



BART DE MOOR et
MARINE CALLEBAUT
Avocats chez Strelia



LE MÉDIATEUR D'ENTREPRISE

TABLE DES MATIÈRES

1. INTRODUCTION
 - 1.1 L'INCIDENCE DE LA RÉFORME DU DROIT DE L'INSOLVABILITÉ
 - 1.2 L'OBJECTIF DU LÉGISLATEUR
2. LE MÉDIATEUR D'ENTREPRISE ET LA MÉDIATION CLASSIQUE
3. LES PRATICIENS DE L'INSOLVABILITÉ ET LE MÉDIATEUR D'ENTREPRISE
4. POSSIBILITÉS DE MÉDIATION DANS LE CONTEXTE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ
 - 4.1. CONFLITS AVÉRÉS INTERNES À L'ENTREPRISE
 - 4.2. CONFLITS AVÉRÉS EXTERNES À L'ENTREPRISE
 - 4.3. OPPOSITIONS D'INTÉRÊTS HORS EXISTENCE DE CONFLIT AVÉRÉ
 - 4.4. ANTICIPATION DES RISQUES DE BLOCAGE
 - 4.5. AUTRES DOMMAGES COLLATÉRAUX
5. LA MISSION DU MÉDIATEUR D'ENTREPRISE
6. LES ATOUTS DU MÉDIATEUR D'ENTREPRISE
 - 6.1. CONFIDENTIALITÉ
 - 6.2. NEUTRALITÉ ET IMPARTIALITÉ
 - 6.3. AUTORITÉ
 - 6.4. MAINTIEN DU CONTRÔLE PAR LE MANAGEMENT
 - 6.5. SOUPLESSE ET FLEXIBILITÉ DE LA PROCÉDURE
 - 6.6. LES COMPÉTENCES REQUISES DU MÉDIATEUR D'ENTREPRISE
7. LA PROCÉDURE DE NOMINATION DU MÉDIATEUR D'ENTREPRISE
 - 7.1. INITIATIVE DU DÉBITEUR
 - 7.2. ORDONNANCE DU TRIBUNAL OU DE LA CHAMBRE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS
 - 7.3. FIN DE LA MISSION
8. CONCLUSION

1. INTRODUCTION

1.1 L'INCIDENCE DE LA RÉFORME DU DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

Avec la réforme du droit de l'insolvabilité de 2017¹, les dispositions de la loi relative à la continuité des entreprises de 2009 (ci-après «LCE»)² ont été intégrées dans le Livre XX du Code de droit économique (ci-après «CDE»). Le nouvel article XX.36 du CDE relatif au médiateur d'entreprise reprend en substance les principes énoncés à l'article 13 de la LCE tout en clarifiant les contours de l'institution sur divers aspects précédemment identifiés par la doctrine comme incertains ou incomplets. Les modifications effectuées par le législateur sont heureuses et témoignent du souhait toujours croissant du législateur de promouvoir les procédures « out-of-court » dans le domaine de l'insolvabilité.

La désignation d'un intervenant visant à apporter au débiteur en difficulté l'assistance et le support nécessaire à la pérennité de son entreprise est un phénomène depuis longtemps connu en droit belge. Avant même l'introduction de la LCE et à défaut de consécration légale expresse, plusieurs présidents de tribunaux de commerce avaient déjà procédé à la désignation de mandataires ad hoc sur pied de l'article 584 du Code judiciaire (qui institue le pouvoir général du président du tribunal de l'entreprise de statuer en référé ou sur requête unilatérale)³ pour venir en aide aux débiteurs en difficulté. En tout état de cause, rien n'empêchait par ailleurs une entreprise de faire appel, spontanément et sans ingérence du tribunal, aux services d'un expert afin de lui confier une mission déterminée. Dans la plupart des cas cependant, l'aval du tribunal offre des avantages incontestables. Nous pensons à la neutralité du médiateur d'entreprise et à l'autorité et la sérénité que celui-ci inspire lorsque les administrateurs sont amenés à prendre des décisions importantes.

1.2 L'OBJECTIF DU LÉGISLATEUR

Seule une intervention rapide, dès les premiers signes de difficultés, permet d'atteindre les objectifs fixés par le législateur de 2009. Les praticiens ont dès lors relevé la nécessité de mettre à disposition des débiteurs en difficulté un tiers externe et neutre, avant

même l'introduction d'une procédure d'insolvabilité⁴. Le rôle joué par les chambres des entreprises en difficultés dans ce contexte est primordial : elles sont souvent les premières à être en mesure de suggérer la désignation d'un tiers externe habilité à conseiller le (potentiel) futur bénéficiaire d'une procédure de réorganisation judiciaire.

Très souvent, l'entreprise qui rencontre de légères difficultés voit ces dernières s'intensifier en l'espace de quelques mois, voire de quelques semaines. Des décisions stratégiques et essentielles pour le futur de la société doivent être prises rapidement alors que la société et ses acteurs traversent une période critique de leur existence. Un support externe se présente souvent comme une option rationnelle et pragmatique. Les difficultés auxquelles l'entreprise doit faire face sont généralement évaluées dans la loi sur l'insolvabilité en termes « économiques » et l'impossibilité pour le débiteur de payer tous ses fournisseurs et son personnel à temps constitue bien souvent un signal d'alarme absolu. Gravitent autour de ces concepts économiques, une multitude d'autres facteurs qui soit en dépendent, soit le conditionnent. On songe notamment aux facteurs liés à la logistique interne d'une entreprise, à la cohérence du management, aux facteurs sociaux et humains qui gouvernent la stratégie de l'entreprise, etc.

