciaux sans se conformer aux règles édictées par les lois du 27 juillet 1961<sup>1</sup> ou du 13 avril 1995<sup>2</sup> en ce qui concerne les préavis ou indemnités (le règlement de celles-ci intervenant alors comme prescrit au même article 46).

Dans tous ces cas, les cocontractants du failli continuent à bénéficier des droits qui sont instaurés par les lois promulguées dans le but de garantir la stabilité de leur activité.

<sup>1</sup> Loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée.

<sup>2</sup> Loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale

## 2) Betekenis van het arrest van het Hof van Cassatie van 10 april 2008

In zijn arrest van 10 april 2008<sup>3</sup> geeft het Hof van Cassatie een nieuwe lezing aan artikel 46.

Volgens dat arrest mag de curator op grond van artikel 46 een einde maken aan een door de gefailleerde gesloten, nog lopende overeenkomst, wanneer dat noodzakelijk is voor het beheer van de boedel, zelfs wanneer die overeenkomst rechten toekent die tegenstelbaar zijn aan die boedel.

In die hypothese zouden de rechten van bovenbedoelde medecontractanten gewoon teniet worden gedaan. Het valt makkelijk te begrijpen dat een dergelijke gang van zaken uitermate funeste sociaal-economische gevolgen heeft voor, met name, landbouwers, detailhandelaars, franchisenemers, concessiehouders, handelsagenten enzovoort.

Die nieuwe lezing van artikel 46 komt in feite neer op een fundamentele ommezwaai en:

- druist in tegen de lezing die het Hof van Cassatie zelf nog aanhield in zijn arrest van 11 april 2005 (zie infra punt 4);
- wijkt af van de rechtsleer die tot voor enkele jaren (2003 en 2004) nog werd onderwezen door twee eminente deskundigen, te weten de heer I. Verougstraete, auteur van een gezaghebbend werk, en de heer E. Dirix, hoogleraar aan de KULeuven (zie infra punt 6);
- houdt in het geheel geen rekening met de kennelijke bezwaren die de meeste auteurs in de rechtsleer dienaangaande formuleren (zie infra punt 9);
- staat haaks op het streven van de wetgever, zoals dat tot uiting is gekomen tijdens de bespreking en de redactie van artikel 46, § 2, van de faillissementswet, ingevoegd bij de wet van 15 juli 2007 (zie infra punt 11).

Bijgevolg vereist dit arrest de onverwijld goedkeuring en uitvaardiging van een uitleggingswet.

<sup>3</sup> Rolnummer C.05.0527.N.

## 2) Signification de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008

Une interprétation nouvelle de la même disposition vient d'être retenue par la Cour de cassation, dans un arrêt 10 avril 2008<sup>3</sup>.

D'après cet arrêt, l'article 46 permet au curateur de mettre fin à un contrat en cours, conclu par le failli, lorsque ceci est nécessaire pour l'administration de la masse, même lorsque cette convention accorde des droits qui sont opposables à la masse.

Dans cette hypothèse, les droits des cocontractants susvisés, dans les exemples qui précèdent, seraient tout simplement réduits à néant. Les conséquences socio-économiques particulièrement néfastes de pareille situation, notamment pour les agriculteurs, pour le commerce de détail, pour les franchisés ou concessionnaires de vente, pour les agents commerciaux, etc., se conçoivent aisément.

Cette interprétation nouvelle (qui revient en réalité à une modification fondamentale de la règle de l'article 46):

- est contraire à celle qui a encore été consacrée par la Cour de cassation elle-même dans un arrêt du 11 avril 2005 (infra, n° 4);
- s'écarte de la doctrine professée il y a quelques années encore (en 2003 et 2004) par deux spécialistes éminents, M. Ivan Verougstraete, auteur d'un traité qui fait autorité, et M. E. Dirix, professeur à la K.U.L. (voy. infra, n° 6);
- ne tient aucun compte des réserves manifestes de la doctrine largement majoritaire (voy. infra, n° 9);
- heurte la volonté du législateur, telle qu'elle s'est manifestée lors de la discussion et de la rédaction de l'article 46, § 2, de la loi sur les faillites, y inséré par la loi du 15 juillet 2007 (voy. infra, n° 11).

Elle appelle dès lors sans délai le vote et la promulgation d'une loi interprétative.

<sup>3</sup> Numéro de rôle C.05.0527.N

### 3) De jurisprudentie en de rechtsleer onder de vorige regeling

#### 3-1. Algemene analyse

In de rechtsleer en de jurisprudentie is het steeds vaststaand geweest:

- dat een faillissement niet leidt tot de opzegging van de op de dag van het vonnis van faillietverklaring lopende overeenkomsten, tenzij die intuitu personae werden gesloten of een uitdrukkelijk ontbindend beding bevatten;

- dat de curator kan kiezen de lopende overeenkomsten al dan niet uit te voeren, rekening houdend met het belang van de boedel en zonder afbreuk te doen aan het recht van de medecontractant ten laste van de boedel aan te geven welke schade hij door die niet-uitvoering lijdt<sup>4</sup>.

Die oplossing leek zo voor de hand te liggen dat de makers van de wet van 18 april 1851 betreffende het faillissement, de bankbreuk en het uitstel van betaling (die op deze materie van toepassing was tot in 1997 de hervorming van het recht betreffende de collectieve procedures haar beslag kreeg) het niet nodig hebben gevonden er uitdrukkelijk in de wet melding van te maken.

Nog steeds volgens een eensluidende rechtsleer en jurisprudentie verschaft de aan de curator geboden mogelijkheid de lopende overeenkomsten niet uit te voeren, hem geenszins een opzeggingsrecht sui generis waardoor hij een einde zou kunnen maken aan die overeenkomsten zonder inachtneming van de vigerende contractuele en wettelijke bepalingen die de gefailleerde had moeten naleven. Ten aanzien van de lopende overeenkomsten heeft de curator immers niet méér rechten dan die waarover de schuldenaar vóór zijn faillissement beschikte.

In dat verband schreef professor Van Ommeslaghe het volgende: *«le droit pour le curateur de se refuser à exécuter la convention implique que celui-ci doit prêter la main à cette exécution, auquel cas il peut s'y opposer si l'intérêt de la masse le commande, sous réserve de dommages intérêts dus au cocontractant du failli. Mais, lorsque les clauses du contrat peuvent sortir leurs effets indépendamment de toute intervention ou de toute prestation du curateur, il nous paraît que ce dernier ne pourrait (...) prétendre s'opposer à l'efficacité de la clause...»*<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Zie met name Van Ryn en Heenen, *Principes de droit commercial belge*, deel IV, blz. 323, nrs. 2780 en volgende.

<sup>5</sup> P. Van Ommeslaghe, *Sûretés issues de la pratique et autonomies de la volonté*, in: *Les sûretés, Colloquium Feduciv* van 20 en 21 oktober 1983, blz. 365 en volgende, inzonderheid blz. 366.

### 3) La jurisprudence et la doctrine sous le régime antérieur

#### 3-1. Analyse générale

Il a toujours été reçu en doctrine et en jurisprudence:

- que la faillite n'entraîne pas la dissolution des contrats en cours au jour du jugement déclaratif, sauf lorsque ceux-ci sont conclus intuitu personae ou contiennent une clause résolutoire expresse;

- que le curateur peut choisir d'exécuter ou de ne pas exécuter les contrats en cours, selon l'intérêt de la masse et sans préjudice du droit du cocontractant de déclarer au passif, dans la masse, les dommages que lui cause l'inexécution<sup>4</sup>.

Cette solution paraissait tellement aller de soi aux auteurs de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, sursis et banqueroutes, qui a régi la matière jusqu'à la réforme du droit des procédures collectives de 1997, qu'ils n'avaient pas estimé nécessaire de l'inscrire expressément dans la loi.

Toujours selon une doctrine et une jurisprudence unanimes, la faculté qui était reconnue au curateur de ne pas exécuter les contrats en cours ne lui conférait aucunement un droit de résiliation sui generis, qui lui aurait permis de mettre fin à ces contrats en dehors des stipulations conventionnelles ou dispositions légales applicables qui auraient dû être respectées par le failli. Le curateur n'a, en effet, par rapport aux contrats en cours, pas plus de droits que ceux dont disposait le débiteur avant la faillite.

Ainsi, le Professeur Van Ommeslaghe écrivait-il: *«le droit pour le curateur de se refuser à exécuter la convention implique que celui-ci doit prêter la main à cette exécution, auquel cas il peut s'y opposer si l'intérêt de la masse le commande, sous réserve de dommages-intérêts dus au cocontractant du failli. Mais, lorsque les clauses du contrat peuvent sortir leurs effets indépendamment de toute intervention ou de toute prestation du curateur, il nous paraît que ce dernier ne pourrait (...) prétendre s'opposer à l'efficacité de la clause...»*<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Voy. notamment Van Ryn et Heenen, *Principes de droit commercial belge*, t. IV, p. 323, n°s 2780 et s.

<sup>5</sup> P. Van Ommeslaghe, «Sûretés issues de la pratique et autonomies de la volonté», in *Les sûretés, colloque Feduciv* des 20 et 21 octobre 1983, p. 365 et sv., sp. p. 366.

Praktisch waren de gevolgen van de hier in het geding zijnde principes het duidelijkst wat de door de gefailleerde gesloten huurovereenkomsten betreft. Betwist werd niet dat de curator passief kan blijven en dat de huurder hem niet kon dwingen hem het gebruik van het goed te garanderen, maar al evenmin werd betwist dat hij een aan hem tegenwerpbare huur moest eerbiedigen<sup>6</sup> en dat hij dus geen afbreuk mocht doen aan de rechten van een huurder, door hem zonder inachtneming van de contractuele en wettelijke bepalingen uit te zetten.

