



Du concordat judiciaire à la continuité des entreprises

Commentaire du projet de loi relatif à la continuité des entreprises



Resumé

Ce projet de loi, destinée à se substituer à la loi relative au concordat judiciaire, a été inscrit en seconde lecture à l'agenda du Conseil des ministres du 12 janvier 2007. La ministre de la Justice entend le déposer à la Chambre sous le bénéfice de l'urgence de manière à ce qu'il puisse encore être promulgué avant la fin de la législature. Compte tenu d'un désaccord persistant sur son article 51, relatif aux droits des travailleurs, l'approbation du projet a cependant été reportée.

Le projet innove en ce qu'il donne à l'entreprise en difficulté, dès le début de ses difficultés, plusieurs possibilités pour redresser la barre. L'entreprise ne se retrouve plus devant le choix binaire du concordat ou de la faillite, mais a, au contraire, une pluralité d'options qui iront de systèmes très libres, comme l'accord amiable, éventuellement recherché et conclu à l'aide d'un médiateur d'entreprise, à des systèmes plus contraignants. Ce qui, dans la procédure de réorganisation judiciaire par accord collectif (l'ancien concordat), frappe le plus est la disparition du commissaire au sursis et la réapparition du juge délégué. La procédure est par ailleurs simplifiée et clarifiée. Le projet consacre aussi l'évolution de la Cour de cassation en ce qui concerne les droits des créanciers, notamment dans le domaine des sûretés issues de la pratique. La présente contribution donne un aperçu du projet de loi et le situe dans le contexte actuel du droit mouvant de l'insolvabilité.

Table des matières

Introduction	1
Titre premier – dispositions générales	17
Titre II – la collecte de données et l’enquête commerciale	23
Titre III – l’accord amiable	29
Titre IV – la réorganisation judiciaire	32
Titre V – dispositions diverses	74
Titres VI et VII – dispositions pénales et dispositions modificatives	75
Titre VIII – dispositions abrogatoires et transitoires	75
Conclusion	76

For further information
please contact

Alain Zenner
Bastion Tower
Place du Champ de
Mars/Marsveldplein 5
1050 Brussels

T + 32 2 504 71 97

F + 32 2 404 71 97

E alain.zenner@freshfields.com

W freshfields.com

This report was prepared for the attendees of the insolvency seminars on the draft law on the continuity of undertakings organised by our Brussels office in January 2007 with the participation of Geert Verhoeven, Chris Sunt, Vincent Macq, Charles-Antoine Leunen and Alain Zenner.

The Dutch and French language versions of the draft law, the legislative commentary and this report can be downloaded from www.freshfields.com/practice/finance/publications/en.asp.

This material is for general information only and is not intended to provide legal advice.

©Freshfields Bruckhaus Deringer 2007

Introduction

De l'aphasie du législateur à sa logorrhée...

- 1 A quelques retouches près (non dénuées d'intérêt !), la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis et les lois coordonnées du 25 septembre 1946 sur le concordat judiciaire avaient longtemps paru immuables, jusqu'à ce que, après moult projets de réforme, entrent en vigueur, le 1er janvier 1998, la loi relative au concordat judiciaire du 17 juillet 1997 et celle sur les faillites du 8 août 1997. Plaignant avec humour la doctrine belge commentant des réformes qui ne voyaient pas le jour, M. Paul Martens observait à l'époque que « *Les commercialistes de pays voisins ne sont pas plus heureux que leurs collègues belges mais pour une autre raison : là, la loi fut si souvent changée que les manuels qui se sont hasardés à sortir sont passés de la presse au pilon : pour les faiseurs de traités, la logorrhée du législateur n'est pas moins funeste que son aphasie* »¹ ! L'œuvre nouvelle du législateur belge, se demandait-il, serait-elle plus stable que celle de ses homologues voisins ?
- 2 Pour l'essentiel, la réglementation nouvelle sur les faillites a tenu bon jusqu'ici, encore que la succession des dispositions qui l'ont modifiée directement ou indirectement donne le vertige² : rien qu'en 2005, on a compté huit modifications législatives au moins !

On évoquera à ce titre les « lois de réparation », comme la loi du 27 mai 1998³ qui a aligné la compétence territoriale du tribunal de commerce en matière de dépistage et de concordat sur celle établie en matière de faillite, la loi du 12 mars 2000⁴ interprétant l'article 101, alinéa 3, L.F. relatif à l'exercice du droit de revendication des biens détenus par le failli, la loi du 4 septembre 2002⁵ qui a modifié une première fois les conditions d'octroi de l'excusabilité, ses effets et la procédure y relative, ouvert aux créanciers l'action en comblement de passif et apporté de nombreuses autres

¹ In A. Zenner, *Dépistage, faillites et concordats*, Larcier, 1998, p. 9. Les modifications à la législation de 1851 y sont rapportées au n° 52 et les projets de réforme auxquels il est fait référence y sont commentés aux n° 59 à 73.

² Le terme est employé par C. Alter dans son compte rendu de l'ouvrage *La faillite* de Fr. T'Kint et W. Derijcke, J.T., 2006, p. 776.

³ Loi du 27 mai 1998 modifiant l'article 631 du Code judiciaire et les articles 5, 6 et 7 de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire, *Mon. b.* du 18 juillet 1998, p. 23669.

⁴ Loi du 12 mars 2000 portant interprétation de l'article 101, alinéa 3, L.F., *Mon. b.* du 7 avril 2000, p. 10945.

⁵ Loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire et le Code des sociétés, *Mon. b.* du 21 septembre 2002, p. 42928.

retouches, notamment – une nouvelle fois – en matière de revendication⁶, les articles 59 à 64 de la loi-programme du 8 avril 2003⁷ tendant à faciliter le paiement de leurs créances aux travailleurs, les lois du 2 février⁸ et du 20 juillet 2005⁹ instaurant un nouveau régime d’excusabilité du failli et de décharge de son conjoint et de ses sûretés personnelles, la loi du 15 juillet 2005¹⁰ complétant l’article 10 L.F. quant aux données à fournir lors de l’aveu de la faillite et insérant un paragraphe 2 à l’article 46 L.F. pour préciser les modalités de résiliation par le curateur des contrats de travail en cours au moment de la déclaration de faillite et faciliter le paiement d’avances aux travailleurs, la loi du 6 décembre 2005¹¹ modifiant les articles 67 à 69 L.F. relatifs à la procédure de déclaration et de vérification des créances et la loi du 23 décembre 2005¹² complétant l’article 27, alinéa 1, L.F. pour permettre aux membres de l’assemblée générale du tribunal de commerce de voter par procuration sur les demandes d’inscription sur la liste des curateurs.

Diverses modifications, parfois très importantes, sont le fruit de lois particulières, comme les lois des 2 juin 1998, 10 janvier 1999 et 10 février 1999 modifiant l’arrêté royal n° 22¹³, la loi du 26 juin 2002 relative aux fermetures d’entreprises¹⁴, la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières¹⁵, qui a notamment consacré la compensation conventionnelle

⁶ Voy. A. Zenner, *La réforme de la réforme et sa pratique*, coll. du J.T., Larcier, 2003, n° 12 et s.

⁷ Chapitre IV du titre IV de la loi-programme du 8 avril 2003, portant exécution du volet social des recommandations de la commission d’enquête parlementaire sur la faillite de la Sabena, *Mon. b.* du 17 avril 2003, p. 19436.

⁸ Loi du 2 février 2005 modifiant l’article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, *Mon. b.* du 21 février 2005, p. 6435.

⁹ Loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites et portant des dispositions fiscales diverses, *Mon. b.* du 28 juillet 2005, p. 33411.

¹⁰ Loi du 15 juillet 2005 visant à compléter les articles 10 et 46 de la loi du 8 août 1997, *Mon. b.* du 1er août 2005, p. 33848.

¹¹ Loi du 6 décembre 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites en ce qui concerne la procédure de vérification des créances, *Mon. b.* du 22 décembre 2005, éd. 2, p. 55280.

¹² Loi du 23 décembre 2005 portant des dispositions diverses, *Mon. b.* du 30 décembre 2005, p. 57301.

¹³ Loi du 2 juin 1998 modifiant l’arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934, *Mon. b.* du 22 août 1998, p. 27008 ; loi du 10 janvier 1999 relative aux organisations criminelles, *Mon. b.* du 26 février 1999, p. 5812 ; loi du 10 février 1999 relative à la répression de la corruption, *Mon. b.* du 23 mars 1999, p. 9281.

¹⁴ Loi du 26 juin 2002 relative aux fermetures d’entreprises *Mon. b.* du 9 août 2002, p. 34537.

¹⁵ Loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, *Mon. b.* du 1 février 2005, éd. 2, p. 2961.

et la clause résolutoire nonobstant toute procédure d'insolvabilité et écarté dans certains cas la règle dite de l' « heure zéro » ou, en matière fiscale ou sociale l'article 50 de la loi du 22 décembre 1998¹⁶ qui remplace l'article 442bis C.I.R. 92 relatif à l'opposabilité au fisc de la cession d'un fonds de commerce et à la responsabilité solidaire du cessionnaire pour les dettes fiscales non apurées du cédant, l'article 334 de la loi-programme du 27 décembre 2004¹⁷ qui permet au fisc de se prévaloir de la compensation à l'égard des contribuables¹⁸, la loi du 7 avril 2005¹⁹ tendant à accélérer la restitution de la TVA payée sur les créances perdues, et les articles 16 et 56 à 59 de la loi-programme du 20 juillet 2006²⁰ instaurant un régime particulier de responsabilité des administrateurs ou gérants en cas de non-paiement du précompte professionnel, de la TVA ou des cotisations sociales.

Des procédures d'insolvabilité particulières ont été par ailleurs instituées pour les établissements de crédit et les entreprises d'assurances par la loi du 6 décembre 2004²¹.

Le régime des privilèges et hypothèques a lui aussi subi diverses modifications, qu'il serait fastidieux d'énumérer toutes ici. S'agissant des créances sociales, on attirera cependant l'attention sur l'évolution de l'étendue des droits des travailleurs²² ainsi que sur les articles 112 et 113 de

¹⁶ Loi du 22 décembre 1998 portant des dispositions fiscales et autres, *Mon. b.* du 15 janvier 1999, p. 1157.

¹⁷ Loi-programme du 27 décembre 2004, *Mon. b.* du 31 décembre 2004, éd. 2, p. 87607 et erratum, *Mon. b.* du 18 janvier 2005.

¹⁸ Voy. E. Van den Haute en M.D. Weinberger, "L'article 334 de la loi-programme du 27 décembre 2004 : entre compensation et voie d'exécution", *Annuaire du Crédit*, 2005, p. 229.

¹⁹ Loi du 7 avril 2005 modifiant l'arrêté royal n° 4 du 29 décembre 1969 relatif aux restitutions en matière de taxe sur la valeur ajoutée, la loi du 8 août 1997 sur les faillites et le Code des impôts sur les revenus 1992, en vue d'assurer un traitement fiscal plus équitable aux créanciers dans le cadre d'un concordat judiciaire ou d'une faillite, *Mon. b.* du 20 avril 2005, p. 17934.

²⁰ Loi-programme du 20 juillet 2006, *Mon. b.* du 28 juillet 2006, p. 36921.

²¹ Loi du 6 décembre 2004 modifiant, notamment, en matière de procédures d'insolvabilité, la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances, *Mon. b.* du 28 décembre 2004, p. 85856.

²² Notamment en ce qui concerne la notion de rémunération au regard de l'article 19, 3^obis, L.H., le calcul des intérêts que cette rémunération porte de plein droit depuis la modification de l'article 10 de la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération par l'article 82 de la loi du 26 juin 2002, l'inclusion des cotisations d'assurance-groupe dans le calcul des pécules de vacances et de départ, l'extension du privilège des travailleurs aux indemnités complémentaires de prépension et aux indemnités pour licenciement abusif, la qualification des participations des travailleurs aux bénéficiaires de l'entreprise et des stock options et les interventions du Fonds de fermeture. Sur ces questions, voy. P. Cavenaile, « Quelques règles nouvelles de droit social en matière de faillite et de concordat », *Droit de la faillite : Actualités 2005*, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 2005, [p. 201], n° 12, p. 222.

la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses²³ et les articles 44 à 48 de la loi du 19 juillet 2005²⁴ portant des dispositions diverses relatives à la concertation sociale, des dispositions qui ont pour effet d'étendre les garanties conférées par l'article 19, alinéa 1^{er}ter, L.H. et d'octroyer aux organismes percepteurs de cotisations de sécurité sociale des droits analogues à ceux du fisc en matière d'hypothèque légale et d'opposabilité de toute cession ou constitution de certains droits sur des biens qui permettent de retenir une clientèle (comme un fonds de commerce)²⁵.

Enfin notre droit international privé de l'insolvabilité a été remanié en profondeur avec l'adoption du règlement (C.E.) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité²⁶ et du Code de droit international privé²⁷ dont le chapitre XI (articles 116 à 121) est consacré aux faillites, concordats et autres procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur et dont l'article 138 modifie l'article 3 L.F.

L'internationalisation exponentielle qu'a connue le droit de l'insolvabilité ces dix dernières années a par ailleurs déposé sa marque sur les esprits et a contribué à clarifier un certain nombre de controverses sur les droits des créanciers. Cette évolution ne peut qu'être applaudie. Rappelons qu'en des temps où l'insolvabilité est une donnée fréquente, l'objectif ne doit plus être le partage égal entre créanciers des pertes de leur débiteur, mais l'octroi de chances égales aux entreprises pour se prémunir elles-mêmes, ainsi que leurs travailleurs et leurs créanciers, des conséquences préjudiciables de la défaillance de leurs débiteurs. Le projet de loi relative à la continuité des entreprises est empreint de ce changement de philosophie, que son exposé des motifs consacre d'ailleurs expressément.

L'échec du concordat

- 3 De la réforme du concordat, en revanche, il est vite apparu qu'elle manquerait son objectif. La loi relative au concordat judiciaire péchait par son excès d'ambition ; c'est d'ailleurs dès l'examen du projet qu'un nombre de parlementaires avaient manifesté leur scepticisme et déclaré souhaiter

²³ Loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, *Mon. b.* du 29 juillet 2005, p. 33804.

²⁴ Loi du 19 juillet 2005 portant des dispositions diverses relatives à la concertation sociale, *Mon. b.* du 19 juillet 2005, p. 32681.

²⁵ Ne sont pas soumises aux dispositions en cause les opérations réalisées par un curateur, un commissaire au sursis ou dans le cadre d'une opération de fusion, de scission, d'apport d'une universalité de biens ou d'une branche d'activité réalisée conformément aux dispositions du Code des sociétés. Il n'y a donc pas de régime de faveur pour les réalisations d'actif d'autres mandataires, comme les liquidateurs.

²⁶ La liste des procédures d'insolvabilité visées par le Règlement a été dernièrement modifiée par le Règlement du Conseil (EC) n° 694/2006 (*J.O.* du 6 mai 2006, L. 121/1).

²⁷ Loi du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé, *Mon. b.* du 27 juillet 2004, p. 57344.

éviter « toute euphorie excessive »²⁸. Constaté dès son entrée en vigueur, le caractère décevant de la réforme de 1997 s'est vite confirmé.

En cause : les appréhensions liées aux réactions des partenaires commerciaux de l'entreprise, particulièrement en cas de médiatisation de la demande, le coût des procédures, l'atteinte excessive aux droits des principaux créanciers (ceux-là mêmes dont le concours était sollicité pour redresser la barre !), le risque d'un transfert forcé de l'entreprise, les aléas fiscaux et aussi, selon d'aucuns... la méconnaissance, par les entreprises et leurs conseils, des possibilités qu'offrirait le concordat. S'ajoutait à cela l'institution de la fonction boiteuse de commissaire au sursis : « *Il ne fait pas de doute, écrivait à l'époque un spécialiste, que les attentes qui se dégagent à son endroit sont telles que ses qualifications requerront une formation associant analyses comptable et financière, gestion humaine, médiations et négociations, sans oublier quelque nécessaire bagage de base. Et la question est de savoir qui acceptera dans ces conditions d'assumer un rôle, certes passionnant, mais qui pourrait peut-être souvent relever du sacerdoce* »²⁹. L'attitude des créanciers institutionnels, en particulier de l'ONSS³⁰ menant une guerre de tranchées qu'il poursuivait en vain jusqu'à la Cour de cassation³¹ et la Cour d'arbitrage³², ne contribua pas à la réussite de la procédure concordataire³³.

²⁸ A. Zenner, *Dépistage, faillites et concordats*, n° 1210.

²⁹ Yves Dumon et H. Stranart, « Le concordat judiciaire – Loi du 17 juillet 1997 », *J.T.*, 1997, p. 849 et s., sp. p. 874.

³⁰ Voy. notamment Liège, 17 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1363 et note N. Thirion. L'O.N.S.S. mettait en cause un plan réduisant de 75% les créances autres que celle d'un créancier hypothécaire et d'un lessor. Mais sa créance était limitée à 2.913 francs, de sorte que l'enjeu financier réel du débat s'élevait à 54,16 ! En le déboutant, la cour a condamné l'Office à 1.000 euros de dommages et intérêts pour appel téméraire et vexatoire :

« ... s'il ne peut être reproché à l'O.N.S.S. de n'avoir pas admis le principe d'une réduction de sa créance et d'avoir soumis la thèse qu'il défendait à l'appréciation des premiers juges, par contre, il doit lui être fait grief de poursuivre le litige alors que le sursis définitif est actuellement expiré et que l'enjeu économique réel du débat s'élève à ... 54,16 euros ... cet acharnement procédural est totalement injustifié ... l'avantage recherché, la faillite (du débiteur), est disproportionné ... Que l'appel reste un droit mais qu'en poursuivant le procès au-delà des limites du raisonnable, l'appelant a abusé de son droit de défense et causé un dommage important au premier intimé et à sa famille qui ont dû vivre pendant plus de deux années sous la menace de voir compromis les efforts qu'ils ont entrepris pour redresser et poursuivre leur activité commerciale... ».

³¹ Cass., 18 février 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 1303 et note I. Boone et A. Bossuyt.

³² Arrêt n°113/2003 du 17 septembre 2003 ; voy. A. Meulder, « La déclaration de créance par le créancier concordataire : obligation ou faculté ? L'ONSS ou la force de l'inertie », note sous *Comm. Nivelles*, 25 mai 2005, *R.D.C.*, 2006, p. 857.

³³ D'où cette belle métaphore de N. Thirion (« L'égalité et le droit commercial : un rapport à géométrie variable », obs. sous Liège, 17 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1363 et s., sp. p. 1367) : « En matière de concordat judiciaire, l'Etat semble affecté du syndrome de la chauve-souris (« voyez mes oreilles : je suis rat ; voyez mes ailes : je

Le tribunal de commerce de Bruxelles pointa aussi du doigt « l'insécurité juridique due aux lacunes de la loi donnant parfois lieu à des interprétations divergentes (qui) n'incitent probablement pas les conseils des entreprises à leur proposer d'y recourir, sauf lorsque ces entreprises n'ont plus rien à perdre, la faillite étant leur seule alternative »³⁴.

Plus fondamentalement a été mise en cause l'ambiguïté du concordat judiciaire : dans l'esprit des auteurs le projet de loi n'aurait eu d'autre objectif que de permettre un moratoire, mais il aurait été dénaturé aux cours des travaux parlementaires et ensuite par la doctrine et la jurisprudence en le rapprochant de l'ancien concordat préventif, notamment en recourant à la notion du concours³⁵.

Il demeure que la loi du 17 juillet 1997 a pu contribuer à restructurer certaines entreprises importantes et à les sauvegarder ainsi en tout ou en partie – comme Hoogovens-Boel à la Louvière, ce qui mérite d'être salué même si le résultat global est loin de répondre aux attentes démesurées des initiateurs du projet.

Vers un nouveau projet

- 4 C'est dans ces conditions que la FEB fut invitée par Mme Laurette Onkelinx, ministre de la Justice, à mettre sur pied, début 2004, un groupe de travail multidisciplinaire chargé d'identifier les carences de la loi et de proposer des pistes pour y remédier. Composé de magistrats professionnels, de juges consulaires, de professeurs d'université, d'avocats, de réviseurs d'entreprise, d'experts-comptables et de chefs d'entreprise, ce très large groupe de travail déposa son rapport en octobre 2004, en mettant en exergue l'identification tardive des difficultés d'entreprises, l'insuffisance des instruments procéduraux pour leur redressement, le manque d'information sur le concordat judiciaire, le lourd passif social... Il soulignait aussi une série de lacunes, sources d'insécurité juridique. Le groupe de travail entendait pallier

sous oiseau ») : revêtu des oripeaux scintillants du législateur, il érige le redressement et le sauvetage des entreprises en difficulté au rang de principe cardinal, fût-ce au prix du sacrifice, au moins partiel, des créanciers ; au contraire, paré des attributs, d'apparence plus terne, de l'administration, en particulier sociale et fiscale, il est le plus souvent enclin à s'opposer aux propositions du débiteur, au risque de faire échouer, par son intransigeance, la procédure concordataire ». *Adde* pour les références à des interventions dans le même sens lors de la discussion de la réforme de 1997 en commission parlementaire : A. Zenner, *Dépistage, faillites et concordats*, n° 1316.

³⁴ *Rapport sur le fonctionnement de la juridiction – Année 2000, 2002*, p. 19.

³⁵ Dans une contribution publiée récemment, M. Verougstraete, qui a joué un rôle déterminant dans la rédaction de l'avant-projet de loi « relatif à l'accord et au sursis de paiement », devenu « loi relative au concordat judiciaire », écrit (traduction) : « Le concordat judiciaire, qui avait une structure transparente et des objectifs simples, a déraillé. Que la loi deviendrait la victime d'accidents fut inscrit d'avance le jour où le Parlement décida que le projet de loi qui portait à l'origine le nom de « sursis de paiement » (c'est-à-dire un simple moratoire) serait rebaptisé en projet de loi relatif au « concordat judiciaire » : « Insolventierecht : op zoek naar rationaliteit », Gandaius, *Insolventierecht 2004-2005*, XXXIste postuniversitaire cyclus Willy Delva, Kluwer, Malines, 2006, n° 16, p. 577.

le problème des coûts en envisageant une procédure à deux vitesses : elle serait moins onéreuse pour les PME que pour les grandes entreprises. Son rapport suggérait encore de promouvoir la possibilité de conclure un accord amiable entre le débiteur et certains créanciers en dehors de toute procédure judiciaire, tout en veillant à garantir les droits des tiers. Enfin il invitait aussi à un changement d'attitude envers le concordat, en mettant en contraste l'image négative dont, toujours perçu comme l'antichambre de la faillite, il souffrait chez nous alors qu'aux Etats-Unis les entreprises adoptent une attitude bien plus positive à l'égard des restructurations.

Sur cette base la ministre de la Justice chargea en novembre 2005 un groupe d'experts restreint, dirigé par M. Ivan Verougstraete, Président de la Cour de cassation, de rédiger un avant-projet de loi. Cet avant-projet fut adopté par le Gouvernement en première lecture le 12 juillet 2006. Après avoir été légèrement remanié par le groupe d'experts en fonction d'un avis du Conseil d'Etat du 18 septembre 2006, très positif dans son ensemble, il devait être adopté rapidement en seconde lecture pour être déposé à la Chambre sous le bénéfice de la procédure d'urgence prévue à l'article 80 de la Constitution et être voté avant la fin de la législature en cours.

Compte tenu de réticences syndicales à l'égard de l'article 51 du projet de loi, relatif aux obligations des repreneurs à l'égard des travailleurs de l'entreprise dont est ordonné le transfert sous autorité de justice, le Conseil national du travail a rendu le 21 novembre 2006 un avis partagé sur la question³⁶, ce qui a amené la ministre de la Justice à proposer une nouvelle version de cet article, à vrai dire susceptible de remettre en cause l'issue du projet. Ainsi modifié le projet a été inscrit à l'agenda du Conseil des ministres du 12 janvier 2007 mais son approbation est tenue en suspens en attendant un accord sur l'article 51 précité entre organisations représentatives des employeurs et des travailleurs. Tenant compte de l'avis du Conseil d'Etat trois autres amendements aux articles 25, 26 et 60 du projet ont été proposés lors des réunions préparatoires des groupes de travail inter-cabinets.

³⁶ Avis n° 1.578.

Les grands traits du projet

- 5 Voici brossés en résumé les grands traits de la loi nouvelle en projet :
- Elle maintient pour l'essentiel les règles antérieures en matière de dépistage et d'enquêtes commerciales (Titre II, articles 6 à 10).
 - Elle consacre et simplifie l'intervention de mandataires de justice dans les entreprises en difficulté (Titre V, articles 60 et 61).
 - Elle facilite la conclusion par le débiteur en difficulté d'un accord amiable avec certains créanciers, en excluant la remise en cause de l'accord sur la base des articles 17, 2^o, et 18 L.F. (Titre III, article 11), en simplifiant l'octroi de délais de paiement par le juge (article 33, alinéa 2) et en permettant la désignation d'un médiateur d'entreprise (article 10, § 2).
 - Elle propose trois voies de réorganisation judiciaire, susceptibles d'être parcourues tour à tour dans le cadre de la même procédure ou même concomitamment pour des activités distinctes, à savoir la réorganisation par accord amiable sous supervision judiciaire, la réorganisation par accord collectif qui correspond à l'ancien concordat, et la réorganisation par transfert sous autorité de justice, remanie profondément l'ancienne procédure concordataire (en prévoyant un tronc commun pour les trois voies et des dispositions spécifiques à chacune d'elles) et amplifie largement l'encadrement légal du transfert (Titre IV, articles 12 à 59).

« Le projet, est-il observé à l'exposé des motifs, innove en ce qu'il donne à l'entreprise en difficulté, dès le début de ses difficultés, plusieurs possibilités pour redresser la barre. L'entreprise ne se retrouve plus devant le choix binaire du concordat ou de la faillite, mais a, au contraire, une pluralité d'options qui iront de systèmes très libres à des systèmes plus contraignants ».

Ce qui, dans la procédure de réorganisation judiciaire par accord collectif, frappe le plus est la suppression de la fonction de commissaire au sursis et la réapparition de celle de juge délégué, dont on espère qu'il pourra contribuer au succès de la procédure. Il aura pour mission d'instruire le dossier, de faire rapport au tribunal et de veiller à l'application de la loi, sans s'immiscer dans la gestion de l'entreprise : sauf dans l'hypothèse exceptionnelle de son remplacement par un administrateur provisoire (une situation qui était déjà possible sous le régime antérieur), le débiteur maintiendra sa pleine capacité d'administration et de disposition. S'il le demande ou pour autant qu'il y consente, il pourra cependant lui être adjoind un médiateur d'entreprise ou un mandataire de justice chargé de l'assister.

Une autre innovation frappante est la suppression de l'assimilation de l'administration des impôts aux créanciers bénéficiant de sûretés réelles ou de privilèges particuliers et des créanciers propriétaires pour ce qui concerne les mesures susceptibles d'être portées dans le plan de réorganisation.

