
COUR D'APPEL DE BRUXELLES 8 MARS 2007

FAILLITE

Effets – Droits des créanciers – Dettes de la masse – Nées lors d'un concordat antérieur – Article 44, alinéa 2 de la loi relative au concordat – Faillite résultant de l'échec du concordat – Dettes issues de l'exécution de conventions conclues avant le sursis – Dettes de la masse – Rôle tenu par le commissaire au sursis – Dettes relatives à des prestations postérieures au sursis provisoire – Pas de dettes de la masse – Rang des dettes assimilées aux dettes de la masse faillie

Il ressort tant du libellé de l'alinéa 2 de l'article 44 précité que des travaux préparatoires que le législateur entend encourager les commerçants à nouer des relations commerciales avec un débiteur sous concordat judiciaire. Il est donc sans importance, dès lors que la faillite résulte de l'échec du concordat, que le débiteur soit déclaré en faillite au cours de la procédure en concordat ou après qu'il a été mis fin à celle-ci.

La doctrine considère généralement que les "dettes contractées pendant le concordat" au sens de l'article 44, alinéa 2 sont les dettes issues de contrats conclus après l'octroi du sursis, ainsi que les dettes issues de l'exécution de conventions conclues avant le sursis, mais qui résultent de prestations effectuées depuis l'octroi du sursis, notamment les nouvelles échéances de loyers.

Un acte positif du commissaire au sursis en rapport avec l'acte ayant donné lieu à la créance litigieuse est requis pour qu'il y ait collaboration ou assistance.

Il n'y a pas de raison d'appliquer un régime différent à l'autorisation du commissaire.

La collaboration, l'assistance ou l'autorisation des commissaires au sursis ne peut donc être présumée du seul fait qu'ils ont accepté leur mission ou ne se sont pas opposés expressément à la poursuite des contrats.

La preuve de l'autorisation des commissaires au sursis n'est soumise à aucune forme particulière et peut être apportée par toutes voies de droit.

La réglementation sur le concordat n'exige pas que cette autorisation soit préalable ou concomitante à l'acte du débiteur.

Seules les dettes nées de ces actes, et qui ont été contractées avant l'homologation du concordat, deviennent des dettes de masse dans la faillite ultérieure.

Par conséquent, les dettes relatives à des prestations postérieures au sursis provisoire ne peuvent être considérées comme des dettes de la masse faillie.

Les créanciers de la masse, dans l'acceptation classique du terme, sont payés avant les créanciers privilégiés généraux et chirographaires. En revanche, ils sont primés par les créanciers titulaires de sûretés réelles et de privilèges spéciaux, à moins que leurs engagements n'aient contribué à la valorisation ou à la conservation de l'assiette de ces créanciers. L'appréciation de l'utilité de ces actes doit se faire in concreto.

FAILLISSEMENT

Gevolgen – Rechten van de schuldeisers – Boedelschulden na eerder gerechtelijk akkoord – Artikel 44, tweede 2 WGA. – Faillissement na mislukking gerechtelijk akkoord – Schulden uit contracten gesloten vóór de opschorting – Boedelschulden – Taak van de commissaris van de opschorting – Schulden uit prestaties geleverd na de opschorting – Geen boedelschulden – Rang van de schulden die gelijkgeschakeld werden met boedelschulden

Uit de redactie van het tweede lid van artikel 44 zowel als uit de voorbereidende werken blijkt dat de wetgever handelaars heeft willen aanmoedigen zaken te doen met een schuldenaar onder gerechtelijk akkoord. Wanneer het faillissement volgt op de mislukking van het gerechtelijk akkoord, is het zonder belang dat het faillissement is uitgesproken tijdens de procedure dan wel nadat deze werd beëindigd.

De rechtsleer is meestal de mening toegedaan dat de schulden aangegaan tijdens het akkoord in de zin van artikel 44, tweede 2 de schulden zijn die zijn ontstaan uit contracten gesloten na de opschorting evenals deze die het gevolg zijn van prestaties geleverd na de toekenning van de opschorting, waaronder nieuwe huurvervaldagen.

Een positieve handeling van de commissaris inzake opschorting die verband houdt met de handeling die aan de basis ligt van de betrokken schuldvordering is vereist om te kunnen spreken van bijstand of medewerking.

Dezelfde voorwaarde is vereist voor wat betreft de toestemming van de commissaris.

De medewerking, de toestemming of de bijstand van de commissarissen inzake opschorting mag niet vermoed worden omwille van het enkele feit dat zij hun opdracht hebben aanvaard of omdat zij zich niet uitdrukkelijk verzet hebben tegen de voortzetting der contracten.

Het bewijs van de toestemming van de commissarissen van de opschorting is niet onderworpen aan enige vormvereisten en kan dus worden geleverd door alle middelen van recht.

Het regime van het gerechtelijk akkoord vereist geenszins dat deze toestemming de handeling van de debiteur zou voorafgaan of ermee zou samenvallen.

Uitsluitend de schulden uit de handelingen die werden aangegaan voor de homologatie van het akkoord kunnen boedelschulden worden in een later faillissement.

Bijgevolg kunnen de schulden die ontstaan zijn uit prestaties die geleverd werden nadat de periode van voorlopige opschorting beëindigd werd niet meer beschouwd worden als boedelschulden.

De boedelschulden worden in de klassieke betekenis ervan betaald voor de algemeen bevoorrechte en gewone schuldeisers. Zij worden daarentegen voorafgegaan door de schuldeisers die titularis zijn van zekerheden en bijzondere voorrechten, tenzij is aangetoond dat deze schulden hebben bijgedragen tot het behoud of de tegeldemaking van het zadel van deze bijzondere voorrechten of zekerheden. De beoordeling van het nut van deze handelingen is in concreto te toetsen.