Zo verwierp de vrederechter in Antwerpen in een vonnis van 27 juli 1994 het verzoek van een curator die had beslist de door een gefailleerde toegestane huur niet voort te zetten, om voor recht te zeggen dat de huurder van de gefailleerde het pand zonder titel of recht betrok, omdat «[het] faillissement van de verhuurder die voor zijn faillissement een handelshuur heeft toegestaan, [...] de rechten en verplichtingen van de partijen niet [wijzigd]. De curator kan de overeenkomst niet te allen tijde en ad nutum beëindigen»<sup>7</sup>.

### 3-2. Rechtspraak van het Hof van Cassatie

Drie jaar geleden nog werd een en ander bekrachtigd door het Hof van Cassatie.

In zijn arrest van 11 april 2005 wees het Hof namelijk de vordering van een curator af. Toen die werd geconfronteerd met het verzoek de door de failliete vennootschap toegestane handelshuur te hernieuwen, had hij zijn antwoord aangehouden, in afwachting van de ontvangst van aanbiedingen tot aankoop van het gebouw; hij meende niet gebonden te zijn door de procedure waarin de handelshuurwet voorziet. Uit het arrest blijkt dat «de Faillissementswet van 18 april 1851 geen van het artikel 14 van de Handelshuurwet afwijkende bepalingen inhoudt», en dat «het goede beheer van een faillissement de curator niet het recht verleent aan de huurder die regelmatig een huurhernieuwing heeft gevraagd, een antwoord met een voorbehoud of een ontbindende voorwaarde te geven (...)»<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Zie a contrario, Luik, 30 maart 1995, J.L.M.B., 1995, blz. 1616; Gent, 20 juni 1989, R.W., 1991-1992, blz. 504; Kooph. Charleroi, 26 maart 1996, J.M.L.B., 1997, blz. 157.

<sup>7</sup> Vrederechter Antwerpen, 27 juli 1994, R.W., 1996-1997, blz. 508. Wat huurovereenkomsten en faillissementen betreft: zie Cloquet, *Les concordats et la faillite*, in: *Les Nouvelles* (dr. comm. IV), 1985, nrs. 1487 en 1698.

<sup>8</sup> Het arrest kan worden geraadpleegd op de website van het Hof van Cassatie ([www.cass.be](http://www.cass.be)). Voor nadere details, zie A. Zenner en C. Alter, «Faillites et contrats en cours: la portée de l'option du curateur – Article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites», J.T., 2006, blz. 575.

Sur le plan pratique, c'est dans le domaine des baux consentis par le failli que les principes en cause recevaient l'éclairage concret le plus parlant. S'il n'était pas contesté que le curateur puisse demeurer passif et que le preneur ne pouvait l'appeler en garantie de sa jouissance, il n'était pas davantage contesté qu'il devait respecter un bail qui lui était opposable<sup>6</sup> et qu'il ne pouvait donc remettre en cause les droits d'un locataire en l'expulsant, sans respecter les dispositions légales et les stipulations conventionnelles.

Ainsi, le juge de paix d'Anvers débouta-t-il, par jugement du 27 juillet 1994, un curateur, qui avait décidé de ne pas poursuivre un bail consenti par le failli, de sa demande tendant à entendre dire pour droit que le locataire du failli occupait l'immeuble sans titre ni droit par la considération que «La faillite du bailleur qui a consenti un bail commercial avant le jugement déclaratif, ne modifie pas les droits et obligations des parties. Le curateur ne peut mettre fin à la convention à tout moment et selon ses besoins»<sup>7</sup>.

### 3-2. Jurisprudence de la Cour de cassation

Il y a trois ans encore, la Cour de cassation consacrait cet enseignement.

Par son arrêt du 11 avril 2005, elle déboutait ainsi un curateur qui, confronté à une demande de renouvellement du bail commercial consenti par la société faillie, avait réservé sa réponse en attendant des offres d'achat de l'immeuble, estimant ne pas être tenu par la procédure prévue par la loi sur les baux commerciaux. Selon l'arrêt, «la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis de paiement ne contient aucune disposition dérogatoire à l'article 14 de la loi sur les baux commerciaux» et «la bonne gestion de la faillite n'autorise pas le curateur à notifier au preneur qui demande régulièrement le renouvellement du bail une réponse émettant des réserves ou stipulant une condition résolutoire...»<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Voy. a contrario Liège, 30 mars 1995, J.L.M.B., 1995, p. 1616; Gand, 20 juin 1989, R.W., 1991-1992, p. 504; Comm. Charleroi, 26 mars 1996, J.L.M.B., 1997, p. 157.

<sup>7</sup> J.P. Anvers 27 juillet 1994, R.W., 1996-1997, p. 508: «Het faillissement van de verhuurder die voor zijn faillissement een handelshuur heeft toegestaan, wijzigt de rechten en verplichtingen van de partijen niet. De curator kan de overeenkomst niet te allen tijde en ad nutum beëindigen». Sur le bail et la faillite, voy. Cloquet, *Les concordats et la faillite*, in *Les Nouvelles* (dr. comm. IV), 1985, n° 1487 et 1698;.

<sup>8</sup> L'arrêt peut être consulté sur le site Internet de la Cour de cassation ([www.cass.be](http://www.cass.be)). Pour un commentaire plus détaillé, voy. A. Zenner et C. Alter, «Faillites et contrats en cours: la portée de l'option du curateur – Article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites», J.T., 2006, p. 575.

#### 4) Betekenis van artikel 46 van de faillissementswet van 8 augustus 1997

##### 4-1. Algemene analyse

Artikel 46 van de faillissementswet van 8 augustus 1997 (zoals oorspronkelijk aangenomen, maar sinds de wet van 15 juli 2005 artikel 46, § 1, geworden) bepaalt het volgende:

*«Na hun ambtsaanvaarding beslissen de curators onverwijld of zij de overeenkomsten die gesloten zijn voor de datum van het vonnis van faillietverklaring en waaraan door dat vonnis geen einde wordt gemaakt, al dan niet verder uitvoeren.*

*De partij die de overeenkomst met de gefailleerde heeft gesloten, kan de curators aanmanen om die beslissing binnen vijftien dagen te nemen. Indien geen verlenging van termijn is overeengekomen of indien de curators geen beslissing nemen, wordt de overeenkomst geacht door toedoen van de curators te zijn verbroken vanaf het verstrijken van deze termijn; de schuldverordering van de schade die eventueel verschuldigd zou zijn aan de medecontractant wegens de niet-uitvoering, wordt opgenomen in de boedel.*

*Indien de curators beslissen de overeenkomst uit te voeren, heeft de medecontractant recht, ten laste van de boedel, op de uitvoering van de verbintenis in zoverre zij betrekking heeft op prestaties geleverd na het faillissement.».*

Door het voormelde artikel 46 aan te nemen, had de wetgever van 1997 geenszins de intentie af te zien van de gebruikelijke oplossing; hij wou die daarentegen bestendigen en vervolledigen in het eerste lid, daarbij vooral denkend aan de arbeidsovereenkomsten. In het tweede lid gaat de wetgever in op de mogelijkheid dat de curator geen beslissing neemt; in het derde lid regelt hij de aard van de schuld «van» of «in» de boedel wegens de eventueel aan de medecontractant verschuldigde schade wegens de ontbinding van de overeenkomst.

##### 4-2. Analyse van de rechtsleer

Ook de rechtsleer heeft zich in de lezing van artikel 46 aangesloten bij de in het vorige stelsel van kracht zijnde, gebruikelijke uitlegging van de regel die daarin is vastgesteld.

Na de hervorming van 1997 hebben twee belangrijke specialisten in zekerheidsrechten de betrokken bepaling als volgt becommentarieerd:

#### 4) Signification de l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites

##### 4-1. Analyse générale

L'article 46 de la loi sur les faillites du 8 août 1997 (tel qu'adopté à l'origine, mais devenu l'article 46, § 1<sup>er</sup>, depuis la loi du 15 juillet 2005) dispose que:

*«Dès leur entrée en fonctions, les curateurs décident sans délai s'ils poursuivent l'exécution des contrats en cours avant la date du jugement déclaratif de la faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin.*

*La partie qui a contracté avec le failli peut mettre les curateurs en demeure de prendre cette décision dans les quinze jours. Si aucune prorogation de délai n'est convenue ou si les curateurs ne prennent pas de décision, le contrat est présumé être résilié par les curateurs dès l'expiration de ce délai; la créance de dommages et intérêts éventuellement dus au co-contractant du fait de l'inexécution entre dans la masse .*

*«Lorsque les curateurs décident d'exécuter le contrat, le co-contractant a droit, à charge de la masse, à l'exécution de cet engagement dans la mesure où celui-ci a trait à des prestations effectuées après la faillite.».*

En adoptant ledit article 46, le législateur de 1997 n'a pas entendu se départir de la solution traditionnelle, mais il a voulu tout au contraire la confirmer en son alinéa 1<sup>er</sup> et la compléter, avec à l'esprit, essentiellement, les contrats de travail, en couvrant, en son alinéa 2, l'hypothèse où le curateur demeure passif et en réglant, en son alinéa 3, la question de la nature du caractère de la dette «de» ou «dans» la masse de l'indemnité éventuelle de résiliation due au cocontractant.

##### 4-2. Analyse de la doctrine

Aussi, la doctrine s'en est-elle tenue, dans la lecture de l'article 46, à l'interprétation traditionnelle, en vigueur sous le régime antérieur, de la règle qui y est déposée.