Simplifications

- 6 La loi en projet comporte des simplifications significatives par rapport au régime actuel :
- la communication du dossier d'enquête commerciale au procureur du Roi lorsque les conditions de la faillite paraissent réunies devient facultative (article 10, § 6) ;
 - la prohibition pour le juge enquêteur de participer à une procédure de faillite concernant le même débiteur est étendue à toute procédure de réorganisation ou de liquidation judiciaire (article 10, § 7) ;
 - les possibilités de recours à la procédure de réorganisation sont élargies en ramenant ses conditions au minimum, tout en veillant à éviter les abus en prohibant l'introduction de deux procédures consécutives à moins de trois ans de délai (article 13) ;
 - la faculté reconnue au procureur du Roi de solliciter l'ouverture de la procédure est supprimée (commentaire de l'article 14) ;
 - l'usage de l'informatique, plutôt que de la correspondance, est favorisé en permettant au juge-délégué de dispenser le débiteur de toute communication individuelle en faveur de mesures de publicité équivalentes (article 16, alinéa 5) et de décider que le dossier de la procédure sera accessible à distance (article 21, alinéa 4) ;
 - le recours contre le rejet d'une demande d'ouverture d'une procédure de réorganisation et contre le refus de l'homologation d'un plan de réorganisation fait l'objet de dispositions dérogatoires du droit commun pour accélérer la procédure (articles 20 et 46) ;
 - l'inopposabilité des conditions résolutoires pour cause de concordat est supprimée (commentaire de l'article 26) ;
 - le débiteur peut renoncer à sa demande à tout stade de la procédure si celle-ci n'est plus utile (article 30) ;
 - le tribunal de la réorganisation est compétent pour l'octroi de délais de paiement par application de l'article 1244 du Code civil (article 33, alinéa 2) ;
 - la procédure de déclaration et de vérification des créances est allégée (articles 35 et s.) ;
 - le délai d'exécution du plan de réorganisation est porté de deux à cinq ans (article 42) ;
 - la possibilité pour le tribunal de déclarer d'office la faillite en cas d'échec de la tentative de réorganisation est supprimée (commentaire de l'article 48) ;
 - les bénéfices provenant de moins-values actées par le débiteur sur des éléments du passif suite à l'homologation du plan de réorganisation ou suite à la constatation d'un accord amiable sont exonérés de l'impôt sur les revenus (article 48bis C.I.R. 1992 y inséré par l'article 71, § 3).

Clarifications

- 7 Plusieurs questions controversées jusqu'ici sont aussi clarifiées par la loi en projet :
- les créances susceptibles d'être touchées par le sursis et le plan de réorganisation sont soigneusement définies (articles 2 c) et 22) ;
 - il en va de même de la notion de créancier-propriétaire (article 2 f) ;
 - les conditions auxquelles un tiers qui se présente au tribunal peut être tenu pour partie à la procédure de réorganisation sont précisées (article 4, alinéas 5 et 6) ;
 - il est spécifié que la suspension de toute déclaration de faillite ou de dissolution judiciaire et celle de la réalisation forcée des biens du débiteur consécutif au dépôt de la requête en réorganisation judiciaire, opère que l'action ait été introduite ou la voie d'exécution entamée avant ou après ce dépôt (article 15) ;
 - la mesure dans laquelle les créances issues des contrats en cours sont soumises au sursis et le fait que celui-ci n'affecte pas le sort des créances gagées sont précisés (article 22) ;
 - l'exposé des motifs confirme que le sursis ne fait pas obstacle à la compensation (commentaire des articles 24-25) ;
 - il est confirmé que le sursis ne fait pas obstacle au paiement volontaire (article 25, alinéa 1) ;
 - il est précisé que l'action directe de l'article 1798 du Code civil n'est pas entravée par l'ouverture de la procédure en réorganisation judiciaire, sauf en cas de transfert sous autorité de justice (article 25, alinéa 3) ;
 - les droits liés aux prestations effectuées pendant la procédure de réorganisation par rapport à ceux des créanciers bénéficiant de sûretés réelles ou de privilèges particuliers sont précisés (article 27) ;
 - les modalités de calcul du vote requis pour l'adoption du plan de réorganisation sont précisées (article 34).

Philosophie générale. Droits des créanciers. Sûretés issues de la pratique

- 8 Sur un plan plus général, qui dépasse celui de l'institution qui était jusqu'ici qualifiée de concordat, le trait saillant de la loi projetée réside dans la consécration des droits des créanciers, particulièrement en ce qui concerne la faculté de conception et de mise en œuvre de garanties contractuelles, une faculté que l'arrêt *Socol* de la Cour suprême du 18 février 1985 avait reconnue mais qui avait paru être remise en cause par son arrêt *Sart-Tilman* du 17 octobre 1996.

On se rappellera les éclaircissements apportés au sujet de ce dernier, qualifié d' « arrêt obscur ... qui n'a pas eu de suites », par les hauts magistrats de la Cour de cassation à l'occasion de la discussion de son rapport d'activité 2003 en commission de la Justice du Sénat, et de l'évolution de la jurisprudence de la Cour sur les droits des créanciers dans les procédures

d'insolvabilité, que l'auteur de la présente note et I. Peeters ont exposée en 2004 dans une étude sur l'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours (ou « sûretés issues de la pratique »)³⁷. Les développements intervenus depuis lors en la matière sont intéressants à connaître pour prendre la mesure de l'exposé des motifs du projet de loi relatif à la continuité des entreprises sur la philosophie de ce projet³⁸.

Dans une thèse remarquable sur la saisie de la monnaie scripturale³⁹ et à l'occasion d'un colloque bancaire organisé il y a un an⁴⁰, M. Frédéric Georges a persisté à défendre la vision extensive du principe d'égalité qui hisserait celui-ci au rang de celui de la convention-loi et a reproché aux auteurs de l'étude précitée d'en avoir cantonné les défenseurs à l'« école liégeoise ». Nous ne contesterons évidemment pas que le courant en cause, qui revendique une interprétation de l'arrêt Sart-Tilman défendue initialement par Mme Irma Moreau-Margrève, put trouver des adeptes au-delà des frontières de la Principauté⁴¹ ; il est aussi exact qu'à tout le moins un autre distingué membre de l'école liégeoise se soit distancié de cette interprétation⁴² ! Que le principe de l'égalité des créanciers puisse en certains cas faire échec à celui de l'opposabilité des conventions n'est par ailleurs pas plus contestable, puisqu'il s'agit d'un principe général qui innerve plusieurs dispositions légales⁴³, comme notamment les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire, les articles 24 à 26 L.F. relatifs à l'arrêt des poursuites individuelles, l'article 46 L.F. qui permet aux curateurs de ne pas exécuter les contrats en cours ou encore l'article 99 relatif à la répartition de l'actif de la

³⁷ A. Zenner et I. Peeters, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *J.T.*, 2004, p. 865 et 881 et « Tegenwepelijkheid van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen », *R.W.*, 2004, p. 481.

³⁸ Sur la relativité et l'opposabilité des conventions en général, voy. Cass., 29 octobre 2004, *R.D.C.*, 2006, p. 210 et note I. Demortier, « Over relativiteit en tegenstelbaarheid van overeenkomsten ».

³⁹ F. Georges, *La saisie de la monnaie scripturale*, Larcier, 2006, n° 78 et s.

⁴⁰ F. Georges, « La banque et l'égalité des créanciers dans le concours », Actes du colloque *Banque et insolvabilité* organisé le 16 mars 2006 par l'A.E.Dr.banc. et fin., n° 92 et s.

⁴¹ M. Georges cite M. Fr. Delpérée et Mme J. Siaens, « L'égalité à la rencontre du droit constitutionnel et du droit commercial », in *Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruylant, 2002, p. 299 et s., sp. p. 304. S'il est vrai que ces auteurs relayent incidemment l'interprétation en cause, ils n'en examinent cependant aucunement la pertinence, leur propos y étant étranger puisque axé sur l'égalité constitutionnelle dans le droit de la faillite.

⁴² Voy. N. Thirion, « L'égalité et le droit commercial : un rapport à géométrie variable », obs. sous Liège, 17 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1363 et s., sp. p. 1369 : « loin de constituer un principe de base de l'ordre juridique belge, au même titre que les articles 1134 et 1165 du code civil, (la règle de l'égalité des créanciers) constitue plus modestement une clé de répartition du produit de la réalisation des actifs du débiteur entre ses différents créanciers soumis à la loi du concours ».

⁴³ La formule est de M. Nicolas Thirion, dans la contribution précitée.

faillite, les articles 21 et 22 L.C.J. relatifs aux effets du sursis ou l'article 28, alinéa 2, L.C.J. qui prohibe les clauses résolutoires pour cause de demande ou d'homologation d'un concordat, l'article 190 du Code des sociétés, etc. Encore faut-il, à nos yeux, qu'une disposition légale précise impose la mise en échec de l'opposabilité la convention.

Mme Christine Biquet-Mathieu se montre elle aussi hostile à l'efficacité des mécanismes conventionnels permettant d'échapper au concours⁴⁴. Évoquant le bail de brasserie qui se trouvait à la base du litige ayant conduit à l'arrêt de cassation du 20 juin 2004 (voy. *infra*, n° 48), elle considère même qu'il se justifierait d'écarter l'opposabilité non seulement des conventions à effet réel comme les cessions fiduciaires mais aussi de toutes autres combinaisons contractuelles quelconques souscrites dans le but de se garantir en cas de faillite du débiteur, en l'occurrence ce bail de brasserie⁴⁵.

Diverses évolutions sont en revanche venues appuyer la thèse favorable à l'opposabilité des droits des créanciers à défaut de disposition légale expresse en sens contraire. En écrivant que l'adoption de la loi du 15 décembre 2004 sur les sûretés financières « malmène à plus d'un titre le principe d'égalité des créanciers en cas de concours », Mme Biquet-Mathieu reconnaît elle-même que ces évolutions plaident en faveur des mécanismes permettant aux créanciers de se prémunir contre le risque d'insolvabilité de leurs débiteurs.

Ainsi la Cour d'arbitrage a-t-elle invoqué la multiplication de ces mécanismes en dérogation à l'idéal égalitaire pour admettre le droit de compensation accordé au fisc⁴⁶.

Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 20 octobre 2005⁴⁷ il n'est plus permis de douter du fait que le principe d'égalité entre les créanciers n'est pas d'ordre public⁴⁸. Un arrêt du 27 avril 2006⁴⁹ reconnaît désormais

⁴⁴ Chr. Biquet-Mathieu, « Les sûretés », *Chroniques notariales*, 3/2006, vol. 43, p. 151 et s.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 168 : « ... Ainsi bien, pourrait-on songer en pareille hypothèse à considérer que le bail commercial étant détourné de sa finalité, il constitue en réalité une sûreté réelle extralégale dans la mesure où il permet à la brasserie d'être dans une situation plus favorable grâce à son droit au bail, cela au préjudice des autres créanciers, qui en raison de ce montage, n'auront qu'un dividende minoré. S'agissant d'une sûreté réelle extralégale, le bail ainsi consenti à la brasserie serait, en vertu du principe d'égalité des créanciers inscrit aux articles 7 et 8 de la loi hypothécaire, inopposable en cas de concours, mais alors sans qu'il soit question d'une quelconque indemnité à charge de la masse ».

⁴⁶ C.A., 19 avril 2006 (n° 54/2006), J.T., 2006, p. 701 et note précitée de F. Georges.

⁴⁷ NjW, 2006, p. 365 et obs. PC.

⁴⁸ Statuant sur une fin de non-recevoir, la Cour de cassation avait déjà décidé dans son arrêt du 9 mars 2000 (*Arr. Cass.*, 2000, n° 544, *R.W.*, 2000-2001, p. 480 et note A. De Wilde, « De positie van de koper bij faillissement van de verkoper », *R.D.C.*, 2002, p. 585 et note I. Vervoort, « Ontbinding en faillissement ») que l'égalité des créanciers est un principe de droit impératif qui peut être invoqué pour la première

l'opposabilité d'un droit de rétention « prolongé », servant de garantie « au paiement intégral de toutes nos créances, sans qu'elles ne doivent être en rapport direct avec les biens retenus ». Par ailleurs, dans son avis précédant l'arrêt du 7 avril 2006⁵⁰ sur la compensation après l'ouverture d'une procédure concordataire, le ministère public près la Cour de cassation a fait sienne *expressis verbis* la formule exprimée en son temps par M. Van Ommeslaghe pour justifier les sûretés issues de la pratique⁵¹.

Le même mouvement jurisprudentiel se constate en France. Sa cour suprême a ainsi récemment confirmé que la délégation, qui a pour effet d'affecter irrévocablement la créance de délégant sur le délégataire au paiement de celle du délégué, résiste à la saisie⁵² comme à la faillite⁵³.

La doctrine qui fait le plus autorité⁵⁴ s'est félicitée de cette évolution⁵⁵.

fois devant la Cour. Elle s'était ainsi déjà écartée de sa formulation ancienne qui impliquait que le principe touchait à l'ordre public.

⁴⁹ Cass. 27 avril 2006, (C.04.0478.N).

⁵⁰ R.D.C., 2006, p. 810, J.L.M.B., 2006, p. 896. Les conclusions du ministère public peuvent être consultées sur www.cass.be.

⁵¹ Le ministère public y considère en effet que *“La règle ‘pas de privilège sans texte’, contenue dans l'article 9 de la loi hypothécaire, ne condamne que les conventions ou les actes juridiques unilatéraux dont l'objet est d'assurer aux créanciers bénéficiaires un paiement sur les avoirs du débiteur, éventuellement après réalisation de manière préférentielle, en rompant l'égalité des créanciers, hors le cas de privilèges et hypothèques. Mais elle ne fait nullement obstacle à la mise en oeuvre, malgré le concours, de certaines institutions, seraient-elles d'origine contractuelle, qui, sans véritablement créer un privilège, ont cependant pour effet d'avantager un créancier au préjudice des autres et que l'on qualifie de ‘mécanismes préférentiels’”*.

⁵² Cass. fr., 14 février 2006, *Juris-Data* n° 2006-032199, *D.*, 2006, p. 250 et note X. Delpech, *J.C.P.* éd. E., 2006, p. 1819 ; voy. aussi Cass. fr., 16 avril 1996, *D.*, 1996, p. 571 note Chr. Larroumet.

⁵³ Cass. fr., 4 octobre 2005, *D.*, 2005, 2591 et note Lienhard, *J.C.P.* éd. E., 2006, p. 1347 note S. Albrieux.

⁵⁴ Voy. I. Verougstraete, qui écrit : *« L'arrêt Sart-Tilman du 17 octobre 1996 donnait encore l'impression, justifiée ou non, qu'une convention créant une sûreté réelle non prévue par la loi ne pouvait être opposée aux créanciers en concours. A la suite des critiques de la doctrine, des arrêts de cassation ultérieurs ont fait montre de bienveillance à l'égard des cessions de propriété fiduciaires, plus particulièrement un arrêt du 4 avril 2003 qui admet que la cession d'une somme d'argent par un débiteur à son créancier ne constitue pas une mise en gage, encore qu'elle intervienne en garantie de son créancier. – La tendance vers une opposabilité généralisée des cessions de propriété fiduciaires, sauf un nombre limité d'exceptions, s'observe déjà dans le droit : législation et jurisprudence concourent en ce sens et l'évolution logique conduira vers un principe d'opposabilité assorti d'exceptions clairement circonscrites, plutôt que vers une règle de non-opposabilité »* (« Insolventierecht : op zoek naar rationaliteit », Gandaius, *insolventierecht 2004-2005*, XXXIste postuniversitaire cyclus Willy Delva, Kluwer, Malines, 2006, n° 10, p. 581).

⁵⁵ On ne partagera dès lors pas le sentiment exprimé par F. Georges dans une contribution très récente, qu'il n'existerait, en faveur des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours, « aucun courant dominant » (Obs. sous C.A., 19 avril 2006 (n° 54/2006), *J.T.*, 2006, p. 701).

- 9 Il n'est donc pas étonnant que le projet de loi consacre les droits des créanciers dans le prolongement de ces évolutions.

L'exposé des motifs⁵⁶ rapporte à cet égard ceci :

« La philosophie qui sous-tend le présent projet fait sienne l'évolution de la Cour de cassation en matière de droits des créanciers, que la loi en projet entend consacrer, plus précisément quant à la possibilité pour les parties de se constituer librement, sur la base de l'opposabilité des contrats, toutes formes de garanties conventionnelles (appelées en doctrine tantôt « sûretés issues de la pratique », tantôt « mécanismes de garantie », tantôt « garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours »), indépendamment de celles qui prennent la forme de sûretés au sens de la loi hypothécaire⁵⁷. On observera que la Cour d'arbitrage avait aussi fait sienne cette évolution en constatant dans son arrêt n° 107/2006 du 21 juin 2006, pour justifier au regard du principe d'égalité le mécanisme de compensation légale institué par l'article 334 de la loi-programme du 27 décembre 2004, que « l'évolution du droit de l'insolvabilité et du droit des sûretés a multiplié les mécanismes permettant aux créanciers de se prémunir contre le risque d'insolvabilité de leurs débiteurs, en dérogation au principe de l'égalité des créanciers »⁵⁸.

« C'est parce que l'opposabilité de mécanismes de ce genre doit être reconnue, comme l'indiquent ces hautes juridictions, et aussi parce que le transfert de propriété est en règle opposable du seul consentement du vendeur et de l'acquéreur aux tiers comme entre parties, notamment en cas de vente de biens meubles corporels, que le champ d'application de la réglementation des effets de ces mécanismes de garantie dans le droit des procédures doit être conçu largement ».

- 10 Si le terme de « concordat » a été abandonné dans le souci de signifier une dynamique nouvelle et si les innovations du projet de loi relative à la continuité des entreprises sont nombreuses, celle-ci n'en affiche pas moins une filiation directe avec la loi relative au concordat judiciaire.

Tout en apportant au régime antérieur les modifications dictées par les enseignements de la pratique et le souci de simplifier la procédure, tant pour alléger les formalités et la mission des intervenants que pour en réduire le coût et en accroître l'efficacité, les auteurs du projet ont, sous réserve de leur volonté de rompre avec la thèse du concours et des dispositions expresses du projet en sens contraire, rédigé leur proposition dans le souci d'une continuité qui ne fasse pas table rase de l'acquis doctrinal et jurisprudentiel.

⁵⁶ Extrait du commentaire de l'article 2 f).

⁵⁷ L'exposé des motifs renvoie à cet égard à la discussion de l'arrêt Sart-Tilman au Sénat, dont il est fait état dans l'article auquel il est fait référence *supra* à la note de bas de page n° 37.

⁵⁸ L'arrêt de la C.A. du 19 avril 2006 (n° 54/2006) de teneur analogue mais rendu en matière de règlement collectif de dettes a été publié in *J.T.*, 2006, p. 701 et obs. F. Georges.

Plusieurs dispositions sont d'ailleurs reprises à peu près telles quelles de la législation de 1997. L'interprète de la loi nouvelle pourra donc s'inspirer de la doctrine et de la jurisprudence antérieures dans la mesure où elles ne sont pas inconciliables avec le texte nouveau ou sa philosophie.

L'exposé des motifs du projet de loi relatif à l'accord et au sursis de paiement, dont est issue la loi relative au concordat judiciaire du 17 juillet 1997, considérait déjà que, de nombreux principes du régime antérieur demeurant applicables, « *les tribunaux pourront puiser dans la jurisprudence ancienne pour la nouvelle procédure chaque fois que les dispositions relatives aux deux procédures reposent sur une base commune* ». Ce principe, observons-nous à l'époque, commande que, en cas de doute sur la portée des dispositions nouvelles, l'interprète de la loi se tienne, sous les réserves précitées, à la doctrine et à la jurisprudence antérieure⁵⁹.

- 11 En guise de conclusion à cette introduction, il faut rappeler qu'en matière de prévention les efforts législatifs, même les mieux construits, mettent du temps à porter leurs fruits, tant notre culture est encore réticente à l'égard des réorganisations judiciairement accompagnées.

Ainsi, près de neuf mois après son entrée en vigueur, la procédure française de sauvegarde, pourtant fer de lance de la réforme du 26 juillet 2005, peinait toujours à trouver sa place dans l'arsenal des instruments mis à la disposition des entreprises en difficulté. Au 17 juillet 2006, seules 234 procédures de sauvegarde avaient été ouvertes en France, soit 1% à peine des jugements de défaillances d'entreprises. Seules trois procédures de sauvegarde avaient, jusqu'alors, donné lieu à un plan de sauvegarde. A Paris, sur les neuf demandes d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, le tribunal de commerce, qui a créé une chambre spéciale à cet effet, n'avait accepté de n'en ouvrir que deux. Les autres demandes avaient été redirigées vers des procédures de conciliation ou de redressement judiciaire, le débiteur étant déjà en état de cessation de paiements et donc irrecevable à solliciter le bénéfice de la sauvegarde.

En revanche, toujours à Paris, le nombre d'ouvertures de mandat *ad hoc* et de conciliation avait connu une très forte augmentation, de l'ordre de 70% depuis le début de l'année 2006. La souplesse et le caractère amiable et confidentiel de ces procédures, commentait un spécialiste, expliquent probablement la faveur donnée au mandat *ad hoc* et à la procédure de conciliation, et ce d'autant plus que cette dernière est, depuis la réforme française, ouverte au débiteur en cessation des paiements depuis moins de 45 jours⁶⁰.

⁵⁹ A. Zenner, *Depistage, faillites et concordats*, n° 96.

⁶⁰ Freshfields, Burckhaus, Deringer Paris Office, *Le bloc-note restructuration et insolvabilité*, automne 2006.

A l'occasion du plan de sauvegarde de 37 mois d'Eurotunnel, validé le 15 janvier dernier (voy. *infra*, n° 17), le Garde des Sceaux a actualisé ces données, précisant que 500 procédures de sauvegarde avaient été ouvertes après un an d'application de la loi nouvelle et que 87 % des sauvegardes ouvertes étaient toujours en cours ou avaient abouti de façon positive, alors que seulement 30% des redressements judiciaires aboutissent habituellement à un plan⁶¹.

⁶¹ Voy. <http://www.justice.gouv.fr/presse/com150107.htm>. *Adde* le rapport de M. X. de Roux sur la mise en application de la loi lors de la séance du 31 janvier 2007 de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, *Compte rendu, Ass. Nat.*, sess. 2006-2007.

Titre premier – dispositions générales

Article 1er – Procédure législative

- 12 Contrairement à l'avis du Conseil d'Etat, selon lequel les articles 64 à 68 de l'avant-projet régleraient une matière visée à l'article 77 de la Constitution et non une matière visée à l'article 78 de la Constitution, et, partant, releveraient de la compétence sur un pied d'égalité de la Chambre des représentants et du Sénat, le Gouvernement, s'écartant de l'interprétation par la haute juridiction administrative de la notion d' « organisation des cours et tribunaux » visée à l'article 77, alinéa 1er, 9^o,⁶², s'est tenu à la considération que « La présente loi règle des matières visées à l'article 78 de la Constitution ».

On relèvera d'ailleurs que les modifications qu'apportent ces articles sont d'ordre purement terminologique, à tel point qu'ils auraient pu faire l'objet de simples amendements techniques susceptibles d'être apportés par les services législatifs ; ils ne modifient aucune règle matérielle d'organisation judiciaire.

Article 2 – Définitions

- 13 Se conformant à la mode du temps, la loi commence par fournir, en son article 2, la définition d'une quinzaine de notions qu'elle vise dans le corps du texte. L'exercice n'est pas inutile si l'on se souvient de la confusion dont était empreinte la terminologie de la loi relative au concordat judiciaire⁶³. Il est d'autant moins négligeable que, contrairement aux usages, ces définitions, et les éclaircissements qui les accompagnent dans le commentaire des articles, comportent parfois des aspects normatifs.

Ainsi la définition de la notion de *créances sursitaires* ne se borne-t-elle pas à mentionner qu'il s'agit des créances touchées par le sursis, et par conséquent susceptibles de l'être par la plan de réorganisation judiciaire : elle précise aussi quelles sont ces créances, à savoir celles qui sont nées avant le jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ou de son fait. « *Les créances sursitaires*, explique le commentaire de l'article, *sont celles qui sont visées par la demande de sursis. Elles sont nécessairement antérieures au jour de la déclaration d'ouverture de sursis, ou bien sont nées du fait même du jugement (par exemple une créance qui naît du fait de l'application d'une clause résolutoire en cas de réorganisation)* ».

Parmi ces créances sursitaires la loi distingue les *créances sursitaires extraordinaires*, à savoir celles qui sont garanties par une sûreté réelle ou un privilège spécial et les créances des créanciers-proprétaires (article 2 d), et les créances sursitaires ordinaires, c'est à dire toutes les autres (article 2 e). La définition ainsi fournie de la notion de créances sursitaires

⁶² Avis du C.E.. du 10 octobre 1995, *Doc.Parl*, Ch., n° 329/1, 1995-1996, p. 27 à 36, sp. n° 7, p. 29.

⁶³ A. Zenner, *Dépistage, faillites et concordats*, n° 1208.

extraordinaires nous apprend que les créances de l'administration fiscale ne jouiront plus, comme c'était le cas dans le concordat, d'un régime de faveur.

La notion de *créancier-propriétaire*, et particulièrement les éclaircissements apportés à son sujet dans le commentaire de l'article, méritent aussi l'attention (article 2 f). Il s'agit de « la personne dans le chef de laquelle sont réunies simultanément les qualités de titulaire d'une créance sursitaire et de propriétaire d'un bien meuble corporel qui n'est pas en sa possession et qui garantit le paiement de la créance ».

A la suite des observations du Conseil d'Etat, le commentaire de l'article précise qu'il s'agit principalement du vendeur avec réserve de propriété, mais qu'il est impossible de concevoir, et donc d'énumérer, toutes les situations dans lesquelles une partie à un contrat pourrait avoir la qualité de créancier-propriétaire, les parties étant libres de concevoir et convenir de leurs garanties contractuelles. La notion a donc une portée large : « *Le concept implique que le droit de propriété et le droit de créance soient unis par un lien d'étroite connexité, la propriété de la chose étant supposée garantir le paiement de la dette. On songe par exemple, outre le vendeur avec réserve de propriété, au bailleur de leasing ou au créancier garanti par un transfert fiduciaire. Pour illustrer par un exemple concret le lien devant exister entre la propriété et la créance, il peut être précisé que les biens donnés à la vente en consignation ne le sont pas en garantie des ventes effectuées : tout en étant créancier du chef des ventes effectuées et propriétaire des marchandises consignées restant à vendre, le propriétaire n'est donc pas créancier-propriétaire de celles-ci au sens de la loi.* » On remarquera encore que la définition proposée dans l'avant-projet a été complétée d'un mot dans le projet pour préciser que seules sont visés les créanciers-propriétaires de choses, c'est-à-dire de biens corporels meubles. Les immeubles demeurent donc étrangers à la notion.

Le *plan de réorganisation* (article 2 k) est le plan descriptif et prescriptif établi par le débiteur au cours du sursis, qui énonce la situation de l'entreprise et les propositions de paiement aux créanciers et qui est soumis au vote de ceux-ci et à l'homologation du tribunal ; il était connu jusqu'ici sous le terme de « plan concordataire ».

Les articles 2 i) et 2 m) comportent encore la définition des termes *notification* et *signification*, laquelle permet l'envoi ou la remise d'un acte par voie électronique. Toujours en réponse au Conseil d'Etat, le commentaire explique que : « *Les modalités de notification et signification sont tirées de la loi du 5 août 2006 relative à la procédure électronique. Il est possible que, s'agissant des procédures collectives, la loi en projet entre en vigueur plus tôt que celui relatif aux procédures ordinaires et une reprise explicite était dès lors utile* ». Les recours aux T.I.C. a aussi été anticipé à l'article 21 du projet pour permettre l'information des créanciers et leur consultation du dossier de la procédure par Internet.

Article 3 – Champ d’application

- 14 A l’instar de l’article 2 L.C.J., l’article 3 de la loi en projet dispose que « La présente loi est applicable aux commerçants ». Ceux-ci sont définis à l’article 2 comme étant « les personnes visées à l’article 1 du Code de commerce et les sociétés visées à l’article 2, § 2 , du Code des sociétés ». Il peut être relevé incidemment que cet article reconnaît le groupement d’intérêt économique en tant que société commerciale dotée de la personnalité juridique.

On observera que cette limitation du champ d’application n’a plus donné lieu à débat, là où lors de l’adoption de la disposition analogue dans la loi relative au concordat judiciaire plusieurs amendements avaient été déposés pour étendre ce champ aux personnes qui, même sans but de lucre, sont organisées sur des bases commerciales, comme d’importantes sociétés civiles, de grosses a.s.b.l., des entreprises d’utilité publique, etc⁶⁴.

Articles 4 et 5 – Dispositions procédurales

- 15 Ces articles reproduisent, sous réserve de quelques modifications, les dispositions procédurales des articles 3 et 4 de la loi relative au concordat judiciaire, concernant l’exécution par provision des décisions du tribunal de commerce prévues par la loi, l’application aux recours des modalités et délais de droit commun, le point de départ du délai en cas de publication de la décision au *Moniteur belge*, l’inapplicabilité des dispositions du Code judiciaire relatives à la prorogation des délais pour cause de vacances judiciaires, d’absence de domicile, de résidence ou de domicile élu en Belgique ou de décès, et la forme des notifications auxquelles procède le greffier, et les complètent (voy. aussi le commentaire de l’article 48 *in fine* cité *infra*, n° 68).

