

Note sur la proposition de loi du 21 octobre 2020 déposée par M. Koen Geens, modifiant le Livre XX du Code de droit économique, à propos de la PRJ par transfert d'entreprise, et sur l'enseignement à tirer de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne prononcé le 16 mai 2019

I. Contexte légal

Par jugement, le tribunal de l'entreprise déclare ouverte la procédure en réorganisation judiciaire par transfert d'entreprise. Le plus souvent, le tribunal y précise que le mandataire de justice est chargé d'organiser et de réaliser le transfert sachant que son objet est laissé à son appréciation, comme le stipule par ailleurs l'article XX.85 CDE (quoique le tribunal puisse aussi définir le périmètre des actifs ou des activités de l'entreprise à céder, sur base de la requête du débiteur). Il veille à recueillir la meilleure offre (sinon les meilleures offres) qui selon lui (ou le tribunal en cas de pluralité de candidats) conjugue au mieux le maintien de tout ou partie de l'activité de l'entreprise en sursis tout en ayant égard aux droits des créanciers (article XX.87 § 1^{er} CDE), comme d'une certaine permanence de l'emploi (article XX.89 § 1^{er} CDE).

L'article XX.39 CDE¹ dispose que la procédure a pour but, sous le contrôle du juge, la continuité de tout ou partie des actifs ou des activités de l'entreprise [...] en vue de permettre [leur transfert] à un ou plusieurs tiers, conformément aux articles XX.84 à XX.96

Ainsi, le mandataire veille à organiser et réaliser le transfert par la vente ou la cession des actifs mobiliers ou immobiliers, nécessaires ou utiles au maintien de tout ou partie de l'activité de l'entreprise.

La loi distingue les actifs corporels ou incorporels, de l'activité ; dans la plupart des cas, l'activité d'une entreprise ne se conçoit qu'en raison du travail procuré par les employés et les ouvriers qui se trouvent liés par un contrat avec leur employeur, en difficulté.

L'objectif principal de la législation tant ancienne qu'actuelle, vise à sauvegarder l'activité commerciale ou industrielle du débiteur en difficulté sans tenir compte de la personne, physique qui l'exerce, ou morale qui l'abrite.

¹ Recopiant l'article 16 LCE, sous réserve que les mots « tout ou partie de l'entreprise » sont remplacés par l'expression « tout ou partie des actifs ».

L'ancien article 61 de la loi sur la continuité des entreprises², à présent devenu article XX.86 CDE, après une longue négociation au sein du Conseil national du travail, a permis aux partenaires sociaux de trouver un accord qui s'inscrit tant dans cette disposition que dans la convention collective de travail n°102. Cette convention collective fixe les modalités de transfert des droits et obligations des travailleurs concernés par un transfert d'entreprise sous autorité de justice. Dès à présent, nous pouvons déduire de cette phrase que la convention collective de travail comme la disposition du Code de droit économique ne concernent pas les droits et obligations des travailleurs qui ne sont pas repris³ dans le cadre d'un transfert d'entreprise sous autorité de justice ; ils restent liés au cédant (exclu la plupart du temps des négociations) qui devra leur réserver un sort une fois le transfert réalisé, dès lors qu'il ne remplit plus ses obligations d'employeur faute d'activité⁴.

Dès lors, nous pouvons souligner que cette disposition comme la convention collective de travail (ainsi que la proposition de loi) ne respectent pas la directive européenne 2001/23 relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise, d'établissements ou de parties d'entreprise. Cette directive s'attache non seulement au sort de tous les travailleurs et, partant, non seulement ceux qui sont visés dans le cadre du transfert, mais également ceux qui ne sont pas repris par le cessionnaire⁵.

II. De la directive 2001/23 visant la protection des travailleurs en cas de transfert d'entreprise

Dans les considérants de la directive, assez étonnamment, sous le point 3, est indiqué : « *des dispositions sont nécessaires pour protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise (sic !), en particulier pour assurer le maintien de leurs droits* ».

La directive est applicable à tout transfert d'entreprise ou d'établissement, en tout ou partie, résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion. Le transfert porte sur une entité économique maintenant son identité entendue comme un ensemble organisé de moyens en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire. Elle concerne les entreprises publiques ou privées exerçant une activité économique, qu'elles poursuivent ou non un but lucratif (article 1^{er}).

² L. PELTZER, in « *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité* », ouvrage collectif, Droit social, Larcier, 2012, pp. 510 et ss. I. Verougstraete et alii, manuel de l'insolvabilité, Kluwer, 2019, chapitre 5, volet social du transfert, pp 597 ss.

³ Cf. infra le raisonnement de la CJUE.

⁴ Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire, sous la direction de N Thirion, CUP 120, Anthémis 2010, Y Godfroid, la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice, pp.174 à 178.

⁵ Comme dans les affaires « SMALL STEPS » et « PLESSERS » - arrêts de la Cour de justice de l'UE des 22/06/2017 et 16/05/2019 (respectivement).

Selon l'article 2, « le cédant est toute personne qui du fait du transfert perd la qualité d'employeur à l'égard de l'entreprise ou de l'établissement, tandis que le cessionnaire est toute personne qui acquiert la qualité d'employeur ».

Le chapitre 2 de la directive concerne le maintien des droits des travailleurs et plus spécialement à travers les articles 3, 4 et 5.

L'article 3 prévoit sous son 1^{er} point que « *les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire* », sachant que les Etats membres peuvent prévoir une solidarité entre le cédant et le cessionnaire après la date du transfert, et ce à propos des obligations venues à échéance avant cette date.

L'article 4 stipule 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* ».

L'article 5, 1^o formule une exception aux principes des articles 3 et 4 en disant qu'ils « 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 (qui peut être un syndic autorisé par une autorité compétente) ».

Notons d'ores et déjà que la proposition de M Geens s'efforce d'assimiler la PRJ par transfert à une liquidation de biens.

Lorsque les articles 3 et 4 s'appliquent à un transfert au cours d'une procédure d'insolvabilité, engagée à l'égard du cédant, et à condition que cette procédure se trouve sous le contrôle d'une autorité publique compétente (le tribunal, et même un mandataire de justice), l'article 5.2 autorise l'Etat membre à prévoir que « les obligations du cédant résultant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail, qui sont dues avant la date du transfert ou avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ne sont pas transférées au cessionnaire, à condition que cette procédure entraîne, en vertu de la législation de cet Etat membre, une protection au moins équivalente à celle prévue dans les situations visées » dans une autre directive.

Au lieu de se saisir à tout prix de l'article 5.1 de la directive comme s'y évertue la proposition de loi de M. Geens, il me paraît plus judicieux de s'emparer de l'article 5.2 qui offre le nécessaire outil en vue de respecter la directive, tout en prenant en considération le cédant (et les travailleurs auxquels il reste lié), et donc de réussir l'objectif de sauvetage des entreprises.

