

LE TRAITEMENT JUDICIAIRE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE EN BELGIQUE

LE CONCORDAT ET LA FAILLITE

Textes de référence

- ✓ la loi du 17 juillet 1997 « relative au concordat judiciaire » (Mon. 28 oct. 1997, p 28550)
- ✓ la loi du 8 août 1997 « sur les faillites » (Mon. 28 oct. 1997, p 28562)

Table des matières

I. PRÉSENTATION GÉNÉRALE DE LA RÉFORME	3
A. Le concordat et la faillite : des objectifs propres mais complémentaires	4
1. <i>Nécessité de l'organisation d'une procédure préventive (concordat)</i>	4
2. <i>Nécessité de l'organisation d'une procédure de liquidation (faillite)</i>	5
B. La conciliation des intérêts particuliers et de l'intérêt général	6
1. <i>À la recherche d'un point d'équilibre</i>	6
2. <i>Principaux axes de la réforme</i>	6
a) Une approche moins moralisatrice de la situation du débiteur.....	7
b) Un rôle accru réservé aux créanciers	7
c) Le rôle et les pouvoirs attribués aux autorités judiciaires.	9
d) Le rôle et les pouvoirs attribués aux mandataires de justice (commisaires au sursis, curateurs, administrateurs provisoires).....	14
e) Une participation accrue des travailleurs de l'entreprise aux opérations du concordat et de la faillite.	19
f) L'extension partielle des effets du concordat et de la faillite aux créanciers hypothécaires, gagistes et titulaires de privilèges spéciaux.....	19
g) Le maintien des contrats en cours.....	22
h) L'aménagement du principe de l'inopposabilité des clauses de réserve de propriété et le rétablissement du privilège du vendeur d'effets mobiliers.....	22
II. DES PASSERELLES ENTRE LE REGIME DU CONCORDAT JUDICIAIRE ET CELUI DE LA FAILLITE	23
A. Principe.....	23
B. L'organisation de la collecte des données et le traitement de ces données par les chambres des enquêtes commerciales.	24
C. La suspension de la déclaration de faillite.	24

D. L'impossibilité de déclarer la faillite tant que le tribunal n'a pas statué sur la demande en concordat.....	24
E. La possibilité pour le tribunal de déclarer d'office la faillite en cas d'échec du concordat.....	25

III. LES CONDITIONS ET LES PROCEDURES DU CONCORDAT ET DE LA FAILLITE.....26

A. Le concordat - Loi du 17 Juillet 1997.....	27
1. <i>Suivi des entreprises en difficulté</i>	27
a) Collecte des données.....	27
b) Ouverture d'office d'une enquête.....	28
2. <i>La procédure concordataire</i>	29
a) Le sursis provisoire.....	29
b) Le sursis définitif.....	30
c) Voies de recours et délais.....	31
B. Les conditions de la faillite - bref rappel.....	31
1. <i>Qualité de commerçant</i>	31
2. <i>La cessation des paiements</i>	31
3. <i>L'ébranlement du crédit</i>	31
C. Modes de saisine du tribunal de commerce.....	31
1. <i>La citation</i>	31
2. <i>L'aveu de la faillite</i>	31
3. <i>Les « passerelles » entre les procédures du concordat et de la faillite - réflexions à propos d'un succédané de la faillite d'office</i>	32
4. <i>Incident de procédure : surséance du prononcé</i>	32
D. Cas particulier de la société en nom collectif et de la société dont les statuts n'ont pas été déposés ou sont non établis.....	32
1. <i>Cas de la société en nom collectif ou de toute société dont les associés sont garants in infinitum</i>	32
2. <i>Cas de l'extension de la faillite au maître de l'affaire</i>	32
3. <i>Cas particulier des commerçants exerçant une activité en commun sans statuts déposés</i>	32
E. Compétence territoriale du tribunal.....	32
F. Recours à l'encontre du jugement de faillite.....	33
1. <i>Tierce opposition et opposition</i>	33
2. <i>L'appel</i>	33
3. <i>Questions particulières en rapport avec la date de la cessation des paiements</i>	33
G. La production des créances.....	33
1. <i>Déclaration - Vérification</i>	33
2. <i>Déclaration tardive et déchéances</i>	33

Introduction

En Belgique, le droit applicable au traitement des entreprises en difficulté a fait l'objet d'une réforme trop récente pour que les statistiques soient significatives et qu'une appréciation du système mis en place puisse être étayée par la mise à l'épreuve de l'expérience pratique.

En effet, la loi du 17 juillet 1997 « relative au concordat judiciaire » et la loi du 8 août 1997 « sur les faillites », applicables à compter **du 1er Janvier 1998** remplacent la loi du 18 avril 1851 (régime de la faillite et du sursis de paiement) et les lois du 29 juin 1887 et du 10 août 1946 (régime du concordat préventif de la faillite ou judiciaire).

I. PRÉSENTATION GÉNÉRALE DE LA RÉFORME

Une réforme attendue depuis longtemps mais incomplète

La loi du 17 juillet 1997 « relative au concordat judiciaire » et la loi du 8 août 1997 « sur les faillites » forment un ensemble qui rénove le statut des entreprises commerciales « en difficulté ». Fruit d'un travail parlementaire important, la réforme était attendue depuis longtemps.

Le régime des entreprises en difficulté tel qu'il était organisé par la loi du 18 avril 1851 (régime de la faillite et du sursis de paiement) et par les lois du 29 juin 1887 et du 10 août 1946 (régime du concordat préventif de la faillite ou judiciaire), ne répondait plus, à différents égards, aux besoins économiques et sociaux et comportait des lacunes. En bref, le régime légal de la faillite, conçu pour le petit commerce et l'artisanat, était malaisément transposable aux grandes entreprises industrielles constituées en sociétés anonymes. Si la loi du 8 août 1997 ne bouleverse pas le régime de la faillite, la loi du 17 juillet 1997 est porteuse d'innovations profondes : il n'y a plus grand chose de commun entre le concordat judiciaire d'hier et celui de demain.

En dépit de ses mérites qui sont réels, la réforme du droit des entreprises en difficulté ne sera véritablement achevée que le jour où celle-ci aura fait aboutir la réforme fondamentale du régime des privilèges et des sûretés réelles.

NB : Dans un ordre d'idées différent mais complémentaire de la réforme du droit des faillites et concordats, il faudra aussi mener à bon port l'adoption du projet de loi, déposé au mois de juin 1997, sur le règlement collectif de dettes, qui prévoit d'instaurer une manière de concordat « civil ».

Objectifs d'une législation sur les entreprises en difficulté

L'existence de deux textes et de deux dispositifs se justifie par le principe qu'une législation moderne sur les entreprises en difficulté doit comporter un double volet, chacun d'eux répondant à un objectif propre (A):

- ✓ le sauvetage de l'entreprise en proie à des difficultés passagères mais fondamentalement saine, d'une part (le concordat),
- ✓ la liquidation de l'entreprise incurable, d'autre part (la faillite).

Cette législation doit ensuite réaliser un équilibre satisfaisant entre l'intérêt général et les intérêts particuliers (B).

Elle doit enfin permettre un passage aisé et rapide du régime du concordat, axé sur le redressement de l'entreprise, au régime de la faillite, axé sur sa liquidation (C).

A. Le concordat et la faillite : des objectifs propres mais complémentaires

1. Nécessité de l'organisation d'une procédure préventive (concordat)

Il faut tout d'abord permettre aux entreprises qui peuvent être assainies de se placer suffisamment à temps sous la protection de la loi, de manière à obtenir un répit, un « sursis », pour élaborer et mettre en oeuvre, à l'abri du harcèlement de leurs créanciers, le redressement de leurs affaires. On ne discute plus réellement aujourd'hui qu'il est préférable, plutôt que de précipiter leur disparition, de commencer par venir à la rescousse des entreprises en difficulté pour tenter de les redresser, chaque fois du moins que leur sauvetage est possible¹. Le droit de la concurrence économique ne fait pas obstacle, par principe, à ces thérapies de survie. Sous le régime ancien, ni le sursis de paiement ni le concordat judiciaire ne permettaient d'atteindre ce premier objectif.

En particulier, la règle que le commerçant ne pouvait demander et obtenir le bénéfice du concordat que si les conditions de la faillite étaient déjà présentes et pour autant qu'il soit établi qu'il était « malheureux et de bonne foi », a très souvent privé de toute chance de succès les plans de redressement envisagés. De même, la circonstance que le concordat ne s'appliquait pas aux créanciers hypothécaires, gagistes et titulaires de privilèges et pas davantage, dans la mesure fixée par la jurisprudence, aux créanciers d'impôts et autres charges publiques, a été cause d'échec de maints efforts de sauvetage.

À cet égard, il faut saluer **deux des principales innovations** de la loi relative au concordat judiciaire :

¹ P. MARCHANDISE, « Les réflexions d'un juriste d'entreprise à propos des faillites et concordats », in *Évolution récente et perspectives du droit des sociétés commerciales et de l'entreprise en difficulté*, Éd. du Jeune Barreau, Bruxelles, 1996 pp. 229 et suiv.; N. THIRION, « La nouvelle réglementation du concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, pp 379 et suiv., spéc. pp. 381-382.

- ✓ d'une part, **la faculté** offerte à l'entreprise en difficulté de faire appel à la protection de la loi avant que sa situation soit irrémédiablement compromise : l'entreprise admissible au concordat est, en effet, aux termes de l'article 9 de la loi du 17 juillet 1997, celle aux prises avec des difficultés financières passagères ou qui menacent à plus ou moins brève échéance sa continuité parce qu'elles sont annonciatrices de la cessation des paiements, mais dont la situation financière peut être assainie et le redressement économique raisonnablement envisagé; la condition du « malheur et de la bonne foi » est, en outre, supprimée;
- ✓ d'autre part, **l'extension**, jusqu'à un certain point, aux créanciers hypothécaires, gagistes et titulaires d'un privilège spécial, ainsi qu'aux créanciers revendiquant des effets du sursis provisoire pendant la période dite « d'observation » (L.C., art. 21 et 22) et des effets du « plan de redressement ou de paiement » élaboré par le débiteur (L.C. art. 29 et 30) et approuvé par le tribunal (L.C., art. 35); la possibilité de rendre le plan obligatoire pour l'administration des impôts est également prévue (L.C., art. 30).

2. Nécessité de l'organisation d'une procédure de liquidation (faillite)

Une législation sur les entreprises en difficulté doit ensuite, lorsqu'il est clair qu'un redressement durable est hors d'atteinte, organiser leur liquidation dans des conditions qui, idéalement, doivent être telles que les créanciers - dont la considération des intérêts doit, ici, avoir la priorité - soient désintéressés le plus complètement et le plus rapidement qu'il est possible. À ce double point de vue, en dépit de certaines retouches législatives et d'évolutions jurisprudentielles², le régime de la faillite organisé par la loi de 1851 avait cessé de donner satisfaction : « La procédure est lente, coûteuse et peu efficace »³, avait-on écrit de manière lapidaire.

