
*La lettre
de Belgique*



Les entreprises en difficulté en Belgique, à l'intersection du droit économique et du droit du travail

*Fabienne KÉFER**

Professeur à l'Université de Liège

*Nicolas THIRION***

Professeur ordinaire à l'Université de Liège

1. Le droit belge des entreprises en difficulté a connu un certain nombre de modifications profondes et de changements accélérés depuis un quart de siècle environ. Il n'est pas étonnant qu'il en soit ainsi, tant il est vrai que les périodes d'incertitude juridique sont en grande partie tributaires du contexte social où elles se meuvent. La succession de crises économiques qui frappent le monde depuis le choc pétrolier de 1973 a démultiplié les restructurations et les liquidations d'entreprises incapables de faire front dans une telle situation. Il était dès lors important de mettre en place des outils juridiques susceptibles d'assurer un traitement aussi efficace que possible de ces défaillances. Or, en Belgique, la loi sur les faillites datait de 1851 et les lois coordonnées sur le concordat judiciaire, destinées à favoriser autant que possible le redressement des entreprises en difficulté, de 1946. L'arsenal législatif était donc jugé inadapté pour faire face aux défis d'une économie de plus en plus souvent en berne.

En 1987, une commission fut dès lors créée à l'instigation du ministre de la justice de l'époque, en vue de préparer et de proposer une réforme du droit de la faillite. Cette commission s'assigna pour tâche « d'adapter la loi sur les faillites aux besoins contemporains et de mieux concilier les intérêts

* F. KÉFER enseigne notamment le droit du travail et le droit pénal social.

** N. THIRION enseigne notamment le droit économique et la théorie du droit.

des créanciers, des pouvoirs publics, des travailleurs et du failli lui-même » et se donna pour objectif « d'assurer une plus grande simplicité et une transparence des opérations de la faillite ». Le ministre chargea ensuite un groupe de travail restreint de proposer un projet de réforme du concordat, tant il est vrai qu'une réforme de la faillite sans réforme du concordat paraissait peu adaptée à la réalité de la vie des affaires dans un contexte de crise.

Après des débats longs et houleux, qui s'étalèrent sur deux législatures, le Parlement adopta, dans le courant de l'été 1997, deux lois – l'une sur le concordat judiciaire¹, l'autre sur les faillites², censées porter sur les fonds baptismaux un droit consolidé des entreprises en difficulté, enfin adapté aux conditions économiques contemporaines.

Dans la perspective tracée par le législateur, la loi sur le concordat judiciaire constituait la pierre angulaire de la réforme : à l'instar de la loi française du 25 janvier 1985, qui distinguait, en les hiérarchisant, les procédures de « redressement » et de « liquidation » judiciaires, la réglementation belge visait à ériger le souci de prévention des difficultés au rang d'objectif primordial assigné à la procédure concordataire ainsi « revisitée » et à reléguer la faillite au statut d'ultime recours.

Les espérances n'en ont pas moins été rapidement déçues.

2. D'une part, le concordat judiciaire établi par la loi du 17 juillet 1997 a constitué un échec retentissant³, les entreprises n'ayant pas su (ou voulu) saisir les occasions offertes par la nouvelle réglementation. Plutôt que d'imputer les vicissitudes de la procédure de concordat judiciaire aux acteurs de l'économie eux-mêmes, il fut dès lors jugé de bon ton de remettre l'ouvrage législatif sur le métier. Un nouveau processus parlementaire a dès lors été enclenché, qui a abouti à l'adoption de la *Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises*⁴. Les premiers enseignements tirés de

¹ *Loi n° 1997009767 du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire*, M.B. 28 nov. 1997, p. 28550.

² *Loi n° 1997009766 du 8 août 1997 sur les faillites*, M.B. 28 nov. 1997, p. 28562 (ci-après « loi de 1997 »).

³ Voir Jean-Pierre RENARD, « Le concordat. Bilan et améliorations à apporter », Séminaire Vanham & Vanham du 27 mars 2003, *Faillites et concordats*, Hôtel Crowne Plaza, Bruxelles, 2003.

⁴ *Loi n° 2009009047 du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises*, M.B. 9 fév. 2009, p. 8436 (ci-après « loi de 2009 »).

l'application de cette nouvelle loi ont conduit le législateur à « ajuster » cette dernière en y apportant déjà une série de modifications par une loi du 27 mai 2013.

3. D'autre part, certaines insuffisances de la réforme de 1997 ont également été rapidement pointées dans le domaine des faillites. Les imperfections constatées de la loi ont amené le législateur à apporter depuis lors diverses modifications à la loi du 8 août 1997 sur les faillites : en effet, une loi « de réparation » du 4 septembre 2002 est intervenue afin de remédier aux faiblesses les plus criantes. Mentionnons également une loi de réparation de la loi de réparation pour faire bonne mesure (loi du 20 juillet 2005) et quelques autres modifications plus ou moins substantielles pour aboutir à la version actuelle.

4. Dans cette perspective, le régime juridique actuel du droit des entreprises en difficulté en Belgique se scinde donc en deux volets législatifs nettement distincts, même si, on le verra, des passerelles n'en sont pas moins établies de l'un à l'autre : la loi du 31 janvier 2009 telle que modifiée par la loi du 27 mai 2013 en ce qui concerne les entreprises susceptibles d'être restructurées, redressées et relancées, d'une part ; d'autre part, la loi du 8 août 1997, modifiée à plusieurs reprises depuis lors, à l'égard des entreprises en proie à des difficultés telles que la seule issue réside dans leur liquidation pure et simple⁵. Compte tenu des violentes secousses économiques que le monde a récemment connues et de leurs répercussions sur les entreprises, aussi bien en Belgique qu'ailleurs du reste, il nous a paru opportun de dresser, dans la présente *Lettre de Belgique*, un tableau d'ensemble de ce régime juridique.

5. S'il est courant de rattacher les législations en cause au vaste domaine du droit économique – raison pour laquelle la présente contribution s'ouvrira par une description synthétique des deux types de procédures (I) –, il n'en reste pas moins que le traitement des entreprises en difficulté comporte également, la plupart du temps, un important volet social, qu'il conviendra donc de présenter à son tour (II).

⁵ On accèdera aux législations internes consolidées sur le site <<http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm>>, aux arrêts de la Cour de cassation sur le site <<http://jure.juridat.just.fgov.be/JuridatSearchCombined/?lang=fr&jur=>>>, et aux arrêts de la Cour constitutionnelle, sur le site <www.const-court.be> (consultés le 15 janvier 2015).

I. Les entreprises en difficulté en droit économique

6. Ainsi qu'il a déjà été précisé, la logique présidant au régime juridique encadrant le traitement des entreprises en difficulté dans sa dimension économique commande de présenter successivement les mécanismes de redressement (A) et de liquidation (B) prévus à leur égard.

A. Le redressement des entreprises en difficulté : la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises

7. Alors que la réglementation précédente du concordat judiciaire était circonscrite à la seule figure du commerçant, la loi de 2009 octroie le bénéfice de ses procédures à un nombre plus important de personnes (1°). Afin de conforter les tribunaux de commerce dans leur rôle de vigie des entreprises de leur arrondissement judiciaire, certains mécanismes ont été institués afin de leur permettre de repérer les entreprises en proie à des difficultés en vue de les inciter, le cas échéant, à prendre les mesures qui s'imposent en faveur de leur redressement (2°). Le dépôt d'une requête en réorganisation judiciaire est soumis à certaines modalités et entraîne, *ipso facto*, des effets non négligeables (3°). Les conditions d'ouverture de la procédure et d'octroi, corrélatif, du sursis à l'exécution forcée des biens du débiteur ont été nettement assouplies par rapport à celles exigées par l'ancienne loi et confère ainsi au débiteur la faculté de concevoir, dans une relative sérénité, les moyens de redresser son entreprise (4°). Alors que l'ancienne procédure concordataire tendait uniquement à aboutir à un accord de la majorité des créanciers du débiteur sur un plan de redressement, la nouvelle loi prévoit, outre un tel accord collectif, deux autres voies d'aboutissement de la procédure : la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et deux ou plusieurs de ses créanciers ou le transfert, réalisé sous autorité de justice, de tout ou partie de l'entreprise du débiteur (5°).

1. Champ d'application *ratione personae*

8. En vertu de son article 3, la loi du 31 janvier 2009 s'applique non seulement aux commerçants visés par l'article 1^{er} du Code de commerce⁶ mais également aux sociétés agricoles et aux sociétés civiles à forme com-

⁶ Il s'agit du Code de commerce français de 1807, dont certains volets (de plus en plus rares, il est vrai) continuent de s'appliquer en droit positif belge.

merciale, c'est-à-dire aux sociétés qui, bien qu'ayant choisi d'adopter une forme commerciale et d'être ainsi dotées d'une personnalité juridique distincte de celles de leurs associés, conservent un objet civil et ne disposent pas, par conséquent, de la qualité de commerçant⁷.

Toutefois, à peine cette légère extension proclamée, l'article 4 exclut du champ d'application de la loi les sociétés civiles à forme commerciale *titulaires d'une profession libérale* (société de médecins, dentistes, notaires, avocats, architectes, comptables, etc.). Le législateur justifie cette exclusion, dans les travaux préparatoires, en arguant du système d'autorégulation auxquelles sont astreintes de telles activités :

« les professions libérales [...] seront le plus souvent soumises à une réglementation disciplinaire, qui comprend aussi une part de contrôle financier de la société, sous laquelle les titulaires de professions libérales exercent leur profession. Elles sont donc contrôlées et l'assistance nécessaire et le conseil leur sont donnés. »⁸

9. Suite à la crise bancaire et financière de l'automne 2008, un premier correctif au champ d'application de la loi a été opéré. S'étant rendu à l'évidence que la procédure de réorganisation judiciaire était inadaptée au sauvetage des entreprises actives dans le secteur financier, le législateur a adopté la loi du 2 juin 2010⁹ qui met en place ces mesures exceptionnelles de redressement en faveur de ces entreprises¹⁰. Leur sauvegarde est en effet, aux yeux du législateur, liée à des « motifs impérieux d'intérêt général, en ce qu'elles tendent à préserver tant les marchés financiers que l'économie

⁷ Voir les articles 2§3 et 3§4 du Code des sociétés (par exemple, les sociétés d'exploitation de pharmacie, les sociétés civiles immobilières, les sociétés de logements sociaux, etc.).

⁸ *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. 2007-2008, 160/002, p. 47.

⁹ *Loi n° 2010003363 du 2 juin 2010 visant à compléter les mesures de redressement applicables aux entreprises relevant du secteur bancaire et financier*, M.B. 14 juin 2010, p. 37072.

¹⁰ Suivant l'exposé des motifs de la loi du 2 juin 2010 (*Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. 2009-2010, 2406/001, p. 9) :

« Si, pour des entreprises commerciales ou industrielles, la suspension des poursuites individuelles est un moyen qui peut les aider à relancer leurs activités et à redresser leur situation, il n'en est pas de même pour des établissements de crédit. Pour ceux-ci, une surséance durable et publique des voies d'exécution est au contraire de nature à déstabiliser la confiance du public à leur égard, à ruiner leur fonds de commerce et à rendre impossible leur redressement économique, lequel constitue pourtant la finalité de la procédure de réorganisation ».

réelle d'un effet de contagion de l'ensemble du système bancaire et financier »¹¹. Cet impératif justifie que « l'État puisse, dans de telles situations de crise, prendre des mesures exceptionnelles »¹². Sont donc exclus, depuis lors, du champ d'application de la loi du 31 janvier 2009, les établissements de crédit, les entreprises d'assurances, les entreprises d'investissement et les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif.

10. Un second correctif résulte d'un arrêt du 28 février 2013 de la Cour constitutionnelle. Celle-ci avait été interrogée sur la compatibilité avec le principe constitutionnel d'égalité de l'extension du bénéfice de la loi aux sociétés agricoles alors que les agriculteurs personnes physiques, considérés comme non-commerçants, en étaient exclus. Relevant que « le fait de posséder la personnalité morale n'est pas une condition nécessaire pour pouvoir bénéficier des mesures prévues par le législateur en vue de favoriser la continuité des entreprises en difficulté »¹³, l'arrêt conclut que la loi viole la Constitution dans la mesure où elle exclut les agriculteurs personnes physiques de son champ d'application. Le législateur a dès lors réagi à ce constat d'inconstitutionnalité, en modifiant l'article 3 de la loi: les agriculteurs peuvent désormais introduire également une procédure de réorganisation judiciaire.

2. L'information des tribunaux de commerce

11. La loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire avait prévu la création, au sein des tribunaux de commerce, de chambres d'enquête commerciale, dont la tâche consistait à suivre la situation des débiteurs en difficulté et à examiner, le cas échéant d'office, s'ils remplassaient les conditions du concordat. L'examen était confié soit à un magistrat professionnel, soit à un juge consulaire, appelé le « juge enquêteur ». La loi du 31 janvier 2009 a repris à son compte l'institution des chambres d'enquête commerciale.

12. Dans la mesure où l'objectif proclamé de la loi consiste à favoriser la continuité du débiteur en difficulté et la sauvegarde de son entreprise¹⁴,

¹¹ *Id.*, p. 8 et suiv.

¹² *Id.*

¹³ C.C., 28 février 2013, arrêt n° 24/2013, *J.T.*, 2013, p. 309, note Bénédicte INGHELS, *R.W.*, 2012-13, p. 1199.

¹⁴ D'aucuns n'ont pas hésité à affirmer, à l'occasion des débats parlementaires, que la nouvelle procédure « doit devenir la règle en lieu et place de la faillite » (*Doc. Parl.*, Ch.

il est en effet indispensable, pour qu'un tel sauvetage ait quelque chance de succès, que le débiteur décèle au plus tôt l'existence de difficultés, prenne pleinement conscience du risque qu'elles impliquent et tente d'y remédier promptement.

En vue de permettre aux tribunaux de commerce de mener à bien la mission de surveillance du marché et de prévention des difficultés que leur assigne la loi de 2009, il importe donc de les doter d'informations suffisamment nombreuses et précises afin qu'ils soient en mesure de dépister les entreprises, situées dans leur arrondissement judiciaire, qui sont en proie à des difficultés significatives. Cette information des tribunaux emprunte pour l'essentiel deux voies, d'ailleurs étroitement liées l'une à l'autre : la transmission de certaines données aux greffes, à l'initiative notamment de certaines autorités (a) et les investigations susceptibles d'être opérées par les chambres d'enquête commerciale instituées au sein des tribunaux de commerce (b).

a) L'information des tribunaux de commerce

13. En ce qui concerne le premier canal d'informations, le principe gît à l'article 8, alinéa 1^{er} de la loi :

« les renseignements et éléments utiles concernant les débiteurs qui sont en difficultés financières telles que la continuité de leur entreprise peut être mise en péril (...) sont tenus à jour au greffe du tribunal de l'arrondissement dans lequel le débiteur a son établissement principal ou son siège social ».

La collecte de données se concrétise de diverses manières ; en particulier : (1) les jugements de condamnation par défaut et les jugements contradictoires prononcés contre des commerçants qui n'ont pas contesté le principal réclamé sont communiqués, par le greffe de la juridiction qui les a prononcés, au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel se situe l'établissement principal ou de siège social du débiteur condamné¹⁵ ; (2) les jugements qui déclarent résolu un bail commercial à charge du locataire, qui refusent un renouvellement sollicité ou qui mettent

Repr., sess. 2008-2009, 160/005, p. 113).

¹⁵ *Loi de 2009, préc.*, note 4, art. 10 al. 1^{er}. De manière curieuse, cette disposition vise uniquement les jugements prononcés contre des « commerçants » plutôt que ceux qui concernent tout « débiteur » au sens de l'article 3 de la loi.

fin à la gestion d'un fonds de commerce sont transmis au même tribunal¹⁶; (3) l'Office National de la Sécurité Sociale et l'administration des finances doivent transmettre au greffe du tribunal de leur établissement principal ou de leur siège social, une liste des débiteurs restés en défaut de payer leurs cotisations sociales, la taxe sur la valeur ajoutée ou le précompte professionnel pendant un trimestre¹⁷.

Si le ministère public aussi bien que le débiteur concerné peuvent prendre connaissance des renseignements ainsi collectés, le dossier tenu par le greffe demeure en revanche confidentiel à l'égard des tiers¹⁸.

b) Les chambres d'enquête commerciale

14. La mission assignée plus spécifiquement aux chambres d'enquête commerciale est définie par l'article 12, §1^{er} de la loi: «suivre la situation des débiteurs en difficulté en vue de favoriser la continuité de leur entreprise ou de leurs activités et d'assurer la protection des droits des créanciers».

Lorsqu'il apparaît, au vu des diverses informations communiquées au tribunal, que la continuité de l'entreprise d'un débiteur est menacée, à savoir lorsque les «clignotants» qui figurent au dossier sont jugés suffisamment sérieux, la chambre d'enquête confie l'examen du dossier à un juge enquêteur¹⁹. Le débiteur peut alors être convoqué par ce dernier afin d'être entendu sur l'état de ses affaires ainsi que sur d'éventuelles mesures de réorganisation judiciaire²⁰. L'enquête a lieu à huis clos.

Le juge enquêteur peut compléter ses informations en rassemblant toutes les données nécessaires à son enquête, en entendant toute personne dont il estime l'audition nécessaire, même en dehors de la présence du débiteur, et en ordonnant la production de tous autres documents de son

¹⁶ *Id.*, art. 10 al. 2.

¹⁷ *Id.*, art. 10 al. 3 et 4, modifié par la *Loi n° 2013009257 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises du 27 mai 2013*, M.B. 22 juillet 2013, p. 45665.

¹⁸ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 8 al. 2.

¹⁹ Le juge ainsi désigné est soit un juge «professionnel» du tribunal de commerce, président excepté, soit un juge consulaire (c'est-à-dire un magistrat non-professionnel issu de la vie des affaires) – les tribunaux de commerce étant dotés, en droit belge, d'une composition mixte. Il est désigné par l'appellation «juge enquêteur» ou encore «juge rapporteur».

²⁰ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 12§1 al. 3.

choix²¹. Le juge peut également descendre d'office sur les lieux de l'établissement principal ou du siège social du débiteur, dès que ce dernier a manqué de donner suite à une première convocation. Le débiteur peut, du reste, produire tous autres documents de son choix.

Tant le débiteur concerné que le ministère public peuvent, à tout moment, obtenir la communication des informations recueillies²². Par ailleurs, afin d'assurer une information aussi exhaustive que possible du parquet, une liste des examens entamés par les chambres d'enquête commerciale est, dans les dix premiers jours de chaque mois, communiquée au procureur du Roi, à la diligence du greffier.

Au terme de ses investigations, le juge enquêteur rédige un rapport, également communiqué au débiteur et au ministère public, qui décrit les opérations accomplies lors de l'enquête et les conclusions auxquelles celle-ci a permis d'aboutir. Ce rapport est joint au dossier tenu par le greffe²³.

Après avoir pris connaissance du rapport rédigé par le juge enquêteur, la chambre d'enquête peut adopter les mesures suivantes :

- 1° elle peut classer le dossier, si les données recueillies ne paraissent pas, en l'état, justifier d'autres mesures ou remettre le dossier à une audience ultérieure afin d'y vérifier l'évolution de la situation du débiteur ;
- 2° s'il ressort de l'examen de la situation du débiteur que celui-ci se trouve en état de faillite ou s'il réunit les conditions d'application de l'article 182 du Code des sociétés (liquidation judiciaire), la chambre d'enquête commerciale concernée peut communiquer le dossier, conformément à l'article 12, § 5 de la loi, au procureur du Roi²⁴, afin que ce dernier requière la faillite ou, si le débiteur est une personne morale, la liquidation judiciaire ;
- 3° s'il existe des indices graves, précis et concordants que les conditions de la faillite sont réunies et qu'il y a urgence, la chambre d'enquête peut également transmettre le dossier au président du tribunal. Celui-ci pourra

²¹ *Id.*, art. 12§1^{er}, al. 5.

²² *Id.*, art. 12§2 al. 1^{er}.

²³ *Id.*, art. 12§4.

²⁴ Il s'agit d'une simple *faculté* dans le chef de la chambre d'enquête et non d'une *obligation* de communication au parquet (*Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. extr. 2007, 160/001, p. 13).

alors prononcer, d'office, le dessaisissement du débiteur sur pied de l'article 8 de la loi sur les faillites et désigner un administrateur provisoire²⁵ ;

4° la chambre d'enquête peut enfin, à condition que le débiteur en ait formulé la demande, désigner un médiateur d'entreprise conformément à l'article 13 de la loi du 31 janvier 2009²⁶.

3. Introduction de la procédure de réorganisation judiciaire

15. Si la procédure de réorganisation judiciaire a invariablement pour but de préserver la continuité l'entreprise, la loi offre au débiteur trois voies pour parvenir à ce résultat, qui constituent autant d'« objectifs » de la procédure :

- la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et deux ou plusieurs de ses créanciers²⁷ ;
- un accord collectif des créanciers sur le plan de réorganisation de l'entreprise du débiteur²⁸ ;
- un transfert d'entreprise réalisé sous autorité de justice²⁹.

Ces trois objectifs, qui peuvent être combinés à la guise du débiteur, constituent autant de voies d'aboutissement de la procédure de réorganisation³⁰. Encore convient-il de déterminer qui a l'initiative de la procédure (a) et quelles sont les conséquences immédiates de son introduction (b).

a) Initiative de la procédure

16. L'initiative de la procédure appartient, en principe, au seul débiteur qui adresse, pour ce faire, une requête en ce sens au tribunal de commerce, signée par ses soins ou par son avocat.

²⁵ Sur ce point, cf. *infra*, n° 42.

²⁶ Il doit s'agir, à l'instar de tout médiateur, d'un tiers impartial, indépendant, neutre, sans pouvoir décisionnel ou même consultatif, qui favorise, par des entretiens confidentiels, l'établissement ou le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause (Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, Paris, PUF, 2007, p. 71, cité par *Doc. parl.*, préc., note 8, p. 50).

²⁷ Voir le chapitre II du titre IV : *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 43.

²⁸ Voir le chapitre III du titre IV : *Id.*, art. 44 à 58.

