

remédier tandis qu'en vertu du paragraphe 3, la partie prescriptive du plan contient les mesures à prendre pour désintéresser les créanciers sursitaires.

L'article 49 de cette loi décrit les mesures qui peuvent être prévues par le plan.

L'article 51 dispose que la cession volontaire de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités peut être prévue au plan de réorganisation.

Après le vote des créanciers organisé conformément à l'article 54 de la loi, le tribunal décide, en vertu de l'article 55, s'il homologue ou non le plan de réorganisation et l'homologation ne peut être refusée qu'en cas d'inobservation des formalités requises par la loi ou pour violation de l'ordre public.

Il suit de ces dispositions du Chapitre 3 que, lorsque le débiteur propose aux créanciers, comme modalité du plan de réorganisation, la cession de tout ou partie de ses activités, cette cession est réalisée par le débiteur lui-même en exécution de ce plan préalablement approuvé par les créanciers et homologué par le tribunal.

Sous le Chapitre 4 « Réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice » du Titre 3, l'article 59, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi dispose que le transfert sous autorité de justice de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités peut être ordonné par le tribunal en vue d'assurer leur maintien lorsque le débiteur y consent dans sa requête en réorganisation judiciaire ou ultérieurement au cours de la procédure et, en vertu du paragraphe 2, le même transfert peut être ordonné sur citation du procureur du Roi, d'un créancier ou de toute

personne ayant intérêt à acquérir tout ou partie de l'entreprise, dans les conditions qu'il détermine.

En vertu de l'article 60 de la loi, le jugement qui ordonne le transfert désigne un mandataire de justice chargé d'organiser et de réaliser le transfert au nom et pour le compte du débiteur et le tribunal peut, par le même jugement, ordonner un sursis complémentaire, n'excédant pas six mois à compter de sa décision.

Conformément à l'article 64, § 1^{er}, de la loi, le tribunal accorde au mandataire de justice l'autorisation de procéder à l'exécution de la vente proposée si elle satisfait aux conditions fixées à l'article 62, alinéa 2.

Le transfert sous autorité de justice, ordonné par le tribunal, du consentement du débiteur ou de manière forcée, est réalisé par un mandataire de justice au nom et pour le compte du débiteur.

Il s'ensuit que la cession volontaire proposée par le débiteur lui-même comme modalité du plan de réorganisation ne constitue pas un transfert sous autorité de justice ordonné par le tribunal sur le consentement du débiteur manifesté au cours de la procédure, et est dès lors régie par les seules règles du Chapitre 3 du Titre 3 de la loi.

Le moyen, qui est fondé sur le soutènement contraire, manque en droit.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi;

Condamne le demandeur aux dépens.

Note

Faut-il réformer l'article XX.79 CDE et (ré)intégrer un test de faisabilité et de viabilité lors de l'homologation d'un plan de réorganisation judiciaire?

Yves BRULARD¹

A. L'INTÉRÊT DIRECT DE L'ARRÊT DU 8 JUIN 2020 DE LA COUR DE CASSATION²: LE TRANSFERT D'ENTREPRISE DANS LE CADRE D'UN ACCORD COLLECTIF

La décision attaquée

Le Fonds social et de garantie pour hôtels, restaurants, cafés et entreprises assimilées (ci-après le Fonds) avait soutenu en appel – que le plan voté par les créanciers était « *un abus de procédure* » et que le jugement d'homologation aurait pour effet de « *maintenir (la défenderesse) sous perfusion par*

l'effet d'un crédit factice alors qu'elle est en état virtuel de faillite », que « *nonobstant les délais déjà accordés, (la défenderesse) n'a pas été en mesure de céder tout ou partie de son fonds de commerce pour se 'recapitaliser' et solliciter un nouveau délai de dix-huit mois avant d'entamer ses paiements et envisager de réaliser la cession partielle de son fonds de commerce sans qu'aucune garantie ne soit donnée*

¹ Spécialiste Avocat.be, praticien de l'insolvabilité, enseignant au Certificat universitaire (CEFIAD-UCL).

² Cass., 8 juin 2020, C.19.0310.F.

aux créanciers à ce sujet ». Elle soutenait en appel que « le nouveau délai de dix-huit mois à partir de l'homologation du plan », serait incompatible avec l'article 60, alinéa 2, de la loi précitée, qui n'accorde qu'un délai complémentaire de six mois maximum en cas de changement d'objectif ».

La cour d'appel, se basant sur l'article 55 LCE, avait constaté que « (le demandeur) ne soulève aucune violation par (la défenderesse) des dispositions de la loi [...] tandis que le juge délégué a souligné le respect des formalités », « qu'il ne ressort d'aucune pièce de la procédure que les créanciers n'auraient pas été correctement informés de la situation réelle », qu'« aucun détournement de procédure n'est par ailleurs à relever ou formellement mis en exergue par le (demandeur) », pour juger que « c'est par de judicieux motifs, que la cour (d'appel) adopte qui prennent objectivement en considération l'ensemble des informations et pièces déposées et qui rencontrent de manière aussi adéquate que complétée les arguments de fait et de droit que les premiers juges ont homologué le plan ». La cour (d'appel) « s'appuie également sur les motifs développés par le premier juge » qui rappelait notamment que « le législateur a sans conteste entendu limiter à l'extrême le pouvoir d'appréciation du tribunal ». La cour d'appel avait donc rejeté les conclusions au motif qu'il n'était pas question « d'une prolongation en cas de changement d'objectif et donc de transfert au sens des articles 59 et suivants » « mais d'un plan » « qui se base sur les possibilités offertes par les articles 49, 50 et 51 de la loi ».

La décision de la Cour de cassation

Le Fonds avait libellé un moyen unique de cassation qui critiquait la décision de la cour d'appel en ce qu'elle violerait les dispositions au visa au motif que la cession visée à l'article 51 LCE devait être régie par l'article 59 et suivants LCE et devait, par application de l'article 60 LCE, être ordonnée par le tribunal aux termes d'un jugement qui pouvait ordonner un sursis complémentaire qui n'excéderait pas 6 mois à compter de la décision.

La Cour de cassation, après avoir rappelé les termes des articles 16, 44, 47, 49 LCE, rappelle le contenu de l'article 51 LCE: « la cession volontaire de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités peut être prévue au plan de réorganisation » pour juger qu'il: « suit de ces dispositions que, lorsque le débiteur propose aux créanciers comme

modalité du plan de réorganisation, la cession de tout ou partie de ses activités, cette cession est réalisée par le débiteur lui-même en exécution du plan préalablement approuvé par les créanciers et homologué par le tribunal » de sorte « qu'il s'ensuit que la cession volontaire proposée par le débiteur lui-même (...) ne constitue pas un transfert sous autorité de justice (...) ». Elle a donc conclu que le moyen manquait en droit.

Transfert dans un accord collectif et transfert sous autorité de justice

Le moyen unique tentait donc d'assimiler la cession prévue à l'article 51 LCE avec celle prévue à l'article 59 LCE. Pour rappel, la cession visée à l'article 51 LCE est la cession organisée dans le cadre d'un plan de réorganisation judiciaire (PRJ par accord collectif), approuvé par les créanciers et homologué par le tribunal. La cession visée à l'article 59 LCE est la cession organisée dans le cadre d'une PRJ par transfert, par l'intermédiaire d'un mandataire de justice chargé du transfert.

Comme déjà précisé, la doctrine³ a toujours distingué la cession de l'article 51 LCE (XX.75 CDE) de celle prévue par l'article 59 LCE (XX.84 CDE) et ce à juste titre puisque les termes de l'article 51 LCE et, en particulier, les termes « volontaire » et « par le débiteur » montrent en effet que l'article 51 LCE laisse au débiteur le droit de proposer aux créanciers, parmi d'autres mesures, un paiement par la cession partielle ou totale d'actifs ou d'activités. L'article 51 LCE suit l'article 49, § 3, LCE qui envisage toutes « les » mesures à prendre pour désintéresser les créanciers parmi lesquelles figurent certes « des délais⁴ de paiement », mais aussi d'autres mesures comme notamment des abattements, la conversion en actions et la cession d'activité. La cession de l'article 51 LCE peut être soit une modalité choisie pour payer les créanciers à travers l'utilisation du prix de la cession pour désintéresser les créanciers⁵, soit comme une modalité accessoire au paiement des créanciers par les actifs ou les activités restants dans la société sursitaire⁶, soit une simple mesure de restructuration pour assurer par ce biais la continuité de l'entreprise dans de meilleures conditions.⁷ Le transfert est réalisé par une convention⁸ et⁹ soumises au formalisme et aux contraintes du droit commun¹⁰, même si le contenu de la cession doit être prévu de manière précise et détaillée dans le plan.¹¹

3. I. VEROUSTRATE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Wolters Kluwer, 2019, p. 536.

4. Le terme des délais est important car le texte n'a pas repris le vocable terme et délai qui est celui issu de l'art. 1244 C. civ.

5. Entr. Charleroi, 20 juin 2013, R.G. B/13/00029, *Dekken*, inédit.

6. Comm. Charleroi, 21 novembre 2016, R.G. A/16/02391, *NCC*, inédit.

7. Not. Entr. Bruxelles, 6 juin 2020, R.G. Q/20/00022, *PQ Licensing*, inédit.

8. I. VEROUSTRATE, *op. cit.*, p. 537.

9. C. ALTER, *La procédure de réorganisation judiciaire. La loi relative à la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 81.

10. Notamment la levée des gages, la notification fiscale, la non-transmission de plein droit des contrats sauf au cas du respect des procédures de fusion, scission, apport et vente de branche d'activité du CSA, au respect des règles de droit social applicable, au régime TVA de droit commun.

11. Les travaux parlementaires indiquent: « Le débiteur doit détailler plus avant dans le plan quel type de transfert et à quelles conditions. » (Doc. parl., Ch. repr., 2007-2008, n° 52-0160/002, p. 68).

La cession prévue à l'article 51 LCE a des avantages même si elle a aussi quelques inconvénients. Elle est représentée par la meilleure doctrine comme une excellente solution.¹² La cour d'appel de Paris a reconnu, dans le cadre d'une procédure secondaire, l'opposabilité de cette cession au niveau européen.¹³

Côté avantages, l'article 58 LCE prévoit que la révocation du plan de réorganisation le prive de tout effet sauf en ce qui concerne les opérations déjà effectuées et, notamment, la cession déjà intervenue de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités en visant ainsi la cession prévue à l'article 51 LCE. Cette cession répond aussi souvent au souci de permettre le refinancement de l'entreprise en difficulté transférée dans un autre débiteur (qui n'aura peut-être pas des fonds propres négatifs) en ne mentionnant en tout cas pas dans son BCE et dans son bilan l'existence d'une procédure de réorganisation judiciaire tout en mettant ses créanciers nouveaux à l'abri d'un risque de révocation. Le bénéfice, en termes de refinancement, est important, que ce soit auprès des assureurs-crédits, des factors, des banquiers mais surtout auprès des fournisseurs. Cet avantage n'est pas pour autant préjudiciable aux créanciers: la cession de l'entreprise implique pour être valide le paiement d'un prix *arm's length* qui, à défaut d'être payé, fonderait une action de droit commun en paiement ou en résolution de la vente. On ne voit pas *a priori* dans cette modalité de paiement en soi une violation de l'ordre public sauf si la cession s'était faite sans prix ou à un prix manifestement insuffisant, ce qui pourrait alors générer une critique au regard des dispositions pénales applicables.¹⁴

Côté inconvénients, la cession opérée en vertu de l'article 51 LCE est clairement une cession visée par la convention collective n° 32bis et en aucun cas par la convention collective n° 102¹⁵, avec la conséquence que les droits du personnel transféré sont « mieux » protégés que dans la procédure de réorganisation judiciaire par un transfert sous autorité de justice. Cette cession étant réalisée en droit commun, elle entraîne l'absence de transfert universel de passif¹⁶ et partant de contrat qui peut cependant intervenir par le biais de la cession de branche d'activité telle qu'elle est régie par le

CSA pour bénéficier de l'effet universel attaché aux opérations assimilées aux fusions et scissions.¹⁷ La cession est taxable dans le chef du cédant mais souvent amortissable dans le chef du cessionnaire, ce qui « transfère » en fait les pertes fiscales éventuelles. L'opération est souvent assujettie à l'article 11 du Code TVA. Elle peut impliquer le paiement de droits d'enregistrement. Elle peut créer une révision TVA. Le gagiste non transféré doit donner mainlevée.