Dès la réforme de 1997, deux grands spécialistes du droit des sûretés apportaient au sujet de la disposition en cause le commentaire suivant:

«Het is juist dat de curator steeds de keuze heeft om een lopende overeenkomst al dan niet verder uit te voeren. Deze formulering dient men evenwel letterlijk te nemen. Hij heeft de keuze om de prestaties die door de gefailleerde uit hoofde van de overeenkomst verschuldigd zijn, al dan niet te leveren. Indien hij evenwel in het belang van de boedel beslist de prestaties niet te leveren, is het enige gevolg dat er een wanprestatie plaatsvindt.

De wanprestatie maakt echter geen einde aan de overeenkomst. Het is aan de tegenpartij om – rekening houdend met de regelen eigen aan het faillissement – haar houding te bepalen. Vooreerst kan de tegenpartij meestal haar eigen prestaties opschorten op grond van de exceptio non adimpleti contractus. Verder heeft zij de keuze om ofwel de overeenkomst gewoon onuitgevoerd te laten ofwel in rechte de ontbinding van de overeenkomst en schadevergoeding te vorderen op grond van de wanprestatie.

De curator kan m.a.w. wel weigeren zijn medewerking te verlenen aan de verdere uitvoering van de verbintenissen van de gefailleerde, maar hij kan niet de gevolgen van de overeenkomst negeren in zoverre ze zijn medewerking niet behoeven. Enkele voorbeelden kunnen dit illustreren.

In geval van de faillietverklaring van een verhuurder, kan de curator wel beslissen de verplichtingen van de verhuurder niet uit te voeren, maar kan hij de huurder niet verplichten het gehuurde pand te verlaten. Indien hij dat wel zou kunnen, zou hij op dergelijke wijze de onroerende goederen van de gefailleerde eerst kunnen «zuiveren» van alle bestaande huren en ze vervolgens aan betere voorwaarden te gelde kunnen maken, ongeacht of de huren naar gemeen recht tegenwerpelijk zouden zijn aan de kopers.

Wanneer de gefailleerde voor het faillissement een optie heeft toegekend aan een derde, kan de curator deze optie niet in strijd met de overeenkomst teniet doen. Evenmin kan een curator een octrooilicentie die door de gefailleerde werd verleend in strijd met die licentieovereenkomst beëindigen of de licentiehouders vervolgen voor inbreuk op het octrooi.

Uit deze voorbeelden blijkt dat een nieuwe regeling die het de curator zou toelaten om het even welk lopend contract te ontbinden niet opportuun is en integendeel onaanvaardbare gevolgen teweeg zou brengen.»<sup>9</sup>

<sup>9</sup> A. Verbeke en I. Peeters, *Vijf jaar Voorrechten, Hypotheken en andere Zekerheden*, Gent, Mys en Breesch, 1997, blz. 269, nr. 348.

«Il est exact que le curateur a toujours le choix de poursuivre ou non l'exécution d'un contrat en cours. Cette formulation doit cependant être prise au pied de la lettre. Il a le choix de fournir ou non les prestations auxquelles le failli est obligé du chef de la convention. S'il décide cependant dans l'intérêt de la masse de ne pas fournir ces prestations, la seule conséquence en est l'existence d'une inexécution contractuelle.

L'inexécution ne met cependant pas fin à la convention. C'est au cocontractant qu'il incombe de déterminer sa position en tenant compte des règles propres à la faillite. Il peut ainsi commencer par suspendre ses propres prestations sur la base de l'exceptio non adimpleti contractus. Il a par ailleurs le choix de laisser tout simplement le contrat inexécuté ou de poursuivre la résolution de la convention et le paiement de dommages et intérêts pour cause d'inexécution.

Le curateur peut, en d'autres termes, refuser d'apporter son concours à la poursuite de l'exécution de la convention, mais il ne peut en nier les effets dans la mesure où ils ne nécessitent pas son concours. Quelques exemples peuvent illustrer ceci.

En cas de faillite d'un bailleur, le curateur peut certes décider de ne pas exécuter les obligations du bailleur, mais il ne peut contraindre le preneur à quitter l'immeuble donné à bail. S'il avait pu faire cela, il aurait de cette manière pu «purger» les biens immobiliers du failli et les réaliser ensuite à de meilleures conditions, et ceci sans égard au fait que les baux soient opposables aux acquéreurs.

Lorsque le failli a consenti une option à un tiers, antérieurement au jugement déclaratif, le curateur ne peut pas la mettre à néant en infraction à la convention. Il ne peut pas davantage mettre fin à la licence d'un brevet accordée par le failli de manière contraire à la convention de concession, ou poursuivre le bénéficiaire de la licence pour infraction au brevet.

Il ressort de ces exemples qu'une nouvelle réglementation qui permettrait au curateur de mettre fin à n'importe quel contrat n'est pas opportune et entraînerait au contraire des conséquences inadmissibles»<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> A. Verbeke en I. Peeters, *Vijf jaar Voorrechten, Hypotheken en andere Zekerheden*, Gent, Mys en Breesch, 1997, p. 269, n° 348.

In een in 2004 gepubliceerd bijdrage<sup>10</sup> over het faillissement en de lopende overeenkomsten, wees professor Dirix op de continuïteit tussen het vorige en het nieuwe bestel, en schreef hij met name:

«De debiteur zal alle excepties en verweermiddelen kunnen tegenwerpen die hem tegen de gefailleerde ter beschikking stonden.

*Het vorenstaande is niets anders dan een toepassing van het principe uit het beslagrecht dat wanneer een schuldeiser zijn verhaalsrecht wenst uit te oefenen op een schuldvordering die zijn debiteur heeft op een derde, hij die vordering moet nemen met alle beperkingen, voorwaarden en moduleringen zoals die voortvloeien uit de betrokken rechtsverhouding ... De curator kan bijgevolg terzake van die contracten geen sterker recht doen gelden dan waarover de gefailleerde zelf beschikte.»*

In verband met de meer specifieke kwestie van het faillissement van de verhuurder van onroerende goederen is de rechtsleer de oplossing blijven verdedigen dat de curator een huurovereenkomst in acht moet nemen die jegens hem tegenstelbaar is, er daarbij steeds van uitgaande dat de huurder de curator van zijn gefailleerde verhuurder er weliswaar niet toe kan dwingen hem het genot van het pand te waarborgen; niets daarentegen belet de huurder het pand te blijven betrekken na het faillissement van die verhuurder, zonder dat de curator hem kan uitzetten<sup>11</sup>.

De heer Ivan Verougstraete, voorzitter van het Hof van Cassatie, geeft in de jongste uitgave van zijn *Manuel du concordat et de la faillite*, verschenen in 2003, het volgende aan:

«Le droit d'option du curateur ne lui permettrait pas d'expulser le locataire pour ensuite vendre le bien libre d'occupation.»<sup>12</sup>.

Dans une contribution sur le thème de la faillite et des contrats en cours, publiée en 2004<sup>10</sup>, le Prof. Dirix mettait en exergue la continuité entre le régime antérieur et le régime nouveau, et écrivait notamment:

«Le débiteur (cocontractant) pourra opposer (au curateur) toutes exceptions et moyens de défense dont il disposait contre le failli.

*Ceci n'est rien d'autre qu'une application du principe du droit des saisies que, lorsqu'un créancier entend exercer son droit de recours sur la créance qu'un débiteur a sur un tiers, il doit prendre cette créance avec toutes les limitations, conditions et modalités telles qu'elles résultent de la relation juridique en cause ... Le curateur ne peut donc, en ce qui concerne ces contrats, faire valoir plus de droits que ceux dont dispose le failli lui-même».*

S'agissant de la question plus spécifique de la faillite du bailleur d'immeuble, la doctrine continua à défendre la solution selon laquelle le curateur est tenu de respecter un bail qui lui est opposable, considérant toujours que, si le locataire ne peut contraindre le curateur de son bailleur failli à garantir sa jouissance, rien ne l'empêche de rester dans les lieux après la faillite de ce bailleur, sans que le curateur puisse l'en expulser<sup>11</sup>.

Dans la dernière édition de son *Manuel du concordat et de la faillite* publiée en 2003, M. Ivan Verougstraete, Président de la Cour de cassation, écrivait:

«Le droit d'option du curateur ne lui permettrait pas d'expulser le locataire pour ensuite vendre le bien libre d'occupation»<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> E. Dirix, *Faillissement en lopende overeenkomsten*, R.W., 2003-2004, blz. 201 en volgende, sp. blz. 203.

<sup>11</sup> A. Zenner, *Dépistage, faillites et concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, blz. 497, nr. 679; M. Lahaye en J. Van Kerckhove, *Le louage de choses*, in *Les Nouvelles* (Droit civil, deel VI), 2000, blz. 315, nr. 478; Y. Merchiers, *Les baux – le bail en général*, in *Rép. Not.*, deel VIII, Boek I, nr. 486.

<sup>12</sup> Ivan Verougstraete, *Manuel du concordat et de la faillite*, Kluwer, 2003, blz. 467, nr. 733 en blz. 468, nr. 766, waar de auteur in verband met de hypothese van het faillissement van de huurder ook aanstipt dat, ingeval de curator beslist afstand te doen van de huurovereenkomst, de in de diverse wetgevingen vervatte regels inzake beëindiging moeten worden toegepast.

<sup>10</sup> E. Dirix, «*Faillissement en lopende overeenkomsten*», R.W., 2003-2004, p. 201 et sv., sp. p. 203.

<sup>11</sup> A. Zenner, *Dépistage, faillites et concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 497, n° 679; M. Lahaye et J. Van Kerckhove, *Le louage de choses*, in *Les Nouvelles* (Droit civil, t. VI), 2000, p. 315, n° 478; Y. Merchiers, *Les baux – le bail en général*, in *Rép. Not.*, t. VIII, Livre I, n° 486.

