

La procédure de pre-pack : un objectif de sauvetage et de maintien de la valeur des entreprises en difficulté

Auteur : Saroglou, Philippe

Promoteur(s) : Aydogdu, Roman

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

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

Année académique : 2022-2023

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/16704>

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.

La procédure de *pre-pack* : un objectif de sauvetage et de maintien de la valeur des entreprises en difficulté

Philippe SAROGLOU

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit économique et social

Année académique 2022-2023

Recherche menée sous la direction de :
Monsieur Roman AYDOGDU
Chargé de cours,
Suppléé par Monsieur Philippe MOINEAU
Assistant

RESUME

Le droit des entreprises en difficulté a sensiblement évolué ces dernières années. La loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises » dans le Code de droit économique, entrée en vigueur le 1er mai 2018, a apporté de grands changements en faveur des entreprises en difficulté.

Dans le projet de loi de 2017 introduisant le Livre XX du Code de droit économique, on retrouve un mécanisme qui a fait l'objet de réflexions particulières, à savoir la procédure de *pre-pack*.

Ce mécanisme a été par la suite instauré par une loi du 21 mars 2021 qui modifie le Livre XX du Code de droit économique¹, le législateur ayant agi en adoptant diverses mesures afin d'aider les entreprises en difficulté en leur conférant un arsenal de mesures d'aide.

Le droit belge n'instaure toutefois qu'un aspect de ce mécanisme : le *pre-pack plan*. Il permet l'élaboration d'un accord préparatoire en vue de négocier un plan de réorganisation de manière accélérée et confidentielle, sachant que la publicité a généralement pour effet de détruire la valeur de l'entreprise. L'autre aspect du *pre-pack*, à savoir le *pre-pack cession*, qui permettrait de préparer une cession d'entreprise, n'est pas connu du droit belge, contrairement à ce que l'on peut retrouver dans certains droits étrangers.

L'intérêt à porter à ce mécanisme semble d'autant plus important que le monde des affaires a été frappé, et est encore frappé à l'heure actuelle, par des crises qui provoquent des conséquences économiques néfastes importantes pour les entreprises.

Notre exposé s'articulera dans un premier temps autour d'une mise en contexte suivie de l'examen de cette notion de *pre-pack*. Dans un second temps, nous analyserons la procédure de *pre-pack* en droit étranger, au sein des droits voisins. Enfin, dans un troisième temps, nous étudierons la procédure de *pre-pack* en droit belge, tant en ce qui concerne la situation actuelle que ses perspectives d'évolution.

¹ 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.

REMERCIEMENTS

Je souhaite adresser mes remerciements les plus sincères à Monsieur Philippe Moineau, qui assurait la suppléance du Professeur Roman Aydogdu, pour ses précieux conseils mais également pour l'autonomie qu'il m'a laissée lors de la rédaction de ce travail.

Je tiens également à remercier Monsieur Roman Aydogdu car c'est avant tout grâce au cours de Restructuration et réorganisation d'entreprises qu'il enseigne que je me suis intéressé à la matière du droit des entreprises en difficulté.

Enfin, je souhaite remercier ma famille ainsi que mes amis pour leur soutien tout au long de mes années d'études.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	8
PARTIE 1 : MISE EN CONTEXTE ET EXPLICATION DE LA NOTION DE <i>PRE-PACK</i>.....	9
A. Evolution du droit des entreprises en difficulté.....	9
1) <i>Le droit de la faillite et sa fonction sanctionnatrice.....</i>	9
2) <i>Emergence d'un droit des entreprises en difficulté : une volonté de sauvetage de l'entreprise.....</i>	10
3) <i>De l'objectif de sauvegarde à l'objectif de maintien de la valeur de l'entreprise..</i>	12
4) <i>Conclusions.....</i>	13
B. Aspects théoriques du <i>pre-pack</i>	14
1) <i>Le pre-pack : procédure de préinsolvency.....</i>	14
2) <i>Le pre-pack plan.....</i>	16
3) <i>Le pre-pack cession.....</i>	16
PARTIE 2 : LE <i>PRE-PACK</i> EN DROIT ETRANGER.....	18
A. Le droit anglais.....	18
1) <i>Cadre général.....</i>	18
2) <i>Le pre-pack anglais.....</i>	19
3) <i>Un système à succès... critiqué.....</i>	20
B. Le droit français.....	21
1) <i>Cadre général.....</i>	21
2) <i>La procédure de sauvegarde accélérée : une procédure publique articulée à une procédure confidentielle préalable.....</i>	22
C. Le droit néerlandais.....	23
1) <i>Une procédure de pre-pack cession développée par la pratique.....</i>	23
2) <i>Coup d'arrêt pour le pre-pack néerlandais : l'arrêt Smallsteps.....</i>	24
3) <i>Un nouvel élan grâce à l'arrêt Heiploeg ?.....</i>	26
PARTIE 3 : LE <i>PRE-PACK</i> EN DROIT BELGE — SITUATION ACTUELLE ET PERSPECTIVES D'EVOLUTION.....	28
A. <i>Pre-pack plan : l'accord préparatoire de l'article XX.39/1 CDE.....</i>	28
1) <i>La loi du 21 mars 2021 : précisions.....</i>	28
2) <i>Déroulement de la procédure de l'accord préparatoire.....</i>	29
a) <i>Ouverture de la procédure.....</i>	29
b) <i>Désignation d'un juge délégué.....</i>	30

c) Intervention du mandataire de justice.....	31
d) Préparation de l'accord.....	31
e) Fin de la phase préparatoire et enclenchement de la phase publique.....	32
3) Conclusion.....	33
B. La « problématique » du <i>pre-pack cession</i> en droit belge.....	33
1) La pratique du recours combiné au médiateur d'entreprise et à la PRJ par transfert.....	34
a) Déroulement de la procédure.....	34
b) Exemple en jurisprudence : l'affaire Redirack.....	35
2) L'abandon de la faillite silencieuse dans le projet de loi du 20 avril 2017.....	35
3) Aspects sociaux du <i>pre-pack</i>	36
a) La Directive 2001/23 et sa transposition en droit belge.....	37
b) L'arrêt Smallsteps du 22 juin 2017.....	38
i. Remise en contexte.....	38
ii. Impact sur le droit belge.....	39
c) L'arrêt Plessers du 16 mai 2019.....	40
i. Contexte.....	40
ii. Impact sur le droit belge.....	41
d) L'arrêt Heiploeg du 28 avril 2022.....	42
C. Quelles perspectives d'évolution pour le <i>pre-pack</i> belge ?.....	42
1) L'arrêt Heiploeg : un second souffle pour le <i>pre-pack cession</i> belge ?.....	43
2) La mise en oeuvre de la Directive 2019/1023.....	44
a) Bref aperçu.....	44
b) Un avant-projet de loi transposant (enfin) la Directive ?.....	45
CONCLUSION.....	47
BIBLIOGRAPHIE.....	49

INTRODUCTION

Comment réagir face aux entreprises en difficulté ? Durant de nombreuses années, le législateur s'est attelé à apporter une réponse efficace à cette question en entamant une série de réformes du droit des entreprises en difficulté et de ses objectifs, provoquant un changement de paradigme avec le passage du droit de l'insolvabilité (*insolvency*) au droit à la solvabilité (*preinsolvency*)².

Au-delà de l'objectif de sauvetage de l'entreprise en difficulté pouvant être rencontré par des procédures publiques et collectives, le droit des entreprises en difficulté cherche désormais à atteindre un objectif de maintien de la valeur de l'entreprise en passant par des procédures discrètes.

C'est dans cette philosophie que s'inscrit la loi du 21 mars 2021, par laquelle le législateur introduit le mécanisme de *pre-pack* en droit belge. Cette procédure consiste en la conclusion d'un accord préparatoire qui se déroule dans la discrétion, sachant que la publicité a généralement pour effet de détruire la valeur de l'entreprise, et ce en vue de la réorganisation de l'entreprise. Cette loi entre en vigueur à un moment où la crise sanitaire du Covid-19 déstabilise complètement l'activité économique et où des conséquences économiques néfastes planent au-dessus des entreprises en difficulté ou en proie de l'être.

L'ensemble de nos développements consacrés dans le présent travail consisteront donc en une présentation de la procédure de *pre-pack* et de ses objectifs.

A cet égard, nous commencerons par une mise en contexte du *pre-pack* en rappelant les évolutions connues par le droit des entreprises en difficulté et ses objectifs avant d'ensuite expliquer cette notion de *pre-pack*. Dans un deuxième temps, nous analyserons le *pre-pack* en droit étranger. Bien que ce dispositif soit récent en droit belge, certains ordres juridiques connaissent déjà ce mécanisme depuis plusieurs années. Enfin, nous examinerons la procédure de *pre-pack* au sein du droit belge, qui n'encadre légalement qu'un aspect du *pre-pack*, à savoir le *pre-pack plan*. L'autre aspect, à savoir le *pre-pack cession*, qui consiste en la préparation d'une cession d'entreprise n'est, à l'heure actuelle, pas encadré légalement par le droit belge.

² Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *Prépack & Préinsolvency à la lueur du livre XX, de la loi du 21 mars 2021 et de la directive restructuration - Approche nationale, européenne et internationale*, 1e éd., Limal, Anthemis, 2021, p. 9.

PARTIE 1 : MISE EN CONTEXTE ET EXPLICATION DE LA NOTION DE *PRE-PACK*

Avant d'analyser la notion de *pre-pack* et afin de comprendre la portée de cette notion, il nous semble important de nous pencher sur l'historique du droit des entreprises en difficulté et l'évolution de ses objectifs (A).

Nous tenterons ensuite d'expliquer la notion de *pre-pack* dans l'optique de mieux comprendre la suite de nos développements (B).

A. Evolution du droit des entreprises en difficulté

L'évolution du droit des entreprises en difficulté est mouvementée à deux niveaux. Il y a d'abord une évolution des objectifs poursuivis, et ensuite une évolution des mécanismes permettant d'atteindre ces objectifs³.

Connaissant toute l'importance du côté historique en ce qui concerne la branche du droit qu'est le droit économique, il nous semble primordial de commencer par évoquer l'histoire - principalement au niveau de la Belgique - du droit des entreprises en difficulté afin de bien comprendre le contexte dans lequel s'inscrit ce mécanisme de *pre-pack* introduit par la loi du 21 mars 2021.

Il s'agira ici non pas de fournir une description détaillée de toutes les réformes adoptées en la matière, mais plutôt d'évoquer les différentes évolutions majeures du droit des entreprises en difficulté et de ses objectifs.

1) Le droit de la faillite et sa fonction sanctionnatrice

« Avant que l'on ne parle d'entreprises en difficulté, le concept directeur était celui de faillite, autrement dit de défaillance d'un débiteur qui ne parvient plus à tenir ses engagements »⁴. Le droit de la faillite trouve son origine à l'époque médiévale⁵. Lorsqu'un marchand ne pouvait plus faire face à ses engagements, on rompait le banc sur lequel il siégeait. Cette dimension infamante de la faillite permettait d'évincer le débiteur défaillant hors du marché afin d'assainir celui-ci.

³ P. LE CANNU et D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, 8e éd., Paris, Dalloz, 2020, p. 141.

⁴ P. LE CANNU et D. ROBINE, *op. cit.*, p. 143.

⁵ *Ibidem* ; M-H. RENAULT, « La déconfiture du commerçant - Du débiteur sanctionné au créancier victime », *RTD com.* 2000, p. 533.

A l'origine, le droit de la faillite comportait un aspect pénal, il s'agissait d'un droit répressif pouvant conduire à l'emprisonnement⁶. En réalité, « la fonction sanctionnatrice [...] vise à punir le commerçant que l'exercice maladroit, voire malhonnête, de son activité a acculé à ne plus pouvoir honorer ses engagements »⁷.

Le droit de la faillite avait donc pour objectif de sanctionner lourdement le failli coupable d'avoir trompé la confiance de ses créanciers. Cette vision de la faillite va subsister au fil des époques, à tel point que la première législation belge en matière de faillite, à savoir la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis, aura pour principe central la répression du débiteur dans un but de préservation des créanciers⁸.

Le droit de la faillite était ainsi un droit « sévère et éliminateur »⁹, au profit des créanciers.

2) Emergence d'un droit des entreprises en difficulté : une volonté de sauvetage de l'entreprise

La législation sur les faillites du 18 avril 1851 fut fortement critiquée principalement pour son caractère répressif considéré comme excessif alors même que le failli se trouvait déjà dans une situation difficile. De plus, cette législation n'était pas adaptée aux évolutions économiques. Elle avait été élaborée pour le petit commerce mais n'était pas prévue pour les difficultés que pouvaient rencontrer de grandes industries¹⁰.

On peut ainsi remarquer, au cours du 20^{ème} siècle, le passage d'un droit de la faillite à un droit des entreprises en difficulté. A ce droit soucieux de sanctionner lourdement le failli coupable d'avoir trompé la confiance de ses créanciers, va se substituer un droit qui va instituer des mesures en faveur des entreprises en difficulté afin de traiter ces difficultés¹¹.

La sévérité à l'égard du débiteur s'est progressivement atténuée, il y a eu un adoucissement des sanctions et on a commencé à prendre en compte le contexte de la défaillance du débiteur. Un des objectifs principaux devient le redressement de l'entité économique, et pour ce faire il va y avoir un traitement anticipé des difficultés subies par l'entreprise¹². Le sauvetage de l'entreprise devient donc un objectif important. Comme le mentionne Roman Aydogdu : « l'évolution des principes directeurs du droit belge de l'insolvabilité est bien

⁶ N. THIRION, et al., *Droit de l'entreprise*, Collection de la Faculté de droit de l'université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 652.

⁷ N. THIRION, et al., *op. cit.*, p. 658.

⁸ Loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis. Code de commerce, Livre III, *M.B.*, 24 avril 1851.

⁹ M-H. RENAULT, *op. cit.*, p. 533.

¹⁰ P. JEHASSE, *La faillite*, Liège, Edipro, 2006, p. 13.

¹¹ R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse » in *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats) : une (r)évolution ?*, 1^e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 158 ; N. THIRION, et al., *op. cit.*, p. 653.

¹² J-P. RENARD, et al., *La loi relative à la continuité des entreprises après la réforme de 2013 : mode d'emploi*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2014, pp. 6-7.

connue : originairement fondé [...] sur la répression du commerçant défaillant, élément perturbateur du bon fonctionnement du marché, il s'est orienté, dans la seconde moitié du vingtième siècle, vers le sauvetage des entreprises en difficulté, dans un souci de préservation de l'activité et de l'emploi »¹³.

En Belgique, ce changement de paradigme va dans un premier temps se manifester avec les lois coordonnées de 1946 qui vont introduire le concordat judiciaire - ancêtre de la procédure de réorganisation judiciaire - en droit belge. Ces lois coordonnées de 1946 vont venir modifier sensiblement une loi du 20 juin 1883 qui avait instauré une sorte de procédure collective préventive de la faillite, mais vont également donner à cette procédure le nom de « concordat judiciaire » afin de supprimer toute allusion à la faillite¹⁴.