Les deux transferts ne sont donc pas du tout identiques: le premier, sur base de l'article 51 LCE, est visé par le Chapitre II du Livre XX, le second par le Chapitre III du Livre XX. Le premier est une modalité d'un plan, le second est l'objet même de la procédure. Le premier ne crée pas d'effet de purge¹⁸, le second oui. Le premier n'opère pas un transfert universel de contrat, le second oui.¹⁹ Le premier ne contient pas de disposition sociale qui déroge à la CCT n° 32bis, le deuxième en contient tant dans son texte que par référence à la CCT n° 102. Le premier peut intervenir pour un prix jugé satisfaisant pour le débiteur, le deuxième seulement pour le prix répondant aux critères de l'article 56 LCE.²⁰ Le premier pouvant conduire à une attribution du paiement sans respecter les rangs et les privilèges, le deuxième créant une répartition selon les rangs et les privilèges.

L'intérêt pratique d'un transfert fondé sur l'article XX.75 CDE est très grand. Il réalise bien mieux que toute autre mesure – pour les êtres moraux – le « refresh » voulu par le législateur européen.

Ainsi, la position de la Cour doit donc être suivie lorsqu'elle estime que le moyen visant à assimiler à un transfert sous autorité de justice un transfert volontaire manquait en droit. L'arrêt qui rejette le moyen au motif qu'il manque en droit n'a rien de surprenant puisque la solution retenue par la Cour était admise depuis longtemps en doctrine²¹: le transfert d'entreprise visé par l'article 51 de la loi continuité des entreprises (ci-après LCE), article 75 du Livre XX du Code de droit économique (ci-après XX.75) est d'une nature différente du transfert prévu à l'article 59 LCE (XX.84 CDE) et l'un ne s'assimile pas à l'autre.

12. I. VEROUSTRATE, *o.c.*, p. 537.

13. Paris, 23 mai 2017, R.G. 16/24249, *Dekken / Etat français*, inédit.

14. Ce qui explique que le plan doit pouvoir justifier le caractère *arm's length* du prix et le juge apprécier si cette valeur est acceptable. En réalité, le juge doit se prononcer incidemment sur la valeur de liquidation et sur la valeur going-concern de l'activité.

15. C. WANTIEZ, *Les interdictions de licenciement en matière de transfert conventionnel après faillite et transfert dans le cadre de la loi sur la continuité des entreprises, la cession d'entreprises, les aspects fiscaux*, Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 210.

16. I. VEROUSTRATE, *o.c.*, p. 594.

17. Art. 12:103 CSA.

18. C. ALTER et Z. PETINCKX, *Insolvabilité des entreprises, dépistage, mesures préventives et procédures de réorganisation judiciaire*, Larcier, 2009, p. 350.

19. Par l'introduction de l'art. XX.87, § 3, CDE; voir I. VEROUSTRATE, *o.c.*, p. 595.

20. Notamment: le prix offert pour les actifs doit être au moins équivalent au prix que pourrait obtenir le curateur dans le cadre d'une faillite.

21. I. VEROUSTRATE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Wolters Kluwer, 2019, p. 536 et A. ZENNER, *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises. Prévention et réorganisation judiciaire des entreprises en difficulté*, Louvain-la-Neuve, 2009, p. 136 et S. BERG e.a., *Réorganisation judiciaire: le Livre XX du Code de droit économique et la CCT n° 102 annotés*, Anthemis, 2020, p. 355.

B. L'INTÉRÊT INDIRECT DE L'ARRÊT: LA QUESTION DU POUVOIR DU JUGE DANS L'APPRÉCIATION DE LA FAISABILITÉ DU PLAN ET LA VIABILITÉ DE L'ENTREPRISE

L'intérêt de la question

Mais les développements du moyen repris dans l'arrêt de la Cour sont l'occasion de revenir sur un débat qui sous-tendait toute la procédure: le juge de l'homologation du plan doit-il vérifier la faisabilité du plan ou la viabilité du débiteur?

Le débat est d'actualité puisque l'article XX.79 du CDE va devoir, selon nous, être modifié par la loi de transposition de la directive européenne sur les restructurations d'entreprises²² en juin 2021 au plus tard.²³ A l'occasion du projet de loi 1337, le Conseil d'Etat a rappelé au législateur cette obligation en des termes assez sévères.²⁴

Dans le dossier soumis à la censure de la Cour Suprême, le Fonds reprochait en effet au juge de première instance d'avoir homologué un plan qui n'était pas faisable et/ou viable et qui, en tout cas, ne contenait pas de description de sa faisabilité.

Le débat sur cette question peut être animé par des préoccupations différentes: les uns voudront protéger mieux les droits des créanciers et/ou éviter la création de passif supplémentaire, d'autres chercheront à renforcer la crédibilité des restructurations afin de faciliter le financement des retournements d'entreprises, d'autres encore chercheront à éviter les effets dominos qui peuvent être créés par des entreprises moribondes au nom d'une vision de ce qu'est un marché sain, d'autres enfin voudraient permettre au juge²⁵ de jouer son rôle d'arbitre dans le conflit d'intérêts existant au moment où une entreprise ne sait plus que faire des paiements partiels.

Il est probable que les praticiens de l'insolvabilité ont regretté certains échecs de la procédure de concordat conduite sous la loi de 1997 et notamment dans le dossier *Lernout & Hauspie*²⁶ ou *Donaldson*, échec dû probablement à un trop large pouvoir du juge d'estimer les entreprises viables ou non. A l'heure de la crise économique que nous connaissons, il est peut-être temps de « revisiter »²⁷ la solution mise en place avec l'article 51 LCE qui prive le juge de beaucoup de ses pouvoirs d'appréciation.

Dans le dossier soumis à la censure de la Cour, le débiteur a fini par introduire en 2019 une PRJ transfert sous autorité de

justice qui a abouti à la faillite après la cession du fonds de commerce. Dans un autre dossier récent, le juge délégué, dans l'affaire *Orchestra-Prémaman*²⁸, a tenté de mettre en œuvre le règlement n° 2015/848²⁹ pour savoir si la société mère française allait être viable et soutenir la filiale belge elle-même en PRJ. On sait, après les faillites de Prémaman et du requérant en cassation, que cette absence de contrôle sur la faisabilité a pu créer un nouveau passif.

Un contrôle au titre de violation de l'ordre public

Le requérant en cassation n'a pas libellé de moyen tiré des critiques qu'il formait en appel à l'encontre du jugement d'homologation alors que par le développement de ses griefs, il critiquait en réalité les motifs de la décision d'appel qui avait estimé ne pas pouvoir sanctionner le plan au nom de la violation de l'ordre public.

L'obligation d'insérer un test de faisabilité dans la loi en vertu des articles 10 et 11 de la directive doit donc s'évaluer au regard de la conformité ou de la non-conformité du droit actuel avec cette obligation.

La violation de l'ordre public pourrait-elle être retenue (et donc justifier le refus d'homologation) lorsque le tribunal estime que le plan ne serait pas réalisable et/ou ne contiendrait aucune justification de la faisabilité du plan, et/ou sur la viabilité de l'entreprise?

Un tel moyen aurait probablement pu prospérer sous le régime de l'article 34 de la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire qui laissait au juge la possibilité de ne pas approuver le sursis définitif lorsque « *le débiteur n'offrait pas les garanties nécessaires de probité en la gestion* ». Ce sont ces termes assez vagues qui avaient permis au tribunal de commerce d'Ypres, dans l'affaire *Lernout & Hauspie*, dans son jugement du 21 septembre 2001, d'imposer des conditions particulières à l'homologation du concordat comme l'existence d'une assemblée générale, la tenue d'un conseil d'administration, le suivi des rapports du conseil d'entreprise, la sauvegarde d'une part substantielle de l'activité régionale et de l'emploi, la mise en réserve à la Caisse

22. Directive (UE) n° 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 (*J.O.*, L. 172/18 du 26 juin /06/2019) relative aux cadres de restructuration préventive, ...

23. Pour un examen de la directive, voir Y. BRULARD IN DROIT DE L'INSOLVABILITÉ. ANALYSE PANORAMIQUE DE LA RÉFORME, Anthémis, février 2018.

24. Avis du Conseil d'Etat n° 67.623/2 du 8 juillet 2020, Doc. 55-1337/002, p. 3.

25. Ce qui est typiquement la vision américaine à la base de la directive.

26. Même si pour l'auteur, la raison principale à la remise de dettes, aux déchéances et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes modifiant la directive (UE) n° 2017/1132 était l'absence d'une coopération possible avec le juge américain et la rigidité de la loi qui n'aurait peut-être pas été reconnue aux États-Unis sous la section 306 du code.

27. Pour les raisons reprises dans l'exposé.

28. Entr. Bruxelles, 11 mars 2020, R.G. B.20/00227, *Orchestra-Prémaman*, inédit.

29. Y. BRULARD, *L'insolvabilité nationale européenne et internationale*, Anthémis, 2017, t. I et II.

des dépôts et consignations d'une fraction du produit des actifs ou permit au tribunal de commerce de Termonde d'estimer « *que le tribunal ne croit pas au plan et n'a d'autres choix que de refuser l'homologation*³⁰ ».

