

MERITIUS®

AVOCATS - ADVOCATEN

Méritoire dans le droit

© Copyright MERITIUS

Dans ce numéro

La LCE continue à agiter les esprits..... 1**Prorogation du sursis**..... 1**Assemblée des créanciers votant sur le plan de réorganisation** 2**Homologation du plan par le Tribunal** 2**Homologation même si le plan préjudicie l'Etat-Providence?** 3**Cession de l'entreprise sous autorité de justice**..... 3**LCE ou faillite ?** 4**Concours en cas de faillite sub-séquente** 4**Loi « Continuité des entreprises » : deux ans déjà ! (II)**

Gérard MARTIN – Jean-Pierre MIGEAL

La LCE continue à agiter les esprits

Dans notre précédente newsletter (août 2011), nous sommes revenus sur un sujet qui fut d'actualité ces deux dernières années et qui le reste encore : l'application de la récente loi du 31/01/2009 relative à la continuité des entreprises (LCE).

Cette newsletter donnait un aperçu de la jurisprudence de la mi-2010 à ce jour.

Nous avons ainsi examiné les modalités d'obtention du sursis (c'est à dire la protection de l'entreprise en difficultés contre les actions de ses créanciers, en vue de la préparer puis faire approuver un plan de réorganisation), le

dépôt de la requête en réorganisation et des documents l'accompagnant, le sort des créanciers pendant le processus de sursis judiciaire et, enfin, la rédaction du plan de réorganisation lui-même.

Nous reprenons à présent le fil de la jurisprudence, en commençant par la prorogation d'un sursis déjà accordé. Nous examinerons ensuite l'approbation du plan par l'assemblée des créanciers, puis son homologation par le Tribunal.

Enfin, nous soulignerons quelques particularités.

Prorogation du sursis

Certaines entreprises ont besoin de voir proroger le sursis initialement obtenu, par exemple parce qu'elles n'ont pas encore pu finaliser leur plan de réorganisation.

La LCE prévoit une possibilité de prorogation du sursis jusqu'à une *durée maximale de 12 mois* (à partir de la requête initiale en réorganisation). Dans certaines conditions particulières, ce délai peut même être porté jusqu'à 18 mois (art. 38 § 1 et 2 LCE). Par ailleurs, lorsque l'entreprise, notamment après l'échec d'un accord amiable ou collectif, sollicite le *transfert* de tout ou partie de son entreprise ou de ses activités sous autorité de justice, le sursis peut être prolongé par un *nouveau* délai de *six mois* (art. 60 al. 2 LCE).

Pour d'obtenir la prorogation de son sursis, l'entreprise doit en adresser la requête au juge

de la continuité (le Tribunal de Commerce). Le juge délégué fera rapport au Tribunal à ce propos. Lors de l'examen de cette demande de prorogation, le Tribunal vérifiera si les conditions initiales d'admissibilité du sursis sont toujours réunies, soit la possibilité de préserver tout ou partie de la société ou de ses activités (maintien de la continuité).

Le Tribunal de Commerce d'Anvers a ainsi refusé une prorogation, en se fondant sur plusieurs considérations: les banques refusaient de nouveaux crédits en raison des chiffres trop médiocres du candidat investisseur et de la valeur insuffisante du parc de machines pouvant être gagé; le bien immeuble avait été vendu; les objectifs initialement fixés n'avaient pu être atteints. Un maintien de la continuité n'était donc plus vraisemblable (*Comm. Anvers, 04/05/2010*).

MERITIUS
ADVOCATEN - AVOCATS

La participation au vote sur le plan de réorganisation proposé implique que le créancier soit présent à l'audience en personne (ou par son avocat), ou valablement représenté.

Une procuration spéciale et valide est nécessaire.

Rien dans la LCE n'interdit à un créancier de mandater le débiteur lui-même (la sociétéprésentant le plan de réorganisation).

Assemblée votant sur le plan de réorganisation

Au terme du sursis, l'assemblée des créanciers se réunit au Tribunal de Commerce qui a accordé ce sursis, pour approuver ou rejeter le plan proposé par le débiteur.

