

MERITIUS®

AVOCATS - ADVOCATEN

Méritoire dans le droit

© Copyright MERITIUS

Dans ce numéro

L'art. 16 LCE est la pierre angulaire 1**Les travaux parlementaires** 1**Pouvoir d'appréciation judiciaire limité** 2**Le critère de viabilité joue quand même** 2**La demande doit-elle être légitime ?** 3**La jurisprudence des Cours est-elle suivie ?** 3**Quelques jugements liégeois pour résumer** 4**Etre "toujours prêt" évite de mauvaises surprises** 4

Loi sur la Continuité des Entreprises : une première année de jurisprudence

Gérard MARTIN - Luc STOLLE

La pierre angulaire : l'art. 16 LCE

L'art. 16 de la Loi relative à la Continuité des Entreprises (LCE) expose que la procédure de réorganisation judiciaire a pour but de préserver, sous le contrôle du Tribunal, la continuité de tout ou partie d'une entreprise en difficulté ou de ses activités.

La LCE permet au Tribunal d'accorder à une entreprise en difficulté une période de sursis afin de :

- parvenir à un accord à l'amiable avec deux ou plusieurs créanciers, ou
- obtenir l'accord de ses créanciers sur un plan de réorganisation global, ou
- transférer sous autorité de justice, à un ou plusieurs tiers, tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités.

La réalisation d'un ou plusieurs de ces objectifs doit donc permettre, pendant la période de sursis, de pérenniser tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités.

Pendant cette période, l'entreprise est protégée contre toute attaque de l'extérieur: elle ne peut ni être déclarée en faillite, ni être

judiciairement dissoute ; pendant la même période, toute exécution contre ses biens mobiliers ou immobiliers est impossible.

Dans le but de sauver autant d'activité économique que possible, le législateur a placé délibérément fort bas le seuil d'accès à la procédure de réorganisation judiciaire. Cette procédure ne doit pas nécessairement mener à l'assainissement ou au rétablissement de l'entreprise ; il suffit que le demandeur démontre qu'une partie au moins de son activité économique pourrait être sauvegardée. L'importance de cette «partie» n'est pas définie par la loi : une partie même minime des activités pourrait donc suffire.

Sa simplicité même ouvre la procédure de réorganisation judiciaire à de très nombreuses entreprises. Tel était bien le but du législateur, comme il résulte des travaux préparatoires parlementaires, et se reflète également dans la jurisprudence de l'année écoulée, soit la première année d'application de cette loi.

Les travaux parlementaires

Dans les travaux parlementaires préparatoires, on peut lire qu'il est « *nécessaire mais suffisant que la continuité de l'entreprise soit menacée à court ou moyen terme, de l'avis du débiteur, et que la procédure de réorganisation puisse constituer une partie de la solution pour le maintien total ou partiel de l'activité économique.* »

La procédure de réorganisation doit donc être autorisée dès qu'elle peut contribuer à préserver « une activité économique », si faible soit-elle. La LCE a été adoptée en pleine crise économique, et l'objectif était évidemment de limiter autant que possible la destruction d'activité économique et d'emploi.

Il n'est donc pas surprenant que la LCE puisse s'appliquer même lorsqu'une société est virtuellement en faillite.

On lit dans les travaux parlementaires que « *la procédure peut être ouverte lorsque, en réalité, la société est en faillite, mais que le processus de réorganisation est plus avantageux pour la collectivité et les créanciers que la faillite traditionnelle.* ».

Dans de nombreux cas, une entreprise même pratiquement en faillite aura encore une activité pouvant rester utile et être préservée lorsque, par exemple, elle est transférée sous contrôle judiciaire à une entreprise saine.



MERITIUS

ADVOCATEN - AVOCATS

La procédure de réorganisation judiciaire est autorisée dès que les conditions prévues par l'art. 23 LCE sont remplies : (1) la continuité de l'entreprise est menacée, immédiatement ou à terme, (2) la requête et ses annexes sont déposées, et (3) il n'a pas été recouru à la LCE pendant les trois années précédentes.

Pouvoir d'appréciation judiciaire limité

La jurisprudence a maintenant largement circonscrit le champ d'application de la LCE.