Le législateur, comme le prouve les travaux parlementaires de la loi du 31 janvier 2009, a voulu modifier cette situation en limitant le pouvoir d'appréciation du juge puisque: « *le tribunal homologuera en principe le vote des créanciers, sauf dans des conditions exceptionnelles. Il rejettera le plan si l'ordre public est violé, mais veillera à ne pas qualifier d'ordre public qui ne l'est pas. Des simples dispositions de droit impératif ne sont pas encore des dispositions d'ordre public* ». ³¹ Ce caractère « *marginal*³² », ou « *formel*³³ », a été rappelé dans l'exposé des motifs de la loi du 11 août 2017 qui précise: « *Lorsque l'homologation (l'on vise l'accord amiable) est demandée en cas d'accord, le tribunal pourra, dans ce contexte-ci, effectuer un contrôle marginal de l'ordre public en ce sens qu'il ne va pas homologuer des accords qui portent atteinte aux valeurs essentielles de l'Etat.* » Mais un accord qui se contente de constater le montant dû et accorde des délais de paiement ne doit pas être examiné quant au contrat sous-jacent. ³⁴ On a ainsi pu conclure, ce qui me conduit à parler de contrôle formel: « *Ce qui devait être un contrôle marginal entraînant le refus de l'homologation dans des cas exceptionnels seulement est rapidement devenu un examen substantiel des mesures de réorganisation votées par les créanciers.* » ³⁵ Un autre auteur concluant que « *l'appréciation du plan par le tribunal serait purement formelle* ». ³⁶ Si l'amendement n° 1 du Gouvernement ³⁷ indiquait: « *Le tribunal homologuera, en principe, le vote des créanciers sauf dans des circonstances exceptionnelles* » et s'il est admis que: « *De ce point de vue, seules les situations manifestement irréalistes ou illusoire auraient été susceptibles d'être sanctionnées par un refus d'homologation* » avec

de nombreux auteurs ³⁸, il faut retenir que le législateur a clairement souhaité un contrôle très limité du plan, un contrôle plus limité que ce que le juge tire habituellement du concept de contrôle marginal.

Ce n'est d'ailleurs pas le seul cas où la loi de 2009 a réduit le pouvoir du juge à un contrôle formel comme l'a constaté la cour d'appel de Mons dans son arrêt à propos de l'ouverture de la procédure de PRJ ³⁹ où le juge ne dispose pas non plus de pouvoir d'appréciation de la faisabilité ou de la viabilité du débiteur et où il se limite à un contrôle formel. ⁴⁰

La jurisprudence a donc reconnu la prépondérance de l'appréciation et de la décision des créanciers sur l'appréciation des juges. ⁴¹

« *Ce sont les créanciers qui doivent évaluer la faisabilité du plan de réorganisation et non le tribunal. Le tribunal n'est donc pas autorisé à procéder à un examen complet du contenu du plan de réorganisation.* » ⁴²

Ainsi, si le juge conserve le contrôle de l'ordre public, il ne contrôle qu'un ordre public limité qui ne vise que les « *intérêts essentiels de l'Etat et de la collectivité ou fixe, dans le droit privé, les bases juridiques dans lesquelles repose l'ordre économique ou social de la société* » ⁴³ comme le droit à l'égalité constitutionnelle, le droit de la concurrence européen, le droit pénal, et encore, sa violation doit résider dans le plan lui-même et non pas dans l'attitude du débiteur. ⁴⁴ Le tribunal de l'entreprise de Bruxelles ⁴⁵ a rejeté l'existence de non-paiement des cotisations sociales ou du précompte professionnel se rapportant à la période du sursis comme violation de l'ordre public affectant le plan.

La viabilité n'est donc pas, en elle-même, une partie de l'ordre public et encore moins une partie de l'ordre public

³⁰ Comm. Termonde (sect. Aalst), 7 septembre 1999, *TRV*, 2000, p. 293 et note B. WINDEY, « De appreciatiebevoegdheid van de rechter bij de homologatie van de definitieve opschorting », pp. 298-299.

³¹ *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2007-2008, n° 52-0160/002.

³² Le contrôle marginal au sens, p. ex., de l'arrêt de la Cour de cassation (Cass., 8 février 2013, C.10.0669.N, *Amén.*, 2014/3, p. 186.

³³ Formel car le pouvoir du juge est limité à un ordre public souvent limité à la différenciation et au droit de la concurrence et aux formalités sans appréciation du fond. Formel car à part l'appréciation de la différenciation et de l'ordre public lié à la concurrence, le contrôle se limite au respect des formalités.

³⁴ *Doc. parl.*, Chambre, n° 2407/001, p. 71.

³⁵ A. ZENNER, n° 1025, p. 768; J.-F. GOFFIN, *Ophite*, p. 338, n° 58, « Le plan de réalisation par accord collectif sous le régime du Livre XX du Code de droit économique »; A. ZENNER, *Le droit de l'insolvabilité. Analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018.

³⁶ A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Anthemis, 2020, p. 768, n° 1025.

³⁷ *Doc. parl.*, Chambre, n° 0160/002, p. 70.

³⁸ I. VEROUSTRATE e.a., *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 1998, p. 120; Th. BOSLY, *4 années d'application de la loi – Faillite et concordat judiciaire, un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruylant, 2002, pp. 498-499, n° 52; I. VEROUSTRATE e.a., *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, n°s 658 à 663.

³⁹ Mons (2^e ch.), 2 juin 2009, R.G. 2009/RQ/8, *D.A.O.R.*, 2009/91, p. 345.

⁴⁰ Sous réserve de limiter la durée du sursis pour obliger le débiteur à demander une prorogation au cours de laquelle il retrouve un pouvoir discrétionnaire ou par l'imposition d'obligation d'information au juge délégué.

⁴¹ Gand, 18 mars 2013, R.G. 2012/AR/2794, *inédit*; Comm. Liège, 8 septembre 2010, R.G. B/2010/52, *inédit*; Gand, 10 septembre 2012, *D.A.O.R.*, 2013, pp. 105-106 et p. 176 et Comm. Anvers, 6 janvier 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 468.

⁴² S. BERG e.a., *Réorganisation judiciaire: le Livre XX du Code de droit économique et la CCT n° 102 annotés*, Anthemis, 2020, p. 375.

⁴³ Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, p. 699 cité par A. ZENNER, o.c.

⁴⁴ Bruxelles, 11 mars 2010, R.G. 2009/AR/2899, *inédit*; Comm. Bruxelles, 22 avril 2010, RH/09/00048, *Prj Target Lighting*, *inédit*, cité par A. ZENNER, n° 1027, p. 770.

⁴⁵ Bruxelles, 11 mars 2010, R.G. 2009/AR/2899, *inédit*, réformant Comm. Bruxelles, 22 avril 2009, RH/09/00048, *Prj Target Lighting*, *inédit*.

résultant du plan – à défaut pour la loi d'exiger de la justifier dans le plan.⁴⁶

Le tribunal de l'entreprise de Liège⁴⁷ a, par contre, effectué un contrôle de fond en jugeant que des paiements que le débiteur avait estimés devoir faire étaient non nécessaires entraînant pour le tribunal une violation de l'article XX.53 CDE qu'il a estimé contraire à l'ordre public car elle attentait à l'égalité des créanciers. Cette décision a été réformée en appel⁴⁸ car il n'existait pas de violation de l'ordre public mais, au pire, une violation des dispositions de la loi.

Un contrôle du plan par le biais de l'abus de droit

Le demandeur invoquait encore en appel l'abus de droit. La cour d'appel de Bruxelles⁴⁹ a jugé que: « *la question s'est posée de savoir si la théorie de l'abus de droit pouvait être invoquée par le tribunal. Il doit être admis que tel ne peut être le cas dès lors que cette théorie ne fait pas partie de l'ordre public* » en citant une doctrine bien établie⁵⁰ qui semble cependant admettre que le juge, saisi du moyen, pourrait examiner la situation sous l'angle du détournement du droit, de sa fonction et de la proportionnalité⁵¹, sans que nous ne connaissions de décision qui ait mis en œuvre ce contrôle.

C. Alter et Z. Pletinckx⁵² semblaient admettre que le juge saisi d'un moyen sur l'abus de droit pourrait déjà l'examiner – au moins à travers le contrôle marginal de la motivation adéquate qui devrait être contenue dans le plan.

Dans la situation actuelle, il ne me semble pas qu'un moyen de cassation fondé sur cette analyse et invoquant la violation de l'ordre public aurait une chance raisonnable d'aboutir.

Le moyen invoqué devant la cour d'appel par le Fonds Social reposait sur le fait que le plan prévoyait les premiers paiements 18 mois après l'homologation et probablement

pendant le reste de la période jusqu'à la 5^e année du jugement. Ce type de plan n'est pas rare.⁵³ Les dispositions de la LCE reprises dans le Livre XX permettent des « *délais de paiement* ». Cette disposition ne prévoyait pas obligatoirement qu'il s'agisse de *termes* et délais payés selon une fréquence déterminée. Les décisions rendues après la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises et avant la réforme introduite par l'article 49/1 ont montré que les créances pouvaient être réduites de manière extrêmement substantielle, parfois, pour certaines catégories de créanciers, jusqu'à quelques %.⁵⁴ C'est cette situation qui a justifié l'introduction de l'article 49/1 dans la LCE qui prévoyait un paiement minimum « *du montant de la créance* ».⁵⁵ L'article 49/1 a disposé que ce % minimum se calculait sur le principal de la créance hors intérêts, majoration ou frais et accessoires alors que sous le régime de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, il avait été jugé que ce montant devait être calculé sur la totalité de la créance, intérêts et accessoires inclus et non sur le montant principal⁵⁶ de telle sorte qu'Alain Zenner en a déduit que: « *Toute autre mesure comme la conversion des créances en action implique la mise à disposition des créanciers d'un minimum déterminé ne pouvant, en principe, toucher que 80% en principal des créances* ».⁵⁷ Mais dès lors que ce pourcentage est proposé et payé dans les 5 ans, il est difficile de voir une violation de l'ordre public dans le respect du prescrit légal.

Ce pourcentage de 20% prévu à l'article XX.73 du CDE peut être réduit dans des circonstances exceptionnelles à un montant inférieur lorsque cela est justifié par des exigences impérieuses et motivées liées à la continuité des entreprises. Cette réduction doit être justifiée par une motivation stricte que le tribunal doit vérifier. Cette disposition accorde cette fois au juge un pouvoir d'appréciation important sur le terrain économique. Il devra apprécier si la faisabilité du plan, nécessaire à la viabilité des débiteurs, suppose une réduction plus drastique du paiement aux créanciers. C'est un premier test

46. Nous examinons le point ci-après de manière plus précise.

47. Entr. Liège, 18 décembre 2019, *Werson*, inédit.

48. Liège, 10 mars 2020, R.G. 2019/RG/1304, inédit.

49. Bruxelles, 16 janvier 2015.

50. C. VERBRUGGEN et S. VAN OMMESSLAGHE, « Abus de droit et loi sur la continuité des entreprises », in *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité*, p. 99.

51. C. VERBRUGGEN et S. VAN OMMESSLAGHE, *o.c.*, p. 127.

52. C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises. Dépistages, mesures préventives et procédures de réorganisation judiciaire*, Larcier 2019, p. 393.

53. Ce n'est pas le seul cas de plan qui propose un délai assez long entre l'homologation et le paiement. Voir Comm. Charleroi, *Center-Carrelage*, inédit. Ce n'est pas non plus le seul plan qui prévoit la cession d'actifs ou d'activités sur pied de l'art. 51. On peut citer not.: Entr. Charleroi, *Dekken*, où les organes de la société étaient totalement paralysés et où le débiteur avait une telle dette qu'il n'aurait pas pu retrouver du factoring nécessaire à son activité; Entr. Charleroi, *NCC*, où les activités ont été cédées en partie à des tiers et en partie à des entreprises du groupe en même temps que d'autres étaient mises en faillite ou en liquidation, ou encore le cas Entr. Bruxelles, *Pain quotidien*, où la branche d'activité Belgique-France a été cédée à un repreneur, la branche UK a pu être restructurée par une procédure d'administration et la branche américaine sauvée et transférée par un *Chapter 11* *cession*. D'autres cas existent.

