

LE PLI juridique



PB-PP1B-7
BELGIE(N)-BELGIQUE

bureau de dépôt :
GENT X- P924601

69

2024 / 3
Trimestriel

Revue de la commission scientifique
commune aux barreaux de
Charleroi, Mons, Tournai, Namur,
Dinant, Verviers, Eupen,
du Brabant wallon,
du Luxembourg,
de Liège-Huy
et de Bruxelles

LE LIVRE XX DU CODE DE DROIT ÉCONOMIQUE Un an après l'entrée en vigueur de la réforme

Sous la coordination de PIERRE E. CORNIL, WERNER DERUCKE et FRANÇOIS T'KINT

S O M M A I R E

Propos introductifs PIERRE E. CORNIL ET FRANÇOIS T'KINT	3
L'accord amiable imposé judiciairement : applications et commentaires de l'article XX.65, § 3, alinéa 2, du CDE CHRISTOPHE BAUDOUX, GAUTIER PIRARD ET MAXIME WOUTERS	4
La loi du 15 mai 2024 portant des mesures dans la lutte contre le surendettement et de protection des entreprises en difficulté VICTOR BACQ	10
Une année de procédure de réorganisation judiciaire privée : quelles forces et quelles faiblesses ? MARTIN MARINX	13
Petit dictionnaire pratique de la procédure avec classes YANNICK ALSTEENS, YVES BRULARD ET ARNAUD HOUET	18
Les praticiens de la réorganisation NICHOLAS OUCHINSKY	29
La préparation privée d'une faillite ROMAN AYDOGDU ET PHILIPPE MOINEAU	39

La préparation privée d'une faillite

Introduction

1. Le maintien de la valeur de l'entreprise est devenu l'une des préoccupations centrales du droit de l'insolvabilité¹, préoccupation partagée à l'échelle européenne².

Les procédures de *pre-pack*, que l'on rencontre depuis plusieurs années dans certains pays voisins³, partagent la caractéristique consistant à permettre à l'entreprise en difficulté de préparer son redressement de manière confidentielle, en dehors de toute procédure collective, « celle-ci n'étant ouverte que pour la très brève durée nécessaire à l'exécution, au bénéfice du régime privilégié des procédures de sauvetage, du projet déjà complètement élaboré »⁴, voire pas ouverte du tout.

La discrétion qui s'attache au *pre-pack* est, en général, considérée comme essentielle, afin d'éviter les réactions négatives du marché (clients ou cocontractants) et, en conséquence, la dégradation de la valeur de l'entreprise et des éléments constitutifs de celle-ci.

Le *pre-pack* peut viser tant l'adoption d'un plan destiné à désintéresser les créanciers de l'entreprise (*pre-pack plan*) que la réalisation du transfert de l'entreprise débitrice (*pre-pack cession*). La préparation privée d'une faillite s'insère dans cette seconde hypothèse.

2. La volonté d'introduire, en droit belge, une procédure de *pre-pack cession* n'est pas neuve. Lors de l'adoption de la loi du 11 août 2017⁵, le législateur a envisagé, avant de rebrous-

ser chemin, l'introduction d'une procédure de faillite silencieuse (« *stil faillissement* »)⁶.

À l'époque, les difficultés engendrées par l'encadrement social du transfert d'entreprise et l'arrêt *Smallsteps*⁷ prononcé par la CJUE ont eu raison de la faillite silencieuse, soustraite *in extremis* au vote de la Chambre des représentants⁸.

De manière synthétique, l'enjeu des questions soulevées devant la CJUE était de déterminer si/à quelles conditions les procédures de transfert d'entreprise en difficulté (à l'instar du transfert sous autorité de justice belge, soumis à l'examen de la CJUE à l'occasion de l'arrêt *Plessers*) peuvent bénéficier du régime dérogatoire de la directive européenne 2001/23 (art. 5 de la directive⁹).