<sup>12</sup> I. Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, édition 2003, Kluwer, p. 467, n° 733 et p. 468, n° 766 où, à propos de l'hypothèse de la faillite du locataire, l'auteur précise également que si le curateur décide de renoncer à la convention de bail, les règles relatives à la rupture contenues dans les différentes législations sur les baux doivent être suivies.

De heer Eric Dirix, hoogleraar aan de KUL en raadsheer in het Hof van Cassatie, heeft in zijn voormelde bijdrage van 2004 hetzelfde standpunt verdedigd, waarbij hij er ook op heeft gewezen dat dezelfde oplossing geldt in het Amerikaanse, het Nederlandse en het Duitse recht<sup>13</sup>.

#### 4-3. Optreden van het Arbitragehof

Het onderzoek van de rechtspraak leert ons dat, tot een vonnis alvorens recht te doen van de rechtbank van koop-handel van Brussel van 28 november 2002, die oplossingen door geen enkele pleiter in vraag waren gesteld.

In de door die rechtbank berechte zaak heeft de curator van een vennootschap die een brouwerijhuurovereenkomst had toegestaan echter aangevoerd dat artikel 46 van de faillissementswet haar de mogelijkheid bood die huurovereenkomst te ontbinden zonder rekening te moeten houden met de bescherming van de wet op de handelshuurovereenkomsten. De huurder betwistte dat; hij voerde daarbij aan dat het optierecht van de curator het in de Grondwet opgenomen gelijkheidsbeginsel schond, zonder echter de ten onrechte door zijn tegenpartij voorgestelde uitlegging van dat optierecht aan te vechten!

Het aldus door de partijen (slecht) op gang gebrachte debat heeft de rechtbank, die het kennelijk moeilijk had met de gevolgen van de nieuwe, voor hem verdedigde uitlegging, ertoe gebracht aan het Arbitragehof de volgende prejudiciële vraag voor te leggen:

*«Schendt artikel 46 van de faillissementswet van 8 augustus 1997, in die zin geïnterpreteerd dat het een curator toestaat af te wijken van de wet van 30 april 1951 op de handelshuurovereenkomsten, waarbij de bij die wet bepaalde voorwaarden om een einde te kunnen maken aan de huurovereenkomst die de gefailleerde aan de huurder bindt, niet worden nageleefd, al dan niet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet?».*

Het Arbitragehof heeft daarop in een arrest van 10 december 2003<sup>14</sup> ontkennend geantwoord, en de volgende consideransen aangevoerd:

*«De verwijzende rechter ondervraagt het Hof over de bestaanbaarheid van die bepaling met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre zij het een curator mogelijk maakt af te wijken van de wet van 30 april 1951 op de handelshuurovereenkomsten zonder naleving van de bij die wet vastgestelde voorwaarden om een einde te kunnen maken aan de huurovereenkomst die de gefailleerde aan de huurder bindt. (...).*

<sup>13</sup> E. Dirix, *op. cit.*, blz. 209, nr. 23.

<sup>14</sup> Arrest nr. 161/2003.

Dans sa contribution précitée de 2004, M. Eric Dirix, professeur à la K.U.L. et conseiller à la Cour de cassation, défendait le même point de vue, non sans avoir souligné que la même solution prévalait en droit américain, comme en droit néerlandais et en droit allemand<sup>13</sup>.

#### 4-3. Intervention de la Cour d'arbitrage

L'examen de la jurisprudence apprend que, jusqu'à un jugement avant-dire droit prononcé par le tribunal de commerce de Bruxelles le 28 novembre 2002, aucun plaideur n'avait remis en cause ces solutions.

Dans l'espèce jugée par le tribunal, en revanche, le curateur d'une société qui avait consenti un bail de brasserie soutenait que l'article 46 de la loi sur les faillites lui permettait de résilier ce bail sans avoir à tenir compte de la protection de la loi sur les baux commerciaux, ce que contestait le preneur, en faisant valoir que le droit d'option du curateur violait le principe d'égalité constitutionnel, mais sans mettre en cause l'interprétation de ce droit d'option proposée à tort par son adversaire !

Ainsi (mal) posé par les parties, le débat amena le tribunal, manifestement mal à l'aise devant les conséquences de l'interprétation nouvelle défendue devant lui, à soumettre la question préjudicielle suivante à la Cour d'arbitrage:

*«l'article 46 de la loi du 8 août 1997, interprété comme autorisant un curateur à déroger à la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux en ne respectant pas les conditions fixées par cette loi pour pouvoir mettre fin au bail qui lie le failli au preneur, viole-t-il ou non les articles 10 et 11 de la Constitution?».*

Par arrêt du 10 décembre 2003<sup>14</sup>, la Cour d'arbitrage répondit négativement par les considérations suivantes:

*«Le juge a quo interroge la Cour sur la compatibilité de cette disposition avec les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'elle autorise un curateur à déroger à la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux en ne respectant pas les conditions fixées par cette loi pour pouvoir mettre fin au bail qui lie le failli au preneur.*

<sup>13</sup> E. Dirix, *o.c.*, p. 209, n° 23.

<sup>14</sup> Arrêt n° 161/2003.

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

*In tegenstelling tot wat werd beweerd, heeft dat arrest van het Arbitragehof geenszins de nieuwe uitlegging bekrachtigd want het Hof moest zich daarover niet uitspreken; het heeft zich ook helemaal niet uitgesproken over de door de rechtbank van koophandel van Brussel voorgestelde uitlegging van artikel 46 van de faillissementswet en die diende als uitgangspunt voor de aan het Arbitragehof voorgelegde vraag.*

*Overeenkomstig de vaste rechtspraak van het Arbitragehof moet de rechter die de vraag stelt de bepaling die daarin aan de orde is, interpreteren. Het Arbitragehof zal oordelen of die wettelijke bepaling, zoals zij door die rechter wordt gelezen, al dan niet een schending inhoudt van een van de grondwettelijke bepalingen die in artikel 107ter (nieuw artikel 142) van de Grondwet als toetsingscriteria zijn aangegeven<sup>15</sup>.*

Zodoende wordt de draagwijdte van een arrest van het Grondwettelijk Hof beperkt.

#### 4-4. Gevolgen van het arrest van het Arbitragehof

Ten gevolge van het arrest van het Arbitragehof werden de curatoren zich evenwel bewust van het belang dat de nieuwe lezing van hun optierecht voor de vereffening had, en konden zij gemakkelijker de stelling huldigen dat zij, met toepassing van artikel 46 van de faillissementswet, lopende huurovereenkomsten mogen beëindigen zonder rekening te moeten houden met de bepalingen van de pachtwet of de wet op de handelshuurovereenkomsten. In dat opzicht handelde onder meer een curator bij het faillissement van de bvba Boopen, waarop ook een brouwerijovereenkomst rustte.

De feitenrechtbanken bleven de klassieke lezing trouw en volgden die curator niet, zo ook het hof van beroep van Brussel in zijn arrest van 26 februari 2002<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Arresten nrs. 73/92, 43/93, 65/93, 86/93 en 7/94, aangehaald door J. Sarot, P. Vandernoot en E. Peremans, *Dix ans de jurisprudence de la Cour d'arbitrage* (5 april 1985 – 31 augustus 1995), Brussel, Bruylant, 1995, blz. 253.

<sup>16</sup> R.W., 2003-2004, blz. 388.

*En visant tous les contrats, y compris ceux qui sont régis par la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux, le législateur prend une mesure pertinente au regard de l'objectif poursuivi, qui est d'assurer l'égalité des créanciers, donc de ne pas favoriser certains créanciers par rapport à d'autres.».*

*Contrairement à ce qui a pu être affirmé, cet arrêt de la Cour d'arbitrage n'a aucunement validé l'interprétation nouvelle, car la Cour n'était pas appelée à se prononcer et ne s'est aucunement prononcée sur l'interprétation de l'article 46 de la loi sur les faillites qui était proposée par le tribunal de commerce de Bruxelles et qui servait de postulat à la question qui lui était posée.*

*En effet, conformément à la jurisprudence constante de la Cour d'arbitrage, «il appartient au juge qui pose la question d'interpréter la disposition qui en fait l'objet. La Cour appréciera si la disposition légale, telle qu'elle est interprétée par ce juge, viole ou non une des dispositions constitutionnelles que l'article 107ter (142 nouveau) de la Constitution désigne comme critères de contrôle»<sup>15</sup>.*

La portée d'un arrêt de la Cour constitutionnelle est donc ainsi limitée.

#### 4-4. Conséquences de l'arrêt de la Cour d'arbitrage

La publication de l'arrêt de la Cour d'arbitrage eut cependant pour effet de faire prendre conscience aux curateurs de l'intérêt pour la liquidation de l'interprétation nouvelle de leur droit d'option, et, partant, de les encourager à défendre la thèse qu'ils peuvent mettre fin à des baux en cours, par application de l'article 46 de la loi sur les faillites, sans avoir à s'en tenir aux dispositions de la loi sur les baux à ferme ou sur les baux commerciaux. Tel fut notamment le cas d'un curateur à la faillite d'une SPRL Boopen, confronté lui aussi à un bail de brasserie.

Fidèles à l'interprétation traditionnelle, les juridictions de fond, dont la cour d'appel de Bruxelles, par son arrêt du 26 février 2002<sup>16</sup>, refusèrent de suivre ce curateur.

<sup>15</sup> Arrêts n° 73/92, 43/93, 65/93, 86/93 et 7/94 cités par J. Sarot, P. Vandernoot et E. Peremans, *Dix ans de jurisprudence de la Cour d'arbitrage* (5 avril 1985 – 31 août 1995), Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 253.