Le plan de réorganisation doit être approuvé par une *double majorité* des créanciers présents ou représentés: la *moitié* au moins en **nombre** de créanciers (un créancier, une voix) et, simultanément, la *moitié* de toutes les **sommes** dues en principal.

A noter que les créanciers dont les droits ne sont pas affectés par le plan ne participent pas au vote et ne sont donc pas comptés pour le calcul des majorités.

Il se déduit des art. 53 et 54 LCE que, pour participer au vote sur le plan de réorganisation proposé par le débiteur, le créancier doit être *présent* à l'audience, soit en personne (ou par son avocat), soit par un mandataire (ce qui nécessite une procuration spéciale, en bonne et due forme).

La Cour d'Appel de Bruxelles a jugé qu'aucune disposition n'interdit au créancier de confier sa procuration à l'entreprise débitrice proposant son plan (Brux., 03/03/2011).

Par contre, un accord préalable préalablement notifié entre parties n'a pas valeur de vote à l'audience (Gand, 26/04/2010).

Homologation par le Tribunal du plan approuvé par les créanciers

L'arrêt de la Cour d'appel de Liège (*Liège, 24/02/2011*), déjà cité dans notre précédente newsletter, contient aussi divers enseignements quant à l'homologation du plan de réorganisation approuvé par les créanciers. La Cour a souligné que l'homologation ne peut être refusée *que* pour les causes énoncées par l'art. 55 LCE. Le tribunal doit donc faire abstraction des objections de certains créanciers quant à la fiabilité du plan ou quant aux chances de redressement de l'entreprise.

Par contre, lorsque le tribunal aperçoit une possible cause de refus d'homologation dont il n'a pas été débattu à l'audience, il doit rouvrir les débats. S'il ne le fait pas, le jugement refusant l'homologation pourra être annulé pour violation des droits de la défense.

Le Tribunal de Commerce de Nivelles a jugé pouvoir refuser l'homologation en cas d'inobservation des formalités requises par la loi (art. 55, par. 2 LCE). C'est notamment le cas lorsque le débiteur n'a plus et n'aura plus d'activité (condition du maintien de la continuité, art. 16 LCE), ou si le plan ne donne aucune indication précise quant aux délais de paiement (art. 49 LCE) ou si le délai d'exécution du plan excède *cinq ans* (art. 52 LCE) (*Comm. Nivelles, 17/01/2011*).

Le Tribunal de Commerce de Tongres a relevé plusieurs raisons de refuser l'homologation d'un plan de réorganisation. La liste des créanciers déposée était partiellement incomplète et en partie inexacte. Il manquait même plusieurs adresses.

Il n'y avait donc aucune garantie que tous les créanciers avaient été informés. Même l'avis initial dans les 14 jours de l'octroi du sursis (art. 26 § 2 LCE) n'avait apparemment jamais été adressé aux créanciers. Selon le tribunal, la liste des créanciers était si mal constituée qu'il n'était pas possible d'identifier quels créanciers pouvaient voter et pour quels montants. Devant tant de négligence, le tribunal a considéré que les formalités légales n'étaient pas respectées et donc refusé d'homologuer le plan (*Comm. Tongres, 15/03/2010*).

L'art. 56 LCE exclut une tierce-opposition contre un jugement homologuant un plan de réorganisation (tant pis pour les négligents non présents ou représentés à l'audience). Les créanciers ayant voté sont partie au jugement d'homologation, et ne peuvent donc pas non plus former tierce opposition (*Comm. Gand, 26/10/2010*). L'appel est par contre possible pour toutes les *parties* (NB : appel suspensif si l'homologation a été refusée).

A noter que, en cas de transfert de tout ou partie de l'entreprise et de modification des droits des travailleurs, le plan de réorganisation/transfert peut aussi être soumis à l'homologation du Tribunal du Travail. L'art. 61, par. 5 LCE parle toutefois d'un transfert « *projeté* ». La LCE étant d'interprétation restrictive, le Tribunal du Travail ne peut donc plus homologuer le volet social d'un transfert qui a déjà été approuvé par le Tribunal de Commerce (*Trav. Mons, 20/07/2010*).



Homologation même si le plan préjudicie l'Etat-Providence?

