

## **Table des matières**

Introduction générale .....	1
Section 1. Rappel du cadre général de la PRJ .....	3
Section 2. Cadre social de la PRJ en général .....	4
Sous-section 1. Les travailleurs créanciers post-sursitaires .....	4
I. Le cadre légal .....	4
II. Les chances de réussite de la PRJ .....	5
a. L’opportunité de la PRJ .....	5
b. La durée du sursis .....	7
i. Conditions d’ouverture de la procédure .....	7
ii. La fixation, par le juge, de la durée du sursis .....	8
c. La prorogation du sursis .....	9
d. La fin anticipée de la procédure .....	10
Sous-section 2. L’action directe du sous-traitant .....	11
I. Le cadre légal .....	11
II. Les chances de réussite de la PRJ .....	12
Sous-section 3. Les contrats de travail en cours .....	13
I. Le cadre légal .....	13
II. Les chances de réussite de la PRJ .....	14
Section 3. Cadre social de l’accord collectif .....	16
Sous-section 1. Les créances de l’administration sociale .....	17
I. Le cadre légal .....	17
II. Les chances de réussite de la PRJ .....	17
a. Identifier les créanciers les plus favorisés .....	18
b. Justifier la différence de traitement .....	19
c. La négociation avec les autres créanciers .....	19
Sous-section 2. Les créances nées de prestations de travail .....	20
I. Le cadre légal .....	20
II. Les chances de réussites de la PRJ .....	20
Section 4. Encadrement social du transfert d’entreprise sous autorité de justice .....	21
Sous-section 1. Le régime de la directive 2001/23 .....	23
I. La double protection des articles 3 et 4 .....	23
II. L’exception de l’article 5 .....	23
Sous-section 2. Le chapitre II de la CCT n°32bis .....	24
Sous-section 3. Le chapitre III de la CCT n°32bis .....	24
Sous-section 4. La CCT n°102 et l’article XX.86 CDE .....	25
Sous-section 5. Un premier coup de tonnerre : l’arrêt <i>Smallsteps</i> .....	27
I. Le concept de <i>pre-pack cession</i> .....	27
II. L’arrêt <i>Smallsteps</i> .....	28
Sous-section 6. Un second coup de tonnerre : l’arrêt <i>Plessers</i> .....	30
Sous-section 7. La réception de l’arrêt <i>Plessers</i> dans l’ordre juridique belge .....	31
I. Principes de droit de l’Union .....	31
II. Principes de droit belge .....	32
III. Conséquences pratiques pour le juge belge .....	33
a. Interprétation conforme ? .....	33
b. La responsabilité de l’état belge du fait du pouvoir législatif ou judiciaire .....	33
c. Une condamnation avec sursis .....	35
Sous-section 8. Vers un tarissement de la PRJ par transfert d’entreprise sous autorité de justice ? .....	36
Conclusion .....	37
Bibliographie .....	39



## **Introduction générale**

1. La procédure de réorganisation judiciaire a pour but de préserver, sous le contrôle du juge, la continuité de tout ou partie des actifs ou des activités de l'entreprise. Si, aux origines du droit de l'insolvabilité, l'idée était de punir le débiteur défaillant, aujourd'hui l'objectif premier est celui du sauvetage de l'entreprise en difficulté. Le but est alors de préserver l'activité et donc, l'emploi.
2. La présente contribution propose d'évaluer dans quelle mesure la procédure de réorganisation judiciaire (ci-après, PRJ), telle qu'elle a été remaniée par la loi du 11 août 2017 portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises » dans le Code de droit économique (ci-après, CDE), est de nature à atteindre l'objectif de maintien de l'activité.
3. Pour ce faire, la méthode choisie est la suivante : nous allons parcourir le livre XX du CDE et nous allons examiner quelles sont les embûches qu'une entreprise en difficulté peut rencontrer lors de sa réorganisation judiciaire du fait qu'elle emploie des travailleurs.
4. On aurait pu choisir d'autres exemples que celui des travailleurs. En effet, il aurait été possible de s'intéresser également aux difficultés liées au bailleur, aux fournisseurs, aux clients, aux banques, aux actionnaires, etc.

Toutefois, le choix de se concentrer sur le régime social de la procédure de réorganisation judiciaire n'est pas le fruit du hasard. Plusieurs éléments ont motivé le choix privilégié.

D'abord, un souci évident de précision. En effet, vu les limites de la présente contribution, il aurait été maladroit de prétendre à l'exhaustivité. Par ailleurs, la plupart des développements qui vont suivre peuvent facilement être transposés à d'autres obstacles que pourrait rencontrer une entreprise soumise à une PRJ.

Ensuite, on ne peut nier l'importance du rôle des travailleurs dans la réussite d'une entreprise mais également dans le redressement d'une entreprise en difficulté. En effet, il y a peu, voire pas, d'entreprises qui peuvent prétendre fonctionner sans un facteur travail efficace.

Par ailleurs le droit de l'insolvabilité a mis en place plusieurs mécanismes protecteurs des travailleurs d'une entreprise en difficulté.

On rappellera également que l'objectif majeur du droit de l'insolvabilité est de préserver l'activité et donc, l'emploi. Eu égard à cet objectif, on se demandera si les dispositions protectrices des travailleurs, et les conséquences qu'elles peuvent avoir sur les chances de réussite de la PRJ, sont au bout du compte susceptibles de servir ou desservir les travailleurs.

En outre, l'orientation donnée à cette contribution est également justifiée par l'importance des travailleurs en tant que créanciers de l'entreprise et par les coûts liés au fait d'employer des travailleurs. En 2017, les entreprises ont, toutes ensemble, déboursé 117 milliards d'euros en dépenses de personnel <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Statistique fournie par STATBEL et disponible à l'adresse : [https://statbel.fgov.be/sites/default/files/files/documents/Analyse/FR/FR\\_struct\\_K\\_v3.pdf](https://statbel.fgov.be/sites/default/files/files/documents/Analyse/FR/FR_struct_K_v3.pdf)

Enfin, le choix de se concentrer sur le sort des travailleurs a été motivé par des considérations d'actualité juridique. En effet, les récents arrêts *Smallsteps*<sup>2</sup> et *Plessers*<sup>3</sup> de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, CJUE) ont bouleversé la matière de la PRJ par transfert d'entreprise sous autorité de justice.

5. La contribution sera organisée sur base du plan suivant :

- un bref rappel du cadre général de la PRJ ;
- les difficultés sociales que peut rencontrer une entreprise, quel que soit l'objectif de sa PRJ ;
- les difficultés sociales liées à la PRJ par accord collectif ;
- les difficultés sociales liées à la PRJ par transfert d'entreprise sous autorité de justice.

---

<sup>2</sup> CJUE, 22 juin 2017, aff. C-126/16, disponible sur le site de la Cour.

<sup>3</sup> CJUE, 16 mai 2019, aff. C-509/17, disponible sur le site de la Cour

## **Section 1. Rappel du cadre général de la PRJ**

6. La procédure de réorganisation judiciaire a pour but de préserver, sous le contrôle du juge, la continuité de tout ou partie des actifs ou des activités de l'entreprise<sup>4</sup>.

« Préserver la continuité des actifs ou de l'activité de l'entreprise » tend à la préservation de l'entité socio-économique elle-même, c'est-à-dire de l'ensemble de moyens humains et matériels rassemblés en vue de la production de biens et de services<sup>5</sup>.

7. Pour parvenir à cela, le procédure de réorganisation judiciaire permet d'accorder un sursis au débiteur en vue :

- ou bien de permettre la conclusion d'un accord amiable. Le débiteur négocie individuellement avec ses créanciers afin d'obtenir l'accord d'un ou de plusieurs d'entre eux, en vue de restructurer le passif qui le(s) concerne individuellement. L'intérêt ici est que cette négociation intervienne dans le cadre du sursis. Il s'agit d'assainir la situation financière de l'entreprise<sup>6</sup> ;
- ou bien de permettre la conclusion d'un accord collectif. Cette procédure a pour but de permettre au débiteur d'obtenir l'accord des créanciers sur un plan de réorganisation<sup>7</sup>. Ce plan est soumis au vote des créanciers concernés. Il doit être adopté à une double majorité : (1) majorité en volume de créances ; (2) majorité en nombre de créanciers<sup>8</sup>.

Si on obtient cette double majorité, le plan s'applique en toutes ses dispositions à tous les créanciers, y compris ceux qui se sont abstenus ou ont voté contre<sup>9</sup>. C'est pour cette raison que le plan est qualifié « d'accord collectif » ;

- ou bien de permettre le transfert sous autorité de justice de tout ou partie des actifs ou des activités de l'entreprise. C'est alors un outil qui permet le maintien de l'activité, indépendamment de la structure dans laquelle elle est exercée<sup>10</sup>.

---

<sup>4</sup> XX.39 CDE.

<sup>5</sup> I. VEROUĞSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p.111.

<sup>6</sup> I. VEROUĞSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p.179.

<sup>7</sup> XX.67 CDE

<sup>8</sup> XX.78 CDE

<sup>9</sup> XX.82 CDE

<sup>10</sup> I. VEROUĞSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p.218.

## **Section 2. Cadre social de la PRJ en général**

8. Le sursis est une protection octroyée au débiteur. Elle lui permet de préparer sa réorganisation sans craindre d'être troublé par les initiatives de ses créanciers.

9. Toutefois, il est important de noter que la protection dont jouit le débiteur durant le sursis n'est pas absolue. En effet, il existe des situations où le sursis ne fait pas obstacle aux initiatives des créanciers. Or, ces initiatives sont de nature à diminuer les chances de réussite de la procédure.

Ainsi, plusieurs dispositions du Code de droit économique permettent aux travailleurs et aux sous-traitants<sup>11</sup> de l'entreprise en difficulté d'agir contre cette dernière malgré le sursis. Or, ces actions peuvent ébranler les chances de réussite de la procédure, peu importe l'objectif qu'elle poursuit.

A cet égard, la présente section propose l'analyse de trois questions :

1. les travailleurs créanciers post-sursitaires (XX.50 et XX.51 CDE *a contrario*) ;
2. l'action directe du sous-traitant (XX.53 CDE) ;
3. les contrats de travail en cours (XX.56 CDE).

[Rapport-gratuit.com](http://Rapport-gratuit.com)  
LE NUMERO 1 MONDIAL DU MÉMOIRES 

### **Sous-section 1. Les travailleurs créanciers post-sursitaires**

#### **I. Le cadre légal**

10. Le sursis offre une triple protection à l'entreprise en réorganisation judiciaire :

- d'abord, aucune voie d'exécution des créances sursitaires ne peut être poursuivie ou exercée sur les biens meubles ou immeubles du débiteur au cours du sursis (XX.50, al.1 CDE) ;
- ensuite, sous réserve de la déclaration du débiteur lui-même, le débiteur ne peut pas être déclaré en faillite pendant le sursis (XX.50, al.2 CDE) ;
- enfin, aucune saisie ne peut être pratiquée du chef des créances sursitaires (XX.51, §1 CDE).

Les articles XX.50 et XX.51 CDE forment un ensemble qui contient la règle fondamentale du moratoire de principe en faveur du débiteur. Le moratoire ne concerne toutefois que les créanciers sursitaires au sens de l'article I.22 CDE<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> A ce stade, il convient de noter que, si le CDE ne fait pas obstacle à l'action directe du sous-traitant, c'est notamment dans un objectif de protection des travailleurs du sous-traitant. Ce point sera développé *infra* (points 36 et s.).

<sup>12</sup> I. VEROUSTRATE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, p. 458.

11. Ainsi, sont sursitaires les créances « nées avant le jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ou nées du dépôt de la requête ou des décisions judiciaires prises dans le cadre de la procédure ».

12. Une lecture *a contrario* des articles XX.50 et XX.51 CDE atteste que la protection que ces dispositions offrent au débiteur durant le sursis n'est pas absolue. En effet, le moratoire qui est accordé à l'entreprise n'est applicable qu'en ce qui concerne les créances sursitaires.

Or, les créances nées de contrats en cours à prestations successives, ainsi que les intérêts sur ces créances, ne sont pas des créances sursitaires en ce sens qu'elles sont nées après l'ouverture de la procédure<sup>13</sup>. Le débiteur est alors dénué de protection face aux initiatives des créanciers titulaires de ces créances.

En effet, l'exposé des motifs précise que « les créances basées sur des prestations successives ne sont pas soumises au sursis si elles ont issues de prestations effectuées après l'ouverture de la procédure. Cette [précision] permet de scinder le statut des créances »<sup>14</sup>.

13. Il est important de noter que l'interdiction de déclarer le débiteur en faillite ou de le dissoudre judiciairement paralyse tous les créanciers, peu importe qu'ils soient sursitaires ou post-sursitaires<sup>15</sup>.

## **II. Les chances de réussite de la PRJ**

### **a. L'opportunité de la PRJ**

14. Il va de soi que, avant d'entamer une procédure de réorganisation judiciaire, le débiteur doit s'interroger sur l'opportunité d'une telle procédure.

15. On l'a vu *supra*<sup>16</sup>, la procédure de réorganisation judiciaire doit poursuivre un des trois objectifs de l'article XX.39 CDE.

Pour réaliser cet objectif, l'entreprise doit accomplir une série de démarches au bénéfice du sursis. Le sursis est une protection. Mais c'est une protection qui ne représente pas une couverture absolue. En effet, il existe des limites légales à la protection à l'égard des créanciers.

Donc, si une entreprise sollicite une PRJ, c'est certes pour réaliser un des objectifs prévus par la loi mais aussi pour le réaliser en jouissant, durant la procédure, du sursis.

Toutefois si, compte tenu des limitations à la protection, les dirigeants de l'entreprise savent par avance que cette dernière ne sera pas adéquatement protégée par le sursis, compte tenu des particularités de son activité ou de son passif, l'opportunité de la PRJ peut être remise en cause.

---

<sup>13</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, p. 461.

<sup>14</sup> *Doc. parl.*, Ch., 2016-2017, n° 2407/001, p. 69.