<sup>16</sup> R.W., 2003-2004, p. 388,

In zijn advies over het rechtsmiddel tegen het arrest in beroep verdedigde ook de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie die klassieke lezing, jammer genoeg op grond van een slordig geformuleerde motivering.

Het Hof van Cassatie verbrak dan ook in zijn arrest van 24 juni 2004<sup>17</sup> het arrest in beroep, tegen het advies van het openbaar ministerie in. Het arrest van het Hof was echter zo dubbelzinnig geformuleerd dat het bij zijn publicatie in het Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht werd aangevuld met twee commentaren, die het arrest echter totaal anders benaderden: de ene volgens de gebruikelijke lezing, de andere volgens de nieuwe lezing.

#### 4-5. Lezing door de rechtsleer van het arrest van het Arbitragehof

De auteurs van deze laatste commentaar, die ertoe neigt de curator een absoluut opzeggingsrecht *sui generis* met betrekking tot de huurovereenkomsten toe te kennen, uitsluitend beperkt tot het belang van de boedel van de schuldeisers van het faillissement, zijn in de rechtsleer *quasi* de enigen die voor de nieuwe lezing gewonnen zijn.

In een eerste commentaar op het arrest van 24 juni 2004 in een bespreking van rechtspraak stelde professor Dirix alleen dat, mocht de nieuwe lezing worden gevolgd, de schuldvordering van de medecontractant van de failliete eigenaar van wie de curator de overeenkomst zou verbreken, logischerwijze de hoedanigheid van schuldvordering van de boedel heeft<sup>18</sup>, wat uiteraard in tegenspraak is met het belang van de boedel zoals de aanhangers van de nieuwe lezing die beogen.

De heer Van Lembergen toetste het vraagstuk aan de financierings- of herfinancieringsovereenkomsten waarbij een beroep wordt gedaan op de techniek van huurverbintenissen. Hij onderstreepte daarbij het risico dat het arrest zelf inhoudt, en vroeg zich zelfs af of dergelijke zakelijke zekerheden nog zin hebben<sup>19</sup>. Inhoudelijk verwierpt de

Cette interprétation traditionnelle fut aussi défendue par le procureur général près la Cour de cassation dans son avis donné sur le recours formé contre l'arrêt d'appel. La motivation du procureur-général était malheureusement maladroite.

C'est ce qui amena la Cour de cassation, malgré l'avis contraire du ministère public, à mettre à néant l'arrêt d'appel, par un arrêt du 24 juin 2004<sup>17</sup>, exprimé dans des termes prêtant à ce point à ambiguïté qu'il fut publié à la Revue de droit commercial belge accompagné de deux notes qui en proposaient une lecture diamétralement opposée, l'une dans la ligne de l'interprétation traditionnelle et l'autre en rupture avec celle-ci et favorable à l'interprétation nouvelle.

#### 4-5. Interprétation de la doctrine de l'arrêt rendu par la Cour d'arbitrage

Hormis les auteurs de ce dernier commentaire, tendant à reconnaître un droit absolu de résiliation *sui generis* des baux dans le chef du curateur, uniquement circonscrit par l'intérêt de la masse des créanciers de la faillite, la doctrine ne s'est pas montrée favorable à l'interprétation nouvelle.

Dans un premier commentaire, consacré à l'arrêt du 24 juin 2004 dans un examen de jurisprudence, le Prof. Dirix s'est borné à faire valoir que, si l'interprétation nouvelle devait être retenue, la créance du cocontractant du failli propriétaire dont le curateur romprait le bail aurait «logiquement» la qualité de créance «de» la masse<sup>18</sup>, ce qui est évidemment antinomique avec l'intérêt de la masse visé par les adeptes de l'interprétation nouvelle.

M. Van Lembergen, examinant la question sous l'angle des contrats de financement ou de refinancement faisant appel à la technique d'engagements de loyers, a pour sa part souligné le risque découlant du même l'arrêt, au point de se demander si de telles sûretés présentent encore un intérêt<sup>19</sup>. Sur le fond, l'auteur critiquait la thèse

<sup>17</sup> T.B.H., 2005, blz. 241 en de commentaren «*Faillite et contrats en cours: faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur?*» en «*Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil?*»; R.W., 2005-2006, blz. 53 en de commentaar van S. Brijs, «Artikel 46 Faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaar?».

<sup>18</sup> E. Dirix, «Overzicht van rechtspraak – Zekerheden 1998-2003», T.P.R., 2004, blz. 1163 e.v., sp. nr. 37, blz. 1191 en 1192, en «Kroniek Belgisch insolventierecht», TvI (Nederland), 2005/4, blz. 99 e.v., sp. nr. 3.3, blz. 102 en 103; zie ook: A. De Wilde, «Beheer van het insolventievermogen», in Gandarius, Insolventie recht 2004-2005, XXXIe postuniversitaire cyclus Willy Delva, Kluwer, Mechelen, 2006, blz. 160.

<sup>19</sup> W. Van Lembergen, «Heeft pandvestiging op huurgelden nog zin?», R.W., 2005-2006, nr. 3, blz. 41 en volgende.

<sup>17</sup> R.D.C., 2005, p. 241 et les notes «*Faillite et contrats en cours: faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur?*» et «*Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil?*»; R.W., 2005-2006, p. 53 et la note de S. Brijs, «Artikel 46 Faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaar?».

<sup>18</sup> E. Dirix, «Overzicht van rechtspraak – Zekerheden 1998-2003», T.P.R., 2004, p. 1163 et s., sp. n° 37, p. 1191 et 1192 et «Kroniek Belgisch insolventierecht», TvI (*Pays-Bas*), 2005/4, p. 99 et s., sp. n° 3.3, p. 102 et 103; également: A. De Wilde, «Beheer van het insolventievermogen», in Gandarius, Insolventierecht 2004-2005, XXXIste postuniversitaire cyclus Willy Delva, Kluwer, Mechelen, 2006, p. 160.

<sup>19</sup> W. Van Lembergen, «Heeft pandvestiging op huurgelden nog zin?», R.W., 2005-2006, n° 3, p. 41 et s.

auteur de stelling dat de curator over een onbeperkt eenzijdig opzeggingsrecht beschikt, met name in het licht van de restrictieve lezing die moet worden gegeven aan de in artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek vervatte regel dat de overeenkomsten alleen kunnen worden herroepen met wederzijdse toestemming van de partijen «of op de gronden door de wet erkend». Voorts stelt de heer Van Lembergen de opportuniteit van die stelling ter discussie: indien de rechtszekerheid van de inpandgeving van huurgelden niet langer gewaarborgd is, zouden de schuldeisers volgens hem hun toevlucht moeten zoeken tot hypothecaire bescherming, die duurder en omslachtiger is.

De heer Brijs heeft de draagwijdte van het arrest geminimaliseerd<sup>20</sup> en daarbij onderstreept dat de zaak nogal fout werd aangebracht bij het Hof van Cassatie.

In zijn recent werk, *La saisie de la monnaie scripturale*<sup>21</sup>, stelt professor Fr. Georges dat «l'argument le plus convaincant formulé en faveur du maintien de l'efficacité du bail commercial réside dans la référence à l'article 1575 du Code judiciaire, qui détermine, en matière de saisie-exécution immobilière, la mesure de l'opposabilité des baux consentis par le saisi. Pourquoi un curateur devrait-il être plus favorisé qu'un créancier saisissant?».

Professor Chr. Biquet-Mathieu sloot zich daarbij aan: «L'on ne s'explique pas pourquoi le bail, qui s'impose au créancier saisissant (articles 1575 C.jud.), ne devrait pas de même s'imposer au curateur»<sup>22</sup>.

Mevrouw A. De Wilde, auteur van een recent werk over het begrip boedelschuld in het insolventierecht, wees eveneens op de – *a priori* ongegronde – verschillen in behandeling tussen curator en beslagleggende schuldeiser<sup>23</sup>.

Bovendien uitte zij op het arrest van 24 juni 2004 kritiek omdat:

- het criterium van de noodzaak voor het goed beheer van de boedel, in verband met het in artikel 46 van de faillissementswet beoogde optierecht, van dien aard is dat het de deur opent voor oeverloze discussies;
- de rechtszekerheid in het gedrang zou komen als elke huurder of elke bij een cessie- of licentieovereenkomst betrokken persoon in geval van faillissement zijn rechten zou worden ontzegd, hoewel zijn overeenkomst aan de curator kan worden tegengeworpen.

<sup>20</sup> S. Brijs, «Artikel 46 Faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaar?», noot onder Cass., 26 juni 2004, R.W., 2005-2006, blz. 53.

<sup>21</sup> Fr. Georges, *La saisie de la monnaie scripturale*, op.cit., nr. 84, blz. 144.

<sup>22</sup> Chr. Biquet-Mathieu, *Chroniques notariales*, vol. 43, Larcier, 2006, blz. 168.

<sup>23</sup> A. De Wilde, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Intersentia, 2005, blz. 168 e.v., sp. blz. 215, nr. 223 e.v.

tendant à conférer au curateur un droit absolu de résiliation unilatérale, au regard notamment de l'interprétation restrictive qu'il convient de donner à la règle inscrite à l'article 1134 du Code civil, selon lequel les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties, «ou pour les causes que la loi autorise». Cette même thèse était également critiquée sur le plan de l'opportunité, puisque si la sécurité juridique afférente aux mises en gage de loyers n'était plus garantie, les créanciers, faisait valoir M. Van Lembergen, devraient recourir à la protection hypothécaire, laquelle est plus lourde et plus coûteuse.

M. Brijs a minimisé la portée de l'arrêt<sup>20</sup>, mettant en exergue le fait que le débat avait en quelque sorte été mal posé devant la Cour de cassation.

