

**Evaluation de la loi du 21 mars 2021 modifiant le Livre XX du Code de droit économique  
et le Code des impôts sur les revenus 1992**

**Préambule**

Le délai écoulé depuis l'entrée en vigueur de certaines dispositions de cette loi est trop court pour en permettre une réelle évaluation, qui devra donc se poursuivre dans le temps.

En outre, d'autres dispositions de la loi n'entreront en vigueur que le 1<sup>er</sup> janvier 2023.

Ci-après sont repris les avis et commentaires d'AVOCATS.BE (issus des premiers commentaires de cette réforme par Nicholas Ouchinsky, avocat au barreau de Bruxelles et Wim David, juge au tribunal de l'entreprise de Liège) concernant les principales modifications introduites par cette loi du 21 mars 2021.

**1. La prolongation de la durée d'examen des dossiers par les chambres des entreprises en difficulté**

La loi du 21 mars 2021 prévoit, en son article 4, une extension des délais d'examen des dossiers d'entreprises en difficulté.

Cette réforme est justifiée, dans l'exposé des motifs, en ces termes :

*« L'extension du délai correspond à un besoin mis en lumière par la pratique. En pratique, le délai de quatre mois est presque toujours trop court, de sorte que la chambre des entreprises en difficulté prolonge le délai quasiment systématiquement de quatre mois. Donner au juge rapporteur un délai de huit mois (avec la possibilité de terminer son examen plus tôt et la possibilité de le prolonger encore si la Chambre des entreprises en difficulté l'estime nécessaire) permettra plus de flexibilité »*

La limitation dans le temps de l'examen de l'évolution de la situation de l'entreprise en difficulté reste cependant importante compte tenu aussi des droits des créanciers.

Il conviendra d'évaluer si cette extension de la durée d'examen des dossiers en CED :

- n'incite pas les entreprises à retarder l'adoption d'un plan de sortie de crise rapide, après identification des causes des difficultés ;
- n'encombre pas davantage les tribunaux de l'entreprise, alors que ceux-ci devront vraisemblablement, dans les prochaines années, faire face à un volume important de dossiers d'entreprises impactées par la crise sanitaire.

## 2. La procédure électronique

### Le rapport électronique du juge délégué

Cette réforme permet d'éviter qu'un juge consulaire ne doive lire à l'audience le rapport du juge délégué dans toutes les hypothèses où ce dernier ne peut être présent. Une simple lecture à haute voix du rapport par un tiers n'a en effet aucun intérêt pratique.

Il n'en reste pas moins que l'audience est un moment d'échange essentiel tant pour le tribunal que pour les parties, voire pour le ministère public, et qu'il est donc très utile que le juge délégué soit présent pour apporter des précisions à son rapport, le mettre à jour à la suite de renseignements qu'il aurait reçus en dernière minute (ce qui est très fréquent) et répondre aux questions des différents intervenants (au premier rang desquels figurent le tribunal et le parquet). Il en est d'autant plus ainsi que les nouvelles mesures d'allègement des conditions d'accès à la PRJ multiplieront inévitablement les incidents à l'audience d'introduction.

La présence du juge délégué à l'audience lui permet en outre de suivre plus efficacement la PRJ puisqu'il saura précisément ce qui s'y est passé, ce qui peut avoir de l'importance pour la suite de la procédure.

En pratique, dans tous les cas où la procédure a vocation à se poursuivre après l'audience en question (ouverture de PRJ, changement d'objectif de la procédure, prorogation du sursis, ...) et dans l'hypothèse où la cause est fixée à la suite d'un rapport du juge délégué (fin anticipée de la procédure), il est hautement préférable que le juge délégué soit présent à l'audience. En revanche, lorsque la PRJ doit être clôturée à la suite de l'audience (l'hypothèse la plus évidente est l'audience de vote) et que le dossier ne présente pas de difficulté particulière, un rapport écrit sera le plus souvent suffisant.

### Le vote électronique

Sur le plan du principe, cette réforme devrait permettre de mobiliser un maximum de créanciers (en ce compris ceux dont la créance est modeste) qui pourront voter aisément à distance.

