



Editorial

Irresponsables les banquiers ?

Les articles 75 à 77 de la loi du 28 avril 2010 « portant des dispositions diverses » n'auront pas manqué de surprendre le lecteur attentif : le législateur entend-t-il déresponsabiliser les bailleurs de fonds ?

En substance, les dispositions nouvelles précisent que la faillite d'une personne ou la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice ne peut, à elle seule, constituer le fondement d'une mise en cause de la responsabilité du « donneur de crédit » ou de « l'investisseur » qui « a donné du crédit pour ou a investi dans une nouvelle activité déployée par le failli ou par un administrateur, gérant ou dirigeant de la société faillie, quelle que soit la forme sous laquelle cette nouvelle activité est exercée ».

Est-ce à dire qu'une banque ne peut plus voir sa responsabilité querellée pour un crédit qu'elle a octroyé ?

Rien n'est moins sûr : si la survenance de la faillite ou d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice ne peut à elle seule constituer la démonstration d'une faute, la loi nouvelle n'interdit aucunement que pareil événement soit, avec d'autres, pris en compte par le juge afin de conclure ou non à la responsabilité du banquier.

La jurisprudence antérieure à cette législation demeure, spécialement en ce qui concerne les critères d'appréciation du caractère fautif de l'attitude du bailleur de fonds, d'actualité et le risque de mise en cause de la responsabilité du banquier est loin d'être écarté.

Jean-Pierre BUYLE
jpbuyle@philippe-law.eu

Sommaire

Page 2

Du bon équilibre des droits dans une procédure en continuité d'entreprise

Page 4

De la valeur d'une mise en gage général de créances en cas de faillite

Page 6

Q.F.I.E. et le droit européen

Page 8

De l'utilité des chèques certifiés

Page 9

Le caractère formel d'un appel à une garantie locative

Page 10

Les critères d'acceptation d'une offre de reprise en cas de transfert d'entreprise sous autorité judiciaire

■ Du bon équilibre des droits dans une procédure en continuité d'entreprises

Une société connaissait des difficultés suite à une diminution de son chiffre d'affaires en raison d'une aggravation des retards de paiements de ses clients institutionnels, conjuguée avec un effort important en termes de recherche et développement.

La société disposait de plusieurs crédits d'investissement et un crédit de caisse dont le bon remboursement était garanti par un gage sur fonds de commerce (incluant les créances), un gage général des créances de la société ainsi qu'un gage sur les actions d'une filiale de la société créditée.

En novembre 2009, l'administrateur-délégué de la société informa son banquier des graves difficultés de trésorerie de la société et annonça son intention de déposer une requête en réorganisation judiciaire. Peu de temps après, les crédits furent dénoncés et quelques jours plus tard, le gage, dont bénéficiait la banque, fut signifié à tous les créanciers. Début décembre, la banque procéda également à la saisie du fonds de commerce par exploit d'huissier et saisit de la sorte différentes créances détenues par la société débitrice.

La société déposa le 9 décembre sa requête en réorganisation judiciaire et le 21 décembre, le tribunal de commerce de Namur accorda une mesure de sursis en vue de réorganiser l'entreprise par un accord collectif.

La société saisit le juge des référés afin qu'il soit dit pour droit que la banque devait être considérée comme un créancier sursitaire et ne bénéficiait pas de l'application de l'article 32

de la loi sur la continuité des entreprises. Pour rappel, cet article prévoit que « *le sursis n'affecte pas le sort des créances spécifiquement gagées au profit de tiers* ».

Dans un premier temps, le juge des référés rappela qu'il était tenu par une appréciation *prima facie* des intérêts en présence, dans les limites du provisoire : il ne peut pas rendre une décision sur le fond et il ne peut pas prendre une mesure qui porterait un préjudice définitif et irréparable sur le fond.

Il précisa ensuite que la doctrine est unanime sur la portée qu'il faut donner à l'article 32 de la loi : si le sursis affecte les saisies et les voies d'exécution, cette règle ne vaut pas pour « *les créances spécifiquement gagées au profit de tiers* ».