Dans sa thèse récente sur *La saisie de la monnaie scripturale*<sup>21</sup>, le Prof. Fr. Georges considérait que «L'argument le plus convaincant formulé en faveur du maintien de l'efficacité du bail commercial réside dans la référence à l'article 1575 du Code judiciaire, qui détermine, en matière de saisie-exécution immobilière, la mesure de l'opposabilité des baux consentis par le saisi. Pourquoi un curateur devrait-il être plus favorisé qu'un créancier saisissant?».

Le Professeur Chr. Biquet-Mathieu opinait dans le même sens, en observant que «l'on ne s'explique pas pourquoi le bail, qui s'impose au créancier saisissant (articles 1575 C.jud.), ne devrait pas de même s'imposer au curateur»<sup>22</sup>.

Mme A. De Wilde, auteur d'une thèse récente sur la notion de dette de masse dans le droit de l'insolvabilité, relevait pareillement cette différence de traitement – *a priori* injustifiée – entre le curateur et le créancier saisissant<sup>23</sup>.

Elle critiquait en outre l'arrêt du 24 juin 2004 en ce que:

- s'agissant de l'option visée à l'article 46 de la loi sur les faillites, le critère de «nécessité pour la bonne administration de la masse» est de nature à ouvrir la porte à des discussions sans fin;
- la sécurité juridique s'en trouverait mise à mal si tout locataire ou toute personne partie à un accord de cession ou de licence pouvait, en dépit du fait que son contrat est opposable au curateur, voir ses droits écartés en cas de faillite.

<sup>20</sup> S. Brijs, «Artikel 46 Faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaar?», noot onder Cass., 26 juni 2004, R.W., 2005-2006, p. 53.

<sup>21</sup> Fr. Georges, *La saisie de la monnaie scripturale*, o.c., n° 84, p. 144.

<sup>22</sup> Chr. Biquet-Mathieu, *Chroniques notariales*, vol. 43, Larcier, 2006, p. 168.

<sup>23</sup> A. De Wilde, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Intersentia, 2005, p. 168 et s., sp. p. 215, n° 223 et s.

Mevrouw De Wilde stelde het volgende: «ook na lezing van het cassatiearrest dd. 24 juni 2004 dient te worden besloten dat het faillissementsrecht geen wettekst bevat waarin de curator een eenzijdig verbrekingsrecht van de lopende overeenkomsten na faillissement wordt toegekend. Noch in de bewoordingen van art. 46 Faill.W., noch in de parlementaire voorbereiding van de faillissementswet, kan een dergelijk recht sui generis voor de curator worden gevonden»<sup>24</sup>.

In een artikel over de juridische aard van giraal geld, meer bepaald in verband met de tegenstelbaarheid van gekwalificeerde rekeningen ten aanzien van derden<sup>25</sup>, hebben Professor X. Dieux en de heer Cédric Alter opgemerkt dat, mocht de nieuwe maximalistische lezing van artikel 46 van de faillissementswet worden gevolgd, de curator dan zou kunnen verklaren dat hij de aan een rekening verleende bestemming naast zich neerlegt, aangezien die vóór het faillissement niet alle gevolgen zou dienen te hebben.

De ontoereikende eenduidigheid van het arrest van 24 juni 2004 (alsook de moeilijkheden die bij het arrest van 10 april 2008 zouden rijzen bij gebrek aan een uitleggingswet) waren dusdanig, dat professor Dirix ter gelegenheid van een reeks colleges die tijdens het tweede semester van 2006 over het insolventierecht werd georganiseerd voor «Themis – School voor Postacademische Juridische Vorming», er een derde lezing van heeft verschaft!<sup>26</sup>

Professor Fr. T'Kint en de heer W. Derijcke van hun kant beklemtonen in hun recent werk over het faillissementsrecht het volgende met betrekking tot de volgens hen weinig billijke situatie die zou kunnen volgen uit de toepassing van de nieuwe lezing van artikel 46 van de faillissementswet, met name in het door het Hof van Cassatie bedoelde geval: «Ainsi, on comprendra aisément qu'en cas de faillite d'un locataire, le curateur puisse ne pas poursuivre l'exécution d'un bail commercial. Mais l'inverse n'est-il pas curieux: le curateur d'un bailleur

Selon Mme De Wilde, «même après lecture de l'arrêt de cassation du 24 juin 2004 il doit être conclu que le droit de la faillite ne comporte aucun texte légal octroyant au curateur un droit de rupture unilatéral des contrats en cours au moment de la faillite. Ni dans les termes de l'article 46 de la loi sur les faillites, ni dans les travaux préparatoires de cette loi, ne peut être trouvé trace de pareil droit sui generis pour le curateur»<sup>24</sup>.

Dans un article consacré à la nature juridique de la monnaie scripturale, spécialement en relation avec l'opposabilité aux tiers des comptes qualifiés<sup>25</sup>, le Prof. X. Dieux et M. Cédric Alter ont observé que, si l'on devait suivre l'interprétation nouvelle maximaliste proposée de l'article 46 de la loi sur les faillites, le curateur pourrait déclarer qu'il ne respecterait pas l'affectation donnée à un compte, dès lors que celle-ci n'aurait pas été amenée à sortir tous ses effets avant la faillite.

L'ambiguïté de l'arrêt du 24 juin 2004 (comme les difficultés que susciterait l'arrêt du 10 avril 2008 à défaut de loi interprétative) était telle que, à l'occasion d'un cycle de cours sur le droit de l'insolvabilité organisé pour l'école Themis de formation juridique postacadémique au cours du second semestre de 2006, le Prof. Dirix en fournissait une troisième lecture!<sup>26</sup>

Quant au Prof. Fr. T'Kint et à M. Derijcke, ils mettent l'accent, dans leur récent ouvrage sur le droit de la faillite, sur le caractère «peu équitable» qui pourrait résulter de l'application de l'interprétation nouvelle l'article 46 de la loi sur les faillites, notamment dans l'hypothèse visée par la Cour de cassation: «Ainsi, on comprendra aisément qu'en cas de faillite d'un locataire, le curateur puisse ne pas poursuivre l'exécution d'un bail commercial. Mais l'inverse n'est-il pas curieux: le curateur d'un bailleur failli peut-il réellement dénoncer le bail, sans avoir à se

<sup>24</sup> Op.cit., blz. 216, nr. 226.

<sup>25</sup> X. Dieux en C. Alter, «Observations sur la nature juridique de la monnaie scripturale (spécialement en relation avec l'opposabilité aux tiers des comptes qualifiés)», Liber Amicorum Jacques Malherbe, Bruylant, 2006, blz. 383 en volgende, inzonderheid blz. 398, nr. 9.

<sup>26</sup> E. Dirix, «Recente arresten faillissement, gerechtelijk akkoord en zekerheden», Insolventierecht, Themis, Die Keure, 2006, nr. 23, blz. 55 en 56.

<sup>24</sup> «ook na lezing van het cassatiearrest dd. 24 juni 2004 dient te worden besloten dat het faillissementsrecht geen wettekst bevat waarin de curator een eenzijdig verbrekingsrecht van de lopende overeenkomsten na faillissement wordt toegekend. Noch in de bewoordingen van art. 46 Faill.W., noch in de parlementaire voorbereiding van de faillissementswet, kan een dergelijk recht sui generis voor de curator worden gevonden»: o.c., p. 216, n° 226.

<sup>25</sup> X. Dieux et C. Alter, «Observations sur la nature juridique de la monnaie scripturale (spécialement en relation avec l'opposabilité aux tiers des comptes qualifiés)», Liber Amicorum Jacques Malherbe, Bruylant, 2006, p. 383 et s., sp. p. 398, n° 9.

<sup>26</sup> E. Dirix, «Recente arresten faillissement, gerechtelijk akkoord en zekerheden», Insolventierecht, Themis, die Keure, 2006, n° 23, p. 55 et 56.

*failli peut-il réellement dénoncer le bail, sans avoir à se conformer aux dispositions légales relatives aux baux, causant ainsi un préjudice sans aucun doute brutal et peut-être même fatal au commerce du preneur?»<sup>27</sup>.*

4-6. Standpunt van het Hof van Cassatie ingevolge het arrest van het Grondwettelijk Hof

In zijn arrest van 10 april 2008 volgt het Hof van Cassatie echter de nieuwe lezing, en wel zeer precies in de volgende bewoordingen:

*«Wanneer zulks noodzakelijk is voor het beheer van de boedel, dit is wanneer de voortzetting van de overeenkomst gesloten door de failliet de vereffening van de boedel belet of de vereffening ervan abnormaal bezwaart, kan de curator krachtens artikel 46 van de Faillissementswet een einde maken aan een door de failliet gesloten lopende overeenkomst, zelfs wanneer door die overeenkomst rechten worden verleend die aan de boedel tegenwerpelijk zijn.»* (Cass., arr. C.05.0527.N/1)

4-7: Kritische analyse van de lezing, door het Hof van Cassatie, van artikel 46, § 1

Los van het principiële vraagstuk van de lezing van het optierecht, zal iemand op het terrein zich moeiteloos kunnen inbeelden welke moeilijkheden rijzen bij de toepassing van dusdanig vage begrippen als de voorwaarde dat de overeenkomst «de vereffening van de boedel belet of de vereffening ervan abnormaal bezwaart», zoals mevrouw De Wilde reeds heeft onderstreept in haar voormelde bijdrage.

Het arrest van 10 april 2008 gaat trouwens volledig voorbij aan de wil van de wetgever, zoals die werd geuit tijdens de bespreking en redactie van, alsook de stemming over de wet van 15 juli 2005.