Le but de ces lois coordonnées de 1946 était d'octroyer une chance de redressement aux entreprises en difficulté et ainsi de réduire le nombre de faillites¹⁵. Ces lois coordonnées furent cependant un échec. Echec qui devint encore plus retentissant lorsque les premières crises pétrolières apparurent dans les années septante¹⁶. La situation devenait compliquée, le législateur devait empêcher que la situation dans laquelle se trouvait le commerçant ne devienne désespérée.

Le législateur va ainsi intervenir avec la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire et la loi du 8 août 1997 sur les faillites¹⁷. Le mot clé de cette réforme de 1997 est la « prévention »¹⁸. Il faut agir de manière préventive pour les entreprises en difficulté afin d'éviter la faillite et n'utiliser celle-ci qu'en dernier et ultime recours. Cette réforme a donc vocation à préserver les chances de survie d'une entreprise en difficulté qui ne connaît que momentanément des difficultés économiques, et ainsi prévoir une alternative efficace à la mise en faillite.

Le rapport fait au nom de la Commission de la Justice par MM. Hatry et Vandenberghe le 20 juin 1997 lors de la procédure d'évocation au Sénat concernant les projets de lois relatifs au concordat judiciaire et aux faillites montre clairement l'objectif principal de cette réforme ainsi que la volonté du législateur : « Le maître mot des deux projets est la prévention. D'une certaine façon, c'est le projet relatif au concordat judiciaire qui est le plus important [...]. Les modifications au droit de la faillite sont [...] des conséquences de la réforme du concordat [...]».

La prééminence de la volonté de prévention se traduit notamment par une volonté de déplacement du champ d'application du droit de la faillite vers les seules situations désespérées. Cette volonté imposait évidemment d'imaginer une procédure alternative efficace qui soit plus qu'une simple antichambre de la faillite et qui puisse être un véritable instrument de prévention et non une étape dans la liquidation de l'entreprise malade.

¹³ R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*, p. 158.

¹⁴ J.-P. RENARD, et al., *op. cit.*, p.5.

¹⁵ N. THIRION, et al., *op. cit.*, p. 652.

¹⁶ J.-P. RENARD, et al., *op. cit.*, p. 5.

¹⁷ Loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire, *M.B.*, 28 octobre 1997 ; Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997.

¹⁸ *Doc. parl.*, Ch., 1996-1997, n° 329/17, p. 3.

Une autre préoccupation fondamentale est l'adaptation du dispositif légal aux besoins économiques, sociaux et juridiques d'aujourd'hui. En raison de la finalité différente, mais néanmoins complémentaire, des deux projets, le concordat judiciaire formera, bien plus qu'auparavant, un cadre dans lequel les entreprises en difficulté auront la possibilité de se redresser de manière durable. [...] En cas de difficultés passagères notre droit doit permettre d'offrir des possibilités structurelles de redressement pour préserver la prospérité, l'emploi et le savoir-faire dont l'entreprise est bien souvent la source »¹⁹.

La volonté du législateur de 1997 était donc claire, le concordat judiciaire devait être un instrument préventif qui devait être utilisé dans la majorité des cas afin de permettre le redressement des entreprises en difficulté, la faillite devant être réservée aux situations désespérées.

3) De l'objectif de sauvegarde à l'objectif de maintien de la valeur de l'entreprise

La procédure de concordat judiciaire telle qu'organisée par la réforme de 1997 fut un échec²⁰. La raison principale de cet échec est la publicité qui entoure cette procédure. En effet, la publicité peut provoquer des conséquences néfastes pour l'entreprise en difficulté et ainsi conduire les opérateurs économiques à ne plus vouloir traiter avec elle, ou n'accepter de traiter avec elle qu'à des conditions qui risquent de compliquer encore plus la situation de l'entreprise déjà en difficulté²¹.

Le législateur ayant fait constat de cet échec, il se devait d'intervenir. C'est ce qui va être fait avec la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises²². Cette réforme de 2009 va établir une procédure de réorganisation judiciaire et instaurer dans notre droit des mécanismes pré-procéduraux, aussi appelés mesures « *out-of-court restructuring* »²³ que sont le médiateur d'entreprise²⁴ et l'accord amiable²⁵. Ces instruments de réorganisation pré-judiciaires constituent un des piliers de la loi relative à la continuité des entreprises²⁶.

¹⁹ Rapport concernant le Projet de loi relative au concordat judiciaire et le Projet de loi sur les faillites, *Doc.*, Sén., 1996-1997, n° 1-498/11, pp. 3-4.

²⁰ C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises - Dépistage, mesures préventives et procédures de réorganisation judiciaire*, R.P.D.B., Bruxelles, Larcier, 2019, p. 9.

²¹ R. AYDOGDU et F. ROZENBERG, « Auto-cessions et Sterfhuisconstructies dans les procédures collectives » in Grégoire, M. (dir.), *La cession d'une entreprise en difficulté*, 1e éd., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 211 ; J-P. RENARD, « Les mesures préventives dans le nouveau droit de l'insolvabilité », *Pli juridique*, 2017/42, p. 14.

²² Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 2 février 2009.

²³ R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*, p. 158.

²⁴ Ancien art. 13 LCE, remplacé par l'art. XX.36 CDE.

²⁵ Ancien art. 15 LCE, remplacé par les art. XX.37 et XX.38 CDE.

²⁶ J-P. LEBEAU et C. ALTER, *Guide de la procédure de réorganisation judiciaire*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2015, pp. 1-2.

Ces mécanismes vont avoir pour avantage de fournir des solutions en faveur des entreprises en difficulté et ce en dehors de toute procédure judiciaire qui implique forcément une certaine publicité²⁷. Il est ainsi désormais possible d'agir en faveur de l'entreprise en difficulté de manière extrajudiciaire.

La réforme de 2017, qui va se concrétiser par la loi du 11 août 2017 qui introduit le Livre XX « Insolvabilité des entreprises » dans le Code de droit économique²⁸, va encore renforcer ces mesures. Comme l'explique Roman Aydogdu : « le Livre XX du CDE prolonge ces tendances mais la proposition de faillite silencieuse, comme le renforcement des mesures d'*out-of-court restructuring* témoignent [...] de l'émergence d'une nouvelle préoccupation : le maintien de la valeur de l'entreprise, qui commande de pouvoir réaliser le sauvetage de l'entreprise en-dehors d'une procédure judiciaire »²⁹. On remarque ainsi qu'au-delà de l'objectif de sauvetage, s'est imposé dans le droit des entreprises en difficulté, un objectif de maintien de la valeur de l'entreprise.

Dans le Livre XX du Code de droit économique, nous retrouvons désormais également une disposition relative au mécanisme de *pre-pack*³⁰. Cela vient un peu plus renforcer l'idée que le maintien de la valeur de l'entreprise est devenu un objectif primordial du législateur de nos jours.

4) Conclusions

Il ressort clairement de ce parcours historique de notre droit de l'insolvabilité qu'il y a eu un changement de paradigme. D'un droit à fonction sanctionnatrice, avec pour seule préoccupation l'intérêt des créanciers au détriment du débiteur peinant à remplir ses engagements, nous sommes passés à un droit axé sur le sauvetage et la continuité des entreprises en difficulté. Désormais, celui qui a osé entreprendre n'est plus stigmatisé et est même encouragé à rebondir avec l'octroi d'une seconde chance.

De nos jours, nous pouvons même dire que l'objectif va même au-delà de la continuité de l'activité. En effet, le maintien de la valeur de l'entreprise en difficulté semble être devenu l'objectif primordial de notre droit des entreprises en difficulté. Cette constatation se manifeste notamment par le renforcement des mesures dites « *out-of-court restructuring* » avec la réforme de 2017. En outre, l'introduction récente du mécanisme de *pre-pack* dans notre droit ne fait que renforcer ce constat.

²⁷ Y. BRULARD, « Prepack insolvency dans la pratique anglo-saxonne au regard de la loi sur la continuité des entreprises » in *Actualités de la continuité, continuité de l'actualité*, 1e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 699.

²⁸ Loi du 11 août 2017 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, *M.B.*, 11 septembre 2017.

²⁹ R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*, p. 158.

³⁰ Art. XX.39/1 CDE.

Enfin, il semble intéressant de mentionner que ce changement de paradigme n'a pas eu lieu qu'en Belgique mais également au niveau européen, comme nous le montre une recommandation de la Commission européenne en 2014 : « L'objectif [...] est d'assurer aux entreprises viables en difficulté financière, où qu'elles se trouvent dans l'Union, un accès aux cadres nationaux en matière d'insolvabilité leur permettant de se restructurer à un stade précoce afin de prévenir leur insolvabilité et d'optimiser ainsi leur valeur totale [...] la recommandation vise également à offrir une seconde chance, dans l'ensemble de l'Union, aux entrepreneurs honnêtes »³¹.

B. Aspects théoriques du *pre-pack*

Par la loi du 21 mars 2021, le législateur a introduit le dispositif de *pre-pack* à l'article XX.39/1 du Code de droit économique. Comme nous l'avons vu, ce mécanisme s'inscrit dans la lignée des réformes du droit des entreprises en difficulté visant à permettre, au-delà de la continuité de l'entreprise, le maintien de la valeur de celle-ci.

Le législateur a voulu articuler un instrument pré-procédural qui permettrait de négocier une restructuration de manière confidentielle avec une procédure formelle d'insolvabilité³². L'idée étant d'éviter les désavantages liés à la publicité et ainsi de pouvoir maintenir la valeur de l'entreprise lors de la réalisation de l'opération dans le cadre de la procédure formelle.

Ce terme « *pre-pack* », bien que déjà utilisé par le droit anglais et américain depuis longtemps, est récent dans notre droit belge. Il convient dès lors d'apporter quelques précisions quant à cette notion.

1) Le *pre-pack* : procédure de *préinsolvency*

Le terme *pre-pack* peut se définir comme une procédure « pré-emballée, préparée, prête à l'emploi »³³, ce qui implique que c'est une procédure de *préinsolvency* car elle prépare une procédure d'insolvabilité.

Le *préinsolvency* peut être considéré comme « la partie du droit du règlement des créanciers en dehors du cours normal des obligations souscrites par une procédure ou un processus y compris contractuel qui peut être semi-collectif et ne concerner qu'au moins deux créanciers, qui peut n'être qu'ouvert et/ou surveillé et/ou homologué par un juge, que ce soit par une procédure ouverte par une décision publiée au *Journal officiel* ou non, et ayant pour but d'obtenir un accord express ou tacite des créanciers sur un règlement

³¹ Recommandation de la Commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises (JO L 74 du 14.3.2014, p. 65).

³² J. INGRAM et D. ODETOLA, « United Kingdom : Core Elements of a Pre-Pack Administration » in J. INGRAM, *The Art of the Pre-Pack, Global Restructuring Review*, Londres, Law Business Research, 2020, pp. 3-4.

³³ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 25.

différent de celui convenu au départ de l'activité ou d'une partie de l'activité qui est viable [...] sans qu'une procédure d'insolvabilité soit ouverte dans le cadre de leur accord par un plan qui est faisable »³⁴.

Ces procédures de *preinsolvency* consistent en des mesures informelles et secrètes en vue d'aider les entreprises en proie à des difficultés économiques de manière préventive³⁵. Il s'agit donc des processus et procédures qui se déroulent avant l'*insolvency*.

Par opposition, l'*insolvency* est « la partie du droit du règlement des créanciers dans le cours normal des obligations souscrit par une procédure collective ouverte par une décision faisant l'objet d'une publication par les organes de la procédure ou le juge au *Journal officiel*, ayant pour but inscrit dans la loi de répartir la réalisation des actifs et des activités aux créanciers selon un ordre fixé par la loi »³⁶.

Cette figure juridique du *pre-pack* « consiste essentiellement en une procédure en deux étapes : la première, généralement confidentielle, au cours de laquelle une restructuration est négociée et conclue avec les différentes parties impliquées ou certaines d'entre elles, et, la seconde, par laquelle cet accord est officialisé dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, laquelle sera en principe brève puisque la restructuration aura déjà été élaborée et négociée durant la première phase »³⁷.

Nous pouvons donc constater qu'au-delà de son caractère informel et de sa rapidité, les auteurs de doctrine sont unanimes pour dire que l'avantage principal de ce dispositif est la confidentialité³⁸. Cela permet en effet d'éviter toute une série d'implications négatives telles que la stigmatisation de l'entreprise ou encore la perte de confiance des opérateurs économiques, et plus généralement de « préserver la substance économique des influences néfastes de la publicité »³⁹.

Dès lors que le nouvel objectif primordial du droit de l'insolvabilité est, comme nous l'avons déjà mentionné à plusieurs reprises, le maintien de la valeur de l'entreprise, il est en effet important de « permettre la préparation du projet de redressement dans la discrétion et en-dehors de toute procédure collective, celle-ci n'étant ouverte que pour la très brève durée nécessaire à l'exécution, au bénéfice du régime privilégié des procédures de sauvetage, du projet déjà complètement élaboré (d'où le terme de *pre-pack*) »⁴⁰.

Au vu de ce qui vient d'être dit, il semble utile d'effectuer deux remarques.

³⁴ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 611.

³⁵ J-P. RENARD, *op. cit.*, p. 15.

³⁶ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 611.

³⁷ C. ALTER et Z. PLETINCKX, « 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.*, 2021/20, n° 6858, p. 367.

³⁸ Y. BRULARD, « Prepack insolvency dans la pratique anglo-saxonne au regard de la loi sur la continuité des entreprises », *op.cit.*, p. 699 ; R. AYDOGDU et F. ROZENBERG, *op. cit.*, p. 211.

³⁹ Y. BRULARD, « Prepack insolvency dans la pratique anglo-saxonne au regard de la loi sur la continuité des entreprises », *op.cit.*, p. 699.

⁴⁰ R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*, p. 159.

D'une part, si le dispositif de *pre-pack* a pour objectif que la préparation se déroule dans la confidentialité, la suite du processus peut quant à elle très bien être publique⁴¹.

D'autre part, cette figure comporte deux aspects : le *pre-pack plan* et le *pre-pack cession*. En effet, comme le dit Roman Aydogdu : « [...] les *pre-packs* concernent tant l'adoption de plans de désintéressement des créanciers que la réalisation de transferts d'entreprises »⁴².

En d'autres mots, le premier consiste en l'élaboration d'accords préparatoires en vue de négocier un plan de réorganisation. Le second, qui est présent dans certains droits étrangers mais ne fait pas encore partie du droit belge à l'heure actuelle, consiste en la préparation d'une cession de l'entreprise.

2) Le *pre-pack plan*

Le *pre-pack plan* trouve son inspiration aux Etats-Unis où il est connu sous le terme de *prepackaged plans*, que l'on retrouve au Chapitre 11 du *Bankruptcy Code*⁴³.

Pour rappel, ce dispositif permet de « négocier un plan de réorganisation de manière confidentielle sans qu'y soit associée une publicité négative »⁴⁴.