La loi du 8 août 1997 cherche à remédier à ces défauts. Le principal d'entre eux - le sort peu enviable fait aux créanciers chirographaires, dans la grande majorité des faillites - demeurera sans réponse aussi longtemps que la réforme nécessaire des privilèges et des sûretés n'aura pas abouti. En revanche,

- ✓ la suppression du concordat après faillite,
- ✓ la faculté reconnue au curateur de demander au tribunal l'autorisation de « liquider la faillite » dès la clôture du procès-verbal de vérification des créances (L.F, art. 75, § 2),
- ✓ l'assouplissement des conditions requises pour la poursuite des activités commerciales du failli (L.F., art. 47),
- ✓ la voie plus largement ouverte au transfert de l'entreprise ou de branches de celle-ci (4 dans le cadre de la liquidation» (L.F, art. 75, § 4),

² Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « Exposé des principaux points de droit à propos desquels le régime de la faillite a évolué au cours des dernières décennies », Ann. dr., 1997, pp. 73 et suiv.

³ (Exposé des motifs, Doc.parl., Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n°631-1, pp. 1 à 3 « Le projet de loi a pour objectif d'instituer une procédure rapide, souple et simplifiée de mise en faillite et de liquidation, dont le coût sera moins élevé qu'il ne l'est aujourd'hui. »).

tendent, parmi d'autres adaptations de la loi de 1851, à accélérer et rendre plus dynamique la liquidation de l'actif.

B. La conciliation des intérêts particuliers et de l'intérêt général

1. À la recherche d'un point d'équilibre

Lorsqu'une entreprise doit faire face à des difficultés qui peuvent compromettre sa survie, le sort qui lui sera réservé intéresse, au premier chef, **son propriétaire, ses dirigeants et actionnaires**.

Il concerne aussi, de manière immédiate et directe, **ses travailleurs**.

Il intéresse également, évidemment, **ses créanciers**.

Il ne peut pas davantage laisser indifférents ses **concurrents**.

Enfin, les **intérêts de la collectivité** elle-même qu'il s'agisse de l'État fédéral, d'une Région ou seulement de la Commune où l'entreprise est implantée sont touchés par les menaces qui pèsent sur son existence.

Une législation consacrée aux entreprises en difficulté doit nécessairement, en présence d'intérêts aussi divers à prendre en considération, trouver un point d'équilibre entre la défense de l'intérêt général et la protection des intérêts particuliers. Sur ce plan - et, une nouvelle fois, abstraction faite du renvoi à plus tard de la révision du régime des privilèges et des sûretés -, **le bilan de la réforme est plutôt positif** - tout au moins si l'on se tient aux orientations générales.

2. Principaux axes de la réforme

À cet égard, les principaux axes de la réforme peuvent être caractérisés comme il suit :

- ✓ une approche moins moralisatrice de la situation du débiteur;
- ✓ un rôle plus important attribué aux créanciers;
- ✓ un renforcement et un élargissement du rôle et des pouvoirs des autorités judiciaires (ministère public, tribunal, juge-commissaire de la faillite),
- ✓ ainsi que des auxiliaires de ces autorités que sont le curateur et le commissaire au sursis;
- ✓ une participation accrue des travailleurs de l'entreprise aux opérations du concordat et de la faillite;
- ✓ l'extension partielle des effets du concordat et de la faillite aux créanciers hypothécaires, gagistes et titulaires de privilèges spéciaux;
- ✓ le maintien des contrats en cours;

- ✓ un aménagement du principe de l'inopposabilité des clauses de réserve de propriété et le rétablissement du privilège du vendeur d'effets mobiliers.

a) Une approche moins moralisatrice de la situation du débiteur

En matière de concordat, la loi du 17 Juillet 1997 place « le malheur et la bonne foi » du débiteur en position marginale et ne leur confère plus le caractère d'une condition. L'art. 15 (LC art. 15 §1) précise que pour bénéficier d'un sursis provisoire, le débiteur ne peut avoir été d'une « mauvaise foi » manifeste et même dans ce cas, ce même article 15 stipule qu'en cas de mauvaise foi manifeste, dans le chef d'un responsable de l'entreprise, le juge peut accorder le bénéfice du sursis provisoire pour autant qu'il soit suffisamment garanti que « ce responsable sera écarté de la direction ».

D'autre part, le débiteur qui a complètement exécuté le plan de redressement ou de paiement est, sauf disposition contraire du plan, « totalement et définitivement libéré » vis-à-vis des créanciers concernés (LC. art. 35).

En matière de faillite, grâce au nouveau régime de l'**excusabilité** (L.F art. 80 à 83), le failli ne pourra plus être poursuivi par ses créanciers (L.F.art.82) et il a été admis que la règle s'appliquerait aussi aux créances d'impôts (la déclaration d'excusabilité ne peut toutefois intervenir qu'à la clôture de la faillite).

NB: Le caractère répressif de la faillite est ainsi fortement atténué même si, sur un autre plan, les dispositions pénales sont simplifiées dans l'espoir de les rendre plus efficaces et si le délit d'abus de biens sociaux est spécifiquement instauré.

D'autre part, **les droits de défense du débiteur** sont expressément sauvegardés à tous les stades de la procédure de faillite comme du concordat. Ainsi a-t-on bien pris soin, dans les quelques cas où subsiste la faillite d'office, de préciser que le tribunal ne pouvait la prononcer qu'après avoir spécialement entendu le débiteur sur les conditions de cessation des paiements et d'ébranlement du crédit (L.C., art. 15 § 2, 24, 33 et 37 § 2).

b) Un rôle accru réservé aux créanciers

Ceux-ci ont dorénavant la possibilité de s'impliquer davantage dans le déroulement des procédures du concordat comme de la faillite.

Si **la demande en concordat** ne peut émaner que du débiteur (L.C., art. 11 § 1er) et du procureur du Roi (L.C., art. 11 § 2), les créanciers sont ensuite étroitement associés à la procédure :

- ✓ ils ont le droit d'être entendus par le tribunal au jour fixé pour statuer sur le sursis provisoire (L.C., art. 13) et sur le sursis définitif (L.C., art. 31);
- ✓ ils doivent faire la déclaration de leurs créances dans le délai fixé par le jugement qui a accordé le sursis provisoire (L.C., art. 16 et 25);

- ✓ ils ont le droit de consulter au greffe le dossier du sursis provisoire (L.C., art. 18), ainsi que le plan de redressement ou de paiement déposé par le débiteur (L.C., art. 32);
- ✓ ils ont la possibilité de demander au tribunal d'ordonner la fin du sursis provisoire lorsque le débiteur ne remplit plus les conditions requises pour obtenir le concordat (L.C., art. 24), ainsi que la révocation du sursis définitif lorsque le débiteur est en défaut d'exécuter les dispositions du plan relatives à l'apurement du passif ou qu'il est établi qu'il ne pourra les respecter (L.C., art. 37 § 1er).

Pour autant qu'il n'ait pas voté en faveur du sursis, tout créancier a enfin la possibilité de demander au tribunal **une modification du plan adopté** si l'exécution de celui-ci l'expose « à de sérieuses difficultés » (L.C., art.38).

La loi sur les faillites attribue aux créanciers un rôle important dans la mise en mouvement de la procédure par le moyen soit d'une requête en désignation d'un administrateur provisoire (L.F., art. 8 §21) soit d'une assignation en faillite. C'est, avec le droit d'action reconnu au procureur du Roi, le pendant de la suppression de la faillite d'office.

NB : Le législateur compte sur la vigilance des créanciers - « Le but consiste à inciter les créanciers qui y ont intérêt à prendre eux-mêmes l'initiative de demander que la faillite soit déclarée. Actuellement, on se fie généralement au rôle régulateur du tribunal. À cet égard, le projet oriente implicitement vers la prévention. En effet, le projet part du principe que lorsque le créancier se rend compte qu'il a une certaine responsabilité sur ce plan, il exercera les pressions nécessaires et incitera le débiteur à prendre à temps les mesures qui peuvent prévenir la faillite ». L'avenir dira s'il s'agissait d'un voeu pieux.

Pour le surplus, une fois la faillite déclarée, les créanciers ont la possibilité, à la condition d'avoir déclaré leurs créances (L.F, art. 62) et d'avoir été admis au passif sur citation donnée dans le délai (L.C., art. 72), de jouer dans la procédure un rôle plus actif que dans le passé. Ils bénéficieront tout d'abord d'une meilleure information grâce à la consultation du dossier de la faillite tenu au greffe (L.F , art. 39) et au rapport sur l'évolution de la liquidation que le curateur doit présenter l'assemblée des créanciers dans le courant de la troisième année qui suit le jugement déclaratif (L.F., art. 76).

Les créanciers (arg. : « tout intéressé ») ont le droit :

- ✓ de demander au tribunal d'autoriser la continuation provisoire, en tout ou en partie, des opérations commerciales du failli (LE, art. 47);
- ✓ de requérir en référé la désignation d'un curateur *ad hoc* lorsqu'une réalisation d'actif est envisagée par le curateur et qu'elle risque de leur causer un préjudice (LE, art. 74 § 3);
- ✓ ils ont ainsi la possibilité - fort limitée, il est vrai - d'exercer une influence sur la façon dont s'opère la liquidation de la faillite;
- ✓ ils peuvent aussi demander au juge-commissaire la convocation de l'assemblée à partir de la quatrième année qui suit le jugement déclaratif (LE, art. 76).

- ✓ ils sont appelés, lorsque la liquidation est terminée, à recevoir en assemblée la reddition des comptes du curateur et à délibérer l'avis sur l'excusabilité du failli qu'ils doivent rendre à l'intention du tribunal (L.F., art. 79 et 80).

Les lois nouvelles ont, de la sorte, cherché à procurer aux créanciers une meilleure information sur l'évolution du sursis et le déroulement de la liquidation et, par ce moyen, à les inciter à suivre plus activement (et, donc, à mieux contrôler) les opérations du concordat et de la faillite. Tel étant le choix du législateur, il convient de souhaiter qu'il ne faudra pas déchanter d'ici quelques années.

NB: Si l'administrateur provisoire n'a pas le pouvoir de faire l'aveu de la faillite (L.F., art. 8 al. 3), il peut, en revanche, demander la faillite de l'entreprise par citation (L.F., art. 6).

L'obligation de déclarer pèse sur tous les créanciers sans exception, y compris ceux qui bénéficient d'un droit de préférence quelconque s'ils veulent « exercer » ce droit (L.F., art. 62). La règle ainsi précisée vaut pour les créanciers hypothécaires, gagistes et titulaires de privilèges spéciaux. Il s'agit de permettre au curateur, au failli, aux créanciers et à tous les autres intéressés de se faire une idée complète de l'état de la faillite⁴.