III. De l'arrêt de la Cour de justice de l'UE du 16 mai 2019⁶

1. La Cour se réfère au droit belge, à savoir l'ancienne loi sur la continuité des entreprises (LCE) transposée dans le livre XX du Code de droit économique.

La haute juridiction cite les articles 22, 60, 61 ainsi que 62 LCE.

2. Ensuite, après avoir rappelé les faits et la question préjudicielle, la Cour répond à un argument relatif à la recevabilité de la demande. Le 29^{ème} attendu de la décision offre un intérêt spécifique dans la mesure où la Cour considère que *« en appliquant le droit national, les juridictions nationales appelées à l'interpréter sont tenues de prendre en considération l'ensemble des règles de ce droit et de faire application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci afin de l'interpréter, dans toute la mesure possible, à la lumière du texte ainsi que de la finalité de la directive en cause pour atteindre le résultat fixé par celle-ci et de se conformer ainsi à l'article 288 »* du Traité de Lisbonne.
3. La Cour reformule la question de la Cour du travail d'Anvers (section Hasselt) qui voulait savoir si la règle législative nationale (la loi sur la continuité des entreprises) était conforme aux articles 3 et 5 de la directive 2001/23 (33), en englobant l'article 4 (35).

La reformulation est la suivante, à savoir (36) : *« si la directive 2001/23, notamment ses articles 3 à 5, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui, en cas de transfert d'une entreprise intervenu dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice appliquée en vue du maintien de tout ou partie du cédant⁷ ou de ses activités, prévoit, pour le cessionnaire, le droit de choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre »*.

4. La Cour s'interroge ensuite s'il y a lieu de déterminer si le transfert d'une entreprise, tel que celui visé dans la loi sur la continuité, relève de l'exception prévue à l'article 5 §1^{er} de la directive. La Cour rappelle (40) les *« trois conditions cumulatives posées par cette disposition, à savoir i) que le cédant fasse l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue, ii) que cette procédure soit ouverte aux fins de la liquidation des biens du cédant et iii) qu'elle se trouve sous le contrôle d'une autorité publique compétente »*.

Curieusement, la Cour s'empare de l'article 22 de la loi sur la continuité des entreprises qui prévoit que dès après le dépôt de la requête, le débiteur ne peut plus être déclaré en faillite, ni être mis en liquidation judiciaire et arrête les mesures d'exécution sur les biens meubles et immeubles.

⁶ JLMB 2019/27, pp. 1256 et ss. ; JT 2019, pp. 545 et ss. (publié par extraits) ; RDC 2019/4, pp. 538 ss.

⁷ Ce qui est faux, au moins partiellement, selon que sont cédés en tout ou partie les actifs ou activités du cédant, ce dernier étant appelé à disparaître via la faillite ou la liquidation, ou à survivre activement de manière réduite.

Ces attendus semblent erronés car probablement mal expliqués, d'après quelques échos reçus.

A propos de la 2^{ème} condition, à savoir que la procédure est ouverte aux fins de la liquidation des biens du cédant, la Cour estime qu'il ressort de sa jurisprudence « *que ne satisfait pas à celle-ci une procédure visant la poursuite de l'activité de l'entreprise concernée* », - ce qui est erroné au regard de l'article 66 LCE, devenu article XX.92 CDE.

Enfin, en ce qui concerne la 3^{ème} condition, la Cour n'appréhende pas la législation belge puisqu'elle indique que le mandataire de justice « *est chargé de l'organiser et de le réaliser [le transfert] au nom et pour le compte du débiteur* » (46) (ce qui est correct en soi) ; mais, elle en déduit, sur base des conclusions de l'avocat général, que le contrôle du transfert est exercé par le mandataire et non pas par la juridiction (47), ce qui est incorrect puisque seul le tribunal autorise le transfert, après avoir vérifié les conditions légales (combinaison des articles 16 et 64 LCE devenus XX.39 et XX.89 CDE).

Par conséquent, la Cour considère (48) que la « *procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice (...) ne satisfait pas aux conditions prévues à l'article 5, paragraphe 1^{er}, de la directive 2001/23 et que, par conséquent, le transfert (...) ne relève pas de l'exception prévue à cette disposition* ». Dès lors, dit la Cour (49), seuls les articles 3 et 4 de la directive 2001/23 demeurent applicables.

5. Dans un second temps, la Cour, d'après la question préjudicielle reformulée, vérifie si les articles 3 et 4 de la directive doivent être interprétés, en ce sens qu'ils s'opposent à la loi sur la continuité des entreprises qui autorise le cessionnaire de choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre.

En application de l'article 3, § 1^{er} de ladite directive, « *les droits et 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* ».

Le raisonnement de la Cour devient intéressant dans son attendu n°57 car la législation belge sur la continuité des entreprises ne vise pas les travailleurs qui font l'objet d'un licenciement mais ceux dont le contrat de travail est transféré. (58) « *S'il est vrai que les travailleurs non choisis (...) sont implicitement mais nécessairement ceux dont aucune raison technique, économique ou organisationnelle n'impose* », la Cour estime que « *le cessionnaire⁸ n'est soumis à aucune obligation de démontrer que les licenciements intervenus dans le cadre du transfert sont dus à des raisons d'ordre technique, économique ou organisationnel* » du fait même du libellé de la loi. Aussi, la Cour en déduit que l'application de la loi belge « *est de nature à compromettre sérieusement le respect de l'objectif principal de la directive 2001/23 (...), à*

⁸ La CJUE se trompe car ce n'est pas le cessionnaire qui procède aux licenciements des travailleurs, n'ayant pas la qualité d'employeur. Seul le cédant a le pouvoir de les réaliser ; en outre, au moment du transfert, les licenciements ne sont pas encore intervenus.

savoir la protection des travailleurs contre les licenciements injustifiés en cas de transfert d'entreprise ».

III. **Quelles sont les conséquences de cet arrêt ?**

1. Remarques préliminaires

Revenons tout d'abord sur les appréciations émises par la Cour de justice concernant les trois conditions prévues à l'article 5, § 1^{er} de la directive 2001/23.

1. Il est vrai que les travaux préparatoires de la loi sur la continuité des entreprises a voulu volontairement éviter que la procédure en réorganisation judiciaire soit considérée comme une faillite ; d'ailleurs, elle a prévu expressément de ne pas créer de situation de concours (article I.22.9° CDE). Il suffit de se référer aux dispositions concernant la compensation, l'action directe, les diverses mesures d'exécution possibles sur les biens du débiteur, etc.

Néanmoins, la Cour aurait pu vérifier si la PRJ par transfert n'était pas à tout le moins une « procédure d'insolvabilité analogue ».