La situation est certes différente « *pour le créancier gagiste sur fonds de commerce, même lorsque, comme la Cour de cassation l'a admis, l'assiette en inclut les créances, valeurs mobilières et espèces, aussi longtemps qu'au-*

« la situation est différente pour le créancier gagiste sur fonds de commerce, même lorsque, l'assiette en inclut les créances, valeurs mobilières et espèces, aussi longtemps qu'aucune saisie, quelle qu'en soit l'origine, n'est pratiquée sur les éléments composant le fonds de commerce »

cune saisie, quelle qu'en soit l'origine, n'est pratiquée sur les éléments composant le fonds de commerce ».

Selon les travaux parlementaires, la disposition de l'article 32 concerne les créances qui sont données spécifiquement en gage et ne visent pas les créances qui seraient comprises dans un fonds de commerce.

M. Zenner rappelle que le créancier gagiste sur fonds de commerce n'est pas, en tant que tel, exempté des effets du sursis provisoire, même pour ce qui concerne les créances qui y sont intégrées, celles-ci ne se trouvent pas « *spécifiquement gagées* » ; aussi longtemps qu'aucune saisie n'est pratiquée sur les éléments composant le fonds de commerce, l'as-

« Le juge constate que la banque avait mis en œuvre son gage avec diligence mais sans abus »

siette du gage demeure en effet fluctuante.

En résumé, le juge rappela que le sursis affecte les droits du gagiste sur fonds de com-

merce à moins qu'une saisie ait été pratiquée et que des créances aient été spécifiquement gagées, c'est-à-dire « *particulièrement gagées, identifiées comme faisant partie du gage* ».

Dans le cas d'espèce, le juge dût constater que la notification du gage et la saisie du fonds de commerce incluant la saisie spécifique de certaines créances étaient antérieures au jugement accordant le sursis. Le procès-verbal de saisie du fonds de commerce mis en gage détaille les éléments saisis, en ce compris la liste

des créances. Les factures visées par la saisie étaient expressément annexées au procès verbal de saisie.

La société se demandait si une telle réponse ne compromettrait pas irrémédiablement le sauvetage de l'entreprise, en d'autres termes, la banque, étant le seul créancier gagiste à agir de la sorte, n'abuse-t-elle pas de son droit ?

Le juge rappelle que la loi a pour objectif d'assurer la continuité des entreprises et il n'est pas question que cet objectif soit compromis par des réalisations intempestives de sûretés. Il faut cependant raison garder : la loi a clairement entendu assurer un équilibre entre les droits du débiteur et ceux de ses créanciers. Il ne saurait être question de paralyser les droits de ces derniers plus que de raison. Seuls les abus manifestes dans le cadre de procédures qui ont des chances d'aboutir doivent être sanctionnés.

Y avait-il en l'espèce une disproportion entre le droit de la banque et les réelles perspectives de succès de redressement de la société qui employait 26 personnes directement ou indirectement ?

Le juge constate que la banque avait mis en œuvre son gage avec diligence mais sans abus : les crédits sont dénoncés le 16 novembre, la notification aux créanciers date du 25 novembre et la saisie est effectuée le 3 décembre. La société disposait de tous les éléments pour anticiper la mesure et déposer une requête en réorganisation avant la saisie du fonds de commerce.

Le juge considéra qu'il n'existait pas, de façon manifeste, d'abus de droit dans le chef de la

banque justifiant qu'elle soit déchue de ses droits. Le juge précise toutefois que la loi a prévu d'autres mécanismes assurant un équilibre entre les droits du débiteur et ceux des créanciers, puisque l'article 31 notamment permet la mainlevée de saisies déjà pratiquées

antérieurement « *selon les circonstances et dans la mesure où cette mainlevée n'impose pas un préjudice significatif au créancier* ». A priori, précisait malicieusement le tribunal, un débat sur cette base n'était pas à exclure...

■ De la valeur d'une mise en gage général de créances en cas de faillite

Une banque avait introduit une déclaration de créance au passif d'une société faillie. La créance fut admise à titre chirographaire par la curatelle. La banque modifia ultérieurement sa demande et revendiqua un droit de gage portant sur toutes créances actuelles et futures de la société entre-temps déclarée faillie.

Peu après, le curateur écrivit au SPF Finances qu'il modifiait « l'erreur » qui s'était « glissée » dans le projet de reddition de comptes, le gage sur factures de la banque étant admis et ramena à due concurrence les montants revenant à l'Etat belge. Ce dernier contesta la manière de faire du curateur en soutenant dans un premier temps qu'en introduisant sa créance sans invoquer un privilège ou une sûreté, la banque ne pouvait plus, après admission de cette créance au passif chirographaire, revendiquer le gage dont elle prétendait disposer en vertu des contrats de crédit souscrits.