Deux modifications de forme mineures méritent d’être observées :

- l’exception au principe que les décisions du tribunal sont susceptibles de recours selon les modalités et les délais prévus par le Code judiciaire fait désormais référence aux dispositions contraires de la loi en projet elle-même, plutôt qu’à celles de la loi sur les faillites, ce qui s’explique par le fait que la loi en projet, contrairement à la loi relative au concordat judiciaire, comporte des dispositions spécifiques aux recours contre deux décisions et supprime la faculté pour le tribunal, en cas d’échec de la tentative de réorganisation, de déclarer d’office la faillite ;
- il n’est pas maintenu d’exception au principe qu’une publication au *Moniteur belge* vaut notification, ce qui s’explique par le fait de la suppression de la fonction de commissaire au sursis et des avis d’information qu’il était chargé d’adresser par lettre recommandée en application de l’article 17, § 2, L.C.J.⁶⁵.

64 A. Zenner, *Depistage, faillites et concordats*, n° 244.

65 Il faut rappeler que l’exception au premier alinéa de l’article 4 L.C.J., lequel se trouve reproduit sans cette exception au premier alinéa de l’article 5 du projet,

Par rapport à la teneur de l'article 3 L.C.J., l'article 4 de la loi nouvelle comporte par ailleurs deux innovations.

D'une part il indique, en son alinéa 5, que tout intéressé peut intervenir aux procédures prévues dans la loi en projet conformément aux articles 812 à 814 du Code judiciaire et il dispose, en son alinéa 6, qu'à défaut d'une telle intervention celui qui, à son initiative ou à celle du tribunal, est entendu ou dépose un écrit pour faire valoir des observations, formuler une demande ou articuler des moyens, n'acquiert pas de ce seul fait la qualité de partie. « Cette disposition, mentionne le commentaire de l'article, était nécessaire pour éviter toute ambiguïté quant au statut de « partie » que peuvent avoir les intéressés à la suite de contacts informels ou plus ou moins formalisés avec le tribunal. Ceci permettra de leur assurer une plus grande liberté dans leur action et, en même temps, évitera à ceux qui sont déjà partie, de devoir se demander qui il faut impliquer lors de l'exercice d'une voie de recours ». Il y a donc là une clarification bienvenue.

D'autre part, en son alinéa 7, l'article 4 déroge aux articles 1025, 1026, 1027 et 1029 du Code judiciaire en disposant que les requêtes visées dans la loi ne doivent pas être signées par un avocat et il précise que les décisions du tribunal rendues sur ces requêtes sont prononcées en audience publique. Le commentaire de l'article explique que « la signature par un avocat d'une requête n'est pas nécessaire, l'importance économique des requêtes dans ce projet étant telle que le risque de dépôt d'une requête à la légère doit être exclu. Le fait de devoir prononcer en audience publique est la conséquence logique du prescrit constitutionnel et de la Convention européenne des droits de l'homme ».

- 16 Les deux décisions du tribunal dont le recours fait l'objet d'une réglementation dérogatoire au droit commun sont le jugement statuant sur la demande d'ouverture de réorganisation judiciaire (article 20) et le jugement statuant sur la demande d'homologation (article 46). Ces jugements ne sont pas susceptibles d'opposition, mais ils peuvent faire l'objet d'un appel, formé par requête déposée au greffe de la cour d'appel dans les huit jours de la notification du jugement ou de la parution au *Moniteur belge*. Le greffier de la cour d'appel notifie le cas échéant la requête sous pli judiciaire aux parties intimées et à leur avocat au plus tard le premier jour ouvrable qui suit le dépôt. Au cas où le jugement rejette la demande, l'appel est suspensif.

résulte d'un amendement adopté par la commission de la Justice du Sénat, qui s'était accordé sur la nécessité « de prévoir que la publication au *Moniteur belge* ne vaut notification que pour autant que l'on ait raisonnablement satisfait au prescrit de l'article 17, § 2 » (qui est repris à l'article 19, § 2 du projet). La crainte était que le commissaire au sursis s'abstienne de faire des notifications aux créanciers, même connus, se contentant de la publication au *Moniteur* (Rapport Hatry et Vandenberghe, *Doc. Parl. Sén.*, Sess. 1996-1997, 1-498/11, p. 178). Il avait cependant été précisé que ce n'était pas la lettre recommandée du commissaire au sursis qui faisait courir le délai de recours, mais la publication (Rapp. Vandeurzen, *Doc. Parl. Ch.*, 329/25 – 95/96, p. 12).

S'agissant du rejet de la demande en réorganisation judiciaire, le commentaire de l'article 20 précise :

« Le requérant débouté de sa demande ne pourrait faire opposition, même s'il n'a pas comparu, mais pourra former appel selon les modalités qui sont celles du droit commun, si ce n'est que le point de départ du délai sera la notification au débiteur et que le délai sera très bref : huit jours. La situation d'incertitude ne peut durer. »

« Les tiers pourront faire tierce opposition au jugement déclarant ouverte la procédure ou rejetant la demande, dans la mesure bien entendu où ils disposent d'un intérêt légitime. »

Quant au commentaire de l'article 46, il observe :

« Une procédure d'appel ordinaire eut été en fait impossible : les délais usuels tant pour interjeter appel que pour le déroulement de la procédure en degré d'appel sont inconciliables avec la nature urgente de la réorganisation. »

« Si l'homologation est refusée, le débiteur ou les créanciers pourront interjeter appel dans les huit jours de la parution du jugement au Moniteur. »

« La voie de l'opposition est exclue. Si le débiteur malgré sa demande d'homologation n'a pas comparu devant le tribunal, il ne pourrait faire opposition. Quant aux créanciers auxquels la date d'audience a été communiquée et qui n'ont pas comparu ils ne pourront non plus faire opposition. »

« L'appel est suspensif si le tribunal refuse l'homologation, ce qui signifie en pratique que la période de sursis se prolonge. »

« L'article se garde d'indiquer des délais ou autres détails de procédure. Le droit commun de la procédure s'applique ».

- 17 La procédure en réorganisation judiciaire entre-t-elle dans le champ d'application du Règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité ? Aucune disposition de la loi en projet n'apporte directement réponse à cette question.

Aux termes de son article 1(1), le dit Règlement ne s'applique qu'aux « procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur KI entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic ». Cette disposition n'a cependant pas pour effet de déterminer le champ d'application précis du Règlement. Elle vise plutôt à établir un cadre de référence au sein duquel le Règlement pourra trouver application. Pour qu'une procédure dite d'insolvabilité tombe sous le coup du Règlement, il faut, d'une part, que les conditions de l'article 1(1) soient réunies et, d'autre part, que la procédure figure à la liste reprise à son annexe A.

A la question posée la réponse ne pourra dès lors être positive qu'en cas de désignation d'un mandataire de justice doté des pouvoirs d'un syndic par application de l'article 60 et moyennant adjonction de la procédure de réorganisation judiciaire à la dite annexe⁶⁶.

On observera que le tribunal de commerce de Paris a rendu le 15 janvier 2007 trois jugements rejetant les tierces oppositions formées contre le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde des sociétés filiales du groupe Eurotunnel⁶⁷ et qu'il a rejeté à cette occasion l'argument tiré de ce que la procédure de sauvegarde n'est pas fondée sur l'état de cessation de paiements du débiteur et n'entraîne aucun dessaisissement de celui-ci, et ce au motif que « la procédure de sauvegarde a été insérée à l'annexe A par le vote d'un règlement modificatif n° 694/2005 du 27 avril 2006 paru le 6 mai 2006 au J.O.C.E. » et que « cette seule présence à l'annexe A s'impose au juge national qui n'a pas à contrôler la conformité de la procédure aux conditions prescrites par l'article 1er du paragraphe 1 du règlement ni à saisir la Cour de Justice des Communautés Européennes d'une question préjudicielle y relative »⁶⁸.

⁶⁶ A l'annexe A, telle que dernièrement modifiée par le Règlement du Conseil (EC) n° 694/2006, sont actuellement portées pour la Belgique les procédures de faillite, de concordat judiciaire, de règlement collectif de dette, de liquidation volontaire, de liquidation judiciaire et de dessaisissement provisoire (art. 8 L.F.).

⁶⁷ Comm. Paris, 2 août 2006, *D. Jur.*, 2006, p. 2329 et note R. Damman et G. Podeur.

⁶⁸ Comm. Paris, 15 janvier 2007, inédit, en cause notamment de Elliot International L.P. (et autres) et Société Eurotunnel PLC, R.G. n° 2006058718. Les juges consulaires confirment par ailleurs, par renversement de la présomption de fixation au lieu du siège statutaire en Angleterre, la localisation du centre des intérêts principaux de ces sociétés filiales à Paris.

Titre II – la collecte de données et l'enquête commerciale

Article 6 à 9 – Le dépistage. Généralités

- 18 Les articles 6 à 9 et l'article 10, relatif aux enquêtes commerciales, reprennent pour l'essentiel la teneur des articles 5 à 8 et 10 de la loi relative au concordat judiciaire.

Les dispositions relatives au dépistage n'affichent que quelques simplifications de pure forme.

On pourrait dès lors s'interroger, tant en ce qui concerne sa portée que sa base, sur cette considération du commentaire de l'article que : « *L'ancienne loi sur le concordat connaissait deux méthodes de collecte de données et de traitement. Il y avait d'abord la collecte des données organisée sous l'égide du président du tribunal de commerce qui exerçait de la sorte une surveillance raisonnée sur les entreprises de l'arrondissement ; il y avait ensuite le traitement plus ciblé des entreprises de l'arrondissement judiciaires par les chambres d'enquête commerciale. Dorénavant la collecte des données est confiée au tribunal dans son ensemble et donc à son greffe* ». Aucune équivoque n'est cependant possible : rien ne différencie, en matière de collecte de données et de leur traitement, le régime proposé de celui qui est actuellement en vigueur ; il est manifeste que ce que le commentaire vise par les termes « l'ancienne loi », ce n'est pas la loi relative au concordat judiciaire du 17 juillet 1997, mais ce sont les anciennes lois sur le concordat judiciaire coordonnées par l'arrêté du Régent du 25 septembre 1946 !

Pour ce qui concerne le traitement automatisé des données, on observera que l'avis requis préalablement aux mesures prises par le Roi à cet effet émanera dorénavant du comité de gestion et du comité de surveillance visés aux articles 15 et 22 de la loi du 10 août 2005 instituant le système d'information Phenix (article 2 b), plutôt que de la Commission de la vie privée, qui, à lire le commentaire de l'article, paraissent constituer « *l'outil le plus adapté pour donner un avis quant aux modalités de création de ces fichiers* ».

S'agissant des sources d'information du tribunal de commerce, le deuxième alinéa du commentaire de l'article 9 fait référence au recours par certains tribunaux au concours de firmes privées de renseignements commerciaux, consacrant ainsi implicitement la licéité, parfois controversée, de pareil recours, assimilé à tort à une collaboration inorganisée réglementairement entre secteurs public et privé. Il n'y a donc pas d'objection à ce que les chambres d'enquête prennent en compte les informations fournies par des firmes privées.

- 19 Lors de la discussion du projet de loi relative au concordat judiciaire en commission à la Chambre, la question avait été posée au ministre de savoir

qui prend la décision de collecter les données concernant une entreprise déterminée ; le ministre n'avait pas répondu⁶⁹.

Les articles 7 et 8 visent des clignotants qui sont communiqués d'office par des institutions tierces au greffe, où ils sont « tenus à jour » ; mais, à lire l'article 6, il ne s'agit pas des seuls « renseignements et éléments utiles » qui y sont « tenus à jour ». Sous le régime antérieur, il était généralement admis que le président du tribunal pouvait décider d'office, dans le contexte de sa « surveillance raisonnée sur les entreprises de l'arrondissement », de recueillir des « renseignements et éléments utiles » sur telle ou telle entreprise, que le greffe tenait ensuite à jour. Sur la base des travaux parlementaires, la doctrine opine cependant que, sous le régime actuel de la loi de 1997, cette prérogative appartient à la chambre d'enquête. La loi proposée entérine cette solution, sans préjudice évidemment au cas où le débiteur dont l'entreprise ne fait pas encore l'objet d'une enquête s'adresse directement au président du tribunal pour lui demander la désignation d'un médiateur (article 10, § 2, alinéa 3).

Articles 6, alinéa 3 et 10, § 4 – Dépistage et enquête commerciale. Echanges entre les tribunaux et les organismes d'assistance

- 20 Le Conseil d'Etat s'est interrogé sur l'intérêt des dispositions des articles 6, alinéa 3, et 10, § 4, de la loi nouvelle en projet, qui reprennent la teneur des articles 5, alinéa 3, et 10, § 2, L.C.J. et permettent également, conformément aux modalités fixées par le Roi, la communication, tant au stade de l'enquête commerciale qu'à celui du dépistage, des données recueillies par le tribunal aux organismes publics ou privés désignés ou agréés par l'autorité compétente pour assister les entreprises en difficulté. Il semble en effet qu'il ait considéré qu'il n'existe plus d'organismes de ce genre, et le Roi n'a jamais fixé les modalités en cause. Le Gouvernement a néanmoins estimé utile de maintenir cette faculté.

Interpellé incidemment à ce sujet le 13 décembre 2006, le ministre du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale chargé de l'Emploi et de l'Economie a indiqué qu'en septembre 2005 la ministre de la Justice avait initié un contact avec les ministres régionaux de l'Economie afin de leur soumettre un projet d'accord de coopération visant à fixer les principes d'un échange réciproque entre les tribunaux et les organismes régionaux, comme le Centre des Entreprises en difficulté de la Chambre de commerce et d'industrie de Bruxelles, le VLAO en Flandre ou la Sogepa en Région Wallonne. En réaction, certains de ses interlocuteurs avaient attiré l'attention sur des problèmes de confidentialité de pareil échange de données et exprimé le souhait d'une collaboration plus active, mais la question semble restée depuis lors au point-mort.

⁶⁹ Rapport, Ch., *Doc. Parl.*, 329/17, p. 47 à 49.

Article 8, dernier alinéa – Dépistage. Situation des entrepreneurs

- 21 Une autre question posée au ministre de la Justice lors de la discussion du projet de loi relative au concordat judiciaire en commission à la Chambre était de savoir qui était, eu égard à la défédéralisation de la réglementation en matière d'agrément des entrepreneurs, le ministre ayant cette agrément dans ses attributions, visé à la disposition reprise au dernier alinéa de l'article 8 du projet. Le ministre de la Justice s'était borné à répondre qu'« il s'agit d'une compétence partagée des autorités fédérales et des autorités régionales, les premières ayant compétence réglementaire et les deuxièmes ayant la compétence de décisions individuelles »⁷⁰.

Lors de son interpellation précitée du 13 décembre 2006, le ministre du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale chargé de l'Emploi et de l'Economie a précisé qu'au sein de ce gouvernement le ministre chargé de renseigner le tribunal de commerce en la matière était le ministre ayant les travaux publics dans ses attributions.

Article 10 – Les enquêtes commerciales. Généralités

- 22 La définition de l'objectif des enquêtes commerciales (article 10, § 1er, alinéa 1) a été légèrement modifiée : il ne s'agit plus de rechercher si les commerçants en difficulté « remplissent les conditions du concordat » mais de « favoriser la continuité de leur entreprise et de leurs activités ». Cette modification ne résulte pas seulement de la suppression du terme « concordat », mais aussi de la multiplication des modalités aptes à assurer cette continuité. Un changement analogue intervient dans la description de la nature des informations à recueillir par le juge enquêteur.

Pour décharger l'office du procureur du Roi, la communication du dossier, qui était prescrite en cas de faillite virtuelle par l'article 10, § 3, L.C.J., devient facultative : s'il ressort de l'examen de la situation du débiteur que ce dernier paraît en état de faillite ou qu'il réunit les conditions d'application de l'article 182 du Code des sociétés, dispose le nouvel article 10, § 6, la chambre d'enquête commerciale *peut* communiquer le dossier au procureur du Roi. Le commentaire explique : « *Dans l'ancien droit, la communication au Ministère public apparaissait comme une obligation, dès lors qu'une situation d'insolvabilité apparaissait comme contraire à l'ordre public. Cette façon de voir est dépassée. Sans doute l'intérêt général postule-t-il que des situations d'insolvabilité soient mises sous contrôle, mais l'évolution générale de la pensée est que cette situation ne menace pas nécessairement l'ordre public. Imposer à des magistrats du siège de communiquer les dossiers au parquet semblait dès lors inadéquat. La seule faculté de le faire est maintenue* ».

70 Rapport Sén, p. 49 ; Rapp. Ch., p. 5.

Article 10, § 2 – Enquêtes commerciales. Médiateurs d'entreprise

- 23 L'innovation majeure du nouvel article 10 réside évidemment dans la faculté de désigner un « médiateur d'entreprise ». Tel qu'il est utilisé à l'article 10, § 2, ce terme recouvre en réalité deux notions distinctes.

Si le débiteur le demande, le juge-enquêteur, ou le président du tribunal s'il n'y a pas encore d'enquête pendante, pourra désigner un médiateur en vue de faciliter la réorganisation de l'entreprise, auquel cas où il fixera sa mission dans les limites de la demande du débiteur. « *Le droit a fait, dans la plupart des Etats, la découverte des « médiateurs », explique le commentaire. La notion de « médiateur d'entreprise » s'inspire du médiateur du droit commun, en ce que le médiateur est censé agir comme une personne qui rapproche les points de vue en laissant dans une large mesure aux personnes concernées le soin de formuler elles-mêmes une première solution au problème. Le médiateur d'entreprise a certes un rôle plus actif dès le départ que celui joué par le médiateur de droit commun, mais restera attentif au fait que son rôle n'est pas celui d'un administrateur provisoire. Il pourra agir comme intermédiaire entre les créanciers et le débiteur et pourra amener le débiteur à réfléchir à sa stratégie d'entreprise* ».

Sur le plan procédural, le commentaire, répondant à une interrogation du Conseil d'Etat, précise : « *Le projet a voulu, à dessein, éviter d'organiser la médiation selon les modalités du Code judiciaire. Cette désignation sera volontaire dans la plupart des cas, et il faut ménager une grande flexibilité dans cette désignation. A dessein aussi, le projet ne met pas d'exigence quant à l'agrément du médiateur ou quant à sa formation préalable. La vie des affaires permettra de désigner la personne la plus adéquate* ».

Tout autre est le rôle du « médiateur d'entreprise » qui peut être désigné d'office par le juge enquêteur au cas où le débiteur s'abstient par deux fois de comparaître. Sauf à convaincre ce débiteur de l'autoriser à intervenir comme médiateur au sens propre, le mandataire de justice désigné dans cette hypothèse n'aura d'autre mission que de s'enquérir des motifs pour lesquels il n'a pas été déféré aux convocations et d'en rendre compte au juge qui l'a désigné.

Article 10, § 7 – Incompatibilités

- 24 L'article 10, § 7, de la loi en projet confirme que l'incompatibilité des membres de la chambre d'enquête commerciale ne porte pas seulement sur la procédure de faillite, mais s'étend à la procédure de réorganisation ou de liquidation judiciaire qui concernerait le débiteur.

Il n'est évidemment pas admissible, même si cela s'est vu dans la pratique, qu'un magistrat intervenant dans une procédure de faillite demande aux conseils des parties une déclaration confirmant qu'ils ne voient pas d'objection à ce que ce magistrat soit intervenu préalablement à l'occasion d'une enquête commerciale ou d'une procédure concordataire. Pareille déclaration serait sans effet. Les parties sont en effet impuissantes à dégager les magistrat des incompatibilités qui les frappent.

Mérite aussi de retenir l'attention la jurisprudence selon laquelle l'interdiction n'est, en matière de faillite, pas limitée à la déclaration de

faillite et aux procédures qui y sont intimement liées, comme la fixation de la date de cessation de paiement, le remplacement du juge-commissaire ou du curateur, ou la clôture de la faillite, mais qu'elle s'étend à toutes procédures qui concernent la liquidation de la faillite et dans lesquelles le tribunal doit intervenir, comme la demande d'autorisation de vente par application de l'article 75 L.F.⁷¹.

Article 10 – Enquêtes commerciales. Recours ?

- 25 Les décisions des chambres d'enquête et de leurs juges peuvent avoir de graves conséquences pour le débiteur, notamment en cas de publicité de l'enquête. La question se pose dès lors de savoir si ces décisions précitées sont ou non susceptibles de recours.

L'article 10 vise des décisions de plusieurs organes :

- le tribunal : il peut communiquer les données recueillies aux organismes agréés (§ 4) ;
- le président du tribunal : il peut désigner un médiateur lorsque l'entreprise qui ne fait pas encore l'objet d'une enquête commerciale le lui demande (§ 2) ;
- les chambres d'enquêtes : elles « suivent la situation des commerçants en difficulté », et, si elles se saisissent d'un cas particulier, elles en confient l'examen à l'un de leurs membres (§ 1er); elles décident par ailleurs, si le débiteur paraît en état de faillite, de communiquer le dossier au procureur du Roi (§ 6) ;
- le juge-enquêteur : il procède à l'examen du dossier (§ 1er, al. 1er), peut appeler et entendre le débiteur (§ 1er, alinéa 2), il peut rassembler d'office toutes les données nécessaires et entendre tout tiers (§ 1er, alinéa 4), il peut désigner un médiateur d'entreprise à la demande du débiteur (§ 2, alinéa 1) ou s'il s'abstient par deux fois de comparaître (§ 2, alinéa 3), il rédige un rapport en fin d'examen (§ 5).

Avant la réforme de 1997, l'enquête commerciale, organisée de manière prétorienne, était généralement tenue pour un acte administratif, échappant à l'application des règles du Code judiciaire. Ce point de vue, encore défendu par le ministre de la Justice lors de l'examen du projet de loi "relatif à l'accord et au sursis de paiement" du 18 mars 1994, dont est issue la loi relative au concordat judiciaire, pouvait-il être maintenu sous le régime nouveau ? Etait-il compatible avec l'institutionnalisation des chambres d'enquêtes commerciale à l'article 84 du Code judiciaire et avec l'article 2 du même code ? Un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 24 juin 1999⁷² est généralement présenté comme ayant décidé que la procédure était de nature administrative, et, partant, non susceptible de recours.

⁷¹ Comm. Gand, 14 septembre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 185.

⁷² *R.D.C.*, 1999, p. 651.

A l'heure actuelle, trois considérations peuvent être faites au sujet de cette question :

La question de savoir si les mesures d'ordre peuvent être déférées à la censure de la Cour de cassation, et dans quelles conditions, est controversée. La jurisprudence actuelle de la Cour suprême semble en ce sens que les pourvois dirigés contre une mesure d'ordre sont irrecevables. Mais une évolution pourrait apparemment se dessiner, sur pied de l'article 610 C.J.

La question de savoir si les décisions prises dans le cadre d'une enquête commerciale constituent toujours des mesures d'ordre prête à controverse. On observera d'abord que la décision précitée de la cour d'appel de Bruxelles ne portait que sur une décision de la chambre d'enquête de ne pas suivre une décision de classement prise par le juge chargé de suivre une entreprise. D'autres décisions susceptibles d'être prises par les intervenants précités peuvent en revanche faire grief aux parties. Les décisions en sens opposés de la Cour d'Arbitrage⁷³ et de la Cour de cassation⁷⁴ quant à la nature de la décision de remplacement d'un curateur illustrent le caractère délicat de la question⁷⁵.

Même à supposer que ces décisions constituent des mesures d'ordre, il reste qu'elles sont le fruit d'une procédure. Or l'article 2 C.J. est formel. On évoquera à ce sujet l'arrêt de la Cour de cassation du 1er juin 2006 mettant à néant un arrêt de la cour d'appel de Gand qui avait décidé que des évaluations de magistrats ne constituaient pas des décisions de nature juridictionnelle et n'étaient dès lors pas susceptibles de recours, et ce sur la base de ce que l'évaluation est une procédure au sens de l'article 2 du Code judiciaire et que cette procédure n'est pas régie par des dispositions légales non expressément abrogées ou par des principes de droit dont l'application n'est pas compatible avec celles des dispositions dudit code.

73 C.A., 17 mars 2004 (n°43/2004), paragraphe B.3.4. Il est vrai que les jugements à la base de cette décision étaient antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi de réparation, mais le raisonnement de la Cour paraît indépendant de cette circonstance.

74 Cass., 30 juin 2006 (C.06.0298.F.) *J.T.*, 2006, p. 606., *R.D.C.*, 2006, p. 875 avec note W. Derijcke, p. 872.

75 A ce sujet voy. O. Vanhulst, "Mesures d'ordre ou actes juridictionnels ?", à paraître.

Titre III – l'accord amiable

Article 11 – L'accord amiable

- 26 L'institution de l'accord amiable constitue une pièce importante du nouveau régime destiné à assurer la continuité des entreprises.

La notion en avait déjà été retenue dans le projet de loi précité « relatif à l'accord et au sursis de paiement », mais elle avait été jugée inutile dans la mesure où cet accord ne constituait autre chose qu'une convention axée sur le redressement de la situation du débiteur et sur le réaménagement de son passif et où le projet ne dérogeait aucunement au droit commun de sorte que ses dispositions en la matière étaient superflues. Comme le constate le commentaire de l'article, « *A première vue il pourrait sembler inutile de légiférer dans la mesure où la liberté des conventions semble permettre d'atteindre le résultat souhaité. Néanmoins il était opportun à la fois de canaliser cette possibilité de conclure des accords et de donner une chance supplémentaire aux entreprises qui concluent de tels accords* ».

L'avantage d'un accord amiable est évident : il est généralement élaboré dans la plus grande discrétion, hors de toute procédure judiciaire dont l'écho médiatique peut nuire au crédit même de l'entreprise, plutôt que de contribuer à le rétablir ; et il permet un redressement négocié avec les créanciers concernés, qui préfèrent généralement consentir volontairement à des réductions ou rééchelonnements de créances plutôt que d'être mis devant le fait accompli de propositions concordataires à prendre ou à laisser. Aussi les auteurs du projet ont-ils remis l'accord amiable sur le métier.

La loi en projet évoque cette fois l'accord amiable dans une toute autre perspective, celle d'une chance supplémentaire : elle le facilite en permettant à l'entreprise de solliciter le concours d'un médiateur d'entreprise couvert par l'autorité de justice attachée à sa désignation par le tribunal (article 10, § 2, alinéas 1 et 2) et elle lève une entrave importante à ce type d'accord, tenant au risque de le voir remis en cause en cas d'échec de la tentative de redressement et de faillite ultérieure au cas où il porterait sur des dettes non échues ou sur un paiement de dettes échues intervenu de manière différente de celle prévue, ou du fait de la connaissance de la situation de cessation de paiement qu'aurait eu le cocontractant du débiteur en difficulté : les articles 17, 2^o, et 18 de la loi sur les faillites ne sont pas applicables à pareil accord et aux opérations effectuées en exécution de celui-ci (article 11, alinéa 2).

Le commentaire de l'article souligne l'innovation que constitue l'accord amiable : « *C'est une différence majeure avec le droit antérieur selon lequel un accord amiable valable exigeait un accord avec tous les créanciers, les cas dans lesquels un ou plusieurs créanciers s'opposaient à l'accord amiable devant être réglés par la voie du concordat judiciaire. Ceci était parfaitement étranger à la vie réelle : le concordat n'est depuis longtemps plus une solution à ce genre de situation. La distinction entre l'accord amiable et d'autres formes de sursis est fondée sur l'intervention judiciaire ou son absence, et non plus sur l'idée que l'accord amiable doit nécessairement impliquer de façon égalitaire tous les créanciers.* »

« Les accords amiables ne peuvent réussir que si le débiteur et les créanciers concernés s’y retrouvent. Ceci signifie en pratique que les créanciers ne souscriront à un tel accord que dans la mesure où les opérations effectuées régulièrement pendant la période d’exécution de l’accord ne peuvent être remises en question. Aucun créancier ne consentirait ainsi à des délais si les paiements effectués pendant la période de l’accord amiable pouvaient être remis en question (le créancier avec lequel a été conclu un accord connaît en principe effectivement la situation du débiteur) ».