Ce mécanisme est connu du droit belge. Il a été introduit par la loi du 21 mars 2021 qui intègre l'article XX.39/1 dans le Code de droit économique. Cette procédure d'accord préparatoire prévue à l'article XX.39/1 CDE est introduite par une requête unilatérale du débiteur devant le président du tribunal de l'entreprise qui pourra désigner un mandataire de justice pour faciliter la conclusion d'un accord amiable ou pour établir un plan de réorganisation en vue d'un accord collectif, et le mandataire de justice peut demander, durant la phase préparatoire, d'accorder des termes et/ou délais proportionnés aux besoins du débiteur⁴⁵. Nous y reviendrons dans la suite de nos développements.

3) Le *pre-pack cession*

Le *pre-pack cession* trouve son origine dans le droit anglais. Cet aspect du *pre-pack* est différent en ce qu'il consiste non pas en l'adoption d'un plan de désintéressement des

⁴¹ 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 oeuvre des techniques de restructuring créatives », *R.G.F.C.P. 2021*, liv. 6, p. 6.

⁴² R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*, p. 159.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Doc. parl.*, Ch., 2019/2020, n° 1337/004, p. 10.

⁴⁵ C. ALTER et Z. PLETINCKX, « Loi du 21 mars 2021 modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des impôts sur les revenus 1992 », *op. cit.*, pp. 367-368.

créanciers mais plutôt en la préparation de la cession de l'entreprise. En effet, comme le mentionnent Yves Brulard et Yannick Alsteens dans leur ouvrage consacré au *pre-pack* : « 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 »⁴⁶.

Ce mécanisme s'est développé « à l'intérieur de la procédure d'*administration*, fort ancienne en droit britannique »⁴⁷. Cette procédure d'*administration* est une « procédure essentiellement contrôlée par le débiteur où le juge ne joue qu'un rôle mineur de validation de la désignation de l'*administration*, du contrôle de son activité (de manière marginale) et de validation du processus, raison pour laquelle le *pre-pack* s'est installé dans cette procédure. 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 »⁴⁸.

Cette procédure connaît un grand succès au Royaume-Uni et constitue un grand pourcentage des procédures de sauvetage des entreprises en difficulté⁴⁹. Malgré cela, le droit belge ne prévoit pas, à l'heure actuelle, de dispositif de *pre-pack cession* à proprement parler. Le projet de loi du 20 avril 2017, s'inspirant du droit néerlandais, prévoyait pourtant l'introduction de la faillite silencieuse⁵⁰. Celle-ci était une sorte de pré-faillite et devait permettre « de préparer une véritable faillite avec discrétion et sans publicité, avec pour finalité de préserver la continuité de l'entreprise ou des activités »⁵¹. Cette proposition de *pre-pack cession* fut toutefois retirée du projet de loi en réaction à l'arrêt *Smallsteps* de la Cour de justice de l'Union européenne rendu au sujet de la *pre-pack cession* néerlandaise⁵². Nous aborderons cette problématique du *pre-pack cession* en Belgique plus loin dans notre exposé.

⁴⁶ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 242.

⁴⁷ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 241.

⁴⁸ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, pp. 241-242.

⁴⁹ R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*, p. 159 ; Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 241.

⁵⁰ J-P. RENARD, « Le pre-pack ou faillite silencieuse : un fantôme vivant ? », 30 mars 2020, disponible sur le site de Wolters Kluwer, www.wolterskluwer.com.

⁵¹ R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*, p. 162.

⁵² R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*, p. 140.

PARTIE 2 : Le *pre-pack* en droit étranger

Bien que le *pre-pack* soit une figure juridique récente dans le droit belge, d'autres ordres juridiques connaissent ce mécanisme depuis plusieurs années. Dans cette section, nous analyserons la procédure de *pre-pack* du point de vue des droits voisins, afin d'identifier les différents aspects de ce mécanisme dans ces droits. Nous étudierons dans un premier temps le *pre-pack* en droit anglais, sachant que c'est là que s'est développé en premier le *pre-pack cession* (A). Dans un second temps, nous examinerons le *pre-pack* en droit français (B). Enfin, nous terminerons notre étude de droit comparé avec le *pre-pack* néerlandais et la problématique posée par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (C).

A. Le droit anglais

1) Cadre général

Dans les années 80, le droit de l'insolvabilité anglais va commencer à s'intéresser plus aux intérêts du débiteur qu'à ceux du créancier. Cette nouvelle approche visant au sauvetage des entreprises en difficulté va être mise en place à la suite d'une enquête réalisée en 1982 au Royaume-Uni⁵³.

Le *Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice* de 1982, aussi connu sous le nom de *Cork Report*, va mener à l'adoption de l'*Insolvency Act* de 1986 et, plus tard, à celle de l'*Enterprise Act* de 2002. L'*Insolvency Act* va établir des procédures d'insolvabilité en faveur des entreprises en difficulté, dont principalement la procédure la plus importante en terme de restructuration des entreprises au Royaume-Uni depuis l'*Enterprise Act* qui va en renforcer l'efficacité : l'*administration*⁵⁴.

L'objectif de cette procédure est de rencontrer la nouvelle approche de sauvetage des entreprises en difficulté et de permettre la continuité de ses activités avec une cession en *going concern*⁵⁵. Au cours de cette procédure, un *administrator* est désigné par le tribunal, un créancier ou même par les dirigeants de l'entreprise, avec pour mission, par ordre d'importance, de sauver l'entreprise en *going concern*, ou parvenir à un meilleur résultat pour les créanciers de la société par rapport à celui qui serait obtenu si la société était liquidée, ou encore réaliser des actifs en vue d'en distribuer le produit aux créanciers⁵⁶.

⁵³ *Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice*, Cmnd 8558, 1982.

⁵⁴ R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*, p. 159.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Insolvency Act* 1986, Sch. B1, § 3 (1).

On constate que le législateur anglais reconnaît une autre fonction au droit des entreprises en difficulté, à savoir le sauvetage de l'entreprise en *going concern* plutôt que le désintéressement des créanciers.

C'est au sein de cette procédure d'*administration* que va se développer la procédure de *pre-pack*⁵⁷. Cette dernière s'est développée par la pratique des praticiens du droit de l'insolvabilité, en dehors de tout cadre légal, et est admise par la jurisprudence⁵⁸. Elle poursuit logiquement le même objectif de sauvetage de l'entreprise que la procédure d'*administration*, mais le *pre-pack* vise, en plus de cet objectif, le maintien de la valeur de l'entreprise.

2) Le *pre-pack* anglais

Comme nous venons de le mentionner, le *pre-pack* anglais s'est installé dans la procédure d'*administration* et s'y est développé.

Cette procédure consiste en la désignation d'un *administrator* par le tribunal, un créancier ou les dirigeants de l'entreprise⁵⁹. A la suite de cette désignation, l'*administrator* obtient le pouvoir de faire tout ce qui est nécessaire pour la gestion des affaires et des avoirs de l'entreprise⁶⁰. Il doit mettre en oeuvre ce pouvoir en vue de (a) sauver l'entreprise en *going concern*, ou (b) obtenir un meilleur résultat pour les créanciers de la société que celui qui serait atteint si la société était liquidée, ou (c) réaliser des actifs en vue d'une distribution aux créanciers⁶¹.

Ensuite, l'*administrator* aura pour mission de présenter des propositions aux créanciers afin de réaliser l'objet de l'*administration*⁶². Si celles-ci sont acceptées par les créanciers, l'*administrator* réalise les propositions approuvées, et éventuellement la cession de l'entreprise si cela a été prévu.

Quant au *pre-pack*, il résulte d'une décision de la société d'engager un praticien de l'insolvabilité à un stade préparatoire afin d'évaluer la situation de la société et de la conseiller en vue de la vente de l'entreprise⁶³. La cession de l'entreprise est donc négociée à l'avance et le transfert sera réalisé après la nomination d'un *administrator* qui sera le plus

⁵⁷ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 241.

⁵⁸ R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*, p. 160.

⁵⁹ *Insolvency Act* 1986, Sch. B1, § 12.

⁶⁰ *Insolvency Act* 1986, Sch. B1, § 59.

⁶¹ *Insolvency Act* 1986, Sch. B1, § 3.

⁶² *Insolvency Act* 1986, Sch. B1, § 49.

⁶³ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 242.

souvent le praticien de l'insolvabilité qui est intervenu en phase préparatoire, et ce sans convoquer ni même informer les créanciers⁶⁴.

Le *pre-pack* « bouleverse ainsi la chronologie légale de l'*administration* »⁶⁵ en ce sens que la cession de l'entreprise est déjà négociée lors de la phase pré-procédurale, avant l'ouverture de la procédure et la désignation de l'*administrator*. Ce dernier n'aura plus qu'à entériner l'accord et ainsi réaliser le transfert de l'entreprise. Les négociations se déroulant dans la discrétion, ce procédé permet d'éviter la publicité et par conséquent de ne pas exposer l'entreprise à une perte de valeur.

3) Un système à succès... critiqué

Malgré le succès connu en Angleterre par la procédure de *pre-pack*, qui représente un pourcentage important des procédures de sauvetage des entreprises en difficulté⁶⁶, celle-ci n'est pas exemptée de critiques. En premier rang des opposants à cette pratique, on retrouve les créanciers de la société en faveur de laquelle une telle procédure est appliquée. En effet, ceux-ci sont tenus à l'écart de la procédure et n'en sont même pas informés, ce qui pose problème au niveau de la transparence des opérations.

La jurisprudence anglaise a d'ailleurs reconnu ce problème dans un arrêt *Re T&D Industries Plc* en affirmant qu'il fallait « un équilibre entre l'urgence relative à la vente de l'entreprise et le droit légitime des créanciers de participer au processus »⁶⁷.

Une autre critique qui est généralement soulevée est le manque d'indépendance du praticien de l'insolvabilité qui intervient dans la procédure. Ce dernier est en effet désigné par les dirigeants de l'entreprise lors de la phase préparatoire, qui le nommeront également dans la plupart des cas comme *administrator*, ce qui peut laisser penser qu'il est lié aux dirigeants de l'entreprise pour qui il opère et ainsi ébranler son indépendance.

Face à ces critiques, le *Joint Insolvency Committee* est intervenu en 2009 en adoptant un code de conduite, le *Statement of Insolvency Practice 16*, qui prévoit principalement des obligations de transparence à l'égard des créanciers⁶⁸. Toutefois, l'efficacité de cette mesure semble limitée en ce qu'il s'agit de règles de *soft law*, autrement dit de règles non contraignantes.

Il n'y a donc à ce jour aucune disposition légale qui viendrait en réponse à ce problème. Un renforcement de la transparence à l'égard des créanciers a certes eu lieu quelques années plus tard, dans un cadre de *soft law*, à la suite d'un rapport publié par le Professeur Teresa

⁶⁴ R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*, p. 160 ; Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 242.

⁶⁵ R. AYDOGDU et F. ROZENBERG, *op. cit.*, p. 212.

⁶⁶ B. XIE, « Regulating pre-packaged administration - a complete agenda », *Journal of Business Law*, 2011, p. 520.

⁶⁷ B. XIE, *op. cit.*, pp. 515-516.

⁶⁸ R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*, p. 161.

Graham le 16 juin 2014, mais comme le dit le Professeur Graham dans ce rapport, une intervention législative ne doit avoir lieu que si les mesures de *soft law* envisagées n'apportent rien⁶⁹.

B. Le droit français

1) Cadre général

Le Livre VI du Code de commerce français contient des dispositions relatives aux entreprises en difficulté. Il y a deux volets principaux : le volet amiable, contenant « des outils essentiellement issus de la pratique permettant [...] de mener des négociations confidentielles avec les principaux créanciers et/ou cocontractants d'une entreprise en difficulté et le volet judiciaire qui conduit à l'ouverture d'une procédure collective permettant aux entreprises en difficulté, respectant certaines conditions, de se placer sous la protection du tribunal compétent »⁷⁰.

Déjà à l'époque, avec la loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, le droit français reflétait déjà la volonté du législateur de sauver les entreprises en difficulté par la voie non-judiciaire avec deux procédés extrajudiciaires, à savoir le mandat *ad hoc* et le règlement amiable. Une loi du 26 juillet 2005 va par la suite apporter certaines modifications en remplaçant le règlement amiable par la procédure de conciliation⁷¹.

La procédure de conciliation et le mandat *ad hoc* sont consacrés aux articles L.611-1 à L.611-17 du Code de commerce français. La première permet de négocier un accord extrajudiciaire pouvant être homologué par le juge ou donner lieu à une procédure collective future. Quant au mandat *ad hoc*, il s'agit d'un procédé préventif auquel une entreprise peut avoir recours lorsque l'entreprise rencontre des difficultés économiques⁷².

La volonté du législateur d'articuler une phase de négociations confidentielles avec une procédure publique va se marquer avec l'ordonnance du 12 mars 2014 qui va introduire la procédure de sauvegarde accélérée⁷³. Avec cette ordonnance, le *pre-pack cession* va bénéficier d'un cadre légal en France. Désormais, le conciliateur peut avoir pour mission l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en oeuvre dans le cadre d'une procédure judiciaire ultérieure⁷⁴. L'absence de publicité qui

⁶⁹ R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*, pp. 161-162.

⁷⁰ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 293.

⁷¹ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, *J.O.*, 27 juillet 2005.

⁷² Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, pp. 299-300.

⁷³ Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *J.O.*, 14 mars 2014.

⁷⁴ Article L.611-7 du C. com. français.

entoure les négociations lors de la phase confidentielle permet au conciliateur de maintenir la valeur de l'entreprise lors de la réalisation de la cession au cours d'une phase publique accélérée.

Il nous semble important d'insister sur cette possibilité d'organiser une cession de l'entreprise, et ainsi concrétiser le *pre-pack cession*. En effet, cela implique que le droit français connaît les deux aspects du *pre-pack* - le *pre-pack plan* (notamment avec la conciliation) et le *pre-pack cession* - contrairement au droit belge qui ne connaît à l'heure actuelle officiellement que le *pre-pack plan* à travers l'article XX.39/1 CDE.

2) La procédure de sauvegarde accélérée : une procédure publique articulée à une procédure confidentielle préalable

Le *pre-pack cession* à la française résulte en réalité d'une articulation entre une procédure de conciliation ou de mandat *ad hoc*, au cours de laquelle auront lieu des négociations qui conduiront à l'élaboration d'un plan organisant la cession de l'entreprise, et une procédure publique au cours de laquelle la cession sera mise en oeuvre⁷⁵.

L'article L.628-1 du Code de commerce français stipule que « la procédure de sauvegarde accélérée est ouverte à la demande d'un débiteur engagé dans une procédure de conciliation »⁷⁶.

Avant d'avoir accès à la procédure de sauvegarde accélérée, le débiteur doit donc être engagé préalablement dans une procédure de conciliation. Quant à la procédure de conciliation, celle-ci « est ouverte par le président du tribunal qui désigne un conciliateur pour une période n'excédant pas quatre mois mais qu'il peut, par une décision motivée, proroger à la demande de ce dernier »⁷⁷.

La conciliation préalable se déroule de manière confidentielle. Il est intéressant de remarquer que le législateur français a expressément prévu cette confidentialité en précisant que toute personne qui, par ses fonctions, est appelée à avoir connaissance de la procédure est tenue à la confidentialité⁷⁸. Lors de cette phase confidentielle, l'entreprise sera accompagnée par le conciliateur dans le cadre des négociations en vue de l'obtention d'un accord.

