

Note

L'arrêt Sobelair: un arrêt kaléidoscope

Jeanine Windey, Dominique Torbeyns et Thomas Hürner¹

I. INTRODUCTION

1. La décision annotée tranche de manière très nette une série de questions éminemment délicates et controversées du droit des procédures de liquidation collective ainsi que du droit judiciaire privé. Le retentissement qu'il a provoqué dans le monde financier et les controverses d'ordre juridique qu'il ne manquera pas de susciter à son tour méritent dès lors un examen approfondi des solutions qu'il consacre.

Mais il y a plus: tel un kaléidoscope, l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles combine la multitude des solutions qu'il consacre à propos des différentes demandes dont la cour est – ou s'estime – saisie et ce, nous le verrons, indépendamment de la question de leur compatibilité.

La cour statue ainsi sur la question de la connexité entre plusieurs demandes répondant à des règles procédurales différentes, sur certaines questions de procédure liées aux passerelles subsistant entre le concordat et la faillite, sur celle du désistement, par le débiteur, de la demande en concordat qu'il a introduite, ou encore sur celle de l'effet dévolutif de l'appel.

Avant d'examiner les solutions réservées par la cour d'appel à chacune de ces questions et d'entreprendre leur analyse critique, nous nous proposons de résumer brièvement la décision entreprise ainsi que l'arrêt objet de la présente note.

II. LA DÉCISION ENTREPRISE: LE JUGEMENT DU TRIBUNAL DU COMMERCE DE BRUXELLES DU 19 JANVIER 2004²

2. Par requête du 7 janvier 2004, la Sobelair a sollicité le bénéfice du sursis provisoire devant le tribunal de commerce de Bruxelles. La procédure s'est clôturée par un jugement rendu le 19 janvier 2004, lequel a déclaré la Sobelair en faillite.

A. Le déroulement de la procédure

3. Deux audiences furent tenues dans le cadre du traitement de la cause devant le premier juge.

La première eut lieu le 8 janvier 2004, lors de laquelle les créanciers de la Sobelair ont été entendus. Bien que le procès-verbal de cette audience soit rédigé sur un formulaire pré-imprimé intitulé "*Proces-verbaal van de openbare terechtzittingen*", le jugement mentionne expressément que le conseil de la Sobelair a été entendu en chambre du conseil le 8 janvier 2004 et que les conseils des créanciers ont suivi les débats de l'accord de la Sobelair, en se référant pour cela au procès-verbal de l'audience.

L'audience suivante s'est tenue le 15 janvier 2004. En ce qui concerne le déroulement de la procédure, le jugement se

borne à indiquer que l'avis du ministère public au sujet de la requête en concordat a été rendu en chambre du conseil.

Lors de cette même audience, les membres du conseil d'entreprise de la Sobelair ont déposé une "*requête en comparution volontaire – note de plaidoirie*"³ par laquelle ils demandaient, d'une part, à être entendus dans le cadre de la procédure concordataire et, d'autre part, à ce qu'un administrateur provisoire soit désigné en application de l'article 8 de la loi sur les faillites.

Le même jour, la société Jetair, le curateur de la Sabena ainsi que la Sobelair déposèrent un procès-verbal de comparution volontaire au greffe du tribunal de commerce. La demande formulée aux termes dudit procès-verbal tendait à obtenir que la dissolution de la Sobelair soit prononcée en application de l'article 634 du Code des sociétés. Un numéro de rôle distinct de celui porté par la requête en concordat fut attribué à cette affaire.

Le jugement dont appel mentionne expressément que les parties à l'action en dissolution ont demandé que la cause introduite par le dépôt de la requête en concordat ainsi que celle faisant l'objet du procès-verbal de comparution volontaire soient jointes, en vertu de l'article 30 du Code judiciaire.

¹ Avocats au barreau de Bruxelles, Eubelius.

² Comm. Bruxelles 19 janvier 2004, *T.R.V.* 2004, p. 171, note M. Vanmeenen.

³ Le texte original du jugement utilise l'expression "*verzoekschrift vrijwillige verschijning – pleitnota*".

B. La décision entreprise

4. Statuant sur l'exception de connexité soulevée par les parties, le tribunal de commerce de Bruxelles décide de joindre les deux affaires précitées au le motif que "*chacune des procédures en cause concerne le sort de la SA Sobelair dans l'hypothèse de l'obtention ou du rejet de la demande en concordat*"⁴.

Le jugement examine ensuite la question de l'admissibilité du concordat et constate que *lors de l'audience en chambre du conseil du 15 janvier 2004*, la Sobelair a fait l'aveu judiciaire du fait qu'elle *'n'insistait plus pour l'obtention du concordat*⁵ "et ce, *"au motif que les solutions proposées dans la requête ne peuvent plus être réalisées dès lors que Jetair et les curateurs de la Sabena en faillite ont introduit une demande conformément à l'article 634 du Code des sociétés*"⁶.

Le tribunal observe encore que la Sobelair ne dispose plus des moyens financiers suffisants lui permettant de poursuivre ses activités et, partant, déclare la demande en concordat recevable mais non fondée.

Dans la foulée, le tribunal déclare la demande en désignation d'un administrateur provisoire introduite par les membres du conseil d'entreprise de la Sobelair irrecevable, une telle demande devant être introduite par requête unilatérale

devant le président du tribunal. La demande tendant à être entendu est quant à elle jugée recevable mais désormais sans objet en raison du rejet de la demande en concordat.

5. Ayant rejeté la demande en concordat, le premier juge examine si les conditions de la faillite de la Sobelair sont réunies en l'espèce, conformément à la faculté qui lui est offerte aux termes de l'article 15, § 2, de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire. Le premier juge prend soin de faire précéder par trois astérisques l'examen des conditions de la faillite, séparant de la sorte la partie du jugement relative au concordat de celle relative à la procédure de faillite (voy. *infra*).

Concernant la condition posée par l'article 15, § 2, précité, à la mise en œuvre de la procédure de faillite d'office, soit l'obligation faite au tribunal d'entendre "*spécialement*" le débiteur concordataire sur les conditions de la faillite, le premier juge renvoie au procès-verbal de l'audience du 15 janvier 2004.

Le tribunal examine ensuite la situation financière de la Sobelair et, considérant que celle-ci est en état de cessation de paiement et d'ébranlement de crédit, prononce la faillite de la société. Partant, il rejette la demande en dissolution postulée sur base de l'article 634 du Code des sociétés comme non fondée.

III. L'ARRÊT DE LA COUR D'APPEL DU 30 JUIN 2004

6. La Sobelair a interjeté appel du jugement déclarant sa faillite d'office par application de l'article 15, § 2, de la loi sur le concordat.

A. Griefs émis à l'encontre du jugement du 19 janvier 2004

7. À titre principal, la Sobelair sollicite la mise à néant du jugement attaqué au motif qu'il serait entaché d'une double cause de nullité.

La Sobelair invoque, d'une part, le non-respect de l'article 764, 8°, du Code judiciaire qui impose que les demandes en faillite soient soumises pour avis au ministère public, considérant qu'à tout le moins, l'article 780, 1° et 4°, du même code impose de mentionner ledit avis dans le jugement. D'autre part, la Sobelair allègue que l'audience du 15 janvier 2004 s'est déroulée en chambre du conseil et ce, alors que les audiences sont publiques en application des articles 148 de

la Constitution et 757 du Code judiciaire, sauf disposition contraire expresse.

La Sobelair considère que les vices de procédure précités portent également atteinte à ses droits de la défense et, partant, constituent une violation de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En revanche, l'appelante estime qu'il n'appartient pas à la cour de se prononcer sur les conditions de la faillite, cette question ne faisant pas l'objet de sa saisine.

8. À titre subsidiaire, la Sobelair sollicite, à supposer que la cour ne déclare pas la nullité du jugement entrepris mais s'estime compétente pour se prononcer sur le fond de la cause, que celle-ci rapporte la faillite de la société.

Le grief articulé par l'appelante au soutien de sa demande subsidiaire s'attache dès lors à démontrer que les deux conditions posées pour prononcer la faillite d'un commerçant en

4. Traduction libre de: "elk der procedures het lot van de NV SOBELAIR betreft in geval van een toekenning of verwerping van de akkoordaanvraag".

5. Traduction libre de: "dat zij niet langer aandringt op het bekomen van een gerechtelijk akkoord".

6. Traduction libre de: "om reden dat de oplossingen, voorgesteld in het verzoekschrift, niet meer kunnen worden gerealiseerd door het feit dat de NV JET AIR en de curatoren van SABENA, in faling, een vordering instellen conform artikel 634 W.Venn."

application de la loi sur les faillites n'étaient pas réunies en l'espèce⁷.

9. De leur côté, les curateurs de la Sabena ont fait reproche au premier juge de ne pas avoir traité la demande de dissolution judiciaire de la Sobelair en audience publique (voy. l'arrêt annoté, n° 8). Ils n'ont toutefois pas fait appel incident, à ce sujet.

B. La décision rendue par la cour d'appel

10. Sur la question de la connexité entre les différentes demandes introduites devant le premier juge, la cour d'appel réforme le jugement entrepris, considérant que celles-ci "étaient (...) soumises à des règles de procédure différentes"⁸.

La cour estime en effet que si le débiteur doit certes être entendu en chambre du conseil dans le cadre de la procédure concordataire, par application analogique de l'article 11, § 2, de la loi relative au concordat judiciaire, et que la demande de désignation d'un administrateur provisoire doit être pareillement traitée en chambre du conseil en vertu des articles 1028 et 1029 du Code judiciaire, en revanche, la demande fondée sur l'article 634 du Code des sociétés est soumise au droit commun de la procédure civile et doit, par conséquent, être examinée en audience publique.

La cour, faisant au droit au moyen soulevé par l'appelante, conclut que "la décision sur la demande de concordat judiciaire de la Sobelair a été traitée de manière illégale"⁹.

11. Le premier juge ayant fait usage de l'option qui lui est conférée aux termes de l'article 15, § 2, de la loi relative au concordat judiciaire de prononcer la faillite d'office du débiteur concordataire, la cour d'appel examine ensuite si celui-ci a respecté les conditions posées aux termes de cet article à sa mise en application.

La cour observe que la partie du jugement relative à la faillite d'office forme une partie distincte de la procédure en concordat. Elle précise au surplus qu'"aucune disposition légale ne fait obstacle à ce qu'il soit statué sur la demande en con-

cordat et sur la déclaration de faillite dans des jugements distincts"¹⁰.

La cour d'appel en conclut que les règles usuelles relatives à l'instruction d'une demande en faillite sont applicables lorsque le tribunal se saisit lui-même de la question de la faillite, en sorte que l'instruction de la cause et le prononcé de la décision doivent se dérouler en audience publique après que le ministère public a rendu un avis sur la réunion des conditions de la faillite.

Constatant que ces règles n'ont pas été observées, la cour fait droit au grief de nullité du jugement *a quo* soulevé par l'appelante¹¹.

12. Relevant que le jugement attaqué a déduit du soutien donné par la Sobelair à la demande de dissolution judiciaire sur pied de l'article 634 du Code des sociétés introduite par ses créanciers, un aveu judiciaire de ne plus satisfaire aux conditions d'obtention du concordat, la cour décide qu'en signant le procès-verbal de comparution volontaire fondé sur l'article 634 précité, la Sobelair s'est désistée de la demande en concordat, conformément à l'article 824 du Code judiciaire.

La cour en conclut que le tribunal aurait dû se limiter à constater le désistement et, partant, à déclarer la procédure concordataire terminée, n'étant plus habilitée à "recevoir la requête ni la rejeter sur le fond"¹².

Dès lors que le tribunal de commerce était sans compétence pour rejeter la requête en concordat, la cour d'appel décide qu'il "était sans juridiction pour déclarer la faillite de la société Sobelair"¹³, la condition posée aux termes de l'article 15, § 2, de la loi relative au concordat judiciaire pour déclarer la société en faillite n'étant plus remplie.

Par conséquent, la faillite de la Sobelair est rapportée.

13. Prenant acte de ce que les curateurs de la Sabena ainsi que la Sobelair ont confirmé à l'audience maintenir leur demande de dissolution judiciaire sur pied de l'article 634 du Code des sociétés, la cour d'appel se déclare expressément saisie de cette demande, la comparution volontaire la formalisant ayant par ailleurs été "valablement constatée par le tribunal de commerce"¹⁴.

7. D'autres demandes accessoires ont été formulées par la Sobelair. Celles-ci ne faisant toutefois pas l'objet de développements dans le cadre du présent article, nous n'avons pas estimé utile d'en faire état.