54. Comm. Charleroi, *Dekken*, repris ci-avant où le pourcentage était pour la catégorie des grands créanciers de 5%.

55. Le minimum de 15% a été porté à 20% par l'art. XX.73, al. 1^{er}, CDE.

56. Comm. Anvers, 31 octobre 2016, *R.A.B.G.*, 2017/16, p. 1299 et note F. DE LEO, « Killing season weigering homologatie reorganisatieplan », pp. 1309-1319.

57. A. ZENNER, *o.c.*, p. 729, n° 971 qui cite lui-même A. ZENNER et C. ALTER, *La loi sur la continuité des entreprises revisitée par la loi du 27 mai 2013*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 44-47, n°s 45-48.

de viabilité et de faisabilité qui existe dans la loi mais qui n'est prévu que pour le cas d'une réduction de la dette de plus de 80%.

Ainsi, au moment de l'homologation, on peut conclure avec A. Zenner que: « *eu égard à la philosophie de la base de la loi relative à la continuité des entreprises, à savoir que les cours et tribunaux ne sont pas juges de l'opportunité ou de la faisabilité d'un plan de réorganisation, celui-ci étant soumis, à ce propos, au vote des créanciers et du débiteur, il est permis de considérer que c'est aux créanciers d'apprécier l'existence de ces exigences et de sanctionner, le cas échéant, par un vote négatif, voire absent* », « *on imagine mal le tribunal porter une appréciation économique sur le bien-fondé d'une argumentation, un tel type de débat échappant manifestement à la compétence du tribunal et ce, par le vœu du législateur lui-même* ». C'est ce que j'ai appelé un contrôle « *formel* ». Le commentaire législatif de l'article 27 de la loi du 27 mai 2013 sur l'accord amiable résume, si besoin, la situation voulue puisqu'il retient qu'il n'appartient pas au juge de substituer son appréciation à celle des créanciers « *mais uniquement de voir s'il était satisfait aux exigences de motivation formelle et de pertinence*⁵⁸ ».

D'autres auteurs approuvent: « *Le contrôle restera en principe purement formel et marginal, sous réserve de la conformité du plan avec l'ordre public économique réalisé dans le cadre de l'homologation du plan.* »⁵⁹

C'est donc à bon droit que le Fonds n'a pas essayé de former un pourvoi se fondant sur la violation de l'article 55 LCE au nom de l'abus de droit.

Un contrôle du plan au titre du respect des dispositions de la loi

Le requérant en cassation n'a pas non plus libellé un moyen tiré des critiques qu'il formait en appel sur le fait ne pas avoir reçu suffisamment d'informations (ce qu'il qualifie de « *garanties* ») dans le plan sur la faisabilité du plan et la viabilité du débiteur.

Le juge doit, selon la loi, contrôler les formalités requises par

la loi. La Cour constitutionnelle⁶⁰ a jugé que « *dans la mesure où le plan de réorganisation n'est pas compatible avec l'une des dispositions de la LCE (...), le tribunal de commerce doit en principe en refuser l'homologation* », estimant ainsi que sont visées tant les règles de forme que de fond.

Le législateur a introduit de nombreuses règles de forme mais aussi de fond limitant la liberté du débiteur de proposer à ses créanciers certaines modalités de « *règlement* » comme, par exemple, la règle d'un paiement minimum ou d'une règle d'alignement de l'intérêt des créanciers institutionnels sur l'intérêt des créanciers les mieux payés.⁶¹ La vérification du respect de ces règles accorde au juge de l'homologation un contrôle de fond. Le tribunal de l'entreprise de Liège⁶² a ainsi refusé d'homologuer un plan adopté presque à l'unanimité en se basant notamment sur le non-respect de la règle de fond de l'article XX.53 du CDE en raison de l'existence de paiements pendant le sursis de créances sursitaires au motif qu'il n'était pas nécessaire, ce qu'a infirmé la cour d'appel⁶³ en estimant que ces paiements étaient nécessaires. Ce faisant, les deux juridictions ont procédé à un contrôle de fond en appréciant la nécessité de ce paiement.

Certains tribunaux sont allés plus loin et ont même refusé⁶⁴ d'homologuer un plan en raison d'un défaut d'informations complètes et exactes des créanciers⁶⁵ essentiellement⁶⁶ dans le plan – ce qui constituerait dès lors une violation de la formalité prévue par l'article XX.70, § 1^{er} ou § 3, du CDE en raison du fait que le plan ne contenait alors pas une partie descriptive ou prescriptive suffisante lorsque ce manquement était suffisamment grave pour affecter ou influencer le consentement des créanciers. D'autres⁶⁷ ont considéré que ce défaut d'informations n'avait pas pu avoir d'incidence sur le consentement du débiteur pour homologuer le plan. La cour d'appel de Bruxelles estima, par exemple, que: « *ces dispositions ont pour but principal d'assurer une bonne information des créanciers et de leur permettre de bien apprécier la viabilité du plan* », si bien que « *les omissions du débiteur constituent une lacune fondamentale puisqu'elles ne permettent pas aux créanciers d'apprécier la faisabilité du plan proposé et de se prononcer en pleine connaissance de cause* ». ⁶⁸ Le juge aurait donc, par ce biais, un

⁵⁸ Doc. parl., Chambre, 2012-2013, n° 53-2692/001, p. 23.

⁵⁹ S. BERG, G. DE SAUVAGE, V. FREMET et J.-F. GOFFIN, *Réorganisation judiciaire: le Livre XX du Code de droit économique et la CCT n° 102 annotés*, Anthemis, p. 345.

⁶⁰ C.C., 18 janvier 2012, n° 8/2012.

⁶¹ Art. XX.73 CDE.

⁶² Entr. Liège, 18 décembre 2019, *Werson*, inédit.

⁶³ Liège, *Werson*: le tribunal avait aussi invoqué l'ordre public sur le respect de la règle de l'égalité des créanciers. Il fut réformé en appel aussi sur ce point.

⁶⁴ Entr. Bruxelles, 10 juin 2015, R.G. n° 2016/QR/15 et n° 2016/QR/16, inédit, confirmé en appel Bruxelles, 9 janvier 2015, R.G. n° 2014/AR/586, inédit.

⁶⁵ Comm. Neufchâteau, 20 mars 2012, R.G. n° 34/2011, inédit; Comm. Bruxelles (fr.), 18 juin 2014, R.G. n° H/14/00039, inédit, qui cite Comm. Tongres, 15 mars 2010, R.D.C., 2010, p. 549 et A. ZENNER, « Le bon plan, élaboration, vote et homologation du plan de réorganisation judiciaire », o.c., p. 28, n° 31 et I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, o.c., p. 200.

⁶⁶ Essentiellement car souvent, le tribunal se base aussi sur le fait que le juge délégué n'a pas reçu les informations nécessaires.

⁶⁷ Liège, 17 juin 2014, R.G. n° 2014/RG/250, inédit.

⁶⁸ Motif confirmé par la cour dans deux arrêts ultérieurs: Bruxelles, 10 juin 2016, R.G. n° 2016/QR/15 et n° 2016/QR/16, inédits.

pouvoir d'appréciation du caractère complet, pertinent et exact de l'information donnée au point de refuser l'homologation du vote des créanciers.

L'article XX.70 du CDE impose, dans la partie descriptive, de préciser les « *moyens à mettre en œuvre* » pour remédier aux difficultés. Les travaux parlementaires précisent, à cet égard, que le plan « *devra préciser la manière dont le débiteur envisage de rétablir la rentabilité opérationnelle de son entreprise. La description générale de la situation de l'entreprise et de sa solvabilité ne suffit pas: une entreprise doit être rentable si elle veut survivre au feu de la concurrence. En conséquence, le débiteur doit fournir des indications à ce sujet* ». ⁶⁹ La doctrine conclut qu'il faut fournir « *une information complète et précise aux créanciers sur l'état de l'entreprise et la faisabilité du plan de manière à leur permettre d'émettre leur vote en connaissance de cause* ». ⁷⁰

Un moyen formulé sur cette base pourra donc prospérer même si certains opposeraient la défense qu'il est censé attaquer le consentement de la majorité qui a adopté de plan – sûrement pour de multiples bonnes raisons d'opportunité et qu'il ne vise pas à protéger les créanciers qui ne l'ont pas adopté alors que ce sont eux qui pourraient subir les conséquences de l'homologation. D'autres soutiendraient que ce moyen pourrait être invoqué y compris au profit de ceux qui l'ont approuvé en raison du risque que leur consentement ait été vicié.

Le terme de faisabilité repris dans les travaux parlementaires n'est cependant pas défini et un contrôle trop général du juge sur cette base pourrait être critiqué sur base de l'article XX.79 du CDE qui a voulu réserver au juge un pouvoir à tout le moins marginal.

La jurisprudence confirme: « *Eu égard au caractère marginal et exceptionnel de l'appréciation du juge lorsqu'on vérifie l'observation des formalités légales, il conviendra d'examiner si l'omission ou l'irrégularité dénoncée a nui aux intérêts du créancier ou si le but assigné par la LCE aux dispositions critiquées a ou non été atteint.* » ⁷¹

En l'état actuel du texte, le contrôle du vote par le contrôle du contenu du plan – d'ailleurs extrêmement rare dans la pratique – et dans la mesure rappelée par la jurisprudence où le plan aurait pu tromper le consentement des créanciers votant – est un contrôle limité. Il suffirait que des informations complètes existent pour répondre à l'exigence formelle de l'article XX.70 du CDE. Ce contrôle ne semble pas protéger les créanciers qui n'ont pas voté mais plutôt le consentement de ceux qui l'ont voté, ce qui limite encore la finalité du contrôle à opérer. Il s'agit d'un contrôle formel de la motivation reproduite plus qu'un contrôle de fond de cette

motivation. Il ne s'agit pas d'un contrôle de fond de la faisabilité du plan ou de la viabilité de l'entreprise.

Une différence saute aux yeux: le juge confronté à une demande motivée d'abattre les créanciers au-delà de 80% devrait apprécier « *au fond* » la viabilité et la faisabilité, dans la mesure où il doit vérifier que l'abattement est justifié économiquement, tandis que le juge qui homologue un plan sans cet abattement ne pourrait le faire que par un contrôle « *formel* ».

Cette différence s'ajoute à celle qui permet au juge, durant le sursis, d'apprécier la viabilité et la faisabilité et qui ne l'autorise plus à le faire après le vote des créanciers. Cette seconde différence a cependant une justification objective, à savoir que cet éventuel contrôle intervient après le vote des créanciers qui ont pu, par eux-mêmes, apprécier cette viabilité et faisabilité. Si les créanciers sont formellement correctement informés (au sens de l'art. XX.70 CDE), le tribunal ne peut actuellement pas refuser l'homologation, ce qui reviendrait à se substituer aux créanciers pour décider de leur intérêt.

Un contrôle de fond sur la faisabilité et la garantie de viabilité à ce stade – après le vote des créanciers – est un aléa pour les fournisseurs de crédit, de biens et de services, pour les clients qui participent au financement du fonds de roulement par des acomptes et pour le personnel clé source de valeur. Cet aléa est destructeur de valeur et peut atteindre à la viabilité.