Avec l'introduction de l'article 13 de la LCE (devenu l'article XX.36 du CDE), le législateur a doté le corpus législatif du droit de l'insolvabilité d'un nouvel outil flexible et optionnel. La médiation classique a fait ses preuves cette dernière décennie et se profile désormais comme un véritable mode alternatif de règlement de conflits, emportant un franc succès dans de nombreux domaines. Le domaine des affaires sollicite de manière croissante le recours à ce mode de résolution de conflits (notamment pour régler les conflits entre administrateurs ou actionnaires). La médiation répond au besoin de se détourner des procédures judiciaires au profit d'une approche plus pragmatique et multidisciplinaire du problème. Elle se focalise sur l'importance du « non juridique » et prend en compte des paramètres complexes d'ordres variables qui dépendent davantage des circonstances de la cause que d'un cadre formel établi ou

d'une procédure officielle et rigide. Tant la réalité de l'entreprise, que les facteurs sociaux et humains justifient le recours à la médiation. Dans cette optique, le médiateur se positionne comme un intermédiaire au sein de la relation tripartite composée (i) du débiteur, (ii) du pouvoir judiciaire et (iii) des tiers (en ce compris les créanciers mais pas seulement). De plus, en permettant son intervention en « amont », le législateur a habilité le médiateur d'entreprise à incarner la figure de l'instigateur de l'éventuelle procédure de réorganisation judiciaire à venir⁵.

La pratique a pu démontrer que le succès d'une procédure de réorganisation judiciaire est largement conditionné par une préparation préalable circonstanciée de cette dernière. La préparation comprend notamment les éléments suivants : établissement d'un bilan financier des postes passifs et actifs, un état de la liquidité de la société, un examen approfondi de la comptabilité, une analyse des balances fournisseurs, un état des emprunts bancaires ainsi qu'une estimation des majorités de vote possibles en vue d'un éventuel plan amiable. Un stade de pré-négociation avec les principaux créanciers est essentiel afin de sonder les chances de succès de l'éventuel plan amiable ou collectif. On constate toutefois en pratique une tendance récurrente des

¹ La réforme consiste principalement à regrouper les règles essentielles du droit de l'insolvabilité dans un nouveau Livre XX intitulé « Insolvabilité des entreprises » dans le Code de droit économique (CDE). Les anciennes règles du droit de l'insolvabilité étaient jusqu'à présent reprises dans les lois spéciales du 8 août 1997 sur les faillites et du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises (LCE).

² Publiée au Moniteur Belge du 9 février 2009. Cette loi est complétée par celle du 26 janvier 2009 (M.B., 9 février 2009,) modifiant le Code judiciaire concernant la continuité des entreprises.

³ B. DE MOOR, B. DEPOORTER, « Naar een meer efficiënt en succesvol preventief beleid voor bedrijven in moeilijkheden: het mandaat ad hoc ? », *Rev.banc.fin.*, janvier, 2003, p. 50; C. ALTER, « Loi sur la continuité des entreprises : exposé général, premiers commentaires et premiers enseignements de la pratique » en *Actualités en droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 186.

⁴ *Doc. parl.*, Ch, n° 52, 0160/002, p. 50-51.

⁵ Désormais de manière certaine avec la nouvelle loi de 2017.

débiteurs à négliger l'importance de cette étape préparatoire. Cette circonstance avait déjà pu être mise en exergue lors des travaux préparatoires à la loi de 2009, suite à l'échec de l'ancien concordat : « On ne soulignera jamais assez l'importance des *moyens pré-procéduraux* [...] »⁶.

L'instauration d'un médiateur d'entreprise, d'abord dans la LCE sous le titre des « mesures conservatoires » et ensuite au sein du Livre XX du CDE, répond au désir du législateur d'offrir aux acteurs économiques un instrument souple et informel destiné à épauler le débiteur dans ses démarches de réorganisation afin de trouver une solution discrète et efficace à ses difficultés⁷. Nous saluons cette démarche qui s'affirme comme un outil efficace et pratique pour la préservation de l'activité de l'entreprise et sa réorganisation lorsqu'elle rencontre des difficultés.

2. LE MÉDIATEUR D'ENTREPRISE ET LA MÉDIATION CLASSIQUE

La fonction du médiateur d'entreprise s'inspire de la philosophie sous-jacente du médiateur de droit commun mais elle ne s'y identifie pas.

On considère généralement que le rôle du médiateur d'entreprise se rapproche de celui du médiateur de droit commun dans le sens où il joue ce rôle d'intermédiaire entre le débiteur et les tiers avec lesquels le débiteur rencontre des problèmes d'ordres divers (économiques, stratégiques, logistiques ou autres). Au sein de cette relation, le médiateur d'entreprise tente de rapprocher les points de vue divergents afin de permettre au débiteur de trouver des solutions alternatives. Similairement au médiateur de droit commun, l'intervention du médiateur d'entreprise désigné sur base de l'article XX.36 du CDE (précédemment article 13 de la LCE) repose sur un processus strictement volontaire⁸.

En vue de cet objectif, bien qu'il soit souhaitable que le médiateur d'entreprise utilise les mêmes techniques et méthodes de communication que le médiateur de droit commun, le législateur n'a néanmoins pas exigé du médiateur d'entreprise qu'il soit un médiateur agréé (infra).

En définissant le statut du médiateur d'entreprise, le législateur a tenu à lui

conférer un rôle plus actif comparé à celui dévolu au médiateur de droit commun. Considérant les règles de la médiation de droit commun incompatibles avec les objectifs de la mission du médiateur d'entreprise, le législateur a exclu les principes énoncés aux articles 1724 à 1737 du Code judiciaire au médiateur visé à l'article XX.36 du CDE⁹. Par essence, le médiateur d'entreprise est encouragé à s'immiscer dans les différends rencontrés par le débiteur et à conseiller le débiteur dans ses prises de décisions. Il peut agir comme un intermédiaire entre le débiteur et ses créanciers, conduire le débiteur à s'interroger sur sa stratégie d'entreprise et suggérer des alternatives qui lui semblent appropriées. De cette manière, il agit comme un conseiller ou un assistant du débiteur pour un problème déterminé, en s'immisçant plus intensément dans les problèmes rencontrés par le débiteur.