8. Traduction libre de: "Hierna zal evenwel blijken dat ze aan verschillende procedurevoorschriften zijn onderworpen" (arrêt annoté, n° 15).

9. Traduction libre de: "De beslissing over de vordering tot gerechtelijke ontbinding van Sobelair werd op onwettige wijze getroffen" (arrêt annoté, n° 19).

10. Traduction libre de: "Geen enkele wettelijke bepaling staat er overigens aan in de weg dat over de aanvraag en de faillietverklaring in onderscheiden vonnissen wordt beslist" (arrêt annoté, n° 21).

11. Le débiteur ayant été entendu sur les conditions de la faillite en chambre du conseil, d'une part, et le ministère public ayant limité son avis à la procédure concordataire, d'autre part.

12. Traduction libre de: "Zodoende kon de rechtbank het verzoek niet meer ontvangen en ten gronde verwerpen" (arrêt annoté, n° 24).

13. Traduction libre de: "(...) zonder rechtsmacht was om NV Sobelair failliet te verklaren" (arrêt annoté, n° 24).

14. Traduction libre de: "(...) de rechtbank van koophandel de vrijwillige verschijning om over deze rechtsvordering te horen beslissen geldig heeft vastgesteld" (arrêt annoté, n° 26) et cela, alors que la cour avait constaté que le procès-verbal de comparution volontaire n'avait pas été signé par le tribunal.

La cour prononce la dissolution judiciaire de la société, constatant que les conditions de l'article 634 du Code des sociétés sont réunies, l'actif net de la société étant inférieur au seuil de 61.500 euros et aucune perspective de régularisation de sa situation financière n'étant envisageable.

14. Pour le surplus, la cour condamne l'État belge au paiement des frais liés à la faillite ainsi que des honoraires des curateurs¹⁵ et donne acte à la Sobelair de ce que celle-ci se réserve le droit de demander des dommages et intérêts à charge de qui il appartiendra, en raison de la perte de son fonds de commerce par suite du prononcé illégal de la faillite d'office.

IV. EXAMEN DES DIFFÉRENTS POINTS TRANCHÉS PAR L'ARRÊT ANNOTÉ ET APPRÉCIATION CRITIQUE

A. Remarque liminaire concernant les voies de recours offertes contre une décision de faillite "d'office": appel ou tierce opposition?

15. Parallèlement au dépôt de sa requête d'appel, la Sobelair a formé tierce opposition, à titre conservatoire, et pour les mêmes motifs, à l'encontre du jugement prononcé par le tribunal de commerce de Bruxelles.

Ce double recours est assurément lié à l'existence de la controverse concernant la nature du recours offert au débiteur déclaré en faillite sur saisine d'office du tribunal. Certes, si la faillite d'office a été formellement supprimée par la nouvelle loi du 8 août 1997 sur les faillites, la doctrine majoritaire¹⁶ a cependant analysé les quatre passerelles entre le concordat et la faillite instituées aux termes de la nouvelle loi sur le concordat, comme autant de cas de faillite d'office. L'arrêt annoté s'inscrit dans le cadre de l'une de ces passerelles, étant la déclaration de faillite après le rejet de la demande en concordat (art. 15, § 2 précité).

a. Rappel des principes

16. La doctrine enseigne que le cumul de recours à l'encontre d'une seule et même décision est prohibé. La règle est exprimée dans la maxime: "*electa una via non datur recursus ad alteram*"¹⁷.

Cette règle n'est consacrée par le Code judiciaire qu'à propos de la procédure en référé, aux termes de l'article 1039, alinéa 3, dudit code.

La doctrine et la jurisprudence considèrent toutefois que la prohibition du cumul de recours n'empêche pas le concours d'une opposition ou d'une tierce opposition avec un appel, à

l'initiative d'une même partie, pour autant que le second recours – quel qu'il soit – ait un caractère conservatoire et ne soit introduit qu'à titre subsidiaire pour le cas où le premier serait déclaré irrecevable¹⁸.

Le concours entre un appel et une tierce opposition se produira généralement lorsque, comme en l'espèce, il y a dans le chef de celui qui agit, un doute sur la qualité de tiers ou de partie à la décision entreprise.

La Cour de cassation a par ailleurs décidé que la maxime précitée, "*electa una via, non datur recursus ad alteram*" ne constitue pas un principe général de droit¹⁹.

17. Sous l'empire des anciennes lois coordonnées sur le concordat judiciaire, le tribunal de commerce avait, de la même manière que sous l'empire de la loi du 17 juillet 1997, la possibilité, à plusieurs stades de la procédure concordataire, de rejeter la demande ou d'annuler ou résoudre le concordat et de déclarer la faillite du débiteur.

La Cour de cassation fut saisie à plusieurs reprises de la question de la nature du recours du débiteur, à l'encontre de la décision de faillite.

Par un premier arrêt du 30 janvier 1970²⁰, la cour a, après avoir constaté que l'annulation ou la résolution du concordat n'entraîne pas par elle-même et nécessairement la faillite – et cela, alors qu'il était unanimement admis que le dépôt de la requête en concordat emportait aveu de la cessation des paiements –, considéré que "*les deux procédures ne sont pas indivisibles et qu'il n'est pas contradictoire de décider que la demanderesse était partie dans la première et que les demandeurs n'étaient pas parties dans la seconde*"²¹.

¹⁵. La cour d'appel précise à ce sujet que la détermination des coûts et honoraires des curateurs reviendra au tribunal de commerce de Bruxelles.

¹⁶. G. DAL et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, "La nouvelle procédure de faillite", in *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite: les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Centre Jean Renauld, 1997, Bruxelles, Bruylant, p. 129, n° 17; Ph. GÉRARD, J. WINDEY et M. GRÉGOIRE, "Le concordat judiciaire et la faillite", in *Les dossiers du Journal des tribunaux*, n° 17, 1998, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 16, note de bas de page n° 20; A. BENOIT-MOURY et N. THIRION, "La nouvelle procédure concordataire, pierre angulaire du droit des entreprises en difficulté?", in *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite: les lois des 17 juillet et 8 août 1997, o.c.*, p. 59, n° 36 et p. 63, n° 43.

¹⁷. A. FETTWEIS, *Manuel de procédure*, 2^{ème} éd., 1987, Faculté de droit de Liège, n° 710, p. 479; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile* 2003, Bruxelles, Larcier, n° 206, p. 288.

¹⁸. A. FETTWEIS, *o.c.*, n° 710, p. 479; G. DE LEVAL, *o.c.*, n° 206, p. 288 et n° 250, p. 336; Mons 14 décembre 1987, *J.L.M.B.* 1988, p. 254.

¹⁹. Cass. 30 avril 1997, *Pas.* 1997, I, n° 209, p. 521.

²⁰. Cass. 30 janvier 1970, *Pas.* 1970, I, p.455.

²¹. Suivant notre compréhension, le tribunal avait, après l'annulation du concordat de la société, prononcé la faillite de cette dernière et de son gérant.

La cour ajoute que l'arrêt attaqué relève les éléments démontrant que les défendeurs n'ont pas été parties au jugement de faillite, à savoir "que les demandeurs n'ont pas été assignés en déclaration de faillite, qu'ils n'ont pas eu connaissance d'une demande en déclaration de faillite et qu'ils n'ont pu se défendre à cet égard puisqu'ils n'avaient pas reçu communication des documents invoqués".

Dans une autre espèce²² ayant donné lieu au rejet de la demande en concordat et à la faillite subséquente du débiteur, la Cour de cassation décide, d'une part, que "le rejet du concordat n'entraîne pas ipso facto et nécessairement la déclaration de faillite" et, d'autre part, que "les deux procédures ne constituent pas nécessairement un tout²³", en sorte qu'il est possible que le débiteur "ait été partie à la procédure relative au concordat judiciaire et n'ait pas été partie à la déclaration de faillite qui a été prononcée d'office²⁴".

Monsieur l'avocat-général Janssens de Bisthoven a eu l'occasion d'explicitier la position de la cour quant à l'existence de deux procédures distinctes, dans des conclusions précédant un arrêt du 26 janvier 1996²⁵.

En l'espèce, le débiteur reprochait au tribunal de commerce de l'avoir déclaré en faillite sans respecter le prescrit de l'article 24 des lois coordonnées sur le concordat judiciaire. Cette disposition permettait au tribunal, à tout moment entre le premier rapport fait par le juge délégué, jusqu'à l'homologation du concordat, s'il acquérait la conviction que le débiteur n'était pas malheureux et de bonne foi, de le déclarer en faillite, après l'avoir entendu ou dûment convoqué. Or, le tribunal de commerce l'avait déclaré en faillite sans l'avoir convoqué ni entendu.

La cour d'appel avait considéré qu'il n'y avait pas eu violation de la loi, dans la mesure où le dépôt de la requête en concordat emportait un aveu de cessation des paiements et que par conséquent, le tribunal était, dès ce moment, saisi de l'état virtuel de faillite du débiteur et qu'il n'était dès lors pas nécessaire de l'entendre à nouveau sur sa situation, en cas de rejet du concordat avant son homologation.

Outre la méconnaissance d'un texte légal clair, Monsieur l'avocat-général souligne que le prétendu aveu de faillite s'inscrit dans une procédure bien particulière: une demande

de concordat. Il cite à cet égard Frédéricq: "en déposant sa requête en concordat, le débiteur sollicite l'autorisation de conclure une convention avec ses créanciers (...); il soumet sa situation au tribunal (...); il ne se défend pas judiciairement contre une mise en faillite, puisque l'instance qui y est relative ne s'ouvrira éventuellement que plus tard²⁶".

Monsieur Janssens de Bisthoven ajoute: "l'examen de la demande en concordat, d'une part, et l'appréciation de l'existence des conditions de la faillite, d'autre part, constituent deux procédures distinctes²⁷. Ceci résulte de la loi et de l'interprétation qui en est donnée par la cour et la doctrine²⁸".

18. Le fait que le débiteur ait été entendu dans le cadre de la déclaration de faillite d'office et, partant, qu'il ait été en mesure de faire valoir ses observations, ne lui confère pas la qualité de partie.

Dans son arrêt qui a mis fin à la controverse existant en cette matière, la Cour de cassation a décidé que "la seule circonstance que le débiteur a fourni des explications au tribunal avant que le tribunal de commerce le déclare en faillite, ne le met pas en cause²⁹".

La Cour de cassation a confirmé son enseignement par un arrêt subséquent du 1^{er} avril 1993. Après avoir rappelé que "lorsque, dans le cas de la procédure de déclaration de faillite d'office prévue par l'article 442 de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, le débiteur a été invité par le tribunal de commerce à comparaître devant lui, il n'a pas été procédé conformément aux dispositions des articles 700, 706, 1025 à 1029 du Code judiciaire"³⁰, la cour en conclut que "des circonstances que le débiteur a fourni des explications au tribunal de commerce, qu'il a fait valoir ses moyens, que le tribunal a clos les débats, entendu le ministère public et tenu la cause en délibéré, il ne peut être déduit que le débiteur a été partie au jugement déclaratif de faillite d'office³¹".

Il importe de souligner que l'arrêt attaqué avait mentionné expressément que le débiteur avait été convoqué à comparaître à une audience publique, pour présenter ses observations, avec l'avertissement que sa faillite pourrait être déclarée d'office.

22. Cass. 12 septembre 1982, *Pas.* 1983, I, n° 48, p. 87.

23. Nous mettons en italique.

24. Nous mettons en italique.

25. Cass. 26 janvier 1996, *R.D.C.B.* 1996, p. 710.

26. L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII, 1949, Gand, Éd. Fecheyr, n° 27, p. 103.

27. Nous mettons en italique.

28. Monsieur Janssens de Bisthoven cite, outre l'arrêt de la Cour de cassation du 17 septembre 1982 dont question ci-dessus, un arrêt de la cour du 21 juin 1888 (*Pas.* 1888, I, 278) ainsi que la doctrine: L. FRÉDÉRICQ, *o.c.*, t. VIII, n° 722, p. 957; A. CLOQUET, *Novelles, Droit commercial, t. IV, Les concordats et la faillite*, 3^{ème} éd., 1985, Bruxelles, Larcier, n° 729, p. 227 et n° 871, p. 264; Fr. T'KINT, "Dix années de droit de la faillite", *R.R.D.*, n° spécial, août 1992, pp. 142 et 143; Y. DUMON et J. WINDEY, "Questions spéciales de la faillite", in *L'entreprise en difficulté*, 1981, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, pp. 174 à 176.