- 27 A lire l’observation figurant entre parenthèses au quatrième alinéa du même commentaire l’accord amiable devrait être conclu avec une "partie significative sans doute (des créanciers), faute de quoi il ne s’agirait pas d’un accord collectif". On s’interroge, tant en ce qui concerne la portée que le fondement, dans le texte légal en projet, de cette considération. L’article 11 ne subordonne pas l’accord à pareille condition et si c’était le cas, il faudrait, semble-t-il, mesurer le caractère significatif à l’aune de son apport au redressement (abattements ou rééchelonnements, nouveaux moyens etc.), plutôt que du nombre de créanciers concernés. Que se passera-t-il si un petit débiteur a dix créanciers et qu’il trouve un accord amiable avec son seul banquier. Dira-t-on qu’un créancier sur dix n’est pas significatif ?

En réalité, le projet distingue très clairement la réorganisation judiciaire par accord amiable (chapitre II) de la réorganisation judiciaire par accord collectif (chapitre III). L’accord collectif suppose le vote favorable d’une majorité de créanciers en nombre et en capital ; il exige donc bien l’accord d’une partie significative des créanciers. En revanche l’accord amiable peut se faire hors prétoire avec un ou plusieurs créanciers, mais en pratique il ne réussira évidemment que si l’apport de ceux-ci au redressement est significatif. C’est manifestement ce que le commentaire exprime en raccourci.

- 28 Ceci dit, étant de nature contractuelle, l’accord subit les limites de toute convention : si les parties en conviennent librement, l’accord n’oblige pas les tiers. Il leur est certainement opposable dans ses effets externes, mais ils demeurent évidemment étrangers à leurs effets internes. Le Conseil d’Etat ayant opiné que la précision portée au commentaire de l’article, selon laquelle l’accord amiable conclu avec certains créanciers « ne peut avoir pour objet d’affaiblir économiquement certains créanciers non concernés par l’accord » devrait être reprise dans le texte de l’article 11, les auteurs ont complété leur avant-projet par la finale du deuxième alinéa de l’article 11 qui dispose que l’accord ne prive les tiers d’aucun droit. Ceci dit, s’il est évident que l’accord amiable ne peut avoir pour *objet* d’affaiblir les créanciers ou certains d’entre eux, il n’est pas exclu, surtout en cas d’échec de l’exécution de cet accord, qu’il ait pour *conséquence* de les affaiblir économiquement, fût-ce en raison des garanties nouvelles que constituerait le débiteur en difficulté à l’appui des engagements pris dans l’accord. Rappelons que, sauf concours et sous réserve de l’hypothèse d’une faute qui engagerait sa responsabilité, le débiteur qui n’est pas en situation de concours n’a aucune obligation de traiter ses créanciers sur une base égalitaire.

Ici encore, le commentaire mérite d'être reproduit :

« Permettre les accords amiables n'a de sens que si en parallèle les paiements effectués sans fraude au cours des six mois précédant la faillite subséquente à l'échec de l'accord amiable sont opposables à la masse des créanciers. Faute de quoi les accords amiables se verraient dès le départ obérés irrémédiablement, car comment un créancier avec lequel un accord amiable est conclu pourrait-il faire valoir ultérieurement qu'il ignorait l'état de son débiteur ?

« Faciliter les accords conclus sans fraude est le but du troisième alinéa de l'article 11. Cet alinéa rejoint une tendance croissante des droits étrangers de limiter ou de supprimer la notion de période suspecte, particulièrement en cas de procédure de réorganisation (l'article 67 de la récente loi italienne sur la faillite est un exemple typique de cette tendance).

« Sans doute cette limitation de l'effet d'une future période suspecte ne doit-elle pas encourager la fraude aux droits des créanciers. C'est la raison pour laquelle la loi en projet n'exclut de l'effet de la période suspecte que les actes visés aux articles 17, 2°, et 18. Les autres opérations insolites ne sont pas immunisées. L'action paulienne de l'article 20 subsiste. Il semble vraisemblable que les juges et praticiens belges découvriront avec plus d'intérêt la paulienne de l'article 20 et en feront la lecture large qui est faite dans les Etats voisins, lecture qui permet en fait d'appréhender aisément les actes qui porteraient préjudice à certains créanciers ».

- 29 On observera encore que si un accord amiable paraît impossible à atteindre sans accompagnement judiciaire, le débiteur pourra le rechercher à la faveur d'une demande de réorganisation judiciaire ayant la recherche de pareil accord pour objectif, cette procédure étant moins formaliste que le nouveau concordat tout en confrontant les créanciers au risque de se voir imposer des termes et délais par le tribunal saisi (voy. *infra*, n° 58).

Titre IV – la réorganisation judiciaire

Chapitre I – dispositions générales

Article 12 – objectif et formules

- 30 La procédure judiciaire tendant au redressement de l'entreprise « sous la protection de la justice », comme le veut un vocabulaire martial à la mode et que l'on qualifiait par le passé de « procédure concordataire », porte désormais la dénomination de ce qu'elle est, à savoir une « procédure de réorganisation judiciaire ».

D'emblée, le premier alinéa de l'article 12 de la loi nouvelle affiche l'objectif de cette procédure, à savoir « préserver sous le contrôle du juge, la continuité de l'entreprise en difficulté, d'une ou plusieurs de ses parties ou de tout ou partie de ses activités ».

A cet égard la loi nouvelle se démarque clairement de la loi relative au concordat judiciaire, du moins dans son interprétation stricte qui n'envisageait pas le redressement de l'entreprise indépendamment de celui du débiteur en difficulté : « *Préserver la continuité de l'entreprise*, précise le commentaire de l'article en réponse aux observations du Conseil d'Etat, *fait référence à l'entité socio-économique elle-même, c'est-à-dire à cet ensemble de moyens humains et matériels rassemblés en vue de la production de biens ou de services, à distinguer soigneusement de l'enveloppe juridique qui la recouvre, à savoir la société commerciale ou la personne physique exerçant le commerce. Préserver les activités fait référence à l'activité économique partiellement détachée de son support. La formulation est à dessein très large pour éviter que des interprétations ne dénaturent la volonté du législateur : il s'agit bien d'assurer que dans des conditions économiques adéquates des problèmes de nature structurelle ou accidentelle puissent être résolus* ».

Le souci du législateur ne se limite donc plus uniquement à la continuité de la globalité de l'entreprise, qui supposait au surplus que le débiteur lui-même (personne physique ou morale) se redresse, ni à celle de l'une de ses branches; la procédure doit permettre de sauver tout ce qui peut l'être, fût-ce une partie de l'entreprise qui ne serait susceptible d'être tenue pour une branche distincte, voire même une partie des activités, encore ne formerait-elle pas un ensemble cohérent.

L'objectif étant défini, le second alinéa de l'article 12 fixe la méthode et énumère trois voies susceptibles d'être parcourues, tout en précisant que la demande peut poursuivre un objectif propre pour chaque activité ou partie d'activité distincte. « *La technique consiste à atteindre un des objectifs visés à l'alinéa 2 par le biais d'un moratoire temporaire qui aboutit à une solution solidement charpentée : un accord amiable négocié pendant le moratoire, un plan de réorganisation et finalement un transfert sous autorité de justice. Ces objectifs peuvent d'ailleurs être combinés. Une entreprise qui a des champs d'activité multiples peut vouloir envisager un transfert pour une activité et pour le reste vouloir faire un plan de réorganisation* ».

- 31 Le dernier alinéa de l'article 12 dispose que « la demande peut poursuivre un objectif propre pour chaque activité ou partie d'activité distincte ». Que se

passé-t-il si, dans le cas de trois branches d'activité, la réorganisation judiciaire est sollicitée avec pour objectif un accord collectif pour la première, un transfert par autorité de justice pour la seconde, et la continuation pure et simple avec respect des engagements pour la troisième. Pourrait-il être soutenu que, celle-ci étant étrangère à la demande, ses créanciers échappent au sursis ?

Le texte de l'article 23, alinéa 1er, est clair : le sursis s'applique à tous les créanciers. Ceux dont la créance concerne la branche d'activité qui sera continuée purement et simplement avec respect des engagements la concernant seront d'autant moins pénalisés qu'ils seront payés intégralement. Ils pourront au besoin demander une compensation en vertu du troisième alinéa du même article ou un paiement volontaire du débiteur sur la base de l'article 25, alinéa 1er.

Articles 13 et 45 – Conditions de fond de l'ouverture de la procédure et d'homologation d'un plan collectif

- 32 Par rapport à celles que retenaient doctrine et jurisprudence par application de l'article 9 L.C.J., les conditions d'ouverture de la procédure et d'homologation d'un plan de réorganisation collectif sont singulièrement réduites par la loi nouvelle en projet.

L'article 13 de celle-ci dispose : « La procédure en réorganisation judiciaire peut être ouverte dès que la continuité de l'entreprise est menacée, à bref délai ou à terme, et lorsque tout ou partie de son activité est susceptible d'être maintenue par l'effet de la procédure, soit directement par des mesures soumises à l'accord individuel ou au vote des créanciers intéressés, soit indirectement par le transfert sous autorité de justice de tout ou partie de cette activité ».

Si le projet est voté, le législateur aura tenu à élargir l'accès au concordat en laissant peu de marge d'appréciation aux tribunaux pour mettre un frein à l'interventionnisme, voire à l'activisme de certains juges, allant jusqu'à exiger que l'activité de la société concordataire puisse générer un *cash flow* positif pendant la procédure !

Le commentaire de l'article le confirme :

« Il ne peut s'agir d'ouvrir la porte à des abus de procédure et à un recours excessif à la procédure de réorganisation. Il faut éviter que les entreprises saines soient la victime d'une décision judiciaire permettant d'isoler une entreprise de ses créanciers. Par contre, il faut tout autant éviter que par pusillanimité ou interprétation littérale, des juges estiment ne pouvoir déclarer la procédure ouverte que lorsque la cessation de paiement est avérée, ou au contraire, que lorsque celle-ci ne peut être établie hors de tout doute. Dans cette zone grise de la continuité une flexibilité intelligente est requise.

« Il faut mais il suffit que la continuité de l'entreprise soit menacée à court ou moyen terme et que la procédure de réorganisation puisse apporter un élément de solution au maintien total ou partiel de l'activité économique ».

Dès lors que, quoi que sollicité en vue d'un accord amiable ou d'un accord collectif, la procédure peut être réorientée par la suite vers un transfert sous

autorité de justice, il ne se justifie en principe plus que son ouverture soit refusée parce qu'il n'existerait aucune assurance sur la manière dont la poursuite d'activité sera financée ou parce qu'il n'y aurait aucune garantie sur le paiement des dettes issues des contrats en cours. Il ne peut plus être exigé que le débiteur propose dès sa demande des mesures concrètes et efficaces pouvant conduire à son assainissement et il peut dès lors être admis qu'une procédure soit ouverte dès lors qu'un maintien d'activité, fût-il partiel, ne peut être exclu. A tout le moins au stade de l'ouverture de la procédure, le recours à des experts ne paraît plus se justifier.

Dans le même but de faciliter le recours à la procédure et d'éviter toute discussion, toute condition relative à la bonne ou à la mauvaise foi, manifeste ou non, ou à l'infortune du demandeur a été abandonnée. Il n'est plus non plus fait référence à la notion de probité en la gestion et au remplacement de dirigeants, la faculté prévue à ce propos dans le régime ancien étant apparemment demeurée lettre morte dans la pratique.

En revanche, pour éviter des abus vécus dans la pratique du régime antérieur, le troisième alinéa de l'article 13 dispose que la demande émanant d'un débiteur qui a déjà sollicité et obtenu l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire moins de trois ans plus tôt n'est recevable qu'au cas où elle tend au transfert sous autorité de justice de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités. En cas d'échec de la tentative de redressement mis en oeuvre par un plan de réorganisation homologué dans les trois ans de l'ouverture de la procédure, le débiteur n'aura, par application de la loi en projet, d'autre voie que de consentir au transfert de son entreprise ou d'une partie de celle-ci.

On observera encore que les rédacteurs du projet ont préféré maintenir les termes de l'avant-projet qui envisagent le transfert sous autorité de justice « de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités », tandis que, dans le prolongement de l'observation générale figurant en tête de son avis sur la notion de « continuité de l'entreprise », le Conseil d'Etat avait opiné sous le commentaire de l'article 13 que l'hypothèse envisagée devait être celle d'un « transfert sous autorité de justice de l'entreprise ou de tout ou partie de ses activités ». Au second alinéa du commentaire de l'article 49, l'exposé des motifs précise que « *Le projet envisage deux types majeurs de transfert d'activité. La cession de l'entreprise vise un type de transfert où un ensemble est cédé avec tous ses moyens de production. Il ne sera pas forcément question de cession de tous les avoirs du débiteur mais il s'agira de toute façon d'un ensemble complexe d'actifs, de personnel, de moyens de production, de clientèle, etc. Le transfert d'activité sera plus ciblé dans sa portée. La formulation permet d'englober tous les types de transfert en « going concern »* ».

- 33 De même l'homologation du vote des créanciers ne pourra être refusée qu'en cas d'inobservation des formalités requises par la loi en projet ou pour un motif de violation de l'ordre public et elle ne pourra être subordonnée à aucune condition qui ne soit pas prévue au plan ni y apporter quelque modification (article 45, alinéas 2 et 3).

« Le tribunal homologuera en principe le vote des créanciers, sauf dans des conditions exceptionnelles, prescrit le commentaire de l'article, qui met le tribunal en garde : Il rejettera le plan si l'ordre public est violé mais veillera à ne pas qualifier d'ordre public ce qui ne l'est pas. Des simples dispositions de droit impératif ne sont pas encore des dispositions d'ordre public », rapporte le commentaire. Les auteurs du projet ont clairement voulu rompre avec la pratique de certains tribunaux qui se portaient juge de deuxième instance de la qualité du plan approuvé par les créanciers, qu'il s'agisse du crédit que méritait le débiteur ou des chances de succès du plan de réorganisation.

Dans le même esprit, une fois voté, le plan de réorganisation sera, au stade de l'homologation, à prendre ou à laisser par le tribunal. Il n'est donc plus question que celui-ci lie d'initiative son homologation à un effort propre des actionnaires ou à une augmentation de capital souscrite par des tiers, ni à la convocation d'une assemblée générale dont il dicterait l'ordre du jour, comme cela s'est vu par le passé.

Article 14 – La demande d'ouverture d'une procédure en réorganisation judiciaire

- 34 La demande d'ouverture d'une procédure en réorganisation judiciaire et ses effets sont régis par les articles 14 à 16 de la loi nouvelle.

L'article 14, qui s'inspire largement de l'article 11, § 1er, L.C.J., énumère les pièces que le débiteur qui sollicite l'ouverture d'une procédure en réorganisation judiciaire doit joindre à sa requête pour permettre au tribunal de se faire une idée quant à sa situation. Il s'agit, en bref, d'un exposé des événements qui justifient la demande, d'un état comptable et d'un compte de trésorerie prévisionnel, d'une liste des créanciers, et des propositions.

Le texte nouveau précise que le compte de résultats ne doit pas dater de plus de trois mois, mais il ne fait pas obstacle à la demande si le débiteur n'est pas encore en mesure de préciser l'objectif pour lequel il sollicite l'ouverture de la procédure et ses propositions. Au reste, comme le relève le commentaire de l'article, « *Il est illusoire et peu productif de mettre des barrières procédurales à ce stade : le débiteur aux abois est rarement en mesure de fournir des éléments très fiables, le désordre des affaires étant d'ailleurs parfois la cause des difficultés qu'il rencontre. Le but de la réorganisation n'est pas de sanctionner mais de donner une solution au problème de l'entreprise* ». Il en est d'autant plus ainsi, y est-il écrit, que certains éléments sont difficiles à produire : « *la mention des sûretés et autres garanties est dans notre droit un défi, étant donnée la complexité du régime des sûretés. Par ailleurs il peut être plus prudent ou réaliste de laisser ouverte la possibilité de modifier l'objectif poursuivi. Une entreprise peut au départ envisager un plan de réorganisation pour peu après se décider pour le transfert. Seules les données dont l'entreprise doit normalement disposer devront être fournies sans restriction* ». Les tribunaux sont donc appelés à se monter compréhensifs, et à ne pas rejeter certaines demandes pour des motifs de forme.

A cet égard le Conseil d'Etat a suggéré « qu'un mécanisme soit mis en place pour rencontrer la situation » du débiteur qui n'est pas à même de fournir

d'emblée toutes les données nécessaires. Pour rencontrer cette observation, le commentaire a simplement été complété pour préciser que « *Si le débiteur ne produit pas tous les éléments requis par la loi, il n'appartiendra pas au greffier d'apprécier cet élément et de refuser le dépôt de la requête. Ce sera au tribunal à tirer les leçons du manquement commis* ». Il est vrai que les données manquantes pourront être supplées par le débiteur lui-même dans les jours ou les semaines suivant le dépôt de sa requête, avec l'aide du juge délégué ou du mandataire de justice dont il aura demandé la désignation pour l'assister.

Comme sous l'empire de la législation actuelle, la requête est signée par le débiteur ou par son avocat, le procureur du Roi en est averti dans les vingt-quatre heures et le rapport établi par la chambre d'enquête commerciale peut le cas échéant être joint au dossier de la procédure.

S'il est avisé du dépôt de la requête, et s'il est précisé, à l'alinéa 4 de l'article 14, qu'il pourra assister à toutes les opérations de la procédure, le procureur du Roi perd en revanche la faculté, très théorique au demeurant, que lui réservait l'article 11, § 2, L.C.J., d'introduire la procédure par citation du débiteur. Il est manifeste que les auteurs du projet ont entendu contribuer à désencombrer le ministère public. Le commentaire relève d'ailleurs que « *le projet n'impose plus sa présence que dans des cas très limités, mais le procureur du Roi peut estimer que l'intérêt général exige dans certains cas sa présence et intervention* ».

Il peut enfin être souligné que si le tribunal de commerce compétent pour connaître de la demande d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire est en principe, en vertu de l'article 63, al. 1, du Code judiciaire, celui du principal établissement pour les personnes physiques ou du siège social pour les personnes morales, un autre tribunal pourrait être saisi pour cause de connexité. Ici, comme à d'autres égards, il n'y a pas lieu de s'écarter de la doctrine et de la jurisprudence en matière de connexité lorsque de nouvelles dispositions ne le commandent pas.

Articles 15 et 16 – Effets du dépôt de la requête

- 35 Les effets attachés par l'article 15 de la loi nouvelle au dépôt de la requête en réorganisation judiciaire sont analogues à ceux qui étaient fixés par les articles 12 et 13, alinéa 2, L.C.J. : tant que le tribunal n'a pas statué sur la requête en réorganisation judiciaire, toute déclaration de faillite ou dissolution judiciaire et toute réalisation forcée de biens meubles ou immeubles du débiteur est prohibée ; pour clarifier une controverse antérieure, il est précisé qu'est sans importance le fait que l'action ait été introduite ou la voie d'exécution entamée avant ou après le dépôt de la requête.

Avec la désignation d'un juge délégué, l'article 16 de la loi nouvelle apporte une innovation majeure, destinée à compenser la suppression de la fonction de commissaire au sursis ; il est libellé comme suit :

« Dans tous les cas, le président du tribunal désigne un juge délégué qui est soit un juge au tribunal de commerce, le président excepté, soit un juge

consulaire, pour lui faire rapport sur la recevabilité et le fondement de la demande et sur tout élément utile à son appréciation.

« Le tribunal désigne un juge délégué dans le cas visé à l'article 49 de la présente loi avec la mission que cet article précise.

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

« Il veille au respect des dispositions de la présente loi et, après l'ouverture de la procédure, informe le tribunal de l'évolution de la situation. Il prête particulièrement attention aux formalités prévues aux articles 19, § 2, 35 et 36.

« Sauf en cas d'application de l'article 40 du règlement 1346/2000/CE, il peut dispenser le débiteur de toute communication individuelle, et précise dans ce cas, par ordonnance, quelle mesure équivalente de publicité est requise ».

Ici encore le commentaire de l'article mérite d'être reproduit :

« Sous le concordat ancien un commissaire au sursis était désigné dans tous les cas et le tribunal de commerce ne désignait pas de juge délégué. L'expérience a révélé que la désignation d'un commissaire au sursis n'était pas utile dans tous les cas et pouvait constituer, par son coût, un obstacle important pour les petites entreprises. Le rôle des commissaires au sursis est par ailleurs resté ambigu.

« La loi en projet propose que dans tous les cas un juge délégué soit désigné qui soit chargé de faire rapport au tribunal et de surveiller les opérations pendant toute la durée du sursis. Le juge délégué reçoit en outre certaines missions précises qui permettront d'alléger les formalités du sursis...

« Le juge délégué doit entendre le débiteur au début de sa mission. Par ailleurs il lui est loisible d'entendre tels créanciers ou autres personnes qu'il estime souhaitable d'entendre, mais, contrairement à ce qui est prévu dans le contexte des enquêtes commerciales, le juge délégué ne peut entendre les autres personnes hors présence du débiteur ou sans que celui-ci n'ait été convoqué. Les droits de la défense doivent être à ce stade pleinement respectés.

« Il a paru approprié de confier au juge délégué la possibilité de dispenser par une ordonnance le débiteur d'appliquer certaines formalités. Dans des procédures impliquant des destinataires très nombreux ou malaisés à atteindre une certaine souplesse peut s'imposer ou le remplacement des formalités prévues par la loi par des formalités équivalentes mais plus efficaces».

Le cas visé à l'article 49 de la loi nouvelle en projet, auquel fait référence le deuxième alinéa de son article 16, est celui du transfert sous autorité de justice ou tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités, sans le consentement du débiteur, intervenant sur citation du procureur du Roi ou de tout intéressé en cas d'échec de la tentative de réorganisation judiciaire ou en cas de révocation d'un plan homologué.

Les formalités au respect desquelles le juge délégué est invité par le quatrième alinéa de l'article 16 à veiller particulièrement sont celles qui

concernent l'information des créanciers par le débiteur qui a obtenu l'ouverture d'une procédure en réorganisation judiciaire et qui ont trait à la déclaration et à la vérification des créances.

Par souci de clarté, le Conseil d'Etat avait suggéré dans son avis de préciser, « par analogie à l'article 10, § 1er, alinéa 3, et pour les mêmes raisons telles qu'explicitées dans l'exposé des motifs relatif à cet article 10 », que le juge délégué pourrait entendre tout tiers même hors de la présence du débiteur. Le Gouvernement s'est écarté de cette suggestion ; il a au contraire précisé au commentaire de l'article, comme indiqué ci-dessus, que les droits de la défense doivent à ce stade être pleinement respectés ».

Article 17 – La décision du tribunal

36 L'article 17 du projet de loi règle la manière dont le tribunal se prononce sur la demande. Il lui prescrit de statuer dans les quatorze jours du dépôt de la requête en réorganisation judiciaire après avoir entendu le juge délégué en son rapport. A cet effet le débiteur est convoqué par le greffier au plus tard trois jours francs avant l'audience ; s'il est pressé d'obtenir une décision, le débiteur pourra cependant renoncer à cette convocation.

Si sa requête en réorganisation judiciaire ne mentionne pas l'objectif qu'il poursuit ou si l'objectif tel que mentionné dans la requête doit être redéfini ou modifié, le débiteur indique cet objectif par des conclusions déposées au plus tard à l'audience à laquelle le tribunal prend l'affaire en délibéré. Ce choix n'est pas décisif : il pourra toujours être modifié pendant le sursis par application de l'article 29.

Si les conditions visées à l'article 13 paraissent remplies, le tribunal déclare ouverte la procédure de réorganisation judiciaire et fixe la durée du sursis, qui reste celle que connaissait la loi relative au concordat judiciaire : il ne peut être supérieur à six mois, mais il peut être prorogé une fois de trois mois.

Sous réserve de son article 19, § 3, qui dispose que le jugement qui rejette la demande est notifié au requérant, la loi projetée ne précise pas ce qu'il advient si le tribunal rejette la demande. Le commentaire de l'article 17 considère qu'en réalité le débiteur se retrouve comme avant le dépôt de la requête et que le droit commun reprend ses droits : « *Dans un cas pareil, il n'est évidemment pas exclu que le débiteur décide de sa mise en liquidation ou encore décide de faire l'aveu de la faillite* ».

Par rapport aux articles 14 et 15 L.C.J. on observera que, compte tenu de l'allègement des conditions d'ouverture de la procédure et de la suppression de la fonction de commissaire au sursis, ont été omises les références à l'hypothèse de mauvaise foi manifeste du débiteur et à l'interdiction de poser seul certains actes d'administration ou de disposition.

La loi en projet ne précise pas si l'audition du débiteur se fait en audience publique ou en chambre du conseil. On inclinerait à opter pour la première solution, conforme au droit commun. Mais il faut garder à l'esprit que, sous le régime antérieur, la thèse de l'audition en chambre du conseil était défendue non seulement par analogie avec la disposition en ce sens en cas de

demande du ministère public (disposition qui n'est évidemment plus reprise dans la loi en projet), mais aussi par application de l'article 1028 du Code judiciaire concernant les procédures sur requête⁷⁶, et que le projet ne remet pas cette solution en cause. Espérons que ce point soit clarifié lors des travaux parlementaires.

Article 18 – Mandataire chargé d'assister le débiteur

- 37 En revanche l'article 18, alinéa 1, du projet de loi permet au tribunal, lorsque le débiteur en fait la demande, de désigner par la même décision ou à tout autre moment de la procédure un mandataire de justice pour l'assister dans sa réorganisation ; le tribunal fixe la mission de ce mandataire sur la base de la demande du débiteur.

Les alinéas 2 et 3 du même article disposent que les notifications adressées au débiteur par le greffier sont communiquées en copie à ce mandataire et qu'à chaque fois que l'audition du débiteur est prescrite, le mandataire est entendu en ses observations éventuelles.

Que se passe-t-il lorsque le débiteur a obtenu la désignation d'un « médiateur d'entreprise » par application de l'article 10, § 2 ? Le médiateur peut-il poursuivre sa fonction pendant la procédure de réorganisation judiciaire, ou faut-il une nouvelle demande du débiteur ? La même personne peut-elle être désignée à ces fonctions ? Il nous paraît que, tout en ayant été nommé avec l'accord du débiteur en difficulté, le médiateur visé à l'article 10 exerce sa fonction de manière autonome, dans le souci de rapprocher les points de vue, et hors prétoire, tandis que le mandataire de justice qui est prévu à l'article 18, alinéa 1, intervient pour seconder le débiteur dans le cadre d'une procédure judiciaire; de la sorte la mission du premier devrait prendre fin en cas de demande de réorganisation judiciaire, sans cependant que, sauf conflit d'intérêt, son intervention antérieure ne fasse obstacle à une nouvelle désignation.

Article 19 – Publication du jugement

- 38 L'article 19 de la loi nouvelle règle les modalités de publication au *Moniteur* du jugement qui déclare ouverte la procédure en réorganisation de manière analogue à l'article 17 L.C.J. Trois adaptations retiennent l'attention :
- Si le tribunal peut déjà les déterminer, l'extrait publiera les lieu, jour et heure fixés pour le vote et la décision sur le plan de réorganisation. Ce complément vise les cas bien préparés ou de modeste envergure, dans lesquels le tribunal peut d'emblée déterminer ces date et lieu.
 - La notification individuelle de ces données aux créanciers dans les quatorze jours, que le deuxième paragraphe met désormais à charge du débiteur lui-même, n'est plus prescrite par lettre recommandée. Pour répondre à une observation du Conseil d'Etat, le commentaire de

⁷⁶ J. Windey, « Bilan de trois années d'application de la loi relative au concordat judiciaire », *R.D.C.*, 2002, p. 17, n° 30.

l'article précise que les créanciers visés sont ceux repris dans la liste déposée à l'appui de la requête en réorganisation judiciaire ainsi que les créanciers qui se seraient manifestés depuis lors ; encore faut-il, s'agissant de ces derniers, qu'ils aient la qualité de créanciers sursitaires.