La pratique n'est probablement pas favorable à un tel contrôle discrétionnaire du juge sur la faisabilité ou la viabilité si ce contrôle s'opère sur des éléments subjectifs ou émotionnels, de science personnelle ou basé sur un sentiment personnel, sur des faits non prouvés qu'un juge maîtrise, en outre, mal (le marché, la compétitivité, l'innovation, la motivation, la concurrence, ...). Ce contrôle assez aléatoire créerait donc une insécurité juridique contraire aux nécessités d'un retournement fondé sur la confiance des fournisseurs, des clients et des financeurs sur la réussite d'un plan.

La cour d'appel, dans l'arrêt critiqué devant la Cour de cassation, avait cependant constaté qu'*en fait*, cette information avait été suffisante. Il est donc probable que la Cour de cassation aurait rejeté un tel moyen.

Il nous semble que ce n'est que si les informations communiquées par le débiteur sont manifestement incomplètes, erronées ou mensongères, dans une ampleur qui implique que les créanciers n'ont pu se prononcer en connaissance de cause sur le plan, que le tribunal pourrait refuser l'homologation pour violation de l'article XX.70 du CDE. Il ne s'agit donc pas à ce stade d'un contrôle de faisabilité ou de viabilité du plan.

⁶⁹. Doc. parl., Ch. repr., 2007-2008, n° 52-0160/002, p. 67.

⁷⁰. C. ALTER et Z. PLETINCKX, o.c., p. 330 et A. ZENNER, *Le bon plan, élaboration, vote et homologation du plan de réorganisation judiciaire*, o.c., p. 29, n° 31.

⁷¹. Bruxelles, 29 juin 2011, R.G. 2010/AR/3185, inédit.

Un contrôle du plan au titre de la faisabilité ou de la viabilité?

Le requérant soutenait devant la cour d'appel que le débiteur était en état de faillite et qu'aucune garantie n'était donnée aux créanciers sur la faisabilité de la vente envisagée et donc du paiement proposé.

Un contrôle durant le sursis

Il faut d'abord rappeler que le créancier aurait pu intervenir à l'audience d'introduction ou lors des audiences de prorogation du sursis pour faire contrôler cette « faisabilité » ou cette « viabilité » à travers l'octroi d'un sursis limité ou pour s'opposer à la prorogation du sursis sur laquelle le tribunal dispose d'un pouvoir d'appréciation assez discrétionnaire.⁷² La loi n'impose cependant pas au débiteur de justifier de cette faisabilité et viabilité dans sa requête en prorogation⁷³ même si ne pas joindre les éléments justificatifs l'expose au risque de rejet de sa demande.

Le créancier aurait pu saisir le tribunal sur pied de l'article XX.62, § 1^{er}, du CDE pour mettre fin au sursis « lorsque le débiteur n'est manifestement plus en mesure d'assurer la continuité de tout ou partie de ses actifs ou de ses activités au regard de l'objectif de la procédure ou lorsque l'information fournie au juge délégué, au tribunal, ou aux créanciers lors du dépôt de la requête, ou ultérieurement est manifestement incomplète ou inexacte ». Cette possibilité est clairement, à lire les travaux parlementaires préalables à la loi de 2009, un test de viabilité puisqu'ils précisent: « Le maintien de la continuité ne peut être un but absolu. Les entreprises qui fournissent des produits et des services obsolètes, ou de mauvaise qualité et qui rencontrent dès lors des problèmes financiers doivent, dans le cadre d'une économie de marché, être fermées de manière ordonnées et liquidées au profit des créanciers. Les procédures de réorganisation ne peuvent dès lors avoir pour objectif de faire en sorte que toutes les entreprises (...) obtiennent l'approbation d'un plan de redressement, souvent irréaliste. Ces procédures doivent au contraire viser à effectuer une sélection et un filtrage optimaux afin de départager les entreprises économiquement viables et non viables. Si on ne sépare pas à temps le bon grain de l'ivraie, la procédure entraînera une perte inutile de valeur économique ainsi que le maintien de la perception négative existant à l'égard de la procédure de concordat tant chez les créanciers que chez le débiteur, une plus grande résistance des créanciers vis-à-vis de la procédure et une augmentation du coût du crédit. La

rentabilité opérationnelle de l'entreprise, notamment le risque d'exploitation brute et nette, la marge bénéficiaire doivent servir de paramètres déterminants pour sélectionner les entreprises viables parmi celles qui déposent une demande de réorganisation judiciaire: l'entreprise ou du moins les parties de l'entreprise pour lesquelles la réorganisation judiciaire est réalisée doit, moyennant la mise en œuvre des mesures de redressement nécessaires, être à nouveau capable à l'avenir de gérer elle-même la rentabilité opérationnelle nécessaire pour honorer ses dettes financières et offrir à ses propriétaires un rendement normal sur le capital investi. »⁷⁴ Une cour d'appel a ainsi pu juger que: « La fin anticipée de la procédure en réorganisation judiciaire doit être prononcée si l'entreprise requérante n'exerce plus aucune activité économique et que fait de mettre en œuvre les mesures annoncées dans la requête en réorganisation pendant plus de 2 mois après le dépôt de cette requête. Ces éléments doivent mener à la conclusion que la requérante se trouve dans l'impossibilité d'assurer la continuité de tout ou partie de son entreprise et qu'elle doit être déclarée en faillite. »⁷⁵ L'accès au dossier électronique sur RegSol devrait donner aux créanciers les informations utiles⁷⁶ même si on n'a pas constaté dans la jurisprudence une recrudescence des demandes des créanciers.

La possibilité sur pied de l'article XX.62, § 3, du CDE, – sur rapport du juge délégué – est venue pallier ce constat puisque les travaux préparatoires de la loi du 27 mai 2013, qui ont conféré au juge délégué cette prérogative de demander la fin de la procédure ont justifié ce pouvoir par le fait que « force est de constater que les créanciers ne prennent pas d'initiative. Il y a deux raisons pour cela: en premier lieu, ils ne disposent pas de l'information nécessaire certainement aussi longtemps que le dossier électronique n'est pas disponible à distance. En outre, ils ne peuvent pas faire les dépenses supplémentaires et se contentent de se plaindre auprès du tribunal de l'entreprise. Le ministère public n'a pas non plus les possibilités de suivre les dossiers (...) L'avantage de cette fin de la procédure sur rapport du juge délégué réside dans son efficacité, sa rapidité et sa parcimonie comparée à la fin anticipée sur citation ». ⁷⁷

S'agissant de l'obligation d'information du débiteur⁷⁸ au sens de l'article XX.62, § 3, du CDE, le contrôle du juge est limité aux situations manifestes, « l'omission simple due à la négligence, la légèreté ou le manque d'organisation » ne suffisant pas. S'agissant de l'hypothèse où le débiteur n'est manifestement plus en mesure d'assurer la continuité, elle vise selon certains l'exploitation déficitaire⁷⁹ mais peut être

⁷² Art. XX.59, § 3, CDE. Seul le recours en cassation est possible.

⁷³ Not. Comm. Bruxelles, 22 janvier 2014, R.G. H/14/00002, inédit et autres décisions.

⁷⁴ Doc. parl., Ch. repr., 2007-2008, n° 52-0160/005, p. 81.

⁷⁵ Bruxelles, 8 décembre 2010, D.A.O.R., 2011/99, p. 425 et obs. A. VAN HOE.

⁷⁶ Doc. parl., Ch. repr., 2016-2017, n° 24-07/0001, p. 70.

⁷⁷ Doc. parl., Ch. repr., 2012-2013, n° 53-2692/001, p. 21.

⁷⁸ I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, o.c., p. 451.

⁷⁹ I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, o.c., p. 451.

écartée en présence d'un déficit s'il est possible de céder l'entreprise pour un prix qui efface les dettes. La fin de la procédure a, par exemple, été refusée parce que le mandataire au transfert pouvait encore céder l'entreprise.⁸⁰ Elle sanctionne plutôt l'infaisabilité et l'insolvabilité que la faisabilité ou la viabilité.

Certes, le Livre XX du CDE, à travers l'article XX.61, a assoupli le contrôle de faisabilité qui existait dans l'article 40 LCE et qui réservait au juge la possibilité de refuser une renonciation du débiteur à la procédure s'il ne pouvait pas satisfaire à ces obligations. Le tribunal de Bruxelles rejetait une demande au motif « *qu'il n'est pas justifié à suffisance en quoi l'intérêt des créanciers serait rencontré par une vente en dehors de la procédure de réorganisation judiciaire par transfert et donc, en dehors de la supervision du mandataire de justice et sans les garanties que la loi leur confère* ». ⁸¹

Le contrôle de la viabilité du plan durant le sursis a parfois lieu dans la pratique⁸² même si, comme dans le cas d'espèce, les créanciers se désintéressent souvent de la procédure, soit totalement en ne venant pas voter soit partiellement en s'apercevant de la difficulté au moment du vote après n'avoir exercé aucun des droits que la loi leur attribue.⁸³

Faut-il dès lors regretter la réforme de 2009 qui prive le juge de l'homologation du plan de vérifier aussi la faisabilité du plan ou la viabilité du débiteur au point de soutenir une réforme sur ce point au moment où, face à la crise économique, de multiples propositions de loi fleurissent et où le gouvernement promet de réfléchir à la réforme de la PRJ?

Un premier constat se déduit de l'analyse qui précède: le législateur n'a pas voulu écarter un contrôle sur la faisabilité et la viabilité et semble l'avoir réservé au juge qui intervient durant le sursis en réservant au juge de l'homologation un contrôle plus formel.

C. LA DIRECTIVE RESTRUCTURATION⁸⁴ SERAIT OU SERA-T-ELLE LA SOURCE DE L'INTÉGRATION D'UN TEL TEST?

Un cadre nouveau qui devrait être transposé le 17 juillet 2021

A l'occasion de son avis sur le projet de loi 1337, le Conseil d'Etat a rappelé au législateur son obligation de transposer cette directive pour le 17 juillet 2021. On sait que l'avant-projet de texte n'est pas encore disponible et que la volonté dominante est d'en faire une transposition très minimaliste.

La directive impose, à l'article 6, que les Etats mettent en place un sursis – qui peut être individuel ou semi-collectif et mené dans une procédure confidentielle – tant que « le bon déroulement des négociations » laisse présager la viabilité du débiteur et la faisabilité d'un plan. Cette suspension peut être levée si elle ne remplit plus cet objectif. Le juge belge sera donc désormais – à l'occasion du sursis et de sa prolongation – dans la nécessité d'évaluer plus formellement qu'aujourd'hui cette faisabilité et cette viabilité.

Plus largement, la directive restructuration impose – selon nous – de remplacer un contrôle « *formel* »⁸⁵ du juge au moment de la validation du plan (c.-à-d. d'un moment comparable à l'homologation puisque c'est la décision qui rend opposable l'abattement de créance) par un contrôle plus interne soit marginal, soit de fond.

En effet, l'article 10 de la directive impose aux Etats membres de donner aux juges de la validation/de l'homologation la possibilité de « *refuser de valider un plan de restructuration si ce dernier n'offrait pas une perspective raisonnable d'éviter l'insolvabilité du débiteur ou de garantir la viabilité de l'entreprise* ».

L'article 11 de la directive, qui renvoie à l'article 10 et qui doivent être tenus pour impératifs, impose donc au législateur de réserver au juge le pouvoir de ne pas homologuer un plan même adopté par la majorité des créanciers si ce dernier ne respecte pas *au moins* les quatre règles qui protègent les créanciers qui n'ont pas adopté le plan, à savoir celle de l'article 11 dite règle de priorité absolue, ou celle de priorité relative, celle de l'article 10 du meilleur intérêt des créanciers et surtout celle de l'article 11 dite de la faisabilité.