3. LES PRATICIENS DE L'INSOLVABILITÉ ET LE MÉDIATEUR D'ENTREPRISE

Sous l'emprise de la LCE, différents intervenants étaient habilités à intervenir dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire et il n'était pas toujours aisé de circonscrire le champ d'application dévolu à chacun d'entre eux au côté du médiateur d'entreprise visé à l'article 13 de la LCE (nouvel article XX.36 du CDE), d'autant plus que la multiplication des terminologies utilisée par le législateur portait à confusion (administrateur provisoire, mandataire de justice, médiateur, etc.)¹⁰.

La réforme de 2017 simplifie et clarifie l'arsenal des intervenants amenés à intervenir dans le cadre de la réorganisation judiciaire. Nous pouvons résumer la nouvelle nomenclature des intervenants comme suit :

- (i) le mandataire de justice (article XX.30 du CDE – anciens articles 14 et 27 de la LCE),
- (ii) l'administrateur provisoire (article XX.31 du CDE – ancien article 28 de la LCE),
- (iii) le mandataire de justice désigné dans le cadre d'un transfert (article XX.85 du CDE – ancien article 60 de la LCE) et enfin
- (iv) le médiateur d'entreprise (article XX.36 du CDE – ancien article 13 de la LCE).

Sous l'emprise de la LCE, la majorité de

la doctrine s'accordait pour dire qu'à la différence des autres acteurs susmentionnés au paragraphe précédent, le médiateur d'entreprise ne pouvait être considéré comme un mandataire de justice au sens de l'article 71 de la LCE (devenu l'article XX.20 dans le CDE) définissant le statut des mandataires de justice¹¹. Certaines caractéristiques afférentes au statut des mandataires de justice étaient en effet incompatibles avec sa mission¹².

La réforme de 2017 a transposé et modifié l'article 71 de la LCE au sein de l'article XX.20 du CDE qui qualifie désormais ces derniers sous le vocable de « praticiens de l'insolvabilité ». Les travaux parlementaires de la réforme de 2017 n'épiloguent pas sur ce chan-

⁶ Doc. parl. Ch, n° 0160/005, p. 26.

⁷ I. VERUGSTRAETE, « La genèse et les lignes directrices de la réforme » in *Le nouveau livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 7-46.

⁸ Doc. parl., Ch, n° 52 0160/002, p. 50-51.

⁹ Doc. parl., Ch, n° 52 0160/002, p. 50-51.

¹⁰ C., ALTER, « Loi sur la continuité des entreprises : exposé général, premiers commentaires et premiers enseignements de la pratique » in *Actualités en droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 187.

¹¹ B. INGHELS, « La loi relative à la continuité des entreprises : réflexions sur de nouveaux rapports entre le mandataire de justice et le juge » in *Liber amicorum Georges-Albert Dal*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013, p. 491 ; A.-A. HENDERICKX, et E. VAN DER GRACHT, A. SAUSSEZ, « 5 - Les différents mandats de justice visés par la loi relative à la continuité des entreprises » in *Loi sur la continuité des entreprises en pratique : regards croisés, ajustements et bilan*, Bruxelles, p. 119 ; A. ZENNER, J.-P. LEBEAU, et C. ALTER, « Section 5 – Les médiateurs d'entreprise et mandataires de justice » in *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 95 ; pour un avis contraire sur la question voy. D. WILLERMAIN, « Les mandataires de justice dans la loi sur la continuité des entreprises » in *La loi relative à la continuité des entreprises*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 126 ; C., ALTER, « Loi sur la continuité des entreprises : exposé général, premiers commentaires et premiers enseignements de la pratique » in *Actualités en droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 188 (opinion nuancée) ; A. HENDERICKX, M. WERQUIN, « Les mandataires de justice : devoirs et pouvoirs - Questions diverses : répartition du prix de transfert et dettes de masses » in *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 439-473.

gement de terminologie qui est inspiré du lexique du règlement européen 2015/848¹³. Le médiateur d'entreprise n'entre pas plus dans la définition de « praticien de l'insolvabilité » qu'il n'entre dans la définition de mandataire de justice : au contraire de l'article XX.36 du CDE relatif au médiateur, les articles XX.30, XX.31 et XX.85 du CDE (relatifs aux autres mandataires de justice et à l'administrateur provisoire) précisent que l'intervenant qu'ils désignent « est choisi sur la liste prévue à l'article XX.20 ».

Cependant, bien que nous considérons que les règles de l'article XX.20 du CDE ne s'appliquent pas au médiateur d'entreprise, le bon sens préconise que les qualités inhérentes aux praticiens de l'insolvabilité soient reprises également dans la personne du médiateur d'entreprise, à savoir indépendance, impartialité (nuancée voir infra), compétence et expérience¹⁴.

4. POSSIBILITÉS DE MÉDIATION DANS LE CONTEXTE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Les intermédiaires cibles amenés à traiter avec le médiateur d'entreprise ne sont pas limités aux seuls créanciers. En pratique, lorsque le médiateur d'entreprise négocie un accord amiable avant l'introduction de toute procédure de réorganisation judiciaire, les créanciers seront ses principaux interlocuteurs, mais la mission du médiateur d'entreprise s'étend au-delà de cet aspect de la procédure¹⁵.