Le dossier de la faillite contient, notamment, un état détaillé de la situation de la faillite dressé tous les ans par le curateur, et pour la première fois entre le sixième et le douzième mois qui suit le jugement déclaratif (L.F., art. 34), ainsi que les états de répartition établis par le curateur et visés par le juge-commissaire (L.F., art. 52).

c) Le rôle et les pouvoirs attribués aux autorités judiciaires.

Une des caractéristiques des nouvelles lois est, certainement, le **renforcement et l'élargissement du rôle du ministère public et du tribunal de commerce** dans la gestion des procédures collectives mises en place. C'est particulièrement vrai, en matière de concordat, pour le tribunal qui est convié à remplir de multiples tâches:

La collecte des données.

Si le législateur a, sauf quelques exceptions, supprimé la faillite d'office, il a, en revanche, conservé - en lui donnant une base légale, l'instrument de collecte des données relatives aux entreprises en difficulté dont les tribunaux de commerce s'étaient dotés pour exercer plus utilement le pouvoir que l'article 442 du Code de commerce leur conférait.

Le titre II de la loi du 17 juillet 1997 organise, sur le modèle des pratiques existantes, la centralisation au greffe du tribunal des « renseignements et éléments utiles concernant les commerçants qui sont en difficultés financières telles que la continuité de leur entreprise peut être mise en péril » (L.C., art. 5) : tableaux des protêts, jugements de condamnation par défaut et contradictoires lorsque le débiteur n'a pas contesté la demande en principal, listes des entreprises commerciales en retard de paiement, depuis deux trimestres, de cotisations

4 (Exposé des motifs, Doc. parl., Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n°631 / 1, p. 29).

sociales, de T.V.A. et de précomptes professionnels, décisions administratives de déclassement, de suspension ou de retrait d'agrément d'un entrepreneur, ou d'exclusion d'un entrepreneur des marchés publics (L.C., art. 6 et 7).

Les données ainsi recueillies, de même que celles rassemblées d'office par les chambres d'enquête commerciale instituées au sein des tribunaux de commerce (infra, n°4), peuvent être consultées à tout moment par le procureur du Roi (L.C., art. 5 et 10, § 2).

Le ministère public.

Le ministère public se voit, en effet, reconnaître un **pouvoir d'initiative**, qui implique une information aussi complète que possible, rassemblée et analysée à temps. Il a le droit de saisir le tribunal, par citation, d'une demande de concordat (L.C., art. 11 § 2) ou d'une demande en faillite (LF, art. 6). Il peut aussi, comme « tout intéressé » (L.F. art. 8), inviter par requête unilatérale le président du tribunal de commerce à dessaisir le débiteur de la gestion de ses biens et à désigner un administrateur provisoire, lorsque les conditions restrictives dans lesquelles cette mesure exceptionnelle peut être ordonnée sont réunies.

Une fois engagée la procédure du concordat ou de la faillite, le rôle du ministère public demeure important.

La loi du 17 juillet 1997 lui confère le pouvoir de requérir du tribunal la prorogation de la période d'observation (L.C., art. 23) et celui de demander, par citation, la fin du sursis provisoire (L.C., art. 24). Un rôle spécifique ne lui est, en revanche, pas attribué dans la phase finale du concordat, celle du sursis définitif. La sauvegarde de l'intérêt général est, à ce moment, confiée au commissaire au sursis et au tribunal.

Plus classiquement, la loi sur les faillites confirme le droit de regard général du parquet sur les opérations de la faillite (L.F., art. 36 et 60-61, qui reproduisent la substance des articles 464, 494 et 495 du Code de commerce).

Le tribunal de commerce (faillite).

La loi sur les faillites ne modifie pas les règles qui gouvernent les interventions du tribunal qui a prononcé le jugement déclaratif. La seule innovation marquante est la compétence nouvelle attribuée au président du tribunal d'ordonner le dessaisissement provisoire du débiteur lorsqu'il y a extrême urgence (« absolue nécessité ») et que tout indique que les conditions de la faillite sont réunies (L.F., art. 8).

Le président agit d'office ou sur requête unilatérale « de tout intéressé ». L'expression est aussi large que possible : elle englobe les créanciers, le ministère public, mais aussi toute personne qui peut justifier d'un intérêt quelconque à empêcher le débiteur de poser des actes susceptibles de causer un préjudice irréparable à la masse. L'ordonnance de dessaisissement nomme un ou plusieurs administrateurs provisoires et précise leurs pouvoirs; elle ne fait l'objet d'aucune publicité et cesse de produire ses effets si un jugement de faillite n'est pas prononcé dans les quatre mois de la demande, laquelle doit elle-même avoir été introduite par le requérant ou, lorsque le président a statué d'office, par l'administrateur provisoire dans les huit jours de l'ordonnance (LF, art. 8).

D'autre part, l'institution et le rôle du juge-commissaire sont maintenus, sans guère de changements. On notera cependant que - souvenir de certains abus - le président du tribunal ne peut plus être juge-commissaire (L.F., art. 11).

Le tribunal de commerce (concordat).

Par comparaison, la loi relative au concordat judiciaire métamorphose les juges du tribunal de commerce en hommes-orchestres de toutes les étapes de la procédure, leur confère des pouvoirs étendus et leur suppose une solide formation économique.

Des chambres d'enquête commerciale, instituées au sein des tribunaux de commerce (L.C., art. 49 modifiant l'article 84 du Code judiciaire), sont appelées à suivre « la situation des débiteurs en difficulté » (L.C., art.10 §1).

Appelées à prendre la succession des services d'enquêtes commerciales, elles peuvent, comme ceux-ci, examiner d'office la situation du débiteur. Cet examen est conduit dans une optique de prévention de la faillite : il s'agit, en effet, pour la chambre de repérer les entreprises en difficulté qui pourraient obtenir un concordat. Le juge auquel l'examen est confié peut convoquer le débiteur afin de l'entendre à huis clos sur l'état de ses affaires et les mesures susceptibles d'être adoptées; il peut aussi rassembler d'office les données nécessaires au concordat, entendre toute personne dont il estime l'audition utile, ordonner la production de tous documents ou désigner un expert .

Lorsqu'il s'est forgé une opinion, le juge établit un rapport qui résume les diligences accomplies et tire les conclusions de l'examen. Le rapport est joint aux données recueillies et fait donc partie des éléments d'information que le procureur du Roi et le débiteur peuvent consulter (L.C., art. 10 § 2). Par contre, si l'examen du juge a fait apparaître que les conditions de la faillite sont remplies, la chambre d'enquête commerciale est tenue de transmettre l'affaire, sans délai, au parquet pour lui permettre, le cas échéant, de citer le débiteur en déclaration de faillite. En ce cas, le juge, auteur de l'examen, ne peut se prononcer sur la faillite (L.C., art. 10 § 3).

Dès cette première phase de la procédure en concordat, il est déjà beaucoup demandé aux chambres d'enquête commerciale : rien moins, en effet, selon le ministre de la Justice, que de développer « une dynamique propre, dont dépendra en grande partie l'efficacité de la nouvelle législation ».

Le tribunal est, s'il est possible, encore davantage mis à contribution à partir de la demande en concordat.

Saisi par le débiteur ou le ministère public, le tribunal entend ces parties, le jour fixé par lui, ainsi que « tout créancier qui le souhaite » et doit statuer sur la demande en concordat dans un délai de quinze jours - qui paraît extraordinairement bref, mais qui, heureusement, n'est qu'un délai d'ordre (L.C., art. 11, 13 et 14).

Statuer sur la demande en concordat signifie, en effet, vérifier que les conditions requises pour qu'une entreprise puisse obtenir un concordat sont réunies (cf : L.C., art. 9), qu'il n'y a aucune mauvaise foi manifeste dans le chef du débiteur (supra, n° 6) et qu'il paraît possible d'assurer la continuité de l'entreprise en tout ou en partie : ce n'est pas rien ! S'il croit pouvoir répondre affirmativement à ces trois questions, le tribunal « accorde (au débiteur) un

sursis provisoire pour une période d'observation qui ne peut être supérieure à six mois » (L.C., art. 15, § 1er). L'usage de l'indicatif présent « accorde » paraît signifier que si les trois conditions sont remplies aux yeux du tribunal, celui-ci doit octroyer le sursis provisoire.

En même temps qu'il accorde le sursis, le tribunal désigne un ou plusieurs commissaires au sursis, détermine les actes d'administration ou de disposition que le débiteur ne pourra, si le tribunal en décide ainsi, accomplir qu'avec l'autorisation du commissaire au sursis et invite les créanciers à déclarer leurs créances au greffe dans le délai qu'il fixe. L'octroi du sursis provisoire peut donc entraîner - comme dans le régime ancien, le dépôt de la requête en concordat - un dessaisissement partiel du débiteur, mais - à la différence du régime ancien, c'est le tribunal (et non plus la loi) qui détermine les actes que le débiteur ne pourra plus accomplir sans autorisation, et c'est le commissaire au sursis (et non plus un juge délégué) qui est compétent pour autoriser le débiteur.

Si le tribunal estime que les conditions d'un concordat ne sont pas remplies, il doit rejeter la demande. Il peut, en outre, dans ce cas, déclarer la faillite d'office : c'est une des éventualités dans lesquelles cette possibilité subsiste, raison pour laquelle la convocation du débiteur au jour fixé pour examiner la demande en concordat doit lui rappeler que le tribunal pourra prononcer la faillite (L.C., art. 15, § 2, et II § 1er, al. 4, et § 2, al. 2).

Il en va de même si, au cours de la période d'observation, le tribunal estime que le débiteur ne remplit plus les conditions d'obtention du concordat : il peut ordonner la fin du sursis provisoire et prononcer d'office la faillite (L.C., art. 24).

Ces règles forment l'une des « passerelles » entre le régime du concordat et celui de la faillite .

Lorsque le débiteur - assisté le cas échéant par le commissaire au sursis - a élaboré et déposé au greffe son plan de redressement ou de paiement (L.C., art. 29), et que la procédure entre dans la phase du « sursis définitif », **le tribunal est appelé à intervenir deux fois.**

- ✓ Dans un premier temps, il doit décider si un sursis définitif (ou un transfert de l'entreprise proposé par le plan) « peut être autorisé » (L.C., art. 33). Il prend cette décision après avoir entendu le débiteur, les créanciers qui le souhaitent et le commissaire au sursis, et doit théoriquement statuer au plus tard quinze jours après leur audition (L.C., art. 31 et 33); il s'agit à nouveau, et c'est heureux, d'un délai d'ordre... Le tribunal qui n'autorise pas le sursis définitif peut aussi prononcer d'office la faillite (L.C., art. 33).
- ✓ Dans un second temps, après le vote du plan par les créanciers, le tribunal doit encore approuver le sursis définitif. Le délai du sursis définitif est, au maximum, de vingt-quatre mois à compter du jugement d'approbation. Ce délai peut être porté à trente-six mois par le tribunal, en cours d'exécution (L.C., art. 34).