Bij die wet werd artikel 46 aangevuld met een § 2, waarvan het eerste lid als volgt luidt:

*«Indien bij de stopzetting van de activiteiten, met name naar aanleiding van het vonnis van faillietverklaring, de curators uitdrukkelijk of stilzwijgend hun wil te kennen geven de bestaande arbeidsovereenkomsten te beëindigen, zijn zij niet verplicht de bijzondere formaliteiten en procedures te vervullen die van toepassing zijn op de beëindiging van die overeenkomsten.»<sup>28</sup>.*

<sup>27</sup> Fr. T'Kint en W. Derijcke, *La faillite*, in Rép. Not. (afz. druk), Larcier, 2006, blz. 218, nr. 224.

<sup>28</sup> *Belgisch Staatsblad*, 1 augustus 2005. Voor een volledige analyse van de wet van 15 juli 2005 tegen de achtergrond van het sociaal recht, zie P. Cavenaile, «*Quelques règles nouvelles de droit social en matière de faillite et de concordat*», in *Droit de la faillite: actualités* 2005, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2005, blz. 222 en volgende.

*conformer aux dispositions légales relatives aux baux, causant ainsi un préjudice sans aucun doute brutal et peut-être même fatal au commerce du preneur?»<sup>27</sup>.*

4-6. Position de la Cour de cassation suite à l'arrêt de la Cour d'arbitrage

L'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 a fait néanmoins sien l'interprétation nouvelle, et ce, très précisément dans les termes suivants:

*«Lorsque ceci est nécessaire pour l'administration de la masse, c'est-à-dire lorsque la poursuite de la convention conclue par le failli entrave la liquidation de la masse ou l'obère anormalement, le curateur peut mettre fin par application de l'article 46 de la loi sur les faillites à un contrat en cours conclu par le failli, même lorsque cette convention accorde des droits qui sont opposables à la masse.»*

4-7. Analyse critique de l'interprétation de l'article 46, § 1<sup>er</sup>, par la Cour de cassation

Indépendamment de la question de principe de l'interprétation du droit d'option, le praticien imaginera sans peine les difficultés d'application de notions aussi floues que celles que constituent la condition que la convention «entrave à la liquidation de la masse ou l'obère anormalement», comme l'a déjà souligné Mme De Wilde dans sa contribution précitée.

L'arrêt du 10 avril 2008 méconnaît, par ailleurs, totalement la volonté du législateur, telle qu'elle s'est exprimée à l'occasion de la discussion, de la rédaction et du vote de la loi du 15 juillet 2005.

Cette loi a inséré un nouveau paragraphe à l'article 46, dont le premier alinéa dispose que:

*«Si lors de la cessation d'activités, notamment à l'occasion du jugement déclaratif de faillite, les curateurs manifestent expressément ou tacitement leur volonté de résilier les contrats de travail existants, ils ne sont pas tenus de l'accomplissement des formalités et procédures particulières applicables à la résiliation de ces contrats»<sup>28</sup>.*

<sup>27</sup> Fr. T'Kint et W. Derijcke, *La faillite*, in Rép. Not. (tiré à part), Larcier, 2006, p. 218, n° 224.

<sup>28</sup> M.B., 1<sup>er</sup> août 2005. Pour une analyse d'ensemble de la loi du 15 juillet 2005 au regard du droit social, voy. P. Cavenaile, «*Quelques règles nouvelles de droit social en matière de faillite et de concordat*», in *Droit de la faillite: actualités* 2005, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2005, p. 222 et s.

Oorspronkelijk had het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de wet van 15 juli 2005 een beperkt oogmerk. Het strekte ertoe dat:

- de curator het elektronisch personeelsregister van aan de verplichting tot onmiddellijke aangifte van tewerkstelling onderworpen ondernemingen zou kunnen raadplegen (wijziging van artikel 10 van de faillissementswet), en dat
- de curator zou worden vrijgesteld van de verplichte raadpleging van het paritair comité voorafgaand aan het ontslag van werknemers, ook al ging het om werknemers die vóór het faillissement een bijzondere bescherming genoten tegen ontslag (wijziging van artikel 46 van de faillissementswet)<sup>29</sup>.

Er werd een tweede amendement ingediend<sup>30</sup> dat, hoewel verantwoord op grond van overwegingen eigen aan het sociaal recht, voorstelde de volgende, in algemene bewoordingen opgestelde leden in te voegen:

«Indien bij de bedrijfsstopzetting, met name naar aanleiding van het vonnis van faillietverklaring, de curatoren uitdrukkelijk of stilzwijgend hun wil te kennen geven de bestaande overeenkomsten te ontbinden, zijn zij niet verplicht de bijzondere formaliteiten en procedures te vervullen die van toepassing zijn op de ontbinding van die overeenkomsten.

Indien de curatoren, met het oog op de gehele of gedeeltelijke voortzetting of de hervatting van de activiteiten, nieuwe overeenkomsten sluiten met de in het vorige lid bedoelde contractanten, genieten die laatsten de formaliteiten en procedures die van toepassing zijn op de overeenkomsten die werden ontbonden gedurende de tijd waarin de activiteiten werden voortgezet.»<sup>31</sup>

Daarop volgde tijdens de parlementaire bespreking een discussie die voor het vraagstuk centraal is<sup>32</sup>.

De rapporteur<sup>33</sup> gaf aan dat hij niet akkoord kon gaan met amendement nr. 2, «omdat het handelt over alle bestaande overeenkomsten terwijl het wetsvoorstel enkel betrekking heeft op arbeidsovereenkomsten». «Het is voor zijn fractie», aldus het verslag, «onaanvaardbaar dat een curator bij een faillissement niet meer verplicht

À l'origine, la proposition de loi ayant abouti à la loi du 15 juillet 2005 avait un objet limité: elle prévoyait que:

- le curateur puisse consulter le registre électronique du personnel des entreprises soumises à l'obligation d'effectuer une déclaration immédiate d'emploi (modification de l'article 10 de la loi sur les faillites) et;
- que le curateur soit dispensé de l'obligation de consulter la commission paritaire avant le licenciement des travailleurs, même si ces travailleurs bénéficiaient, avant la faillite, d'une protection particulière contre le licenciement (modification de l'article 46 de la loi sur les faillites)<sup>29</sup>.

Un amendement n° 2 fut déposé<sup>30</sup> qui, bien qu'étant justifié par des considérations propres au droit social, proposait d'insérer les alinéas suivants, rédigés en termes généraux:

«Si lors de la cessation d'activités, notamment à l'occasion du jugement déclaratif de faillite, les curateurs manifestent expressément ou tacitement leur volonté de résilier les contrats existants, ils ne sont pas tenus de l'accomplissement des formalités et procédures particulières applicables à la résiliation de ces contrats.

Toutefois, si les curateurs, en vue de la poursuite totale ou partielle ou de la reprise des activités, concluent de nouveaux contrats avec des contractants visés à l'alinéa précédent, ces derniers bénéficient des formalités et procédures applicables aux contrats résiliés pendant le temps de la poursuite des activités.»<sup>31</sup>

S'en est suivi une discussion lors des débats parlementaires qui se situe au cœur de la problématique<sup>32</sup>.

Le rapporteur<sup>33</sup> marqua son désaccord sur l'amendement n° 2 «dans la mesure où ce dernier porte sur tous les contrats existants, alors que la proposition de loi concerne uniquement les contrats de travail». «Son groupe», précise le rapport, «ne peut accepter l'idée qu'un curateur ne soit plus obligé, lors d'une faillite,

<sup>29</sup> Wetsvoorstel van 6 januari 2005 tot aanvulling van de artikelen 10 en 46 van de faillissementswet van 8 augustus 1997, DOC 51 1541/001.

<sup>30</sup> Door de dames Dieu en Pécriaux en de heer Massin (PS).

<sup>31</sup> Amendement nr. 2 van mevrouw Dieu, de heer Massin en mevrouw Pécriaux (Stuk Kamer, DOC 51 1541/003).

<sup>32</sup> Verslag van 1 juni 2005 namens de commissie belast met de Problemen inzake Handels- en Economisch Recht uitgebracht door de heer Claude Marinower (Stuk Kamer, DOC 51 1541/005, blz. 23 en volgende).

<sup>33</sup> De heer Claude Marinower (VLD).

<sup>29</sup> Proposition de loi du 6 janvier 2005 visant à compléter les articles 10 et 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, Doc. Parl., Ch. n° 51 1541/001.

<sup>30</sup> Par M. Eric Massin et Mmes Dieu et Pécriaux (PS).

<sup>31</sup> Amendement n° 2 de Mmes Dieu et Pécriaux et M. Massin, Doc. Parl. Ch., n° 51 1541/003.

<sup>32</sup> Rapport fait au nom de la commission chargée des problèmes de Droit commercial et économique par M. Claude Marinower, Doc. Parl. Ch. n° 1 1541/005, p.23 et s.

<sup>33</sup> M. Claude Marinower (VLD).

zou zijn om bijzondere formaliteiten en procedures te vervullen die van toepassing zijn bij de ontbinding van andere overeenkomsten dan arbeidsovereenkomsten zoals huurovereenkomsten, leasingovereenkomsten of concessieovereenkomsten.».

De indiener van amendement nr. 2 antwoordde vervolgens dat het toepassingsgebied van dat amendement bij vergissing was uitgebreid tot alle overeenkomsten. Daarop stelde hij amendement nr. 4 voor<sup>34</sup>, als subamendement op amendement nr. 2, om het woord «overeenkomsten» in het eerste en tweede lid van amendement nr. 2 te vervangen door het woord «arbeidsovereenkomsten».