29. Cass. 31 janvier 1986, *Pas.* 1986, I, n° 345, p. 648; *R.D.C.* 1986, p. 280.

30. Cass. 1^{er} avril 1993, *Pas.* 1993, I, n° 172, p. 348.

31. *Ibid.*

19. Une solution identique, tant en ce qui concerne la question de l'indivisibilité de la procédure concordataire avec la procédure en déclaration de faillite qu'en ce qui concerne la question de la qualité de partie du débiteur dans cette dernière, s'impose, à notre sens, sous l'empire des lois de juillet et août 1997.

L'inefficacité de l'ancienne législation sur le concordat tenait essentiellement aux conditions auxquelles la loi subordonnait l'accès à l'institution, soit être en état de cessation de paiement. Le législateur de 1997 a dès lors entendu ouvrir la procédure de sursis aux débiteurs en difficulté, mais ne se trouvant pas dans les conditions d'une faillite, soit en faillite virtuelle.

La distinction entre les deux procédures, le concordat judiciaire d'une part, et la faillite, d'autre part, a été ainsi accentuée par le législateur. Encore moins qu'avant où le concordat était une institution permettant au débiteur "d'éviter la faillite" (art. 1^{er} des anciennes lois coordonnées sur le concordat judiciaire), l'entreprise qui dépose et soutient une requête en concordat se défend-elle contre une mise en faillite.

Par conséquent, même si un seul jugement est rendu, conformément au texte de l'article 15, § 2, de la loi du 17 juillet 1997, encore celui-ci contient-il deux décisions intervenant dans deux procédures distinctes.

20. À notre connaissance, une seule décision, rendue après l'entrée en vigueur de la loi du 17 juillet 1997, a été publiée. La cour d'appel d'Anvers, dans un arrêt du 25 septembre 2000³², considère que la déclaration de faillite n'est pas une procédure distincte de la procédure en sursis et que le tribunal puise son droit de déclarer la faillite dans le fait qu'une procédure de concordat a été introduite³³, relevant qu'en l'espèce, celle-ci l'a été par requête du débiteur, conformément à l'article 1025 du Code judiciaire. Elle en déduit que le débiteur est partie au jugement de faillite.

En statuant de la sorte, la cour d'Anvers prend l'exact contre-pied de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, qui distinguait nettement les deux procédures et dont nous indiquions au point précédent que son maintien s'impose.

Le fait que la procédure concordataire soit introduite par requête du débiteur ne peut lui donner la qualité de "partie" qu'en ce qui concerne l'objet de la demande qu'il forme; il ne demande nullement que sa propre faillite soit déclarée.

À cet égard, il est permis d'établir un lien avec la situation du débiteur déclaré en faillite sur aveu. S'il est exact que le débiteur qui fait aveu de faillite soumet sa situation patrimoniale à l'appréciation du tribunal, il n'en devient pas pour autant un "demandeur" en déclaration de faillite. Comme l'observent avec pertinence Messieurs Coppens et T'Kint, "par son aveu, le débiteur n'a pas demandé à être déclaré en faillite: il a simplement porté à la connaissance du tribunal qu'il se trouvait en état de cessation des paiements et que son crédit était ébranlé³⁴". Il en résulte que le débiteur n'est pas partie à la cause et que seule la tierce opposition lui est ouverte³⁵.

21. Nonobstant la solution dénuée d'ambiguïté retenue par la Cour de cassation sous l'empire de l'ancienne législation, la controverse sur le recours du débiteur a repris en doctrine, après la promulgation des nouvelles lois des 17 juillet et 8 août 1997.

M. Verougstraete, tout en reconnaissant que "sans doute la simple audition du débiteur au sujet de la faillite ne rend-elle pas le débat contradictoire" considère qu'une seule décision est rendue, formant un tout, qui doit être frappée d'un seul recours, l'appel³⁶.

M. Zenner, en revanche, défend la position qu'il existe deux décisions distinctes et se prononce par conséquent en faveur du maintien de la jurisprudence antérieure³⁷.

À notre sens, il faut conclure que, tout comme sous le régime des anciennes lois sur le concordat et les faillites, le recours à l'encontre de la décision de faillite prononcée dans la foulée de l'échec du concordat est exclusivement la tierce opposition.

L'enseignement de la Cour de cassation rappelé ci-dessus nous paraît par conséquent devoir être appliqué aux quatre hypothèses de faillite d'office subsistant dans la nouvelle loi consécutivement à l'existence de passerelles avec la procédure en concordat, nonobstant la circonstance que le législateur ait expressément prévu que le débiteur est entendu sur les conditions de la faillite³⁸.

³². Anvers 25 septembre 2000, *R.W.* 2001-02, p. 246.

³³. L'argument ne résiste guère dès lors que sous le régime des anciennes lois coordonnées sur le concordat judiciaire, plusieurs dispositions, notamment l'art. 24, prévoyaient expressément qu'en cas d'échec de la procédure, le tribunal pouvait déclarer le débiteur en faillite.

³⁴. P. COPPENS et Fr. T'KINT, "Examen de jurisprudence (1979 à 1983) – Les faillites et les concordats", *R.C.J.B.* 1984, p. 477, n° 36.

³⁵. Gand 18 octobre 2000, *R.D.C.B.* 2002, p. 35.

³⁶. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat* 2003, Bruxelles, Kluwer, n° 341, p. 235, n° 341; voy. également n° 124, p. 93 et n° 462, p. 304.

³⁷. A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats* 1998, Bruxelles, Larcier, n° 1437, p. 1016. Voy. dans le même sens, Ph. GÉRARD, J. WINDEY et M. GRÉGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite, Dossiers du Journal des tribunaux*, n° 17, 1998, Bruxelles, Larcier, n° 120, p. 126.

³⁸. J. WINDEY, "La procédure", in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Commission droit et vie des affaires, 47^{ème} séminaire, 6-7 novembre 1997, 1998, Éd. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, p. 201, n° 67.

b. Appréciation critique de la solution retenue par l'arrêt annoté

22. Si l'introduction concomitante de l'appel et de la tierce opposition par la Sobelair est exempte de critiques, il résulte de ce qui précède que c'est à tort que l'arrêt annoté a jugé l'appel interjeté par la Sobelair recevable.

Pour en décider ainsi, la cour a nécessairement dû considérer que les deux procédures – en concordat et en déclaration de faillite – formaient un tout³⁹ puisque seule l'indivisibilité de celles-ci permet d'attribuer au débiteur la qualité de partie au jugement déclarant sa faillite.

Outre que cette solution se heurte à la jurisprudence de la Cour de cassation examinée ci-dessus, elle est difficilement conciliable avec les termes mêmes de l'arrêt annoté.

Il ressort en effet d'une lecture attentive de celui-ci que la cour d'appel *n'a pas jugé* que la conjonction des procédures précitées aboutissaient à une seule et même décision.

Bien au contraire, l'arrêt énonce que *“la mesure qui est, ensuite, éventuellement, prise d'office par le tribunal repose donc sur une partie de la procédure distincte de la demande en concordat, même si le rejet du concordat et la déclaration de faillite sont décidés dans un seul et même jugement⁴⁰”*. La cour ne craint en outre pas d'affirmer qu' *“aucune disposition légale ne fait obstacle à ce qu'il soit statué sur la demande en concordat et sur la déclaration de faillite dans des jugements distincts⁴¹”*, en contrariété avec les termes clairs de l'article 15, § 2, de la loi sur le concordat qui dispose que *“[s]i la demande en concordat est rejetée, le tribunal peut prononcer la faillite du débiteur dans le même jugement⁴² après l'avoir spécialement entendu sur les conditions de la faillite”*.

La solution retenue par l'arrêt – qui consiste à appréhender les deux procédures en concordat et en déclaration de faillite de manière distincte mais à considérer néanmoins que le débiteur est partie à chacune de celles-ci – est incompatible avec les arrêts de la Cour de cassation décidant que la circonstance que le débiteur ait été entendu est insuffisante à conférer pareille qualité à celui-ci (voy. *supra*).

B. Question de la connexité entre les différentes demandes introduites devant le premier juge

23. L'arrêt annoté considère que c'est à tort que le premier juge a fait droit à l'exception de connexité soulevée par les parties entre les différentes demandes introduites devant lui et ce, pour le motif que ces dernières étaient soumises à des règles de procédure différentes.

Il s'impose par conséquent d'examiner quelles règles régissent le traitement des différentes demandes formées par les parties devant le premier juge et de vérifier dans quelle mesure une éventuelle disparité de celles-ci justifie de refuser la jonction des actions.

a. Rappel des principes

24. Si la loi relative au concordat judiciaire prévoit expressément, en son article 11, § 2, que le débiteur est entendu en chambre du conseil lorsque l'introduction de la procédure concordataire est le fait du procureur du Roi, elle est en revanche muette sur la question de savoir s'il doit en être de même lorsque la procédure est introduite par le débiteur.

Ainsi que nous l'exposons dans une de nos précédentes contributions⁴³, le tribunal de commerce de Hasselt⁴⁴ a estimé que l'absence de disposition particulière prévoyant l'audition du débiteur en chambre du conseil lorsque la procédure trouve son origine dans une requête déposée par ce dernier, était due à un oubli du législateur. La *ratio legis* est en effet identique dans les deux cas: garantir au débiteur la discrétion nécessaire lors de l'instruction de la cause. La solution est approuvée à l'unanimité par la doctrine⁴⁵.

Le jugement est quant à lui rendu en audience publique⁴⁶.

25. L'article 8 de la loi sur les faillites prévoit que le président du tribunal de commerce peut dessaisir en tout ou partie le commerçant de la gestion de tout ou partie de ses biens en cas *“d'absolue nécessité”* et *“lorsqu'il existe des indices précis, graves et concordants que les conditions de la faillite sont réunies”*. Le président du tribunal statue soit sur requête unilatérale de tout tiers intéressé, soit d'office.

À défaut de disposition particulière dans l'article précité, la procédure de dessaisissement provisoire du débiteur doit

^{39.} Le jugement *a quo* paraît avoir fait une correcte application de ces principes dès lors qu'en page 6 de celui-ci, le tribunal fait précéder par trois astérisques en milieu de page l'examen des conditions de la faillite de la Sobelair (voy. la publication de ce jugement in *T.R.V.* 2004, p. 173, colonne de droite, en haut).

^{40.} Traduction libre de: “De maatregel die eventueel navolgend ambtshalve door de rechtbank wordt getroffen berust dan op een van de aanvraagprocedure onderscheiden onderdeel van rechtspleging al worden de verwerping van de aanvraag en de faillietverklaring in eenzelfde vonnis beslist”.

^{41.} Traduction libre de: “Geen enkele wettelijke bepaling staat er overigens aan in de weg dat over de aanvraag en de faillietverklaring in onderscheiden vonnissen wordt beslist”.

^{42.} Nous mettons en italique.

^{43.} J. WINDEY, “Bilan de trois années d'application de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire”, *R.D.C.B.* 2002, p. 17, n° 30.

^{44.} Comm. Hasselt 5 août 1998, *R.D.C.B.* 1999, p. 200.

^{45.} A. ZENNER, “Faillites et concordats 2002, La réforme de la réforme et sa pratique”, *Dossiers J.T.*, n° 38, 2003, Bruxelles, Larcier, n° 403, p. 432; I. VEROUSTRATE, *o.c.*, n° 121, p. 91.

^{46.} Voy. J. WINDEY, “Bilan de trois années d'application de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire”, *o.c.*, p. 17, n° 30; I. VEROUSTRATE, *o.c.*, n° 121, p. 91.

être instruite selon les règles du droit commun de la procédure civile, soit, en vertu de l'article 1028 du Code judiciaire, en chambre du conseil.

Il nous paraît que la décision statuant sur la demande introduite sur requête unilatérale dans le cadre de l'article 8 de la loi sur les faillites doit également être rendue en chambre du conseil⁴⁷, par application de l'article 1029 du Code judiciaire, lequel dispose que "*l'ordonnance est rendue en chambre du conseil*".

26. Enfin, la demande en dissolution judiciaire fondée sur l'article 634 du Code des sociétés est quant à elle instruite et jugée en audience publique, par application de l'article 757 du Code judiciaire (voy. également les artt. 148 et 149 de la Constitution).

27. L'introduction concomitante des différentes demandes précitées pose la question de savoir dans quelle mesure leur jonction peut – ou non – être ordonnée par le juge.

S'il est manifeste que la demande en concordat, la demande en désignation d'un administrateur provisoire et la demande en dissolution judiciaire répondent à la notion de connexité en ce que des décisions distinctes à leur sujet seraient inconciliables entre elles, elles répondent toutefois à des règles de procédure différentes concernant leur instruction et ensuite leur jugement.