Ainsi, un arrêt de la *Cour d'Appel de Mons du 09/06/2009* énonce que la procédure de réorganisation judiciaire doit être appliquée dès que les conditions de l'art. 23 LCE sont remplies, c-à-d que :

- la continuité de l'entreprise est menacée, à bref délai ou à terme,
- une requête en réorganisation et ses diverses annexes sont déposées,
- l'entreprise n'a pas recouru à la LCE pendant les trois années précédentes.

La Cour admet que le pouvoir d'appréciation des Tribunaux est fortement limité.

Selon la Cour de Mons, il n'est même pas nécessaire que le demandeur démontre que la procédure de réorganisation judiciaire serait plus favorable pour les créanciers qu'une faillite. Il suffit au contraire de démontrer que la procédure offre au moins une partie de la solution pour préserver *une partie* de l'activité économique, indépendamment du fait que *l'ensemble* de l'entreprise serait peut-être en quasi faillite.

La Cour de Mons estime en outre que l'appréciation de la recevabilité de la demande n'exige pas une analyse approfondie de la viabilité de l'entreprise et de son projet de réorganisation. Elle estime néanmoins qu'on peut analyser la viabilité de l'entreprise *après* l'ouverture de la procédure de réorganisation.

Cette opinion a été précisée par l'arrêt de cette même *Cour d'Appel de Mons du 28/09/2009*.

La Cour y précise que la procédure de réorganisation judiciaire ne peut pas avoir pour but de permettre à des entreprises de faire approuver des plans de réorganisation irréalistes. Ce "filtrage" de la viabilité de l'entreprise - et donc l'analyse de la faisabilité de son plan de réorganisation - ne se fait cependant pas au début de la procédure de réorganisation, mais au cours de la procédure de sursis elle-même.

Moralité: au début de la procédure, il suffit que la continuité soit menacée (à bref délai ou à terme), sans qu'il soit besoin d'une analyse approfondie de la viabilité de l'entreprise.

Le critère de viabilité joue quand même

La viabilité peut quand même jouer un rôle lors de l'appréciation de la requête en octroi du sursis.

L'arrêt de la *Cour d'Appel d'Anvers du 27/07/2009* lie la viabilité à l'existence d'une continuité. Selon la Cour, il n'est pas question de continuité ni donc de viabilité lorsque les faits démontrent que les activités précédemment exercées ont été arrêtées et qu'un potentiel de nouvelles activités n'est pas suffisamment démontré.

C'est logique: une société ne peut vivre sans activité ; celle qui n'a plus aucune activité ne peut pas parler de continuité ou de la menace pour la continuité.

Dans un autre arrêt, la *Cour d'Appel d'Anvers* a souligné le *05/01/2010* qu'il n'est pas non plus question de continuité lorsque la procédure n'est manifestement utilisée que dans l'unique but de se protéger des actions des créanciers.

Souplesse des formalités

Selon la LCE, la procédure de réorganisation judiciaire est ouverte dès que la continuité de l'entreprise est menacée, à bref délai ou à terme, *et* qu'a été déposée la requête prévue par la loi. Quid si toutes les annexes justificatives, énoncées par la loi, ne sont pas jointes à la requête. ?

La loi permet explicitement d'encore déposer certaines annexes manquantes dans les 14 jours du dépôt de la requête. De plus, la jurisprudence se montre fort souple quant au dépôt de ces annexes.

Ainsi la *Cour d'Appel de Bruxelles* a estimé le *23/02/2010* qu'était recevable une requête en réorganisation à laquelle n'avait pas été jointe une annexe qui aurait dû être déposée en même temps que la requête (et qui ne bénéficiait donc pas du délai de 14 jours). La Cour a estimé que la réorganisation judiciaire ne pouvait refusée pour ce seul fait, dès lors que cette annexe avait été déposée à l'audience même au cours de laquelle le Tribunal

avait examiné la recevabilité de la procédure.

La *Cour d'Appel de Mons* va même plus loin dans son arrêt du *02/06/2010*, en admettant le dépôt d'une requête « ampliative » (complémentaire) le *lendemain* de l'audience et de la clôture des débats, mais avant que le jugement ait été rendu. NB : il y a, à vrai dire, un hiatus dans la loi, qui impose au Tribunal de statuer dans les 10 jours du dépôt de la requête, mais qui donne au débiteur, pour compléter le dépôt d'annexes à sa requête, un délai de ...14 jours !

