

L'arbitrage à l'épreuve des procédures belges d'insolvabilité d'entreprises

Auteur : Dantinne, Rouslan

Promoteur(s) : Caprasse, Olivier

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en droit économique et social

Année académique : 2022-2023

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/16696>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

L'arbitrage à l'épreuve des procédures belges d'insolvabilité d'entreprises

Rouslan DANTINNE

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit économique et social

Année académique 2022-2023

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Olivier Caprasse

Professeur ordinaire

RÉSUMÉ

Alors que deux entreprises sont liées par une convention d'arbitrage, une procédure d'insolvabilité est ouverte en Belgique à l'égard de l'une d'elles. De nombreuses questions émergent : *L'instance arbitrale en cours doit-elle être suspendue ? Dans la positive, pourra-t-elle reprendre ? Les pouvoirs de l'arbitre sont-ils impactés ? L'instance n'a pas débuté, la validité de la convention d'arbitrage est-elle compromise ? La convention n'existe pas, les parties peuvent-elles la conclure ? L'entreprise en difficulté perd-elle sa capacité compromissoire ? Cette capacité est-elle transférée au praticien de l'insolvabilité ? La sentence a été rendue, peut-elle être exécutée ?* Dans le présent exposé, nous mettons l'arbitrage à l'épreuve des procédures belges d'insolvabilité d'entreprises.

Mes remerciements vont,

Au Professeur Olivier Caprassé pour son orientation ainsi que pour ses excellents enseignements au travers des cours de droit des sociétés, droit des sociétés: questions spéciales et droit de l'arbitrage et des modes alternatifs de résolution des conflits.

Au Professeur Roman Aydogdu pour ses excellents enseignements au travers du cours de restructuration et réorganisation d'entreprises.

À Maître Guillaume Croisant, pour sa contribution « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité » qui m'a guidé tout au long de ce travail.

À Maître Bernard Maquet ainsi que ses associés et collaborateurs pour m'avoir accordé leur confiance ainsi que bien d'encouragements.

À mes proches et très particulièrement à J. H., pour leur accompagnement et soutien.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION - DÉFINITIONS ET DÉLIMITATIONSP.11

SECTION 1. PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ D'ENTREPRISES ET ARBITRAGEP.11

§1- Définitionsp.11

1. Procédures d'insolvabilité d'entreprises.....p.11

2. Notion d'insolvabilité.....p.12

3. Arbitrage.....p.13

§2- Une rencontre imprévue, une relation difficilep.13

4. Rencontre imprévuep.13

5. The IBA Insolvency and Arbitration projectp.14

6. Hypothèses de rencontrep.14

7. Hypothèses d'implication du droit belge.....p.15

8. Une relation difficilep.15

SECTION 2. ENTREPRISE, PRATICIEN ET TRIBUNAL DE L'INSOLVABILITÉP.17

9. L'entreprise en droit belgep.17

10. Praticien de l'insolvabilité.....p.17

11. Tribunal de l'insolvabilité.....p.18

SECTION 3. COMPÉTENCE D'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE ET SIÈGE DE L'ARBITRAGEP.19

§1- Compétence d'ouverture de la procédure d'insolvabilitép.19

12. Règlement Insolvabilitép.19

13. Centre of Main Interests (COMI)p.19

14. Procédures territoriales (secondaires)p.20

15. Droit applicable et universalité de la procédure.....p.20

§2- Siège de l'arbitrage.....p.21

16. Droit international privép.21

17. Particularités de l'arbitrage.....p.21

SECTION 4. PLAN DE L'EXPOSÉP.22

§1- La faillite.....p.22

§2- La réorganisation judiciaire.....p.23

PARTIE 1 - EFFETS D'UNE PROCÉDURE DE FAILLITE SUR L'ARBITRAGE...P.25

SECTION 1. EFFETS DE LA FAILLITE SUR LA PROCÉDURE ARBITRALEP.25

§.1- Arbitrage en coursp.25

- a) Le failli est défendeurp.25
 - 18. Suspension des instances en cours.....p.25
 - 19. Publicité du jugement déclaratif de faillitep.26
 - 20. Déclaration de créancep.26
 - 21. Délais de déclaration et déclarations tardivesp.26
 - 22. Vérification des créancesp.27
 - 23. Reprise de la procédure.....p.27
 - 24. Nouveaux conflits d'intérêts.....p.27
 - 25. Limitation des pouvoirs de l'arbitrep.28
 - i. Ordonner la constitution d'une provisionp.28
 - ii. Condamner le failli au paiement d'une sommep.28
 - iii. Attribuer une cause de préférence préjudiciable à la masse.p.29
 - iv. Statuer sur des actions découlant directement de la faillite.p.30
- b) Le failli est demandeurp.31
 - 26. Poursuite déraisonnablep.31

§.2- Arbitrage non débutép.32

- a) Convention d'arbitrage existante.....p.32
 - i. Principe de validité de la conventionp.32
 - 27. Un principe unanimement admisp.32
 - 28. Une condition de précision ?p.32
 - 29. Droit du curateur de mettre unilatéralement fin aux contratsp.33
 - 30. Le curateur est le « successeur légal » du faillip.33
 - ii. Convention d'arbitrage conclue en période suspecte.....p.34
 - 31. Hypothèse d'inopposabilité à la masse de la convention d'arbitragep.34
 - iii. Frais d'arbitrage excédant les capacités de la massep. 36
 - 32. Frais d'arbitrage : définition.....p.36
 - 33. Failli défendeurp.36
 - 34. Failli demandeurp.36
 - 35. Gand, 21 février 2006p.37
 - 36. Cassation, 7 novembre 2019p.37

37. Transposer le raisonnement de la Cour	p.39
38. Un arrêt critiquable	p.39
39. Preuve de l'insolvabilité.....	p.39
40. Conclusion	p.40
b) Convention d'arbitrage inexistante	p.41
i. Capacité compromissaire du failli	p.41
41. Le failli n'a pas la capacité de conclure une convention d'arbitrage....	p.41
.....	p.41
ii. Capacité compromissaire du curateur	p.42
42. Le curateur a le pouvoir de conclure une convention d'arbitrage.....	p.42
.....	p.42
SECTION 2. EFFETS DE LA FAILLITE SUR LA SENTENCE	P.43
43. La sentence ne pourra pas être exécutée	p.43

PARTIE 2 - EFFETS D'UNE PROCÉDURE DE RÉORGANISATION JUDICIAIRE SUR L'ARBITRAGE

44. Réorganisation judiciaire	p.45
45. Trois procédures	p.45
46. Des procédures très différentes	p.46
SECTION 1. EFFETS D'UNE RÉORGANISATION SUR LA PROCÉDURE ARBITRALE	P.48
<i>§.1- Arbitrage en cours</i>	p.48
a) L'entreprise en réorganisation est défenderesse.....	p.48
47. Pas de suspension des instances en cours.....	p.48
48. Publicité du jugement d'ouverture de la procédure.....	p.48
49. Déclaration de créance	p.48
50. Contestation de la déclaration de créance	p.48
51. Reprise de la procédure par un administrateur provisoire	p.49
52. Pouvoirs de l'arbitre.....	p.49
b) L'entreprise en réorganisation est demanderesse.....	p.49
53. Pas d'incidence	p.49
<i>§.2- Arbitrage non débuté</i>	p.50
a) Convention d'arbitrage existante.....	p.50
54. Validité de la convention	p.50
55. Frais d'arbitrage excédant les capacités de l'entreprise en	p.50
réorganisation.....	p.50
b) Convention d'arbitrage non existante	p.50

56. Capacité compromissaire de l'entreprise en réorganisation	p.50
SECTION 2. EFFETS D'UNE RÉORGANISATION SUR LA SENTENCE ARBITRALE	P.51
57. Le sursis empêche l'exécution de la sentence	p.51
58. Exception : créances issues de contrats à prestations successives.....	p.51
CONCLUSION	P. 53
BIBLIOGRAPHIE.....	P. 55

INTRODUCTION

DÉFINITIONS ET DÉLIMITATIONS

SECTION 1. PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ D'ENTREPRISES ET ARBITRAGE

§1- Définitions

1. Procédures d'insolvabilité d'entreprises. Il arrive que la solvabilité d'une entreprise soit menacée, voire compromise. Par solvabilité, il faut entendre la faculté de faire face à ses dettes à l'échéance.¹ Les créanciers de l'entreprise en difficulté subissent dès lors un préjudice qui peut aller jusqu'à impacter leur propre solvabilité. L'insolvabilité se transmet alors et telle une pandémie, elle se répand.² Toute entreprise est reliée à un État qui est responsable de son insolvabilité ; il revient à cet État de mettre en place des procédures permettant de confiner le malade, le temps de son rétablissement. Lorsque la rémission n'est pas possible, il convient de l'accompagner jusque dans la mort, en réglant sa succession.

Le livre XX du Code de droit économique, dénommé « Insolvabilité des entreprises », établit en ses titres V et VI, deux types de procédures d'insolvabilité d'entreprises : lorsque le redressement de l'entreprise ou le sauvetage de ses actifs ou activités semble possible, la réorganisation judiciaire et dans le cas contraire, la faillite qui mène à la liquidation.³ Quatre

¹ Définition du dictionnaire Larousse, disponible sur [larousse.fr](https://www.larousse.fr), consulté le 22 décembre 2022 à 16:06. Sur la notion d'insolvabilité, voir supra.

² La comparaison est particulièrement frappante dans le contexte de la pandémie de ces dernières années qui a un effet considérable sur la solvabilité des entreprises et accentue dès lors l'importance de ce travail. Voir à ce sujet : G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *Liber Amicorum Xavier Dieux*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 1311.

³ A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Antemis, 2018, p. 831 : La faillite est la procédure « *par laquelle les biens d'un débiteur qui a cessé ses paiements de manière persistante et dont le crédit est ébranlé sont placés sous mainmise judiciaire pour être conservés, administrés et liquidés par un ou plusieurs mandataires de justice, appelés curateurs, en vue de désintéresser (les) créanciers.* »

procédures d'insolvabilité d'entreprises sont prévues en droit belge⁴ : une procédure de faillite et trois procédures de réorganisation judiciaire.⁵

2. Notion d'insolvabilité. L'emploi du terme « *insolvabilité* » pose des difficultés.⁶ Une entreprise peut ne pas être en mesure de payer ses dettes à court terme car elle est en insuffisance de liquidités. Ses actifs immobilisés font qu'elle n'est pas insolvable à proprement parler : elle dispose de plus d'actifs que de dettes.⁷ Il n'empêche qu'elle est en difficulté. Il faudrait dès lors parler de « *procédures d'entreprises en difficulté* ». Cette formulation n'a pas été choisie par les législateurs et dans un souci de cohérence, il nous faut définir l'insolvabilité de manière large.

Le Règlement européen sur les procédures d'insolvabilité ne définit pas l'insolvabilité et la directive 2019/1023 sur la restructuration et l'insolvabilité, en son article 2, ne fait que renvoyer au droit national.⁸ Le Code de droit économique n'y répond pas. Dans le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, l'on trouve la définition suivante, qui résume bien nos propos : « *état d'un débiteur qui est généralement dans l'incapacité d'acquitter ses dettes à leur échéance OU situation dans laquelle son passif excède la valeur de ses actifs.* »⁹

⁴ Dans l'annexe A du Règlement européen sur les procédures d'insolvabilité, qui harmonise le droit des procédures d'insolvabilité des États Membres de l'Union Européenne, l'on peut lire qu'il existe huit procédures d'insolvabilité en Belgique. La cinquième est le règlement collectif de dettes et ne vise pas les entreprises. Les sixième et septième sont les procédures de liquidation des sociétés mais qui ne sont pas à proprement parler des procédures d'entreprise en difficulté car elles peuvent survenir pour d'autres raisons que des difficultés financières. Enfin, la huitième n'existe plus en tant que procédure distincte ; il s'agit du dessaisissement provisoire visé à l'article 8 de la loi sur les faillites.

⁵ La procédure de réorganisation judiciaire (PRJ) par accord amiable (Art. XX.64- XX.66 CDE), la PRJ par accord collectif (Art. XX.67- XX.83 CDE) et la PRJ par transfert d'entreprise sous autorité de justice (Art. XX.84- XX.97 CDE).

⁶ Voir à ce sujet ; O. BUISINE, « Pour une définition harmonisée de l'insolvabilité en Europe », *Petites affiches*, Lextenso, n°06 du 30 juin 2022, p.21 et 22, disponible sur labase-lextenso.fr/petites-affiches, consulté le 26 décembre à 11:49.

⁷ Cette situation peut tout de même mener à la faillite, dont les conditions sont la cessation des paiements et l'ébranlement du crédit. Il peut donc arriver, à titre exceptionnel, qu'une faillite, après désintéressement de tous les créanciers, se solde par un boni de liquidation.

⁸ Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), J.O.U.E. L 141 du 5 juin 2015, p.19-72 ; Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil 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, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité), J.O.U.E., L 172 du 26 juin 2019, p.18-55.

⁹ Guide législatif de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) sur le droit de l'insolvabilité: Première et deuxième partie (2004), disponible sur uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law , consulté le 26 décembre à 11:42.