A tort, la Cour ne s'interroge pas sur la raison de l'application de l'article 22 LCE, puisqu'il s'agit de donner un temps de réflexion au juge délégué sur la recevabilité de la requête qui permet au tribunal de répondre à la requête en la déclarant recevable et, partant, d'ouvrir la procédure en réorganisation judiciaire. Il s'agit là manifestement d'une méconnaissance du droit belge et de cette législation dont s'emparent l'avocat général comme la Cour de justice. Cependant, les dispositions du titre V du Livre XX du Code de droit économique (tout comme celles de l'ancienne loi sur la continuité de l'entreprise) créent pourtant un concours mais seulement à l'issue de la procédure de transfert, - thème que des commentateurs de cet arrêt n'abordent pas⁹. En effet, tout d'abord, l'article XX.92 CDE (ex article 66 LCE) dispose : « *par l'effet de la vente des meubles ou immeubles, les droits des créanciers sont reportés sur le prix* », ce qui forcément crée un concours à l'instar de la faillite ou de la liquidation, soit une procédure d'insolvabilité analogue comme le prévoit la directive européenne. Ensuite, l'article XX.91 CDE (ex article 65 LCE, quoique autrement formulé) précise également le rôle du mandataire de justice qui a transféré l'entreprise puisqu'il est chargé de percevoir le prix et de le répartir dans le respect des causes légitimes de préférence (article I.22.7° CDE) ; c'est pourquoi le mandataire de justice invite tous les créanciers à faire une déclaration dans le registre, à l'exception de ceux dont il constate qu'ils n'entreront pas en ligne de compte pour une répartition. Il s'agit bien d'un concours. D'ailleurs, dans l'article XX.58 CDE (ex article 37

⁹ C. ALTER, Z. PLETINCKX, « *Observations* » sous l'arrêt de la CJUE, JT 2019, pp. 546 et ss.

R. AYDOGDU et J. WILDEMEERSCH, « *Observations* » sous le même arrêt, JLMB 2019/27, pp.1267 et ss. R. AYDOGDU et F. ROZENBERG, « *De SMALLSTEPS à PLESSERS* », CUP 190, mai 2019, Anthémis, pp. 92 et ss. S. JACMAIN et I. VEROUGSTAETE, premières réflexions critiques et pratiques suite à l'arrêt PLESSERS, RDC 2019/4, pp. 544, ss ; Inge Van de Plas, de Europeanisering van het Belgisch materieel insolventierecht, RDC 2019/4, pp 463 ; I Verougstraete et alii, manuel de l'insolvabilité, Kluwer 2019, chapitre 5 : le volet social du transfert, pp. 597 ss.

LCE), concernant les « dettes de masse », sont considérées les créances nées pendant le sursis comme dettes de masse dans une faillite – liquidation subséquente, ou dans la répartition visée à l’article XX.91 CDE en cas de transfert sous autorité de justice¹⁰.

2. La plupart des requêtes relatives au transfert d’entreprise porte souvent sur la globalité des actifs ou des activités du débiteur en difficulté. Nous sommes dans une autre hypothèse que celle qui est visée dans l’article XX.75 CDE (ex article 51 LCE) qui, dans le cadre d’un accord collectif, peut comprendre la cession volontaire de tout ou partie des actifs ou des activités qui seraient un des éléments prévus dans le plan de réorganisation soumis aux créanciers. Cette disposition peut entrer dans le raisonnement tenu par la Cour de justice (d’ailleurs, il est constant de dire que lorsque l’on recourt à cette disposition, on tombe sous le chapitre 2 de la convention collective 32 bis).

Mais le propos est éminemment politique puisque la convention collective 102, comme la disposition XX.86 CDE (ex article 61 LCE), sont l’expression d’un compromis entre les représentants patronaux et syndicaux au sein du Conseil national du travail, les premiers voulant que la PRJ par transfert tombe dans le chapitre 3, tandis que les seconds maintenant leur volonté de lui appliquer le chapitre 2 de la convention collective 32 bis. Nous sommes donc en face d’un compromis qui, à présent, est sanctionné par la Cour de justice de l’UE.

3. En ce qui concerne la 3^{ème} condition, la haute juridiction européenne commet manifestement une erreur car il y a un contrôle d’une autorité publique compétente, à savoir la juridiction de l’entreprise, puisque l’article XX.39 CDE (ex article 16 LCE) débute par l’alinéa suivant : *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.*

Ce n’est donc pas le mandataire de justice qui contrôle la procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice.

En effet, l’article XX.87 CDE dispose expressément que le mandataire organise et réalise le transfert ; il s’agit donc, comme l’exprime cette disposition, de rechercher des offres, de fixer le périmètre de la vente, de décider le recours à une vente publique ou de gré à gré, de définir les conditions pour présenter une offre, etc. ; la réalisation du transfert porte sur l’exécution de la convention qui est proposée et qui ne peut être signée et exécutée qu’après l’autorisation donnée par le tribunal. Ainsi, la loi ne parle que de projets que le mandataire doit soumettre à la juridiction (cf. le paragraphe 4 de l’article XX.87 CDE).

C’est sur base de l’article XX.89 CDE (ex article 64 LCE), qui prévoit le contrôle judiciaire puisque le tribunal autorise la vente projetée si celle-ci satisfait aux conditions fixées au §1^{er} de l’article XX.87 CDE (ex article 62 LCE auquel se réfère la Cour). Dès lors, il y a un contrôle juridictionnel qui est effectué dans le cadre du transfert de l’entreprise.

¹⁰ Il s’agit d’un ajout à l’ancienne disposition 37 LCE.

2. Quelles conclusions tirer de cet arrêt ?

Malgré les commentaires¹¹ ou autre décision étonnante qui a été prise¹², la Cour de justice détermine les conséquences de son arrêt. Il suffit de se référer aux attendus qui les énoncent, - comme l'ont observé à raison certains tribunaux¹³.

La Cour donne une première réponse quand elle se penche sur la recevabilité de la demande de question préjudicielle : « *une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc être invoquée en tant que telle à son encontre. Toutefois, la Cour a également jugé que l'obligation des Etats membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci ainsi que leur devoir de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation s'imposent à toutes les autorités des Etats membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, aux autorités juridictionnelles* » (28). « *Il s'ensuit que, en appliquant le droit national, les juridictions nationales appelées à l'interpréter sont tenues de prendre en considération l'ensemble des règles de ce droit et de faire application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci afin de l'interpréter, dans toute la mesure possible, à la lumière du texte ainsi que de la finalité de la directive en cause pour atteindre le résultat fixé par celle-ci et de se conformer ainsi* » au Traité de Lisbonne.

Mais, la Cour ajoute la limite dans son attendu n°60 puisque dans le précédent (59), elle dit que « *l'application d'une législation nationale (...) est de nature à compromettre sérieusement le respect de l'objectif principal de la directive 2001/23 (...), à savoir la protection des travailleurs contre les licenciements injustifiés en cas de transfert d'entreprise* ». *Il convient toutefois de rappeler qu'une juridiction nationale, saisie d'un litige entre particuliers, qui se trouve dans l'impossibilité de procéder à une interprétation des dispositions de son droit national qui serait conforme à une directive non transposée ou incorrectement transposée, n'est pas tenue, sur le seul fondement du droit de l'Union, de laisser inappliquées ces dispositions nationales contraires aux dispositions de cette directive* ».