Il lui appartient de vérifier à ce moment si le plan a été voté aux majorités requises, s'il ne contient rien de contraire à l'ordre public (L'ordre public au respect duquel le tribunal doit veiller comprend les règles de concurrence telles qu'elles sont fixées par le droit européen et,

en droit interne, par la loi du 5 août 1991⁵ et « si le débiteur offre les garanties nécessaires de probité en la gestion » (L. C., art. 34).

La mission du tribunal n'est pas achevée avec l'approbation du sursis définitif. Le commissaire au sursis doit lui faire rapport périodiquement sur l'exécution du plan et lui soumettre un rapport final (L.C., art. 36 et 40). Le tribunal peut être amené à modifier le plan en cours d'exécution à la demande du débiteur, du commissaire au sursis ou d'un créancier (L.C., art. 38) (Un créancier n'a pas ce droit s'il a voté en faveur du sursis définitif).

Il peut, lorsque le plan n'est pas exécuté, révoquer le sursis à la demande du commissaire ou d'un créancier et, dans ce cas, il peut aussi prononcer d'office la faillite (L.C., art. 37). Enfin, c'est lui encore qui prononce la fin du sursis, une fois le plan exécuté ou le délai de vingt-quatre ou trente-six mois expiré (L.C., art. 40).

Pour achever le tableau des interventions et des pouvoirs du tribunal au cours de la procédure du concordat, il faut encore signaler deux prérogatives exorbitantes de la normale.

- ✓ D'une part, le tribunal peut, en dehors même du plan de redressement (arg. : L.C., art. 45), autoriser le commissaire au sursis - qui dispose là d'une compétence propre - à réaliser le transfert de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci. Il suffit que ce transfert « contribue au remboursement des créanciers et permette le maintien d'une activité économique et d'un certain volume d'emploi » (L.C., art. 44).

NB: Le commissaire au sursis et le tribunal sont, ici, très clairement invités à apprécier la balance des intérêts des créanciers, des travailleurs de l'entreprise et de l'économie en général. Il sera très intéressant d'observer le comportement de ceux qui seront appelés à exercer les fonctions de commissaire au sursis et la conception que les tribunaux se feront du pouvoir que la loi leur attribue. Quelle portée convient-il de reconnaître à des expressions aussi générales que « contribue au remboursement des créanciers » et veille [...] à préserver les intérêts *légitimes* des créanciers » (L.C., art. 41, al. 1 et 3) ?

Entre deux propositions de reprise de l'entreprise dont l'une comporte un prix plus élevé à répartir entre les créanciers et l'autre offre des garanties plus sérieuses, à moyen terme, de maintien d'une activité économique et de sauvegarde de plus d'emplois, laquelle sera-t-elle préférée ?

La suppression, au cours des travaux préparatoires de la loi relative au concordat, d'un article 9 qui disposait que « la procédure de sursis de paiement vise, compte tenu des intérêts de l'entreprise et des travailleurs, à désintéresser les créanciers », et la parfaite ambiguïté des propos tenus sur le sujet, à la Chambre comme au Sénat, sont de nature à accroître la perplexité plutôt qu'à la réduire.

- ✓ D'autre part, le tribunal qui a ordonné la fin du sursis provisoire, refusé d'autoriser le sursis définitif ou révoqué celui-ci, peut - si les conditions de la faillite ne sont pas réunies

5 (Exposé des motifs, Duc. parl., Ch. repr., sess. 1993-1994, n° 1406/1, p. 30; Rapport Chambre 11, p. 84).

- ordonner au commissaire au sursis de convoquer l'assemblée générale des associés de la société débitrice avec à l'ordre du jour la dissolution (et, donc, la mise en liquidation) de ladite société (L.C., art. 43).

De cette description sommaire de la mission qui leur est confiée par la loi relative au concordat judiciaire, il découle que le législateur attend énormément des tribunaux de commerce. Les travaux préparatoires soulignent à l'envi la complexité et l'ampleur de cette mission. Il est légitime de se demander si, dans leur organisation actuelle et avec les moyens mis à leur disposition, les tribunaux pourront répondre à cette attente sans que des mesures soient rapidement adoptées pour accroître le nombre des juges, augmenter le personnel des greffes, consacrer du temps à la formation des intéressés à la gestion des entreprises et les doter des moyens - informatiques et autres - nécessaires. On ne semble guère vouloir en prendre le chemin puisque, à plusieurs reprises, le Ministre de la Justice, généralement approuvé par les commissaires, a plutôt souligné qu'il faudrait évaluer la nouvelle loi sur la base de ses premiers résultats et que l'on aviserait à ce moment

On peut se demander également, avec Mme Chr. Schurmans, « si le juge est armé pour remplir correctement cette mission dont on le charge ». « Ni la connaissance du droit en ce qui concerne le juge professionnel, ni la pratique des affaires dans un secteur particulier de l'économie qu'ont les juges consulaires », observe-t-elle, « ne met ceux-ci en mesure de procéder à des analyses du type de celles qui doivent fonder les décisions qu'ils auraient à prendre ». Cette observation, formulée au colloque C.D.V.A. du 27 octobre 1994 sur l'entreprise en difficulté, ne fut cependant « pas reçue avec conviction », relève le professeur Coppens dans ses conclusions, et il est vrai que beaucoup de jugements des tribunaux de commerce témoignent des connaissances et de l'expérience des juges qui les ont rendus en matière économique, de comptabilité et de gestion.

Il n'en demeure pas moins que le succès de la réforme du concordat judiciaire - c'est-à-dire le maintien en activité, après redressement, du plus grand nombre d'entreprises et la diminution importante du nombre des faillites, repose sur un pari, dans la mesure où il dépend de l'efficacité des interventions des tribunaux de commerce.

*d) le rôle et les pouvoirs attribués aux mandataires de justice
(commissaires au sursis, curateurs, administrateurs provisoires)*

Les lois nouvelles ont un caractère commun : celui d'être relativement précises sur les qualités d'indépendance et de compétence requises des personnes que les tribunaux de commerce sont appelés à désigner aux fonctions de commissaire au sursis, de curateur et d'administrateur provisoire. Les articles 8 et 27 de la loi du 8 août 1997 et l'article 19 de la loi du 17 juillet 1997 témoignent de cette préoccupation.

Il est prévu, dans les mêmes termes, que les personnes appelées à exercer les fonctions de commissaire au sursis ou d'administrateur provisoire devront offrir « des garanties d'indépendance et d'impartialité » et être initiées « à la gestion d'entreprises et à la comptabilité ». Le législateur a songé, pour la fonction de commissaire au sursis, aux juges consulaires, aux réviseurs d'entreprises, aux experts-comptables et aux avocats⁶. S'agissant de

l'administrateur provisoire, il a été relevé qu'il fallait laisser au tribunal la plus grande latitude dans le choix de la personne ad hoc, en fonction notamment du type d'entreprise⁷.

Le curateur est nécessairement un avocat - qualité qui, par elle-même, garantit son indépendance - qui doit justifier, selon des modalités arrêtées par le Roi, d'une « formation particulière » et présenter « des garanties de compétence et de confiance en matière de procédure de liquidation ». La formation requise est, évidemment, une formation en matière de liquidation collective - avec tout ce que cela implique : connaissances juridiques et comptables, initiation aux questions de gestion d'entreprises, de négociations collectives, etc. Le curateur est aussi, mais cela on le sait depuis longtemps, un homme-orchestre. Le commissaire au sursis est, selon toute probabilité, appelé à le devenir aussi.

Les lois nouvelles sont également caractérisées par un souci que les opérations du concordat et de la faillite se réalisent dans la plus grande « transparence ».

À vrai dire, la loi du 18 avril 1851 imposait déjà au curateur de faire périodiquement rapport au juge-commissaire sur l'état d'avancement de la liquidation. Mais la loi du 8 août 1997 est, sans doute, plus précise et plus systématique dans la détermination du contenu et de la périodicité des obligations du curateur à cet égard (L.F., art. 34). Ce qui est plus neuf, c'est la possibilité offerte à « tout intéressé » de prendre connaissance de ces rapports au greffe et d'en obtenir copie, en consul tant le dossier de la faillite prévu à l'article 39, ainsi que l'obligation au curateur de faire rapport à l'assemblée des créanciers imposée au terme de la troisième année (L.F., art. 76). Initialement, le projet imposait un rapport annuel à l'assemblée, à partir de la troisième année ce qui a, finalement, à raison, été jugé excessif. De son côté, la loi du 17 juillet 1997 impose au commissaire au sursis, une fois le sursis définitif accordé, de faire rapport semestriellement au tribunal, et chaque fois que celui-ci l'y invitera, sur l'exécution du plan et du concordat (L.C., art. 36), et, lorsque le terme du sursis approche, d'établir à l'intention du tribunal un « rapport final concernant l'exécution du plan » (L.C., art. 40).

Le tribunal prononcera la fin du sursis en se fondant, notamment, sur ce rapport. Le souci de l'information des créanciers et des autres « intéressés » a conduit le législateur à prévoir le dépôt des rapports visés à l'article 36 dans le « dossier du sursis » tenu au greffe, et qui peut être consulté suivant les modalités fixées par l'article 1856. L'utilité de ces mesures dépendra, naturellement, de la qualité des rapports et, donc, du soin que les curateurs et commissaires apporteront à leur rédaction et du degré d'exigence des juges auxquels ils sont d'abord destinés.

Mission et pouvoirs du curateur.

Peu de changements sont apportés au statut, à la mission et aux pouvoirs du curateur. C'est que la position juridique du curateur, sans doute l'une des dernières grandes controverses liées à la loi du 18 avril 1851, s'est peu à peu clarifiée, en jurisprudence et en doctrine.

La mission générale du curateur, liée au dessaisissement (L.F., art. 16), était et demeure **triple** : protéger et reconstituer le patrimoine du failli - notamment par l'exercice des actions en inopposabilité de la période suspecte (L.F., art. 17, 18 et 19) et des actions en

⁷ Rapport Chambre 11, p. 115

réparation de préjudices éprouvés par l'ensemble des créanciers; réaliser l'actif du failli et distribuer entre les créanciers, selon leurs droits, les fonds qui proviennent de la réalisation de cet actif⁸.

On note cependant, par-ci par-là, des accents nouveaux.