3. Arbitrage. L'arbitrage est un mode alternatif de règlement des conflits par lequel les parties confient à un tiers impartial et indépendant, le soin de trancher leur litige par une sentence qui aura l'autorité de la chose jugée.¹⁰ De nombreuses entreprises y recourent.¹¹ Le processus doit être organisé par les parties mais cette organisation peut être facilitée par une institution spécialisée.¹² Les États peuvent également proposer aux parties, un régime légal supplétif d'organisation de l'arbitrage. En Belgique, il s'agit de la sixième partie du Code Judiciaire.¹³ Certaines dispositions de ce régime peuvent être impératives voire d'ordre public ; elles s'appliqueront dans tous les cas.¹⁴

§2- Une rencontre imprévue, une relation difficile

4. Rencontre imprévue. Il arrive que l'arbitrage se heurte au droit des procédures d'insolvabilité d'entreprises. Selon certains, cette rencontre serait fréquente.¹⁵ Elle n'est généralement pas prévue par les parties et les États la réglementent rarement de manière

¹⁰ O. CAPRASSE, « L'arbitrage », *Droit judiciaire – Tome 2 : Procédure civile – Volume 3 : Saisies conservatoires, voies d'exécution et règlement collectif de dettes - Arbitrage, médiation et droit collaboratif - Procédure électronique*, 2e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 255.

¹¹ T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS et N. THIRION, *Droit de l'entreprise*, 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 115.

¹² En Belgique, l'institution d'arbitrage est le CEPANI (Centre belge d'arbitrage et de médiation).

¹³ Art. 1676 à 1723 du Code Judiciaire.

¹⁴ Un exemple en droit belge est l'article 1718 du Code Judiciaire qui dispose que les parties ne peuvent exclure tout recours en annulation de la sentence lorsqu'une d'elles au moins est rattachée à la Belgique (par sa nationalité, son domicile ou sa résidence principale lorsqu'il s'agit d'une personne physique et par son siège statutaire, son principal établissement ou une succursale lorsqu'il s'agit d'une personne morale). Nous le mentionnons car il est d'une importance particulière dans le cadre de notre problématique, nous y reviendrons.

¹⁵ G.-C. GIROGINI, « Arbitrage et droit européen des faillites », *Rev. Aff. Eur.*, 2005/2, p. 261 ; ou à tout le moins « *a reasonably regular occurrence* ». J. HARGROVE et V. LIBORIO, « Arbitration and Insolvency: English and Swiss Perspectives », *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Kluwer Law International, 2009, Vol. 75, n°1, p. 47.

expresse¹⁶ ; c'est à la jurisprudence et à la doctrine qu'il revient alors d'éclairer la situation. Il existe une doctrine internationale abondante sur la question.¹⁷

5. The IBA Insolvency and Arbitration project. En 2019, le comité sur l'arbitrage de l'*International Bar Association* (IBA) a créé une commission chargée d'étudier la question des interactions entre l'arbitrage et les procédures d'insolvabilité d'entreprises. Cette commission a demandé à 19 États à travers le monde de répondre sur base de leurs règles en vigueur, à un formulaire contenant une série de questions très précises sur la problématique.¹⁸ La Belgique n'en fait pas partie.¹⁹ L'intérêt d'étudier les interactions *en droit belge* entre l'arbitrage et le droit des procédures d'insolvabilité d'entreprise, se renforce.

6. Hypothèses de rencontre. Il existe quatre hypothèses de rencontre entre l'arbitrage et le droit des procédures d'insolvabilité d'entreprises :

1- L'instance arbitrale est en cours et l'une des parties fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité. *L'arbitrage peut-il continuer ? Doit-il prendre fin ? Doit-il être suspendu ? Quelles sont les conséquences sur le déroulement de la procédure d'arbitrage ?*

2- Une procédure d'insolvabilité est en cours et l'entreprise est liée par une convention d'arbitrage. *La validité de la convention est-elle compromise ? La convention peut-elle être exécutée ?*

3- Une procédure d'insolvabilité est en cours et l'entreprise souhaite conclure une convention d'arbitrage. *L'entreprise conserve-t-elle la faculté de conclure une convention d'arbitrage ? Cette faculté est-elle transférée au praticien de l'insolvabilité ?*

¹⁶ IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration, p. 9, disponible sur ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/toolkit-arbitration-insolvency, consulté le 22 décembre à 16:15.

¹⁷ Voir par exemple : D. CHAN et S. RAJAGOPAL, « To stay or Not to Stay? A Clash of Arbitration and Insolvency Regimes », *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2021, Vol. 38, n°4, p. 457 ; L. LOZANO CORREA, « Distilling The Grounds for Stay of Proceedings During Insolvencies: Application of A Standard or Capricious Intervention? », *40 under 40 International Arbitration*, Dykinson, S.L., 2021, p. 627 ; A. BANARJEE et P. CHATTERJEE, « Arbitration and Insolvency: Co-relation or Collision? », *Asian Dispute Review*, 2021, Vol. 23, n° 3, p. 117 ; S. MADAUS, « The (Underdeveloped) Use of Arbitration in International Insolvency Proceedings », *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2020, p. 449 ; S. VORBURGER, *International Arbitration and Cross-Border Insolvency - Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2014 ; J. HARGROVE et V. LIBORIO, « Arbitration and Insolvency: English and Swiss Perspectives », *op. cit.*, p. 47 ; C. LIEBSCHER, « Insolvency and Arbitrability », *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, International Arbitration Law Library, Vol. 19, Kluwer Law International, 2009, p. 165.

¹⁸ Les rapports nationaux sont disponibles sur ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/toolkit-arbitration-insolvency, consulté le 22 décembre à 16:15. Un guide est également disponible (« the IBA toolkit »).

¹⁹ Les États participants sont *notamment* : (Hors EU) le Royaume-Uni, la Chine, les États-Unis, la Suisse, Singapour, l'Inde, Hong Kong et même la Russie et (UE) l'Allemagne, la France, les Pays-Bas et l'Espagne.

4- Une sentence a été rendue et le créancier souhaite l'exécuter à l'égard de son débiteur qui fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité. *La sentence conserve-t-elle l'autorité de la chose jugée ? Peut-elle être exécutée ?*

7. Hypothèses d'implication du droit belge. Deux hypothèses existent, dans lesquelles le droit belge est impliqué :

1- La procédure d'insolvabilité est ouverte à l'étranger. Le rattachement au droit belge s'explique alors par la localisation en Belgique du siège de l'arbitrage ou bien par la procédure d'exécution de la sentence qui y est initiée. Dans ce cas, le droit belge de l'insolvabilité ne s'applique pas ; la sixième partie du Code Judiciaire s'applique.

2- La procédure d'insolvabilité est ouverte en Belgique. Dans ce cas, le droit belge de l'insolvabilité s'applique. C'est cette hypothèse qui nous concerne puisque la première dépend du droit de l'insolvabilité étudié.

8. Une relation difficile. Le droit des procédures d'insolvabilité d'entreprises est un droit qui intéresse l'ordre public et ses règles s'imposent telles que prévues par le législateur. En revanche, l'arbitrage peut être aménagé par les parties comme elles l'entendent. Cet antagonisme rend la relation difficile. Certains parlent de « *mariage forcé d'un couple mal assorti* ». ²⁰

Une tension apparaît : « *Les arbitres n'apprécient guère les interventions intempestives d'un (praticien de l'insolvabilité), investi de la puissance publique, dans les salons feutrés de l'arbitrage. À l'inverse, (le praticien de l'insolvabilité) s'inquiète de cet électron libre qu'est l'arbitre, qui décide et condamne en toute liberté, sans tenir compte des intérêts collectifs impliqués dans la procédure d'insolvabilité.* » ²¹

Un principe fondamental du droit de l'insolvabilité est celui de l'égalité des créanciers, principe d'ordre public international. ²² Puisque les procédures d'insolvabilité d'entreprises sont publiques ²³, certains créanciers alertés par l'insolvabilité de leur débiteur peuvent exercer une pression sur ce dernier dans le but d'être payés prioritairement.

²⁰ S. MARCHAND, « Arbitrage et insolvabilité: tribulations d'un couple mal assorti », *Nouveautés en matière de faillite transfrontalière; et les banques et les assurance face aux tiers: Actes de la 28e journée de droit international privé du 27 mai 2016 à Lausanne*, Genève, Schulthess éd. romandes, 2016, p. 47.

²¹ Ibid., p. 48.

²² A. ZENNER, *op. cit.*, p. 249.

²³ En Belgique, il existe un Registre central de la solvabilité, Regsol.be, qui permet aux créanciers et tiers intéressés de consulter et interagir avec les dossiers électroniques de procédure d'insolvabilité gérés par les tribunaux de l'entreprise. Le registre est visé par les articles XX.15 à XX.19 du CDE.

Cette situation du « premier arrivé premier servi » ne peut être tolérée. C'est pourquoi les procédures d'insolvabilité sont organisées dans le respect des causes de préférence légales ou conventionnelles des créanciers et de la répartition égalitaire des actifs entre créanciers chirographaires.²⁴

L'arbitrage peut porter atteinte à l'égalité des créanciers si l'arbitre ne tient pas compte de la procédure d'insolvabilité en cours. À l'inverse, la procédure d'insolvabilité peut porter atteinte à l'arbitrage si la convention d'arbitrage ou la sentence rendue est remise en cause par le praticien ou le tribunal de l'insolvabilité.

²⁴ Le terme « créancier chirographaire » désigne tout créancier ne disposant d'aucune sûreté réelle (un gage, une hypothèque ou un privilège) sur les biens du débiteur. Ce créancier subira donc de plein fouet, le principe d'égalité des créanciers. Dans l'hypothèse d'un concours, le remboursement des créanciers chirographaires n'intervient qu'après désintéressement des créanciers disposant de sûretés réelles. Et ce remboursement se fera au marc le franc, c'est-à-dire proportionnellement au montant de la créance.

SECTION 2. ENTREPRISE, PRATICIEN ET TRIBUNAL DE L'INSOLVABILITÉ

9. L'entreprise en droit belge. En droit belge, toute personne morale est une entreprise et le livre XX du Code de droit économique lui est applicable : toute société, association ou fondation peut faire l'objet d'une procédure de réorganisation judiciaire ou de faillite. Une organisation sans personnalité juridique peut également être une entreprise²⁵ ; il en va de même d'une personne morale de droit public.²⁶

Une personne physique est une entreprise lorsqu'elle est considérée comme « *indépendante* », c'est-à-dire qu'elle exerce une activité professionnelle sans être juridiquement subordonnée.²⁷ Deux cas particuliers de personnes physiques doivent être mentionnés en ce qu'elles sont des entreprises : les titulaires d'une *profession libérale* d'une part et les indépendants qui exercent à titre professionnel, un *mandat de gérant ou d'administrateur* d'une personne morale d'autre part.²⁸ L'entreprise personne physique peut faire l'objet d'une procédure de réorganisation judiciaire ou de faillite.²⁹ Il convient de préciser que lorsque l'entreprise est une personne physique, certains de ses biens ne pourront être saisis par les créanciers.

La notion d'entreprise est en définitive extrêmement large.

10. Praticien de l'insolvabilité. Par praticien de l'insolvabilité, il faut entendre, tout mandataire de justice chargé par le tribunal de l'insolvabilité d'organiser et/ou de faciliter la procédure de réorganisation judiciaire ou de faillite.

Il s'agit principalement du *curateur* qui est le mandataire de justice chargé, dans le cadre d'une procédure de faillite, d'administrer le patrimoine du failli, de le liquider et de répartir le produit de liquidation entre les créanciers.³⁰

²⁵ Sauf si elle ne poursuit pas de but de distribution et ne procède effectivement à aucune distribution à ses membres ou à des personnes qui exercent une influence décisive sur la politique de l'organisation (Art. I.1, 1° alinéa 2, a) CDE).

²⁶ Sauf si elle ne propose pas de biens ou de services sur un marché (Art. I.1, 1° alinéa 2, b) et c) CDE).

²⁷ Sur la notion de subordination, voir J. CLESSE et F. KÉFER, *Manuel de droit du travail*, 2e édition, Bruxelles, Larcier, 2018, p.179 et s. ; Sur la notion d'activité professionnelle, voir A. ZENNER, *op. cit.*, p. 301.

²⁸ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 303 et 307 ; Sur la controverse qui a existé sur la question de savoir si un dirigeant d'entreprise est une entreprise, voir N. OUCHINSKY, « L'insolvabilité des dirigeants d'entreprise », *DfE*, 2020/5, p. 3-27 et Z. PLETINCKX, « Le dirigeant d'entreprise peut-il être déclaré en faillite ? Fin d'une controverse ou début de nouvelles discussions », *J.T.*, 2022/19, p. 317-323.

²⁹ Une procédure d'insolvabilité existe pour les autres personnes physiques, celles qui ne sont pas des entreprises, à savoir le règlement collectif de dettes, organisé par les articles 1675/2 et suivants du Code judiciaire.

³⁰ Art. XX. 98 CDE.

Dans le cadre d'une réorganisation judiciaire, l'entreprise n'est pas dessaisie de la gestion de son patrimoine mais ce principe n'est pas absolu : « *En cas de fautes graves et caractérisées du débiteur ou d'un de ses organes, le tribunal peut leur substituer, pour la durée du sursis, un administrateur provisoire.* »³¹

D'autres acteurs peuvent intervenir dans le cadre d'une réorganisation judiciaire mais ne s'occupent cependant pas de la gestion de l'entreprise (le « *médiateur d'entreprise* » qui peut être désigné en vue de faciliter la réorganisation³² ou encore le mandataire de justice chargé de la cession de l'entreprise dans le cadre de la procédure du transfert).