Aussi, le tribunal de l'entreprise doit se conformer à la législation belge en vigueur, dans la décision qu'il prend, autorisant le transfert d'entreprise après avoir vérifié si les conditions fixées à l'article XX.87, §1^{er} CDE sont appliquées, sans pouvoir contrôler la conformité de l'offre au regard de l'article XX.86 CDE et de la convention collective du travail n°102¹⁴.

Et la Cour conclut à propos de la mauvaise transposition de la directive européenne en droit belge : « *la partie lésée par la non-conformité du droit national à ladite directive pourrait néanmoins se prévaloir de la jurisprudence*

¹¹ Cf. supra, note 9

¹² Tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles, 22 mai 2019, JLMB 2019/27, pp. 1264 et ss, - soit 6 jours après l'arrêt ; nous supposons que cette décision a été rédigée dans la précipitation.

¹³ TE Liège 26 septembre 2019, JLMB 2020 p. 221 ; TE Brabant 31 janvier 2020, JLMB 2020, p. 980.

¹⁴ R. AYDOGDU et J. WILDEMEERSCH, op. cit. ; R. AYDOGDU et F. ROZENBERG, op. cit.

issue de l'arrêt du 19 novembre 1991, pour obtenir de l'Etat membre, le cas échéant, réparation du dommage subi » (60), à savoir l'Etat belge ou son substitut, le Fonds de fermeture des entreprises¹⁵, selon l'article 5 § 2 de la directive 2001/23, sans préjudice d'agir contre le cédant en vue de préserver ses droits (par exemple, en lui réclamant une indemnité de préavis suivant le licenciement dont il aurait été l'objet).

Ajoutons que l'homologation par le tribunal du travail offre au cessionnaire la certitude qu'il n'est tenu qu'aux seules obligations qui figurent dans l'acte homologué, ce qui nous éloigne du sujet.

Dans son avis, le Conseil national du travail rappelle d'ailleurs que le tribunal du travail ne contrôle pas l'opportunité d'un accord. Il se limite à vérifier si les conditions légales ont été remplies par les parties signataires et si l'ordre public n'a pas été violé. Le tribunal du travail ne peut en aucun cas adapter lui-même cet accord ; soit il l'homologue, soit il le refuse.

IV. Comment tente de répondre à l'arrêt Plessers la proposition de loi déposée par M. K. Geens ?

1. De la proposition de loi:

à titre de développements¹⁶, M Geens expose : *Dans son arrêt Plessers (C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424) rendu le 16 mai 2019, la Cour de Justice de l'Union européenne, sur question préjudicielle posée par la Cour du travail d'Anvers le 21 août 2017, a considéré que: "La 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, et notamment ses articles 3 à 5, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui, en cas de transfert d'une entreprise intervenu dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice appliquée en vue du maintien de tout ou partie du cédant ou de ses activités, prévoit, pour le cessionnaire, le droit de choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre."*

La Cour de justice ne se prononce pas directement sur la question de savoir si l'État belge a transposé correctement la 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 mais indique qu'une loi nationale ayant les caractéristiques de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises n'aurait pas transposé correctement cette directive.

¹⁵ Je renvoie à la note 13, supra. À tort, le Tribunal de l'entreprise de Bruxelles (22/05/2019, JLMB 2019/27, pp. 1264 et ss.) décide *ultra petita* puisqu'il entend sauvegarder le budget de l'Etat belge ; de manière absurde, la juridiction bruxelloise donne comme motif « *sous peine de risquer un recours éventuel en responsabilité contre l'Etat belge, le tribunal ne pourrait, en principe, pas prendre en considération l'offre émise* » (SIC !). Et force ainsi le repreneur à revoir son offre. Ce n'est pas le rôle, ni le pouvoir d'une juridiction. Cette décision va à l'encontre de la loi dont l'objectif est de préserver les outils économiques.

¹⁶ Ch Repr. Doc 55 1591/001, pp 3-4.

Selon la Cour, le transfert d'entreprise tel que celui organisé par la loi sur la continuité des entreprises ne rentre pas dans le champ d'application des exceptions prévues à l'article 5.1 de la directive 2001/23, lequel prévoit une exception au principe de maintien des droits de tous les travailleurs en cas de transfert du fait d'une faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente.

Or, selon la Cour, ces conditions ne seraient pas rencontrées dans le système du transfert d'entreprise.

Même si le transfert sous autorité judiciaire organisé par les articles XX.84 et suivants du Code de droit économique diffère quelque peu du transfert d'entreprise organisé par la loi sur la continuité des entreprises, il est néanmoins important de veiller à ce qu'aucune controverse ne puisse naître quant à la compatibilité de la loi belge avec la directive 2001/23, telle qu'interprétée par la Cour de justice.

Enfin, il prétend qu'en raison de la pandémie certaines entreprises n'auront d'autres choix que d'avoir recours aux procédures d'insolvabilité dont celles du transfert sous autorité de justice pour se restructurer. Il veut éviter que de tels transferts ne soient remis en cause en vertu de cette jurisprudence européenne.

Telle est sa lecture de l'arrêt Plessers.

2. de cette proposition de loi au regard de la directive 2001/23 :

2.1. appréciations générales de la proposition de loi:

À titre préliminaire, selon l'article 1^{er} du règlement 2015/848, le présent règlement s'applique aux procédures collectives publiques, y compris les procédures provisoires, qui sont fondées sur des législations relatives à l'insolvabilité et au cours desquelles, aux fins d'un redressement, d'un ajustement de dettes, d'une réorganisation ou d'une liquidation: a) un débiteur est totalement ou partiellement dessaisi de ses actifs et un praticien de l'insolvabilité est désigné;

b) les actifs et les affaires d'un débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'une juridiction; ou c) une suspension provisoire des poursuites individuelles est accordée par une juridiction ou de plein droit pour permettre des négociations entre le débiteur et ses créanciers, pour autant que la procédure pour laquelle la suspension est accordée prévoit des mesures adéquates pour protéger la masse des créanciers et, si aucun accord n'est dégagé, qu'elle soit préalable à l'une des procédures visées au point a) ou b).

Lorsque les procédures visées au présent paragraphe peuvent être engagées dans des situations où il n'existe qu'une probabilité d'insolvabilité, leur objectif doit être d'éviter l'insolvabilité du débiteur ou la cessation de ses activités.

La liste des procédures visées au présent paragraphe figure à l'annexe A.