Le tribunal de commerce de Liège qui eût à connaître du litige ne retint pas l'argument en précisant que si l'irrévocabilité du contenu d'u-

ne créance s'oppose à ce que admise, elle soit ultérieurement contestée dès lors qu'elle fait définitivement partie du passif, lorsque le curateur n'a vérifié que le quantum de la créance produite, le créancier qui s'avise pouvoir bénéficier d'une clause de préférence peut « amender »

sa déclaration.

En effet, selon le tribunal, il ne remet pas en cause l'admission antérieure en postulant que sa créance

produite soit reconnue à titre privilégié, il complète sa demande initiale, étant entendu que son droit de préférence ne sera opposable que pour l'avenir.

Dès lors que le procès-verbal de reddition des comptes admet le privilège invoqué, l'on conçoit mal pour quels motifs il incomberait

« lorsque le curateur n'a vérifié que le quantum de la créance produite, le créancier qui s'avise pouvoir bénéficier d'une clause de préférence peut « amender » sa déclaration »

encore au créancier de faire consacrer le dit privilège par jugement : ceci n'est certes pas le vœu du législateur qui a voulu notamment accélérer le traitement des faillites et la possibilité de formuler un contredit protégeant à suffisance les créanciers contestant l'admission par la curatelle de sûretés.

A titre subsidiaire, l'Etat belge soutenait que les clauses contenues dans les contrats de crédit lui seraient inopposables en ce qu'elles

« la mise en gage d'un fonds de commerce peut garantir des créances futures à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables lors de la constitution de la sûreté. Cette condition est remplie si la convention instituant la sûreté permet de les définir et s'il résulte des éléments de la cause qu'elles sont effectivement de celles que les parties avaient entendu assortir de la garantie. »

viseraient une créance en compte courant qui n'y est pas expressément reprise.

Le tribunal rappelle que la constitution d'un gage sur fonds de commerce requiert outre le droit de propriété d'un fonds de commerce dans le chef du constituant et sa capacité d'aliéner le fonds, le bénéficiaire devant être une banque

ou un établissement de crédit agréé, que la créance garantie soit valable. En ce qui concerne cette dernière condition, il convient de souligner que la mise en gage d'un fonds de commerce peut garantir des créances futu-

res à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables lors de la constitution de la sûreté. Cette condition est remplie si la convention instituant la sûreté permet de les définir et s'il résulte des éléments de la cause qu'elles sont effectivement de celles que les parties avaient entendu assortir de la garantie. Est ainsi valable un gage sur fonds de commerce constitué en garantie de tous sommes dues ou à devoir ou de tous engagements pris ou à prendre, ces termes visant toutes les dettes pouvant résulter des relations d'affaires entre débiteur et créancier et paraissant suffisamment déterminée nonobstant leur caractère général. C'est au moment de l'exécution du contrat de sûreté qu'il faut vérifier, à l'aide des éléments de la cause, si les créances actuelles pour lesquelles le gagiste entend faire jouer la garantie sont effectivement de celles que les parties avaient (lors de sa constitution) entendu assortir de cette garantie.

Or, en l'espèce le tribunal constate que la clause de la banque était parfaitement conforme aux conditions précitées : la constitution d'un compte courant débiteur du gérant de la société constituait, à l'évidence selon le tribunal, dans le chef de celle-ci, une créance prévisible lors de la mise en gage. Surabondamment, le tribunal précise qu'une telle créance est de nature commerciale, son titulaire étant une société commerciale et cette créance résultant de son activité de sorte que la comparaison effectuée par l'Etat belge avec une asbl ne repose sur aucun fondement.

■ Q.F.I.E. et le droit européen

Deux sociétés immobilières françaises avaient souscrit un crédit auprès d'une banque belge afin de réaliser des investissements immobiliers en France. Le gérant desdites sociétés s'était porté caution solidaire et indivisible des engagements des deux sociétés.