Il serait par conséquent impossible au juge saisi d'un ou de tous ces chefs de demande de joindre ceux-ci en application de l'article 30 du Code judiciaire, à défaut de pouvoir "*les instruire et juger en même temps*" (art. 30 du Code judiciaire).

L'on voit ainsi mal comment le juge saisi d'une demande en concordat et ayant accepté de joindre cette demande avec celle tendant à la désignation d'un administrateur provisoire, déposée par requête unilatérale devant le président du tribunal de commerce, pourrait à la fois, dans un même jugement, prononcer sa décision relative au concordat en audience publique et sa décision relative à l'administrateur provisoire en chambre du conseil.

Dans une telle hypothèse, il reviendrait selon nous au juge premier saisi de trancher la demande originaire qui lui est soumise, les autres demandes faisant l'objet soit d'un renvoi au rôle dans le cas où elles sont introduites devant le même

juge (cas de la demande en concordat et de la demande en dissolution) soit d'une décision de surséance de la part du juge saisi ultérieurement⁴⁸ (cas de la demande en désignation d'un administrateur provisoire soumise au président de tribunal de commerce après le dépôt de la requête en concordat).

Ainsi, si la société, après le dépôt de sa requête en concordat, accepte de comparaître volontairement à la demande d'un de ses créanciers poursuivant sa dissolution, et sollicite du juge saisi de la demande en concordat qu'il ordonne la jonction des causes introduites devant lui, il appartiendra au tribunal de commerce de refuser celle-ci et de trancher exclusivement la question du concordat.

Si un autre juge est en même temps saisi de la demande en dissolution (dans l'hypothèse où la jonction n'a pas été demandée au premier juge), celui-ci devra également refuser la jonction et surseoir à statuer jusqu'à ce que le premier juge ait rendu sa décision.

28. Un autre argument milite en faveur du rejet de la connexité entre une demande en concordat et une demande en dissolution judiciaire. En effet, l'article 12 de la loi relative au concordat judiciaire dispose que "*[L]e commerçant ne peut être déclaré en faillite et, dans le cas d'une société, celle-ci ne peut être dissoute, tant que le tribunal n'a pas statué sur la demande en concordat introduite*"⁴⁹.

Ainsi, le tribunal de commerce saisi d'une demande de concordat ne pourra connaître de la demande en dissolution judiciaire sur base de l'article 634 du Code des sociétés et dont, par hypothèse, les parties auront demandé la jonction, tant qu'il n'aura pas statué sur la requête en concordat. Il en résulte nécessairement deux jugements distincts: soit le jugement rejette la demande de concordat (sans prononcer la faillite subséquente de la société) et le tribunal prononce – ou non – la dissolution judiciaire de la société, soit le jugement accueille la demande de concordat ou prononce la faillite d'office de la société suite au rejet de ce dernier et le tribunal rejette la dissolution pour défaut d'intérêt.

La même solution doit être apportée dans l'hypothèse où, parallèlement au dépôt de la requête en concordat par le débiteur, un créancier assigne ce dernier en faillite.

Il résulte de ce qui précède que, dans la mesure où le juge saisi d'une demande en dissolution judiciaire après le dépôt

^{47.} *Contra*: I. VEROUSTRÆTE, o.c., n° 446, p. 296, qui considère que "*Faute de disposition particulière, la décision devra être prononcée en audience publique*". À notre estime, c'est toutefois précisément en raison du fait que l'art. 8 de la loi sur les faillites ne porte nullement mention d'une disposition particulière relative au prononcé de la décision que celle-ci, par application conjuguée des artt. 2 et 1029 du Code judiciaire, doit être prononcée en chambre du conseil.

^{48.} Si la jurisprudence semble particulièrement pauvre en la matière, mentionnons toutefois l'existence d'un jugement du tribunal de commerce de Bruxelles rendu le 30 juin 1955 *J.C.B.* 1956, p. 54. En l'espèce, l'action introduite par le demandeur tendait à faire condamner le défendeur au paiement d'une somme d'argent ainsi qu'à le faire déclarer en faillite. Le tribunal de commerce a décidé "*qu'une demande tendant à la condamnation du défendeur et une demande tendant à faire déclarer ce défendeur en état de faillite constituent des demandes essentiellement différentes et d'ailleurs incompatibles, régies par des règles de procédure différentes et qui ne peuvent, dès lors, faire l'objet d'un même jugement*". En conséquence, le tribunal conclut que l'exploit est nul et que l'action n'est pas recevable.

^{49.} Nous mettons en italique.

d'une requête en concordat doit nécessairement surseoir à statuer relativement à la demande en dissolution jusqu'à ce qu'une décision définitive intervienne sur le concordat; il est logiquement impossible de statuer, par le même jugement, sur les deux chefs de demande distincts.

Au surplus, le législateur a prévu l'hypothèse où, ayant mis un terme au concordat, le juge envisagerait la mise en liquidation de la société. En effet, en vertu de l'article 45 de la loi sur le concordat, "[d]ans les cas prévus aux articles 24 (révocation du sursis provisoire), 33 (refus du sursis définitif) et 37 (révocation du sursis définitif) et dans le cas d'une personne morale, le tribunal peut ordonner au commissaire au sursis de convoquer l'assemblée générale de celle-ci avec sa dissolution à l'ordre du jour".

Cette disposition n'est toutefois pas applicable en cas de rejet de la demande en concordat, aucun commissaire au sursis n'étant encore désigné à ce stade.

b. Appréciation critique de la solution retenue par l'arrêt annoté

29. L'arrêt annoté fait une correcte application des principes qui précèdent en décidant que le jugement *a quo* ne pouvait pas joindre les différentes instances, celles-ci répondant à des règles de procédure différentes.

Nous verrons toutefois dans la suite de l'exposé que la cour d'appel, loin de tirer les conclusions logiques qui s'imposent suite au rejet de l'exception de connexité, adopte une solution inconciliable avec celui-ci.

C. Questions de procédure en cas de faillite d'office

a. Rappel des principes

30. Nonobstant le fait que la faillite d'office ait été formellement supprimée dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites, la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire a réintroduit quatre cas de faillite à l'initiative du seul tribunal de commerce (voy. *supra*).

Pour rappel, ces "passerelles" entre les procédures de concordat et de faillite sont les suivantes:

- lorsque la requête en concordat est rejetée (art. 15, § 2);
- lorsque le tribunal constate que le débiteur ne satisfait plus aux conditions d'obtention du sursis provisoire et met un terme à celui-ci (art. 24, al. 2);
- lorsque le tribunal refuse le sursis définitif (art. 33);

– lorsque le tribunal révoque le sursis définitif en cas de non-exécution du plan de redressement (art. 37, § 3).

Dans chacune de ces hypothèses, la loi dispose que le débiteur ne peut être déclaré en faillite qu'après avoir été "*spécialement entendu sur les conditions de la faillite*". Cette précision portée aux termes de la loi n'est pas dépourvue de conséquences quant au déroulement de la procédure de faillite d'office et, en particulier, à la publicité des débats ainsi qu'au rôle joué par le ministère public.

31. La publicité des débats constitue un principe garanti tant par la Constitution (art. 148) que par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (art. 6, § 1^{er}). Ainsi que l'écrit très justement M. Fettweis, "*le but est de lutter contre l'arbitraire, en permettant aux parties et à l'opinion de suivre la marche du procès et de contrôler l'activité juridictionnelle des cours et tribunaux*"⁵⁰.

La règle s'applique sauf si la loi en a disposé autrement. Tel est le cas de l'examen d'une requête unilatérale, qui se fait en chambre du conseil, par application de l'article 1029 du Code judiciaire⁵¹ (voy. *supra*).

En revanche, dans le cadre de la procédure de faillite d'office, le tribunal devra entendre le débiteur sur les conditions de la faillite *en audience publique*, à défaut de disposition contraire expresse dans la loi sur les faillites.

32. La communication au ministère public des demandes en matière de concordat et de faillite est régie aux termes de l'article 764, 8^o, du Code judiciaire, lequel dispose que "*(...) sont, à peine de nullité, communiquées au ministère public (...) les demandes en concordat, en déclaration de faillite, en report de la date de cessation de paiement ainsi que les procédures en révocation du sursis de paiement et en clôture de la faillite*".

Les formalités entourant la communication de ces causes sont quant à elles prescrites aux termes des articles 766 et 767 du Code judiciaire.

L'article 780, 1^o et 4^o, du même code édicte pour sa part la nullité du jugement qui ne mentionne pas le nom du magistrat du ministère public qui a donné son avis (art. 780, 1^o) ou le fait que cet avis ait été donné (art. 780, 4^o).

Il s'agit d'une nullité procédurale d'ordre public. Elle n'est pas assujettie, tout comme l'acte juridictionnel, aux articles 860 à 864 du Code judiciaire⁵² et est mise en œuvre par l'exercice d'une voie de recours⁵³. Elle est par contre susceptible de couverture (art. 867 du Code judiciaire) dans l'hypothèse où la preuve que l'avis a été donné résulte des pièces de la procédure, telles les mentions de la feuille d'audience

⁵⁰. A. FETTWEIS, *o.c.*, n° 4, p. 7.

⁵¹. Comm. Hasselt 5 août 1998, *R.D.C.B.* 1999, p. 200; J. WINDEY, *o.c.*, *R.D.C.* 2002, p. 17, n° 30.

⁵². Cass. 17 mai 1984, *Pas.*, I, n° 304, p. 630.

⁵³. G. DE LEVAL, *o.c.*, n° 153, p. 207; A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats* 1998, Bruxelles, Larcier, n° 519, p. 372.

ou du procès-verbal d'audience ou même tout autre moyen de preuve⁵⁴.

Dans son arrêt rendu le 6 février 1984⁵⁵, la Cour de cassation consacre la règle ci-dessus énoncée: “*qu'en l'espèce, l'arrêt ne contient pas lesdites mentions (prescrites par l'art. 780, 1° et 4°, du Code judiciaire); qu'il ne ressort d'aucune pièce à laquelle la cour peut avoir égard que le ministère public aurait donné son avis*”.

Enfin, la Cour de cassation a également précisé qu'“*aucune disposition légale n'impose que soit constaté ou précisé par la décision, le contenu⁵⁶ de l'avis émis par le ministère public, sur-le-champ à l'audience, en matière de faillite⁵⁷*”.

b. Appréciation critique de la solution retenue par l'arrêt annoté

33. L'arrêt annoté décide que la décision entreprise est nulle au motif que l'examen des conditions de la faillite de la Sobelair n'a pas été fait en audience publique, d'une part, et que le ministère public n'a pas rendu d'avis y relatif, d'autre part.

34. Il convient d'apprécier la rigueur de la solution retenue par la cour d'appel à l'aune des principes rappelés *supra* ainsi que des procès-verbaux des audiences tenues devant le premier juge et de l'avis du ministère public relatif à la demande de concordat, auxquels les soussignés ont pu avoir accès.

35. Le procès-verbal de l'audience du 15 janvier 2004 est repris sur un formulaire pré-imprimé intitulé “*proces-verbaal van de openbare terechtzittingen*”. Il ne comporte aucune mention spécifique quant à la manière dont les débats se sont déroulés.

Par contre, le jugement *a quo* mentionne expressément que le conseil de la Sobelair a été entendu en chambre du conseil le 8 janvier 2004 et que les conseils des créanciers ont suivi les débats de l'accord de la Sobelair, en se référant pour cela au procès-verbal de l'audience en chambre du conseil du 8 janvier 2004. Le jugement entrepris mentionne encore que l'avis du ministère public a également été rendu en chambre du conseil et, concernant l'audition de la Sobelair sur la réunion des conditions de la faillite, que celle-ci “*werd in haar middelen gehoord, zoals blijkt uit het PV van zitting van 15/*

01/2004”. Il ne précise cependant pas si cette audition s'est déroulée en audience publique ou en chambre du conseil.

36. Il résulte de cet examen que ni les mentions du jugement *a quo*, ni celles du procès-verbal d'audience ne permettent de conclure avec certitude que les débats sur la faillite ont été menés en audience publique, ni qu'au contraire, ils l'ont été en chambre du conseil.

Si, dans son arrêt du 15 mai 1997⁵⁸, invoqué par la Sobelair aux termes de sa requête d'appel, la Cour de cassation constate certes qu'il ne ressort ni du procès-verbal de l'audience, ni du jugement ni de la feuille d'audience que la publicité de l'audience a été assurée et, partant, conclut à la nullité du jugement, il est néanmoins permis de se demander si, en l'espèce, compte tenu du nombre de parties autorisées à assister aux débats, soit cinq créanciers, outre les membres du conseil d'entreprise de la Sobelair, le but que la loi assigne à la publicité des débats n'était pas atteint, en sorte que la nullité du jugement ne pouvait être prononcée, par une application analogique de l'article 867 du Code judiciaire.