Ce règlement élargit le champ d'application, par rapport au précédent (qu'il abroge) 1346/2000 (bien que ce dernier englobait les PRJ par accord collectif et par transfert). Dorénavant, il n'est plus nécessaire qu'il y ait une insolvabilité avérée (considérants 10 et 17), un dessaisissement (le débiteur peut être autorisé à conserver la gestion de ses actifs, moyennant certaines surveillances, cf. la PRJ),

la désignation d'un praticien de l'insolvabilité ; cependant, la notion d'insolvabilité s'interprète selon le droit national de l'Etat membre ¹⁷. Ce règlement couvre aussi l'hypothèse de restructuration en vue d'éviter l'insolvabilité ou la cessation d'activités du débiteur.

Le règlement donne quelques définitions dans son article 2:

1) «*procédures collectives*», les procédures auxquelles participe la totalité ou une partie importante des créanciers d'un débiteur, pour autant que, dans ce dernier cas, les procédures ne portent pas atteinte aux créances des créanciers qui ne sont pas parties à ces procédures (cf. aussi considérant 14);

3) «*débiteur non dessaisi*», un débiteur à l'encontre duquel une procédure d'insolvabilité a été ouverte, qui n'implique pas nécessairement la désignation d'un praticien de l'insolvabilité ou le transfert de l'ensemble des droits et des devoirs de gestion des actifs du débiteur à un praticien de l'insolvabilité et dans le cadre de laquelle le débiteur continue, dès lors, de contrôler en totalité ou au moins en partie ses actifs et ses affaires;

5) «*praticien de l'insolvabilité*», toute personne ou tout organe dont la fonction, y compris à titre intérimaire, consiste à: i) vérifier et admettre les créances soumises dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité; ii) représenter l'intérêt collectif des créanciers; iii) administrer, en tout ou en partie, les actifs dont le débiteur est dessaisi; iv) liquider les actifs visés au point iii); ou v) surveiller la gestion des affaires du débiteur. La liste des personnes et organes visés au premier alinéa figure à l'annexe B;

Cependant dans l'annexe A du règlement, sont repris pour la Belgique , la faillite, la liquidation judiciaire, la liquidation volontaire, les 3 formes de la PRJ, tandis que l'annexe B énumère notamment le curateur, le liquidateur, le mandataire de justice, l'administrateur provisoire.

La loi sur la continuité des entreprises comme le Livre XX du CDE ne prévoit pas le dessaisissement, puisque le débiteur reste à la tête de ses affaires, malgré la présence d'un mandataire de justice (l'exception en cas de désignation d'un administrateur provisoire entraîne le dessaisissement de l'organe de gestion, mais pas celui du patrimoine de la personne morale) (voy article I.22.9° et 20°).

Le concours apparaît comme la conséquence du transfert d'entreprise ¹⁸ - uniquement s'il réussit - c'est-à-dire après l'autorisation par le tribunal de la vente en projet, après les signatures et la complète exécution de la convention de cession autorisée, puisque les créanciers se disputent la répartition du prix de la cession (que peut opérer le mandataire, article XX.91 CDE) ; le concours n'existe pas au long de la procédure judiciaire à savoir entre le jugement d'ouverture de la PRJ et celui qui y met fin ; en outre, s'il subsiste d'autres actifs patrimoniaux du débiteur parce que non cédés, ceux-ci ne sont pas saisis dès lors qu'il n'y a ni faillite, ni liquidation. Selon moi, comme la loi le dit expressément, il n'y a pas de dessaisissement du débiteur, qui reste à la tête de ses affaires au cours du sursis,

¹⁷ V. Marquette, le règlement 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité, RDC 2017/1, pp 13 ss. I. Verougstraete et alii, manuel de l'insolvabilité, pp 1289 ss.

¹⁸ En cela, je m'oppose à certains qui prétendent que la PRJ par transfert constitue un cas de concours, - ce qui me paraît incorrect -, tels que cités dans le manuel de l'insolvabilité, I. Verougstraete et alii , Kluwer 2019, note 870, p.604.

comme c'est écrit à tort dans le manuel de l'insolvabilité (p.605) : ceci rend difficilement tenable la proposition de loi, qui est contraire au CDE. Mieux vaut s'assurer de la cohérence des textes de loi.

Voici quelques questions que soulève de prime abord cette proposition de loi :

. Relevons que les modifications visées dans la proposition de loi vont à l'encontre même des objectifs du Livre XX du Code de droit économique, qu'elles créent même des contradictions avec plusieurs articles du CDE, à commencer par l'article I.22.1° : *procédure d'insolvabilité: une procédure de réorganisation judiciaire par accord amiable ou par accord collectif ou par transfert sous autorité de justice ou de faillite*, par l'article I.22.9° : *"débiteur non dessaisi": un débiteur à l'encontre duquel une procédure d'insolvabilité a été ouverte, qui n'implique pas nécessairement la désignation d'un praticien de l'insolvabilité ou le transfert de l'ensemble des droits et des devoirs de gestion des actifs du débiteur à un praticien de l'insolvabilité et dans le cadre de laquelle le débiteur continue, dès lors, de contrôler en totalité ou au moins en partie ses actifs ou ses activités;* par l'article I.22.20° *"sursis": le moratoire accordé par le tribunal au débiteur en vue de réaliser une réorganisation judiciaire par accord amiable, par accord collectif ou par transfert sous autorité de justice;*

. Ensuite à tout prix, le texte de loi proposé veut absolument faire entrer la PRJ par transfert dans l'exception instaurée par l'article 5.1 de la directive 2001/23 afin qu'elle soit considérée comme une procédure aux fins de liquidation des biens du débiteur. Ça me donne l'impression que l'on tente de remettre dans son tube de la pâte à dentifrice qui s'en est échappée : c'est particulièrement ardu.

Cette proposition de loi est rendue compliquée parce qu'elle tend à être conforme à l'arrêt Smallsteps du 22 juin 2017, car il faut choisir entre 1) la poursuite d'activité en vue de sauvegarder le caractère opérationnel de l'entreprise et 2) la liquidation des biens afin de maximiser le désintéressement des créanciers¹⁹. La modification proposée opte pour la seconde branche de l'alternative.

Est-ce un subterfuge afin d'entamer la crédulité de la CJUE ? le choix des mots en témoigne !, tels « liquidation ordonnée de l'entreprise dans le meilleur intérêt des créanciers tout en préservant au maximum l'emploi » ; pourtant tel n'est pas le cas de l'article XX.87, non soumis à modification, qui stipule : *Le mandataire de justice désigné organise et réalise le transfert ordonné par le tribunal par la vente ou la cession des actifs mobiliers ou immobiliers nécessaires ou utiles au maintien de tout ou partie de l'activité de l'entreprise.* .

Pourquoi ne pas se conformer aux législations européennes comme le règlement 2015/848 et la directive 2019/1023²⁰ bien que cette dernière n'entende pas porter atteinte à la directive 2001/23 (article 13), ce qui pourrait emporter une autre approche jurisprudentielle de la haute juridiction européenne (en la rendant conforme à l'article 5.2) ? pourquoi ne pas y veiller par un texte législatif convenable d'autant que cette directive doit être transposée pour le 17 juillet 2021, dont nous approchons à grand pas de la date ?