<sup>15</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, p. 461.

<sup>16</sup> Points 6 et s.

**16.** On le sait, le sursis protège l'entreprise contre les créanciers dits sursitaires, c'est-à-dire des créanciers dont la créance est née avant le sursis ou du fait des procédures ayant abouti au sursis lui-même. Par contre, il ne protège pas l'entreprise contre l'initiative des créanciers post-sursitaires, c'est-à-dire ceux dont la créance est née après le sursis.

Ainsi, il convient d'être particulièrement attentif à ne pas créer de dettes post-sursitaires l'idée étant de ne pas solliciter le bénéfice du sursis pour que l'entreprise « creuse le trou » et se retrouve en fin de compte acculée à une faillite avec une dette qui a augmenté.

Donc, le sursis est une réponse à la situation délicate d'une entreprise qui est sous la pression de créanciers sursitaires. En revanche, le sursis n'est pas une réponse à la situation délicate d'une entreprise qui ne pourra pas faire face à ses dettes post-sursitaires.

**17.** Dès lors, quand une entreprise évalue l'opportunité d'une PRJ, elle doit se demander si elle pourra, au cours de la période du sursis, faire face au paiement de ses travailleurs. Si tel n'est pas le cas, le sursis ne la protégera pas.

C'est d'ailleurs pour faciliter cette appréciation que, parmi les annexes requises par l'article XX.41, §2 CDE, figure un budget d'entrées et de sorties pour la période du sursis demandée<sup>17</sup>. L'objectif est que l'entreprise puisse se rendre compte de ce qu'elle va percevoir et ce qu'elle va devoir payer pendant le sursis.

Naturellement, dans les dépenses de ce budget, il n'est pas tenu compte des dettes sursitaires à payer vu que l'entreprise est protégée contre l'initiative de ces créanciers.

Mais si, en ne tenant pas compte des dettes sursitaires, le budget n'est déjà pas en équilibre et prévoit la création de dettes post-sursitaires, il n'est pas opportun de se lancer dans une PRJ.

**18.** Allant plus loin, les dirigeants de l'entreprise peuvent se dire que si, même déchargée du paiement de ses dettes sursitaires, elle ne parvient pas à dégager un budget à l'équilibre, c'est peut-être qu'elle est structurellement déficitaire.

Il faut alors déterminer pourquoi elle est structurellement déficitaire. Si elle l'est en raison d'une masse salariale trop importante, c'est un véritable problème car :

- soit elle conserve ses travailleurs et il faut les payer. Dans ce cas, la situation peut grever le compte de charges de la période de sursis d'une manière telle qu'il n'y a pas de résultat bénéficiaire.
- soit elle licencie du personnel mais ce choix implique ou bien de prester des préavis pendant lesquels les charges salariales persistent ou bien de payer des indemnités compensatoires de préavis qui sont des dépenses à fonds perdus dues immédiatement ; en plus d'une question de rentabilité, ces indemnités seront fâcheuses sur le plan de la liquidité, voire de la solvabilité.

---

<sup>17</sup> *Doc. parl.*, Ch., 2016-2017, n° 2407/001, p. 57

19. Ainsi, cette première difficulté est de nature à anéantir les chances de réussite de la PRJ. L'évaluation, par l'entreprise, du caractère opportun d'une telle procédure constitue une indispensable étape préalable.

Or, l'entreprise, face à une masse salariale trop lourde à supporter dans son budget pour la période du sursis, pourrait d'emblée renoncer à solliciter le bénéfice d'une procédure de réorganisation judiciaire.

La phase de réflexion quant à l'opportunité de solliciter le bénéfice d'une PRJ est l'une des étapes-clés de la procédure. Il est donc regrettable qu'elle soit restée dans l'angle mort du législateur. En effet, mise à part l'exigence de certaines annexes reprises à l'article XX. 41, § 2, CDE, le législateur n'encadre pas cette première étape.

## **b. La durée du sursis**

### **i. Conditions d'ouverture de la procédure**

20. Pour comprendre la difficulté liée à la durée du sursis, il convient de s'attarder sur les conditions d'ouverture de la PRJ et de s'interroger sur le pouvoir du juge à ce stade de la procédure.

21. Deux conditions sont requises pour l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire :

1. la continuité de l'entreprise est menacée à bref délai ou à terme (XX.45, §1<sup>er</sup>, CDE) ;
2. la requête visée à l'article XX.41, §1<sup>er</sup> CDE a été déposée.

L'article XX.45, § 2, ajoute une présomption : lorsque le débiteur est une personne morale, la continuité de son entreprise est en tout cas présumée menacée si les pertes ont réduit l'actif net à moins de la moitié du capital social.

22. En pratique, il existe une controverse quant à la portée exacte du pouvoir du tribunal au stade du jugement d'ouverture de la procédure.

Certains estiment que le tribunal pourra, à ce stade, vérifier si tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités peuvent être sauvées, ce qui impliquerait que le débiteur ait encore une activité au moment du dépôt de la requête et qu'aucune fraude ou abus manifeste ne soit rencontré<sup>18</sup>.

Ivan Verougstraete estime que, sous cette réserve, d'application rare, le tribunal aura uniquement à apprécier l'apparence de menace pour la continuité de l'entreprise. Sa marge d'appréciation, et il s'agit d'un choix délibéré du législateur, est donc particulièrement limitée.

---

<sup>18</sup> En ce sens, *voy. not.* : C. ALTER et A. LÉVY MORELLE, « Cinq années de jurisprudence en matière de continuité d'entreprises (2013-2017) », in *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, 2018, OECCBB et Anthémis, p. 193 ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, p. 435.

Selon lui, le tribunal aura à évaluer si une menace pour la continuité de l'entreprise semble exister. Il fonde cette idée en partant du postulat qu'à défaut, la précision légale selon laquelle la continuité de l'entreprise est présumée menacée lorsque les pertes ont réduit l'actif net à moins de la moitié du capital social n'aurait aucun sens, puisque le débiteur pourrait simplement se contenter de dire qu'une menace existe.

Il rajoute que le contrôle du tribunal en la matière sera certes marginal, puisqu'une *apparence* de menace pour la continuité suffit. Il rejette l'idée qu'aucun contrôle n'est possible. Selon lui, le juge n'est jamais un automate : sa fonction suppose qu'il y ait quelque chose à trancher, même si, en l'espèce, la solution ne méritera pas de longs débats et s'imposera assez naturellement<sup>19</sup>.

En revanche, la Cour d'appel de Liège a fait sienne la doctrine selon laquelle le tribunal n'a aucune marge d'appréciation<sup>20</sup>. En effet, elle a estimé que le contrôle du juge devait être purement formel. Selon elle, il doit se limiter à vérifier le caractère complet des pièces annexées à la requête et l'absence d'une procédure similaire dans les trois années précédentes<sup>21</sup>.

La Cour indique, par ailleurs, que la loi n'exclut pas l'ouverture d'une PRJ au bénéfice d'une entreprise dont les activités sont momentanément réduites, suspendues, voire arrêtées.

## ii. La fixation, par le juge, de la durée du sursis

23. On l'a vu, il existe une controverse quant à l'étendue exacte du pouvoir d'appréciation du juge au stade de l'ouverture de la procédure. Toutefois, il paraît clair que le juge a peu voire pas de pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité et aux chances de réussites d'une procédure de réorganisation judiciaire.

24. Néanmoins, certains juges se ménagent une marge d'appréciation à cet égard. En effet, dans le jugement qui déclare la PRJ ouverte, le juge doit fixer la durée du sursis.

Or, la fixation de la durée du sursis permet au tribunal d'exercer une influence sur la procédure et de faire obstacle à des procédures dont l'irréalisme sauterait aux yeux. Dans de telles hypothèses, le tribunal peut, en effet, fixer un sursis relativement court afin de ne pas soustraire plus longtemps qu'il n'est nécessaire le débiteur à l'action de ses créanciers<sup>22</sup>.

La jurisprudence a évolué depuis 2009. Si au début, le délai de six mois était la règle générale, au fil du temps, les tribunaux ont eu tendance à réduire la durée du sursis et parfois même à rendre, à dessein, quasi-impossible l'aboutissement de la procédure. Les tribunaux ont eu recours à cette mesure car ils se sentaient coincés par la législation qui les obligeait à ouvrir la procédure en réorganisation judiciaire<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, pp. 435-436.

<sup>20</sup> Liège, 8 novembre 2016, *RPS-TRV*, 2017/5, pp. 603-613.

<sup>21</sup> XX. 45 §5 CDE.

<sup>22</sup> En ce sens, voy. not. : A. ZENNER, *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises – Prévention et réorganisation judiciaire des entreprises en difficulté*, Bruxelles, Anthémis, 2009, p. 84 ; M. VAN MEENNEM, « De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen », *R.W.*, 2008-2009, p. 1.304.

<sup>23</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, p. 440.

**25.** Par ailleurs, il convient de souligner que la décision qui accorde le bénéfice d'une PRJ avec un bref délai n'est pas susceptible d'appel, alors que la décision de rejet pure et simple est susceptible d'appel et que cet appel est suspensif du rejet. Or compte tenu des délais pour traiter l'appel, l'entreprise jouira, *de facto*, d'une protection durant de long moins.

**26.** Ces éléments ayant été exposés, on peut aisément imaginer qu'un tribunal, qui constate que la masse salariale de l'entreprise est trop lourde à supporter dans son budget pour la période du sursis, ne soit pas convaincu de l'opportunité et des chances de réussite d'une procédure de réorganisation judiciaire.

Il pourrait alors être tenté d'accorder le bénéfice de la PRJ mais moyennant un délai de sursis très court, non seulement parce qu'il n'est pas convaincu des chances de réussite de la PRJ mais également pour éviter de créer des dettes post-sursitaires.

L'entreprise se retrouve alors dans une situation, assez paradoxale, où elle est protégée pendant moins longtemps par le bref sursis qui lui est accordé que par une décision qui lui aurait refusé purement et simplement le bénéfice du sursis.

**27.** Ainsi, on peut conclure que cette tendance des juges à se ménager un pouvoir d'appréciation en accordant un délai de sursis très court est de nature à grever lourdement les chances de réussite de la PRJ d'une entreprise confrontée à une masse salariale trop lourde. En effet, un délai de sursis trop court ne la place pas dans les meilleures dispositions pour négocier un accord amiable, un accord collectif ou un transfert d'entreprise.

Il est même arrivé que certains tribunaux n'accordent des sursis que d'une durée d'un mois, voire de quinze jours. Compte tenu des délais légaux pour déposer et faire voter un éventuel plan de réorganisation, ces durées rendaient carrément impossible l'aboutissement de la procédure <sup>24</sup>.

### **c. La prorogation du sursis**

**28.** Le tribunal, lorsqu'il déclare ouverte la PRJ, fixe la durée du sursis, qui ne peut être supérieure à six mois (art. XX.46, § 2, al. 1<sup>er</sup>). Le délai commence à courir à la date du jugement d'ouverture <sup>25</sup>.

**29.** Dans certains cas, la période de sursis accordée semblera trop courte pour pouvoir planifier des réorganisations complexes. La période peut être prolongée suivant une procédure simplifiée mais le ou les prolongement(s) accordé(s) ne peu(ven)t pas au total dépasser douze mois, de telle manière qu'en fin de compte, un maximum de dix-huit mois peut être atteint dans des cas exceptionnels <sup>26</sup>.

**30.** C'est l'article XX.59 CDE qui règle la prorogation du sursis. Le tribunal peut prendre une telle mesure, sur requête du débiteur ou du mandataire de justice désigné dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice.

---

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> I. VEROUSTRATE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, pp. 446-447.

<sup>26</sup> *Doc. parl.*, Ch., 2007-2008, n° 0160/002, p. 63.

Avant de prendre sa décision, le tribunal doit entendre le débiteur ou le mandataire de justice, mais également le juge délégué qui doit, dans le cadre de cette demande, déposer un rapport écrit.

Le tribunal peut proroger le sursis pour la durée qu'il détermine. Il est important de noter qu'il s'agit d'une faculté laissée au tribunal, qui peut apprécier librement si une prorogation lui semble ou non opportune, notamment en fonction des chances de redressement de la situation du débiteur.

Octroyer un sursis relativement court, le cas échéant prorogé plusieurs fois pour des périodes aussi courtes, permet au tribunal d'assurer un contrôle rapproché de certaines PRJ, notamment lorsque les chances de redressement semblent très faibles <sup>27</sup>.

**31.** Ainsi, on peut envisager plusieurs cas de figure :

- au moment de l'ouverture de la procédure, le tribunal constate que la masse salariale est trop importante et ne pourra pas être assumée durant le sursis. Il pourrait alors décider de n'accorder qu'un délai de sursis très court et, si une demande de prorogation est formulée, il pourrait décider de ne pas accorder la prorogation ou de l'accorder pour un délai très court ;
- au cours du sursis, il pourrait s'avérer que la masse salariale est trop importante et ne pourra pas être assumée. Si une demande de prorogation est formulée, le tribunal risque alors de ne pas accorder la prorogation ou de l'accorder pour un délai très court.

Ces deux cas de figure montrent qu'une masse salariale trop importante pour être assumée durant le sursis peut conduire le tribunal à limiter considérablement la durée du sursis ou à ne pas accorder de prorogation. L'entreprise pourrait alors se retrouver dans une situation qui n'est pas idéale pour mener à bien la PRJ.

#### **d. La fin anticipée de la procédure**

**32.** L'article XX.62 CDE envisage deux types de fin anticipée : d'une part, la fin à la demande du débiteur, de tiers ou sur citation du ministre public (art. XX.62, § 2) ; d'autre part, la fin à l'initiative du juge délégué (art. XX.62, § 3). Le fondement de la fin anticipée est le même dans les deux cas. Il est important de noter que le tribunal ne peut pas statuer d'office <sup>28</sup>.

**33.** Le Tribunal peut ordonner la fin de anticipée de la PRJ dans deux hypothèses :

1. l'impossibilité de redresser la situation ;
2. la rétention d'informations par le débiteur.