- Un troisième paragraphe prescrit la notification au requérant du jugement qui rejette la demande. *« Si la demande est rejetée, expose le commentaire, il n'y a pas de raison de publier ce rejet au Moniteur. Par contre le rejet doit être notifié au requérant afin que les délais de recours puissent commencer à courir à son égard. La date à prendre en compte sera la date à laquelle le débiteur aura reçu la notification ou pourra être présumé l'avoir reçue ».*

Article 20 – Ouverture du dossier de la procédure de réorganisation judiciaire

- 39 Une autre conséquence du jugement qui accueille la demande est l'ouverture au greffe d'un dossier de la procédure de réorganisation judiciaire. Ici encore, l'article 21 de la loi nouvelle en projet est très proche de l'article 18 L.C.J.

Une modification, relevée par le Conseil d'Etat, tient à ce que le premier alinéa vise « tous les éléments relatifs à cette procédure » alors qu'antérieurement étaient visés « tous les éléments relatifs au fond et à la procédure » ; cette modification n'est que de pure forme, comme il ressort des éclaircissements apportés au commentaire, selon lequel le dossier de la procédure comportera « *tant l'historique des événements de la procédure, que l'inventaire et que les pièces de fond déposées ou produites* ».

Autre modification : c'est le juge-délégué, plutôt que le président du tribunal, qui pourra autoriser tout intéressé non créancier à prendre connaissance et copie du dossier de la procédure. Il pourra également décider que le dossier sera accessible à distance, par voie électronique, selon les modalités et aux conditions qu'il détermine. S'inspirant de la pratique américaine, le commentaire de l'article envisage la création d'un site web distinct pour chaque procédure.

Enfin un complément : un troisième alinéa dispose que le dépôt par un créancier d'un titre au dossier de la procédure constitue un acte interruptif de prescription.

Articles 22 à 25 – Effets du sursis. Effets maintenus.

- 40 Les effets que la loi nouvelle attache au sursis sont pour l'essentiel semblables à ceux qu'y réservait la loi relative au concordat judiciaire :

- suspension des voies d'exécution sur les biens meubles ou immeubles (art 23, alinéa 1, inspiré par l'article 21, § 1er, alinéa 1, L.C.J.);
- suspension de toute déclaration de faillite ou de dissolution judiciaire (art. 23, alinéa 2, réitérant, pour la période postérieure au jugement d'ouverture, la prohibition portée à l'article 15 de la loi nouvelle en projet) ;
- arrêt des saisies (article 24, alinéa 1, inspiré par l'article 22 L.C.J.) ;
- maintien des contrats en cours (art. 26, inspiré par l'article 28 L.C.J.).

Le sursis reste applicable à tous les créanciers, quelle que soit la sûreté dont ils disposent, et à l'action en revendication du créancier propriétaire ; cette règle ne fait cependant plus l'objet d'une disposition expresse, à l'instar de l'article 21, § 1er, alinéa 2 L.C.J., mais elle résulte implicitement de l'article 23, alinéa 3 du projet. Le sursis reste aussi propre au débiteur : sans préjudice aux articles 58 ou 59 de la loi nouvelle en projet (voy. *infra*, n° 67), il ne profite pas aux codébiteurs, ni aux débiteurs de sûretés personnelles (article 25, alinéa 2, inspiré par l'article 21, alinéa 2, L.C.J.).

De même la loi nouvelle en projet reprend, nonobstant leur caractère exceptionnel dans la pratique, des solutions propres à la législation antérieure, comme le maintien des effets conservatoires des saisies antérieures, avec faculté de mainlevée (art. 24, alinéa 2), ou l'octroi de sûretés supplémentaires en guise de compensation de l'importante moins-value que pourrait subir la garantie d'un créancier hypothécaire, gagiste ou privilégié spécial ou d'un créancier-propriétaire (article 23, alinéa 3). A ce dernier sujet, faisant écho à une observation du Conseil d'Etat, le commentaire de l'article expose : « *Le dernier alinéa de l'article 23 contient une disposition venant de l'ancien droit et qui n'a pratiquement pas connu de cas d'application. Il a malgré tout semblé opportun de maintenir la possibilité d'offrir une compensation au créancier sursitaire extraordinaire qui se verrait confronté à la possibilité d'une moins value importante. Cela peut notamment être le cas concernant les créanciers-gagistes sur fonds de commerce. Le juge ne peut évidemment pas créer un nouveau type de sûreté hors du cadre légal, mais il peut exiger notamment du débiteur qu'il fournisse la garantie d'un tiers ou même exonérer le créancier du sursis* »⁷⁷.

Articles 22 à 25 – Effets du sursis. Clarifications. Créances touchées. Paiement volontaire. Compensation. Action directe

- 41 Cependant la loi nouvelle en projet apporte d'utiles clarifications et simplifications pour porter remède aux controverses antérieures et adapter la loi à nouveau contexte international et à la philosophie actuelle des procédures d'insolvabilité :

⁷⁷ La doctrine relative à cette disposition, dont aucun cas d'application ne paraît être rapporté, a fait valoir :

- que la garantie supplémentaire pourrait consister dans le paiement d'une somme d'argent unique ou de mensualités au créancier en fonction de la perte de valeur subie par les actifs formant l'objet de son gage (Th. Bosly, « La situation des créanciers dans le concordat judiciaire » in *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite : les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Bruylant, 1997, p. 108) ;
- que « *au cas où une garantie de compensation se justifierait de façon manifeste par la déperdition évidente de la valeur de l'assiette du droit en cause, mais où le débiteur ne serait pas en mesure de la fournir ou encore au cas où sa constitution serait plus onéreuse, le tribunal pourrait tout simplement autoriser le créancier à rentrer dans ses droits en reprenant le bien dont il est propriétaire ou en percevant le produit de sa sûreté* » (A. Zenner, *Depistage, faillites et concordats*, n° 1338).

Ces enseignements peuvent être maintenus sous le régime de la loi en projet.

- i Il est précisé quelles sont exactement les créances auxquelles s'applique le sursis, d'abord par l'inclusion d'une définition claire de la notion de *créances sursitaires* (voy. *supra*, n° 13), ensuite en matière de contrats en cours par la disposition de l'article 22, alinéa 1er, du projet de loi, qu' « une créance issue de contrats à prestations successives n'est pas soumise au sursis dans la mesure où elle se rapporte à des prestations effectuées après la déclaration d'ouverture de la procédure ».
- ii L'article 22, alinéa 2, dispose expressément que le sursis n'affecte pas le sort des créances gagées par le débiteur au profit de tiers. Le commentaire signale que cette solution est la conséquence logique de la loi du 5 mai 1872; elle était néanmoins controversée. La prohibition des saisies n'entrave donc pas le droit pour le créancier gagiste de percevoir les créances du débiteur en réorganisation sur des tiers qui lui ont été remises en gage.
- iii En vertu de l'article 25, alinéa 1, le sursis ne fait pas obstacle au paiement volontaire par le débiteur. Cette disposition, qui pourrait être regrettée dans son principe parce qu'elle cède à la loi du plus fort et ouvre la porte à l'arbitraire, a été dictée par réalisme : un créancier en position de force peut facilement subordonner toute nouvelle intervention au règlement intégral de ses droits, et l'interdire mettrait certaines réorganisations en péril. Le commentaire de l'article exclut évidemment les paiements frauduleux et précise que les paiements ne peuvent pas être de telle nature qu'ils mettent l'entreprise en péril, auquel cas les conditions de la procédure ou de l'homologation, c'est-à-dire de la continuité, pourraient ne plus être réunies.
- iv Répondant à une observation du Conseil d'Etat, le commentaire des articles 24 et 25 du projet précise expressément que le sursis ne fait pas non plus obstacle à la compensation, que la Cour de cassation avait d'ailleurs déjà largement admise en cas de concordat ; le projet de loi pose ici un pas de plus (voy. *infra*, n° 43).

La loi en projet assure ainsi, du moins en matière de réorganisation judiciaire, la conformité du droit belge aux principes du droit européen de l'insolvabilité⁷⁸.

Dans l'introduction de l'exposé des motifs (au n° 8), il est par ailleurs expressément précisé que le projet ne porte pas atteinte à la réglementation particulière issue de la loi relative aux sûretés financières du 15 décembre 2004 qui a consacré l'opposabilité de la compensation conventionnelle nonobstant toute procédure d'insolvabilité entre dettes

⁷⁸ Voy. A. Flessner, "General introduction", *Principles of European insolvency law*, Deventer, Kluwer, 2003 : "§ 9.3. Set-off – The opening of the proceeding does not prevent set-off".

et créances réciproques existant au moment de l'ouverture de cette procédure⁷⁹.

- v L'article 25, alinéa 3, décide que, sauf application de l'article 49⁸⁰ de la loi nouvelle, c'est-à-dire lorsque le tribunal ordonne le transfert sous autorité de justice de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités, l'action directe instituée par l'article 1798 du Code civil n'est pas entravée par la procédure de réorganisation ni par l'homologation du plan de réorganisation de l'entrepreneur. Lorsque le transfert est limité à une partie de l'entreprise ou de ses activités, l'action directe n'est entravée que si la créance qui la justifie se rattache à cette partie.
- vi Le dernier alinéa de l'article 25 entrave toute déclaration d'inopposabilité des paiements régulièrement faits par le débiteur en difficulté qui serait fondée sur les articles 17, 2^o, et 18 de la loi sur les faillites. Ainsi est écarté le risque pour ses cocontractants de voir remis en cause, en cas d'échec de la tentative de redressement et de faillite ultérieure, les paiements reçus qui seraient qualifiés de paiement de dettes non échues ou de paiement anormal de dettes échues, ou tout simplement parce qu'ils auraient eu connaissance de la situation de cessation de paiement.
- vii Le bénéfice du sursis n'est plus lié au paiement des intérêts et charges. L'article 21, § 1er, L.C.J., selon lequel lorsque les intérêts et les charges des créances ayant pris cours depuis (l'ouverture de la procédure) ne sont pas payés, les créanciers retrouvent le plein exercice de leurs droits, n'a pas été reproduit dans la loi nouvelle (voy. *infra*, n^o 44).

Articles 22 à 25 – Effets du sursis. Pas de concours

- 42 La question de savoir si la requête en concordat ou l'ouverture d'une procédure concordataire entraîne ou non un concours entre créanciers a été très débattue, on s'en souvient, étant admis que le concours est susceptible de produire des effets différents selon l'institution dont il résulte et qu'il peut donc être d'une « *forme particulière* », « *allégé* » pour les uns, « *renforcé* » pour les autres.

La jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point, issue de litiges sur la compensation⁸¹, semble toujours prêter à confusion⁸².

79 A. Zenner, « Faillite et compensation : une révolution copernicienne », *J.T.*, 2005, p. 333. Sur la loi relative aux sûretés financières en général, voy. V. Sagaert et H. Seeldrayers, « De wet Financiële zekerheden », *R.W.*, 2004-2005, p. 1521 et I. Peeters et K. Christiaens, « De Wet Financiële Zekerheden – Een stap te ver of de aanloop naar een totaal vernieuwd zekerhedenrecht ? », *R.D.C.*, 2006, p. 170.

80 Dans sa version actuelle, l'article 25, alinéa 3 du projet renvoie à l'article 44, mais ce renvoi est erroné : il s'agit soit de l'article 49, soit de l'article 50.

81 « L'opposabilité de la compensation est le critère par excellence (“de lakmoesproef”) de l'existence d'un concours », écrit E. Dirix in « Recente arresten faillissement,

D'une part un arrêt du 7 avril 2006⁸³ est affiché sur le site web de la Cour avec le « chapeau » suivant : « *Le dépôt d'une requête en concordat judiciaire crée une situation de concours (solution implicite)* », ce qui résume les conclusions du ministère public à cet égard, considérant que « *le dépôt d'une requête en sursis provisoire fait ... naître une véritable situation de concours entre les créanciers concordataires* ».

D'autre part, un arrêt du 1er juin 2006⁸⁴ pose que « *La loi relative au concordat implique la cristallisation des créances sans pour autant, en règle, qu'en ce qui concerne les créances nées avant la procédure concordataire, elle ne fasse naître un concours qui exclue en toute circonstance la compensation légale, une formule plutôt ambiguë*⁸⁵ qui reste très prudente.

Deux interprétations de la jurisprudence de la Cour ont d'ailleurs été proposées en doctrine, l'une considérant qu'elle aurait « *écart[é] définitivement l'idée selon laquelle le concordat créerait une situation de concours* »⁸⁶, l'autre faisant valoir au contraire que « *l'on peut raisonnablement penser que la Cour s'est (...) implicitement prononcée en faveur de la thèse du concours* »⁸⁷.

L'énigme ne se résoudrait-elle pas en imaginant que le dernier arrêt anticiperait sur les solutions de la loi relative à la continuité des entreprises ?⁸⁸

L'enjeu, tel que l'ont précisé de manière très appropriée X. Dieux et J. Windey⁸⁹ est que « *Si l'on considère que le concordat n'implique pas de*

gerechtelijk akkoord en zekerheden » », *Insolventierecht*, Themis, die Keure, 2006, n° 37, p. 62.

82 Le même auteur opine que « *Le concours en cas de réorganisation demeure (sans doute inévitablement) un enseignement confus (« fuzzy leerstuk »)* », *ibidem*, p. 62.

83 *R.D.C.*, 2006, p. 810, *J.L.M.B.*, 2006, p. 896 (Durobor – Siég. MM. Parmentier, Storck, Batselé, Fettweis et Mme Matray).

84 *R.D.C.*, 2006, p. 819, *R.W.*, 2006-2007, p. 565 et note V. Sagaert, « *Schuldvergelijking en gerechtelijk akkoord: continuïteit creëert connexiteit* » (BASF – Siég. MM. Verougstraete, Londers, Dirix, Fettweis et Deconinck). Quant à l'arrêt entrepris, voy. Gand, 6 avril 2004, *NjW*, 2004, p. 1101 et note M. Tison, *R.D.C.*, 2005, p. 276.

85 Dans sa note précitée V. Sagaert observe par exemple que, le concours n'excluant en tout état de cause jamais toute forme quelconque de compensation légale, la considération de la Cour n'est pas conclusives et laisse un espace d'interprétation !

86 E. Van den Haute, « *Le concordat judiciaire et la compensation : 'Je t'aime moi non plus'* », *R.D.C.*, 2006, p. 830 et sp. p. 832.

87 T. Hürner, « *L'hypothèse de la compensation après concordat et en cas de concours successifs* », *J.T.*, 2006, p. 633 et s., sp. p. 639.

88 Dans son *Manuel*, M. Verougstraete, hostile à la thèse du concours, écrivait que la cristallisation partielle du passif concordataire pourrait sembler plaider en faveur d'une solution n'autorisant que la compensation *ex eadem causa*, de façon finalement assez pareille à ce qui se fait en matière de faillite, ce qui favoriserait considérablement les chances du concordat mais ne serait « *sans doute pas très logique* » (*Manuel du concordat et de la liquidation*, éd. 2003, n° 162, p. 112).

concours, aucune des restrictions que cette notion générale est susceptible d'apporter aux droits individuels des créanciers n'est applicable, sauf si et dans la mesure où la loi le prévoit expressément »⁹⁰.

Qu'aucune restriction ne soit susceptible d'être apportée aux droits individuels des créanciers, sauf si et dans la mesure où la loi le prévoit expressément, c'est exactement ce qu'a souhaité le groupe d'experts restreint chargé de la rédaction de l'avant-projet de loi. Ce qu'il a voulu, c'est, en d'autres termes, que le droit commun continue à s'appliquer par principe dans toutes les relations du débiteur avec ses créanciers, envisagés isolément, et que les dérogations que la loi y apporte soient interprétées restrictivement⁹¹.

Il aurait été heureux que ce principe fût énoncé en toutes lettres dans le corps de la loi⁹². Encore que cela ne se soit pas fait, le principe ressort de la philosophie du projet définie au début de l'exposé des motifs et de la précision apportée en toutes lettres au commentaire des articles 24 et 25, à la suggestion du Conseil d'Etat, que « *le sursis ne fait pas non plus obstacle à la compensation* ». Au cours des réunions préparatoires des groupes de travail inter-cabinets un amendement a d'ailleurs été proposé pour exclure *expressis verbis* l'hypothèse du concours, mais il a été jugé inutile par le représentant de la ministre de la Justice, soucieux d'éviter autant que possible toute modification de l'avant-projet approuvé par le gouvernement en juillet 2006.

A défaut de concours, l'ouverture de la procédure n'entraînera pas l'exigibilité des créances à terme, mais le projet ne les exclut pas des créances sursitaires dont le plan de réorganisation est appelé à déterminer le sort.

Article 22 à 25. Effets du sursis. Compensation

- 43 Tenant compte de ce que le sursis consécutif à l'ouverture d'une procédure en réorganisation judiciaire ne fait pas obstacle à la compensation, la différence entre le régime concordataire et le régime de la continuité mérite d'être mise en exergue :

89 "Nouvelles observations sur la théorie générale du concours entre créanciers – A la lumière de la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire et de ses premières applications", in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 377.

90 *Ibidem*, n° 5, p. 386.

91 Nous paraphrasons ici la note de bas de page n° 32 de l'article précité de X. Dieux et J. Windey.

92 A l'occasion de la discussion du projet de loi y relatif en commission de la Justice du Sénat, le ministre de la Justice de l'époque avait déclaré que le nouveau concordat judiciaire ne donnait pas lieu à un concours et la commission avait veillé à éviter de donner « l'impression qu'avec le concordat judiciaire on créait indiscutablement une situation de concours, alors que le nouveau concordat ne correspond pas aux différentes définitions qu'on retrouve dans la doctrine quant à cette notion » (voy. A. Zenner, *Dépistage, faillites et concordats*, n° 1342) : le principe n'ayant pas été inscrit dans le texte légal, on sait ce qu'il en est advenu ...

Sous le régime du concordat judiciaire diverses situations doivent être distinguées :

- a Compensation entre une créance et une dette réciproques intervenue par le fait de la loi, convenue entre parties ou ordonnée judiciairement avant l'ouverture de la procédure en concordat : elle est toujours admise (en vertu du droit commun de la compensation), même si ses effets n'ont été portés en compte entre parties qu'après le début du sursis.
- b Compensation entre une créance concordataire et une dette réciproque née avant le début du sursis, mais dont les conditions de compensation ne sont pas encore réunies à cette date : elle est admise en cas de connexité (droit commun) ou en cas de convention de compensation (loi du 15 décembre 2004).
- c Compensation entre une dette antérieure au sursis et une créance sur le débiteur concordataire née pendant le sursis : elle est admise en cas de connexité (matérielle ou conventionnelle) (arrêt du 7 avril 2006).
- d Compensation entre une créance concordataire et une dette envers le débiteur concordataire née pendant le sursis (en l'espèce de répétition de l'indû), toutes deux étant issues d'un contrat en cours dont l'exécution a été poursuivie par le débiteur concordataire : elle est admise du fait de la continuité contractuelle (arrêt du 1er juin 2006)⁹³.
- e Compensation entre une créance concordataire et une dette du débiteur née pendant le sursis mais indépendamment de la poursuite d'un contrat en cours : elle n'est admise que dans l'hypothèse exceptionnelle de la connexité synallagmatique (matérielle ou conventionnelle) entre créance et dette de nature différente mais résultant d'une même chaîne d'évènements⁹⁴.
- f Compensation entre une créance concordataire et une créance née après l'homologation du concordat : elle peut être admise si le plan de paiement concordataire ne la prohibe pas (arrêt du 20 octobre 2005⁹⁵).

Sous le régime de la loi en projet la compensation devra avis être admise dans tous les cinq premiers cas précités et, s'agissant de la compensation entre une créance sursitaire et une créance ultérieure à l'homologation du plan de réorganisation, elle devra même l'être s'il y a connexité ou convention de compensation (article 39, alinéa 2).

⁹³ Un arrêt de la Cour de cassation du 2 septembre 1982 (*Pas.*, 1983, I, p. 3, *J.T.*, 1982, p. 739) avait justifié un refus de compensation entre une dette (de répétition de l'indû) ultérieure à une requête en concordat issue de l'exécution de relations synallagmatiques en cours et une créance concordataire, par la considération que le juge de fond avait décidé souverainement qu'elles n'étaient pas connexes.

⁹⁴ Cass., 25 mai 1989, *Pas.*, I, 1989, p. 1015, *R.D.C.*, 1989, p. 775, *R.W.*, 1989-1990, p. 331, *R.C.J.B.*, 1992, p. 348 et note M. Van Quickenborne.

⁹⁵ *NjW*, 2006, p. 365, note PC.

Compte tenu des controverses qui pourraient être suscitées par le fait que l'opposabilité de la compensation se trouve confirmée à l'exposé des motifs plutôt que dans le corps du texte légal lui-même, un amendement tendant à clarifier celui-ci éviterait certainement bien des difficultés⁹⁶.

Articles 22 à 27 – Sursis. Contrats en cours. Intérêts de retard. Intérêts rémunérateurs

- 44 L'ouverture d'une procédure en réorganisation est en principe neutre à l'égard du cours des intérêts de retard⁹⁷, au paiement desquels le sursis est désormais applicable (voy. supra, n° 41 in fine) et qui peuvent faire l'objet de dispositions particulières dans le plan de réorganisation.

Ce principe appelle cependant des tempéraments :

- le dépôt du titre par le créancier au dossier de la procédure interrompt la prescription en vertu de l'article 21, alinéa 3, de sorte qu'il a les mêmes effets qu'une mise en demeure ;

⁹⁶ Dans le silence de la loi, les risques, appréciés à l'expérience des controverses doctrinale et jurisprudentielle issues de la loi relative au concordat judiciaire, pourraient être les suivants :

- Le fait que la phrase de l'exposé des motifs relative à l'opposabilité de la compensation soit suivie d'une référence à l'arrêt de cassation du 1er juin 2006 et à la loi du 15 décembre 2004 pourrait être interprété comme impliquant que l'admission de la compensation n'est, au delà de l'hypothèse classique de la connexité, envisagée que pour le cas où les créances à compenser concerneraient toutes deux un contrat en cours poursuivi pendant le sursis (ce qui était la situation à la base du dit arrêt) et celui où il existerait une convention de compensation (consacrée par la dite loi).
- Dans les autres hypothèses il pourrait toujours être soutenu que la compensation est entravée par l'article 1293, 3°, du Code civil, qui la proscrie dans l'hypothèse où l'une des créances visées a pour cause des aliments insaisissables et qui s'est vu reconnaître par la doctrine un champ d'application plus large en ce sens qu'il englobe toute créance déclarée insaisissable par la loi (La thèse que la conjonction de la règle de l'arrêt des saisies et de l'article 1293, 3° du code civil entrave la compensation en cas de concordat a été proposée par J.P. Buyle et M. Delierneux, note sous Comm. Nivelles (prés.), 15 septembre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 722; *adde* Th. Hurner, « L'hypothèse de la compensation après concordat et en cas de concours successifs », *J.T.*, 2006, p. 633 et s., sp. n° 6).
- La formule ambiguë de l'arrêt du 1er juin 2006 sur la cristallisation consécutive au sursis pourrait être invoquée pour soutenir que les droits des créanciers seraient fixés à certains égards dès l'ouverture de la procédure, nonobstant la suppression du concours.
- Compte tenu de l'analogie faite entre le transfert sous autorité de justice et la faillite, notamment par l'article 25, alinéa 3, de la loi en projet en ce qui concerne l'exercice de l'action directe, la thèse pourrait être défendue que, sauf connexité, convention de compensation ou contrat en cours, la compensation doit être entravée par le jugement qui ordonne pareil transfert.

⁹⁷ Sous réserve des dispositions des articles 21, § 2 et 30 L.C.J. il en est déjà ainsi, d'après l'exposé des motifs, sous le régime du concordat judiciaire ; voy. A. Zenner, *Dépistage, faillites et concordats*, n° 1331, p. 950 *supra*.

- la suspension des droits des créanciers sursitaires extraordinaires ne peut être prescrite par le plan de réorganisation qu'à la condition que soient payés les intérêts qui leur sont dus conventionnellement ou légalement (article 40, alinéa 1er).

Ces principes ne s'appliquent pas aux intérêts rémunérateurs, par exemple ceux qui constituent la contrepartie d'un prêt. Aussi longtemps qu'est poursuivie l'exécution de la convention en vertu de laquelle sont dus des intérêts rémunérateurs, ceux-ci doivent être régulièrement acquittés⁹⁸.

Article 26 – Contrats en cours. Poursuite. Principe. Exceptions

- 45 L'article 26 de la loi nouvelle en projet reprend en son premier alinéa la règle, déposée à l'article 28, alinéa 1, L.C.J., de la continuité des contrats en cours : l'ouverture de la procédure ne met en principe pas fin à ces contrats. Sur le plan des effets de cette continuité, il innove cependant en précisant au deuxième alinéa, pour écarter les équivoques du passé, que « le débiteur peut continuer à exercer tous les droits que ces contrats lui reconnaissent directement ou indirectement » et qu' « il en va de même pour ses cocontractants » : les contrats en cours restant intacts, ils doivent être scrupuleusement respectés.

Compte tenu des dispositions de l'article 14 de la loi relative aux sûretés financières du 15 décembre 2004, est cependant écartée la règle, édictée au premier membre de l'alinéa 2 de l'article 28 L.C.J., que toute clause, et notamment une clause résolutoire, suivant laquelle la résolution du contrat a lieu du seul fait de la demande ou de l'octroi d'un concordat, est sans effet. La sanction de cette disposition était d'ailleurs souvent illusoire en pratique, les cocontractants pouvant toujours lier leur droit à résolution du contrat à d'autres circonstances objectives ne souffrant pas de discussion.

- 46 Le principe de l'exécution intégrale, par le débiteur comme par ses cocontractants, des contrats en cours souffre cependant quatre exceptions :
- a Il ne fait pas obstacle à l'application du droit commun sur la dissolution des contrats ; l'alinéa 1 réserve d'ailleurs expressément l'hypothèse de l'application de stipulations contraires.

On observera que le commentaire des articles est muet au sujet du sort des contrats conclus *intuitu personae*, alors que l'exposé des motifs de la loi relative au concordat judiciaire faisait valoir que « *vu l'importance essentielle que revêtent certains contrats intuitu personae pour la poursuite des activités de l'entreprise, il convient en principe de se baser ici également sur le fait que la procédure du sursis ne met pas fin aux contrats, à moins*

⁹⁸ De Page, *Traité*, t. III, n° 143. Sur les notions d'intérêts de retard (moratoires ou compensatoires), d'intérêts rémunérateurs (ou conventionnels) et d'intérêts judiciaires (une notion qui n'est pas autonome mais désigne les intérêts postérieurs à l'acte introductif), voy. Chr. Biquet-Mathieu, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit*, Ed. Coll. Sc. Fac. Dr. Liège, 1998, n° 1 et s. et J.-L. Fagnart, « Les intérêts ou le prix de la patience », *R.D.C.B.*, 2006, p. 191.

bien entendu que la confiance des parties au contrat conclu intuitu personae soit ébranlée au point que ledit contrat ne puisse être davantage exécuté ». Certains auteurs considéraient que, à peine de priver la disposition en cause de tout effet, il n'y avait pas lieu, contrairement à ces considérations de l'exposé des motifs, d'apporter quelque restriction à la poursuite des contrats conclus *intuitu personae*. A l'époque nous avons estimé que si pareille opinion était trop absolue, l'exception en cause devrait en tout cas être appréciée de manière restrictive⁹⁹.