R. Dupont, J.-M. Derick et A. De Ridder curateurs q.q. faillite SA City Bird/Awas

Siég.: M. Regout, E. Herregodts et Y. Demanche (conseillers)

Pl.: Mes Ch. De Ridder et K. Van den Broeck, S. Jacmain et P. Van Ommeslaghe, S. Van Ommeslaghe et X. Dieux et H. Culot et G. Rue

(...)

III. Faits et antécédents de la procédure

1. La société City Bird disposait d'une flotte aérienne d'une douzaine d'appareils et avait à l'origine développé une activité de transporteur "longs courriers" pour son propre compte. Elle a par la suite développé cette même activité pour des compagnies tierces, parallèlement à une activité de transporteur "charter" et à une activité de transporteur "cargo".

Le 18 décembre 1997, Awas (alors dénommée Ansett Worldwide Aviation USA) a conclu avec City Bird un contrat de sous-leasing concernant un avion Boeing 767 (MSN 28495) pour une durée de sept ans devant se terminer le 7 avril 2005, moyennant un loyer mensuel de 774.000 USD.

Le 1^{er} mars 2000, Awas et City Bird ont conclu un contrat de leasing portant sur un second avion Boeing 767 (MSN 27477) pour une durée de cinq ans devant se terminer le 9 mars 2005 moyennant un loyer mensuel de 685.000 USD.

Le 7 juin 2001, Awas et City Bird ont conclu une offre de leasing et acceptation portant sur un avion Airbus pour une durée de 4 ans commençant à courir le 12 juillet 2001, moyennant un loyer mensuel de 365.000 USD.

2. En date du 2 juillet 2001, la société City Bird et la société City Bird Holding ont déposé une requête en concordat devant le tribunal de commerce de Bruxelles.

Les mesures de redressement envisagées par City Bird dans sa requête consistaient en un repositionnement stratégique vers l'accomplissement de vols "charter", courts et moyens courriers, pour le compte de tours opérateurs et d'autres tiers. Cela impliquait, pour City Bird, de conserver les avions appropriés aux types d'activités envisagées et de restituer aux "lessors" les autres appareils.

La requête indiquait également que la poursuite des activités de City Bird pendant la période de sursis provisoire serait financée avec le concours de la société Thomas Cook qui s'était engagée, dans le cadre d'un contrat de prêt, à couvrir jusqu'au 30 septembre 2001 l'excédent de dépenses par rapport aux recettes générées par les activités de City Bird.

3. Par jugement du 4 juillet 2001, le tribunal de commerce de Bruxelles a accordé le bénéfice du sursis provisoire à City Bird et a désigné Madame Hanssens-Ensch et Monsieur Delvaux en qualité de commissaires au sursis.

Ce jugement permettait à la société concordataire d'accomplir tous les actes d'administration ou de disposition généra-

lement quelconques sans l'autorisation préalable des commissaires au sursis.

4. Le 8 août 2001, est intervenue une convention de transaction entre Awas et City Bird. Aux termes de cette convention, les contrats de leasing étaient résiliés anticipativement à certaines conditions dont la libération immédiate de deux crédits documentaires irrévocables constitués en faveur d'Awas.

La convention a été partiellement exécutée. Ainsi, les crédits documentaires ont été libérés et un premier avion a été restitué à Awas le 9 août 2001. La plupart des paiements relatifs à cet avion ont également été effectués. Quant au contrat du 7 juin 2001 relatif au troisième avion, il n'a jamais été mis à exécution.

Le 9 août 2001, Madame Hansen-Ensch a signé la déclaration suivante: *Les commissaires au sursis déclarent avoir pris connaissance de cette convention transactionnelle et de ne pas s'y opposer.*

5. Par jugement du 1^{er} octobre 2001, le tribunal de commerce de Bruxelles a accordé un sursis définitif à City Bird tout en précisant que, compte tenu des incertitudes quant à l'intervention de tiers impliqués dans le redressement de l'entreprise, il demandait aux commissaires au sursis de faire rapport à l'audience du 4 octobre sur l'exécution du plan et du concordat.

6. Par jugement du 4 octobre 2001, le tribunal de commerce de Bruxelles a révoqué le sursis définitif et prononcé la faillite de City Bird, désignant Maîtres Dupont, Derick et De Ridder en qualité de curateurs.

7. En date du 9 octobre 2001, les curateurs ont écrit qu'ils ne pouvaient pas poursuivre l'exécution de la transaction du 8 août 2001 et que l'avion qui devait encore être restitué à Awas était à sa disposition, aux frais de celle-ci. L'avion a été repris par Awas le 11 octobre 2001.

8. Le 8 novembre 2001, Awas a mis les curateurs en demeure d'honorer les dettes impayées découlant de la transaction, les qualifiant de dettes de la masse faillie au sens de l'article 44, alinéa 2 de la loi relative au concordat judiciaire.

En date du 13 novembre 2001, Awas a introduit à la faillite de City Bird une déclaration de créance pour un franc provisionnel, sous toute réserve quelconque, notamment du caractère de dette de la masse, et sans reconnaissance préjudiciable.

9. Par citation du 28 mai 2002, Awas a assigné la curatelle en paiement de sa créance devant une chambre néerlandophone du tribunal de commerce de Bruxelles.

La créance réclamée s'élève à:

1° Boeing MSN 28495 restitué en août 2001

– solde des frais d'entretien de juillet 2001 116.029,50 EUR

2° Boeing MSN 27477 restitué en octobre 2001

– loyer d'octobre 2001	626,649 EUR
– entretien de juillet 2001	1.331,27 EUR
– entretien de septembre 2001	129.591,00 EUR
– entretien d'octobre 2001	192.559,00 EUR
– facture C2 check 745380 du 2 octobre 2001	200.000 EUR
– facture C2 check 745320 du 12 octobre 2001	276.365,94 EUR
– facture A1000 1830 du 10 novembre 2001	7.966,05 EUR
– facture A300 1522 du 10 octobre 2001	3.840,89 EUR
Total	1.454.332,65 EUR

Les 1^{er} et 2 septembre 2003, les curateurs ont cité les commissaires au sursis en intervention forcée.