---

<sup>27</sup> I. VEROUGSTRÆTE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, pp. 446-447.

<sup>28</sup> I. VEROUGSTRÆTE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, pp. 450-451.

34. C'est la première hypothèse qui retiendra notre attention. Dans cette hypothèse, c'est le juge-délégué qui est en première ligne et qui agira le plus souvent soit parce qu'il recevra des informations chiffrées périodiques du débiteur, sur la base du jugement d'ouverture de la PRJ, soit parce qu'il recevra des nouvelles inquiétantes de créanciers post-sursitaires qui ne sont pas payés<sup>29</sup>.

35. Pendant le sursis, si le compte d'exploitation du débiteur sursitaire est déficitaire, la fin anticipée pourrait s'imposer. En effet, si l'activité n'est pas bénéficiaire alors que le débiteur ne doit pas prendre en charge les créances sursitaires gelées, tout porte à croire qu'il ne parviendra pas à établir un plan de réorganisation dans lequel il continue une activité rentable<sup>30</sup>.

Ainsi, si il s'avère que, pendant le sursis, l'entreprise n'est pas en mesure d'honorer le paiement du salaire de ses travailleurs, le tribunal, saisi conformément à l'article XX.62 §2 ou 3 CDE, pourrait estimer que le débiteur est dans l'impossibilité de redresser la situation. Partant, il prononcera la fin anticipée de la PRJ.

## **Sous-section 2. L'action directe du sous-traitant**

### **I. Le cadre légal**

36. En cas d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire, l'article XX.53, alinéa 4 CDE, qui reproduit le régime de l'article 33, § 5, de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, énonce que « l'action directe instituée par l'article 1798 du Code civil n'est pas entravée par le jugement qui a déclaré ouverte la réorganisation judiciaire de l'entrepreneur, ni par les décisions prises par le tribunal au cours de celle-ci ou prises par application de l'article XX.89, § 2 »<sup>31</sup>.

En d'autres termes, le sous-traitant peut faire usage de l'action directe prévue à l'article 1798 du Code civil, nonobstant une éventuelle procédure de réorganisation judiciaire qui toucherait l'entrepreneur principal<sup>32</sup>.

37. La solution permet, comme l'a souhaité le législateur, d'éviter dans une certaine mesure « l'effet domino » que pourrait entraîner sur les sous-traitants la procédure de réorganisation judiciaire<sup>33</sup>. Le Parlement a toujours souligné l'importance de la protection des sous-traitants qui pourraient devenir victimes d'un effet de domino<sup>34</sup>.

38. En ouvrant cette brèche dans la protection offerte par le survis, le législateur a donc voulu protéger les sous-traitants de l'entreprise en procédure de réorganisation judiciaire. De sous-traitance en sous-traitance, au bout de la chaîne, on finit par tomber sur le travailleur salarié. L'idée semble donc qu'en protégeant les sous-traitants, on protège les employeurs et, par contrecoup, leurs travailleurs.

---

<sup>29</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, pp. 450-451.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> T.HÜRNER, « L'action directe du sous-traitant », in *Privilèges et hypothèques. Commentaire avec aperçu de jurisprudence et de doctrine*, X, Kluwer, 2019, p.11.

<sup>32</sup> W. DAVID, J. RENARD et V. RENARD, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises » in *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2<sup>ème</sup> éd., livre 190bis X, Kluwer, 2010, p.78.

<sup>33</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, pp. 475.

<sup>34</sup> *Doc. parl.*, Ch., 2007-2008, n°0160/002, pp.61-62.

## II. Les chances de réussite de la PRJ

39. Le fait de maintenir le bénéfice de l'action directe a pour effet négatif que les réorganisations judiciaires deviennent *de facto* plus difficiles lorsque des sous-traitants sont impliqués puisqu'une grosse partie de l'actif risque de revenir à ces derniers <sup>35</sup>.

En effet, l'entreprise en difficulté perd une partie de son financement parce qu'une action directe est introduite par un sous-traitant. Ce dernier, qui est créancier sursitaire, se retrouve payé et l'entreprise qui fait l'objet de la PRJ perd à due concurrence les liquidités que le maître d'ouvrage aurait dû lui payer. Dans ces conditions, il est encore plus difficile d'aboutir à un budget en équilibre pendant la période du sursis.

40. En voulant ménager la chèvre et le chou, le législateur aboutit à une solution insatisfaisante. En effet, les sous-traitants et leurs travailleurs sont protégés de l'effet domino mais il n'en reste pas moins que ce pis-aller grève les chances de réussite de la PRJ et donc les chances de maintien de l'emploi dans l'entreprise qui fait l'objet de la procédure.

41. Ce constat est encore plus frappant dans les secteurs de l'économie qui sont organisés sur le modèle de la sous-traitance. Il en va ainsi dans le secteur de la construction. Le législateur a consciemment fait le choix d'exclure dans une plus ou moins large mesure le secteur de la construction du bénéfice réel de la procédure de réorganisation judiciaire.

42. Cette solution apparaît d'autant plus frappante qu'elle est totalement différente de celle qui était retenue par la Cour de cassation en matière de faillite <sup>36</sup> et qui a été consacrée par le législateur dans le nouvel article 20, 12° de la loi hypothécaire <sup>37</sup>. En effet, cette disposition prévoit que l'action directe ne peut plus être intentée après l'ouverture du concours. Or, si la faillite entraîne le concours des créanciers <sup>38</sup>, tel n'est pas le cas du dépôt de la requête en réorganisation judiciaire et du jugement d'ouverture de la PRJ <sup>39</sup>.

Une part de la doctrine plaide pour un alignement du régime de la faillite sur celui de la PRJ <sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, p. 475.

<sup>36</sup> *Voy. not.* Cass., 27 mai 2004, *L'Entreprise et le Droit*, 2005, p. 242.

<sup>37</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, p. 475.

<sup>38</sup> S. BRIJS et R. LINDEMANS, *De gevolgen van collectieve insolventieprocedures voor de executierechten van individuele schuldeisers*, Knops Publishing, pp. 13 et s.

<sup>39</sup> *Voy. not.* : W. DAVID, J. RENARD et V. RENARD, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises » in *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2<sup>ème</sup> éd., livre 190bis X, Kluwer, 2010, p. 142 ; M. GRÉGOIRE, « Le sort des créanciers et leurs garanties » - *L'entreprise en difficulté – Solutions et nouveaux outils juridiques*, Anthémis, p. 43 ; S. BRIJS, *De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen*, *T.R.V.*, 2009, p. 673 ; M. VANMEENEN, *De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen*, *R.W.*, 2008-2009, p. 1309 ; A. DE WILDE, « Gelijikheid tussen schuldeisers. Toetsing aan de hand van de wet op de continuïteit van de ondernemingen » in *Le droit des affaires en évolution – L'égalité de traitement dans le monde de l'entreprise*, Bruylant-Kluwer, 2009, p. 89 ; E. DIRIX et R. JANSSEN, « De positie van de schuldeisers en het lot van de lopende overeenkomsten » in *Gerechtelijke reorganisatie : getest, gewikt en gewogen*, Intersentia, 2010, p. 160.

<sup>40</sup> *Voy. not.* : W. DAVID, J. RENARD et V. RENARD, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises » in *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2<sup>ème</sup> éd., livre 190bis X, Kluwer, 2010, p.78 ; A. ZENNER, *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises. Prévention et réorganisation judiciaire des entreprises en difficulté*, Anthémis, 2009, p. 93, note 222.

43. Quoi qu'il en soit, l'article XX.53, al.4 CDE crée une brèche particulièrement ennuyeuse dans le sursis au détriment de l'entreprise qui fait l'objet d'une procédure de réorganisation judiciaire.

### **Sous-section 3. Les contrats de travail en cours**

#### **I. Le cadre légal**

44. Les travaux préparatoires du livre XX du CDE indiquent que « l'ouverture de la procédure n'entraîne pas en soi la fin des contrats. C'est logique : [le titre relatif à la procédure de réorganisation judiciaire] a été écrit dans un esprit de continuité de l'entreprise »<sup>41</sup>.

L'article XX.56, § 1 CDE prévoit que ni le dépôt de la requête, ni l'ouverture de la PRJ ne mettent fin aux contrats en cours ou aux modalités de leur exécution et ce, nonobstant toute stipulation contractuelle contraire. Ce principe était déjà repris à l'art. 35, § 1, al. 1 LCE.

Le principe est donc celui de la continuité des contrats en cours. Ainsi, pendant le sursis tant le débiteur que ses contreparties sont tenus de respecter les contrats en cours et leurs modalités<sup>42</sup>.

45. Toutefois, l'article XX.56, §2 précise que le débiteur peut décider unilatéralement de suspendre l'exécutions de ses obligations contractuelles pendant la durée du sursis, lorsque la réorganisation de l'entreprise le requiert nécessairement.

La possibilité de ne pas exécuter les contrats est exclue en cas de réorganisation judiciaire par accord amiable. Pour le reste, le débiteur a donc le droit, même si aucune disposition contractuelle ne le prévoit, de ne plus exécuter (mais pas de résilier) un contrat en cours pendant la durée du sursis<sup>43</sup>.

46. Cette faculté lui est offerte pour autant que la non-exécution du contrat soit nécessaire pour la réussite de la PRJ. Selon l'exposé des motifs, il faut que la suspension s'avère strictement nécessaire pour mener à bien un plan ou un transfert sous autorité judiciaire<sup>44</sup>.

Par ailleurs, il ne suffit pas que cette suspension soit utile. Il s'ensuit que le débiteur doit pouvoir démontrer que la continuation du contrat est de nature à mettre en péril la procédure de réorganisation judiciaire entamée. Il ne suffit pas que la poursuite du contrat soit désavantageuse<sup>45</sup>.

Ce n'est donc pas un blanc-seing pour améliorer la rentabilité de l'entreprise. C'est au demeurant une protection du débiteur à laquelle il ne pourrait renoncer d'avance par une clause contractuelle<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> *Doc.parl.*, Ch., 2016-2017, n°2407/001, p.67.

<sup>42</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, pp. 480-486.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> *Doc.parl.*, Ch., 2016-2017, n°2407/001, p.69.

<sup>45</sup> J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009, p.243.

<sup>46</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, pp. 480-486.

47. L'article XX.56, § 2, précise, en son quatrième alinéa, qu'en cas d'exercice par le débiteur du droit que lui reconnaît ledit article, le cocontractant peut suspendre l'exécution de ses propres obligations contractuelles.

Par ailleurs, la faculté laissée au débiteur par cet article ne l'exonère pas de sa responsabilité contractuelle. En effet, s'il en fait usage, son cocontractant pourra postuler l'allocation de dommages et intérêts qui constitueront une créance sursitaire <sup>47</sup>.

48. Dans le cadre de la présente contribution, il est important de noter qu'il existe une exception non négligeable à la possibilité laissée au débiteur de suspendre les contrats en cours pendant le sursis : les contrats de travail <sup>48</sup>. L'entreprise qui fait l'objet d'une PRJ ne peut donc pas suspendre les contrats de travail en cours.

Les travaux préparatoires de la loi de 2009 justifiaient cette exception en indiquant que le système permettant au débiteur de suspendre les contrats en cours pourrait « mal fonctionner » pour les contrats de travail <sup>49</sup>. Ceux de la loi de 2017 évoquent les obligations internationales incombant à la Belgique <sup>50</sup>.

## II. Les chances de réussite de la PRJ

49. On a vu *supra* <sup>51</sup> qu'une masse salariale trop lourde pouvait engendrer des difficultés dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire. En effet, face à une masse salariale trop importante, l'entreprise en difficulté pourrait ne pas être en mesure de présenter un budget en équilibre pour la période du sursis.

Or, on sait que le risque d'être confronté à un résultat comptable négatif à l'issue de la période de sursis peut diminuer les chances de réussite de la PRJ. Nous avons identifié quatre difficultés majeures :

1. l'entreprise pourrait être découragée de solliciter le bénéfice de la PRJ ;
2. le juge, non convaincu de l'opportunité d'une PRJ, pourrait octroyer un sursis très (trop ?) court ;
3. pour les mêmes raisons, le juge pourrait refuser d'octroyer une prorogation du sursis ;
4. face à des dettes post-sursitaires qui s'accumulent, l'entreprise s'expose à une fin anticipée de la PRJ.

50. La faculté laissée à l'entreprise en difficulté de suspendre les contrats en cours pendant la période de sursis peut être une alternative efficace pour éviter ces difficultés liées à une masse salariale trop lourde. Toutefois, on sait que l'article XX.56 CDE écarte les contrats de travail de son champ d'application.

---

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> *Doc. parl.*, Ch., 2007-2008, n°0160/001, p.23.

<sup>50</sup> *Doc. parl.*, Ch., 2016-2017, n°2407/001, p.69.

<sup>51</sup> Points 10 et s.

**51.** A nouveau, on constate que, si le sursis a été conçu comme une protection pour l'entreprise en difficulté, cette protection n'est néanmoins pas absolue. Ainsi, en écartant les contrats de travail de l'application de l'article XX.56 CDE, le législateur diminue la protection de l'entreprise en difficulté.

La protection de l'entreprise diminue, les chances de réussite de la PRJ également.

Rapport-Gratuit.com

### **Section 3. Cadre social de l'accord collectif**

**52.** Pour rappel, dès que la continuité de l'entreprise est menacée, le débiteur en difficulté peut déposer une requête en vue de préserver la continuité de tout ou partie des actifs et activités de l'entreprise. Il peut viser un ou plusieurs des objectifs repris par la loi. Un des objectifs consiste à obtenir l'accord collectif des créanciers sur un plan de réorganisation.

Si sa requête est déclarée recevable et fondée, et si l'objet de sa demande poursuit un accord collectif, le débiteur obtiendra un sursis qui lui permettra d'élaborer un plan de réorganisation qu'il proposera au vote de ses créanciers <sup>52</sup>.

