
Le prepack en droit belge : état de la question et perspectives

Auteur : Lixon, Catherine

Promoteur(s) : Georges, Frederic

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

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

Année académique : 2021-2022

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/14694>

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.

Le *prepack* en droit belge : état de la question et perspectives

Catherine LIXON

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit économique et social

Année académique 2021-2022

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Frédéric GEORGES

Professeur ordinaire

RESUME

Même si la pandémie de la Covid-19 n'est plus qu'un mauvais souvenir, il est incontestable que celle-ci a laissé des traces négatives certes, mais parfois aussi positives. En effet, face aux estimations alarmantes des économistes, le législateur belge a adopté des mesures pour faire face à ces difficultés annoncées. Parmi ces mesures, l'article XX.39 /1 a vu le jour au sein du livre XX du Code de droit économique pour permettre aux entreprises de se restructurer de manière préventive. Cet article consacre pour la première fois, formellement en Belgique, une procédure directement inspirée de la pratique anglo-saxonne¹, la procédure de *prepack*.

La procédure de *prepack* s'inscrit plus largement dans ce qui est communément appelé la *preinsolvency* et se fonde sur la notion de valeur².

L'objectif de cette contribution est de faire le point sur le *prepack* tel qu'il existe en Belgique actuellement tout en tentant d'y apporter un regard critique dans une perspective de *lege ferenda*.

¹ Voy. Y. BRULARD, « Pré-insolvency », *foro*, 2020, p.7 : "Historiquement, ces procédures se sont développées aux Etats-Unis et au Royaume-Uni ».

² Voy. *infra* p. 8.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	7
LE DROIT DE L'INSOLVABILITE FONDE SUR LA VALEUR DE L'ENTREPRISE.....	7
PLAN DU TRAVAIL.....	9
I. LE PREPACK : DEFINITION ET AVANTAGES	11
1. DÉFINITION DU <i>PREPACK</i>	11
2. AVANTAGES DU <i>PREPACK</i>	12
3. ILLUSTRATIONS EN JURISPRUDENCE.....	14
3.1. L'affaire "Redirack".....	14
3.2. L'affaire "Pain quotidien".....	15
II. LE PREPACK ACCORD	17
1. SUR L'OPPORTUNITE D'UNE PROCEDURE <i>PREPACK</i> A LA BELGE.....	18
1.1. Du risque de délocalisation.....	18
1.2. De l'efficacité à l'étranger.....	19
1.3. Du médiateur d'entreprise.....	20
2. APERÇU GENERAL DE LA DIRECTIVE (UE) 2019/1023.....	21
2.1 Un cadre de restructuration préventive.....	21
2.2. Le principe du <i>debtor in possession</i>	22
2.3. La suspension des poursuites individuelles.....	22
2.4. Les classes de créanciers et l'adoption du plan de restructuration.....	23
3. LE <i>PREPACK</i> ACCORD SOUS L'ANGLE DE L'ARTICLE XX.39/1 DU CDE.....	24
3.1. Introduction.....	24
3.2. Caractéristiques.....	25
a) <i>Ouverture de la procédure</i>	25
b) <i>Désignation d'un juge délégué</i>	26
c) Confidentialité et rapidité.....	27
d) <i>Intervention d'un mandataire</i>	27
e) <i>Les termes et délais</i>	33
f) <i>Issue de l'accord préparatoire</i>	34
III. LE PREPACK TRANSFERT	38
1. LE PREPACK TRANSFERT TEL QUE CONSACRE PAR LE PROJET DE LOI DU 20 AVRIL 2017 : LA PROPOSITION DE LA FAILLITE SILENCIEUSE.....	39

1.1. Présentation.....	39
1.2. Critiques.....	39
2. LES ARRETS SMALLSTEPS, PLESSERS ET HEIPLOEG DE LA CJUE.....	40
2.1. Contexte.....	40
2.2. Les arrêts Smallsteps et Plessers : présentation.....	41
a) <i>L'arrêt Smallsteps</i>	41
b) <i>L'arrêt Plessers</i>	42
2.3. Les arrêts Smallsteps et Plessers : conséquences.....	44
2.4. L'arrêt Heiploeg : présentation et conséquences.....	49
3. LE <i>PREPACK TRANSFERT</i> A LA BELGE.....	52
3.1. Le <i>prepack transfert</i> par le recours combiné de l'article XX.36 du CDE et de la PRJ par transfert.....	52
3.2. Le <i>prepack transfert</i> par le biais du nouvel article XX.39/1 du CDE.....	53
CONCLUSION.....	55
BIBLIOGRAPHIE.....	59
1. LEGISLATION	59
1.1. Législation internationale.....	59
1.2. Législation européenne.....	59
1.3. Législation belge.....	59
1.4. Documents parlementaires.....	60
2. JURISPRUDENCE.....	61
2.1. Jurisprudence européenne.....	61
2.2. Jurisprudence belge.....	61
3. DOCTRINE.....	62
3.1. Monographies et ouvrages collectifs.....	62
3.2. Articles.....	63
3.3. Article de presse.....	65
4. SOURCES INTERNET.....	66

INTRODUCTION

LE DROIT DE L'INSOLVABILITE FONDE SUR LA VALEUR DE L'ENTREPRISE

Mars 2020 marquait le début du premier *lockdown*, l'épidémie de la Covid-19 faisant rage. Cette épidémie, outre le fait qu'elle a considérablement changé notre mode de vie, a également eu un impact non négligeable sur l'économie. En effet, de nombreux secteurs ont été touchés en plein cœur et se sont vu contraints de cesser leurs activités ou du moins, de les ralentir.

Selon des estimations réalisées par *Graydon*, environ 50 000 faillites étaient attendues en plus du nombre « normal » sur plusieurs années³. Sur ce chiffre, un grand nombre concernait des PME qui ne représentent pas moins de 90% des entreprises du secteur privé et génèrent plus de la moitié des emplois⁴.

Face à ce constat, une question se pose : « N'est-il pas temps d'adapter le droit de l'insolvabilité afin d'apporter une réponse efficace à cette crise mais aussi aux potentielles crises futures »⁵ ?

Repenser la finalité du droit de l'insolvabilité n'est pas nouveau. D'abord perçu comme « réprimandeur » du débiteur défaillant, puis comme « pro-créditeur », le droit de l'insolvabilité s'est tourné aujourd'hui vers une logique de sauvetage de l'entreprise en difficulté⁶ fondée sur le principe de seconde chance (inspiré notamment du droit américain)⁷.

Cette nouvelle approche n'est néanmoins pas dépourvue de critiques. Certains prônent en effet un véritable « darwinisme »⁸ considérant que cette conception est idéaliste et n'est pas

³ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *Prépack et Préinsolvency à la lueur du livre XX de la loi du 21 mars 2021 et de la directive restructuration*, Limal, Anthemis, 2021, p. 72. Voy également. GRAYDON/FEB, « rapport PME » disponible sur [Le rapport PME 2021 | Graydon](#), 25 janvier 2021.

⁴ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *ibidem*, p. 14.

⁵ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *ibidem*, p. 10.

⁶ N. THIRION et al., *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 637 et s.

⁷ N. PICOD, « La directive Restructuration et insolvabilité du 6 juin 2019 : tout changer pour que rien ne change... », *R.A.E.*, 2019, n° 3, p. 586.

⁸ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, pp. 72- 73.

une stratégie économiquement adéquate. L'élimination de certaines entreprises par la faillite serait la condition nécessaire à une économie florissante.

Pourtant, la pratique a vu de nombreuses entreprises, qui par manque de trésorerie, ont connu des difficultés les menant parfois à la faillite mais qui en sont sorties grandies. Ces acteurs de l'économie, autrefois décriés, font office aujourd'hui de figure de proue dans leur secteur, employant de nombreux travailleurs, créant du PIB⁹ et participant au bien commun en payant des impôts et des cotisations sociales.

Ceci n'est en réalité compréhensible qu'au départ de la notion de *valeur*. Le droit de l'insolvabilité utile à la collectivité et efficace pour répondre à la crise, est celui qui, par le biais de la valeur de l'entreprise, juge en amont de la viabilité de l'entreprise « à sauver » (la perte doit être proportionnelle à la valeur actuelle et future du débiteur) et qui, par ses procédures rapides, efficaces et confidentielles contribue à maintenir, en aval, la valeur de l'entreprise défaillante¹⁰.

C'est précisément sur cette notion de *valeur* que se fonde le mécanisme du *prepack* et plus généralement la Directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019¹¹. Un des objectifs de celle-ci est d'ailleurs de permettre aux *entreprises viables* (nous soulignons) d'avoir accès à des cadres de restructuration préventive¹². De plus, elle vise aussi à « prévenir la suppression des emplois, la perte de savoir-faire et de compétence, pour optimiser *la valeur* totale (nous soulignons) attribuée aux créanciers par rapport à ce qu'ils recevraient en cas de faillite [..]»^{13 14}.

Cette Directive devait initialement être transposée en droit belge le 17 juillet 2021. Cependant, cela a été reporté au 17 juillet 2022. En attendant, une loi temporaire du 21 mars 2021 apportant des modifications au livre XX du Code de droit économique (ci-après

⁹ Produit intérieur brut.

¹⁰ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 83.

¹¹ Voy. la Directive (UE) 2019/1023 du Parlement 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, 26 juin 2019.

¹² N. PICOD, *op.cit.*, p. 586. Voy également. le considérant 1 de la Directive (UE) 2019/1023.

¹³ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 44.

¹⁴ Voy. les considérants 1 à 15 de la Directive (UE) 2019/1023.

CDE) sur l'insolvabilité et en particulier, aux procédures de réorganisation judiciaire¹⁵, a été promulguée dans le cadre de la pandémie liée à la crise de la Covid-19. Les dispositions de cette loi¹⁶ bien que normalement temporaire, ont été prolongées par arrêté royal¹⁷ jusqu'au 16 juillet 2022, soit à la date prévue pour la transposition de la Directive.

Cette loi a inséré dans le paysage juridique belge un mécanisme de *prepack*. Le *prepack* en ce qu'il vise à « préparer », « préemballer » une procédure d'insolvabilité semble, en effet, la procédure idéale pour répondre aux objectifs de la Directive européenne¹⁸.

PLAN DU TRAVAIL

Dans le cadre de ce travail, nous commencerons par définir le terme *prepack*. Par ailleurs, nous énumérerons certains de ses avantages et les prouverons à l'aide de deux exemples tirés de la jurisprudence belge. Nous présenterons ainsi deux affaires : l'affaire « Redirack » (2011) et l'affaire « Pain quotidien » (2020) (I).

Ensuite, nous ferons le point sur l'actualité du droit belge en matière de *prepack* en distinguant le *prepack accord* du *prepack transfert* ou *prepack cession*.

Concernant le *prepack accord*, nous commencerons par évoquer l'opportunité de consacrer formellement un mécanisme de *prepack* en droit belge. Ensuite, nous présenterons quelques dispositions de la Directive (UE) 2019/1023 pertinentes en l'espèce. Enfin, nous commenterons le nouvel article XX.39/1 du CDE de la loi du 21 mars 2021 (II).

Concernant le *prepack transfert*, nous présenterons d'abord la proposition de loi sur la faillite silencieuse proposée en 2017 mais abandonnée à la suite, du moins en apparence, du prononcé de l'arrêt Smallsteps par la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après CJUE). Nous nous pencherons sur cet arrêt ainsi que sur les arrêts Plessers et Heiploeg de la CJUE

¹⁵ Voy. la loi du 21 mars 2021 modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des impôts sur les revenus 1992, *M.B.*, 26 mars 2021.

¹⁶ Plus précisément les articles 2, 4 à 12 qui normalement cessaient d'être en vigueur le 30 juin 2021. Les articles 3, 13 et 14 n'entreront quant à eux en vigueur qu'au 1^{er} janvier 2023.

¹⁷ Voy. l'arrêté royal du 24 juin 2021 portant prolongation des articles 2, 4 à 12 de la loi du 21 mars 2021 modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des impôts sur les revenus 1992, *M.B.*, 29 juin 2021.

¹⁸ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 84. Voy également *infra* p. 11.

en mesurant leur impact sur le *prepack transfert*. Enfin, nous exposerons quelques moyens en droit belge qui permettent de mettre en œuvre ce mécanisme (III).

Pour terminer, au vu de ces développements, nous tenterons de conclure quant à l'état actuel de la procédure de *prepack* et de ses perspectives en droit belge (IV).

I. LE PREPACK : DEFINITION ET AVANTAGES

La Directive (UE) 2019/1023 impose aux Etats membres en son article 4.1 d'introduire un cadre de restructuration préventive afin d'éviter d'une part, l'insolvabilité pour les entreprises viables qui ont un plan faisable et d'autre part, de maintenir la valeur de l'entreprise¹⁹.

Comme déjà évoqué dans l'introduction, le mécanisme du *prepack* permet de se conformer aux objectifs de la Directive. En effet, celui-ci peut jouer un rôle de filtre en ce qu'il ne fait rentrer que des entreprises viables et liquides dans une procédure subséquente. Par ailleurs, de par ses avantages que nous décrirons ci-dessous, il assure le maintien de la valeur de l'entreprise.

Avant tout chose, il convient de répondre à la question de savoir ce que recouvre cette notion de *prepack*.

1. DEFINITION DU PREPACK

Le terme *prepack* n'est pas aisé à définir en ce sens qu'il est utilisé dans le monde entier mais sous des formes assez différentes²⁰. Cependant, à travers toutes ces formes, il y a un dénominateur commun et des caractéristiques identiques.

De manière générale et sans connotation aucune, le *prepack* peut se définir comme une procédure à deux volets ; le premier au cours duquel « une restructuration est négociée et conclue de manière confidentielle »²¹ et le second par lequel « cet accord est officialisé dans le cadre d'une procédure » d'*insolvency* ou de *preinsolvency*²² « laquelle sera en principe brève puisque l'accord aura été élaboré et négocié durant la première phase »²³.

¹⁹ Voy. l'article 4.1 de la Directive (UE) 2019/1023.

²⁰ Y. NG et J. INGRAM , « The Art of the Pre-Pack » disponible sur [The Art of the Pre-Pack – Global Restructuring Review](#), *s.d.*, consulté le 15 mai 2022.

²¹ Z. PLETINCKX et C. ALTER, « La loi du 21 mars 2021 modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des impôts sur les revenus 1992 », *J.T.*, 2021, p. 367 ; Y.BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 612 ; Y. NG et J. INGRAM et, *op.cit.*, p. 1.

²² Voy. *infra* p. 18.

²³ Z. PLETINCKX et C. ALTER, « La loi du 21 mars 2021 modifiant le livre XX du Code de droit économique ... », *op. cit.*, p. 367.

Cette procédure recouvre deux types d'opérations. D'une part, s'inspirant des *prepackaged plans* aux Etats-Unis²⁴, elle sert à négocier et élaborer des accords au mieux des intérêts des créanciers et de tous les détenteurs d'intérêts²⁵. Nous parlerons dans ce cas de *prepack accord*.

D'autre part, elle vise à réaliser des transferts d'entreprises. Le *prepack* envisagé sous cet angle s'inspire directement de l'*administration* anglais²⁶. Nous parlerons dans ce cas, pour envisager sa réception en droit belge, de *prepack transfert*.

Le *prepack* par ses caractéristiques, présente un grand nombre d'avantages. Nous en énumérerons les principaux dans les lignes qui suivent.

2. AVANTAGES DU PREPACK

Un des principaux avantages du *prepack* est sans conteste l'absence de publicité qui s'attache à cette procédure. Une des caractéristiques des procédures *prepack* est qu'elles commencent dans la confidentialité ou à tout le moins de manière discrète²⁷. Ces procédures étant en effet souvent ouvertes « de manière unilatérale ou en présence de quelques créanciers, au pire de manière semi-collective »²⁸.

Bien qu'elles ne se poursuivent pas toujours de manière confidentielle ou discrète (dans le cadre du second volet, on peut recourir à une procédure publique), cette absence de publicité permet de préserver la valeur de l'entreprise. En effet, la publicité dans les

²⁴ C'est ce qu'on appelle les « *prepacked chapter 11* ». Voy. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 309 : « Le *prepack* américain, à la différence du *prepack* anglais, vise avant tout à prénégocier, dans une forme de secret, les accords qui pourront être entérinés par le juge de la faillite dans le cadre du Chapter 11 ».

²⁵ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 612.

²⁶ Voy. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *ibidem*, p. 242 : « On peut considérer que l'administration prépackagée est un contrat en vertu duquel un plan de cession de l'entreprise est négocié et accepté par les parties prenantes avant la nécessité de passer par une procédure d'insolvabilité plus structurée (..) Le *prepack* au Royaume-Uni se distingue du *prepack* américain en ce que le second vise, avant tout, à préparer un plan négocié de réorganisation, tandis que le premier vise, avant tout, à permettre la cession de l'entreprise à un tiers » (c'est nous qui soulignons).

²⁷ Y. BRULARD, « Le preinsolvency à la suite de la loi du 21 mars 2021 réformant le livre XX du Code de Droit économique : une opportunité de mettre en œuvre des techniques de restructuring créatives », *R.G.F.C.P.*, 2021, p. 6.

²⁸ Y. BRULARD, *ibidem*.

procédures peut « rapidement mener à des réactions négatives » du marché²⁹. Elle risque d'entraîner un manque de confiance dans le chef des acteurs économiques qui n'accepteront plus de traiter avec l'entreprise défaillante. La publicité, dans ce contexte, colle en réalité une étiquette négative sur l'entreprise³⁰. Cependant, le caractère confidentiel et discret du *prepack* a parfois fait apparaître quelques épines au sein de ce bouquet de roses. On a vu, et notamment lors des *prepack administration* pratiqués au Royaume-Uni, des abus et des interrogations sur le plan de l'égalité entre les créanciers, de l'indépendance de l'*administrator*³¹ ou encore de l'absence d'un contrôle judiciaire suffisant *a priori*³². Nous verrons *infra* comment sont traitées ces problématiques par la loi du 21 mars 2021.

Ensuite, un autre avantage du *prepack* est qu'il s'agit d'une procédure plus souple et peu coûteuse³³. Une nuance sera néanmoins apportée en ce qui concerne les petites PME³⁴.

Enfin, le *prepack* permet aussi de mettre en place « des techniques créatives de restructuring »³⁵. Cela s'explique par la liberté contractuelle qui entoure la négociation de

²⁹ 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 ?*, A. Despoutin (dir.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 158. ; Y. BRULARD, « Prepack insolvency dans la pratique anglo-saxonne au regard de la loi sur la continuité des entreprises », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité*, A. Zenner et M. Dal (dir.), Bruxelles, Larcier, 2012, pp.699 -700.

³⁰ Il ressort d'ailleurs de l'exposé des motifs de la proposition de loi instituant l'article XX. 39/1 du CDE que : « Inspiré de la procédure "prepackaged bankruptcy" dans la procédure du Chapitre 11 américain, cet amendement entend remédier à cette situation en prévoyant un cadre légal pour négocier un plan de réorganisation sans qu'y soit associée une publicité négative et permet de réduire au minimum la période de sursis et de faire coïncider immédiatement la publication des problèmes financiers et/ou économiques de l'entreprise avec une proposition de résolution de ces problèmes sous la forme d'un plan de réorganisation préalablement négocié pouvant, selon toute vraisemblance, être homologué à court terme par le tribunal. Cela limiterait l'insécurité chez les partenaires commerciaux actuels et potentiels de l'entreprise en difficulté, ce qui aura un effet positif sur la création de nouvelles relations contractuelles et la poursuite des relations contractuelles existantes. De ce fait, les entreprises en difficulté devraient également être plus rapidement prêtes à chercher une solution à leurs difficultés financières et/ou économiques. Le délai abrégé en ce qui concerne le sursis aura également une influence positive sur la charge de travail des tribunaux de l'entreprise » (c'est nous qui soulignons). Voy. Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, exposé des motifs, Doc., Ch., 2020-2021, n°1337/004, p.10.

³¹ Sorte de mandataire dans le *prepack administration* anglais.

³² Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 700 ; R. AYDOGDU, « la réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017... », *op.cit.*, p.160.

³³ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 78.

³⁴ Voy. *infra* p. 28.

³⁵ Y. BRULARD, « Le preinsolvency à la suite de la loi du 21 mars 2021... », *op.cit.*, p. 8.

ces accords. Les protagonistes sont en effet beaucoup plus libres de recourir à des techniques de restructuration telles que le *carve-out*³⁶, la conversion en actions de créances ou encore l'*equityzation*³⁷.