- b L'alinéa 4 déclare sans effet pendant le sursis et jusqu'à l'exécution intégrale du plan de réorganisation les clauses pénales, visant à couvrir de façon forfaitaire les dommages potentiels subis par suite du non-respect de l'engagement principal. Toutefois le créancier peut comprendre le dommage réel dans sa déclaration de créance, ce qui entraîne cependant *ipso facto* la renonciation définitive à l'application de la clause pénale, même après l'exécution intégrale du plan de réorganisation ; le même régime s'applique en vertu de l'alinéa 5 en cas de faillite suite à l'échec de la procédure de réorganisation judiciaire.
- c Les créances qui sont issues des contrats à prestations successives en cours et qui se rapportent à des prestations exécutées antérieurement à l'ouverture de la procédure n'échappent pas au sursis (article 22, alinéa 1). La suspension du paiement de ces créances n'affecte cependant pas le droit du cocontractant d'opposer l'exception d'inexécution, le droit de rétention ou la compensation ou de poursuivre la résolution (voy. *infra*, n° 52). De la sorte elle peut lettre morte en pratique dès lors que le créancier sursitaire subordonne son exécution prolongée du contrat au règlement intégral de ses droits, sans aucune restriction.
- d Sauf pour ce qui concerne les contrats de travail et les baux d'immeubles, le débiteur peut, même en l'absence de stipulation contractuelle en ce sens, décider (en vertu de l'alinéa 4 de l'article 26) de mettre fin à un contrat en cours : cette décision doit cependant être indispensable pour assurer la continuité de l'entreprise et être notifiée au cocontractant par la communication du montant de la créance pour lequel ce cocontractant est inscrit dans les livres du débiteur en réorganisation, qui doit intervenir dans les quatorze jours du prononcé du jugement qui déclare ouverte la procédure, conformément à l'article 35, alinéa 4, de la loi en projet (alinéa 4).

Le même alinéa 4 de l'article 26 dispose que la créance de dommages et intérêts éventuellement dus au cocontractant du fait de l'inexécution est tenue pour une créance sursitaire ; elle ne sera payée qu'en « monnaie de réorganisation ».

99 A. Zenner, *Dépistage, faillites et concordats*, n° 1347.

47 Compte tenu du principe de continuité des contrats en cours le compromis de vente immobilière signé avant l'ouverture de la procédure en réorganisation sera, sauf clause résolutoire ou exercice du droit de rupture *sui generis*, suivi très normalement par la passation de l'acte authentique.

De même sera poursuivie, sous les mêmes restrictions, l'exécution des ouvertures de crédit ; et si elles sont garanties par un mandat hypothécaire toujours en cours, celui-ci permettra l'inscription d'une hypothèque pendant le sursis¹⁰⁰.

Article 26 – Contrats en cours. Droit du débiteur d'y mettre fin

48 Le droit mettre fin à un contrat en cours indépendamment des conditions et modalités prescrites par le droit commun ou par des lois particulières, c'est-à-dire ce droit de rupture *sui generis* que l'avant-projet de loi a accordé au débiteur, est le fruit d'un compromis au sein du groupe d'experts restreint chargé de la rédaction de cet avant-projet. Pour en comprendre la teneur, il faut avoir à l'esprit la controverse sur la portée de l'article 46, § 1er, L.F., qui accorde aux curateurs le pouvoir de décider d'exécuter ou non les contrats en cours au moment de la faillite.

On rappellera qu'un arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2004¹⁰¹ a semé le doute sur la nature exacte du droit conféré aux curateurs par l'article 46 de la loi sur les faillites. La question est de savoir si cette disposition les autorise non seulement à ne pas poursuivre l'exécution de ces contrats, mais encore à y mettre fin sans avoir à respecter les conditions et modalités de pareille résiliation prévues en droit commun ou par des lois particulières. De cet arrêt difficile à interpréter, deux lectures ont été proposées à l'époque, l'une favorable à la continuité de la doctrine traditionnelle¹⁰², l'autre en rupture avec celle-ci¹⁰³. Depuis lors, de nouveaux éléments sont intervenus. Outre plusieurs commentaires doctrinaux, la Cour de cassation et la cour d'appel de Bruxelles ont, dans des arrêts datés des 11 avril 2005 et 11 mai 2005, abordé la question de l'autonomie du droit des faillites par rapport à des lois particulières, en l'occurrence celles sur les baux commerciaux et les baux à ferme. Par ailleurs, une loi datée du 15 juillet 2005 a inséré un nouveau paragraphe à l'article 46 L.F., consacré spécifiquement aux contrats de travail, et à l'occasion de la discussion de ce texte la commission parlementaire chargée de son examen a refusé

100 En ce sens voy. déjà les déclarations du ministre lors de la discussion de la loi relative au concordat judiciaire rapportées in A. Zenner, *Dépistage, faillites et concordats*, n° 1330 *in fine*.

101 Cass., 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 241 et notes ; *R.W.*, 2005-2006, p. 53 et note S. Brijs, « Artikel 46 Faillissementswet : is de curator van de failliete verhuurder een tovenaar ? ».

102 A. Zenner et C. Alter, « Faillite et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur ? », *R.D.C.*, 2006, p. 245.

103 Christian Van Buggenhout et Ilse Van de Mierop, « Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil », *R.D.C.*, 2006, p. 253.

d'instituer un droit de rupture *sui generis* des contrats autres que ces contrats de travail¹⁰⁴.

Très récemment, de nouvelles réflexions ont enrichi l'évolution de la controverse.

D'une part certains spécialistes se sont interrogé, à la lumière de leur expérience pratique, sur le sens, dans l'interprétation extensive de la portée du droit conféré au curateur de ne pas exécuter les contrats, de la disposition du même article 46 L.F. selon laquelle lorsque le curateur décide de ne pas exécuter un contrat en cours « *les dommages-intérêts éventuellement dus tombent dans la masse* ». En effet, dès lors que l'on reconnaît au curateur un droit de rupture *sui generis*, indépendamment des conditions et modalités légalement ou conventionnellement prévues, l'on ne voit pas sur quelle base le cocontractant du failli pourrait réclamer quelqu'indemnité. La disposition en cause paraîtrait ainsi inconciliable avec l'interprétation extensive.

D'autre part, 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 Professeur Dirix a proposé une troisième lecture de l'arrêt de cassation précité du 24 juin 2004¹⁰⁵. Celui-ci considère en effet que si la Cour a dégagé un principe selon lequel le curateur pourrait méconnaître les droits (opposables) du cocontractant en cas de nécessité pour l'administration de la masse, il faut comprendre en tout cas, d'abord que la condition de nécessité pour l'administration de la masse doit être interprétée de manière très restrictive, si bien que cette condition ne serait pas remplie du seul fait qu'une valeur de réalisation supérieure pourrait être obtenue en méconnaissant les droits du cocontractant, et ensuite que ce dernier aurait droit en tout état de cause à des dommages-intérêts à charge *de* la masse (ce qui priverait sans doute généralement le curateur du bénéfice financier escompté de la rupture)¹⁰⁶.

104 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. 573.

105 E. Dirix, « Recente arresten faillissement, gerechtelijk akkoord en zekerheden », *Insolventierecht*, Themis, die Keure, 2006, n° 23, p. 55 et 56.

106 Les termes précis des considérations de M. Dirix méritent d'être traduits et reproduits ci-dessous :

« Le sort des contrats en cours au moment de la faillite est réglé par l'article 46 L.F. Le curateur a le pouvoir de décider d'exécuter ou de ne pas exécuter ces contrats. Les obligations découlant de l'exécution prolongée sont des dettes de la masse. Lorsque le curateur décide de ne pas exécuter le contrat, le cocontractant peut opposer l'exception d'inexécution » (référence est faite à un arrêt de cassation du 28 janvier 2005 (C.04.0035)).

« La question de savoir si l'article 46 L.F. permet aussi au curateur de porter atteinte aux droits issus de ces contrats opposables à la masse (p. ex. des droits locatifs) est controversée. Une réponse négative s'impose : ce que le saisissant ou l'acquéreur ne

- 49 La notion de contrat en cours, visée à l'article 46, § 1er, L.F., prête elle aussi à ambiguïté.

Dans une contribution d'ensemble sur la faillite et les contrats en cours, le Professeur E. Dirix définissait les contrats en cours comme étant ceux qui sont antérieurs au jugement déclaratif, dont l'exécution n'est pas terminée lors de son prononcé et dont la fin ne résulte pas de ce jugement¹⁰⁷.

Commentant, peu après son entrée en vigueur, le loi relative au concordat judiciaire, le Professeur Colle fournissait une définition distincte, encore que très proche¹⁰⁸.

Plus récemment, X Dieux et C. Alter se demandaient « *si, en ce qu'il s'applique aux contrats en cours au moment de la faillite, l'article 46 de la loi sur les faillites n'a pas naturellement vocation à s'appliquer uniquement aux contrats à prestations successives ou échelonnées, ce que ne serait pas la convention d'affectation de compte, pas plus que de la convention de gage d'ailleurs* »¹⁰⁹. Par la même occasion ces auteurs rappelaient cette réflexion du Professeur Fr. Glansdorff qu' « *un contrat instantané ne devient pas un contrat à prestations successives parce que l'exécution de l'une ou de l'autre de ses obligations est reportée à plus tard par l'effet d'un terme ou d'une condition.*

peut faire, le curateur ne le peut non plus. Si ces droits sont opposables à la masse, le curateur ne peut pas les rendre inopérants.

« Par un arrêt du 24 juin 2004 la Cour de cassation a apporté à cette question une réponse nuancée qui s'efforce de concilier les intérêts de la masse et du cocontractant. Selon la Cour le curateur est en principe tenu de respecter pareils droits. Ce n'est que lorsque les besoins de la liquidation de la faillite l'exigent, qu'il pourrait porter atteinte à ces droits auquel cas le tiers a droit à indemnisation. L'on peut se demander quand il est satisfait à la condition de la 'nécessité pour l'administration de la masse'. L'obtention d'une valeur de vente supérieure est insuffisante à cet effet. La créance de dommages-intérêts qui découle de la fin du contrat sera en tout cas une dette de la masse.

« Il ressort de la jurisprudence postérieure que la Cour ne permet pas que la stabilité contractuelle soit sacrifiée à la légère sur l'autel de la faillite. En témoigne un arrêt du 11 avril 2005 par lequel il est jugé que la bonne administration de la faillite ne donne pas le droit au curateur de consentir à une demande de renouvellement de bail en donnant une réponse réservée ou assortie d'une condition résolutoire ».

- 107 E. Dirix, « Faillissement en lopende overeenkomsten », *R.W.*, 2003, p. 202 : « *onder « lopende overeenkomsten » ...) moet worden verstaan de contracten die 1) dateren van voor de faillietverklaring, 2) waarvan de uitvoering op dit tijdstip (door de debiteur) nog niet was voltooid en 3) waaraan het faillissementsvonnis zelf geen einde wordt gemaakt* ».
- 108 Ph. Colle, « De nieuwe wet betreffende het gerechtelijk akkoord », *R.D.C.*, 1998, p. 78, n° 42 et *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, Antwerpen, Maklu uitgevers, 1989, n° 114 : « *Onder lopende contracten veerstaat men de overeenkomsten die bij het inleiden van de procedure reeds bestaan, doch waarvan de verbintenissen door ten minste één van de contractanten niet of slechts ten dele zijn nagekomen* ».
- 109 X. Dieux et C. Alter, « Observations sur la nature juridique de la monnaie scripturale », in *Liber amicorum Jacques Malherbe*, p. 383 et s., sp. p. 398, note infrapaginale (50).

On parlera simplement de contrat à prestation différée (...) ; mais rentrant dans la catégorie des contrats instantanés »¹¹⁰.

On observera que, là où l'article 26 du projet évoque les « contrats en cours », l'article 22, alinéa 1, fait plus précisément référence aux « contrats à prestations successives » ; il nous paraît dès lors que ce ne sont que celles-ci qui peuvent subir le droit de rupture *sui generis*.

- 50 Le compromis conclu au sein du groupe d'experts resteint a porté sur l'acceptation de l'institution d'un droit de rupture *sui generis* du débiteur en réorganisation judiciaire, auquel plusieurs de ses membres s'étaient opposés mais qui était défendu par quelques autres membres et le représentant de la ministre de la Justice, en contrepartie de l'exclusion de son application aux contrats de travail, ce qui paraissait évident à tous, et aux baux immobiliers, eu égard aux difficultés illustrées par la jurisprudence et aux discussions parlementaires concernant l'application à ces contrats de l'article 46 L.F. Il fut aussi entendu qu'aucune conséquence ne pourrait en être tirée dans la controverse relative à l'article 46 L.F.

Dans son avis, le Conseil d'Etat s'est demandé « *si le principe de l'égalité des créanciers est respecté, dès lors que de droit les créanciers d'un bail d'immeuble et ceux d'un contrat de travail sont privilégiés dans la mesure où le débiteur ne peut mettre fin anticipativement à ces contrats sinon en respectant les modalités fixées par la loi* », et il a considéré que « *l'avant-projet devrait s'expliquer sur les raisons objectives qui peuvent justifier la différenciation du traitement envisagée. A défaut d'une justification pertinente, il devrait être réexaminé pour ne pas encourir le reproche de la violation du principe d'égalité entre les créanciers* ». Cette réflexion a suscité de nouveaux débats au sein du groupe d'experts. Diverses propositions ont été envisagées, sans être retenues, pour rencontrer l'objection du Conseil d'Etat, si ce n'est qu'il a été précisé à l'article 22 que le droit pour le débiteur de mettre fin à un contrat en cours serait limité au cas où « *cette décision est indispensable pour assurer la continuité de l'entreprise* ».

A ce sujet, le commentaire apporte les réflexions suivantes :

« Pour que la réorganisation réussisse il peut être indispensable que le débiteur ne soit pas astreint à poursuivre tous les contrats : cette obligation ruinerait les espoirs de redressement. Le débiteur aura évidemment, et c'est inévitable, une dette à l'égard de son contractant, due par la suite de l'inexécution du contrat, ce qui vaut mieux que d'être forcé à exécuter un contrat ruineux pour l'entreprise. Cette disposition est une disposition spécifique à la réorganisation judiciaire et doit être comprise dans ce contexte. C'est aussi dans cette mesure que ce droit ne doit être accordé que dans la mesure où la décision de mettre fin est indispensable pour la survie de l'entreprise ou d'une activité. Il ne pourrait

110 Fr. Glansdorff, « La définition et les caractéristiques du contrat à prestations successives », in *La vie du contrat à prestations successives*, éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, p. 18, n° 4.

être question de mettre fin à des contrats dans ce contexte simplement pour augmenter la rentabilité de l'entreprise : ce serait un abus.

« Deux exceptions sont faites, pour lesquelles le système décrit ci-dessus, pourrait mal fonctionner. Il s'agit des baux et des contrats de travail. Aucun régime dérogatoire ne s'applique. Ce sont les seuls cas où en pratique des problèmes se posent. Pour les baux le problème naîtra souvent du fait que le locataire a accumulé des valeurs par l'occupation du bien tandis que le bailleur pourrait être tenté de se défaire de contrats peu lucratifs. Pour les travailleurs, le législateur a conçu un système cohérent de protection, fort détaillé et touchant partiellement à l'ordre public. Dans l'un et dans l'autre type de contrat, le législateur a estimé devoir accorder une protection tout à fait particulière aux personnes concernées et cette protection, inspirée par un souci de respect de l'ordre public, ne se retrouve pas avec la même intensité en ce qui concerne d'autres types de contrats de nature économique. Il a paru adéquat de ne pas déroger, dans ce contexte, à ces normes très particulières ».

- 51 On relèvera que le commentaire souligne bien que l'institution du droit de rupture *sui generis* est “une disposition spécifique à la réorganisation judiciaire et doit être comprise dans ce contexte” : aucun argument ne pourra en être tiré dans la controverse sur la portée de l'option conférée au curateur par l'article 46 L.F.

Il peut par ailleurs être déduit de la condition que la décision doit être indispensable pour assurer la continuité de l'entreprise, une notion qui doit être interprétée restrictivement, qu'un avantage financier sera insuffisant en tant que tel pour justifier cette décision.

A l'issue du Conseil des ministres du 12 janvier 2007, il se disait que, compte tenu de considérations issues des conséquences que pareil droit de rupture aurait pu entraîner pour les sous-traitants de VW-Forest au cas où cette société aurait sollicité l'ouverture d'une procédure de réorganisation (une hypothèse évidemment théorique qui n'a été envisagée qu'à titre exemplatif), un accord pourrait se dégager sur un amendement de l'article 26, alinéa 3 du projet.

Article 26 – Contrats en cours. Inexécution par le débiteur. Droits des cocontractants. Exception d'inexécution, droit de rétention, droit de résolution

- 52 En cas d'inexécution d'un contrat en cours par le débiteur en réorganisation, son cocontractant créancier a le droit d'opposer l'exception d'inexécution ou le droit de rétention et de poursuivre la résolution de ce contrat.

Sous le régime des lois coordonnées par l'arrêté du Régent du 25 septembre 1946, la Cour de cassation admettait déjà, depuis un arrêt du 28 février 1985¹¹¹, que la situation de concours consécutive au dépôt d'une requête en concordat judiciaire par abandon d'actif ne portait pas atteinte à l'interdépendance réciproque d'obligations connexes. Aussi était-il admis

111 Arr. Cass., 1984-1985, p. 892.

que le cocontractant suspende ses propres prestations en cas d'inexécution d'un contrat en cours par le débiteur concordataire, même en raison d'une créance impayée entièrement antérieure à la requête en concordat¹¹². et qu'il exerce le droit de rétention qui est une forme de l'exception d'inexécution¹¹³.

Ce régime n'a pas été modifié par la loi relative au concordat judiciaire du 17 juillet 1997. Aucune disposition de cette loi ne prive le cocontractant du droit d'opposer l'exception d'inexécution ou le droit de rétention et de demander ou de faire constater la résolution du contrat que le débiteur n'exécute pas intégralement en produisant le cas échéant au passif du concordat les dommages-intérêts auxquels l'inexécution lui donne droit. La philosophie, telle qu'exprimée à l'époque par le ministre de la Justice, était que, sous réserve des dispositions prohibant les clauses résolutoires pour cause de concordat et les clauses pénales, les relations contractuelles que le concordataire avait nouées avec ses cocontractants devaient être maintenues et être exécutées de la manière la plus normale possible, c'est-à-dire conformément au droit commun des contrats.

La doctrine est unanime dans le même sens¹¹⁴.

112 B. Roland, « Le concordat judiciaire », in *Traité pratique de droit commercial*, t. II, Story-Scientia, 1992, n° 668, p. 572 ; dans le même sens, voy. Ph. Colle, cité infra, note infrapaginale n° 115.

113 A. Cloquet, *Les concordats et la faillite* in *Novelles*, 1985, n° 676.

114 Voy. :

- Th. Bosly, « La situation des créanciers dans le concordat judiciaire » in *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite : les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Bruylant, 1997, p. 114 (« ... il ne fait pas de doute que le droit commun des obligations reste d'application... Le banquier pourrait, dès lors, invoquer l'exception d'inexécution pour refuser d'exécuter ses propres obligations... L'ouverture d'une procédure de concordat n'exclut pas l'application des règles de droit commun. Les créanciers peuvent tirer profit de certaines de ces règles... Parmi celles-ci, nous retiendrons ... l'utilisation du droit de propriété, le droit de rétention et les instruments du droit des obligations tels l'exception d'inexécution et la résolution fautive »).

- M. Tison, « Depistage en gerechtelijk akkoord na de wet van 17 juli 1997, *R.W.*, 1997, n° 93, p. 423 (... *A fortiori* behouden de ontbindende bedingen verbonden aan de wanprestatie van de schuldenaar hun volle uitwerking. Dit geldt zowel voor een uitdrukkelijk ontbindend beding als voor het stilzwijgend beding in wederkerige overeenkomsten... »).

- Y. Dumon et H. Stranart, « La faillite et le concordat judiciaire – La réforme de 1997, *J.T.*, 1997, p. 862 (« La loi... ne prive, cependant, pas le cocontractant du débiteur de la possibilité de faire valoir, notamment, l'exception d'inexécution selon le droit commun, la nouvelle règle (déclarant sans effet toutes clauses ayant pour objet la résolution du seul fait de la demande ou de l'octroi d'un concordat) étant, nous semble-t-il, clairement d'interprétation stricte »).

L'opposabilité de l'exception d'inexécution n'est d'ailleurs pas même mise en échec par la survenance de la faillite.

-
- Ph. Colle, « De nieuwe wet betreffende het gerechtelijk akkoord », *R.D.C.*, 1998, p. 78, n° 45 (« Een stap achteruit in vergelijking met het allereerste voor-ontwerp is dat de wetgever de niet-uitvoeringsexceptie (*exceptio non adimpleti contractus*) niet meer buiten toepassing heeft verklaard. – Luidens de rechtspraak van het Hof van Cassatie stelt een samenloopssituatie geen einde aan de onderling afhankelijkheid tussen wederkerige verbintenissen, die hun oorzaak vinden in een (zelfde) contract (Cass., 28 février 1985, A.C., 1984-1985, 892). Dit houdt in dat de medecontractant van de schuldenaar, die in een procedure van opschorting van betaling betrokken is, de tekortkomingen die dagtekenen van vóór de procedure kan invoeren en de voortzetting van de overeenkomst kan opschorten tot de achterstallen integraal geregeld zijn. De voortzetting van de lopende contracten dreigt in deze omstandigheden veelal illusoir te worden ») et *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, Antwerpen, Maklu uitgevers, 1989, n° 115, p. 140 sur l'exception d'inexécution et n° 101, p. 125 sur le droit de rétention.
 - A. Zenner, *Dépistage, faillites et concordats*, Larcier, 1998, n° 1352, p. 966 (« Aucune dispositions de la loi relative au concordat judiciaire ne prive le créancier du droit d'opposer l'exception d'inexécution, le droit de rétention ou l'exception de compensation et ... de demander ou de faire constater la résolution du contrat que le débiteur n'exécute pas intégralement et de produire le cas échéant au passif du concordat les dommages-intérêts auxquels l'inexécution lui donne droit... »).
 - O. Poelmans, « Le concordat et le concours après la loi du 17 juillet 1997 », *R.D.C.*, 1999, p. 153 (« Les conditions particulières comme générales (des contrats en cours) trouveront à s'appliquer entre les parties. Le droit commun des obligations auquel il n'aura pas été dérogé expressément et licitement trouvera également à s'appliquer. – Lorsque le contrat est synallagmatique, la partie envers laquelle les obligations ne seront pas respectées pourra solliciter la résolution de la convention en application de l'article 1184 du Code civil. – De même, les clauses compromissaires expresses ou les clauses de réserve de propriété trouveront à s'appliquer en cas d'inexécution de la convention par une des parties. – La partie à la convention synallagmatique, victime d'une inexécution de la part de son cocontractant, pourra également faire valoir l'exception d'inexécution ou lui opposer le droit de rétention. – Le mandataire qui a reçu mandat irrévocable de constituer une sûreté au bénéfice d'un créancier peut exécuter son mandat. En agissant de la sorte le mandataire exécute le contrat conclu avec le commerçant en concordat et ne fait qu'appliquer l'article 28, alinéa 1er, de la loi. – Le créancier du commerçant en concordat qui bénéficie de promesse de contrat peut également solliciter l'exécution de cette promesse... »).
 - X. Dieux et J. Windey, « Nouvelles observations sur la théorie générale du concours entre les créanciers à la lumière de la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire et de ses premières applications », in *Hommage à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, p. 388, n° 7 : (« L'introduction de la procédure en concordat n'affectant pas les contrats en cours, le cocontractant du requérant peut opposer l'exception d'inexécution, voire postuler la résolution de la convention fautivement inexécutée par ce dernier, ou mettre en œuvre une clause résolutoire expresse, pour autant que celle-ci ne soit pas liée à la seule introduction de la procédure en concordat... »).

S'agissant du droit à la résolution du contrat, le ministre de la Justice avait confirmé en commission, lors de la discussion du projet de loi relative au concordat judiciaire, que le droit commun antérieur restait d'application¹¹⁵.

Dans ses conclusions précédant l'arrêt précité de la Cour de cassation du 7 avril 2006 relatif à la compensation de dettes connexes pendant le sursis, le ministère public, a affirmé le même principe¹¹⁶.

Eu égard à la philosophie du projet de loi relatif à la continuité des entreprises, il était normal d'assurer aux créanciers du débiteur en réorganisation les mêmes droits en cas d'inexécution d'un contrat en cours. Le débiteur pourrait même invoquer l'article 31 du projet, qui permet de mettre un terme à la tentative de réorganisation non seulement lorsque le débiteur ne remplit plus les conditions de la procédure mais aussi lorsqu'il est déjà avéré qu'il ne pourra pas les remplir (voy. *infra*, n° 68), pour opposer dans pareille circonstance son exception d'inexécution par anticipation.

Article 26 – Contrats en cours. Droits du vendeur

- 53 La résolution peut-elle aussi être poursuivie par le vendeur impayé ? Quels sont plus généralement les droits du vendeur face à acheteur en réorganisation judiciaire ?

En droit commun, si le vendeur est demeuré en possession des marchandises, il peut exercer un droit de rétention aussi longtemps que le prix, même payable à terme, ne lui est pas réglé et faire demander ou constater la résolution de la vente.

S'il a déjà livré les marchandises au débiteur en réorganisation ou à un tiers pour son compte, sa situation est réglée comme suit par l'article 20, 5°, L.H. :

- il est privilégié sur le produit de réalisation de la chose vendue (alinéa 1) ;

¹¹⁵ « M. Bourgeois demande si le créancier peut encore faire application, pendant la période d'observation, de l'article 1184 du Code civil et, plus précisément, s'il peut encore invoquer la clause résolutoire tacite. – Le ministre confirme que le droit commun demeure également applicable en l'occurrence. La clause visée à la première phrase de l'alinéa 2 est en effet une clause prévoyant la résolution d'un contrat du seul fait de la demande d'un concordat, indépendamment de toute mauvaise exécution... A la demande de M. Bourgeois, le ministre précise que le deuxième alinéa ne s'applique pas aux dommages-intérêts qui sont dus en cas de résolution d'un contrat dans le cadre du droit commun et non du seul fait de la demande de concordat et que ces dommages-intérêts devront être payés, le cas échéant, au cours de la période d'observation, sauf dans la mesure où il s'agit de clauses pénales » – Rapport Vandeurzen, Doc. Parl. Ch., 95/96, n° 329/17, p. 78.

¹¹⁶ Voy. p. 6 : « ... le droit commun reste d'application et une partie pourrait solliciter la résolution du contrat en application de l'article 1184 du Code civil ».

- si la vente a été faite sans terme, il peut revendiquer la chose vendue tant qu'elle est en la possession de l'acheteur, et en empêcher la revente, pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison et que la chose se trouve dans le même état que lors de la livraison (alinéa 6) ;
- la déchéance de l'action revendicatoire emporte également celle de l'action en résolution, à l'égard des autres créanciers (alinéa 7).

Si la vente est assortie d'une clause de réserve de propriété, l'action revendicatoire peut évidemment être exercée au delà de la huitaine.

L'ouverture de la procédure de réorganisation, qui n'entraîne pas de concours, n'affectera pas ces principes, si ce n'est du fait des dispositions relatives au sursis provisoire et au plan de reorganisation.

Le vendeur resté en possession pourra toujours exercer son droit de rétention.

Quant au vendeur dépossédé, créancier-propriétaire, sa revendication et son droit de résolution seront suspendus pendant le sursis provisoire et, le cas échéant, pendant la durée du sursis définitif (d'un maximum de dix-huit mois) prévue au plan de réorganisation¹¹⁷. En cas d'échec de la tentative de réorganisation il pourra cependant faire valoir normalement ses droits, et notamment son privilège.

L'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire de l'acheteur permet-elle au vendeur qui s'est obligé à une livraison immédiate tout en accordant un délai pour le paiement de suspendre son obligation ? L'article 1613 du Code civil libère le vendeur de l'obligation de délivrance, à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger immédiat de perdre le prix. Sous le régime exceptionnel de la gestion contrôlée, la Cour de cassation avait décidé que les deux cas envisagés devaient être interprétés restrictivement¹¹⁸. MM. Van Ryn et Heenen estimaient au contraire que, les auteurs du Code civil n'ayant évidemment pu songer aux procédures créées beaucoup plus tard pour éviter la faillite, il n'y avait aucune raison de placer le vendeur dans une moins bonne position en cas de demande de concordat qu'en cas de faillite de l'acheteur¹¹⁹. Le débiteur en réorganisation judiciaire ne se trouve pas

¹¹⁷ Voy. X. Dieux et J. Windey, « Nouvelles observations sur la théorie générale du concours entre les créanciers à la lumière de la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire et de ses premières applications », in *Hommage à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, p. 388, note de bas de page n° 41 : « ... le vendeur impayé dont l'action en revendication est suspendue... ne peut pas non plus intenter l'action en résolution (arg. art. 20, 5° de la loi hypothécaire) ».