Plusieurs années après, le crédit – qui n'était pas régulièrement remboursé – a été dénoncé par la banque belge et les sociétés immobilières de même que le gérant ont été invités à rembourser le solde restant dû. Ces derniers refusèrent d'honorer leur engagement au motif que le contrat de crédit avait une cause illicite ou, à tout le moins, qu'il aurait eu pour objet d'éviter l'application d'une législation impérative française qui aurait permis à la banque d'obtenir des avantages fiscaux indus.

Le litige fut soumis au Tribunal de 1^{ère} instance de Bruxelles qui constata que la conclusion du contrat de crédit avait rendu possible l'application, par les parties, des dispositions de la convention franco-belge du 10 mars 1964 tendant à éviter les doubles impositions. L'article 16 de la convention prévoyait que les intérêts sont imposables dans l'Etat de résidence du bénéficiaire. L'article précise toutefois que l'Etat où les intérêts ont leur source conserve le droit de soumettre ces intérêts à un impôt prélevé à la source, dont le taux ne peut excéder 15%. Dans ce cas, l'impôt ainsi perçu était imputé, dans les conditions prévues par la convention, sur celui qui était exigible dans l'autre Etat.

En exécution de cette convention, une quotité forfaitaire d'impôt étranger (QFIE) de 15% était donc prélevée à la source sur les montants payés à titre d'intérêts par les sociétés immobilières et versée à l'Etat français. Le montant de cette QFIE pou-

vait ensuite être imputé par la banque sur l'impôt qui lui était réclamé en Belgique par le fisc belge. Le tribunal rappelle que c'est bien le fait que la banque était résidente belge (ne possédant pas d'établissement stable en France) et que les

« une quotité forfaitaire d'impôt étranger (QFIE) de 15% était donc prélevée à la source sur les montants payés à titre d'intérêts par les sociétés immobilières et versée à l'Etat français. Le montant de cette QFIE pouvait ensuite être imputé par la banque sur l'impôt qui lui était réclamé en Belgique par le fisc belge. »

sociétés immobilières étaient résidentes françaises qui permettait l'application de la convention précitée du 10 mars 1964. L'application de ce système, bien que fiscalement avantageuse pour la banque, n'était nullement frauduleux dès lors que les parties se trouvaient dans les conditions prévues par la loi pour l'appliquer. Le tribunal releva que les clients de la banque profitaient, eux-mêmes, de ce système dès lors qu'il permettait à la banque de leur octroyer un crédit à un taux intéressant.

Mais ces derniers invoquaient que seule la violation par la banque de loi impérative française n° 84/46 du 24 janvier 1984 avait permis de rendre la convention applicable. Selon eux, si la banque avait respecté cette législation – qui imposait notamment aux personnes exerçant de manière habituelle des opérations bancaires sur le territoire français de disposer d'un agrément – elle aurait été contrainte de disposer d'une succursale en France et n'aurait

« tant qu'elle soumettait la réalisation, en régime de libre prestation de services, de prêts hypothécaires par des établissements de crédit ayant leur siège dans un autre Etat membre où ils bénéficiaient pour cette activité d'un agrément délivré par l'autorité de contrôle, à un établissement sur le territoire de l'Etat d'accueil, la législation française allait au-delà de ce qui était objectivement nécessaire pour protéger les intérêts qu'elle avait pour but de sauvegarder et était, dès lors, incompatible avec ledit Traité. »

donc plus été dans le conditions requises pour bénéficier du régime visé par l'article 16 de la convention franco-belge précitée.

Force était cependant de constater, selon le tribunal, que suite à un arrêt rendu par la Cour de Justice des

communautés européenne, la Cour d'appel de Paris a considéré, en juin 2000, que « tant qu'elle soumettait la réalisation, en régime de

libre prestation de services, de prêts hypothécaires par des établissements de crédit ayant leur siège dans un autre Etat membre où ils bénéficiaient pour cette activité d'un agrément délivré par l'autorité de contrôle, à un établissement sur le territoire de l'Etat d'accueil privant ainsi de tout effet utile les dispositions de l'article 49 du Traité instituant la Communauté européenne d'application directe et inconditionnelle, la législation française allait au-delà de ce qui était objectivement nécessaire pour protéger les intérêts qu'elle avait pour but de sauvegarder et était, dès lors, incompatible avec ledit Traité ».