Sur le plan technique, trois points sont améliorables :

- (i) Il ressort de la formulation de l'article XX.78 du CDE que l'audience de vote se tiendra soit « en présentiel » (les créanciers votant en personne, par l'entremise de leur avocat ou par procuration), soit de façon électronique. Il serait préférable de prévoir un régime plus souple permettant d'organiser une audience mixte dans le cadre de laquelle certains créanciers pourraient voter « en présentiel » et d'autres par voie électronique ;
- (ii) Il incombe au juge délégué de fixer les modalités du vote électronique, alors que c'est le tribunal qui est compétent pour statuer sur l'homologation du plan après le vote sur celui-ci. Le fait de confier au juge délégué le soin de fixer les modalités du vote électronique des PRJ dont il a la charge risque, en outre, d'induire des complications importantes. En effet, lors d'une audience où cinq dossiers sont fixés en vue de voter sur le plan de réorganisation, le tribunal pourrait devoir travailler de cinq manières différentes, en fonction de ce que chaque juge délégué aura décidé. C'est évidemment difficilement gérable. Il serait plus opportun de confier ce pouvoir à la chambre du tribunal en charge des réorganisations judiciaires, de manière à ce que la procédure soit uniforme (et supervisée par un juriste) ;
- (iii) La loi précise que le créancier qui souhaite faire des observations dans le cadre d'une audience électronique doit les introduire dans REGSOL « avant le début de l'audience

*tenue de façon électronique* ». Un créancier pourrait donc déposer ses observations à 8h58 lorsque l'audience commence à 9h. C'est, une nouvelle fois, difficilement gérable en pratique. En effet, nombre de salles d'audience ne sont équipées que d'une connexion Internet, utilisée par le greffier. Or, ce dernier a un rôle particulièrement actif lors des audiences de PRJ (durant lesquelles le tribunal n'examine pas que des dossiers de vote et d'homologation, mais aussi des demandes d'ouverture de PRJ, de prorogation du sursis, ... qui seront encore traitées en présentiel). En déposant ses observations très peu de temps avant l'audience, le créancier risque donc qu'elles ne soient pas prises en compte par le tribunal. Il serait préférable de préciser qu'elles doivent être déposées au plus tard 24 heures avant l'audience.

Organiser des votes à distance, voire des audiences de vote par vidéoconférence, requiert en outre davantage que les modifications ponctuelles du prescrit des articles XX.77 et XX.78 du CDE apportées par la loi du 21 mars 2021. Comme le souligne, en effet, le Conseil d'Etat dans son avis : « *Dans un certain nombre d'arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné que l'utilisation de vidéoconférences en matière pénale n'est pas en soi contraire au droit à un procès équitable, à condition que le justiciable ait la possibilité de suivre la procédure et qu'il puisse être entendu sans obstacles techniques à cet égard et pour autant qu'il puisse communiquer de manière effective et confidentielle avec son avocat. Bien que les arrêts visés concernent des affaires pénales et doivent par conséquent se comprendre au regard de l'article 6, paragraphe 3, de la Convention européenne des droits de l'homme, il n'en demeure pas moins que les principes qui y sont évoqués peuvent également être pertinents en matière civile. Dès lors, [lorsque] des vidéoconférences seront organisées, il faudra veiller à ce qu'il ne soit pas porté atteinte aux principes précités* ».

### **3. La modification du régime applicable au mandataire de justice « article XX.30 du CDE »**

L'article XX.30, al. 1, du CDE, qui permet au Président du tribunal de l'entreprise de désigner un mandataire de justice au sein d'une entreprise en difficulté, précise dorénavant ce qui suit :

*« Lorsque des événements qui entraînent une ingouvernabilité de l'entreprise ou lorsque des manquements caractérisés du débiteur ou de l'un de ses organes menacent la continuité de l'entreprise ou de ses activités économiques et que la mesure sollicitée est de nature à préserver cette continuité, le président du tribunal, saisi par le débiteur, le ministère public ou tout intéressé selon les formes du référé, peut désigner un ou plusieurs mandataires de justice ».*