Le 27 octobre 2003, la SPRL Socfim, Victor Hasson (actuellement décédé), Georges Gutelman, Salomon Israël et Albert Hasson, administrateurs de la SA City Bird, ont formé intervention volontaire.

Par jugement du 30 janvier 2004, le tribunal de commerce de Bruxelles a ordonné le changement de langue ainsi que la jonction de la cause introduite par citation à la cause ouverte par la déclaration de créance d'Awaw.

En date du 7 juin 2004, la SA Cofinimmo, créancière privilégiée de City Bird en sa qualité de bailleur, a formé intervention volontaire.

10. Par jugement du 7 septembre 2004, le tribunal de commerce de Bruxelles a:

– déclaré irrecevable l'action introduite par Awaw par exploit de citation du 28 mai 2002;

– déclaré recevable l'action engagée par Awaw par déclaration de créance à la faillite de City Bird;

– déclaré recevables les interventions volontaires;

– dit pour droit que la créance d'Awaw doit être inscrite au passif privilégié spécial de la faillite au titre de dette de la masse pour un montant de 1.454.332,65 EUR en application de l'article 44, alinéa 2 de la loi sur le concordat judiciaire;

– dit pour droit que cette créance, majorée des intérêts judiciaires depuis le 8 novembre 2001, sera réglée par préférence à l'aide du produit de réalisation des actifs de City Bird en faillite, après les frais de justice et le règlement des créances bénéficiant de privilèges spéciaux, dans les limites et selon les règles applicables en la matière;

– condamné les curateurs *qualitate qua* de City Bird à payer à Awaw la somme de 1.454.332,65 EUR, majorée des intérêts judiciaires depuis le 8 novembre 2001 jusqu'à complet paiement;

– dit l'intervention forcée recevable et fondée et dit le jugement commun et opposable aux commissaires au sursis;

– dit pour droit que la créance de Cofinimmo, privilégiée en application de l'article 20, 1° de la loi hypothécaire, prime celle d'Awaw;

– donné acte à Awaw de ses réserves quant au décompte de la créance de Cofinimmo.

11. Les curateurs, les commissaires au sursis, les administrateurs de City Bird et le bailleur Cofinimmo ont interjeté appel de ce jugement et demandent à la cour de dire pour droit que la créance d'Awaw doit être admise au passif chirographaire de la faillite pour la somme de 1.454.332,65 EUR.

Les curateurs lui demandent en outre de dire que les intérêts sur cette créance ne courent que jusqu'à la date du jugement déclaratif de la faillite.

Les commissaires au sursis, les administrateurs de City Bird et Cofinimmo forment également une demande nouvelle tendant à la condamnation d'Awaw à la somme de 1 EUR provisionnel ou 15.000 EUR, selon le cas, à titre de remboursement des frais et honoraires de leurs conseils.

Par voie d'appel incident, Awaw demande à la cour de:

– déclarer la citation du 28 mai 2002 recevable à l'encontre des curateurs;

– dire pour droit que la créance d'Awaw pour un montant de 1.454.332,65 EUR prime tous les créanciers notamment privilégiés au titre des frais de justice ou privilégiés spéciaux dont Cofinimmo.

Awaw introduit également une demande nouvelle tendant à la condamnation des appelants à la somme de 15.000 EUR provisionnels à titre de remboursement des frais et honoraires de son conseil.

À titre subsidiaire, pour le cas où la cour ne reconnaîtrait pas le caractère de dette de la masse à sa créance, elle demande à la cour d'admettre sa créance au passif chirographaire de la faillite de City Bird pour la somme principale de 35.199.131,04 EUR à majorer des intérêts de retard conventionnels jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite.

IV. Discussion

a) Les dettes de City Bird à l'égard d'Awaw sont-elles des dettes de masse?

12. Awaw revendique pour sa créance la qualité de dette de masse en application de l'article 44 alinéa 2 de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire qui dispose que: "Les actes accomplis par le débiteur au cours de la pro-

cédure avec la collaboration, l'autorisation ou l'assistance du commissaire au sursis, sont considérés lors de la faillite comme des actes du curateur, les dettes contractées pendant le concordat étant comprises comme dettes de la masse faillie.”

Le législateur a ainsi créé une fiction de dettes de la masse. Il n'a pas créé un nouveau privilège dérogeant au principe de l'égalité des créanciers.

La faillite doit-elle être déclarée pendant le sursis provisoire pour qu'il s'agisse de dettes de masse?

13. Les curateurs soutiennent que les dettes contractées durant la procédure en concordat ne pourraient jamais être des dettes de la masse lorsque le débiteur est déclaré en faillite après qu'il a été mis fin au sursis provisoire alors même que, comme en l'espèce, il existerait un lien entre la déclaration de faillite et la fin de cette procédure.

Au cours des travaux préparatoires, la disposition litigieuse a été commentée comme suit:

Il est important que les dettes régulièrement contractées pendant le sursis soient considérées comme dettes de la masse dans une faillite éventuelle. Le fait qu'une entreprise se trouve dans ce qui a été appelé la zone grise et les dangers que cela comporte peuvent jouer le rôle d'un frein sur la volonté de certains de nouer encore des relations commerciales avec le débiteur, ce qui menace d'empêcher la poursuite normale des activités de l'entreprise et compromet le but du sursis. Aussi est-il incontestablement indiqué, en tant que stimulant et de sécurité pour les nouveaux créanciers, de donner lors d'une éventuelle faillite une certaine priorité aux dettes survenues pendant le sursis (Doc. parl. Chambre 1993-94, n° 1406/1, p. 34).