La Cour de cassation s'est ralliée à cette position dans son arrêt du 4 mars 2005. Il appartenait dès lors au Tribunal de tenir compte de cette jurisprudence – bien que postérieure à la signature du contrat de crédit litigieux – pour apprécier la pertinence du raisonnement développé par les sociétés françaises. Dans ces circonstances, il ne pouvait être reproché à la banque, pour obtenir l'annulation du contrat de crédit litigieux, d'avoir contrevenu aux dispositions de cette loi impérative.

Le tribunal releva, surabondamment, que cette disposition n'était pas applicable qu'aux personnes exerçant une activité bancaire « habituelle sur son territoire », ce que les éléments objectifs du dossier ne permettaient pas d'établir dans le chef de la banque (d'autant qu'en l'espèce la banque avait été approchée par un tiers mandaté par les sociétés françaises pour l'obtention d'un crédit).

■ De l'utilité des chèques certifiés

Une cliente reprochait à son banquier d'avoir manqué de diligence tant dans la présentation au paiement d'un chèque que dans la transmission de l'information du non-paiement de ce chèque pour défaut de provision.

Le tribunal constata que la banque avait remis le 12 septembre en chambre de compensation un chèque qui avait été émis et lui avait été remis le 10 septembre, soit à peine 2 jours plus tôt, alors que le délai légal de présentation est de 8 jours.

A l'appui de ses reproches, la cliente invoquait le fait qu'elle avait informé le personnel de l'agence de ses craintes sur la solvabilité du tireur dudit chèque et de la circonstance qu'à plusieurs reprises, plusieurs chèques émis par ce dernier étaient restés impayés par manque de provision. Le tribunal constata toutefois que la cliente restait en défaut de démontrer la réalité de ses allégations à ce propos. Le tribunal rappelle en outre que la banque n'aurait pu procéder à la contre-passation de l'écriture créditant le compte de la cliente du montant du chèque litigieux et en informer celle-ci, avant d'avoir reçu l'avis d'impayé. La banque avait reçu cet avis le 18 septembre et avait procédé à la contrepassation le 20 septembre. La banque expliquait l'écoulement du délai par la circonstance qu'elle avait dû effectuer des recherches pour retrouver le numéro de compte à débiter, et ce en raison du fait que ce dernier était devenu illisible à la suite des cachets et paginateurs imprimés ou apposés par la ban-

que tirée sur le verso du chèque litigieux.

L'opération avait été inscrite le jour même sur l'extrait de compte et la circonstance que la cliente n'avait pu en prendre connaissance, par ce biais, que le 30 septembre n'était pas imputable à la banque mais était dû à la circonstance que la cliente avait choisi, comme périodicité d'émission de ses extraits bancaires, une émission tous les 8 jours bancaires ouvrables. La banque avait également informé la cliente par un courrier du 24 septembre. Le 20 sep-

tembre, date de l'opération, étant un vendredi, l'écoulement de ce délai ne fut pas jugé excessif par le tribunal, la cliente ne démontrant pas que la banque, qui n'est tenue qu'à une obligation de moyen, n'avait pas tout mis en œuvre pour lui adresser

cette information plus tôt.

La cliente faisait également grief à sa banque de l'avoir autorisée à procéder aux divers retraits qui ont eu pour conséquence, en raison de la contre-passation ultérieure de l'écriture créditant son compte du montant du chèque

« la cliente invoquait le fait qu'elle avait informé le personnel de l'agence de ses craintes sur la solvabilité du tireur dudit chèque et de la circonstance qu'à plusieurs reprises, plusieurs chèques émis par ce dernier étaient restés impayés par manque de provision. »

litigieux, de mettre son compte en négatif.

Le tribunal rappelle que le compte de la cliente avait été crédité du montant du chèque, sous réserve d'encaissement, ce qui signifie que jusque l'éventuelle contre-passation pour défaut

«le compte de la cliente avait été crédité du montant du chèque, sous réserve d'encaissement, ce qui signifie que jusque l'éventuelle contre-passation pour défaut de paiement, les fonds étaient à la disposition de la cliente et que la banque ne pouvait s'opposer à ces retraits.»

de paiement, les fonds étaient à la disposition de la cliente et que la banque ne pouvait s'opposer à ces retraits. Pour le surplus, le tri-

bunal relève que la cliente savait, de son propre aveu, pour en avoir été la victime précédemment, que le tireur du chèque avait déjà

émis, par le passé, des chèques sans provision. Nonobstant cela, la cliente n'avait pas exigé un chèque certifié, ni pris la précaution de présenter directement le chèque auprès de la banque tirée, ce qui aurait pu éviter la disparition de la provision.