Une cession de l'entreprise peut être négociée lors de la phase confidentielle et ensuite être mise en oeuvre dans la phase publique de manière accélérée. La mise en oeuvre du *pre-pack cession* peut se faire dans le cadre de la procédure de conciliation ou du mandat *ad hoc*. En effet, le conciliateur/le mandataire *ad hoc* « peut être chargé, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une

⁷⁵ T. MONTERAN et M. MIEULLE, « Le *vade-mecum* du plan de cession prepack », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 2015, p. 165 ; Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, pp. 299-300.

⁷⁶ Article L.628-1, paragraphe 1er, C. com. français.

⁷⁷ Article L.611-6, C. com. français.

⁷⁸ Article L.611-15, C. com. français.

cession partielle ou totale de l'entreprise »⁷⁹. En outre, on constate que le système français accorde une importance à l'avis des créanciers, ce qui marque une différence notable avec le système anglais, où les créanciers sont absents du procédé. Le système français semble donc plus respectueux et plus transparent à l'égard des créanciers.

Lorsque le conciliateur/mandataire *ad hoc* reçoit des offres relatives à la cession, il en rend compte au tribunal et l'avis du Ministère public est alors recueilli⁸⁰. Cela permet de « contrebalancer le caractère occulte de la préparation »⁸¹. La cession est donc « préparée sans tension [...] elle est réalisée en toute transparence sous le contrôle du tribunal et du parquet, et elle est réalisée rapidement »⁸². La cession de l'entreprise est donc préparée dans la confidentialité mais fait tout de même l'objet d'un contrôle judiciaire, ce qui garantit un certain équilibre entre les différents intérêts des parties.

C. Le droit néerlandais

1) Une procédure de *pre-pack cession* développée par la pratique

Il existe deux types de procédures d'insolvabilité dans le droit néerlandais que l'on retrouve dans la *Faillissementswet* de 1893⁸³, à savoir la surséance des paiements et la faillite. Les réorganisations d'entreprises en difficulté étaient réalisées par le biais de la faillite : « l'activité viable était généralement poursuivie par le biais d'un "redémarrage" qui faisait suite à la vente des actifs par le curateur à une partie intéressée »⁸⁴.

La pratique du *pre-pack* ne connaît pas officiellement de cadre légal aux Pays-bas. Cette pratique s'est développée à partir de 2012 avec l'organisation d'une phase préparatoire à la faillite à l'occasion de laquelle « la cession de l'entreprise était préparée avant la déclaration de faillite dans le but d'assurer la continuité des activités pour éviter l'effet négatif sur la valeur [...] »⁸⁵.

Ce procédé se déroule en deux phases. La première est une phase préparatoire au cours de laquelle un « curateur de faillite envisagé » et un « juge commissaire envisagé » sont désignés par le tribunal sur demande du débiteur avec pour mission la préparation d'un redémarrage qui pourra ensuite être mis en oeuvre au cours de l'autre phase, à savoir la cession lors de la procédure de faillite⁸⁶. Au cours de la phase préparatoire « la cession de

⁷⁹ Articles L.611-7 et L.642-2, C. com. français.

⁸⁰ Article L.642-2, C. com. français.

⁸¹ R. AYDOGDU et F. ROZENBERG, *op. cit.*, p. 214.

⁸² T. MONTERAN et M. MIEULLE, *op. cit.*, p. 165.

⁸³ *Wet van 30 september 1893 op het faillissement en de surséance van betaling.*

⁸⁴ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 252.

⁸⁵ *Ibidem.*

⁸⁶ *Ibidem.*

l'entreprise est préparée dans ses moindres détails [...]. Tout est préparé pour une mise en exécution immédiate du transfert concomitamment à la déclaration de faillite, sans interruption de l'activité de l'entreprise »⁸⁷.

Après cette phase préparatoire, le tribunal désigne le même curateur et le même juge commissaire afin de réaliser la cession qui aura été préparée. En effet, « tous les éléments de la cession ayant été convenu, très rapidement après l'ouverture de la faillite [...] le curateur demande et reçoit l'autorisation du juge commissaire pour la cession »⁸⁸.

2) Coup d'arrêt pour le *pre-pack* néerlandais : l'arrêt *Smallsteps*

Dans l'arrêt *Smallsteps*⁸⁹, une société connue sous le nom de Estro Groep a fait faillite. Suite à cela, le redémarrage d'une partie importante de l'entreprise Estro Groep va être prévu à la suite d'un *pre-pack*. Au terme de la mise en oeuvre de ce *pre-pack*, *Smallsteps* va reprendre une grosse partie des centres d'activités de la société Estro Groep⁹⁰. Un grand nombre de travailleurs précédemment employés par Estro Groep seront licenciés et non repris par *Smallsteps*. L'organisation syndicale *Federatie Nederlandse Vakvereniging* et quatre travailleurs auparavant employés par Estro Groep et non repris par *Smallsteps* vont introduire un recours auprès du tribunal afin de contester les licenciements au regard de la directive 2001/23⁹¹. Le tribunal va donc poser une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union européenne quant à la compatibilité du procédé de *pre-pack cession* tel que pratiqué dans l'affaire en cause, et par conséquence tel qu'appliqué dans le régime néerlandais, avec la directive 2001/23, et plus précisément son article 5⁹².

Tandis qu'il ressort d'une lecture combinée des articles 3 et 4 de la directive 2001/23 que lorsqu'une entreprise est transférée, le cessionnaire doit en principe reprendre l'ensemble des travailleurs liés à l'activité cédée, l'article 5 de la directive prévoit quant à lui que le cessionnaire peut, par exception, ne pas reprendre l'intégralité des travailleurs si trois conditions sont remplies, à savoir que le cédant fasse l'objet d'une procédure de faillite ou

⁸⁷ Av. Gén. P. MENGOZZI, concl. préc. C.J.U.E., arrêt *Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. c. Smallsteps BV*, 22 juin 2017, C-126/16, EU:C:2017:241, point 70.

⁸⁸ *Idem*, point 71.

⁸⁹ C.J.U.E. arrêt *Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. c. Smallsteps BV*, 22 juin 2017, C-126/16, EU:C:2017:424.

⁹⁰ C.J.U.E. arrêt *Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. c. Smallsteps BV*, 22 juin 2017, C-126/16, EU:C:2017:424, points 16, 19 et 22.

⁹¹ *Idem*, points 26 et 27.

⁹² *Idem*, points 28 et 37.

d'une procédure d'insolvabilité analogue, que cette procédure soit être ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et qu'elle soit contrôlée par une autorité publique⁹³.

Selon la Cour, en ce qui concerne la première condition : « l'opération de *pre-pack* en cause au principal est, certes, préparée avant la déclaration de faillite, mais elle est mise en oeuvre après celle-ci. Une telle opération, impliquant effectivement la faillite, est, partant, susceptible de relever de la notion de procédure de faillite au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23 »⁹⁴. Cette condition semble donc remplie pour la CJUE.

Quant à la seconde condition, la Cour estime que celle-ci n'est pas remplie. En effet, « ne satisfait pas à cette condition une procédure visant la poursuite de l'activité de l'entreprise concernée »⁹⁵.

Enfin, concernant la troisième condition, la Cour estime que « la phase de l'opération de *pre-pack*, telle que celle en cause au principal, précédant la déclaration de faillite, n'a aucun fondement dans la législation nationale en cause »⁹⁶, et que par conséquent l'opération est gérée « non pas sous le contrôle du tribunal, mais [...] par la direction de l'entreprise qui mène négociations et adopte les décisions préparant la vente de l'entreprise en faillite »⁹⁷. La Cour termine en disant qu'étant donné que « le curateur pressenti ainsi que le juge commissaire pressenti ne disposent formellement d'aucun pouvoir [...] aucun contrôle exercé par une autorité publique ne pèse sur eux »⁹⁸. La troisième condition n'est donc pas remplie.

Dans l'arrêt *Smallsteps* du 22 juin 2017, la Cour va ainsi considérer que l'article 5 de la directive 2001/23 doit faire l'objet d'une interprétation stricte en ce qu'il permet de rendre inapplicable le régime de protection prévu pour les travailleurs en cas de transfert d'entreprise⁹⁹. La procédure de *pre-pack* néerlandais ne remplit pas les conditions de l'article 5 de la directive 2001/23, et par conséquent il ne peut pas être dérogé aux articles 3 et 4 de cette directive¹⁰⁰. Autrement dit, le cessionnaire est tenu de reprendre l'ensemble des travailleurs avec maintien de leurs droits.

Cet arrêt va donc mettre un coup au *pre-pack* néerlandais et à sa popularité jusqu'alors reconnue.

Il nous semble important de préciser que, deux ans plus tard, la CJUE va remettre le couvert dans l'arrêt *Plessers* du 16 mai 2019¹⁰¹, mais cette fois à propos de la question du transfert

⁹³ Directive 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'entreprise, d'établissement ou de parties d'entreprises ou d'établissement, *J.O.C.E.*, 2001, 22 mars 2001, article 5 §1.

⁹⁴ C.J.U.E. arrêt *Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. c. Smallsteps BV*, 22 juin 2017, C-126/16, EU:C:2017:424, point 46.

⁹⁵ *Idem*, point 47.

⁹⁶ *Idem*, point 53.

⁹⁷ *Idem*, point 54.

⁹⁸ *Idem*, point 55.

⁹⁹ *Idem*, point 41

¹⁰⁰ *Idem*, point 58.

¹⁰¹ C.J.U.E., Arrêt *Christa Plessers c. Prefaco NV*, 16 mai 2019, C-509/17, EU:C:2019:424.

des travailleurs dans une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice en droit belge. Les faits sont similaires à ceux de l'affaire *Smallsteps*, et la décision de la Cour le sera tout autant. En effet, dans son arrêt *Plessers* « le raisonnement de la Cour suit étroitement les principes posés dans son arrêt *Smallsteps* »¹⁰².

Nous reviendrons en détail sur cet arrêt *Plessers* et son implication dans la partie consacrée au *pre-pack* en droit belge. Il nous semblait toutefois utile de déjà le mentionner étant donné qu'il a été rendu dans le sillage de l'arrêt *Smallsteps*.

3) Un nouvel élan grâce à l'arrêt *Heiploeg* ?

Les arrêts *Smallsteps* et *Plessers* ont mis à mal le *pre-pack* aux Pays-bas. Ceux-ci furent l'objet de critiques en ce que la Cour semblait privilégier une protection maximale des travailleurs aux dépens de la poursuite de l'activité¹⁰³.

Une récente affaire qui concerne à nouveau le *pre-pack* néerlandais va toutefois redistribuer les cartes : l'affaire *Heiploeg*¹⁰⁴.

Dans cette affaire, Heiploeg-ancienne, groupe composé de plusieurs sociétés, faisait face à d'importantes difficultés financières. Une procédure de *pre-pack* va ainsi être envisagée¹⁰⁵. Heiploeg-ancienne va demander à être déclaré en faillite, à la suite de quoi deux sociétés composant Heiploeg-nouvelle ont repris une grosse partie des activités de Heiploeg-ancienne dans le cadre d'une cession, et ont également repris une partie des travailleurs en les soumettant à des conditions de travail moins favorables¹⁰⁶.

L'organisation syndicale *Federatie Nederlandse Vakvereniging* va interjeter appel de la décision du tribunal de déclarer Heiploeg-ancienne en faillite, mais la Cour d'appel va rejeter ce recours en estimant que le régime dérogatoire de l'article 5 de la directive 2001/23 s'applique en ce sens que les trois conditions de cet article sont remplies, et que par conséquent Heiploeg-nouvelle n'était pas tenue de reprendre les conditions de travail qui étaient applicables aux salariés avant le transfert¹⁰⁷.

Suite à cela, l'organisation syndicale va introduire un pourvoi en cassation devant la Cour suprême des Pays-bas en estimant que les deux dernières conditions de l'article 5 de la

¹⁰² R. AYDOGDU, « Protection des travailleurs et transferts d'entreprises en difficulté en droit de l'Union européenne », *Droit du financement de l'Economie*, 2020, p. 35.

¹⁰³ R. AYDOGDU, « Protection des travailleurs et transferts d'entreprises en difficulté en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p.38.

¹⁰⁴ C.J.U.E., arrêt *Federatie Nederlandse Vakbeweging c. Heiploeg Seafood International BV et Heitrans International BV*, 23 avril 2022, C-237/20, EU:C:2022/321.

¹⁰⁵ C.J.U.E., arrêt *Federatie Nederlandse Vakbeweging c. Heiploeg Seafood International BV et Heitrans International BV*, 23 avril 2022, C-237/20, EU:C:2022/321, points 25 et 26.

¹⁰⁶ *Idem*, points 28, 29 et 30.

¹⁰⁷ *Idem*, point 31.

directive 2001/23 n'étaient pas remplies dans le cadre d'une procédure de *pre-pack*, et que donc la dérogation prévue par l'article 5 de la directive ne s'appliquait pas¹⁰⁸.

La Cour suprême des Pays-bas va poser une question préjudicielle à la CJUE quant à ces deux dernières conditions de l'article 5 de la directive¹⁰⁹, qui, rappelons-le, avaient été jugées non remplies dans le cadre de l'affaire *Smallsteps*.

Contre toute attente, la Cour va opérer un revirement de jurisprudence en déclarant que ces deux conditions sont remplies. En effet, quant à la deuxième condition, à savoir qu'il faut que la procédure de faillite soit ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant, la Cour va relever que celle-ci est remplie « lorsque le transfert de tout ou partie d'une entreprise est préparé, antérieurement à l'ouverture d'une procédure de faillite visant la liquidation des biens du cédant et au cours de laquelle ledit transfert est réalisé, dans le cadre d'une procédure de *pre-pack* ayant pour objectif principal de permettre, dans la procédure de faillite, une liquidation de l'entreprise en exploitation désintéressant au mieux l'ensemble des créanciers et maintenant l'emploi autant que possible, sous réserve qu'une telle procédure de *pre-pack* soit encadrée par des dispositions législatives ou réglementaires »¹¹⁰.

La Cour répond donc positivement quant à la question de savoir si cette deuxième condition est remplie, mais précise qu'il faut que la procédure de *pre-pack* soit « encadrée par des dispositions législatives ou réglementaires »¹¹¹.

Quant à la troisième et dernière condition, la Cour déclare que « le fait que le transfert de tout ou partie d'une entreprise est préparé dans le cadre d'une procédure de *pre-pack* préalable à la mise en faillite par un curateur pressenti, placé sous le contrôle d'un juge-commissaire pressenti, ne s'oppose pas à ce que la troisième condition de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23 soit satisfaite »¹¹².

Les trois conditions de l'article 5 §1 de la directive 2001/23 étant remplies - la première condition était, on le rappelle, déjà remplie dans l'arrêt *Smallsteps* et est donc remplie par analogie dans cet arrêt *Heiploeg* - l'arrêt *Heiploeg* considère le *pre-pack* néerlandais compatible avec l'exception de l'obligation de reprise de l'ensemble des travailleurs prévue à l'article 5 de la directive. Quant à la nuance émise par la Cour, à savoir qu'il faut que le *pre-pack* soit encadré légalement, le législateur néerlandais avait adopté un projet de loi mais son examen au Sénat avait été reporté jusqu'à ce que le dénouement de l'affaire *Heiploeg* soit connu¹¹³. L'arrêt *Heiploeg* opérant ainsi un revirement de jurisprudence, le *pre-pack* néerlandais peut désormais prendre un nouvel élan.