²⁹ Voir le chapitre IV du titre IV : *Id.*, art. 59 à 70/1.

³⁰ Pour plus de détails sur ces trois objectifs, voir : *infra*, n° 27 et suiv.

Il doit joindre à sa requête un certain nombre de pièces ou documents énumérés à l'article 17, § 2 de la loi de 2009, dont principalement :

- 1° un exposé des événements sur lesquels sa demande est fondée dont il ressort qu'à son estime, la continuité de son entreprise est menacée à bref délai ou à terme;
- 2° l'indication du ou des objectifs, énumérés par l'article 16 de la loi³¹, vers le(s)quel(s) devra tendre la procédure de réorganisation dont il sollicite l'ouverture. Une fois la procédure ouverte, le débiteur ne pourra en effet en changer qu'avec l'accord du tribunal³²;
- 3° les deux derniers comptes annuels, même s'ils n'ont pas (ou pas encore) été publiés, ou bien, si le débiteur est une personne physique, les deux dernières déclarations à l'impôt des personnes physiques;
- 4° une situation comptable ne datant pas de plus de trois mois et un budget contenant une estimation des recettes et dépenses pour la durée du sursis sollicité, qui doivent avoir impérativement été établis sous la supervision d'un réviseur d'entreprises, d'un expert-comptable externe, d'un comptable agréé externe ou d'un comptable-fiscaliste agréé externe³³;

³¹ Voir *supra*, n° 15.

³² *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 39.

³³ Exigence introduite par la loi du 27 mai 2013, préc., note 17. Cette objectivation des comptes vise à limiter le recours abusif à la procédure en installant un palier d'exigence qui, dans l'esprit du législateur, ne devrait toutefois pas se révéler « de nature à effrayer le débiteur de bonne foi »; mais vise plutôt à « déceler les opérations qui se sont déroulées dans des conditions autres que celles du marché ». À la question de savoir si ces nouvelles formalités préalables à l'ouverture de la procédure, et les coûts qu'elles impliquent, ne risquent pas de rendre l'accès à la réorganisation judiciaire malaisé pour les petites entreprises, la ministre a répondu qu'il « fallait privilégier l'objectivation des données fournies par les requérants (ce qui implique nécessairement des coûts plus élevés), notamment en raison des cas avérés d'abus voire de fraude dans certains dossiers déposés dans le cadre de la loi sur la continuité des entreprises. La question de savoir si le 'seuil de déclenchement' pour le sauvetage des entreprises n'est pas à nouveau placé trop haut (comme c'était le cas avec la loi sur le concordat) sera de toute façon réexaminée à terme » (Rapport de la Commission chargée des problèmes de droit économique et commercial, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. 2012-2013, 2692/003, p. 19).

- 5° une liste de tous les créanciers, indiquant leur nom, leur adresse, le montant de leur créance, ainsi que la mention spéciale des créanciers hypothécaires, privilégiés et gagistes (créanciers sursitaires extraordinaires³⁴);
- 6° les mesures et propositions qu'il envisage pour rétablir la rentabilité et la solvabilité de son entreprise, pour mettre en œuvre un éventuel plan social et pour satisfaire les créanciers³⁵;
- 7° l'indication que le débiteur a satisfait aux obligations légales et conventionnelles d'information et de consultation des travailleurs ou de leurs représentants³⁶.

La requête est irrecevable si elle ne comporte pas l'ensemble des annexes prévues. En vue de prévenir un « *formalisme exagéré* »³⁷, l'article 24, §1^{er}, al. 4, tempère toutefois cette sanction : en cas d'omission ou d'irrégularité dans le dépôt des documents, le tribunal peut, après avoir entendu le débiteur, mettre l'affaire en continuation ou autoriser le dépôt au greffe, après les débats, des pièces manquantes.

La loi du 27 mai 2013 a en outre imposé à tout débiteur en difficulté de s'acquitter, au moment du dépôt de sa requête, d'un droit d'inscription fixé à la somme de 1.000 €³⁸. Cette « modeste »³⁹ contribution tend, dans l'esprit du législateur, à décourager l'introduction abusive de procédures en réorganisation judiciaire. Le montant de 1.000 € est le fruit d'un compromis entre la nécessité de rendre la procédure accessible au moindre coût, particulièrement pour les PME, et la volonté d'exiger une contribution dont le coût dissuade l'introduction de procédures « irréflechies ou fallacieuses »⁴⁰. Combinée à l'obligation d'établir les annexes à la requête

³⁴ Pour une définition de la notion de « créancier sursitaire » et de « créancier sursitaire extraordinaire », voir : *Infra*, n° 21.

³⁵ Pour une énumération exhaustive des éléments qui doivent être joints à la requête du débiteur, voir : *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 17§2.

³⁶ Pour plus de détails à ce sujet : cf. *infra*, n° 68.

³⁷ Projet de loi, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. 2012-2013, 2692/001, p. 15.

³⁸ Voir le nouvel article 269/4 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe.

³⁹ Projet de loi, préc., note 37, p. 32.

⁴⁰ « *L'efficacité d'une procédure est en principe le mieux garantie par des mesures garantissant la gratuité de la procédure ou du moins d'un coût pas trop élevé (voir Cour européenne des droits de l'homme, 25 septembre 2007). Ceci résulte de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit l'accès à la justice. Il faut*

introductive de la procédure sous la supervision d'un spécialiste de la comptabilité⁴¹, cette taxe augmente de manière significative le coût d'accès à la réorganisation judiciaire.

Dans les quarante-huit heures du dépôt de la requête, le greffier en avise le procureur du Roi, lequel pourra assister à toutes les opérations de la procédure⁴². Aucune autre forme de publicité n'accompagne ce dépôt.

17. Lorsque la réorganisation judiciaire tend au transfert sous autorité de justice de l'entreprise du débiteur, la procédure peut, exceptionnellement, être introduite sur citation du procureur du Roi, d'un créancier ou de toute personne ayant intérêt à acquérir l'entreprise. Conformément à l'article 59, §2 de la loi de 2009, la procédure de réorganisation judiciaire peut donc être ouverte, dans la perspective d'un transfert d'entreprise, sans que le débiteur y consente. Le tribunal fera droit à cette demande lorsque le débiteur se trouve en état de faillite, sans pour autant avoir été explicitement déclaré en faillite par le tribunal de commerce, et qu'il n'a pas demandé l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire.

b) Conséquences de l'introduction de la procédure

18. Le dépôt de la requête introductive emporte immédiatement quatre conséquences :

- tant que le tribunal n'a pas statué sur la demande du débiteur, aucune réalisation de ses biens meubles ou immeubles ne peut intervenir à la suite de l'exercice d'une saisie ou autre voie d'exécution⁴³ ;
- le débiteur ne peut, pendant la même période, être déclaré en faillite et, s'il s'agit d'une société, elle ne peut être dissoute judiciairement⁴⁴. Les actions en déclaration de faillite et en dissolution judiciaire qui auraient été ou seraient introduites sont donc suspendues à compter du jour du dépôt de la requête en réorganisation judiciaire ;

toutefois déterminer un seuil raisonnable afin d'éviter que des procédures irréfléchies ou fallacieuses soient entamées» (Id., p. 6).

⁴¹ *Loi de 2009, préc., note 4, art. 17.*

⁴² *Id.*, art. 17§3.

⁴³ *Id.*, art. 22.

⁴⁴ *Id.*, art. 22.

- dès le dépôt de la requête, le président du tribunal désigne un juge délégué dont le rôle consiste, de manière générale, à « surveiller les opérations pendant toute la durée du sursis »⁴⁵. La première mission assignée au juge délégué est de faire rapport au tribunal sur la recevabilité et le fondement de la demande de réorganisation judiciaire, ainsi que sur tout autre élément que le juge délégué estime utile à l'appréciation du tribunal. À cette fin, il doit entendre le débiteur et peut demander à ce dernier de lui transmettre toute information qu'il juge utile⁴⁶. Le juge délégué peut également entendre toute autre personne dont il estime l'audition utile à son enquête. Après que le tribunal a statué sur l'ouverture de la procédure, le juge délégué aura encore pour tâche de suivre l'évolution de la situation du débiteur, d'en informer le tribunal et de veiller, de manière générale, au respect par le débiteur de la loi du 31 janvier 2009. La loi cantonne par conséquent le juge délégué à un rôle d'observation, d'information et de conseil. Il ne lui appartient pas de s'immiscer directement dans la gestion ou l'administration de l'entreprise du débiteur;
- un dossier où figurent tous les éléments relatifs à la procédure de réorganisation est ouvert au greffe du tribunal de commerce. Tout créancier et, sur autorisation du juge délégué, toute personne pouvant justifier d'un intérêt légitime peut prendre gratuitement connaissance de ce dossier⁴⁷.

4. Déroulement de la procédure de réorganisation judiciaire

a) Ouverture de la procédure

19. Une fois la requête en réorganisation judiciaire introduite, le tribunal est appelé à statuer sur celle-ci à bref délai⁴⁸. Dans les huit jours qui suivent l'audience, si les conditions mentionnées par l'article 23 *paraissent remplies*⁴⁹, le tribunal déclare ouverte la procédure de réorganisation judiciaire.

20. L'article 23 de la loi énumère les trois conditions requises pour l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire :

- 1° une requête accompagnée, le cas échéant, des annexes exigées par l'article 17 de la loi de 2009 doit avoir été déposée;

⁴⁵ *Doc. parl.*, préc., note 8, p. 56.

⁴⁶ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 18 et 19.

⁴⁷ *Id.*, art. 20.

⁴⁸ Il dispose de quatorze jours à compter du dépôt de la requête pour tenir l'audience.

⁴⁹ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 24§2.

- 2° la continuité de l'entreprise doit être menacée, à bref délai ou à terme⁵⁰ ;
- 3° sauf lorsque la demande concerne un transfert d'entreprise, le débiteur ne doit pas avoir sollicité et obtenu l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire moins de trois ans auparavant⁵¹.

Par ailleurs, la loi précise que l'état de faillite du débiteur qui sollicite l'ouverture de la procédure de réorganisation ne fait pas, en soi, obstacle à celle-ci⁵². La possibilité ainsi offerte au débiteur qui se trouve en situation de faillite de choisir la voie de la réorganisation judiciaire plutôt que celle de la faillite traduit la volonté du législateur d'allouer un champ d'application aussi étendu que possible à la nouvelle procédure⁵³. On notera toutefois que cette volonté ne paraît guère logique au regard de l'articulation entre procédures de réorganisation judiciaire et de faillite, en principe nettement distinctes. Du reste, la loi de 2009 offre au tribunal diverses occasions d'exercer un contrôle *a posteriori* sur le sérieux de la demande⁵⁴ : il peut ainsi mettre fin anticipativement à la procédure lorsque le débiteur n'est manifestement plus en mesure d'assurer la continuité de tout ou partie de son entreprise ou de ses activités au regard de l'objectif de la procédure⁵⁵. En outre, l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire emporte l'octroi d'une période de sursis de maximum six mois. C'est au

⁵⁰ L'article 23 al. 3 de la loi de 2009 précise que, lorsque le débiteur est une personne morale, la continuité de son entreprise est présumée être menacée si les pertes ont réduit l'actif net à moins de la moitié du capital social.

⁵¹ Le délai d'attente de trois ans commence à courir à partir de l'ouverture de la procédure antérieure et non à partir de la fin de celle-ci (Bruxelles, 2 octobre 2012, *R.W.*, 2012-13, p. 1188; Comm. Louvain, 14 mai 2012, *R.W.*, 2012-13, p. 908). L'alinéa 2 de l'article 23§5, introduit par la *Loi n° 2013009257 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises du 27 mai 2013*, préc., note 17, ajoute que, si le débiteur a déjà sollicité et obtenu un sursis plus de trois mois moins de cinq ans plus tôt, la nouvelle procédure ne peut remettre en cause les droits acquis par les créanciers lors de la procédure antérieure.

⁵² *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 24 al. 5. Pour autant, bien entendu, que le débiteur n'ait pas encore été déclaré en faillite au moment du dépôt de la requête en réorganisation judiciaire (voir Comm. Termonde, 30 novembre 2009, *R.W.*, 2010-11, p. 206).

⁵³ Pour une analyse critique, voir : Michèle GREGOIRE, « Le point de vue des créanciers face à la réorganisation de l'entreprise de leur débiteur », dans Nicolas THIRION (dir.), *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, vol. 120, coll. « CUP », Liège, Éditions Anthémis, 2010, p. 207, aux pages 216 et suiv.

⁵⁴ Jeanine WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*2009.237, 242.

⁵⁵ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 41.

tribunal qu'il appartient de fixer, dans cette limite, la durée du sursis. Cette décision est laissée à l'appréciation souveraine du tribunal qui retrouve ainsi, par la bande, un certain contrôle de la procédure⁵⁶ : lorsqu'il estime qu'une demande d'ouverture de la procédure présente un risque d'abus ou que l'espoir de redressement de l'entreprise est nul, le tribunal, s'il ne peut en principe refuser pour ces motifs l'octroi d'un sursis, peut, à tout le moins, en réduire la durée à peau de chagrin en vue de la clôturer au plus vite et de réacheminer aussi rapidement que possible l'entreprise vers la voie de la faillite (tout au moins lorsque celle-ci a la qualité de commerçant⁵⁷).

b) Octroi d'un sursis au débiteur

21. Le juge fixe la durée du sursis. Le sursis est un moratoire temporaire qui, en paralysant notamment les saisies et autres voies d'exécution du débiteur, doit permettre à ce dernier de pourvoir au redressement de son entreprise. La loi définit la créance sursitaire comme celle « née avant le jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ou née du dépôt de la requête ou des décisions prises dans le cadre de la procédure ». Il s'agit, en d'autres termes, des créances nées antérieurement à l'ouverture de la procédure ou qui découlent directement de celle-ci. Les créances nées après la décision d'octroi du sursis ne sont donc pas paralysées. La philosophie de la loi sur la continuité des entreprises est que le débiteur pourra mettre à profit le temps du sursis pour aboutir à l'un des trois objectifs de la procédure de réorganisation judiciaire : un accord amiable, un plan de réorganisation collectif ou un transfert d'entreprise ou d'activité réalisé sous autorité de justice⁵⁸.

La durée du sursis ne peut excéder six mois. La loi réserve néanmoins au débiteur la faculté de demander au tribunal, par requête⁵⁹, une proro-

⁵⁶ Voir, par exemple : Anvers, 31 juillet 2009, *R.D.C.*, 2009, p. 657, note Michèle GRÉGOIRE ; Comm. Anvers, 5 mai 2009, *R.D.C.*, 2009, p. 685, note Michèle GRÉGOIRE ; Comm. Turnhout, 5 mai 2009, *R.D.C.*, 2009, p. 688 et 19 mai 2009, *R.D.C.*, 2009, p. 707, note Michèle GRÉGOIRE ; Comm. Tongres, 6 juillet 2009, *R.W.*, 2009-10, p. 371.

⁵⁷ Sur ce point : cf. *infra*, n° 38.

⁵⁸ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 16.

⁵⁹ Le tribunal dispose du pouvoir de proroger le sursis, pas de le reconduire après son échéance. La requête en prorogation devra donc être déposée, et le tribunal devra statuer, avant la fin de la période de sursis (Alain ZENNER, Jean-Philippe LEBEAU et Cédric ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*,

gation du sursis. La durée maximale du sursis ainsi prorogé (une ou plusieurs fois⁶⁰) ne peut toutefois excéder douze mois à compter du jugement accordant le sursis. Le tribunal peut en outre, dans des circonstances exceptionnelles⁶¹ et si les intérêts des créanciers le permettent, proroger à nouveau le sursis pour une durée maximale de six mois⁶².

c) Sort des contrats en cours

22. L'octroi du sursis ne met pas fin *ipso facto* aux contrats en cours. La loi prévoit ainsi que reste sans effet la clause en vertu de laquelle la résolution du contrat a lieu du seul fait de la demande ou de l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire⁶³. Les contrats, même conclus sous le bénéfice de l'*intuitu personae*⁶⁴, demeurent par conséquent intacts pendant la procédure de réorganisation et doivent être respectés rigoureusement aussi bien par le débiteur que par son cocontractant. L'objectif de redressement des entreprises qui sous-tend la procédure de réorganisation judiciaire impose évidemment de veiller à ce que le débiteur sursitaire reste en position de maintenir son activité. Échaudés par la perspective de continuer à travailler avec une entreprise en difficulté, les cocontractants pourraient décider de « limiter les dégâts » en mettant fin aux relations contractuelles qui les unissent au débiteur sursitaire. Face à la défection de ses partenaires commerciaux, le débiteur sursitaire risque de se trouver dans une situation particulièrement délicate. Le législateur a voulu éviter un tel écueil en limitant drastiquement les possibilités, laissées au cocontractant

vol. 76, coll. « Les dossiers du Journal des Tribunaux », Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 187).

⁶⁰ *Doc. parl.*, préc., note 8, p. 63. Voir également : A. ZENNER, J.-Ph. LEBEAU et C. AITER, préc., note 59, p. 186.

⁶¹ L'article 38§2 al. 2 de la *Loi de 2009*, préc., note 4 indique que peuvent notamment être considérées comme des circonstances exceptionnelles « la dimension de l'entreprise, la complexité de l'affaire ou l'importance de l'emploi qui peut être sauvegardé ».

⁶² Les décisions rendues par le tribunal sur la prorogation du sursis ne sont susceptibles ni d'appel, ni d'opposition (*id.*, art. 38§4). En outre, l'article 60 de la loi de 2009 offre, lorsque le transfert sous autorité de justice a été ordonné, au tribunal la possibilité d'octroyer un « sursis complémentaire » n'excédant pas six mois à compter du jugement d'ouverture.

⁶³ *Id.*, art. 35§1.

⁶⁴ À moins, selon Alain ZENNER, « que la confiance des parties au contrat conclu *intuitu personae* soit ébranlée au point que ledit contrat ne puisse être davantage exécuté » (Alain ZENNER, *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises*, Louvain-la-Neuve, Éditions Anthémis, 2009, p. 100).

d'un débiteur sursitaire, de mettre fin au contrat qui le lie à ce dernier. Toutefois, l'article 36 de la loi de 2009 précise qu'« une créance issue de contrats en cours à prestations successives n'est pas soumise au sursis, en ce compris les intérêts contractuellement exigibles, dans la mesure où elle se rapporte à des prestations effectuées après la déclaration d'ouverture de la procédure ».

La loi précise de surcroît que les clauses pénales qui visent à couvrir de façon forfaitaire les dommages potentiels subis par suite du non-respect, antérieur à l'ouverture de la procédure, d'une obligation du débiteur restent sans effet pendant le sursis⁶⁵. À l'inverse, les clauses pénales dues en vertu de manquements postérieurs au jugement d'ouverture devront être payées normalement.

Si la loi limite de la sorte les possibilités offertes au créancier cocontractant par le droit commun des contrats de mettre fin aux conventions passées avec le débiteur en sursis, il en va différemment pour ce dernier. Celui-ci se voit en effet offrir par l'article 35, § 2 de la loi la faculté, même en l'absence de disposition contractuelle en ce sens, de décider de ne plus exécuter, pendant la durée du sursis, un contrat en cours. Cette faculté n'est pas offerte au débiteur lorsqu'il a fait choix d'une réorganisation judiciaire par accord amiable. De plus, l'article 35, § 2 ne peut être utilisé pour suspendre les contrats de travail⁶⁶.

Si le débiteur décide de surseoir à l'exécution d'une convention, il est à noter que ce moratoire ne vaut que pour la durée du sursis. Dès que celui-ci aura pris fin, le débiteur devra reprendre l'exécution du contrat. En outre, la faculté laissée au débiteur par l'article 35, § 2 de la loi ne l'exonère pas de sa responsabilité pour le manquement contractuel qui résulte nécessairement de la suspension du contrat. S'il en fait usage, le cocontractant pourra dès lors exiger des dommages et intérêts compensatoires – lesquels constitueront une dette sursitaire⁶⁷.

23. Par ailleurs, l'article 37 de la loi prévoit que les créances relatives à des prestations effectuées à l'égard du débiteur pendant la procédure de réorganisation judiciaire sont considérées comme des dettes de masse dans une faillite ou liquidation subséquente, à condition qu'il y ait un lien étroit

⁶⁵ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 35§3.

⁶⁶ *Cf. infra*, n° 74.

⁶⁷ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 35§2 al. 2.

entre la fin de la procédure de réorganisation et la procédure de faillite ou de liquidation. Cette disposition vise à inciter les cocontractants du débiteur à poursuivre leurs relations contractuelles avec ce dernier en dépit du risque inhérent au fait de travailler avec une entreprise en difficulté⁶⁸. Les créances postérieures à l'ouverture de la procédure se voient ainsi offrir, à travers la qualification de « dette de masse »⁶⁹, un privilège important en cas de faillite ultérieure.

d) Publicité de la procédure

24. Le jugement qui déclare ouverte la procédure de réorganisation judiciaire est publié, par extrait, au *Moniteur belge* dans les cinq jours de son prononcé⁷⁰.

Au contraire, la décision qui rejette la demande reste confidentielle puisqu'elle est simplement notifiée au débiteur par le greffe⁷¹.

e) Choix de l'objectif de la procédure

25. Comme indiqué précédemment, la requête introductive déposée par le débiteur doit obligatoirement mentionner le ou les objectif(s) vers le(s)quel(s) devra tendre la procédure de réorganisation dont il sollicite l'ouverture⁷². Le choix exprimé par le débiteur au sein de la requête introductive est toutefois susceptible d'être modifié ultérieurement : l'article 39 de la loi permet au débiteur, et à lui seul⁷³, de solliciter du tribunal, en cours de procédure, l'autorisation de changer d'objectif. Cette disposition témoigne, à nouveau, de la volonté du législateur de mettre en place le

⁶⁸ Il a ainsi été jugé que l'article 37 de la loi de 2009 ne peut, à défaut de lien contractuel, trouver à s'appliquer à une dette d'impôt, voir : Comm. Verviers, 21 octobre 2010, *R.D.C.*, 2011, p. 501.

⁶⁹ À ce sujet, voir : *infra*, n° 51.

⁷⁰ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 26§1.