Le curateur pourrait devoir se plier à un exercice moins solitaire de sa fonction. Il existe, plus systématique qu'autrefois, un devoir d'information envers le juge-commissaire et les créanciers, mais aussi envers les travailleurs de l'entreprise. Le failli doit être entendu en ses observations « sur la meilleure réalisation possible de l'actif », en présence des curateurs (L.F., art. 74 § 1er); il a, comme les créanciers, la possibilité de requérir en référé la désignation d'un curateur *ad hoc* dans le cas où une réalisation envisagée par le curateur risque manifestement de le léser; le curateur *ad hoc* peut faire interdire la vente par le tribunal de commerce (L.F., art. 74 § 3).

Mais le curateur se voit aussi reconnaître les moyens de gérer de façon « plus dynamique » la faillite et la liquidation de l'actif.

Ainsi, dès son entrée en fonction, le curateur est-il habilité à autoriser « la poursuite des opérations commerciales », après concertation avec les syndicats représentatifs et, à défaut, le personnel (L.F., art. 47 al. 2). Le tribunal doit toutefois être simultanément saisi - par le curateur lui-même ou par un autre « intéressé » - d'une demande de continuation provisoire du commerce du failli, conformément à l'alinéa 1er de l'article 47⁹. Le tribunal peut autoriser la continuation du commerce si l'intérêt des créanciers « le permet » (et non plus « l'exige » : C. Comm., art. 475), ce qui laisse une place - réduite mais réelle - à la prise en considération d'autres intérêts, comme celui du maintien d'une activité économique et, donc, d'un certain volume d'emploi.

En principe, la liquidation proprement dite de la faillite ne peut être entamée qu'après que toutes les créances soient définitivement admises ou rejetées (L.F., art. 75, § 1er). Le curateur peut toutefois demander au tribunal l'autorisation de liquider la faillite dès la clôture du procès-verbal de vérification des créances. Le juge-commissaire doit être entendu et le failli appelé (L.F., art. 75, § 2). La liquidation peut, en conséquence, suivre une voie longue ou emprunter un raccourci. Dans un cas comme dans l'autre, le curateur peut poursuivre les activités commerciales, en exécution de la décision du tribunal qui aura autorisé cette poursuite conformément à l'article 47.

Enfin, on ne peut omettre de souligner le pouvoir nouveau conféré au curateur, dans l'intérêt de la liquidation, de requérir du tribunal la suspension, pendant une année à compter

⁸ en particulier, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les arrêts des 7 mai 1980 (Pas., 1980, 1, p. 1104), 12 février 1981 (Pas., 1981, 1, p. 639 et les conclusions de M. l'avocat général DECLERCQ), 13 décembre 1989 (Pas., 1990, 1, p. 212) et 2 mars 1995 (Pas., 1995, 1, n° 127 et les conclusions de M. le procureur général LIEKENDAEL, alors avocat général).

⁹ Rapport Chambre 11, p.144: « [...] la possibilité offerte par l'article 47, alinéa 21 ne s'applique que dans l'attente de l'application de la procédure prévue à l'alinéa 1 - et suppose donc que cette dernière soit mise en oeuvre ».

du jugement déclaratif, des voies d'exécution des créanciers gagistes et titulaires de privilèges spéciaux mobiliers (L.F., art. 26 al. 3) et du créancier hypothécaire premier inscrit (L.F., art. 100 al. 2) ainsi que le pouvoir qu'il détenait déjà mais qui est aujourd'hui légalement consacré, de décider du sort des contrats en cours (L.F., art. 46).

Mission et pouvoirs de l'administrateur provisoire.

Les cinq dernières années ont vu se développer un courant jurisprudentiel favorable à la désignation en référé d'un administrateur provisoire comme remède ultime, avant le dépôt du bilan, aux difficultés graves d'une entreprise sociétaire. Souvent et ce n'est pas le moindre des paradoxes, la nomination de l'administrateur provisoire intervient à la demande de la société elle-même ou de ses actionnaires et sanctionne l'aveu de l'impuissance de ses dirigeants statutaires à imaginer des solutions de sauvetage, à les faire admettre et à les appliquer. Les nouvelles lois devraient freiner cette jurisprudence, en la privant de sa justification.

D'une part, en théorie du moins, le régime du sursis provisoire offre au dirigeants impuissants un régime légal à l'abri duquel ils leur est loisible avec l'assistance d'un commissaire au sursis rompu aux affaires des entreprises en difficulté, de concevoir un plan de redressement. D'autre part, l'article 8 de la loi du 8 août 1997 ne prévoit la désignation d'un administrateur provisoire par le président que comme un rempart contre les actes indécents du débiteur, lorsque tout indique que les conditions de la faillite sont réunies

La mission de l'administrateur provisoire est fonction de l'étendue du dessaisissement du débiteur, telle que l'ordonnance présidentielle l'aura fixée. Vu le contexte dans lequel le président est appelé à agir, on peut estimer que, dans la plupart des cas, le dessaisissement sera total, c'est-à-dire s'étendra à la gestion de tous les biens du débiteur, et que, par suite, les pouvoirs de l'administrateur seront déterminés en termes larges. En revanche, il s'agira toujours d'une mission strictement limitée dans le temps.

Mission et pouvoirs du commissaire au sursis.

Les chances de réussite du pari tenté par le législateur en réformant en profondeur le régime du concordat reposent, pour une part, sur la façon dont les juges des tribunaux de commerce rempliront leur multiples missions mais, pour une autre part, non moins capitale, sur l'institution des commissaires au sursis. « Le rôle du commissaire au sursis est, a-t-on fortement souligné, primordial ». Sa mission consiste à sortir l'entreprise de la crise et à agir dans l'intérêt de celle-ci. Son intervention peut même mener à la reprise (globale ou partielle) de l'entreprise. On attend donc beaucoup de ces commissaires.

La mission générale du commissaire est énoncée par l'article 19 de la loi du 17 juillet 1997 : « assister le débiteur dans sa gestion » (a). Mais son rôle ne se limite pas à cela : le commissaire assume aussi une mission d'information et de surveillance (b). Il est enfin investi d'une compétence propre en matière de cession de l'entreprise (c).

a) Le rôle d'assistance du commissaire au sursis se manifeste essentiellement sous trois aspects.

D'une part - c'est l'aspect général de sa fonction pendant la période du sursis provisoire - il apporte à l'entreprise son expérience et ses compétences en matière de gestion, sous la forme d'une collaboration avec les dirigeants. Il remplit là une véritable mission d'accompagnement.

D'autre part, lorsque le tribunal qui a accordé le sursis provisoire, décide - comme il en a la faculté - de dessaisir le débiteur de tout ou partie de la gestion de ses biens, le commissaire autorise les actes d'administration ou de disposition, déterminés par le jugement, que le débiteur ne peut plus accomplir seul (L.C., art. 15 § 1er, al. 3 et 4).

Enfin, le commissaire assiste les dirigeants de l'entreprise dans l'élaboration du plan de redressement ou de paiement (L.C., art. 29 § 1er).

b) Institué gardien de l'intérêt général, le commissaire au sursis est également chargé d'une mission d'information et de surveillance.

Il n'est pas seulement, comme on l'a indiqué plus haut, invité à faire rapport au tribunal sur l'exécution du plan, une fois le sursis définitif accordé. Il est également chargé d'informer les créanciers du contenu du jugement qui accorde le sursis provisoire (L.C., art. 17 § 2) et les travailleurs du contenu du plan (L.C., art. 32 al. 2).

Le commissaire au sursis exerce, d'autre part, une fonction de contrôle général du concordat, dès le sursis provisoire, mais surtout à partir du moment où le sursis définitif prend cours. Il exerce, dit l'article 36, la surveillance et le contrôle de l'exécution du plan et du concordat

Des prérogatives lui sont, à cet égard, reconnues. Le commissaire peut demander au tribunal de proroger le sursis provisoire (L.C., art. 23) ou, au contraire, d'en ordonner la fin prématurée (L.C., art. 24). Il est chargé d'examiner les créances déclarées, de les admettre ou de les contester, et, en cas de contestation, de demander au tribunal de les admettre provisoirement (L.C., art. 26 et 27).

Il doit être entendu par le tribunal dans une série d'éventualités (L.C., art. 20, 27, 31, 37, 38). Il peut demander au tribunal de révoquer le sursis définitif, en cas d'inexécution du plan dans son ensemble ou dans l'une de ses parties (L.C., art. 37). Il peut aussi proposer au tribunal des modifications au plan (L.C., art. 38). C'est lui, enfin, qui demande au tribunal de prononcer fin du sursis définitif, lorsque le terme est accompli (L.C., art. 40).

c) Le transfert de l'entreprise peut constituer une des parties du plan de redressement ou de paiement (L.C., art. 42). Il peut aussi envisagé en parallèle au plan par le commissaire au sursis, dont la mission cesse ici, d'être simplement une mission d'assistance du débiteur ou de surveillance du concordat.

L'article 41 de la loi du 17 juillet 1997 permet au commissaire, avec l'autorisation du tribunal, de réaliser le transfert complet ou partiel de l'entreprise, suivant une procédure dont les grandes lignes sont tracées de façon assez schématique : publicité donnée à la décision du commissaire de rechercher un « repreneur », examen par le commissaire des propositions reçues, discussion de ces propositions avec les dirigeants de l'entreprise et les représentants des travailleurs, négociation plus approfondie avec certains candidats à la reprise - le tout débouchant sur une proposition de cession intégrale ou partielle de l'entreprise, élaborée par le commissaire et soumise par lui à l'approbation du tribunal.

Dans l'exercice de cette compétence, le commissaire au sursis dispose d'une importante marge d'appréciation - d'ailleurs nécessaire au succès de l'opération. Il faut, mais il suffit, que le transfert contribue au remboursement des créanciers et permette le maintien d'une activité économique « viable », ainsi que « d'un certain volume d'emploi » (L.C., art. 41, al. 1er et 2). Lorsque le transfert est réalisé, la révocation du sursis définitif ne le remet pas en cause (L.C., art. 43).

e) Une participation accrue des travailleurs de l'entreprise aux opérations du concordat et de la faillite.

C'est là, très certainement, un des aspects novateurs de la réforme encore que bien évidemment, dans la pratique actuelle des faillites concordats, l'information et la participation des travailleurs avaient place. Mais les lois nouvelles institutionnalisent cette information et cette participation, à l'intervention en général des représentants du personnel (membres du conseil d'entreprise ou du comité pour la prévention de la protection au travail, de la délégation syndicale ou d'une délégation du personnel).