En somme, le *prepack* offre des outils adaptés pour chaque entreprise quelle que soit sa taille. Comme l'a écrit Y. Brulard dans une de ses contributions, le *prepack* est un mécanisme efficace en ce qu'il permet « de pallier l'impréparation financière et économique pour les TPE et les petites PME, de maintenir les fonds de roulement pour les petites et moyennes PME et de ne pas perdre la confiance des marchés financiers pour les grandes PME ou entreprises »³⁸.

Afin d'illustrer l'efficacité du *prepack*, nous nous attarderons sur deux illustrations issues de la jurisprudence belge.

3. ILLUSTRATIONS EN JURISPRUDENCE

D'abord, nous avons choisi de nous pencher sur l'affaire *Redirack*. Cette affaire n'est pas la plus récente vu que son jugement a été rendu en 2011 mais semble être une des premières dans laquelle une juridiction belge a mis en œuvre un mécanisme de *prepack* et plus particulièrement ici, de *prepack transfert*.

3.1. L'affaire « Redirack »

En l'espèce³⁹, le tribunal de commerce de Nivelles avait désigné en date du 30 septembre 2010, un médiateur qui reçut pour mission de préparer une procédure de transfert sous autorité de justice d'une entreprise en difficulté. Cette entreprise était active sur un marché

³⁶ Il s'agit d'une « opération par laquelle une entreprise transfère une branche d'activité rentable à une autre entreprise souvent liée dans le but de l'isoler des activités moins rentables et d'éviter ainsi que des difficultés liées aux activités moins rentables ne finissent par contaminer l'activité rentable ». Voy. Y. BRULARD, « Le preinsolvency à la suite de la loi du 21 mars 2021... », *op.cit.*, p. 12.

³⁷ Il s'agit d'une « technique traitant les créanciers comme des actionnaires sans conversation de leur créance en action en proposant un paiement basé sur la monétisation ultérieure de la valeur de l'entreprise ». Voy. Y. BRULARD, « Le preinsolvency à la suite de la loi du 21 mars 2021... », *op.cit.*, p. 16.

³⁸ Y. BRULARD, « Le preinsolvency à la suite de la loi du 21 mars 2021... », *op.cit.*, p.7.

³⁹ Comm. Nivelles (prés.), 30 septembre 2010, R.G. n°B/10/269, inédit ; Comm. Nivelles, 21 février 2011, R.G. n°B/11/00048, inédit ; Comm. Nivelles, 24 mars 2011, R.G. n°A/11/00453, inédit.

compétitif si bien que la publicité d'une procédure ordinaire aurait été fortement néfaste pour elle en ce qu'elle s'exposerait à une réaction négative de ses clients. Pour éviter cela, le médiateur désigné se mit à la recherche d'offres pour cette cession et ce, en toute confidentialité. Par ailleurs, il conclut des conventions collectives avec les travailleurs et négocia avec les créanciers. Au terme de la mission du médiateur (lorsque celui-ci conclut une cession sous condition suspensive de l'homologation du tribunal), l'entreprise sollicita l'ouverture d'une réorganisation judiciaire par transfert. Le médiateur fut désigné mandataire de celle-ci. A peine un mois et trois jours après le dépôt de la requête, le tribunal autorisa le transfert sous autorité de justice à la suite d'une offre d'un candidat repreneur qui avait été approché par le médiateur lors de la phase préparatoire.

L'avantage de cette procédure résidait dans la confidentialité dans laquelle le médiateur a travaillé pour approcher de potentiels repreneurs ainsi que dans la rapidité avec laquelle la procédure de réorganisation judiciaire (ci-après PRJ) s'est déroulée. Cela a permis d'exposer le moins possible l'entreprise sur la place publique et de conserver sa valeur.

3.2. L'affaire « Pain quotidien »

Un autre exemple quant à lui beaucoup plus récent, est l'affaire « Pain Quotidien ». Fleuron dans son domaine, la chaîne de boulangerie et de restauration connut pourtant des difficultés financières et fit l'objet d'une procédure en réorganisation judiciaire devant le tribunal de l'entreprise de Bruxelles en 2020. Cette société, comprenant un peu moins de 300 restaurants et présente dans 20 pays⁴⁰, eut elle aussi recours à la *preinsolvency* ; ce qui lui permit une restructuration rapide tout en préservant sa valeur. Dans ce dossier, des médiateurs furent également désignés afin de réaliser un « test implicite de valeur de marché aux différents fonds de commerce en Belgique, en France, au Royaume-Uni, aux Etats-Unis et en Irlande »⁴¹. Cela permit de négocier avec les banques « un rachat de leur créance gagiste »⁴² et d'aligner en réalité les intérêts en présence des différents protagonistes. Ainsi, une PRJ accord collectif avec cession d'entreprise eut lieu et ce, en

⁴⁰ « En 2017, le groupe compte alors 271 restaurants dans 21 pays, emploie 9.000 collaborateurs et enregistre un chiffre d'affaires de 392 millions d'euros ». Voy. J. LEMPEREUR, « Le Pain quotidien : les coulisses d'un sauvetage », *Trends Tendances*, 4 juin 2020.

⁴¹ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit*, p. 528.

⁴² La dette gagiste en ce qu'elle portait sur le débiteur mais aussi sur toutes ses filiales empêchait une « restructuration globale du groupe ». Voy. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *ibidem*, p. 550.

moins de 6 semaines⁴³. Par ailleurs, dans la même affaire, les médiateurs avaient préparé un accord amiable dans lequel était consacré la cession d'une licence de droits intellectuels à un repreneur américain afin de financer le Chapter 11⁴⁴ aux Etats Unis.

Le recours au *prepack*, a clairement permis à ces deux acteurs économiques de se restructurer à moindre mal.

⁴³ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *ibidem*, p. 528.

⁴⁴ Le chapitre 11 du Bankruptcy code contient l'ensemble des règles relatives à la réorganisation d'entreprises.

II. LE PREPACK ACCORD

La loi du 21 mars 2021 a introduit dans le paysage juridique belge un mécanisme de *prepack accord* en insérant un nouvel article au sein du livre XX du CDE, l'article XX. 39/1 du CDE.

Cette loi n'est que temporaire. Le Conseil d'Etat, dans son premier avis, avait d'ailleurs rappelé que cette législation n'avait pas vocation à transcrire de manière complète la Directive (UE) 2019/1023 mais plutôt de répondre à un besoin de procédures de restructuration efficaces dans le cadre de l'épidémie de la Covid-19⁴⁵. C'est pourquoi, dans le cadre de ce travail, nous commenterons le nouvel article XX.39/1 du CDE en essayant de comprendre en quoi il s'inscrit dans le cadre de la Directive européenne mais en gardant un esprit critique sur ce qui devrait encore être modifié à l'occasion de la transposition complète de celle-ci.

Pour ce faire, nous donnerons une aperçu général des dispositions de la Directive (UE) 2019/1023 pertinentes en l'espèce puis, nous expliquerons plus en détail le mécanisme prévu par le nouvel article XX.39/1 du CDE.

Avant tout chose, il convient de se poser la question de l'opportunité d'introduire en droit belge, non pas le *prepack* en tant que tel (cela a déjà été démontré ci-dessus)⁴⁶ mais d'élaborer une procédure parallèle de ce qui existe déjà au sein du Livre XX du CDE. Dans les deux illustrations évoquées ci-dessus, un *prepack* a en effet été réalisé en combinant la désignation d'un médiateur d'entreprise prévu à l'article XX.36 du CDE avec une procédure en réorganisation judiciaire par accord collectif, par accord amiable voire même par transfert sous autorité de justice.

⁴⁵ Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/002, p. 4.

⁴⁶ Voy. *supra* pp. 12 à 18.

1. SUR L'OPPORTUNITE D'UNE PROCEDURE *PREPACK* A LA BELGE

L'article 4.1 de la Directive oblige seulement la création d'un cadre d'harmonisation minimale⁴⁷. En réalité, deux écoles s'affrontent quant à l'étendue de la future transposition de la Directive. Certains considèrent qu'une adaptation des procédures de *preinsolvency* qu'offre déjà le livre XX avec combinaison d'une PRJ ordinaire suffirait à rencontrer les objectifs européens. La *preinsolvency*, par opposition à l'*insolvency* couvrirait en droit belge « les procédures d'accord amiable homologué ou non, du médiateur d'entreprise, le mandataire, la PRJ accord amiable et la procédure accord collectif »⁴⁸. D'autres, en revanche, défendent une harmonisation maximale, « ambitieuse » de la Directive et prônent la mise en place d'un régime « parallèle » se rapprochant de ce qui existe dans les pays voisins⁴⁹.

1.1. Du risque de délocalisation

Cette seconde approche se justifie tout d'abord par le fait que le manque d'efficacité des procédures de *preinsolvency* pourrait mener à des délocalisations d'importantes entreprises qui trouveraient dans le droit étranger meilleur soulier à leur pied. Cela a été le cas de beaucoup de sociétés⁵⁰. L'exemple le plus célèbre est sans doute celui de la société Nyrstar⁵¹. Nyrstar était une société de droit belge, ayant son siège social en Belgique. Bien

⁴⁷ A. DE COOMAN, « Cadres de restructuration préventive en droit belge, où en est-on ? », *Les Pages*, 2022, p.1.

⁴⁸ Voy. Y. BRULARD, « Le *preinsolvency* à la suite de la loi du 21 mars 2021... », *op.cit.*, p. 6 : « L'*insolvency* contiendrait en revanche en Belgique les procédures de PRJ transfert sous autorité de justice, d'administrateur provisoire, de faillite, de liquidation judiciaire et de liquidation amiable ». Voy. Y. BRULARD, « Le *preinsolvency* à la suite de la loi du 21 mars 2021... », *op.cit.*, p. 6.

⁴⁹ Voy. A. ZENNER, « La directive du 20 juin 2019 sur la restructuration préventive, la remise de dettes et les déchéances et l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes », *D.A.O.R.*, 2021, p. 37 : « Les spécialistes belges du droit de l'insolvabilité semblent partagés sur les modalités de la transposition de la Directive, sur l'orientation de laquelle aucune indication précise n'était encore disponible à la rentrée judiciaire de 2020. Certains se tiendraient à une adaptation a minima de la procédure de réorganisation judiciaire ; d'autres prônent l'adoption d'un régime parallèle plus souple et plus efficace, à l'exemple de ce qui s'est fait ou se prépare dans les pays voisins. Ce dernier terme de l'alternative paraît préférable : il pourrait offrir aux débiteurs étrangers comme aux débiteurs belges une solution alignée sur les meilleures pratiques internationales, aisément identifiable et compréhensible » (c'est nous qui soulignons).

⁵⁰ Voy. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 221 : « (...)cette délocalisation est très fréquente et a concerné de entreprises néerlandaises, allemandes, espagnoles, françaises, italiennes, et dans près de trente pays du monde, notamment dans les affaires *Re Magyar Telecom BV*, *Re Rodenstock GmbH* (2012 BCC 459 at (60) Briggs ; *Re Seat Pagine Gialle SPA* (2012 EWHC 3686 (Ch) at (13 David Richards J) [...] ».

⁵¹ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *ibidem.*, pp. 220-221.

qu'elle n'ait pas son COMI⁵² situé au Royaume-Uni, trouvant le droit anglais plus offrant, Nyrstar a constitué une société chez nos voisins britanniques et a recouru, là-bas, à une procédure de *preinsolvency*⁵³. Pour éviter ce genre de délocalisation et être reconnue comme un lieu d'investissement et de progrès, la Belgique devrait se munir d'une procédure de *prepack* aussi efficace que ses pays voisins. Et, selon certains auteurs, cela ne peut se réaliser que par une réforme ambitieuse du livre XX du Code de droit économique⁵⁴.

1.2. De l'efficacité à l'étranger

Ensuite, dans un grand nombre de cas, il est essentiel d'avoir égard à l'efficacité des procédures de *preinsolvency* à l'étranger. Il arrive souvent que la restructuration d'une entreprise demande de jongler avec des procédures et du droit de différents Etats⁵⁵. Or, la figure du médiateur ne sera pas reconnue à l'étranger en ce qu'elle ne figure pas dans la liste reprise en annexe A du Règlement n°2015/848⁵⁶⁵⁷ ni dans le champ d'application de la loi

⁵² Centre des intérêts principaux.

⁵³ Et plus particulièrement, au *scheme of arrangement*. Il s'agit en droit anglais d'un accord élaboré par le débiteur avec ses créanciers qui sera ensuite sanctionné par le juge pour être opposable aux tiers. Voy. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, , *op.cit.*, pp. 246 à 252.

⁵⁴ Voy. en ce sens. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.* p. 614.

⁵⁵ Cela a été le cas dans l'affaire « Pain quotidien ». Voy. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 111 : « La restructuration d'un certain nombre d'entreprises nécessite une telle reconnaissance ou une effectivité à l'étranger. D'une part, si l'entreprise appartient à un groupe d'entités dont chacun d'elles est économiquement liée à la précédente (par des comptes courants ou des dettes, par la possession d'actifs interdépendants ou par l'exercice d'activités complémentaires...), ou si les actifs de chacune des entités sont mis en garantie des dettes de la maison mère ou de sociétés du groupe, ou encore si les sources de financement dans la gestion d'une restructuration ne peuvent provenir que d'une entité du groupe au profit des autres entités, ou encore dans l'hypothèse où la cession des branches d'activité à des tiers ne peut s'opérer que par la cession d'actifs souvent incorporels détenus par d'autres sociétés du groupe, seule une gestion coordonnée des différentes entités peut intervenir. Dans ces cas-là, la coopération entre procédures principale et secondaire, ou entre procédure principale de différents membres du groupe ayant ou non le même COMI, est absolument essentielle» (c'est nous qui soulignons).

⁵⁶ Voy. le règlement (UE) du Parlement et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, art 1 (1) dernier alinéa, *J.O.U.E.*, L 141/19, 5 juin 2015 ; Voy. également le considérant 9 du règlement.

⁵⁷ Voy. P. WAUTELET, « Règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte) », *Droit judiciaire européen et international*, Brugge, la Charte, 2021, p. 728 : « Lorsqu'une procédure internationale figure à l'annexe A du Règlement, il existe une présomption irréfragable que cette procédure entre dans le champ d'application du Règlement. Il n'appartient pas au juge saisi de contrôler la conformité de l'inscription d'une procédure nationale à la définition européenne de la procédure d'insolvabilité » (c'est nous qui soulignons). C'est ce qu'il ressort de la jurisprudence de la CJUE. Voy. en ce sens. C.J., arrêt Prohud Gdynia sp. z o. o., 21 janvier 2010, C-444/07, EU :C :2010 :24 ; C.J., arrêt Ulf Kazimierz Radziekowski c. Kronofodemyndigheten i Stockholm, 8 novembre 2012, C-461/11, UE :C :2012/704 ; C.J., arrêt Bank Handlowy w Warszawie SA, et PPHU «ADAX»/Ryszard Adamiak c. Christianapol sp. z o.o., 22 septembre 2012, C-116/11, UE :C :2012 :739.

UNCITRAL⁵⁸. Le règlement permet en effet la reconnaissance automatique des procédures dans l'Union européenne tandis que la loi modèle UNCITRAL facilite leur reconnaissance sur la scène internationale⁵⁹. Le procédure visée à l'article XX.39/1 CDE, peut en revanche, selon certains commentateurs, tomber sous le champ d'application de ces instruments. Elle ne figure pas (encore) dans la liste de l'annexe A. Cependant, étant intégrante à la procédure de réorganisation judiciaire, il peut être considéré qu'elle figure dans la liste reprise en annexe A du règlement, les trois formes de réorganisation judiciaire y étant elles-mêmes reprises⁶⁰. De plus, cette procédure, contrairement à la figure du médiateur, semble répondre aux conditions visées par l'article 1(1) du Règlement⁶¹. Par ailleurs, elle semble également tomber sous l'application de la loi UNCITRAL en ce que le mandataire de l'article XX.39/1 CDE peut être considéré comme un mandataire étranger visé à l'article 2 de la loi⁶².

1.3. Du médiateur d'entreprise

Enfin, et nous en reparlerons lorsque nous discuterons du *prepack transfert*, le médiateur dans l'état actuel du droit belge, n'offre pas les mêmes garanties que peut offrir une procédure telle que celle conçue à l'article XX.39/1 du CDE. La désignation d'un médiateur sur base de l'article XX.36 du CDE a également l'avantage de se dérouler dans la confidentialité⁶³. Celle-ci n'est « ni publiée à la banque Carrefour, ni publiée au Moniteur belge et est seulement reprise à titre confidentiel dans Regsol »⁶⁴. Cependant, hormis la

⁵⁸ Voy. l'art. 2 de la Loi type de la CNUDI sur l'insolvabilité internationale, adoptée le 30 mai 2017. Voy également. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 367 : « Sont visées les procédures collectives, issues d'une loi ayant trait à l'insolvabilité, contrôlées ou surveillées par un tribunal, visant un redressement ou la liquidation ».

⁵⁹ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, pp. 110 et 369.

⁶⁰ Elle pourrait donc facilement intégrer cette liste. Voy. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 346.

⁶¹ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *ibidem.*, p. 346.

⁶² Voy. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *ibidem.*, pp. 368 et 375. Pour tomber dans la définition du représentant étranger défini à l'article 2, il faut être « désigné à titre provisoire pour administrer les affaires du débiteur et/ou les représenter ». L'utilité est que selon cet article, « le praticien provisoire, qui est le représentant étranger, personne ou organe désigné dans une procédure étrangère à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur ou à agir en tant que représentant de la procédure étrangère, y compris lorsqu'il a été désigné à titre provisoire, peut bénéficier de toutes les dispositions de la loi modèle ».

⁶³ Y. BRULARD, « Pré-insolvency », *foro*, 2020, p.8 ; B. DE MOOR, « Het nut van de ondernemingsbemiddelaar en andere buitengerechtelijke instrumenten voor de reorganisatie van ondernemingen in moeilijkheden », *DAOR*, 2011, pp. 179 et 184.

⁶⁴ B. DE MOOR et M. CALLEBAUT, « la médiation dans les entreprises en difficulté », *DAOR*, 2018, p. 43 ; voy I.VEROUGSTRAETE, « La genèse et les lignes directrices de la réforme », *Le nouveau livre XX du Code*

pression que le médiateur peut exercer sur les créanciers les plus récalcitrants en les menaçant de déposer une PRJ qui produira un effet de sursis et de publicité⁶⁵, le médiateur n'a pas les moyens, au stade de l'accord anticipé, de mettre en œuvre une suspension quelconque⁶⁶.

Cela mène à penser qu'en réalité, le recours à un médiateur d'entreprise n'est qu'un bon pis-aller⁶⁷.

2. APERÇU GENERAL DE LA DIRECTIVE (UE) 2019/1023

Nous ne prétendons pas ici faire un aperçu exhaustif du contenu de la Directive. Cela dépasserait le cadre de ce travail. Néanmoins, nous présenterons certaines dispositions qui nous semblent les plus pertinentes pour la bonne compréhension de la suite.

2.1. Un cadre de restructuration préventive

En vertu de l'article 4.1 de la Directive (UE) 2019/1023 et comme déjà indiqué, les Etats membres ont l'obligation de mettre en place un cadre de restructuration préventive qui permet aux débiteurs en difficulté de se réorganiser en évitant l'insolvabilité et en assurant leur viabilité⁶⁸. La Directive n'impose pas qu'une seule procédure lui soit conforme. Il peut donc exister, au sein d'un même Etat membre, plusieurs procédures conformes aux prescrits de la Directive pour autant qu'il y en ait au moins une⁶⁹. Ces procédures peuvent être de nature judiciaire ou extrajudiciaire⁷⁰. La Directive énonce néanmoins que dans un souci d'efficacité et de souplesse des procédures, les Etats membres devraient pouvoir limiter l'intervention des autorités judiciaires et administratives aux situations où elles s'avèrent nécessaires et proportionnées sauf dans les cas où l'intervention de ces autorités est obligatoire⁷¹.

de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises, C. Alter (dir.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 39.

⁶⁵ B. DE MOOR et M. CALLEBAUT, *op.cit.*, p. 46.

⁶⁶ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 109.

⁶⁷ *Voy.infra* p. 52.

⁶⁸ *Voy.* l'article 4.1 de la Directive (UE) 2019/1023..

⁶⁹ *Voy.* l'article 4.5 al 1 de la Directive (UE) 2019/1023.

⁷⁰ *Ibidem.*

⁷¹ *Voy.* le considérant 29 de la Directive (UE) 2019/1023.