4.1. CONFLITS AVÉRÉS INTERNES À L'ENTREPRISE

Le médiateur d'entreprise peut aider le débiteur à résoudre les conflits ou litiges entre administrateurs (ou gérants), entre actionnaires (ou associés) ou entre le management et les actionnaires (associés) de la société susceptibles de bloquer le fonctionnement de la société. Nous pensons ici principalement :

- aux obligations qui incombent aux administrateurs de procéder aux démarches imposées par l'article 633 du Code des sociétés pour les SA et par l'article 332 pour les SPRL (procédure de sonnette d'alarme) ou aux conflits d'intérêts sur la base de l'article 523 du Code des sociétés ;

- aux blocages causés par deux groupes d'administrateurs ou gérants dans lesquels aucune majorité ne peut se dégager ;
- aux défauts récurrents de convocation de l'assemblée générale ou défauts d'établissement des comptes ;
- aux litiges intra-groupes ;
- à n'importe quelles situations susceptibles d'engager la responsabilité civile ou pénale d'un administrateur ou gérant ;
- aux litiges relatifs à la libération du capital social par les associés ou actionnaires ;
- aux litiges relatifs au manque de liquidités (nécessité de crédits supplémentaires auprès des banques ou nécessité pour les associés d'investir personnellement davantage) ;
- aux procédures de retrait ou d'exclusion d'actionnaires ;
- au blocage d'une assemblée générale ou impossibilité de dégager une majorité ;
- à la dissension relative à la nomination ou la démission d'administrateurs ou gérants.

Le médiateur d'entreprise peut aider le débiteur à résoudre les conflits entre le management et les travailleurs ou les représentants syndicaux de l'entreprise. Nous pensons notamment aux conflits relatifs :

- au maintien de l'emploi au sein de la société ;
- à la négociation de la reprise de certains contrats de travail à des conditions différentes ;
- à la négociation d'un effort de la part des travailleurs de l'entreprise dans une perspective de continuation de cette dernière.

Il y a une forte chance que les travailleurs soient plus enclins à négocier avec un tiers médiateur qu'avec le management existant. Le médiateur d'entreprise présente l'avantage d'offrir une solution dite « amiable » plutôt que de s'enliser dans un conflit avéré.

4.2. CONFLITS AVÉRÉS EXTERNES À L'ENTREPRISE

Typiquement, le médiateur d'entreprise sera appelé à traiter avec un nombre limité d'intervenants à l'entreprise, soigneusement sélectionnés, dans une perspective de réorganisation de la société et de sauvegarde des activités de la société. Les missions standards du médiateur d'entreprise dans ce cadre seront les suivantes :

- négocier des délais pour le paiement des dettes envers les créanciers et fournisseurs de l'entreprise ;
- négocier une éventuelle réduction des intérêts de retard et indemnités réclamés par les créanciers ;
- pallier au besoin de trésorerie de la société (négociation des crédits avec les banques ou recherche de source de financement alternatif) ;
- favoriser la reprise de contact avec certains créanciers ;
- entamer les démarches visant à négocier un accord amiable avec certains créanciers ;

¹² Les raisons qui sous-tendent notre opinion touchent au statut particulier des mandataires de justice tel que défini par l'article 71 de LCE qui ne semble pas compatible avec la nature de la fonction du médiateur d'entreprise. Premièrement, l'article 71 préconise que les honoraires du mandataire de justice sont fixés par le tribunal ou par le Roi (Article XX.20, § 3 du CDE (précédemment article 71, § 2 de la LCE), or les honoraires et frais du médiateur d'entreprise (infra) sont déterminés en accord avec le débiteur. De plus, bien que le médiateur d'entreprise partage un certain nombre de qualités intrinsèques avec le mandataire de justice, l'impartialité (attribut nécessaire du mandataire de justice) nécessaire au besoin de sa mission mérite d'être nuancée au regard de l'objectif premier de sa mission (Article XX.20, § 1, al. 2 du CDE (précédemment article 71 § 1 de la LCE), à savoir aider et supporter le débiteur. Dans le cadre de la mission dévolue au médiateur d'entreprise, l'impartialité s'entend de manière moins stricte. En effet, le médiateur sera amené à conseiller le débiteur, à lui donner son avis sur certaines stratégies ou attitudes à adopter et donc inévitablement à s'immiscer de manière plus approfondie dans la relation qu'il entretient avec lui. Inévitablement, le caractère de « distance » envers le débiteur est atténué. Par ailleurs, le médiateur d'entreprise effectue sa mission pour le compte du débiteur et non pour le compte de la justice, bien que sa désignation soit entérinée par le tribunal. Le tribunal n'a par ailleurs pas le pouvoir unilatéral de remplacer le médiateur d'entreprise unilatéralement : ce droit appartient au débiteur et au médiateur lui-même.

¹³ Par ailleurs, le médiateur d'entreprise ne figure pas dans l'annexe B du règlement européen 2015/848.

¹⁴ E. HUPIN, « La détection des entreprises en difficultés – le nouveau médiateur d'entreprises », in *La continuité des entreprises: la réforme*, Séminaire Vanham et Vanham, 29 janvier 2009, n° 93.

¹⁵ B. De Moor, « Het nut van de ondernemingsbemiddelaar en andere buitengerechtelijke instrumenten voor de reorganisatie van ondernemingen in moeilijkeheden », D.A.O.R., 2011/2, nr. 98, p. 178-190.

- approcher des potentiels investisseurs ou des repreneurs (le médiateur peut être un financier bénéficiant d'un réseau en matière de private equity ou investment funds).

4.3. OPPOSITIONS D'INTÉRÊTS HORS EXISTENCE DE CONFLIT AVÉRÉ

Certaines situations présentent la particularité de ne pas engendrer de réels conflits ou litiges stricto sensu mais procèdent de tensions fonctionnelles entre les différents acteurs de la société et les tiers (créanciers, fournisseurs, banques, commissaire, ...). A titre d'exemple, le bailleur de fonds qui voit son débiteur dans l'impossibilité matérielle de respecter les échéances de remboursement et qui se voit contraint de prendre des mesures n'a pas pour autant un conflit personnel avec celui-ci.