**53.** En vertu de l'article XX.78, alinéa 2, le plan de réorganisation est tenu pour approuvé par les créanciers lorsqu'il recueille le vote favorable de la majorité de ceux-ci, représentant, par leurs créances, la moitié de toutes les sommes dues en principal <sup>53</sup>.

**54.** Les mesures pouvant être proposées dans le cadre d'un plan de réorganisation judiciaire sont nombreuses. Elles sont prévues aux articles XX.72 à XX.75 CDE <sup>54</sup>. Il permet au débiteur d'obtenir, notamment, des délais de paiement des créances sursitaires ainsi que des abattements sur ces créances.

L'article XX.72 CDE, en particulier, prévoit que le débiteur peut obtenir des délais de paiement. Dans son plan, il doit indiquer les délais de paiement qu'il postule. Le débiteur peut ainsi proposer aux créanciers un remboursement échelonné en plusieurs paiements successifs (mensuels, trimestriels, ...) ou en un seul versement <sup>55</sup>. Il autorise également le débiteur à proposer des abattements de créances en capital et intérêt, augmentations, amendes et frais.

**55.** Il existe cependant plusieurs dispositions qui limitent la marge de manœuvre du débiteur lors de la rédaction du plan de réorganisation. Cette contribution propose d'évoquer deux limites relatives à des créances que l'entreprise aurait contractées parce qu'elle emploie des travailleurs :

1. les créances de l'administration sociale (XX.73, al. 2 CDE) ;
2. les créances nées de prestations de travail antérieures à l'ouverture de la procédure (XX.73, al. 4 CDE).

---

<sup>52</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, p. 519.

<sup>53</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, p. 562.

<sup>54</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, p. 530.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

## **Sous-section 1. Les créances de l'administration sociale**

### **I. Le cadre légal**

**56.** Le Code de droit économique a mis en place un régime de protection particulier en faveur des créanciers publics munis d'un privilège général, lesquels ne peuvent, en vertu de l'article XX.73, alinéa 2, subir un traitement moins favorable que celui réservé aux créanciers sursitaires ordinaires les plus favorisés. L'administration sociale est donc protégée par cette règle.

**57.** Il peut être dérogé à cette restriction moyennant, d'une part, une motivation stricte et, d'autre part, une motivation justifiée sur la base d'exigences impérieuses et motivées liées à la continuité de l'entreprise.

**58.** La notion de traitement moins favorable n'est pas détaillée par l'article XX.73. En évoquant la possibilité de prévoir un pourcentage inférieur, l'article XX.73, alinéa 2, semble faire référence au fait que les créanciers publics munis d'un privilège général devraient percevoir le même dividende que la catégorie des créanciers bénéficiant du plus important pourcentage.

Toutefois, il peut être compliqué de déterminer lequel des créanciers est le plus favorisé entre celui censé recouvrer un pourcentage réduit de sa créance dans un délai court et celui destiné à recouvrer un montant plus important, mais dans un délai plus long.

En effet, il peut être plus confortable pour un créancier de recouvrer plus rapidement une partie de leur créance plutôt que d'attendre plusieurs années pour recouvrer un montant plus important, en courant le risque du défaut d'exécution du plan <sup>56</sup>.

En d'autres mots, il vaut parfois mieux un « tiens ! » que deux « tu l'auras... ». Le pourcentage n'est, en réalité, qu'un des facteurs d'appréciation. La réflexion quant au caractère « favorisé » d'un créancier est plus complexe.

### **II. Les chances de réussite de la PRJ**

**59.** L'article XX.73, alinéa 2 CDE semble soulever trois difficultés qui pourraient réduire à néant les chances d'adoption d'un plan de réorganisation :

1. la difficulté d'identifier les créanciers les plus favorisés ;
2. la difficulté de justifier la différence de traitement ;
3. la difficulté dans les négociations avec les autres créanciers.

---

<sup>56</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, p. 543.

### a. Identifier les créanciers les plus favorisés

**60.** On l'a vu, si la règle semble claire en théorie, dans la pratique il peut s'avérer compliqué d'identifier qui sont les créanciers les plus favorisés par le plan de réorganisation. Cette question peut être source de longues réflexions et d'épineux débat avec l'administration sociale. Cela risque donc de représenter une « perte » de temps conséquente pour l'entreprise.

**61.** A cet égard, on rappellera que l'intérêt de la PRJ par accord collectif réside dans le fait d'octroyer un sursis à l'entreprise en difficulté afin que cette dernière puisse négocier sereinement un plan de réorganisation avec ses créanciers.

Toutefois, la période de sursis n'est pas infinie. En effet, la première période de sursis est limitée à six mois maximum, ce qui signifie en pratique que la période peut-être beaucoup plus courte. Elle peut certes faire l'objet d'une prorogation <sup>57</sup> mais encore faut-il convaincre le juge d'octroyer ce délai supplémentaire.

Or, comme on l'a vu *supra* <sup>58</sup>, il peut parfois s'avérer compliqué d'obtenir une prorogation. Qui plus est, on peut craindre que des négociations et des débats qui traînent en longueur soient de nature à dissuader le juge d'accorder un prorogation du sursis.

Dans cette réflexion, il est intéressant de noter qu'en 2017, la durée moyenne du sursis, y compris les prolongations, n'était que de 160 jours. Par ailleurs, on constate, que depuis 2013, la tendance est à la baisse de la durée du sursis <sup>59</sup>.

**62.** Ce flou quant à l'identification des créanciers les plus favorisés, cumulé à la baisse générale de la durée du sursis, est de nature à compromettre les chances d'adoption d'un plan de réorganisation.

En effet, d'une part, il se pourrait que l'entreprise n'ait tout simplement pas le temps de réfléchir et de débattre avec l'administration sociale quant à l'identification des créanciers les plus favorisés. D'autre part, sous la pression du temps qui la rapproche de la fin de son sursis, il n'est pas exclu que l'entreprise cède lors des débats avec l'administration et finisse par adopter un plan compliqué, voire impossible à assumer.

On voit qu'une imprécision sémantique, conjuguée à une durée du sursis de plus en plus compressée, peut mettre l'entreprise dans une position inconfortable. Ce constat est d'autant plus interpellant que la philosophie initiale de la PRJ est d'octroyer un sursis au débiteur afin qu'il puisse négocier *sereinement* l'adoption d'un plan de réorganisation avec ses créanciers.

---

<sup>57</sup> Pour une durée totale de maximum 18 mois.

<sup>58</sup> Points 28 et s.

<sup>59</sup> É. Van Den Broele, « La loi sur la continuité des entreprises : un instantané avant l'application du Livre XX du Code de droit économique » in *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. ZENNER (dir.), Limal, Anthemis, 2018, p.69.

## **b. Justifier la différence de traitement**

**63.** L'article XX.73, al. 2 et 3 CDE semble offrir une échappatoire au débiteur. En effet, moyennant, d'une part, une motivation stricte et, d'autre part, une motivation justifiée sur la base d'exigences impérieuses et motivées liées à la continuité de l'entreprise, cette dernière pourra écarter la règle d'égalité entre l'administration sociale et ses créanciers les plus favorisés.

**64.** En théorie, cette solution semble être une « aubaine » pour l'entreprise. Mais, dans les faits, on perçoit rapidement qu'elle lui permet de sortir d'une difficulté pour retomber immédiatement dans une autre.

Dans la pratique, il peut s'avérer compliqué pour le débiteur d'identifier une motivation justifiée sur la base d'exigences impérieuses et motivées liées à la continuité de l'entreprise. Il s'avèrera encore plus compliqué d'apporter la preuve de cette motivation, d'autant plus que le législateur exige une « motivation stricte ».

Par ailleurs, les alinéas 2 et 3 de l'article XX.73 ne sont pas libellés de la façon la plus claire qui soit. Le législateur, dans une formule un peu alambiquée, emploie deux fois le mot « motivée » et une fois le mot « motivation » en l'espace de deux lignes. Ceci est de nature à entretenir une certaine confusion chez l'interprète qui finit par perdre de vue ce qui doit être « motivé ».

**65.** Encore une fois, on perçoit que la réflexion de l'entreprise, ainsi que le débat ou la négociation avec l'administration sociale, risquent d'être assez compliqués. Se pose alors la difficulté liée à la contrainte temporelle du sursis que nous avons soulevée au point a.

A nouveau, la sérénité qui est censé permettre à l'entreprise d'obtenir un accord avec ses créanciers semble n'être qu'un vœu pieux. Les chances d'adoption d'un plan, ou du moins d'un plan réaliste, sont alors affaiblies.

## **c. La négociation avec les autres créanciers**

**66.** Le régime mis en place par l'article XX.73 al. 2 CDE risque de mettre l'entreprise dans une situation toute à fait inconfortable lors de la négociation avec ses autres créanciers <sup>60</sup>.

En effet, le débiteur qui est en mesure de proposer un plan avec une proportion plus importante en faveur de certains créanciers sera contraint, s'il souhaite éviter un débat sur la légalité de son plan, de leur proposer un remboursement moins élevé, avec le risque de perdre certains partenaires, pour être en mesure de proposer un remboursement équivalant aux créanciers publics <sup>61</sup>. En d'autres termes, de deux choses l'une :

- ou bien l'entreprise ne propose pas suffisamment pour obtenir les majorités nécessaires et le plan n'était pas adopté.
- ou bien elle propose suffisamment pour dégager ces majorités mais le plan pourrait être impayable car il faudrait octroyer les mêmes conditions aux administrations publiques.

---

<sup>60</sup> C. ALTER et A. ZENNER, *La loi sur la continuité des entreprises revisitée par la loi du 27 mai 2013*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013, p.49.

<sup>61</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, p. 544.

67. On le voit, l'exigence de l'article XX.73 al. 2 CDE est de nature à placer l'entreprise dans une situation inextricable et pourrait conduire à un échec de la PRJ. En effet, elle fait peser le risque qu'aucun plan ne soit adopté ou que l'on adopte un plan irréaliste.

## **Sous-section 2. Les créances nées de prestations de travail**

### **I. Le cadre légal**

68. Les créances nées de prestations de travail antérieures à l'ouverture de la procédure ne peuvent pas être réduites.

En effet, l'article XX.73, alinéa 4, précise que le plan ne peut comporter une réduction ou un abandon de créances sursitaires nées de prestations de travail, à l'exclusion des cotisations ou dettes fiscales ou sociales. Ces créances peuvent donc uniquement faire l'objet de délais de paiement.

69. Précisons que les travaux préparatoires de la loi du 27 mai 2013 énoncent toutefois que l'article 49/1, alinéa 4, de la LCE (devenu l'article XX.73, alinéa 4 du CDE), « est une disposition impérative, ce qui signifie que le travailleur protégé par cette disposition a le droit d'y renoncer »<sup>62</sup> mais uniquement, selon le droit commun, postérieurement à la naissance des droits auxquelles ils souhaitent renoncer<sup>63</sup>.

Seule une négociation avec les travailleurs concernés, préalable au dépôt du plan mais postérieure à l'introduction de la requête en PRJ, pourra, dès lors, permettre une dérogation à cette limite<sup>64</sup>.

### **II. Les chances de réussites de la PRJ**

70. On perçoit aisément la difficulté posée par l'exigence de l'article XX.73, al. 4 CDE. Cette impossibilité de réduire les créances sursitaires nées de prestations de travail peut très rapidement rendre impossible l'adoption d'un plan ou amener l'entreprise à proposer un plan qu'elle ne pourra pas assumer par la suite.

71. Cette difficulté est exacerbée si on procède à une lecture combinée des alinéas 2 et 4 de l'article XX.73. En effet, si les travailleurs ne renoncent pas au droit que leur donne l'alinéa 4, il est probable qu'ils soient considérés comme « les créanciers les plus favorisés » au sens de l'alinéa 2. Ainsi, l'entreprise devrait également rembourser la totalité des créances dont ses créanciers publics sont titulaires.

72. L'article XX.73, al. 4 offre un avantage stratégique aux travailleurs lors de la négociation avec l'entreprise pour l'élaboration du plan. En effet, contrairement à la plupart des autres créanciers, la règle est qu'on ne peut pas réduire leur créance. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'on pourra obtenir un abattement. Cette position défavorable dans le chef de l'entreprise est d'autant moins confortable qu'elle se conjugue avec les contraintes temporelles évoquées *supra*<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> *Doc. parl.*, Ch., 2012-2013, n°2692/0001, p.24.

<sup>63</sup> S. VAN WASSENHOVE, « La renonciation en droit du travail », *J.T.T.*, 2007, pp. 409 et s.

<sup>64</sup> I. VEROUGSTRÆTE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, p. 550.

<sup>65</sup> Points 60 et s.

#### **Section 4. Encadrement social du transfert d'entreprise sous autorité de justice**

73. Le troisième pilier de la réorganisation judiciaire permet le transfert sous autorité de justice, de tout ou partie de l'entreprise ou de tout ou partie de ses activités. Le législateur a voulu proposer un outil qui permette le maintien de l'activité, indépendamment de la structure dans laquelle elle est exercée <sup>66</sup>.

Ainsi, le transfert d'entreprise sous autorité de justice tend à protéger l'entreprise, non pas à travers la personne physique ou morale qui l'exploite mais à travers l'activité elle-même, quelle que soit la personne de l'exploitant.

74. Le régime de la PRJ par transfert sous autorité de justice est organisé par les articles XX.86 et s. du CDE.

75. La réglementation sociale du transfert sous autorité de justice a toujours fait débat en Belgique. La question est politique et économique. En effet, elle nécessite de réaliser un arbitrage entre le sauvetage des entreprises en difficulté – avec ses objectifs de maintien de l'activité et de l'emploi – et la protection sociale que le droit commun du transfert d'entreprise offre aux travailleurs <sup>67</sup>.

La question est également juridique, dès lors que les choix de l'État belge sont encadrés par la réglementation européenne, actuellement sous la forme de la directive 2001/23 du Conseil du 12 mars 2001 <sup>68</sup>. Les articles 3 et 4 de la directive instaurent deux dispositifs de protection des travailleurs en cas de transfert d'entreprise. Ces protections ont été transposées en droit belge par la convention collective de travail n° 32bis, chapitre II.