2.2. Le principe du *debtor in possession*

L'article 5 de cette même Directive consacre le principe du *debtor in possession* en ce qu'il prescrit que les Etats membres doivent « veiller à ce que les débiteurs qui accèdent à des procédures de restructuration préventive conservent totalement ou au moins partiellement le contrôle de leurs actifs et de la gestion courante de leur entreprise »⁷². Comme énoncé ci-dessus et conformément au principe du *debtor in possession*, la désignation d'un praticien par une autorité judiciaire ou administrative n'est pas obligatoire sauf lorsqu'il y a une suspension générale des poursuites, lorsque la validation d'un plan de restructuration par le tribunal doit avoir lieu ou en cas de demande du débiteur⁷³.

2.3. La suspension des poursuites individuelles

L'article 6 de la Directive européenne permet aux débiteurs de bénéficier d'une suspension des poursuites individuelles durant la procédure de *preinsolvency* alors même qu'aucune procédure publique n'est ouverte⁷⁴. Cette suspension peut être refusée dans certains cas⁷⁵. Il s'agit d'une suspension très large en ce qu'elle s'applique à tout type de créances, y compris les créances garanties et privilégiées⁷⁶. Cependant, les Etats membres peuvent prévoir que cette suspension ne concerne pas tous les créanciers mais seulement certains d'entre eux ou certaines catégories⁷⁷. Aussi, il est possible d'écarter certaines créances « si les poursuites ne risquent pas de compromettre la restructuration de l'entreprise ou si la suspension est susceptible de causer un préjudice excessif aux créanciers concernés »⁷⁸. La

⁷² Voy. l'article 5.1 de la Directive (UE) 2019/1023.

⁷³ Voy. l'article 5.3 de la Directive (UE) 2019/1023.

⁷⁴ Voy. l'article 6.1 de la Directive (UE) 2019/1023.

⁷⁵ Voy. le considérant 33 de la Directive (UE) 2019/2013 : « Lorsque, par exemple, le débiteur adopte un comportement qui est généralement celui d'une personne qui est incapable de payer ses dettes à l'échéance – en particulier s'il se trouve en situation grave de défaut à l'égard des travailleurs, de l'administration fiscale ou des organismes de sécurité sociale – ou lorsque le débiteur ou la direction en place d'une entreprise a commis une infraction financière qui donne des raisons de penser qu'une majorité de créanciers ne soutiendrait pas le lancement des négociations ».

⁷⁶ Voy. l'article 6.2 de la Directive (UE) 2019/1023.

⁷⁷ Voy. l'article 6.3 de la Directive (UE) 2019/1023.

⁷⁸ Voy. l'article 6.4 de la Directive (UE) 2019/1023. Concernant le dernier point, « un créancier unique ou une classe de créanciers seraient excessivement lésés par la suspension si, par exemple, leurs créances étaient nettement moins avantageuses du fait de la suspension que si celle-ci n'était pas appliquée, ou s'ils étaient défavorisés par rapport à d'autres créanciers se trouvant dans une position similaire ». Voy. le considérant 37 de la Directive (UE) 2019/1023.

durée de la suspension est de maximum quatre mois⁷⁹. Cette durée peut être prorogée si cela est dûment justifié⁸⁰ pour autant qu'elle n'excède pas douze mois⁸¹. Il faut enfin noter que cette suspension peut être levée à tout moment⁸². En somme, « le sursis est la règle dont le juge apprécie *in concreto* la poursuite d'espèce »⁸³.

2.4. Les classes de créanciers et l'adoption du plan de restructuration

Enfin, concernant le vote du plan de restructuration élaboré lors de la procédure de *preinsolvency*, la Directive prévoit la création de classes de créanciers⁸⁴ et permet l'adoption de ce plan si une majorité est obtenue. Cette majorité ne peut pas dépasser 75% du montant des créances de chaque classe⁸⁵. Si le plan n'obtient pas la majorité souhaitée, il pourra être imposé aux classes récalcitrantes sous le contrôle du juge avec l'accord du débiteur⁸⁶. Il s'agit ici d'une application d'un mécanisme issu du droit américain, le *cross-class cramdown*⁸⁷ (ou l'application forcée interclasse en français). Ce *cross-class cramdown* est toutefois encadré. D'une part, par le test du *best interest of creditors*, provenant lui aussi du Chapter 11 du droit américain. Selon ce test, le plan ne peut constituer pour les créanciers

⁷⁹ Voy. l'article 6.6 de la directive (UE) 2019/1023.

⁸⁰ Voy. l'article 6.7 de la Directive (UE) 2019/1023.

⁸¹ Voy. l'article 6.8 de la Directive (UE) 2019/1023.

⁸² Voy. l'article 6.9 de la Directive (UE) 2019/1023.

⁸³ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 99.

⁸⁴ Voy. l'article 9.4 de la Directive (UE) 2019/1023. La philosophie derrière la création de classes est de garantir un traitement équitable entre les créanciers. Voy le considérant 44 de la Directive : « Afin de garantir que des droits sensiblement similaires sont traités de manière équitable et que les plans de restructuration peuvent être adoptés sans porter injustement préjudice aux droits des parties affectées, ces dernières devraient être réparties en classes distinctes qui correspondent aux critères de répartition en classes prévus par le droit national. La répartition en classes désigne le regroupement des parties affectées aux fins de l'adoption d'un plan de restructuration de façon à refléter leurs droits ainsi que le rang de leurs créances et des intérêts. Au minimum, les créanciers garantis et non garantis devraient toujours être considérés comme appartenant à des classes distinctes. Les États membres devraient toutefois être en mesure d'exiger que plus de deux classes de créanciers soient constituées, notamment différentes classes de créanciers garantis ou non garantis ainsi que des classes de créanciers titulaires de créances subordonnées. Les États membres devraient aussi pouvoir répartir en classes distinctes des types de créanciers qui ne partagent pas une communauté d'intérêt suffisante, par exemple les administrations fiscales ou de la sécurité sociale. Il devrait être possible pour les États membres de prévoir que les créances garanties peuvent être réparties en parties garanties et non garanties sur la base d'une évaluation des sûretés. Il devrait également être possible pour les États membres de définir des règles spécifiques régissant la répartition en classes si les créanciers non diversifiés ou particulièrement vulnérables, comme les travailleurs ou les petits fournisseurs, retireraient un avantage de cette répartition » (c'est nous qui soulignons).

⁸⁵ Voy. l'article 9.6 de la Directive (UE) 2019/1023.

⁸⁶ Voy. l'article 11 de la Directive (UE) 2019/1023.

⁸⁷ Voy. la section 1129 (b) du Chapter 11 de la Loi américaine sur les faillites (United States Bankruptcy Law).

ayant voté contre celui-ci une solution moins favorable à leurs intérêts qu'une liquidation judiciaire ou une autre solution alternative au plan, dans le cas où il n'est pas adopté⁸⁸. D'autre part, par la règle de la priorité absolue qui édicte que les classes dissidentes de créanciers ayant voté contre l'adoption du plan doivent être « traitées d'une manière au moins aussi favorable que toute autre classe de même rang et d'une manière plus favorable que toute classe de rang inférieur »⁸⁹.

3. LE PREPACK ACCORD SOUS L'ANGLE DE L'ARTICLE XX.39/1 DU CDE

3.1. Introduction

Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 21 mars 2021 que le but de cette loi est d'adapter le droit de l'insolvabilité aux circonstances de la crise économique causée par la pandémie de la Covid-19 en facilitant l'accès aux procédures de réorganisation judiciaire aux PME⁹⁰.

C'est à l'occasion de l'amendement n°7 de la proposition de cette loi que le nouvel article XX.39/1 du CDE a vu le jour⁹¹. Cet article introduit un *prepack accord* en droit belge en ce qu'il prévoit l'élaboration d'un accord ou d'un plan en amont d'une PRJ accord amiable ou accord collectif. Tout l'intérêt de cette procédure est de préparer, en amont, dans la confidentialité, l'accord ou le plan pour pouvoir par la suite, recourir à une PRJ accélérée afin

⁸⁸ Voy. la définition de l'article 2.1.(6) de la Directive. Il s'agit d'un « critère qui vérifie qu'aucun créancier dissident ne se trouve dans une situation moins favorable du fait du plan de restructuration que celle qu'il connaîtrait si l'ordre normal des priorités en liquidation établi par le droit national était appliqué, soit dans le cas d'une liquidation, que cette dernière se fasse par distribution des actifs ou par la cession de l'entreprise en activité, soit dans le cas d'une meilleure solution alternative si le plan de restructuration n'était pas validé » (c'est nous qui soulignons).

⁸⁹ Voy. l'article 11. 1 c) de la Directive. Les Etats membres peuvent néanmoins prévoir une dérogation à cette règle (Voy. en ce sens l'article 11.2 et le considérant 55 de la Directive (UE) 2019/1023).

⁹⁰ V. SCHOONHEYT, « Loi du 21 mars 2021 modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des impôts sur les revenus 1992 : premiers commentaires », *B.S.J.*, 2021, p. 7. Voy. également la proposition de loi modifiant le livre X du Code de droit économique, développements, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/001, p.3 : « L'impact économique du COVID-19 sera considérable. Des entreprises se retrouveront en difficulté et la continuité de l'activité de nombreuses d'entre elles sera menacée. Une branche du droit sera dans ces circonstances particulièrement sollicitée à savoir le droit de l'insolvabilité dont le siège de la manière figure au Livre XX du Code de droit économique. C'est la raison pour laquelle un certain nombre d'aménagements et d'améliorations sont indispensables afin d'en faciliter l'accès tout spécialement aux petites et moyennes entreprises » (c'est nous qui soulignons).

⁹¹ Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, amendements, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/004, p 7.

de permettre à l'entreprise d'être le moins longtemps possible exposée sur la place publique⁹². La procédure de réorganisation judiciaire ne semble, en effet, pas rencontrer grand succès au vu notamment de la publicité qui s'y attache⁹³.

L'accord ou le plan est conclu avec l'aide d'un mandataire de justice sans suspension des voies d'exécution⁹⁴. Cependant, le nouvel article XX 39/1 du CD a, par la suite, été modifié pour permettre au mandataire de solliciter des termes et délais au Président du tribunal de l'entreprise⁹⁵.

3.2. Caractéristiques

Nous présenterons dans les lignes qui suivent les principales caractéristiques de cette procédure de *prepack* tout en y apportant un regard critique au vu notamment de la Directive (UE) 2019/1023 et des commentaires de certains auteurs en doctrine.

a) Ouverture de la procédure

A la requête unilatérale du débiteur, un mandataire de justice peut être désigné par le Président du tribunal de l'entreprise afin de négocier avec les créanciers pour « faciliter la conclusion d'un accord amiable ou d'un plan de réorganisation en vue d'un accord collectif »⁹⁶.

Le débiteur doit apporter la preuve que « la continuité de l'entreprise est menacée à bref délai ou à terme »⁹⁷. L'impact que la crise de la Covid-19 a eu sur certains secteurs peut bien

⁹² Voy. Amendements, précités, *Doc.*, Ch., 2020 - 2021, n°1337/004 , p.10.

⁹³ Voy. Amendements précités , *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/004 , pp 9-10 : « Bien que la continuité de nombreuses entreprises se retrouve menacée à la suite de la crise de la Covid-19, il n'est recouru à la procédure en réorganisation judiciaire que de manière limitée. Les seuils d'accès élevés de la procédure, la complexité liée au sursis et l'atteinte à la réputation résultant de l'ouverture de la procédure y sont peut-être pour quelque chose. En effet, l'ouverture de la procédure, par sa publication au Moniteur belge, a pour effet que les problèmes financiers et/ou économiques de l'entreprise sont connus de tous et que le sursis est requis pour négocier une solution à ces problèmes » (c'est nous qui soulignons).

⁹⁴ Voy. Amendements précités, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/004, p. 9. Voy également P. DELLA FAILLE *et al.*, *Recueil de législation, doctrine et jurisprudence en matière de continuité des entreprises*, Limal, Anthemis, 2021, p. 300.

⁹⁵ Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, amendements, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/007, p. 2.

⁹⁶ Voy. l'article XX. 39/1 § 1 al 1 du CDE.

⁹⁷ Voy. l'article XX. 39/1 § 1 al 2 du CDE.

sûr être pris en considération⁹⁸. Cependant, d'autres facteurs peuvent aussi entrer en ligne de compte⁹⁹. En cela, cette procédure se différencie des différents moratoires institués afin d'aider les entreprises suite aux difficultés liées à la pandémie. Par ailleurs, il ressort d'un récent arrêt du tribunal de l'entreprise de Liège que dans le cadre de l'article XX.39/1 du CDE, comme « en matière de PRJ, tout critère de bonne foi dans le chef du débiteur est supprimé »¹⁰⁰.

Pour prouver que sa continuité est menacée, le débiteur doit joindre à sa requête trois documents, en l'occurrence un exposé des événements, une adresse électronique et les deux derniers bilans de son entreprise¹⁰¹. Ces documents sont minimalistes par rapport à ce qui est demandé lors du dépôt d'une PRJ ; ce qui rend la procédure plus souple. Cependant, si il l'estime utile, il peut également joindre d'autres documents qui prouverait que sa continuité est réellement menacée¹⁰².

Le président du tribunal de l'entreprise peut décider de ne pas faire droit à la demande du débiteur d'ouvrir une telle procédure. Il s'agit d'une simple *faculté* qu'il a¹⁰³.

b) Désignation d'un juge délégué

Un juge délégué est désigné par le Président du tribunal de l'entreprise¹⁰⁴ afin d'exercer un *contrôle* sur le mandataire¹⁰⁵ conformément à l'article XX. 42 du CDE. Selon celui-ci, le juge

⁹⁸ Voy. Amendements précités, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/004, p. 10 : « Cette procédure requiert que la continuité de l'entreprise soit menacée à bref délai ou à terme. Dans ce cadre, toutes les circonstances de l'affaire seront prises en considération, y compris l'impact de la crise de la COVID-19 sur certains secteurs, en particulier ceux qui ont été touchés par les mesures sanitaires » (c'est nous qui soulignons).

⁹⁹ Voy. L. DE MEULEMEESTER, « het voorbereidend akkoord: een nieuw instrument in de reorganisatietoolbox », *T.I.B.R.*, 2021, p. 87 : « In tegenstelling tot eerdere maatregelen die het laatste jaar werden ingevoerd (de zgn.coronamoratoria), is de regeling van het voorbereidend akkoord niet louter van toepassing op ondernemingen die rechthstreeks zijn getroffen door de coronacrisis » (c'est nous qui soulignons).

¹⁰⁰ Trib. entr. Liège, 28 avril 2021, *T.I.B.R.*, 2021, pp. 84-85.

¹⁰¹ Voy l'article XX. 39/1 § 1 al 3 du CDE. Cet article renvoie à l'article XX. 41 §2, alinéa 1^{er}, 1°, 3° et 4° du CDE.

¹⁰² N. OUCHINSKY et W. DAVID, « Premier commentaire de la réforme du droit de l'insolvabilité du 21 mars 2021 », *T.R.V-R.P.S.*, 2021, p. 421.

¹⁰³ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.* p. 115.

¹⁰⁴ Voy. l'article XX.39/1 § 1 al 5 du CDE.

¹⁰⁵ Voy. Amendements précités, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/004, p. 12 : « Afin de permettre une procédure accélérée en vue d'obtenir un accord collectif, un juge délégué sera déjà désigné dans la phase préparatoire. Le juge délégué dans la procédure de l'accord préparatoire est de préférence le même que durant la procédure d'obtention d'un accord collectif. Le juge délégué contrôle les activités du mandataire de justice et la correspondance du plan de réorganisation préalablement négocié aux

délégué doit « faire rapport au président du tribunal sur la recevabilité et le fondement de la demande et sur tout élément utile à son appréciation »¹⁰⁶. Bien que l'article XX.39/1 ne le mentionne pas, certains commentateurs considèrent que l'article XX.43 du CDE trouve à s'appliquer. Cet article consacre un rôle d'information du juge délégué au Président du tribunal sur l'évolution de la situation du débiteur ainsi qu'un examen du respect de la procédure avec le livre XX du CDE¹⁰⁷.

c) Confidentialité et rapidité

Cette procédure garantit les exigences de confidentialité et de rapidité propres à la *preinsolvency*. En effet, ni la désignation du mandataire de justice¹⁰⁸ ni celle du juge délégué¹⁰⁹ ne sont publiées. De plus, bien que la requête et ses annexes sont déposées et conservées dans REGSOL, les tiers dont les créanciers n'y ont pas accès¹¹⁰.

Par ailleurs, la décision d'ouverture est prise rapidement étant donné que « la demande du débiteur est traitée en chambre du conseil dans un délai de 8 jours à partir de son dépôt au registre »¹¹¹. L'ordonnance statuant sur la demande n'est pas non plus publiée¹¹².

d) Intervention d'un mandataire

La procédure de l'accord préparatoire nécessite l'intervention d'un mandataire de justice¹¹³. Tel qu'il est précisé dans les travaux préparatoires, l'idée est d'assurer un contrôle

exigences légales pour l'obtention d'un accord collectif et conseille le président du tribunal à cet égard » (c'est nous qui soulignons). Selon Y.BRULARD et Y.ALSTEENS, le terme contrôle est mal choisi en ce que le juge délégué n'a en réalité pas de véritable pouvoir de contrôle sur la faisabilité et la viabilité du plan ou de l'accord. En matière de PRJ, le pouvoir d'appréciation du tribunal quant au plan ou à l'accord est limité au seul motif d'ordre public. Quant au contrôle de la correspondance du plan de réorganisation préalablement négocié aux exigences légales, il s'agit en réalité d'une prérogative qui revient au tribunal au moment de l'introduction de la PRJ « accélérée ». Dans les faits, « certes le juge délégué peut avoir une opinion sur l'activité du mandataire et la soumettre au tribunal au moment de l'homologation du plan en remettant en cause tel ou tel aspect du plan en tant qu'il n'est pas conforme aux dispositions du livre XX » mais on voit mal à quel contrôle le législateur fait ici référence. Voy. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 119.

¹⁰⁶ Voy l'article XX.42 du CDE. Voy. également N. OUCHINSKY et W. DAVID, *op.cit.*, p. 422.

¹⁰⁷ Voy l'article XX.43 du CDE . Voy aussi N. OUCHINSKY et W. DAVID, *op.cit.*, p. 422. ; voy. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 118.

¹⁰⁸ Voy. l'article XX.39/1 §2 al 1 du CDE.

¹⁰⁹ Voy. l'article XX.39/1 § 1 al 5 du CDE.

¹¹⁰ Voy. l'article XX. 39/1 § 1 al 4 du CDE

¹¹¹ Voy. l'article XX.39/1 §1, al 8 du CDE.

¹¹² *Ibidem.*

¹¹³ Voy. l'article XX. 39/1 § 1 al 1 du CDE.

judiciaire¹¹⁴. En effet, le manque de contrôle peut amener à un manque de transparence envers les créanciers. Cela avait d'ailleurs été reproché à la procédure de *prepack administration* au Royaume-Uni et avait poussé à l'adoption d'un code de conduite¹¹⁵. Cependant, selon certains commentateurs, l'obligation de recourir à un mandataire n'est pas ici réellement compréhensible et est critiquable¹¹⁶. Selon eux, un contrôle est de toute façon opéré car « cette procédure préparée n'écarte en rien la procédure traditionnelle de vote et de contrôle du juge délégué et du tribunal dans la phase publique »¹¹⁷ surtout qu'un juge délégué est également désigné à la phase préparatoire¹¹⁸. Par ailleurs, recourir à un mandataire de justice représente un coût non négligeable pour les débiteurs qui par définition, disposent déjà d'une trésorerie insuffisante. Cela pourrait faire hésiter les entreprises à recourir à la procédure et surtout les petites PME¹¹⁹. L'objectif du législateur de faciliter l'accès des procédures de réorganisation aux PME qui s'avèrent les plus touchées par la crise de la Covid-19, ne semble visiblement pas atteint¹²⁰.

Le mandataire de justice visé à l'article XX.39/1 du CDE se distingue du médiateur de l'article XX.36 du CDE en ce que d'une part, il exerce une fonction de contrôle judiciaire et d'autre part, il se doit d'être indépendant tant vis-à-vis du débiteur que de ses créanciers¹²¹. Il a, en

¹¹⁴ Voy. Amendements précités, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/004, pp. 10-11 : « La procédure de l'accord préparatoire requiert la désignation d'un mandataire de justice afin d'exclure tout risque de manipulation des créanciers durant la phase extrajudiciaire, tant vis-à vis des informations qui leur sont données que de la manière d'obtenir leur voix. Contrairement au médiateur d'entreprise au sens de l'article XX.36, le mandataire de justice ne fera pas que de la médiation et exercera également une fonction de contrôle judiciaire » (c'est nous qui soulignons).