11. Tribunal de l'insolvabilité. Par tribunal de l'insolvabilité, il faut entendre le tribunal de l'entreprise compétent pour ouvrir et clôturer la procédure d'insolvabilité.³³

³¹ Art. XX. 31 CDE.

³² Art. XX. 36 CDE.

³³ Art. I.22, 4° CDE.

SECTION 3. COMPÉTENCE D'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE ET SIÈGE ARBITRAL

§1- Compétence d'ouverture de la procédure d'insolvabilité

12. Règlement Insolvabilité. Le Règlement européen 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité régit entre les États Membres de l'Union européenne, les règles d'attribution de la compétence internationale relative à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Si l'entreprise possède des liens avec un État tiers, il faut alors se tourner vers le droit international privé de chaque État en cause³⁴, avec un risque de contradiction : plusieurs États peuvent se déclarer compétents pour ouvrir une procédure principale.

13. Centre of Main Interests (COMI). La compétence d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité revient à l'État où se situe le centre des intérêts principaux de l'entreprise en difficulté. Il s'agit du lieu où l'entreprise gère habituellement ses intérêts et qui est vérifiable par des tiers.³⁵ Lorsque l'entreprise est une personne morale, l'on présume, jusqu'à preuve du contraire, que le centre des intérêts principaux correspond au siège statutaire.³⁶ Pour les personnes physiques, le COMI est présumé être celui du lieu principal d'activité.³⁷

Le lieu où l'entreprise gère habituellement ses intérêts peut nous faire songer au critère du siège réel, bien connu en droit belge³⁸, et qui peut être défini comme « *le lieu depuis lequel sont prises les décisions relatives à l'organisation, la direction et l'administration d'une personne morale, en somme : le centre décisionnel névralgique de celle-ci.* »³⁹ Il convient toutefois ici « *d'accorder une attention particulière aux créanciers et à la perception qu'ils ont du lieu où le débiteur gère ses intérêts.* »⁴⁰

C'est donc davantage à travers les créanciers et les actes qui les lient à l'entreprise en difficulté que l'on va apprécier la localisation du centre des intérêts principaux. A. Zenner souligne que « *L'insolvabilité étant un risque prévisible, il est important que la compétence*

³⁴ En Belgique il s'agit des articles 117 à 119 du Code de droit international privé.

³⁵ Art. 3.1 al. 1 Règlement Insolvabilité.

³⁶ Art. 3.1 al. 2 Règlement Insolvabilité ; Art. XX.12 §1 al. 2 CDE. Cette présomption ne s'applique toutefois pas si le siège statutaire a été transféré depuis un autre État au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

³⁷ Art. 3.1 al. 3 Règlement Insolvabilité ; Art. XX.12 §1 al. 3 CDE.

³⁸ Avant l'adoption du Code des Sociétés et des Associations, le critère de rattachement des sociétés à la Belgique (la *lex societatis*) était le critère du siège réel. Ce critère est d'ailleurs toujours employé en droit fiscal (Art.2 §1, 5°, b) du Code des impôts sur les revenus 1992).

³⁹ N. THIRION (dir.), *Droit international et européen des sociétés*, 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 19.

⁴⁰ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 339.

*soit attribuée aux tribunaux d'un lieu connu des créanciers qui peuvent ainsi mieux évaluer le risque d'insolvabilité de leur débiteur ainsi que l'étendue de leurs droits en cas d'insolvabilité. »*⁴¹

14. Procédure territoriale (secondaire). Si la compétence d'ouverture de la procédure principale revient à l'État du centre des intérêts principaux de l'entreprise en difficulté, d'autres États peuvent être compétents pour l'ouverture de procédures dites territoriales. La compétence territoriale est attribuée à tout État sur le territoire duquel l'entreprise possède un établissement c'est-à-dire un lieu d'opération où est exercée une activité économique avec des moyens humains et des actifs.⁴² G. Croisant souligne que cette définition est proche de celle de *succursale*.⁴³ La compétence territoriale de l'État de l'établissement sera limitée aux biens situés sur son territoire.⁴⁴

Dans certaines hypothèses, il peut arriver que la procédure territoriale soit ouverte avant la procédure principale.⁴⁵ Lorsqu'elle est ouverte postérieurement à la procédure principale, la procédure territoriale est dite secondaire.⁴⁶

15. Droit applicable et universalité de la procédure. En définitive, la localisation du centre des intérêts principaux peut constituer une tâche ardue. Elle est pourtant d'importance capitale puisque le droit applicable à la procédure (la *lex concursus*⁴⁷), qui déterminera les conséquences de la procédure d'insolvabilité sur l'arbitrage, sera logiquement celui de l'État d'ouverture de la procédure.⁴⁸ L'on imagine mal qu'un tribunal de l'insolvabilité d'un État A soit amené à ouvrir et organiser une procédure d'insolvabilité selon les règles d'un État B.

⁴¹ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 338 et 339 ; Voir considérant 28 du Règlement Insolvabilité : « Lorsque l'on cherche à déterminer si le centre des intérêts principaux du débiteur est vérifiable par des tiers, il convient d'accorder une attention particulière aux créanciers et à la **perception** qu'ils ont du lieu où le débiteur gère ses intérêts. Il peut être nécessaire, dans le cas d'un déplacement du centre des intérêts principaux, d'informer les créanciers en temps utile du nouveau lieu à partir duquel le débiteur exerce ses activités, par exemple en attirant l'attention sur le changement d'adresse dans sa correspondance commerciale, ou en rendant publique la nouvelle localisation par d'autres moyens appropriés. »

⁴² Art. 3.2 et 2, 10) Règlement Insolvabilité. Cet établissement doit avoir existé de façon non transitoire et au cours de la période de trois mois précédant la demande d'ouverture de la procédure principale.

⁴³ G. CROISANT, L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité, *op. cit.*, p. 1309 ; Pour une définition de la succursale voir J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, *Droit des sociétés*, 5e édition, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 971 et 972.

⁴⁴ Art. 3.2 in fine Règlement Insolvabilité.

⁴⁵ Art. 3.4 Règlement Insolvabilité.

⁴⁶ Sur les effets de l'ouverture d'une procédure territoriale (secondaire) sur l'arbitrage, voir G.-C. GIROGINI, « Arbitrage et droit européen des faillites », *op.cit.*, p. 263 et 264.

⁴⁷ Littéralement la « *loi du concours* ».

⁴⁸ Art. 7 Règlement Insolvabilité.

La procédure doit aussi bénéficier d'une portée universelle. Il faut en effet inclure tous les actifs et créanciers de l'entreprise, dont certains peuvent être à l'étranger, afin de respecter le principe d'ordre public international d'égalité des créanciers.⁴⁹

§2- Siège de l'arbitrage

16. Droit international privé. En droit international privé, il faut distinguer la compétence internationale, c'est-à-dire la question du juge compétent, de la question du droit applicable, c'est-à-dire la question du droit matériel que le juge devra appliquer. Les deux peuvent être différents. Par exemple, dans un litige entre une entreprise de droit belge et une entreprise de droit chinois, le juge compétent peut être le juge belge alors que le droit applicable sera le droit chinois.

17. Particularités de l'arbitrage. En arbitrage, deux particularités doivent être mentionnées.

D'abord, les parties peuvent librement déterminer le lieu des audiences.⁵⁰ L'arbitrage « *tend de plus en plus à être considéré comme une justice délocalisée, relevant selon certains d'un ordre juridique arbitral autonome, dans lequel les arbitres n'ont pas de for.* »⁵¹

Ensuite, en plus du lieu des audiences et du droit applicable, une troisième question s'impose, celle du siège de l'arbitrage, qui n'est « *pas nécessairement celui du déroulement concret de la procédure.* »⁵² Si celui-ci n'est pas déterminé par les parties ou l'arbitre, il sera localisé à l'endroit où la sentence est rendue.⁵³ Le siège arbitral est important car il rattache à la procédure, les lois procédurales nationales relatives à l'arbitrage (dont certaines sont impératives voire d'ordre public).⁵⁴ Ainsi, la sixième partie du Code Judiciaire belge sera applicable à tout arbitrage dont le siège se situe en Belgique.

⁴⁹ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 249.

⁵⁰ Celles-ci peuvent même avoir lieu en ligne. Voir à ce sujet : O. CAPRASSE, « De l'audience arbitrale », *Liber Amicorum Xavier Dieux*, 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 1297 ; W. EYSKENS et J. TIXHON, « Audiences virtuelles en arbitrage international : une nouvelle réalité à maîtriser », *Liber Amicorum Xavier Dieux*, 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 1327.

⁵¹ O. CAPRASSE, « L'arbitrage », *op. cit.*, p. 288.

⁵² Ibid., p. 289.

⁵³ Ibid. p. 288.

⁵⁴ Ibid.

SECTION 4. PLAN DE L'EXPOSÉ

Nous avons choisi de traiter la faillite et la réorganisation judiciaire séparément. Cette dernière comprend en effet trois procédures distinctes qui ont chacune, un régime très différent, ce qui complique la compréhension.

§1- La faillite

Dans un premier temps, nous passerons en revue les effets de l'ouverture d'une procédure de faillite sur la procédure d'arbitrage (section 1), qu'elle soit en cours (§1) ou non (§2).

Si elle est en cours, l'on distinguera selon que le failli est défendeur ou demandeur. Lorsqu'il est *défendeur*, les conséquences à prévoir seront nombreuses puisque l'intérêt d'un créancier, qu'il faut protéger, est en jeu. C'est pourquoi l'on verra que la procédure d'arbitrage doit être suspendue (1), que le jugement déclaratif de faillite est publié (2), que le créancier doit déclarer sa créance (3) et que les délais de déclaration sont importants (4), que le curateur doit vérifier cette créance (5) pour que la procédure d'arbitrage puisse enfin reprendre (6). Nous verrons que l'intervention de nouveaux acteurs à l'issue de la procédure de faillite peut causer des problèmes de conflit d'intérêt (7) et que les pouvoirs de l'arbitre sont diminués par l'ouverture de la procédure (8) : il ne peut plus ordonner la constitution d'une provision (i), condamner le failli au paiement d'une somme (ii), attribuer une cause de préférence préjudiciable à la masse (iii) et enfin, statuer sur des actions découlant directement de la faillite (iv).

Si aucune procédure d'arbitrage n'a débuté, il faut dès lors s'intéresser à la convention d'arbitrage, afin de se demander si celle-ci est valide. Si le principe est la validité de la convention (1), deux circonstances peuvent compromettre ce principe : la conclusion de la convention en période suspecte (2) et les frais de l'arbitrage lorsqu'ils sont trop élevés pour le failli (3). Enfin, lorsqu'aucune convention d'arbitrage n'est conclue au jour du jugement déclaratif de faillite, il faut se demander si le failli conserve la capacité compromissaire et si elle n'est pas transférée au curateur.

Dans un second temps, nous verrons les effets de la procédure de faillite sur la sentence et son exécution (section 2).

§2- La réorganisation judiciaire

La structure de cette partie sera la même que celle dédiée à la faillite. Les développements seront cependant expéditifs car la réorganisation n'a pas d'effets immédiats sur l'arbitrage. Avant de l'entamer, il sera toutefois nécessaire de mettre en lumière, dans un souci de compréhension, certaines particularités de chaque procédure de réorganisation.

Dans un premier temps, nous passerons en revue les effets de la réorganisation judiciaire sur la procédure d'arbitrage (section 1), qu'elle soit en cours (§1) ou non débutée (§2). Dans un second temps, nous verrons ses effets sur la sentence (section 2).

PREMIÈRE PARTIE

EFFETS D'UNE PROCÉDURE DE FAILLITE SUR L'ARBITRAGE

SECTION 1 - EFFETS DE LA FAILLITE SUR LA PROCÉDURE ARBITRALE

§1- Arbitrage en cours

Dans les lignes qui suivent, nous analysons les effets du jugement déclaratif de la faillite sur la procédure arbitrale en cours, en distinguant l'hypothèse où le failli est le défendeur (a), de celle où il est le demandeur (b) qui implique moins de conséquences.

a) Le failli est défendeur

Dans cette hypothèse, le failli a été assigné devant le tribunal arbitral par un créancier.

18. Suspension des instances en cours. Dès lors que le jugement déclaratif de faillite est prononcé, l'article XX.119 CDE prévoit la suspension immédiate de « *toutes les procédures intéressant la masse dans lesquelles le failli est impliqué et qui sont pendantes* ». ⁵⁵ Cette suspension doit s'appliquer aux procédures d'arbitrage. ⁵⁶ Il est reconnu au principe de suspension des poursuites individuelles, un caractère d'ordre public international. ⁵⁷

Si le jugement déclaratif de la faillite intervient après la clôture de la procédure arbitrale, celle-ci ne doit pas être suspendue. ⁵⁸ Le créancier aura toutefois toujours l'obligation de déclarer sa créance. Il faut se demander si la procédure d'exequatur ou d'annulation doit également être suspendue. Si l'on prend le prescrit de l'article XX.119 à la lettre, il faudrait répondre par la positive. L'on peut toutefois se demander si cela est réellement nécessaire puisque le créancier dispose déjà de son titre.