Ainsi, la continuation des activités commerciales du failli, décidée par le curateur à titre conservatoire ou par le tribunal à titre provisoire (L.F., art. 47), requiert que le curateur se concerta « avec les syndicats représentatifs ou, à défaut, avec le personnel présent » et que le tribunal entende les représentants du personnel. Les représentants des travailleurs doivent être associés à l'élaboration du plan de redressement lorsque celui-ci comporte un volet social. Lorsqu'une « réduction de la masse salariale » est nécessaire pour assurer « le sauvetage de l'entreprise et le maintien des activités », un « plan social de restructuration » doit accompagner le plan de redressement. Les représentants du personnel doivent être consultés (« entendus ») par les dirigeants de l'entreprise, assistés le cas échéant par le commissaire au sursis, dans le cadre de la mise sur pied du plan social. Ils ne disposent que d'une compétence d'avis (L.C., art. 29). Les représentants des travailleurs sont, en toute hypothèse, informés du contenu du plan de redressement par le commissaire au sursis (L.C., art. 32).

Lorsque le transfert de l'entreprise est projeté, le commissaire au sursis doit discuter avec ces représentants les propositions de reprise qu'il a reçues. Il doit, de même, les associer aux négociations menées avec certains candidats, « en vue d'aboutir à un consensus avec les travailleurs ». On imagine facilement que ces discussions et négociations risquent d'être ardues.

Les représentants du personnel doivent enfin être entendus par le tribunal avant que celui-ci se prononce sur la proposition de transfert que lui soumet le commissaire au sursis (L.C., art. 41, al. 4).

f) L'extension partielle des effets du concordat et de la faillite aux créanciers hypothécaires, gagistes et titulaires de privilèges spéciaux.

Il est tout à fait clair que l'objectif central de la réforme du concordat - permettre au plus grand nombre d'entreprises en difficulté de repartir du bon pied - impliquait, si on voulait avoir quelque chance de l'atteindre, que les créanciers nantis d'une sûreté réelle ou bénéficiaires d'un privilège spécial soient, dans une certaine mesure, tenus par les effets du

sursis provisoire et du sursis définitif. Dans un ordre d'idée fondamentalement différent, l'intérêt de la liquidation des actifs du failli au bénéfice des créanciers « dans » la masse commandait aussi que, d'une certaine mesure, on limite les droits des créanciers « hors » la masse.

Enfin, dans un cas comme dans l'autre, il convenait de préserver les possibilités de transfert de l'entreprise. Mais il fallait aussi être attentif à ne pas aller trop loin dans le sacrifice des intérêts particuliers de créanciers à l'intérêt général : il s'agit en effet, la plupart du temps, des dispensateurs de crédit, sans le concours actif desquels la poursuite des activités commerciales du débiteur resterait le plus souvent un voeu pieux, que ce soit dans le cadre d'un concordat ou dans celui d'une faillite déclarée.

La balance des intérêts opérée par les lois nouvelles est, à tout le moins sur papier, satisfaisante.

Déclaration des créances.

Tous les créanciers sans distinction seront dorénavant tenus déclarer leurs créances au concordat (L.C., art. 16 et 25) et à la faillite (L.E, art. 62).

Suspension des voies d'exécution - concordat.

Les créanciers hypothécaires, gagistes et titulaires de privilèges spéciaux sont, comme les créanciers ordinaires et titulaires de privilèges généraux, atteints

1°) par l'interdiction de procéder à la réalisation de la saisie des biens meubles ou immeubles du débiteur, à partir du jour du dépôt de la requête en concordat jusqu'au jour où le tribunal statue sur celle-ci, pour soit accorder un sursis provisoire, soit rejeter la demande (L.C., art. 13)';

2°) par la suspension des voies d'exécution au cours la période d'observation qui suit l'octroi du sursis provisoire. Ils peuvent en outre, une fois le sursis provisoire accordé, être contraints à la main levée des saisies en cours, fussent-elles seulement conservatoires. Mais ces effets du sursis provisoire ne jouent que si les intérêts - éventuellement capitalisés - et charges de leurs créances, échus depuis l'octroi du sursis, sont régulièrement payés (L.C., art. 21 et 22).

D'autre part, le sursis définitif - c'est-à-dire le plan de redressement - peut leur être rendu obligatoire par le tribunal, « sans leur consentement individuel », mais cela suppose que deux conditions sont remplies : les intérêts sont payés et la suspension des paiements est limitée à dix-huit mois (L.C., art. 30).

En outre, tant au cours du sursis provisoire que du sursis définitif, les créanciers qui bénéficient d'une sûreté réelle ou d'un privilège spécial peuvent demander au tribunal de condamner le débiteur à leur accorder des sûretés complémentaires, s'ils prouvent que, du fait de la suspension des voies d'exécution, le bien qui forme l'assiette de leur droit de préférence subira ou risque de subir une importante moins-value (L.C., art. 21 § 1er, et 30).

Suspension des voies d'exécution - faillite

La règle que le jugement déclaratif tient en suspens les poursuites individuelles - actions et voies d'exécution - des créanciers « dans » la masse est, évidemment, maintenue (L.F., art. 24). Les saisies en cours à la requête des mêmes créanciers, sont arrêtées (L.F., art. 25). Comme dans le régime actuel, les créanciers titulaires d'un privilège spécial mobilier subissent la suspension des voies d'exécution jusqu'à la clôture du procès-verbal de vérification des créances (L.F., art. 26). Le projet innove toutefois sur deux points qui pourraient se révéler importants.

D'une part, contrairement au régime ancien, le créancier gagiste est atteint par la suspension des voies d'exécution jusqu'au procès-verbal qui clôture la vérification des créances et, donc, soumis à la même règle que le créancier titulaire d'un privilège spécial mobilier¹⁰.

D'autre part, après le procès-verbal de clôture de vérification des créances, le tribunal peut ordonner la suspension des voies d'exécution des créanciers titulaires d'un privilège spécial mobilier et des créanciers-gagistes (LF, art. 26 al. 2 et 3). Le tribunal est saisi par le curateur. Il faut que l'intérêt de la masse « exige » la suspension et qu'il soit permis de penser que la réalisation différée des meubles ne lésera pas les créanciers. La suspension est limitée à un an à compter du jugement déclaratif.

La situation des créanciers hypothécaires et titulaires d'un privilège spécial immobilier est également modifiée. Sous le régime de la loi de 1851, ces créanciers gardaient leur droit de poursuite individuelle mais, sauf à l'égard du créancier hypothécaire premier inscrit, le curateur pouvait, à certaines conditions, faire arrêter la procédure de saisie et vendre à leur place (C. comm., art. 564). La loi du 8 août 1997 conserve la distinction entre les créanciers hypothécaires et titulaires d'un privilège spécial, d'une part, et le créancier hypothécaire inscrit en premier rang, d'autre part, mais modifie les règles applicables aux uns et à l'autre.

En règle, à partir du jugement déclaratif, le curateur est seul admis à réaliser la vente des immeubles (LE, art. 100 al. 1er). La vente est ordonnée par le juge-commissaire, à la requête du curateur ou d'un créancier hypothécaire ou bénéficiaire d'un privilège spécial sur l'immeuble; si la saisie a eu lieu et a été transcrite avant la déclaration de faillite, il peut en arrêter les effets en demandant au tribunal l'autorisation de vendre à la place du saisissant (LE, art. 100 al. 4).

Le créancier hypothécaire premier inscrit n'est pas concerné par ces règles. Mais : 1°) ce créancier ne peut faire vendre l'immeuble hypothéqué tant que le procès-verbal de vérification des créances n'est pas clôturé;

2°) une fois ce procès-verbal établi, il peut se voir imposer par le tribunal, pendant un an à compter du jugement déclaratif, une suspension de son droit de faire vendre l'immeuble, si l'intérêt de la masse l'exige, et s'il est permis de considérer que la réalisation différée du bien ne le désavantagera pas (L.E, art. 100 al. 2). Autrement dit, les droits d'exécution du créancier hypothécaire premier inscrit sont assujettis aux mêmes restrictions que ceux des créanciers gagistes et titulaires de privilèges spéciaux mobiliers.

¹⁰ Voy. les articles 129 et 130 de la loi du 8 août 1997, qui modifient respectivement l'article 16 de la loi du novembre 1862 portant institution du système des warrants et l'article 9 de la loi du 5 mai 1872 relative au gage et à la commission.

g) Le maintien des contrats en cours.

La préoccupation du législateur, commune aux deux lois nouvelles est, autant que faire se peut, de ne pas abandonner aux créanciers le soin de décider du sort des contrats en cours. Il s'agit, en matière de concordat, de préserver les espoirs de redressement ou de transfert de l'entreprise en *going concern* et, en cas de faillite, les possibilités de poursuivre les opérations commerciales du failli, en vue de parvenir à une meilleure liquidation des actifs au profit de l'ensemble des créanciers « dans » la masse ou à un transfert de l'entreprise.

Pour atteindre ces objectifs, la loi relative au concordat pose le principe que le jugement qui accorde le sursis provisoire « ne met pas fin aux contrats conclus avant cette date » (art. 28), ce qui est conforme au droit commun - si on exclut de la règle les contrats *intuitu personae* - mais qui va au-delà du droit commun si - comme cela paraît devoir être admis - la règle englobe cette catégorie de contrats. L'article 28 garantit, d'autre part, que les contrats en cours demeureront en vigueur en privant d'effet les clauses, notamment les clauses résolutoires, en vertu desquelles la convention doit prendre fin de plein droit du seul fait de la demande ou de l'octroi du concordat. La même disposition prive d'effet les clauses pénales, au cours de la période d'observation.

De son côté, la loi sur les faillites consacre, en substance, les solutions qui avaient été dégagées en doctrine et en jurisprudence (art. 46). Le jugement déclaratif ne met, en principe, pas fin aux contrats en cours. Il n'y a exception à la règle que pour les contrats conclus *intuitu personae* et ceux qui contiennent une clause résolutoire expresse en cas de faillite. C'est, pour le surplus, au curateur qu'il revient d'apprécier, en fonction de l'intérêt de la masse, si le contrat doit être poursuivi auquel cas, le cocontractant du failli devient créancier « de » la masse ou abandonné - auquel cas la créance de dommages et intérêts éventuels est une créance « dans » la masse. La loi nouvelle précise que le curateur doit opter sans délai et, en tous cas, afin de dissiper toute incertitude, dans un délai de quinze jours à compter de la mise en demeure notifiée par le cocontractant du failli. Le contrat est réputé résilié à l'expiration de ce délai si le curateur n'a pas pris position.

Ces règles générales sont d'application aux contrats de travail.

h) L'aménagement du principe de l'inopposabilité des clauses de réserve de propriété et le rétablissement du privilège du vendeur d'effets mobiliers.

Le législateur a, dans le cas de la faillite, étendu l'exception du droit belge. Il l'a fait avec une relative circonspection. L'article 101 de la loi sur les faillites maintient en effet l'exclusion en revendication d'un bien meuble vendu avec une clause de propriété, en cas de faillite de l'acheteur. Une telle clause est donc, en règle, inopposable à la masse. Mais l'inopposabilité existe lorsque la clause de réserve de propriété a été établie par écrit au plus

tard au moment de la délivrance. Dans ce cas, le vendeur peut revendiquer. Encore faut-il, pour que la revendication aboutisse que le bien vendu se retrouve en nature chez le débiteur et ne soit devenu immeuble par incorporation. Conformément à la règle qui s'applique à tout propriétaire revendiquant, le vendeur doit agir à la clôture du procès-verbal de vérification des créances.