Je constate qu'il n'y a pas d'urgence, quoi qu'en pense M Geens, vu le temps mis à réagir à une décision européenne rendue il y a 18 mois, vu mon analyse de l'arrêt Plessers, vu l'arrêt probable de la pandémie dans le courant de 2021 même

¹⁹ À la suite de cet arrêt a été abandonnée la faillite « silencieuse » ou pre-pack.

²⁰ I. Verougstraete et alii, manuel de l'insolvabilité, Kluwer 2019, pp 1275 ss, 1278 ss.

si ses effets économiques perdureront, vu le retard que cette loi mettra à sortir (ses effets, car tardifs, auront peu d'impact), vu la mise en place de mesures européennes, nationales et régionales de relance économique en 2021 comme pour les prochaines années, vu l'existence de moyens existants et faciles à utiliser pour sauver des entreprises, que tout curateur, liquidateur et mandataire de justice peut mettre en place en procédant aux transferts d'entreprise qui se révéleraient utiles et nécessaires, vu l'équivalence évidente de régime voulue par le législateur entre liquidation et faillite en vertu du CSA comme du CDE, vu le faible nombre de PRJ et le succès très mitigé qu'elles engendrent depuis 2009 (sinon 1998 sous l'ancienne version), 1) d'autant que les débiteurs s'y prennent tardivement, tout espoir de redressement étant mort, 2) d'autant que la PRJ coûte très cher en conseillers (avocats, professionnels du chiffre, mandataire éventuel, voire administrateur provisoire, et encore en salaires d'employés du débiteur), en exigences (comptes et budget en équilibre pendant le sursis) : pour s'aventurer dans une PRJ, il faut être paradoxalement fort riche ! notons que dans son exposé, M Geens relate que les entreprises, confrontées à d'importantes difficultés de trésorerie, n'auront d'autres choix que de recourir aux procédures d'insolvabilité, dont celle du transfert, pour se restructurer : quoi qu'il en pense, il s'agira manifestement des faillites. Il ne manque pas de se contredire par ailleurs, puisque cette proposition de loi vise à éradiquer les personnes morales inutiles, car vides, en accélérant leur dissolution et leur clôture instantanée, malgré la loi Lebeau ! (alors que le CSA le prévoit déjà ; ce n'est pas un doublon législatif utile).

Pourtant, l'objectif des législations européennes et belges est de favoriser le redressement du débiteur économiquement viable (ce que ne vise pourtant pas cette proposition de loi si je me réfère à l'exposé de son auteur !).

. Enfin est-ce un moyen déguisé de faire tomber la PRJ par transfert sous l'application du chapitre 3 de la CCT 32bis ? qu'en penseront les interlocuteurs sociaux réunis au sein du CNT s'ils ne sont pas consultés au préalable, alors qu'il leur a fallu des mois de négociation en vue de s'accorder sur la CCT 102 ? si tel est l'objectif, pourquoi maintenir l'article XX.86 CDE et la CCT 102 ?

Cependant, ni l'article XX.86 CDE, ni la CCT 102, ni la proposition de loi ne protègent les droits des travailleurs restés à charge du cédant, alors que ce dernier a transféré en tout ou partie son entreprise, sachant que ce débiteur n'a pas la main dans la négociation et que seul le cessionnaire décide, alors qu'il n'assume pas les conséquences financières des choix qu'il opère parmi les travailleurs. Seul le cédant peut licencier ces travailleurs non repris. Dès lors ne serait-il pas judicieux de réintégrer le **cédant** dans le processus visé à l'article XX.86 CDE en veillant à dire expressément que les obligations du cédant, nées du licenciement des travailleurs non repris, seront assumées, s'il ne peut les supporter entièrement, en tout ou partie par le Fonds de fermeture des entreprises, comme le stipule l'article 5.2, a) de la directive 2001/23 ? cette proposition de loi ne répond pas à cette question, pourtant soulevée dans l'arrêt Plessers !

Manifestement cette proposition de loi tend, à force de trop d'insistance, à dire et répéter que la PRJ par transfert est forcément une procédure d'insolvabilité ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant, selon l'article 5.1 de la directive 2001/23 (ce qu'elle est pourtant au sens du règlement 2015/848) et

qu'elle laisse croire que l'on pourrait s'emparer de de cette disposition comme du chapitre 3 de la CCT 32bis, malgré la directive 2019/1023 . Je pense qu'il s'agit d'une réponse erronée donnée à l'arrêt de la CJUE.

Ajoutons que selon des auteurs du manuel de l'insolvabilité, *le changement des termes législatifs devrait déjà suffire à écarter l'enseignement de Plessers pour les réorganisations sous le livre XX, ou du moins à réinterroger la Cour à ce sujet, rien que sur base de l'article XX.39 CDE*²¹

2.2. de quelques remarques par article de la proposition de loi :

a. Article XX.39 :

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 "ou de procéder à la liquidation ordonnée de l'entreprise sous le contrôle du juge dans le meilleur intérêt des créanciers tout en préservant au maximum l'emploi";

Elle permet d'accorder un sursis au débiteur en vue:

[...]

- soit de permettre la liquidation ordonnée de l'entreprise par un transfert sous autorité de justice de tout ou partie des actifs ou des activités dans le meilleur intérêt des créanciers conformément aux articles XX.84 à XX.96.

La demande peut poursuivre un objectif propre pour chaque activité ou partie d'activité.

Pourquoi utiliser le terme « juge » au lieu de « tribunal (de l'entreprise ou de l'insolvabilité) », « sous le contrôle du juge » expression par ailleurs répétée par deux fois dans le 1^{er} alinéa ? tant qu'à modifier, autant y veiller.

Comment permettre la liquidation ordonnée de l'entreprise alors que le débiteur n'en est pas dessaisi ? Il est toujours à la tête de ses affaires (article I.22.9 et 20).

La liquidation peut ne pas s'opérer complètement, puisque la demande peut poursuivre un objectif propre par activité ou partie d'activité ; d'ailleurs, le tribunal (au regard de la requête du débiteur) comme le mandataire est habilité à choisir le périmètre des actifs et activités qui feront l'objet de la cession (articles XX.85 et XX 87 CDE).

Observons que cette liquidation ne vise plus la continuité de l'entreprise (sic !), comme le confirme d'ailleurs l'amendement de l'article XX.84 CDE (cf. infra), et à l'encontre même des dispositions du CDE.