⁵⁵ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 895, 1080 et 1081.

⁵⁶ G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1317 ; D. DE MEULEMEESTER, « Arbitrage en het draagvlak bij insolventieprocedures », *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement*, 2011, n° 3, p. 23.

⁵⁷ G.-C. GIROGINI, « Arbitrage et droit européen des faillites », *op.cit.*, p. 263.

⁵⁸ En droit belge, la procédure arbitrale est close par la signature de la sentence arbitrale ou par une décision de clôture rendue par le tribunal arbitral (Art. 1714 du Code Judiciaire).

19. Publicité du jugement déclaratif de faillite. Dans les cinq jours, le jugement est publié par extrait au Moniteur belge.⁵⁹ Cette publication vaut « *notification collective du jugement à tous les intéressés* ». ⁶⁰ Un avis est également déposé au Registre Central de la Solvabilité (regsol.be).⁶¹ Une lettre est envoyée à tous les créanciers connus par le curateur.⁶²

20. Déclaration de créance. Le créancier qui ne déclare pas sa créance sera exclu de la répartition, ce qui entraînera par conséquent la fin de la procédure d'arbitrage puisqu'il n'y aura plus d'intérêt à obtenir une sentence arbitrale ; celle-ci sera inopposable à la masse.⁶³ La déclaration doit contenir le fondement de la créance ; les titres sur lesquels elle repose doivent être annexés.⁶⁴ Elle doit être déposée au registre central ; les entreprises établies en dehors de la Belgique ont la possibilité d'utiliser la voie postale à l'adresse du bureau du curateur.⁶⁵ Elle peut être faite en anglais.⁶⁶

21. Délais de déclaration et déclarations tardives. Dans un délai fixé par le jugement déclaratif de faillite, les créanciers doivent déclarer leur créance.⁶⁷ Ce délai ne peut excéder trente jours.⁶⁸ Les créanciers retardataires ont toutefois encore la possibilité de faire leur déclaration jusqu'au dépôt du dernier procès-verbal de vérification.⁶⁹ Après le dernier procès-verbal, il sera encore possible de déclarer sa créance mais par citation dirigée contre les curateurs (aux frais du créancier retardataire).⁷⁰ L'ultime délai est la convocation de l'assemblée de clôture de la faillite⁷¹ comme A. ZENNER nous l'explique : « *Le droit en est forclos par la suite, car les comptes présentés à l'assemblée ne sauraient devoir être modifiés et parce que leur approbation confère aux créanciers admis dans la masse un droit irrévocable au dividende qui résulte des comptes approuvés par l'assemblée.* »⁷²

⁵⁹ Art. XX.107 CDE.

⁶⁰ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 895.

⁶¹ Art. XX.155 §1, deuxième alinéa CDE.

⁶² Ibid.

⁶³ Art. XX.165 CDE.

⁶⁴ XX.155 CDE.

⁶⁵ Art. XX.155 §2 CDE.

⁶⁶ Art. XX.155 §4 CDE.

⁶⁷ Art. XX.155 §1 CDE.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1253.

⁷⁰ Art. XX.161 in fine CDE.

⁷¹ Visée à l'article XX.165, al. 2 CDE.

⁷² A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1253.

22. Vérification des créances. En présence du failli, le curateur va vérifier les créances déclarées.⁷³ Si la créance sur laquelle se fonde l'arbitrage est admise, l'arbitrage en cours devient sans objet vis-à-vis de la masse et prend fin.⁷⁴ Si la créance est contestée par le curateur, la procédure d'arbitrage reprend.⁷⁵

23. Reprise de la procédure. Le failli étant dessaisi de l'administration de tous ses biens, le curateur reprend la procédure d'arbitrage en cours.⁷⁶ Ce dernier ne peut se soustraire à la procédure d'arbitrage et ne peut donc imposer le recours judiciaire au créancier, peu importe le stade de la procédure d'arbitrage.⁷⁷

À cet égard, la détermination du point de départ de l'arbitrage est une question importante. Le commencement de la procédure dépend des règles procédurales applicables. En droit belge, la procédure arbitrale commence à la date à laquelle la communication de la demande d'arbitrage a été faite.⁷⁸ En fonction des règles procédurales, le point de départ différera. Il peut être par exemple, la date à laquelle la demande d'arbitrage a été reçue, par le défendeur (comme cela était le cas en droit belge avant 2016)⁷⁹ ou encore par le secrétariat lorsqu'il s'agit d'un arbitrage selon le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI).⁸⁰ Il peut être encore, comme cela est le cas en droit français, la date à laquelle tous les arbitres ont accepté leur mission.⁸¹

Le curateur peut décider de remplacer les avocats désignés par le failli.⁸²

24. Nouveaux conflit d'intérêts. L'arbitre doit être indépendant et impartial ; il doit révéler toute circonstance de nature à soulever des doutes légitimes sur son indépendance ou son

⁷³ Art. XX.158 CDE.

⁷⁴ Art. XX.119 deuxième alinéa CDE ; G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1317 ; D. DE MEULEMEESTER, « Arbitrage en het draagvlak bij insolventieprocedures », *op. cit.*, p. 24.

⁷⁵ Art. XX. 119 in fine CDE ; G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1317 ; D. DE MEULEMEESTER, « Arbitrage en het draagvlak bij insolventieprocedures », *op. cit.*, p. 24.

⁷⁶ G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1317.

⁷⁷ F. T'KINT, « Convention d'arbitrage et faillite », *L'arbitrage dans la vie des sociétés - Actes du Colloque du CEPANI du 8 décembre 1999*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 224.

⁷⁸ Art. 1702 CJ.

⁷⁹ O. CAPRASSE, « L'arbitrage », *op. cit.*, p. 288.

⁸⁰ Art. 4.2 Règlement CCI.

⁸¹ Ph. FOUCHARD, « Arbitrage et faillite », *Revue de l'Arbitrage*, 1998, n°3, p. 489 ; G.-C. GIROGINI, « Arbitrage et droit européen des faillites », *op.cit.*, p. 263.

⁸² G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, 2022, p. 1318 ; D. DE MEULEMEESTER, « Arbitrage en het draagvlak bij insolventieprocedures », *op. cit.*, p. 23.

impartialité.⁸³ Dès lors, il se peut que l'arbitre soit en conflit d'intérêts avec l'un des nouveaux intervenants, que ce soit un curateur ou bien le nouveau conseil du failli.⁸⁴ Par exemple, une relation professionnelle antérieure avec l'intervenant peut remettre en cause l'indépendance/l'impartialité de l'arbitre.⁸⁵ Une telle situation devra donner lieu au remplacement de l'arbitre.

25. Limitation des pouvoirs de l'arbitre. Les pouvoirs de l'arbitre seront réduits en raison de la faillite, car « *l'arbitre, dont la mission est de nature privée, ne peut (...) se substituer aux autorités judiciaires ou administratives dans leur rôle d'intérêt public.* »⁸⁶ Le tribunal arbitral ne pourra plus ordonner la constitution d'une provision à l'encontre du failli (1), le condamner au paiement d'une somme (2), attribuer une cause de préférence préjudiciable à la masse (3) et enfin, ne pourra plus statuer sur des contestations découlant directement de la faillite.

- i. **Ordonner la constitution d'une provision.** Dès le jugement déclaratif de faillite, l'arbitre ne pourra plus ordonner la constitution de provisions servant à couvrir les frais d'arbitrage.⁸⁷
- ii. **Condamner au paiement d'une somme.** Le tribunal arbitral peut uniquement se prononcer sur l'existence de la créance.⁸⁸ Il ne peut en ordonner le paiement puisque toute créance doit être soumise à la répartition égalitaire.⁸⁹ Il se peut d'ailleurs que le créancier n'obtienne rien, en raison de l'insuffisance des actifs restants après désintéressement des créanciers détenteurs de sûretés réelles. Ceci peut amener le créancier à renoncer à la poursuite de la procédure d'arbitrage.

En vertu du principe de la cristallisation du passif du failli, le cours des intérêts de toute créance non garantie est arrêté à l'égard de la masse à compter du jugement

⁸³ Art. 1685 et 1686 du Code Judiciaire belge ; O. CAPRASSE, « L'arbitrage », *op. cit.*, p. 282 : « *Reprenant le contenu de l'article 12 de la loi type, l'article 1686 consacre une obligation de révélation. Celle-ci est bien connue de nombreux règlements d'arbitrage tels que ceux du CEPANI ou de la CCI.* »

⁸⁴ D. DE MEULEMEESTER, « Arbitrage en het draagvlak bij insolventieprocedures », *op. cit.*, p. 27 ; G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1323.

⁸⁵ D. DE MEULEMEESTER, « Arbitrage en het draagvlak bij insolventieprocedures », *op. cit.*, p. 27.

⁸⁶ A. MOURRE, « Arbitrage et droit de la faillite : réflexions sur l'office du juge et de l'arbitre », *Faillite internationale et conflit de juridiction. Regards croisés transatlantiques = Cross-border insolvency and conflict of jurisdictions : A US-EU experience*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 158.

⁸⁷ G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1318.

⁸⁸ G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1324.

⁸⁹ Ibid.

déclaratif de la faillite.⁹⁰ Le tribunal arbitral ne pourra donc plus accorder de dommages et intérêts.⁹¹ Cette conséquence peut fortement réduire la part du créancier.

Le tribunal arbitral ne pourra pas non plus ordonner une astreinte, ni une mesure provisoire ou conservatoire ayant un impact sur la masse.

- iii. **Attribuer une cause de préférence préjudiciable à la masse.** Le tribunal arbitral ne peut statuer sur l'existence d'une cause de préférence, que ce soit un gage, une hypothèque, un privilège ou une action directe, qui aurait pour effet de favoriser le bénéficiaire au détriment des autres créanciers.⁹²

La compensation. On le sait, le mécanisme de compensation peut permettre d'échapper au principe d'égalité des créanciers lorsqu'il est mis en oeuvre en situation de concours. La compensation « *suppose que deux personnes soient débitrices l'une de l'autre, quelle que soit l'origine de leurs obligations réciproques, et a pour effet que celles-ci se neutralisent et, par conséquent, disparaissent dans la mesure où elles s'équivalent* ». ⁹³ Dès lors, le tribunal arbitral ne pourrait en principe pas ordonner une compensation.

A. Mourre souligne toutefois que : « *Une telle solution ne saurait cependant être tenue pour un principe général. La lex concursus ne fait en effet pas nécessairement obstacle au jeu de la compensation.* » ⁹⁴ En droit belge mais aussi en droit français⁹⁵, la compensation peut s'opérer après la naissance du concours si les créances soumises à compensation sont connexes.⁹⁶ Ainsi, le tribunal arbitral pourra, en fonction du droit applicable, statuer sur l'existence de la connexité des créances en cause et ainsi ordonner la compensation.⁹⁷

⁹⁰ Art. XX.117 CDE ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 934 et s. La cristallisation ne s'applique pas aux créances garanties par un privilège spécial, par un gage ou par une hypothèque.

⁹¹ D. DE MEULEMEESTER, « Arbitrage en het draagvlak bij insolventieprocedures », *op. cit.*, p. 29 ; G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1324.

⁹² G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1324.

⁹³ N. OUCHINSKY, « Titre 4 - La connexité comme source de garantie », *DE PAGE Traité de droit civil belge, Tome V - Les suretés et privilèges, Volume 1- Les garanties tangentielles*, 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 543.

⁹⁴ A. MOURRE, « Arbitrage et droit de la faillite : réflexions sur l'office du juge et de l'arbitre », *op. cit.*, p. 161.

⁹⁵ Ibid., p. 160.

⁹⁶ N. OUCHINSKY, « Titre 4 - La connexité comme source de garantie », *op. cit.*, p. 551.

⁹⁷ A. MOURRE, « Arbitrage et droit de la faillite : réflexions sur l'office du juge et de l'arbitre », *op. cit.*, p. 161.

Le droit de rétention. Le même raisonnement doit être, selon nous, appliqué au droit de rétention qui peut permettre à un créancier détenteur d'un meuble appartenant au débiteur, d'obtenir paiement de manière préférentielle grâce à l'effet de pression.⁹⁸ En droit belge, le droit de rétention, lorsqu'il rencontre ses conditions d'application, peut être exercé après la survenance du concours.⁹⁹ L'arbitre pourra donc statuer sur le droit d'exercer la rétention.

- iv. **Statuer sur des actions découlant directement de la faillite.** Si l'arbitre peut statuer sur des litiges mettant en cause des normes d'ordre public,¹⁰⁰ il ne peut connaître des « *actions et contestations qui découlent directement des procédures d'insolvabilité visées au Livre XX du Code de droit économique et dont les éléments de solution résident dans le droit particulier qui concernent le régime des procédures d'insolvabilité.* »¹⁰¹ A. Mourre souligne cependant que la question est très peu discutée car des actions découlant directement de la faillite (action en comblement de passif, action en dommages et intérêts pour faute de gestion, etc) ne sont « *en principe pas fondées sur le contrat mais sur la responsabilité délictuelle ou sur des chefs de responsabilité propre au droit des faillites* » et « *ne relèvent normalement pas de la convention d'arbitrage* ». ¹⁰²

⁹⁸ N. OUCHINSKY, « Titre 4 - La connexité comme source de garantie », *op. cit.*, p. 495.

⁹⁹ Ibid., p. 497.