Concrètement, ce régime permet de déroger à la protection des travailleurs établie, à titre de principe, par la directive en cas de transfert d'entreprise. Ainsi, ce régime dérogatoire implique la possibilité pour le cessionnaire de choisir les travailleurs qu'il reprend, alors que la directive pose comme principe le maintien des droits et, donc, la reprise par le cessionnaire de l'ensemble des travailleurs en place dans l'entreprise¹⁰.

La crainte de devoir appliquer à la faillite silencieuse le régime (social) de principe applicable aux transferts conventionnels d'entreprise (consacré en droit belge par la CCT 32bis¹¹) a eu, dans un premier temps, raison de cette première tentative d'insertion de la *pre-pack cession*.

3. À l'occasion de la loi du 7 juin 2023, le législateur a remis l'ouvrage sur le métier et, fort des enseignements de la

1 R. AYDOĞDU et F. ROZENBERG, « De *Smallsteps* à *Plessers* : un « grand bond en avant » pour le redressement des entreprises en difficulté », in N. THIRION (dir.), *Les réformes du droit économique : premières applicables*, coll. CUP, vol. 190, Liège, Anthemis, 2019, pp. 74-75.

2 « Les cadres de restructuration préventive devraient, avant tout, permettre aux débiteurs de se restructurer efficacement à un stade précoce et d'éviter l'insolvabilité, limitant ainsi la liquidation inutile d'entreprises viables. Ces cadres devraient aider à prévenir les suppressions d'emplois et les pertes de savoir-faire et de compétences, et optimiser la valeur totale pour les créanciers – par rapport à celle qu'ils recevraient en cas de liquidation des actifs de l'entreprise ou dans le cas de la meilleure solution alternative en l'absence d'un plan – ainsi que pour les propriétaires et l'économie dans son ensemble » (cons. 2 de la directive 2019/1023).

3 Comme le Royaume-Uni, la France ou encore les Pays-Bas, pour ne citer que ceux-ci.

4 R. AYDOĞDU, « 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 ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 74-75.

5 Loi du 11 août 2017 portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I^{er} du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017.

6 Projet de loi du 20 avril 2017 portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I^{er} du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch., 2016-2017, n° 54-2407/001 ; Rapport de la deuxième lecture du projet de loi du 20 avril 2017 portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I^{er} du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch., 2016-2017, n° 54-2407/008, pp. 10-11.

7 CJUE, arrêt du 22 juin 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a.* (dit *Smallsteps*), C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489.

8 *Doc. parl.*, Ch., 2016-2017, n° 54-2407/006, pp. 73-74 ; R. AYDOĞDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*, p. 140.

9 Selon l'article 5, § 1^{er}, de la directive : « Sauf si les États membres en disposent autrement, les articles 3 et 4 ne s'appliquent pas au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente (qui peut être un syndic autorisé par une autorité compétente) ».

10 Voy. les articles 3 et 4 de la directive.

11 La CCT 32bis prévoit le maintien des droits des travailleurs en cas de cession conventionnelle d'entreprise (art. 7 : « Les droits et obligations qui résultent pour le cédant de contrats de travail existant à la date du transfert au sens de l'article 1^{er}, 1^{er}, sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire »). Un régime dérogatoire est prévu pour les faillites (art. 12 et s.).

CJUE¹², a inséré au sein du livre XX du Code de droit économique (ci-après, « CDE ») la procédure dite de *préparation privée d'une faillite*.

Cette procédure vise, en synthèse, à permettre la préparation de la cession (en continuité) d'une entreprise en état virtuel de faillite, cession exécutée dans la foulée de l'ouverture subéquente de la procédure de faillite de l'entreprise.

Son régime est visé par les articles XX.97/1 à XX.97/6 du CDE et est examiné dans le cadre de la présente contribution.

I. Les conditions d'ouverture, substantielles et formelles, de la préparation privée d'une faillite

4. La procédure est ouverte à la requête du débiteur qui estime se trouver en état virtuel de faillite (art. XX.97/1, § 1^{er}) et montre « qu'avec ce mode préparatoire de la faillite :

- la liquidation de l'entreprise est facilitée et donne lieu au paiement le plus élevé possible à l'ensemble des créanciers ; et
- l'emploi peut être sauvegardé autant que possible » (art. XX.97/1, § 3).