¹¹⁵ R. AYDOGDU, « la réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017... », *op.cit.*, pp. 159 à 162.

¹¹⁶ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, pp. 115 à 128. Z. PLETINCKX et C. ALTER, « La loi du 21 mars 2021 modifiant le livre XX du Code de droit économique... », *op.cit.*, p. 368.. N. OUCHINSKY et W. DAVID, *op.cit.*, p. 427.

¹¹⁷ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *ibidem.*, p. 116.

¹¹⁸ Voy. l'article XX. 39/1 § 1, al 5 du CDE.

¹¹⁹ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 117 ; OUCHINSKY et W. DAVID, *op.cit.*, p. 427.

¹²⁰ OUCHINSKY et W. DAVID, *op.cit.*, pp. 411 et 427.

¹²¹ Voy. Amendements précités, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/004, p.11 : « Dans la requête, le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire de justice, mais le président du tribunal veille à ce que le mandataire de justice soit suffisamment indépendant pour accomplir la tâche qui lui est confiée ». Sur ce point, Y. BRULARD et Y. ALSTEENS sont d'avis que la faculté laissée au débiteur de proposer un nom pour le mandataire est contradictoire avec l'exigence d'indépendance et de compétence visées à l'article XX.39/1 § 2 al 1 du CDE ». Voy. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 117.

cela, un rôle plus étendu que le médiateur de justice qui lui a pour unique mission d'assister le débiteur sans être redevable d'aucune obligation envers les créanciers¹²².

Le mandataire a d'abord pour mission de « faciliter la conclusion d'un accord amiable » ou d' « établir un plan de réorganisation »¹²³¹²⁴. Par ailleurs, il veille à ce que les créanciers soient informés fidèlement de la situation économique et financière du débiteur¹²⁵. De plus, il est « seul habilité à obtenir la procuration des créanciers consultés »¹²⁶ afin de conclure l'accord ou d'établir le plan.

Ces missions semblent démontrer que le législateur a voulu qu'il soit indépendant. Cependant, il paraît aussi ressortir du texte de loi qu'en réalité, c'est le mandataire de justice qui mène les négociations. L'article XX. 39/1 § 3 sous-entend que c'est au mandataire de définir les créanciers avec lesquels il faut négocier et l'ordre dans lequel ceux-ci seront informés des négociations¹²⁷. De plus, selon ce même paragraphe, « il [le débiteur] peut décider d'entamer des négociations avec un ou plusieurs créanciers et de ne pas les étendre aux autres créanciers »¹²⁸. Cela, en plus de remettre en cause la neutralité et l'indépendance dans lesquelles le mandataire de justice se doit d'agir, met à mal le principe du *debtor in possession* prescrit par la Directive (UE) 2019/1023¹²⁹¹³⁰. Ce principe n'est pas non plus respecté dans d'autres paragraphes du nouvel article. Par exemple, en vertu du quatrième paragraphe, « le mandataire est *seul* habilité à obtenir la procuration des créanciers consultés ». Le monopole du mandataire transparait aussi dans les cinquième et sixième

¹²² Voy. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 116 ; V. SCHOONHEYT. *op.cit.*, p. 669 ; OUCHINSKY et W. DAVID, *op. cit.*, p. 422.

¹²³ Voy. l'article XX. 39/1 § 1 al 1 et § 4 al 1 du CDE.

¹²⁴ Selon Y. BRULARDS et Y. ALSTEENS, il est regrettable que ces termes soient si restrictifs. Il aurait été plus opportun de prévoir que la mission du mandataire soit de « négocier toute chose utile à la continuité de l'entreprise » car trouver un accord entre créanciers et débiteurs n'implique en effet pas une simple négociation entre ces deux parties mais fait souvent intervenir des tiers. On peut penser par exemple, à la négociation d'un nouveau contrat financier ou au licenciement d'une partie des travailleurs. Il faut selon eux, en tous cas privilégier une interprétation large de ces termes pour permettre de confier au mandataire de négocier avec les tiers. Voy. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 116.

¹²⁵ Voy. l'article XX. 39/1 § 4 al 1 du CDE.

¹²⁶ Voy. l'article XX. 39/1 § 4 al 2 du CDE.

¹²⁷ Voy. l'article XX.39/1 § 3 al 2 du CDE ; Voy. également. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*,p. 122.

¹²⁸ Voy. l'article XX. 39/1 § 3 al 2 du CDE.

¹²⁹ Voy. *supra* p. 22.

¹³⁰ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, pp. 122-123.

paragraphes de l'article qui laisse au mandataire l'exclusivité de l'homologation de l'accord amiable ou de la demande d'ouverture d'une PRJ accélérée¹³¹.

Faut-il en déduire qu'en réalité, le mandataire n'est qu'un représentant du débiteur et qu'il ne pourrait par exemple jamais poursuivre la procédure sans l'accord de celui-ci ? C'est la question que le Conseil d'Etat s'est posée dans son avis. La mission du mandataire est selon lui encore trop floue et critiquable d'un point de vue sa « prétendue » indépendance¹³².

L'article XX. 39/1 § 3 alinéa 1 prévoit qu'à la simple demande du mandataire, le débiteur fournit la liste des créanciers prévue à l'article XX.41, §2, 7° du CDE ainsi que tous les documents comptables utiles à l'établissement d'un plan ou à la conclusion d'un accord amiable¹³³. Selon certains auteurs en doctrine, il n'est pas raisonnable d'exiger cela au stade de la procédure préparatoire¹³⁴. En effet, sachant que le dépôt des documents prévus à l'article XX.41 du CDE constitue en réalité un obstacle à une procédure de PRJ, il est contradictoire de prévoir qu'au simple stade des négociations, le débiteur puisse fournir une liste arrêtée des créanciers ainsi que les documents comptables de sa société¹³⁵. Il serait plus adéquat de préciser dans le texte de loi, que le mandataire assiste le débiteur à l'élaboration de ces documents nécessaires à l'ouverture d'une PRJ subséquente¹³⁶.

¹³¹ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, pp. 126-127.

¹³² Voy. la proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/011, pp. 6 et 7 : « Tel qu'il est rédigé, le dispositif ne permet toutefois pas de déterminer de manière précise les missions qui sont confiées au mandataire de justice. (...) Le dispositif reste en revanche muet sur l'hypothèse d'un désaccord entre le débiteur et le mandataire de justice qui interviendrait dans le cadre de cette procédure. Dès lors qu'il existe une ambiguïté sur le rôle dévolu au mandataire de justice, la question se pose de savoir si, en tant que représentant du débiteur, il ne pourrait jamais poursuivre la procédure devant le tribunal sans l'accord de ce dernier ou si, au contraire, en tant que représentant des créanciers, il serait habilité à poursuivre la procédure alors que le débiteur s'y oppose. Il y a lieu de relever à cet égard qu'en tant qu'il est désigné par le tribunal, les missions qui lui sont confiées doivent en principe être exercées sous le contrôle de ce dernier, ce qui devrait impliquer que ses pouvoirs restent indépendants des décisions du débiteur » (c'est nous qui soulignons).

¹³³ Voy. l'article XX.39/1 § 3 al 1 du CDE.

¹³⁴ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 120.

¹³⁵ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *ibidem.*, pp. 119 et 121.

¹³⁶ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *ibidem.*, pp. 119 et 121.

Le conseil d'Etat s'est en revanche demandé si une liste de l'ensemble des créanciers ne devrait pas être automatiquement jointe lors du dépôt de la requête afin d'assurer les droits des créanciers¹³⁷.

D'autres éléments de l'article XX.39/1 peuvent préjudicier les créanciers et plus particulièrement, sur le plan du principe de l'égalité. Ainsi, par exemple, le fait que le mandataire de justice ne soit pas obligé d'associer tous les créanciers à la négociation en vertu de l'article XX.39/1 §3 alinéa 2. Certains risquent, en effet, de se voir imposer, un accord ou un plan sans qu'ils n'aient pu participer aux négociations et faire valoir leur point de vue¹³⁸. Aussi, cet alinéa ne semble pas à l'heure actuelle compatible avec l'article 490

¹³⁷ Voy la proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, rapport, *Doc.*, Ch.,2020-2021, n°1337/008, p33. : « Le Conseil d'État se demande en outre si une liste de tous les créanciers ne devrait pas être obligatoirement jointe lors du dépôt de la demande de désignation d'un mandataire de justice. La procédure proposée aujourd'hui selon laquelle le débiteur ne doit transmettre cette liste au mandataire de justice que sur simple demande, peut entraîner, voire favoriser une inégalité de traitement entre créanciers. En effet, les créanciers qui ne sont pas associés à un accord préparatoire se voient privés de la possibilité de faire valoir leurs droits ou de défendre leur point de vue pendant cette phase préparatoire, et ce, contrairement aux créanciers qui sont effectivement associés par le mandataire de justice. La majorité ne considère-t-elle pas qu'il faut envisager d'obliger le débiteur à joindre la liste des créanciers à sa requête? » (c'est nous qui soulignons).

¹³⁸ Voy. Avis du Conseil d'Etat précité, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/011, pp 8-9 : « On peut lire ce qui suit sur ce point dans la justification de l'amendement n° 7: "Le mandataire de justice ne doit pas associer directement tous les créanciers aux négociations. En fonction de la situation, et en particulier du nombre de créanciers et de leur qualité, il peut décider d'entamer les négociations avec un nombre limité de créanciers afin d'obtenir un accord-cadre, qui sera ensuite soumis aux autres créanciers. Seul le mandataire de justice est habilité à obtenir une procuration des créanciers consultés pour voter sur le plan de réorganisation. Afin d'éviter toute partialité, le mandataire de justice peut être mandaté par les créanciers pour marquer son accord sur le plan ou le rejeter. Le mandataire de justice peut aussi bien obtenir une procuration pour voter dans le cadre de l'approbation du plan de réorganisation que de conclure un accord amiable. La pratique montre, en effet, que certains créanciers donnent la préférence à un paiement immédiat associé à une remise de dettes plus importante à condition que cet accord amiable soit ensuite homologué par le tribunal pour des raisons de son caractère définitif acquis conformément à l'article XX.65, § 2. La diminution du volume total des dettes ainsi réalisée facilitera la poursuite des négociations au sujet du plan de réorganisation, de sorte qu'il est indiqué de permettre les deux possibilités. [...] La procédure de l'accord préparatoire sera clôturée par le président si l'approbation du plan de réorganisation est rendue suffisamment plausible par le fait que le mandataire de justice dispose de suffisamment de procurations pour marquer son accord sur le plan de réorganisation. Les majorités prévues à l'article XX.78 ne doivent pas encore être atteintes avec certitude. Une certaine flexibilité semble indiquée pour les entreprises qui comptent un grand nombre de créanciers car il semble probable que certains créanciers consultés dans une phase ultérieure tenteront de récupérer leurs déclarations de créance à défaut d'un sursis. L'ordonnance du président est transmise au tribunal pour que la procédure de réorganisation judiciaire par accord collectif puisse être déclarée ouverte par le tribunal sans perte de temps supplémentaire. Il ressort de ce qui précède que certains créanciers, en l'occurrence ceux qui n'ont pas été appelés à la négociation par le mandataire de justice et qui n'ont été informés de l'existence d'une procédure amiable qu'au terme de celle-ci, pourraient être préjudiciés par l'accord ou par le plan de réorganisation retenu alors qu'ils n'ont

quater du Code pénal¹³⁹. Cet article paraît en effet « interdire la recherche d'accord particulier avec des créanciers à charge du patrimoine du débiteur »¹⁴⁰. Par ailleurs, la suite de cet alinéa est selon certains auteurs tout aussi regrettable en ce qu'il prévoit que « la notification par le mandataire de justice (...) tient lieu de communication ». Ne pas adresser la communication visée à l'article XX.49 du CDE aux créanciers parties à la négociation lors de la PRJ subséquente peut aussi mettre à mal leurs droits¹⁴¹. Pour remédier à cela, il serait opportun d'informer l'ensemble des créanciers dès le début des négociations afin de s'assurer qu'ils puissent faire valoir leurs éventuelles contestations¹⁴².

pu faire valoir leur point de vue, au moment de la négociation, pour protéger leurs droits » (C'est nous qui soulignons).

¹³⁹ Voy. l'article 490 ter du Code pénal : « Sont punis d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une Amende de 5 euros à 125 000 euros,

- (i) ceux qui ont frauduleusement, sans être créanciers, pris part au vote prévu à l'article XX.78 du Code de droit économique,
- (ii) ceux qui, étant créanciers, ont exagéré leurs créances et
- (iii) ceux qui ont stipulé, soit avec le débiteur, soit avec toutes autres personnes, des avantages particuliers pour orienter le sens de leur vote sur le plan de réorganisation ou qui ont conclu un accord particulier en vertu duquel résulterait en leur faveur un avantage à charge de l'actif du débiteur ».

¹⁴⁰ Voy. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 124 : « Soit l'article 490 quater est précisé, soit il faut considérer que l'intervention du mandataire en vue de « faciliter la négociation et de « fixer un accord-cadre » reflète de ces négociations avec certains créanciers pourrait être une source de responsabilité pénale qui limite l'utilisation d'un cadre légal, sauf à considérer que l'autorisation légale offerte par l'article XX. 39/1 du CDE de négocier emporte une inapplicabilité de l'article 490 quater du Code pénal » (c'est nous qui soulignons).

¹⁴¹ Voy. OUCHINSKY et W. DAVID, *op. cit.*, p. 423 : « Le législateur semble avoir considéré que cela ne posait pas de problème dans la mesure où les créanciers concernés pouvaient demander accès à REGSOL en cours d'accord préparatoire et donc, suivre les développements de la procédure (et la PRJ subséquente éventuelle). En pratique toutefois, cette publicité nous semble insuffisante. En effet, nombre de créanciers ne sont pas assistés d'un avocat et risquent de mal interpréter les informations figurant dans REGSOL, voire ne pas trouver lesdites informations en raison d'une mauvaise utilisation du registre. En outre, le régime mis en place implique de consulter très régulièrement REGSOL pour pouvoir réagir rapidement en cas d'ouverture d'une PRJ. En effet, la PRJ ouverte dans la foulée d'un accord préparatoire sera, en règle, accélérée, ce qui impliquera une grande diligence de la part des créanciers souhaitant, par exemple, contester le montant de leur créance » (c'est nous qui soulignons).

¹⁴² Voy. Avis du Conseil d'Etat précité, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/011, p. 9 : « Il s'indiquera, afin d'assurer le respect du principe de l'égalité entre les créanciers, de prévoir, dès l'entame des négociations, une information relative à la procédure mise en œuvre et de déterminer les critères sur la base desquels le mandataire de justice peut les écarter ou à tout le moins de prévoir une possibilité de contester cette décision du mandataire, en particulier dans l'hypothèse où la demande introduite par le débiteur a débouché sur un accord amiable au sens de l'article XX.64 du CDE auquel n'ont pu participer des créanciers qui seraient préjudiciés par les effets d'un tel accord » (c'est nous qui soulignons).

e) *Les termes et délais*

L'article XX. 39/1 § 3 alinéa 4 du CDE permet également au mandataire de demander au Président du tribunal qu'il soit accordé des termes et des délais au débiteur durant la phase préparatoire¹⁴³. Les termes et délais, non prévu dans la proposition initiale, ont été ajoutés¹⁴⁴ afin de permettre à l'entreprise en difficulté de préserver sa valeur pour mener à bien les négociations avec les créanciers durant la phase préparatoire¹⁴⁵.

Ce mécanisme est différent du sursis qui existe dans le cadre d'une PRJ¹⁴⁶. En effet, cette suspension n'est pas publique. Ces termes et délais peuvent être invoqués soit contre un seul créancier, soit contre certains d'entre eux, soit contre tous¹⁴⁷. Aussi, ils ne sont pas automatiques mais sont accordés « eu égard à la situation du débiteur, aux négociations en cours et prenant en compte le préjudice causé par la mesure aux créanciers ainsi que l'intérêt général »¹⁴⁸. Cette balance des intérêts qui s'inspire de la Directive UE 2019/1023¹⁴⁹ vise à veiller aux droits des créanciers¹⁵⁰. D'ailleurs, ces termes et délais peuvent « être révoqués à tout moment, d'office, à l'initiative d'un créancier intéressé ou du mandataire de justice »¹⁵¹.

De plus, la demande se fait par requête contradictoire si bien que les créanciers ont la possibilité de se défendre¹⁵². Par ailleurs, cette suspension ne fait « pas de distinction entre les dettes »¹⁵³.

¹⁴³ Voy. l'article XX. 39/1 §3 al 3 du CDE.

¹⁴⁴ Voy. Amendements précités, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/004, pp. 7-9.

¹⁴⁵ L'absence de termes et délais dans la première proposition de loi avait été relevée dans l'avis d'AVOCATS.BE : « Le projet ne prévoit pas la suspension des voies d'exécution dès l'introduction de la procédure. Le mandataire risque fort d'assumer le rôle "d'un casque bleu en pleine zone de combats" et d'être dans l'impossibilité de mener sereinement à bien sa mission »(c'est nous qui soulignons). Voy. rapport précité, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/008, p. 21).

¹⁴⁶ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 102.

¹⁴⁷ Voy. l'article XX. 39/1 § 3 al 4 du CDE.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 102.

¹⁵⁰ Voy. la proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/007, p.6 : « Toutefois, pour veiller à ce que les créanciers ne soient pas inutilement lésés, le Président du Tribunal de l'entreprise n'est pas obligé d'accorder des termes et/ou délais; il procède à une analyse au cas par cas »(c'est nous qui soulignons).

¹⁵¹ Voy. l'article XX.39/1 § 3 al 7 du CDE.

¹⁵² Les travaux préparatoires énoncent certains moyens de défense que les créanciers peuvent invoquer. Voy. exposé des motifs précité, *Doc.*, Ch., 2020- 2021, n°1337/007, p.6 « Les motifs de la levée pourraient notamment inclure l'adoption par le débiteur d'un comportement qui est généralement celui

Les termes et délais ne peuvent être accordés pour une période excédant quatre mois¹⁵⁴. Cette exigence incite le débiteur et le mandataire à agir rapidement pour obtenir les accords envisagés¹⁵⁵.

Selon certains commentateurs, ce système de « suspension » ne va pas assez loin. En effet, il s'agit de simples termes et délais sans mettre en place un véritable sursis. Par ailleurs, ces termes et délais doivent faire l'objet d'une demande, sont limités à seulement quatre mois et peuvent être révoqués à tout moment¹⁵⁶. Cependant, il semble ressortir des travaux préparatoires de la loi qu'il s'agissait d'une volonté du législateur pour éviter les abus et assurer une certaine protection des créanciers¹⁵⁷.

f) Issue de l'accord préparatoire

Une fois sa mission terminée, le mandataire de justice doit joindre à sa requête l'accord amiable ou le plan négociés ainsi qu'un exposé au Président du tribunal de l'entreprise¹⁵⁸. Pour l'accord amiable, le Président du tribunal va l'acter dans une ordonnance motivée puis le transmettra au tribunal¹⁵⁹ qui ouvrira une PRJ par accord amiable accélérée¹⁶⁰. Le texte de l'article prévoit que « le président du tribunal acte [...] tout accord conclu par le débiteur

d'une personne qui est incapable de payer ses dettes à l'échéance, l'hypothèse de la fraude ou la découverte de la commission des infractions financières, ou le préjudice excessif des droits des créanciers, le fait que le débiteur agit de mauvaise foi ou dans l'intention de nuire, ou que, d'une manière générale, il va à l'encontre des attentes légitimes de l'ensemble des créanciers ».

¹⁵³ Voy. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, pp. 102-103 : « Il n'est pas fait de distinction entre les dettes, qu'elles soient constatées par des actes authentiques ou par un jugement, même si les poursuites sont engagées et quelles que soient la nature des dettes et les garanties dont elles sont assorties, notamment les hypothèques, les privilèges spéciaux ou généraux, les dettes légales réglementaires, contractuelles ou délictuelles mais également, de manière surprenante, les dettes qui sont traditionnellement écartés du sursis, soit les dettes alimentaires, les dettes nées des prestations de travail hors cotisations sociales ou fiscales, des dettes qui résultent de l'obligation de réparer un dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qui l'a causé par sa faute et à des amendes pénales ».

¹⁵⁴ Voy. l'article XX.39/1 al 6 du CDE.

¹⁵⁵ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 103.

¹⁵⁶ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 103 ; voy. également. Z. PLETINCKX et C. ALTER , « La loi du 21 mars 2021 modifiant le livre XX du Code de droit économique... », *op.cit.*, p. 368.