L'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la directive prévoit toutefois que, sauf si les États membres en disposent autrement, les articles 3 et 4 ne s'appliquent pas au transfert d'une entreprise 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 <sup>69</sup>. Cette exception a été transposée par le chapitre III de la CCT n°32bis.

76. Au départ de la prémisse que l'exception prévue par l'article 5 était applicable à un transfert sous autorité de justice réalisé dans le cadre d'une réorganisation judiciaire, la question du sort des travailleurs de l'entreprise transférée a fait l'objet d'une solution de compromis, consacrée par l'article XX.86 CDE (anciennement article 61 de la LCE), et la CCT n° 102 <sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, p. 575.

<sup>67</sup> R. AYDOGDU et J. WILDEMEERSCH, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne : une condamnation « avec sursis » de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *J.L.M.B.*, 2019/27, p. 1267-1279.

<sup>68</sup> Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, *J.O.C.E.*, n° L 82 du 22 mars 2001, pp. 16-20.

<sup>69</sup> R. AYDOGDU et J. WILDEMEERSCH, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne : une condamnation « avec sursis » de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *J.L.M.B.*, 2019/27, p. 1267-1279.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

Dès l'adoption de ce compromis, plusieurs auteurs ont cependant mis en doute la possibilité d'appliquer à la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice l'exception portée par l'article 5<sup>71</sup>.

Le débat a été relancé en juin 2017 par l'arrêt *Smallsteps* de la CJUE qui concerne une procédure néerlandaise<sup>72</sup>. L'arrêt *Plessers* de la CJUE a finalement confirmé les craintes de ceux qui estimaient que la solution de compromis trouvée par la Belgique était contraire à la directive 2001/23<sup>73</sup>.

77. La présente section propose de mesurer l'enjeu que représente la réglementation sociale du transfert d'entreprise sous autorité de justice. On verra que les controverses autour de cette réglementation, mais aussi cette réglementation elle-même, pourraient mener à un tarissement de la PRJ par transfert d'entreprise sous autorité de justice.

78. Afin de réaliser cet évaluation, cette section s'articulera comme suit :

1. le régime de la directive 2001/23 ;
2. le régime de la CCT n°32bis, chapitre II ;
3. le régime de la CCT n°32bis, chapitre III ;
4. le régime de l'article XX.86 CDE et de la CCT n°102 ;
5. l'arrêt *Smallsteps* ;
6. l'arrêt *Plessers* ;
7. la réception de l'arrêt *Plessers* dans l'ordre juridique belge ;
8. le risque d'un tarissement de la PRJ par transfert d'entreprise sous autorité de justice.

---

<sup>71</sup> *Voy. not.* : H. VAN HOOGENBEMT, « De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement », *J.T.T.*, 2009, n° 19, p. 183 ; J. PEETERS et P. HUMBLET, « De arbeidsrechtelijke aspecten van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen : gewikt en gewogen », *Gerechtelijke reorganisatie, Getest, gewikt en gewogen*, Anvers, Intersentia, 2010, nos 49-50, pp. 309-310

<sup>72</sup> CJUE, 22 juin 2017, aff. C-126/16, disponible sur le site de la Cour.

<sup>73</sup> CJUE, 16 mai 2019, aff. C-509/17, disponible sur le site de la Cour.

## **Sous-section 1. Le régime de la directive 2001/23**

### **I. La double protection des articles 3 et 4**

**79.** Les articles 3 et 4 de la directive 2001/23 prescrivent le transfert, du cédant au cessionnaire, des droits et des obligations nés des contrats de travail liant le cédant et organisent une protection des salariés contre le licenciement causé par le transfert <sup>74</sup>.

L'article 3, §1 est libellé comme suit :

« 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 ».

L'article 4, §1 porte quant à lui que :

« Le transfert d'une entreprise [...] 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 ».

**80.** De façon synthétique on relève que la directive instaure une double protection des travailleurs en cas de transfert d'entreprise : d'une part, la reprise par le cessionnaire de l'ensemble du personnel de l'entreprise transférée (article 4, §1) ; d'autre part, le transfert au cessionnaire de l'ensemble des droits et obligations qui découlent des contrats de travail à la date du transfert (article 3, §1) <sup>75</sup>.

### **II. L'exception de l'article 5**

**81.** Toutefois, les articles 3 et 4 ne sont pas applicables à tous les transferts réagis par la directive. En effet, l'article 5 les écarte – sauf si les États membres en disposent autrement – lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure analogue « ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente » <sup>76</sup>.

L'article 5, §1 est rédigé comme suit :

« Sauf si les États membres en disposent autrement, les articles 3 et 4 ne s'appliquent pas au transfert d'une entreprise, [...] 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 [...] ».

---

<sup>74</sup> F. KÉFER, « Le sort des travailleurs d'une entreprise en réorganisation judiciaire » in *Questions spéciales de droit social - Hommage à Michel Dumont - CUP 150*, J. CLESSE, J. HUNBIN, (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 408.

<sup>75</sup> R. AYDOGDU et J. WILDEMEERSCH, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne : une condamnation « avec sursis » de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *J.L.M.B.*, 2019/27, p. 1267-1279.

<sup>76</sup> F. KÉFER, « Le sort des travailleurs d'une entreprise en réorganisation judiciaire » in *Questions spéciales de droit social - Hommage à Michel Dumont - CUP 150*, J. CLESSE, J. HUNBIN, (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 408.

**82.** On peut donc identifier trois conditions d'application de cette exception : (1) une procédure de faillite ou une procédure d'insolvabilité analogue ; (2) la procédure analogue doit être ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et (3) doit se trouver sous le contrôle d'une autorité publique.

Ainsi, il ne suffit pas pour une entreprise en difficulté d'être impliquée dans une procédure destinée à répondre à sa situation d'insolvabilité. Il faut encore que cette procédure vise un objectif particulier : liquider ses actifs <sup>77</sup>.

### **Sous-section 2. Le chapitre II de la CCT n°32bis**

**83.** Le chapitre II de la CCT n°32bis porte sur les droits des travailleurs en cas de changement d'employeur à la suite d'un transfert conventionnel d'entreprise.

**84.** L'article 3, §1<sup>er</sup> de la directive, qui pose le principe fondamental du transfert, du cédant au cessionnaire, des droits et obligations découlant des contrats de travail a été transposé en droit belge par l'article 7 de la CCT n°32bis <sup>78</sup>. Dès lors, conformément à l'article 7 de cette CCT, le cessionnaire est tenu de reprendre les obligations qui résultent des contrats de travail existant à la date du transfert.

**85.** L'article 4, §1<sup>er</sup> de la directive prolonge la protection fournie par l'article 3, en énonçant une interdiction de licenciement. Il a été transposé dans l'ordre juridique belge par l'article 9 de la CCT n°32bis <sup>79</sup>.

### **Sous-section 3. Le chapitre III de la CCT n°32bis**

**86.** Le chapitre III de la CCT n°32bis transpose en droit belge, pour ce qui concerne les faillites, l'exception reprise à l'article 5, §1<sup>er</sup> de la directive qui permet d'écarter l'application des articles 3 et 4 de la directive. Le chapitre III s'applique en cas de reprise de travailleurs consécutive à la reprise de tout ou partie de l'actif d'une entreprise en faillite, à condition que la reprise intervienne dans un délai de deux mois à partir de la date de la faillite.

**87.** Dans le cadre de cette reprise, le candidat-repreneur est libre de choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre <sup>80</sup>.

C'est l'article 12 du chapitre III de la CCT n° 32bis qui donne la faculté au repreneur de pouvoir choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre à son service. Cette faculté est prévue afin de ne pas grever trop lourdement les charges du cessionnaire et, par conséquent, de ne pas compromettre les chances de succès du projet de reprise. Toutefois, les travailleurs ne sont pas tenus de passer au service du repreneur <sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> A. LAMINE, « Les droits des travailleurs en cas de transfert d'une entreprise insolvable », *J.D.E.* 2018, n°249, pp.166-173.

<sup>78</sup> F. KÉFER, *Les transferts d'entreprises : étude de droit du travail belge et européen*, Anthemis, 2019, p. 62.

<sup>79</sup> F. KÉFER, *Les transferts d'entreprises : étude de droit du travail belge et européen*, Anthemis, 2019, p. 113.

<sup>80</sup> M. LEMAL, *La faillite (suite)*, Kluwer, p.27.

<sup>81</sup> T.CAVENAILLE et F. LIGOT, « Les aspects sociaux de la cession d'une entreprise en difficulté » in *La cession d'une entreprise en difficulté - CUP 159*, M. Grégoire, D. Pasteger, dir., Larcier, pp. 229-273.

#### **Sous-section 4. La CCT n°102 et l'article XX.86 CDE**

**88.** En partant du principe que l'exception prévue par l'article 5 de la directive était applicable à un transfert sous autorité de justice réalisé dans le cadre d'une réorganisation judiciaire, la question du sort des travailleurs de l'entreprise transférée a fait l'objet d'une solution de compromis, consacrée par l'article XX.86 CDE et la CCT n°102 <sup>82</sup>.

**89.** Le sort des travailleurs lors d'une PRJ par transfert d'entreprise est une question épineuse. Le législateur a donc préféré laisser au Conseil national du travail le soin d'examiner la question. En effet, à l'article XX.86 CDE <sup>83</sup>, il l'invite à adopter une CCT qui précise les modalités du transfert des droits et obligations des travailleurs concernés par un transfert d'entreprise sous autorité de justice.

**90.** La CCT n°102 énonce, au titre de principe, que « les droits et obligations à l'égard des travailleurs repris qui résultent de leur contrat de travail avec le débiteur existant à la date du transfert sous autorité de justice sont, du fait de ce transfert, transférés au repreneur » (art. 9).

De prime abord, la règle se présente de manière identique à celle de l'article 7 de la CCT n°32bis. Toutefois, cette affirmation est immédiatement tempérée par deux bémols qui la vident de la plus grande partie de sa substance : d'une part, l'article 12 de la convention consacre, comme l'article XX.89 CDE, le droit pour le repreneur de choisir les salariés qu'il reprend ; d'autre part, tous les droits issus du contrat ne sont pas transférés mais uniquement ceux dont le repreneur a été informé <sup>84</sup>.

**91.** Le salarié n'a donc aucun droit à exiger du cessionnaire qu'il poursuive l'exécution du contrat de travail noué avec le cédant. Cependant, une précision est ajoutée dans le cas du transfert sous autorité de justice : le choix du repreneur ne peut être arbitraire. Le CDE et la CCT n'admettent que les choix opérés pour des raisons techniques, économiques ou organisationnelles.

En cas de litige, la charge de la preuve des motifs incombe au cessionnaire. Le pouvoir de contrôle du juge est marginal. Il ne peut apprécier l'opportunité des décisions du repreneur ; il ne peut substituer son appréciation à celle de l'employeur, qui reste juge de l'intérêt de son entreprise. De telle sorte que seules les décisions manifestement déraisonnables seront jugées inadmissibles. L'employeur conserve ainsi une grande marge d'appréciation de l'opportunité de choisir les travailleurs qu'il désire reprendre à son service, pourvu que sa décision ne dépasse pas le périmètre de ce qu'un employeur raisonnable aurait pu faire dans les mêmes circonstances <sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> R. AYDOGDU et J. WILDEMEERSCH, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne : une condamnation 'avec sursis' de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *J.L.M.B.*, 2019/27, p. 1267-1279.

<sup>83</sup> Anciennement, l'article 61 LCE.

<sup>84</sup> F. KÉFER, « Le sort des travailleurs d'une entreprise en réorganisation judiciaire » in *Questions spéciales de droit social - Hommage à Michel Dumont - CUP 150*, J. Clesse, J. Hunbin, dir., Larcier, pp. 385-403.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

**92.** Le transfert des contrats des salariés choisis par le repreneur n'est pas le même mécanisme que celui organisé par le chapitre III de CCT n° 32*bis* en cas de faillite. Dans cette dernière hypothèse, l'acquéreur des actifs choisit les salariés qu'il reprend et conclut avec eux un nouveau contrat de travail.

En cas de transfert sous autorité de justice, le contrat de travail est transféré ; les parties ne concluent pas de nouveau contrat de travail. La convention collective n°102 réalise un transfert de contrat synallagmatique, comme lorsque le transfert d'entreprise s'inscrit dans le champ d'application du chapitre II de la convention collective de travail n°32*bis*.

Néanmoins, le contrat qui lie le salarié au repreneur peut se révéler différent de celui qui le liait au cédant. En effet, selon l'article 9 al. 2 de la CCT n°102, pour que les droits et obligations issus du contrat soient transférés au repreneur, ils doivent faire l'objet d'une information écrite à ce-dernier <sup>86</sup>.

**93.** Le sort des dettes envers les travailleurs repris varie selon plusieurs critères, notamment le moment de leur exigibilité <sup>87</sup> :

- les dettes qui sont exigibles à la date du jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, ou, à défaut de ce jugement, à la date du jugement qui ordonne le transfert sous autorité de justice ne peuvent être réclamées au repreneur que s'il en a été informé (article 14 CCT n°102).
- les dettes devenues exigibles pendant la procédure ne peuvent être réclamées au repreneur (article 16 CCT n°102).
- les dettes devenues exigibles après la cession sont uniquement à charge du repreneur.

**94.** Par ailleurs, les travailleurs non repris demeurent à charge du débiteur. Il est fréquent que ce dernier soit rapidement déclaré en faillite après le transfert. Le personnel sera alors licencié <sup>88</sup>.

**95.** Il est intéressant de noter que, dès l'adoption du régime prévu par la CCT n°102 et l'article XX.86 CDE, plusieurs auteurs ont mis en doute la possibilité d'appliquer à la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice l'exception portée par l'article 5 de la directive 2001/23 <sup>89</sup>. L'adoption du livre XX du CDE en 2017 aurait pu être l'occasion de clarifier la situation mais ça n'a pas été le cas.

---

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> *Ididem*.