Deux changements intervenus par rapport au régime antérieur doivent être mis en évidence :

- (i) Un mandataire de justice peut être désigné lorsque des événements « *entraînent une ingouvernabilité de l'entreprise* ». La terminologie utilisée pose question. Le terme « *ingouvernabilité* » pourrait en effet, de prime abord, laisser penser qu'un mandataire de justice ne pourrait être nommé qu'en cas de blocage au sein de l'organe d'administration. Il est toutefois plus conforme à la *ratio legis* d'interpréter ce terme de manière souple et de considérer qu'il vise toute situation où la gouvernance de l'entreprise est sérieusement affectée par un événement quelconque (par exemple, des problèmes de santé de son dirigeant) qui menace la continuité de l'entreprise ou de ses activités économiques. La jurisprudence considère déjà qu'un mandataire de justice peut être désigné dans une telle hypothèse ;
- (ii) Dorénavant, il ne faut plus des « *manquements graves et caractérisés* » pour désigner un mandataire de justice ; des « *manquements caractérisés* » suffisent.

- (iii) Si le législateur avait réellement voulu rompre avec le passé, c'est le terme « *manquement* » qu'il aurait dû abandonner. En effet, si l'objectif est d'encourager les débiteurs à solliciter la désignation d'un mandataire de justice sans craindre de reconnaître que leur responsabilité ou celle de leurs organes pourrait être engagée, il serait préférable de s'affranchir encore plus clairement de l'idée de faute (pour rappel, en droit commun de la responsabilité, la faute la plus légère suffit à engager la responsabilité de son auteur) ;

#### **4. L'accord préparatoire**

**Concernant tout d'abord l'exercice éventuel de voies de recours**, il est prévu que « *L'ordonnance statuant sur la demande n'est pas susceptible d'opposition. L'appel en est formé par requête déposée au greffe de la cour d'appel dans les huit jours de la notification de l'ordonnance. Le greffier de la cour d'appel notifie la requête sous pli judiciaire à l'éventuelle partie intimée et, le cas échéant, par pli ordinaire à son avocat, au plus tard le premier jour ouvrable qui suit le dépôt de la requête* ».

Cependant, les délais de fixation devant la plupart des Cours d'appel sont tels qu'il est peu probable qu'un arrêt puisse intervenir en temps utile (d'autant que le débiteur ne jouit pas d'une protection durant l'accord préparatoire et donc également durant la procédure d'appel). Il conviendrait dès lors d'assurer l'effectivité d'un tel recours par l'imposition d'une fixation à bref délai.

**Concernant la mission du mandataire de justice**, l'article XX.39/1, §4, du CDE précise que : « *Le mandataire de justice participe à la négociation d'un accord amiable au sens de l'article XX.64, ou d'un plan de réorganisation au sens des articles XX.70 à XX.78 inclus, et veille à ce que les créanciers soient fidèlement informés. Le mandataire de justice est seul habilité à obtenir la procuration des créanciers consultés* ».

Il ressort de l'article XX.39/1, §3, al. 2, du CDE que le mandataire de justice a la maîtrise du timing des négociations et de leur forme : il décide avec qui il négocie, comment il négocie, quand il prend contact avec tel ou tel créancier, ... de manière à parvenir dans les meilleurs délais à l'objectif fixé : la conclusion d'un accord amiable ou l'obtention d'une (double) majorité de créanciers sur un plan de réorganisation (tout en gardant à l'esprit que l'article XX.39/1, §4, du CDE lui impose de veiller « *à ce que les créanciers soient fidèlement informés* »). La loi précise, à cet égard, qu'il « *détermine le délai dans lequel les créanciers individuels sont informés de sa mission et des données mentionnées à l'article XX.48, § 1er, alinéa 2, 1° et 3°. Il peut décider d'entamer des négociations avec un ou plusieurs créanciers et de ne les étendre à d'autres créanciers qu'à un stade ultérieur* ».