Ce même arrêt énonce clairement que le demandeur ne doit pas démontrer qu'une réorganisation judiciaire serait plus intéressante pour ses créanciers qu'une faillite.

Quant l'éventuel « filtrage » de la viabilité des entreprises, sauf abus flagrant, il n'intervient éventuellement qu'en cours de procédure, après qu'un sursis ait été accordé, et n'influe donc pas sur la recevabilité de la requête.



La demande doit-elle être légitime ?

Les tribunaux peuvent-ils contester la légitimité d'une demande d'application de la LCE ?

Dans son arrêt du 28/09/2009, la *Cour d'Appel de Mons* considère qu'un examen approfondi du fondement de la demande en réorganisation n'est pas permis au stade d'appréciation de la recevabilité. Le juge ne peut pas y procéder au prétexte d'un soi-disant «abus présumé». Son analyse doit se

limiter à un contrôle marginal et restreint de l'existence d'un éventuel «abus manifeste».

La *Cour d'Appel de Liège* exprime le même avis dans son arrêt du 18/06/2009.

Elle estime que, sous couvert d'un prétendu examen de la légitimité de l'intérêt à introduire la procédure, un Tribunal ne peut pas introduire une condition supplémentaire d'absence de mauvaise foi, puisque cette condition n'est pas prescrite par la LCE.

La jurisprudence des Cours est-elle suivie ?

La jurisprudence des Tribunaux de Commerce suit maintenant les contours esquissés par les Cours.

Ainsi, le Tribunal de Commerce d'Anvers admet la "facilité d'accès" à la protection de la loi (LCE) et confirme que, pour apprécier la recevabilité de la demande, le Tribunal ne doit en principe examiner que la possibilité de préserver la continuité de tout ou partie de l'entreprise, et vérifier si celle-ci est menacée (art. 16 et 23 LCE). Ceci implique toutefois, selon le Tribunal de Commerce d'Anvers, qu'existe bien une activité économique substantielle, présentant un minimum de viabilité. La preuve doit en être fournie au moyen d'éléments concrets. (*Comm. Anvers, 26/05/2009*)

Le Tribunal d'Anvers a estimé que cette condition n'était pas remplie dans le cas d'une "coquille vide" et que, si une telle situation était tolérée plus longtemps, le passif ne pourrait qu'encore augmenter. En outre, le Tribunal a relevé que, en s'abstenant de payer ses dettes, ce débiteur pratiquait une concurrence déloyale envers ses concurrents du secteur qui, eux, paient correctement leurs dettes.

Enfin, dans la même affaire, le Tribunal a jugé qu'il y avait abus de droit: il a constaté que le débiteur avait consacré ses revenus à des fins illégitimes et qu'il tentait de recourir à la procédure de réorganisation judiciaire tout simplement pour encore gagner du temps...

Examinant la légitimité d'une requête en réorganisation, le Tribunal de Commerce de

Liège a jugé que le débiteur s'était rendu coupable de négligences graves et de pratiques incompatibles avec la législation fiscale et sociale, et que sa demande ne tendait finalement qu'à faire supporter par ses créanciers les conséquences de ses propres manquements. (*Comm. Liège, 11/05/2009*)

Le Tribunal de Commerce d'Anvers a estimé qu'il fallait vérifier s'il existe bien une activité économique et, si oui, si cette activité est viable. Ainsi, a-t-il considéré que, lorsqu'existe une activité économique et qu'un mécanisme peut être trouvé pour compenser la tardiveté des encaissements (due, dans ce cas, à la faute des institutions publiques...), et que des apports de tiers sont possibles, les chances de survie ne sont pas imaginaires. Il a donc accordé un sursis de cinq mois. Une même durée de sursis a été accordée dans un autre cas du même jour, en dépit du fait que la survie semblait discutable puisque beaucoup dépendrait de la capacité à attirer des capitaux de tiers. (*Comm. Anvers, 05/05/2009, deux jugements*)

Le Tribunal de Commerce de Tongres a décidé à deux reprises que le constat que la société était en situation de faillite (pas encore prononcée) n'empêchait pas qu'elle soit admise à bénéficier de la procédure de réorganisation judiciaire.