<sup>88</sup> L. BIHAIN, « Transfert d'entreprise sous autorité de justice : droits et obligations du repreneur à l'égard des travailleurs », *Ors*. 2016, liv. 3, pp. 8-25.

<sup>89</sup> *Voy. not.* : H. VAN HOOGENBEMT, « De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement », *J.T.T.*, 2009, n° 19, p. 183 ; J. PEETERS et P. HUMBLET, « De arbeidsrechtelijke aspecten van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen : gewikt en gewogen », *Gerechtelijke reorganisatie, Getest, gewikt en gewogen*, Anvers, Intersentia, 2010, nos 49-50, pp. 309-310

### Sous-section 5. Un premier coup de tonnerre : l'arrêt *Smallsteps*

96. L'arrêt *Smallsteps*, rendu par la CJUE le 22 juin 2017 au sujet de la pratique prétorienne néerlandaise de la *pre-pack cession* a amené la majorité parlementaire à retirer la proposition de faillite silencieuse (*pre-pack cession* belge).

97. Cet arrêt a également relancé le débat quant à la compatibilité du régime sociale de la PRJ par transfert d'entreprise avec le droit européen et a remis sur le métier la question de savoir si, compte tenu de ses termes, l'arrêt ne met pas en cause, au-delà de la *pre-pack cession*, la réglementation sociale actuelle du transfert sous autorité de justice <sup>90</sup>.

98. Avant d'aborder l'arrêt *Smallsteps*, il convient de brièvement définir le concept de *pre-pack cession*.

#### I. Le concept de *pre-pack cession*

99. Les principes directeurs du droit belge de l'insolvabilité ont fait l'objet d'une évolution qui est bien connue : si, originellement, ils étaient fondés sur la répression du commerçant défaillant, élément perturbateur du marché, ils se sont orientés, dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, vers le sauvetage de l'entreprise en difficulté, dans un souci de préservation de l'activité et de l'emploi <sup>91</sup>.

100. Le maintien de valeur de l'entreprise commande de pouvoir réaliser le sauvetage de l'entreprise en dehors d'une procédure judiciaire <sup>92</sup>.

En effet, la publicité qui entoure une procédure judiciaire peut très rapidement conduire à des réactions négatives du marché, qu'il s'agisse des clients (spécialement pour les entreprises dont le succès repose sur la perception du public ou dont la valeur dépend d'éléments immatériels comme une marque forte) ou des fournisseurs (qui n'accepteront plus de traiter avec l'entreprise qu'à des conditions qui rendront encore plus difficile le financement de ses activités en cours de procédure) <sup>93</sup>.

101. Le maintien de la valeur de l'entreprise a acquis le statut de nouvel objectif prioritaire du droit de l'insolvabilité. Afin d'atteindre cet objectif, il convient de permettre que la préparation du projet de redressement se fasse dans la discrétion et en dehors de toute procédure collective. On ouvre alors la procédure collective uniquement pour la très brève durée nécessaire à l'exécution du projet déjà complètement élaboré (d'où le terme de « *pre-pack* »). Le projet bénéficie ainsi du régime privilégié des procédures d'insolvabilité sans souffrir des inconvénients relatifs à la publicité qui entoure une procédure judiciaire <sup>94</sup>.

<sup>90</sup> 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*, Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Larcier, p. 171.

<sup>91</sup> N. THIRION, *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 637 et s.

<sup>92</sup> R. AYDOGDU, « L'impact de l'arrêt *Smallsteps* sur le droit belge de l'insolvabilité: one giant leap for mankind » in *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. Zenner dir., Limal, Anthemis, 2018, pp. 409-434.

<sup>93</sup> B. XIE, « Regulating pre-packaged administration – a complete agenda », *Journal of Business law*, 2011, p.519

<sup>94</sup> R. AYDOGDU, « L'impact de l'arrêt *Smallsteps* sur le droit belge de l'insolvabilité : one giant leap for mankind » in *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. Zenner dir., Limal, Anthemis, 2018, pp. 409-434.

## II. L'arrêt *Smallsteps*

**102.** La CJUE avait à connaître de quatre questions préjudicielles posées par le *Rechtbank Midden-Nederland*, saisi d'un litige au sujet de la *pre-pack auto-cession* d'une partie d'une entreprise organisée sous la forme d'une société de droit néerlandais <sup>95</sup>.

**103.** Une *pre-pack cession* a été signé entre le curateur et le repreneur, *Smallsteps*, aux termes de laquelle ce-dernier s'est engagé à offrir un emploi à près de 2 600 travailleurs de l'entreprise reprise sur un total de 3 600 <sup>96</sup>.

Quatre travailleurs non repris ont introduit, devant la juridiction de renvoi, un recours afin de faire constater que la directive 2001/23 s'applique à la *pre-pack auto-cession* de droit néerlandais et que, ainsi, ces quatre travailleurs devaient être considérés comme travaillant désormais de plein droit pour *Smallsteps* <sup>97</sup>.

**104.** Dans ses conclusions présentées le 29 mars 2017, l'Avocat général Mengozzi a soutenu que :

« une procédure amenant à la conclusion d'un *pre-pack*, telle que celle qui a eu lieu dans l'affaire au principal, bien qu'elle puisse se dérouler en partie dans le cadre d'une procédure de faillite, ne relève pas de l'exception prévue à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23, de sorte que le régime de protection des travailleurs prévu aux articles 3 et 4 de cette directive trouve application en cas de transfert d'une entreprise ou d'une partie de celle-ci dans le cadre d'un tel *pre-pack* » <sup>98</sup>.

**105.** Dans son arrêt, la CJUE suit la thèse développée dans les conclusions de l'Avocat général et répond aux questions préjudicielles de la manière suivante :

« la directive 2001/23, et notamment son article 5, paragraphe 1, doit être interprétée en ce sens que la protection des travailleurs garantie par les articles 3 et 4 de cette directive est maintenue dans une situation, telle que celle en cause au principal, où le transfert d'une entreprise intervient à la suite d'une déclaration de faillite dans le contexte d'un *pre-pack*, préparé antérieurement à celle-ci et mis en œuvre immédiatement après le prononcé de la faillite, dans le cadre duquel, notamment, un "curateur pressenti", désigné par un tribunal, examine les possibilités d'une éventuelle poursuite des activités de cette entreprise par un tiers et se prépare à passer des actes juste après le prononcé de la faillite afin de réaliser cette poursuite, et, par ailleurs, [il] n'est pas pertinent, à cet égard, que l'objectif poursuivi par cette opération de *pre-pack* vise également la maximalisation du produit de la cession pour l'ensemble des créanciers de l'entreprise » <sup>99</sup>.

---

<sup>95</sup> 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*, Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Larcier, p. 171.

<sup>96</sup> F. DE LEO, « Het stil faillissement na de *Smallsteps*-zaak : uit het oog, maar niet uit het hart », *R.D.C.* 2018, liv. 7, pp. 673.

<sup>97</sup> AYDOGDU, R. et F. ROZZNBERG, F., « De *Smallsteps* à *Plessers* : un "grand bond en avant" pour le redressement des entreprises en difficulté », in *Les réformes du droit économique : premières applications, Formation permanente CUP*, Limal, Anthemis, vol. 190, 2019, pp. 82 et s.

<sup>98</sup> Conclusions de l'Avocat Général M. Paolo Mengozzi précédant l'arrêt CJUE, 22 juin 2017, aff. C-126/16, disponibles sur le site de la Cour.

<sup>99</sup> CJUE, 22 juin 2017, aff. C-126/16, disponible sur le site de la Cour.

106. La Cour examine ensuite les trois conditions cumulatives à l'application de l'article 5, § 1<sup>er</sup> de la directive et constate qu'aucune de ces trois conditions n'est remplie.

107. Bien qu'il concerne le droit néerlandais, cet arrêt *Smallsteps* va entraîner deux conséquences en droit belge de l'insolvabilité :

1. le retrait de la *pre-pack cession* belge du projet de loi portant insertion du livre XX. Le législateur n'en tire toutefois aucune conséquence sur le plan du régime social de la PRJ par transfert d'entreprise : la loi sera adoptée 20 jours après le prononcé de l'arrêt *Smallsteps* sans aucune modification concernant la PRJ.

Compte tenu des difficultés pour aboutir à la conclusion de la CCT n°102, le législateur a vraisemblablement voulu éviter d'ouvrir la boîte de Pandore <sup>100</sup>.

En effet, dans les travaux préparatoires de la loi du 11 août 2017, on peut lire :

« Le compromis qui a été conclu alors a été renforcé depuis du fait que la convention collective de travail visée à l'article a été conclue. L'équilibre entre la liberté du repreneur d'effectuer une sélection concernant le personnel repris et le droit du personnel d'être transféré a été déterminé par les partenaires sociaux. Cet article est le résultat de longues négociations qui ont été clôturées avec succès » <sup>101</sup>.

Il est également vraisemblable que si l'affaire *Smallsteps* n'a été appréhendée, durant les travaux préparatoires, qu'à travers la réglementation sociale de la *pre-pack cession* belge, c'est probablement en raison des faits soumis à la CJUE, qui concernaient précisément une *pre-pack* néerlandaise <sup>102</sup>.

2. la reprise du débat sur la comptabilité du régime social de la PRJ par transfert d'entreprise avec le droit de l'Union européenne, suite au manque de réaction de la part du législateur <sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> DE SAUVAGE G., BROUHNS M., « Le transfert d'entreprise sous le régime du Livre XX du Code de droit économique » in *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. Zenner dir., Limal, Anthemis, 2018, pp. 345-408

<sup>101</sup> *Doc. parl.*, Ch., 2016-2017, n°2407/001, p.77.

<sup>102</sup> AYDOGDU, R. et F. ROZZNBERG, F., « De Smallsteps à Plessers : un "grand bond en avant" pour le redressement des entreprises en difficulté », in *Les réformes du droit économique : premières applications*, Formation permanente CUP, Limal, Anthemis, vol. 190, 2019, pp. 82 et s.

<sup>103</sup> *Voy not.* : Y. BRULARD, É. HUVELLE, « La réorganisation de la réorganisation : entre contraintes européennes contradictoires et nécessités pratiques - Quel avenir pour la procédure de réorganisation judiciaire ? » in *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. Zenner dir., Limal, Anthemis, 2018, pp. 435-472 ; R. AYDOGDU, « L'impact de l'arrêt Smallsteps sur le droit belge de l'insolvabilité: one giant leap for mankind » in *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. Zenner dir., Limal, Anthemis, 2018, pp. 409-434 ; 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*, Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Larquier, pp. 141-186 ; G.De SAUVAGE et M. BROUHNS, « Le transfert d'entreprise sous le régime du Livre XX du Code de droit économique » in *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. Zenner dir., Limal, Anthemis, 2018, pp. 345-408 ; A. LAMINE, « Les droits des travailleurs en cas de transfert d'une entreprise insolvable », *J.D.E.* 2018, n°249, pp.166-173 ; F. DE LEO, « Het stil faillissement na de Smallsteps-zaak : uit het oog, maar niet uit het hart », *R.D.C.* 2018, liv. 7, pp. 671-683.

## **Sous-section 6. Un second coup de tonnerre : l'arrêt *Plessers***

**108.** A peine quelque jour après l'adoption du livre XX du CDE, la Cour de justice fut saisie par un arrêt de la Cour du travail d'Anvers du 14 août 2017, qui avait à connaître, en appel, du recours introduit par Madame Plessers, travailleuse qui n'avait pas été reprise dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice <sup>104</sup>.

**109.** Dans son arrêt *Plessers* <sup>105</sup>, la Cour de justice tient un raisonnement semblable au raisonnement qu'elle avait développé dans le cadre de son arrêt *Smallsteps* au sujet de la procédure néerlandaise de *pre-pack*.

**110.** Ainsi, la Cour de justice examine les trois conditions cumulatives de l'application de l'article 5 de la directive.

**110.1.** Concernant la condition relative à l'existence d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité analogue, la Cour de justice constate que la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice, qui n'est pas une procédure de faillite et fait obstacle à celle-ci pendant le sursis, peut certes aboutir à une faillite mais qu'il ne s'agit pas là d'une conséquence automatique ni certaine.

**110.2.** Quant à la deuxième condition, la Cour de justice constate, qu'« ainsi qu'il ressort du libellé même de la question posée, la juridiction nationale compétente <sup>106</sup> a ordonné une telle procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice en vue du maintien de tout ou partie [de l'entreprise en réorganisation judiciaire] ou de ses activités », ce qui indique que le transfert vise la poursuite de l'activité de l'entreprise concernée et ne satisfait donc pas à la condition d'avoir été ouverte aux fins de la liquidation des biens du cédant.

**110.3.** En ce qui concerne la dernière condition selon laquelle la procédure doit se trouver sous le contrôle d'une autorité publique compétente, la Cour estime que « le contrôle exercé par le mandataire [de justice] dans le cadre de la procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice ne saurait satisfaire à cette condition, dans la mesure où sa portée est plus restreinte que celle du contrôle exercé par le mandataire dans le cadre d'une procédure de faillite ».

**111.** La Cour en conclut que les conditions d'application de l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la directive 2001/23 ne sont pas réunies et que les articles 3 et 4 sont donc applicables en cas de transfert sous autorité de justice.

**112.** Dans leur commentaire de l'arrêt, MM. Aydogdu et Wildemeersch estiment que l'appréciation de la Cour de justice au sujet des première et troisième condition n'est pas insusceptible de critiques et sera assurément débattue.

---

<sup>104</sup> R. AYDOGDU et J. WILDEMEERSCH, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne : une condamnation « avec sursis » de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *J.L.M.B.*, 2019/27, p. 1267-1279.

<sup>105</sup> CJUE, 16 mai 2019, aff. C-509/17, disponible sur le site de la Cour.

<sup>106</sup> C'est-à-dire le tribunal de l'entreprise qui a autorisé le transfert.