¹¹⁸ Cass., 1er août 1940, *Pas.*, 1940, I, p. 195.

¹¹⁹ J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t. IV, n° 2961.

nécessairement en état de cessation de paiement et les contrats en cours sont censés être poursuivis normalement. Sous réserve de l'hypothèse envisagée *in fine* au paragraphe 52 *supra* la réponse à la question nous paraît négative.

Article 27 – Contrats en cours. Exécution. Engagements nouveaux. Privilège des cocontractants du débiteur

- 54 L'une des difficultés les plus épineuses du régime du concordat judiciaire de 1997 concerne la protection accordée en cas d'échec de la tentative concordataire et de faillite déclarée en cours de procédure à ceux qui acceptent de traiter avec le débiteur concordataire malgré ses difficultés ; en vertu de l'article 44, alinéa 2, L.C.J., les actes accomplis par le débiteur au cours de la procédure avec la collaboration, l'autorisation ou l'assistance du commissaire au sursis sont considérés lors de la faillite comme des actes du curateur, les dettes contractées pendant le concordat étant comprises comme dettes de la masse faillie. Tout prête à controverse dans cet article : que faut-il entendre par « collaboration, autorisation ou assistance du commissaire », la faveur opère-t-elle tant en cas de faillite après homologation du concordat qu'en cours de procédure, couvre-t-elle intégralement les indemnités de rupture ou faut-il ventiler celles-ci, et surtout les dettes de masse en cause sont-elles ou non primées par les créanciers jouissant de sûretés réelles ou de privilèges particuliers¹²⁰ ?

Le régime en cause devait être revu, et il l'est dans la loi projetée en remplaçant la qualité de dette de masse par un privilège spécial au rang du conservateur, s'appliquant sur chaque bien, immobilier comme mobilier, qui ne primera les créanciers privilégiés spéciaux antérieurs que si l'intervention leur a effectivement profité, ce qui se vérifiera élément d'actif par élément d'actif.

L'article 27 de la loi nouvelle est rédigée comme suit :

120 La Cour de cassation a jugé :

- par arrêt du 5 février 2005, qu'il ne peut y avoir assistance du commissaire à l'accomplissement d'un acte que s'il apporte préalablement son aide à cet accomplissement et que « *la collaboration du commissaire au sursis requiert qu'il pose des actes visant à l'accomplissement de l'acte* » ;
- par arrêt du 8 septembre 2006 (R.D.C., 2006, p. 834), que les « *actes accomplis par le débiteur au cours de la procédure avec la collaboration, l'autorisation ou l'assistance du commissaire au sursis au sens de l'article 44, alinéa 2, ne visent que les actes accomplis par le débiteur « au cours de la période de sursis provisoire* » ».
- Par son arrêt n° 108/2005 du 22 juin 2005 (R.W., 2006, p. 1335), la Cour d'arbitrage avait décidé que la même disposition, dans l'interprétation selon laquelle les dettes contractées durant la procédure en concordat avec la collaboration du commissaire au sursis ne sont des dettes de la masse que lorsque le débiteur est déclaré en faillite au cours de cette procédure, mais non lorsque le débiteur est déclaré en faillite après qu'il ait été mis fin à cette procédure, viole les articles 10 et 11 de la Constitution. Sur cette question voy. la note antérieure de A. Mahy, « La mise en œuvre du droit de préférence reconnu au commissaire au sursis pour le paiement de ses honoraires », R.D.C., 2006, p. 838.

« Dans la mesure où les créances d'un cocontractant se rapportent à des prestations effectuées pendant la procédure de réorganisation judiciaire, qu'elles soient issues d'engagements nouveaux du débiteur ou de contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure, elles jouissent du privilège du conservateur qui peut être exercé sur tous les actifs du débiteur.

« Le cas échéant les indemnités contractuelles, légales ou judiciaires dont le créancier réclame le paiement du fait de la fin du contrat sont ventilées en fonction de leur lien avec la période antérieure ou postérieure à l'ouverture de la procédure.

« Le privilège visé à l'alinéa premier, prime les droits des créanciers hypothécaires, gagistes ou ceux des créanciers propriétaires au cours d'une procédure collective subséquente si les prestations ont contribué à la conservation de leur sûreté ou propriété. »

Le commentaire, pour sa part, considère ceci :

« Pour assurer la confiance des contractants du débiteur, facteur essentiel pour la continuité de l'entreprise, il faut donner un droit de priorité à ce contractant au cas où la procédure en réorganisation serait un échec. Faute de donner de telles assurances aux contractants du débiteur, celui-ci serait confronté avec des créanciers exigeant le paiement comptant.

« Dans le droit du concordat de la loi du 17 juillet 1997, le contractant bénéficiait d'un super-privilège qui lui donnait la primauté par rapport à tous les créanciers du failli et ce par le biais d'une fiction juridique qui voulait que les engagements conclus avec l'assentiment du commissaire au sursis soient considérés comme des dettes de masse.

« Le commissaire au sursis n'étant plus un des organes de la procédure de réorganisation, une autre solution s'imposait.

« L'article 27 confère au contractant le privilège du conservateur de la chose pour les nouveaux engagements (qui sont définis dans le texte). Ce privilège porte sur tous les actifs du débiteur.

« Le conflit de priorité avec les droits des créanciers gagistes, hypothécaires ou créanciers-proprétaires sera réglé en faveur du contractant si les prestations ont contribué à la conservation de la sûreté ou propriété ».

Il va de soi que les créances issues d'un contrat en cours dont l'exécution est poursuivie ou d'engagements nouveaux ne sont pas visées par le sursis et que leurs titulaires gardent donc toute liberté d'action individuelle pendant la procédure de réorganisation comme après sa clôture.

Article 28 – Prorogation du sursis

- 55 La durée du sursis, fixée par le tribunal, demeure celle que connaissait la loi relative au concordat judiciaire : ce sursis ne peut être supérieur à six mois, mais il peut être prorogé une fois de trois mois. S'inspirant de l'article 23 L.C.J., l'article 28 de la loi nouvelle réserve cependant la demande de prorogation au débiteur et dispose que le tribunal statue sur le rapport du juge délégué. Il fait aussi référence à l'article 50 qui institue un sursis spécifique au transfert d'entreprise sous autorité de justice, de sorte que, dans

des circonstances exceptionnelles (une décision de transfert sous autorité de justice prise en d'échec d'une tentative de réorganisation par accord collectif à l'expiration d'un sursis de six mois prolongé de trois) le délai total pourrait atteindre quinze mois.

A ce stade le projet ne prévoit aucune mesure de publicité de la prorogation du sursis. Il mériterait d'être complété à l'exemple de son article 29, alinéa 2.

Article 29 – Modification de l'objectif de la procédure

- 56 L'article 29 de la loi nouvelle projetée permet au débiteur de demander au tribunal, à tout moment pendant le sursis, de modifier l'objectif de la procédure afin de pouvoir l'adapter à la situation telle qu'elle apparaît de son analyse. S'il a engagé la procédure de réorganisation judiciaire dans le but d'obtenir un accord amiable et que celui-ci ne paraît pas réalisable, le débiteur peut ainsi se réorienter vers une réorganisation par accord collectif ou vers un transfert sous autorité de justice.

La publicité accompagnant ces changements d'orientation est organisée à l'instar de celle du jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire.

Articles 30 à 32 – Fin anticipée et clôture de la procédure

- 57 Les articles 30 et 31 du projet de loi règlent la clôture de la procédure judiciaire et la publicité dont fait l'objet le jugement de clôture, à l'instar, ici aussi, de celle du jugement d'ouverture de la procédure.

L'article 30 permet au débiteur de renoncer en tout ou en partie à sa demande à tout stade de la procédure, à charge d'exécuter intégralement ses obligations selon les conditions et modalités convenues avec les créanciers que concerne la renonciation, si elle est partielle, ou avec tous les créanciers, si elle est complète. Si le débiteur a négocié un accord amiable avec ses principaux créanciers sous le bénéfice du sursis lié à la procédure et du risque d'un accord collectif plus sévère, il peut ainsi débarrasser sa gestion des entraves d'une procédure judiciaire peu favorable au crédit de l'entreprise.

Le premier paragraphe de l'article 31 envisage quant à lui l'arrêt de la procédure en cas d'échec de la tentative de réorganisation, qui peut survenir lorsque le débiteur ne remplit plus les conditions de la procédure ou s'il est avéré qu'il ne pourra pas les remplir ; la demande peut être faite par requête du débiteur ou sur citation du ministère public ou de tout intéressé, le tribunal statuant sur le rapport du juge délégué. Le deuxième paragraphe vise la clôture de la procédure lorsque son objectif est atteint, soit que le débiteur y renonce, soit que son plan de réorganisation par accord collectif soit homologué, soit que le transfert sous autorité de justice auquel il a consenti soit intervenu. Le troisième paragraphe de l'article prescrit la publicité usuelle de ces décisions de clôture.

A l'issue de la procédure le sursis fixé par le tribunal prend fin et les créanciers retrouvent l'exercice intégral de leurs droits et actions. Il en est de même si le, sans doute par suite d'une inadvertance, le sursis expire sans

qu'il n'ait été prorogé ou sans que la procédure n'ait été adéquatement clôturée. C'est ce que décide l'article 32.

Chapitre II – La réorganisation judiciaire par accord amiable

Article 33 – Juge délégué, médiateur ou mandataire, termes et délais

58 L'accord amiable peut être recherché par le débiteur en difficulté hors de toute procédure judiciaire, par application de l'article 11 de la loi nouvelle. Mais, à défaut d'y parvenir ou pour maximiser d'emblée ses chances de succès, le débiteur peut le rechercher sous le couvert d'une procédure de réorganisation judiciaire. Si la médiatisation inévitable de l'ouverture de la procédure et ses formalités compliqueront immanquablement sa gestion, il peut penser que ses principaux créanciers se monteront plus ouverts à négocier pour échapper à un plan de réorganisation par accord collectif, plutôt rarement refusé par les créanciers, particulièrement si leurs garanties sont limitées.

Pour assurer à la négociation le caractère le plus objectif possible, le débiteur peut évidemment solliciter préalablement la désignation d'un médiateur d'entreprise neutre par application de l'article 10, § 2, ou celle d'un mandataire de justice pour l'assister dans sa gestion par application de l'article 18, alinéa 1er.

L'article 33, alinéa 2 de la loi, lui fournit une autre arme : le tribunal, saisi sur sa requête contradictoire, peut octroyer au débiteur des délais modérés pour le paiement de certaines dettes. Sur le fond, il ne s'agit là bien sûr que d'une application de l'article 1244 du Code civil ; mais, sur le plan procédural, la disposition permet au débiteur de prendre l'initiative de la demande, plutôt que de la formuler en défense à une action en paiement, comme de coutume, et elle attribue au tribunal de la réorganisation compétence pour en connaître. Le tribunal peut ainsi statuer en connaissance de cause de l'ensemble de la situation du débiteur. Le risque lié à pareille demande peut évidemment constituer un puissant incitant à un accord amiable.

Si un accord intervient, le tribunal, statuant sur requête du débiteur et sur le rapport du juge délégué, constate cet accord et clôturera la procédure. Les parties à l'accord restent tenues par celui-ci aussi longtemps qu'il n'y est pas mis fin conformément au droit commun.

Chapitre III – La réorganisation judiciaire par accord collectif

Article 34 – Fixation des date et lieu du vote et des débats sur l'homologation

59 Les articles 34 à 48 comportent les dispositions propres à la procédure de réorganisation judiciaire par accord collectif, une formule qui correspond pour l'essentiel à l'ancien concordat mais qui a été fortement simplifiée.

Lorsque de petites entreprises sont en cause et que la mise en œuvre de la procédure ne paraît pas appeler de complications particulières, le tribunal peut d'emblée en fixer les étapes. L'article 34 lui permet ainsi de désigner le lieu, jour et heure où, sauf prorogation du sursis, aura lieu l'audience à laquelle il sera procédé au vote sur le plan de réorganisation et statué sur l'homologation dans le jugement par lequel il déclare ouverte la procédure de réorganisation. En ce cas, ajoute-t-il, le plan sera déposé au greffe au

moins quatorze jours avant l'audience. Dans l'alternative les créanciers sont avisés de ces lieu et date par la communication du greffe prévue par l'article 43.

Articles 35 et 36 – Détermination du passif

- 60 La détermination du passif sursitaire est réglée aux articles 35 et 36, dans le souci de réduire autant que possible les formalités incombant aux créanciers. L'obligation que leur faisait l'article 25 L.C.J. de déclarer leur créance et d'en déposer le titre au greffe est ainsi supprimée et remplacée par une notification du débiteur sur le montant et la qualité de leur créance ; ce n'est qu'en cas de désaccord, et si celui-ci ne peut être réglé amiablement, qu'il incombera au créancier d'intervenir judiciairement, par comparution volontaire ou par citation, conformément au droit commun. Des contredits peuvent être formés par les tiers de la même manière.

Le tribunal est alors appelé à statuer soit au fond, soit à titre provisionnel. Le jugement qui détermine le montant et la qualité de la créance provisoirement admise n'est pas susceptible de recours, mais en cas d'absolue nécessité il peut à tout moment être modifié par le tribunal sur requête unilatérale du débiteur ou d'un créancier pour tenir compte d'éléments nouveaux.

On ne peut évidemment exiger du débiteur qu'il maîtrise parfaitement la matière des sûretés et privilèges ! Aussi le commentaire considère-t-il sagement que « *Il n'est pas possible de demander au débiteur de préciser à ses créanciers quelles sont les sûretés qu'il leur reconnaît – ceci demanderait une appréciation juridique trop complexe – mais à tout le moins il lui est demandé de faire un effort en ce sens* ».

La liste des créanciers accompagnant la requête de réorganisation judiciaire est corrigée ou complétée et déposée au greffe par le débiteur au plus tard huit jours avant l'audience consacrée au vote des créanciers et à l'homologation, et portée au dossier de la réorganisation. Par ailleurs l'article 37, § 2, alinéa 3 de la loi nouvelle impose au débiteur d'inclure dans la partie descriptive de son plan de réorganisation un rapport sur les contestations de créance, de nature à éclairer les intéressés sur leur ampleur et leur fondement.

Les créances contestées mais reconnues judiciairement après l'homologation sont, en vertu du deuxième alinéa de l'article 47, payées conformément aux modalités prévues pour les créances de même nature.

Au cas où une créance n'a pas été prise en compte, parce que le débiteur ne l'a pas portée sur la liste et parce que le créancier ne s'est pas manifesté, ce qui peut être le cas d'une créance déjà née au moment de la procédure mais ignorée des parties, par exemple dans le cas d'un fait générateur d'un accident qui ne surviendrait qu'après l'homologation, ou encore d'une créance omise par le débiteur et dont le titulaire n'a pas été assez vigilant, son paiement est, en vertu de l'alinéa 3 du même article 47, suspendu jusqu'à l'exécution intégrale du plan.

Ledit alinéa 3 ne précise cependant pas que le paiement se fait à cette époque « conformément aux modalités prévues pour les créances de même nature », comme le prévoit l'alinéa 2 pour les créances contestées. Sous le régime actuel, le plan est obligatoire pour tous les créanciers, indépendamment du fait qu'ils aient ou non déclaré leur créance. Si le paiement était intégral, il y aurait évidemment risque de voir certains créanciers omettre volontairement de déclarer leur créance, comme le montre, sous le régime actuel, l'attitude de l'ONSS (voy. les références citées *supra*, n° 3). Dès lors qu'il ne peut être admis que des créanciers spéculent sur l'absence de déclaration ou de contestation de créance pour espérer percevoir plus qu'il ne l'auraient pu en participant à la procédure, la solution de l'alinéa 2 doit s'appliquer aux créances non déclarées comme aux créances contestées.

Articles 38 – Indication des créanciers susceptibles d'être touchés par le plan de réorganisation judiciaire

- 61 L'article 38 de la loi nouvelle en projet indique quels sont les créanciers dont les droits doivent être déterminés par le plan : il s'agit des titulaires d'une part de créances sursitaires, à savoir les créances définies à l'article 2 c) à l'exception de celles visées à l'article 22, alinéa 1, et d'autre part des créances à naître du fait du vote ou de l'homologation du plan de réorganisation. « Cette homologation, rapporte le commentaire de l'article, comporte certains effets qui peuvent changer l'ampleur de l'endettement du débiteur, notamment en matière fiscale » ; on songe essentiellement à la dette de restitution de la TVA ayant été portée en compte au débiteur en réorganisation lors de sa facturation par les créanciers et qui naît, au moment de l'homologation, en contrepartie du droit de déduction par ces créanciers de la partie non payée de cette TVA.

Comme l'indique la disposition, toutes les créances en cause, quelle que soit leur qualité, sont visées par cette obligation, qui est justifiée par la considération que cette donnée globale est un des éléments importants permettant d'évaluer les chances de succès du plan.

Articles 37 et 39 à 41 – Confection du plan de réorganisation et droits des créanciers

- 62 La confection du plan de réorganisation est régie par les articles 37 et 39 à 42 de la loi nouvelle, qui reprennent, sous une forme légèrement modifiée, la teneur des articles 29 et 30 et 42 L.C.J, mais avec trois changements de fond ayant trait à la compensation, à la position de l'administration des impôts et à la durée d'exécution du plan.

Le plan comporte toujours une partie descriptive et une partie prescriptive, qui contient les mesures à prendre pour désintéresser les créanciers, lesquelles sont laissées à l'imagination du débiteur : « Une grande liberté de propositions, est-il observé au commentaire de l'article, est présentée par cet article, que ce soit sur le plan de la gestion du personnel, des relations avec les créanciers ou avec les donneurs de crédit... Il n'a pas paru opportun d'entrer dans trop de détails... Il valait mieux laisser à l'appréciation des créanciers si le plan était adéquat plutôt que d'imposer trop de contraintes a priori ». Encore ces mesures doivent elles pouvoir être raisonnablement justifiées,

particulièrement lorsqu'est prévu un règlement différencié de certaines catégories de créanciers qui ne peut contrevenir aux principes d'égalité et de non-discrimination¹²¹.

Parmi ces mesures le projet de loi cite toujours les délais de paiement et les abattements, en capital et intérêts, la conversion de créances en actions, l'imputation prioritaire des sommes réalisées sur le montant principal de la créance. L'article 39, alinéa 2, précise en outre que, sauf pour ce qui concerne les créances connexes ou des créances visées par une compensation conventionnelle, le plan peut prévoir que les créances sursitaires ne pourront pas être compensées avec des dettes créancier titulaire de ces créances postérieures à l'homologation ; il faut en conclure qu'à défaut de pareille stipulation, la compensation demeurera toujours possible. On observera que le principe s'applique indépendamment de la connexité. De ce point de vue la référence que fait le commentaire de l'article à l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2006, qui concernait la compensation de créances connexes, n'est pas heureuse ; la mention de l'arrêt précité du 20 octobre 2005¹²² (en cause S.Y. c/ Derim) aurait été plus adéquate¹²³.

On observera encore, parmi les modifications, le fait que l'article 39 de la loi nouvelle en projet ne reprend pas le dernier alinéa de l'article 29, § 1er, L.C.J. relatif à la mention de tout transfert envisagé de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci, qui va de soi¹²⁴. En revanche l'article 40 dispose, à l'instar de l'article 42 L.C.J., que la cession volontaire de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités peut être prévue au plan de réorganisation.

- 63 L'article 40 maintient les limites du sacrifice qui, sans qu'il soit besoin de leur consentement, est susceptible d'être demandé aux créanciers sursitaires extraodrinaires : il ne peut excéder une suspension de l'exercice de leurs droits de plus de dix-huit mois, et il doit être compensés par le paiement des intérêts qui leur sont conventionnellement ou légalement dus. Comme par le

121 Voy. en ce sens les conclusions du ministère public précédant Cass., 7 avril 2006, précité. On observera cependant que l'arrêt de la cour d'appel de Gand dont le pourvoi a été rejeté par l'arrêt de cassation précité du 20 octobre 2005 admettait un plan prohibant la compensation d'une créance concordataire et d'une dette née après l'homologation alors qu'un seul créancier était susceptible d'invoquer pareille compensation, et prévoyant un règlement spécifique pour les créances bancaires alors qu'une seule créance bancaire figurait au passif.

122 *NjW*, 2006, p. 365 et note PC.

123 Comp. Bruxelles, 17 december 2002, *R.W.*, 2004-2005, p. 547 : le plan de redressement peut exclure la compensation pour autant que les créanciers ne soient pas traités de manière discriminatoire ou déraisonnable.

124 La formule « en cascade » de représentation du personnel pour la négociation d'un plan social de restructuration qui figurait *in fine* de l'avant-dernier alinéa de l'article 29, § 1er, L.C.J avait été supprimée dans l'avant-projet mais elle a été réinsérée à la demande des organisations représentatives de travailleurs *in fine* des articles 39 et 43.

passé des garanties de compensation peuvent être accordées par le tribunal en cas de risque de moins-value importante.

A lire la définition de l'article 2 d), ne sont plus qualifiés de *créanciers sursitaires extraordinaires* que les titulaires de créances sursitaires garanties par une sûreté réelle ou un privilège spécial ou de créances des créanciers-propriétaires; l'administration fiscale perd donc la situation favorisée qu'elle avait dans le concordat. A l'époque de la discussion du projet de loi y relative, on s'en souvient, les commissaires libéraux avaient jugé inadmissible que le Trésor ne participe pas aux efforts demandés aux créanciers pour sauver les entreprises en difficulté¹²⁵. Le ministre des Finances, en quelque sorte encouragé par son collègue des Affaires sociales qui revendiquait que la position de l'ONSS¹²⁶ soit alignée sur celle du fisc, y a été sensible.

- 64 Le troisième alinéa du commentaire de l'article 39 mentionne que le plan de réorganisation doit « prévoir une solution ... pour les intérêts échus lors de l'ouverture et pour les intérêts à échoir sur les créances sursitaires ordinaires ». Par ailleurs il est précisé au premier alinéa du commentaire de l'article 40 que la suspension de certains des droits des créanciers sursitaires extraordinaires que le plan peut imposer se fait « sans préjudice du paiement des intérêts qui lui ne peut être interrompu » pendant le sursis définitif.

L'ouverture de la procédure de réorganisation est, on l'a vu, neutre quant au cours des intérêts : il n'oblige pas le débiteur au paiement des intérêts sur ces créances, pas plus qu'il ne l'en libère. Cependant la suspension des droits des créanciers sursitaires extraordinaires doit être compensée par le paiement des intérêts qui leur reviennent (voy. *supra*, n° 44).

Articles 38 et 42 – Exécution du plan de réorganisation

- 65 En vertu de l'article 42, le délai d'exécution du plan peut s'étendre sur une période de cinq années à compter de son homologation, sans possibilité de prorogation, là où l'article 34, al. 2, L.C.J. limitait le « sursis définitif » à vingt-quatre mois, sauf prorogation de douze mois moyennant une nouvelle procédure.

Les dispositions de l'article 38 L.C.J., relatives à la modification du plan de réorganisation, moyennant une nouvelle procédure en cas de préjudice aux droits des créanciers, n'ont pas été reproduites. Le débiteur qui exécute son plan porte la responsabilité de son exécution fidèle ; il ne peut l'amender qu'avec l'accord de ses créanciers.

Articles 43 à 46 – Vote et homologation

- 66 Dès que le plan est déposé au greffe, les créanciers sursitaires recevront, par application de l'article 43 de la loi nouvelle en projet, la notification qui était prévue par l'article 32 L.C.J. Comme l'audience à laquelle il sera procédé au

125 A. Zenner, *Dépistage, faillites et concordats*, n° 1316.

126 Sur l'attitude de l'O.N.S.S. dans les concordats, voy. *supra*, n° 3.

vote et statué sur l'homologation n'aura pas nécessairement été fixée dans le jugement d'ouverture de la procédure (voy. *supra*, n° 38), le lieu, le jour et l'heure de cette audience y seront signalés, étant entendu qu'elle ne pourra se tenir que quatorze jours au moins après la notification. L'alinéa 2 du même article permet au juge délégué de décider, sans qu'une intervention du tribunal ne soit encore nécessaire, que les codébiteurs, les cautions et les autres sûretés personnelles recevront également cette communication et qu'ils pourront eux aussi faire valoir leurs observations. Enfin l'alinéa 3 dispose que le débiteur informe du contenu du plan les représentants des travailleurs selon la formule « en cascade » qui existait déjà sous le régime antérieur.

Au jour indiqué aux créanciers par le greffe, dispose l'article 44, alinéa 1, le tribunal entend le juge délégué en son rapport, ainsi que le débiteur et les créanciers en leurs moyens.

En vertu des alinéas 2 et 3 de la même disposition le plan de réorganisation est tenu pour approuvé par les créanciers lorsque le scrutin recueille le vote favorable de la majorité de ceux-ci, représentant par leurs créances non contestées ou admises par provision la moitié de toutes les sommes dues en principal, étant entendu que les créanciers qui n'ont pas participé au vote et les créances qu'ils détiennent ne sont pas pris en compte pour le calcul des majorités. Ainsi se clôt une longue controverse sur l'interprétation de l'article 34, alinéa 1, L.C.J.

Le tribunal statue sur l'homologation dans les quatorze jours. Son jugement est publié par extrait au *Moniteur belge* par les soins du greffier (article 45). Sur les recours, voy. *supra*, n° 16.

Article 47 – Effets de l'homologation

67 L'article 47, alinéa 1er, de la loi nouvelle en projet définit les effets de l'homologation : elle rend le plan de réorganisation contraignant pour tous les créanciers sursitaires ; la réserve prévue par l'article 35 L.C.J. pour le cas où des adaptations seraient apportées en considération des décisions rendues sur les créances contestées est supprimée. La solution pour ces créances est fournie par l'alinéa 2, tandis que le troisième alinéa traite du sort des créances sursitaires ignorées (voy. *supra*, n° 60 *in fine*).

A l'instar des alinéas 3 et 4 de l'article 35 L.C.J., les alinéas 4 et 5 de l'article 47 de la loi nouvelle dispose que l'exécution complète du plan libère totalement et définitivement le débiteur pour toutes les créances y figurant, sauf clause contraire, et qu'il ne profite pas aux codébiteurs ni aux personnes ayant constitué des sûretés personnelles.

On peut s'interroger sur la pertinence de la référence à l'article 59 de la loi en projet, qui figure au dernier alinéa de l'article 47, selon lequel "sans préjudice" au dit article 59 "le plan ne profite pas aux codébiteurs ni aux personnes ayant constitué des sûretés personnelles". L'article auquel il est fait référence n'est-il pas plutôt l'article 58, qui suspend les voies d'exécution à l'égard des sûretés personnelles et du conjoint du débiteur pendant la durée du sursis ? Si la réserve visée à l'article 47 portait bien sur l'article 59, elle ne concernerait utilement que le seul époux du « conjoint qui s'est

personnellement obligé à la dette de son époux » lequel, en vertu de l'alinéa 5 du dit article « est libéré de cette obligation par l'effet de la décharge ». L'explication de la confusion pourrait résider dans une inadvertence datant d'une version antérieure de l'avant-projet de texte qui envisageait la possibilité de décharger les cautions et les sûretés personnelles. On observera aussi que cet alinéa 5 devrait en tout cas être corrigé pour viser « conjoint qui est personnellement obligé », plutôt que « qui s'est » : la loi sur les faillites a du être modifiée pour supprimer ce « s ».