37. En ce qui concerne le grief de la Sobelair relatif à l'absence d'avis du ministère public sur la réunion des conditions de la faillite dans son chef, auquel la cour d'appel a fait droit, il échet de relever que le jugement du 19 janvier 2004 relève expressément: “*vu la continuation à l'audience du 15/01/2004, où, également en chambre du conseil, un avis écrit négatif a été rendu par le ministère public, relativement à la requête et dans lequel il a été demandé d'entendre la requérante spécifiquement sur les conditions de la faillite, en application de l'article 15, § 2, de la loi sur le concordat*”⁵⁹.

Le procès-verbal de l'audience du 15 janvier 2004 mentionne pour sa part: “*entendu le ministère public en son avis (...) entendu les parties en leurs répliques sur l'avis du ministère public. Entendu les conseils de la requérante en leurs moyens quant aux conditions de la faillite*”^{60,61}.

38. S'il ressort certes de l'avis du ministère public que celui-ci ne s'est pas prononcé expressément sur la réunion des conditions de la faillite, l'on peut toutefois constater que le procureur du Roi y relève des éléments qui sont traditionnellement de nature à justifier la déclaration de faillite du débiteur.

^{54.} Cass. 30 mars 1987, *Pas.* I, n° 451, p. 902; Cass. 2 mars 1989, *Pas.* 1989, I, n° 373, p. 677; G. DE LEVAL, “L'avis du ministère public en matière civile”, in *Amice Curiae, quo vadis?* 2002, Diegem, Kluwer, p. 55.

^{55.} Cass. 6 février 1984, *Pas.* 1984, I, n° 304, p. 630. Voy. également en ce sens Cass. 19 avril 1999, *Bull.* 1999, n° 221, p. 514.

^{56.} Nous mettons en italique.

^{57.} Cass. 9 décembre 1982, *Pas.* 1983, I, n° 221, p. 448.

^{58.} Cass. 15 mai 1997, *Pas.* I, n° 230, p. 570.

^{59.} Traduction libre de: “gelet op de voortzetting ter zitting van 15/01/2004 waar, tevens in raadkamer, door het Openbaar Ministerie schriftelijk, een negatief advies werd verleend met betrekking tot het verzoek en waarin werd gevraagd verzoekster in het bijzonder te horen over de faillissementsvoorwaarden ex artikel 15 § 2 W.G.A.”.

^{60.} Nous mettons en italique.

^{61.} Traduction libre de: “gehoord het Openbaar Ministerie in zijn advies (...) gehoord de partijen in hun repliek op het advies van het Openbaar Ministerie. Gehoord de raadslieden van verzoekster in hun verdediging in verband met de faillissementsvoorwaarden”.

Ainsi, après un examen minutieux de la situation financière de la Sobelair, le procureur du Roi constate que la Sobelair sera à bref délai en état de cessation des paiements *et* que les éléments communiqués au tribunal ne permettent pas de penser que la société obtiendra à bref délai après l'octroi du sursis provisoire, les moyens financiers lui permettant d'assurer la poursuite de ses activités. Il indique encore qu'il n'existe pas de perspectives d'avenir pour la Sobelair et que, même dans la requête en concordat judiciaire de cette dernière, "la discontinuité de la SA Sobelair est prévue dans le futur, sous forme de liquidation ou de faillite"⁶².

Ainsi, il ressort de l'avis écrit du ministère public, lequel invite de surcroît le tribunal à demander à la Sobelair de s'expliquer sur les conditions de la faillite, que son opposition à l'octroi du sursis provisoire était implicitement motivée par le fait qu'il considérait les conditions de la faillite réunies dans le chef de la Sobelair. Il est permis d'en inférer que c'est la raison pour laquelle il n'a pas estimé nécessaire de rendre un second avis au moment de la clôture des débats et que le tribunal n'a pas non plus cru devoir l'inviter à rendre un tel avis.

Certes, le formalisme des articles 766 et 767 du Code judiciaire ne semble pas avoir été strictement respecté, mais la feuille d'audience constate expressément que les parties ont répliqué à l'avis rendu et que la Sobelair s'est expliquée sur les conditions de la faillite.

39. L'arrêt annoté fait donc une application particulièrement sévère des principes précités. Les brèches offertes par les circonstances de fait entourant chacun des griefs avancés par la Sobelair auraient à notre avis permis à la cour d'appel de substituer à cette orthodoxie rigoriste, une souplesse mieux adaptée à la réalité du déroulement des débats.

40. Nous souhaiterions enfin souligner l'incohérence de la position prise par la Sobelair en degré d'appel. En effet, en choisissant de privilégier la voie de l'appel plutôt que celle de la tierce opposition, celle-ci s'est nécessairement rangée à l'opinion suivant laquelle la procédure de concordat et de faillite forment un tout indivisible, l'unité de cette procédure pouvant seule justifier qu'elle soit partie à ce jugement (voy. *supra*).

Il est dès lors éminemment contradictoire de se plaindre que la cause, par hypothèse unique, n'ait pas été instruite de deux manières différentes, soit dans un premier temps en chambre du conseil et ensuite en audience publique, d'une part, et n'ait pas donné lieu à deux avis distincts, d'autre part.

D. La question du désistement

a. Rappel des principes

41. Le désistement d'action est un acte unilatéral par lequel le demandeur renonce tant à la procédure qu'au fond du droit (art. 821 du Code judiciaire).

Il peut être exprès ou tacite mais ne peut être présumé car il vaut renonciation⁶³.

En vertu de l'article 823 du Code judiciaire, le désistement d'action "ne peut avoir lieu que s'il porte sur un droit auquel il est permis de renoncer et dont la partie peut disposer". Partant, le désistement d'action est proscrié dans les matières relevant de l'ordre public. Il en est de même pour l'acquiescement, bien que le Code judiciaire ne le mentionne pas expressément⁶⁴.

Ainsi, dans un arrêt du 9 novembre 1990⁶⁵, la Cour de cassation a décidé que "les règles relatives à la faillite sont d'ordre public, de sorte que le créancier qui a régulièrement provoqué la faillite de son débiteur ne peut plus, après opposition ou appel, se désister de sa demande".

La solution est, à notre sens, identique en cas de requête en concordat dès lors que cette matière relève également de l'ordre public⁶⁶.

42. Certes, sous l'empire de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, la jurisprudence⁶⁷ avait fini par admettre, au terme d'une longue controverse, que le failli pouvait valablement renoncer au concordat après faillite, avant la tenue de l'assemblée, auquel cas les curateurs étaient dispensés de convoquer l'assemblée concordataire et, partant, pouvaient procéder immédiatement à la liquidation. Cette solution était toutefois essentiellement motivée par des considérations d'ordre pratique tirées du caractère obsolète de cette procédure, d'une part, et par le fait que "si le failli peut valablement refuser de demander un concordat l'on voit mal en quoi

⁶². Traduction libre de: "wordt de discontinuïteit van de NV Sobelair in het vooruitzicht gesteld via vereffening of faling".

⁶³. A. FETTWEIS, *o.c.*, n° 678, p. 461 et les références citées; voy. également Cass. 31 mai 1995, *Pas.* 1995, I, n° 271, p. 578; Cass. 22 octobre 1981, *Pas.* 1982, I, p. 268.

⁶⁴. A. FETTWEIS, *o.c.*, n° 702, p. 474. Ainsi, l'acquiescement à un jugement déclaratif de faillite ne saurait être admis: M. l'avoc.-gén. dél. D. Thijs, conclusions avant Cass. 24 avril 2002, *Pas.* 2002, n° 252, p. 1006, n° II.2.3, 4^{ème} al.; voy. également Mons 9 janvier 1991, *J.L.M.B.* 1991, p. 518.

⁶⁵. Cass. 9 novembre 1990, *Pas.* 1991, I, n° 137, p. 262; voy. également Cass. 10 novembre 1977, *Pas.* 1978, I, p. 289 (filiation); C. Trav. Mons 11 décembre 1996, *R.R.D.* 1997, p. 325 (droit à une pension de retraite); Civ. Marche-en-Famenne 29 juin 1995, *J.J.P.* 1995, p. 228 (art. 223 du Code civil).

⁶⁶. Bruxelles 6 novembre 2001, *R.W.* 2003-04, liv. 2, p. 66; Comm. Nivelles 3 janvier 1997, *DAOR* 1997, liv. 43, p. 43.

⁶⁷. Comm. Bruxelles 2 mai 1984, *R.D.C.B.* 1984, p. 648 et note I. VEROUGSTRAETE, "Le failli peut-il renoncer à une épreuve concordataire?"; Bruxelles 5 juin 1985, *R.D.C.B.* 1985, p. 781, note; voy. également C. LEFEBVE, "La faillite", in *Traité pratique de droit commercial* (sous la direction de Ch. Jas-sogne), t. 2, 1992, Bruxelles, E. Story-Scientia (Kluwer), n° 558, p. 486. *Contra*: Comm. Gand 18 mars 1986, *R.D.C.B.* 1988, p. 644.

*l'ordre public s'oppose à ce qu'il puisse y renoncer à toute époque de la faillite*⁶⁸», d'autre part.

43. Le concordat, judiciaire cette fois, était considéré, sous l'empire des anciennes lois coordonnées du 23 septembre 1946, comme revêtant un caractère contractuel. Suivant l'enseignement de la Cour de cassation, suivie par la doctrine majoritaire, il s'agissait en effet d'un "*contrat conclu par l'effet de la volonté de la majorité des créanciers*⁶⁹".

Partant du constat que la demande en concordat constitue au départ une offre, et que les offres peuvent habituellement être retirées pour autant qu'elles le soient dans un délai raisonnable, M. Cloquet en déduisait qu'"à tout moment au cours de la procédure d'instruction⁷⁰, le débiteur peut retirer sa demande, et il peut être amené à le faire, pour des motifs qui doivent entraîner sa mise en faillite ou pour des motifs qui, au contraire, n'impliquent nullement cette conséquence⁷¹".

M. Cloquet reconnaissait toutefois que le concordat constitue une offre d'un type particulier en ce qu'"il se déroule dans le cadre d'une réglementation d'intérêt général, placée, pour ce motif, sous le contrôle judiciaire. De ce fait, le retrait n'a pas, par lui-même, pour effet de libérer immédiatement le débiteur des contrôles et des limitations de capacité entraînés par la procédure de concordat judiciaire⁷²".

Suivant l'éminent auteur, le retrait devait être consacré par un jugement, ce dernier constatant expressément le désistement du débiteur.

En résumé, la solution prétorienne dégagée par la doctrine et la jurisprudence aboutit à limiter la marge de manœuvre du tribunal: soit il acte le désistement et prononce la faillite subséquente du débiteur dans l'hypothèse où le retrait de la demande est motivé par l'impossibilité de satisfaire aux conditions d'octroi du concordat, soit il épuise sa juridiction dans son jugement de désistement dans l'hypothèse où la demande en concordat est devenue caduque par suite de la perte de son objet, le débiteur étant en mesure de désintéresser ses créanciers.

44. Le raisonnement ci-dessus et les conclusions auxquelles il aboutit ne sont toutefois pas transposables en l'état actuel de la législation relative au concordat. La prémisse de celui-ci n'est, en effet, plus exacte.

Ainsi que le souligne très justement M. Verougstraete, "*la nature contractuelle du concordat ancien a disparu: le con-*

*cordat est une mesure de sauvetage de l'entreprise qui peut, sans doute, dans certains cas, impliquer un consentement nécessaire du débiteur, mais ceci n'est pas toujours le cas; en outre, ce qui prédomine, c'est l'intérêt de l'entreprise ou l'intérêt général*⁷³, même si le débiteur est amené par la technique du concordat à adhérer à ce sauvetage⁷⁴". Le législateur a, à cet égard, institué la possibilité pour le procureur du Roi – gardien naturel de l'intérêt général – d'introduire lui-même la demande de concordat.

Dès lors que la nature contractuelle du concordat est adirée et, partant, que celui-ci ne peut plus être considéré comme une sollicitation, nous sommes d'avis qu'autoriser le retrait pur et simple de la demande introduite à l'initiative du débiteur heurterait le caractère d'ordre public revêtu par l'institution en cause.