¹⁵⁷ Voy exposé des motifs précité, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/007, p.6. : « Par cette mesure, le débiteur de bonne foi est protégé et peut "respirer" pendant la procédure et, en même temps, le risque d'abus de la part des entreprises est contrebalancé par la possibilité offerte au Président du tribunal de l'entreprise de mettre fin aux termes et/ou délais accordés, à tout moment ».

¹⁵⁸ Voy. l'article XX. 39/1 § 5 du CDE.

¹⁵⁹ Plus précisément, à la chambre des PRJ.

¹⁶⁰ Voy. les articles XX.39/1 § 5 du CDE et XX.46 § 5 du CDE.

avec le créancier concerné [...] »¹⁶¹. Selon certains commentateurs, affirmer cela est non seulement contradictoire avec l'article XX.64 du CDE qui nécessite, dans le cadre d'une PRJ accord amiable, un accord avec au moins deux créanciers mais en plus, ne garantit pas que l'accord envisagé assure la continuité de l'entreprise¹⁶². C'est pourquoi, il serait opportun d' « acter que l'accord amiable qui est pris doit assurer la continuité »¹⁶³. Cela permettrait par ailleurs de ne pas léser les créanciers¹⁶⁴.

Pour l'accord collectif, le Président du tribunal transmettra le dossier au tribunal¹⁶⁵ afin d'ouvrir une PRJ par accord collectif accéléré si l'approbation du plan semble suffisamment plausible au regard de la double majorité de l'article XX.78 du CDE¹⁶⁶. Certains auteurs en doctrine déplorent qu'un test de viabilité et de faisabilité soit réalisé par le Président du tribunal alors qu'à la lecture des travaux préparatoires, le caractère plausible résulterait uniquement du fait que « le mandataire de justice dispose de suffisamment de procurations pour marquer son accord sur le plan »¹⁶⁷¹⁶⁸. Réaliser ce test à ce stade ne serait donc pas efficace vu que l'ensemble des créanciers n'a pas encore été consulté¹⁶⁹. En revanche, ce test devra, selon eux¹⁷⁰, être effectué par le magistrat qui homologue le plan dans le cadre

¹⁶¹ *Ibidem.*

¹⁶² Voy., Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 126.

¹⁶³ Voy., Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *ibidem*, p. 126.

¹⁶⁴ Voy., Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *ibidem*, p. 126 : « Un accord amiable qui ne sert qu'à prendre un accord qu'avec quelques créanciers en leur accordant un avantage alors qu'à court ou à moyen terme, l'entreprise ne pourra pas faire face à sa continuité, pourrait réellement être un acte préjudiciable aux autres créanciers » (c'est nous qui soulignons).

¹⁶⁵ Plus précisément, à la chambre des PRJ.

¹⁶⁶ Voy. les articles XX.39/1 § 6 du CDE et XX.46 § 6 du CDE.

¹⁶⁷ Voy. exposé des motifs précité, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/004 p.12 : « La procédure de l'accord préparatoire sera clôturée par le président si l'approbation du plan de réorganisation est rendue suffisamment plausible par le fait que le mandataire de justice dispose de suffisamment de procurations pour marquer son accord sur le plan de réorganisation. Les majorités prévues à l'article XX.78 ne doivent pas encore être atteintes avec certitude. Une certaine flexibilité semble indiquée pour les entreprises qui comptent un grand nombre de créanciers car il semble probable que certains créanciers consultés dans une phase ultérieure tenteront de récupérer leurs déclarations de créance à défaut d'un sursis. L'ordonnance du président est transmise au tribunal pour que la procédure de réorganisation judiciaire par accord collectif puisse être déclarée ouverte par le tribunal sans perte de temps supplémentaire » (c'est nous qui soulignons).

¹⁶⁸ Voy. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 127.

¹⁶⁹ Voy. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *ibidem.*, p. 127.

¹⁷⁰ Voy. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *ibidem.*, p. 128.

de la PRJ par accord collectif accéléré et ce, pour se conformer à la Directive (UE) 2019/1023¹⁷¹.

Cette procédure, même si elle n'est pas encore parfaite, est incontestablement une évolution positive en matière du droit de l'insolvabilité des entreprises¹⁷². Pour la première fois, le législateur belge a mis en place une véritable procédure de *prepack* combinant une procédure non publique avec une procédure publique accélérée. Là où ce *prepack* acquiert toute son utilité, en plus de son caractère confidentiel¹⁷³, est qu'il permet une protection pré-procédurale pour le débiteur à l'égard de ses créanciers¹⁷⁴ et qu'il a pour finalité d'imposer de véritables abattements à ceux-ci. La PRJ accélérée étant vue comme un « outil invoqué par le mandataire à l'égard des créanciers récalcitrants pour les *contraindre* à des solutions qu'ils ne semblaient pas vouloir accepter de bon gré »¹⁷⁵.

Cet effet de contrainte n'a été que renforcé par la Directive européenne en ce qu'elle prévoit le vote du plan par classes de créanciers et certains mécanismes tels que le *cramdown*¹⁷⁶. Le texte de la proposition originale de la loi du 21 mars 2021 prévoyait une modification de l'article XX. 78 du CDE et un vote des créanciers « par catégories »¹⁷⁷.

¹⁷¹ Le contrôle de viabilité et de faisabilité est au cœur de la Directive européenne. Voy not les articles 10, 11 et 6 de la Directive (UE) 2019/2013. Il n'existe pas dans le livre XX actuel un tel contrôle. La prochaine loi sur la transposition de la directive devra donc y remédier. Voy. en ce sens Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 53.

¹⁷² A. VAN HOE., I. VEROUGSTRAETE et J-Ph. LEBEAU, "De wet van 21 maart 2021 tot wijziging van boek XX WER en WIB 1992", *T.B.H.*, 2021, p. 283 ; OUCHINSKY et W. DAVID, *op. cit.*, p. 427.

¹⁷³ Le caractère confidentiel permet de maintenir la valeur de l'entreprise (*cf supra* pp. 12-13).

¹⁷⁴ Bien que cette protection ne soit peut être pas suffisante.

¹⁷⁵ Y. BRULARD, « Le preinsolvency à la suite de la loi du 21 mars 2021... », *op.cit.*, p. 11.

¹⁷⁶ Voy *supra* p. 23.

¹⁷⁷ Ce que le législateur signifie par catégorie n'est pas clair. Cette notion n'est mentionnée nulle part dans les travaux préparatoires de la loi du 21 mars 2021. Voy. J. DENGLER : « The impact of the EU Restructuring Directive on the Belgian collective plan: "To class or not to class?" – that's the question for the Belgian legislator » disponible sur [Microsoft Word - INSOL ERA collection 2021 \(30 Nov\)\(FINAL\)\(1\).docx\(azureedge.net\)](#), 3 décembre 2021, p. 52 : « So far, the Belgian legislator has only presented a very simplistic proposal on 10 June 2020 to amend Book XX on insolvency law of the Economic Law Code. This bill – which only seeks to adjust the law on a few points and seems more like a "conversation starter" rather than a genuine proposal – merely adds the wording "the voting on the plan shall be per category of creditors" to the relevant procedural provisions, without any further clarification whatsoever. What is meant by a "category of creditors" is therefore unclear. Neither the Bill nor the current insolvency law provides a definition of "category of creditors" ».

Cependant, au vu du caractère temporaire de la loi et de l'aspect moins urgent dans le contexte Covid que d'autres dispositions, ce projet fut écarté¹⁷⁸. Le législateur devra y revenir dans le cadre de la future loi de transposition pour se conformer à la Directive.

Ce *prepack* est aussi une évolution positive en ce qu'il se rapproche de ce qui est pratiqué chez nos voisins¹⁷⁹.

Cependant, il convient de rester prudent à ce que ce mécanisme ne mène pas à préjudicier le droit des créanciers. Sur ce point, une vigilance accrue du législateur semble de mise dans le cadre de la future loi de transposition de la Directive¹⁸⁰.

Il faut également noter que certains auteurs en doctrine plaident pour donner à la chambre des entreprises en difficulté consacrée aux articles XX.25 à XX.29 CDE un rôle préventif en lui permettant de commencer des négociations dans la pure confidentialité avec des acteurs économiques en difficulté afin d'aboutir à un accord à homologuer par le juge¹⁸¹.

Il n'est pas anodin de se poser la question étant donné que le législateur européen permet des dérogations à ce vote par classe, notamment en permettant d'exempter les PME de la règle et de ne créer que deux classes de créanciers. Voy. J. DENGLER : *op. cit.*, p. 54 : « Apparently aware of this reality, the European legislator, somewhat contradictorily, toned down its position leaving the possibility open for Member States to limit the class formation requirement to just two classes (secured versus unsecured creditors) and to allow SME restructurings to be exempted, knowing that they represent per cent of all businesses in Europe. This, in fact, allows the Belgian legislator to largely retain the collective plan procedure in its current form, even though it firmly goes against the class voting model, at least prima facie, as pursued by the Directive ». (c'est nous qui soulignons).

¹⁷⁸ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 159.

¹⁷⁹ Voy par exemple en France où un *prepack* cession peut avoir lieu dans le cadre soit de la procédure du mandat ad hoc, soit de la conciliation qui sont toutes les deux des procédures volontaires, amiables et confidentielles. Voy. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 299.

¹⁸⁰ C. DUMONT DE CHASSART et S. NACHSEM, « The international Insolvency and Restructuring Review Key developments and the latest trends in Belgium » disponible sur [publication_0024892_ja_001.pdf \(amt-law.com\)](#), *s.d.*, consulté le 15 mai 2022. p. : On the one hand, we commend the efforts of the legislator, who is trying to provide real answers to the difficulties encountered by the debtor by mitigating the harmful effects on company's credit of reorganisation procedures. The use of a confidential procedure, insofar as it aims to remedy a major weakness in our law, could in fact prove to be really effective in safeguarding the value of companies facing difficulties. As a result, the chances of recovery might be higher. On the other hand, we insist on the need to set limits on legislative intervention. The balance of interests between creditor and debtor must always be respected, meaning that the interests of the creditors should never be disregarded » (c'est nous qui soulignons).

¹⁸¹ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 90.

III. LE PREPACK TRANSFERT

L'article XX.39/1 CDE tel que décrit ci-dessus, ne prévoit pas formellement¹⁸² de mécanisme de *prepack transfert*. Un *prepack transfert* avait été consacré en droit belge dans le cadre d'une procédure de « pré-faillite » par un projet de loi du 20 avril 2017. Cette loi fut cependant abandonnée suite à l'arrêt *Smallsteps*¹⁸³ de la Cour de justice de l'Union européenne prononcé à l'encontre d'une procédure de *prepack* aux Pays-Bas. Cet arrêt n'était en réalité qu'un prétexte car les mécanismes en droit belge et en droit néerlandais étaient différents¹⁸⁴. Cependant, face « à l'incertitude créée dans cet arrêt par la jurisprudence européenne »¹⁸⁵, aux multiples critiques qu'il a suscitées et aux pressions politiques, cette proposition de *prepack* a été retirée du projet de loi.

Quelques années plus tard, en 2019, dans l'arrêt *Plessers*¹⁸⁶, la CJUE dans le cadre non plus d'un *prepack transfert* mais d'un transfert sous autorité de justice, réitère sa jurisprudence *Smallsteps*. Cependant, tout récemment, elle semble être revenue sur sa jurisprudence antérieure avec l'arrêt *Heiploeg*.

Dans cette section, nous commenterons tout d'abord le *prepack transfert* tel qu'il était prévu dans le projet de loi de 2017. Ensuite, nous nous pencherons sur les arrêts *Smallsteps*, *Plessers* et *Heiploeg* et discuterons des conséquences de ces arrêts. Enfin, ce mécanisme n'étant pas « encore » consacré concrètement en droit belge, nous envisagerons quelques moyens, sans prétendre à être exhaustifs, pour le mettre en œuvre.

¹⁸² Formellement car en réalité, il est possible de réaliser un *prepack transfert* par le biais de l'article XX.39/1 (cf. *infra* pp. 53-54).

¹⁸³ C.J., arrêt *Smallsteps*, 22 juin 2017, C-126/16, EU:C:2017:489.

¹⁸⁴ I. VEROUGSTRAETE (dir.), *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Wolters Kluwer, 2019, p. 312, n°306. R. AYDOGDU et F. ROZENBERG, « De *Smallsteps* à *Plessers* : Un « grand bond en avant » pour le redressement des entreprises en difficulté », *Les réformes du droit économique : premières applications*, N. Thirion (dir) C.U.P., vol. 190, Limal, Anthemis, 2019, pp 89 à 92.

¹⁸⁵ I. VEROUGSTRAETE, *ibidem.*, p. 312, n°307.

¹⁸⁶ C.J., arrêt *Plessers*. 16 mai 2019, C-509/17, EU:C:2019:424.

1. LE PREPACK TRANSFERT TEL QUE CONSACRE PAR LE PROJET DE LOI DU 20 AVRIL 2017 : LA PROPOSITION DE LA FAILLITE SILENCIEUSE

1.1. Présentation

La proposition de loi du 20 avril 2017, suite à laquelle le livre XX a été inséré dans le CDE¹⁸⁷, prévoyait à l'article XX.33 une procédure visant à « organiser le transfert d'une entreprise *en amont* de la faillite »¹⁸⁸. L'idée était donc de préparer ce transfert dans la discrétion et sans publicité afin d'éviter les effets négatifs sur la valeur de l'entreprise. Ceci étant, pour rappel, une caractéristique de la procédure *prepack*¹⁸⁹.

Cette procédure devait être déclenchée par tout débiteur qui estimait se trouver en état de faillite¹⁹⁰, lequel devait déposer une requête expliquant en quoi cette procédure de pré-faillite lui serait avantageuse¹⁹¹. Ensuite, un ou plusieurs pré-curateurs ainsi qu'un juge commissaire étaient désignés par le tribunal normalement compétent pour déclarer la faillite, en vue de préparer celle-ci¹⁹².

1.2. Critiques

Bien que cette procédure consacrait pour la première fois formellement en droit belge un mécanisme de *prepack transfert*, elle n'était pas en tous point satisfaisante. D'abord, le fait qu'elle n'était destinée qu'au débiteur qui se trouvait en état de faillite était contestable¹⁹³. En effet, cela visait à exclure de cette procédure les entreprises dont la continuité était menacée mais qui restaient viables et qui, par conséquent, avaient le plus de chance d'assurer la poursuite de leurs activités. Inutile de dire qu'il y avait ici une contradiction entre d'une part, prévoir une procédure pour permettre à l'entreprise de conserver au maximum sa valeur et maintenir l'emploi, et d'autre part, exclure de celle-ci les entreprises qui sont les plus susceptibles de continuité. Si ce projet était adopté aujourd'hui, il serait

¹⁸⁷ Projet de loi portant insertion du Livre XX "Insolvabilité des entreprises", dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017, n° 2407/001, pp. 49 et 163.

¹⁸⁸ R. AYDOGDU., « la réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 (...) », *op.cit.*, p. 163.

¹⁸⁹ *Voy. supra* p. 12-13.

¹⁹⁰ R. AYDOGDU., *ibidem*, p. 163.

¹⁹¹ R. AYDOGDU., *ibidem*, p. 163.

¹⁹² R. AYDOGDU., *ibidem*, p. 163.

¹⁹³ R. AYDOGDU., *ibidem*, p. 163.

d'ailleurs également en contradiction avec la Directive européenne en ce qu'elle impose un contrôle de la viabilité du débiteur qui souhaite recourir à la *préinsolvency*¹⁹⁴.

Ensuite, certains auteurs en doctrine ont invoqué qu'il y avait un manque de transparence envers les créanciers. Il y avait, selon eux, en cette procédure un manque de contrôle effectif du tribunal sur la cession qui avait été préparée et qui par la suite, était « organisée et contrôlée par le même curateur et juge délégué »¹⁹⁵.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt Smallsteps de la Cour est venu chambouler l'adoption de cette proposition (du moins en apparence).

2. LES ARRETS SMALLSTEPS, PLESSERS ET HEIPLOEG DE LA CJUE

2.1. Contexte

Avant de présenter les faits et l'enseignement de ces arrêts, il convient de présenter le cadre légal dans lequel ceux-ci s'inscrivent.

En cas de transfert d'entreprise, la Directive UE 2001/23¹⁹⁶ assure la protection des travailleurs. Le cessionnaire se voit ainsi obligé de reprendre l'ensemble des travailleurs¹⁹⁷ ainsi que de maintenir leurs droits¹⁹⁸ après la cession. A cette règle, il y a néanmoins des exceptions. La première est visée par l'article 5 de la Directive. Selon cet article, le cessionnaire n'a pas d'obligation de protection des travailleurs en cas de transfert de l'entreprise dans le cadre d'une « faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente »¹⁹⁹. Une seconde dérogation est consacrée à l'article 4

¹⁹⁴ A. ZENNER, *op.cit.*, p. 9.

¹⁹⁵ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 41 ; I. VEROUGSTRAETE (dir.), *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, *op.cit.*, p. 312, n° 306 et s.

¹⁹⁶ Directive (UE) 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, *J.O.U.E.*, L 082, 22 mars 2001.

¹⁹⁷ Voy. l'article 4 § 1 1^{ère} phrase de la Directive (UE) 2001/23 : « Le transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire [...] » (c'est nous qui soulignons).

¹⁹⁸ Voy. l'article 3 § al 1 de la Directive (UE) 2001/23 : « Les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire » (c'est nous qui soulignons).

¹⁹⁹ Voy. l'article 5 § 1 de la Directive (UE) 2001/23 : « Sauf si les États membres en disposent autrement, les

qui permet des licenciements pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation²⁰⁰.

En droit belge, cette Directive a été transposée par la Convention collective de travail n°32 bis.

2.2. Les arrêts Smallsteps et Plessers : présentation

a) L'arrêt Smallsteps

Dans l'arrêt Smallsteps²⁰¹, une société néerlandaise, Estro Groep, étant à l'époque la plus grande société de garderie d'enfants aux Pays-Bas, avait fait aveu de faillite en date du 5 juin 2014. A la même date, elle avait saisi le tribunal d'Amsterdam d'une requête de désignation d'un curateur qui lui avait été accordé le 10 juin 2014. Estro Groep avait élaboré un plan qui prévoyait un *prepack transfert*. L'idée était de céder une partie importante de l'entreprise Estro Groep à un acheteur (en l'occurrence H.I.G. Capital) afin d'assurer le redémarrage de celle-ci. Le 20 juin 2014, la société Smallsteps a été constituée afin de reprendre, pour le compte de H.I.G. Capital, une grande partie de la société Estro Groep. La faillite a été prononcée le 5 juillet 2014 et le même jour, le *prepack* a été signé entre le curateur et Smallsteps. Au terme de ce *prepack*, Smallsteps s'était engagée à acheter 250 établissements de garderie d'enfants et à reprendre 2600 travailleurs d'Estro Groep, licenciant de la sorte plus d'un millier de travailleurs. Quatre travailleurs non repris ainsi que les syndicats ont introduit un recours devant le tribunal afin de faire constater que la Directive (UE) 2001/23²⁰² s'applique au *prepack* conclu et que les quatre travailleurs devaient être repris par Smallsteps, leurs droits devant être pleinement conservés. Afin de

articles 3 et 4 ne s'appliquent pas au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente (qui peut être un syndic autorisé par une autorité compétente ».

²⁰⁰ Voy. l'article 4 § 1 2^{ème} phrase de la directive (UE) 2001/23 : « Cette disposition ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi ».

²⁰¹ C.J., arrêt *Smallsteps*, 22 juin 2017, C-126/16, EU:C:2017:489. Voy. également. R. AYDOGDU, « La protection des travailleurs et transfert d'entreprises en difficulté en droit de l'Union européenne », *Droit du Financement et de l'économie*, 2020, pp.30-31, I. VEROUGSTRAETE, (dir.), *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, op.cit., p 313, n°307.