La chose requiert toutefois que l'entreprise ait une valeur sociale et qu'elle ait une chance raisonnable de survie, fût-ce sous une forme allégée ou avec une autre structure de capital. (*Comm. Tongres, 25/05/2009 et 06/07/2009*).

Quelques jugements liégeois pour synthétiser

Nous pouvons conclure ce rapide survol de la jurisprudence quant aux conditions d'application de la LCE (au stade de la recevabilité) par la jurisprudence du Tribunal de Commerce de Liège, qui est particulièrement nette.

Ce Tribunal a déclaré à plusieurs reprises que, pour ouvrir une procédure en réorganisation judiciaire, il est nécessaire mais aussi suffisant qu'existe une menace à court ou moyen terme pour la continuité «selon l'opinion du débiteur lui-même», et qu'une

réorganisation judiciaire puisse constituer un composant d'une solution pour préserver tout ou partie de l'activité économique.

Pour ce faire, selon le Tribunal de Commerce de Liège, il n'est même pas nécessaire que le débiteur démontre la réalité d'une menace de discontinuité, il lui suffit d'en affirmer la réalité ! (*Comm. Liège, 28/04, 06/05, 12/05 et 14/5/2009*)

Pour apprécier la recevabilité de la demande en réorganisation, le Tribunal ne doit examiner que la possibilité de préserver la continuité de tout ou partie de l'entreprise, et vérifier si celle-ci est menacée.

Ceci implique toutefois qu'existe une activité économique substantielle, présentant un minimum de viabilité. La preuve doit en être fournie au moyen d'éléments concrets.





MERITIUS
ADVOCATEN - AVOCATS

Etre "toujours prêt" évite de mauvaises surprises

Le Tribunal de Commerce de Hasselt a montré que la maxime des scouts s'applique aussi aux entreprises.

Ce Tribunal a jugé qu'il y a abus de procédure si l'entreprise néglige de prendre les initiatives nécessaires et de demander à ses gérants et associés d'apurer leur compte courant et de libérer le capital. Le Tribunal estime donc que l'entreprise ne peut pas demander une protection pour obtenir un arrangement avec ses créanciers, alors qu'elle ne fait même pas payer ses débiteurs « les plus proches ».

On peut comprendre qu'un magistrat ne puisse pas admettre que les créanciers soient amenés à faire des concessions dans le cadre d'un accord amiable ou un plan de réorganisation alors que les gérants ou administrateurs

de la société en ont retiré de l'argent à des fins personnelles. (*Comm. Hasselt, 20/10/2009*)

Ce jugement de Hasselt a déjà, à juste titre, été reproduit dans d'autres juridictions.

Pas la peine d'essayer non plus lorsqu'une société s'est abstenue d'établir ses deux derniers comptes annuels ou, pour un commerçant, d'introduire sa déclaration de revenus (entre autres *Anvers 12/11/2010, Comm. Hasselt 02/06/2009, Comm. Nivelles 09/07/2009*).

Celui qui n'est pas en ordre de formalités aussi élémentaires peut donc parfois se retrouver bien malin... De l'intérêt, pour toute entreprise, d'être « toujours prête », en remplissant à temps ses diverses obligations administratives, fiscales, etc.

Une marche avant sans marche arrière...

Le demandeur qui constate que son objectif initial ne pourra être atteint, peut modifier l'objet de sa demande en cours de procédure mais, curieusement, il ne peut le faire que dans un sens mais pas dans l'autre.

Ainsi, à tout moment pendant le sursis, il peut demander au tribunal (art. 39 LCE):

1° s'il a sollicité la procédure en vue d'obtenir un accord amiable, que la procédure soit poursuivie pour proposer un plan de réorganisation ou pour consentir à un transfert sous

autorité de justice;

2° s'il a sollicité la procédure pour proposer un plan de réorganisation, qu'il consente au principe d'un transfert sous autorité de justice.

Mais pas question de modifier une demande dans le sens inverse...

Sauf cas particulier, une entreprise sera donc bien avisée de ne pas solliciter de suite un transfert sous autorité de justice (puisque, si ce projet se réalise pas, il sera trop tard pour solliciter un plan de réorganisation).

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