L'impossibilité qui en résulte pour le tribunal d'acter le désistement du débiteur ne revêt toutefois pas une importance pratique considérable: le tribunal pourra, bien évidemment, prendre en compte les modifications de circonstances affectant la situation patrimoniale du débiteur afin de mettre fin au concordat, soit que le débiteur soit désormais en mesure de régler son passif, soit, au contraire, qu'il ne satisfasse plus aux conditions posées à l'octroi du concordat.

b. Appréciation critique de la solution retenue par l'arrêt annoté

45. Dans l'arrêt annoté, la cour considère que la Sobelair s'est désistée de sa demande en concordat dès lors que celle-ci a signé le procès-verbal de comparution volontaire postulant la dissolution judiciaire de la société sur pied de l'article 634 du Code des sociétés.

Partant des constatations émises par le premier juge, suivant lequel la décision de la Sobelair de soutenir la demande formée sur base de l'article 634 précité constituait un *aveu judiciaire* que les conditions du concordat n'étaient plus réunies dans son chef, la cour reformule l'expression utilisée par celui-ci et énonce sans ambages que "*le tribunal a considéré que la Sobelair avait retiré sa demande, ou plus justement exprimé, y avait tacitement renoncé, ce qui forme une correcte explication de l'initiative qu'elle a prise de soutenir la demande de dissolution judiciaire et de liquidation, et qui a été confirmée par la Sobelair devant la cour. La signature du procès-verbal de comparution volontaire avec le contenu mentionné contient donc le désistement*

^{68.} I. VEROUGSTRAETE, "Le failli peut-il renoncer à une épreuve concordataire?", note sous Comm. Bruxelles 2 mai 1984, *R.D.C.B.* 1984, p. 652.

^{69.} Cass. 2 décembre 1875, *Pas.* 1876, I, p. 37; A. CLOQUET, *o.c.*, n° 736, p. 219; C. LEFEBVE, "La faillite", in *o.c.*, n° 554, p. 483.

^{70.} Avant le vote des créanciers, marquant par définition l'acceptation de l'offre.

^{71.} A. CLOQUET, *o.c.*, n° 736, p. 219.

^{72.} *Ibid.*

^{73.} Nous mettons en italique.

^{74.} I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat 2003*, Bruxelles, Diegem, n° 45, p. 49.

*tacite de la demande, tel que prévu à l'article 824 du Code judiciaire*⁷⁵.

46. Ainsi, la cour d'appel estime que le premier juge a constaté le désistement, par la Sobelair, de sa demande en concordat.

Si cette interprétation est inexacte en fait, le jugement *a quo* prenant acte de l'aveu judiciaire de la Sobelair de ce que les propositions concordataires ne pourront pas être tenues et non d'un quelconque désistement, elle l'est également en droit.

En effet, il résulte des principes rappelés ci-dessus que, conformément à l'article 823 du Code judiciaire, le désistement d'action est interdit dans les matières qui relèvent de l'ordre public, au rang desquelles figure la législation sur le concordat. Le juge d'appel ne pouvait par conséquent pas décider que le procès-verbal de comparution volontaire introduisant la demande de dissolution judiciaire valait "*désistement tacite de la demande*".

La décision est de surcroît contraire à la jurisprudence et à la doctrine, selon lesquelles le désistement tacite ne peut se déduire que "*d'actes ou de faits qui révèlent l'intention certaine de la partie d'abandonner l'instance ou l'action*"⁷⁶. Ainsi, a-t-il été décidé à plusieurs reprises que le désistement tacite ne peut être déduit de la seule circonstance que la partie introduit, postérieurement à une première action, une seconde demande ayant un objet analogue⁷⁷.

47. L'article 12 de la loi relative au concordat judiciaire constitue également, selon nous, un obstacle dirimant au raisonnement suivi dans l'arrêt annoté. Dès lors qu'aux termes de cette disposition, une société qui sollicite le concordat ne peut être dissoute tant qu'il n'a pas été statué sur le bien-fondé de la requête, le juge ne pourrait, sans la violer, se fonder sur l'adhésion à une demande en dissolution formée postérieurement au dépôt de la requête en concordat, pour déclarer cette dernière sans objet.

En effet, si la question de la dissolution ne peut être tranchée avant qu'il ait été statué sur celle du concordat, on ne saurait déduire de l'existence de la première, la preuve de la renonciation à la seconde.

La circonstance que le débiteur ait, en l'espèce, comparu volontairement à la demande en dissolution formée par ses créanciers n'énerve pas les principes qui précèdent, dans la mesure où l'article 12 précité n'établit aucune distinction

selon que la dissolution est due à l'initiative du débiteur concordataire (hypothèse de la dissolution volontaire) ou fait l'objet d'une demande introduite par un tiers créancier (dissolution judiciaire).

Certes, l'article 11 de la loi sur le concordat dispose que le débiteur conserve toujours le droit de décider sa dissolution volontaire dans l'hypothèse où la demande en concordat est introduite par le procureur du Roi.

La lecture combinée des articles 11 et 12 de la loi relative au concordat judiciaire nous conduit toutefois à penser que la faculté conférée au débiteur aux termes de l'article 11 doit être interprétée strictement. Celle-ci n'existe par conséquent que dans l'hypothèse où la demande a été introduite par le procureur du Roi. L'octroi au débiteur de la possibilité de décider sa liquidation volontaire se justifie par le caractère particulier d'une demande en concordat introduite par le ministère public. Une telle demande ayant peu de chances d'aboutir sans le concours du débiteur, le législateur lui a laissé la liberté de formuler lui-même une demande en concordat, de décider de sa dissolution ou encore de faire l'aveu de faillite.

Il résulte de ce qui précède que la cour d'appel ne pouvait déduire un désistement tacite de la demande de concordat, du fait que la Sobelair avait signé le procès-verbal de comparution volontaire relatif à la demande de dissolution judiciaire de la société, ni même de la mention y reprise de son accord sur celle-ci.

48. Enfin, à supposer même qu'il faille admettre que la Sobelair s'est désistée de sa demande en concordat et qu'un tel désistement est valable, encore peut-on s'interroger si la cour d'appel pouvait décider, comme elle l'a fait, que le premier juge était sans juridiction pour déclarer la société en faillite.

Pour en décider ainsi, la cour a estimé que le retrait de la demande en concordat ne pouvait être assimilé au rejet de celle-ci et ne rentrait dès lors pas dans les prévisions de l'article 15, § 2, de la loi relative au concordat judiciaire, en sorte que le premier juge ne pouvait se saisir de la question de la faillite de la Sobelair.

Ici encore, la cour de Bruxelles rompt avec l'enseignement d'un arrêt de la Cour de cassation rendu sous l'empire des anciennes lois coordonnées du 23 septembre 1946. La Cour de cassation a, en effet, décidé qu'il n'y avait aucune raison

⁷⁵. Traduction libre de: "Navolgend heeft de rechtbank overwogen dat de NV Sobelair haar verzoek heeft ingetrokken, of juist uitgedrukt er stilzwijgend afstand van heeft gedaan, hetgeen een juiste uitlegging vormt van haar initiatief om de vordering tot gerechtelijke ontbinding en vereffening te steunen en door NV Sobelair voor het hof trouwens werd bevestigd. De ondertekening van het proces-verbaal van vrijwillige verschijning met de vermelding inhoud houdt dus de stilzwijgende afstand van de rechtsvordering in zoals bepaald in artikel 824 Gerechtelijk Wetboek" (arrêt annoté, n° 23).

⁷⁶. J. VAN COMPENOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROËS et O. MIGNOLET, "Examen de jurisprudence (1991 à 2001) – Droit judiciaire privé", *R.C.J.B.* 2002, p. 690, n° 604.

⁷⁷. Cass. 5 septembre 1997, *Pas.* 1997, I, n° 337, p. 825. Il en va de même de la partie qui, après avoir introduit sa demande devant le juge civil, se constitue partie civile devant le juge répressif (Corr. Bruxelles 6 décembre 1991, *J.L.M.B.* 1993, p. 19 et note) et *vice versa* (Cass. 31 mai 1995, *Pas.* 1995, I, n° 271, p. 578).

d'attribuer au retrait d'une demande en concordat, des effets différents de ceux du rejet de celle-ci⁷⁸.

E. La question de l'effet dévolutif de l'appel en cas de faillite d'office

49. La cour d'appel, après avoir conclu que le premier juge était sans juridiction pour déclarer la faillite de la Sobelair, constate que les curateurs de la Sabena ainsi que la Sobelair ont confirmé à l'audience de maintenir leur demande sur pied de l'article 634 du Code des sociétés. La cour s'estime dès lors saisie de cette demande.

a. Rappel des principes

50. La solution retenue par la cour d'appel pose la question de l'effet dévolutif de l'appel dirigé contre un jugement de faillite d'office et des limites apportées audit effet par le principe dispositif dont l'effet relatif de l'appel procède.

51. Aux termes de l'article 1068 du Code judiciaire, l'appel formé contre un jugement définitif ou avant dire droit soumet, dans sa totalité, le litige au juge du second degré, lequel a dès lors l'obligation de trancher toutes les questions litigieuses.

Aucune disposition légale n'exclut l'application de l'article 1068 du Code judiciaire en matière de faillite⁷⁹.

L'effet dévolutif de l'appel connaît toutefois certaines limites: d'une part, l'appel a également un effet relatif en ce que la juridiction d'appel n'est saisie du recours que dans les limites de l'acte d'appel. Si l'appel est circonscrit à certaines dispositions du jugement, le juge d'appel ne pourra réformer d'autres dispositions.

D'autre part, l'effet dévolutif de l'appel ne pourra pas jouer non plus dans l'hypothèse où l'acte introductif de l'instance devant le premier juge est affecté d'une irrégularité. Le premier juge doit en effet avoir été valablement saisi pour que l'appel puisse avoir un effet dévolutif⁸⁰.

Par contre, l'on enseigne généralement qu' "*en cas d'irrégularité commise en cours d'instance, le jugement sera annulé en appel mais, vu l'effet dévolutif, la juridiction d'appel reprendra l'examen de l'ensemble de la cause*"⁸¹. C'est ainsi

que la Cour de cassation décide que "*la décision qui confirme la décision dont appel sur la base de motifs propres ne s'approprie pas ainsi son éventuelle nullité*"⁸².

52. Ces principes subissent toutefois certains aménagements dans le cas de l'appel d'un jugement déclaratif de faillite d'office en raison des caractéristiques propres à cette procédure.

La question de savoir quels étaient les pouvoirs de la cour d'appel, saisie d'un recours à l'encontre d'un jugement ayant rejeté une tierce opposition à un jugement de faillite d'office, alors que les droits de la défense du débiteur avaient été violés par ce premier jugement, a été résolue en sens divers. Elle a fait, en 1991, l'objet d'une note fouillée de Mme Simonart⁸³.

Cette note a été écrite à la suite de deux arrêts prononcés par la Cour de cassation en 1989, respectivement les 10 mars et 16 novembre. La première décision fut rendue dans une espèce où le débiteur avait été déclaré en faillite sur la demande d'un créancier, formée par requête. La cour d'appel avait annulé le jugement, dès lors que la demande aurait dû être introduite par citation. Le pourvoi reprochait à la cour d'appel de ne pas s'être saisie en vertu de l'effet dévolutif de l'appel du fond de l'affaire et ne pas avoir elle-même déclaré la faillite. Par son arrêt du 10 mars 1989⁸⁴, la Cour de cassation a décidé que la cour d'appel ne pouvait, par l'effet dévolutif de l'appel, statuer que sur une décision qui avait été rendue sur requête *et non d'office*, d'une part, et que la possibilité pour la cour d'appel de déclarer la faillite d'office ne pouvait pas résulter des articles 437, 442 et 466 de l'ancienne loi sur les faillites et serait contraire aux articles 602, 1° et 1050 du Code judiciaire, d'autre part.

Dans la mesure où en l'espèce, l'acte introductif de l'instance devant le premier juge était irrégulier, cette décision peut être mise en rapport avec celle du 27 mai 1994⁸⁵ rendue dans une matière totalement étrangère à la faillite, étant cependant observé *qu'elle confirme en outre que le droit de déclarer la faillite d'office appartient exclusivement au tribunal de commerce*.

Dans la seconde décision, la cour d'appel avait constaté que le premier juge était *territorialement incompétent* pour connaître de la cause, qu'elle-même était cependant compétente et, par l'effet dévolutif de l'appel, s'était saisie du fond de la

⁷⁸. Cass. 8 novembre 1956, *Pas.* 1957, I, p. 246, précédé des conclusions conformes de Monsieur le procureur-général Hayoit de Termicourt. La cour se prononce, certes, sur l'application de l'al. 3 de l'art. 24 des anciennes lois coordonnées, lequel permettait, en cas de faillite consécutive au rejet du concordat, de fixer la date de cessation des paiements à six mois avant le dépôt de la requête. La solution nous semble cependant transposable.