Les relations humaines peuvent parfois aussi agir au détriment de l'intérêt social lorsque certaines personnes ont des tempéraments incompatibles et restent bloquées sur des problèmes de forme. Le médiateur d'entreprise apparaît ici comme un tiers négociateur externe qui traitera avec un ou plusieurs créanciers en dehors de tout conflit (réel ou potentiel) ou encore avec une banque ou un consortium de banques.

4.4. ANTICIPATION DES RISQUES DE BLOCAGE

Lorsque le débiteur prévoit que les circonstances risquent de s'aggraver au point de nécessiter l'introduction d'une réorganisation judiciaire, il peut par anticipation avoir recours à un médiateur d'entreprise afin de préparer au mieux la réaction des créanciers et obtenir le plus rapidement possible leur collaboration.

Cette méthode a pour objectif de minimiser le nombre de créanciers récalcitrants à l'idée d'obtenir un accord amiable ou un plan de redressement sans pour autant les alarmer ou les mettre devant le fait accompli.

4.5. AUTRES DOMMAGES COLLATÉRAUX

Dans certaines sociétés, notamment les sociétés familiales, des circonstances externes à l'administration et au fonctionnement de la société

peuvent avoir un impact défavorable sur les suites de la gestion et précipiter la société dans les difficultés (d'autant plus lorsque les circonstances ou conjonctures économiques sont peu favorables). Très souvent, des décisions importantes sont à prendre à un moment peu propice pour les différents acteurs de la société. Dans ces cas, le médiateur d'entreprise peut venir aider le débiteur à organiser et prévenir le futur de la société.

On pense par exemple ici aux situations suivantes :

- l'incapacité du gérant unique pour raisons médicales ;
- un événement où la confidentialité est essentielle à la survie de la société (lourd procès ou condamnation du délégué à la gestion journalière ou actionnaire principal de la société) ;
- des événements particuliers dans les sociétés familiales : successions, division, tensions familiales, divorces/séparation.

5. LA MISSION DU MÉDIATEUR D'ENTREPRISE

Avec la réforme de 2017, la mission du médiateur d'entreprise tend, que ce soit en dehors ou, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire, à préparer et favoriser soit la conclusion d'un accord amiable conformément aux articles XX.37 ou XX.65, soit l'obtention de l'accord des créanciers sur un plan de réorganisation conformément aux articles XX.67 à XX.75, soit le transfert sous autorité de justice à un ou plusieurs tiers de tout ou partie des actifs ou des activités conformément aux articles XX.84 et XX.85 »¹⁶.

Par ailleurs, la nouvelle loi de 2017 met un terme aux incertitudes et précise que le médiateur d'entreprise peut être désigné en dehors de toute procédure de réorganisation judiciaire et poursuivre son intervention une fois la procédure ouverte mais également être désigné une fois cette procédure ouverte et poursuivre son intervention même au-delà de la clôture d'une telle procédure.

En résumé, une fois la procédure de réorganisation ouverte, quatre praticiens de l'insolvabilité peuvent opérer aux côtés du médiateur d'entreprise (sur base des articles XX.30, XX.31, §1, XX.31 §2 et XX.85 du CDE).

Nous insistons sur le fait que l'intervention du médiateur d'entreprise en amont de l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire maximise les chances de réussite de la future procédure. En effet, le médiateur peut mettre en place une stratégie visant à obtenir l'adhésion des créanciers les moins récalcitrants lors de la phase préalable, hors procédure, pour enfin faire pression sur les derniers créanciers une fois la procédure ouverte et enfin, obtenir un accord collectif acceptable pour tous.

6. LES ATOUTS DU MÉDIATEUR D'ENTREPRISE

6.1. CONFIDENTIALITÉ

Les coefficients de « mauvaise publicité » sont accueillis négativement dans le monde des affaires et précipitent souvent la société en difficulté à sa perte. Les créanciers craintifs refusent de traiter davantage avec la société, les fournisseurs retiennent les marchandises dans l'attente de leurs paiements, etc. Pour preuve, de nombreux contrats prévoient des clauses spécifiques mentionnant que de telles circonstances conduisent à la résiliation du contrat ou à tout le moins à la détérioration des relations commerciales. La mécanique systémique de ce cercle vicieux compromet l'objectif de la loi sur la continuité, qui vise précisément la poursuite des activités. La confidentialité de la fonction du médiateur d'entreprise offre cependant un avantage précieux et incontestable comparé aux autres intervenants habilités à être désignés sur pied du Livre XX du CDE¹⁷. De plus, la confidentialité attachée à la fonction du médiateur est double : il en va tant de la confidentialité de sa désignation à l'égard des tiers que de la confidentialité de la conduite même de sa mission¹⁸.

¹⁶ Article XX.36, § 4 du CDE.

¹⁷ B. DE MOOR, « Het nut van de ondernemingsbemiddelaar en andere buitengerechtelijke instrumenten voor de reorganisatie van ondernemingen in moeilijkheden », D.A.O.R., 2011/2, nr. 98, p. 179 et 184.

¹⁸ F. MOURLON BEERNAERT, P-S. GENNARI CURLO, « 1 - Les enquêtes commerciales et le fonctionnement des chambres d'enquête » in *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 16.

La désignation du médiateur n'est ni publiée à la Banque Carrefour des Entreprises, ni publiée au Moniteur belge¹⁹ et est seulement reprise à titre confidentiel dans Regsol²⁰. De plus, l'ordonnance de désignation est prononcée en chambre du conseil²¹. Le médiateur d'entreprise est par ailleurs dispensé de rendre des comptes au tribunal sur l'exercice de sa mission, et ce, même à la clôture de sa mission : « il y va de la confiance du débiteur en celui qui a été désigné à son avantage exclusif; cette confiance ne serait pas totale, et la mission manquerait sans doute son objectif, si le débiteur pouvait présumer que le médiateur informe le tribunal à son insu, par l'intermédiaire, par exemple, de son président ou de sa chambre d'enquête »²² (sauf accord du débiteur).

