

Obligations

Aux grands maux, les grands moyens: des allègements (provisoires) en droit de l'insolvabilité

L'adoption, le 21 mars 2021, d'une loi¹ modifiant – provisoirement – le paysage juridique du droit de l'insolvabilité illustre de manière concrète un changement d'approche, dans le chef du législateur, quant aux mesures de soutien aux petites et moyennes entreprises touchées par la crise de la Covid-19.

Au moratoire sur les faillites est désormais préférée une procédure de réorganisation judiciaire simplifiée et accélérée.

Par cette loi, le législateur consacre la possibilité, inspirée du droit anglo-saxon, pour un dirigeant qui subit des événements entraînant une ingouvernabilité de son entreprise de solliciter, en toute confidentialité, la désignation d'un mandataire de justice. Son objectif : faciliter la conclusion d'un accord amiable ou collectif avec les créanciers.

Outre la confidentialité, des mécanismes de protection ont été prévus afin d'accompagner le mandataire dans l'exercice de sa mission : une procédure aux délais réduits, à laquelle le créancier à tout intérêt à participer s'il souhaite recouvrer sa créance ainsi que la possibilité, pour le mandataire, de solliciter l'imposition de termes et délais aux créanciers récalcitrants à la négociation. Ces termes et délais devraient permettre un déroulement (plus) serein de la phase préparatoire dans une période où « le mandataire risque fort d'assumer le rôle d'un casque bleu en pleine zone de combats »².

La loi en profite, par ailleurs, pour alléger les conditions d'accès à la procédure de réorganisation judiciaire, trop souvent réhébitoraires pour un dirigeant d'entreprise qui peine déjà à la maintenir hors de l'eau : sanction d'irrecevabilité supprimée en cas d'annexes manquantes à la requête d'ouverture de la procédure, plus d'exigence de communiquer un budget prévisionnel dans le cas d'une procédure par transfert d'activités, soit autant de mesures bénéfiques pour le débiteur qui voit son accès à la procédure considérablement facilité.

Autre particularité remarquable : la loi est entrée en vigueur le 26 mars 2021... pour cesser de produire ses effets le 30 juin 2021, date à laquelle le Conseil des ministres évaluera son efficacité.

À ce stade, une prolongation de son application est attendue, à tout le moins jusqu'à l'entrée en vigueur de la directive européenne relative aux cadres de restructuration préventive³, dont le délai de transposition (déjà prolongé d'un an pour la Belgique) expire le 17 juillet 2022 et dont la loi du 21 mars 2021 reprend déjà certains principes fondateurs.

Loi de bon augure donc, pourvu que cela dure ...

Amaury de Cooman ■

Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles

¹ Loi du 21 mars 2021 modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des impôts sur les revenus 1992.

² La Tribune (d'Avocats.be), n°191, février 2021, <https://avocats.be/sites/default/files/55-1337%20livre%20XX%20amend.pdf>

³ Directive 2019/1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes.

Contrats

Funding Loss : la Cour de cassation a-t-elle dit son dernier mot ?

En cas de remboursement anticipé d'un crédit, l'emprunteur sera généralement redevable à l'égard de la banque d'une indemnité dite de « *funding loss* »⁴. Afin d'éviter de payer une telle indemnité, nombreux sont les emprunteurs qui ont tenté d'obtenir des cours et tribunaux⁵ la requalification du contrat de crédit en un contrat de prêt, lequel est alors soumis à l'article 1907bis du Code civil⁶ - qui, rappelons-le, limite à six mois d'intérêts l'indemnité pouvant être réclamée par l'établissement de crédit⁷ -.

Dans un arrêt du 18 juin 2020⁸, la chambre néerlandophone de la Cour de cassation semblait mettre un terme aux contestations relatives à l'indemnité de « *funding loss* » par requalification du contrat de crédit en prêt.

Néanmoins, si on pensait le débat clos, c'était sans compter un récent arrêt rendu par la chambre francophone de la même Cour le 11 mars 2021⁹. Rappelant les modalités d'utilisation d'une ouverture de crédit et celles d'un prêt, la Cour précise que lorsque la faculté ou le délai de prélèvement des fonds est « *purement théorique* », le juge peut légalement estimer que les parties ont conclu un contrat de prêt et, partant, limiter le montant de l'indemnité conformément à l'article 1907bis du Code civil.

Si la direction prise par la Cour de cassation semble assez claire, il ne reste plus qu'à observer si les juges du fond suivront cet enseignement.

Lucie Dubray ■

Assistante à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocate au barreau de Bruxelles

⁴ Pour rappel, la « *funding loss* » vise à indemniser la banque pour la perte réelle qu'elle subit en raison du remboursement anticipé par le crédité. Elle représente la différence entre les intérêts auxquels la banque aurait pu prétendre si le crédité avait continué à rembourser les fonds et ceux qu'elle perçoit en replaçant le capital remboursé aux conditions du marché pendant la période restant à courir jusqu'à l'échéance finale du crédit (J. VANDENBROUCKE et G. LAGUESSE, « Funding loss : à la recherche de la logique perdue », *Actualités en droit commercial et bancaire*, Bruxelles, Larcier, 2017, 1^{re} éd., pp. 679 et 680).

⁵ Voy. entre autres : Comm. Charleroi, 11 octobre 2013, *R.D.C.*, 2015, p. 190 ; Bruxelles (9^e ch.), 27 septembre 2012, *D.B.F.*, 2014, p. 53.

⁶ C. BIQUET-MATHIEU, « Jurisprudence contrastée pour les indemnités de *funding loss* », *R.D.C.-T.B.H.*, 2019, pp. 267 à 275 ; J. VANDENBROUCKE et G. LAGUESSE, *op. cit.*, pp. 679 à 684 ; D. CORNIL et P.-E. CORNIL, « Funding loss... À la recherche de l'intérêt perdu », *Pli juridique*, 2015, pp. 13 à 15.

⁷ « Lors du remboursement total ou partiel d'un prêt à intérêt il ne peut en aucun cas être réclamé au débiteur, indépendamment du capital remboursé et des intérêts échus, une indemnité de emploi d'un montant supérieur à six mois d'intérêts calculés sur la somme remboursée au taux fixé par la convention ».

⁸ Cass. (1^{ère} ch.), 18 juin 2020, *D.B.F.-B.F.R.*, 2020, p. 233.

⁹ Cass. (1^{ère} ch.), 11 mars 2021, R.G. n°C.18.0552.F, disponible sur <https://juportal.be>*