La même disposition stipule que « *La notification par le mandataire de justice se fait conformément à l'article XX.49, § 1er, alinéa 3, et tient lieu de communication au sens de l'article XX.49. Lors de la notification, le mandataire de justice invite les créanciers à s'inscrire dans le registre.* ». La première communication du mandataire de justice est donc censée intervenir par voie électronique, « *sauf si le créancier ne peut recevoir d'avis électronique* » (dans ce cas, un courrier recommandé avec accusé de réception s'impose).

Par ailleurs, cette communication vaut communication au sens de l'article XX.49 du CDE. Cette précision laisse entendre que le débiteur ne devrait plus, en cas de PRJ subséquente, adresser la communication visée à l'article XX.49 du CDE aux créanciers qui ont été contactés par le mandataire de justice durant la procédure d'accord préparatoire. Le législateur semble avoir considéré que cela ne posait pas de problème dans la mesure où les créanciers concernés pouvaient demander accès à REGSOL en cours d'accord préparatoire et donc suivre les développements de la procédure (et l'éventuelle PRJ subséquente). En pratique, cette publicité semble toutefois insuffisante. En effet, nombre de créanciers ne sont pas assistés d'un avocat et risquent de mal interpréter les informations figurant dans REGSOL

voire de ne pas trouver lesdites informations en raison d'une mauvaise utilisation du registre. En outre, le régime mis en place implique de consulter très régulièrement REGSOL pour pouvoir réagir rapidement en cas d'ouverture d'une PRJ. En effet, la PRJ ouverte dans la foulée d'un accord préparatoire sera, en règle, accélérée, ce qui impliquera une grande diligence de la part des créanciers souhaitant, par exemple, contester le montant de leur créance. Il semble dès lors préférable qu'une nouvelle communication, adressée à tous les créanciers sursitaires, intervienne dans les huit jours du jugement d'ouverture de la PRJ, conformément à l'article XX.49 du CDE.

**Concernant la durée de la mission du mandataire de justice**, l'article XX.39/1, § 8, al. 1, du CDE stipule que « *Le débiteur peut, à tout moment de la procédure, renoncer, en tout ou en partie, à sa demande d'accord préparatoire.* ». Le débiteur reste donc maître de la procédure, en ce sens qu'il peut y renoncer à tout moment.

Le second alinéa de cette disposition précise, quant à lui, qu'à « *la demande du débiteur, du mandataire de justice ou d'office et après avoir entendu le débiteur et le juge délégué en son rapport, le président du tribunal met fin à la procédure en tout ou en partie.* ».

Le président peut donc mettre fin à la procédure à la demande du débiteur, du mandataire de justice ou même d'office, mais seulement après avoir entendu le juge délégué et le débiteur. Bien que la loi ne le précise pas expressément (ce qui serait pourtant souhaitable), il devrait aussi entendre le mandataire de justice.

**Concernant le statut du mandataire de justice**, il semble préférable de le considérer non comme un praticien de l'insolvabilité mais comme un mandataire de justice « classique » et de lui appliquer *mutatis mutandis* – et pour tout ce qui n'est pas réglé par le Livre XX – les règles régissant l'administrateur provisoire de droit commun, notamment en ce qui concerne ses honoraires et leur taxation.

L'article XX.39/1, § 9, du CDE dispose à cet égard que : « *En cas de litige, les frais et honoraires du mandataire de justice sont estimés par le tribunal conformément à l'article XX.20, § 3, alinéa 2. En cas d'accord ultérieur des créanciers, la créance du mandataire de justice bénéficie du privilège visé aux articles 17 et 19, 1°, de la loi sur les hypothèques du 16 décembre 1851 et, le cas échéant, est traitée comme une créance sursitaire extraordinaire dans le cadre d'un plan de réorganisation.* ».