L'ouverture de la procédure émane donc nécessairement d'une demande du débiteur qui peut, seul, être à l'initiative de cette procédure.

Quant aux conditions d'ouverture, l'état virtuel de faillite implique que les conditions de la faillite visées par l'article XX.99 du CDE, à savoir la cessation persistante de paiement et l'ébranlement du crédit, soient remplies (sans que la faillite du débiteur ait déjà été ouverte).

La préparation privée de la faillite intervient donc à un stade fort avancé des difficultés de l'entreprise, ce qui peut être déploré, puisque, lorsque les conditions de la faillite sont réunies, il est possible qu'une partie importante de la valeur de l'entreprise ait déjà disparu.

Par ailleurs, la cession en continuité, dans le cadre de la préparation privée de la faillite, ne peut être justifiée par la seule considération du maintien du volume de l'emploi (comme c'était le cas dans le projet abandonné de faillite silencieuse), mais doit simultanément (ainsi que l'exprime la substitution de la conjonction « et » au « ou » de la faillite silencieuse) permettre la maximisation du désintéressement des créanciers.

L'exposé des motifs de la loi du 7 juin 2023 confirme l'intention : « Le requérant devra établir qu'il poursuit les deux objectifs ce qui est exprimé par la conjonction "et" : à ce stade il ne convient pas de donner une priorité à l'un ou à l'autre de ces objectifs. Ces conditions sont également celles que la Cour de Justice a imposées pour admettre la légalité de cette forme de préparation d'une faillite (arrêt *Heiploeg* (affaire C-237/20) du 28 avril 2022) »¹³.

L'objectif nécessaire de désintéressement maximal des créanciers a donc été introduit pour respecter la jurisprudence de la CJUE relative à des procédures d'insolvabilité similaires en matière d'encadrement social des transferts d'entreprises.

Cependant, eu égard à l'exigence de la CJUE qu'une procédure telle que la préparation privée d'une faillite ait pour objectif *principal* la maximisation du désintéressement des créanciers, il eût été plus prudent soit de ne pas mentionner l'objectif de sauvegarde de l'emploi, soit d'exprimer la hiérarchie des deux objectifs et la primauté du premier sur le second.

Plus fondamentalement encore, la seule proclamation légale de l'objectif de maximisation du désintéressement des créanciers ne garantit pas de manière générale et abstraite l'application du régime dérogatoire autorisé par la directive 2001/23. C'est que la CJUE, dans son arrêt *Heiploeg*, a expressément imposé un examen *in concreto* au cas par cas d'une *pre-pack* cession : « Il convient à cet égard de vérifier, dans chaque situation, si la procédure de *pre-pack* et la procédure de faillite en cause tendent à la liquidation de l'entreprise en raison de l'insolvabilité avérée du cédant et non pas à une simple réorganisation de celui-ci. En outre, il devra être établi *non seulement* que ces procédures ont pour *objectif principal* de désintéresser au mieux l'ensemble des créanciers *mais également* que la mise en œuvre de la liquidation au moyen d'une cession de l'entreprise en exploitation (*going concern*) ou d'une partie de celle-ci, telle que préparée dans la procédure de *pre-pack* et réalisée à la suite de la procédure de faillite, permet d'atteindre cet objectif principal »¹⁴ (point 53).

Ceci augure d'une contestation syndicale fréquente et, partant, d'une insécurité juridique létale, de la préparation privée de la faillite, si l'on veut bien considérer l'avis défavorable rendu conjointement par le Conseil national du travail et le Conseil central de l'économie¹⁵.

Pour le dire autrement, il ne peut être exclu que l'application du régime dérogatoire de la directive 2001/23 à la préparation privée d'une faillite soit évaluée et, le cas échéant, remise en cause par la CJUE.