Article 48 – Révocation du plan de réorganisation

- 68 S'inspirant de l'article 37, § 1er, alinéa 2, l'article 48 de la loi projetée permet à tout créancier de demander, par citation du débiteur, la révocation du plan de réorganisation lorsqu'il n'est pas ponctuellement exécuté, voire même, ce qui est nouveau, lorsqu'il démontre qu'il ne pourra pas en être autrement et qu'il en subira un préjudice. Contrairement à la loi relative au concordat judiciaire, est-il observé au commentaire de l'article, le projet de loi ne prévoit pas que le tribunal puisse prononcer par le même jugement la faillite du débiteur : « *Le projet entend nettement dissocier les procédures. La faillite devra faire l'objet d'une procédure distincte. Dans la plupart des cas d'ailleurs, le débiteur optera soit pour une liquidation soit pour un aveu de faillite, si le plan est révoqué. Une autre solution, économiquement souvent avantageuse, pourra être fournie par application de l'article 49 du projet. Dans ce cas, l'exploit de révocation pourra d'ailleurs contenir une demande de transfert* ».

Lorsque le tribunal statue, il le fait sur rapport du juge délégué et par ailleurs après avoir entendu le débiteur. A ce sujet encore, le commentaire de l'article mérite d'être cité : « *Quand le projet précise que le débiteur est entendu, il faut évidemment entendre que celui-ci a été dûment convoqué s'il n'a pas renoncé à sa convocation de façon explicite et par ailleurs que le tribunal peut statuer même si le débiteur dûment convoqué ne comparait pas. Cette interprétation des mots « le débiteur est entendu » est généralisée dans notre droit et il a semblé inutile de préciser chaque fois dans le texte du projet ces éléments qui vont de soi* ».

Article 49 – Réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice.

Philosophie. Conditions

- 69 La cession de tout ou partie l'entreprise peut, on l'a vu, constituer une partie du plan de réorganisation. Il s'agit là d'un acte consensuel du débiteur en difficulté et du repreneur, avec les conséquences qu'y attache, pour ce qui concerne les droits des travailleurs, le chapitre II de la C.C.T. 32bis.

Tout autre est le transfert de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités sous autorité de justice, telle que l'envisage la loi nouvelle en projet. L'institution qu'elle met en place sous ce terme n'est rien d'autre qu'une alternative à la faillite, qui en est très proche – du moins sur le plan de la liquidation forcée – mais dont le régime permettrait de mieux sauvegarder les activités des entreprises en cause. Ce n'est que dans une situation sans issue que le débiteur, se dépouillant de ses actifs, consentira à pareil transfert qui sera toujours plus subi que décidé ; il n'aura d'ailleurs pas à y consentir en cas d'échec de la tentative de réorganisation judiciaire : dans pareille hypothèse le transfert pourra lui être imposé. L'analogie avec la faillite

justifie d'ailleurs l'intervention d'un mandataire de justice qui, sans avoir le statut de curateur, sera chargé de trouver un repreneur et d'opérer le transfert, ainsi que la décharge analogue à celle dont peut bénéficier le commerçant en cas d'aveu.

C'est à ce titre que le commentaire de l'article 49, qui énonce les conditions d'un transfert et ses modalités essentielles, considère que « *Le transfert ordonné par le tribunal est toujours une mesure qui se fait sous l'autorité de justice, même si initialement le débiteur y avait a priori consenti. Ceci permet de considérer que les transferts dont s'agit ne sont pas des cessions volontaires. Il s'agit essentiellement d'assurer un maintien d'une activité économique dans des conditions qui ne heurtent pas le droit des autres entreprises ou des créanciers et travailleurs* ».

En vertu de cet article 49 de la loi nouvelle en projet, le transfert sous autorité de justice peut être ordonné par le tribunal lorsque le débiteur y consent dans sa requête en réorganisation judiciaire ou ultérieurement, ou, sur citation du procureur du Roi de toutes personnes ayant intérêt à acquérir tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités en cas d'échec de la tentative de réorganisation. Le tribunal statue sur le rapport du juge délégué lorsque celui-ci est toujours en fonction ; en cas de révocation, il en désigne un pour lui faire rapport sur l'exécution du transfert.

S'agissant de l'action éventuelle des intéressés, le commentaire de l'article note que ceux-ci « *sont définis de façon restrictive. Le projet a souhaité éviter des prédateurs ne se portent acquéreur dans le seul but de démanteler l'entreprise ou encore demandent que le transfert soit ordonné pour pouvoir se débarrasser d'un concurrent. Les demandes des tiers seront donc faites dans le cadre de la révocation du sursis ou de sa clôture* ».

Soulignons que ce transfert peut porter sur tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités : la formule choisie, et retenue malgré une observation du Conseil d'Etat, a pour objectif d'écartier toute interprétation selon laquelle seule une branche d'activité, dans l'acception reçue en droit social ou en droit des sociétés, pourrait faire l'objet d'un transfert. Imaginons une société commerciale en état de cessation de paiement durable et d'ébranlement de crédit, qui exploiterait notamment un magasin rentable occupant quelques travailleurs et susceptible d'être repris rapidement par un amateur, sans que la cession de cet actif ne porte préjudice à l'ensemble. Pour autant qu'elle agisse dans le mois de la cessation, à l'issue duquel l'aveu de faillite est obligatoire, la société pourra demander l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire en consentant immédiatement au transfert de l'activité liée à ce magasin, si celui-ci peut en assurer le maintien et sauvegarder l'emploi en cause ; en cas d'échec d'une procédure de réorganisation d'un autre type, le procureur du Roi ou tout intéressé pourra en faire autant.

Article 50 – Nomination d'un mandataire de justice chargé du transfert

70 Selon l'article 50 de la loi nouvelle en projet, le jugement qui ordonne le transfert désigne un mandataire de justice chargé d'organiser et de réaliser le transfert au nom et pour compte du débiteur. Il détermine l'objet du

transfert ou le laisse à l'appréciation du mandataire de justice. Comme le constate le commentaire, « *Il est souvent malaisé pour le tribunal à ce stade de préciser l'ampleur du transfert ordonné : il peut laisser cela à l'appréciation du mandataire, ce qui sera notamment favorable si le mandataire trouve des repreneurs distincts pour des activités séparées à de meilleures conditions que s'il avait dû vendre à un repreneur* ».

Le tribunal peut, par le même jugement, ordonner un sursis n'excédant pas six mois à compter de sa décision, et ce alors même qu'un sursis de six mois consenti par le jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation aurait déjà été prorogé de trois mois. « *Il est en effet possible, est-il observé au commentaire de l'article, que le transfert soit ordonné au moment où le moratoire accordé initialement touche à sa fin, et il est apparu indispensable de permettre au mandataire de justice d'encore bénéficier de la protection temporaire que confère le sursis pendant qu'il négocie* ». Ce sursis a le même effet que celui qui est octroyé lors de l'ouverture de la procédure de réorganisation.

Le jugement est publié par extrait au *Moniteur belge* aux soins du mandataire de justice désigné.

Article 52 à 54 – Modalités d'exécution du transfert. Décision du tribunal.

- 71 L'article 52 indique pour sa part en grandes lignes comment le mandataire de justice procédera.

Il organisera et réalisera le transfert ordonné par le tribunal par la vente ou la cession des actifs mobiliers ou immobiliers nécessaires ou utiles au maintien de tout ou partie de l'activité économique de l'entreprise. Il devra donc « *classer les actifs qu'il doit vendre selon les modalités propres au type d'actif. Les modalités de cession d'immeubles ne sont pas pareilles aux modalités de cession de droits intellectuels, de meubles etc. Cet examen purement juridique doit s'accompagner d'une analyse plus fine des actifs qui sont requis pour qu'une activité économique puisse se développer sous l'impulsion du repreneur* ».

Il sollicitera les meilleures offres en veillant prioritairement au maintien de tout ou partie de l'activité de l'entreprise tout en ayant égard aux droits des créanciers. En cas de pluralité d'offres comparables, la priorité sera accordée par le tribunal à celle qui, par le truchement d'un accord social négocié, garantit la permanence de l'emploi. Si les offres se situent à un niveau analogue sur le plan financier, le critère qui guidera le choix sera celui de l'emploi sauvegardé à court ou moyen terme.

La solution ne s'imposera peut être pas d'évidence, comme le relève le commentaire, et le mandataire de justice pourra élaborer plusieurs projets de vente concomitants ou successifs. Il y exposera ses diligences, les conditions de la vente projetée et la justification de ses projets, en y joignant pour chaque vente un projet d'acte, et les communiquera au juge délégué avant de le soumettre au tribunal par requête contradictoire.

- 72 Diverses précisions sont fournies par l'article 53 en ce qui concerne les modalités des ventes d'immeuble et de fonds de commerces. Ledit article

prescrit la consultation du débiteur par l'administrateur provisoire préalablement au dépôt de la requête et son audition ainsi que celle des créanciers inscrits et des membres du personnel qui se présentent par le tribunal. Il précise que le débiteur et ces créanciers peuvent demander au tribunal que l'autorisation de vente soit subordonnée à certaines conditions, telles que la fixation d'un prix de vente minimum.

Enfin l'article 54 règle la procédure devant le tribunal et dispose que lorsqu'un projet de vente retient plusieurs propositions émanant de candidats acquéreurs différents ou comportant des conditions distinctes, le tribunal décide. Encore que le commentaire de l'article considère que le tribunal ne pourra « trouver une 'troisième voie' », aucune dérogation n'est apportée au droit des tiers amateurs évincés de se porter partie intervenante.

La disposition du dernier alinéa de l'article 54, selon laquelle la communication aux créanciers comporte le texte de l'article 57, dont on ne voit pas l'utilité, résulte manifestement d'une inadvertence. Elle n'est en effet autre chose qu'une subsistance d'une version antérieure de l'avant-projet où elle se justifiait parce que cette version permettait, moyennant une démarche de leur part, la décharge des sûretés personnelles et qu'il y avait dès lors un intérêt évident à attirer leur attention sur cette faculté.

- 73 La jurisprudence récente illustre les tentatives de candidats-repreneurs de défendre la thèse que doit être déduite du principe d'égalité la règle que le curateur devrait agir à leur égard en toute transparence, en les informant à chaque fois de l'ensemble des conditions et modalités des offres reçues de tiers¹²⁷.

Dans un même ordre d'idées, Mme Closset Marchal, tout en concédant que les mandataires de justice ne sont pas des juges et qu'on ne pourrait donc pas parler à leur endroit du respect du principe du contradictoire ou du délai raisonnable au sens strict, soutient que certaines règles qui s'imposent aux juges étatiques devraient, moyennant certaines adaptations, être également suivies par les mandataires de justice dans l'accomplissement de leur mission, à savoir : « *information, à tous les stades de la procédure, du juge, de la personne 'intéressée' et de ses créanciers ; dialogue avec tous les intervenants et respect de l'égalité entre eux ; enfin, célérité pour assurer l'efficacité de la procédure et éviter la déperdition des droits* »¹²⁸.

Cette vision n'est pas à l'abri de critiques. Si vertueuses soient-elle d'une manière générale, les exigences de transparence et de dialogue ne seront pas toujours compatibles avec la mission première du mandataire de justice, qui, dans la faillite par exemple, sera de réaliser au mieux les actifs, et non de

127 Voy. par exemple Gand, 31 janvier 2005, *R.W.*, 2006-07, p. 408.

128 G. Closset-Marchal, « Les mandataires de justice et le respect des garanties procédurales », in *Mandataires de justice : déontologies et garanties procédurales*, ouvrage collectif sous la direction de G. Closset-Marchal et B. Vanham, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 132, n° 27.

veiller aux intérêts des candidats-repreneurs. A cet égard, le rôle du curateur pourrait tenir autant, sinon davantage, de celui de dirigeant de société ou d'homme d'affaires que de celui de juge, et nul ne contesterait que la conduite de négociations commerciales ne répond pas aux mêmes contraintes que la conduite d'un procès.

Il peut du reste être rappelé qu'un amendement tendant à prescrire que le commissaire au sursis examinerait les propositions « *dans le respect du principe de l'égalité entre les candidats repreneurs* » a été rejeté lors de la discussion du projet de loi relative au concordat judiciaire »¹²⁹.

Articles 51, 55, 56 et 59 – Effets du transfert sous autorité de justice

74 Outre le transfert de propriété consécutif à la vente ou à la cession, quatre effets méritent d'être soulignés :

- i En vertu de l'article 56, les droits des créanciers sont reportés sur le prix par l'effet de la vente des meubles ou immeubles¹³⁰.
- ii Le produit de la vente doit être réparti, ce qui, selon l'article 55, incombe au notaire commis par le mandataire pour ce qui concerne le produit des ventes immobilières ou à un huissier de justice désigné par le tribunal de commerce dans le jugement qui autorise la vente et qui est publié au *Moniteur* pour ce qui concerne le produit des ventes mobilière. Encore que le mandataire de justice jouisse de larges pouvoirs pour assurer le transfert, le législateur n'a pas voulu lui confier la fonction de répartiteur en considérant que les personnes les plus aptes à valoriser des entreprises, des fonds de commerce ou d'autres biens dont le transfert est susceptible de maintenir les activités du débiteur ne maîtrisent généralement pas les questions techniques complexes que pose la répartition.
- iii D'après l'article 51 de l'avant-projet les travailleurs bénéficient des droits qui leur sont reconnus par le Chapitre III de la CCT 32bis et ils relèvent de la réglementation en matière de fermeture d'entreprise. Cet article était en effet libellé en ce sens que le transfert par autorité de justice constitue une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant au sens de l'article 5, alinéa 1er, de la Directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001. « *Il s'agit bien, souligne le commentaire de l'article, du transfert de l'entreprise dans le but ou avec effet de liquider le patrimoine du débiteur. En pratique, si l'entreprise ou*

129 Voy. le rapport Vandeurzen, *Doc. Parl.*, Ch., n° 329/17 – 95/96, p. 95: « *Le ministre estime que le critère de base doit être l'intérêt de l'entreprise... En ce qui concerne le candidat repreneur, le principe d'égalité est une notion difficilement applicable* »; A. Zenner, *Dépistage, Faillites et Concordats*, n° 875, 878 et 1427.

130 En matière de concordat judiciaire le principe a été consacré par Cass., 13 mai 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 1138 et note V. Sagaert, « *De overdracht van onderneming in het gerechtelijk akkoord: naar een veralgemeende hypothecaire zuivering bij samenloopproucedures?* ».

ses activités rentables sont cédées, le patrimoine du débiteur (en règle, une personne morale) sera liquidé. La suite sera une liquidation ou faillite du débiteur. Ceci implique que les règles de la directive européenne applicables aux cessions volontaires ne seront pas de mise ».

Cette solution a cependant été remise en cause sous la pression des syndicats : en vue de l'approbation du projet en seconde lecture, le ministre de la Justice a proposé une version nouvelle de cet article mettant diverses obligations à charge des repreneurs : réengagement obligatoire des représentants du personnel, maintien des conditions de travail conclues ou appliquées collectivement, maintien de l'ancienneté acquise chez l'employeur défaillant, maintien des autres conditions individuelles de travail sauf paiement d'une indemnité de reprise). C'est ce revirement qui se trouve être la cause du blocage actuel du projet.

- iv Pour autant que son entreprise ait été transférée dans sa totalité, le débiteur peut être déchargé de son passif, par application de l'article 59 de la loi nouvelle, dans des conditions analogues à celle qu'envisage la loi sur les faillites, et sa décharge profite à son conjoint, mais non aux codébiteurs et aux sûretés personnelles. A cet effet l'article 58 suspend l'exécution des dettes en cause pendant la procédure de transfert. Le commentaire justifie la décharge par la considération que « *Le débiteur personne physique qui se trouve confronté à un transfert de son entreprise sous autorité de justice, se retrouve dans une solution proche de la faillite. Si elle est malheureuse et de bonne foi, il semble équitable de la décharger de ses dettes sursitaires. Faute de cette disposition il y aurait à craindre que le débiteur n'opte pour le régime de la faillite qui elle connaît un régime d'excusabilité* ».

Article 57 – Clôture de la procédure à la suite du transfert

- 75 Lorsque le mandataire de justice désigné estime que toutes les activités susceptibles d'être transférées l'ont été, dispose l'article 57 du projet, et en tout cas avant la fin du sursis, il sollicite du tribunal la clôture de la procédure de réorganisation judiciaire ou, s'il se justifie qu'elle soit poursuivie pour d'autres objectifs, la décharge de sa mission. Il n'est pas exclu, précise le commentaire de l'article, que des actifs importants subsistent après le transfert, par hypothèse liés à des activités autres que celles qui ont fait l'objet du transfert, et que donc la procédure de réorganisation se poursuive avec un objectif distinct pour ces activités ; dans un tel cas, le mandataire demande simplement à être déchargé de sa mission.

Articles 58 et 59 – Suspension des voies d'exécution à charge du conjoint et des sûretés personnelles

- 76 L'article 58 suspend les voies d'exécution du chef des créances sursitaires à charge des sûretés personnelles bénévoles et du conjoint qui s'est personnellement obligé à la dette de son époux. (voy. *supra* n° 67).

Le mérite de la solution pour le conjoint, qui est libéré en vertu de l'article 59, alinéa final, est évident. En vertu de l'alinéa 4 du même article les sûretés personnelles ne profitent pas de la décharge. La loi en projet entend néanmoins leur laisser la chance d'échapper aux poursuites en cas de faillite

du débiteur dont elles se sont portées garantes et à laquelle elles garderont donc un intérêt.

Titre V – dispositions diverses

Article 60 et 61 – Désignation de mandataires de justice

- 77 En vertu de l'article 60 de la loi nouvelle en projet, tout intéressé peut solliciter selon les formes du référé la désignation de mandataires de justice pour prévenir ou résoudre certaines difficultés d'entreprise ; le tribunal de commerce peut y faire droit lorsque la situation de l'entreprise est grave et préoccupante et que la mesure sollicitée peut préserver la continuité de l'entreprise en difficulté ou de tout ou partie de ses activités¹³¹.

D'après le commentaire de l'article la disposition en cause n'a d'autre objectif que de permettre le recours aux formes du référé ; pour ce qui concerne les conditions de fond de la désignation de mandataires de justice, « l'article ne fait que répéter ce que dit le droit commun ».

Le Conseil d'Etat a opiné que « dans un souci de sécurité juridique, il y aurait lieu de préciser les conditions dans lesquelles un mandataire de justice peut être désigné et la nécessité pour le tribunal de commerce qui fait droit çà la demande d'une motivation appropriée pour fixer de manière précise l'étendue de la mission du mandataire de justice ». On peut d'autant plus regretter que la ministre de la Justice n'ait pas estimé utile de donner suite à cette suggestion, que les conditions de désignation de mandataires dans des entreprises en difficulté sont controversées et qu'à défaut de clarification les demandes en ce sens peuvent conduire à de graves mécomptes.

Comme suggéré par le Conseil d'Etat, un amendement à cet article nous paraît indispensable pour préciser que ce n'est que lorsque des dysfonctionnements graves et caractérisés de ses organes menacent la continuité de l'entreprise en difficulté ou de tout ou partie de ses activités et que la mesure sollicitée peut préserver cette continuité, que pourra intervenir la désignation en cause¹³².

¹³¹ Pour une désignation contestable, voy. Comm. Bruxelles (réf.), 23 janvier 2001, T.R.V., 2002, p. 321 et note N. Goossens ; le « chapeau » qui en précède la publication expose : « A la requête du fisc un administrateur provisoire de société peut être désigné en cas d'absolue nécessité pour une durée d'un an avec toutes les compétences du conseil d'administration et avec pour mission l'examen de la fraude fiscale et l'organisation d'une insolvabilité frauduleuse. Cette absolue nécessité est présente lorsque les actifs de cette société sont pour une grande part constitués de moyens liquides et qu'il y a lieu de craindre que le dirigeant (de fait) de cette société ne pompe ces actifs vers l'étranger ».

¹³² On rappellera que les conditions de désignation d'administrateurs provisoires avaient déjà suscité des difficultés lors de l'examen parlementaire du projet de loi relatif au concordat judiciaire : voy. A. Zenner, *Dépistage, faillites et concordats*, n° 1230.

L'article 61 énonce les critères du choix des mandataires et les règles relatives à leurs frais et honoraires et à leur remplacement ou à l'augmentation ou la diminution de leur nombre. Les incertitudes suscitées par un arrêt récent de la Cour de cassation en matière de remplacement d'un curateur auraient aussi justifié une réglementation plus détaillée ou à tout le moins une clarification¹³³.

Titres VI et VII – dispositions pénales et dispositions modificatives

Articles 62 à 70 – Adaptations de dispositions existantes

78 Comme le relève leur commentaire, les articles 62 et 63 sont de simples adaptations des dispositions pénales actuellement applicables au concordat.

De même les articles 64 à 70 n'apportent que des modifications formelles au droit existant, dues à l'abrogation de la loi sur le concordat et à son remplacement par la loi actuelle.

Articles 71 et 72 : Dispositions fiscales

79 Quant aux articles 71 et 72, ils visent, toujours selon le commentaire, à assurer la neutralité fiscale des opérations relatives à l'insolvabilité et ne diffèrent pas substantiellement pas du régime actuel.

La disposition de l'article 71, § 3, qui pose le principe de l'exonération des bénéficiaires provenant des moins-values actées par le débiteur sur des éléments du passif suite à l'homologation par le tribunal d'un plan de réorganisation ou suite à la constatation par le tribunal d'un accord amiable est cependant nouvelle. On notera que le commentaire précise soigneusement que si cet article confie au Roi le soin de fixer les modalités de l'exonération des bénéficiaires prévue par cet article, il ne lui confère pas au Roi le pouvoir de fixer les conditions d'exonération ; celles-ci sont acquises de par la loi.

Titre VIII – dispositions abrogatoires et transitoires

Articles 72 et 73 – Entrée en vigueur. Procédures en cours

80 Selon l'article 73 de la loi nouvelle en projet, celle-ci entrera en vigueur à la date fixée par arrêté royal, au plus tard six mois après sa publication au *Moniteur*. Il ressort de l'article 72, qui abroge la loi relative au concordat judiciaire, qu'elle ne s'appliquera pas aux procédures en cours au moment de son entrée en vigueur. Autrement dit dans le commentaire, une requête ne pourra donc être déposée qu'à partir de la date d'entrée en vigueur de la loi et les effets des concordats amiables ne porteront que sur des accords conclus après l'entrée en vigueur de la loi. Pour le reste, les anciennes dispositions du concordat subsisteront pour les concordats en cours.

133 Sur le statut et les obligations des mandataires de justice d'entreprise, voy. A. Zenner et C. Alter, « La responsabilité des mandataires de justice d'entreprise », in *Responsabilités d'entreprise*, Journées d'études de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles du 8 mars 2007, à paraître chez Bruylant, mars 2007.

Conclusion

- 81 Pour autant que les partenaires sociaux parviennent à s'entendre sur une définition des droits des travailleurs à l'égard du repreneur en cas de transfert sous autorité de justice de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités qui préserve les chances de réussite de la loi en projet, sa promulgation sera saluée par les intéressés et par leurs conseils.

Il reste cependant à espérer que la discussion parlementaire du projet apporte les clarifications dont l'analyse que nous avons livrée justifie la nécessité.

A trois égards cette clarification ne pourra être assurée avec la sécurité juridique nécessaire que par amendement du texte proposé, à savoir pour ce qui concerne les effets des jugements envisagés en cours de procédure sur le concours des créanciers et la compensation (voy. *supra*, n° 42 et 43), les droits du débiteur à l'égard des contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure (voy. *supra*, n° 48 et s.), et les conditions de nomination des administrateurs provisoires (voy. *supra*, n° 77).

Pour ce qui concerne d'autres questions que nous avons évoquées, il faut espérer que l'exposé et les interventions de la Ministre de la Justice suffiront à lever les équivoques passées.

<p>AMSTERDAM Strawinskylaan 10 1077 XZ Amsterdam T + 31 20 485 7000 F + 31 20 485 7001</p> <p>Adresse postale PO Box 75299 1070 AG Amsterdam</p>	<p>DUBAI The Exchange Building 5th Floor Dubai International Financial Centre Sheikh Zayed Road PO Box 506 569 Dubai T + 971 4 3700 700 F + 971 4 5099 111</p>	<p>HONG KONG 11th floor Two Exchange Square Hong Kong T + 852 2846 3400 F + 852 2810 6192</p>	<p>PÉKIN 3705 China World Tower Two 1 Jianguomenwai Avenue Pékin 100004 T + 86 10 6505 3448 F + 86 10 6505 7783</p>
<p>BARCELONE Mestre Nicolau 19 08021 Barcelone T + 34 93 363 7400 F + 34 93 419 7799</p>	<p>DÜSSELDORF Feldmühleplatz 1 40545 Düsseldorf T + 49 211 49 79 0 F + 49 211 49 79 10 3</p>	<p>LONDRES 65 Fleet Street Londres EC4Y 1HS T + 44 20 7936 4000 F + 44 20 7832 7001</p>	<p>ROME Piazza di Monte Citorio 115 00186 Rome T + 39 06 695 331 F + 39 06 695 33800</p>
<p>BERLIN Potsdamer Platz 1 10785 Berlin T + 49 30 20 28 36 00 F + 49 30 20 28 37 66</p>	<p>Adresse postale Postfach 10 17 43 40008 Düsseldorf</p>	<p>MADRID Fortuny 6 28010 Madrid T + 34 91 700 3700 F + 34 91 308 4636</p>	<p>SHANGHAI 34th floor Jinmao Tower 88 Century Boulevard Shanghai 200121 T + 86 21 5049 1118 F + 86 21 3878 0099</p>
<p>BRATISLAVA Laurinská 12 81101 Bratislava T + 421 2 5413 1121 F + 421 2 5413 1123</p>	<p>FRANCFORT-SUR-LE- MAIN Taunusanlage 11 60329 Francfort-sur-le-Main T + 49 69 27 30 80 F + 49 69 23 26 64</p>	<p>MILAN Via dei Giardini 7 20121 Milan T + 39 02 625 301 F + 39 02 625 30800</p>	<p>SINGAPOUR Freshfields Drew & Napier 20 Raffles Place #18-00 Ocean Towers Singapour 048620 T + 65 6535 6211 F + 65 6533 5007</p>
<p>BRUXELLES Bastion Tower Place du Champ de Mars/Marsveldplein 5 1050 Bruxelles T + 32 2 504 7000 F + 32 2 504 7200</p>	<p>HAMBOURG Alsterarkaden 27 20354 Hambourg T + 49 40 36 90 60 F + 49 40 36 90 61 55</p>	<p>MOSCOU Kadashevskaya nab 14/2 119017 Moscou T + 7 495 785 3000 F + 7 495 785 3001</p>	<p>TOKYO Ark Mori Building 18F 1-12-32 Akasaka Minato-ku Tokyo 107-6018 T + 81 3 3584 8500 F + 81 3 3584 8501</p>
<p>BUDAPEST Rein és Társai Freshfields Bruckhaus Deringer 1053 Budapest Károlyi Mihály u. 12. T + 36 1 486 22 00 F + 36 1 486 22 01</p>	<p>Adresse postale Postfach 30 52 70 20316 Hambourg</p>	<p>MUNICH Prannerstrasse 10 80333 Munich T + 49 89 20 70 20 F + 49 89 20 70 21 00</p>	<p>VIENNE Seilergasse 16 1010 Vienne T + 43 1 515 15 0 F + 43 1 512 63 94</p>
<p>COLOGNE Heumarkt 14 50667 Cologne T + 49 221 20 50 70 F + 49 221 20 50 79 0</p>	<p>HANOÏ #05-01 International Centre 17 Ngo Quyen Street Hanoï T + 84 4 8247 422 F + 84 4 8268 300</p>	<p>NEW YORK Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 520 Madison Avenue 34th floor New York, NY 10022 T + 1 212 277 4000 F + 1 212 277 4001</p>	<p>WASHINGTON Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 701 Pennsylvania Avenue, NW Suite 600 Washington, DC 20004-2692 T + 1 202 777 4500 F + 1 202 777 4555</p>
	<p>HO CHI MINH VILLE #1108 Saigon Tower 29 Le Duan Boulevard District 1 Ho Chi Minh Ville T + 84 8 8226 680 F + 84 8 8226 690</p>	<p>PARIS 2 rue Paul Cézanne 75008 Paris T + 33 1 44 56 44 56 F + 33 1 44 56 44 00</p>	

17700

□