Si la première phrase de cette disposition est conforme aux principes (en vertu desquels le président du tribunal détermine qui doit provisionner les frais et honoraires du mandataire de justice, la prise en charge définitive de ces frais et honoraires ressortissant à la compétence du juge du fond<sup>75</sup>), la seconde pose problème. En effet, alors qu'en ce qui concerne l'administrateur provisoire de droit commun, il « *est généralement admis que s'il est établi que l'intervention de l'administrateur provisoire a permis de préserver des actifs de la société dans l'intérêt de ses créancier, ses frais et honoraires jouissent, dans l'hypothèse d'un concours subséquent, du privilège des frais de justice visé aux articles 17 et 19, 1°, de la loi hypothécaire* », l'article XX.39/1, § 9, du CDE conditionne le caractère privilégié de la créance du mandataire de justice à l'accord des (de tous les) créanciers. Le risque est évidemment grand que les créanciers ne soient pas enclins à conférer un privilège au mandataire de justice après la fin de la mission de celui-ci dans la mesure où il ne leur sera plus d'aucune utilité et où ce qui reviendra au mandataire de justice réduira leur propre dividende. Dans les faits, le mandataire de justice risque donc de ne bénéficier d'aucun privilège en cas de concours ultérieur et sera prudent de ne travailler que s'il est suffisamment provisionné pour ce faire...

**Enfin**, si le principe de l'accord préparatoire semble intéressant, il est cependant regrettable que le législateur n'ait pas prévu la **possibilité de solliciter un accord préparatoire en vue de préparer un transfert sous autorité de justice** (même si un changement d'objectif est possible dans le cadre de la PRJ accélérée).

Par ailleurs, si le caractère confidentiel de la procédure justifie qu'elle soit menée par un mandataire de justice et non par le débiteur, il est certain que le coût de ce mandataire de justice risque d'être un frein pour nombre de « petits » débiteurs (comme l'a d'ailleurs été le coût du commissaire au sursis dans le cadre du concordat judiciaire)... Dans la mesure où ce sont au premier chef ces derniers qui seront touchés de plein fouet par la crise, il serait nécessaire de prévoir une intervention financière publique pour la couverture de ce coût.

## **5. La modification du Code des impôts sur les revenus 1992**

La loi du 21 mars 2021 entend éliminer la « *discrimination entre différents types d'accords amiables dans le cadre des procédures d'insolvabilité* ».

Les travaux préparatoires précisent au sujet du régime d'exonération fiscale prévu par l'article 48 du CIR en faveur des créanciers que « *Ce régime fiscal préférentiel n'est pas prévu pour les entreprises en difficulté pour l'accord amiable homologué par le tribunal de l'entreprise dans le cadre de la procédure prévue à l'article XX.38 du [Code de droit économique] bien que cette procédure offre toutes les garanties nécessaires étant donné qu'elle prévoit l'intervention d'un médiateur d'entreprise désigné par le président du tribunal et qu'elle est homologuée par ledit président du tribunal. Dès lors que [la] procédure prévue l'article XX.38 du CDE est très similaire à la procédure de réorganisation judiciaire et qu'elle offre les mêmes garanties, il convient de mettre fin à cette discrimination. Cette procédure est en effet beaucoup moins lourde pour les tribunaux de l'entreprise* ».

Ils soulignent, à cet égard, que « *Dans une période de crédit tendu, il est impératif que les accords aient un effet équivalent. La manière dont ces accords sont conclus n'a aucune importance sur le plan économique. Les éventuels abus peuvent être détectés par le président du tribunal chargé de l'homologation* ».

De façon étonnante, l'adaptation de ce régime d'exonération fiscale n'a, toutefois, été prévue qu'en faveur des créanciers de l'entreprise en PRJ, le texte de l'article 48 du CIR ayant été adapté comme suit:

*« Sont exonérées les réductions de valeur et provisions sur créances sur les cocontractants pour lesquels un plan de réorganisation a été homologué ou un accord amiable a été constaté en vertu de l'article XX.38, XX.65 ou XX.79 du Code de droit économique, et ce, durant les périodes imposables jusqu'à l'exécution intégrale du plan ou de l'accord amiable ou jusqu'à la clôture de la procédure »<sup>97</sup>*

Dans un avis du 9 février 2021, la commission des finances et du budget de la Chambre a, partant, recommandé, à juste titre, « *d'également régler la situation fiscale du débiteur en ce qui concerne la procédure prévue à l'article XX.38 du CDE et de supprimer la même discrimination* ». Cette recommandation a été suivie du dépôt d'un amendement n°39 prévoyant la modification de l'article 48/1 du CIR dans le même sens, en étendant également l'application à l'accord amiable hors PRJ homologué par le président du tribunal de l'entreprise conformément à l'article XX.38 du CDE.