De cette manière, le médiateur d'entreprise peut maintenir la confiance des tiers généralement familiers avec les obligations de confidentialité sans les alarmer et ainsi poursuivre sereinement les activités de la société.

6.2. NEUTRALITÉ ET IMPARTIALITÉ

La fonction du médiateur d'entreprise offre également un autre avantage important : il occupe une position neutre. Etant désigné ou suggéré par le juge, sa position de personne de confiance en ressort renforcée, contrairement au négociateur lambda impliqué dans l'entreprise ou ayant un lien de subordination avec celle-ci²³.

Cependant, l'impartialité requise dans le chef du médiateur d'entreprise s'entend de manière moins stricte que dans le chef du médiateur de droit commun ou des autres praticiens de l'insolvabilité visés à l'article XX.20 du CDE. On pourrait également parler d'impartialité « nuancée » ici. En effet, le médiateur est précisément amené dans le cadre de sa mission à conseiller le débiteur, lui donner son avis sur certaines stratégies ou attitudes à adopter, etc. Il est par conséquent inévitablement amené à s'immiscer dans la relation qu'il entretient avec lui. Nécessairement, le caractère de « distance » (requis dans le chef du médiateur de droit commun) envers le débiteur en ressort affecté.

Le médiateur d'entreprise offre aussi plus de garanties au regard de l'exactitude des données dont l'entreprise dis-

pose et qu'elle communique au cours des négociations, au tribunal et aux tiers, car il veillera à ne pas compromettre son indépendance et sa réputation, qu'il souhaite conserver intacte.

6.3. AUTORITÉ

On peut considérer que l'intervention du tribunal dans le processus de désignation offre un avantage non négligeable sur le plan de l'analyse des risques de contestation ultérieurs envers les actes posés par le management sur base des suggestions et propositions énoncées par le médiateur d'entreprise. En termes de légalité des opérations accomplies, le management bénéficie d'un levier de protection complémentaire. Pour les administrateurs d'une société en difficultés, la formule peut également engendrer une diminution de leur responsabilité car la mise en œuvre des mesures de restructuration et les initiatives de restructuration ont eu lieu en concertation et avec la collaboration d'un ou plusieurs experts neutres, collaborateurs de la justice. Les tiers éprouveront dès lors plus de difficultés à établir que le dirigeant n'a pas agi comme un dirigeant normalement prudent et diligent.

L'autorité morale que le médiateur d'entreprise puise de ses connaissances professionnelles et de sa désignation par une instance légitime, à savoir le tribunal, peut aussi conduire les partenaires impliqués dans la négociation à faire des concessions plus importantes compte tenu de ces critères.

6.4. MAINTIEN DU CONTRÔLE PAR LE MANAGEMENT

Le médiateur d'entreprise ne prend ni la direction ni le contrôle de la société. Il analyse et négocie, suggère des pistes de solutions, mais il ne dispose pas de pouvoir de décision en lieu et place du débiteur²⁴.

Sa désignation et l'exécution de sa mission ne bouleversent pas l'ordre de la structure de la gestion existante. C'est en cela que le médiateur se différencie de l'administrateur provisoire de droit commun désigné sur la base de l'article 584 du Code judiciaire. Le management reste libre de prendre les décisions qui intéressent la société, ce qui n'est pas le cas de l'administrateur provisoire qui dispose d'un pouvoir ef-

fectif - défini par le tribunal et parfois délimité - et contre lequel le management ne peut agir²⁵.

Le médiateur d'entreprise complète la structure existante de la société, qui ne s'en retrouve pas modifiée. Il ne constitue par conséquent pas une menace pour le management, qui sera soulagé de prendre des mesures rapidement sur la base des conseils éclairés du médiateur. En cela, le médiateur d'entreprise se distingue des trois autres praticiens de l'insolvabilité visés aux articles XX.30, XX.31 et XX.85 du CDE.

6.5. SOUPLESSE ET FLEXIBILITÉ DE LA PROCÉDURE

N'étant soumise à aucune exigence de forme, l'institution du médiateur d'entreprise présente de sérieux avantages en termes de souplesse et de flexibilité²⁶. La désignation a lieu par le tribunal à la demande de l'entreprise elle-même (éventuellement après suggestion du tribunal ou de la chambre des entreprises en difficultés). La désignation a pour objectif de créer des conditions sereines pour le redressement ou l'assainissement de la société dans un contexte moins « conflictuel ».

¹⁹ Contrairement à la mission de l'administrateur provisoire qui voit un extrait de son acte de nomination et de cessation de ses fonctions publié au Moniteur belge (sur la base de l'article 74 du Code des sociétés).

²⁰ J. VEROUGSTRAETE, « La genèse et les lignes directrices de la réforme » in *Le nouveau livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 39.

²¹ Doc. parl, Ch, n° 54 2407/001, p. 50-51.

²² A. ZENNER, J-P. LEBEAU, et C. ALTER, « Section 5 - Les médiateurs d'entreprise et mandataires de justice » in *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 98.

²³ B. DE MOOR, « Het nut van de ondernemingsbemiddelaar en andere buitengerechtelijke instrumenten voor de reorganisatie van ondernemingen in moeilijkheden », D.A.O.R., 2011/2, nr. 98, p. 185.

²⁴ A.-A. HENDERICKX, E. VAN DER GRACHT ET A. SAUSSEZ, « Section 5 - Les différents mandats de justice visés par la loi relative à la continuité des entreprises », in *Loi sur la continuité des entreprises en pratique: regards croisés, ajustements et bilan*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014, p. 117.

²⁵ B. DE MOOR, « Het nut van de ondernemingsbemiddelaar en andere buitengerechtelijke instrumenten voor de reorganisatie van ondernemingen in moeilijkheden », D.A.O.R., 2011/2, nr. 98, p. 186.

