“Things should be made as simple as possible, but not simpler”

Albert Einstein

Un débiteur qui vacille. Que faire? Quels sont les risques pour les créanciers et pour le débiteur lui-même ?

15 décembre 2020

Benjamin Marchandise – Camille Richelle

SCHOUPS

Contenu

Introduction

Partie I - Wrongful trading

Partie II – La période suspecte

Partie III – L'action paulienne

Partie IV – Le nouveau moratoire sur les faillites (mesures sanitaires COVID19)

1

Partie I – Wrongful trading

Introduction

- ✓ Principe
- ✓ Conditions d'application
- ✓ Conséquences pour l'administrateur
- ✓ Jurisprudence (PRJ et responsabilité des administrateurs)

PRINCIPE: WRONGFULL TRADING

- ✓ La responsabilité des dirigeants pour poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire: (art. XX.227 CDE)

- ✓ L'action relève de la compétence exclusive du curateur, qui devra démontrer qu'un dirigeant normalement prudent et diligent placé dans les même circonstances ferait tout ce qui est dans son pouvoir pour empêcher la société de poursuivre ses activités et serait conscient du fait que la poursuite de l'existence de la société contribuerait à la faillite.

CONDITIONS D'APPLICATION

✓ Trois conditions d'application cumulatives

1. À un moment donné (antérieur) à la faillite, la personne concernée savait ou devait savoir qu'il n'y avait manifestement pas de **perspective raisonnable** pour préserver l'entreprise ou ses activités et d'éviter une faillite
2. La personne concernée était à ce moment **dirigeant**
3. La personne concernée n'a pas, à ce moment-là, agi comme l'aurait fait un administrateur **normalement prudent et diligent** placé dans les mêmes circonstances

! Aucun lien de causalité n'est requis :

- Le curateur ne doit pas prouver le lien de causalité entre la poursuite illicite de l'activité déficitaire et le dommage.
- Le curateur doit seulement prouver l'existence d'une faute au sens de l'article XX.227, §1 du CDE et l'existence du passif net

Conséquences pour l'administrateur

- ✓ **Tout ou une partie des dettes** de l'entreprise en faillite pour le déficit net de la masse

- ✓ Pouvoir d'appréciation du juge :

  - Pouvoir discrétionnaire du juge d'ordonner à un administrateur de payer tout ou une partie du passif net.
  - Contrôle marginal et *ex ante* du juge
  - La responsabilité solidaire ou non

JURISPRUDENCE (PRJ ET RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS)

✓ Trib. de l'Entr. Gand, (Division Termonde), 16 novembre 2020

- *« Demander la protection de ses créanciers par le biais d'une procédure de réorganisation judiciaire ne doit pas être un **moyen** pour une entreprise, qui n'a aucune chance de survie, de rester **artificiellement en activité**. »*
- *« Une décision du tribunal ouvrant **la procédure de réorganisation judiciaire ne doit donc pas laisser entendre qu'il y a une chance de recouvrement**. C'est également le cas d'un jugement dans lequel le tribunal a prolongé la suspension accordée. Le tribunal n'a pas toujours un aperçu complet des chances de récupération de l'entreprise, même en cas de prorogation. »*
- *« Le fait que la défenderesse ne soit pas parvenue à cette conclusion, alors qu'elle aurait normalement dû être claire pour toute administration raisonnable, nous permet de supposer que **la procédure de réorganisation judiciaire par accord collectif n'a été utilisée « que » pour gagner du temps et éviter une faillite inévitable**. »*

→ Les administrateurs sont condamnés à la totalité du passif-net

2

Partie II – Période suspecte (art. XX.105 CDE)

Introduction

- ✓ Principe
- ✓ Premier outil: Article XX.111 CDE
- ✓ Second outil: Article XX.112 CDE
- ✓ Troisième outil: Article XX.113 CDE
- ✓ Schéma
- ✓ Recommandations

INTRODUCTION

= la période entre le moment de la cessation de paiement et le jugement déclaratif de faillite :

- La cessation de paiement est réputée avoir lieu à partir du jugement déclaratif de faillite
- Le tribunal peut avancer le moment de la cessation des paiements (moment du dessaisissement) lorsque :
  - Des circonstances sérieuses et objectives indiquent clairement que la cessation de paiement a eu lieu avant le jugement
  - Max. 6 mois avant le jugement déclaratif

Principe

- ✓ Les actes commis par le failli (en ce compris des paiements) pendant la période suspecte peuvent être contestés par le curateur
- ✓ Sanction : inopposabilité à la masse
- ✓ Le curateur a plusieurs outils à sa disposition:
  - Art. XX.111 Code de Droit Économique (“CDE”)
  - Art. XX.112 CDE
  - Art. XX.113 CDE