Il ressort tant du libellé de l'alinéa 2 de l'article 44 précité que des travaux préparatoires que le législateur entend encourager les commerçants à nouer des relations commerciales avec un débiteur sous concordat judiciaire. Il est donc sans importance, dès lors que la faillite résulte de l'échec du concordat, que le débiteur soit déclaré en faillite au cours de la procédure en concordat ou après qu'il a été mis fin à celle-ci.

Par ailleurs, dans son arrêt du 22 juin 2005 (n° 108/2005), la Cour d'arbitrage a dit que l'article 44 alinéa 2 viole les articles 10 et 11 de la Constitution dans l'interprétation selon laquelle les dettes contractées durant la procédure en concordat, avec la collaboration, l'autorisation ou l'assistance du commissaire au sursis, ne sont des dettes de la masse que lorsque le débiteur est déclaré en faillite au cours de cette procédure mais non lorsque le débiteur est déclaré en faillite après qu'il a été mis fin à cette procédure, alors qu'il existe un lien entre la déclaration de la faillite et la fin de cette procédure.

Par conséquent, la thèse des curateurs ne peut être suivie.

Les dettes de City Bird trouvent-elles leur origine dans la transaction du 8 août 2001?

14. Selon Awas, sa créance trouve en totalité son origine dans la transaction conclue le 8 août 2001 alors que selon les appelants, cette transaction n'a pas opéré novation et la créance d'Awas trouve sa source dans les contrats de leasing et de sous-leasing conclus entre parties avant la période de sursis provisoire.

15. Aux termes de l'article 13 du "Settlement agreement and sublease amendment" (traduit par les parties par "convention de transaction et amendement de sous-leasing"), la convention doit être interprétée conformément au droit interne de l'État de Californie.

L'article 1530 du Code civil de l'État de Californie dispose que la novation consiste en la substitution d'une nouvelle obligation à une obligation existante. L'article 1531 de ce code ajoute que la novation a lieu notamment par substitution entre les mêmes parties d'une nouvelle obligation qui entend éteindre l'ancienne obligation.

16. En l'espèce, il ressort des passages suivants de la transaction, que les parties n'ont pas entendu mettre fin à toutes les obligations découlant des contrats de leasing conclus entre parties.

Le préambule fait référence aux deux contrats de leasing des 18 décembre 1997 (MSN 28495) et 1^{er} mars 2000 (MSN 27477) ainsi qu'à la proposition et acceptation de leasing du 7 juin 2001. Il indique que City Bird reconnaît être responsable de manquements contractuels et que les parties souhaitent résoudre les manquements et dissoudre la proposition de leasing, sur la base des termes et conditions exposés dans l'accord.

L'article 3 de la transaction prévoit:

– que c'est le terme du "27477 Lease" et non le terme d'un nouveau contrat, qui est avancé au 31 octobre 2001; l'anticipation du terme d'un contrat existant n'emporte pas en soi extinction de toutes les obligations visées par le contrat et création d'obligations nouvelles;

– que City Bird supportera les coûts liés à la restitution de l'avion "in compliance with the 27477 Lease Agreement" (en conformité avec le contrat de location 27477) et que l'éventuelle contribution d'Awas aux frais d'entretien sera également "subject to the terms and conditions of Article 5(d) of the 27477 Lease" (soumise aux conditions de l'article 5(d) du contrat de leasing 27477);

– que City Bird s'acquittera des dettes garanties par un droit de rétention sur l'avion (les redevances Eurocontrol par exemple) "to the extent required to do so by the terms of the 27477 Lease" (dans la mesure où les termes du contrat de leasing 27477 le requièrent);

– que, moyennant la bonne exécution par City Bird de ses obligations, Awas se satisfera du produit de la réalisation des

lettres de crédit “referred to in the 28495 Sublease and the 27477 Lease for payment of the other (or unpaid portion) of the monthly Basic Rent payments due or to become due under the 27477 Lease” (mentionnées dans le contrat de sous-leasing 28495 et le contrat de leasing 27477, pour le paiement de l’autre partie ou de la partie impayée des paiements mensuels de loyer de base dus ou à devoir en vertu du contrat de leasing 27477);

– que, plus généralement “except as otherwise expressly varied by this Section 3, the 27477 Lease shall remain in full force and effect and, for the avoidance of doubt, City Bird remains obligated to pay all Maintenance payments due or to become due under the terms of the 27477 Lease for use of the Aircraft in July, 2001 and thereafter” (sauf s’il y est expressément dérogé par la présente section 3, le contrat de leasing 27477 restera en vigueur et produira ses effets et, pour éviter tout doute, City Bird reste obligée de payer tous les frais d’entretien échus ou à échoir en vertu du contrat de leasing 27477 pour l’utilisation de l’avion en juillet 2001 et après).

L’article 4 utilise les mots “unamended by this Agreement” (non amendé par la présente convention).

L’article 5 énonce que “the obligation to maintain insurance in respect thereof shall continue with City Bird until physical possession thereof is delivered to Awasa (Awas) in accordance with the provisions hereof and of the 28495 Sublease and the 27477 Lease (as the case may be)” (l’obligation de conserver une assurance pour ceux-ci continuera à peser sur City Bird jusqu’à ce que la possession physique de ceux-ci soit remise à Awasa conformément aux dispositions de la présente convention et du contrat de sous-leasing 28495 et du contrat de leasing 27477 (le cas échéant)).