La mission du médiateur d'entreprise peut être librement définie, dans les limites de la demande du débiteur (article XX.36, § 4 du Livre XX du Code de droit économique, anciennement article 13 LCE) et peut être adaptée en fonction des difficultés auxquelles la société est confrontée : difficultés financières, conflits entre les actionnaires ou au sein du conseil d'administration, difficultés industrielles, etc.

L'exécution concrète de la mission n'est pas régie par un cadre légal spécifique et le médiateur n'a pas l'obligation de faire rapport de sa mission au tribunal. La souplesse de ce mandat est en contraste saisissant avec le caractère formel de la réorganisation judiciaire.

Le contexte de négociation prenant place au sein d'une procédure de réorganisation judiciaire diffère sur certains points du contexte de négociations entamées hors procédure de réorganisation judiciaire, sous couvert d'un médiateur d'entreprise.

Dans une procédure de réorganisation judiciaire, les négociations doivent avoir lieu dans un délai strict fixé par le président du tribunal de l'entreprise. La pression de ce délai est d'autant plus forte lorsque la procédure a été introduite tardivement. Comme nous l'avons indiqué à plusieurs reprises, le succès d'une procédure de réorganisation judiciaire repose principalement sur une réaction rapide des acteurs dès les premiers signes de difficultés. Dès l'ouverture de la procédure, le contexte juridique et économique offre aux négociateurs (principalement au management et aux créanciers) une période de négociations très limitée pour parvenir à un accord. Chaque jour de négociation supplémentaire suppose inéluctablement des pertes économiques complémentaires pour la société en difficulté et une intensification de la pression sur les épaules des acteurs des négociations en vue de respecter les délais fixés par le président du tribunal de l'entreprise.

En revanche, la procédure confidentielle « out-of-court » menée par le médiateur d'entreprise offre un délai de négociation libre au cours duquel le débiteur peut s'accorder le « luxe » de choisir au sein de ses interlocuteurs les moins récalcitrants à l'obtention d'un accord ou d'un transfert. La pro-

cédure dite « judiciaire » ultérieure devient alors une formalité permettant d'officialiser l'accord préétabli ou de s'octroyer un moyen de pression sur les créanciers les plus obtus dans l'optique de les rallier à l'accord anticipé avec les premiers créanciers.

6.6. LES COMPÉTENCES REQUISES DU MÉDIATEUR D'ENTREPRISE

La loi est muette quant aux compétences et qualités intrinsèques auxquelles doivent répondre les médiateurs d'entreprise. Cette question est par ailleurs débattue en doctrine²⁷. Compte tenu du cadre de sa mission, cette question est une question d'espèce : les qualifications et compétences requises du médiateur d'entreprise dépendent des circonstances, du domaine d'activité, des problèmes spécifiques rencontrés par le débiteur et les différents besoins de ce dernier²⁸.

Comme rappelé dans le commentaire de l'article 13 de la LCE, le législateur « a voulu, à dessein, éviter d'organiser la médiation selon les modalités strictes du Code judiciaire »²⁹. Le législateur n'a donc pas entendu établir d'exigence particulière quant à la formation préalable du médiateur et par conséquent à l'agrégation du médiateur, de telle sorte que « la vie des affaires permettra de désigner la personne la plus adéquate »³⁰. Cependant, nous considérons qu'une formation préalable du médiateur en tant que médiateur de droit commun est naturellement utile en vue de la réalisation de sa mission d'intermédiaire à la négociation de l'accord³¹.

7. LA PROCEDURE DE NOMINATION DU MEDIEATEUR D'ENTREPRISE

7.1. INITIATIVE DU DEBITEUR

Le médiateur d'entreprise est désigné à l'initiative exclusive du débiteur³², par requête unilatérale³³. L'entreprise effectue un calcul d'opportunité sur l'utilité et l'apport potentiel du médiateur d'entreprise selon les circonstances, la conjoncture économique ou encore les besoins spécifiques de l'entreprise. Imposer la désignation d'un médiateur d'entreprise ne répondrait pas à la philosophie de la médiation, qui par essence repose sur le volontariat³⁴.

7.2. ORDONNANCE DU TRIBUNAL OU DE LA CHAMBRE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS

Le président du tribunal ou la chambre des entreprises en difficultés (qui statue également par ordonnance bien que la chambre soit composée de trois juges) fixe par ordonnance l'étendue et la durée de la mission du médiateur d'entreprise³⁵. Le pouvoir du tribunal est donc extrêmement limité car l'ordonnance doit respecter les limites et le cadre de la demande du débiteur. Aucune mission ne peut être imposée au débiteur sans son accord (mais le tribunal ou la chambre des entreprises en difficultés peut suggérer une mission adéquate pour un problème spécifique)³⁶.

²⁷ A. ZENNER, *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises – Prévention et réorganisation judiciaire des entreprises en difficulté*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, n° 31, p. 58.

²⁸ Dans le même sens voy. I. VROUGSTRAETE, « Les mesures conservatoires », in *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, éd. 2010-2011, Kluwer, 2010, p. 91 et F. MOURLON BEERNAERT, P.-S. GENNARI CURLO, « 1- Les enquêtes commerciales et le fonctionnement des chambres d'enquête » in *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 16.

²⁹ Doc. parl., Ch, n° 52, 0160/002, p. 51.

³⁰ Doc. parl., Ch, n° 52, 0160/002, p. 51.

³¹ Ce principe est également rappelé dans les travaux préparatoires de la LCE. Voy. Doc. parl., Ch, n° 52, 0160/002, p. 51.

³² D. WILLERMAIN, « Les mandataires de justice dans la loi sur la continuité des entreprises » in *La loi relative à la continuité des entreprises*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 126 ; A. ZENNER, J.-P. LEBEAU, ET C. ALTER, « Section 5 - Les médiateurs d'entreprise et mandataires de justice » in *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 92 et J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009/14, n° 6348, p. 239.

