

Note

Le concordat judiciaire et la compensation: "je t'aime moi non plus"Erik Van Den Haute¹

1. Après plusieurs années d'insécurité juridique, la Cour de cassation a enfin eu l'occasion de se prononcer sur la nature du concordat judiciaire tel qu'organisé par la loi du 17 juillet 1997. La question de savoir si le concordat crée ou non un concours divise tant la doctrine que la jurisprudence et a fait déjà couler beaucoup d'encre². L'un des enjeux pratiques majeurs de cette question consiste à déterminer dans quelle mesure la compensation reste possible durant le sursis provisoire, comme en attestent les décisions de jurisprudence qui ont eu à en connaître.

2. Rappelons que l'un des objectifs fondamentaux de la loi relative au concordat judiciaire vise à permettre le sauvetage des entreprises connaissant des difficultés financières temporaires par l'octroi d'un sursis limité dans le temps, devant permettre l'élaboration et la mise en œuvre d'un plan de redressement. Contrairement à la faillite du commerçant ou à la dissolution volontaire d'une personne morale, il n'est pas question ici d'arrêt des activités, ni de réalisation des actifs. Il n'y a pas davantage de formation d'une masse (sauf lorsque le concordat débouche finalement sur une faillite) et la perspective est indiscutablement celle d'une continuité de l'entreprise (optique de *going-concern*)³.

De manière schématique, la discussion portait principalement sur deux aspects du concours, jugés essentiels par un certain nombre d'auteurs: la suspension des voies d'exécution individuelles des créanciers et le dessaisissement du débiteur de son patrimoine⁴. Notre Cour suprême avait retenu ces critères dans son arrêt de principe du 27 mars

1952 pour conclure à propos de l'ancien concordat régi notamment par les articles 5 et 11 des lois coordonnées sur le concordat judiciaire, qu'il y avait concours dès le dépôt de la requête en concordat⁵. En les transposant aux dispositions de la loi du 17 juillet 1997, une partie de la doctrine estimait que ces conditions du concours demeureraient réunies après l'entrée en vigueur de cette loi. D'autres auteurs ont, à juste titre, précisé que ces deux aspects ne pouvaient être décisifs. En effet, d'une part, la suspension des voies d'exécution n'est qu'une conséquence du concours et ne peut donc être un critère inhérent à sa définition: en juger autrement reviendrait à inverser le raisonnement qui consiste à déterminer dans un premier temps s'il y a concours, et, le cas échéant, à appliquer dans un second temps les conséquences qui découlent nécessairement d'un tel constat. D'autre part, force est de constater que, dans le nouveau système, le débiteur reste à la tête de ses affaires et n'est pas dessaisi de son patrimoine. Ce dernier ne devra en effet pas être réparti entre les créanciers. La nomination d'un commissaire au sursis n'y change rien, puisque celui-ci se contente d'"assister" le débiteur. Certes, il appartient au juge qui désigne le commissaire au sursis de préciser l'ampleur de ses pouvoirs. Il n'en reste pas moins que la capacité du débiteur demeure la règle et que l'incapacité doit rester exceptionnelle⁶.

Considérer que le concordat judiciaire crée un concours aboutit alors, semblerait-il, à la nécessité d'adapter la notion de concours de manière téléologique. Ce procédé, dangereux pour la sécurité juridique, a été fort justement critiqué par une partie de la doctrine⁷.

¹. Avocat, Maître de Conférences ULB.