L’article 11 de la transaction énonce que “This Agreement contains the entire agreement of the parties hereto with respect to the subject matter hereof and supersedes all prior written and oral agreements and understandings between the parties hereto with respect to the subject matter hereof” (la présente convention constitue l’accord intégral des parties quant à l’objet de la présente et remplace tous accords et engagements écrits ou verbaux antérieurs entre les parties en rapport avec l’objet de la présente). La transaction ne tend donc pas à se substituer entièrement aux contrats antérieurs.

17. Par ailleurs, contrairement à ce qu’Awas soutient, cette transaction n’a pas fait naître d’obligation entièrement nouvelle dans le chef de City Bird.

L’annulation de la proposition de contrat de location n’a créé aucune obligation nouvelle à charge de City Bird mais a mis fin à tous les droits et obligations des parties en relation avec l’avion Airbus concerné (art. 1 de la transaction).

L’obligation pour City Bird de restituer les appareils mis à sa disposition était prévue par les contrats de location; la tran-

saction n’a fait qu’anticiper le terme sans paiement d’aucune indemnité pour rupture anticipée.

Sous réserve de différences non essentielles justifiées par la situation de City Bird et l’écoulement du temps, les montants dont le paiement est prévu dans la transaction et les obligations qui y sont stipulées sont identiques à ceux prévus par les conventions de location. Plus particulièrement, la transaction prévoit bien le paiement d’un “basic rent”, c’est-à-dire d’un loyer et non le paiement d’une sorte de contrepartie pour l’utilisation transitoire du Boeing MSN 27477 comme Awas le soutient. Les annexes à la transaction reprenant les obligations de restitution qui pèsent sur City Bird sont la reproduction quasi-identique des dispositions des contrats de location.

Le principe de l’appel aux lettres de crédit était déjà prévu dans les contrats de location et les manquements contractuels commis par City Bird avant la conclusion de la transaction justifiaient l’appel à cette garantie.

18. En concluant la transaction du 8 août 2001, les parties n’ont donc pas entendu éteindre toutes les obligations résultant des contrats de sous-leasing 28495 et de leasing 27477 et y substituer un ensemble d’obligations contractuelles nouvelles formant un tout se suffisant à lui-même. Cette transaction a uniquement aménagé les modalités d’exécution des contrats antérieurs, essentiellement en anticipant leur terme, en réduisant ou plafonnant certains montants dus par City Bird dont le montant du loyer de base pour le Boeing MSN 27477 et en allouant immédiatement à Awas le montant des lettres de crédit pour l’indemniser des manquements contractuels commis par City Bird.

Aucun de ces aménagements n’a porté sur l’objet du contrat, à savoir la location d’avions, ni sur les obligations fondamentales pesant sur le locataire, à savoir le principe du paiement d’un loyer et des frais de maintenance.

Le fait que les parties ont transigé sur certains points en litige n’implique pas, au vu des clauses précitées de la transaction, leur intention de procéder à une novation par changement d’objet.

Par ailleurs, il importe peu, pour apprécier le caractère éventuellement novatoire de la transaction du 8 août 2001, que celle-ci ait eu ou non un effet favorable pour City Bird.

Enfin, l’intention des parties à la convention du 8 août 2001 ne peut être déduite de la lettre du 9 octobre 2001 par laquelle les curateurs faisaient savoir au conseil d’Awas que l’exécution de la transaction ne pouvait plus être envisagée en raison du retrait de la licence AOC, cette lettre étant postérieure à la transaction et n’émanant pas de ses signataires.

Les contrats de leasing initiaux ont donc continué à produire leurs effets après le 8 août 2001 et pendant toute la période de sursis provisoire moyennant les adaptations prévues dans la transaction.

Les dettes de City Bird procédant des contrats de leasing antérieurs au sursis provisoire entrent-elles dans le champ d'application de l'article 44 alinéa 2 de la loi relative au concordat judiciaire?

19. Les appelants font valoir que les dettes procédant de contrats antérieurs au sursis provisoire ne peuvent en aucun cas être considérées comme des dettes de la masse parce qu'elles n'ont pas été contractées pendant le sursis provisoire. Dans leur thèse, les dettes relatives à des prestations effectuées pendant le sursis provisoire, même avec la collaboration, l'autorisation ou l'assistance du commissaire au sursis, ne pourraient jamais être considérées comme des dettes de la masse si elles résultent de la poursuite d'un contrat déjà existant. L'article 44 alinéa 2 ne pourrait donc trouver à s'appliquer qu'aux nouveaux contrats conclus pendant le sursis provisoire.

Une telle interprétation de l'article 44 alinéa 2 n'est pas conforme au souhait du législateur qui a voulu, par cette disposition, garantir la poursuite normale des activités de l'entreprise afin que le sursis puisse atteindre son but (*Exposé des motifs, Doc. parl. Chambre 1993-94, n° 1406/1, p. 34, précité*).

Le législateur a confirmé son désir de voir maintenus les contrats en cours en adoptant l'article 28 de la loi relative au concordat judiciaire qui énonce que *le jugement accordant le sursis provisoire ne met pas fin aux contrats conclus avant cette date*. L'*Exposé des motifs* énonce que le contraire serait incompatible avec l'esprit de la procédure et que *le maintien de ces contrats contribue à la poursuite de l'objectif du sursis, à savoir le maintien de l'entreprise et du patrimoine du débiteur au bénéfice de ses créanciers* (p. 25).

Si, comme les appelants le soutiennent, les dettes résultant de la poursuite des contrats en cours ne pouvaient jamais se voir reconnaître la qualité de dettes de masse, les créanciers seraient tentés d'essayer de mettre fin à ces contrats ou d'invoquer l'exception d'inexécution, pour éventuellement conclure à nouveau avec le débiteur, ce qui ne serait pas favorable à la poursuite normale des activités de l'entreprise.