⁷¹ *Id.*, art. 26§3. L'article 25 prévoit par ailleurs que « le greffe informe le président du tribunal de tout rejet d'une demande en réorganisation judiciaire ». L'objectif de cette information est de permettre au président de prendre, le cas échéant, les mesures prévues par l'article 8 de la *Loi sur les faillites*, préc., note 2, à savoir la désignation d'un administrateur provisoire (voir : *Doc. parl.*, préc., note 8, p. 59).

⁷² *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 17§2 2°.

⁷³ Les tiers intéressés, le juge délégué et le ministère public ne disposent pas, en revanche, du droit de solliciter du tribunal la modification de l'objectif de la procédure.

régime le plus souple possible⁷⁴. Seules les modifications de l'objectif initial qui sont visées par cette disposition peuvent toutefois être accordées par le tribunal: si la requête en réorganisation visait à obtenir un accord amiable et que celui-ci ne paraît pas réalisable, le tribunal pourra autoriser la poursuite de la procédure en vue d'aboutir à un plan de réorganisation ou à un transfert d'entreprise⁷⁵; par contre, si le débiteur a sollicité la procédure de réorganisation judiciaire pour proposer un plan qui semble voué à l'échec, cet objectif initial ne pourra se voir substituer que celui du transfert réalisé sous autorité de justice⁷⁶. Le débiteur ne peut donc plus, dans ce cas, proposer d'aboutir à un accord amiable. L'article 39, al. 1^{er}, 3^o, inséré par la loi du 27 mai 2013, prévoit également que, si le débiteur est une personne morale et que le transfert ne porte que sur une partie de son patrimoine, cette dernière peut également demander au tribunal l'autorisation de « proposer un plan de réorganisation pour le solde du patrimoine ». On comprend toutefois mal, et les travaux préparatoires n'offrent aucune réponse⁷⁷, pourquoi cette faculté est réservée aux seules personnes morales.

Le jugement qui accède à la demande de modification de l'objectif de la procédure est publié au *Moniteur belge*; en cas de refus, le jugement est simplement notifié au débiteur⁷⁸.

f) Fin anticipée de la procédure

26. Le tribunal peut prononcer la fin anticipée de la procédure de réorganisation lorsque le débiteur renonce à la procédure, lorsque le débiteur, un tiers intéressé ou le ministère public en font la demande ou même d'office. Cette clôture prématurée de la procédure met immédiatement fin au sursis.

⁷⁴ Wim DAVID, Jean-Pierre RENARD et Virginie RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Éditions Kluwer, 2009, p. 167.

⁷⁵ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 39 al. 1^{er} 1^o.

⁷⁶ *Id.*, art. 39 al. 1^{er} 2^o.

⁷⁷ Les travaux préparatoires se bornent à indiquer que « cet article vise à éviter que le débiteur procède quasi automatiquement à la déclaration de la faillite alors que des possibilités de sauvetage subsistent pour la personne morale » (Projet de loi, préc., note 37, p. 20).

⁷⁸ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 39 *in fine*.

D'abord, le débiteur peut, à tout stade de la procédure, renoncer en tout ou en partie à sa demande en réorganisation judiciaire⁷⁹. Dans l'esprit du législateur, le débiteur pourra ainsi renoncer à la procédure lorsque l'entreprise est parvenue à un redressement rapide, avant même la fin de la durée du sursis⁸⁰.

Ensuite, lorsque le débiteur n'est manifestement plus en mesure d'assurer la continuité de tout ou partie de son entreprise ou de ses activités au regard de l'objectif de la procédure, le tribunal peut, à compter du trentième jour qui suit le dépôt de la requête, ordonner la fin anticipée de la procédure de réorganisation judiciaire⁸¹. Une telle demande de clôture anticipée de la procédure intervient soit sur requête du débiteur, soit sur citation du ministère public ou de tout tiers intéressé. Le législateur de 2013 a étendu ce droit d'initiative au juge délégué, qui peut désormais saisir lui-même le tribunal, en vertu de l'article 41, §3, de la loi, pour demander la clôture anticipée de la procédure. Si les conditions en sont réunies et que la citation vise également cette demande, le tribunal peut prononcer par le même jugement la faillite du débiteur ou, s'il s'agit d'une société, sa liquidation judiciaire⁸².

Enfin, le tribunal peut ordonner d'office la fin anticipée de la procédure dans le cas où le débiteur n'a pas complété le dossier de pièces annexé à la requête dans le délai fixé par celui-ci en vertu de l'article 24, § 1^{er}, al. 4 de la loi⁸³.

Dès le prononcé du jugement qui ordonne la fin anticipée de la procédure en réorganisation judiciaire ou qui la clôture, le sursis prend fin et les créanciers retrouvent l'exercice intégral de leurs droits et actions⁸⁴. Il en va de même si le sursis expire sans avoir été prorogé. Le cas échéant, le débiteur pourra, à compter de cet instant, être déclaré en faillite. Toute décision qui

⁷⁹ *Id.*, art. 40.

⁸⁰ *Doc. parl.*, préc., note 8, p. 64.

⁸¹ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 41. Cette disposition précise que la clôture anticipée de la procédure ne peut plus, lorsque celle-ci tend à un accord collectif, être prononcée après le dépôt au dossier de la procédure du plan de réorganisation. Sur ce sujet, voir : Roman AYDOGDU, « La fin anticipée d'une réorganisation judiciaire par accord collectif : un chameau peut-il passer par le chas d'un aiguille ? », note sous *Comm. Bruxelles*, 20 octobre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1689.

⁸² *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 40§1 al. 3.

⁸³ *Id.*, art. 40§2.

⁸⁴ *Id.*, art. 42.

clôture la procédure anticipativement est publiée au *Moniteur belge* et notifiée au débiteur par le greffe⁸⁵.

5. Issue de la procédure de réorganisation judiciaire

27. On l'a vu⁸⁶, la procédure de réorganisation judiciaire doit tendre vers un ou plusieurs des trois objectifs proposés par l'article 16, al. 2 de la loi.

a) La conclusion d'un accord amiable avec deux créanciers au moins

28. Le sursis accordé au débiteur dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire peut d'abord permettre à ce dernier, placé provisoirement à l'abri des menaces de saisies et autres voies d'exécution, de rechercher sereinement un accord avec au moins deux de ses créanciers. La négociation puis la signature de l'accord amiable interviennent sous la surveillance du juge délégué. La liberté contractuelle des parties à l'accord est en principe totale: elles peuvent modaliser celui-ci comme bon leur semble. L'accord peut notamment prévoir un échelonnement des paiements, une remise partielle des dettes, une novation de la créance,...

Une fois l'accord conclu, le tribunal, saisi sur requête du débiteur, en constate l'existence et prononce la clôture de la procédure de réorganisation judiciaire⁸⁷. Le pouvoir d'appréciation du tribunal est limité au refus, le cas échéant, d'entériner un accord illégal ou contraire à l'ordre public. Il ne lui appartient pas, à ce stade, de vérifier le caractère réaliste de l'accord ou d'évaluer les espoirs de redressement que porte celui-ci⁸⁸. Le jugement de clôture est publié au *Moniteur belge*.

Bien qu'il soit conclu sous le contrôle du tribunal, la nature de l'accord reste strictement contractuelle. Ainsi, l'accord et ses modalités d'exécution sont soumis au droit commun des contrats⁸⁹. Les parties sont libres de le modifier ou d'y mettre fin sans nouveau détour par le tribunal.

⁸⁵ *Id.*, art. 41§3.

⁸⁶ *Supra*, n° 15.

⁸⁷ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 43.

⁸⁸ W. DAVID, J.-P. RENARD et V. RENARD, préc., note 74, p. 172.

⁸⁹ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 43 al. 5.

b) La conclusion d'un accord collectif avec l'ensemble des créanciers

29. La procédure de réorganisation judiciaire peut également avoir pour objectif d'aboutir à un accord collectif des créanciers du débiteur. S'il a opté pour cette voie, le débiteur mettra à profit la période de « répit » offerte par le sursis en vue d'élaborer un plan de réorganisation, destiné – comme du reste son nom l'indique – à remettre l'entreprise à flot.

Après avoir établi le passif en collaboration avec ses créanciers et avec l'assistance du juge délégué, le débiteur sursitaire est appelé à rédiger un plan de réorganisation, qui comprend une partie descriptive et une partie prescriptive.

La partie descriptive du plan est consacrée à décrire la situation économique de l'entreprise ainsi que les difficultés qu'elle rencontre et les moyens à mettre en œuvre pour lui permettre de retrouver l'équilibre. Elle comporte également un rapport établi par le débiteur sur les contestations de créances, de nature à éclairer les intéressés sur leur ampleur et leur fondement⁹⁰. Le plan décrit enfin les droits, en ce compris les privilèges qui y sont attachés, de toutes les personnes qui sont titulaires de créances sursitaires et de créances à naître du fait du vote ou de l'homologation du plan de réorganisation⁹¹.

La partie prescriptive du plan comporte les mesures prévues afin de désintéresser les créanciers sursitaires et précise les droits dont ces derniers pourront se prévaloir lors de l'exécution du plan. En d'autres termes, ce volet expose les propositions concrètes faites par le débiteur en termes de montants et d'échelonnement des paiements. Le débiteur dispose d'une grande liberté dans l'élaboration du plan et des mesures de désintéressement des créanciers qu'il comporte. Le plan prévoit, en règle générale, l'abattement et le règlement différencié de certaines catégories de créances, notamment en fonction de leur nature ou de leur ampleur, ainsi que le paiement échelonné du solde des créances ainsi réduites. Toutefois, la réduction ou l'abandon des créances nées de prestations de travail antérieures à l'ouverture de la procédure sont également proscrits. Les travaux préparatoires précisent toutefois que cette dernière règle est impérative et non pas d'ordre public⁹². Il est généralement soutenu que, par voie de conséquence,

⁹⁰ *Id.*, art. 47§2.

⁹¹ *Id.*, art. 48.

⁹² *Doc. parl.*, préc., note 8, p. 24.

le travailleur protégé par cette disposition peut y renoncer : cette position appelle néanmoins, comme on le verra, de sérieuses réserves⁹³. Le débiteur peut également prévoir, par exemple, la conversion de créances en actions de la société en difficulté, le rééchelonnement du paiement des intérêts, l'imputation prioritaire des sommes réalisées sur le montant principal de la créance, la cession volontaire de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités⁹⁴, etc.

Lorsque la continuité de l'entreprise requiert une réduction de la masse salariale, un volet social du plan de réorganisation est établi. Le cas échéant, celui-ci peut prévoir des licenciements⁹⁵. En tout état de cause, les représentants du personnel de l'entreprise sont entendus lors de l'élaboration du plan⁹⁶.

30. Dès que le plan est déposé au greffe, celui-ci en informe les créanciers sursitaires qui sont, par la même occasion, invités à comparaître à l'audience au cours de laquelle il sera procédé au vote du plan et à consulter préalablement, sans déplacement, le plan au greffe. Les représentants des travailleurs sont également avisés, par le débiteur, du contenu du plan⁹⁷.

Après avoir entendu le rapport du juge délégué ainsi que le débiteur et les créanciers présents, le tribunal procède au vote.

L'homologation du plan est subordonnée à l'existence d'une double majorité : le scrutin doit recueillir le vote favorable d'une majorité de créanciers dont les créances cumulées représentent au minimum la moitié, hors intérêts, du passif sursitaire⁹⁸. Les créanciers qui n'ont pas participé au vote, et les créances qu'ils détiennent, ne sont pas pris en compte pour le calcul des majorités. En toute logique, seuls les créanciers sursitaires dont les droits sont affectés par le plan peuvent prendre part au vote⁹⁹.

31. Dans les quatorze jours qui suivent l'audience, et en tout état de cause avant l'échéance du sursis, le tribunal décide s'il homologue ou non

⁹³ Pour plus de détails : *cf. infra*, n° 79.

⁹⁴ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 51.

⁹⁵ *Id.*, art. 49 al. 4.

⁹⁶ Pour plus de détails : *cf. infra*, n° 69.

⁹⁷ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 53 *in fine*.

⁹⁸ *Id.*, art. 54 al. 2.

⁹⁹ *Id.*, art. 53 al. 1^{er}.

le plan proposé par le débiteur¹⁰⁰. Le tribunal ne peut toutefois refuser une telle homologation qu'en cas d'inobservation des « formalités requises par la loi »¹⁰¹ ou pour violation de « l'ordre public »¹⁰². Il n'est pas davantage habilité à assortir l'homologation du plan de conditions qui n'y sont pas prévues ou à en modifier le contenu. Toutefois, en vertu de l'article 55, §2, tel que modifié par la loi du 27 mai 2013, le tribunal qui constate que les conditions d'homologation du plan ne sont pas réunies peut désormais, plutôt que de refuser celui-ci purement et simplement et par conséquent clôturer le sursis, autoriser le débiteur à revoir sa copie en déposant un nouveau plan. Dans ce cas, le tribunal peut proroger la période de sursis, sans toutefois dépasser douze mois ou, en cas de circonstances exceptionnelles, dix-huit mois¹⁰³.

L'homologation du plan par le tribunal rend celui-ci contraignant pour tous les créanciers sursitaires, que ceux-ci aient participé au vote ou non¹⁰⁴.

32. À moins que le plan n'en dispose autrement de manière expresse, l'exécution complète de celui-ci libère totalement et définitivement le débiteur pour toutes les créances y figurant.

Si le plan de réorganisation n'est pas dûment exécuté par le débiteur ou s'il apparaît que ce dernier ne pourra pas satisfaire à l'exécution du plan, tout créancier¹⁰⁵ ou le ministère public¹⁰⁶ peut, par citation, demander au tribunal la révocation du plan.

La révocation du plan de réorganisation prive celui-ci de tout effet, sauf pour ce qui concerne les paiements et les opérations déjà effectués, et

¹⁰⁰ *Id.*, art. 55.

¹⁰¹ Par son arrêt n° 2012/008 du 18 janvier 2012 (*J.T.*, 2012, p. 125, note Marie-Françoise RIGAUD), la Cour constitutionnelle a jugé qu'« il y a lieu de considérer que les termes “les formalités requises par la présente loi” concernent toutes les dispositions de la [loi de 2009] qui régissent la réorganisation judiciaire au moyen d'un accord collectif ».

¹⁰² Relèvent de l'ordre public, les dispositions qui touchent aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixent en droit privé les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique et moral de la société (Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 699; Cass., 15 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 884).

¹⁰³ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 38.

¹⁰⁴ *Id.*, art. 57.

¹⁰⁵ *Id.*, art. 58 al. 1^{er}.

¹⁰⁶ *Id.*, art. 58 al. 2.

notamment la cession déjà intervenue de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités¹⁰⁷.

c) Le transfert de tout ou partie de l'entreprise

33. Le transfert de tout ou partie de l'entreprise ou des activités du débiteur constitue, avec l'accord amiable et l'accord collectif, un troisième objectif auquel peut tendre la procédure de réorganisation judiciaire introduite par le débiteur¹⁰⁸. Le transfert d'entreprise peut également survenir dans un tout autre contexte, sans même l'accord du débiteur, lorsque ce dernier est en état de faillite ou que la procédure en réorganisation qu'il a précédemment introduite a échoué. La procédure s'apparente alors à une « alternative à la faillite » dont « le régime permettrait de mieux sauvegarder les activités des entreprises en cause »¹⁰⁹.

La loi distingue ainsi deux types de transfert d'entreprise sous autorité de justice : « le transfert volontaire » et « le transfert imposé »¹¹⁰. Dans cette dernière hypothèse, le transfert ne peut être ordonné par le tribunal que dans deux hypothèses¹¹¹ :

- 1° lorsque le débiteur se trouve *en état de faillite* alors qu'il n'a pas demandé l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire et qu'il n'a pas été déclaré en faillite ;
- 2° en cas d'échec de la procédure de réorganisation, c'est-à-dire lorsque le tribunal rejette la demande d'ouverture de la procédure (article 23), en ordonne la fin anticipée (article 41) ou révoque le plan de réorganisation (article 58), lorsque les créanciers n'approuvent pas le plan de réorganisation (article 54) ou encore lorsque le tribunal refuse l'homologation du plan de réorganisation (article 55). Dans ces différentes hypothèses, le transfert peut être ordonné par le tribunal sur citation du ministère public, d'un créancier ou de toute personne ayant intérêt à acquérir tout ou par-

¹⁰⁷ *Id.*, art. 58 al. 4.

¹⁰⁸ Pour une étude détaillée du transfert d'entreprise sous autorité de justice, voir : Yves GODFROID, « La loi relative à la continuité des entreprises : réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », dans N. THIRION (dir.), préc., note 53, p. 131.

¹⁰⁹ A. ZENNER, préc., note 64, p. 136. Cette analyse est toutefois critiquée par J. WINDEY, préc., note 54, 242 (n° 46).

¹¹⁰ *Doc. parl.*, préc., note 8, p. 72.

¹¹¹ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 59, § 2.

tie de l'entreprise. Il s'agit d'une innovation audacieuse et surprenante de la loi de 2009 dans la mesure où elle met ainsi en œuvre une procédure qui tend à obtenir, ni plus ni moins, une mesure d'« expropriation privée »¹¹².

34. Le jugement qui ordonne le transfert désigne un mandataire de justice¹¹³, chargé d'organiser et de réaliser ce transfert au nom et pour compte du débiteur¹¹⁴. Dès lors que c'est ce mandataire désigné à cette fin qui est chargé de réaliser le transfert, au nom et pour le compte du débiteur, ce dernier devra souffrir les modalités du transfert conclues entre son « représentant » et le repreneur. Même si c'est le débiteur qui a pris l'initiative de proposer le transfert, il pourrait donc se voir imposer des conditions de transfert qu'il n'a pas souhaitées.

Le jugement précise également l'objet exact du transfert – à savoir la partie de l'entreprise ou les activités qui sont appelées à être transférées – ou le laisse, au contraire, à l'appréciation du mandataire de justice. L'objet de la vente est en tout état de cause circonscrit aux seuls éléments nécessaires aux activités commerciales de l'entreprise à transférer et ne s'étend pas aux autres biens du débiteur.

En vue de permettre au mandataire de justice et au débiteur de réaliser sereinement la cession d'entreprise ou d'activités, un sursis complémentaire, d'un délai maximum de six mois à compter du jugement qui ordonne le transfert, peut également être octroyé par le tribunal.

35. Le mandataire désigné par le tribunal organise et réalise le transfert de tout ou partie de l'entreprise du débiteur par la vente ou la cession des actifs mobiliers ou immobiliers¹¹⁵. À cette fin, l'article 62 de la loi indique que le mandataire de justice sollicite des offres en veillant prioritairement au maintien de tout ou partie de l'activité de l'entreprise tout en ayant égard aux droits des créanciers. Après avoir reçu les différentes offres et retenu les meilleures, le mandataire de justice élabore un ou plusieurs

¹¹² Y. GODFROID, préc., note 108, à la page 199.

¹¹³ Pour les modalités de désignation et de remplacement du mandataire de justice, voir : *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 71.

¹¹⁴ *Id.*, art. 60.

¹¹⁵ *Id.*, art. 62 al. 1^{er}.

projets de vente¹¹⁶. Une offre ne peut être prise en considération que si le prix des actifs cédés est au moins équivalent à la valeur présumée de réalisation forcée en cas de faillite ou de liquidation. Cette obligation du mandataire n'est assortie d'aucune sanction spécifique. Le tribunal qui constate qu'un projet d'acte de vente retient un prix inférieur à la valeur de réalisation forcée des biens peut toutefois refuser l'autorisation de procéder au transfert sur pied de l'article 64, §1^{er}, de la loi.

La loi précise que, si plusieurs offres de qualité comparable¹¹⁷ sont émises, la priorité sera accordée par le mandataire de justice à celle qui garantit la permanence de l'emploi¹¹⁸. Le mandataire de justice doit donc conserver à l'esprit, au moment de comparer les différentes offres reçues, l'objectif de maintien des emplois liés à l'entreprise ou à l'activité transférée¹¹⁹.

Le mandataire convoque ensuite le débiteur pour exposer le projet de transfert: «c'est la garantie que les actifs ne seront pas cédés pour vil prix»¹²⁰. Le débiteur dispose alors de la faculté de demander au tribunal, par requête, que l'autorisation de transfert soit subordonnée à certaines conditions telles que, par exemple, la fixation d'un prix de vente minimum¹²¹. Il s'agit d'une des rares possibilités laissées au débiteur de jouer, après la désignation du mandataire, un rôle actif dans la procédure qui aboutira au transfert de son patrimoine.

Après avoir établi un projet d'acte de vente ou de cession qu'il communique au juge délégué et notifie au débiteur deux jours au moins avant l'audience, le mandataire de justice demande au tribunal l'autorisation de procéder à l'exécution de la vente proposée.

¹¹⁶ Bien que la loi ne l'exige pas, le mandataire veillera à donner une certaine publicité à la recherche d'acquéreurs, voir: Mons, 22 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 372, note Bénédicte INGHELS.

¹¹⁷ *Doc. parl.*, préc., note 8, p. 76.

¹¹⁸ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 62 al. 3.

¹¹⁹ Les travaux préparatoires insistent sur le fait que cette priorité ne peut avoir lieu qu'en présence d'offres *comparables*, étant entendu que «le mandataire de justice ne pourra toutefois brader l'entreprise ou ses activités, car ce serait là une distorsion de concurrence particulièrement préjudiciable aux créanciers» (*Doc. parl.*, préc., note 8, p. 76).

¹²⁰ *Id.*, p. 77.

¹²¹ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 63 al. 3.

Le tribunal entend les représentants du personnel de l'entreprise du débiteur, puis statue sur le transfert proposé par le mandataire de justice. Le repreneur potentiel n'étant pas parti à la procédure, le tribunal n'a d'autre possibilité que d'accepter ou de refuser le projet d'acte qui lui est soumis. Il ne peut en modifier les conditions.

Le projet peut également être soumis à l'examen du tribunal du travail, qui peut l'homologuer¹²².

36. Le jugement qui autorise la vente est publié au *Moniteur belge* et communiqué aux créanciers par les soins du mandataire de justice¹²³.