PREMIER OUTIL: ARTICLE XX.111 CDE

✓ *Sont **inopposables** à la masse, lorsqu'ils ont été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements, sans préjudice des articles XX.37, XX.53, XX.65 et XX.82:*

*1° **tous actes** de disposition **à titre gratuit** portant sur des meubles ou immeubles, ainsi que les actes, opérations ou contrats commutatifs ou à **titre onéreux**, si la **valeur** de ce qui a été donné par le failli **dépasse** notablement celle de ce qu'il a reçu en retour;*

*2° tous paiements, soit en espèces, soit par transport, vente, ou autrement, pour **dettes non échues**, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce;*

*3° toutes **hypothèques conventionnelles** et tous droits d'antichrèse ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées.*

PREMIER OUTIL: ARTICLE XX.111 CDE

✓ Conditions d'application:

- Le failli a commis un acte **après** le moment de la cessation de paiement
- L'acte appartient à l'une des trois catégories suivantes :
  - Dons et les actes **manifestement déséquilibrés** (1°)
  - Paiements et **mode de paiement anormaux** (2°)
  - **Suretés** conventionnelles relatives à des dettes antérieurement contractées (3°)
- L'acte a causé un préjudice à la masse

PREMIER OUTIL: ARTICLE XX.111 CDE

✓ Actes à titre gratuit (1°):

- Par exemple: des dons, prêt à titre gratuit de biens mobiliers ou immobiliers, réduction de capital par exonération de l'obligation de libérer les actions

! Les transactions entre les sociétés mères et les filiales

✓ Les actes manifestement déséquilibrés (1°):

- Les actes pour lesquels la contrepartie est si déséquilibrée au détriment du failli qu'il s'agit essentiellement de dons "déguisés"
- Le moment où l'acte est entrepris = moment pertinent de l'évaluation du caractère déséquilibré
  - Par ex. vente d'un bien immobilier commun à moins de la moitié de sa valeur estimée

PREMIER OUTIL: ARTICLE XX.111 CDE

✓ Paiements et modes de paiement anormaux (2°)

- **Paiements anormaux** = paiement de dettes non échues –
  - « paiement » = exécution d'un engagement
- **Modes de paiements anormaux** = paiements de dettes échues sous une forme anormale (“paiements faits autrement qu’en espèces ou effets de commerce”)
  - Toute exécution d’une obligation *in tempore suspecto* qui consiste en autre chose que l’exécution précédemment due
  - Modes de paiement autorisés pour une somme d’argent : espèces, chèques, virements, lettres de change et billets à ordre
    - D’autres modes de paiement sont autorisés s’ils ont été convenus à l’avance comme étant la manière normale d’exécuter les obligations prises.
    - Par ex. Dation en paiement, délégation et cession de créances

PREMIER OUTIL: ARTICLE XX.111 CDE

- ✓ Sûretés pour des dettes antérieurement contractées (3°) – trois conditions d'application :

  1. Le failli a constitué une sûreté réelle sur un ou plusieurs de ses biens par un acte juridique
  2. La sûreté est établie pendant la période suspecte
  3. La sûreté est établie pour une dette antérieurement contractée

PREMIER OUTIL: ARTICLE XX.111 CDE - SANCTION

✓ Actes relevant du champ d'application de l'article XX.111 CDE :

- Sont forcément **inopposables** :
  - connaissance de la cessation de paiement ou de la complicité du cocontractant (créancier) n'est PAS requise
- **Présomption** de préjudice à la masse : la créancier doit prouver que l'acte attaqué n'a pas affecté la masse
- Pas d'automatisme : le curateur doit introduire une action
- Le juge n'a pas de marge d'appréciation
- Sanction = remboursement (plus intérêts) ou restitution de sommes ou de biens reçus.

SECOND OUTIL: ARTICLE XX.112 CDE

« *Tous les autres paiements faits par le débiteur pour dettes échues, et tous les autres actes* ***à titre onéreux*** *par lui passés après la cessation de ses paiements et avant le jugement déclaratif, peuvent être déclarés inopposables à la masse, si, de la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu* ***avec connaissance de la cessation de paiement****, sans préjudice des articles XX.37, XX.53, XX.65 et XX.82.* »

SECOND OUTIL: ARTICLE XX.112 CDE

✓ Conditions d'application

- Le failli a constitué l'acte **après** le moment de la cessation de paiement
- L'acte a été commis **à titre onéreux**
  - les paiements volontaires,
  - exécution forcée après saisie,
  - la location d'un immeuble,
  - l'établissement d'une sécurité,
  - …
- Partie cocontractante avait connaissance de la cession de paiement au moment de la réception → évaluation factuelle
- L'acte a causé un préjudice à la masse