M. Geens commente cet article comme suit : Le texte vise à préciser, suite à l'arrêt Plessers précité, que la procédure de réorganisation judiciaire a **notamment** pour but la liquidation ordonnée des actifs ou activités du débiteur en vue de rembourser les créanciers. Elle constitue à ce titre une procédure de liquidation puisque les actifs ou les activités du débiteur **seront liquidés de façon ordonnée**, c'est-à-dire via une procédure mise en place par le mandataire de justice en vue de

²¹ I. Verougstraete et alii, op.cit., p. 608.

la satisfaction des créanciers sous le contrôle du juge (puisque le transfert s'opère sur autorisation du tribunal) tout en essayant de préserver l'emploi. Le concept de « liquidation ordonnée » est surprenant, car on l'assimile à une procédure ! or, s'agit-il au sens propre d'une procédure ? l'article XX.87 précise comment le mandataire doit organiser et réaliser le transfert ; il s'agit d'indications et de suggestions ; il le fait comme il l'entend²². Procédure ne peut tirer sens du verbe « procéder » qui se comprend plutôt comme « réaliser », « effectuer » ou « exécuter ».

Il poursuit : Cette vente/liquidation des actifs et/ou activités du débiteur entraîne un concours impliquant la purge des sûretés réelles et des privilèges, ainsi que la répartition au marc le franc des sommes non grevées. Cette dernière phrase me semble erronée : il n'y a pas de concours au long du sursis accordé au débiteur ; c'est la vente qui entraîne la purge, comme en matière de faillite d'ailleurs ; seules les sûretés réelles sont concernées et non les privilèges, tout comme les dettes dites de masse ; enfin, la répartition s'opère dans l'ordre des privilèges et sûretés.

b. Article XX.84 :

§ 1er. Le transfert sous autorité de justice de tout ou partie des activités peut être ordonné par le tribunal en vue d'assurer leur maintien lorsque le débiteur y consent dans sa requête en réorganisation judiciaire ou ultérieurement au cours de la procédure.

De manière sibylline, M Geens se justifie comme suit : En vue d'éviter toute confusion quant à l'objectif de liquidation des actifs ou activités du débiteur, il est prévu de supprimer les termes "en vue d'assurer leur maintien".

Or, sont cédés les actifs ou activités dans le but de poursuivre l'entreprise du débiteur en sursis par un tiers, le cessionnaire. Il ne s'agit pas de les liquider, mais de les préserver. Ces mêmes objectifs du législateur belge répondent à ceux défendus à travers les règlement et directives portant sur le même sujet.

L'arrêt Plessers ne critique pas cette visée, d'autant que règlement et directives y veillent aussi.

c. Article XX.86 :

§ 3. Le choix des travailleurs qui seront repris par le cessionnaire incombe à ce dernier.

Le choix du cessionnaire doit être dicté par des raisons techniques, économiques ou organisationnelles indépendantes du transfert envisagé et ce choix devra s'effectuer sans différenciation interdite.

Le tribunal de l'insolvabilité contrôlera cette motivation lors de son autorisation sur base de l'article XX.89.

En particulier, les représentants des travailleurs dans l'entreprise transférée ou la partie d'entreprise transférée ne peuvent être soumis à un traitement différencié uniquement en raison de leur activité exercée comme représentant des travailleurs dans l'entreprise transférée ou la partie d'entreprise transférée.

Sauf preuve contraire, l'absence de différenciation interdite est présumée établie

²² Cf note 4 supra

si la proportion, avant le transfert sous autorité de justice, entre les travailleurs occupés dans l'entreprise transférée ou la partie d'entreprise transférée et leurs représentants dans les organes de cette entreprise ou partie d'entreprise reste respectée après le transfert.

M. Geens commente la disposition comme suit : Afin de répondre à la critique de la Cour, dans l'arrêt Plessers précité, sur l'absence de motivation des licenciements pour des motifs d'ordre technique, économique ou organisationnel par le cessionnaire. il est proposé d'imposer à ce dernier de motiver le choix de ne pas reprendre certains travailleurs attachés aux actifs ou activités du débiteur liquidés au regard de motifs techniques, économiques, organisationnels qui sont indépendants du transfert lui-même. Le tribunal de l'insolvabilité est obligé de contrôler cette motivation lors de l'autorisation du transfert.

L'auteur de cette proposition ne mentionne pas les partenaires sociaux, qui ont pourtant négocié longuement cette disposition ! ne doivent-ils pas avant tout donner leur avis concernant cet amendement envisagé ?

Tout d'abord, la version néerlandaise utilise le présent de l'indicatif ; il paraît judicieux qu'il en soit de même en français, plutôt que d'utiliser le futur de l'indicatif ! le cessionnaire doit motiver, le tribunal contrôle.

D'ailleurs, ne vaut il mieux pas utiliser le verbe « vérifier » plutôt que « contrôler » , tandis que le cessionnaire « justifie » (et non « motive ») le choix opéré entre les travailleurs ?

Ensuite, ne faudrait-il pas modifier l'alinéa 1^{er}, en précisant que le choix des travailleurs s'opère à travers des négociations entre le mandataire (voire avec l'intervention du cédant) et le candidat cessionnaire ?

De plus, le tribunal n'a aucun moyen de « contrôler » la motivation, puisqu'il s'agit d'une décision d'opportunité économique du cessionnaire ! faut il obliger le juge délégué à le faire, tout autant démuné par ailleurs ? que vaudra ce contrôle ? évitera t il toute réclamation d'un travailleur non repris, que le cessionnaire devra justifier par ailleurs s'il est assigné devant une juridiction du travail ? vaut il mieux soumettre ce « contrôle » au tribunal du travail qui peut être saisi de la demande, bien qu'il soit limité à vérifier si les conditions légales ont été remplies (article XX.86 § 5 al. 2) ? pourquoi ne pas se limiter à ces mêmes termes ?

Dès lors, ne faut-il pas modifier l'article XX.89 en y précisant que le tribunal autorise la vente projetée si celle-ci satisfait aux conditions des articles XX.86 et 87 ?

Enfin, rappelons encore ma critique ; l'arrêt Plessers dénonce l'absence de réponse à propos du sort des travailleurs non repris, toujours à charge du cédant (exclu de toute intervention dans l'opération de transfert), alors qu'il est le débiteur en difficulté, requérant à la procédure ! autant s'appuyer sur les articles 4 et 5.2 de la directive 2001/23.

d. Article XX.92

Par l'effet de la vente des meubles ou immeubles, les droits des créanciers sont reportés sur le prix.

La vente est purgeante.

Cet ajout est justifié comme suit : Dès lors que cette procédure de transfert sous autorité judiciaire doit être considérée comme une procédure de liquidation et qu'elle entraîne un concours, il est précisé que la vente/la cession ainsi organisée est purgeante, c'est-à-dire que les actifs sont cédés quittes et libres de toutes charges et que les sûretés et privilèges se reportent sur le prix de cession, le solde s'en répartissant au marc le franc.

Je renvoie à ma critique supra.