5. La requête du débiteur, qui doit être déposée dans RegSol (art. XX.97/1, § 2, al. 1^{er}), vaut aveu de faillite : le débiteur demande en effet simultanément que (i) le tribunal le déclare en faillite et que (ii) préalablement à la déclaration de faillite, le transfert de tout ou partie de ses actifs ou activités soit préparé (art. XX.97/1, § 1^{er}).

Le débiteur joint dès lors à sa requête les pièces de l'aveu visées par l'article XX.103 du CDE (art. XX.97/1, § 2, al. 1^{er}).

II. La procédure et le jugement d'ouverture

6. La procédure se déroule à huis clos et ne fait l'objet d'aucune publicité ; la requête est traitée en chambre du conseil dans un délai de trois jours ouvrables (art. XX.97/1, § 2, al. 2).

12 Pour un examen de la jurisprudence de la Cour de justice depuis l'arrêt *Smallsteps*, voy. not. R. AYDOGDU, « Tomber de *Smallsteps* en *Heiploeg* : cinq ans d'odyssée pour la protection des travailleurs dans les transferts d'entreprises en difficulté », in N. OUCHINSKY (dir.), *Actualités en droit de l'insolvabilité*, coll. Jeune barreau de Tournai, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 25-93.

13 *Doc. parl.*, Ch., 2022-2023, n° 55-3231/001, p. 81.

14 C'est nous qui soulignons.

15 CNT, avis n° 2.308, et CCE, avis n° 2022-1870, 19 juillet 2022, disponible sur avis-2308.pdf (cnt-nar.be).

À la différence de la faillite silencieuse, l'adoption de la préparation privée de la faillite n'a pas donné lieu à un débat, au cours des travaux préparatoires, sur l'information à donner aux travailleurs.

L'article XX.39/2 du CDE dispose certes que « [l]es dispositions des titres V à V/II laissent entières les obligations de consulter et d'informer les travailleurs ou leurs représentants conformément aux dispositions légales ou conventionnelles en vigueur y compris celles contenues dans le présent Code ». Aucune disposition particulière n'a toutefois été adoptée pour préciser l'application concrète des principes légaux en cas de préparation privée d'une faillite.

L'exposé des motifs précise que, « [d]ans la préparation privée d'une faillite, une nouvelle procédure, la situation est précaire et ressemble beaucoup à une faillite. L'objectif est d'éviter les [cessions] illégales qui contournent les règles encadrant la réduction des effectifs. La protection est ici spécifiquement régie par le contrôle obligatoire du juge-commissaire (potentiel) et du tribunal »¹⁶. Nous pensons déduire de cette déclaration sibylline qu'aux yeux du gouvernement, la confidentialité inhérente à la notion de *pre-pack* cession fait obstacle à l'information des travailleurs, dont la protection est assurée à suffisance par l'intervention des organes de la procédure.

7. S'il fait droit à la demande, « le tribunal de l'entreprise traitant de la faillite désigne un ou plusieurs praticiens de la liquidation, dénommés ci-après curateurs potentiels, qui, en cas de déclaration de faillite, seront désignés en tant que curateurs, sauf exception, ainsi qu'un juge-commissaire, dénommé ci-après juge-commissaire potentiel, qui sera également, sauf exception, désigné dans la faillite en tant que juge-commissaire » (art. XX.97/2, al. 1^{er}).

L'article XX.97/2, § 2, alinéa 2, précise que « [l]a désignation s'applique pour une durée de trente jours au maximum et peut être prolongée à la demande du débiteur ou du curateur potentiel de trente jours au maximum par le tribunal après avoir entendu le juge-commissaire potentiel ».

La procédure de préparation privée peut donc être ouverte pour une durée maximale de soixante jours, durant laquelle l'activité de l'entreprise a vocation à être poursuivie, au regard de l'objectif de cession en continuité de l'entreprise.

III. La mission et les pouvoirs du curateur potentiel et du juge-commissaire potentiel

8. « Le curateur potentiel désigné examine dans quelle mesure l'objectif proposé par le débiteur est réalisable. Il est associé à la préparation de la possible faillite et y représente les intérêts de la masse des créanciers du débiteur » (art. XX.97/3, al. 1^{er}).