Après avoir été autorisée par le tribunal, la vente de l'entreprise a lieu conformément au projet d'acte qui lui a été soumis¹²⁴.

Le prix de l'opération est perçu par le mandataire de justice, qui le répartit entre les différents créanciers en tenant compte de leurs droits de préférence respectifs; les droits des créanciers sont reportés sur le prix du transfert¹²⁵.

Lorsque le mandataire de justice 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 la clôture de la procédure de réorganisation judiciaire, ou, s'il est justifié qu'elle soit poursuivie pour d'autres objectifs, la décharge de sa mission¹²⁶.

Si le débiteur est une personne morale, le tribunal peut en outre, par le jugement de clôture de la procédure, ordonner la convocation d'une assemblée générale avec, à l'ordre du jour, la dissolution de celle-ci.

B. La liquidation des entreprises en difficulté: la loi du 8 août 1997 sur les faillites

37. La faillite est conçue, en droit belge, comme une procédure collective engagée sous l'impulsion d'une décision judiciaire, visant à liquider

¹²² *Id.*, art. 61§5. Pour plus de détails: cf. *infra*, n° 83.

¹²³ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 64§2.

¹²⁴ *Id.*, art. 65.

¹²⁵ *Id.*, art. 66.

¹²⁶ *Id.*, art. 67.

une entreprise dont la relance ou le sauvetage ne sont même plus envisageables. La procédure est ouverte par un jugement déclaratif de faillite: il conviendra d'en examiner les conditions, le soubassement procédural et la teneur (1°). Ce jugement est générateur d'un certain nombre d'effets, qui modifient profondément la situation du débiteur failli et de ses créanciers (2°). Il conduit également le mandataire de justice désigné par le jugement déclaratif de faillite, appelé « curateur », à administrer la masse faillie, le cas échéant sous le contrôle d'un juge-commissaire, voire du tribunal en tant que tel, en vue de désintéresser au mieux les créanciers (3°). Souvent, l'état du patrimoine du débiteur failli est à ce point malmené que mener à son terme la procédure traditionnelle de faillite serait économiquement contre-productif: en clair, il coûterait plus cher de continuer cette procédure, avec les frais qu'elle engendre, que d'y mettre fin le plus rapidement possible. D'où l'instauration d'une procédure sommaire de clôture (4°). Si, au contraire, il paraît possible et souhaitable d'aller plus avant, il conviendra de procéder à la liquidation de la masse faillie (5°). Au plus tard à la clôture de la faillite, la question de l'excusabilité du débiteur failli doit être posée (6°).

1. Les conditions de la faillite, l'introduction de l'instance et le jugement déclaratif de faillite

a) Les conditions de la faillite

38. L'article 2, al 1^{er} de la loi de 1997¹²⁷ subordonne la déclaration de faillite à la réunion de trois conditions: la qualité de commerçant de la personne concernée, la cessation persistante de ses paiements et l'ébranlement de son crédit.

Si le bénéfice des procédures prévues par la loi de 2009 est en mesure de profiter à certaines personnes morales non commerçantes¹²⁸, voire à certaines personnes physiques qui ne le sont pas davantage¹²⁹, la réglementation des faillites demeure, pour sa part, limitée aux seuls commerçants, aussi bien personnes physiques que personnes morales (sociétés commerciales).

¹²⁷ Préc., note 2.

¹²⁸ Voir: *supra*, n° 8.

¹²⁹ Voir: *supra*, n° 10.

39. De son côté, la cessation de paiement est définie comme «le fait matériel du commerçant qui, n'honorant plus ses dettes liquides et exigibles, a arrêté son mouvement de caisse»¹³⁰. Cette condition n'implique pas nécessairement que le débiteur ait cessé *tous* ses paiements, il suffit que ses principaux paiements aient cessé. La loi exige en outre que la cessation de paiement soit persistante. Une difficulté passagère de trésorerie est donc insuffisante: «le juge devra évaluer si le manque de liquidité apparaissant du non-paiement de certaines dettes révèle une situation plus grave devant aboutir, à très bref délai, à la cessation de paiement généralisée»¹³¹. Par exemple, une entreprise intrinsèquement rentable, quoique confrontée à des difficultés de paiement, ne pourrait être déclarée en faillite; sa rentabilité devrait, à terme, lui permettre de reprendre les paiements et d'apurer son passif.

40. Enfin, le crédit du commerçant, à savoir la confiance des investisseurs et la capacité corrélatrice du débiteur à trouver des financements, se trouve ébranlé. Il s'agit, selon d'éminents auteurs, d'une «exigence creuse; le commerçant qui a cessé ses paiements de façon persistante n'a, par définition, plus de crédit»¹³².

Les conditions de cessation des paiements et d'ébranlement du crédit sont donc indissociablement liées¹³³, dans la mesure où, selon la Cour de cassation¹³⁴, la cessation des paiements suppose en elle-même l'ébranlement du crédit: c'est parce qu'elle ne peut plus faire appel au crédit que l'entreprise est en état de cessation persistante de paiement. Ainsi liées, les conditions de cessation de paiement et d'ébranlement du crédit visent en somme à identifier une situation d'«impossibilité de faire face, dans un délai raisonnablement proche, et avec des moyens normaux, à des engagements commerciaux devenus exigibles»¹³⁵.

¹³⁰ Liège, 31 mai 1958, cité par Ivan VEROUGSTRAETE (dir.), *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Éditions Kluwer, 2011, p. 319.

¹³¹ *Id.*

¹³² I. VEROUGSTRAETE (dir.), préc., note 130, p. 321.

¹³³ Alain ZENNER, *Dépistage, faillites & concordats*, Bruxelles, Éditions Larcier, 1998, p. 210.

¹³⁴ Cass., 2 décembre 1963, *Pas.*, 1964, p. 346; Cass., 8 novembre 1974, *Pas.*, 1975, p. 294; Cass., 26 septembre 1983, *Pas.*, 1984, p. 74; Cass., 7 septembre 1992, *R.D.C.*, 1992, p. 1023; Cass., 17 juin 1994, *Pas.*, 1994, p. 624; Cass., 10 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 789.

¹³⁵ Mons, 16 novembre 1988, *J.T.*, 1989, p. 459.

41. La date de la cessation des paiements est importante en vue de déterminer l'éventuelle « période suspecte » préalable à la déclaration de faillite¹³⁶. En effet, la cessation des paiements est réputée avoir lieu à partir du jugement déclaratif de faillite ou, quand la faillite est déclarée après le décès du failli, à partir du décès. Toutefois, le tribunal est habilité à fixer, dans le jugement déclaratif ou dans une décision postérieure¹³⁷, la cessation des paiements à une date antérieure, si des éléments sérieux et objectifs indiquent que celle-ci a eu lieu avant le jugement¹³⁸.

En tout état de cause, le jugement ne peut, conformément à l'article 12 de la loi, fixer la date de la cessation de paiement à une date précédant de plus de six mois le jugement déclaratif de faillite, sauf si le jugement a trait à une faillite d'une personne morale dissoute plus de six mois avant le jugement déclaratif de faillite, dont la liquidation est clôturée ou non, et s'il existe des indices qu'elle a été menée ou qu'elle est menée dans l'intention de nuire aux créanciers. Dans ce cas, la date de la cessation de paiement peut être fixée au jour de la décision de dissolution¹³⁹.

b) L'introduction de l'instance

42. L'instance peut être introduite de trois façons :

- l'article 9 de la loi de 1997 impose à tout commerçant, dans le mois de la cessation de ses paiements, d'en faire l'aveu au greffe du tribunal de commerce. Lorsqu'il s'agit d'une personne morale, l'aveu doit intervenir à l'ini-

¹³⁶ Voir sur ce sujet : *infra*, n° 47.

¹³⁷ Dans ce dernier cas, il doit être saisi à ce sujet sur une citation de « tout intéressé », pour autant que cette demande de modification soit introduite dans les six mois du jugement déclaratif de faillite.

¹³⁸ *Loi de 1997*, préc., note 2, art. 12. Le juge doit, pour ce faire, constater que le commerçant a cessé ses paiements de manière persistante *et* que son crédit est ébranlé au jour où il fixe la date de cessation des paiements (Cass., 16 mai 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1219).

¹³⁹ Cette différence de régime entre les personnes physiques et morales a été jugée conforme au principe d'égalité par la Cour constitutionnelle : « le législateur pouvait se montrer plus méfiant à l'égard des liquidations de sociétés commerciales qu'à l'égard de la cessation d'activité d'un commerçant personne physique, puisqu'il était apparu dans la pratique que les premières étaient fréquemment frauduleuses et menées dans le but d'échapper à une faillite, les activités de liquidation conduisant alors à des aliénations aux dépens des créanciers et de la liquidation ultérieure de la faillite, sans aucune possibilité d'un contrôle externe équivalent à celui exercé au cours de la procédure de faillite » (C.C., 27 novembre 2002, arrêt n° 173/02, *J.T.*, 2003, p. 198).

tiative de l'organe social qui dispose des pouvoirs de gestion, à savoir – suivant la forme de la société en question – le conseil d'administration ou le gérant. L'obligation de déposer l'aveu de faillite est toutefois suspendue, quand bien même les conditions de la faillite seraient réunies, à compter du dépôt d'une requête en réorganisation judiciaire et aussi longtemps que dure le sursis accordé en vertu de la loi de 2009 relative à la continuité des entreprises¹⁴⁰. En outre, comme on l'a vu, la circonstance que le commerçant se trouve en état de cessation de paiement ne fait pas en soi obstacle à l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire¹⁴¹. Afin d'informer les travailleurs de la situation de faillite de leur employeur, l'aveu et les données qui étayent l'état de faillite, doivent au plus tard au moment où ils sont déposés au greffe, être communiqués au conseil d'entreprise pour y être discuté¹⁴²;

- tout créancier et le ministère public peuvent par ailleurs réagir au défaut de paiement du commerçant en demandant, par voie de citation, que ce dernier soit déclaré en faillite;
- une demande en faillite peut également être introduite dans la foulée de la désignation d'un administrateur provisoire sur la base de l'article 8 de la loi de 1997. En effet, lorsqu'il existe des indices graves, précis et concordants que les conditions de la faillite sont réunies, et qu'il y a urgence, le président du tribunal de commerce peut dessaisir en tout ou en partie le commerçant, personne physique ou morale, de la gestion de tout ou partie de ses biens¹⁴³. Il statue soit sur requête unilatérale de tout intéressé¹⁴⁴, soit d'office, par exemple après avoir pris connaissance des éléments collectés au greffe en vertu des articles 8 à 10 de la loi de 2009 ou rassemblés dans le cadre d'une enquête commerciale¹⁴⁵. Le président du tribunal désigne alors un ou plusieurs administrateurs provisoires. L'ordonnance de dessaisissement ne conserve d'effet que si, dans les quinze jours de son prononcé, une demande en faillite est introduite, ou bien par l'administrateur provisoire si ce dernier a été désigné d'office par le président ou bien à l'initiative de

¹⁴⁰ Voir: *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 22 et 30; *Loi de 1997*, préc., note 2, art. 9 *in fine*. Voir également: *supra*, n° 18.

¹⁴¹ *Loi de 2009*, préc., note 4, art. 23 *in fine*. Voir également: *supra*, n° 18.

¹⁴² Ou, à défaut, au comité pour la prévention et la protection au travail ou, à défaut, à la délégation syndicale si celle-ci a été constituée ou, à défaut, à une délégation du personnel (*Loi de 1997*, préc., note 2, art. 9 al. 2). Pour plus de détails: cf. *infra*, n° 67.

¹⁴³ *Loi de 1997*, préc., note 2, article 8 al. 1^{er} tel que modifié par la *Loi de 2009*, préc., note 4.

¹⁴⁴ Par exemple, un créancier impayé ou un travailleur de l'entreprise concernée.

¹⁴⁵ Voir: *supra*, n° 11 et suiv.

la partie qui a demandé, par requête unilatérale, la désignation de l'administrateur provisoire¹⁴⁶. En outre, le dessaisissement cesse de plein droit si un jugement de faillite n'est pas prononcé dans les quatre mois qui suivent l'introduction de cette demande, sous réserve de la suspension éventuelle de ce délai en cas de remise accordée au débiteur ou d'une réouverture des débats¹⁴⁷.

c) Le jugement déclaratif de faillite

43. Si les conditions sont réunies, le tribunal de commerce régulièrement saisi prononce la faillite au moyen d'un jugement devant contenir certaines mentions obligatoires :

- la nomination d'un juge-commissaire: celui-ci est un magistrat, généralement consulaire, chargé, par l'article 35 de la loi de 1997, d'accélérer et de surveiller les opérations, la gestion et la liquidation de la faillite et, en particulier, le règlement des créances des travailleurs du failli;
- la désignation du ou des curateur(s) (le curateur est un avocat, choisi parmi les personnes inscrites sur une liste établie par l'assemblée générale du tribunal de commerce¹⁴⁸ du ressort qui prononce la faillite, dont la mission centrale consiste, dans une perspective de liquidation du patrimoine du failli, à réaliser les biens qui lui appartiennent et à répartir le fruit de cette réalisation entre les créanciers¹⁴⁹);
- l'ordre donné aux créanciers du failli de faire au greffe la déclaration de leurs créances dans un délai qui ne peut excéder trente jours à compter du jugement déclaratif de faillite;

¹⁴⁶ Le but de la procédure de dessaisissement est en effet d'éviter, dans des cas où la situation économique et financière du débiteur paraît d'ores et déjà extrêmement grave, l'éventuelle « dispersion » des biens du débiteur à l'approche de la faillite. Si une procédure en faillite n'est pas immédiatement introduite, c'est donc que, dans l'esprit de la partie demanderesse ou de l'administrateur provisoire, la situation économique et financière du débiteur n'est pas à ce point obérée; il convient, dans ce cas, de lever le régime exceptionnel de dessaisissement.

¹⁴⁷ Cette procédure a, dans la pratique, rencontré un certain succès (en ce sens, I. VEROUSTRATE (dir.), préc., note 130, p. 383). Voir, par exemple: Comm. Namur, 21 janvier 1998, J.T., 1998, p. 315; Comm. Tongres (Prés.), 12 octobre 1999, *R.W.*, 2000-01, p. 1094; Comm. Charleroi, 16 janvier 2001, *R.R.D.*, 2001, p. 317; Comm. Tongres (Prés.), 30 octobre 2001, *R.W.*, 2002-03, p. 1069.

¹⁴⁸ Code judiciaire, art. 341.

¹⁴⁹ Voir: Cass., 29 octobre 2004, *R.P.S.*, 2004, p. 152, note Werner DERIJCKE.

- la date à laquelle le premier procès-verbal de vérification des créances sera déposé au greffe¹⁵⁰.

44. Le jugement déclaratif de la faillite, de même que celui qui aurait – le cas échéant – fixé ultérieurement la date de cessation des paiements sont, par les soins du greffier et dans les cinq jours de leur date, publiés par extraits au *Moniteur belge* et, par les soins des curateurs et dans ce même délai, publiés dans au moins deux journaux ou périodiques ayant une diffusion régionale¹⁵¹. Le jugement déclaratif de faillite est également signifié au failli à la diligence du ou des curateur(s)¹⁵².

2. Effets du jugement déclaratif de faillite

45. Le prononcé du jugement déclaratif de faillite emporte un certain nombre de conséquences qui modifient profondément la situation du failli et des créanciers. Elles sont au nombre de cinq (a à e) et débouchent sur la naissance d'une situation dite « de concours » (f).

a) Le dessaisissement du débiteur failli

46. À compter du jour de la faillite, le failli est, en vertu de l'article 16 de la loi, dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite. Tous paiements, opérations et actes faits par le failli, et tous paiements faits depuis ce jour, sont inopposables à la masse. Le curateur pourra donc poursuivre l'annulation de tels actes ou paiements et en exiger, auprès du bénéficiaire, la restitution en faveur de la masse, alors même que ce dernier aurait agi ou reçu les paiements en toute de bonne foi¹⁵³. L'objectif du dessaisissement est en effet « d'empêcher le failli de modifier la consistance de l'actif et du passif et de rompre l'égalité des créanciers »¹⁵⁴. Ce dessaisissement est « absolu et général »¹⁵⁵, en ce qu'il porte, en principe, sur *tous* les biens,

¹⁵⁰ *Loi de 1997*, préc., note 2, art. 11 al. 2.

¹⁵¹ *Id.*, art. 38. Cette disposition précise néanmoins que, s'ils constatent qu'il est possible que la faillite doive être clôturée pour insuffisance d'actif (sur ce point, voir: *infra*, n° 55), les curateurs peuvent demander au juge-commissaire d'être exonérés de l'obligation de publication dans des journaux ou des périodiques ayant une diffusion régionale.

¹⁵² *Loi de 1997*, préc., note 2, art. 13.

¹⁵³ Cass., 6 mars 2009, *R.D.C.*, 2009, p. 980.

¹⁵⁴ I. VEROUGSTRAETE (dir.), préc., note 130, p. 414.

¹⁵⁵ Cass., préc., note 153, p. 980.

meubles et immeubles, situés sur le territoire belge comme à l'étranger, existant au jour de la faillite ou entrant dans son patrimoine en cours de procédure, du débiteur failli¹⁵⁶.

b) L'inopposabilité de certains actes

47. Dans l'hypothèse où la date de cessation des paiements est fixée par le tribunal à une date antérieure à celle du jugement déclaratif de faillite, s'ouvre ainsi une « période suspecte » pendant laquelle le débiteur aux abois a pu poser des actes de nature à dilapider son patrimoine ou visant, sans égard pour le principe d'égalité des créanciers, à privilégier l'un de ceux-ci au détriment des autres. Tenus pour « insolites », certains de ces actes doivent ou peuvent, en vertu de la loi, être déclarés inopposables à la masse. On distingue traditionnellement les inopposabilités de droit¹⁵⁷ des inop-

¹⁵⁶ Il convient néanmoins d'excepter les biens de première nécessité, pour autant qu'ils ne soient pas indispensables à la profession du failli, ainsi que le minimum insaisissable des revenus du failli et les indemnités accordées au failli pour la réparation du préjudice lié à la personne et causé par un acte illicite (par exemple, l'indemnisation perçue par le failli à la suite d'un accident de la circulation). L'ensemble de ces biens est exclu de l'actif de la faillite et le failli en conserve l'administration ainsi que la disposition.

¹⁵⁷ En application de l'article 17 de la *Loi de 1997*, préc., note 2, le tribunal de commerce est tenu de considérer comme inopposables à la masse certains actes, perçus comme totalement inhabituels, posés par le futur failli pendant la période suspecte. Aucune marge de manœuvre n'est en ce domaine laissée à la juridiction commerciale : elle *doit* déclarer les actes en question inopposables à la masse. Sont ainsi inopposables de plein droit : (1) les actes à titre gratuit (par exemple les donations, les remises de dettes, etc.) ; (2) les actes lésionnaires, c'est-à-dire les actes qui comportent une disproportion manifeste aux dépens du failli, entre ce que ce dernier consent et ce qu'il reçoit en contrepartie (par exemple la vente d'un bien à un prix nettement inférieur au prix du marché) ; (3) les paiements de dettes non échues, en raison de l'avantage injustifié qu'ils créent au profit des créanciers qui bénéficient ainsi du remboursement prématuré de leur créance par rapport aux autres créanciers : « lorsqu'un paiement est fait avant l'échéance, il est naturel de présumer que le créancier a connu le mauvais état des affaires de son débiteur et qu'il a cherché en anticipant sur le terme, à améliorer sa position au préjudice des créanciers » ; il en va de même pour tout paiement fait par le débiteur autrement qu'en espèces ou effets de commerce d'une dette échue (par exemple une dation en paiement) ; (4) les sûretés constituées pour dettes antérieurement contractées, par exemple, un créancier n'exige aucune garantie au moment de la conclusion du contrat. Ultérieurement, il se fait consentir une sûreté pendant la période suspecte. Il s'agit là d'une situation anormale qui, selon le législateur, appelle également la sanction d'inopposabilité.

posabilités facultatives¹⁵⁸. Par ailleurs, en cas de fraude, le curateur peut encore introduire l'action paulienne prévue par la loi sur les faillites¹⁵⁹.

c) L'exigibilité immédiate des dettes non encore échues

48. Les dettes non encore échues du débiteur failli deviennent immédiatement exigibles¹⁶⁰. C'est qu'en effet, le passif du failli est censé se cristalliser au jour de la faillite, de manière à permettre au curateur – appelé dans le cadre de l'administration de la masse faillie à liquider le patrimoine du failli –, d'établir avec précision la situation dudit passif. C'est la raison pour laquelle il a été décidé que la survenance de la faillite devait rendre toutes les créances, fussent-elles non échues, exigibles à l'égard du failli.

d) La suspension du cours des intérêts

49. La nécessité de cristalliser le passif au jour du jugement déclaratif de faillite emporte également pour conséquence qu'à dater de ce moment, «le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilège spécial, par un nantissement ou par une hypothèque est arrêté à l'égard de la masse seulement»¹⁶¹. En effet, l'établissement du passif et le désintéressement, le cas échéant au marc le franc, des créanciers ne sauraient intervenir si le passif était amené à évoluer constamment.

¹⁵⁸ En vertu de l'article 18 de la *Loi de 1997*, préc., note 2, tous les actes passés par un débiteur en période suspecte *peuvent* être déclarés inopposables si ceux qui ont traité avec lui ou ceux qui ont reçu de lui avaient connaissance de la cessation des paiements. En conséquence, le juge peut apprécier, en fonction des circonstances, si les actes en cause doivent être sanctionnés par l'inopposabilité : il dispose à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire.

¹⁵⁹ En vertu de l'article 20 de la *Loi de 1997*, préc., note 2, tous actes ou paiements faits en fraude des droits des créanciers sont en effet inopposables, quelle que soit la date à laquelle ils ont eu lieu : on dépasse donc ici les limites de la période suspecte. Il s'agit là d'une simple transposition, dans le cadre spécifique du droit de la faillite, de l'action paulienne prévue à l'article 1167 du Code civil. Le curateur devra donc rapporter la preuve, souvent malaisée, de l'existence d'une fraude. Cette action est très logiquement le monopole du curateur, qui l'invoquera à chaque fois qu'un acte ou un paiement cause un préjudice aux créanciers, quand bien même il interviendrait, insistons-y, *en dehors de la période suspecte*.