¹⁰⁸ *Idem*, point 32.

¹⁰⁹ *idem*, point 36.

¹¹⁰ *Idem*, point 55.

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² *Idem*, point 65.

¹¹³ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 253.

PARTIE 3 : Le *pre-pack* en droit belge — Situation actuelle et perspectives d'évolution

Le dispositif de *pre-pack* soulève de nombreuses questions en droit belge. Bien que la loi du 21 mars 2021 introduit un cadre légal concernant le *pre-pack plan* avec l'article XX.39/1 du Code de droit économique, l'autre aspect du *pre-pack*, le *pre-pack cession* n'est quant à lui pas encadré légalement par le droit belge. Une pratique est toutefois utilisée afin de réaliser une sorte de *pre-pack cession*. Elle consiste à combiner le recours au médiateur d'entreprise¹¹⁴ et à la PRJ par transfert¹¹⁵. Malgré cette pratique, le *pre-pack cession* ne connaît, en droit belge, aucune consécration légale à l'heure actuelle. Le projet de loi du 20 avril 2017 prévoyait pourtant l'introduction de la faillite silencieuse dans le CDE, mais cette proposition fut retirée à la suite de la jurisprudence de la CJUE au sujet de la *pre-pack cession* chez nos voisins néerlandais¹¹⁶.

Dans cette troisième et dernière partie consacrée au *pre-pack* en droit belge, nos développements porteront dans un premier temps sur la figure juridique du *pre-pack plan* qui a vu le jour avec la loi du 21 mars 2021 (A). Ensuite, nous poursuivrons sur la « problématique » du *pre-pack cession* en Belgique ainsi que les aspects sociaux qui entourent ce mécanisme (B). Enfin, nous terminerons par les perspectives d'évolution du *pre-pack* belge (C).

A. *Pre-pack plan* : l'accord préparatoire de l'article XX.39/1 CDE

1) La loi du 21 mars 2021 : précisions

Le législateur belge a adopté la loi du 21 mars 2021 par laquelle il intègre le mécanisme de *pre-pack plan* au sein de l'ordre juridique belge en insérant l'article XX.39/1 dans le Livre XX du Code de droit économique. Cette disposition prévoit une procédure d'accord préparatoire qui permet au débiteur de « négocier un plan de réorganisation sans qu'y soit associée une

¹¹⁴ Article XX.36 CDE.

¹¹⁵ Article XX.84 CDE.

¹¹⁶ R. AYDOGDU, « L'impact de l'arrêt *Smallsteps* sur le droit belge de l'insolvabilité : 'one giant leap for a mankind' ? » in A. Zenner (dir.), *Le droit de l'insolvabilité - analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthémis, 2018, p. 409.

publicité négative »¹¹⁷ en vue de la préparation d'une PRJ par accord amiable ou collectif accélérée¹¹⁸.

Avant d'aller plus loin en ce qui concerne la procédure d'accord préparatoire, il faut savoir que cette loi du 21 mars 2021 n'est toutefois que temporaire. Elle n'a été adoptée à l'origine que pour une durée d'un an, mais a depuis fait l'objet d'une prolongation dans l'attente de la transposition de la Directive 2019/1023 relative aux cadres de restructuration préventive¹¹⁹. Elle cessera en principe d'être en vigueur en date du 31 mars 2023¹²⁰. La section de législation du Conseil d'Etat avait d'ailleurs précisé dans un avis que cette loi n'a pas pour objet de transposer de manière complète la Directive 2019/1023, mais plutôt, dans un premier temps, à fournir des procédures de restructuration préventives efficaces pour faire face aux conséquences désastreuses de la crise du Covid-19¹²¹.

2) Déroulement de la procédure de l'accord préparatoire

a) Ouverture de la procédure

La procédure est ouverte par une requête unilatérale du débiteur qui saisit le tribunal de l'entreprise afin que celui-ci désigne un mandataire de justice pour « faciliter la conclusion d'un accord amiable au sens de l'article XX.64 ou pour établir un plan de réorganisation tel que prévu à l'article XX.67 »¹²².

Le débiteur doit apporter la preuve que la continuité de l'entreprise est menacée au sens de l'article XX.45 du CDE¹²³. Les travaux préparatoires évoquent que l'impact de la crise du Covid-19 peut être pris en considération à cet égard¹²⁴.

Pour apporter cette preuve, le débiteur doit joindre à sa demande les documents prévus à l'article XX.41 §2, alinéa 1, 1°, 3° et 4° du même Code, à savoir un exposé des événements sur lesquels est fondé sa demande, l'indication d'une adresse électronique à laquelle il peut être joint, ainsi qu'une série de documents comptables¹²⁵.

¹¹⁷ *Doc. parl.*, Ch., 2019/2020, n° 1337/004, p. 10.

¹¹⁸ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 115.

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ Art. 1er de l'arrêté royal du 12 juillet 2022 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 codes des impôts sur les revenus 1992, *M.B.*, 15 juillet 2022.

¹²¹ *Doc. parl.*, Ch., 2019/2020, n° 1337/002, pp. 3-4.

¹²² Art. XX.39/1, §1er, al. 1er, CDE.

¹²³ Art. XX.39/1, §1er, al. 2, CDE.

¹²⁴ *Doc. parl.*, Ch., 2019/2020, n° 1337/004, p. 10.

¹²⁵ Voy. art. XX.39/1, §1er, al. 3, CDE.

De plus, il semble important de mentionner que le débiteur peut bénéficier de la procédure même s'il n'est pas de bonne foi. En effet, il ressort d'une décision du tribunal de l'entreprise de Liège que « tout critère de bonne foi dans le chef du débiteur est supprimé »¹²⁶.

En outre, précisons que, comme il ressort du paragraphe 1er, alinéa 1 de l'article XX.39/1 CDE, le président du tribunal « peut » désigner un mandataire de justice. Il ne s'agit là que d'une simple faculté, le président du tribunal pourrait en effet très bien estimer que la demande du débiteur ne rencontre ni les conditions prévues par le texte ni l'intérêt de l'entreprise et ainsi ne pas faire droit à la requête du débiteur¹²⁷.

Enfin, la requête et les éléments de la procédure sont déposés dans le registre RegSol, et y sont conservés de manière confidentielle, en ce sens que les tiers, dont les créanciers, n'y ont pas accès¹²⁸.

b) Désignation d'un juge délégué

Le président du tribunal désigne ensuite un juge délégué conformément à l'article XX.42 CDE, qui pourra également intervenir dans la procédure de réorganisation judiciaire ultérieure. La décision du président du tribunal de désigner un juge délégué n'est pas publiée, ce qui marque le caractère confidentiel de la procédure¹²⁹.

Dans la procédure préalable, le rôle du juge délégué « est limité à l'accompagnement et à la surveillance du débiteur »¹³⁰. De plus, comme il ressort de l'exposé des motifs, le juge délégué a également pour mission de contrôler « les activités du mandataire de justice et la correspondance du plan de réorganisation préalablement négocié aux exigences légales pour l'obtention d'un accord collectif et conseille le président du tribunal à cet égard »¹³¹. Toutefois, cette notion de « contrôle » est excessive selon Yves Brulard et Yannick Alsteens, en ce sens que le seul pouvoir du juge délégué dans la procédure de réorganisation judiciaire est de proposer la fin du sursis, de donner son avis par des rapports et proposer au tribunal de mettre fin aux termes et délais accordés en vertu de l'article XX.39/1 CDE¹³².

Selon certains auteurs de doctrine, le juge délégué aurait également pour rôle d'informer le tribunal du bon déroulement de la procédure de négociation, notamment en ce qui concerne l'attitude des parties lors de celle-ci¹³³.

¹²⁶ Trib. entr. Liège, 28 avril 2021, *T.I.B.R.*, 2021, p. 84.

¹²⁷ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 115.

¹²⁸ Voy. art. XX.39/1, §1er, al. 4, CDE.

¹²⁹ Voy. art. XX.39/1, §1er, al. 5, CDE.

¹³⁰ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 117.

¹³¹ *Doc. parl.*, Ch., 2019/2020, n°1337/004, p. 12.

¹³² Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 119.

¹³³ N. OUCHINSKY et W. DAVID, « Premier commentaire de la réforme du droit de l'insolvabilité du 21 mars 2021 », *R.P.S.-T.R.V.*, 2021/4, p. 422 ; Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 118.

c) Intervention du mandataire de justice

La demande du débiteur est traitée en chambre du conseil dans un délai de huit jours à partir de son dépôt dans le registre RegSol. L'ordonnance statuant sur la demande n'est pas publiée, ce qui prouve à nouveau la confidentialité qui entoure la procédure¹³⁴.

Si le président du tribunal fait droit à la demande du débiteur, il désigne un mandataire de justice, dont l'intervention est nécessaire dans la procédure d'accord préparatoire¹³⁵. En effet, comme le mentionnent les travaux préparatoires : « 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 [...], le mandataire de justice ne fera pas que de la médiation et exercera également une fonction de contrôle judiciaire »¹³⁶.

Le mandataire de justice a donc pour rôle de participer à la négociation d'un accord amiable ou d'un plan de réorganisation, mais également de veiller à ce que les créanciers soient fidèlement informés¹³⁷. Nous pouvons ainsi remarquer une certaine transparence à l'égard des créanciers, au contraire de ce qui est reproché à la procédure de *pre-pack* au Royaume-Uni où les créanciers ne sont pas informés du processus et en sont, semble-t-il, même écartés¹³⁸.

Le mandataire de justice est choisi en fonction de ses qualités et selon les nécessités de la cause. Ainsi, cela peut être un praticien de l'insolvabilité, mais « les nécessités de la cause peuvent exiger la désignation d'une personne possédant des connaissances particulières concernant l'entreprise et le secteur dans lequel elle opère »¹³⁹. Le débiteur peut également proposer le nom du mandataire de justice, mais le tribunal doit veiller à ce qu'il soit suffisamment indépendant. En tout état de cause, la nomination du mandataire de justice n'est pas publiée, ce qui nous montre encore une fois toute la confidentialité qui est attachée à cette procédure¹⁴⁰.

d) Préparation de l'accord

Une fois la procédure ouverte, le débiteur, accompagné du mandataire, va commencer les négociations avec les créanciers en vue d'arriver à un accord.

Le débiteur fournit une liste complète des créanciers au mandataire de justice ainsi que tous les documents comptables utiles à la conclusion d'un accord amiable ou à l'établissement d'un plan de réorganisation. Le mandataire de justice détermine ensuite dans quel délai les

¹³⁴ Voy. art. XX.39/1, §1er, al. 7, CDE.

¹³⁵ Voy. art. XX.39/1, §1er, al. 1, CDE.

¹³⁶ *Doc. parl.*, Ch., 2019/2020, n°1337/004, pp. 10-11.

¹³⁷ Voy. art. XX.39/1, §4, al. 1, CDE.

¹³⁸ Voy. *supra* p. 20.

¹³⁹ P. DELLA FAILLE, *Recueil de législation, doctrine et jurisprudence en matière de continuité des entreprises - Titres I à V du livre XX du Code de droit économique*, Limal, Anthemis, 2021, p. 301.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

créanciers seront informés de sa mission, étant entendu qu'il peut décider d'entamer les négociations avec certains créanciers et de ne les étendre à d'autres qu'ultérieurement¹⁴¹. « En fonction [...] 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 »¹⁴².

Durant cette phase préparatoire, le débiteur peut bénéficier de certaines protections, en ce sens que « le mandataire de justice peut demander [...] au président du tribunal, au 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, d'accorder des termes et/ou délais proportionnés aux besoins du débiteur »¹⁴³. Le président du tribunal peut ainsi accorder des termes et/ou délais au débiteur pour le paiement des dettes mentionnées dans la requête et faire surseoir aux poursuites. Toutefois, la durée de ces termes et/ou délais ne pourra pas dépasser quatre mois.

Il est intéressant de souligner que lorsqu'il prend la décision d'accorder ou non des termes et/ou délais, le président du tribunal tient compte de la situation du débiteur mais également de l'intérêt des créanciers. Cet équilibre des intérêts en présence s'inspire de la Directive 2019/1023¹⁴⁴. Cette prise en compte de l'intérêt des créanciers se manifeste d'ailleurs à nouveau à l'alinéa 7 du paragraphe 3 de l'article XX.39/1 CDE en ce que le président du tribunal peut mettre fin à ces termes et/ou délais « à tout moment, d'office, à l'initiative d'un créancier intéressé ou du mandataire de justice ».

Quant à ces termes et délais, il est intéressant de préciser qu'ils n'étaient à la base pas prévus dans la première proposition de loi, ils ont été ajoutés par la suite afin de permettre au mandataire de justice de mener sa mission de façon optimale¹⁴⁵. En effet, « cet amendement a pour objet de permettre le bon déroulement de la phase préparatoire »¹⁴⁶.

e) Fin de la phase préparatoire et enclenchement de la phase publique

Une fois que le mandataire de justice a terminé sa mission, il joint l'accord amiable ou le plan de réorganisation négocié au président du tribunal. Le président du tribunal acte ensuite l'accord conclu dans une ordonnance motivée et transmet le dossier au tribunal afin d'ouvrir une procédure de réorganisation judiciaire accélérée¹⁴⁷. La phase publique peut ainsi être enclenchée et l'accord préparé peut être mis en oeuvre.

En vertu de l'article XX.46 §5 et 6 du CDE, la procédure de réorganisation judiciaire accélérée doit être ouverte par le tribunal auquel l'ordonnance motivée est communiquée dans un

¹⁴¹ Voy. art. XX.39/1, §3 al. 1 et 2, CDE.

¹⁴² *Doc. parl.*, Ch., 2019/2020, n° 1337/004 p. 11.

¹⁴³ Art. XX.39/1, §3, al. 3, CDE.

¹⁴⁴ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 102.

¹⁴⁵ *Doc. parl.*, Ch., 2019/2020, n°1337/004, p. 8.

¹⁴⁶ P. DELLA FAILLE, *op. cit.*, p. 304.

¹⁴⁷ Voy. art. XX.39/1, §§5 et 6, CDE.

délai de cinq jours ouvrables. Si nous sommes dans le cadre d'un accord amiable, le jugement qui ouvre la PRJ accélérée fixe la date de l'homologation de l'accord amiable au plus tard un mois après l'ouverture de la procédure¹⁴⁸. Si nous sommes dans le cadre d'un accord collectif, le jugement qui ouvre la PRJ accélérée fixe la date de l'audience au plus tard trois mois après l'ouverture de la procédure¹⁴⁹.

3) Conclusion

Bien que récente en droit belge, la procédure de *pre-pack plan* consacrée à l'article XX.39/1 CDE est intéressante à plusieurs niveaux.

D'abord, et comme nous l'avons déjà mentionné, cette procédure permet de préparer un accord lors d'une phase préparatoire, et ce de manière confidentielle afin de rencontrer l'objectif devenu central en matière de droit des entreprises en difficulté : le maintien de la valeur de l'entreprise.