Le souci des intérêts de la masse a, d'autre part, conduit le législateur à permettre au curateur de « retirer » le bien revendiqué vendeur en en payant le prix, moyennant l'autorisation du juge-commissaire (L.F., art. 118).

Le nouveau régime de la réserve de propriété a poussé le législateur, au Sénat, à faire un sort à la règle ancienne d'après laquelle les privilèges du vendeur d'effets mobiliers impayé disparaissait en faillite de l'acheteur (C. comm., art. 546). Maintenu dans le projet des travaux de la Chambre (art. 91), la règle a été supprimée au Sénat, de sorte que, dorénavant, le privilège du vendeur d'effets mobiliers subsistera dans la faillite de l'acheteur, si les conditions de l'article 20, 5° de la loi hypothécaire sont réunies.

La question de l'inopposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de demande en concordat a été résolue d'elle-même dans la mesure où, dans le régime nouveau, une telle demande ne provoque concours entre les créanciers. Il fallait néanmoins, pour préserver les chances de bonne fin du concordat, empêcher le vendeur qui avait une telle clause, au même titre que n'importe quel propriétaire revendiquant, de reprendre le bien à son gré. Tel est l'objet de l'article 21 de la loi du 17 juillet 1997, en vertu duquel l'action en revendication du créancier propriétaire est tenue en suspens pendant le délai du sursis provisoire, et de l'article 30, en vertu duquel le juge peut lui rendre obligatoire le sursis définitif si le plan prévoit le règlement des intérêts qui lui sont dus et le paiement du prix dans un délai qui n'excède pas dix-huit mois.

Le propriétaire revendiquant est mis par ces dispositions sur le même pied que les créanciers hypothécaires, gagistes et titulaires de privilèges spéciaux.

II. DES PASSERELLES ENTRE LE REGIME DU CONCORDAT JUDICIAIRE ET CELUI DE LA FAILLITE

A. Principe

Comportant deux volets dont l'un - la faillite - peut être appelé à prendre le relais de l'autre - le concordat -, une législation sur les entreprises en difficulté doit les articuler de manière aussi efficace et harmonieuse que possible : il faut, à cette fin, aménager des passages rapides et aisés du concordat à la faillite, des « passerelles entre la procédure du concordat et de la faillite ». Même si l'objectif est que le concordat cesse d'être « l'antichambre d'une faillite », on ne peut jamais être sûr qu'il aboutira à un redressement effectif de l'entreprise : il faut donc toujours tenir compte des hypothèses négatives, c'est-à-dire prévoir l'hypothèse de la faillite.

Le législateur s'est, donc, à juste titre, préoccupé d'inscrire dans la loi les garde-fous et les passerelles nécessaires. Il l'a fait, pour l'essentiel, dans la loi relative au concordat. On se borne ici à les dénombrer et à les commenter brièvement.

B. L'organisation de la collecte des données et le traitement de ces données par les chambres des enquêtes commerciales.

La collecte des données sur les entreprises en difficulté constitue « un élément clé de l'approche globale visée par le projet ». Elle a pour but premier, on l'a dit, de repérer à temps les entreprises qui, convenablement traitées, pourraient être assainies. Il est cependant, inévitable que le juge des enquêtes commerciales ramène dans son filet des entreprises mûres pour la faillite. Comme le tribunal de Commerce ne peut plus déclarer d'office la faillite, il est prévu que si l'examen de la situation du débiteur révèle que les conditions en sont réunies,

la chambre des enquêtes commerciales transmet sans délai l'affaire au procureur du Roi, pour lui permettre de provoquer la faillite (L.C. art. 10 § 3).

On ne voit pas non plus ce qui pourrait empêcher le président du tribunal de commerce d'utiliser les données rassemblées au greffe pour, dans le cas visé à l'article 8 de la loi sur les faillites, dessaisir d'office le débiteur de la gestion de ses biens et désigner un administrateur provisoire.

C. La suspension de la déclaration de faillite.

En cas d'aveu de faillite ou d'assignation en faillite par un créancier, le tribunal peut suspendre sa décision pendant quinze jours: il doit se donner le temps et l'occasion au débiteur ou au ministère public de former une demande en concordat (L.F., art. 7), lorsqu'aux yeux du tribunal une telle demande pourrait se justifier. Il s'agit cette fois d'une passerelle entre la procédure de faillite et celle du concordat.

D. L'impossibilité de déclarer la faillite tant que le tribunal n'a pas statué sur la demande en concordat.

C'est l'article 12 de la loi relative au concordat qui dresse ce garde-fou au profit du débiteur. Lorsque celui-ci, ou le procureur du Roi, a introduit une demande en concordat, une déclaration de faillite est impossible aussi longtemps que le tribunal n'a pas statué sur la demande, ce qu'il doit faire, en principe, dans les quinze jours (L.C., art. 14).

E. La possibilité pour le tribunal de déclarer d'office la faillite en cas d'échec du concordat.

Elle est organisée par la loi relative au concordat et constitue le pont principal entre le régime du sursis et celui de la faillite. La loi du 17 juillet 1997 détermine les hypothèses dans lesquelles l'échec du concordat peut déboucher sur une faillite d'office (a). Elle règle la procédure (b) et formule deux règles particulières quant aux effets de la faillite déclarée (c).

a) La faillite peut être prononcée d'office lorsque le tribunal rejette d'emblée la demande en concordat (L.C., art. 15 § 2). Il en ira de la sorte si, la demande ayant été formée trop tard, le débiteur avait déjà cessé ses paiements de manière persistante et vu son crédit ébranlé. La faillite est, alors, inévitable.

La demande en concordat peut également être rejetée à ce stade de la procédure s'il apparaît au tribunal que le débiteur est manifestement de mauvaise foi ou, encore, s'il lui apparaît que les chances de redressement économique sont tellement faibles que la continuité de l'entreprise ne pourra être assurée. La faillite est, dans ce cas, quasiment inévitable.

Le tribunal peut également être amené à déclarer d'office la faillite en cas d'échec du concordat constaté à un stade plus avancé de la procédure. Cet échec résulte du jugement qui soit met fin au sursis provisoire (L.C., art. 24), soit refuse le sursis définitif (L.C., art. 33), soit révoque le sursis définitif (L.C., art. 37).

La fin du sursis provisoire peut être prononcée par le tribunal lorsque « le débiteur ne remplit plus les conditions d'obtention du concordat », telles qu'elles résultent de la conjugaison des articles 9 et 15 § 1er. Par exemple, la situation du débiteur s'est dégradée au point qu'il n'existe plus d'espoir raisonnable de redressement de son entreprise, des éléments d'appréciation découverts depuis l'octroi du sursis provisoire mettent en évidence la mauvaise foi manifeste du débiteur, etc.

La faillite peut aussi être la suite du refus d'accorder le sursis définitif (L.C., art. 33). Les raisons de refuser le sursis définitif sont, grosso modo, les mêmes que celles qui justifiaient le refus d'homologuer le concordat, sous l'empire des lois coordonnées : les majorités requises n'ont pas été obtenues, les formalités essentielles de la procédure n'ont pas été respectées, l'approbation du sursis méconnaîtrait l'ordre ou l'intérêt des créanciers. Il en serait assurément ainsi s'il était manifestement déraisonnable de croire en la probité du débiteur co-gestionnaire ou dans les chances de réussite du plan de redressement, ou encore s'il était évident que le plan comporte des distorsions de concurrence inacceptables au regard du droit européen ou de la loi du 5 août 1991.

La faillite peut enfin être ouverte d'office à la suite de la révocation du sursis définitif, décidée par le tribunal sur requête du commissaire au sursis ou d'un créancier (L.C., art. 37). La révocation suppose que le débiteur est en défaut, totalement ou partiellement, d'exécuter le plan de redressement ou de paiement que le tribunal avait approuvé et, le cas échéant, modifié.

b) La faillite est déclarée par le même jugement qui rejette la demande en concordat, met fin au sursis provisoire, refuse ou révoque le sursis définitif. La règle souligne de manière

symbolique le lien créé par le législateur entre le concordat et la faillite. Le débiteur doit, d'une part, avoir été spécialement entendu par le tribunal sur les conditions de la faillite (L.C., art. 15 § 2, 24, al. 2, 33 et 37 § 3) - ce qui suppose que le tribunal interpelle le débiteur qui a comparu ou, du moins, que la convocation à l'audience fixée pour qu'il soit statué sur la demande en concordat, la fin du sursis provisoire, l'approbation du sursis définitif ou sa révocation, attire l'attention du débiteur sur la faculté dont dispose le tribunal de le déclarer en faillite (L.C., art. 11 § 1er., al. 4).

c) Tous les effets qui sont liés à la prononciation d'un jugement déclaratif de faillite, s'accomplissent lorsque le tribunal prononce d'office la faillite après avoir constaté l'échec du concordat. L'article 44 de la loi relative au concordat énonce toutefois deux règles particulières, l'une et l'autre entièrement justifiées.

Selon la première, les créanciers qui étaient soumis au sursis conservent les paiements reçus dans le cadre de celui-ci et sont, par conséquent, inscrits au passif de la faillite pour le solde de leur créance. Ils sont, à cet égard, des créanciers « dans » la masse qui entrent en concours avec les nouveaux créanciers (L.C., art. 44, al. 1er). La solution qui est ainsi consacrée était admise en cas de dissolution du concordat, sous l'empire des lois coordonnées.

La seconde règle, établie par l'article 44, alinéa 2, détermine le sort des actes accomplis par le débiteur au cours de la procédure du concordat. Le législateur innove en assimilant à des créanciers « de » la masse les nouveaux créanciers qui, au cours de la procédure du concordat, ont traité avec le débiteur assisté ou autorisé par le commissaire au sursis, ou ayant agi avec la collaboration de celui-ci. L'objectif est d'inciter les dispensateurs de crédit et les fournisseurs à continuer à faire confiance au débiteur pendant la procédure concordataire, de sorte que l'entreprise bénéficie des meilleures chances de redressement. La cohérence interne du nouveau régime des entreprises en difficulté est, de la sorte, sauvegardée.

III. LES CONDITIONS ET LES PROCEDURES DU CONCORDAT ET DE LA FAILLITE

Pour compléter les considérations sur les objectifs de la réforme, le système rénové distingue désormais de façon beaucoup plus nette que par le passé les deux procédures du concordat et de la faillite tout en organisant des « passerelles » plus efficaces entre les deux « thérapies ».