¹⁰⁰ O. CAPRASSE, « L'arbitrage », *op. cit.*, p. 273.

¹⁰¹ Art. 574, 2° du Code Judiciaire ; G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1322.

¹⁰² A. MOURRE, « Arbitrage et droit de la faillite : réflexions sur l'office du juge et de l'arbitre », *op. cit.*, p. 159.

b) Le failli est demandeur

26. Dans cette hypothèse, c'est l'entreprise désormais en faillite qui a initié la procédure arbitrale. Le curateur se retrouve avec une instance arbitrale en cours pour laquelle l'entreprise en faillite est demanderesse. Celui-ci a l'obligation de rechercher et recouvrir toutes les créances ou sommes dues au failli.¹⁰³ Il doit dès lors poursuivre et faire vider les procès en cours lorsque la masse y a intérêt.¹⁰⁴ La masse n'a pas intérêt à ce que la procédure se poursuive lorsque la probabilité d'obtenir une sentence favorable est trop faible.¹⁰⁵ Dans ce cas, le curateur devra chercher un accord avec le débiteur. En cas d'échec, il pourra renoncer à l'instance.¹⁰⁶ L'appréciation de la probabilité revient au curateur, qui engage sa responsabilité en cas de poursuite déraisonnable.¹⁰⁷

¹⁰³ Art. XX. 144 CDE.

¹⁰⁴ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1233.

¹⁰⁵ Ibid., p.1236.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid., p.987.

§2- Arbitrage non débuté

a) Convention d'arbitrage existante

i. Principe de validité de la convention

27. Un principe unanimement admis. Lorsque l'entreprise valablement liée par une convention d'arbitrage tombe en faillite, l'on peut se demander si le curateur peut écarter ladite convention dans l'intérêt de la masse. Il est unanimement admis que le curateur est lié.¹⁰⁸ La Cour de cassation l'énonçait déjà en 1998.¹⁰⁹ Cela se justifie d'ailleurs au regard du principe *pacta sunt servanda* et de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.¹¹⁰ A. Mourre souligne toutefois que « *les arbitres devront s'assurer, avant de mettre en oeuvre la procédure, que les organes de la procédure collective ont été informés de la procédure arbitrale et ont disposé du temps nécessaire pour assurer leur défense.* »¹¹¹

28. Une condition de précision ? Dans son arrêt du 8 mai 1998, la Cour de cassation fait mention d'une « condition de précision » de la convention d'arbitrage : « *les termes de la convention et les règlements d'arbitrage auxquels elle se réfère (doivent être) suffisamment détaillés et complets pour permettre au curateur de mettre en oeuvre l'arbitrage, notamment en ce qui concerne l'objet du litige et la désignation des arbitres.* »¹¹² F. T'KINT souligne cependant que « *cette réserve est (...) sans incidence pratique. La plupart des clauses d'arbitrages que l'on rencontre, à défaut de viser nommément les arbitres, organisent, serait-ce par renvoi au règlement d'une institution spécialisée, le mode de leur désignation. De plus, l'article 1682, seconde phrase, du code judiciaire (actuel article 1685) prévoit, en l'absence de*

¹⁰⁸ F. T'KINT, « Convention d'arbitrage et faillite », *op. cit.*, p. 223 ; A. MOURRE, « Arbitrage et droit de la faillite : réflexions sur l'office du juge et de l'arbitre », *op. cit.*, p. 157. ; D. DE MEULEMEESTER, « Arbitrage en het draagvlak bij insolventieprocedures », *op. cit.*, p. 14. ; G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1320 ; P. DE BOURNONVILLE, « Livre 6 : Arbitrage », *Rép. not.*, T. XIII, La procédure notariale, Livre 6, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 99.

¹⁰⁹ Cass. (1^{re} ch.) du 8 mai 1998, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, 1998-I, p. 534 : « *Attendu qu'il résulte de ce qui précède qu'en décidant que le tribunal de première instance était incompétent en vertu de la convention d'arbitrage pour statuer sur le litige, l'arrêt ne viole aucune des dispositions légales visées dans le moyen ;* »

¹¹⁰ Art. II de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ; G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1316 ; D. DE MEULEMEESTER, « Arbitrage en het draagvlak bij insolventieprocedures », *op. cit.*, p. 14.

¹¹¹ A. MOURRE, « Arbitrage et droit de la faillite : réflexions sur l'office du juge et de l'arbitre », *op. cit.*, p. 157.

¹¹² Cass. (1^{re} ch.) du 8 mai 1998, *op. cit.*, p. 530.

*volonté expresse des parties sur cette question, un mode supplétif de désignation des arbitres.»*¹¹³

29. Droit du curateur de mettre unilatéralement fin aux contrats. Le curateur doit mettre unilatéralement fin aux contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de faillite lorsque l'administration de la masse le requiert.¹¹⁴ Cette faculté ne pourrait-elle pas s'appliquer à la convention d'arbitrage ? Il faut répondre par la négative : d'une part, ce pouvoir ne doit pas s'appliquer aux conventions de nature procédurale, ce qu'est la convention d'arbitrage, et d'autre part, la convention d'arbitrage n'est pas affectée par la résolution du contrat principal et ce, en vertu du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage.¹¹⁵

30. Le curateur est le « successeur légal » du failli. Lorsque le droit national prévoit que la convention d'arbitrage n'est pas opposable au curateur, l'arbitre peut tout de même contourner cette inopposabilité en considérant que le curateur est le « *successeur légal* » du failli et que le contrat valablement conclu par ce dernier le lie donc ; c'est ce qu'il ressort de l'affaire CCI n°7337 : « *Thus the bankruptcy estate substitutes by operation of law in all rights and obligations of the debtor pertaining to the property includable in the estate. (...) the contracts (...) which included the agreement to arbitrate, were part of the property includable in the estate.* »¹¹⁶

¹¹³ F. T'KINT, « Convention d'arbitrage et faillite », *op. cit.*, p. 224. ; voir aussi G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1320., qui en note subpaginale 52 énonce que : « *La réserve de la Cour de cassation relative à la nécessité de termes suffisamment détaillés et complets apparaît de peu d'implication pratique, dans la mesure où il est fréquemment fait référence à un règlement d'arbitrage permettant l'organise de l'arbitrage et la désignation des arbitres. Dans l'hypothèse d'un arbitrage ad hoc, l'article 1685 du Code judiciaire offre par ailleurs des règles de désignation par défaut (en particulier la possibilité de s'adresser au Président du tribunal de première instance) si les parties n'ont pas convenu de modalités de désignation.* » ; voir aussi à ce sujet : Cass. (1re ch) du 8 mai 1998, Revue Pratique des Sociétés (R.P.S.), 2010, p.177, note de G. KEUTGEN.

¹¹⁴ Art. XX.139 CDE.

¹¹⁵ Art. 1690 §1er Code Judiciaire ; A. MOURRE, « Arbitrage et droit de la faillite : réflexions sur l'office du juge et de l'arbitre », *op. cit.*, p. 157. Sur la non application aux conventions de nature procédurale, l'auteur souligne que « *la jurisprudence suisse et française vont en ce sens* » et que « *D'après la jurisprudence suisse, la clause arbitrale a une nature procédurale.* » ; F. T'KINT, « Convention d'arbitrage et faillite », *op. cit.*, p. 224.

¹¹⁶ Affaire CCI (Chambre de commerce internationale) n° 7337 de 1996, Collection of ICC Arbitral Awards - Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1996-2000, Kluwer Law International, p. 313 ; A. MOURRE, « Arbitrage et droit de la faillite : réflexions sur l'office du juge et de l'arbitre », *op. cit.*, p.156 et 157.

ii. Convention d'arbitrage conclue en période suspecte

31. Entre le moment, déterminé par le tribunal de l'insolvabilité, où l'entreprise a définitivement cessé de payer ses créanciers et le jugement déclaratif de la faillite, l'on parle de période suspecte.¹¹⁷ Les actes juridiques consentis par le failli durant cette période seront inopposables à la masse s'ils sont faits en connaissance de la cessation de paiement (mauvaise foi du cocontractant) et qu'ils causent un préjudice à la masse.¹¹⁸

Peut-il être soutenu qu'une convention d'arbitrage puisse causer un préjudice à la masse ? Il faut répondre par la positive.¹¹⁹ La Cour de cassation en admet en effet l'hypothèse dans son arrêt du 8 mai 1998.¹²⁰ F. T'KINT souligne toutefois que « *la preuve de ce préjudice paraît singulièrement difficile à rapporter.* »¹²¹

A. ZENNER nous explique le fondement de la période suspecte : « *Le débiteur qui a cessé ses paiements tarde souvent à en faire l'aveu, soit parce que, convaincu de la possibilité d'un redressement, il espère échapper à la faillite, soit parce que, sans illusions sur son avenir, il se ménage le temps nécessaire pour en atténuer les conséquences. Son souci de subsister ou de préparer l'après-faillite le conduit fréquemment à des **mesures de faveur**, que ce soit au bénéfice des créanciers les mieux informés ou les plus pressants, ce qui rompt l'égalité des créanciers, ou à son propre avantage, ce qui réduit l'assiette de leur gage. C'est le motif pour lequel la période qui s'écoule entre la cessation de paiement et le jugement déclaratif est considérée comme suspecte.* »¹²²

Il précise, concernant l'existence d'un préjudice pour la masse que « *Pour qu'il y ait un préjudice, il faut que la masse ait intérêt à voir remettre les choses dans leur pristin état. Ce sera le cas chaque fois que d'autres créanciers que le bénéficiaire (...) ont avantage à l'inopposabilité demandée, le failli ayant donné plus que ce qu'il a reçu.* »¹²³

¹¹⁷ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1417.

¹¹⁸ Il s'agit de l'hypothèse des inopposabilités facultatives qui ne concernent donc pas que les paiements visés par l'article XX.112 CDE ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1441.

¹¹⁹ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1441 ; G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1320.

¹²⁰ Cass. (1^{re} ch.) du 8 mai 1998, *op. cit.*, p. 533 : « *Attendu que, d'une part, les actes passés sans fraude avant le jugement déclaratif de la faillite sont opposables au curateur à moins qu'ils ne soient nuls ou annulés en vertu des articles 445 et 446 du Code de commerce ; Qu'il n'est pas soutenu que ces dispositions légales doivent trouver application en l'espèce ;* » ; F. T'KINT, « Convention d'arbitrage et faillite », *op. cit.*, p. 225.

¹²¹ F. T'KINT, « Convention d'arbitrage et faillite », *op. cit.*, p. 225.

¹²² Ibid.

¹²³ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1443.

Une convention d'arbitrage conclue en période suspecte peut donc être déclarée inopposable à la masse, mais cette hypothèse n'est que théorique ; il apparaît peu probable qu'un tribunal retienne l'argument du préjudice à la masse, la convention d'arbitrage étant, comme l'écrit G. Keutgen, « *un acte de gestion normal en matière commerciale* ». ¹²⁴

La partie à la convention d'arbitrage ne bénéficie pas d'un avantage au détriment de la masse : les avantages de la procédure sont la rapidité, la confidentialité, la souplesse de la procédure, etc., et ceux-ci ne portent pas préjudice aux créanciers. ¹²⁵ Aucune cause de préférence ne peut d'ailleurs être accordée par l'arbitre dès lors qu'une partie est en faillite : le créancier reste entièrement soumis au principe d'égalité. ¹²⁶

Enfin, une hypothèse particulière est mentionnée par la doctrine. En effet, si la sentence arbitrale est rendue antérieurement au jugement déclaratif de faillite, elle sera « *revêtue de l'autorité de la chose jugée et l'action en nullité devrait être remplacée par les recours prévus en matière d'arbitrage.* » ¹²⁷ Nous soulignons cependant que telle hypothèse est peu probable, le tribunal arbitral disposant d'un laps de temps trop réduit qui ne peut d'ailleurs excéder six mois. ¹²⁸

¹²⁴ Cass. (1^{re} ch.) du 8 mai 1998, *op. cit.*, p.186, note de G. KEUTGEN.

¹²⁵ Sur les avantages de l'arbitrage : O. CAPRASSE, « L'arbitrage », *op. cit.*, p. 258.

¹²⁶ G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1324.

¹²⁷ M. HUYS et G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, Bruylant, 1981, n°41, p. 49 et 50 ; F. T'KINT, « Convention d'arbitrage et faillite », *op. cit.*, p. 225.