Ensuite, cette procédure présente un double intérêt, en ce qu'elle permet d'une part une certaine protection en faveur du débiteur en lui permettant notamment de bénéficier de délais et/ou termes pour le paiement des dettes, et d'autre part elle prend en considération l'intérêt des créanciers. Ce réel atout qu'est la volonté de vouloir prendre en compte les intérêts des parties de manière équilibrée se marque également avec l'intervention du mandataire de justice et son double rôle qui consiste aussi bien à accompagner le débiteur lors des négociations - en lui laissant une marge de manoeuvre - qu'à assurer l'absence de manipulation des créanciers lors de la phase préparatoire.

En résumé, la procédure de *pre-pack plan*, en plus de permettre le maintien de la valeur de l'entreprise, semble présenter toute une série d'atouts. Bien que certaines remarques peuvent être émises, dont principalement que la disposition ne prévoit pas expressément la possibilité d'un transfert¹⁵⁰, nous ne doutons pas que des améliorations seront apportées et nous pouvons nous permettre de penser que ce mécanisme rencontrera un certain succès et que son utilité ne sera plus à démontrer.

B. La « problématique » du *pre-pack cession* en droit belge

Le *pre-pack cession* est absent du droit belge. Une pratique s'est toutefois développée afin de préparer la cession d'une entreprise de manière confidentielle et ainsi organiser une sorte

¹⁴⁸ Voy. art. XX.46, §6, CDE.

¹⁴⁹ Voy. art. XX.46, §5, CDE.

¹⁵⁰ C. ALTER et Z. PLETINCKX, « La loi du 21 mars 2021 modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des impôts sur les revenus 1992 », *op. cit.*, p. 368 ; N. OUCHINSKY et W. DAVID, *op. cit.*, p. 427.

de *pre-pack cession* (1). Le législateur a tenté d'apporter un cadre juridique à ce mécanisme avec le projet de loi du 20 avril 2017 qui prévoyait l'introduction de la faillite silencieuse au sein de l'ordre juridique belge, mais cette proposition fut abandonnée suite à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (2). Cette jurisprudence de la CJUE portait principalement sur le volet social de la *pre-pack cession*, les aspects sociaux de ce mécanisme présentant une importance particulière (3).

1) La pratique du recours combiné au médiateur d'entreprise et à la PRJ par transfert

Bien qu'il ne soit pas encadré légalement en droit belge, le *pre-pack cession* a toutefois trouvé son chemin dans la pratique par le recours, de manière combinée, au médiateur d'entreprise et à la PRJ par transfert¹⁵¹.

a) Déroulement de la procédure

Sur demande du débiteur, le président du tribunal peut désigner un médiateur d'entreprise afin de faciliter la réorganisation des ses activités¹⁵². La désignation du médiateur d'entreprise est réalisée dans la confidentialité. Il doit rester indépendant de l'entreprise et des créanciers mais également du tribunal à qui il ne doit en principe pas faire de rapport¹⁵³.

L'article XX.36 §4 CDE stipule que la mission du médiateur d'entreprise est de « 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 à XX.75, soit le transfert sous autorité de justice à un ou plusieurs tiers de tout ou partie des actifs ou des activités conformément aux articles XX.84 et XX.85 »¹⁵⁴.

Comme il ressort de cette disposition, le médiateur peut donc préparer un transfert. Toutefois, le transfert ne peut pas être réalisé par le médiateur d'entreprise, étant donné que seul le mandataire de justice peut réaliser cette opération. Cependant, rien n'empêche que le médiateur d'entreprise soit par la suite nommé mandataire de justice et ainsi réaliser ce qu'il a préparé en tant que médiateur d'entreprise de manière accélérée¹⁵⁵. Cette souplesse ressort d'ailleurs des travaux préparatoires¹⁵⁶.

¹⁵¹ R. AYDOGDU et F. ROZENBERG, *op. cit.*, pp. 214-216 ; R. AYDOGDU, « L'impact de l'arrêt *Smallsteps* sur le droit belge de l'insolvabilité : 'one giant leap for a mankind' ? », *op. cit.*, p. 415.

¹⁵² Voy. art. XX.36, §1, CDE.

¹⁵³ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 131.

¹⁵⁴ Art. XX.36, §4, CDE.

¹⁵⁵ R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*, p. 168.

¹⁵⁶ Voy. *Doc. parl.*, Ch., 2016-2017, n° 2407/001, pp. 50-51.

Il convient de préciser que la pratique décrite est utilisée depuis plusieurs années¹⁵⁷.

b) Exemple en jurisprudence : l'affaire *Redirack*

Dans l'affaire *Redirack*¹⁵⁸, une entreprise en difficulté avait obtenu du président du tribunal de commerce de Nivelles la désignation d'un médiateur d'entreprise qui avait pour mission de rechercher des repreneurs dans la confidentialité. Cette décision du président tribunal permettait ainsi à l'entreprise, active sur un marché très compétitif, que ses difficultés ne soient pas publiées lors d'une procédure publique et ainsi de ne pas être exposée à une réaction négative de la part de ses clients.

Après avoir reçu plusieurs offres de repreneurs potentiels, l'entreprise a demandé l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert d'entreprise et le médiateur d'entreprise a été désigné mandataire de justice afin de réaliser, de manière accélérée, sa mission qui avait été préparée en amont en tant que médiateur d'entreprise. Le tribunal autorisa le transfert sous autorité de justice seulement un mois et trois jours après l'ouverture de la procédure.

2) L'abandon de la faillite silencieuse dans le projet de loi du 20 avril 2017

Le projet de loi du 20 avril 2017 qui insère le Livre XX dans le Code de droit économique prévoyait en son article XX.33 la faillite silencieuse¹⁵⁹. Cette procédure présentait les caractéristiques du *pre-pack cession* en ce qu'elle permettait de « préparer une véritable faillite avec une discrétion et sans publicité »¹⁶⁰. C'était une procédure qui devait être initiée volontairement par le débiteur et qui visait à « organiser le transfert de l'entreprise en amont de la faillite, pour limiter, sinon supprimer, les effets négatifs de celle-ci sur la valeur de l'entreprise »¹⁶¹.

¹⁵⁷ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 130.

¹⁵⁸ Prés. Comm. Nivelles, 30 septembre 2010, B/10/269, inédit ; Comm. Nivelles, 21 février 2011, B/11/00048, inédit ; Comm. Nivelles, 24 mars 2011, A/11/00453, inédit ; R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*, p. 169.

¹⁵⁹ *Doc. parl.*, Ch., 2016-2017, n°2407/001, p. 49.

¹⁶⁰ R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*, p. 162.

¹⁶¹ R. AYDOGDU, *ibidem*, p. 163.

Il ressort des travaux préparatoires que la finalité de cette procédure était « de préserver la continuité de l'entreprise ou des activités »¹⁶², et que même si une pratique était établie à cet égard « il semblait prudent de conférer une base légale à cette pratique »¹⁶³.

Une fois que cette procédure était ouverte à la demande du débiteur, le tribunal devait désigner un pré-curateur (qui deviendrait ensuite curateur dans la procédure de faillite ultérieure) et un juge-commissaire qui auraient eu pour mission de préparer la faillite, c'est-à-dire préparer la cession de l'entreprise lors d'une phase préparatoire qui aurait été mise en oeuvre ultérieurement lors de la faillite¹⁶⁴.

Cette proposition de la faillite silencieuse a fait l'objet de critiques. D'abord, la procédure de *pre-pack* n'était ouverte qu'en faveur des débiteurs en état de faillite, ce qui revenait à exclure les entreprises qui avaient certes des difficultés, mais qui avaient plus de chances d'assurer la poursuite de leurs activités¹⁶⁵.

Ensuite, ce dispositif était critiqué par la doctrine pour le manque de contrôle du tribunal sur la cession, en ce que celle-ci était organisée et contrôlée par les mêmes acteurs, à savoir le même curateur et le même juge commissaire¹⁶⁶.

Enfin, les milieux syndicaux ont émis des critiques quant à cette procédure en disant qu'elle est « destinée à spoiler les créanciers de la société en permettant aux dirigeants de celle-ci de se débarrasser [...] des dettes de la société et de poursuivre l'activité économique dans une nouvelle entité »¹⁶⁷.

Finalement, c'est l'arrêt *Smallsteps* de la CJUE rendu le 22 juin 2017 au sujet du *pre-pack cession* néerlandais qui a été fatal à la faillite silencieuse en ce qu'elle fut retirée du projet de loi du 20 avril 2017 suite à cet arrêt, entraînant ainsi l'abandon d'une des grandes lignes directrices de ce projet de loi¹⁶⁸.

3) Aspects sociaux du *pre-pack*

Le volet social est un aspect important du *pre-pack* pour le législateur européen mais aussi pour la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, la Directive 2001/23 relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises démontre toute l'importance qui est accordée aux travailleurs. Mais la CJUE a également démontré à travers

¹⁶² *Doc. parl.*, Ch., 2016-2017, n°2407/001, p. 49.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*, p. 163.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 41.

¹⁶⁷ A. ZENNER, J-P. LEBEAU et C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique, Les dossiers du journal des tribunaux*, n°76, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 38.

¹⁶⁸ R. AYDOGDU, « L'impact de l'arrêt *Smallsteps* sur le droit belge de l'insolvabilité : 'one giant leap for a mankind' ? », *op. cit.*, p. 409.

sa jurisprudence qu'elle accordait une protection élevée aux travailleurs, même si elle a récemment opéré un revirement de jurisprudence.

Dans cette section, nous commencerons par analyser la protection qui est conférée aux travailleurs par la Directive 2001/23 ainsi que sa transposition en droit belge (a). Nous consacrerons ensuite une partie de nos développements à la jurisprudence de la CJUE et à l'impact de celle-ci en Belgique avec ses arrêts *Smallsteps* (b), *Plessers* (c) et *Heiploeg* (d).

Avant d'entrer dans nos développements, il semble utile d'apporter d'emblée une précision. En ce qui concerne les arrêts *Smallsteps* et *Heiploeg*, il sera plus question d'analyser leur impact sur le *pre-pack* en droit belge que de les présenter, la présentation de ces arrêts ayant déjà été réalisée dans la section consacrée au droit néerlandais¹⁶⁹.

a) La Directive 2001/23 et sa transposition en droit belge

Le législateur européen a adopté la Directive 2001/23¹⁷⁰. Celle-ci a pour objectif de veiller au maintien des droits des travailleurs en cas de cession d'entreprises¹⁷¹. En effet, l'évolution économique entraînant des modifications des structures d'entreprises s'effectuant notamment par des transferts, des dispositions sont nécessaires pour protéger et assurer le maintien des droits des travailleurs¹⁷². La protection des droits des travailleurs est principalement assurée par les articles 3 et 4.

L'article 3 paragraphe 1 stipule 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 sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire »¹⁷³.

L'article 4 paragraphe 1 prévoit quant à lui que : « Le transfert d'une entreprise, d'un établissement, ou d'une partie de l'entreprise ou d'établissement ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire. 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 »¹⁷⁴.

Ces deux articles prévoient ainsi qu'en cas de transfert d'une entreprise, le cessionnaire est en principe tenu de reprendre l'ensemble des travailleurs de l'entreprise transférée en maintenant les droits qu'ils avaient acquis tels qu'ils existent à la date du transfert. Ces

¹⁶⁹ Voy. *supra* pp. 24 et s.

¹⁷⁰ Directive 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'entreprise, d'établissement ou de parties d'entreprises ou d'établissement, J.O.C.E., 2001, 22 mars 2001.

¹⁷¹ I. VEROUGSTRAETE, et al., *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Wolters Kluwer, 2019, p. 313.

¹⁷² Cons. 2 et 3 de directive 2001/23/CE.

¹⁷³ Art. 3 §1er de directive 2001/23/CE.

¹⁷⁴ Art. 4 §1er de directive 2001/23 CE.

dispositions sont impératives, les Etats membres ne peuvent donc pas y déroger de manière défavorable aux travailleurs¹⁷⁵.

La directive prévoit cependant une dérogation aux articles 3 et 4 en son article 5. L'article 5 dispose en effet que : « [...] les 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 »¹⁷⁶.

Il ressort de cet article 5 que le cessionnaire peut déroger à l'obligation de reprendre l'ensemble des travailleurs du cédant prévue aux articles 3 et 4 en remplissant trois conditions cumulatives :

- le cédant doit faire l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ;
- cette procédure doit être ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant ;
- elle doit être sous le contrôle d'une autorité publique compétente.

Ces dispositions ont fait l'objet d'une transposition en droit belge. Les articles 3 et 4 de cette directive ont été transposés au sein de la Convention collective de travail n°32bis qui règle la question des droits des travailleurs lorsqu'il s'agit d'un transfert d'entreprise conventionnel¹⁷⁷, tandis que le volet social de la procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice est désormais réglé par l'article XX.86 CDE et la Convention collective de travail n°102¹⁷⁸. Cette dernière vise notamment à assurer un certain équilibre dans une perspective de survie de l'entreprise en vue de sauvegarder l'emploi¹⁷⁹.

Comme on peut le comprendre, la directive 2001/23 est donc un instrument essentiel de « l'Europe sociale »¹⁸⁰.

b) L'arrêt *Smallsteps* du 22 juin 2017

i. Remise en contexte

¹⁷⁵ I. VEROUGSTRAETE, et al., *op cit.*, p. 597.

¹⁷⁶ Art. 5 §1er de directive 2001/23/CE.

¹⁷⁷ Convention collective de travail n°32bis du 7 juin 1985 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite, rendue obligatoire par arrêté royal du 25 juillet 1985, *M.B.*, 9 août 1985.

¹⁷⁸ Convention collective de travail n°102 du 05 octobre 2011 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 14 avril 2013, *M.B.*, 25 avril 2013.

¹⁷⁹ I. VEROUGSTRAETE, et al., *op.cit.*, p. 599.

¹⁸⁰ R. AYDOGDU, « Protection des travailleurs et transferts d'entreprises en difficulté en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 28.

Nous avons déjà consacré une partie de nos développements à l'arrêt *Smallsteps* antérieurement¹⁸¹. Il s'agira donc dans un premier temps de rappeler les points importants de cet arrêt avant d'analyser son impact sur le droit belge.

Comme nous l'avons expliqué, la CJUE va considérer, dans son arrêt *Smallsteps* rendu à propos du *pre-pack cession* néerlandais, que ce régime n'est pas compatible avec la Directive 2001/23, et plus précisément avec son article 5 qui prévoit le régime dérogatoire.

Bien que la Cour estime que la première condition est remplie car l'opération de *pre-pack* en cause est, certes préparée avant la faillite, mais est mise en oeuvre après celle-ci et relève donc bien de la notion de procédure de faillite au sens de l'article 5 de la directive¹⁸², la Cour conclut au non respect des deux dernières conditions de l'article 5. En effet, en ce qui concerne la seconde condition, la Cour va estimer qu'une telle procédure visant la poursuite de l'activité de l'entreprise n'est pas ouverte aux fins de la liquidation des biens du cédant et ne satisfait donc pas à cette seconde condition¹⁸³. Quant à la troisième condition, la Cour estime que l'opération de *pre-pack* en cause n'a pas de fondement légal aux Pays-bas et que par conséquent l'opération n'est pas sous contrôle du tribunal, et elle va terminer en déclarant qu'étant donné que le curateur pressenti et le juge commissaire pressenti ne disposent formellement d'aucun pouvoir, il n'y a pas de contrôle exercé par une autorité publique qui pèse sur eux¹⁸⁴.