Le curateur potentiel dispose donc déjà d'un rôle de protection des futurs créanciers de la masse de la faillite (future) du débiteur.

Le curateur potentiel bénéficie dans l'exercice de sa mission d'un pouvoir d'investigation et peut recourir, si nécessaire, à une expertise. L'article XX.97/4 du CDE dispose que « le

curateur potentiel a le droit de recueillir des informations à l'égard du débiteur ou de ses organes de gestion dans le but tel que décrit à l'article XX.97/1. Il peut prendre contact avec des tiers ou demander à un expert de procéder à un examen uniquement si le débiteur y consent. Toutefois, le tribunal peut octroyer à tout moment des compétences supplémentaires au curateur potentiel s'il le juge nécessaire, même d'office ».

L'exposé des motifs précise que « la procédure est totalement confidentielle afin d'éviter l'effet négatif proche d'une faillite »¹⁷.

9. Le juge-commissaire potentiel surveille le curateur potentiel (art. XX.97/3, al. 1^{er}) et donne un avis sur la demande de prorogation (art. XX.97/2, al. 2); sa mission est donc plus limitée que celle du juge-commissaire.

L'exposé des motifs indique que « le juge-commissaire potentiel agit sous l'autorité du tribunal et surveille les opérations du curateur potentiel afin que celui-ci n'outrepasse pas ses compétences et agisse dans l'intérêt de tous les créanciers »¹⁸.

IV. La réglementation de la *pre-pack* autocession

10. Les autocessions, à savoir la reprise de l'entreprise en difficulté par les personnes qui exercent le contrôle sur cette entreprise, ne sont pas rares, mais nécessitent une attention particulière.

Ainsi, les risques spécifiques de la *pre-pack* autocession ont entraîné une réglementation particulière de celle-ci.

L'exposé des motifs précise que « [l]'introduction de cette procédure est principalement inspirée par le souci de protéger les créanciers et les travailleurs contre des autocessions illégitimes et constitue essentiellement une procédure anti-abus. Dans l'état actuel du droit les transferts et autocessions peuvent se préparer en toute discrétion hors de tout contrôle. Dans ce genre de situation un repreneur peut se présenter et être le seul à faire une offre de reprise dès lors aussi qu'il est le seul à être suffisamment initié pour faire une telle offre de reprise. De telles cessions peuvent être nocives pour les travailleurs et les créanciers. Pour ces raisons il est opportun que ces négociations se déroulent sous le contrôle d'une autorité judiciaire et du futur curateur »¹⁹ et que « [le curateur potentiel] veillera en particulier à ce que les intérêts des créanciers ne soient pas compromis. Dans ce contexte, il devra examiner s'il n'y a pas d'"autocession" ou de cession à des personnes liées qui serait préjudiciable aux créanciers et aux travailleurs »²⁰.

L'article XX.97/3, alinéa 2, prévoit ainsi que « le curateur potentiel informe par écrit le juge-commissaire potentiel de la possibilité que tout ou partie des actifs ou tout ou partie de l'entreprise soient transférés à des entreprises liées ou à des personnes qui exercent ou ont exercé le contrôle de l'entreprise pendant six mois avant l'ouverture de la procédure et

16 *Doc. parl.*, Ch., 2022-2023, n° 55-3231/001, p. 32.

17 *Doc. parl.*, Ch., 2022-2023, n° 55-3231/001, p. 80.

18 *Doc. parl.*, Ch., 2022-2023, n° 55-3231/001, pp. 81-82.

19 *Doc. parl.*, Ch., 2022-2023, n° 55-3231/001, pp. 80-81.

20 *Doc. parl.*, Ch., 2022-2023, n° 55-3231/001, p. 82.

qui exercent en même temps directement ou indirectement le contrôle sur des droits déterminants pour la valeur de l'entreprise et le transfert de ses activités».