En outre, cette phrase complémentaire n'ajoute rien à cet article.

e. Article XX.93

*Lorsque le mandataire de justice désigné estime que toutes les activités susceptibles d'être transférées l'ont été, et en tout cas avant la fin du sursis, il sollicite du tribunal par requête la clôture de la procédure de réorganisation judiciaire, **ou, s'il se justifie qu'elle soit poursuivie pour d'autres objectifs, qu'il le décharge de sa mission.** Lorsque le débiteur est une personne morale, le tribunal doit, dans le jugement qui fait droit à cette demande, ordonner la dissolution et liquidation ou la faillite du débiteur. Le tribunal statue sur rapport du juge délégué, le débiteur entendu.*

Vu la suppression de la phrase, la suite ne veut plus rien dire ! autant supprimer aussi « qu'il le » et ajouter « et la »

Voici la justification qui est donnée : Dès lors que la procédure de transfert est une procédure de liquidation des actifs et activités du débiteur, il est proposé d'insérer l'obligation pour le tribunal, à la clôture de la procédure de réorganisation judiciaire, de prononcer – à la demande du débiteur- la liquidation ou la faillite du débiteur.

Ceci n'est pas correct, puisqu'il existe des cessions partielles d'actifs et d'activités, par ailleurs autorisées par la loi (article XX.39), d'autant que c'est le tribunal qui peut déterminer ce qui fera l'objet du transfert (sur suggestion du débiteur, article XX.85), tout comme le mandataire définira le périmètre exact de l'objet du transfert, car telle est sa mission selon l'article XX.87 § 1^{er}.

V. Quelles solutions à proposer ?

Actuellement, je pense inutile de revoir la législation, vu la réponse donnée par la CJUE. L'objectif des législateurs européen et belge est de maintenir l'entreprise en évitant son démantèlement, ce qui entraînera une perte de richesse. Cette proposition de loi va à l'encontre de cette volonté ; elle ne craint pas de se mettre en contradiction avec d'autres dispositions du CDE.

Prenons le temps de penser aux modifications, comme je le plaide dans cette note.

Je suis d'avis de respecter les directives et le règlement, et surtout de concentrer la réécriture, s'il faut déposer une modification du livre XX, du texte législatif en centrant les articles relatifs au transfert d'entreprise autour du **cédant**, qui est le

débiteur, objet et sujet de la procédure en réorganisation, personnage ignoré de la législation²³, plutôt que de viser le cessionnaire, qui lui n'est pas en difficulté. En effet, le législateur entend maintenir des actifs ou une activité d'une entreprise qui appartient à un débiteur en difficulté ; à l'issue de la procédure de transfert, il en perd la propriété ; il est dépossédé de son bien (il s'agit d'une liquidation, même partielle au sens des législations européennes), à savoir son entreprise tandis qu'il reçoit en échange un prix, dédicacé au paiement des créanciers selon l'ordre des privilèges et sûretés. À l'issue du transfert, c'est le cédant qui sera forcé de procéder à certains licenciements de travailleurs non repris, et ceci parce qu'il ne pourra les occuper, manquant ainsi à ses obligations contractuelles, du coup il justifiera *les raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi*, bien que le cessionnaire puisse aussi de son côté le justifier, mais il faut à cet égard qu'il soit l'employeur, ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque c'est le cédant qui est lié par contrat avec les travailleurs non repris (article 4 de la directive 2001/23).

Rappelons que la CJUE dénonce que le cessionnaire n'est pas tenu de justifier les choix qu'il opère ; ceci me semble normal, puisqu'il n'est pas le débiteur soumis à la PRJ ; dès lors, prenons le point de vue du cédant qui subit l'opération de liquidation de son entreprise par transfert, ainsi observerons nous correctement la législation européenne.

Intégrons également dans le Livre XX l'intervention du Fonds de fermeture des entreprises qui couvrira, à titre subsidiaire, les sommes dues aux travailleurs, toujours liés par un contrat de travail avec le cédant, mais non repris, au cas où le prix de la cession d'entreprise serait insuffisant pour les payer. Mme Plessers s'en était plaint en exigeant d'être réembauchée par le cessionnaire puisqu'elle perdait ses droits ; elle a d'ailleurs veillé à assigner le FFE en tout état de cause.

VI. **Quelques observations à propos de la faillite et de la liquidation**

Se pose comme première question : à quoi a servi la loi Lebeau du 17 mai 2017 qui combattait déjà les sociétés dormantes ? faut-il en remettre une couche alors que le CSA y pare complètement, tout comme le CDE selon les attributions qu'il accorde à la chambre des entreprises en difficulté ? Je me demande si le président du Tribunal de l'entreprise du Hainaut a été consulté à cet effet.

D'autres se sont déjà exprimés à ce propos, comme Pierre Henry ainsi que les syndicats et curateurs

L'ajout d'un alinéa dans l'article XX.100 n'offre aucune utilité : "*Les demandeurs en faillite visés à l'alinéa 1er peuvent demander par le même acte que le tribunal, après avoir constaté que les conditions de la faillite sont réunies, prononce la dissolution judiciaire du débiteur.*"

Tout d'abord cet alinéa omet de signaler que le débiteur visé doit être une personne morale.

²³ Je renvoie à ma critique à ce propos in « réorganisation judiciaire, 2010, CUP 120, op cit. note 4.

Ensuite, chacun est libre de libeller sa citation comme il l'entend ; il y a plus de 20 ans déjà le Parquet de Bruxelles assignait à titre principal en faillite, et à titre subsidiaire en liquidation judiciaire ; laissons faire les parties. Ce sont elles qui décident du choix entre la faillite et la dissolution; le tribunal y fait droit ou non , il n'est pas dans ses attributions de changer l'objet de la demande. L'auteur de la proposition fait une mauvaise lecture de l'article 701 du code judiciaire.

Enfin, cette disposition laisse croire que les conditions de la dissolution sont identiques à celles de la faillite alors que les articles I.22, XX.98 et 99 ne sont pas adaptés à cet effet (cessation de paiement et ébranlement de crédit) ! en outre, ce point de vue me paraît erroné car contraire au CSA au regard des dispositions 2:70 et suivantes.

Bien que cet alinéa nouveau de l'article XX.100 n'en fasse pas mention, l'auteur de la proposition se réfère à l'unique cas de l'absence complète d'actifs. A titre illustratif, à quoi serviront les articles relatifs aux paiements suspects qui peuvent être déclarés inopposables à la masse ? Que deviennent les infractions commises par les dirigeants, qui bénéficieront de l'impunité ? Je renvoie au manuel de l'insolvabilité, où sont décrites les tâches du curateur comme celle de reconstituer le patrimoine de la personne morale (pp 1125 et suivantes), ou d'agir en responsabilité contre ses dirigeants dans certaines circonstances et conditions (pp 1411 et suivantes).

Faut-il à ce point négliger les droits acquis des créanciers, grands perdants de la réforme envisagée ?

Yves Godfroid

Avocat au barreau de Liège