¹²⁸ Art. XX.105 in fine CDE ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1425.

iii. Frais d'arbitrage excédant les capacités de la masse

La question qui va nous retenir ici est absolument fondamentale : la convention d'arbitrage peut-elle être écartée lorsqu'il est considéré que les frais d'arbitrage sont trop élevés pour le failli, compte tenu de son insolvabilité, le privant ainsi *de facto* de son droit d'accès à la justice ?¹²⁹ La Cour constitutionnelle, et plus largement la Cour européenne des droits de l'Homme considèrent en effet que le droit d'accès à la justice peut être soumis à des restrictions financières mais qu'il y a bien violation de ce droit lorsque « *la somme réclamée au justiciable pour qu'il puisse poursuivre son action est excessive.* »¹³⁰

32. Frais d'arbitrage: définition. Les frais d'arbitrage, à distinguer des frais des parties, comprennent les honoraires et frais des arbitres ainsi que les frais administratifs de l'institution lorsque l'arbitrage est institutionnel.¹³¹ Ceux-ci sont généralement couverts par une provision dont le versement doit se faire à parts égales par les parties et avant le début de la procédure.¹³²

33. Failli défendeur. De nouveau, il nous faut distinguer l'hypothèse du failli *demandeur*, de celle du failli *défendeur*. Lorsque le failli est *défendeur*, et qu'il est donc assigné devant le tribunal arbitral, l'intérêt de la problématique est réduit ; le demandeur disposant généralement de la faculté de payer l'intégralité de la provision lorsque le défendeur ne verse pas la part qui lui incombe, qu'il le refuse ou qu'il en soit incapable, et ce afin d'empêcher le blocage de la procédure.¹³³ Certes, la totalité des frais sera en fin de compte très certainement imputée au perdant mais cette solution permet de garantir l'accès à la justice.¹³⁴

34. Failli demandeur. Lorsque le failli est *demandeur*, que le curateur souhaite donc assigner un débiteur dans le but de récupérer de l'actif, la situation est différente.¹³⁵ En effet, si la masse n'est pas en mesure de payer la moitié des frais d'arbitrage, le défendeur ne les avancera évidemment pas ; cette possibilité n'étant pas une obligation et il n'a pas d'intérêt à

¹²⁹ Le droit d'accès à la justice est garanti par l'article 6 §1 de la CEDH ainsi que par l'article 13 de la Constitution belge.

¹³⁰ Cass. (1^{re} ch.), 7 novembre 2019, *op. cit.*, p. 441, note de Y. Herinckx.

¹³¹ Art. 38.1 Règlement d'arbitrage du CEPANI ; Art. 38.1 Règlement d'arbitrage de la CCI.

¹³² Art. 38.3 Règlement d'arbitrage du CEPANI ; Art. 37.2 Règlement d'arbitrage de la CCI.

¹³³ Art. 38.3 Règlement d'arbitrage du CEPANI ; Art. 37.5 Règlement d'arbitrage de la CCI ; G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1318.

¹³⁴ J. DECOKER, « Blijft een onvermogen eiser gebonden door arbitrage ? », *R.D.C.*, 2003, p. 805.

¹³⁵ Il faut également viser l'hypothèse de la demande reconventionnelle du « failli-défendeur » pour laquelle une nouvelle provision sera due, provision qu'il pourrait ne pas être en mesure de payer en raison de son insolvabilité.

le faire puisqu'il sera très certainement condamné par le tribunal arbitral ; empêchant ainsi l'arbitrage d'avoir lieu.

Le failli (incarné par le curateur) est *de facto* privé de son droit d'accès à la justice puisqu'il ne peut se tourner vers le juge en raison de l'existence de la convention d'arbitrage et ne peut saisir le tribunal arbitral en raison de son insolvabilité.

Dès lors, il est justifié de se demander si le curateur peut invoquer le droit d'accès à la justice pour écarter la convention d'arbitrage lorsque la masse n'est pas en mesure de payer les frais d'arbitrage ; lui permettant de saisir le juge et d'éviter ainsi les importants frais d'arbitrage.

La réponse diffère au sein des États Membres de l'Union Européenne : « *In England and Wales and, to a lesser extent, Portugal, they have refused to accept jurisdiction, considering that the impecunious party freely and knowingly opted for arbitration, thus accepting its financial consequences. By contrast, the courts of German, Austria and Hungary have accepted to disregard valid arbitration clauses. Swiss courts appear ready to follow this approach as well. Somewhat in between, French courts consider that the right of access to justice should be respected, but that this is for the arbitrators to ensure its respect, under the ex-post control of the courts at the annulment/enforcement stage.* »¹³⁶

35. Gand, 21 février 2006. Selon un arrêt de la Cour d'appel de Gand du 21 février 2006, il faut , en droit belge, répondre à la question par la négative : le curateur reste lié par la convention d'arbitrage malgré l'insolvabilité du failli.¹³⁷ Dans cette affaire, le curateur avait invoqué l'argument de l'abus de droit, qui a été rejeté : « *Het is evenmin rechtsmisbruik van de wederpartij om op de arbitrage te blijven aandringen.* »¹³⁸

En revanche, un arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 2019¹³⁹ remet en cause cette solution.¹⁴⁰

36. Cassation, 7 novembre 2019. Si l'arrêt ne traite pas des interactions entre l'arbitrage et la faillite, il est néanmoins susceptible d'impacter cette relation « *si celui-ci doit être lu comme une décision de principe aux implications plus larges que l'objet de l'affaire en cause.* »¹⁴¹

¹³⁶ G. CROISANT, « You say po-tay-to ; I say pot-ah-to' - a Belgian perspective on the right of access to justice in arbitration matters: Commentary on Belgian Supreme Court, 7 November 2019' », *b-Arbitra*, 2020, n°1, p. 32.

¹³⁷ Gand, 21 février 2006, R.W. 2009-2010, p. 279 ; G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1316.

¹³⁸ Gand, 21 février 2006, R.W. 2009-2010, p. 279.

¹³⁹ Cass. (1re ch.), 7 novembre 2019, R.G. n°C.19.0048.N, disponible sur juportal.be.

¹⁴⁰ G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1313 ; Cass. (1re ch.), 7 novembre 2019, *op. cit.*, p. 441, note de Y. Herinckx.

¹⁴¹ G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1313.

Le contexte de l'arrêt du 7 novembre 2019 est particulier ; il concerne l'appel d'une sentence. Même si cela est peu fréquent¹⁴², les parties peuvent prévoir la possibilité d'interjeter appel contre la sentence.¹⁴³ Dans un tel cas, si aucun appel n'est interjeté dans le délai imposé, une demande d'annulation sur base de l'article 1717 du Code Judiciaire n'est plus admise ; c'est ce que la Cour considère¹⁴⁴, s'opposant ainsi à l'avis de l'Avocat Général A. Van Ingelgem.¹⁴⁵

Ceci ne contrevient pas à l'article 1718 du Code Judiciaire puisqu'il peut être considéré que la partie a renoncé *d'elle-même* au recours en annulation en omettant d'interjeter appel. Pour rappel, l'article 1718 prévoit l'interdiction de priver les parties du droit d'introduire un recours en annulation à l'encontre d'une sentence lorsque l'une d'elles au moins a un lien avec la Belgique (à savoir que son siège statutaire ou son principal établissement y est établi, ou qu'elle y dispose d'une succursale) ; « *Cette disposition, qui intéresse l'ordre public, vise à empêcher que les parties ayant un lien avec la Belgique se voient priver de la protection juridique offerte par la procédure d'annulation.* »¹⁴⁶

La Cour décide que lorsque la charge financière de l'appel est manifestement déraisonnable, cela revient *de facto* à priver la partie de son droit d'introduire un recours en annulation à l'encontre de la sentence ; ce qui contrevient à l'article 1718 du Code Judiciaire.¹⁴⁷ Dans les faits de l'affaire, la partie souhaitant interjeter appel devait payer une provision d'environ 15.000€ au tribunal arbitral alors qu'elle avait été condamnée à un montant d'environ

¹⁴² G. CROISANT, « You say po-tay-to ; I say pot-ah-to' - a Belgian perspective on the right of access to justice in arbitration matters: Commentary on Belgian Supreme Court, 7 November 2019' », *op. cit.*, p. 25 et 28 ; Cass. (1re ch.), 7 novembre 2019, *J. T.*, 2020, p. 440, note de Y. Herinckx ; O. CAPRASSE, « L'arbitrage », *op. cit.*, p. 313.

¹⁴³ Art. 1716 du Code Judiciaire.

¹⁴⁴ Cass. (1re ch.), 7 novembre 2019, R.G. n°C.19.0048.N, disponible sur juportal.be, considérant 2 : « *Il suit de ces dispositions que, lorsque les parties ont prévu, dans la convention d'arbitrage, la possibilité d'interjeter appel de la sentence arbitrale, elles ne peuvent introduire de demande d'annulation aussi longtemps que le délai d'appel n'est pas expiré ou aussi longtemps que l'appel est pendant devant les arbitres. Il s'ensuit également qu'elles doivent exercer le droit d'appel avant de pouvoir introduire une demande d'annulation.* »

¹⁴⁵ Cass. (1re ch.), 7 novembre 2019, *op. cit.*, concl. Av. gén. A. Van Ingelgem, p. 3 et 4 : « *Daarentegen verplicht de wetgever de partijen niet om eerst arbitraal hoger beroep in te stellen alvorens een vordering tot vernietiging kan worden ingesteld. De partijen kunnen wel zelf in de mogelijkheid voorzien om hoger beroep in te stellen, maar het gaat ook hier niet om een verplichting. Als zij ervoor kiezen om geen arbitraal hoger beroep in te stellen, mag dat m.i. niet tot gevolg hebben dat zij zich daardoor het recht ontnemen om naar een rechter te stappen en vernietiging van de arbitrale uitspraak te vragen. De rechter kan conform artikel 1717, §6, Gerechtelijk Wetboek de zaak alsnog terugverwijzen naar het scheidsgerecht om de arbitrageprocedure te hervatten of iedere andere maatregel te nemen die het van aard acht om de gronden van vernietiging weg te werken.* »

¹⁴⁶ Cass. (1re ch.), 7 novembre 2019, *op. cit.*, considérant 4.

¹⁴⁷ *Ibid.*, considérant 6.

40.000€.¹⁴⁸ La Cour de cassation considère qu'une telle provision constitue une charge manifestement déraisonnable.

37. Transposer le raisonnement de la Cour. Peut-on transposer le raisonnement de la Cour à la question de l'accès à la justice ? Lorsque la charge financière de l'arbitrage est manifestement déraisonnable, cela revient-il à priver la partie de son droit d'accès à la justice ? C'est ce que la Cour admet selon Y. Herinckx, malgré le contexte particulier de l'affaire : « *le raisonnement sous-jacent* » de la Cour de cassation, qui est « *fondé sur le caractère d'ordre public du droit à la protection juridique découlant de la procédure d'annulation* », « *paraît avoir une portée de principe en raison du même caractère d'ordre public qui est attribué de manière générale au droit d'accès au juge.* »¹⁴⁹

38. Un arrêt critiquable. L'arrêt doit être critiqué.

D'abord, il est pauvre en développement. Celui-ci ne fait que quatre pages et ne présente pas les faits de l'affaire. La Cour n'explique pas en quoi des frais de 15.000€ sont manifestement déraisonnables. Considère-t-elle que de tels frais sont déraisonnables par rapport au montant du litige, s'élevant à 40.000€ ? Probablement. Car pour G. Croisant, un tel montant reste en effet « *abordable pour la plupart des sociétés et raisonnable au regard des standards de l'arbitrage.* »¹⁵⁰

Ensuite, le critère de « *charge financière manifestement déraisonnable* » est trop imprécis comme le fait remarquer le même auteur : si l'on admet que la situation financière d'une partie puisse justifier que la charge soit manifestement déraisonnable (ce qui n'est déjà pas certain), encore faut-il savoir si cette charge doit être impossible à supporter ou bien seulement difficile.¹⁵¹

39. Preuve de l'insolvabilité. Il convient de garder à l'esprit que la faillite n'implique pas nécessairement que le failli soit dans l'incapacité de supporter les frais d'arbitrage ; il se pourrait bien que suffisamment d'actifs composent la masse ; il revient donc au curateur de démontrer l'insolvabilité.¹⁵² À cet effet, il est utile de remarquer que si le failli est une personne physique, l'aide juridique de deuxième ligne lui est ouverte ; ce qui n'est pas le cas

¹⁴⁸ Ibid., considérant 5.

¹⁴⁹ Cass., 7 novembre 2019, *op. cit.*, p. 441, note de Y. Herinckx.

¹⁵⁰ G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1315.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² G. CROISANT, « You say po-tay-to ; I say pot-ah-to' - a Belgian perspective on the right of access to justice in arbitration matters: Commentary on Belgian Supreme Court, 7 November 2019' », *op. cit.*, p. 47.

dans la plupart des États.¹⁵³ Certains plaident même en faveur de « *l'arbitrage pro deo* » ou de fonds mis en place par les institutions d'arbitrage au profit des parties démunies.¹⁵⁴

40. Conclusion. Un curateur peut invoquer l'arrêt du 7 novembre 2019 et prétendre que la charge financière de l'arbitrage est manifestement déraisonnable en raison de l'insolvabilité du failli, dans le but d'écarter la convention d'arbitrage et ainsi assigner le débiteur devant les juridictions étatiques. S'il n'est pas certain que le juge l'accepte, le risque existe.

¹⁵³ Ibid., p. 47, 48 et 49.