Ce dispositif doit être comparé à la réglementation similaire — mais, de manière regrettable et inexplicite, non identique — du transfert sous autorité judiciaire : « Au cas où une offre émane de personnes qui exercent ou ont exercé le contrôle de l'entreprise pendant six mois avant l'ouverture de la procédure et exercent en même temps directement ou indirectement, le contrôle sur des droits nécessaires à la poursuite de ses activités, cette offre ne peut être prise en considération qu'à la condition que ces droits soient accessibles dans les mêmes conditions aux autres offrants » (art. XX.87/2)²¹.

V. L'absence d'effet juridique de la procédure

11. La procédure, purement confidentielle, n'entraîne aucun effet pour l'entreprise.

D'une part, il n'y a aucune dépossession du débiteur ou de ses organes : « [Ni le curateur potentiel ni le juge-commissaire potentiel] n'a les pleins pouvoirs qu'implique la fonction de curateur ou de juge-commissaire dans une faillite [...] Le débiteur est toujours non dessaisi et il n'est pas question de dépossession, mais bien d'une forme de surveillance et surtout d'une collaboration active afin de pouvoir réaliser la cession le plus rapidement possible »²².

D'autre part, en dépit de l'état virtuel de faillite, la mission du curateur potentiel ne bénéficie d'aucune protection contre les initiatives des créanciers ; ainsi, « les créanciers, le ministère public ou le curateur de la procédure principale dans le cas d'une procédure territoriale d'insolvabilité visé à l'article XX.12 conservent leur droit de demande de faillite ainsi qu'il est prévu à l'article XX.100 » (art. XX.97/5, al. 3).

VI. La cessation de la procédure et exécution du transfert

12. Le succès comme l'échec de la procédure se soldent par une déclaration de faillite.

Celle-ci est déclenchée par le débiteur, le curateur potentiel ou d'office par le tribunal à l'échéance de la préparation privée de la faillite : « Le débiteur conserve à tout moment le droit de demander au tribunal de prononcer la faillite. Pour ce faire, il est recouru à une déclaration de cessation de paiements qui sera traitée en priorité. Le curateur potentiel peut, par requête déposée au registre, demander qu'il soit mis fin à sa mission et que le tribunal mette fin à la préparation de la faillite. Si le débiteur n'entreprend rien à l'expiration du délai de trente jours éventuellement prolongé, le tribunal agira, après convocation du débiteur, conformément aux articles XX.100 et XX.101 » (art. XX.97/5, al. 1^{er}, 2 et 4).

21 Sur cette disposition, voy. not. R. AYDOĞDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *op. cit.*

22 *Doc. parl.*, Ch., 2022-2023, n° 55-3231/001, p. 82.

L'article XX.97/5, alinéa 5, dispose qu'« en cas de déclaration de faillite, le tribunal désignera le juge-commissaire potentiel et le curateur potentiel comme juge-commissaire et curateur dans la faillite, sauf décision contraire motivée ». Ceci permet un contrôle marginal de l'activité des deux organes par le tribunal, important au regard de l'exigence de l'article 5, § 2, de la directive 2001/23, telle qu'interprétée par la CJUE, que la procédure se trouve « sous le contrôle d'une autorité publique compétente ».

« Les frais du curateur potentiel sont taxés par le tribunal en cas de contestation comme les frais d'un expert judiciaire. La créance du curateur potentiel bénéficie du privilège prévu aux articles 17 et 19, 1^o, de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 en cas de concours subséquent » (art. XX.97/6).

13. En principe maintenu dans la continuité de sa mission de préparation, le curateur potentiel, devenu curateur, peut procéder à l'exécution du transfert, sous la surveillance du juge-commissaire potentiel, devenu juge-commissaire : « la cession ne sera effective qu'après la déclaration de faillite et sous contrôle complet du tribunal »²³.

Hélas, cette exécution se déroule aux conditions prévues par le droit commun de la faillite, sans qu'aucune disposition spécifique organise une accélération du processus pour garantir la rapidité du transfert en *going concern* et la préservation maximale de la valeur de l'entreprise.