². Considèrent que le concordat judiciaire ne crée pas une situation de concours, J.-P. BUYLE, "Les effets du concordat judiciaire et de la faillite sur les créanciers poursuivants", in *Nouvelle législation: concordat & faillite. Analyse et enjeux*, Skyroom Events, Journée d'étude du 25 septembre 1997, p. 19; Y. DUMON et H. STRANART, "Le concordat judiciaire", *J.T.* 1997, p. 860; F. GEORGES, "Le concordat est-il une hypothèse de concours? Éléments théoriques et pratiques", in *Le point sur le droit des sûretés*, Liège, Formation Permanente CUP-Ulg, octobre 2000, pp. 231 et s.; Ph. GÉRARD, J. WINDEY et M. GRÉGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite. Lois des 17 juillet et 8 août 1997, Les Dossiers du J.T.*, n° 17, Larcier, 1998, n° 25, pp. 38-39; N. THIRION, "La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation: nouveaux enseignements récents de la Cour de cassation", *R.C.J.B.* 2001, pp. 185 et s.; Ch. VAN BUGGENHOUT, "Gerechtigd akkoord en samenloop", *R.D.C.* 1999, pp. 157 et s.; I. VEROUGSTRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer, pp. 86 et s.; Comm. Liège 3 avril 1998, *J.L.M.B.* 1998, p. 1092. Considèrent en revanche que le concordat judiciaire crée une situation de concours (quoique différente des autres situations de concours), BALLON, "Rechtspositie van schuldenaar en schuldeisers", in *Het gerechtelijk akkoord na de wet van 17 juli 1997*, pp. 223 et s.; Ph. COLLE et B. VAN DEN BRANDE, "Het gerechtelijk akkoord: een samenloop?", in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 183 et s.; V. DECKMYN et E. DERNICOURT, "Het gerechtelijk akkoord. Samenloop en schuldvergelijking", *R.W.* 1998-99, p. 231; J. WINDEY et X. DIEUX, "Nouvelles observations sur la théorie générale du concours entre les créanciers. À la lumière de la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire et de ses premières applications", in *Mélanges Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 378; O. POELMANS, "Le concordat et le concours après la loi du 17 juillet 1997", *R.D.C.* 1999, p. 144; M. TISON, "Depistage en gerechtelijk akkoord na de wet van 17 juli 1997", *R.W.* 1997-98, p. 421; Comm. Anvers 16 juin 1998, *R.D.C.* 1999, p. 179; Comm. Furnes 17 novembre 1999, *R.D.C.* 2000, p. 718.

³. Sur cette approche économique, voy. Ch. VAN BUGGENHOUT, *o.c.*, p. 157, n° 1; X., *Discontinuité des entreprises*, Actes du Colloque organisé les 28 et 29 avril à la V.U.B., Anvers, Kluwer, 1983.

⁴. Voy. O. POELMANS, *o.c.*, p. 146, n° 4.

⁵. *Pas.* 1952, I, 475. Pour une analyse de cet arrêt, voy. M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1992, n°s 406 à 409.

⁶. Voy. les références citées à la note infrapaginale n° 1.

⁷. En ce sens, Ch. VAN BUGGENHOUT, *o.c.*, p. 158, n° 3.

En tout état de cause, la controverse elle-même était devenue une source d'insécurité juridique, certaines juridictions appliquant systématiquement l'idée du concours, d'autres prenant exactement le contrepied. Il devenait urgent et nécessaire soit que la Cour de cassation se prononce sur la question, soit que le législateur intervienne. Finalement, les deux voies ont été suivies car si la Cour de cassation a eu l'occasion de prendre position dans son arrêt du 1^{er} juin 2006, le Conseil des ministres a approuvé le 12 juillet dernier un avant-projet de loi relatif à la continuité des entreprises, qui, s'il devait être adopté par le législateur, confirmerait la solution retenue par la Cour.

Il convient par ailleurs de distinguer soigneusement la portée des deux arrêts annotés.

3. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 7 avril 2006, la société anonyme Durobor (demandeur en cassation) avait demandé et obtenu un concordat judiciaire. Parmi les créances déclarées figurait une dette envers Fortis Banque qui consistait dans le solde débiteur d'un compte ouvert au nom de Durobor. Et la banque de compenser divers paiements des clients de Durobor avec sa créance résultant du solde débiteur précité. Une partie de ces paiements fut enregistrée entre le moment du dépôt de la requête et la date à laquelle le jugement était rendu, les autres paiements l'étant après l'obtention du concordat. Cette compensation a été contestée par Durobor qui assigna Fortis Banque en contrepassation des écritures concernées. Cette demande fut rejetée, tant en première instance qu'en degré d'appel, les compensations litigieuses se voyant qualifiées de "légalement justifiées".

Les motifs de l'arrêt de la cour d'appel font apparaître que celle-ci considère préalablement qu'"à partir du jour du dépôt de la requête en concordat, (...) se crée une certaine forme de concours qui tend à voir l'entreprise se redresser en imposant aux créanciers des sacrifices tout en leur assurant un traitement égalitaire". Et la cour d'en déduire que la compensation – bien que ne pouvant être considérée comme une voie d'exécution – ne peut, en règle, être admise. La cour rappelle ensuite le régime des exceptions et plus particulièrement la possibilité de compenser des dettes réciproques après concours, en cas d'étroite connexité. Après avoir refusé, à ce titre, l'application d'une clause d'unicité de comptes, elle admet en revanche qu'une "clause de compensation générale par laquelle les parties ont placé leurs dettes réciproques dans un rapport purement conventionnel de connexité, dans des conditions exclusives de toute fraude" puisse sortir ses effets, tout en prenant soin de constater que la mise en œuvre de cette compensation conventionnelle se

situe "dans le cadre d'une opération économique globale au terme de laquelle les parties ont convenu de traiter ensemble et dans le cadre d'un même compte à vue diverses opérations distinctes, établissant ainsi entre elles une dépendance permettant de conclure à l'existence d'une connexité juridique étroite."

Dans son premier moyen en cassation, le demandeur, pour contester la légalité de l'arrêt attaqué, déduisait des articles 13 alinéa 2, 21 § 1^{er} et 22 de la loi du 17 juillet 1997 (interdiction de toute voie d'exécution, saisie ou réalisation) la volonté du législateur d'imposer un "concurso renforcé" de sorte que "l'interdiction de la compensation, en cas de concours né d'une procédure de concordat judiciaire régie par la loi du 17 juillet 1997, ne saurait pas recevoir exception et, à tout le moins, ne saurait recevoir exception du fait que les créances réciproques présentent entre elles un lien étroit de connexité". La Cour répond qu'une telle interdiction ne saurait être déduite des articles 13 alinéa 2, 21 § 1^{er} et 22 de la loi du 17 juillet 1997; le moyen manque donc en droit. L'argument du demandeur en cassation avait de quoi surprendre, car la suspension des voies d'exécution individuelles est une conséquence normale de la survenance d'une situation de concours. S'il fallait admettre que le concordat judiciaire crée une situation de concours – ce sur quoi l'arrêt du 7 avril ne s'est pas prononcé, la question ne lui étant pas posée – l'on ne saurait voir dans les articles précités que la matérialisation concrète d'une conséquence de ce concours au même titre que les articles 24 et 25 de la loi sur la faillite, de l'article 1675/7 § 2 du Code judiciaire pour ce qui est du règlement collectif de dettes et de l'enseignement tiré de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 24 mars 1977⁸. Dans tous ces autres cas, la compensation pour dettes connexes demeure possible et l'on comprend donc mal pourquoi il en irait autrement suite à l'obtention d'un concordat.