¹⁶⁰ *Loi de 1997*, préc., note 2, art. 22.

¹⁶¹ *Id.*, art. 23 al. 1^{er}.

e) La suspension des saisies et voies d'exécution

50. Cette conséquence du jugement déclaratif de faillite concerne au premier chef les créanciers chirographaires ou dotés d'un privilège général: la déclaration de faillite arrête en effet toute saisie, ou toute autre voie d'exécution, faite à la requête d'un tel créancier¹⁶². La suspension des voies d'exécution est la conséquence logique et nécessaire du dessaisissement du failli. C'est, à compter du jour de la faillite, aux curateurs qu'il appartient de réaliser les biens du failli et d'en distribuer le produit aux créanciers dans le respect du principe d'égalité qui s'impose à eux. Cette règle serait évidemment mise à mal si les créanciers demeuraient habilités, en dépit de la procédure collective, à exercer leurs droits individuellement.

Une suspension davantage circonscrite dans le temps frappe les initiatives des créanciers munis d'un privilège spécial sur meubles¹⁶³ (tel par exemple le bailleur ou le vendeur de meubles impayés): les voies d'exécution ne sont, à leur égard, suspendues que *jusqu'à la clôture du premier procès-verbal de vérification des créances*¹⁶⁴. La masse y trouvera un intérêt lorsque, par exemple, les meubles en question sont nécessaires en vue de céder, sous forme d'une universalité, le fonds de commerce du failli à un meilleur prix que celui qui pourrait être obtenu d'une réalisation individuelle des différents éléments composant ce fonds de commerce.

Enfin, en ce qui concerne les créanciers hypothécaires et privilégiés sur immeubles, l'article 100 de la loi du 8 août 1997 conduit à distinguer le créancier premier inscrit des autres créanciers. Ces derniers sont en tout état de cause soumis à la suspension des voies d'exécution; l'action du créancier inscrit en premier rang est, pour ce qui le concerne, paralysée au moins jusqu'à la clôture du premier procès-verbal de vérification des créances. Postérieurement, il recouvre certes son droit d'exécution mais, si l'intérêt de la masse l'exige et à condition qu'une réalisation du bien hypothéqué qui ne désavantage pas les créanciers hypothécaires puisse être attendue, le tribunal peut, sur requête des curateurs, ordonner la suspen-

¹⁶² *Id.*, art. 25 al. 1^{er}.

¹⁶³ Cass., 20 mai 2011, *R.D.C.*, 2011, p. 887.

¹⁶⁴ Ils demeurent néanmoins habilités, pendant cette période, à prendre toute mesure conservatoire utile à la préservation de l'assiette de leur privilège.

sion d'exécution pour une période maximum d'un an à partir de la déclaration de la faillite¹⁶⁵.

f) Naissance d'une situation de concours

51. Par l'effet combiné de l'exigibilité immédiate de toutes les dettes, fussent-elles non échues, et du dessaisissement du failli, la faillite confère, au même instant, une opposabilité absolue et réciproque aux droits des créanciers sur le patrimoine du failli. Tous les créanciers font ainsi valoir, au même moment, des prétentions concurrentes sur un seul et même patrimoine. Dès cet instant, le principe de l'antériorité (*prior tempore potior jure*), généralement valable en matière d'exécution forcée en droit belge, devient donc, compte tenu de la synchronie des prétentions réciproques des créanciers, impuissant à départager ces derniers. Il en résulte une situation de concours qui « ne peut se résoudre que par le partage proportionnel de la valeur des biens du débiteur entre les droits concurrents »¹⁶⁶. Comme l'explique Madame Grégoire, la naissance d'une situation de concours a pour conséquence, sans préjudice des éventuels privilèges, le respect du principe d'égalité entre les créanciers¹⁶⁷ : « l'égalité des créanciers résulte de l'opposabilité mutuelle acquise à la même date, des droits réalisés, trouvant nécessairement un point d'équilibre dans une répartition proportionnelle »¹⁶⁸.

Ainsi, les créances chirographaires et celles qui sont garanties par un privilège général sont concurrentes en ce sens qu'elles grèvent un même patrimoine, celui du failli, qui constitue depuis la faillite « la masse » et sont, à ce titre, qualifiées de dettes « dans la masse ».

À l'inverse les créances nanties d'un privilège spécial (par exemple, un gage ou une hypothèque) échappent à la masse en concours ; elles n'entrent en effet pas directement en concurrence avec les autres dettes dans la mesure

¹⁶⁵ Pour un examen approfondi du régime de réalisation des immeubles du failli, voir : I. VEROUSTRATE (dir.), préc., note 130, p. 681 et suiv.

¹⁶⁶ Michèle GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1992, p. 27.

¹⁶⁷ Dont le fondement peut être trouvé aux articles 7 à 9 de la loi hypothécaire. Voir : Cass., 9 mars 2000, *R. W.*, 2000-2001, p. 480 et note de Annick DE WILDE, « De positie van de koper bij faillissement van de verkoper » ; Cass., 20 octobre 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 1994.

¹⁶⁸ M. GRÉGOIRE, préc., note 166, p. 27.

où elles seront remboursées prioritairement au moyen des deniers obtenus par la réalisation des biens sur lesquels porte leur garantie. On parle alors de dettes « hors masse ».

Il reste à découvrir une troisième catégorie de dettes, dites « de la masse ». Il est en effet apparu que le fait de soumettre au concours les créances contractées pour les besoins de la liquidation du patrimoine failli aurait un effet contre-productif puisque, par crainte d'être assujettis à une telle situation, dans laquelle la perspective d'un désintéressement est pour le moins réduite, d'éventuels partenaires contractuels de la « masse faillie » risqueraient de renoncer à tout rapport d'affaires avec elle, rendant ainsi très périlleuses les opérations de liquidation envisagées. Par conséquent, les charges nécessaires à la liquidation du patrimoine du failli doivent, sur pied de l'article 99 de la loi, être imputées sur ce patrimoine par préférence à toutes les autres créances qui le grèvent. Ces « dettes de la masse » englobent donc le passif, postérieur au jugement de faillite, qui a été engrangé en vue de l'administration et de la liquidation du patrimoine du failli. À l'instar des dettes « hors masse », les « dettes de masse » échappent également au concours. On songe, par exemple, aux créances nées de contrats conclus ou poursuivis par les curateurs après la faillite dans le cadre d'une poursuite d'activités, à l'éventuel secours octroyé au failli, aux frais nécessaires à la conservation et à la réalisation des actifs (vente publique, publicité, etc.), aux honoraires des curateurs, etc.

La ligne de démarcation précise entre « dettes dans la masse » et « dettes de la masse » est le fruit d'une longue évolution jurisprudentielle. Ainsi, après avoir fondé le critère de la distinction entre les deux catégories sur la date de naissance de l'obligation (est-elle antérieure à la survenance du concours : c'est une dette dans la masse ; lui est-elle postérieure : c'est une dette de la masse), la Cour de cassation a, d'abord de manière assez ambiguë dans un arrêt de 1968¹⁶⁹ puis de manière tout à fait explicite dans trois arrêts de 1988¹⁷⁰, lié la qualité de dette de la masse aux engagements nécessaires à l'administration du patrimoine à liquider. Ainsi, selon la Cour,

¹⁶⁹ Cass., 30 mai 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 1126. Voir aussi : Cass., 28 avril 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 709 et suiv., note Philippe GÉRARD, « Observations sur la nature juridique des dettes et des créances de la masse des créanciers en cas de faillite ».

¹⁷⁰ Cass., 16 juin 1988 (trois arrêts), *R.C.J.B.*, 1990, p. 5 et suiv., note Ivan VEROUSTRÆTE, « Dettes de masse, privilèges et monnaie de faillite ».

« une dette ne peut être mise à charge de la masse que lorsque le curateur ou le liquidateur a contracté *qualitate qua* des engagements en vue de l'administration de ladite masse notamment en poursuivant l'activité commerciale de la société, en exécutant les conventions que celles-ci a conclues ou encore en utilisant les meubles ou les immeubles de la société aux fins d'assurer l'administration convenable de la liquidation »¹⁷¹.

Cette jurisprudence a été confirmée par l'article 46 de la loi sur les faillites¹⁷².

3. L'administration de la faillite

52. En vertu de la loi, « [les curateurs] gèrent la faillite en bon père de famille, sous la surveillance du juge-commissaire »¹⁷³.

Le curateur a en particulier la mission de déterminer si les opérations commerciales doivent ou non être poursuivies, afin de tirer le meilleur profit de la procédure de faillite. Ainsi, si l'intérêt des créanciers le permet, les curateurs ou même toute personne intéressée, peuvent demander au tribunal, selon les modalités prescrites par l'article 47 de la loi de 1997, l'autorisation de poursuivre provisoirement l'activité commerciale de l'entreprise faillie. Le tribunal statue sur le rapport du juge-commissaire, après avoir entendu les représentants des travailleurs¹⁷⁴. S'il est fait droit à la demande, l'activité sera poursuivie directement par les curateurs ou bien, sous l'autorité des curateurs, par le failli ou un tiers. Compte tenu du préjudice que peut, dans certains cas, entraîner une interruption, même très brève, des activités commerciales, les curateurs sont autorisés, dans les conditions de l'article 47, *in fine*, de la loi, de poursuivre les opérations dans l'attente de la décision du tribunal sur la question.

¹⁷¹ Voir également : Cass., 20 mai 2011, préc., note 163, p. 887. Sur les dettes de la masse, voir : Pierre HENFLING, « La poursuite des activités commerciales. Les dettes de la masse », dans *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Actes du 47^e séminaire CDVA, Liège, Éditions Collection Scientifique de la Faculté de droit, 1998, p. 429.

¹⁷² *Infra*, n° 53.

¹⁷³ *Loi de 1997*, préc., note 2, art. 40.

¹⁷⁴ Pour plus de détails à ce sujet : cf. *infra*, n° 69.

53. Par ailleurs, la déclaration de faillite ne met, en principe¹⁷⁵, pas fin de plein droit aux contrats en cours, sauf s'ils ont été conclus avec le failli sous le bénéfice de *l'intuitu personae*¹⁷⁶. Néanmoins, l'article 46 de la loi prévoit que les curateurs doivent, dès leur entrée en fonction, décider sans délai s'ils poursuivent l'exécution des contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin¹⁷⁷. La partie qui a contracté avec le failli peut du reste mettre les curateurs en demeure de prendre cette décision dans les quinze jours. À défaut de réponse dans le délai imparti, le contrat est présumé résilié par les curateurs et la créance de dommages-intérêts éventuellement dus au cocontractant du fait de l'inexécution entre « dans la masse ». À l'inverse, si les curateurs décident de poursuivre l'exécution du contrat, la créance qui en résulte est à charge « de la masse »¹⁷⁸. En effet, les dettes ainsi contractées pour la continuation de l'activité étant liées à l'administration de la masse faillie, elles constituent, ainsi qu'on l'a déjà souligné, des « dettes de la masse », qui échappent à la situation de concours créée par le jugement déclaratif de faillite. L'article 46 de la loi confirme donc la jurisprudence de la Cour de cassation sur le critère de distinction entre dettes « dans » et « de » la masse¹⁷⁹.

L'article 46, § 2, prévoit des modalités spécifiques en ce qui concerne la continuation des contrats de travail¹⁸⁰.

54. Les curateurs, nonobstant tout recours contre le jugement déclaratif de faillite et sur l'autorisation du juge-commissaire, doivent vendre immédiatement les actifs sujets à dépérissement prochain, à dépréciation

¹⁷⁵ Les clauses résolutoires stipulant que le contrat prend fin par le fait de la faillite d'une des parties sont en principe licites (voir: I. VEROUSTRATE (dir.), préc., note 130, p. 477).

¹⁷⁶ Tel est par exemple le cas du contrat de mandat (Mons, 26 décembre 1990, *R.D.C.*, 1992, p. 348; Comm. Bruxelles, 7 février 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 450) ou d'ouverture de crédit (Mons, 17 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1032, note Jean-Pierre BUYLE; Bruxelles, 1^{er} avril 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 264).

¹⁷⁷ Le curateur peut donc décider de mettre fin aux contrats, même lorsque le contrat est opposable à la masse, lorsque la continuation du contrat compromet la liquidation de la masse ou y fait obstacle (Cass., 10 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1588, note Frédéric GEORGES).

¹⁷⁸ Pour ce qui concerne évidemment la part des prestations effectuées après la faillite (Cass. 16 janvier 2009, *R.D.C.*, 2009, p. 608).

¹⁷⁹ *Supra*, n° 51.

¹⁸⁰ Pour plus de détails: cf. *infra*, n° 71.

imminente ou dont le coût de conservation est trop élevé compte tenu des actifs de la faillite¹⁸¹.

Au-delà, les curateurs recherchent et recouvrent toutes les créances ou sommes dues au failli¹⁸². Il leur appartient ainsi de reconstituer la masse faillie en obtenant des débiteurs du failli le paiement des sommes qu'ils restent lui devoir. Si un débiteur refuse de payer, les curateurs l'assigneront devant le tribunal compétent.

Par ailleurs, les curateurs sont, par l'effet du dessaisissement, invités à prendre position sur toutes les actions pendantes en justice à l'égard du failli, que ce dernier intervienne en qualité de demandeur ou de défendeur et, plus largement, sur toutes les contestations qui intéressent la masse.

4. La procédure sommaire de clôture

55. S'il apparaît que les biens retrouvés à l'actif de la faillite ne suffisent pas pour couvrir les frais présumés d'administration et de liquidation de la faillite, les curateurs doivent, en vertu de l'article 43 de la loi de 1997, en informer le tribunal dans les quinze jours du dépôt de l'inventaire des biens du failli. Le tribunal peut alors être saisi, sur requête des curateurs ou même d'office après avoir entendu les curateurs, de la procédure « sommaire » de clôture prévue par l'article 73 de la loi.

Le tribunal prononce la clôture de la faillite pour « insuffisance d'actifs », s'il constate que :

- 1° l'actif ne suffit effectivement pas pour couvrir les frais présumés d'administration et de liquidation de la faillite ;
- 2° les curateurs ont fait ce qui était en leur pouvoir pour remettre aux travailleurs les documents sociaux prévus par la loi¹⁸³.

Si le failli est une personne morale, la décision du tribunal entraîne sa dissolution et la clôture immédiate de sa liquidation.

Le jugement prononçant la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif est notifié au failli et publié par extrait au *Moniteur belge*, par les soins du greffier.

¹⁸¹ *Loi de 1997*, préc., note 2, art. 49.

¹⁸² *Id.*, art. 51.

¹⁸³ Notamment les documents nécessaires en vue de bénéficier du chômage et des indemnités du Fonds de fermeture des entreprises.

5. La liquidation de la faillite

56. Dès le dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances, les curateurs procèdent à la liquidation de la faillite¹⁸⁴.

Il s'agit de procéder à la meilleure réalisation possible de l'actif de la faillite, afin de désintéresser au mieux les créanciers. Le juge-commissaire convoque d'abord le failli, en présence des curateurs, pour recueillir ses observations sur la meilleure réalisation possible de l'actif. Ensuite, les curateurs font vendre les immeubles¹⁸⁵, marchandises et effets mobiliers du failli, sous la surveillance du juge-commissaire. Par ailleurs, ils recherchent et recouvrent toutes les créances ou sommes dues au failli. Les deniers provenant des ventes et recouvrements faits par les curateurs sont versés à la Caisse des dépôts et consignations dans le mois de leur réception. Afin de financer les opérations courantes, le curateur peut néanmoins conserver un montant limité sur un compte bancaire individualisé par faillite, sous la surveillance du juge-commissaire, qui fixe le montant maximum¹⁸⁶.

Une vente en bloc de l'entreprise du débiteur failli pourrait être, il est vrai, plus avantageuse; de surcroît, une telle formule peut favoriser la continuité de l'activité et garantir le maintien d'un certain volume d'emploi. L'article 75§4 prévoit dès lors qu'à la demande des curateurs, le tribunal de commerce peut homologuer le transfert d'une entreprise en activité selon des modalités conventionnelles dont l'exécution peut être poursuivie par les curateurs ou, après la clôture de la faillite, par tout intéressé¹⁸⁷.

Dans l'hypothèse où les opérations de liquidation doivent, compte tenu de la complexité de la faillite en cause, s'étaler sur une longue période, la loi prévoit la possibilité, consentie au juge-commissaire, de convoquer à tout moment une assemblée des créanciers ou de certains d'entre eux, en vue, le cas échéant, de faire le point sur la situation. En tout état de cause, une telle assemblée peut se tenir, à la demande des créanciers, dès la troi-

¹⁸⁴ *Loi de 1997*, préc., note 2, art. 75§1.

¹⁸⁵ En ce qui concerne la réalisation des immeubles, voir: *id.*, art. 100.

¹⁸⁶ *Id.*, art. 51.

¹⁸⁷ Les aspects sociaux d'une telle cession en *going concern* sont réglés par la Convention collective de travail 32 *bis* conclue le 7 juin 1985 au sein du Conseil national du travail, concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite (pour plus de détails: cf. *infra*, section III, n° 71 et suivants).

sième année après la date anniversaire du jugement déclaratif de faillite¹⁸⁸. Elle *devra* être convoquée, si la demande émane de créanciers représentant plus d'un tiers des dettes de l'entreprise faillie.

Une fois les actifs du failli réalisés, le juge-commissaire ordonne, s'il y a lieu, une répartition « avant clôture » entre les créanciers et en fixe la quotité. Le montant de l'actif du failli, déduction faite des frais d'administration de la faillite, des secours qui auraient été accordés au failli et à sa famille et des sommes payées aux créanciers privilégiés, est réparti entre tous les créanciers, au marc le franc de leurs créances¹⁸⁹. Tout paiement effectué sur ordre du juge-commissaire ou avec son autorisation entraîne la décharge des curateurs¹⁹⁰.

In fine, les sommes qui, à la clôture de la faillite, n'ont pu être réparties¹⁹¹ sont versées à la Caisse des dépôts et consignations au profit des créanciers concernés¹⁹².

Si les curateurs ont contesté certaines créances déclarées par les créanciers du failli et que les contestations n'ont pas encore été définitivement tranchées, il ne peut être procédé à une répartition, en faveur des autres créanciers, du produit de la réalisation des actifs du failli que moyennant la mise en réserve de la part correspondant aux créances contestées¹⁹³.

6. La clôture de la faillite et l'excusabilité du failli

a) La clôture de la faillite

57. Lorsque la liquidation de la faillite est terminée, le failli et les créanciers sont convoqués par les curateurs, sur ordonnance du juge-commissaire¹⁹⁴.

Au cours de l'assemblée ainsi convoquée, le compte des curateurs – qui reprend le montant de l'actif, les frais et honoraires des curateurs, les dettes de la masse et la répartition aux différentes catégories de créanciers –,

¹⁸⁸ *Loi de 1997*, préc., note 2, art. 76.

¹⁸⁹ *Id.*, art. 99.

¹⁹⁰ *Id.*, art. 77.

¹⁹¹ Par exemple, en raison du changement d'adresse d'un créancier.

¹⁹² *Loi de 1997*, préc., note 2, art. 52 al. 3.

¹⁹³ *Id.*, art. 78.

¹⁹⁴ *Id.*, art. 79 al. 1^{er}.

est débattu et arrêté. Dans le même temps, les créanciers sont appelés, le cas échéant, à donner leur avis sur l'excusabilité de la personne physique faillie.

Le reliquat de la réalisation des actifs qui n'a pas fait l'objet d'une « avant clôture » est alors réparti et, si le compte définitif présente un solde positif, celui-ci revient de droit au failli.

Sur le rapport du juge-commissaire, le tribunal ordonne ensuite la clôture de la faillite, après avoir tranché le cas échéant les contestations relatives au compte et redressé celui-ci s'il y a lieu¹⁹⁵. Si le failli est une personne morale, la décision du tribunal entraîne sa dissolution et la clôture immédiate de sa liquidation¹⁹⁶.

Le jugement ordonnant la clôture de la faillite est notifié au failli par les soins du greffier. Le tribunal peut décider que le jugement qui ordonne la clôture de la faillite sera publié par extrait au *Moniteur belge*. Cette publication *doit* avoir lieu si le failli est déclaré excusable.

Sauf pour ce qui concerne son exécution, la clôture de la faillite met fin aux fonctions des curateurs. Elle emporte leur décharge générale¹⁹⁷, mais uniquement à l'égard des créanciers impliqués dans la faillite. Les tiers préjudiciés pourraient par conséquent encore assigner les curateurs en responsabilité devant le tribunal de commerce¹⁹⁸.

Dès la clôture de la faillite, la suspension des voies d'action des créanciers prend fin. Ces derniers recouvrent par conséquent le plein exercice de leurs droits : ils peuvent en principe agir contre le failli, dont le dessaisissement a pris fin, afin d'obtenir le solde du remboursement de leurs créances, sauf si celui-ci a été déclaré excusable, comme on va le voir maintenant.

b) L'excusabilité du failli

58. L'un des apports les plus marquants de la loi de 1997 concerne en effet le régime de la déclaration d'excusabilité du failli. En effet, si ce dernier est déclaré excusable, l'exécution des créances existantes au jour de la

¹⁹⁵ *Id.*, art. 80 al. 1^{er}.

¹⁹⁶ *Id.*, art. 83.

¹⁹⁷ *Id.*, art. 80 *in fine*.

¹⁹⁸ I. VEROUGSTRAETE (dir.), préc., note 130, p. 714.

déclaration d'excusabilité ne peut plus être poursuivie par ses créanciers¹⁹⁹. Les dettes du failli, qui n'auraient pas été complètement apurées par la procédure de faillite, se trouvent ainsi purement et simplement effacées – en ce compris les dettes sociales et fiscales²⁰⁰. Le législateur a en effet considéré que, lorsque le failli a fait preuve de probité, aussi bien dans la gestion de son entreprise commerciale que dans la procédure de faillite qui lui a succédé, l'intérêt général était mieux servi si le failli se voyait offrir la possibilité de prendre un « nouveau départ », ou « *fresh start* »²⁰¹, en vue de sa réinsertion dans le circuit économique. En revanche, si le failli n'est pas déclaré excusable, les créanciers retrouvent, dès la clôture de la faillite, le droit d'exercer individuellement leurs actions sur ses biens.