Le **concordat** tend résolument à permettre autant que faire se peut la survie de l'entreprise commerciale et à lui procurer des moyens et des délais pour trouver des solutions à des problèmes « conjoncturels ». De ce point de vue, le dispositif concordataire peut être comparé à la procédure du « *Chapter 11* » existant depuis longtemps dans la législation américaine.

La **faillite** en revanche, s'attelle au démantèlement résolu, rapide et efficace des cas désespérés de façon à éviter « l'acharnement thérapeutique » inutile, très souvent adopté par certains entrepreneurs, préjudiciable tant à eux-mêmes qu'aux intérêts de l'ensemble des partenaires sociaux de l'entreprise.

Avertissement

L'objectif poursuivi dans le présent exposé sur le **traitement judiciaire des entreprises en difficulté** en Belgique est de présenter aussi clairement que possible la réforme réalisée récemment et non de décrire en détails les deux procédures mises en place.

Résumer une législation complexe compte-tenu des objectifs qu'elle poursuit et des situations qu'elle cherche à réguler, dans un contexte économique général difficile pour les entrepreneurs et les commerçants, ne pourrait que donner une vue « tronquée » et incomplète des dispositifs, dont l'imbrication sous-tend la cohérence, imaginés par notre législateur pour apporter des solutions efficaces applicables tant à l'ensemble des entreprises qu'à des situations particulières très diverses.

Aussi, a-t-il été préféré, pour fournir un outil d'information graduel à un observateur extérieur de décrire d'abord les principaux chapitres autour desquels s'articule la réforme en y indiquant les innovations par rapport à une législation ancienne devenue obsolète, et les objectifs d'efficacité et de faisabilité poursuivis par les dispositifs mis en place.

Ensuite et en complément de ce descriptif schématique, l'observateur souhaitant approfondir certains points ou certains aspects de ces législations pourra se référer à **l'ouvrage remarquable de Ph.Gérard, J.Windey et M. Grégoire publié récemment aux Editions Larcier**, exposant en détails les procédures et les dispositifs des deux lois ainsi que les références tant doctrinales, et jurisprudentielles qu'aux travaux préparatoires et discussions des deux Chambres.

Ainsi, dans les pages qui vont suivre les n° renverront aux pages de cette ouvrage.

A. Le concordat - Loi du 17 Juillet 1997

1. Suivi des entreprises en difficulté

a) Collecte des données

But et objet

L'article 5 et suivants, institutionnalise en créant un cadre institutionnel les « anciens » services de dépistage mais la démarche diffère profondément : les dispositions concernant le recueil des informations ne se trouvent que dans le texte sur le concordat, les détachant des conditions de la faillite; mais elle pourront être utilisées éventuellement dans le cadre de la procédure ultérieure de faillite.

Un dossier sera ouvert au greffe du tribunal de commerce du ressort de l'entreprise et sera constitué de l'ensemble des éléments¹¹ portés à la connaissance du tribunal - informations

¹¹ Le caractère non limitatif des données mentionnées au Titre Ier. de la loi a été clairement affirmé au cours des travaux parlementaires.

transmises automatiquement et obligatoirement, informations données par des tiers, informations recueillies à l'initiative du tribunal.

Organisation de la collecte

L'art. 5 de la loi ne donne pas de précisions à ce sujet ce que l'on peut déplorer. Le législateur paraît avoir considéré que cette collecte est de la compétence des greffes des tribunaux de commerce.

Voir l'exposé dans op. cité pages 50 à 55.

b) Ouverture d'office d'une enquête

L'article 10 attribue aux chambres d'enquête commerciale le pouvoir d'examiner d'office si une entreprise en difficulté se trouve dans les conditions de bénéficier d'un concordat.

Voir l'analyse et la discussion sur la nature juridique de la mesure pages 58-61.

Le rôle des intervenants

a) Le juge (p.62)

Il a une compétence d'attribution dans le cadre strict de la procédure de sursis mais la loi n'a pas fixé de bornes au pouvoir du juge.

b) Le ministère public (p.63)

Il n'intervient pas directement mais sur requête du juge pour fournir les renseignements en sa possession¹². Il ne peut en revanche spontanément verser au dossier les informations dont il disposerait dans le cadre de l'exercice de sa mission répressive.

c) Les organismes régionaux (p.64)

Région Flamande : un décret du 27 juin 1985 institue une « commissie voor preventief bedrijfsbeleid » qui recherche et examine les entreprises en difficulté, et avec elles, établit un diagnostic et élabore des plans de redressement

Région Wallone: un arrêté ministériel du 27 février 1975 crée auprès de l'Exécutif régional wallon une commission permanente pour examiner les structures des entreprises en difficulté et le gouvernement wallon peut (selon le décret du 26 août 1975) par convention avec les bénéficiaires d'aides publiques soumis à un plan de redressement, créer un comité de surveillance et de contrôle.

Clôture de l'enquête

La procédure d'enquête s'achève par le rapport du juge (art.10 §2 al. 2). Elle peut déboucher :

¹² le greffe du tribunal communique cependant obligatoirement tous les mois, la liste des examens entamés.

- ✓ soit sur le dépôt d'une requête par le débiteur,
- ✓ soit sur une transmission de l'affaire au parquet pour d'éventuelles réquisitions en faillite (§3),
- ✓ soit par le classement du dossier.

2. La procédure concordataire

a) Le sursis provisoire

Conditions d'octroi

- ✓ Conditions d'ordre économique (p. 67-69)

Art. 9: «Le concordat peut être accordé au débiteur s'il ne peut temporairement acquitter ses dettes ou si la continuité de son entreprise est menacée par des difficultés pouvant conduire, à plus ou moins bref délai, à une cessation des paiements ».

Le concordat ne peut être accordé que si la situation financière de l'entreprise peut être assainie et si son redressement économique semble possible. Les prévisions de rentabilité doivent démontrer la capacité de redressement financier.

- ✓ Condition d'absence de mauvaise foi manifeste (p. 70)

La condition de « bonne foi » a été supprimée et sous le contrôle du juge seul l'état de santé de l'entreprise, indépendamment des actes ou des compétences des dirigeants, doit être pris en compte. En revanche, seule la « mauvaise foi manifeste », à l'appréciation du juge, pourra faire obstacle à l'accord du tribunal sur le sursis provisoire.

Procédure d'obtention du concordat

Principe : deux phases

- ✓ le sursis provisoire,
- ✓ le sursis définitif.

Personnes habilitées à introduire le concordat

- ✓ le débiteur (p. 72)
- ✓ le procureur du Roi (p. 72)
- ✓ l'administrateur provisoire¹³ (p. 73)

¹³ à ne pas confondre avec l'administrateur provisoire désigné dans les conditions de droit commun (administrateur judiciaire cf. p.123).

Forme de la demande

- ✓ demande à l'initiative du débiteur (p. 74)
- ✓ mission du tribunal (p. 76)
- ✓ demande à l'initiative du procureur du Roi (p. 77)

Procédure

- ✓ Octroi du sursis provisoire et organisation de la période d'observation¹⁴

a) Jugement et contenu de celui-ci (p. 84)

Le jugement doit être rendu dans les quinze jours du dépôt de la requête ou de la signification de la citation par le Procureur du Roi (art.14) mais ce délai n'est assorti d'aucune sanction.

b) Rejet de la demande (p.85)

- ✓ Mission et pouvoirs du commissaire au sursis

a) Généralités . (p. 85)

b) Mission du commissaire (p. 87)

c) Pouvoirs du commissaire en matière de cession d'entreprise (p. 89)

d) Modification des pouvoirs et remplacement du commissaire : conditions et forme de la demande (p. 92)

- ✓ Durée de la période d'observation

a) Principe (p. 93)

b) Prolongation de la période et forme de la demande (p. 93)

c) Révocation du sursis provisoire et forme de la demande (p. 94)

- ✓ Procédure de déclaration de créances (p. 95)

b) Le sursis définitif

Octroi du sursis définitif

Conditions (p. 96)

Durée . (p. 99)

Modification du plan et révocation

Prolongation du sursis - refus du plan (p. 100)

Révocation du sursis à la requête du commissaire au sursis (p. 100)

Révocation du sursis à la requête d'un créancier (p. 101)

¹⁴ maximum 6 mois.

Faillite d'office	(p. 101)
Modifications du plan	(p. 101)

c) Voies de recours et délais

Principes	(p. 103)
-----------	----------

B. Les conditions de la faillite - bref rappel

1. Qualité de commerçant (p. 107 et s.)

Principe
Cessation du commerce
Décès
Société en liquidation

2. La cessation des paiements (p. 110)

Notion

3. L'ébranlement du crédit (p. 110)

Notion

C. Modes de saisine du tribunal de commerce

1. La citation (p. 112 et s.)

Principe
Les créanciers
Le procureur du Roi
L'administrateur provisoire (article 8 de la loi)
Le syndic de la procédure principale

2. L'aveu de la faillite (p. 121 et s.)

Portée de l'aveu
L'aveu et les communications qui l'accompagnent
Cas particulier de l'aveu de faillite déposé par un administrateur provisoire

3. Les « passerelles » entre les procédures du concordat et de la faillite - réflexions à propos d'un succédané de la faillite d'office (p. 125)

Hypothèses dans lesquelles une faillite d'office peut être déclarée

Appréciation

4. Incident de procédure : surséance du prononcé (p. 129)

Principe

D. Cas particulier de la société en nom collectif et de la société dont les statuts n'ont pas été déposés ou sont non établis

1. Cas de la société en nom collectif ou de toute société dont les associés sont garants in infinitum (p. 129 et s.)

Principe

Tribunal compétent

Faillites distinctes

2. Cas de l'extension de la faillite au maître de l'affaire (p. 133)

Principe

3. Cas particulier des commerçants exerçant une activité en commun sans statuts déposés (p. 134)

Principe

Incidence de la loi du 13 avril 1995

E. Compétence territoriale du tribunal

État antérieur du droit (p. 138)

Les règles nouvelles (p. 139)

Faillite déclarée en application de l'article 8 (p. 141)

Prorogation de la compétence du tribunal avant accordé le sursis provisoire (p. 141)

Faillite internationale (p. 142)

F. Recours à l'encontre du jugement de faillite

1. Tierce opposition et opposition (p. 143 et s.)

Principe

Faillite d'office

2. L'appel (p. 144 et s.)

Délai

Jugement rejetant une demande de faillite

3. Questions particulières en rapport avec la date de la cessation des paiements (p. 146 et s.)

Fixation de la date de la cessation des paiements par le jugement déclaratif

Fixation de la date de la cessation des paiements après le jugement déclaratif

Délai pour agir

Durée de la période suspecte

Recours

G. La production des créances

1. Déclaration - Vérification (p. 149 et s.)

Créanciers tenus de déclarer

Élection de domicile

Vérification des créances

2. Déclaration tardive et déchéances (p. 151 et s.)

Créanciers retardataires

Prescription triennale