Que ce soit la règle de priorité relative ou la règle de faisabilité, elle concède au juge un véritable pouvoir d'appréciation de nature économique. La règle du meilleur intérêt des créanciers et les règles de priorité absolue ou relative visent la nature des propositions faites aux créanciers tandis que la règle de faisabilité réserve au juge le pouvoir de refuser l'homologation du plan si les propositions même acceptées ne permettent pas au débiteur d'assurer raisonnablement sa viabilité à court et moyen terme.

⁸⁰. Gand, 16 janvier 2012, *R.D.C.*, 2012/5, p. 482.

⁸¹. Comm. Bruxelles, 5 février 2014, R.G. H/14/00032, *inédit*, cité par C. ALTER et Z. PLETINCKX, *o.c.*, p. 311.

⁸². Entr. Liège, *Werson*, références *supra*.

⁸³. N. OUCHINSKY, « Analyse des nouveaux moyens d'action des créanciers dans le cadre de la procédure de réorganisation judiciaire. Question choisies », in *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017.

⁸⁴. Directive (UE) n° 2019/1023 du 20 juin 2019.

⁸⁵. Car il est pour nous plus accessoire que marginal en l'état actuel.

Le test de faisabilité

Ces 4 nouvelles règles proviennent du droit américain dont la directive s'est très largement inspirée en cherchant à les introduire de manière commune à l'ensemble des Etats membres. Elles ont été retenues par la Commission européenne pour leur grande efficacité. Elles inspirent le *scheme britannique* que les entreprises belges comme NYRSTAR utilisent pour se restructurer à défaut de cadre satisfaisant en droit belge.

En droit américain⁸⁶, le juge doit apprécier à tout moment, dès l'ouverture de la procédure, lors des jugements intermédiaires et au moment de son jugement « d'écrasement⁸⁷ » si la confirmation du plan est faisable et donc laissera viable l'entreprise, c'est-à-dire, qu'il ne sera pas suivi d'une liquidation⁸⁸, ou de l'activité, ou du débiteur si l'activité n'est pas transférée. Le plan doit offrir une perspective raisonnable. Il ne faut pas de garantie et l'existence d'un risque ne suffit pas⁸⁹ à écarter le plan mais il faudra des assurances raisonnables.⁹⁰

Il faut établir que le plan pourrait être adopté par des preuves qui supportent sa faisabilité⁹¹ après son éventuel vote. Cette évaluation est faite par le juge sur base de la valeur de l'entreprise.^{92,93} La preuve de cette « *faisabilité* » doit être rapportée par le débiteur et peut être contredite par les créanciers.⁹⁴ A titre d'exemple, la cour d'appel (au 9th circuit), a retenu, pour réaliser ce test de viabilité, la structure du capital et des fonds propres, la capacité bénéficiaire du secteur d'activité, les conditions économiques du moment, la compétence du management, la probabilité de poursuite des ventes et tous les éléments propres aux difficultés du débiteur, et enfin la probabilité de réalisation du plan. Le juge anticipe en réalité sur la probabilité d'acceptation des créanciers.⁹⁵ Le juge se base sur les *disclosures* (production des pièces et de preuves) faites par le débiteur qui doivent contenir des prévisions de flux raisonnable.⁹⁶ Le juge analyse ces projections au regard du passé et des descriptions raisonnables des scénarios présentés.⁹⁷

Le texte de l'article 10 de la directive vise deux contrôles alternatifs: celui de la faisabilité raisonnable de la restructuration mise en œuvre par le plan permettant d'estimer que le débiteur ou l'activité évitera, à moyen terme, l'insolvabilité et comme second test celui de la garantie de viabilité de l'entreprise. Ces deux tests ne sont pas équivalents pour moi: la garantie de la viabilité est bien plus ambitieuse que la faisabilité raisonnable.

Face à l'obligation assez claire pour moi des articles 10 et 11 de la directive, il faut examiner s'il est possible de redonner au juge un certain contrôle sur le plan. Ce contrôle était « *formel* », pourquoi ne deviendrait-il pas vraiment « *marginal* »?

Le nouveau rôle du juge

Il serait très excessif – et par ailleurs très injuste – de prétendre que le juge ne sait pas exercer avec sérieux et efficacité des compétences où il doit procéder à des analyses économiques de viabilité.

Le Livre XX lui réserve d'ailleurs déjà ce pouvoir. La directive imposera aussi au juge de définir les valeurs de liquidation (pour l'application de la règle impérative du *best interest of creditors*)⁹⁸ et la valeur *going concern* (au moins pour la règle de majorité nécessaire pour tenir approuvé un plan).⁹⁹ Le juge procède déjà à ces évaluations depuis que le tribunal de l'entreprise de Liège¹⁰⁰ et le tribunal de l'entreprise du Brabant wallon ont jugé¹⁰¹ qu'un créancier qui n'avait pas de gage sur les actifs du débiteur lui-même mais sur les actions du débiteur (qui en cas de faillite risque d'avoir une valeur nulle) était un créancier extraordinaire sur la valeur de ces actions, si bien que le juge, pour apprécier le quantum de cette créance gagiste, qui n'est pas de registre, reconnue extraordinaire, doit évaluer la valeur *going concern* du débiteur (pour respecter l'art. I.22, 14°, CDE).

Le juge a le même rôle en matière de procédure de retrait contre un associé comme le montre de nombreuses décisions comme l'arrêt de Cour de cassation du 28 avril 2014¹⁰² qui

⁸⁶. 11 USC 1129 (a) (11).

⁸⁷. Ce qui est désigné par le terme Cram-down, ce qui est équivalent au jugement d'homologation qui rend le plan opposable aux récalcitrants.

⁸⁸. *In re Trenton ridge investors LLC*, 461 Br 440 SD Ohio 2011.

⁸⁹. *In re Patrician ST Joseph partners LLP*, 169 BR 669 674 D. Ariz 1994.

⁹⁰. *In re Made in Detroit*, 299 BR 170, 176 Bankr ED Mich 2003.

⁹¹. *Computer task force v Brice* 392 BR 274 6th circuit 2008.

⁹². *Computer task force v Brice* 392 BR 274 6th circuit 2008.

⁹³. C'est le cœur du système américain. Il vise à attribuer aux créanciers au moins la valeur going-concern du débiteur souvent en action car si le débiteur a encore une valeur going-concern importante, c'est qu'il est viable et le plan faisable.

⁹⁴. *In re Acequia*, 787 F.2d 1352 1364 (9th circuit 1986).

⁹⁵. *In re Pizza of Haw*, 761 F. 2d 1374 1382 (9th circuit 1985).

⁹⁶. *In re Danny Thomas*, 241 F. 3d 959 962 8th circuit 2001.

⁹⁷. *In re Hobble Diamond Cattle*, 89 BR 858 (Bank D. mont 1988).

⁹⁸. Art. 2 de la directive.

⁹⁹. Art. 11, 2., b), ii), de la directive.

¹⁰⁰. Entr. Liège (sect. Liège), 10 septembre 2018, R.G. n° N/18/45 et n° R/18/26, *Etat belge*, inédit.

¹⁰¹. Entr. Brabant wallon, 5 octobre 2020, R.G. N/20/00473, *Sogepa et Nivelinvest / Sapristic International*.

¹⁰². Cass., 28 avril 2014, C.13.0007.F, *Pas.*, 2014/4, pp. 997-1007.

admet que le juge apprécie l'importance de la décote d'illiquidité sur une appréciation de fait et admet que le juge doit apprécier la valeur des différentes parts (en l'espèce, des actions et des parts de fondateur) de manière différente sur les faits en justifiant de sa position ici de les évaluer de la même manière, ou l'arrêt de Cour de cassation du 15 décembre 2017¹⁰³, ou encore l'arrêt de la Cour de cassation du 30 novembre 2017¹⁰⁴ qui retient que le juge peut se baser sur les méthodes d'évaluation retenue par l'expert si elles ont été longuement débattues, ou encore celui de la cour d'appel de Bruxelles du 28 juin 2012¹⁰⁵ qui examine les méthodes d'évaluation pertinente sur la décote de holding (20%), la décote d'illiquidité (75%) et la prime de contrôle (25%).

Le juge doit aussi évaluer la valeur de liquidation dans une entreprise (qui peut renaître) en matière de PRJ transfert puisqu'il a parfois dû examiner la question de la valeur de faillite en présence d'offres inférieures aux valeurs d'expertise de la valeur de marché.¹⁰⁶ La doctrine¹⁰⁷ a estimé qu'il pouvait se justifier de faire une comparaison entre le prix proposé dans le transfert avec celui qui aurait pu être obtenu en cas de liquidation ou de faillite si les avis sur lesquels le mandataire se base sont pris auprès de spécialistes et avec toutes les informations utiles.¹⁰⁸

Pour éviter l'aléa relevé qui pourrait affecter la confiance des fournisseurs de crédit et d'affaires, il se conçoit de mettre en œuvre un véritable débat contradictoire documenté se basant sur des expertises ou des experts et sur une discussion des faits économiques qui sont à la base de la viabilité (la concurrence, le produit, le marché, le prix, ...).

En droit américain, ce débat est une véritable « *Co-construction* » de la décision sur les valeurs et sur la faisabilité par un ou plusieurs débat(s)¹⁰⁹ contradictoire(s) et documenté(s) entre le juge, le débiteur et les créanciers. Cette « *Co-construction* » est souvent imposée aussi, dans les pro-

cédures internationales par la nécessité, de la « *coopération*¹¹⁰ » internationale entre juges étrangers, praticiens et praticiens et juges. Des règles de procédure créant un débat avant l'homologation qui doit intervenir rapidement avant le vote est donc un premier moyen de donner à ce contrôle une sécurité suffisante à la protection des droits des parties.

L'article 13 de la directive confie au juge le pouvoir de déterminer la valeur de l'entreprise au cas où le plan (et donc souvent la valeur) est contesté comme non conforme à l'intérêt des créanciers dans le cas de la contestation de la règle du *Best interest* des créanciers ou de l'application interclasse. L'article 14 de la directive impose aux Etats de permettre au juge de désigner ou d'entendre des experts. Ne pas permettre au juge d'exercer ces prérogatives liées à l'homologation du plan serait donc une transposition bancale.

La jurisprudence américaine montre que le juge, dans ce contexte, peut exercer un contrôle de qualité sur le fait économique même futur. Les juges américains rejettent, par exemple, des décotes sur la valeur ou des règles d'évaluation proposées par les parties pour évaluer la valeur going concern. Dans de nombreux cas, le juge a écarté des affirmations économiques des parties ou les a minimisées. Les juges ont soumis au débat contradictoire des éléments économiques en demandant aux parties de produire soit de la littérature économique ou financière, soit des relevés du marché pertinents, soit des plans financiers prévisionnels pour les examiner au regard du type d'entreprise.¹¹¹ Le juge a aussi pu rendre des décisions caractérisant le marché pertinent.¹¹² Une étude sur une base de 143 procès portant sur l'évaluation de l'entreprise par le juge américain de l'insolvabilité depuis 1990 a montré la grande fiabilité de cette intervention. 39% des plans avaient été confirmés, 23% ont été qualifiés au regard des faits frauduleux grâce à cette appréciation et les autres avaient été admis sur base d'appréciation d'experts.