La *ratio legis* du mécanisme de l'excusabilité ainsi exposé, on comprend aisément que le législateur a entendu en réserver le bénéfice aux seules personnes physiques ayant été déclarées en faillite. Les personnes morales faillies ne peuvent donc, aux termes de l'article 81 de la loi, être reconnues excusables²⁰². Selon la Cour constitutionnelle de Belgique, cette différence de traitement entre personnes physiques et personnes morales n'est en rien contraire au principe constitutionnel d'égalité :

« si une personne physique peut se trouver exclue du circuit économique parce que la charge de ses dettes la dissuade de recommencer une activité commerciale, il n'en est pas de même d'une personne morale puisque, après sa faillite, son fonds de commerce peut faire l'objet d'une cession. Le souci de permettre 'un nouveau départ' peut, sans violer le principe d'égalité, être réservé aux personnes physiques. »²⁰³

59. Les conditions d'excusabilité des personnes physiques faillies sont énoncées par l'article 80, al. 2 de la loi de 1997. Depuis que cette disposition a été modifiée par la loi du 4 septembre 2002, le principe est le suivant : le failli « malheureux et de bonne foi » doit bénéficier de l'excusabilité, sauf circonstances graves spécialement motivées. L'octroi de l'excusabilité est donc devenu la règle et son refus l'exception ; le tribunal ne peut s'en

¹⁹⁹ *Loi de 1997*, préc., note 2, art. 82 al. 1^{er}.

²⁰⁰ *Doc. parl.* Sénat, sess. 1996-1997, 498/011, p. 150 et 151.

²⁰¹ Le législateur belge prétend s'être inspiré, à cet égard, du chapitre 11 du *Bankruptcy Code* américain.

²⁰² *Loi de 1997*, préc., note 2, art. 81.

²⁰³ C.C., 30 juin 2004, arrêt n° 114/2004, *Arr. C.A.*, 2004, p. 1301.

écarter qu'au prix d'une motivation adéquate. Dans l'appréciation des circonstances graves qui excluent le failli du bénéfice de l'excusabilité, les tribunaux sont attentifs tant à la manière dont ce dernier a exercé son activité commerciale passée qu'au comportement qu'il a adopté pendant la procédure de faillite et, notamment, à la qualité sa collaboration avec le curateur²⁰⁴.

60. A l'origine, la question de l'excusabilité du failli n'était discutée qu'au stade de la clôture de la faillite. Désormais, l'article 80, al. 5 de la loi permet au failli de demander au tribunal de statuer sur son excusabilité dès qu'un délai de six mois à compter du jugement déclaratif de faillite est écoulé. S'il n'a pas usé de cette faculté, le failli ainsi que les créanciers sont alors convoqués à l'audience de clôture et il est statué sur son excusabilité dans la foulée²⁰⁵.

II. Les entreprises en difficulté en droit du droit du travail

61. Lorsqu'une entreprise rencontre des difficultés telles qu'elle est conduite à la réorganisation sous l'autorité de la justice ou, pire, à la faillite, elle se voit appliquer diverses règles propres au droit du travail, que l'on abordera selon la distinction classique, en commençant par les relations collectives de travail (A) avant d'envisager le sort des droits individuels des salariés (B). Deux précisions s'imposent avant d'aller plus loin, en raison de deux différences majeures entre les droits québécois et belge.

62. Premièrement, en droit belge, les sources des obligations des parties sont organisées autrement qu'au Québec. Le contrat de travail et la convention collective de travail ne s'excluent pas mutuellement. Il n'existe pas d'unité d'accréditation.

La relation de travail unissant un travailleur subordonné à un employeur du secteur privé reçoit la qualification juridique de contrat; ce contrat est appelé contrat de travail. Il est gouverné par des normes d'origines diverses.

²⁰⁴ Voir notamment: Mons, 30 janvier 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1373; *J.T.*, 2006, p. 197; Liège, 28 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2008, p. 15; Liège, 16 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1376; Liège, 10 février 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1352; Comm. Gand, 19 juin 2006, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2006, p. 282; Comm. Charleroi, 30 janvier 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 38.

²⁰⁵ Voir *supra*, n° 57.

Tout d'abord, la loi occupe une place prépondérante parmi les normes régissant la relation de travail; on vise ici la loi au sens large, c'est-à-dire autant la production du pouvoir législatif que le règlement de l'autorité administrative. On notera que, si les règles régissant le contrat de travail ne sont plus inscrites dans le Code civil, elles ne sont pas pour autant codifiées. Une constellation de lois et d'arrêtés royaux – pour s'en tenir au droit fédéral – ont vocation à régir le rapport de travail.

Ces dispositions sont marquées du sceau de l'impérativité, voire de l'ordre public²⁰⁶. Cette forte impérativité se traduit, entre autres, par l'article 6 de la *Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail*²⁰⁷, qui énonce: «Toute stipulation contraire aux dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution est nulle pour autant qu'elle vise à restreindre les droits des travailleurs ou à aggraver leurs obligations». La créativité des parties au contrat de travail se trouve bridée par le caractère impératif de la matière, en tout cas de la plupart de ses dispositions.

La relation de travail est également régie par des normes d'origine professionnelle. L'ordre juridique étatique reçoit un certain nombre d'entre elles et leur confère des effets juridiques. La plus répandue est la convention collective de travail.

Enfin, le contrat de travail lui-même est une source d'obligations pour les parties, qui, dans les limites très étroites de l'autonomie des volontés individuelles que tolèrent la loi et les conventions collectives impératives, peuvent aménager leurs relations.

Le contrat et les conventions collectives ne sont pas exclusifs l'un de l'autre: les deux se conjuguent dans toutes les entreprises. Sauf de très rares exceptions, aucun employeur du secteur privé n'échappe à l'emprise des conventions collectives de travail. L'existence de celle-ci n'exclut pas qu'une part de liberté soit laissée aux parties, pour déterminer, par la voie de la convention individuelle, une partie des conditions de travail.

63. Ensuite, le droit belge favorise les relations collectives et la concertation sociale à plusieurs niveaux. Pour simplifier, on n'évoquera ici que

²⁰⁶ Sur les relations qu'entretient le droit du travail avec l'ordre public, voir: Fabienne KÉFER, *Précis de droit pénal social*, 2^e éd., Limal, Éditions Anthemis, 2014, p. 24 et suiv.

²⁰⁷ *Loi n° 1978070303 du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail*, M.B. du 22 août 1978, p. 9277 (ci-après «*Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail*»).

certaines des niveaux et organes de négociation et de concertation sociale. Au sommet, on retient le Conseil national du travail²⁰⁸. Ses membres sont des délégués des organisations les plus représentatives du patronat et du salariat. Son champ d'action s'étend à diverses branches d'activité et à l'ensemble du pays; ses conventions collectives de travail traitent des problèmes sociaux intéressant en principe toutes les entreprises du Royaume²⁰⁹. Au rang suivant, celui des branches d'activités, sont instituées des commissions paritaires, aux compétences multiples, et dont le rayon d'action s'étend à un secteur d'activité préalablement défini par arrêté royal²¹⁰. Enfin, à l'échelon de l'entreprise, la négociation et la concertation s'exercent, notamment, au sein du conseil d'entreprise et de la délégation syndicale. Le conseil d'entreprise est un organe paritaire, dont la délégation représentant les salariés est composée à la suite d'élections sociales; il ne doit être institué que dans les entreprises occupant habituellement en moyenne au moins cent travailleurs²¹¹. Si ce seuil n'est pas atteint, l'employeur n'a pas l'obligation d'instituer un conseil d'entreprise. Il se peut qu'il soit tenu de laisser fonctionner une délégation syndicale, si une ou plusieurs organisations de travailleurs lui en font la demande; le statut de celle-ci est déterminé par la voie de conventions collectives conclues, d'une part, par le Conseil national du travail²¹² et, d'autre part, par la commission paritaire dont relève l'entreprise concernée. L'obligation de l'employeur de laisser fonctionner une délégation syndicale est subordonnée à un nombre minimum de travailleurs, qui varie d'un secteur d'activité à l'autre.

²⁰⁸ *Loi n° 1952052902 du 29 mai 1952 organique du Conseil national du travail*, M.B. 31 mai 1952.

²⁰⁹ *Loi n° 1968120503 du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires*, M.B. 15 janv. 1969, p. 267, art. 7 (ci-après *Loi sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires*).

²¹⁰ Par exemple, le secteur des employés de l'industrie de l'habillement et de la confection, le secteur des employés de l'industrie alimentaire, etc.

²¹¹ *Loi n° 2011012074 du 28 juillet 2011 déterminant le seuil applicable pour l'institution des conseils d'entreprise ou le renouvellement de leurs membres à l'occasion des élections sociales de l'année 2012*, M.B. 31 août 2011, p. 55664, art. 2; cette loi déroge à l'article 14§1 de la *Loi n° 1948092002 du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie*, M.B. 27 sept. 1948.

²¹² *Convention collective de travail n° 5 du 24 mai 1971 concernant le statut des délégations syndicales du personnel des entreprises*, en ligne : < <http://www.cnt.be/CCT-COORD/cct-005.pdf> > (consulté le 15 janvier 2015) (ci-après « Convention de travail n° 5 du 24 mai 1971 »).

Le droit belge se caractérise par un certain pluralisme syndical. La liberté syndicale permet la création de multiples organisations professionnelles. Néanmoins, seules celles dites représentatives (il faut pour cela réunir un certain nombre de conditions²¹³) sont habilitées à siéger dans les organes mentionnés ci-dessus. Concrètement, seules trois organisations syndicales sont tenues pour représentatives²¹⁴.

L'une des prérogatives des organisations représentatives de travailleurs est la conclusion de conventions collectives de travail; celles-ci peuvent être conclues aux différents échelons de la concertation sociale: le Conseil national du travail, la commission paritaire ou l'entreprise. Lorsqu'un employeur est lié par une convention collective, celle-ci le lie à l'égard de l'ensemble de ses salariés, qu'ils soient affiliés ou non à une organisation syndicale représentative.

A. L'impact de la faillite et de la réorganisation judiciaire sur les relations collectives

64. Le droit des relations collectives de travail est affecté d'au moins deux façons en cas de réorganisation judiciaire ou de faillite. Tout d'abord, une part importante du statut réservé dans ces circonstances aux salariés et à leurs représentants est déterminée par la voie de conventions collectives conclues par le Conseil national du travail (1°); ensuite, l'employeur a une obligation d'information et parfois de consultation des représentants des travailleurs (2°).

1. Un régime juridique d'origine principalement conventionnelle

65. Le législateur n'a pas réglé l'ensemble des droits et obligations des travailleurs et de leurs représentants en cas de faillite ou de réorganisation judiciaire de l'entreprise. Une part essentielle est déterminée par la voie de conventions collectives de travail du Conseil national du travail, qui complète la loi sur bien des points.

²¹³ *Loi n° 1952052902 du 29 mai 1952 organique du Conseil national du travail*, préc., note 208, art. 2§4.

²¹⁴ Il s'agit de la Centrale générale des syndicats chrétiens, la Fédération générale du travail de Belgique et la Centrale générale des syndicats libéraux de Belgique.

C'est ainsi que, en cas de faillite, le sort des contrats de travail de salariés repris est fixé par le chapitre III de la *Convention collective de travail n° 32bis du 7 juin 1985 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite ou concordat judiciaire par abandon d'actif*²¹⁵. En cas de réorganisation judiciaire, l'essentiel du régime juridique est inscrit dans la *Convention collective de travail n° 102 du 5 octobre 2011 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice*²¹⁶. Si la restructuration s'accompagne d'un licenciement collectif, le régime légal est complété par la *Convention n° 10 du 8 mai 1973 relative aux licenciements collectifs*²¹⁷. Il faut encore avoir égard aux obligations d'information et de consultation incombant à l'employeur en vertu de la *Convention collective de travail n° 9 du 9 mars 1972 coordonnant les accords nationaux et les conventions collectives de travail relatifs aux conseils d'entreprise conclus au sein du Conseil national du travail*²¹⁸ et, en cas de licenciement collectif, en vertu de la *Convention collective de travail n° 24 du 2 octobre 1975 concernant la procédure d'information et de consultation des représentants des travailleurs en matière de licenciements collectifs*²¹⁹.

66. Le choix de la convention collective de travail du Conseil national du travail pour décrire les droits des travailleurs fait naître une difficulté. La nature de cet instrument juridique écarte de son rayon d'action les personnes occupées par la plupart des personnes morales de droit public²²⁰. Dans l'hypothèse où une entreprise en difficulté est transférée à un opérateur public, les travailleurs repris ne bénéficient pas de la protection offerte par une convention collective de travail.

²¹⁵ N° 1985800218, Source Emploi et Travail, M.B. 9 août 1985, p. 11528 (ci-après « Convention collective de travail n° 32bis »).

²¹⁶ Document en ligne : < <http://www.cnt-nar.be/CCT-COORD/cct-102.pdf> > (consulté le 15 janvier 2015).

²¹⁷ N° 1973050850, Source Emploi et Travail, M.B. 17 août 1973, p. 9389.

²¹⁸ Document en ligne : <http://www.cnt-nar.be/CCT-COORD/cct-009.pdf> (consulté le 15 janvier 2015) (ci-après « Convention collective de travail n° 9 du 9 mars 1972 »).

²¹⁹ N° 1975100250, Source Emploi et Travail, M.B. 17 février 1976, p. 1716.

²²⁰ Il s'agit de celles visées par l'article 2§3 de la *Loi n° 1968120503 du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires*, préc., note 209. À titre informatif, la personne occupée par un pouvoir public est une personne qui a une relation de travail avec ce pouvoir public.

2. La consultation et l'information des (représentants des) travailleurs

67. Le conseil d'entreprise est avant tout un organe d'information et de consultation. Une série d'informations économiques et financières²²¹, d'une part, et concernant l'emploi dans l'entreprise²²², d'autre part, doivent lui être fournies, de manière périodique.

Occasionnellement, quand se produisent certaines circonstances particulières, une information ponctuelle doit lui être donnée. Il en va ainsi dans tous les cas où interviennent des décisions internes susceptibles d'avoir des répercussions importantes sur l'entreprise. Ces décisions sont communiquées, si possible, avant leur exécution²²³. L'aveu de la faillite et la requête en réorganisation judiciaire font partie de ces décisions.

De même, en cas de modification de structure importante négociée par l'entreprise, le conseil d'entreprise doit être informé en temps opportun et avant toute diffusion²²⁴. L'objet de cette information est détaillé comme suit dans le commentaire de la convention collective n° 9 :

«Le conseil d'entreprise est informé des facteurs économiques, financiers ou techniques qui sont à l'origine des modifications de structure de l'entreprise et qui les justifient ainsi que de leurs conséquences économiques, financières et sociales. Il est consulté sur les moyens à mettre en œuvre en vue d'éviter les licenciements et les mutations entraînant la régression professionnelle ou sociale des travailleurs, sur les programmes des licenciements collectifs, des transferts et des mutations, sur les mesures sociales à prendre, sur les dispositions à adopter en vue du reclassement rapide et de la réadaptation professionnelle et sociale, ainsi que, de manière générale, sur toutes les mesures à prendre pour l'utilisation optimale des ressources humaines ».

Le conseil d'entreprise n'a pas seulement un droit à l'information ; il sera, en outre, consulté « notamment en ce qui concerne les répercussions sur les perspectives d'emploi du personnel, l'organisation du travail et la

²²¹ Arrêté royal n° 1973112701 du 27 novembre 1973 portant réglementation des informations économiques et financières à fournir aux conseils d'entreprises, M.B. 28 nov. 1973, p. 13352 (ci-après « Arrêté royal du 27 novembre 1973 »).

²²² Préc., note 218.

²²³ Arrêté royal du 27 novembre 1973, préc., note 221, art. 25.

²²⁴ Convention collective de travail n° 9 du 9 mars 1972, préc., note 218, art. 11.

politique de l'emploi en général». La consultation doit être « effective », ce qui signifie qu'elle doit être menée en vue d'aboutir à un accord.

Des obligations particulières, aux aspects procéduraux renforcés, sont faites en cas de licenciement collectif par une loi du 13 février 1998²²⁵.

S'il n'y a pas de conseil d'entreprise, c'est la délégation syndicale qui exerce le droit à l'information et à la consultation²²⁶.

68. Ainsi, généralement, le dépôt de la requête en réorganisation judiciaire aura été précédé d'une information, voire d'une consultation des représentants des salariés, en application des dispositions telles que la convention collective de travail n° 9 ou l'arrêté royal du 27 novembre 1973, voire de la convention collective de travail n° 24 et de la loi du 13 février 1998 si un licenciement collectif est envisagé. La requête doit, d'ailleurs, joindre à peine d'irrecevabilité « l'indication que le débiteur a satisfait aux obligations légales et conventionnelles d'information et de consultation des travailleurs ou de leurs représentants » (art. 17, § 1^{er}, 9^o, de la loi de 2009).

69. Outre ces obligations générales, des obligations spécifiques d'information et/ou de consultation sont faites pour le cas de la faillite et de la réorganisation judiciaire.

Par exemple, selon l'article 47 de la loi de 1997²²⁷, le tribunal peut autoriser que les opérations commerciales du failli soient provisoirement, en tout ou en partie, continuées par le curateur ou sous la surveillance du curateur par le failli ou par un tiers²²⁸. Ceci ne peut toutefois être décidé qu'après avoir entendu le curateur et les représentants du personnel ou, s'il n'y en a pas, une délégation du personnel. En attendant la décision du

²²⁵ *Loi n° 1998012088 du 13 février 1998 portant des dispositions en faveur de l'emploi*, M.B. 19 fév. 1998, p. 4643.

²²⁶ Convention de travail n° 5 du 24 mai 1971, préc., note 212, art. 24; Convention de travail n° 9 du 9 mars 1972, préc., note 218, art. 19bis. S'il n'y a ni l'un ni l'autre, la loi désigne, selon les cas, soit un autre organe de concertation de l'entreprise, le comité pour la prévention et la protection au travail (*Loi n° 1996012650 du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail*, M.B. 18 sept. 1996, p. 24309, art. 65decies), soit une délégation *ad hoc* de travailleurs; parfois, l'information doit être fournie directement aux salariés.

²²⁷ Préc., note 2.

²²⁸ Voir: *supra*, n° 52.

tribunal, la poursuite des opérations commerciales peut être autorisée par le curateur « après s'être concerté avec les syndicats représentatifs ou, à défaut, avec le personnel présent ».

De même, une fois la procédure de réorganisation judiciaire engagée, la loi de 2009²²⁹ associe les travailleurs ou leurs représentants au processus de réorganisation à divers stades. Ainsi, lorsque le volet social du plan de restructuration est élaboré dans le cadre d'une réorganisation par accord collectif²³⁰, l'article 49 prévoit qu'il faut entendre les représentants du personnel au sein du conseil d'entreprise. Il en est de même, en cas de transfert sous autorité de justice consenti par le débiteur (art. 59).

Le conseil d'entreprise est l'organe d'information et de consultation par excellence. Il n'est cependant pas fréquent que l'entreprise en restructuration souhaitant un transfert sous autorité de justice dispose d'un tel organe, puisque celui-ci ne doit être institué que si l'entreprise – plus précisément l'unité technique d'exploitation – compte au moins cent travailleurs. Le législateur a donc prévu des substituts : d'autres organes sont désignés par la loi pour le cas où il n'y a pas de conseil d'entreprise, en sorte que des représentants des salariés puissent être entendus.

Lorsque la concertation sociale n'est pas organisée au niveau de l'entreprise, la loi prescrit l'audition d'une « délégation du personnel ». Que faut-il entendre par « délégation du personnel » ? La loi n'a pas prévu de procédure de désignation, ni d'exigence de représentativité. Les salariés ne doivent pas être investis d'un réel mandat. Selon les travaux préparatoires de l'ancienne loi relative au concordat judiciaire,

« la notion de délégation du personnel désigne un certain nombre de travailleurs que, faute de représentation organisée du personnel, le personnel de l'entreprise autorise de façon informelle à défendre les intérêts communs. Il s'agit, en d'autres termes, des personnes que les travailleurs désignent en tant que leurs porte-parole. Étant donné la nature informelle de cette délégation, il peut également s'agir de l'ensemble des travailleurs. »²³¹

Une dernière précision. Si la loi de 2009 accorde aux représentants du personnel le droit d'être entendu, elle ne décrit pas en quoi consiste le

²²⁹ Préc., note 4.

²³⁰ Voir : *supra*, n° 29 et suiv.

²³¹ *Doc. Parl.*, Chambre, sess. extr., 1991-1992, n° 631/13, p. 225 et 226.

droit d'être « entendu ». D'autres dispositions du droit du travail manient les concepts d'obligation d'informer et de consulter. S'il faut « entendre » les travailleurs, on ne peut se limiter à les informer; il faut donc écouter leurs observations mais faut-il, à l'instar de ce que prévoit l'article 66 de la loi du 13 février 1998 pour l'hypothèse du licenciement collectif, répondre aux questions et arguments avancés par les représentants des travailleurs? L'article 59 de la loi de 2009 ne va pas jusque là; elle se limite à requérir que le personnel puisse donner son avis²³².

B. L'impact de la faillite et de la réorganisation judiciaire sur le contrat de travail

70. Si, sur le plan du droit économique, l'ordre croissant de la gravité de la situation autant que le souci pédagogique commandent de décrire la réorganisation judiciaire avant la faillite, il en va autrement en droit du travail pour la raison suivante. Les dispositions applicables en cas de faillite sont relativement anciennes, bien assises pour la plupart. Celles relatives à la réorganisation judiciaire sont apparues récemment, en trois vagues successives (en 2009, 2011 et 2013), et empruntent à celles qui s'appliquent en cas de faillite et à d'autres règles également, de sorte qu'il serait illogique de vouloir les détailler sans avoir préalablement exposé celles applicables dans le scénario de la faillite.