⁷⁹. J. VAN COMPERNOLLE, "Considérations sur l'effet dévolutif de l'appel dans le code judiciaire", note sous Cass. 5 mai 1988, *R.C.J.B.* 1989, p. 526, n° 4.

⁸⁰. Cass. 27 mai 1994, *Pas.* 1994, I, n° 268, p. 519; *R.C.J.B.* 1995, p. 639 et note G. CLOSSET-MARCHAL, "Exceptions de nullité, fins de non-recevoir et violation des règles touchant à l'organisation judiciaire".

⁸¹. G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile 2003*, Bruxelles, Larcier, n° 248, p. 329.

⁸². Cass. 7 mai 1999, *Bull.* 1999, n° 271, p. 658.

⁸³. V. SIMONART, "Observations sur l'effet dévolutif de l'appel en matière de faillite", note sous Cass. 16 novembre 1989, *R.D.C.B.* 1991, pp. 574 et s.

⁸⁴. Cass. 10 mars 1989, *R.D.C.B.* 1989, p. 491.

⁸⁵. Cass. 27 mai 1994, *Pas.* 1994, I, n° 268, p. 519; *R.C.J.B.* 1995, p. 639 et note G. CLOSSET-MARCHAL, "Exceptions de nullité, fins de non-recevoir et violation des règles touchant à l'organisation judiciaire".

cause et avait confirmé que les conditions de la faillite étaient réunies au jour du jugement déclaratif de faillite.

Le pourvoi reprochait à la cour d'appel, non pas d'avoir admis que par l'effet dévolutif de l'appel, elle pouvait statuer sur la faillite, mais d'avoir apprécié les conditions de celle-ci au jour où le premier juge avait statué. La Cour de cassation, par son arrêt du 16 novembre 1989, a rejeté le pourvoi, considérant que le jugement de faillite "doit être considéré comme valable aussi longtemps qu'il n'a pas été annulé par la juridiction d'appel et ne peut être tenu pour inexistant, si bien que la cour d'appel saisie par l'effet dévolutif de l'appel doit se prononcer sur celle-ci telle qu'elle a été soumise au premier juge⁸⁶".

53. Dans sa note précitée, Mme Simonart approuve à juste titre l'arrêt du 10 mars 1989. Ainsi qu'elle l'observe avec pertinence, "le juge ne peut se prononcer sur des choses non demandées, et si le tribunal de commerce peut prononcer d'office la faillite du commerçant, il s'agit d'une exception au principe dispositif, prévue par un texte exprès (art. 442 du Code de commerce). Les dispositions du Code de commerce ne sauraient cependant recevoir application devant la cour d'appel que par le jeu de l'effet dévolutif. Or, l'effet dévolutif trouve ses limites dans le principe dispositif: le juge d'appel ne peut statuer que sur la décision qui lui a été déférée ensuite de l'appel des parties. Lorsqu'un débiteur a été déclaré en faillite d'office par le tribunal de commerce, les conclusions ne peuvent tendre qu'à la réformation ou à l'infirmité du jugement⁸⁷".

En revanche, Mme Simonart critique l'arrêt du 16 novembre 1989, notamment en ce que la Cour de cassation n'a pas tenu compte du fait que le principe dispositif limite l'effet dévolutif en matière d'appel interjeté contre un jugement de faillite d'office. La cour d'appel aurait dû, selon cet auteur, réformer le jugement de premier degré, sans pouvoir prononcer la faillite d'office du débiteur (voy. *infra*).

54. La Cour de cassation s'est encore prononcée sur la question dans deux arrêts du 25 juin 1993⁸⁸.

Le premier arrêt faisait suite à un arrêt prononcé par la cour d'appel de Bruxelles, lequel avait mis à néant le jugement rendu sur opposition au motif que ce dernier s'était approprié la nullité pour violation des droits de la défense de la décision du tribunal de commerce prononçant la faillite d'office et, dans la foulée, déclarant l'opposition recevable et fondée, avait infirmé le jugement de faillite. La motivation de l'arrêt de la cour d'appel renvoyait expressément aux observations émises par Mme Simonart dans la note précitée en considérant que "le juge d'appel, saisi ensuite de l'appel du juge-

ment confirmant sur opposition la faillite, ne peut que confirmer, réformer ou réduire à néant le jugement; que dans la dernière hypothèse, il ne peut, de sa propre initiative, prononcer d'office la faillite du débiteur, sans statuer sur choses non demandées, dès lors qu'aucun texte de loi ne l'autorise à le faire (...); que dès lors, la cour d'appel n'a pas à examiner si les conditions de la faillite étaient remplies soit à l'époque où le jugement du 21 mars 1989 faisant l'objet de l'opposition a été rendu, soit à une autre époque". Après avoir rappelé que l'effet dévolutif de l'appel reste dans les limites du litige instruit entre les parties devant le premier juge et qu'en l'espèce, les demandeurs en cassation s'étaient bornés à demander l'annulation du jugement dont appel, la Cour de cassation précise qu'aucune des parties ne pouvait demander qu'après avoir constaté la nullité du jugement, la cour d'appel prononce la faillite d'office. La cour rappelle ensuite l'enseignement de son arrêt du 10 mars 1989, suivant lequel aucune disposition de la loi sur les faillites ni du Code judiciaire ne donne un tel pouvoir à la cour d'appel.

L'arrêt qui était déféré à la cour dans la seconde espèce, après avoir constaté que le jugement qui avait prononcé la faillite d'office du débiteur était entaché de nullité du chef de violation des droits de la défense et que le jugement rendu sur tierce opposition s'était approprié cette nullité, avait décidé que les conditions de la faillite étaient bien réunies dans le chef du débiteur et, par conséquent, avait prononcé sa faillite d'office. Le moyen unique formé à l'appui du pourvoi dirigé contre la décision de la cour d'appel tirait le juste enseignement de l'arrêt précité du 10 mars 1989 en considérant que "lorsque, comme en l'espèce, le débiteur est déclaré d'office en état de faillite par le tribunal de commerce, le litige dont est saisi le juge d'appel suite à l'appel du failli est limité à la question de savoir si le jugement de faillite doit être annulé ou confirmé et, dès lors, si la faillite doit ou non être révoquée (...)". La Cour de cassation fit droit au moyen et cassa la décision rendue par la cour d'appel de Gand.

55. La Cour de cassation s'est à nouveau prononcée en la matière le 26 septembre 1996⁸⁹. Dans cette affaire, elle était saisie d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel de Liège qui avait statué sur renvoi de la cour d'appel de Mons, laquelle avait constaté qu'elle-même et le tribunal de commerce de Charleroi étaient incompétents *ratione loci*. Le tribunal de commerce de Charleroi avait pour sa part déclaré d'office la faillite du demandeur. La cour d'appel de Liège a constaté que les conditions de la faillite étaient effectivement réunies à la date où elle avait été déclarée et donc confirmé celle-ci.

^{86.} Cass. 16 novembre 1989, *R.D.C.B.* 1991, p. 574, note V. SIMONART.

^{87.} V. SIMONART, *o.c.*, p. 584. L'on observera que le recours à l'encontre du jugement déclaratif de faillite doit être dirigé contre la curateur qui devient ainsi partie à l'instance. Même si l'usage veut que ce dernier se réfère à justice, il pourrait aussi conclure à la confirmation du jugement.

^{88.} Cass. 25 juin 1993, *Pas.* I, n° 307, p. 619 et n° 308, p. 624.

^{89.} Cass. 26 septembre 1996, *Pas.* I, n° 331, p. 860.

Le demandeur, dans son pourvoi, avait invoqué, d'une part, la limitation de l'effet dévolutif lorsque le juge d'appel, infirmant la décision du premier juge qui s'était à tort déclaré compétent, constate qu'il n'est lui-même pas compétent et renvoie la cause au juge du deuxième degré et d'autre part, le fait qu'à supposer que dans ces circonstances, l'effet dévolutif pût être mis en œuvre, encore celui-ci devait-il être circonscrit par la décision dont appel et l'étendue de l'appel formé par les parties. Reprenant l'enseignement des arrêts du 25 juin 1993, le demandeur en cassation soutenait que *“lorsque la procédure en première instance prend cours, comme en l'espèce, par une décision prise d'office par le premier juge, l'effet dévolutif de l'appel reste dans les limites de l'appel du failli, le litige dont le juge d'appel est saisi est limité à la question de savoir si le jugement de faillite doit être annulé ou confirmé et, dès lors, si la faillite doit ou non être rapportée”*.

La Cour de cassation rejeta le pourvoi, décidant qu'en vertu de l'article 643 du Code judiciaire, le juge d'appel saisi d'un déclinaoire de compétence statue sur le moyen et renvoie, s'il y a lieu, la cause au juge d'appel compétent et que ce dernier *“connaît de l'ensemble de la cause et est tenu de statuer sur celle-ci telle qu'elle a été soumise au premier juge, fût-il territorialement incompétent”*.

La cour en déduit qu'en statuant sur les conditions de la faillite à la date du jugement originairement rendu par le tribunal de commerce de Charleroi, la cour d'appel n'a méconnu aucune des dispositions visées au moyen, notamment l'article 1068 du Code judiciaire (effet dévolutif) et l'article 1138 du Code judiciaire (principe dispositif).

56. La contradiction qui semble résulter des arrêts analysés ci-dessus, n'est qu'apparente.

Les décisions des 10 mars 1989 et 25 juin 1993 sont toutes trois relatives à des espèces où le jugement déclaratif de faillite était entaché de vices devant entraîner sa nullité.

57. Le juge d'appel saisi de l'appel d'un jugement prononçant la faillite d'office du débiteur peut soit confirmer, soit infirmer le jugement de premier degré.

Si le grief fondant l'appel tient à la nullité du jugement entrepris et que la cour d'appel y fait droit, celle-ci ne pourra que rapporter le jugement déclaratif de faillite. Il n'entre en effet pas dans l'étendue de sa saisine de décider, après avoir prononcé cette nullité, que les conditions de la faillite étaient toutefois réunies au jour du jugement *a quo* et, pas plus, au jour où elle statue. Ce faisant, elle déclarerait elle-même la faillite, dès lors qu'ayant annulé le jugement *a quo*, elle substituerait sa décision à celle du premier juge et violerait, dès lors, les dispositions légales mentionnées par la Cour de cassation dans ses arrêts des 10 mars 1989 et 25 juin 1993,

soit l'article 1068 du Code judiciaire, d'une part, et les articles 2 et 11 de la loi sur les faillites⁹⁰, 15, § 2, 24, 33 et 37, § 3, de la loi relative au concordat judiciaire et 602, alinéa 1^{er}, et 1050 du Code judiciaire, d'autre part.

Si la cour d'appel refuse de faire droit à l'exception de nullité soulevée par l'appelant, elle confirmera la déclaration de faillite d'office. Elle ne pourra par contre pas confirmer ledit jugement sur base de motifs propres, sous peine de prononcer elle-même la faillite d'office.

58. Si la cour d'appel constate l'incompétence *ratione loci* du premier juge, alors que celui-ci s'est à tort déclaré compétent, elle n'annule pas le jugement *a quo*, mais se borne à le réformer en une seule de ses dispositions et, soit constate qu'elle est elle-même compétente pour connaître de l'appel des décisions du juge compétent et, en raison de l'effet dévolutif de l'appel, examine si les éléments retenus par le premier juge lui permettraient de prononcer la faillite, soit constate qu'un autre juge d'appel est compétent et lui renvoie la cause, par application de l'article 643 du Code judiciaire.

En prescrivant, aux termes de cette disposition, le renvoi devant la juridiction compétente, le législateur a clairement décidé que les questions de compétence ne sont pas des causes de nullité des jugements. La décision subsistant pour le surplus, la cour d'appel pourra soit la confirmer, sans prononcer elle-même la faillite, soit l'infirmer, en constatant que le premier juge a mal apprécié la situation du débiteur.