¹⁵⁴ Ibid., p. 50.

b) Convention d'arbitrage inexistante

L'hypothèse dans laquelle la convention d'arbitrage est conclue à une date postérieure au jugement déclaratif de faillite doit nous amener à une problématique de capacité.¹⁵⁵ Le failli conserve-t-il la capacité de conclure une convention d'arbitrage ? Dans la négative, cette capacité est-elle transférée au curateur ?

i. Capacité compromissaire du failli

41. Le failli n'a pas la capacité de conclure une convention d'arbitrage. De par le dessaisissement, le failli perd la capacité de conclure une convention d'arbitrage.¹⁵⁶ La convention conclue post-faillite sera inopposable à la masse.¹⁵⁷

L'on peut lire que le failli conserve la faculté de conclure une convention d'arbitrage portant « *sur un droit qui lui est personnel ou un préjudice patrimonial causé par un acte illicite.* »¹⁵⁸ Il faut cependant convenir comme l'énonce F. T'KINT que « *les matières recouvertes par ce domaine se prêtent peu à la conclusion de telles conventions.* »¹⁵⁹

L'auteur souligne toutefois une autre réserve pour le cas où le failli développe une activité nouvelle : « *dans le cadre de cette activité nouvelle, rien ne s'oppose à ce que le failli conclue une convention d'arbitrage et, le cas échéant, suive, tant en demandant qu'en défendant, une éventuelle procédure.* »¹⁶⁰ Cette hypothèse est toutefois limitée au cas de l'entreprise personne physique puisque la faillite de la personne morale entraîne sa dissolution.

¹⁵⁵ A. MOURRE, « Arbitrage et droit de la faillite : réflexions sur l'office du juge et de l'arbitre », *op. cit.*, p. 158.

¹⁵⁶ Art. XX.110 CDE ; F. T'KINT, « Convention d'arbitrage et faillite », *op. cit.*, p. 221 ; P. DE BOURNONVILLE, « Livre 6 : Arbitrage », *op. cit.*, p. 98.

¹⁵⁷ F. T'KINT, « Convention d'arbitrage et faillite », *op. cit.*, p. 226 et 227 ; G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1320 et 1321.

¹⁵⁸ P. DE BOURNONVILLE, « Livre 6 : Arbitrage », *op. cit.*, p. 98.

¹⁵⁹ F. T'KINT, « Convention d'arbitrage et faillite », *op. cit.*, p. 222.

¹⁶⁰ *ibid.*

ii. Capacité compromissaire du curateur

42. Le curateur a le pouvoir de conclure une convention d'arbitrage. L'article 1676 du Code Judiciaire énonce que « *quiconque a la capacité ou le pouvoir de transiger, peut conclure une convention d'arbitrage* ». ¹⁶¹ Il est à mettre en lien avec l'article XX.151 CDE qui énonce que le curateur peut, avec l'autorisation du juge-commissaire et le failli dûment appelé, transiger sur toutes les contestations qui intéressent la masse. ¹⁶² Dès lors, le curateur a le pouvoir de conclure une convention d'arbitrage. ¹⁶³ Les avantages de l'arbitrage peuvent en effet l'amener à préférer ce mode de résolution de litige. Il faut toutefois souligner que lorsque le litige porte sur un montant supérieur à 50.000 euros, il devra obtenir l'homologation du tribunal de l'entreprise. ¹⁶⁴

Puisque les actions découlant directement de la faillite, ne sont pas de la compétence de l'arbitre, La doctrine rappelle que le curateur ne peut logiquement « *soumettre à l'arbitrage un litige relevant des compétences exclusives du tribunal de l'entreprise pour les actions découlant directement de la faillite* ». ¹⁶⁵

¹⁶¹ Art. 1676 §2 du Code Judiciaire.

¹⁶² G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1322.

¹⁶³ G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1322 ; P. DE BOURNONVILLE, « Livre 6 : Arbitrage », *op. cit.*, p. 101 ; F. T'KINT, « Convention d'arbitrage et faillite », *op. cit.*, p. 226.

¹⁶⁴ Art. XX.151 alinéa 2 CDE.

¹⁶⁵ G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1322 ; P. DE BOURNONVILLE, « Livre 6 : Arbitrage », *op. cit.*, p. 101.

SECTION 2 - EFFETS DE LA FAILLITE SUR LA SENTENCE

43. La sentence ne pourra pas être exécutée. La sentence a les mêmes effets que le jugement ; elle a l'autorité de la chose jugée.¹⁶⁶ Elle doit toutefois subir une procédure d'exequatur devant le juge de l'État des actifs visés.¹⁶⁷ Le curateur a, à cet effet, la capacité de demander l'annulation de la sentence ou de s'opposer à son exequatur.¹⁶⁸ La sentence ne pourra toutefois pas être exécutée. Toute saisie sur les biens du failli, qu'elle soit conservatoire ou exécutoire, nouvelle ou en cours, est prohibée à l'égard de tous les créanciers.¹⁶⁹

¹⁶⁶ O. CAPRASSE, « L'arbitrage », *op. cit.*, p. 307 ; G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1323.

¹⁶⁷ Art. 1719 du Code Judiciaire ; O. CAPRASSE, « L'arbitrage », *op. cit.*, p. 307.

¹⁶⁸ G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1323.

¹⁶⁹ Art. XX. 120 CDE ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1083. Nous ne mentionnons pas les exceptions en cas de vente mobilière affichée et de vente immobilière non susceptible de tierce-opposition et renvoyons à l'ouvrage de A. Zenner (p. 1083 et 1084).

PARTIE 2

EFFETS D'UNE PROCÉDURE DE RÉORGANISATION JUDICIAIRE SUR L'ARBITRAGE

44. Réorganisation judiciaire. La réorganisation judiciaire consiste en l'octroi d'un moratoire temporaire à une entreprise en difficulté qui le sollicite. Elle doit alors démontrer au tribunal de l'insolvabilité qu'elle est en mesure de rétablir sa solvabilité.¹⁷⁰ Ce sursis d'une période d'un à six mois¹⁷¹ (mais qui peut être prorogé par le tribunal de l'insolvabilité)¹⁷² prend cours dès l'introduction de la requête sollicitant l'ouverture de la procédure.¹⁷³

Il entraîne deux effets : les créanciers ne peuvent plus poursuivre ou exercer, sur les biens de l'entreprise en réorganisation, les voies d'exécution des créances nées avant l'ouverture de la procédure (les créances sursitaires) et cette dernière ne peut plus être citée en faillite même si elle remplit ses conditions (cessation des paiements et ébranlement du crédit).¹⁷⁴

45. Trois procédures. À l'issue de cette période de répit, l'entreprise en difficulté va tenter de préserver sa continuité, en négociant des mesures de faveur avec ses créanciers lui permettant de faire face à ses dettes (échelonnement, abattement, abandon des intérêts, etc).

¹⁷⁰ L'ouverture de la procédure ne peut être imposée à l'entreprise en difficulté, à l'exception près du cas particulier d'un transfert forcé où la requête peut être déposée par un tiers dans certains cas énumérés à l'article XX. 84 §2 CDE.

¹⁷¹ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 528.

¹⁷² Art. XX. 59 CDE. La durée maximale du sursis prorogé ne peut excéder 12 mois à compter du jugement d'ouverture. Toutefois, dans des circonstances exceptionnelles et si les intérêts des créanciers le permettent, la prorogation peut aller jusqu'à 18 mois. Sont notamment des circonstances exceptionnelles, la taille de l'entreprise, la complexité de l'affaire ou l'importance de l'emploi qui peut être sauvegardé.

¹⁷³ Art. XX. 44 §1 CDE.

¹⁷⁴ Art. XX. 50 CDE.

Si elle veut négocier à l'amiable, elle utilisera la *procédure de l'accord amiable*.¹⁷⁵ Si elle veut élaborer et faire voter un plan de réorganisation qui liera tous ses créanciers, même ceux n'ayant pas voté et ayant voté contre, elle utilisera la *procédure de l'accord collectif*.¹⁷⁶ S'il n'est pas possible de préserver sa propre continuité, l'entreprise en difficulté peut vouloir préserver la continuité de tout ou partie de ses actifs et/ou de ses activités en tentant de les vendre à un tiers (auto-cession).¹⁷⁷ Elle utilisera alors la *procédure de transfert* sous autorité de justice.¹⁷⁸ Cette procédure pose alors la question du sort des travailleurs à l'issue de la cession.¹⁷⁹

46. Des procédures très différentes. Ces trois procédures sont très différentes, ce qui implique beaucoup de difficultés lorsqu'il s'agit de les rassembler sous une même bannière.

La procédure la plus problématique est sans conteste celle du transfert car elle implique une situation de concours. En effet, elle vise à permettre la vente d'une partie ou de la totalité de l'entreprise et par l'effet de cette vente, les droits des créanciers sont reportés sur le prix.¹⁸⁰ Comme pour la faillite, une situation de concours entre les créanciers apparaît (mais uniquement sur le prix de la vente). Les créanciers disposant d'une cause de préférence seront payés prioritairement et les créanciers chirographaires devront se partager les bribes de la vente, s'il en reste.

Dans le cadre de la *procédure de l'accord amiable*, les droits des créanciers ne peuvent être diminués à leur insu puisque, comme son nom l'indique, la procédure vise à permettre une négociation « à l'amiable ».

¹⁷⁵ Art. XX. 64 à XX. 66 CDE.

¹⁷⁶ Art. XX. 67 à XX. 83 CDE. Le plan doit être voté par l'assemblée des créanciers sursitaires. Il doit recueillir le vote favorable de la majorité de ceux-ci, représentant par leurs créances, la moitié de toutes les sommes dues en principal (XX. 78). Le plan de réorganisation ne peut inclure une proposition de paiement inférieure à 20% du montant de la créance en principal (XX. 73). Le délai d'exécution du plan ne peut dépasser 5 ans à compter de son homologation par le tribunal de l'insolvabilité (XX. 76). Tout créancier peut demander la révocation du plan lorsqu'il n'est pas ponctuellement exécuté, ou lorsqu'il démontre qu'il ne pourra pas en être autrement et qu'il en subira un préjudice (XX. 83 al. 1). La déclaration de faillite de l'entreprise en réorganisation entraîne de plein droit la révocation du plan (XX. 83 al. 3).

¹⁷⁷ À cet égard, il existe une difficulté dans les textes de loi relatifs au transfert sous autorité de justice quant au sens à donner au terme « entreprise » qui désigne parfois l'entité juridique, parfois l'entité économique c'est-à-dire l'ensemble des actifs et activités. Voir à ce sujet, R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (r)évolution ?*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 141 à 144.

¹⁷⁸ Art. XX. 84 à XX. 97 CDE.

¹⁷⁹ Un arrêt « Smallsteps » de la Cour de Justice de l'Union européenne du 22 juin 2017 remet en cause la réglementation sociale du transfert sous autorité de justice. Voir à ce sujet, R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*, p. 171 à 186.

¹⁸⁰ Art. XX. 92 CDE.

Ceci n'est pas le cas pour les deux autres :

- Dans le cadre de la *procédure de l'accord collectif*, l'entreprise en difficulté doit faire voter un plan de réorganisation par les créanciers qui les liera tous s'il est adopté¹⁸¹, en ce compris ceux n'ayant pas voté ou ayant voté contre.
- Dans le cadre de la *procédure du transfert*, les créanciers peuvent perdre leurs droits lorsque la cession est totale. En effet, en cas de cession totale à l'issue de la procédure de transfert, si l'entreprise en réorganisation est une personne morale, désormais vidée, elle devra être dissoute. Si certains créanciers n'ont pas été intégralement payés (voir pas du tout), ils ne pourront plus rien obtenir ; ils n'ont plus aucun droit sur les biens transférés à l'acquéreur et l'entreprise en réorganisation est désormais sans actif. Mais si elle est une personne physique, les créanciers conservent leurs droits envers la personne physique et peuvent se tourner vers ses biens « privés ». En revanche, la personne physique peut demander et obtenir l'effacement du solde de ses dettes.¹⁸² En cas d'effacement donc, les créanciers n'obtiendront plus rien.

¹⁸¹ Pour être adopté, le plan doit recueillir la majorité des voix (et les abstentions ne sont pas prises en compte) mais plus encore, les votes favorables doivent représenter la moitié au moins de toutes les sommes dues en principal (Art. XX. 78 CDE) ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 765 et 766.

¹⁸² Art. XX. 96 CDE.

SECTION 1 - EFFETS D'UNE PROCÉDURE DE RÉORGANISATION JUDICIAIRE SUR LA PROCÉDURE ARBITRALE

§1- Arbitrage en cours

a) L'entreprise en réorganisation est défenderesse

47. Pas de suspension des instances en cours. L'effet du sursis est la suspension des voies d'exécution mais non des instances en cours ; la procédure arbitrale peut continuer.

48. Publicité du jugement d'ouverture de la procédure. Dans les cinq jours, le jugement d'ouverture est publié par extrait au Moniteur belge.¹⁸³

49. Déclaration de créance. Le créancier ne doit pas déclarer sa créance ; c'est à l'entreprise en difficulté qu'il revient de le faire. En effet, cette dernière a l'obligation de joindre à sa requête en réorganisation, une liste complète des créanciers reconnus ou se prétendants tels, avec mention du montant de leur créance.¹⁸⁴

Puisque les droits des créanciers sont menacés, dans le cadre des *procédures de l'accord collectif et du transfert*, l'entreprise en difficulté a l'obligation de communiquer aux créanciers, par voie électronique, cette liste des créanciers et ce, dans les huit jours du jugement d'ouverture.¹⁸⁵

Dans le cadre de la *procédure de l'accord amiable*, les créanciers ne prendront pas connaissance de la liste. Leurs droits ne pouvant être diminués à leur insu, la liste n'intéresse que le tribunal de l'insolvabilité qui doit se prononcer sur l'ouverture de la procédure ; elle lui permet d'apprécier la situation financière de l'entreprise en difficulté.