1. La faillite

a) Le sort du contrat

71. Selon l'article 26 de la *Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail*, la faillite n'est pas en elle-même un événement de force majeure mettant fin aux obligations des parties²³³. Le contrat n'est donc pas rompu dans cette occurrence; sauf si le travailleur n'a fourni aucun travail, la rémunération est due jusqu'à ce que le contrat soit résilié par le curateur²³⁴.

²³² Dans le même sens, Johan PEETERS, « De rechtspositie van de werknemers in de Wet Continuïteit Ondernemingen », dans *Faillissement & Reorganisatie*, Malines, Éditions Kluwer, 2012, p. 19, aux pages 36 et 43 (n° 26 et 34).

²³³ L'article 46 de la *Loi sur les faillites*, préc., note 2 confirme que la déclaration de faillite ne met pas fin au contrat (voir: *supra*, n° 53).

²³⁴ Comp. Cass., 25 juin 2001, *Pas.*, 2001, p. 1228.

Il appartient dès lors au curateur qui n'entend pas poursuivre l'occupation des salariés de prendre l'initiative de mettre fin aux contrats de travail²³⁵, soit en observant le préavis légal si une activité est maintenue, ne fût-ce que pour les besoins des opérations de liquidation, soit sans respecter le préavis, ce qui entraîne l'obligation pour la masse de payer au salarié licencié une indemnité compensatoire de préavis.

Le travailleur bénéficie en outre d'une indemnité dite de fermeture, d'un peu moins de deux cents euros par année d'ancienneté, plafonnée²³⁶.

La loi de 1997 précise par ailleurs que, « si lors de la cessation d'activités, notamment à l'occasion du jugement déclaratif de faillite, les curateurs manifestent expressément ou tacitement leur volonté de résilier les contrats de travail existants, ils ne sont pas tenus de l'accomplissement des formalités et procédures particulières applicables à la résiliation de ces contrats » (art. 46, § 2, al. 1^{er}). Cela ne signifie pas que le curateur est dispensé de respecter les règles générales applicables à la résiliation d'un contrat de travail, telles la notification d'un préavis. Il n'est dispensé de se conformer aux formes et procédures que lorsqu'il s'agit de règles particulières. Ainsi, il n'est pas nécessaire de solliciter auprès de la commission paritaire compétente l'autorisation de licencier pour motif économique un délégué du personnel au conseil d'entreprise²³⁷.

b) Le sort des salariés repris

72. Les salariés réembauchés par un exploitant en cas de reprise d'actif après faillite trouvent une protection minimale dans la Convention collective du conseil national du travail n° 32bis²³⁸.

Cette convention collective a, initialement, été conçue pour l'hypothèse du transfert d'entreprise résultant d'une cession conventionnelle ou

²³⁵ Le jugement déclaratif de faillite n'emporte pas la dissolution du contrat de travail (Cass., 24 février 1992, *Pas.*, 1992, p. 560).

²³⁶ *Loi n° 2002012847 du 26 juin 2002 relative aux fermetures d'entreprises*, M.B. 9 août 2002, p. 34537, art. 18 et suiv..

²³⁷ En revanche, si le curateur conclut de nouveaux contrats avec les anciens salariés en vue de la poursuite de l'activité en tout ou en partie, il sera tenu d'observer les règles particulières au moment de la résiliation.

²³⁸ Préc., note 215.

d'une fusion. Sous l'influence d'une directive européenne²³⁹ qu'elle transpose, elle prévoit le transfert automatique des contrats de travail comme conséquence du transfert de l'entreprise, en dépit de la volonté contraire du cédant ou du cessionnaire. La convention collective a été complétée par quelques dispositions – moins protectrices – visant l'hypothèse de la reprise après faillite. La règle n'est pas ici le transfert pur et simple des contrats de travail. Le nouvel employeur a la liberté de choisir les membres du personnel qu'il embauchera ainsi que la faculté de conclure un nouveau contrat de travail; les conditions de travail peuvent être ainsi profondément bouleversées. Les conditions individuelles de travail peuvent être librement négociées par les parties. Toutefois, il est fait exception à cette liberté en ce qui concerne l'ancienneté de services: en cas de licenciement ultérieur ou de démission, l'ancienneté acquise chez l'ancien employeur, de même que la période éventuelle d'interruption d'activité précédant le nouvel engagement, sont prises en considération pour la détermination du délai (ou de l'indemnité compensatoire) de préavis (art. 14)²⁴⁰. De même, le repreneur se voit imposer le respect des conditions adoptées collectivement ou appliquées collectivement (art. 13), sauf si elles sont modifiées d'un commun accord dans le cadre d'une procédure de négociation collective (art 15)²⁴¹.

c) Le sort des créances des salariés

73. Un fonds de garantie, appelé communément fonds de fermeture²⁴², est créé à l'effet de prendre en charge l'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprise. La *Loi du 26 juin 2002 relative aux fermetures d'entreprises* a un champ d'application large; elle s'applique non seulement au cas de fermeture résultant de l'arrêt complet des activi-

²³⁹ Directive 23/2001 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, M.B. n° L 082, 22 mars 2001, p. 16 (ci-après « directive 23/2001 »).

²⁴⁰ Cette disposition ne présente d'intérêt que si le salarié a cessé le travail entre la faillite et son réembauchage (voir: Claude WANTIEZ et Jean-François NEVEN, « La légalité de l'article 14 de la convention collective de travail n° 32bis », *J.T.T.* 1992, 489 et suiv.).

²⁴¹ Sur le sort des organes d'entreprise et des travailleurs protégés, voir: Jacques CLESSE, Fabienne KÉFER et Chloé DUMONT, « Aspects sociaux de la cession d'un fonds de commerce », dans Nicolas THIRION (dir.), *La cession du fonds de commerce*, vol. 76, coll. « CUP », Liège, Éditions Larcier, 2005, p. 155, aux pages 208 et suiv.

²⁴² Il s'agit du Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises. Il a la personnalité juridique.

tés pour cause de faillite mais aussi lors d'une faillite qui ne s'accompagne pas d'une cessation des activités mais d'un transfert des actifs de l'entreprise.

La créance de salaire et d'indemnité compensatoire de préavis est prise en charge par le fonds, jusqu'à un certain montant, pour autant que l'employeur soit en défaut de remplir ses obligations²⁴³.

2. La réorganisation judiciaire

74. La procédure de réorganisation judiciaire « a pour but de préserver, sous le contrôle du juge, la continuité de tout ou partie de l'entreprise en difficulté ou de ses activités » (art. 16 de la loi de 2009). Le débiteur bénéficie, durant un temps limité, d'un sursis en vue de rechercher la manière appropriée de sauver son entreprise, selon un des trois procédés prévus par la loi : la conclusion d'un accord amiable avec plusieurs créanciers, l'établissement d'un plan de réorganisation qui recueillera l'accord d'une majorité de créanciers et s'imposera à tous après avoir été homologué par le tribunal de commerce, ou encore le transfert sous autorité de justice, à un ou plusieurs tiers, de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités²⁴⁴.

Ces voies de sauvetage de l'entreprise en difficulté présentent des points communs. Essentiellement, on retiendra, pour notre propos, que le salarié est doté des mêmes prérogatives que les autres créanciers (droit de solliciter le transfert sous autorité de justice²⁴⁵, de faire désigner un mandataire de justice, accès au dossier de la procédure, etc.)²⁴⁶. Il est, à certains égards, mieux protégé. Tout d'abord, à la différence des autres créanciers dont le contrat peut être suspendu à l'initiative du débiteur durant le sursis, l'employeur-débiteur ne peut suspendre les contrats de travail (art. 35). Ensuite, dans le plan de réorganisation élaboré dans le cadre d'un accord collectif, la créance née de prestations de travail antérieures à l'ouverture de la procédure ne peut être réduite ou abandonnée (art. 49/1). Enfin, comme on l'a vu, le travailleur bénéficie d'un droit à l'information et à la consultation, soit directement, soit par l'intermédiaire de ses représentants.

²⁴³ Loi n° 2002012847 du 26 juin 2002 relative aux fermetures d'entreprises, préc., note 236, art. 35 et suiv.

²⁴⁴ Pour plus de détails : cf. *supra*, n° 27 et suiv.

²⁴⁵ Trib. comm. Liège, 11 février 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 777.

²⁴⁶ Pour un examen détaillé, voir : J. PEETERS, préc., note 232.

Néanmoins, le droit du travail et celui de l'entreprise en difficulté obéissent à des logiques différentes, malaisées à concilier. La loi de 2009 poursuit un objectif économique: il s'agit de préserver le potentiel économique de l'entreprise; les salariés sont amenés à faire une grande partie du sacrifice nécessaire pour atteindre l'objectif recherché. La difficulté n'est sans doute pas perceptible s'il est recouru à la première modalité de réorganisation judiciaire, l'accord amiable (a), qui ne pose guère de difficulté juridique au regard du droit du contrat de travail. En revanche, l'accord collectif (b) et le transfert sous autorité de justice (c) se révèlent sources potentielles d'atteintes aux droits des salariés²⁴⁷.

a) L'accord amiable

75. Le contexte de l'accord amiable²⁴⁸ n'est pas de nature à infléchir la protection dont le droit du travail entoure le consentement du salarié. S'agissant des dispositions impératives destinées à protéger les seuls intérêts du travailleur, celui-ci ne peut, à moins que la loi n'en dispose autrement, renoncer à la protection légale qu'après que le droit auquel il s'agit de renoncer soit entré dans son patrimoine et à la condition qu'à ce moment, il ne se trouve plus sous la subordination de l'employeur²⁴⁹. Si la loi est d'ordre public, c'est-à-dire si l'intérêt général est concerné²⁵⁰, la renonciation est parfois autorisée et parfois prohibée, selon la disposition en jeu²⁵¹.

²⁴⁷ Pour plus de développements, voir: Fabienne KÉFER et Guillaume GAILLIET, « Le sort des travailleurs d'une entreprise en réorganisation judiciaire », dans Jacques CLESSE et Joël HUBIN (dir.), *Questions choisies de droit social. Hommage à Michel Dumont*, vol. 150, coll. « CUP », Bruxelles, Éditions Larcier, 2014, p. 361.

²⁴⁸ Voir: *supra*, n° 28.

²⁴⁹ Cass., 5 octobre 2009, *J.T.T.*, 2009, p. 451; Cass., 16 mai 2011, *J.T.T.*, 2011, p. 301.

²⁵⁰ La disposition d'ordre public est décrite comme celle « qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société » à l'exclusion des dispositions ne protégeant que des intérêts privés (Henri DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. I, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1962, n° 91, p. 111; Cass., 9 décembre 1948, préc., note 102, p. 699; Cass., 5 mai 1949, *Pas.*, 1968, I, p. 335; Cass., 29 novembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2154; Cass., 29 avril 2011, *Pas.*, 2011, p. 1203. Voir également: Albert MEEÛS, « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », *R.C.J.B.* 1998.510, n° 14 et 15.

²⁵¹ Cass., 16 mai 2011, préc., note 249, p. 301. Pour plus de détails, voir: Fabienne KÉFER, « Un travailleur peut-il renoncer aux droits issus de son contrat de travail? », *Rev. Dr. U.Lg.* 2013.53 et suiv.

b) L'accord collectif

76. L'accord collectif²⁵² peut mettre en péril les droits des salariés à plusieurs égards.

Tout d'abord, le plan de réorganisation, voté par une majorité de créanciers, peut imposer aux salariés un échelonnement du paiement des arriérés de salaires, en dépit d'un suffrage en sens contraire de la part des travailleurs. Le plan peut aussi prévoir une réduction de leur créance, pour autant que celle-ci ne soit pas née de prestations de travail antérieures à l'ouverture de la procédure (art. 49/1 de la loi de 2009) ; la réduction peut affecter, par exemple, l'indemnité compensatoire de préavis d'un salarié licencié avant l'ouverture de la procédure.

77. Ensuite, le plan de réorganisation doit nécessairement, lorsqu'il implique une réduction de la masse salariale, contenir un volet social (art. 49, al. 3, de la loi de 2009). Sur un plan théorique, la réduction de la masse salariale peut s'opérer de plusieurs façons : par des licenciements, par un transfert d'une partie de l'entreprise, par une diminution des salaires, etc.

Lorsqu'il se situe dans le cadre d'une réorganisation par accord collectif, le transfert d'une partie de l'entreprise (art. 51) entre dans le concept de transfert conventionnel d'entreprise ou de partie d'entreprise régi par la Convention collective de travail n° 32*bis*²⁵³. Les contrats de travail des salariés de l'entité cédée sont transférés de plein droit de l'employeur cédant à l'employeur cessionnaire par le fait même du transfert (art. 7 de la Convention collective de travail n° 32*bis*), et ce « malgré la volonté contraire du cédant ou du cessionnaire et nonobstant le refus de ce dernier d'exécuter ses obligations »²⁵⁴. Il s'agit d'une cession complète du contrat synallagmatique²⁵⁵, mécanisme inconnu du droit des obligations, sans le consentement d'aucune des trois parties en cause. Néanmoins, le salarié ne peut être contraint de poursuivre la relation de travail avec un employeur qu'il

²⁵² Voir : *supra*, n° 29 et suiv.

²⁵³ Préc., note 215.

²⁵⁴ C.J.C.E., 25 juillet 1991, *d'Urso*, aff. C-362/89 ; C.J.C.E., 14 novembre 1996, *Rotsart de Hertaing*, aff. C-305/94.

²⁵⁵ Pierre VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », dans *La transmission des obligations*, Travaux des IXèmes Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1980, p. 170.

n'a pas librement choisi²⁵⁶. Pour reprendre la comparaison d'Alain Supiot, le travailleur n'est pas rivé à l'entreprise transférée, comme le colon était, en droit romain, attaché au fonds qu'il mettait en valeur²⁵⁷. Il est généralement admis en Belgique, comme dans d'autres États membres de l'Union européenne²⁵⁸, que le salarié ne peut imposer au cédant la poursuite du rapport de travail; la seule faculté lui restant, s'il ne souhaite pas travailler au service du cessionnaire, est de donner sa démission au cédant précédée du préavis légal. En revanche, le licenciement d'une partie des salariés est en principe interdit, s'il est causé par le transfert; il reste toutefois toléré s'il peut être justifié par des raisons économiques, techniques ou d'organisation, entraînant des changements dans le domaine de l'emploi (art. 9), motif qu'il est aisé de démontrer dans le contexte d'une réorganisation judiciaire.

Les travailleurs transférés peuvent faire valoir leur créance d'arriérés vis-à-vis du cessionnaire; ils peuvent également faire valoir leurs droits à l'égard du cédant, qui reste, malgré le transfert, tenu *in solidum* des dettes échues à la date du transfert (art. 8). Pour le surplus, les conditions de travail sont inchangées, et d'ailleurs intangibles; le transfert ne peut être le motif d'une modification de celles-ci²⁵⁹.

78. Il est souvent soutenu que le volet social du plan de réorganisation peut également prévoir une diminution des montants des rémunérations pour l'avenir²⁶⁰. Cette diminution serait décidée par les créanciers, à la suite d'un vote recueillant une double majorité. De la sorte, les travail-

²⁵⁶ C.J.C.E., 16 décembre 1992, aff. C-132/91, C-138/91, C-139/91, *Katsikas*; C.J.C.E., 24 janvier 2002, *Temco*, aff. C-51/00.

²⁵⁷ Alain SUPIOT, « Les salariés ne sont pas à vendre », *Droit social* 2006.264, 266.

²⁵⁸ Patrick RÉMY, « Quelle signification donner au droit d'opposition du salarié au transfert de son contrat de travail? », *Droit social* 2004.155, 161; Ysaline VIALA, « Le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise en droit allemand », *Droit social* 2005.200, 208 et suiv.; Claire MARZO et Franck LECOMTE, « Le refus d'être transféré: droit comparé », *Droit social* 2010.698 et suiv.

²⁵⁹ C.J.C.E., 6 novembre 2003, *Martin et consorts*, aff. C-4/01. Voir: Fabienne KÉFER, « L'harmonisation des conditions individuelles de travail en cas de transfert conventionnel d'entreprise », dans *La cession d'entreprise: les aspects sociaux*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011, p. 77 et suiv.

²⁶⁰ Claude WANTIEZ, « Les principales dispositions sociales des lois relatives au concordat judiciaire et à la faillite », *J.T.T.* 1997.459; Loïc PELTZER, « Les aspects sociaux de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *La loi relative à la continuité des entreprises*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2009, p. 130 et suiv.

leurs pourraient se voir imposer une détérioration de leurs conditions de travail sans l'avoir consentie. Cette interprétation, pour majoritaire qu'elle soit, laisse sceptique. Si elle correspond à une certaine pratique, l'embarras des tenants de cette interprétation se fait très net lorsqu'il s'agit de déterminer la marge de manœuvre dont disposent les créanciers pour imposer une telle diminution. Sont-ils tenus par les barèmes de rémunérations établis par des conventions collectives sectorielles? Peuvent-ils décider de réduire les montants des pécules de vacances? La réponse se montre souvent hésitante. Plus fondamentalement, on doit souligner que les salariés seraient, dans cette thèse, les seuls dont la créance peut être diminuée pour l'avenir par un accord collectif voté par une majorité de créanciers, alors que le plan de restructuration ne peut remettre en cause pour l'avenir le coût de l'énergie électrique, le montant du loyer, etc.; une révision de ces créances-ci ne se conçoit qu'à la suite d'un accord conclu entre le créancier et le cédant mais ne peut être imposée au créancier par la majorité des créanciers dotés du droit de vote.

On peut sérieusement douter que les modifications des conditions salariales puissent être décidées sans l'accord des travailleurs et/ou de leurs représentants, recueilli dans le respect des règles habituelles – qui s'imposent en cas de restructuration dans un autre contexte que la réorganisation judiciaire.

79. Selon les travaux préparatoires, l'article 49/1 «est une disposition impérative, ce qui signifie que le travailleur protégé par cette disposition a le droit d'y renoncer»²⁶¹. En d'autres termes, selon les auteurs de la loi, le salarié pourrait, à un certain moment, marquer son accord sur une renonciation ou une réduction de sa créance. La loi se limiterait ainsi à empêcher qu'un abattement ou une suppression de sa créance lui soit imposé ou soit consenti avant un certain moment. Cette déclaration mérite d'être vérifiée.

Il est admis, d'une manière générale, qu'une dérogation à une loi simplement impérative est possible pour autant que la volonté de renoncer se manifeste à un moment où la protection légale n'a plus d'objet²⁶²: «une disposition légale impérative fait obstacle à ce qu'il soit, anticipativement,

²⁶¹ *Doc. Parl.*, Chambre, n° 53-2692/001, p. 24.

²⁶² Xavier DIEUX, «Le contrat: instrument ou objet de dirigisme?», dans *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éditions Jeune Barreau, 1984, p. 255, à la page 272.

dérogré valablement au droit qui en résulte; cependant dès qu'elle a cessé d'être impérative au profit du bénéficiaire, pareille disposition n'est plus que supplétive»²⁶³. Au sujet de l'article 9 de la *Loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail*²⁶⁴, selon lequel un contrat de travail conclu pour une durée déterminée doit être constaté par écrit au plus tard au moment de l'entrée en service, la Cour de cassation a déclaré qu'il « établit au bénéfice du travailleur une protection à laquelle il ne peut renoncer aussi longtemps que subsiste sa raison d'être »²⁶⁵.

En droit du travail, la détermination du moment où la règle cesse d'être impérative est particulièrement délicate. En général, on estime que, la raison d'être de la règle étant la subordination dans laquelle se trouve le salarié, la protection disparaît lorsque cesse cet état de dépendance, autrement dit lorsque prennent fin les relations contractuelles. En effet, la subordination expose le travailleur au risque de pressions de son employeur et ne lui permet, dès lors, pas d'exprimer un consentement libre et éclairé. Ainsi s'est exprimée à plusieurs reprises la Cour de cassation: « en matière de contrats de travail, la renonciation par le travailleur à un droit n'est valable qu'à partir du moment où tout risque de pression sur le travailleur disparaît, c'est-à-dire le moment où prennent fin le contrat de travail et le lien de subordination qui le caractérise »²⁶⁶; « la rupture du contrat de travail à la suite du licenciement donné par l'employeur au travailleur protégé réduit à néant le lien de subordination, ce qui permet au travailleur de renoncer valablement aux droits découlant du contrat de travail qu'il a acquis à ce moment »²⁶⁷.

Le moment où prend fin le contrat ne s'identifie pas avec le moment où le congé est donné lorsque celui-ci est assorti d'un préavis. Il convient, en principe, d'attendre que le lien contractuel ait pris fin pour qu'une renonciation puisse se manifester.

Lorsque le plan de réorganisation est établi par le débiteur, il se peut que le salarié créancier d'arriérés de salaire ne soit plus en service. Il se peut aussi qu'il soit toujours lié par un contrat de travail. Dans le second cas, l'existence du lien de subordination et le risque corrélatif de pression

²⁶³ Cass., 13 octobre 1997, *Pas.*, 1997, p. 1017.

²⁶⁴ Préc., note 207.

²⁶⁵ Cass., 7 décembre 1992, *Pas.*, 1992, p. 1341.

²⁶⁶ Cass., 5 octobre 2009, préc., note 249, p. 451.

²⁶⁷ Cass., 16 mai 2011, préc., note 249, p. 301.

auquel le travailleur est exposé de la part du débiteur, qui est en même temps son employeur, paraissent suffisants pour empêcher toute renonciation à la protection de l'article 49/1.