Les autres moyens, qui se fondent sur le défaut de motivation et des contradictions internes à l'arrêt, ont également été rejetés. La Cour de cassation relève notamment que l'arrêt attaqué "a pu, sur la base d'une appréciation en fait des éléments de la cause, légalement décider, sans méconnaître la notion de connexité, qu'il existait entre les créances réciproques des parties un lien de connexité étroit de nature à justifier qu'une compensation s'opérât entre elles". Rappelons que ce constat est important, dès lors que, suivant l'enseignement de l'arrêt du 7 octobre 1976⁹, une clause de connexité ne pourrait justifier une compensation après concours que si et dans la mesure où le juge de fond constate qu'il existe réellement une connexité juridique entre les créances réciproques des parties¹⁰. C'est en ce sens que la cour d'appel avait constaté en l'espèce, que la clause de compensation

⁸. R.C.J.B. 1977, p. 654 avec note Ph. GÉRARD, "La règle de l'égalité entre les créanciers d'une société en liquidation".

⁹. Cass. 7 octobre 1976, Pas. 1977, I, 154. Cet arrêt concernait la connexité conventionnelle en matière de droit de rétention.

¹⁰. En ce sens, A.-M. STRANART, *Les sûretés commerciales*, recyclage St.-Louis, 1983, p. 73; L. CORNELIS et Ch. VAN BUGGENHOUT, "Retentierecht, pand en faillissement", *R.W.* 1977-78, col. 1417; L. SIMONT, "Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu'elles posent", in *Les sûretés*, Feduci, 1984, p. 381. Voy. cependant, P. VAN OMMESLAGHE, "Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté", in *Les sûretés*, Feduci, 1984, p. 381; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 731, n° 1700.

générale se situait “dans le cadre d’une opération économique globale”. Sur ce point, l’arrêt annoté se situe dans la ligne de l’enseignement de l’arrêt du 7 octobre 1976.

4. C’est dans des termes très différents que les questions ont été posées dans l’arrêt du 1^{er} juin 2006. En l’espèce, la société anonyme Euroftal (défenderesse en cassation) avait également demandé et obtenu un concordat judiciaire. Dans le cadre de ce concordat, le fournisseur d’énergie avait déclaré sa créance pour un montant de 486.668,60 euro, lequel avait été admis au passif. Afin d’assurer la continuité de l’entreprise, il accepta également de poursuivre les fournitures d’énergie durant la période de sursis provisoire, et continua ainsi à adresser des factures provisionnelles. Suivant le décompte définitif, le fournisseur d’énergie adressa à Euroftal des notes de crédit pour un montant total de 173.644,92 euro, qu’il estima pouvoir compenser avec le montant de sa créance déclarée. Quant aux créances échues pendant la période du sursis provisoire pour les fournitures en cours, il estima que celles-ci devaient être admises comme créances de la masse dans le cadre de la liquidation qui avait suivi le concordat. Or, les commissaires au sursis ont exactement fait l’inverse: ils ont compensé la somme de 173.644,92 euro avec les créances échues pour les fournitures faites pendant le sursis provisoire, tout en payant encore le solde au fournisseur, après quoi, ils estimaient avoir intégralement réglé ces fournitures.

La cour d’appel de Gand avait, en l’espèce, refusé la compensation légale sollicitée par le fournisseur au motif que les créances nées d’actes ou d’opérations accomplies dans le but de préserver la continuité de l’entreprise ont une finalité propre et que leur sort doit dès lors être distingué du sort des créances échues au moment de l’octroi du sursis provisoire. Il en résultait qu’une compensation entre les deux sortes de créances ne pouvait être admise.

Dans son deuxième moyen, le demandeur en cassation (le fournisseur) affirmait que le concordat judiciaire ne tend pas à la liquidation du patrimoine du débiteur, mais bien à la continuité et au redressement de l’entreprise, de sorte qu’il ne crée pas un concours entre les créanciers titulaires de créances nées avant l’obtention du concordat. Et le demandeur de préciser en conséquence que ces créanciers ne sont pas soumis à la règle de l’égalité. Le demandeur en cassation – qui prit soin de distinguer les voies d’exécution de la compensation¹¹ – constatait ainsi que ni les articles 1291 alinéa 1^{er}, 1298 C. civ. et 44 alinéa 2 de la loi du 17 juillet 1997, ni aucune autre disposition légale ou principe général de droit, ne font obstacle à la compensation entre lesdites créances réciproques. Il ne se crée en effet aucune masse.