²⁰² Plus particulièrement les articles 3 et 4 de la directive (UE) 2001/23.

trancher ce litige, le tribunal a posé plusieurs questions préjudicielles à la CJUE²⁰³. Celle-ci, après avoir analysé les trois conditions de l'article 5²⁰⁴, a considéré que cet article n'était pas applicable dans ce contexte si bien que la protection des travailleurs garantie par la Directive (UE) 2001/23 devait être maintenue²⁰⁵. La Cour a, en effet, estimé que le *prepack* organisé par le droit hollandais ne visait pas à la liquidation mais avait pour principal objectif la sauvegarde de l'entreprise²⁰⁶. De plus, la dernière condition de l'article 5 n'était, selon elle, pas non plus remplie en ce que le curateur et le juge-commissaire pressentis étaient dépourvus de pouvoir de contrôle²⁰⁷.

b) L'arrêt Plessers

Pas moins de deux années plus tard, la CJUE va rendre un arrêt dans le sillage de l'arrêt Smallsteps : l'arrêt Plessers. Les faits de cet arrêt sont similaires à ceux de l'arrêt Smallsteps

²⁰³ La Cour les reformule comme suit : « En l'occurrence, il y a lieu de comprendre les première à troisième questions, qu'il convient d'examiner ensemble, comme visant, en substance, à savoir si la directive 2001/23, et notamment son article 5, paragraphe 1, doit être interprétée en ce sens que la protection des travailleurs garantie par les articles 3 et 4 de cette directive est maintenue, dans une situation, telle que celle en cause au principal, où le transfert d'une entreprise intervient à la suite d'une déclaration de faillite dans le contexte d'un *pre-pack*, préparé antérieurement à celle-ci et mis en œuvre immédiatement après le prononcé de la faillite, dans le cadre duquel, notamment, un « curateur pressenti », désigné par un tribunal, examine les possibilités d'une éventuelle poursuite des activités de cette entreprise par un tiers et se prépare à passer des actes juste après le prononcé de la faillite afin de réaliser cette poursuite, et, par ailleurs, s'il est pertinent, à cet égard, que l'objectif poursuivi par l'opération de *pre-pack* vise tant la poursuite des activités de l'entreprise en cause que la maximalisation du produit de la cession pour l'ensemble des créanciers de cette entreprise » (c'est nous qui soulignons). Voy. J., arrêt *Smallsteps*, 22 juin 2017, C-126/16, EU:C:2017:489, point 37.

²⁰⁴ À savoir que (1) le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue (2) ladite procédure est ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et est (3) sous le contrôle d'une autorité publique. Voy. l'article 5 de la directive (UE) 2001/23.

²⁰⁵ Voy. C.J., arrêt *Smallsteps*, 22 juin 2017, C-126/16, EU:C:2017:489, point 61. « La Directive 2001/23 (...) et notamment son article 5, paragraphe 1, doit être interprétée en ce sens que la protection des travailleurs garantie par les articles 3 et 4 de cette directive est maintenue dans une situation, telle que celle en cause au principal, où le transfert d'une entreprise intervient à la suite d'une déclaration de faillite, dans le contexte d'un *prepack*, préparé antérieurement à celle-ci et mis en œuvre immédiatement après le prononcé de la faillite, dans le cadre duquel notamment, un curateur « pressenti », désigné par un tribunal, examine les possibilités d'une éventuelle poursuite des activités de cette entreprise par un tiers et se prépare à passer des actes juste après le prononcé de la faillite afin de réaliser cette poursuite et par ailleurs, qu'il n'est pas pertinent, à cet égard, que l'objectif poursuivi par cette opération de *prepack* vise également la maximalisation du produit de cession pour l'ensemble des créanciers de l'entreprise » (c'est nous qui soulignons).

²⁰⁶ Voy. C.J., arrêt *Smallsteps*, 22 juin 2017, C-126/16, EU:C:2017:489, points 47 à 52.

²⁰⁷ Voy. C.J., arrêt *Smallsteps*, 22 juin 2017, C-126/16, EU:C:2017:489, points 53 à 57.

sauf que se pose cette fois la question de savoir si la protection prévue par la Directive (UE) 2001/23 s'applique pour un transfert d'entreprise dans le cadre d'une PRJ par transfert²⁰⁸.

Partant de la prémisse selon laquelle le régime dérogatoire prévu à l'article 5 de la Directive s'appliquait à un transfert sous autorité de justice dans le cadre d'une réorganisation judiciaire, le législateur belge a adopté une solution de compromis concernant la question du transfert des travailleurs²⁰⁹. En effet, la combinaison des articles XX.86 CDE (anciennement l'article 61 LCE) et de la CCT n°102 prévoit d'une part, que les droits des travailleurs doivent être préservés tout en accordant d'autre part, des dérogations au cessionnaire. Ainsi, celui-ci a le droit de choisir les travailleurs qu'il reprend pour autant que ce choix soit dicté par des raisons techniques, économiques et organisationnelles²¹⁰.

Les faits de l'arrêt sont les suivants. En 2013, une société (la SA Echo) avait obtenu le transfert de ses biens meubles et immeubles à une autre société repreneuse (la SA Prefaco) par le tribunal du commerce d'Hasselt. Ce transfert prévoyait par ailleurs, la reprise de 164 travailleurs de la SA Echo. Cependant, un tiers des travailleurs n'avait pas été repris, dont madame Plessers. Le 11 avril 2014, celle-ci a alors introduit un recours devant le tribunal du travail d'Anvers. Le tribunal a rejeté la demande de madame Plessers si bien qu'elle a interjeté appel devant la Cour du travail d'Anvers qui a décidé de surseoir à statuer et de poser une question préjudicielle à la CJUE. Celle-ci portait sur la compatibilité du droit belge avec la Directive 2001/23²¹¹. Ici aussi, après l'examen des trois conditions de l'article 5, la

²⁰⁸ C.J., arrêt *Plessers*. 16 mai 2019, C-509/17, EU:C:2019:424.

²⁰⁹ R. AYDOGDU, « La protection des travailleurs ... », *op.cit.*, p 29 ; N. OUCHINSKY, « Etat des lieux de l'application des règles européennes de reprise des travailleurs dans le cadre d'un transfert d'entreprise sous autorité de justice un an après l'arrêt *Plessers* : le pouvoir d'appréciation du juge national dans l'application du principe de l'interprétation conforme en droit social communautaire », *R.D.C-T.H.B.*, 2020, pp. 821-822 ; I. VEROUGSTRAETE, (dir.), *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise, op.cit.*, p. 601 ; L. MONSEREZ., « De sociale aspecten van een overdracht onder het gerechtelijk gezag in het kader van een gerechtelijke reorganisatie », *La loi relative à la continuité des entreprises*, A. Zenner, J-Ph. Lebeau et C. Alter (dir.), Bruxelles Larcier, 2010, p.171. n°724.

²¹⁰ Voy. l'article XX. 86 § 3 du CDE (anciennement article 61 LCE § 4) et l'article 12 de la CCT n°102.

²¹¹ La CJUE reformule la question préjudicielle comme suit : « [...] il convient de reformuler la question posée comme visant, en substance, à savoir si la directive 2001/23, notamment ses articles 3 à 5, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui, en cas de transfert d'une entreprise intervenu dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice appliquée en vue du maintien de tout ou partie du cédant ou de ses activités, prévoit, pour le cessionnaire, le droit de choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre » (c'est nous qui soulignons). Voy. C.J., arrêt *Plessers*. 16 mai 2019, C-509/17, EU:C:2019:424, point 36.

CJUE va considérer que l'exception prévue par cet article ne s'applique pas à un transfert d'entreprise réalisé dans le cadre d'une PRJ par transfert sous autorité de justice²¹². Par ailleurs, la Cour va analyser la possibilité pour le cessionnaire de choisir ses travailleurs telle qu'il résulte des articles XX.86 § 3 du CDE et 12 de la CCT n°12 à la lumière de l'article 4 § 1, 2^{ème} phrase de la Directive (UE) 2001/23²¹³. La Cour va dire que ce n'est pas parce que le cessionnaire doit choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre pour des raisons d'ordre technique, économique ou organisationnel, qu'il est soumis à une obligation de démontrer que les licenciements intervenus dans le cadre du transfert sont dus à des raisons d'ordre technique, économique ou organisationnel²¹⁴. Ainsi, la législation belge ne peut non plus être justifiée par le biais de l'article 4 § 1 de la Directive (UE) 2001/23²¹⁵.

Au vu de ces éléments, la Cour a estimé que l'équilibre trouvé par le droit belge entre efficacité de la procédure et maintien des droits des travailleurs n'était pas compatible avec le droit de l'Union européenne²¹⁶.

2. 3. Les arrêts Smallsteps et Plessers : conséquences

A la lecture de ces deux arrêts et de l'interprétation stricte que la CJUE donne de l'article 5 de la Directive, on a pu se poser la question de l'impact que tout ceci aurait sur tout transfert

²¹² Pour la première condition, voy. les points 41 à 43, pour la deuxième, les points 44 et 45 et pour la troisième, les points 46 et 47 de l'arrêt.

²¹³ Selon lequel pour rappel des licenciements sont permis pour des raisons économiques, techniques et d'organisation (Voy. *supra* pp 40-41).

²¹⁴ Voy. C.J., arrêt *Plessers*. 16 mai 2019, C-509/17, EU:C:2019:424, point 58 : « S'il est vrai que les travailleurs non choisis par le cessionnaire concerné et, partant, licenciés sont implicitement mais nécessairement ceux dont aucune raison technique, économique ou organisationnelle n'impose, aux yeux dudit cessionnaire, le transfert du contrat de travail, il n'en demeure pas moins que ce cessionnaire n'est soumis à aucune obligation de démontrer que les licenciements intervenus dans le cadre du transfert sont dus à des raisons d'ordre technique, économique ou organisationnel » (c'est nous qui soulignons).

²¹⁵ Voy. C.J., arrêt *Plessers*. 16 mai 2019, C-509/17, EU:C:2019:424, point 59 : « Il apparaît donc que l'application d'une législation nationale telle que celle en cause au principal est de nature à compromettre sérieusement le respect de l'objectif principal de la directive 2001/23, tel que précisé à l'article 4, paragraphe 1, de celle-ci et rappelé au point 52 du présent arrêt, à savoir la protection des travailleurs contre les licenciements injustifiés en cas de transfert d'entreprise » (c'est nous qui soulignons).

²¹⁶ Voy. C.J., arrêt *Plessers*. 16 mai 2019, C-509/17, EU:C:2019:424, point 61 : « Au vu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question préjudicielle posée que la directive 2001/23, et notamment ses articles 3 à 5, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui, en cas de transfert d'une entreprise intervenu dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice appliquée en vue du maintien de tout ou partie du cédant ou de ses activités, prévoit, pour le cessionnaire, le droit de choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre » (c'est nous qui soulignons).

réalisé dans le cadre d'une procédure ne visant pas uniquement la liquidation du débiteur²¹⁷ et par conséquent, sur les *prepack transferts*²¹⁸. Plus fondamentalement, cette jurisprudence a pu remettre en question toute la logique de « sauvetage des entreprises » sur laquelle se fonde le droit de l'insolvabilité depuis peu²¹⁹.

Sur le plan des principes en droit européen²²⁰, vu qu'il s'agit d'un litige entre particuliers, au vu de l'absence d'effet direct de la Directive (UE) 2001/23, les articles 3 à 5 de celle-ci ne peuvent mener à l'écartement d'une norme nationale contraire²²¹. Ainsi, dans un tel cas, le juge national se doit de donner au droit national *dans la mesure du possible*²²² une interprétation conforme au droit de l'Union européenne²²³. Cependant, si une telle interprétation n'est pas possible, le juge national n'est pas tenu d'écarter la norme nationale contrevenante au droit de l'UE sauf règle nationale contraire. Cela a d'ailleurs été rappelé par la CJUE dans l'arrêt Plessers²²⁴. La partie lésée n'a d'autre choix dans un tel cas que de tenter une mise en cause de l'Etat en raison d'une transposition incorrecte de la Directive²²⁵.

²¹⁷ Uniquement car dans l'arrêt *Smallsteps*, il a été considéré que même si le *prepack* néerlandais visait aussi à maximiser le désintéressement des créanciers, l'objectif principal de la procédure visait la continuité de l'entreprise. Voy. C.J., arrêt *Smallsteps*, 22 juin 2017, C-126/16, EU:C:2017:489, point 48. Dans l'arrêt *Plessers*, la CJUE a estimé que la PRJ par transfert ne pouvait pas être considérée comme une procédure de faillite ou d'insolvabilité analogue car la procédure n'aboutit pas automatiquement de façon certaine à la faillite. Voy. C.J., arrêt *Plessers*, 16 mai 2019, C-509/17, EU:C:2019:424, point 43.

²¹⁸ Voy. R. AYDOGDU, « La protection des travailleurs ... », *op.cit.*, p. 38 « A défaut de restructuration habile de la masse salariale en amont des procédures de sauvetage, pour mettre l'entreprise en situation de susciter ultérieurement des offres finançables qui maintiennent le volume de l'emploi préalablement corrigé, le transfert d'entreprises en difficulté risque fort de ne plus être réalisé que dans le cadre d'une faillite, en totale contradiction avec les motifs qui ont conduit au développement des prepack cessions » (c'est nous qui soulignons).

²¹⁹ Voy. *supra* p. 7.

²²⁰ R. AYDOGDU et J. WILDEMEERSCH, « L'arrêt Plessers de la Cour de justice de l'Union européenne : une condamnation « avec sursis » de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice ? », *J.L.M..B.*, 2019, pp. 1267 et s.

²²¹ C.J., arrêt *Poplwasky*, 24 juin 2019, C-573/17, EU :C:2019 :530, points 62, 64 et 68. Voy. également C.J., arrêt *Plessers*, 16 mai 2019, C-509/17, EU:C:2019:424, point 28.

²²² Dans la mesure du possible car « cette obligation est, d'une part, limitée, par les principes généraux du droit et elle ne peut pas, d'autre part, servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national ». Voy. R. AYDOGDU et J. WILDEMEERSCH, *op.cit.*, p. 1272. Voy. également. C.J., arrêt *Poplwasky*, 24 juin 2019, C-573/17, EU :C:2019 :530, point 76 ; C.J., arrêt *Smith*, 7 août 2018, C-122/17, EU:C:2018 :631, point 40.

²²³ C.J., arrêt *Poplwasky*, 24 juin 2019, C-573/17, EU :C:2019 :530, point 55. Voy. également C.J., arrêt *Plessers*, 16 mai 2019, C-509/17, EU:C:2019:424, points 28-29.

²²⁴ Voy. C.J., arrêt *Plessers*, 16 mai 2019, C-509/17, EU:C:2019:424, point 60 : « Il convient toutefois de rappeler, ainsi que cela a déjà été souligné aux points 28 et 29 du présent arrêt, qu'une juridiction nationale, saisie d'un litige entre particuliers, qui se trouve dans l'impossibilité de procéder à une interprétation des dispositions de son droit national qui serait conforme à une directive non transposée

Cela a mené, en Belgique, à d'importants débats en jurisprudence mais surtout en doctrine sur la manière dont il convenait de réceptionner l'enseignement tiré de l'arrêt Plessers dans l'ordre juridique belge. Certains soutenaient qu'une interprétation conforme du droit belge à la Directive était assurément *contra legem*²²⁶. Cela a été suivi par la jurisprudence qui a alors choisi d'appliquer l'article XX.86 dans le cadre d'une PRJ par transfert sous autorité de justice abstraction faite de la jurisprudence Plessers²²⁷. Cependant, le problème d'une telle approche est aisément compréhensible. A tout moment, l'Etat risquait d'engager sa responsabilité et le cas échéant, de se faire condamner²²⁸. D'autres, en revanche, plaidaient pour une approche plus fonctionnelle de l'arrêt et voyaient une possible interprétation

ou incorrectement transposée, n'est pas tenue, sur le seul fondement du droit de l'Union, de laisser inappliquées ces dispositions nationales contrairement aux dispositions de cette directive » (c'est nous qui soulignons).

²²⁵ C.J.C.E, arrêt Francovich e.a., 19 novembre 1991, C-6/90 et C-9/90, EU :1991 :428, point 45 ; C.J., arrêt Smith, 7 août 2018, C-122/17, EU:C:2018 :631, point 56 ; C.J., arrêt *Poplwasky*, 24 juin 2019, C-573/17, EU :C:2019 :530, point 57 ; C.J., arrêt *Plessers*, 16 mai 2019, C-509/17, EU : C:2019:424, point 60.

²²⁶ Voy. R. AYDOGDU et J. WILDEMEERSCH, *op.cit.*, p. 1276 : « On aurait tort de voir dans cet attendu de la Cour de justice la piste d'une interprétation conforme du droit belge à la directive 2001/23. Comme la Cour de justice le rappelle, « des licenciements survenus dans un contexte de transfert d'entreprise doivent être motivés par des raisons économiques, techniques ou d'organisation sur le plan de l'emploi qui ne tiennent pas intrinsèquement audit transfert. La Cour a ainsi considéré que l'absence d'accord entre le cessionnaire et les bailleurs sur un nouveau contrat de bail, l'impossibilité de trouver un autre local commercial ou encore l'impossibilité de transférer le personnel dans d'autres magasins peuvent constituer des raisons économiques, techniques ou d'organisation, au sens de l'article 4, paragraphe 1er, de la directive 2001/23 ». Dans ses conclusions précédant l'arrêt Plessers, l'Avocat général Szpunar avait également souligné, en se référant à plusieurs arrêts de la Cour de justice, « que pour déterminer si le licenciement a été motivé par le seul fait du transfert, en violation de l'article 4, paragraphe 1er, de la directive 2001/23, il convient de prendre en considération les circonstances objectives dans lesquelles le licenciement est intervenu. Ainsi, dans un cas tel que celui de l'espèce, (...) le licenciement en cause a pris effet deux jours après la date du transfert. Il ressort également de la jurisprudence de la Cour qu'il ne suffit pas de démontrer que l'extinction du contrat de travail est due à des raisons économiques, techniques ou d'organisation. Il doit également être prouvé que ces raisons ne découlent pas directement du transfert d'entreprise, en violation de l'article 4, paragraphe 1er, de la directive 2001/23. En d'autres termes, il doit être prouvé que le licenciement en cause a été motivé par des circonstances supplémentaires, qui s'ajoutent audit transfert. Ce sont donc ces "circonstances supplémentaires" qui sont susceptibles d'être qualifiées de "raisons économiques, techniques ou d'organisation" au sens dudit article 4, paragraphe 1er » . Ce serait assurément poser une exigence contra legem, laquelle ne peut trouver son fondement dans le principe européen d'interprétation conforme, que de subordonner chaque refus de reprendre un travailleur à une raison technique, économique ou organisationnelle dans le sens de l'article 4, paragraphe 1er, de la directive qui vient d'être rappelé » (c'est nous qui soulignons).

²²⁷ Trib. entr.. Brabant Wallon, 31 janvier 2020, T.I.B.R., 1/2021, pp. 7- 8. Trib. entr. Liège, 22 septembre 2019, T.I.B.R., 1/2021, p. 14 ; Trib. entr. Bruxelles, 26 mai 2019, T.I.B.R., 1/2021, p. 14.

²²⁸ F. DE LEO, « De reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de nasleep van Plessers », *T.I.B.R.*, 2021, p. 15 ; C. WHATION, « Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag ? », *T.R.V/R.P.S.*, 2020, p. 599.

conforme du droit belge avec la Directive²²⁹. A suivre une telle approche, les juges nationaux devaient contrôler que les choix et licenciements des travailleurs étaient motivés par des raisons économiques, techniques ou organisationnelles²³⁰.

Au vu de l'insécurité juridique que cette question suscitait, tous s'accordaient néanmoins pour dire qu'une adaptation du droit belge était souhaitable²³¹. C'est ce que le législateur a fait dans une proposition de loi du 21 octobre 2020²³². Cette proposition vise à rendre le droit belge conforme à la Directive (UE) 2001/23²³³ et a fait deux choses. D'une part, elle précise que le but de la procédure de réorganisation judiciaire est « la liquidation des actifs ou activités du débiteur en vue de rembourser les créanciers »²³⁴. L'idée est que le transfert

²²⁹ Voy. F. DE LEO, « De reorganisatie door overdracht... », *op.cit.*, p. 13 : « Er is echter ook een functionele (minder zuivere, maar pragmatische) interpretatie mogelijk. De werknemers die door de verkrijger niet mee worden overgenomen en vervolgens worden ontslagen door de vervreemder (de route vervat in art. XX.86, § WER) zouden immers dezelfde moeten zijn als de werknemers die hun job verliezen via de twee beoogde routes in artikel 4(1) van de richtlijn. Via alle routes zijn het, althans in theorie, de werknemers die door ETO redenen geen plaats meer hebben binnen de geherstructureerde onderneming. Het Europees Hof van Justitie laat hier ook ruimte toe: het Hof geeft immers toe dat “de werknemers die de betrokken verkrijger niet kiest en die dus worden ontslagen, impliciet maar noodzakelijkerwijs de werknemers [zijn] voor wie geen enkele technische, economische of organisatorische reden de overgang van de arbeidsovereenkomst gebiedt in de ogen van deze verkrijger” ». Voy. également F. DE LEO, « Tripping the light Fantastic : is de keuzerecht van de verkrijger om werknemers over te nemen bij een overdracht onder gerechtelijk gezag richtlijnconform ? », *Limb.Rechtsl*, 2019, pp. 113 à 115.