SECOND OUTIL: ARTICLE XX.112 CDE

✓ Le créancier doit avoir connaissance de la cessation de paiement :

- Le moment pertinent est le moment de **réception**
- ! La simple connaissance est suffisante, la mauvaise foi ou l'intention frauduleuse ne sont **pas** requises
- Le créancier savait ou aurait dû savoir que la situation de son débiteur était irréversible
  - Par ex. L'associé chargé de la gestion effective et permanente d'une société est réputé avoir connaissance de la situation financière de cette société
- La connaissance doit être précise et certaine
- Il incombe au curateur de prouver cette connaissance des faits

SECOND OUTIL: ARTICLE XX.112 CDE

✓ Actes relevant du champ d'application de l'article XX.112 CDE :

- La charge de la preuve incombe au curateur (art. XX.111 CDE, *cfr. supra*)
- Inopposabilité à la masse est facultative :
- Le juge dispose d'une marge d'appréciation

TROISIÈME OUTIL: ARTICLE XX.113 CDE

*« Les **droits d'hypothèque, de privilège et de sûreté** mobilière valablement acquis peuvent être **inscrits ou enregistrés** jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite.*

*Néanmoins, les inscriptions ou enregistrements pris postérieurement à l'époque de la cessation de paiement, peuvent être déclarées **inopposables** s'il s'est écoulé plus de **quinze jours** entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription ou de l'enregistrement. »*

Troisième outil: Article XX.113 CDE

- ✓ Inscriptions ou enregistrements d'hypothèque, de privilège et de sûreté réelle mobilière après le moment de la cessation de paiement lorsque plus de quinze jours se sont écoulés entre l'inscription ou l'enregistrement et la date de l'acte sur lequel l'hypothèque, le privilège ou la sûreté réelle mobilière est fondée
- ✓ Aucune connaissance de la cessation de paiement ou d'une quelconque intention frauduleuse n'est requise

TROISIÈME OUTIL: ARTICLE XX.113 CDE

✓ Actes relevant du champ d'application de l'article XX.113 CDE :

- Inopposabilité à la masse est **facultative** :
  - « L'acte peut être déclaré inopposable »
- Le juge dispose d'une **large marge d'appréciation** : il tient compte du préjudice que l'acte en question a causé à la masse
- **Ratio legis** : éviter de retarder l'enregistrement ou l'inscription des garanties - éviter l'apparence de solvabilité

SCHÉMATIQUE

	Quid?	Connaissance de la cessation de paiement ou mauvaise foi requise?	L'acte a causé préjudice à la masse	Sanction	Facultatif?
XX.111	(1°) Les dons et les actes manifestement déséquilibrés, (2°) Paiements et modes de paiement anormaux , (3°) Sûretés pour dettes antérieurement contractées	Non, non	Présomption légale en faveur du curateur	Inopposabilité	Non
XX.112	actes à titre onéreux	Oui, non	Charge de la preuve pour le curateur	Inopposabilité	Oui
XX.113	inscriptions ou enregistrements tardifs	Non, non	Charge de la preuve pour le curateur	Inopposabilité	Oui

CONSEILS

- ✓ Vigilance
- ✓ Réalisme: garder à l'esprit que les actes juridiques en cas de faillite peuvent être déclarés inopposables - mais mieux vaut "peut-être quelque chose" que "certainement rien".
- ✓ Évitez les modes de paiement alternatifs
- ✓ Faire attention dans la correspondance (cf. art. XX.112 CDE - notification de cessation de paiement)
- ✓ Les sûretés:
  - Être réaliste pour le passé (cf. art. XX.111, 3° CDE)
  - Établir une sûreté avant d'accorder un crédit
  - Effectuer l'inscription à temps (cf. art. XX.113 CDE)

3

Partie III – L’action paulienne

Introduction

- ✓ Principe
- ✓ Conditions d'application
- ✓ Conséquences pour les créanciers du failli

Art. XX.114 CDE

« Tous actes ou paiements faits en fraude des créanciers sont inopposables, quelle que soit la date à laquelle ils ont eu lieu. »

Principe

→ Possibilité de contester tout acte ou paiement effectué par le failli qui porte frauduleusement atteinte aux droits des créanciers, quel que soit le moment où l'acte a lieu

✓ Seul le curateur peut introduire l'action

- ↔ l'action paulienne en droit commun (art. 1167 C.civ.)