Toutefois, ils rappellent que, dès lors que les trois conditions de l'article 5 sont cumulatives, la décision de la Cour trouve un fondement suffisant dans le fait que le transfert sous autorité de justice n'est pas une procédure ouverte aux fins de liquidation, telle que la Cour l'a définie dans son arrêt *Smallsteps*<sup>107</sup>.

113. La solution de compromis adoptée en droit belge ne rentre dès lors pas dans de l'exception portée par l'article 5, § 1<sup>er</sup>, de la directive 2001/23.

### **Sous-section 7. La réception de l'arrêt *Plessers* dans l'ordre juridique belge**

114. La Cour de justice n'est pas compétente pour se prononcer sur la compatibilité d'une norme de droit interne avec le droit de l'Union. Elle l'a d'ailleurs rappelé dans l'arrêt *Plessers*. Toutefois, lorsque la Cour de justice se prononce dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, l'interprétation du droit de l'Union qu'elle donne peut déboucher sur un constat d'invalidité de la norme nationale dont l'application est à l'origine du renvoi préjudiciel.

Tel est le cas de l'arrêt *Plessers* où la Cour pose un constat d'invalidité du droit belge en ce qu'il prévoit, pour le cessionnaire, le droit de choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre dans le cadre d'une PRJ par transfert d'entreprise sous autorité de justice<sup>108</sup>.

115. Si ce constat est sans appel, ses conséquences pratiques pour le juge belge se révèlent beaucoup moins simples à déterminer. La présente sous-section propose dès lors une brève présentation des principes de droit de l'Union et de droit belge qui permettent de comprendre comment l'arrêt *Plessers* est reçu dans l'ordre juridique belge.

#### **I. Principes de droit de l'Union**

116. L'interprétation du droit de l'Union donnée par la Cour de justice dans le cadre d'un renvoi préjudiciel s'impose non seulement au juge qui a posé la question à l'origine de l'arrêt mais également à tous les autres<sup>109</sup> en raison de l'effet *erga omnes*<sup>110</sup> ou « généralisé »<sup>111</sup> des arrêts préjudiciels<sup>112</sup>.

---

<sup>107</sup> R. AYDOGDU et J. WILDEMEERSCH, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne : une condamnation « avec sursis » de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *J.L.M.B.*, 2019/27, p. 1267-1279.

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> C. SOULARD, A. RIGAUX et R. MUNOZ, *Contentieux de l'Union européenne/3 - Renvoi préjudiciel - Recours en manquement*, Paris, Lamy, coll. Axe droit, 2011, n° 9.

<sup>110</sup> R. BARENTS, *Remedies and Procedures before the EU Courts*, Wolters Kluwer, European Monograph Series, vol. 97, 2016, n° 10.226.

<sup>111</sup> K. LENAERTS, « Form and Substance of the Preliminary Ruling Procedure », in D. CURTIN et T. HEUKELS, *Institutional Dynamics of European Integration, Essays in Honor of Henry G. Schermers*, vol. II, Kluwer Academic Publishers, 1994, pp. 355 à 380, spéc. p. 376.

<sup>112</sup> R. AYDOGDU et J. WILDEMEERSCH, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne : une condamnation « avec sursis » de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *J.L.M.B.*, 2019/27, p. 1267-1279.

117. Si certains ont soutenu que le constat d'incompatibilité de la règle nationale au droit de l'Union devait avoir la même force obligatoire que l'interprétation proprement dite du droit de l'Union et que les juridictions nationales ne pouvaient, par conséquent, plus appliquer la disposition de la norme nationale en cause <sup>113</sup>, cette affirmation doit être nuancée <sup>114</sup>.

118. En effet, il est désormais certain qu'une norme du droit de l'Union ne peut, à elle seule, si elle est dépourvue d'effet direct, entraîner l'écartement d'une norme nationale contraire. La question a été tranchée par la Cour de justice dans son arrêt *Poplawski* <sup>115</sup>.

Il ressort de cet arrêt qu'une juridiction nationale, saisie d'un litige entre particuliers, qui se trouve dans l'impossibilité de procéder à une interprétation des dispositions de son droit national qui serait conforme à une directive non transposée ou incorrectement transposée, n'est pas tenue, sur le seul fondement du droit de l'Union, d'écarter l'application de ces dispositions nationales contraires aux dispositions de la directive.

Dès lors, si la norme de droit interne litigieuse n'est pas susceptible d'être interprétée conformément au droit européen et si le droit national lui-même n'impose pas au juge d'écarter la norme nationale contraire au droit de l'Union, la seule option ouverte au justiciable lésé est de tenter d'obtenir de l'État l'indemnisation du dommage subi en raison de l'application à son cas d'espèce d'une norme contraire à une directive <sup>116</sup>.

119. Ce raisonnement est repris par la CJUE dans l'arrêt *Plessers* <sup>117</sup>.

## II. Principes de droit belge

120. On l'a vu, la CJUE a choisi de laisser aux États membres le pouvoir de déterminer si le juge national peut écarter une norme nationale non conforme à une norme de droit européen dépourvue d'effet direct lorsque la première n'est pas susceptible d'être interprétée conformément à la seconde <sup>118</sup>.

121. En droit belge, une lecture de l'article 159 de la Constitution, d'une part, et de la jurisprudence de la Cour de cassation, d'autre part, révèle que le juge judiciaire n'a pas le pouvoir d'écarter une norme de nature législative contraire au droit international dépourvu d'effet direct <sup>119</sup>.

---

<sup>113</sup> F.A. SCHOCKWEILER, « L'exécution des arrêts de la Cour », in *Du droit international au droit de l'intégration - Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, pp. 613 à 635.

<sup>114</sup> R. AYDOGDU et J. WILDEMEERSCH, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne : une condamnation « avec sursis » de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *J.L.M.B.*, 2019/27, p. 1267-1279.

<sup>115</sup> CJUE, 24 juin 2019, aff. C-573/17, disponible sur le site de la Cour.

<sup>116</sup> R. AYDOGDU et J. WILDEMEERSCH, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne : une condamnation « avec sursis » de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *J.L.M.B.*, 2019/27, p. 1267-1279.

<sup>117</sup> Point 60 de l'arrêt.

<sup>118</sup> R. AYDOGDU et J. WILDEMEERSCH, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne : une condamnation « avec sursis » de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *J.L.M.B.*, 2019/27, p. 1267-1279.

<sup>119</sup> Cass., 27 mai 1971, *Société Fromagerie franco-suisse Le Ski, J.T.*, 1971, p. 471.

L'obligation d'écarter une norme interne contraire à une disposition du droit de l'Union semble donc être limitée à l'hypothèse où cette dernière est d'effet direct <sup>120</sup>.

122. Par ailleurs, l'État belge est susceptible de voir engager sa responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil quel que soit le pouvoir à l'origine du dommage (législatif, exécutif ou judiciaire).

### **III. Conséquences pratiques pour le juge belge**

123. Ces principes ayant été exposés, il convient de s'interroger sur l'attitude que le juge est censé adopter lorsqu'il est face à un projet de réorganisation d'entreprise par transfert sous autorité de justice qui ne prévoit pas la reprise de la totalité des travailleurs.

#### **a. Interprétation conforme ?**

124. Contrairement à ce qu'elle a fait en d'autres occasions <sup>121</sup>, dans l'arrêt *Plessers*, la Cour n'invite pas le juge national à essayer de trouver une interprétation conforme à la directive mais précise, au contraire et uniquement, que :

« le juge 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 » <sup>122</sup>.

125. Il semble dès lors qu'il ne soit pas, en l'espèce, possible de procéder à une interprétation conforme à la directive. En effet, à moins de procéder à une interprétation *contra legem*, il est impossible d'interpréter l'article XX.86 CDE et l'article 12 de la CCT n°102 comme ne permettant pas au cessionnaire de choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre.

Or, dans l'arrêt *Plessers*, si la Cour de justice estime que le droit belge viole la directive 2001/23 c'est précisément parce que l'article XX.86 CDE et l'article 12 de la CCT n°102 permettent au cessionnaire, dans le cadre du transfert d'une entreprise lors PRJ, de choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre.

#### **b. La responsabilité de l'état belge du fait du pouvoir législatif ou judiciaire**

126. À défaut pour le juge belge de pouvoir interpréter le droit belge conformément à la directive 2001/23 et de pouvoir l'écarter sur la base du droit de l'Union ou du droit belge, il semble qu'il n'ait d'autre choix que de continuer à l'appliquer alors même que cette disposition est contraire au droit de l'Union <sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> En ce sens : Cass., 11 mars 2015, *Pas.*, 2015/3, p. 662.

<sup>121</sup> R. AYDOGDU et J. WILDEMEERSCH, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne : une condamnation « avec sursis » de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *J.L.M.B.*, 2019/27, p. 1267-1279.

<sup>122</sup> Point 60 de l'arrêt.

<sup>123</sup> *Ibidem*.

Par conséquent, tant que le législateur belge n'a pas modifié l'article XX.86, §3 du CDE et l'article 12 de la C.C.T. n° 102 dans un sens conforme aux articles 3, 4 et 5 de la directive 2001/23, tels qu'interprétés par la Cour de justice, le(s) travailleur(s) non-repris ont tout au plus la possibilité de demander à l'État belge l'indemnisation de leur préjudice.

**127.** Telle n'est pas la solution retenue par le tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles dans son jugement *De Vismijn*<sup>124</sup>. En effet, il a estimé que s'il « pouvait » continuer à appliquer les dispositions existantes relatives au maintien des droits des travailleurs il ne pouvait, en principe, pas prendre en considération l'offre qui ne proposait qu'une reprise partielle du personnel sous peine de risquer un recours éventuel en responsabilité contre l'État belge. C'est pourquoi, afin d'éviter cette difficulté, le tribunal a invité les cessionnaires potentiels à revoir leurs offres dans un sens conforme à la directive<sup>125</sup>.

**128.** Une telle décision n'est pas critiquable au regard du droit de l'Union. En effet, le juge de l'Union a choisi de laisser aux États membres le soin de régler la question du pouvoir du juge national confronté à une norme nationale contraire à une disposition du droit de l'Union dépourvue d'effet direct lorsque la norme nationale n'est pas susceptible d'être interprétée conformément à cette disposition<sup>126</sup>.

**129.** En revanche, il convient de s'interroger au regard du droit belge. En effet, d'une part, l'article 159 de la Constitution circonscrit l'obligation pour le juge judiciaire d'écarter la norme contraire à la Constitution aux seuls actes de nature réglementaire et, d'autre part, l'obligation d'écarter une norme contraire au droit international est limitée, dans l'ordre juridique belge, aux seules normes qui sont d'effet direct. Or, en « invitant » les offrants à revoir leurs offres dans un sens conforme à la directive, le juge écarte, implicitement mais certainement, la loi belge au profit du droit de l'Union<sup>127</sup>.

**130.** Ainsi, si cette décision a pour objectif d'éviter une mise en cause, par les travailleurs non repris, de la responsabilité de l'État du fait du pouvoir législatif, elle se révèle toutefois potentiellement préjudiciable pour les offrants.

En effet, ces derniers pourraient se plaindre de devoir supporter un coût supplémentaire que le droit belge n'impose pas, à savoir la reprise de tout le personnel ou, du moins, de tous les travailleurs dont ils ne peuvent établir qu'ils ne peuvent les reprendre pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi, au sens de l'article 4, § 1<sup>er</sup> de la directive 2001/23.

Par ailleurs, en cas d'offres concurrentes qui ne sont pas comparables au sens de l'article XX.89, §1<sup>er</sup> du CDE, l'auteur d'une offre qui, bien que préférable au regard du droit belge, serait écartée pour non-conformité à la directive au profit d'une autre offre conforme, pourrait également se prétendre préjudicié.

---

<sup>124</sup> T.E. Bruxelles, 22 mai 2019, *J.L.M.B.*, 2019/17, p. 1264.

<sup>125</sup> R. AYDOGDU et J. WILDEMEERSCH, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne : une condamnation « avec sursis » de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *J.L.M.B.*, 2019/27, p. 1267-1279.

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

Enfin, l'entreprise en réorganisation judiciaire (voire les créanciers de celle-ci) pourrait, elle aussi, s'en trouver lésée, si cette exigence non prévue par le droit belge devait aboutir à une absence de transfert ou à un transfert à des conditions financières moins avantageuses <sup>128</sup>.

**131.** Ces réclamations pourraient mener à une procédure en responsabilité introduite contre l'État belge en raison d'une faute commise, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, par le tribunal de l'entreprise.

Ainsi, en voulant éviter la mise en cause de l'État du fait du législateur, la décision du tribunal de l'entreprise apparaît, en théorie, susceptible d'engager la responsabilité de l'État du fait des magistrats.

### **c. Une condamnation avec sursis**

**132.** MM. Aydogdu et Wildemeersch qualifie l'arrêt *Plessers* de « condamnation "avec sursis" de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice » <sup>129</sup>. La formule permet de saisir comment l'arrêt *Plessers* est reçu dans l'ordre juridique belge.

**133.** Que la loi belge continue ou non d'être appliquée, l'État belge est, dans chacune des hypothèses, susceptible de devoir réparer le préjudice occasionné par la mauvaise transposition d'une directive. Un tel risque devrait donc l'encourager à modifier rapidement l'article XX.86 du CDE et la CCT n° 102.

L'abandon de la solution de compromis sonne, pour certains, comme une condamnation du transfert sous autorité de justice : la protection renforcée des travailleurs pourrait dissuader les candidats repreneurs de faire offre dans le cadre de la réorganisation judiciaire, dans l'attente des modalités plus libérales qui prévalent pour la reprise après faillite <sup>130</sup>.

Toutefois, le transfert sous autorité de justice jouit actuellement d'un sursis qui lui est accordé par les principes de droit européen et de droit belge qui, pour les premiers, n'imposent pas mais, au contraire, pour les seconds, prohibent toute modification judiciaire de la réglementation sociale du transfert avant l'intervention du législateur et des partenaires sociaux <sup>131</sup>.