C'est pourquoi, la doctrine considère généralement que les "dettes contractées pendant le concordat" au sens de l'article 44 alinéa 2 sont les dettes issues de contrats conclus après l'octroi du sursis, ainsi que les dettes issues de l'exécution de conventions conclues avant le sursis, mais qui résultent de prestations effectuées depuis l'octroi du sursis, notamment les nouvelles échéances de loyers (J. WINDEY, "Bilan de trois années d'application de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire", *R.D.C.* 2002, p. 24, n° 56; H. COUSY et E. DIRIX, "Continuïteit van de onderneming in moeilikheden", *T.P.R.* 1998, p. 1228, n° 20; D. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Intersentia, 2005, n° 616).

S'agit-il d'actes accomplis par le débiteur au cours de la procédure avec la collaboration, l'autorisation ou l'assistance du commissaire au sursis?

20. Pour qu'une dette soit considérée comme dette de masse au regard de l'article 44 alinéa 2 précité, il ne suffit pas qu'elle ait été contractée pendant la période de sursis provisoire, il faut encore que les actes aient été accomplis par le débiteur avec la collaboration, l'autorisation ou l'assistance du commissaire au sursis.

Les appelants soutiennent qu'une prestation positive, un assentiment certain du commissaire au sursis est nécessaire alors qu'Awais estime que puisque le jugement de concordat judiciaire ne met pas fin aux contrats conclus avant cette date, il y a une présomption que tous les engagements valablement souscrits par le seul débiteur le sont avec l'assistance du commissaire au sursis à défaut d'opposition de sa part.

21. Il ne peut y avoir assistance du commissaire au sursis que si préalablement à l'accomplissement de l'acte, il apporte son aide à l'accomplissement de l'acte. La Cour de cassation a estimé que cette assistance ne pouvait se déduire du fait que d'une part les livraisons ayant donné lieu aux créances litigieuses étaient indispensables dans le processus de production de l'entreprise concordataire de sorte qu'il était impensable que les activités commerciales se poursuivent en l'absence de ces livraisons et que d'autre part le commissaire au sursis avait marqué son accord à la poursuite de l'activité (Cass. 4 février 2005, C.040054.N).

Par ailleurs, la collaboration du commissaire au sursis requiert qu'il pose des actes visant à l'accomplissement de l'acte. Tel n'est pas le cas lorsque le commissaire au sursis savait que les livraisons se poursuivaient au cours de la procédure en concordat, avait apporté son aide à la continuité de l'entreprise et implicitement approuvé la poursuite des livraisons en vue de la continuité de l'entreprise (*ibid.*).

Un acte positif du commissaire au sursis en rapport avec l'acte ayant donné lieu à la créance litigieuse est donc requis pour qu'il y ait collaboration ou assistance.

Il n'y a pas de raison d'appliquer un régime différent à l'autorisation du commissaire.

22. Les termes mêmes de l'article 44 alinéa 2 de la loi sont révélateurs de la volonté du législateur de ne pas donner la qualification de dettes de la masse à tous les actes que le débiteur aurait accomplis pendant le sursis provisoire même sans la collaboration, l'assistance ou l'autorisation du commissaire au sursis. Pourquoi aurait-il fait référence expresse à la collaboration, l'autorisation ou l'assistance du commissaire si celles-ci devaient être présumées?

La précision de l'article 44 alinéa 2 de la loi a un sens puisque le concordat ne dessaisit pas le débiteur de l'administration de ses biens mais que, en vertu de l'article 15 de la loi, le tribunal peut, le cas échéant, décider que le débiteur ne

peut accomplir des actes d'administration ou de disposition sans l'autorisation du commissaire au sursis. Si le commissaire au sursis est, dans tous les cas, chargé d'assister le débiteur dans sa gestion, sous le contrôle du tribunal, cette assistance peut prendre des formes diverses dont l'autorisation aux actes accomplis par le débiteur.

L'exigence d'un acte positif du commissaire au sursis est en outre conforme à la notion de dette de masse dans le cadre d'une faillite. En cas de faillite, une dette ne peut être mise à charge de la masse que lorsque le curateur a contracté *qualitate qua* des engagements en vue de l'administration de la masse, notamment en poursuivant l'activité commerciale du failli, en exécutant les conventions que celui-ci a conclues ou encore en utilisant ses meubles ou immeubles aux fins d'assurer l'administration convenable de la faillite (Cass. 30 mars 1995, *J.T.* 1995, p. 541). Un acte positif du curateur est donc requis.

23. La collaboration, l'assistance ou l'autorisation des commissaires au sursis ne peut donc être présumée du seul fait qu'ils ont accepté leur mission ou ne se sont pas opposés expressément à la poursuite des contrats de leasing et sous-leasing conclus entre City Bird et Awas.

Pour le surplus, la preuve de l'autorisation des commissaires au sursis n'est soumise à aucune forme particulière et peut être apportée par toutes voies de droit.

La réglementation sur le concordat n'exige pas que cette autorisation soit préalable ou concomitante à l'acte du débiteur.

24. En l'espèce, Awas voit la preuve de l'autorisation des commissaires au sursis dans la déclaration signée le 9 août 2001 par Me Hanssens-Ensch qui est ainsi libellée:

Le 8 août 2001 (Awas) et City Bird ont signé une convention transactionnelle concernant la fin anticipée (i) d'un contrat de sous-leasing du 18 décembre 1997 entre (Awas) et City Bird concernant un avion Boeing... 28495... (ii) d'un contrat de leasing du 1^{er} mars 2000 entre (Awas) et City Bird concernant un avion Boeing... 27477... ainsi que (iii) d'une offre de leasing et acceptation 1186 du 7 juin 2001 entre (Awas) et City Bird concernant un avion airbus... et le retour des deux Boeing mentionnés ci-dessus avec leurs moteurs respectifs.