✓ Charge de la preuve du curateur « élevée » :

- Habituellement utilisé pour les actes effectués avant le moment de la cession de paiement
- Pas contestable sous les art. XX.111-113 CDE

CONDITIONS D'APPLICATION

✓ Elément **subjectif** du failli :

- Le curateur doit apporter la preuve que :

  (i) l'acte était « anormal » et le failli savait au moment de l'acte contesté que les intérêts des autres créanciers seraient lésés (« connaissance du préjudice »)

  - Équivalence des performances ;
  - Degré de l'obligation légale ; obligation < volontaire < dérogatoire < interdite
  - Lien de contrôle entre les parties ;
  - Précipitation ou discrétion dans les actions entreprises

  (ii) Fraude

Conditions d'application

✓ Préjudice à la masse :

- Appauvrissement de la masse :

  par ex. un don, un loyer manifestement trop élevé

- Empêchement des possibilités de recours des créanciers
- Modification de l'ordre du rang des créanciers:

  par ex. Le paiement sélectif ou la constitution d'une sûreté en faveur d'un créancier particulier

CONDITIONS D'APPLICATION

- ✓ **Mauvaise foi** de la partie cocontractante (au sens **objectif**) :
  - Requis dans le cas d'actes à titre onéreux
    - Il suffit que la partie cocontractante (i) ait été (ou aurait dû être) consciente de « l'anormalité » de l'acte et (ii) ait su que l'acte était préjudiciable aux autres créanciers
    - Le simple fait que le créancier avait connaissance de la cessation de paiement n'est pas suffisant
    - L'intention de causer un préjudice n'est pas requise
  - La mauvaise foi n'est pas requise en cas d'actes à titre gratuit
- ✓ **Antériorité :**
  - Il suffit qu'il existe une créance de la masse antérieurement à l'acte contesté

SANCTION : INOPPOSABILITÉ À LA MASSE

- ✓ L'acte contesté est inopposable à la masse
  - La masse peut avoir un recours sur le bien qui a été transféré à l'autre partie, comme s'il se trouvait encore dans la masse.
- ✓ Droit à la restitution
  - La contrepartie de l'acte inopposable doit être resitué ou indemnisé
- ✓ L'inopposabilité profite à tous les créanciers
- ✓ Pas de marge d'appréciation pour le juge
  - Si le curateur a pu prouver que les conditions étaient remplies, l'acte contesté doit être déclaré inopposable

SCHÉMATIQUE

	Quid?	Connaissance de la cessation de paiement ou mauvaise foi requise?	L'acte a causé préjudice à la masse	Sanction	Facultatif?
XX.111	(1°) Les dons et les actes manifestement déséquilibrés, (2°) Paiements et modes de paiement anormaux , (3°) Sûretés pour dettes antérieurement contractées	Non, non	Présomption légale en faveur du curateur	Inopposabilité	Non
XX.112	actes à titre onéreux	Oui, non	Charge de la preuve incombe au curateur	Inopposabilité	Oui
XX.113	inscriptions ou enregistrements tardifs	Non, non	Charge de la preuve incombe curateur	Inopposabilité	Oui
XX.114	**actes ou paiements faits en fraude des créanciers**	**Oui (ou insuffisante), Oui**	**Charge de la preuve incombe curateur**	**Inopposabilité**	**Non**

4

Partie IV – Le nouveau moratoire sur les faillites (mesures sanitaires COVID19)

LE NOUVEAU MORATOIRE SUR LES FAILLITES (MESURE SANITAIRE COVID19)

- ✓ **Première vague COVID19** : moratoire sur les faillites et les saisies introduit par l'arrêté royal du 24 avril 2020
  - Champ d'application : les entreprises dont la continuité est menacée par la crise sanitaire et qui n'étaient pas en cessation de paiement au 18 mars 2020 ;
  - Une société ne peut pas être déclarée en faillite par citation que si (i) l'initiative a été prise par le ministère public ou l'administrateur provisoire ou (ii) la société a accepté la faillite ;
  - Les possibilités de saisie sont suspendues (sauf pour la saisie de biens immobiliers).
  - Levée le 17 juin 2020

LE NOUVEAU MORATOIRE SUR LES FAILLITES (MESURE SANITAIRE COVID19)

- ✓ « **Deuxième vague COVID19** » : le gouvernement annonce un nouveau moratoire
  - Le champ d'application est plus limité : les entreprises qui sont obligées de **fermer** sont à nouveau temporairement protégées contre les saisies et les faillites;
  - S'appliquerait jusqu'au 31 janvier 2021 ;
  - Aucun arrêté royal n'a été publié à ce jour.

CONTACT

- ✓ Numéro général: +32 3 260 98 60

- ✓ Benjamin Marchandise
  GSM: 0499 692 560
  E-mail: benjamin.marchandise@schoups.be

- ✓ Camille Richelle
  GSM: +32 3 260 98 60
  E-mail: camille.richelle@schoups.be

QUESTIONS?

WWW.SCHOUPS.BE