Enfin, même si la cliente avait demandé au personnel de la banque de vérifier si le chèque était provisionné, elle ne pouvait ignorer, puisque visiblement, elle était utilisatrice de ce mode de paiement, que son compte n'était crédité que sous réserve de bonne fin et qu'entre la remise du chèque à sa banque et le paiement du chèque par une autre banque, il s'écoule nécessairement quelques jours, délai au cours duquel le risque de voir la provision existante disparaître est réel. Il lui appartenait dès lors de se montrer prudente et de s'abstenir de faire usage de ces fonds avant d'avoir reçu confirmation que le chèque avait été payé.

■ Le caractère formel d'un appel à une garantie locative

Une banque avait notifié au bailleur avoir émis d'ordre et pour compte de son client, locataire, une garantie bancaire dont le bailleur était bénéficiaire. La banque précisait dans cette notification les conditions strictes dans lesquelles elle exécuterait le contrat passé entre elle et le locataire.

Un litige survient quant à la validité de l'appel introduit et qui n'avait pas respecté les formalités prescrites par la banque.

La justice de paix de Colfontaine rappelle à cette occasion que le rapport entre les parties s'analyse sous l'angle de la stipulation pour autrui en cas d'inexécution des obligations auxquelles le locataire s'est engagé envers son bailleur : le locataire est le stipulant, la banque le promettant et le bailleur le bénéficiaire. Le juge précise que si ce dernier (le bailleur) dispose d'une action directe à l'encontre du promettant (la banque) encore est-il

que cette action doit s'opérer selon les seules conditions convenues entre ce dernier et le stipulant (le locataire).

Or en l'espèce, il fut remis de la main à la main à une préposée de l'agence bancaire un écrit au fin d'appel par le stipulant alors que ce dernier avait accepté que pour être valable tout appel devait être adressé à la banque par le bailleur, par lettre recommandée à l'adresse du siège régional de la banque et être accompagnée d'une photocopie de la carte d'identité du bailleur. Il était en outre précisé que la banque ne procédera au paiement qu'après réception d'un des documents suivants : « *soit un accord*

écrit entre le bailleur et le locataire soit une décision de justice... ».

Le juge précise en outre qu'il était vain de révéler qu'une préposée-employée de la succursale de la banque à Colfontaine aurait émis un avis et énoncé que la forme recommandée de la demande n'était exigée qu'*ad probationem*, donc dans le seul intérêt du bailleur, dès lors qu'elle n'était d'aucune manière habilitée à représenter la banque dans le cadre d'une éventuelle négociation tendant à novation ou modification quelconque des termes et conditions de forme initialement convenus.

■ Les critères d'acceptation d'une offre de reprise dans le cadre d'un transfert d'entreprise

Une société qui avait connu une chute de près de 80% de son chiffre d'affaires en raison du ralentissement des activités de son principal client avait déposé une requête en réorganisation judiciaire. Le tribunal de commerce de Charleroi fit droit à cette demande en accordant un sursis de 6 mois. Quelques mois plus tard, requête fut déposée par la société en vue de modifier l'objectif de la procédure en réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités. Le tribunal mit donc fin à la procédure par accord amiable et ouvrit la procédure par transfert en accordant un sursis supplémentaire et en désignant un mandataire de justice afin de réaliser ledit transfert.

Après avoir recueilli une seule offre ferme et

considérant que la société se trouvait devant la seule alternative d'accepter cette offre ou d'être déclarée en faillite, le mandataire de justice déposa une requête en autorisation du transfert de l'entreprise au profit de l'offrant devant le tribunal de commerce qui autorisa l'exécution de la vente proposée.

Les banques créancières de la société en difficulté interjetèrent appel de ce jugement au motif que le mandataire de justice n'avait pas rempli sa mission avec la compétence et l'impartialité nécessaires et que la seule offre qu'il avait recueillie ne répondait pas aux conditions légales.