L’arrêt de la Cour constate sur ce deuxième moyen que la loi relative au concordat judiciaire comporte le principe de

“fixation” (“*fixatiebeginsel*”) en ce qui concerne les créances, sans qu’elle ne crée cependant une situation de concours pour ce qui est des créances qui existaient avant la procédure concordataire. La formule consacrée indique que le concordat ne fait pas naître un concours “qui exclut en toutes circonstances une compensation légale”. Il s’agit, selon la Cour suprême, de préserver autant que possible les rapports contractuels avec le débiteur. La Cour déduit de ce qui précède que la compensation légale reste possible entre une créance déclarée et admise au passif et la dette née vis-à-vis du débiteur suite à la poursuite des relations contractuelles durant la période de sursis provisoire aux fins d’assurer la continuité de l’entreprise. La Cour casse donc, conformément à ces principes, l’arrêt attaqué.

5. À faire une lecture combinée des deux arrêts, on constate que le second arrêt franchit un pas bien plus important que le premier. Dans l’arrêt du 7 avril 2006, la Cour se contente de relever que rien dans la loi du 17 juillet 1997 n’interdit la compensation pour dettes connexes et écarte ainsi l’idée avancée par le demandeur en cassation selon laquelle la volonté du législateur aurait été de créer une sorte de concours “renforcé” où même les exceptions traditionnellement admises à l’interdiction de la compensation ne sauraient être admises. Dans l’arrêt du 1^{er} juin 2006, il n’est plus question de dettes connexes (même si les faits ne semblent pas exclure l’existence d’une connexité juridique), mais de compensation légale pure et simple. Ici, la Cour franchit le pas supplémentaire qui consiste à admettre la compensation, que les dettes soient connexes ou pas et à écarter définitivement l’idée selon laquelle le concordat créerait une situation de concours. La formule utilisée reste prudente puisque la Cour introduit sa phrase par la précision selon laquelle il y a fixation (“*fixatiebeginsel*”) pour les créances qui existaient avant la procédure concordataire, mais sans que cela ne suffise pour créer une situation de concours qui soit de nature à exclure en toutes circonstances la compensation. Il ne s’agit cependant pas d’une véritable cristallisation ou, si cristallisation il y a, elle n’a qu’une portée limitée: il s’agit en effet de fixer le montant des créances qui existent au moment au début du sursis provisoire afin de pouvoir en faire la vérification et d’être en mesure d’élaborer un plan de redressement. Il ne s’agit en revanche nullement d’une fixation qui tend à transformer les droits des créanciers en droits définitivement et irrévocablement acquis. L’article 1298 C. civ. ne saurait donc jouer.

La solution doit être approuvée. La continuité de l’entreprise reste la première priorité et il est dès lors cohérent de ne pas appliquer – en dehors des questions spécialement réglées par la loi – le régime caractéristique de la discontinuité (impliquant la réalisation des actifs et le désintéressement des créanciers au moyen de ces actifs). Comme l’affirme la

¹¹ Sur cette distinction, voy. E. VAN DEN HAUTE et M.D. WEINBERGER, “L’article 334 de la loi-programme du 27 décembre 2004: entre compensation et voie d’exécution”, *Annuaire du Crédit*, 2005, p. 299 à 315.

Cour, il y a lieu de préserver autant que possible les relations contractuelles avec le débiteur. L'arrêt du 1^{er} juin 2006 tranche donc, sans ambiguïté, la controverse précitée et il faut

espérer qu'il apportera, du moins pour le temps nécessaire au législateur d'adopter la nouvelle loi "relative à la continuité des entreprises"¹², la paix judiciaire.

¹² L'avant-projet a été approuvé par le Conseil des ministres du 12 juillet 2006 et a ensuite été envoyé à la Section de législation du Conseil d'État.