Nadat een ander parlementslid<sup>35</sup> de aldus tot de arbeidsovereenkomsten beperkte voorgestelde wijziging van artikel 46 van de faillissementswet overbodig had geacht, werd aan de vertegenwoordiger van de vice-eersteminister en minister van Justitie gevraagd of de regering niet de bedoeling had om het toepassingsgebied van deze bepaling uit te breiden naar alle overeenkomsten.

Het antwoord dat daarop werd gegeven, is bijzonder interessant:

*«De vertegenwoordiger van de vice-eerste minister en minister van Justitie antwoordt dat er een politiek akkoord was om het toepassingsgebied van de bepaling uit te breiden naar alle overeenkomsten aangezien het bestaande artikel 46 van de faillissementswet ook handelt over alle overeenkomsten. Het Arbitragehof heeft recent beslist dat het geen schending van de Grondwet uitmaakt indien een curator in het geval van faillissement een einde stelt aan een handelshuurovereenkomst zonder de naleving van de specifieke procedure van de handelshuurwet. Indien de bepaling zou beperkt worden tot arbeidsovereenkomsten, zou men a contrario kunnen redeneren dat voor de beëindiging van alle andere overeenkomsten naar aanleiding van een faillissement de bijzondere formaliteiten en procedures wel moeten vervuld worden door de curator. De spreker kan zich vinden in de amendementen nrs. 2 en 4 maar zal nader onderzoeken of er in de toekomst geen uitbreiding mogelijk is naar alle overeenkomsten op basis van de rechtspraak van het Hof van Cassatie.».*

de remplir les formalités et procédures particulières applicables en cas de résiliation de contrats autres que des contrats de travail, par exemple, les baux à loyer, les contrats de leasing ou les conventions de concession».

L'auteur de l'amendement n° 2 répondit alors que c'était par erreur que le champ d'application de cet amendement avait été étendu à tous les contrats et proposa un amendement n° 4<sup>34</sup>, à savoir un sous-amendement à l'amendement n° 2, tendant à insérer, dans les alinéas 1<sup>er</sup> et 2 de l'amendement n° 2, les mots «de travail» après le mot «contrat».

Un autre parlementaire<sup>35</sup> ayant jugé «superflue» la modification proposée de l'article 46 de la loi sur les faillites, ainsi limitée aux contrats de travail, il fut demandé au représentant de la vice-première ministre et ministre de la Justice si le gouvernement n'avait pas l'intention d'étendre le champ d'application de cette disposition à tous les contrats.

La réponse qui fut donnée est particulièrement intéressante :

*«Le représentant de la vice-première ministre et ministre de la Justice répond qu'il existait un accord politique pour étendre le champ d'application de la disposition à l'ensemble des contrats, dès lors que l'article 46 actuel de la loi sur les faillites traite également de tous les contrats. La Cour d'arbitrage a récemment estimé que, lorsque, dans le cadre d'une faillite, un curateur met fin à un contrat de bail commercial sans respecter la procédure spécifique prévue dans la loi sur les baux commerciaux, il ne viole pas la Constitution. Si on limitait la disposition aux contrats de travail, on pourrait a contrario faire le raisonnement suivant: lors de cessation de tous les autres contrats à la suite d'une faillite, le curateur est bel et bien tenu de respecter les formalités et procédures spécifiques. L'intervenant acquiesce aux amendements n°s 2 et 4, mais approfondira la possibilité d'étendre à l'avenir la disposition à tous les contrats sur la base de la jurisprudence de la cour de cassation.».*

<sup>34</sup> DOC 51 1541/004.

<sup>35</sup> Mevrouw Liesbeth Van der Auwera (CD&V).

<sup>34</sup> Doc. Parl. Ch. n° 51 1541/004

<sup>35</sup> Mme Liesbeth Van der Auwera (CD&V).

Uit dit antwoord kunnen twee vaststellingen worden onthouden:

1. volgens de vertegenwoordiger van de minister van Justitie zou er een «politiek akkoord» hebben bestaan om de aldus aan de curator overgedragen bevoegdheid om bestaande arbeidsovereenkomsten te ontbinden, zonder dat die curator hoeft te voldoen aan de vervulling van «de bijzondere formaliteiten en procedures» die van toepassing zijn op de ontbinding van die overeenkomsten, ook zou gelden voor «alle overeenkomsten»; dat akkoord zou «in de toekomst» vorm kunnen krijgen door een aanpassing van artikel 46 van de faillissementswet; en

2. bij die stand van zaken werd, nadat dit specifieke punt werd aangesneden tijdens de parlementaire bespreking, niettemin beslist de strekking van artikel 46, § 2 (nieuw), eerste lid, uitdrukkelijk te beperken tot de arbeidsovereenkomsten, zodat volgens de vertegenwoordiger van de minister zelf men a contrario zou kunnen redeneren «dat voor de beëindiging van alle andere overeenkomsten [dan de arbeidsovereenkomst] naar aanleiding van een faillissement de bijzondere formaliteiten en procedures wel moeten vervuld worden door de curator».

Het zal de verantwoordelijkheid blijven van de vertegenwoordiger van de minister van Justitie in verband met zijn verklaring over het vermeende bestaan van een politiek akkoord om de aan de curator overgedragen bevoegdheid om bestaande overeenkomsten te beëindigen, zonder dat hij hoeft te voldoen aan de vervulling van de «bijzondere formaliteiten en procedures» die van toepassing zijn op die overeenkomsten, ook te doen gelden voor alle overeenkomsten, wat (zo veronderstellen wij) op een misverstand berust.

De minister heeft in elk geval nooit een voorstel in die zin geformuleerd en er is, a fortiori, in dat opzicht nooit een wetswijziging geweest.

De uitermate dienstige preciseringen van die vertegenwoordiger van de minister in verband met de gevolgen van het in commissie eenparig aangenomen amendement nr. 4 hebben daarentegen de verdienste de uitlegging van de wet te verduidelijken over, wat nauwelijks drie jaar geleden en wat als dusdanig ook zo is gebelevend, de wil van de wetgever is, namelijk niet af te wijken van de traditionele lezing van de vaste regel die artikel 46, eerste paragraaf, is geworden.

On retiendra deux constatations suite à cette intervention:

1. selon le représentant de la ministre de la Justice, il aurait existé un «accord politique» pour étendre à l'«ensemble des contrats» le pouvoir ainsi conféré au curateur de résilier les contrats de travail en s'affranchissant de l'accomplissement des formalités et procédures particulières applicables à la résiliation de ces contrats, lequel accord aurait pu se traduire «à l'avenir» par une adaptation de l'article 46 de la loi sur les faillites; et

2. en l'état, et après discussion sur ce point précis lors des débats parlementaires, il a néanmoins été décidé de limiter expressément la portée de l'article 46, § 2, nouveau, alinéa 1<sup>er</sup>, aux contrats de travail, de telle sorte que, selon le représentant de la ministre elle-même, l'argument a contrario pourrait être fait que «lors de cessation de tous les autres contrats [que le contrat de travail] à la suite d'une faillite, le curateur est bel et bien tenu de respecter les formalités et procédures spécifiques».

On laissera au représentant du ministre de la Justice la responsabilité de sa déclaration sur la prétendue existence d'un accord politique pour étendre à l'ensemble des contrats le pouvoir conféré au curateur de mettre fin aux contrats de travail en s'affranchissant de l'accomplissement des formalités et procédures particulières applicables à ces contrats, laquelle, suppose-t-on, résulte d'un malentendu.

Aucune proposition en ce sens n'a en tout cas jamais été formulée par la suite par la ministre et, a fortiori, aucune modification légale n'est intervenue à cet égard.

En revanche, les précisions que ce représentant a très utilement apportées sur les conséquences de l'accord intervenu en commission sur l'amendement n° 4 ont le mérite d'éclairer l'interprète de la loi sur ce qu'était, il y a trois ans à peine et telle qu'elle est demeurée, la volonté du législateur, à savoir ne pas s'écarter de l'interprétation traditionnelle de la règle déposée à ce qui est devenu le premier paragraphe de l'article 46.

Jammer genoeg heeft het Hof van Cassatie zich bij zijn uitlegging van de wet niet gebogen over die werkzaamheden; het arrest van 10 april 2008 verwijst er nergens naar.

Il est regrettable que, dans son travail d'interprétation de la loi, la Cour de cassation ne se soit pas penchée sur ces travaux, auxquels son arrêt du 10 avril 2008 ne fait aucune référence.

David CLARINVAL (MR)  
Kattrin JADIN (MR)  
Carine LECOMTE (MR)  
Olivier HAMAL (MR)

## WETSVOORSTEL

### Artikel 1

Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet.

### Art. 2

Artikel 46, § 1, eerste lid, van de faillissementswet van 8 augustus 1997 wordt gelezen als volgt:

1. de curatoren mogen aan die overeenkomsten geen einde maken dan conform de toepasselijke wettelijke en contractuele bepalingen;

2. de beslissing om een lopende overeenkomst niet uit te voeren, ontnemt de partij die de overeenkomst met de failliet gegane onderneming heeft gesloten, niet de rechten die zij uit die overeenkomst haalt.

24 april 2008

## PROPOSITION DE LOI

### Article 1<sup>er</sup>

La présente loi règle une matière visée à l'article 78 de la Constitution.

### Art. 2

L'article 46, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites est interprété en ce sens que:

1. les curateurs ne peuvent mettre fin à ces contrats qu'en se conformant aux dispositions légales et contractuelles applicables;

2. la décision de ne pas exécuter un contrat en cours ne prive pas la partie qui a contracté avec le failli des droits qu'elle puise dans ce contrat.

24 avril 2008

David CLARINVAL (MR)  
Kattrin JADIN (MR)  
Carine LECOMTE (MR)  
Olivier HAMAL (MR)