²³⁰ Voy. . C. WHATION, *op.cit.*, p. 599. « Bij het voorbereiden van hun biedingen hebben kandidaat-kopers de keuze om [...] de functionele interpretatie toe te passen en ETO-redenen aan te geven waarom bepaalde werknemers niet worden overgenomen en waarom bepaalde werknemers wel worden overgenomen [...] ». Voy. également N. OUCHINSKY, « Etat des lieux... », *op.cit.*, pp. 830 et 832.

²³¹ Voy. De LEO, « De reorganisatie door overdracht... », *op.cit.*, p. 15 ; R. AYDOGDU, « La protection des travailleurs ... », *op.cit.* p. 38, WHATION, *op. cit.*, p.600 ; N. OUCHINSKY, « Etat des lieux... », *op.cit.*, p. 832, C. ALTER et Z. PLETINCKX, « Transfert d'entreprise sous autorité de justice, réduction de la masse salariale et conformité au droit européen », *J.T.*, 2021, p. 549.

²³² Proposition de loi portant diverses modifications en matière d'insolvabilité des entreprises, commentaires des articles *Doc. Ch*, 2020, n°1591/001, pp. 8 et 9.

²³³ Voy. la proposition de loi portant diverses modifications en matière d'insolvabilité des entreprises, *Doc. Ch*, développements, 2020, n°1591/001, p.4 « [...] il est néanmoins important de veiller à ce qu'aucune controverse ne puisse naître quant à la compatibilité de la loi belge avec la directive 2001/23, telle qu'interprétée par la Cour de justice. Ces modifications s'avèrent d'autant plus nécessaires que les nombreuses mesures de crise prises contre la propagation de la pandémie de COVID-19 ont frappé durement l'économie, tant directement (par exemple, fermetures obligatoires de magasins et d'entreprises, annulations de nombreux événements etc.)_qu'indirectement (manque de stock ou de pièces de rechange en raison des mesures, baisse de la demande_etc.). Confrontées à d'importantes difficultés en matière de trésorerie, certaines entreprises n'auront pas d'autre choix que d'avoir recours aux procédures d'insolvabilité dont celles du transfert sous autorité judiciaire pour se restructurer. Il est en effet important que les parties prenantes soient rassurées sur le fait qu'un transfert d'entreprise éventuel sur base des articles XX.84 et suivants du Code de droit économique ne sera pas remis en cause par après en vertu de la jurisprudence de l'arrêt Plessers » (c'est nous qui soulignons).

²³⁴ Voy. la proposition de loi portant diverses modifications en matière d'insolvabilité des entreprises,

réalisé dans le cadre d'une PRJ puisse rentrer dans le champ d'application de l'article 5 de la Directive européenne²³⁵. D'autre part, elle propose de remplacer le deuxième alinéa de l'article XX.86 § 3 du CDE par « le cessionnaire devra motiver son choix éventuel de ne pas reprendre l'ensemble des travailleurs sur base de raisons techniques, économiques indépendantes du transfert envisagé ou organisationnelles et ce choix devra s'effectuer sans différenciation interdite »²³⁶. De plus, un nouvel alinéa serait inséré qui prévoit que « le tribunal de l'insolvabilité contrôlera cette motivation lors de son autorisation sur base de l'article XX.89 »²³⁷. L'idée étant ici de se conformer avec l'article 4 §1 2^{ème} phrase de la Directive. Il ressort néanmoins de l'avis du Conseil d'Etat qu'il n'était pas nécessaire de prévoir une telle modification de l'article XX.86 § 3 alors que la proposition de loi vise à rendre conforme la PRJ belge à l'article 5 de la Directive 2001/23²³⁸. Aucun nouveau projet

Commentaires des articles *Doc. Ch, 2020, n°1591/001, p. 8* : « Le texte vise à préciser, suite à l'arrêt Plessers précité, que la procédure de réorganisation judiciaire a notamment pour but la liquidation ordonnée des actifs ou activités du débiteur en vue de rembourser les créanciers. Elle constitue à ce titre une procédure de liquidation puisque les actifs ou les activités du débiteur seront liquidés de façon ordonnée, c'est-à-dire via une procédure mise en place par le mandataire de justice en vue de la satisfaction des créanciers sous le contrôle du juge (puisque le transfert s'opère sur autorisation du tribunal) tout en essayant de préserver l'emploi. Cette vente/liquidation des actifs et/ou activités du débiteur entraîne un concours impliquant la purge des sûretés réelles et des privilèges, ainsi que la répartition au marc le franc des sommes non grevées » (c'est nous qui soulignons).

²³⁵ D. BRULOOT, « Kroniek van het insolventierecht tijdens de corona-epidemie : is het insolventierecht in crisis ? », *R.D.C-T.B.H.*, 2020, p. 1404. L'avis du Conseil d'Etat sur la proposition de loi déplore que l'accent du législateur belge n'a été mis que sur la deuxième condition de l'article 5 de la Directive 2001/23 (à savoir la poursuite de la liquidation des biens du cédant) sans prendre en compte aucune des deux autres. Voy. la proposition de loi portant diverses modifications en matière d'insolvabilité des entreprises, avis du conseil d'Etat, *Doc. Ch, 2020, n° 1591/002, p. 10* : « Dès lors que l'option retenue consiste à adapter la procédure de réorganisation judiciaire dans son ensemble afin de la rendre conforme aux conditions d'application de l'article 5, paragraphe 1, de la directive n° 2001/23/CE, l'attention du législateur doit être attirée sur le fait que, dans son arrêt Plessers, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que la procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice ne répondait à aucune des trois conditions cumulatives de l'article 5, paragraphe 1, de la directive n° 2001/23/CE. Même si cette interprétation de la Cour est contestée par la doctrine (à tout le moins s'agissant des première et troisième conditions), il n'en demeure pas moins qu'il convient d'adapter la procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice réalisée par la proposition à l'examen en manière telle que chacune des trois conditions cumulatives de l'article 5, paragraphe 1, de la directive n° 2001/23/CE soit remplie, afin que, selon les termes des développements de la proposition à l'examen, « aucune controverse ne puisse naître quant à la compatibilité de la loi belge avec la directive 2001/23/CE, telle qu'interprétée par la Cour de justice » (c'est nous qui soulignons).

²³⁶ Commentaires des articles précités, *Doc. Ch, 2020, n°1591/001, p.9.*

²³⁷ *Ibidem.*

²³⁸ Voy. Avis du Conseil d'Etat précité, *Doc. Ch, 2020, n° 1591/002, p. 12* : « Enfin, dès lors que la proposition à l'examen entend adapter la procédure de réorganisation judiciaire dans son ensemble afin de la rendre conforme aux conditions de l'article 5, paragraphe 1, de la directive n° 2001/23/CE, l'attention du législateur est attirée sur le fait qu'il n'est dès lors pas strictement nécessaire, pour se

n'a été déposé suite à l'avis du Conseil d'Etat. Peut-être ces éléments seront-ils réexaminés dans le cadre de la future loi de transposition de la Directive (UE) 2019/1023.

2.4. L'arrêt Heiploeg : présentation et conséquences

Les arrêts Smallsteps et Plessers n'ont pas manqué de faire l'objet de nombreuses critiques²³⁹. Certains, en doctrine, prédisaient un revirement de jurisprudence de la CJUE ou même une modification de la Directive 2001/23 « à court ou moyen terme »²⁴⁰. D'autant plus que depuis la Directive 2019/1023, n'y-a-t-il pas au fond une contradiction entre celle-ci dont l'objectif est justement d'assurer la continuité des entreprises viables, et la protection stricte des travailleurs telle qu'interprétée par la CJUE dans ses arrêts Smallsteps et Plessers²⁴¹ ? Cette question est d'autant plus pertinente quand on se souvient que dans les affaires « Redirack » ou « Pain quotidien » analysées ci-dessus, c'est justement le transfert préparé en amont et suivi d'une PRJ qui a permis de « sauver » ces entreprises » et, *in fine*, de maintenir au maximum le volume de l'emploi²⁴². Il y avait là assurément un équilibre d'intérêts à faire entre d'une part, la protection individuelle des travailleurs et d'autre part, la logique du sauvetage des entreprises.

Tout récemment, le 28 avril dernier, la CJUE a rendu un arrêt dans lequel elle est revenue sur sa jurisprudence précédente²⁴³ en donnant à l'article 5 de la Directive 2001/23 une interprétation beaucoup plus souple. Il s'agit de l'arrêt Heiploeg²⁴⁴.

conformer en tant que tel à l'arrêt Plessers, de prévoir les modifications proposées à l'article XX.86, § 3, du CDE quant à l'encadrement du « droit de choisir » le personnel à reprendre. [...] ».

²³⁹ DE LEO, F., « Het stil faillissement na de Smallsteps-zaak: uit het oog maar niet uit het hart », *T.B.H.*, 2018, pp. 673 – 677 . R. AYGDODU et F.ROZENBERG, *op.cit.*, pp. 82 à 89.

²⁴⁰ R. AYDOGDU, « La protection des travailleurs ... », *op.cit.*, p. 38.

²⁴¹ Voy en ce sens les mots du Procureur général de la Cour Suprême des Pays Bas : « wat is nog het nut van de faillissementsuitzondering als deze alleen kan opgaan als de failliete onderneming niet wordt voortgezet? Immers, als zich geen overgang van onderneming in de zin van de Richtlijn voordoet, zijn de beschermingsbepalingen niet van toepassing en is een uitzondering voor overgang in het kader van faillissementsprocedures overbodig? ». Voy. De LEO, « De reorganisatie door overdracht... », *op.cit.*, p. 15.

²⁴² Cela est d'ailleurs affirmé par l'article 4, 1. de la Directive 2019/1023 : « Les États membres veillent à ce que, lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité, les débiteurs aient accès à un cadre de restructuration préventive leur permettant de se restructurer, en vue de prévenir l'insolvabilité et d'assurer leur viabilité, sans préjudice d'autres solutions visant à éviter l'insolvabilité, et de protéger ainsi les emplois et de maintenir l'activité économique » (c'est nous qui soulignons).

²⁴³ En particulier la jurisprudence Smallsteps.

²⁴⁴ C.J., arrêt *Heiploeg*, 22 avril 2022, C-237/20, EU:C:2022:321.

Heiploeg est un groupe de sociétés actif dans le commerce de gros de poissons et de fruits de mer. Au cours des années 2011-2012, il connaît des difficultés financières. Heiploeg demande alors au tribunal des Pays-Bas du Nord qu'il désigne un pré-curateur et un pré-juge-commissaire dans le cadre d'un *prepack*. Au cours de celui-ci, il décide de céder les actifs de sa société à la société Parlevliet & Van der Plas Beheer. La faillite du groupe Heiploeg est prononcée le 28 janvier 2014 et peu de temps après, l'accord de cession entre les deux sociétés est conclu. Conformément à celui-ci, Heiploeg nouvelle²⁴⁵ reprend les contrats de travail d'environ deux tiers des salariés pour exercer les mêmes fonctions mais en les soumettant à des conditions de travail moins favorables. Après avoir été débouté en première instance et en appel, la FNV²⁴⁶ introduit un pourvoi devant la Cour de cassation néerlandaise faisant valoir que la procédure de *prepack transfert* ne peut tomber sous le champ de l'exception de l'article 5 de la Directive (UE) 2001/23 et que par conséquent, l'ensemble des travailleurs devait être repris. C'est dans ce cadre que la Cour de cassation va poser des questions préjudicielles à la CJUE quant à l'application ou non des deux dernières conditions²⁴⁷ de l'article 5 de la Directive au *prepack*²⁴⁸. La CJUE a considéré que la condition de « procédure ouverte en vue d'une liquidation » était remplie en cas de transfert préparé dans le cadre d'un *prepack* antérieur à l'ouverture d'une procédure de faillite et réalisé au cours de celle-ci²⁴⁹. Contrairement à ce qu'elle avait dit dans son arrêt *Smallsteps*²⁵⁰, la CJUE considère qu'une cession d'actifs doit pouvoir être réalisée tout en bénéficiant de la dérogation de l'article 5 car il en va de la conservation de la valeur de l'entreprise²⁵¹.

²⁴⁵ Composée de Heiploeg ancienne ainsi que de Parlevliet & Van der Plas Beheer.

²⁴⁶ Federatie Nederlandse Vakbeweging (fédération du mouvement syndical néerlandais).

²⁴⁷ Qui sont pour rappel une procédure en vue de la liquidation des biens du cédant et sous contrôle d'une autorité publique compétente. Voy. *supra* p. 40.

²⁴⁸ C.J., arrêt *Heiploeg*, 22 avril 2022, C-237/20, EU:C:2022:321, points 37 et 56.

²⁴⁹ C.J., arrêt *Heiploeg*, 22 avril 2022, C-237/20, EU:C:2022:321, point 55.

²⁵⁰ Voy. C.J., arrêt *Smallsteps*, 22 juin 2017, C-126/16, EU:C:2017:489, point 51 : « Eu égard au constat, effectué au point 48 du présent arrêt, la seule circonstance que ladite opération de *pre-pack* puisse viser également la maximisation du désintéressement des créanciers n'est pas susceptible de la transformer en une procédure ouverte aux fins de la liquidation des biens du cédant, au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23 » (c'est nous qui soulignons).

²⁵¹ Voy. C.J., arrêt *Heiploeg*, 22 avril 2022, C-237/20, EU:C:2022:321, point.50 : « En effet, cet article 5, paragraphe 1, dès lors qu'il prévoit que les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert ne sont pas transférés au cessionnaire lorsque les conditions fixées à cette disposition sont remplies, implique qu'une entreprise ou une partie d'entreprise encore en activité doit pouvoir être cédée tout en bénéficiant de la dérogation prévue à ladite disposition. En procédant de la sorte, la directive 2001/23 prévient le risque

Concernant le contrôle requis, la Cour estime que la condition est remplie²⁵². Elle estime que le statut et les fonctions du pré-curateur et du pré-juge commissaire ne diffèrent pas tellement de celui du curateur et du juge commissaire dans le cadre d'une faillite²⁵³ et que le simple fait d'être nommé par le tribunal les soumet déjà à un certain contrôle²⁵⁴.

Au vu de ce qui précède et particulièrement de l'arrêt *Heiploeg* de la CJUE, nous pouvons affirmer que le *prepack transfert* a donc encore de beaux jours devant lui.

L'article XX.39/1 n'a pas prévu la possibilité de préparer un accord en vue d'une PRJ par transfert sous autorité de justice. Cependant, le débiteur dispose d'autres moyens en droit belge pour mettre en œuvre ce mécanisme. Nous allons développer ceux-ci dans les lignes qui suivent.

que l'entreprise, l'établissement ou la partie d'entreprise ou d'établissement concerné se déprécie avant que le cessionnaire ne reprenne, dans le cadre d'une procédure de faillite ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant, une partie des actifs et/ou des activités du cédant estimées viables. Cette dérogation vise ainsi à écarter le risque sérieux d'une détérioration, au plan global, de la valeur de l'entreprise cédée ou des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre qui serait contraire aux objectifs du traité » (c'est nous qui soulignons).

²⁵² C.J., arrêt *Heiploeg*, 22 avril 2022, C-237/20, EU:C:2022:321, points 65 et 66.

²⁵³ C.J., arrêt *Heiploeg*, 22 avril 2022, C-237/20, EU:C:2022:321, points 60 et 61.

²⁵⁴ Voy. C.J., arrêt *Heiploeg*, 22 avril 2022, C-237/20, EU:C:2022:321, point 62. : « A cet égard, il y a lieu de constater que, dès lors que le « curateur pressenti » et le « juge-commissaire pressenti » sont nommés par la juridiction compétente pour la procédure de pre-pack et que cette juridiction non seulement définit leurs fonctions mais procède, lors de l'ouverture ultérieure de la procédure de faillite, à un contrôle de l'exercice de celles-ci, en décidant de nommer ou non, en qualité de curateur et de juge-commissaire de la procédure de faillite, ces mêmes personnes, il existe, déjà de ce fait, un contrôle du « curateur pressenti » et du « juge commissaire pressenti » par une autorité publique compétente. Il est intéressant ici de noter que la CJUE prend le contre-pied de ce qu'elle avait affirmé dans *Smallsteps*. Voy. C.J., arrêt *Smallsteps*, 22 juin 2017, C-126/16, EU:C:2017:489, point 55 : « En effet, bien que nommés par le tribunal, sur demande de l'entreprise en faillite, le curateur pressenti ainsi que le juge commissaire pressenti ne disposent formellement d'aucun pouvoir. Partant, aucun contrôle exercé par une autorité publique ne pèse sur eux » (c'est nous qui soulignons).

3. LE PREPACK TRANSFERT A LA BELGE

3.1. Le prepack transfert par le recours combiné de l'article XX.36 du CDE et de la PRJ par transfert

Tout d'abord, un débiteur peut demander à la Chambre des entreprises en difficulté ou au Président du tribunal de l'entreprise, sur base de l'article XX.36 du CDE, de désigner un médiateur d'entreprise. Seul le débiteur est autorisé à faire cette demande²⁵⁵. Il n'y a, par ailleurs, aucune condition de forme ni de fond attachée à cette procédure si ce n'est que l'entreprise doit être en difficulté²⁵⁶. La désignation d'un médiateur d'entreprise est confidentielle²⁵⁷. De plus, il se doit de rester indépendant du débiteur ainsi que des créanciers²⁵⁸ et du tribunal²⁵⁹.

Sa mission, en vertu de l'article XX.36 § 4, consiste « à préparer et favoriser soit la conclusion d'un accord amiable conformément aux articles XX.37 et XX.65, soit l'obtention de l'accord des créanciers sur un plan de réorganisation conformément aux articles XX.67 et 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 »²⁶⁰.

Par le biais de son rôle de « facilitateur »²⁶¹, le médiateur peut très bien préparer une cession d'entreprise en amont d'une PRJ par transfert²⁶². Le médiateur ne peut pas en

²⁵⁵ Voy. l'article XX. 36 § 1 du CDE. Voy également Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 130 ; S. BERG *et al.*, *Réorganisation judiciaire : le livre XX du Code de droit économique et la CCT n°102 annotés*, Limal, Anthemis, 2020, p. 153.

²⁵⁶ Voy. l'article XX.36 § 3 du CDE.

²⁵⁷ Voy. *supra* p. 20.

²⁵⁸ Voy. N. OUCHINSKY, « les intervenants dans les procédures de réorganisation et leurs responsabilités », *Le nouveau droit de l'insolvabilité – Le point sur la continuité de l'entreprise – Un aperçu de la réforme en cours*, séminaire Vanham & Vanham, 20 septembre 2016, pp 6 et 9 : « [...] Son rôle peut ainsi, être adéquatement défini en celui de coach, comme le soulignent certains auteurs. Le médiateur d'entreprise a également le rôle d'intermédiaire indépendant entre le débiteur et ses créanciers, actionnaires, partenaires financiers et fournisseurs » (c'est nous qui soulignons).

²⁵⁹ Il ne doit en effet pas faire de rapport au tribunal sauf si la décision de désignation le prévoit (Voy. en ce sens. Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 131).

²⁶⁰ Voy. l'article XX.36 § 4 du CDE.

²⁶¹ Voy. B. DE MOOR, « het nut van de ondernemingsbemidelaar.... » *op. cit.*, p. 183 : « België heeft in art [XX.36] de ondernemingsbemidelaar [...] als facilitator in het reorganisatieproces ».

²⁶² R. AYDOGDU, « la réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 ... », *op.cit.*, p. 168

Belgique, exécuter concrètement le transfert²⁶³. Cependant, rien n'empêche qu'il soit subséquemment nommé mandataire de justice afin de mettre en œuvre ce qu'il a préparé en amont²⁶⁴. Cette solution est admise par les tribunaux belges et a déjà fait ses preuves notamment dans l'affaire « Redirack ». De plus, elle ne semble pas présenter les dangers du *prepack administration anglais* tant du point de vue de la transparence à l'égard des créanciers²⁶⁵ que du point de vue de la garantie de contrôle judiciaire²⁶⁶. Cependant, tel que déjà énoncé, le livre XX du CDE en l'état actuel ne permet pas au débiteur de bénéficier d'un quelconque sursis lorsqu'il recourt à un médiateur d'entreprise. Cela risque fort de mettre à mal les négociations avec les créanciers « dès lors que leur pouvoir de blocage est réel et n'est pas limité, en l'absence d'incitant pour trouver une solution rapide qui convienne à tous »²⁶⁷.