Ce faisant, la Cour réalise une interprétation stricte de l'article 5 de la directive en ce qu'il permet de rendre inapplicable le régime de protection prévu pour les travailleurs en cas de transfert d'entreprise¹⁸⁵. Ainsi, il ressort de l'arrêt *Smallsteps* rendu le 22 juin 2017 par la Cour que le cessionnaire est tenu de reprendre l'ensemble des travailleurs avec maintien de leurs droits acquis à la date du transfert.

ii. Impact sur le droit belge

Au delà du coup qui est porté par l'arrêt *Smallsteps* sur le *pre-pack cession* néerlandais, cet arrêt va également avoir des répercussions sur le droit belge.

Comme nous l'avons déjà mentionné, il va en effet conduire à l'adoption d'un amendement qui va abroger la proposition de faillite silencieuse du projet de loi du 20 avril 2017¹⁸⁶. Rappelons-le, avec cette proposition de faillite silencieuse, l'objectif du législateur était de fournir un cadre légal à une pratique déjà existante qui organisait le *pre-pack cession*¹⁸⁷.

¹⁸¹ Voy. *supra* pp. 24 et s.

¹⁸² C.J.U.E. arrêt *Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. c. Smallsteps BV*, 22 juin 2017, C-126/16, EU:C:2017:424, point 46.

¹⁸³ *Idem*, point 47.

¹⁸⁴ *Idem*, points 53, 54 et 55.

¹⁸⁵ *Idem*, point 41.

¹⁸⁶ *Doc. parl.*, Ch., 2016-2017, n° 2407/006, pp. 73-74.

¹⁸⁷ R. AYDOGDU, « L'impact de l'arrêt *Smallsteps* sur le droit belge de l'insolvabilité : 'one giant leap for a mankind' ? », *op. cit.*, p. 415.

Selon certains, si la procédure de *pre-pack cession* ne peut pas jouir de la dérogation prévue à l'article 5 de la directive et que les travailleurs bénéficient donc d'une telle protection maximale, la procédure de *pre-pack cession* qui était prévue dans le projet de loi du 20 avril 2017 perd de sa valeur étant donné qu'on peut notamment se demander quel est son avantage par rapport à la procédure déjà existante en droit belge qu'est la PRJ par transfert sous autorité de justice¹⁸⁸.

Toutefois, comme le précise Roman Aydogdu, la faillite silencieuse aurait pu utilement être maintenue, et ce en dépit de l'arrêt *Smallsteps*¹⁸⁹. En effet selon Roman Aydogdu, bien qu'il ressort de l'arrêt *Smallsteps* qu'un transfert d'entreprise qui aurait été réalisé dans le cadre d'une faillite silencieuse n'aurait pas pu jouir en toute hypothèse de la dérogation prévue à l'article 5 de la directive 2001/23, il n'en reste pas moins qu'elle avait pour objectif de préserver la continuité de l'entreprise ou des activités et de « préparer la cession de l'entreprise dans ses moindres détails afin de permettre le redémarrage rapide des unités viables de l'entreprise après le prononcé de la faillite dans le souci d'éviter ainsi la rupture qui résulterait de la cession brutale des activités de cette entreprise à la date du prononcé de la faillite, de manière à préserver la valeur de ladite entreprise et l'emploi »¹⁹⁰.

c) L'arrêt *Plessers* du 16 mai 2019

i. Contexte

Dans l'affaire *Plessers*¹⁹¹, la Cour du travail d'Anvers a été saisie d'un litige concernant une travailleuse, Madame Plessers, qui n'avait pas été reprise par le cessionnaire lors d'une PRJ par transfert sous autorité de justice. La Cour du travail d'Anvers a par la suite posé une question préjudicielle à la Cour de justice quant à la compatibilité avec la Directive 2001/23 de l'article XX.86 CDE et la CCT n°102 qui prévoient la possibilité pour le cessionnaire de choisir les travailleurs qu'il reprend¹⁹².

La Cour va examiner les trois conditions de l'article 5 de la directive. Quant à la première condition qui exige que le cédant doit faire l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue, la Cour va déclarer que la procédure de réorganisation judiciaire « ne peut pas être considérée comme étant une procédure de faillite »¹⁹³. Quant à la seconde condition, la Cour va estimer que « concernant [...] la condition selon laquelle la

¹⁸⁸ F. DE LEO, « The ECJ in 'Estro/Smallstep' on the Dutch pre-pack in relation to article 5(1) of Directive 2001/23 - A red flag for the pre-pack as we know it ? », 22 juin 2017, disponible sur le site de la KU Leuven, www.lirias.kuleuven.be.

¹⁸⁹ R. AYDOGDU, « L'impact de l'arrêt *Smallsteps* sur le droit belge de l'insolvabilité : 'one giant leap for a mankind' ? », *op. cit.*, p. 429.

¹⁹⁰ R. AYDOGDU, *ibidem*, p. 428.

¹⁹¹ C.J.U.E., Arrêt *Christa Plessers c. Prefaco NV*, 16 mai 2019, C-509/17, EU:C:2019:424.

¹⁹² Voy. art. XX.86 §3 CDE et art. 12 CCT n° 102.

¹⁹³ C.J.U.E., Arrêt *Christa Plessers c. Prefaco NV*, 16 mai 2019, C-509/17, EU:C:2019:424, point 42.

procédure doit être ouverte aux fins de la liquidation des biens du cédant, il ressort de la jurisprudence de la Cour que ne satisfait pas à celle-ci une procédure visant la poursuite de l'activité de l'entreprise concernée »¹⁹⁴. Ce faisant, la Cour cite clairement sa jurisprudence concernant l'arrêt *Smallsteps*, rendu 2 ans auparavant. Quant à la dernière condition, la Cour déclare que le contrôle exercé par le mandataire de justice dans le cadre d'une PRJ par transfert sous autorité de justice ne peut pas être considéré comme un contrôle exercé par une autorité publique compétente étant donné que le contrôle exercé par le mandataire de justice dans le cadre d'une PRJ par transfert est plus restreint que celui qu'il exerce dans le cadre d'une procédure de faillite¹⁹⁵.

Après examen des conditions de l'article 5 de la directive et une interprétation stricte de celui-ci, la Cour va ainsi conclure que l'exception prévue par cet article ne s'applique pas à la procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice¹⁹⁶, et va considérer que la Directive 2001/23 s'oppose à la législation nationale belge qui prévoit pour le cessionnaire de choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre¹⁹⁷.

Au vu des éléments qui ont été soulevés, nous constatons que l'arrêt *Plessers* a été rendu dans le sillage de l'arrêt *Smallsteps*. La CJUE maintient son interprétation restrictive de l'article 5 de la directive en ce qu'il permet de déroger au régime de protection prévu en faveur des travailleurs en cas de transfert d'entreprise et privilégie ainsi une « protection maximaliste des travailleurs »¹⁹⁸.

ii. Impact sur le droit belge

L'arrêt *Plessers* a fait craindre le pire en laissant penser que cet arrêt allait mettre à mal la PRJ par transfert sous autorité de justice en constatant l'incompatibilité de son volet social avec le droit européen. Cette situation a provoqué une phase de flottement au cours de laquelle des juridictions ont écarté le droit belge afin d'appliquer directement la Directive¹⁹⁹.

Toutefois, comme l'a précisé la Cour dans son arrêt *Plessers* : « Il convient toutefois de rappeler [...] 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 ou incorrectement transposée, n'est pas tenue, sur le seul fondement du droit de l'Union, de laisser inappliquées ces dispositions nationales contraires aux dispositions de cette directive »²⁰⁰.

¹⁹⁴ *Idem*, point 44.

¹⁹⁵ *Idem*, points 46 et 47.

¹⁹⁶ *Idem*, point 48.

¹⁹⁷ *Idem*, point 61.

¹⁹⁸ R. AYDOGDU, « Protection des travailleurs et transferts d'entreprises en difficulté en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 38.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ C.J.U.E., Arrêt *Christa Plessers c. Prefaco NV*, 16 mai 2019, C-509/17, EU:C:2019:424, point 60.

Dès lors, les juridictions se sont ressaisies afin de respecter le droit du cessionnaire de choisir les travailleurs qu'il reprend lors d'une PRJ par transfert²⁰¹. Cependant, il convient de préciser que si le tribunal continue à appliquer les dispositions contraires à la Directive 2001/23 en matière de PRJ par transfert sous autorité de justice, toute personne lésée pourrait introduire une action en responsabilité contre l'Etat belge²⁰². Les travailleurs non-repris pourraient ainsi obtenir une condamnation de l'Etat belge afin de recevoir des indemnités de licenciement qu'ils ne parviendraient pas à obtenir du cédant²⁰³.

d) L'arrêt *Heiploeg* du 28 avril 2022

Comme nous l'avons déjà mentionné de façon plus détaillée à un stade antérieur de nos développements, la Cour de justice de l'Union européenne a opéré un revirement de jurisprudence avec son arrêt *Heiploeg*²⁰⁴. La Cour va laisser de côté son interprétation stricte et procéder à une interprétation plus souple des conditions de l'article 5 de la directive en déclarant les deuxième et la troisième conditions remplies dans le cadre du *pre-pack cession* néerlandais. Cependant, bien que la Cour estime ces conditions remplies et permet ainsi une interprétation plus souple de l'article 5 de la directive qui permet dès lors au cessionnaire de déroger à l'obligation de reprise de l'ensemble des travailleurs lors de la cession, elle va apporter une précision importante, à savoir que la procédure de *pre-pack* doit être « encadrée par des dispositions législatives ou réglementaires »²⁰⁵.

Dès lors, au vu de ce revirement de jurisprudence de la CJUE, nous pouvons imaginer que cet arrêt récent aura certainement des conséquences pour le droit belge dans un futur proche. Nous réservons nos développements à cet égard pour la dernière partie de notre travail.

C. Quelles perspectives d'évolution pour le *pre-pack* belge ?

Dans cette ultime partie de notre travail, nous tenterons de déceler quelles sont les perspectives d'évolution en ce qui concerne la procédure de *pre-pack* en droit belge. Pour ce faire, nous reviendrons brièvement sur le récent arrêt *Heiploeg* de la CJUE et sur les éventuelles conséquences qu'il pourrait avoir sur le droit belge (1). Ensuite, nous aborderons

²⁰¹ J. WILDEMEERSCH et R. AYDOGDU, « 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.*, 2019/27, pp. 1267 et s.

²⁰² Trib. entr. Bruxelles (Fr), 22 mai 2019, *J.L.M.B.*, 2019, pp. 1264-1266.

²⁰³ R. AYDOGDU, « Protection des travailleurs et transferts d'entreprises en difficulté en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 38.

²⁰⁴ Voy. *supra* pp. 26-27.

²⁰⁵ C.J.U.E., arrêt *Federatie Nederlandse Vakbeweging c. Heiploeg Seafood International BV et Heitrans International BV*, 23 avril 2022, C-237/20, EU:C:2022/321, point 55 *in fine*.

le sujet de la Directive 2019/1023 relative aux cadres de restructuration préventive et la question de sa transposition en droit belge (2).

1) L'arrêt *Heiploeg* : un second souffle pour le *pre-pack cession* belge ?

Chez nos voisins néerlandais, l'arrêt *Heiploeg* aura probablement pour conséquence l'examen au Sénat du projet de loi qui fournit un cadre juridique pour le *pre-pack cession*²⁰⁶, avec à la clé l'éventuelle adoption d'une loi en ce sens, ce qui, rappelons-le, est une exigence de la CJUE qui a précisé dans cet arrêt que la procédure de *pre-pack* devait être encadrée par des dispositions légales ou réglementaires. Dès lors, il ne serait pas illusoire de penser que cette jurisprudence de la CJUE opérant un changement de cap pourrait ouvrir la porte à un *pre-pack cession* encadré légalement par le droit belge, après la lui avoir pourtant fermée au nez avec l'arrêt *Smallsteps*.

La mise en oeuvre de la Directive 2019/1023 étant en cours de préparation, le législateur belge pourrait ainsi décider de réintroduire la faillite silencieuse. Cependant, avant d'entamer une telle démarche, le législateur se doit d'être attentif. En effet, selon Roman Aydogdu, le choix de la réorganisation judiciaire pour réaliser un *pre-pack cession* paraît plus conforme à l'objectif de maintien de la valeur de l'entreprise que le choix de la faillite qui a été retenu par le gouvernement dans la proposition de faillite silencieuse, car « le transfert sous autorité de justice est en effet ouvert aux entreprises dès que leur continuité est menacée, sans qu'il faille attendre un état virtuel de faillite, qui affecte généralement de manière très négative les perspectives de continuité »²⁰⁷. Si toutefois le législateur souhaite garder la procédure de faillite pour réaliser le *pre-pack cession* à travers celle-ci, il faudra probablement procéder à certains aménagements.

Enfin, soulignons que l'arrêt *Heiploeg* pourrait également être bénéfique à la procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice en permettant au cessionnaire de « faire une sélection économiquement justifiable de travailleurs »²⁰⁸.

²⁰⁶ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, p. 253.

²⁰⁷ R. AYDOGDU, « L'impact de l'arrêt *Smallsteps* sur le droit belge de l'insolvabilité : 'one giant leap for a mankind' ? », *op. cit.*, p. 415.

²⁰⁸ D. MERTENS, et al., « L'arrêt *Heiploeg* : nouvel élan pour la faillite 'silencieuse' belge (et la PRJ) ? », 2 mai 2022, disponible sur www.schoups.com.

2) La mise en oeuvre de la Directive 2019/1023²⁰⁹

a) Bref aperçu

L'objectif de la présente directive est de permettre aux entreprises viables et aux entrepreneurs en difficulté d'avoir accès à des cadres de restructuration préventive efficaces, leur permettant ainsi de poursuivre leurs activités. Elle vise également à ce que l'efficacité des procédures de réorganisation et d'insolvabilité soit améliorée afin d'en raccourcir la durée²¹⁰. Ces cadres de restructuration préventive doivent ainsi « permettre aux débiteurs de se restructurer efficacement à un stade précoce et d'éviter l'insolvabilité, limitant ainsi la liquidation inutile d'entreprises viables. Ces cadres devraient aider à prévenir les suppressions d'emplois et les pertes de savoir-faire et de compétences, et optimiser la valeur totale pour les créanciers »²¹¹.

En son article 4, la Directive 2019/1023 prévoit que les Etats membres doivent permettre aux débiteurs d'avoir accès à un cadre de restructuration préventive qui leur permet de se restructurer afin d'éviter l'insolvabilité et d'assurer leur viabilité, et de protéger les emplois et ainsi maintenir l'activité économique. A cet égard, la directive laisse une certaine marge de manoeuvre aux Etats membres en prévoyant que le cadre de restructuration préventive « peut consister en une ou plusieurs procédures, mesures ou dispositions, éventuellement dans un cadre extrajudiciaire, sans préjudice de tout autre cadre de restructuration prévu par le droit national »²¹². Il peut ainsi s'agir d'une procédure confidentielle ou même d'une procédure confidentielle articulée à une procédure publique.