La cession ne peut ainsi être réalisée qu'après le dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances (art. XX.166, § 1^{er}, CDE). Pour rappel, le jugement déclaratif de faillite ordonne un premier délai maximal de trente jours pour les déclarations de créance, et fixe la date de dépôt du premier procès-verbal, au plus tôt cinq jours et au plus tard trente jours après l'échéance du délai de déclaration de créances. Si le jugement déclaratif peut ainsi raccourcir, en considération de la préparation privée de la faillite, le délai utile pour la réalisation du transfert, cette souplesse se révélera généralement insatisfaisante. La solution pourrait venir de l'usage raisonné de l'article XX.142 du CDE qui permet au curateur, sur l'autorisation du juge-commissaire, de vendre immédiatement les actifs sujets à dépréciation imminente, ce qui est le propre de l'activité en *going concern* dont la préparation privée a précisément pour objet d'assurer la valorisation maximale.

Une difficulté complémentaire s'ajoute pour les immeubles, dont la vente de gré à gré ne peut intervenir qu'aux conditions de l'article 1193^{ter} du Code judiciaire, ce qui implique (i) la production d'un certificat hypothécaire postérieur à la déclaration de faillite (avec le délai administratif que cela implique) et (ii) l'autorisation du tribunal au terme d'une procédure à laquelle les créanciers hypothécaires et privilégiés spéciaux doivent être convoqués au moins huit jours avant l'audience.

Il faudra en tout cas se garder d'appliquer de manière systématique la procédure prévue par l'article XX.166, § 3, du CDE, qui n'est qu'une simple faculté (et non une obligation) ouverte au curateur de faire homologuer par le tribunal le transfert de l'entreprise en activité lorsque la cession prévoit des modalités conventionnelles dont l'exécution pourra être poursuivie, par l'effet de l'homologation, non seulement par les curateurs, mais également, après la clôture de la faillite,

23 *Doc. parl.*, Ch., 2022-2023, n° 55-3231/001, p. 80.

par tout intéressé (que l'on songe, par exemple, aux garanties du maintien de l'emploi ou d'un siège d'exploitation dans la région).

On voudra encore noter qu'une cession en continuité ne peut généralement pas être réalisée sans assurer le maintien d'une série de contrats en cours : eu égard à la validité des conditions résolutoires liées à la déclaration de faillite et à l'efficacité des clauses d'*intuitu personae* en cas de cession par un curateur, l'exécution de l'opération sera donc exposée au bon vouloir des cocontractants.

Autrement dit, faute de disposition dérogatoire au droit de la faillite, le cessionnaire ne bénéficie dans ce cadre d'aucune garantie quant à la reprise des contrats en cours, circonstance susceptible de constituer un obstacle fréquent, en pratique, à la mise en œuvre de cette procédure.

Conclusion

14. La procédure examinée ci-dessus répond à un besoin de la pratique du droit de l'insolvabilité d'instaurer une procédure de *pre-pack* cession.

À notre sens, le régime mis en place, assez régulièrement utilisé en pratique, souffre toutefois de lacunes substantielles liées au lien établi entre cette procédure et l'état de faillite et l'absence de réglementation spécifique permettant de faci-

ter le transfert de l'entreprise dans des conditions optimales et ainsi d'atteindre au mieux les objectifs assignés à cette procédure : le meilleur paiement des créanciers et la continuité des activités.

L'évolution de la *pre-pack* cession en droit belge pourrait, du reste, être influencée par le législateur européen, au travers de la nouvelle proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 7 décembre 2022 harmonisant certains aspects du droit de l'insolvabilité²⁴.

Ce projet de directive organise, en son titre IV, une « procédure de cession prénégociée » et devrait, très certainement, influencer le régime de la préparation privée de faillite, si elle venait à être adoptée par les instances européennes.

Roman AYDOGDU

Professeur à l'ULiège

Chaire Business Compliance FEB/ULiège/UGent

Avocat au barreau de Liège-Huy

Philippe MOINEAU

Maître de conférences à l'ULiège

Curateur au barreau de Liège-Huy

Avocat au barreau de Liège-Huy

²⁴ Disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/>.