1. Cession d'actifs ou transfert d'entreprise ou d'activité

Les banques soutenaient qu'il n'existait pas de

consistance réelle à l'objet du transfert dès lors que les activités de la société étaient réduites à néant, la cession reposant uniquement sur le système de chômage économique dispensant le repreneur de maintenir toute activité réellement effective sur le site. Selon les banques, la

«le transfert sous autorité de justice peut, aux termes de l'article 59 de la loi sur la continuité des entreprises, avoir pour objet tout ou partie de l'entreprise – à savoir un ensemble complexe de moyens de production, de clientèle et d'actifs – ou porter sur tout ou partie des activités de cette entreprise»

société en difficulté et le repreneur maquilleraient une simple cession d'actifs en transfert d'activités au motif que la première exige l'accord des créanciers

gagistes ou hypothécaires alors que le second permettait de leur imposer le prix de la cession même si la vente est purgante.

Le tribunal rappelle que le transfert sous autorité de justice peut, aux termes de l'article 59 de la loi sur la continuité des entreprises, avoir pour objet tout ou partie de l'entreprise – à savoir un ensemble complexe de moyens de production, de clientèle et d'actifs – ou porter sur tout ou partie des activités de cette entreprise.

En l'espèce, l'offre formulée portait sur la reprise d'une partie du personnel et sur l'intégralité des moyens de production et des actifs, mobiliers et immobiliers. Le business plan illustrait les avantages que le repreneur entendait tirer d'une reprise de l'activité à savoir l'accroisse-

ment de sa taille économique, la situation géographique intéressante à deux points de vue à savoir dans une perspective de développement vers les Pays-Bas et l'Allemagne et parce qu'elle permet la réduction des coûts de livraison à son principal client. Le tribunal releva en outre qu'il était plus simple pour le repreneur « d'attendre au balcon » la débâcle complète de la société et sa mise en faillite pour racheter les actifs de manière dispersée sans prendre le risque économique de relancer une activité dans un contexte de crise. Il n'était dès lors pas démontré que l'objet de l'offre formulée par le repreneur ne correspondait pas à la notion de transfert de tout ou partie de l'entreprise de la société en difficulté ni que son intention réelle serait de procéder au démantèlement de ladite société après en avoir acquis les actifs.

2. Critères d'acceptation de l'offre de reprise

L'article 54 § 1^{er} de la loi sur la continuité des entreprises prévoit que, sur le rapport du juge délégué, le tribunal accorde l'autorisation sollicitée par application de l'article 62, alinéa 4, si la vente projetée satisfait aux conditions fixées à l'alinéa 2 dudit article, lequel renvoie à la mission du mandataire de justice qui 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. En cas de pluralité d'offres comparables, la priorité est accordée par le tribunal à celle qui garantit la permanence de l'emploi par un accord social négocié* ».

Le tribunal saisi par le mandataire de justice

d'une demande d'autorisation de transfert n'a pas le pouvoir de modifier les conditions des offres qui lui sont présentées, il peut dès lors refuser ces offres, soit sélectionner celle qu'il acceptera en fonction des critères prévus par la loi, soit encore subordonner son autorisation à des conditions minimales, lesquelles pourront le cas échéant lui être proposées par le débiteur ou par les personnes disposant d'une inscription sur le fonds de commerce concerné.

La question centrale en l'espèce réside dans la détermination des critères qui guideront la décision du tribunal lorsque le mandataire de justice propose une offre unique. En cas de pluralité d'offres et lorsque celles-ci sont comparables, la loi balise clairement ce choix : la primauté est en ce cas donnée à l'offre qui préserve le mieux la permanence de l'emploi.

Est-ce à dire qu'en cas d'unicité de l'offre, le critère du maintien de l'emploi n'aurait aucune priorité et que le tribunal devrait au contraire s'assurer de ce que l'offre présentée respecte de manière équilibrée, d'une part, le maintien de l'activité et de l'emploi et, d'autre part, les droits des créanciers ?

Selon la Cour d'appel de Mons une réponse négative s'impose.