La directive prévoit également que les débiteurs ayant accès à des procédures de restructuration préventive doivent conserver, au moins partiellement, le contrôle de leurs actifs et de la gestion de leur entreprise²¹³. La désignation d'un praticien dans le domaine des restructurations sera désignée au cas par cas, sauf lorsque les Etats membres ont imposé la désignation obligatoire d'un tel praticien afin d'assister le débiteur et les créanciers dans la négociation et la rédaction du plan, en particulier lorsque le plan de restructuration doit être validé par une autorité judiciaire ou administrative ou encore lorsque la désignation d'un praticien est demandée par le débiteur ou les créanciers²¹⁴. A cet égard, on peut constater

²⁰⁹ Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil 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, J.O.U.E., L. 172, 26 juin 2019.

²¹⁰ Cons. 1 directive (UE) 2019/1023.

²¹¹ Cons. 2 directive (UE) 2019/1023.

²¹² Voy. art. 4.5 directive (UE) 2019/1023.

²¹³ Voy. art. 5.1 directive (UE) 2019/1023.

²¹⁴ Voy. art. 5.2 et 5.3 directive (UE) 2019/1023.

que la directive met l'accent sur la négociation entre débiteur et créanciers en vue de parvenir à un accord²¹⁵.

Sans surprise, cette Directive s'inscrit dans la lignée des objectifs actuels du droit des entreprises en difficulté, à savoir permettre une restructuration efficiente, ce qui implique de ne pas porter atteinte à la réputation de l'entreprise afin de ne pas l'exposer à une perte de valeur. Bien que, comme nous l'avons déjà mentionné, la loi du 21 mars 2021 qui intègre le mécanisme de *pre-pack plan* avec l'insertion de l'article XX.39/1 dans le CDE soit temporaire et n'a pas pour objet de transposer de manière complète la Directive, il n'en reste pas moins que cette loi a été prolongée à plusieurs reprises et que le mécanisme qu'elle met en place semble rencontrer les exigences de la Directive. Preuve que ce mécanisme est probablement destiné à rester et à perdurer au sein de l'ordre juridique belge.

b) Un avant-projet de loi transposant (enfin) la Directive ?

Alors que le délai de transposition de la Directive arrivait à échéance le 17 juillet 2022, la Belgique n'avait toujours pas déposé de projet de loi tendant à la transposition de cette Directive, la mettant de ce fait en infraction de ses obligations européennes.

Mais voilà que récemment, le 10 novembre 2022, le Conseil des ministres a approuvé un avant-projet de loi transposant la Directive 2019/1023 relative aux cadres de restructuration préventive. Cet avant-projet de loi comprend plusieurs points :

- une adaptation de la législation sur l'insolvabilité avec les exigences de la CJUE, en particulier des modifications concernant la PRJ par transfert d'entreprises ;
- l'introduction de la préparation privée d'une faillite ;
- il reprend certains éléments utiles de la loi relative à la PRJ privée préparatoire qui n'étaient que de nature temporaire²¹⁶.

Concernant le premier point, force est de constater que le législateur a la volonté de prendre en compte la jurisprudence de la CJUE, en particulier les arrêts *Smallsteps*, *Plessers* et *Heiploeg* évoqués à plusieurs reprises dans notre exposé.

Quant au deuxième point qui prévoit l'introduction de la préparation privée d'une faillite, c'est un mécanisme qui fait évidemment penser à la faillite silencieuse qui était prévue dans le projet de loi du 20 avril 2017 mais qui fut par la suite abandonnée, notamment en réaction à l'arrêt *Smallsteps* de la CJUE. Il est dès lors probable que le changement de cap jurisprudentiel opéré avec l'arrêt *Heiploeg* ait ainsi fourni un second souffle à la faillite silencieuse, au point pour le législateur de tenter de réintroduire ce mécanisme au sein du droit belge.

Enfin, en ce qui concerne le troisième et dernier point, il laisse penser, comme nous l'avons d'ailleurs déjà mentionné, que le mécanisme d'accord préparatoire (*pre-pack plan*) prévu à

²¹⁵ 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 oeuvre des techniques de restructuring créatives », *op. cit.*, p. 9.

²¹⁶ Voy. Vers un droit de la faillite moderne, conforme à la législation et à la jurisprudence européennes, Strada lex, 16/11/2022, disponible sur stradalex.com.

l'article XX.39/1 du CDE et qui avait été inséré par la loi du 21 mars 2021 semble destiné à perdurer dans le droit belge.

CONCLUSION

Ce travail avait pour objectif de mettre en lumière le mécanisme de *pre-pack* et ses objectifs. A cet égard, nous avons procédé en plusieurs étapes.

Dans un premier temps, nous avons examiné l'évolution du droit des entreprises en difficulté et de ses objectifs afin mettre en contexte cette notion de *pre-pack* et de l'expliquer. Nous avons démontré que ce mécanisme s'inscrivait dans la lignée du changement de philosophie opéré par le législateur avec le passage de l'*insolvency* à la *preinsolvency*, la finalité recherchée étant désormais le maintien de la valeur de l'entreprise.

Ensuite, nous avons étudié le *pre-pack* en droit étranger, et plus particulièrement au sein de trois pays voisins. Nous avons d'abord fait un arrêt au Royaume-Uni, où ce mécanisme s'est développé au sein de la procédure d'*administration*, déjà ancienne en droit anglais. Nous nous sommes ensuite rendu en France où nous avons examiné comment le législateur français avait organisé ce mécanisme en complément aux procédures extrajudiciaires que sont la conciliation et le mandat *ad hoc*. Pour terminer cette étude de droit comparé, nous avons été du côté de nos voisins néerlandais où nous avons examiné la pratique qui y était consacrée depuis plusieurs années ainsi que la volonté du législateur néerlandais de fournir un cadre légal à cette pratique. A cet égard, nous avons soulevé les obstacles générés par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ainsi que le changement de cap opéré récemment par celle-ci.

Pour terminer, nous nous sommes concentré sur le *pre-pack* en droit belge. A cet effet, nous avons examiné l'article XX.39/1, introduit dans le Code de droit économique par la loi du 21 mars 2021. Cette disposition fournit un cadre légal au *pre-pack plan* en Belgique. Nous avons ensuite expliqué que la Belgique ne connaissait pas, à l'heure actuelle, de cadre légal en ce qui concerne l'autre aspect du *pre-pack*, à savoir le *pre-pack cession*, et que celui-ci ne s'organise, pour le moment, qu'à travers une pratique, et ce malgré une tentative avortée de l'insérer au sein du droit belge à cause notamment de la jurisprudence de la CJUE. En effet, nous avons démontré que la jurisprudence européenne, tout comme le législateur européen, accordaient une importance particulière aux aspects sociaux du *pre-pack cession*. Toutefois, le récent arrêt *Heiploeg* de la CJUE ainsi que l'obligation de transposition de la Directive 2019/23 qui pèse sur la Belgique laisse entrevoir des perspectives d'évolution en ce qui concerne le *pre-pack* belge.

Au vu de l'ensemble des développements consacrés lors de cet exposé, il semble certain que le *pre-pack* est un outil important du droit des entreprises en difficulté. Par conséquent, nous pouvons espérer que ce mécanisme perdure au sein du droit belge et que d'autres réformes arriveront afin de le parfaire.

BIBLIOGRAPHIE

Législation :

Européenne :

Directive 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'entreprise, d'établissement ou de parties d'entreprises ou d'établissement, *J.O.C.E.*, 2001, 22 mars 2001.

Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil 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, *J.O.U.E.*, L. 172, 26 juin 2019.

Recommandation de la Commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises (JO L 74 du 14.3.2014).

Belge :

- Lois et arrêtés royaux :

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.

Loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis. Code de commerce, Livre III, *M.B.*, 24 avril 1851.

Loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire, *M.B.*, 28 octobre 1997.

Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997.

Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 2 février 2009.

Loi du 11 août 2017 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, *M.B.*, 11 septembre 2017.

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.

Arrêté royal du 12 juillet 2022 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 codes des impôts sur les revenus 1992, *M.B.*, 15 juillet 2022.

- Travaux parlementaires :

Doc. parl., Ch., 1996-1997, n° 329/17.

Rapport concernant le Projet de loi relative au concordat judiciaire et le Projet de loi sur les faillites, *Doc.*, Sén., 1996-1997, n° 1-498/11.

Doc. parl., Ch., 2019/2020, n° 1337/002.

Doc. parl., Ch., 2019/2020, n° 1337/004.

Doc. parl., Ch., 2016-2017, n° 2407/001.

Doc. parl., Ch., 2016-2017, n° 2407/006.

- Convention collective de travail :

Convention collective de travail n°32bis du 7 juin 1985 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel

d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite, rendue obligatoire par arrêté royal du 25 juillet 1985, *M.B.*, 9 août 1985.

Convention collective de travail n°102 du 05 octobre 2011 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 14 avril 2013, *M.B.*, 25 avril 2013.

Anglaise :

Insolvency Act 1986.

Française :

Code de commerce français.

Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, *J.O.*, 27 juillet 2005.

Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *J.O.*, 14 mars 2014.

Néerlandaise :

Wet van 30 september 1893 op het faillissement en de surséance van betaling.

Jurisprudence :

Européenne :

Av. Gén. P. MENGOZZI, concl. préc. C.J.U.E., arrêt *Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. c. Smallsteps BV*, 22 juin 2017, C-126/16, EU:C:2017:241.

C.J.U.E. arrêt *Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. c. Smallsteps BV*, 22 juin 2017, C-126/16, EU:C:2017:424.

C.J.U.E., Arrêt *Christa Plessers c. Prefaco NV*, 16 mai 2019, C-509/17, EU:C:2019:424.

C.J.U.E., arrêt *Federatie Nederlandse Vakbeweging c. Heiploeg Seafood International BV et Heitrans International BV*, 23 avril 2022, C-237/20, EU:C:2022/321.

Belge :

Prés. Comm. Nivelles, 30 septembre 2010, B/10/269, inédit.

Comm. Nivelles, 21 février 2011, B/11/00048, inédit.

Comm. Nivelles, 24 mars 2011, A/11/00453, inédit.

Trib. entr. Bruxelles (Fr), 22 mai 2019, *J.L.M.B.*, 2019, pp. 1264-1266.

Trib. entr. Liège, 28 avril 2021, *T.I.B.R.*, 2021.

Doctrine

ALTER, C. et PLETINCKX, Z., *Insolvabilité des entreprises - Dépistage, mesures préventives et procédures de réorganisation judiciaire*, R.P.D.B., Bruxelles, Larcier, 2019.

ALTER, C. et PLETINCKX, Z., « 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.*, 2021/20, n° 6858, pp. 365-372.

AYDOGDU, R. et ROZENBERG, F., « Auto-cessions et Sterfhuisconstructies dans les procédures collectives » in Grégoire, M. (dir.), *La cession d'une entreprise en difficulté*, 1e éd., Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 210-216.

AYDOGDU, R., « Protection des travailleurs et transferts d'entreprises en difficulté en droit de l'Union européenne », *DfE*, 2020/5, pp. 28-38.

AYDOGDU, R., « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse » in *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats) : une (r)évolution ?*, 1e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 139-186.

AYDOGDU, R., « L'impact de l'arrêt *Smallsteps* sur le droit belge de l'insolvabilité : 'one giant leap for a mankind' ? » in A. Zenner (dir.), *Le droit de l'insolvabilité - analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthémis, 2018, pp. 409-434.

BRULARD, Y., « Prepack insolvency dans la pratique anglo-saxonne au regard de la loi sur la continuité des entreprises » in *Actualités de la continuité, continuité de l'actualité*, 1e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 699-722.

BRULARD, Y. et ALSTEENS, Y., *Prépack & Préinsolvency à la lueur du livre XX, de la loi du 21 mars 2021 et de la directive restructuration - Approche nationale, européenne et internationale*, 1e éd., Limal, Anthemis, 2021.

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 oeuvre des techniques de restructuring créatives », *R.G.F.C.P. 2021*, liv. 6, pp. 5-20.

DELLA FAILLE, P., *Recueil de législation, doctrine et jurisprudence en matière de continuité des entreprises - Titres I à V du livre XX du Code de droit économique*, Limal, Anthemis, 2021.

INGRAM, J. et ODETOLA, D., « United Kingdom : Core Elements of a Pre-Pack Administration » in J. INGRAM, *The Art of the Pre-Pack, Global Restructuring Review*, Londres, Law Business Research, 2020.

JEHASSE, P., *La faillite*, Liège, Edipro, 2006.

LEBEAU, J-P. et ALTER, C., *Guide de la procédure de réorganisation judiciaire*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2015.

LE CANNU, P. et ROBINE, D., *Droit des entreprises en difficulté*, 8e éd., Paris, Dalloz, 2020.

MONTERAN, T. et MIEULLE, M., « Le vade-mecum du plan de cession prepack », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 2015, n° 3, pp. 164 et s.

OUCHINSKY, N. et DAVID, W., « Premier commentaire de la réforme du droit de l'insolvabilité du 21 mars 2021 », *R.P.S.-T.R.V.*, 2021/4, pp. 410-430.

RENAULT, M-H., « La déconfiture du commerçant - Du débiteur sanctionné au créancier victime », *RTD com.* 2000.

RENARD, J-P. et al., *La loi relative à la continuité des entreprises après la réforme de 2013 : mode d'emploi*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2014.

RENARD, J-P., « Les mesures préventives dans le nouveau droit de l'insolvabilité », *Pli juridique*, 2017/42, pp. 14-19.

THIRION, N. et al., *Droit de l'entreprise*, Collection de la Faculté de droit de l'université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2013.

VEROUGSTRAETE, I. et al., *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Wolters Kluwer, 2019.

WILDEMEERSCH, J. et AYDOGDU, R., « 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.*, 2019/27, pp. 1267-1279.

XIE, B., « Regulating pre-packaged administration - a complete agenda », *J.B.L.*, 2011.

ZENNER, A., LEBEAU, J-P. et ALTER, C., *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique, Les dossiers du journal des tribunaux*, n°76, Bruxelles, Larcier, 2010.

Sites internet

DE LEO, F., « The ECJ in 'Estro/Smallstep' on the Dutch pre-pack in relation to article 5(1) of Directive 2001/23 - A red flag for the pre-pack as we know it ? », 22 juin 2017, disponible sur le site de la KU Leuven, www.lirias.kuleuven.be.

MERTENS, D. et al., « L'arrêt Heiploeg : nouvel élan pour la faillite 'silencieuse' belge (et la PRJ) ? », 2 mai 2022, disponible sur www.schoups.com.

RENARD, J-P., « Le pre-pack ou faillite silencieuse : un fantôme vivant ? », 30 mars 2020, disponible sur le site de Wolters Kluwer, www.wolterskluwer.com.

Vers un droit de la faillite moderne, conforme à la législation et à la jurisprudence européennes, Strada lex, 16/11/2022, disponible sur stradalex.com.