Il résulte des considérations qui précèdent que la faculté du salarié de renoncer à la protection offerte par l'article 49/1 semble inexistante, à tout le moins aussi longtemps que le plan de réorganisation n'a pas été voté. Une fois que le plan a fait l'objet d'une homologation et que le travailleur dispose d'un titre exécutoire consacrant sa créance, rien ne s'oppose plus à ce qu'il renonce, par la voie d'une transaction, à tout ou partie des droits se trouvant dans son patrimoine.

c) Le transfert sous autorité de justice

80. Le transfert sous autorité de justice²⁶⁸, même consenti par le débiteur selon ce qui est indiqué à l'article 59, § 1^{er}, de la loi de 2009, ne doit pas être confondu avec le transfert de l'entreprise inscrit au plan de réorganisation dans le cadre d'une réorganisation judiciaire par accord collectif et visé par l'article 51 de la loi. Ce dernier est soumis, comme on vient de le voir, à la Convention collective de travail n° 32*bis*. En revanche, les auteurs de la loi ont clairement entendu soustraire le transfert sous autorité de justice du champ d'application de la convention collective de travail n° 32*bis*. Ils ont construit un régime juridique qui s'en inspire partiellement et s'en écarte sur bien des points pour se rapprocher très fort de celui applicable en cas de reprise d'actifs après faillite²⁶⁹. Le transfert des contrats de travail et le maintien des conditions de travail du personnel repris sont très relatifs. L'objectif est de favoriser la reprise de l'entreprise en allégeant les obligations du repreneur, de manière à éviter que la faillite ne soit un scénario plus attractif que la réorganisation judiciaire. Le sort des travailleurs est ainsi réglé par la conjugaison de l'article 61 de la loi de 2009 et la Convention collective de travail n° 102 du Conseil national du travail²⁷⁰.

81. Curieusement, la Convention collective de travail 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

²⁶⁸ Voir: *supra*, n° 33 et suiv.

²⁶⁹ Voir: *supra*, n° 71.

²⁷⁰ Préc., note 216.

date du transfert sous autorité de justice sont, du fait de ce transfert, transférés au repreneur» (art. 9). En apparence, la règle se présente de manière identique à celle de l'article 7 de la Convention collective de travail n° 32*bis*. Toutefois, cette affirmation de principe est immédiatement tempérée par deux bémols qui vident le principe de la plus grande partie de sa substance: d'une part, l'article 12 de la convention consacre, tout comme l'article 61, § 3, de la loi, 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 (art. 9 al. 2 de la Convention collective de travail n° 102).

Le repreneur choisit donc. Tel est le principe. On a ainsi transposé au transfert opéré dans une perspective de continuité la règle énoncée en cas de reprise après faillite. Le salarié n'a pas le droit d'exiger du cessionnaire qu'il poursuive l'exécution du contrat de travail noué avec le cédant.

Néanmoins, une précision est ajoutée dans le cas du transfert sous autorité de justice. Le choix du repreneur ne peut être arbitraire. La loi et la convention collective n'admettent que les choix opérés pour des raisons techniques, économiques ou organisationnelles. La charge de la preuve des motifs incombe, en cas de litige, au cessionnaire. Le pouvoir de contrôle du juge est marginal. Il ne peut apprécier l'opportunité des décisions patronales; il ne peut substituer son appréciation à celle de l'employeur, qui reste juge de l'intérêt de son entreprise. Seules les décisions manifestement déraisonnables seront jugées inadmissibles. L'employeur conserve donc 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.

82. Le transfert des contrats des salariés choisis par le repreneur n'est pas tout à fait le même mécanisme que celui organisé 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. Trois précisions à ce sujet.

D'abord, 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 de travail n° 102 réalise un transfert de contrat

synallagmatique, comme lors d'un transfert conventionnel d'entreprise²⁷¹. Néanmoins, le contrat qui lie le salarié au repreneur peut se révéler fort différent de celui qui le liait au cédant. En effet, pour que les droits et obligations issus du contrat soient transférés, ils doivent faire l'objet d'une information écrite au repreneur à l'initiative du mandataire de justice chargé d'organiser et réaliser le transfert (art. 9 al. 2 de la Convention collective de travail n° 102); une information défectueuse a pour résultat que certains droits ne sont pas transférés.

Ensuite, le dispositif normatif opère une distinction entre les droits transférés et les dettes transférées. Le transfert des dettes obéit à un découpage chronologique sophistiqué, selon la date à laquelle la créance du salarié est devenue exigible. Le cédant reste seul tenu des dettes devenues exigibles pendant le sursis – le cas échéant, elles seront prises en charge par le fonds de fermeture – tandis que le cessionnaire est tenu *in solidum* avec lui des dettes dont l'échéance se situe en amont de la procédure pour autant qu'il en ait été informé; le repreneur est seul débiteur des dettes nées après le transfert de l'entreprise (art. 14 à 16 de la Convention collective de travail n° 102).

Enfin, le contrat peut subir des modifications à certaines conditions. Certes, le cessionnaire se voit, en principe, imposer le respect des conditions adoptées collectivement ou appliquées collectivement par le cédant (les structures salariales, les avantages complémentaires, les classifications professionnelles, les régimes de travail, etc.). L'article 20 de la *Loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires*²⁷² énonce que, « en cas de cession totale ou partielle d'une entreprise, le nouvel employeur est tenu de respecter la convention collective de travail qui liait l'ancien employeur jusqu'à ce qu'elle cesse de produire ses effets ». Cette règle est un corollaire du transfert du contrat de travail, puisque les dispositions des conventions collectives de travail s'incorporent automatiquement dans le contrat individuel. La Convention collective de travail n° 102, rappelons-le, proclame au titre de principe le transfert des contrats de travail des salariés choisis par le repreneur. Cette obligation d'observer les conventions collectives de travail n'est pas limitée aux conventions d'entreprise mais vise aussi celles conclues par la commission paritaire dont relevait le cédant, même s'il n'évoluait pas dans le même secteur d'activité

²⁷¹ Voir: *supra*, n° 77.

²⁷² Préc., note 209.

que le repreneur. Toutes les conventions collectives s'imposent au cessionnaire aussi longtemps qu'elles produisent leurs effets²⁷³.

Toutefois, le repreneur peut convenir, dans le cadre d'une procédure de négociation collective, de modifier les conditions collectives de travail pour préserver l'emploi en assurant en tout ou en partie la survie de l'entreprise ou de ses activités; cette négociation est menée avec le cédant ou le mandataire de justice et les représentants des travailleurs concernés (art. 10 de la Convention collective de travail n° 102). L'accord est conclu avec «les représentants des travailleurs concernés». Il n'est pas requis que l'accord soit conclu avec toutes les organisations; le consentement d'une seule suffit. Mais le monopole des organisations dites représentatives est maintenu²⁷⁴; il est exclu que l'accord social soit noué avec un mandataire des salariés autre qu'un membre d'une organisation syndicale, avec un membre d'une organisation représentative de cadres²⁷⁵ (puisque celle-ci n'est pas une organisation représentative) ou même directement avec les salariés. Dans les entreprises où aucun travailleur n'est affilié à une organisation syndicale représentative, la négociation pourra donc être menée avec une organisation qui ne les représente que de manière très théorique.

S'agissant des conditions individuelles de travail, elles peuvent être librement négociées par les parties pour autant que ces modifications soient liées principalement à des raisons techniques, économiques ou organisationnelles (art. 61, § 4, de la loi de 2009 et art. 11 de la Convention collective de travail n° 102). Encore ces modifications doivent-elles être compatibles avec les dispositions légales impératives, notamment celles contenues dans la *Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail*²⁷⁶. Ainsi, il ne serait pas possible de convenir de transformer un contrat conclu pour une durée indéterminée en contrat conclu pour une durée déterminée, puisque celui-ci doit être constaté par écrit au plus tard au moment de l'entrée en

²⁷³ Cass., 31 mars 2003, *Pas.*, 2003, p. 708; *R.W.*, 2003-2004, p. 954, note Wilfried RAUWS; Jacques CLESSE et FABIENNE KÉFER, « Examen de jurisprudence (2002 à 2011) – Contrats de travail », *R.C.J.B.* 2012.185, 253 à 259, n° 43.

²⁷⁴ Dans un sens différent, voir: Johan PEETERS, « Van artikel 61 WCO naar CAO nr 102: anders en beter? », *Oriëntatie* 2012.90, 100 et 102, n° 27 et 33.

²⁷⁵ Voir à ce sujet: Johan PEETERS et Patrick HUMBLET, « De arbeidsrechtelijke aspecten van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen: gewikt en gewogen », dans *Gerechtelijke reorganisatie, Getest, gewikt en gewogen*, Anvers, Éditions Intersentia, 2010, p. 271, aux pages 296 et 297.

²⁷⁶ *Préc.*, note 207.

service du travailleur (art. 9 de la *Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail*). Les parties ne pourraient pas non plus convenir de réduire le salaire en-dessous du barème établi par une convention collective de travail de la commission paritaire dont la force obligatoire a été étendue par arrêté royal, puisque cette norme est supérieure au contrat individuel dans la hiérarchie des sources (art. 51 de la *Loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires*).

83. Le transfert sous autorité de justice obéit à un certain formalisme. La Convention collective de travail n° 102 établit une procédure d'information, par le mandataire de justice et à destination du candidat-repreneur, quant aux conditions de travail, ainsi qu'une procédure de contestation sur le même sujet (art. 8). Est en outre requise la rédaction d'une « convention de transfert projeté », qui, contrairement à ce que laisse penser son appellation, ne contient pas la totalité des engagements des parties mais se limite à viser les seuls aspects sociaux du transfert de l'entreprise (art. 13 de la Convention collective de travail n° 102)²⁷⁷. Ce projet peut être soumis à l'examen du tribunal du travail, qui peut l'homologuer. Le juge vérifie les éventuelles modifications des conditions de travail et si le choix des salaires par le cessionnaire est dicté par des raisons techniques, économiques ou organisationnelles sans différenciation interdite. Cette homologation n'empêche pas le transfert de l'entreprise, mais consacre la conformité des aspects sociaux du projet à la loi et à l'ordre public (art. 61, § 5, de la loi)²⁷⁸.

²⁷⁷ C'est ainsi que l'article 13 de la Convention collective de travail n° 102, préc., note 216, énumère les mentions que doit au minimum contenir le projet de convention :

- la liste des travailleurs qui seront repris ;
- la liste des dettes et actions dont le candidat-repreneur est informé en vertu de l'article 8, § 1er ;
- la liste des droits et obligations à l'égard des travailleurs qui seront repris, dont le candidat-repreneur est informé en vertu de l'article 8, § 1er, et § 3, et qui sont transférés au repreneur ;
- les éventuelles modifications de ces droits et obligations ;
- les éventuelles contestations individuelles relatives au contenu de l'information, qui n'ont pas été acceptées par le mandataire de justice ;
- la date proposée du transfert sous autorité de justice.

²⁷⁸ L'homologation a aussi pour effet que le cessionnaire ne peut être tenu à des dettes et obligations autres que celles figurant dans la convention dont l'homologation est demandée (art. 9 et 14 de la Convention collective de travail n° 102).

84. En entamant le principe du transfert des contrats de travail, le législateur et les partenaires sociaux ont fait preuve de témérité et ont sans doute insuffisamment tenu compte des obligations issues du droit supranational. Le transfert sous autorité de justice se situe dans le périmètre d'application de la directive européenne 23/2001²⁷⁹, dont les articles 3 et 4 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 d'une entreprise. Ces dispositions sont écartées – 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 » (art. 5). Si les transferts intervenant dans le contexte d'une faillite ou d'une procédure assimilée peuvent échapper aux articles 3 et 4 de la directive, ceux qui s'inscrivent dans le cadre d'autres procédures d'insolvabilité, qui ne visent pas la liquidation des biens du cédant ou ne se trouvent pas sous le contrôle d'une autorité publique compétente, restent dans le champ d'application des articles 3 et 4 de la directive. Celle-ci s'applique au transfert d'une entité qui conserve son identité après le transfert, même si celui-ci intervient dans le cadre d'une procédure collective, dès lors que l'objectif de la procédure est le maintien de l'activité de l'entreprise²⁸⁰.

Dans quelle catégorie classer le transfert sous autorité de justice? Il n'est pas certain qu'il existe une réponse unique à cette question. Les objectifs poursuivis par la faillite et ceux poursuivis par le transfert sous autorité de justice sont parfois fort semblables mais pas toujours. Certaines procédures de réorganisation judiciaire sont « l'antichambre de la faillite » ; elles visent à la liquidation des biens du cédant et, à ce titre, peuvent être rangées parmi les procédures analogues à la faillite au sens de l'article 5, §1^{er} de la directive, ce qui permet de faire échapper le transfert à l'obligation,

²⁷⁹ Directive 2001/23/CE 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, préc., note 239.

²⁸⁰ C.J.C.E., 7 février 1985, *Abels*, aff. 135/83, p. 163 ; C.J.C.E., 25 juillet 1991, *d'Urso*, aff. 362/89, *Rec.*, 1991, p. 4105 ; C.J.C.E., 7 décembre 1995, *Spano*, aff. 472/93, *Rec.*, 1995, p. 4321 ; C.J.C.E., 12 mars 1998, *Dethier Equipement*, aff. C-319/94. Voir aussi : Marc PATIN, *Transfert d'entreprise en droit communautaire et droit comparé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011, p. 88 à 99 ; Antoine MAZAUD, « Le transfert d'entreprise dans le cadre de procédures collectives », *Droit social* 2005.133, 134.

pour le cessionnaire, de poursuivre l'exécution de l'ensemble des contrats de travail.

Mais il n'en va pas ainsi de toutes les situations. Le transfert ne vise pas toujours à liquider le patrimoine du cédant. La procédure, conçue pour assurer le redressement et la continuité de l'entreprise, vise et permet également l'assainissement du cédant qui, par la vente d'une branche toxique de son exploitation, récupère une santé financière qui lui permet de poursuivre sereinement son activité. Il s'agit donc, en principe, d'une procédure « où l'espoir est encore permis »²⁸¹. Lorsque le but de l'opération consiste dans l'assainissement d'une entreprise qui poursuit, après le transfert, une ou plusieurs activités, la procédure n'est pas analogue à une faillite. Les articles 3 et 4 de la directive lui sont applicables. Ils peuvent néanmoins être tempérés selon ce qui est inscrit à l'article 5, § 2 de la directive²⁸².

Dans cette hypothèse, se pose la question de la conformité au droit européen du régime établi par l'article 61 de la loi du 31 janvier 2009 combiné à la Convention collective de travail n° 102. En effet, le § 2 de l'article 5 de la directive autorise deux écarts par rapport au principe du transfert pur et simple des contrats de travail du cédant au cessionnaire. Ces deux exceptions sont les suivantes : (a) les États membres peuvent déroger à la règle du transfert du passif né du contrat de travail avant la date du transfert ou de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, à la condition que la législation interne mette en place une institution qui garantisse aux travailleurs concernés le paiement de leurs créances impayées ; (b) les États membres peuvent prévoir que le cessionnaire, le cédant ou la ou les personnes exerçant les pouvoirs de celui-ci, d'une part, et les représentants des travailleurs, d'autre part, peuvent convenir de modifier les conditions de travail du travailleur pour préserver l'emploi en assurant la survie de l'entreprise.

Ce sont les deux seules exceptions tolérées par l'article 5 de la directive.

²⁸¹ Bernard TEYSSIE, « Sur l'entreprise et le droit du travail : prolégomènes », *Droit social* 2005.127.

²⁸² Dans le même sens, J. WINDEY, préc., note 54, 247 (n° 46 et 47) ; Herman VAN HOOGENBEMT, « De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement », *J.T.T.* 2009.177, 183, n° 19 ; J. PEETERS et P. HUMBLET, préc., note 275, aux pages 309 et 310 (n° 49 et 50). Voir aussi : Kris DE SCHUTTER et Filip SAELENS, « Arbeidsrechtelijke aspecten bij gerechtelijke reorganisatie », *Or.* 2009.141, 152.

Le système normatif belge en organise davantage. Trois d'entre elles ne sont pas en accord avec la directive, lorsqu'il s'agit d'un transfert sous autorité de justice qui ne poursuit pas la liquidation des biens du cédant. Ainsi, le droit belge permet le choix des travailleurs repris, ce qui s'oppose au principe du transfert de plein droit des contrats de travail. Il autorise les modifications individuelles du contrat de travail dans un sens défavorable au travailleur; l'article 3 de la directive ne le permet pas et l'article 5, §2 n'autorise pas de dérogation à ce sujet. Enfin, les droits et obligations transférés ne sont que ceux dont le repreneur a été informé par écrit, alors que le principe posé par la directive est le transfert pur et simple du contrat synallagmatique.

85. Quels sont les moyens d'action du travailleur? Quelle est la marge de manœuvre du juge, lorsque le transfert sous autorité de justice est envisagé conformément au droit belge mais en contradiction avec la directive européenne? Lorsque, comme c'est presque toujours le cas, le transfert ne met en présence que des particuliers, à l'exclusion des pouvoirs publics, la directive est dépourvue d'effet direct et ne peut donc être invoquée devant les juridictions nationales ni appliquée par celles-ci²⁸³. Le juge a l'obligation d'interpréter le droit interne dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci²⁸⁴. Transposée à la matière du transfert sous autorité de justice, cette obligation signifie que, dans les litiges opposant des particuliers, le juge belge a le devoir d'interpréter son droit – en l'espèce, la loi de 2009 et la Convention collective de travail n° 102 – de manière à ce qu'il soit conforme à la directive 23/2001. Il s'agit d'une tâche pour le moins délicate, surtout lorsque les textes sont en franche opposition. Le principe d'interprétation conforme du droit national connaît certaines limites. Ainsi, l'obligation pour le juge de se référer au contenu d'une directive lorsqu'il interprète et applique les règles pertinentes du droit interne « ne peut pas

²⁸³ Jurisprudence constante; voir notamment C.J.C.E., 5 octobre 2004, *Pfeiffer*, aff. C-397/01 à C-403/01; C.J.U.E., 19 janvier 2010, *Küçükdeveci*, aff. C-555/07.

²⁸⁴ Entre autres, voir: C.J.C.E., 13 novembre 1990, *Marleasing*, aff. C-106/89, *Rec.*, p. 4156; C.J.U.E., 24 juin 2010, *Sorge*, aff. C-98/09; C.J.U.E., 15 janvier 2014, aff. C-176/12, *Association de médiation sociale*; Cass., 15 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 460. L'article 189 al. 3 du Traité, cité dans les premiers arrêts, est devenu l'article 288 al. 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national »²⁸⁵.

Le cas échéant, c'est la responsabilité de l'État belge qui sera envisagée²⁸⁶.

*
* * *

Du point de vue du traitement des entreprises en difficulté, le droit économique entretient avec le droit du travail des liens tendus qui confinent à l'incompatibilité d'humeur. La préservation du potentiel économique de l'entreprise affronte les dispositions visant à éviter la dégradation de la situation des travailleurs. Le complexe normatif étudié reflète l'état actuel du rapport de force entre le monde économique et les syndicats : au nom du maintien de tout ou partie de l'activité économique (et donc, de ce qu'il est convenu d'appeler l'« outil de travail »), les dispositions protectrices des salariés tendent à s'estomper.

Si ce constat n'est pas surprenant dans l'hypothèse de la faillite, il est tout aussi perceptible dans le cas d'une réorganisation judiciaire. On a pu observer notamment qu'en cas de réorganisation par accord collectif, la créance de salaire fait l'objet d'une protection en dents de scie. Si la prestation de travail est accomplie avant l'ouverture de la procédure, la loi prévoit – dans la foulée d'une réclamation des organisations syndicales – que la créance est intangible ; le travailleur toujours en service ne peut y renoncer avant l'homologation du plan de réorganisation. Encore que ceci puisse être discuté, cette protection ne semble pas s'étendre à l'indemnité de congé. Par ailleurs, dans l'opinion majoritaire, les créanciers pourraient, au travers du plan de réorganisation, imposer aux travailleurs, malgré leur opposition, une réduction pour l'avenir de leurs conditions salariales. Une telle interprétation introduit une distinction difficilement justifiable entre les créances des travailleurs et celles des autres partenaires de l'entreprise, qui gardent la maîtrise de leurs droits.

²⁸⁵ Notamment. C.J.C.E., 4 juillet 2006, *Adeneler e.a.*, Aff. C-212/04 ; C.J.C.E., 15 avril 2008, *Impact*, Aff. C-268/06 ; C.J.U.E., 24 janvier 2012, *Dominguez*, C-282/10 ; C.J.U.E., 15 janvier 2014, préc., note 284.

²⁸⁶ C.J.U.E., 24 janvier 2012, préc., note 285.

Le transfert sous autorité de justice témoigne lui aussi des rapports complexes entre les intérêts économiques et sociaux. Ces rapports sont d'emblée révélés par la difficulté de mettre au point le dispositif concernant le sort des contrats de travail. En outre, les entorses aux principes établis par la directive 23/2001 sont nombreuses et importantes. Le poids de l'obligation de reprendre les contrats de travail – tous et tels qu'ils sont – a été singulièrement allégé par la loi du 31 janvier 2009 et la Convention collective de travail n° 102. Ce régime s'inspire fort de celui que subit le contrat de travail en cas de faillite ; la souplesse du droit de la faillite – et spécialement des règles concernant le sort des contrats de travail – est très attractive et nous est, du reste, enviée par les observateurs étrangers²⁸⁷. La validité du dispositif étudié au regard de la directive est cependant discutable, particulièrement lorsque l'entreprise cédante poursuit une activité après le transfert.

La conciliation de ces intérêts divergents s'effectue, il est vrai, sous la surveillance du juge. Tantôt appelé à prendre acte d'un accord, tantôt à l'homologuer, tantôt à autoriser une vente, l'étendue de son contrôle varie selon la voie choisie par le débiteur pour sauver l'entreprise. Gardien de la légalité, il doit, en chaque circonstance, veiller au respect de la loi et de l'ordre public. Ceci l'autorise à exercer un droit de regard sur les accords conclus, qu'il s'agisse d'entériner un accord amiable ou d'homologuer un accord collectif ou encore une convention de transfert projeté. Autant d'occasions de contrôler le respect des règles protectrices des salariés par les partenaires au projet de sauvetage, contrôle qui peut s'avérer étendu lorsqu'il s'agit, pour le tribunal du travail, d'exercer sa censure à l'égard de l'ensemble des données figurant dans la convention de transfert projeté. Le système binaire dans lequel le juge est enfermé, homologation ou refus d'homologation, ne l'empêche pas d'influencer le contenu de l'accord ; même s'il n'est pas autorisé à le modifier, il peut inviter le débiteur à présenter un autre plan. Une influence tout aussi déterminante peut être observée dans la procédure d'autorisation de vendre, puisque le juge peut poser des conditions à son autorisation.

²⁸⁷ M. PATIN, préc., note 280, p. 92.