59. Enfin, si l'appelant invoque à l'appui de sa requête que les conditions de la faillite n'étaient pas réunies, la cour d'appel infirmera ou confirmera le jugement de faillite mais exclusivement sur base des éléments de fait soumis à l'appréciation du premier juge. Ainsi, si la cour d'appel constate l'absence des conditions de la faillite au jour où le premier juge a statué, elle devra rapporter la faillite et ce, même si le débiteur satisfait entre-temps auxdites conditions, soit au moment où la cour d'appel se prononce. Ainsi que l'observe Mme Simonart, *“nul inconvénient grave ne résulte de l'impossibilité pour la cour d'appel de déclarer d'office en faillite un débiteur dont elle constaterait qu'il remplit les conditions fixées par la loi pour être déclaré en faillite, car, dès le prononcé de l'arrêt de la cour d'appel, le tribunal dont le jugement déclaratif de faillite avait été entrepris, et par hypothèse réformé, pourrait, tout aussitôt, prononcer une nouvelle faillite d'office – à condition bien entendu de constater la cessation des paiements et l'ébranlement de crédit et de respecter les droits de la défense du débiteur”*⁹¹. Certes, si le tribunal de commerce ne pourrait plus aujourd'hui se saisir d'office de la question de la faillite, après réformation du jugement *a quo*, en raison de la suppression de la faillite d'office dans la nouvelle législation, l'observation reste pertinente dans la mesure où la chambre

^{90.} Ce sont les pendants des anciens artt. 437 et 466 de la loi du 18 avril 1851.

^{91.} V. SIMONART, *o.c.*, p. 584.

d'enquête pourrait communiquer le dossier au procureur du Roi pour que ce dernier cite en faillite.

b. Appréciation critique de la solution retenue par l'arrêt annoté

60. Les moyens invoqués par la Sobelair à l'appui de sa requête d'appel étaient scindés en deux ordres, l'un principal et l'autre subsidiaire.

À titre principal, la Sobelair postulait la mise à néant du jugement du tribunal de commerce et invitait expressément la cour d'appel à limiter sa saisine sur ce point et, donc, à ne pas se prononcer sur la réunion des conditions de la faillite.

À titre subsidiaire, la Sobelair demandait, dans l'hypothèse où la cour d'appel ne ferait pas droit à l'exception de nullité et se prononcerait sur le fond du litige, que la faillite soit rapportée.

La disposition des moyens avancés par la Sobelair est particulièrement judicieuse dès lors qu'elle tire le juste enseignement des arrêts précités de la Cour de cassation. Il est en effet conforme à ces derniers de solliciter, soit que la cour d'appel prononce la mise à néant du jugement entrepris et épuise en cela sa juridiction, soit que la cour dise pour droit que les conditions de la faillite n'étaient pas réunies. Ce faisant, la Sobelair octroie une large marge de manœuvre à la cour d'appel qui peut ainsi statuer dans le respect du principe dispositif.

61. Il ressort de l'arrêt annoté que la cour d'appel s'est uniquement prononcée sur le premier moyen invoqué par la Sobelair. À aucun moment, en effet, la cour n'aborde la question de savoir si les conditions de la faillite étaient – ou non – réunies en l'espèce.

Faisant droit au grief de nullité soulevé par l'appelante (violation des droits de la défense), la cour d'appel avait vidé sa saisine, conformément aux principes rappelés ci-dessus.

Néanmoins, la cour a cru pouvoir se saisir de la décision rendue sur la demande en concordat, pour décider qu'il y avait eu un désistement de celle-ci et que, dès lors, le tribunal de commerce était sans juridiction pour prononcer la faillite de la Sobelair. En statuant de la sorte, l'arrêt annoté a manifestement violé l'effet relatif de l'appel résultant du principe dispositif, lequel s'est vu reconnaître le statut de principe général du droit par la Cour de cassation⁹². Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence en la matière en décidant que *“si l'appel contre un jugement*

*définitif ou avant dire droit saisis le juge d'appel du fond du litige, il appartient néanmoins aux parties de déterminer, par l'appel principal et l'appel incident, les limites dans lesquelles le juge d'appel doit statuer sur les contestations soumises au premier juge*⁹³”. De façon plus lumineuse encore, la Cour de cassation avait affirmé dans un arrêt rendu le 8 décembre 1980 que *“lorsque l'appelant a, dans son acte d'appel et dans ses conclusions, expressément excepté de son appel un dispositif du jugement attaqué, le juge d'appel ne peut réformer ce dispositif*⁹⁴”.

Il résulte de l'enseignement de la Cour de cassation que, suivant l'heureuse formule de M. Romain, *“le principe de l'effet dévolutif de l'appel doit être considéré à la lumière du principe dispositif*⁹⁵”, ce qui signifie que le litige dévolu au juge d'appel doit l'être dans les limites fixées par les parties appelantes (principales ou incidentes).

Or, la Sobelair n'avait nullement demandé à la cour de réformer la décision du premier juge, en ce que celui-ci avait rejeté la demande de concordat. Par conséquent, en se saisissant d'office de la question de l'interprétation donnée par le jugement entrepris au dépôt par les parties du procès-verbal de comparution volontaire postulant la dissolution de la société sur pied de l'article 634 du Code des sociétés et en déduisant que la procédure du concordat ne s'était pas terminée par son rejet mais par un “retrait”, l'arrêt annoté n'a pas fait une exacte application de ces principes.

La cour, en constatant l'existence d'un désistement tacite de la demande en concordat (voy. *supra*), s'est donné la possibilité de décider que le premier juge n'était, à défaut de rejet du concordat, pas valablement saisi de la question de la faillite et faisant application de l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1994, ne se prononce pas sur celle-ci. Elle a ainsi fait l'économie de se prononcer sur la question de l'effet dévolutif de l'appel d'un jugement de faillite d'office, dans l'hypothèse où les irrégularités constatées n'affectent pas la saisine du premier juge, mais sont commises au cours de l'instance.

62. Partant du constat que la Sobelair ainsi que les curateurs de la Sabena ont confirmé à l'audience qu'ils maintenaient leur demande en dissolution judiciaire, la cour d'appel, après avoir pris soin de rappeler qu'elle a considéré *“ci-avant que le tribunal de commerce a valablement constaté la comparution volontaire en vue d'entendre statuer sur cette demande*⁹⁶”, décide qu'*“après annulation du jugement attaqué, (elle) reste donc saisie de cette demande*⁹⁷”. Si le corps de la décision n'en fait aucunement mention, le dispo-

⁹² Cass. 5 octobre 1984, *Pas.* 1985, I, n° 97, p. 181.

⁹³ Cass. 28 juin 1999, *Pas.* 1999, I, nr. 405, p. 1016. Voy. également Cass. 8 juin 1989, *J.T.* 1990, p. 269 et la note de J.-F. ROMAIN, “Rapports entre le principe dispositif et l'effet dévolutif de l'appel”.

⁹⁴ Cass. 8 décembre 1980, *Pas.* 1981, I, p. 399.

⁹⁵ J.-F. ROMAIN, “Rapports entre le principe dispositif et l'effet dévolutif de l'appel”, note sous Cass. 28 juin 1989, *J.T.*, p. 273.

⁹⁶ Traduction libre de: “Boven werd overwogen dat de rechtbank van koophandel de vrijwillige verschijning om over deze rechtsvordering te horen beslissen geldig heeft vastgesteld” (arrêt annoté, n° 26).

⁹⁷ Traduction libre de: “Na de vernietiging van het bestreden vonnis blijft het hof dan geadicteerd om over deze vordering te beslissen” (arrêt annoté, n° 26).

sitif de l'arrêt précise quant à lui expressément que la cour est saisie de la demande en vertu de l'effet dévolutif de l'appel⁹⁸.

63. D'emblée, il convient d'observer que le juge d'appel avait réformé le jugement entrepris en ce qu'il avait joint les différentes demandes introduites. La décision de statuer sur la question de la dissolution est par conséquent en contradiction avec celle refusant de faire droit à l'exception de connexité.

Une autre objection fondamentale, déduite de l'effet relatif de l'appel, nous conduit à critiquer la solution retenue par l'arrêt.

En effet, il résulte de la requête d'appel déposée par la Sobelair que celle-ci n'a pas soumis au juge d'appel la question de la dissolution de la société sur base de l'article 634 du Code des sociétés. Les curateurs de la Sabena, selon les mentions de l'arrêt, ont certes critiqué le jugement *a quo*, en ce que cette question n'avait pas été traitée en audience publique. Il n'est par contre nulle part constaté qu'ils

auraient formé un appel incident. À cet égard, la circonstance que, suivant l'arrêt annoté, les curateurs de la Sabena et la Sobelair aient confirmé à l'audience le maintien de leur demande, est dénuée de toute portée juridique dès lors que "le Code judiciaire ne connaît pas de conclusions verbales"⁹⁹. Ainsi, la Cour de cassation a décidé, à propos d'un appel incident non formalisé par voie de conclusions, que "lorsqu'il ne ressort pas des écrits de procédure que les intimés auraient formé un appel incident, le juge d'appel donne de ces écrits une interprétation inconciliable avec leurs termes et, partant, viole la foi qui leur est due en énonçant que les intimés "demandent par appel incident l'annulation de délibérations d'assemblées générales des copropriétaires"¹⁰⁰.

Il ressort des développements qui précèdent que la cour d'appel ne pouvait se déclarer valablement saisie de la demande en dissolution, sous peine de violer les dispositions des articles 1056 et 1068 du Code judiciaire et le principe dispositif, ainsi que l'interprétation qui en est donnée par la Cour de cassation (voy. *supra*).

SAMENVATTING

De luchtvaartmaatschappij Sobelair vraagt een gerechtelijk akkoord aan. Nadien aanvaardt zij om samen met toeroperator Jet Air en de curatoren van vroegere moedermaatschappij Sabena vrijwillig te verschijnen in het raam van een vordering van de gefailleerde Sabena tot gerechtelijke ontbinding van Sobelair.

De Rechtbank van Koophandel te Brussel, met vonnis van 19 januari 2004¹⁰¹ gaat echter eenvoudigweg over tot faillietverklaring van Sobelair.

Sobelair tekent hoger beroep aan. Met het geannoteerde arrest doet het Hof van Beroep te Brussel het bestreden vonnis teniet en beveelt het de gerechtelijke ontbinding van Sobelair.

Dit arrest is de aanleiding voor de bespreking van allerlei vragen m.b.t. de procedure en de rechtsmiddelen betreffende (i) het gerechtelijk akkoord en (ii) wat men de loopplanken tussen gerechtelijk akkoord en faillissement zou kunnen noemen.

Zo stelt zich nog altijd de vraag welke rechtsmiddelen openstaan tegen een vonnis dat een aanvraag van gerechtelijk akkoord verwerpt en het faillissement uitspreekt. De auteurs nemen hier aan dat, zelfs indien de twee beslissingen formeel door middel van éénzelfde vonnis werden genomen, er nochtans twee rechtsmiddelen dienen te worden aangewend: hoger beroep tegen het afwijzen van de voorlopige opschorting maar derdenverzet tegen de faillietverklaring

Het bestreden arrest beslist terecht dat een in raadkamer te behandelen verzoek tot gerechtelijk akkoord of een door de voorzitter van de rechtbank van koophandel te onderzoeken verzoek tot aanstelling van een voorlopige bewindvoerder niet kunnen worden gevoegd met een in openbare zitting te behandelen vordering tot gerechtelijke ontbinding van een handelsvennootschap wegens verlies van haar kapitaal (art. 634 van het Wetboek van Vennootschappen).

Dit gezegd zijnde, wanneer er talrijke partijen de gelegenheid hebben gehad om de behandeling van de zaak in de raadkamer bij te wonen, kan er nog echt worden aangenomen dat de zitting eigenlijk niet openbaar was?

⁹⁸. Voy. l'expression "Verder beslissend krachtens devolutieve rechtsmacht" dans le dispositif de l'arrêt annoté.

⁹⁹. Cass. 25 mai 1998, *Pas.* 1998, I, n° 269, p. 630.

¹⁰⁰. Cass. 21 juin 2002, www.cass.be, cité par G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Larcier, 2003, p. 322, note de bas de page n° 188.

¹⁰¹. *T.R.V.* 2004, p. 171, noot M. VANMEENEN.

Het geannoteerde arrest gaat bovendien zeer ver wanneer het beslist dat de bestreden beslissing dient te worden tenietgedaan nu het openbaar ministerie niet formeel advies heeft uitgebracht omtrent de faillissementsvoorwaarden, terwijl zijn standpunt duidelijk bleek uit zijn advies m.b.t. het gerechtelijk akkoord.

Het besproken arrest neemt aan dat een verzoeker afstand kan doen van zijn aanvraag van gerechtelijk akkoord. Dit is lang niet evident.

Ten slotte kan het geannoteerde arrest niet overtuigen wanneer, na het bestreden vonnis te hebben tenietgedaan, het zich niet uitspreekt over de faillissementsvoorwaarden maar aanvaardt om in te gaan op de vordering tot gerechtelijke vereffening en ontbinding van Sobelair.