3.2. Le *prepack* transfert par le biais du nouvel article XX.39/1 du CDE

Le recours au médiateur d'entreprise offre donc des solutions mais qui s'avèrent moins efficaces que celles conçues par l'article XX. 39/1 du CDE. C'est pourquoi, une des principales critiques de cette disposition était qu'elle n'intégrait pas formellement la possibilité du transfert²⁶⁸. La Directive européenne 2019/2023 ne contient d'ailleurs pas non plus de disposition spécifique consacrée au *prepack transfert*²⁶⁹.

²⁶³ Voy. l'article XX. 87 al 2 et 3 du CDE.

²⁶⁴ BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 131 ; R. AYDOGDU, « la réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 (...) », *op.cit.*, p. 168. Voy également commentaire des articles précités, *Doc.*, Ch., 2017, n° 2407/001, pp. 50-51 : « La mission du médiateur doit pouvoir évoluer en fonction de la situation : désigné pour tenter de dégager les pistes de négociation d'un, deux ou plusieurs accords amiables hors procédure, il doit pouvoir pérenniser ses efforts déployés et s'appuyer sur les résultats déjà engrangés en demeurant investi de sa mission après l'ouverture de la procédure, y compris si elle tend un moment donné à un accord collectif ou à un transfert, en remplacement ou en parallèle du ou des accords amiables » (c'est nous qui soulignons).

²⁶⁵ Au vu de l'indépendance du médiateur (supra).

²⁶⁶ Voy. R. AYDOGDU, « la réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 (...) », *op.cit.*, p. 170. « Le contrôle judiciaire est garanti compte tenu de la nécessité d'obtenir l'autorisation du transfert ».

²⁶⁷ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 132.

²⁶⁸ Z. PLETINCKX et C. ALTER, « La loi du 21 mars 2021 modifiant le livre XX du Code de droit économique.. », *op.cit.*, p 368 ; N. OUCHINSKY et W. DAVID, *op.cit.*, p.427 ; BRULOOT, *op. cit.*, p. 1403.

²⁶⁹ L'article 2 de la Directive (UE) 2019/2013 indique seulement que la procédure permet de réaliser « des mesures qui, aux fins de restructurer l'activité du débiteur, comprennent une modification de la composition, des conditions ou de la structure de l'actif et du passif d'un débiteur ou de toute autre partie de la structure financière d'un débiteur, telles que la vente d'actifs ou de parties de l'activité et, si le droit national le prévoit, la cession de l'entreprise en activité, ainsi que tout changement opérationnel nécessaire, ou une combinaison de ces éléments ».

Cependant, bien qu'il soit certainement regrettable que cette possibilité ne figure pas expressément à l'article XX.39/1 du CDE, il est possible de prévoir une cession d'actifs dans le cadre de cet article. En effet, un transfert est totalement réalisable dans le cadre d'un accord amiable ou collectif²⁷⁰. Par ailleurs, en cas d'échec de ces procédures, il ne serait pas inimaginable selon certains commentateurs, de retirer la procédure de l'article XX.39/1 du CDE une fois les choses préparées puis de déposer une « PRJ transfert ou de combiner les deux procédures »²⁷¹.

²⁷⁰ Voy l'article XX. 75 du CDE.

²⁷¹ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 134 : « il ne nous semble pas qu'il soit abusif de déposer une requête XX.39/1 du CDE puis, une fois les choses préparées, en cas d'échec soit de l'accord amiable, soit de la PRJ accord collectif, soit en combinaison avec de telles PRJ puisque les objectifs peuvent se combiner, se succéder ou s'appliquer en parallèle sur des activités différentes dans le cadre d'une évaluation de la valeur du marché des actifs et des activités, de retirer la procédure XX.39/1 du CDE et de déposer une PRJ transfert ou de combiner les deux procédures ».

CONCLUSION

L'objectif de ce travail de fin d'étude était de faire le point sur le *prepack* tel qu'il existe en Belgique actuellement tout en tentant d'y apporter un regard critique dans une perspective de *lege ferranda*.

Conscient de tous les avantages que présente le *prepack*²⁷², le législateur belge a mis en place une procédure d'accord préparatoire à l'article XX.39/1 du CDE par la loi du 21 mars 2021. Auparavant, comme en témoignent les affaires « Redirack » et « Pain quotidien », il fallait recourir à des mécanismes existants au sein du livre XX pour mettre en œuvre une telle procédure²⁷³.

Le législateur belge semble déjà avoir fait le choix d'une approche plutôt maximaliste de la Directive (UE) 2019/1023 en instaurant cette procédure « autonome ».²⁷⁴ Nous avons démontré qu'une transposition maximale de la Directive européenne se justifiait à la fois pour des raisons de délocalisation, d'efficacité à l'étranger et de caractéristiques procédurales attendant à la figure du médiateur d'entreprise²⁷⁵.

L'article XX. 39/1 est donc une évolution positive en droit belge²⁷⁶. Evolution positive certes, mais néanmoins pas dépourvue de défauts.

Une des premières critiques de cette procédure est certainement l'obligation de recourir à un mandataire de justice. Une telle exigence ne semble pas nécessaire pour assurer un contrôle judiciaire mais est surtout discriminatoire. En effet, les plus petites entreprises risquent fort de ne pas pouvoir profiter de ce mécanisme au vu du coût que représente ce mandataire. Ceci est, par ailleurs, totalement contraire à l'objectif du législateur d'aider les PME plus impactées par la crise de la Covid-19²⁷⁷.

²⁷² Voy. *supra* pp. 12-14.

²⁷³ Voy. *supra* pp. 14-16.

²⁷⁴ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op.cit.*, p. 617.

²⁷⁵ Voy. *supra* pp. 18-21.

²⁷⁶ Voy. *supra* p. 36. Voy. également la note subpaginale 172.

²⁷⁷ Voy. *supra*. pp. 27-28.

Ensuite, cette procédure peut également être critiquable sur le plan de la protection des créanciers. La confidentialité inhérente à la procédure *prepack* ne peut pas avoir pour conséquence de préjudicier les créanciers²⁷⁸. Cela semble d'ailleurs incompatible avec la volonté du législateur européen qui impose notamment la création de classes de créanciers²⁷⁹.

Par ailleurs, d'autres améliorations sont attendues par le législateur lors de la future loi de transposition de la Directive européenne. D'une part, en ce qui concerne le respect du principe du *debtor in possession*²⁸⁰. D'autre part, sur la nécessité d'un contrôle de viabilité et de faisabilité de l'accord ou du plan qui se dégage de la procédure de *prepack*²⁸¹. Ce test est, en effet, au cœur de la Directive européenne²⁸².

Enfin, *last but not least*, une des critiques de cet article est aussi qu'il ne consacre pas concrètement la possibilité d'un *prepack transfert*. Ce *prepack*, après les arrêts Smallsteps et Plessers de la CJUE, semblait être compromis²⁸³. Le législateur belge, dans un souci de sécurité juridique, a alors proposé de modifier à la fois le but de la PRJ et l'article XX.86 § 3 du CDE²⁸⁴. Cette proposition de loi a fait l'objet de critiques du Conseil d'Etat mais n'a pas encore, à ce jour, été modifiée par le législateur²⁸⁵. Par ailleurs, tout récemment, la CJUE a rendu un arrêt dans lequel elle semble donner à l'article 5 de la Directive (UE) 2001/23 une interprétation beaucoup plus souple que celle consacrée lors de ses précédents arrêts, mettant en exergue la nécessité de conserver la valeur de l'entreprise²⁸⁶. Cet arrêt s'explique probablement par la prise de conscience de la Cour de l'évolution du droit de l'insolvabilité et de l'importance des cadres de restructurations préventives prônés d'ailleurs par le législateur européen lui-même.

²⁷⁸ Voy. *supra* p. 37. Voy également note subpaginale 180.

²⁷⁹ Voy. note subpaginale 84.

²⁸⁰ Voy. *supra* pp 29-30.

²⁸¹ Voy. *supra* pp. 34-36.

²⁸² Voy. note subpaginale 171.

²⁸³ Bien qu'il y ait plusieurs écoles sur cette question. Voy. *supra* pp. 44-47.

²⁸⁴ Voy. *supra* pp. 47-48.

²⁸⁵ Voy. *supra* pp. 48-49.

²⁸⁶ Voy. C.J., arrêt *Heiploeg*, 22 avril 2022, C-237/20, EU:C:2022:321, point.50. Voy également *supra* pp. 49-51.

Il serait opportun et certainement plus confortable pour le débiteur que le législateur belge consacre formellement la possibilité d'un *prepack transfert* dans la future loi de transposition de la Directive (UE) 2019/1023 sachant que cela existe déjà chez certains de nos voisins. Cependant, si le législateur décidait de ne pas le consacrer, la loi belge ne serait pas pour autant non conforme à la Directive européenne étant donné que ce mécanisme n'est pas non plus formellement consacré par celle-ci²⁸⁷.

²⁸⁷ Voy supra. p. 53.

BIBLIOGRAPHIE

1. LÉGISLATION

1.1. Législation internationale

Art. 2 de la Loi type de la CNUDI sur l'insolvabilité internationale, adoptée le 30 mai 2017.

Chapter 11 du Bankruptcy code.

1.2. Législation européenne

Directive (UE) 2019/1023 du Parlement 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, 26 juin 2019.

Directive (UE) 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, *J.O.U.E.*, L 082, 22 mars 2001.

Règlement (UE) du Parlement et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, art 1 (1) dernier alinéa, *J.O.U.E.*, L 141/19, 5 juin 2015.

1.3. Législation nationale

Loi du 21 mars 2021 modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des impôts sur les revenus 1992, *M.B.*, 26 mars 2021.

Arrêté royal du 24 juin 2021 portant prolongation des articles 2, 4 à 12 de la loi du 21 mars 2021 modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des impôts sur les revenus 1992, *M.B.*, 29 juin 2021.

1.4. Documents parlementaires

Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, développements, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/001, p. 3.

Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, avis du conseil d'Etat, 67.632/2, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/002, p. 4.

Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, amendements, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/004, p.7.

Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2020- 2021, n°1337/004, p.9.

Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, amendements, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/007, p. 2

Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/007, p.3.

Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, rapport, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1337/008, p.32.

Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, avis du conseil d'Etat, *Doc.*, Ch., 2020 - 2021, n°1337/011, p. 5.

Projet de loi portant insertion du Livre XX "Insolvabilité des entreprises", dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2017, n° 2407/001, pp. 49 et 163.

Proposition de loi portant diverses modifications en matière d'insolvabilité des entreprises, *Doc.* Ch, développements, 2020, n°1591/001, p. 3.

Proposition de loi portant diverses modifications en matière d'insolvabilité des entreprises, avis du conseil d'Etat, *Doc.* Ch, 2020, n° 1591/002, p. 4.

2. JURISPRUDENCE

2.1. Jurisprudence européenne

C.J., arrêt Prohud Gdynia sp. z o. o., 21 janvier 2010, C- 444/07, EU :C :2010 :24.

C.J., arrêt Ulf Kazimierz Radziekowski c. Kronofodemyndiheten i Stockholm, 8 novembre 2012, C-461/11, EU :C :2012/704.

C.J., arrêt Bank Handlowy w Warszawie SA, et PPHU «ADAX»/Ryszard Adamiak c. Christianapol sp. z o.o., 22 septembre 2012, C-116/11, EU :C :2012 :739.

C.J., arrêt *Plessers*. 16 mai 2019, C-509/17, EU:C:2019:424.

C.J., arrêt *Smallsteps*, 22 juin 2017, C-126/16, EU:C:2017:489.

C.J., arrêt *Poplwasky*, 24 juin 2019, C-573/17, EU :C:2019 :530.

C.J., arrêt Smith, 7 août 2018, C-122/17, EU:C:2018 :631.

C.J.C.E, arrêt Francovich e.a., 19 novembre 1991, C-6/90 et C-9/90, EU :1991 :428.

C.J., arrêt *Heiploeg*, 22 avril 2022, C-237/20, EU:C:2022:321.

2.2. Jurisprudence belge

Comm. Nivelles (prés.), 30 septembre 2010, R.G. n°B/10/269, inédit.

Comm. Nivelles, 21 février 2011, R.G. n°B/11/00048, inédit.

Comm. Nivelles, 24 mars 2011, R.G. n°A/11/00453, inédit.

Trib. entr. Liège, 28 avril 2021, *T.I.B.R.*, 2/2021, pp. 84-85.

Trib. entr.. Brabant Wallon, 31 janvier 2020, *T.I.B.R.*, 1/2021, pp. 7- 8.

Trib. entr. Liège, 22 septembre 2019, T.I.B.R., 1/2021, p. 14.

Trib. entr. Bruxelles, 26 mai 2019, T.I.B.R., 1/2021, p. 14.

3. DOCTRINE

3.1. Monographies et ouvrages collectifs

AYDOGDU, R. et ROZENBERG, F., « De Smallsteps à Plessers : Un « grand bond en avant » pour le redressement des entreprises en difficulté », *Les réformes du droit économique : premières applications*, N. Thirion (dir) C.U.P., vol. 190, Limal, Anthemis, 2019, pp 71 -100.

AYDOGDU, R., « 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 ?*, A. Despontin (dir.), Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 140-172.

BERG. S. *et al.*, *Réorganisation judiciaire : le livre XX du Code de droit économique et la CCT n°102 annotés*, Limal, Anthemis, 2020.

BRULARD, Y. et ALSTEENS, Y., *Prépack et Préinsolvency à la lueur du livre XX de la loi d21 Mars 2021 et de la directive restructuration*, Limal, Anthemis, 2021.

BRULARD. Y, « Prepack insolvency dans la pratique anglo-saxonne au regard de la loi sur la continuité des entreprises », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité*, A. Zenner et M. Dal (dir.), Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 699 -722.

DELLA FAILLE. P *et al.*, *Recueil de législation, doctrine et jurisprudence en matière de continuité des entreprises*, Limal, Anthemis, 2021.

MONSEREZ. L., « De sociale aspecten van een overdracht onder het gerechtelijk gezag in het kader van een gerechtelijke reorganisatie », *La loi relative à la continuité des entreprises*, A. Zenner, J-P Lebeau et C. Alter (dir.), Bruxelles Larcier, 2010, p.171.

OUCHINSKY. N., « les intervenants dans les procédures de réorganisation et leurs responsabilités », *Le nouveau droit de l'insolvabilité – Le point sur la continuité de l'entreprise – Un aperçu de la réforme en cours*, séminaire Vanham & Vanham, 20 septembre 2016, pp 6 et 9.

THIRION, N. et al., *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 637 et s.

VEROUGSTRAETE. I, « La genèse et les lignes directrices de la réforme » *Le nouveau livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, C. Alter (dir.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 7-46.

VEROUGSTRAETE. I (dir.), *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Wolters Kluwer, 2019.

3.2. Articles

ALTER. C et PLETINCKX. Z, « Transfert d'entreprise sous autorité de justice, réduction de la masse salariale et conformité au droit européen », *J.T.*, 2021, pp. 546-549.

AYDOGDU. R, « La protection des travailleurs et transfert d'entreprises en difficulté en droit de l'Union européenne », *Droit du Financement et de l'économie*, pp. 274-284.

AYDOGDU. R et WILDEMEERSCH J., « L'arrêt Plessers de la Cour de justice de l'Union européenne : une condamnation « avec sursis » de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice ? », *J.L.M..B.*, 2019, pp. 1267-1279.

BRULARD. Y, « Le preinsolvency à la suite de la loi du 21 mars 2021 réformant le livre XX du Code de Droit économique : une opportunité de mettre en œuvre des techniques de restructuring créatives », *R.G.F.C.P.*, 2021, pp. 5-20.

BRULARD. Y, « Pré-insolvency », *foro*, 2020, pp. 7-12.

BRULOOT. D, « Kroniek van het insolventierecht tijdens de corona-epidemie : is het insolventierecht in crisis ? », *R.D.C-T.B.H.*, 2020, pp. 274 -283.

DE COOMAN. A, « Cadres de restructuration préventive en droit belge, où en est-on ? », *Les Pages*, 2022, p.1.

DE LEO. F, « De reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de nasleep van Plessers », *T.I.B.R.*, 2021, pp. 12 à 16.

DE LEO. F, « Tripping the light Fantastic : is de keuzerecht van de verkrijger om werknemers over te nemen bij een overdracht onder gerechtelijk gezag richtslijnconform ? », *Limb.Rechtsl.*, 2019, pp. 113 à 115.

DE LEO, F, « Het stil faillissement na de Smallsteps-zaak: uit het oog maar niet uit het hart », *T.B.H.*, 2018, pp 671-683.

DE MEULEMEESTER. L, « het voorbereidend akkoord : een nieuw instrument in de reorganisatietoolbox », *T.I.B.R.*, 2021, pp. 86-89.

DE MOOR. B, « Het nut van de ondernemingsbemiddelaar en andere buitengerechtelijke instrumenten voor de reorganisatie van ondernemingen in moeilijkheden », *D.A.O.R.*, 2011, pp.178-190.

DE MOOR. B et CALLEBAUT. M, « la médiation dans les entreprises en difficulté », *D.A.O.R.*, 2018, pp. 36-54.

OUCHINSKY. N et W. DAVID, « Premier commentaire de la réforme du droit de l'insolvabilité du 21 mars 2021 », *T.R.V-R.P.S.*, 2021, pp. 410-430.

OUCHINSKY. N, « Etat des lieux de l'application des règles européennes de reprise des Travailleurs dans le cadre d'un transfert d'entreprise sous autorité de justice un an après l'arrêt Plessers : le pouvoir d'appréciation du juge national dans l'application du principe de l'interprétation conforme en droit social communautaire », *R.D.C-T.H.B.*, 2020, pp. 815-832.

OUCHINSKY. N, « les intervenants dans les procédures de réorganisation et leurs responsabilités », in *Le nouveau droit de l'insolvabilité – Le point sur la continuité de l'entreprise – Un aperçu de la réforme en cours*, séminaire Vanham & Vanham, 20 septembre 2016, pp 6 et 9.

PICOD. N., « La directive Restructuration et insolvabilité du 6 juin 2019 : tout changer pour Que rien ne change... », *R.A.E.*, 2019, n° 3, p. 585-595.

PLETINCKX. Z. et ALTER. C., « La loi du 21 mars 2021 modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des impôts sur les revenus 1992 », *J.T.*, 2021, pp. 365-372.

PLETINCKX. Z. et ALTER. C., « Transfert d'entreprise sous autorité de justice, réduction de la masse salariale et conformité au droit européen », *J.T.*, 2021, pp. 546-549.

SCHOONHEYT. V., « Loi du 21 mars 2021 modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des impôts sur les revenus 1992 : premiers commentaires », *B.S.J.*, 2021, pp. 7 à 10.

VAN HOE. A, VERGOUSTRAETE. I et LEBEAU. J-Ph, « De wet van 11 maart 2021 tot wijziging van boek XX WER en WIB 1992 », *T.B.H.*, 2021, pp. 274-284.

WAUTELET. P., « Règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte) », *Droit judiciaire européen et international*, Brugge, *La Charte*, 2021, pp. 725-862.

WHATION. C., « Is er nog toekomst voor de gerechtlijke reorganisatie door overdracht onder gerechtlijk gezag ? », *T.R.V/R.P.S.*, 2020, pp. 593-600.

ZENNER. A., « La directive du 20 juin 2019 sur la restructuration préventive, la remise de dettes et les déchéances et l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes », *D.A.O.R.*, 2021, pp 25-55.

3.3. Article de presse

LEMPEREUR. J., « Le Pain quotidien : les coulisses d'un sauvetage », *Trends Tendances*, 4 juin 2020.

4. Sources Internet

DUMONT DE CHASSART. C et NACHSEM. S, « the international Insolvency and Restructuring Review Key developments and the latest trends in Belgium » disponible sur [publication 0024892 ja 001.pdf \(amt-law.com\)](#), *s.d.*, consulté le 15 mai 2022.

DENGLER. J, : « The impact of the EU Restructuring Directive on the Belgian collective plan: “To class or not to class?” – that’s the question for the Belgian legislator » disponible sur [Microsoft Word - INSOL ERA collection 2021 \(30 Nov\)\(FINAL\)\(1\).docx\(azureedge.net\)](#), 3 décembre 2021.

GRAYDON/FEB , « rapport PME » disponible sur [Le rapport PME 2021 | Graydon](#), 25 janvier 2021.

INGRAM. J et NG.Y., « The Art of the Pre-Pack » disponible sur [The Art of the Pre-Pack – Global Restructuring Review](#), *s.d.*, consulté le 15 mai 2022.