³³ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Droit judiciaire » in *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 191-239.

³⁴ I. VROUGSTRAETE, « Les mesures conservatoires », in *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, éd. 2010-2011, Kluwer, 2010, p. 90.

³⁵ Article 36 du Livre XX du Code de droit économique.

³⁶ A.-A. HENDERICKX, E. VAN DER GRACHT ET A. SAUSSEZ, « Section 5 - Les différents mandats de justice visés par la loi relative à la continuité des entreprises », in *Loi sur la continuité des entreprises en pratique : regards croisés, ajustements et bilan*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014, p. 117.

7.3. FIN DE LA MISSION

La médiation est basée sur le principe du volontarisme. Par conséquent, la mission du médiateur prend fin lorsque soit le débiteur, soit le médiateur le décide. La mission du médiateur peut se prolonger même après l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire lorsque le débiteur et le médiateur le désirent. Rien n'empêche le médiateur d'entreprise d'être nommé mandataire de justice sur la base de l'article XX.85 CDE à un stade ultérieur de la procédure³⁷.

Le rôle du tribunal se limite au constat de la fin de la mission du médiateur lorsque le débiteur, ou le médiateur a notifié sa volonté de terminer la mission³⁸. Par ailleurs, le médiateur n'est pas tenu de remettre un rapport au tribunal ou à la chambre des entreprises en difficultés conformément aux règles de confidentialité. Un devoir de rapport au tribunal pourrait néanmoins se concevoir dans l'hypothèse où le débiteur marquerait son accord sur ce point³⁹.

En pratique, ce rapport pourrait offrir au médiateur plus de légitimité. Les acteurs de l'entreprise seront vraisemblablement plus disposés à entendre et répondre à ses conseils s'ils savent que la mission du médiateur fera l'objet d'un rapport ultérieur présenté au tribunal.

8. CONCLUSION

La désignation d'un médiateur d'entreprise est un outil puissant mais regrettablement méconnu et trop peu utilisé en droit belge⁴⁰. Les raisons de cette impopularité sont doubles. D'une part, les dirigeants d'entreprise ignorent bien souvent l'existence des différents outils mis à leur disposition par la loi relative à l'insolvabilité. D'autre part, les idées reçues selon lesquelles la désignation d'un médiateur d'entreprise ne trouverait d'intérêt que dans les petites sociétés ne favorisent pas son essor.

La présente contribution a pour objectif de mettre en exergue les avantages offerts par l'institution du médiateur et ostraciser les stigmates selon lesquels le médiateur ne trouve de raison d'être qu'au sein des « petites » structures. Selon nous, le médiateur d'entreprise trouve d'autant plus de raison d'être

dans les grandes structures sociétales au sein desquelles des problèmes plus complexes et une dimension internationale trouvent plus souvent à s'appliquer.

Une intervention discrète en amont des difficultés avérées du débiteur, menée par le management de la société soutenu par un tiers expérimenté, se profile comme une solution efficace et pragmatique qui répond aux problématiques modernes des différents acteurs. Les compétences et qualités inhérentes à la fonction du médiateur constituent une formule idéale à l'obtention rapide d'un accord ou d'un transfert négocié et raisonné.

Le médiateur d'entreprise permet une analyse complète et circonstanciée des difficultés auxquelles l'entreprise doit faire face. La flexibilité de son statut et la souplesse de la procédure autorise la société à personnaliser le profil du médiateur en fonction de ses besoins et ses objectifs. A l'heure actuelle, la désignation d'un médiateur d'entreprise sur pied de l'article XX.36 du CDE offre au débiteur le seul instrument capable de prendre en considération la réalité de l'entreprise et son domaine d'activité ainsi que les facteurs sociaux et humains inhérents à la structure sociétale de cette dernière.

Tant les travaux préparatoires de la LCE que ceux de la réforme législative de 2017 ont mis en exergue l'importance capitale des négociations pré-procédurales dans le cadre des procédures de réorganisation judiciaire. Le médiateur d'entreprise constitue l'outil flexible destiné à cette intention.

Les défis actuels entravant son application plus systématique sont malheureusement nombreux. Premièrement, les chambres d'enquête des entreprises en difficultés ne semblent pas suffisamment familières avec ce mécanisme. Il serait souhaitable que ces dernières suggèrent de manière plus systématique au débiteur en difficulté le recours à l'article XX.36 du CDE, éventuellement, à un stade encore moins avancé dans les difficultés (sur base de la nomenclature des clignotants déjà reconnus).

De plus, certaines institutions privées effectuent déjà un travail d'analyse des difficultés rencontrées par les entreprises présentes sur le marché

belge en marge des chambres d'enquête commerciale (comme l'entreprise Graydon). La mise en place d'une plateforme de partage des données récoltées par les différentes institutions privées constituerait une option efficace dans l'objectif de promouvoir la continuité des entreprises.

Enfin, un travail de sensibilisation devra être fait auprès des dirigeants des entreprises en difficultés afin d'attirer leur attention sur les avantages de la méthode et du risque, potentiel mais réel, pour eux de se retrouver déchargés de leur fonction en raison d'une faute commise dans l'exercice de cette dernière.

³⁷ I. VEROUGSTRAETE, « Les mesures conservatoires », in *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, éd. 2010-2011, Kluwer, 2010, p. 91.

³⁸ Doc. parl. Ch, n° 54 2407/001, p. 50-51.

³⁹ I. VEROUGSTRAETE, « Les mesures conservatoires », in *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, éd. 2010-2011, Kluwer, 2010, p. 91.

⁴⁰ N. OUCHINSKY, « § 2. - Les moyens d'action contre les carences de gestion et la mauvaise foi du débiteur » in *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 67.