**134.** A cet égard, le tribunal de l'entreprise de Liège, respectueux du sursis dont jouit actuellement le transferts sous autorité de justice, a retenu que :

« Il y a lieu d'autoriser un transfert d'entreprise satisfaisant aux conditions imposées par l'article XX.87 du Code de droit économique. Le juge ne peut écarter l'application du droit belge contraire à une directive européenne dépourvue d'effet direct. Il appartient au législateur de modifier le droit interne pour transposer de manière correcte le droit de l'Union » <sup>132</sup>.

---

<sup>128</sup> *Ibidem*.

<sup>129</sup> *Ibidem*.

<sup>130</sup> R. AYDOGDU et F. ROZZNBERG, « De Smallsteps à Plessers : un "grand bond en avant" pour le redressement des entreprises en difficulté », in *Les réformes du droit économique : premières applications, Formation permanente CUP*, Limal, Anthemis, vol. 190, 2019, pp. 82 et s.

<sup>131</sup> R. AYDOGDU et J. WILDEMEERSCH, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne : une condamnation « avec sursis » de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *J.L.M.B.*, 2019/27, p. 1267-1279.

<sup>132</sup> T.E. Liège, 26 septembre 2019, *J.L.M.B.*, 2020/5, p.221.

### **Sous-section 8. Vers un tarissement de la PRJ par transfert d'entreprise sous autorité de justice ?**

**135.** Il convient de distinguer deux hypothèses.

**135.1.** La première hypothèse est celle de la situation avant le constat de non-conformité au droit européen. Si on applique les principes repris à l'article XX.86 CDE et dans la CCT n°102, le candidat repreneur est libre de choisir de conserver le nombre de travailleur qu'il désire mais il est tenu par les obligations à l'égard des travailleurs repris qui résultent de leur contrat de travail avec le débiteur. Ainsi, il sera notamment redevable des éventuels arriérés de rémunération.

**135.2.** La seconde hypothèse est celle de la situation après le constat de non-conformité au droit européen.

On l'a vu <sup>133</sup>, dans l'état actuel de la législation, que l'article XX.86 CDE et la CCT n°102 continuent ou non d'être appliqués, l'état belge s'expose au risque de devoir réparer le préjudice occasionné par la mauvaise transposition de la directive 2001/23. Dès lors, il est probable que le législateur décide de « réparer » l'erreur de transposition. Il ne pourra, alors, plus faire application de l'exception reprise à l'article 5 de la directive.

Par conséquent, le candidat repreneur serait, d'une part, tenu de reprendre tous les travailleurs et, d'autre part, se verrait transférer l'ensemble des obligations qui découlent des contrats de travail à la date du transfert. Ainsi, il sera également redevable des éventuels arriérés de rémunération.

**136.** Dans les deux cas de figure, il sera souvent plus opportun pour le candidat repreneur de ne pas faire d'offre au stade de la PRJ mais d'attendre que la situation se dégrade et que l'entreprise finisse par tomber en faillite.

Il pourra ainsi profiter du chapitre III de la CCT n°102 qui offre des modalités beaucoup plus libérales. En effet, le repreneur pourra alors choisir quels travailleurs il souhaite conserver et il ne se verra pas transférer l'ensemble des obligations qui découlent des contrats de travail.

**137.** Cette solution est toutefois loin d'être idéale sur le plan de la continuité des activités de l'entreprise, et donc du maintien de l'emploi. En effet, on a vu *supra* <sup>134</sup> les conséquences que la publicité liée aux procédures judiciaires d'insolvabilité pouvait avoir sur l'image de l'entreprise. Il peut s'en suivre une perte de clientèle et une diminution de la confiance des créanciers.

Ce constat est d'autant plus regrettable lorsqu'on se rappelle qu'initialement, le but poursuivi par la directive 2001/23 est de protéger les travailleurs...

**138.** Cette crainte quant au tarissement de la PRJ par transfert d'entreprise est tout sauf théorique. En effet, en 2017, le nombre de PRJ ne s'élevait qu'à 74. En 2010, il a même chuté à 40. Vu les conséquences que nous avons pu tirer de l'arrêt *Plessers*, on peut affirmer que cette tendance n'est certainement pas appelée à s'inverser.

---

<sup>133</sup> Points 132 et s.

<sup>134</sup> Points 99 et s.

## **Conclusion**

**139.** On a pu le constater, le parcours d'une entreprise qui fait l'objet d'une procédure de réorganisation judiciaire est tout sauf un long fleuve tranquille. Son chemin sera souvent semé d'embûches qui, chacune, diminuent les chances de réussite de la PRJ.

**140.** Ce constat est d'autant plus inquiétant quand on sait que la présente contribution n'a évoqué que les difficultés liées au fait que l'entreprise emploie des travailleurs. D'autres difficultés, notamment liées aux fournisseurs, au bailleur, aux clients, aux banques, aux actionnaires, etc., sont également susceptibles de se poser.

**141.** Ces difficultés ne sont pas simplement théoriques : elles se traduisent dans la pratique. En effet, il suffit de s'attarder sur quelques statistiques pour constater que la PRJ ne rencontre guère un franc succès. Le nombre de PRJ est en constante diminution : de 1253 en 2010, on chute à 696 en 2017 <sup>135</sup>.

Parallèlement, le nombre de faillites ne cesse d'augmenter : de 8476 en 2008, on est monté à 10598 en 2019 avec un pic à 11740 en 2013 <sup>136</sup>.

**142.** Par ailleurs, la tentation est grande de poser le constat, peut-être provocateur, que des dispositions qui ont été initialement pensées pour protéger les travailleurs finissent par desservir leurs intérêts. En effet, en diminuant les chances de réussite de la PRJ, ces dispositions sont de nature à bloquer le redressement de l'entreprise.

L'entreprise en difficulté risque alors de glisser lentement vers la faillite. Dès lors, les travailleurs risquent d'être purement et simplement licenciés et, le cas échéant, d'éprouver des difficultés à voir leur créances envers l'entreprise remboursées. Ils peuvent, certes, faire appel au fond de fermeture des entreprises mais il n'en reste pas moins qu'en cas de faillite, ils risquent de se retrouver sans emploi.

**143.** Quoi qu'il en soit, et sans vouloir inutilement blâmer le législateur, force est de constater que dans l'état actuel des choses, la PRJ risque très souvent de passer à côté de l'objectif initial qui est de préserver l'activité et l'emploi.

Si on a déjà relevé que le nombre de PRJ diminue d'année en année, il est encore plus interpellant de constater que 70 à 80%, voire 85%, des entreprises qui passent par la case PRJ finissent tout de même par être déclarées en faillite <sup>137</sup>.

**144.** Ces échecs sont sûrement dus, en partie, aux difficultés qu'une entreprise est amenée à rencontrer lors de la PRJ mais également au fait que la PRJ arrive souvent trop tard.

---

<sup>135</sup> I. VEROUGSTRAETE,, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, p. 13.

<sup>136</sup> Statistiques fournies par STATBEL et disponibles à l'adresse :

<https://statbel.fgov.be/fr/themes/entreprises/faillites#panel-12>

<sup>137</sup> Statistiques fournies par la RTBF et disponibles à l'adresse :

[https://www.rtbf.be/info/economie/detail\\_procedure-de-reorganisation-judiciaire-15-des-entreprises-parviennent-a-se-redresser?id=10054893](https://www.rtbf.be/info/economie/detail_procedure-de-reorganisation-judiciaire-15-des-entreprises-parviennent-a-se-redresser?id=10054893)



En effet, en tant qu'entrepreneur, il peut être compliqué de franchir la première étape qui consiste à avouer « qu'il y a un problème » et qu'il faut agir. Par ailleurs, il est fréquent que les clignotants des articles XX.21 à XX.29 du CDE s'allument trop tard.

La conséquence malheureuse est donc souvent que, lorsque la PRJ débute, l'entreprise est déjà en position fort délicate, voire catastrophique. C'est regrettable pour l'entreprise elle-même mais aussi pour ses partenaires.

**145.** En tout état de cause, si d'aucuns ont pu croire que l'adoption de livre XX était l'aboutissement d'un chantier, ce n'était en fait que la première pierre d'un travail de plus grande envergure. Le défi est de taille.

## **Bibliographie**

ALTER, C. et LÉVY MORELLE, A., « Cinq années de jurisprudence en matière de continuité d'entreprises (2013-2017) », in *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, 2018, OECCBB et Anthémis, p. 193.

ALTER, C. et ZENNER, A., *La loi sur la continuité des entreprises revisitée par la loi du 27 mai 2013*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013, p.49

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

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*, Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Larcier, pp. 141-186.

AYDOGDU, R. et F. ROZZNBERG, F., « De Smallsteps à Plessers : un "grand bond en avant" pour le redressement des entreprises en difficulté », in *Les réformes du droit économique : premières applications, Formation permanente CUP*, Limal, Anthemis, vol. 190, 2019, pp. 82 et s.

AYDOGDU, R. et WILDEMEERSCH, J., « L'arrêt Plessers de la Cour de justice de l'Union européenne : une condamnation « avec sursis » de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *J.L.M.B.*, 2019/27, p. 1267-1279.

BARENTS, R., *Remedies and Procedures before the EU Courts*, Wolters Kluwer, European Monograph Series, vol. 97, 2016, n° 10.226.

BIHAIN, L., « Transfert d'entreprise sous autorité de justice : droits et obligations du repreneur à l'égard des travailleurs », *Ors.* 2016, liv. 3, pp. 8-25.

BRIJS, S., *De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen*, *T.R.V.*, 2009, p. 673.

BRIJS S. et LINDEMANS, R., *De gevolgen van collectieve insolventieprocedures voor de executierechten van individuele schuldeisers*, Knops Publishing, pp. 13 et s.

BRULARD, Y. et HUVELLE, É., « La réorganisation de la réorganisation : entre contraintes européennes contradictoires et nécessités pratiques - Quel avenir pour la procédure de réorganisation judiciaire ? » in *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. Zenner dir., Limal, Anthemis, 2018, pp. 435-472.

CAVENAILLE, T. et LIGOT, F., « Les aspects sociaux de la cession d'une entreprise en difficulté » in *La cession d'une entreprise en difficulté - CUP 159*, M. Grégoire, D. Pasteger, dir., Larcier, pp. 229-273.

DAVID, W., RENARD, J. et RENARD, V., « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises » in *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2<sup>ème</sup> éd., livre 190bis X, Kluwer, 2010, p.78.

De LEO, F., « Het stil faillissement na de Smallsteps-zaak : uit het oog, maar niet uit het hart », *R.D.C.* 2018, liv. 7, pp. 671-683.

DE SAUVAGE G. et BROUHNS M., « Le transfert d'entreprise sous le régime du Livre XX du Code de droit économique » in *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. ZENNER dir., Limal, Anthemis, 2018, pp. 345-408.

DE WILDE, A., « Gelijkheid tussen schuldeisers. Toetsing aan de hand van de wet op de continuïteit van de ondernemingen » in *Le droit des affaires en évolution – L'égalité de traitement dans le monde de l'entreprise*, Bruylant-Kluwer, 2009, p. 89.

DIRIX, E. et JANSEN, R., « De positie van de schuldeisers en het lot van de lopende overeenkomsten » in *Gerechtelijke reorganisatie : getest, gewikt en gewogen*, Intersentia, 2010, p. 160.

GRÉGOIRE, M., « Le sort des créanciers et leurs garanties » - *L'entreprise en difficulté – Solutions et nouveaux outils juridiques*, Anthémis, p. 43.

HÜRNER, T., « L'action directe du sous-traitant », in *Privilèges et hypothèques. Commentaire avec aperçu de jurisprudence et de doctrine*, X, Kluwer, 2019, p.11.

KÉFER, F., « Le sort des travailleurs d'une entreprise en réorganisation judiciaire » in *Questions spéciales de droit social - Hommage à Michel Dumont - CUP 150*, J. CLESSE, J. HUNBIN, (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 408.

KÉFER, F., *Les transferts d'entreprises : étude de droit du travail belge et européen*, Anthemis, 2019.

LAMINE A., « Les droits des travailleurs en cas de transfert d'une entreprise insolvable », *J.D.E.* 2018, n°249, pp.166-173.

LEMAL, M., *La faillite (suite)*, Kluwer, p.27.

LENAERTS, K., « Form and Substance of the Preliminary Ruling Procedure », in D. CURTIN et T. HEUKELS, *Institutional Dynamics of European Integration, Essays in Honor of Henry G. Schermers*, vol. II, Kluwer Academic Publishers, 1994, pp. 355 à 380, spéc. p. 376.

PEETERS, J. et HUMBLET, P., « De arbeidsrechtelijke aspecten van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen : gewikt en gewogen », *Gerechtelijke reorganisatie, Getest, gewikt en gewogen*, Anvers, Intersentia, 2010, nos 49-50, pp. 309-310.

SCHOCKWEILER, F.A., « L'exécution des arrêts de la Cour », in *Du droit international au droit de l'intégration - Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, pp. 613 à 635.

SOULARD, C., RIGAUX, A. et MUNOZ, R., *Contentieux de l'Union européenne/3 - Renvoi préjudiciel - Recours en manquement*, Paris, Lamy, coll. Axe droit, 2011, n° 9.

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

VAN DEN BROELE, É., « La loi sur la continuité des entreprises : un instantané avant l'application du Livre XX du Code de droit économique » in *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. Zenner (dir.), Limal, Anthemis, 2018, pp. 53-78.

VAN HOOGENBEMT, H., « De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement », *J.T.T.*, 2009, n° 19, p. 183.

VAN MEENNEM, M. « De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen », *R.W.*, 2008-2009, p. 1304 et s.

VAN WASSENHOVE, S., « La renonciation en droit du travail », *J.T.T.*, 2007, pp. 409 et s.

VEROUGSTRAETE, I., *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019

VEROUGSTRAETE, I., *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011.

WINDEY, J. « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009, p.243.

XIE, B., « Regulating pre-packaged administration – a complete agenda », *Journal of Business law*, 2011, p.519

ZENNER, A., *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises : prévention et réorganisation judiciaire des entreprises en difficulté*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009.