¹⁰³. Cass., 15 décembre 2017, *Pas.*, 2017/12, p. 2470.

¹⁰⁴. Cass., 30 novembre 2017, C.06.0563.F.

¹⁰⁵. Bruxelles, n° F-20120628-18 (2011/RG/166).

¹⁰⁶. Comm. Bruxelles, 22 octobre 2014, R.G. n° A/14/10163, *PRJ Mer du Nord*, inédit; Comm. Tournai, 23 juin 2014, R.G. n° A/14/00432, inédit; Comm. Liège, 2 mai 2014, R.G. n° B/14/20, *PRJ canal Duchatelet*, inédit.

¹⁰⁷. A. ZENNER, J.-Ph. LEBEAU et C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, p. 195, n° 134.

¹⁰⁸. *Doc. parl.*, Ch. repr., 2012-2013, n° 53-2692/001, p. 30.

¹⁰⁹. Le Chapitre 11 a pour objectif principal de permettre, en l'encadrant par des audiences où se co-construit la solution, une négociation entre les créanciers et les actionnaires et, en particulier, de régler la situation où « des paiements partiels » doivent pouvoir être faits à des classes de créanciers dits inférieurs (Unsecured) par rapport à des classes de créanciers dits supérieurs (Secured) sur base de la valeur de l'entreprise proposée par le débiteur au moment du dépôt de sa demande. Le débiteur contrôle le plan durant une 1^{re} phase de la procédure, les créanciers pouvant proposer un plan si le 1^{er} plan n'est pas proposé dans le délai fixé ou accepté. Les créanciers peuvent tenter de voter contre le plan, mais cela provoquerait la liquidation, ou tenter de réunir des votes d'autres créanciers. C'est un système efficace. Aux Etats-Unis, dans une étude intéressante, les auteurs ont basé leurs conclusions sur la base de données de 1994 à 2002, soit sur plus de 3.000 cas de procédures dont 1.422 Chapitre 11. En moyenne, sur les dernières années étudiées (de 1994 à 2001), 30% des Chapitre 11 ont abouti à la confirmation du plan, dans lesquels 70% sont des cas où le débiteur a proposé un plan. Plus le débiteur a pu conduire la poursuite de ses affaires durant une période longue, plus le taux de réussite est élevé: 47% de réussite pour ceux qui ont survécu 6 mois, 90% pour ceux qui ont survécu 24 mois au moins. Le cumul des deux critères: viabilité et plan proposé par le débiteur conduit à 74% de réussite pour ceux qui ont poursuivi durant 6 mois contre 99% pour ceux qui ont poursuivi 24 mois. L'étude recouvre des secteurs d'activité (p. ex., l'immobilier où c'est, par nature, plus long) et des tailles très différents. La durée de la procédure pour conclure que: 35% des dossiers sont terminés après 6 mois, 93% sont terminés endéans les 24 mois, la période moyenne étant de 9 mois.

¹¹⁰. Y. BRULARD, *L'insolvabilité nationale européenne et internationale*, Anthemis, 2017, t. I et II.

¹¹¹. *Daubert / Merrel Dow Pharmaceuticals* 509, US 579 (1993).

¹¹². P. ex.: *In Re Med diversified Inc.*, 346, BR at 632 (bankruptcy E.D.N.Y. 2006).

Un contrôle de faisabilité et de viabilité sur la situation du débiteur peut être engagé par un débat contradictoire dès avant le vote dans la perspective du vote et de l'homologation du plan éventuel. La faisabilité et la viabilité résulte en effet des circonstances économiques qui seront exposées dans le plan. On pourrait soutenir que cette transposition de la directive est nécessaire pour permettre au juge de désigner des experts si la viabilité de l'entreprise ou la faisabilité du plan devait être sérieusement critiquée par des créanciers. Si cette solution n'était pas retenue, un contrôle du juge au moment de la validation du plan intervenant rapidement après le vote des créanciers serait probablement de faible qualité. La directive impose que cette vérification soit une condition constitutive de la validation. Dans les deux cas, le premier étant préférable, ce contrôle peut être effectif et, surtout dans le second cas, intervenir sur des critères juridiques clairs donc susceptibles de contrôle par la Cour de cassation, effectivement « documentables et prouvables ».

La nécessité actuelle d'un test de viabilité

On ne peut pas nier que ce contrôle – soit de faisabilité, soit de viabilité – pourrait être utile dans un certain nombre de situations.

Actuellement, certains plans sont adoptés par une majorité en volume de créance représentés par des comptes courants ou inter-sociétés liés, de créances financières ou bancaires peu affectées par le plan alors que le plan peut, par contre, préjudicier aux intérêts des créanciers qui n'ont pas adopté le plan. A l'extrême, un débiteur pourrait proposer à ses créanciers un paiement le 60^e mois sans que le tribunal ne puisse, comme tel, refuser d'homologuer le plan s'il était adopté par les créanciers. L'action en révocation, en raison du non-paiement effectué par le créancier, est une garantie que la loi attribue aux créanciers, même minoritaires. Mais cette garantie, à l'occasion d'un transfert d'entreprise réalisé

sur base de l'article 51 LCE (XX.75 CDE) disparaît puisque la révocation du plan n'affectera pas le transfert (en application de l'art. XX.83, § 4, CDE).

Les garanties données aux créanciers récalcitrants d'éviter un tel vote majoritaire ne sont pas très efficaces. L'article XX.68 du CDE permet à un tiers de contester la créance d'un créancier, ce que la meilleure doctrine a appelé « disposition anti-fraude » puisqu'elle permettrait de contester des « fausses » créances notamment intragroupes – mais encore faut-il qu'elles soient fausses puisque cette mesure ne permet pas de rejeter le droit des créanciers intragroupes qui auraient une « vraie » créance de voter. Cette mesure ne suffit donc pas à empêcher de créer des majorités réunies par une communauté d'intérêts qui ne répond pas aux intérêts des créanciers récalcitrants abattus, qui pourraient avoir des doutes sur la faisabilité du plan ou la viabilité de l'entreprise.

Le débat sur la sortie de crise sanitaire et sur la législation qui doit suppléer à la fin du moratoire pose aussi cette question du contrôle de viabilité.¹¹³ En effet, en supprimant l'obligation sous peine d'irrecevabilité de déposer une situation bilantaire à moins de 3 mois revue par un professionnel du chiffre ou une prévision d'exploitation ou de trésorerie et en ne permettant pas au dirigeant et au débiteur de se protéger par un sursis conforme à l'obligation de la directive dans la phase pré-insolvency – ce qui lui aurait permis d'avoir le temps de préparer la documentation financière en question – le législateur va dans le sens inverse: le contrôle de la viabilité et de la faisabilité sera en réalité vidé de toute substance. On peut s'attendre à des faillites après PRJ homologuées et des abus qui inciteront sûrement le législateur à revenir très vite sur son projet. Le Conseil d'Etat dans son avis incitait le législateur à justifier de la proportionnalité de cette mesure à l'objectif que le législateur avait retenu dans ces textes précédant de vouloir combattre la fraude et les abus. On attend cette justification avec impatience puisque les amendements déposés sont muets ...

CONCLUSIONS

Clap de fin: le dossier soumis à la Cour concernait, d'après le BCE, l'hôtel 4 étoiles Royal Selys à Liège. Le journal *L'Echo*¹¹⁴ révélait qu'une PRJ par transfert sous autorité de justice avait dû être ouverte en 2019 – après la réussite relative de la PRJ de 2018 soumise à la censure de la Cour et que la cession était intervenue – cette fois – sous cette procédure au profit d'un grand groupe hôtelier. Si le droit ne permettait qu'un contrôle limité de la viabilité du débiteur ou de la faisabilité, l'économie et la réalité se sont chargées d'un contrôle de fond. On ne sait pas à quel prix pour les créanciers. Telle est la question que posait *in fine* le Fonds à qui cette

situation a été imposée par une majorité en attaquant l'arrêt de la cour d'appel.

Clap de début: test de viabilité – test de faisabilité? La directive impose la mise en place au stade de la validation d'un test de viabilité ou d'un test de faisabilité et en outre un contrôle que le plan contienne les mentions prévues à l'article 8, 1., h).

Il serait d'ailleurs probablement utile – et en particulier dans la période qui s'ouvre avec la fin de la crise sanitaire – de permettre d'écarter plus vite les débiteurs qui manifestement ou très probablement n'échapperont pas à la liquidation ou

^{113.} Projet de loi 1337, Doc. 55-1337/001 et 004 pour les amendements du gouvernement dont celui qui supprime le sursis dans la phase pré-insolvency.

^{114.} www.lecho.be/entreprises/horeca/van-der-valk-seul-en-lice-pour-reprendre-l-hotel-des-comtes-de-mean-a-liege/10158938.html.

la faillite ne fût-ce que pour leur permettre de bénéficier de l'effacement ou des aides au rebond, et surtout pour eux-mêmes et pour la collectivité pour leur permettre de recréer de la valeur.

De *lege lata*, l'article XX.62 du CDE permet un contrôle de viabilité pendant le sursis mais ce n'est pas un contrôle de faisabilité d'un plan qui n'est pas encore déposé. Dans la meilleure des interprétations, un contrôle de faisabilité existe au moment de l'homologation par un contrôle assez formel de l'existence d'une motivation formelle et exacte de la viabilité ou de la faisabilité dans la partie descriptive du plan. Or, l'examen des situations non manifestes ou tout simplement bien motivées pourrait ne pas pouvoir être contrôlé sur le fond. C'est en outre un sujet plus délicat puisque ce contrôle interviendrait au moment où une majorité qualifiée de créanciers a estimé que cette faisabilité et viabilité existaient et ce alors que les créanciers peuvent être tenus pour aptes et intéressés à juger des situations économiques du débiteur et ses perspectives de viabilité.

De *lege ferrenda*, il faut transposer la directive. La transposition de la directive sera, en tout cas, l'occasion d'un débat¹¹⁵ sur l'efficacité des procédures d'insolvabilité pour éviter que les entreprises belges¹¹⁶ ne cherchent à trouver des solutions adaptées à leur besoin dans la législation d'autres pays proches et néanmoins concurrents.

On peut essayer de le faire en respectant la volonté du législateur¹¹⁷, d'éviter le retour de l'insécurité juridique qui existait au moment de la loi sur le concordat judiciaire. Pour cela, il faudrait éviter un pouvoir d'appréciation trop large au juge. Le risque que le juge n'approuve pas le vote intervient à la fin du processus. De ce fait, les clients, les fournisseurs, les dispensateurs des différentes formes de fonds de roulement doivent avoir une confiance assez grande dans la réussite de la procédure pour ne pas accentuer durant le sursis les difficultés préexistantes¹¹⁸ en rompant le « crédit » en « attendant » ...