Les commissaires au sursis déclarent avoir pris connaissance de cette convention transactionnelle et de ne pas s'y opposer.

La transaction était conclue sous la condition suspensive que les commissaires au sursis aient signé la convention (art. 7). À la dernière page de celle-ci, il était indiqué: nous reconnaissons ce qui précède et nous ne nous y opposons pas, suivi d'un emplacement réservé à la signature des deux commissaires au sursis.

Les commissaires ont préféré ne pas signer sous le texte de la transaction parce qu'ils n'étaient pas parties à cette convention.

La portée de leur engagement par acte distinct est toutefois claire. En déclarant ne pas s'opposer à une transaction conclue sous la condition suspensive de sa signature par les commissaires, ceux-ci n'ont pu avoir une autre intention que de donner leur autorisation à cet acte. Ils ne se sont pas contentés d'écrire qu'ils avaient connaissance de la transaction, ce qu'ils n'auraient pas manqué de faire s'ils avaient voulu adopter une position neutre. En outre, City Bird avait pleine capacité pour signer seule la transaction; l'intervention des commissaires au sursis n'était pas requise pour donner effet à la convention; elle l'était en revanche pour donner aux dettes le caractère de dettes de la masse.

En déclarant ne pas s'opposer au contenu de la transaction du 8 août 2001, les commissaires ont autorisé tous les paiements auxquels il est fait référence dans cet acte et donc également les paiements des frais qui étaient exigibles en vertu des contrats antérieurs mais dont la déduction était rappelée dans la transaction.

L'article 44 alinéa 2 est-il applicable aux dettes contractées après l'homologation du concordat?

25. Les appelants font valoir à bon droit que seules les dettes contractées avant l'homologation du concordat peuvent devenir des dettes de masse dans la faillite ultérieure.

En effet, pour la période de sursis provisoire et d'observation, le commissaire au sursis est, en vertu de l'article 19 alinéa premier de la loi sur le concordat judiciaire, désigné par le tribunal et chargé d'assister le débiteur dans sa gestion, sous le contrôle du tribunal.

Conformément à l'article 36 alinéas 1 et 2 de la même loi, le commissaire au sursis n'exerce durant la période du sursis définitif, qu'une tâche de surveillance et de contrôle de l'exécution du plan et du concordat et fait rapport au tribunal sur l'exécution du plan et du concordat.

Le débiteur est en effet considéré durant cette période avoir pris en mains la direction de son entreprise de manière autonome après que les créanciers eurent exprimé leur confiance dans sa gestion.

Il s'ensuit que par "actes accomplis par le débiteur au cours de la procédure avec la collaboration, l'autorisation ou l'assistance du commissaire au sursis" tels que prévus à l'article 44 alinéa 2, il y a lieu d'entendre les actes accomplis par le débiteur avec la collaboration, l'autorisation ou l'assistance du commissaire au sursis au cours de la période de sursis provisoire. Seules les dettes nées de ces actes, et qui ont été contractées avant l'homologation du concordat, deviennent des dettes de masse dans la faillite ultérieure (Cass. 8 septembre 2006, C.050284.N).

Par conséquent, les dettes relatives à des prestations postérieures au sursis provisoire ne peuvent être considérées comme des dettes de la masse faillie.

Application à l'espèce

26. La créance de frais d'entretien du Boeing 28495 de juillet 2001 (16.029,50 EUR) est une dette de la masse.

La créance de loyer d'octobre 2001 du Boeing 27477 (626.649 EUR) et celle de frais d'entretien pour la même période (192.559 EUR) se rapportent à des prestations postérieures au 1^{er} octobre 2001 et ne sont donc pas des dettes de la masse.

La créance de frais d'entretien du Boeing 27477 de juillet 2001 (1.331,27 EUR) est une dette de la masse.

En ce qui concerne les frais d'entretien de septembre 2001 du Boeing 27477, ils sont une dette de la masse en tant qu'ils concernent des prestations antérieures au 1^{er} octobre 2001. L'annexe à la facture (pièce 20 du dossier d'Awass) indique qu'elle concerne la période du 10 septembre 2001 au 11 octobre 2001. Awass est invitée à s'expliquer sur la période concernée et à opérer, le cas échéant, la ventilation entre les frais relatifs à la période antérieure au 1^{er} octobre 2001 et les frais postérieurs à cette date.

L'objet exact des factures du 2 octobre 2001 pour un montant de 200.000 EUR et du 12 octobre 2001 pour un montant de 279.346 EUR, dont Awass ne réclame toutefois que 276.365,94 EUR en conclusions, n'est pas déterminable sur la base des documents produits. Avant de décider si ces dettes sont ou non des dettes de la masse, il convient d'ordonner la réouverture des débats pour permettre aux parties d'expliquer à la cour notamment ce que ces factures concernent exactement, de quand datent les prestations facturées et ce que couvrent les termes "preliminary invoice" mentionnés sur la facture du 2 octobre 2001.

Les "factures" du 10 octobre 2001, pour un montant de 3.450 USD et du 10 novembre 2001 pour un montant de 7.126,43 USD ne sont pas plus claires. S'agit-il vraiment de factures? Pourquoi sont-elles adressées par Ansett Aircraft Spares & Services à Awass? Qu'est-ce qui a rendu nécessaire l'objet de ces "factures" et en quoi celui-ci consiste-t-il exactement? Quelle est la date des prestations couvertes? La cour ne pourra se prononcer avec certitude sur le sort à réserver à ces dettes que lorsqu'elle disposera de ces renseignements.