50. Contestation de la déclaration de créance. Si le créancier conteste le montant de la créance, il peut, en cas de désaccord persistant avec le débiteur, porter le litige par requête contradictoire devant le tribunal de l'insolvabilité.¹⁸⁶ Celui-ci devra alors décliner sa compétence en faveur de l'arbitre : « À l'instar de la solution consacrée par la Cour de cassation en matière de faillite, le tribunal de l'entreprise doit décliner sa juridiction en

¹⁸³ Art. XX. 48 CDE.

¹⁸⁴ Art. XX. 41 §2 CDE.

¹⁸⁵ Art. XX. 49 §1 CDE.

¹⁸⁶ Art. XX. 49 §2 CDE.

présence d'une clause d'arbitrage et renvoyer les parties devant le tribunal arbitral. »¹⁸⁷ G. Croisant fait référence à l'arrêt du 8 mai 1998 énonçant le principe de validité de la convention d'arbitrage (voir supra).¹⁸⁸

Dans le cadre de la *procédure de l'accord collectif*, le tribunal de l'insolvabilité détermine le montant ou la qualité pour lesquels la créance sera provisoirement admise dans les opérations de la réorganisation judiciaire et renvoie les parties devant le tribunal arbitral pour qu'il statue sur le fond.¹⁸⁹

51. Reprise de la procédure. L'entreprise en réorganisation n'est pas dessaisie de l'administration de ses biens sauf en cas de désignation d'un administrateur provisoire par le tribunal.¹⁹⁰ Dans ce cas, l'administrateur provisoire encadrera la procédure d'arbitrage.¹⁹¹

52. Pouvoirs de l'arbitre. Les pouvoirs de l'arbitre ne sont pas impactés par l'ouverture de la procédure de réorganisation. Il pourra dès lors ordonner la constitution d'une provision, condamner l'entreprise en réorganisation au paiement d'une somme et statuer sur l'existence d'une cause de préférence.

b) L'entreprise en réorganisation est demanderesse

53. Pas d'incidence. Lorsque l'entreprise en réorganisation est demanderesse au procès arbitral, il n'y aura aucune incidence sur le déroulement de la procédure arbitrale si ce n'est l'éventuelle intervention d'un administrateur provisoire.¹⁹²

¹⁸⁷ G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1319.

¹⁸⁸ Cass. (1^{re} ch.) du 8 mai 1998, *op. cit.*, p. 529 et 530.

¹⁸⁹ Art. XX. 69 CDE. Le jugement qui détermine le montant ou la qualité de la créance provisoirement admis n'est pas susceptible de recours. Toutefois, le tribunal peut à tout moment, en cas d'absolue nécessité, modifier la décision sur la base d'éléments nouveaux.

¹⁹⁰ Art. XX. 31 CDE.

¹⁹¹ G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1321.

¹⁹² Art. XX. 31 CDE : « *En cas de fautes graves et caractérisées du débiteur ou d'un de ses organes, le tribunal peut leur substituer, pour la durée du sursis, un administrateur provisoire.* »

§2- Arbitrage non débuté

a) Convention d'arbitrage existante

54. Validité de la convention. La réorganisation n'impacte pas la validité de la convention d'arbitrage et l'arrêt de la Cour de cassation du 8 mai 1998¹⁹³ exposé dans la partie relative à la faillite doit s'appliquer par analogie.¹⁹⁴ Il n'y a par ailleurs pas de période suspecte en matière de réorganisation judiciaire.

55. Frais d'arbitrage excédant les capacités de l'entreprise en réorganisation. Les débats qui nous ont retenu en matière de faillite, quant à l'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 2019¹⁹⁵ peuvent également concerner la réorganisation judiciaire.¹⁹⁶ En effet, si l'entreprise en réorganisation, *demanderesse*, parvient à démontrer qu'elle n'est pas en mesure de s'acquitter des frais d'arbitrage (ou que ceux-ci lui sont trop lourds) en raison de son insolvabilité, ce qui la prive *de facto* de son droit d'accès à la justice, le juge pourrait décider d'écarter la convention d'arbitrage et se déclarer compétent. Comme en matière de faillite, s'il n'est pas certain que le juge l'accepte, le risque existe.

b) Convention d'arbitrage non existante

56. Capacité compromissoire de l'entreprise en réorganisation. La capacité compromissoire de l'entreprise n'est pas impacté ; il n'y a pas de dessaisissement. Toutefois, en cas de désignation d'un mandataire provisoire par le tribunal de l'insolvabilité, la capacité compromissoire pourrait être transférée au mandataire, de la même façon que pour le curateur.

¹⁹³ Cass. (1re ch.) du 8 mai 1998, *op. cit.*, p. 529 et 530.

¹⁹⁴ G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1319.

¹⁹⁵ Cass. (1re ch.) du 7 novembre 2019, *op. cit.*

¹⁹⁶ G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1319.

SECTION 2 - EFFETS D'UNE RÉORGANISATION JUDICIAIRE SUR LA SENTENCE

57. Le sursis empêche l'exécution de la sentence. De la même manière qu'à l'issue d'une procédure de faillite, lorsqu'elle est revêtue de la forme exécutoire, la sentence ne pourra pas être exécutée à l'égard de l'entreprise en réorganisation ; le sursis empêche toute voie d'exécution.¹⁹⁷

58. Exception : créances issues de contrats à prestations successives. Une importante exception doit toutefois être mentionnée. Il s'agit de l'exception des créances relatives à des contrats à prestations successives. Pour de telles créances, lorsque de nouvelles prestations interviennent après l'ouverture de la procédure (en période de sursis), les créances pourtant antérieures à l'ouverture, perdent leur caractère sursitaire ; elles pourront être exécutées.¹⁹⁸ Dès lors, lorsque la sentence concerne une créance issue de contrats à prestations successives, que de nouvelles prestations interviennent après l'ouverture de la procédure de réorganisation, la sentence pourra être exécutée.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Art. XX. 50 CDE.

¹⁹⁸ Art. XX. 57 CDE. À noter que la procédure de réorganisation ne met pas fin aux contrats en cours ni aux modalités de leur exécution et ce, nonobstant toute stipulation contractuelle contraire (Art. XX. 56 CDE).

¹⁹⁹ G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 1317.

CONCLUSION

Comment l'arbitrage s'en sort-il à l'épreuve des procédures belges d'insolvabilité d'entreprises ? Les pouvoirs de l'arbitre subissent une drastique diminution en cas de faillite, la sentence ne peut être exécutée et la convention d'arbitrage risque d'être remise en cause par le curateur ou l'entreprise en réorganisation en raison de l'impécuniosité de l'entreprise en procédure. Toutefois, ces propos doivent être relativisés. La diminution des pouvoirs de l'arbitre ne concerne pas spécifiquement l'arbitrage, mais toute instance en cours. La sentence ne peut certes être exécutée mais l'autorité de la chose jugée qui lui est reconnue, n'est pas contestée. La remise en cause de la convention d'arbitrage est fortement incertaine et ne concerne par ailleurs que l'hypothèse où l'entreprise en procédure est demanderesse. L'arbitrage ne subit en définitive pas de traitement défavorable particulier et c'est davantage à l'épreuve du principe d'égalité des créanciers qu'il est placé.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Règlement(UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), J.O.U.E. L 141 du 5 juin 2015, p.19-72.

Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil 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, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité), J.O.U.E., L 172 du 26 juin 2019, p.18-55.

Code de droit économique, en particulier le livre XX sur l'insolvabilité des entreprises.

Code judiciaire, en particulier la sixième partie sur l'arbitrage.

Code de droit international privé, articles 117 à 119.

Code des impôts sur le revenu 1992, article 2 §1, 5°, b).

JURISPRUDENCE

Affaire CCI n° 7337 de 1996, *Collection of ICC Arbitral Awards - Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1996-2000, Kluwer Law International, p. 313.

Cass. (1ère ch.) du 8 mai 1998, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, 1998-I, p. 529.

Gand, 21 février 2006, R.W. 2009-2010, p. 279.

Cass. (1re ch.) du 7 novembre 2019, R.G. n°C.19.0048.N, disponible sur juportal.be.

DOCTRINE

A. BANARJEE et P. CHATTERJEE, « Arbitration and Insolvency: Co-relation or Collision? », *Asian Dispute Review*, 2021, Vol. 23, n° 3, p. 117.

A. MOURRE, « Arbitrage et droit de la faillite : réflexions sur l'office du juge et de l'arbitre », *Faillite internationale et conflit de juridiction. Regards croisés transatlantiques = Cross-border insolvency and conflict of jurisdictions : A US-EU experience*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 153.

A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019.

C. LIEBSCHER, « Insolvency and Arbitrability », *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, International Arbitration Law Library, Vol. 19, Kluwer Law International, 2009, p. 165.

D. CHAN et S. RAJAGOPAL, « To stay or Not to Stay? A Clash of Arbitration and Insolvency Regimes », *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2021, Vol. 38, n°4, p. 457.

D. DE MEULEMEESTER, « Arbitrage en het draagvlak bij insolventieprocedures », *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement*, 2011, n° 3, p. 14.

F. T'KINT, « Convention d'arbitrage et faillite », *L'arbitrage dans la vie des sociétés - Actes du Colloque du CEPANI du 8 décembre 1999*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 224.

G. CROISANT, « You say po-tay-to ; I say pot-ah-to' - a Belgian perspective on the right of access to justice in arbitration matters: Commentary on Belgian Supreme Court, 7 November 2019' », *b-Arbitra*, 2020, n°1, p. 25.

G. CROISANT, « L'arbitrage et le droit belge de l'insolvabilité », *Liber Amicorum Xavier Dieux*, 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 1307.

G.-C. GIROGINI, « Arbitrage et droit européen des faillites », *Rev. Aff. Eur.*, 2005/2, p. 259.

G. KEUTGEN, Cass. (1ère ch.) du 8 mai 1998, *Revue Pratique des Sociétés*, 2010, p. 177.

J. CLESSE et F. KÉFER, *Manuel de droit du travail*, 2e édition, Bruxelles, Larcier, 2018.

J. DECOKER, « Blijft een onvermogen eiser gebonden door arbitrage ? », *R.D.C.*, 2003, p. 805.

J. HARGROVE et V. LIBORIO, « Arbitration and Insolvency: English and Swiss Perspectives », *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Kluwer Law International, 2009, Vol. 75, n°1, p. 47.

J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, *Droit des sociétés*, 5e édition, Bruxelles, Larcier, 2020.

L. LOZANO CORREA, « Distilling The Grounds for Stay of Proceedings During Insolvencies: Application of A Standard or Capricious Intervention? », *40 under 40 International Arbitration*, Dykinson, S. L., 2021, p. 627.

M. HUYS et G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, Bruylant, 1981.

N. OUCHINSKY, « Titre 4 - La connexité comme source de garantie », *DE PAGE - Traité de droit civil belge, Tome V - Les suretés et privilèges, Volume 1- Les garanties tangentiellles*, 1e édition, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 469.

N. OUCHINSKY, « L'insolvabilité des dirigeants d'entreprise », *DFE*, 2020/5, p. 3.

N. THIRION (dir.), *Droit international et européen des sociétés*, 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2009.

O. BUISINE, « Pour une définition harmonisée de l'insolvabilité en Europe », *Petites affiches*, Lextenso, n°06 du 30 juin 2022, p.21 et 22, disponible sur labase-lextenso.fr/petites-affiches, consulté le 26 décembre à 11:49.

O. CAPRASSE, « L'arbitrage », *Droit judiciaire – Tome 2 : Procédure civile – Volume 3 : Saisies conservatoires, voies d'exécution et règlement collectif de dettes - Arbitrage, médiation et droit collaboratif - Procédure électronique*, 2e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 255.

O. CAPRASSE, « De l'audience arbitrale », *Liber Amicorum Xavier Dieux*, 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 1297.

P. DE BOURNONVILLE, « Livre 6 : Arbitrage », *Rép. not., T. XIII*, La procédure notariale, Livre 6, Bruxelles, Larcier, 2017.

PH. FOUCHARD, « Arbitrage et faillite », *Revue de l'Arbitrage*, 1998, n°3, p. 489.

R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (r)évolution ?*, 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 139.

S. MADAUS, « The (Underdeveloped) Use of Arbitration in International Insolvency Proceedings », *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2020, p. 449.

S. MARCHAND, « Arbitrage et insolvabilité: tribulations d'un couple mal assorti », *Nouveautés en matière de faillite transfrontalière; et les banques et les assurance face aux tiers: Actes de la 28e journée de droit international privé du 27 mai 2016 à Lausanne*, Genève, Schulthess éd. romandes, 2016, p. 47.

S. VORBURGER, *International Arbitration and Cross-Border Insolvency - Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2014.

T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS et N. THIRION, *Droit de l'entreprise*, 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2012

W. EYSKENS et J. TIXHON, « Audiences virtuelles en arbitrage international : une nouvelle réalité à maîtriser », *Liber Amicorum Xavier Dieux*, 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 1327.

Z. PLETINCKX, « Le dirigeant d'entreprise peut-il être déclaré en faillite ? Fin d'une controverse ou début de nouvelles discussions », *J.T.*, 2022/19, p. 317-323.

AUTRE

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité: Première et deuxième partie (2004), disponible sur uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law , consulté le 26 décembre à 11:42.

IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration, p. 9, disponible sur ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/toolkit-arbitration-insolvency, consulté le 22 décembre à 16:15.