Il est d'ailleurs possible que les juges désirent eux-mêmes voir leur pouvoir d'appréciation sur la faisabilité et la viabilité renforcé. On a parfois présenté l'article 4 de la proposition de loi n° 1337/001 permettant une extension du champ d'application de l'article XX.30 du CDE en permettant au président du tribunal de désigner un mandataire en présence de circonstances ou d'événements exceptionnels mettant ou pouvant mettre en péril tout ou partie du bon fonctionnement des activités du débiteur, même lorsque cela se contente de « menacer ses activités économiques » et même s'il n'y a pas de manquements caractérisés du débiteur ou de ses organes comme une demande des magistrats d'être dotés de moyen

d'intervenir dans des situations où le débiteur se refusait à être réaliste, risquant ainsi par son absence de perspicacité, de créer l'effet domino sur d'autres débiteurs. L'article 5 de la même proposition qui introduisait un article XX.35/1 du CDE visait d'ailleurs à donner au président le droit de filtrer les projets qui avaient une viabilité en leur accordant un sursis semi-collectif confidentiel – de ceux qui ne pourraient pas réussir ou qui pouvaient créer aux créanciers ou à l'intérêt général des préjudices disproportionnés aux besoins du débiteur.

L'article 8, 1., h), de la directive impose en tout cas que les plans contiennent un *exposé des motifs* expliquant pourquoi le plan de restructuration offre une perspective raisonnable d'éviter l'insolvabilité du débiteur et de garantir sa viabilité et comprenant les conditions préalables nécessaires au succès du plan. Les Etats peuvent en outre exiger que cet exposé soit établi ou validé par un expert ou par un praticien de l'insolvabilité. La transposition de l'article 8, 1., h), suppose donc au moins de modifier l'article XX.70, § 2, du CDE qui pourrait, par exemple, être complété comme suit: « *La partie descriptive contient une description détaillée des éléments et de leurs preuves raisonnables de la viabilité et de la faisabilité du plan comme notamment les éléments sur la marge nette, le besoin de financement lié au secteur d'activité, les conditions économiques et du marché (concurrence, prix, ...), la compétence du management, la probabilité de poursuite ou du développement des ventes et tous les éléments propres aux difficultés du débiteur sur lesquels le dirigeant-débiteur se fonde pour conclure que le plan sera raisonnablement faisable. Elle contient les plans financiers qui traduisent les hypothèses retenues sur ces différents éléments.* » Ce texte a été critiqué par certains au moment où le législateur veut « simplifier » et « rendre accessible » la PRJ. Cette justification peut provenir – pour des commerçants en personne physique, des TPE et des petites PME – d'une réflexion raisonnée du dirigeant dont le juge pourrait se satisfaire. Mais est-ce que raisonnablement, on peut admettre que cet effort ne soit pas au moins fait si on prend en compte les risques d'une faillite plus grave et plus préjudiciable qui suivrait une décision entérinant un plan en réalité voué à l'échec ...

Si le contrôle de la faisabilité et de la viabilité était mis en œuvre avant le vote des créanciers – comme cela se pratique aux Etats-Unis – le même texte serait introduit dans l'article XX.41 du CDE dès l'ouverture de la procédure. L'article XX.62 du CDE serait modifié pour permettre un débat contradictoire devant le juge délégué s'il estimait devoir conclure à l'absence de viabilité.

¹¹⁵. Entre les minimalistes qui désirent modifier le moins possible le cadre juridique actuel et les plus ambitieux qui voient une belle opportunité pour le marché et les entreprises belges de moderniser le droit du retournement des entreprises notamment pour les grandes entreprises.

¹¹⁶. NYRSTAR, schéma du 26 juillet 2019, NN2 reconnu par United States Bankruptcy court, Southern District of New-York le 30 juillet 2019 sur le Chapter 15.

¹¹⁷. *Doc. parl.*, Ch. repr., 2007-2008, n° 52-0160/005, p. 81.

¹¹⁸. Par la modification des conditions de paiement, le non-paiement d'acompte, de blocage des lignes de crédit, la perte de nouvelles commandes, ...

L'article 11 de la directive ne semble pas permettre un simple contrôle de la formalité imposée par l'article 8, 1., h). Il impose un vrai contrôle de fond en tout cas encore au moment de la validation. Le texte utilise le terme « ou » laissant supposer que le juge peut cependant estimer suffisant le contrôle de la faisabilité du plan qui éviterait à court et moyen terme la liquidation même si le texte l'invite, si tel est le cas, à apprécier la garantie de viabilité – bien plus aléatoire encore que la faisabilité d'un plan.

Ce contrôle du juge, pour être prévisible, devrait ne se baser que sur les documents et les preuves, produites par les parties et en particulier par le dirigeant¹¹⁹ du débiteur. La partie descriptive devra impérativement contenir une démonstration et des preuves. Le juge devrait pouvoir fonder le test de faisabilité sur des critères vérifiables, objectifs et usuellement retenus. Le texte ou les travaux parlementaires devraient intégrer, comme dans la pratique américaine, les preuves auxquelles le juge devrait avoir égard comme les prévisions de flux raisonnables¹²⁰ sur les scénarios présentés au regard du passé.¹²¹ Il ne devra pas juger que cette faisabilité existe, ni demander des garanties qu'elle existe et ne pourra pas écarter une motivation sérieuse au motif qu'un risque¹²² existe. Il devra s'appuyer sur les preuves apportées par un dirigeant engagé¹²³ pour estimer que la motivation présentée répond à l'exigence de forme de la loi en ce qu'elle donne une perspective et des assurances raisonnables.¹²⁴ Il est probable qu'un contrôle marginal exercé sur base de tels critères soit considéré comme une transposition adéquate de l'article 11 de la directive.

Exercer ce contrôle – si on le veut sérieux – pour la première fois au moment de la validation ne répond pas à la nécessité fréquente d'agir avec célérité que la directive impose elle-même. Il faudrait donc permettre aux parties qui contestent la viabilité sur base des informations données au moment de l'ouverture de la procédure puis de celles communiquées dans le courant de la procédure¹²⁵ de saisir le juge délégué, en ajoutant un paragraphe à l'article XX.62 CDE, pour engager ce débat dans la phase sursitaire. Le juge pourrait examiner les pièces et arguments des parties et en déduire un rapport motivé à fournir au juge de la validation s'il n'a pas usé de la faculté de faire révoquer le sursis. Devant le juge de la validation, l'instruction contradictoire de la viabilité et de la

faisabilité permettrait à la fois un vrai contrôle et une grande célérité.

Reste la nature de ce contrôle. La directive ne semble pas pouvoir imposer au législateur national une règle particulière de telle sorte que l'appréciation marginale¹²⁶ peut être retenue comme pertinente. Le juge doit en effet apprécier après coups si la décision du dirigeant de conclure à la faisabilité de son plan et à la viabilité de son activité est la bonne attitude. Ce type de contrôle est mis en œuvre par les juges de l'insolvabilité par exemple en jugeant¹²⁷ – sous la loi sur le concordat judiciaire qui avait maintenu une condition de bonne foi – que: « La mauvaise foi visée à l'article 15, § 1^{er}, de la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire relève de l'appréciation marginale du juge à telle enseigne que seules les demandes émanant de débiteurs manifestement de mauvaise foi doivent, au stade du sursis provisoire, être écartées. » « En l'espèce, la société et singulièrement son dirigeant ont fait preuve de légèreté et de négligence en s'abstenant de répondre aux interpellations de la chambre d'enquête commerciale. Toutefois, ni cette négligence ni l'erreur de gestion relative au financement de la construction de locaux industriels (qui a été opéré en ne recourant que partiellement au crédit bancaire alors que la société ne disposait pas de fonds propres suffisants) ne relèvent de la mauvaise foi manifeste qui, pour être avérée, impliquerait la constatation de fraudes ou d'irrégularités graves, inexistantes en l'espèce. »

Le juge s'appuiera sur ce qu'a écrit et prouvé dans le plan le dirigeant mais l'examinera à l'aune des événements ultérieurs que sont le rapport du juge délégué, le vote des créanciers et les contestations résiduelles après le vote. Puisque le vote est intervenu, il pourra examiner l'engagement des actionnaires et des dirigeants comme gage de leur propre confiance dans la faisabilité et la viabilité et en particulier l'apport de financements de ceux-ci. Il examinera aussi l'attitude des fournisseurs de crédits ou les partenaires de l'activité économique. Comme pour l'appréciation des actes d'une société, de ses organes ou de ses dirigeants, le juge, sous peine de priver les organes de leurs fonctions, et d'apprécier des faits plus que de trancher des contestations de droit, doit se contenter de ne retenir que l'approche abusive et manifestement fautive.¹²⁸ Le juge¹²⁹ « examinera d'abord la ou les solution(s) alternative(s) mise(s) en avant

^{119.} Art. 19 qui exige que les dirigeants prennent en compte la nécessité de prendre des mesures pour éviter l'insolvabilité et d'éviter tout comportement intentionnel ou de négligence grave menaçant la viabilité de l'entreprise.

^{120.} *In re Danny Thomas*, 241 F. 3d 959 962 8th circuit 2001.

^{121.} *In re Hobbie Diamond Cattle*, 89 BR 858 (Bank D. mont 1988).

^{122.} *In re Patrician ST Joseph partners LLP*, 169 BR 669 674 D. Ariz 1994.

^{123.} *Computer task force / Brice*, 392 BR 274 6th circuit 2008.

^{124.} *In re Made in Detroit*, 299 BR 170, 176 Bankr ED Mich 2003.

^{125.} En particulier le projet de plan puis le plan.

^{126.} Marginale Toetsing: voir J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1997, 99, 207 et s.

^{127.} Comm. Liège (3^e ch.), 10 juin 2005, *D.A.O.R.*, 2006/1, n° 77, pp. 43-52.

^{128.} J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1972-1978) », *R.C.J.B.*, 1981, p. 383.

^{129.} M. COIPEL et M. DAVAGLE, « Associations sans but lucratif », *Rép. not.*, t. XII, *Le droit commercial et économique*, Livre 8, Bruxelles, Larcier, 2017, n° 1037.

[...] qui aurai(en)t pu ou dû être prise(s) à la place de celle qui a été adoptée ». Il appréciera si l'on se trouve à l'intérieur « d'une marge d'erreur ou d'appréciation – où elles devaient apparaître à un gestionnaire raisonnable d'une opportunité et/ou d'une qualité similaire ou, du moins, non différenciée de façon nette ». Cette notion est connue et peut être censurée par la Cour de cassation.

Ce dispositif aurait rencontré le cas d'espèce. Il aurait donné à la cour d'appel et à la Cour de cassation une possibilité de censure si la cour d'appel avait constaté qu'une telle faisabilité ne répondait pas en fait ou en droit à ces critères.

Il n'accorderait pas au juge un pouvoir discrétionnaire – qui recréerait l'incertitude dénoncée – sur une appréciation de fait qui reste toujours hypothétique puisque future, mais un pouvoir d'écarter les situations manifestement non justifiées, non documentées et/ou abusives parce que manifestement déraisonnables pour un homme d'affaires normalement prudent et diligent.

Cette adaptation exigera des débiteurs et de leurs conseils¹³⁰ une approche plus économique dans leur plan. Ce sera cependant une obligation si l'on veut éviter un nouvel arrêt de la C.J.U.E. dont on connaît, depuis l'arrêt *Plessers*, les effets désastreux sur la sécurité juridique ...

¹³⁰ En réalité dans de nombreux dossiers actuels, une telle motivation existe déjà dans les plans. Cette règle écarterait donc les entreprises les moins éligibles au régime de réorganisation. Le régime de la faillite avec effacement ou de la liquidation est souvent plus adapté à des entreprises qui mettraient autrement des années avant de redevenir rentables.