La lecture des travaux préparatoires révèle en effet le souci constant du législateur de garantir, au travers des nouvelles procédures, le maintien de l'activité de l'entreprise et la sauvegarde de l'emploi (« on part de l'idée selon laquelle la sauvegarde de l'entreprise, ou au moins de certaines activités de cette dernière, est l'objectif à atteindre. Pour ce faire, il faut prévoir que, sous le couvert d'un moratoire souple, l'entreprise puisse être cédée. Cela peut être envisa-

gé dès le départ ou cela peut s'imposer ensuite en cas d'échec ou de réorientation d'une procédure de réorganisation classique. Le maintien de l'emploi est un facteur décisif dans cette procédure de transfert. Une fois réalisé le transfert des activités qui ont une rentabilité économique actuelle ou potentielle, la personne qui a cédé ses activités n'aura sans doute plus beaucoup d'autres recours que la faillite ou la mise en liquidation. La situation de cette personne n'en est pas moins favorable que si elle avait directement fait aveu de faillite et, par ailleurs, l'emploi est sauvegardé dans de meilleures conditions et à moindre coût social »

Doc Parl.) Comme le souligne la doctrine, la philosophie de cette loi se différencie en cela de celle du concordat judiciaire qui tendait à la fois à redresser la situation du débiteur en difficulté et à désintéres-

ser les créanciers. Ce souci s'est concrétisé dans la description de la mission confiée au mandataire de justice, dont les recherches doivent clairement « privilégier » le maintien de tout ou partie de l'activité de l'entreprise, et donc de l'emploi, tout en « ayant égard » aux droits des créanciers.

Une hiérarchie est ainsi posée en ce sens que si ces deux paramètres doivent être rencontrés lors de l'examen de l'offre présentée par le

« En cas de pluralité d'offres et lorsque celles-ci sont comparables, la loi balise clairement ce choix : la primauté est en ce cas donnée à l'offre qui préserve le mieux la permanence de l'emploi »

mandataire de justice, il reste que le seuil d'exigence requis pour chacun reste différencié : là où le législateur parle de priorité à l'activité et donc à l'emploi, il limite en revanche la protection des droits des créanciers à leur seule prise en compte.

Il en résulte que la Cour d'appel de Mons fait sien l'analyse reprise dans le jugement attaqué de la portée de l'article 62 de la Loi sur la continuité des entreprises en considérant que : pour déterminer si les droits des créanciers étaient ou non tenus pour négligeables, le critère à retenir ne résidait pas dans un taux minimum de remboursement de leurs créances mais bien dans la vérification de ce que le meilleur prix de réalisation des actifs du débiteur était obtenu, ce meilleur chiffre correspondant à la valeur maximale pouvant être atteinte eu égard à la situation de l'offre et de la demande, en *going concern* ou en discontinuité.

Les intérêts des créanciers ne seront considérés comme bradés que si et seulement le prix offert par le candidat-cessionnaire se révèle significativement inférieur à la valeur des actifs, considérée dans une optique de démembrement.

La Cour constate en outre que les pourcentages de récupération de leurs créances, tels qu'estimés par les banques pour conclure à la velléité du prix global proposé par le repreneur, doivent être relativisés. En effet, ils sont calculés sur la créance actuelle des banques, sans avoir égard au sort des contestations déjà émises à l'égard des compensations opérées par le client unique de la société en difficulté et qui seraient susceptibles, à les supposer fondées, de réduire sensiblement cette créance.



<p>Banque & Finance est publié par l'association d'avocats Philippe & Partners société civile à forme de S.C.R.L.</p> <p>avec la collaboration de</p> <p>André-Pierre ANDRE-DUMONT Jean-Pierre BUYLE Gilles DEJEMEPPE Koen DE MOOR Bruno DESSART Mady GEERTS Naomi GLIBERT Pascale HALIN Gilles LAGUESSE Isabelle MOENS de HASE Denis PHILIPPE Dominique TORBEYNS Daniël VANDERMOSEN Annelien VERSCHAEVE Jeanine WINDEY</p>	<p>Réalisation Alphonse HOTTAT mise en page Colette FLAHAUT</p> <p>Les informations publiées par Banque et Finance sont données à titre de renseignements. Il ne s'agit pas de consultations juridiques portant sur des situations déterminées.</p> <p>Les destinataires de cette lettre d'informations sont informés par la présente de ce qu'ils sont enregistrés dans un fichier établi en vue de l'envoi de la lettre d'informations. Le cas échéant, ils peuvent demander l'application de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée.</p> <p>Reproduction autorisée, sauf à des fins commerciales, moyennant mention de la source.</p> <p>Prochain numéro : Septembre 2010</p> <p>Editeur responsable : Jean-Pierre Buyle Avenue Louise 240, 1050 Bruxelles Tél. 32 2 600 52 00—Fax : 32 2 600 52 01 jpbuyle@philippe-law.eu</p>
---	--