Selon la Cour d'Appel de Gand, le fisc ne fait pas partie des créanciers sursitaires extraordinaires au sens de l'art. 2d LCE, mais des créanciers privilégiés généraux. **Le fisc est donc un créancier « comme les autres » dans le cadre du sursis.** La LCE ne prévoit d'ailleurs pas que les dettes fiscales bénéficient d'un régime spécial. Dans le cadre de la LCE, le Tribunal peut donc homologuer un plan de réorganisation qui prévoit un abatement de la dette fiscale (et/ou l'échelonnement de son paiement), sans pour autant violer l'art. 172 Const. ou l'ordre public (*Gand, 28/06/2010*).

La Cour d'Appel de Bruxelles est du même avis quant aux **créances de l'ONSS** (et du fisc). Elle développe une argumentation intéressante

mais, vu son ampleur, nous renvoyons à cet arrêt (*Brux., 11/03/2010*).

La Cour d'Appel de Liège a jugé que l'enregistrement de la dette de sécurité sociale de l'entreprise sur le site Web public de l'ONSS peut être maintenu pendant le sursis. Cela permet aux co-contractants de l'entreprise de savoir qu'ils doivent retenir 35% du montant (hors TVA) de ses factures. Mais, par contre, dès qu'un jugement homologue un plan de réorganisation prévoyant l'échelonnement du paiement de la dette envers l'ONSS, la mention sur le site de la sécurité sociale ne peut plus être maintenue aussi longtemps que les délais de paiement sont respectés. (*Liège, 13/01/2010*).

Cession de l'entreprise sous autorité de justice

Outre la recherche d'un accord amiable ou collectif avec les créanciers (plan de réorganisation), la LCE vise aussi la cession totale ou partielle de l'entreprise ou ses activités sous autorité de justice (art. 59 suiv. LCE).

Un tel transfert doit porter sur une entité en « going concern ». Cette procédure ne peut donc pas être utilisée pour le transfert d'un bien immeuble si ce transfert ne permet pas simultanément le transfert ou le maintien de l'entreprise ou de tout ou partie de ses activités (*Comm. Bruges, 22/03/2010*).

Le mandataire de justice chargé du transfert sollicite des offres en veillant prioritairement au maintien de tout ou partie de l'activité de l'entreprise, tout en ayant égard aux droits des créanciers. Le Tribunal de Commerce de Nivelles a pour le surplus résumé les critères à respecter par ce mandataire de justice (sur base de l'art. 62, al. 2 LCE) : (1) le critère de la meilleure offre est celui de l'emploi sauvegardé, (2) à offres équivalentes (quant aux autres critères), **le critère déterminant est celui du niveau d'emploi**, (3) le respect des droits des créanciers et les règles de la concurrence économique interdisent de céder l'entreprise ou ses activités à vil prix (*Comm. Nivelles, 01/09/2010*).

La Cour d'Appel de Mons a précisé que la tâche de recueillir des offres, confiée au manda-

taire de justice (art. 61 LCE), n'impose aucune obligation de publicité quant au transfert. Les principes du droit de la concurrence impliquent certes de donner une notoriété relative à cette recherche, mais cela ne signifie pas que le mandataire de justice soit obligé d'agir en totale transparence à l'égard des acheteurs potentiels, ni qu'il doive les informer des offres émanant d'autres candidats (*Mons, 23/03/2010*).

Lorsque le transfert de l'entreprise a été réalisé, et que l'entreprise débitrice n'exerce plus elle-même aucune activité, il n'est plus question de continuité. Il n'y a donc plus aucune raison de prolonger la procédure de réorganisation. Le Tribunal clôture donc la procédure de réorganisation judiciaire et charge simultanément le mandataire de justice de poursuivre sa mission par le recouvrement et la répartition des créances (*Comm. Malines, 26/09/2010*).

Le Tribunal de Commerce d'Anvers a confirmé que la clôture d'une réorganisation judiciaire ne signifie pas *ipso facto* que la mission du mandataire de justice soit terminée (*Comm. Anvers, 25/01/2011*).