Les parties sont en outre invitées à s'expliquer sur le cours des intérêts.

b) Quant au rang des dettes de masse

27. Awass fait grief au premier juge d'avoir dit que sa créance, dans la mesure où elle est une dette de masse, est primée par les frais de justice et les créances bénéficiant de privilèges spéciaux, dans les limites et selon les règles applicables en la matière et que la créance de la SA Cofinimmo,

privé en application de l'article 20, 1^o de la loi hypothécaire, prime sa créance.

Les créanciers de la masse, dans l'acception classique du terme, sont payés avant les créanciers privilégiés généraux et chirographaires. En revanche, ils sont primés par les créanciers titulaires de sûretés réelles et de privilèges spéciaux, à moins que leurs engagements n'aient contribué à la valorisation ou à la conservation de l'assiette de ces créanciers. L'appréciation de l'utilité de ces actes doit se faire *in concreto*.

Le texte de l'article 44 alinéa 2 de la loi relative au concordat judiciaire ne permet pas de conclure que les dettes contractées pendant le concordat assimilées aux dettes de la masse faillie devraient bénéficier d'un rang différent des autres dettes de la masse faillie.

Les travaux préparatoires de cette loi énoncent que le présent projet vise plutôt, sans porter préjudice aux droits des créanciers hypothécaires, privilégiés et gagistes, à créer un équilibre harmonieux entre les intérêts de ces créanciers, d'une part, et les intérêts de l'entreprise et des autres créanciers, d'autre part (*Exposé des motifs*, p. 21).

Par ailleurs, un amendement au projet de loi sur le concordat judiciaire tendant à prévoir expressément que les créanciers hypothécaires, privilégiés ou gagistes conservent le droit d'être payés de préférence grâce à l'argent provenant des biens qui leur servent de sûreté a été rejeté, le ministre estimant que cet amendement était superflu, le droit commun restant applicable en ce qui concerne les privilèges et les hypothèques (*Doc. parl. Chambre 1995-96, 329/17, p. 66*). Le législateur n'a donc pas entendu déroger au droit commun.

La primauté reconnue aux créanciers spéciaux est en outre logique: eux aussi contribuent aux sacrifices qu'exige de chacun le concordat judiciaire, ne fût-ce que par le moratoire qu'ils subissent pendant la période d'observation, période pendant laquelle ils ne peuvent légitimement être assurés que leur gage ne sera pas sujet à une dépréciation considérable, dépréciation à laquelle il ne pourra que très rarement être remédié par l'octroi de sûretés compensatoires (J. CATTARUZZA et G. VAN VERDEGHEM, "La situation du banquier dispensateur de crédit", *CDVA* 1998, p. 686).

Contrairement à ce qu'Awass soutient, le législateur n'a pas créé de présomption que les dettes contractées pendant le sursis provisoire avec l'assistance, la collaboration ou l'autorisation du commissaire au sursis l'ont été dans l'intérêt de tous les créanciers et donc de l'intérêt général et que, partant, elles doivent être payées avant toute autre créance. En outre, il ne suffit pas que la dette soit contractée dans l'intérêt général des créanciers pour qu'elle prime les créanciers nantis d'un privilège spécial.

Pour primer les titulaires de sûretés réelles ou de privilèges spéciaux, Awass doit apporter la preuve que ses engagements

envers City Bird ont contribué, *in concreto*, à la valorisation ou la réalisation de l'assiette de ces sûretés particulières.

Elle n'apporte pas cette preuve notamment quant à l'assiette du privilège du bailleur Cofinimmo.

Ce serait ajouter à la loi que de dire, comme Awas le suggère, que les créanciers ne peuvent se prévaloir de leur privilège spécial s'ils ne se sont pas opposés à la conclusion de la transaction ou n'ont pas demandé de sûretés supplémentaires.

Enfin, il importe peu qu'une partie de la créance de Cofinimmo puisse bénéficier du statut de dette de masse, par application de l'article 44, alinéa 2, dès lors que Cofinimmo ne se prévaut pas de cet avantage et que cette disposition légale ne la prive en tout cas pas de son privilège spécial.

L'appel incident d'Awas n'est donc pas fondé sur ce point.

(...)

V. Conclusion

Pour ces motifs, la cour

1. Reçoit les appels principaux, l'appel incident et les demandes nouvelles d'indemnité pour frais et honoraires d'avocat;

2. Joint les appels principaux, inscrits sous les numéros 2005/AR/384, 2005/AR/394 et 2005/AR/402 du rôle général de la cour;

3. Donne acte à Alexia Hasson de sa reprise d'instance;

4. Statuant sur les appels principaux, réforme le jugement attaqué en ce qu'il dit pour droit que la créance de la société Awas (Ansett) doit être inscrite au passif privilégié spécial de la faillite au titre de dette de la masse pour un montant de 1.454.332,65 EUR en application de l'article 44 alinéa 2 de la loi sur le concordat judiciaire et en ce qu'il condamne les curateurs *qualitate qua* de la société City Bird à payer à Awas ce montant majoré des intérêts judiciaires depuis le 8 novembre 2001 jusqu'à complet paiement.

Dit dès à présent que les créances suivantes d'Awas peuvent être inscrites au passif privilégié spécial de la faillite au titre de dette de la masse:

– la créance de frais d'entretien du Boeing 28495 de juillet 2001 (16.029,50 EUR);

– la créance de frais d'entretien du Boeing 27477 de juillet 2001 (1.331,27 EUR).

Dit dès à présent que les créances suivantes d'Awas ne peuvent être inscrites qu'au passif chirographaire de la faillite:

– la créance de loyer d'octobre 2001 du Boeing 27477 (626.649 EUR);

– la créance de frais d'entretien pour la même période (192.559 EUR).

(...)

Noot

Zie hierboven I. Verougstraete, *Medewerking, bijstand en machtiging van de commissaris inzake opschorting: enkel opvallende beslissingen*, p. 111.