Cet amendement était justifié par le fait que « *L'article 48 du CIR ne s'applique qu'au créancier. La remise de dette résultant d'un accord amiable, homologué sur la base de l'article XX.38 du CDE, est toujours imposable comme revenu extraordinaire du débiteur, tandis que la remise résultant de l'homologation sur la base de l'article XX.65 du CDE est exonérée fiscalement sur la base de l'article 48/1 du CIR. La commission des Finances et du Budget de la Chambre a dès lors suggéré d'également supprimer cette discrimination et de modifier l'article 48/1 du CIR dans le même sens* ».

L'amendement n°39 a été examiné lors de la deuxième lecture du projet de loi en commission. À cette

occasion, après avoir indiqué que l'analyse par l'administration fiscale de l'impact budgétaire de la modification suggérée de l'article 48/1 du CIR était toujours en cours, le ministre de la Justice a rejeté l'amendement en invoquant le principe de la « *symétrie fiscale, selon laquelle les coûts de l'un constituent les bénéfices de l'autre* », en considérant que « *si l'amendement était adopté, nous nous trouverions dans une situation d'asymétrie fiscale. En effet, l'amendement n°39 aurait pour effet qu'un coût pourrait être déduit dans le chef du créancier, tandis que le bénéfice ne serait pas imposable dans le chef du débiteur* ».

Cette motivation du rejet d'une adaptation de l'article 48/1 du CIR ne manque pas d'étonner.

En effet, le principe de symétrie fiscale, qui n'a pourtant pas fait obstacle à l'application du régime spécifique d'exonération fiscale des articles 48 et 48/1 du CIR aux abattements de créance résultant d'un accord amiable ou d'un plan de réorganisation adoptés dans le cadre d'une PRJ – bien plus fréquents que ceux résultant d'accords amiables intervenus hors d'une PRJ – a ainsi permis à l'administration fiscale d'empêcher l'harmonisation du système et la valorisation des accords amiables hors PRJ, pourtant nécessaires dans le contexte de la crise sanitaire. Ce principe a également prévalu à la volonté exprimée par les parlementaires de mettre fin à la discrimination entre les différents types d'accords amiables susceptibles d'être négociés par une entreprise en difficulté avec ses créanciers.

Le ministre de la Justice a, pour sa part, renvoyé la « patate chaude » au ministre des Finances, en ces termes « *Il est possible que cet élément figure dans un projet de loi ultérieur contenant diverses dispositions fiscales, préparé par le ministre des Finances* ».

Entretemps, il incombera donc à la Cour constitutionnelle d'arbitrer cette incohérence législative.

### **Conclusions**

La loi du 21 mars 2021 contient des innovations intéressantes – les rapports électroniques des juges délégués, le vote électronique dans le cadre d'une PRJ par accord collectif, l'accord préparatoire – mais le texte présente certaines lacunes et imprécisions et il serait donc préférable que le législateur intervienne rapidement pour les corriger.

A défaut, les mois à venir risquent d'être des mois d'insécurité juridique, ce dont les entreprises en difficulté n'ont vraiment pas besoin.

Par ailleurs, les dispositions de la loi du 21 mars 2021 ne peuvent certainement pas à elles seules avoir un impact significatif sur le nombre de faillites engendrées par la crise économique, qui est la conséquence de la pandémie qui touche aujourd'hui le monde.

Il convient de les accompagner de mesures d'ordre économique et/ou fiscal permettant, par exemple, de recapitaliser les entreprises en difficulté qui étaient rentables avant la crise.