NB : d'autres tribunaux considèrent par contre que, si le passif ne peut être entièrement apuré suite au transfert, il y a lieu de prononcer « automatiquement » la faillite. La jurisprudence en la matière est donc encore sujette à évolution.

Le transfert de tout ou partie d'une entreprise dans le cadre la LCE doit porter sur une entité en "going concern».

Cette procédure ne peut donc pas être utilisée pour transférer la propriété d'un bien immobilier sans préserver l'entreprise ou ses activités.





MERITIUS
ADVOCATEN - AVOCATS

Il relève de l'appréciation du tribunal de décider si le transfert de l'entreprise ressortit encore à la procédure de sursis, ou si elle serait plus opportune dans le contexte d'une faillite.

LCE ou faillite ?

L'entreprise peut aussi attendre jusqu'à la fin du processus de réorganisation judiciaire (par exemple, le retrait de son plan) pour ensuite seulement solliciter un transfert sous autorité de justice (art. 59 LCE). La procédure peut en effet encore être rouverte, avec prolongation du sursis, si elle vise dorénavant un transfert de l'entreprise sous autorité de justice (art. 60, par. 2 LCE).

Selon le Tribunal de Commerce de Tongres, il relève alors de l'appréciation du tribunal de décider si ce transfert relève encore d'une procédure de réorganisation judiciaire. Si les moyens sont insuffisants pour poursuivre l'activité sociale normale et s'il n'y a aucune garantie de reprise des travailleurs, le tribunal doit apprécier la balance des intérêts, et vérifier si les créanciers et les

travailleurs n'auraient pas intérêt à une réalisation de l'actif à court terme dans le cadre d'une faillite, plutôt qu'à la désignation par le tribunal d'un mandataire de justice chargé du transfert sous autorité de justice (*Comm. Tongres, 27/09/2010*).

Le même tribunal a tranché un mois plus tard que, non seulement le plan de réorganisation était retiré, mais que le transfert sous autorité de justice dans le cadre de la LCE était refusé. Ainsi, les créanciers retrouvaient la liberté de poursuivre leurs créances initiales, et les conditions de la faillite étaient donc réunies. (*Comm. Tongres, 28/10/2010*)

Concours en cas de faillite subséquente

Le mécanisme autonome et spécifique de répartition des actifs dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice ne s'appliquera que si le transfert n'est pas suivi d'une faillite du débiteur, ou d'une autre forme de concours. Sauf si tous les fonds ont déjà été répartis et attribués, la faillite après le transfert absorbera ce premier concours.

Dans ce cas, le mécanisme de répartition propre au processus de réorganisation judiciaire sera remplacé par les mécanismes de la faillite.

L'huissier de justice, désigné dans la procédure de transfert sous autorité de justice devra transférer le solde du prix de cession au curateur (*Comm. Liège, 12/08/2010*).

Nos cabinets:

MERITIUS BRUSSELS

Avenue Georges Henrilaan 431 - 1200 Bruxelles
Tel. +32 (0)2 735 91 56 - Fax +32 (0)2 734 35 00
info.brussels@meritius.be

MERITIUS ANTWERPEN

Jules Moretuslei 374-376 - 2610 Antwerpen
Tel. +32 (0)3 825 55 00 - Fax +32 (0)3 825 56 00
info.antwerpen@meritius.be

MERITIUS GENT

Martelaarslaan 402 - 9000 Gent
Tel. +32 (0)9 269 70 70 - Fax +32 (0)9 269 70 71
info.gent@meritius.be

MERITIUS MONS

Rue Ste Gertrude 1 - 7070 Le Roeulx
Tel. +32 (0)64 66 50 12 - Fax +32 (0)64 67 60 93
info.mons@meritius.be

MERITIUS NAMUR

Avenue Cardinal Mercier 46 - 5000 Namur
Tel. +32 (0)81 744 204 - Fax +32 (0)81 744 207
info.namur@meritius.be

Visitez notre site web: www.meritius.be



MERITIUS is a member of **CYRUS ROSS INTERNATIONAL EEIG**

With member offices in Austria, Belgium, Bulgaria, Denmark, Finland, France, Germany, Great Britain, Ireland, Italy, Luxembourg, Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland

www.cyrusross.com