

RECHTSLEER

DOCTRINE

Le transfert sous autorité de justice: analyse des récents développements jurisprudentiels

François-Guillaume CASPAR et Zoé LEDENT¹

1. Introduction	670
2. La PRJ par transfert sous autorité de justice: un bref rappel du cadre législatif	672
2.1. <i>L'ouverture de la procédure</i>	673
2.2. <i>Organisation du transfert</i>	674
2.3. <i>L'homologation par le tribunal et la clôture de la procédure</i>	674
3. Questions choisies	675
3.1. <i>La responsabilité du choix de l'offre</i>	675
3.2. <i>Les critères d'appréciation des offres</i>	676
3.3. <i>Remise en cause ultérieure du transfert</i>	681
3.3.1. <i>Recours introduits par la curatelle</i>	683
3.3.2. <i>Recours introduit par les travailleurs</i>	684
4. Discussion	686
5. Conclusion	688

RÉSUMÉ

Le transfert sous autorité de justice est un mécanisme de réorganisation judiciaire introduit dans l'arsenal législatif belge en 2009. Ultime palliatif à la faillite, le transfert a pour objectif d'assurer le maintien des activités de l'entreprise en difficulté, même si cela signifiera souvent un changement de contrôle au niveau du débiteur. L'objet de la présente contribution est de revenir sur les enseignements de la jurisprudence récente en la matière et plus particulièrement en ce qui concerne le rôle du juge dans l'évaluation des offres, les critères devant être pris en compte ainsi que les voies de recours contre le transfert qui sont ouvertes aux personnes intéressées.

SAMENVATTING

De overdracht onder gerechtelijk gezag is een middel van gerechtelijke reorganisatie dat in het Belgische wetgevingsarsenaal werd ingevoerd in 2009. Als laatste redmiddel vóór het faillissement, beoogt de overdracht het behoud van de activiteiten van de onderneming in moeilijkheden te waarborgen, ook al zal dit vaak neerkomen op een controlewijziging op het niveau van de debiteur. Deze bijdrage heeft tot doel de lessen uit de recente rechtspraak op dit gebied te bespreken, in het bijzonder wat betreft de rol van de rechter bij de beoordeling van de offertes, de criteria waarmee rekening dient te worden gehouden en de rechtsmiddelen tegen de overdracht waarover de belanghebbenden beschikken.

¹ Avocats au barreau de Bruxelles.

1. INTRODUCTION

1. Le transfert sous autorité de justice a été introduit dans le droit de l'insolvabilité belge à la suite de l'adoption en 2009 de la loi sur la continuité des entreprises.² Il a directement été considéré comme le mécanisme de réorganisation judiciaire le plus innovant et le plus audacieux introduit par cette loi.³

2. A l'instar des autres modes de réorganisation judiciaire contenus dans cette loi, le transfert sous autorité de justice tend à préserver, sous le contrôle judiciaire, la continuité de tout ou partie des actifs ou des activités d'un débiteur en difficulté.⁴ Sa singularité réside dans le fait qu'il impliquera généralement un changement de contrôle de l'entreprise et de ses actifs.⁵ Il suppose ainsi une discontinuité juridique avec pour objectif de sauvegarder la continuité économique de l'activité ou, à tout le moins, d'une partie de celle-ci.⁶

3. Pensé comme un ultime palliatif à la faillite⁷, le débiteur y aura généralement recours en dernière instance. Il s'agira de sa dernière possibilité d'assurer la continuité des activités de son entreprise, souvent après que les autres modes de réorganisation auront échoué.⁸

4. Historiquement, le droit belge de l'insolvabilité se souciait peu du maintien et de la continuité de l'activité écono-

mique et était surtout marqué par son caractère répressif.⁹ A l'aube du XXI^e siècle, il est cependant devenu manifeste qu'il n'était pas profitable économiquement de maintenir des débiteurs insolvable qui avaient à assumer à vie leurs dettes passées sans leur offrir aucune autre perspective. Ainsi, suivant l'exemple américain qui s'articule autour de l'objectif de sauvetage des entreprises en difficulté (« *rescue culture* ») et qui place le *fresh start* au centre de ses préoccupations¹⁰, le législateur belge a évolué, changé de paradigme et placé la poursuite des activités au centre de ses attentions.

5. Ce souci qui se retrouve au cœur de la loi de 2009 sur la continuité des entreprises¹¹ est donc le fruit de développements récents en matière d'insolvabilité. A l'origine en effet, la loi ne faisait aucune distinction entre les commerçants¹² dont l'activité avait une chance d'être préservée et ceux dont l'activité ne pouvait être sauvée. Le débiteur faisant face à des dettes importantes n'avait ainsi d'autres perspectives que la faillite. Et dès lors, le commerçant était « éliminé » du marché et ses actifs étaient répartis entre ses créanciers qu'il importait de désintéresser au maximum. Après la clôture de la procédure, le paiement des dettes résiduelles du débiteur pouvait être poursuivi pratiquement sans limite par ses créanciers et sans égard à sa réhabilitation économique.¹³

² Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises (*M.B.*, 9 février 2009, p. 80436).

³ S. BRIJS et A. VAN HOE, « De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag: conceptuele en juridische knelpunten », *R.D.C.-T.B.H.*, 2012/5, p. 392.

⁴ Art. XX.39 CDE.

⁵ L'art. XX.87, § 2, CDE admet toutefois ce qu'il convient d'appeler l'autocession. Généralement, le candidat-repreneur qui exerce ou a exercé un contrôle sur l'entreprise et ses activités reprendra celles-ci par l'intermédiaire d'un nouveau véhicule. Pour un commentaire plus étayé sur l'autocession, voy. R. AYDOGDU et F. ROZENBERG, « L'autocession sous autorité de justice », in M. GREGOIRE (dir.), *La cession d'une entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 199 et s.; voy. égal. R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017: le silence assourdissant de la faillite silencieuse », in *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (r)évolution?*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 145 et s.; G. DE SAUVAGE et M. BROUJNS, « Le transfert d'entreprise sous le régime du Livre XX du Code de droit économique », in A. ZENNER (éd.), *Le droit de l'insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 374-375; C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 416 et A. ZENNER, J.-P. LEBEAU et C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 36 et s.

⁶ S. BRIJS et A. VAN HOE, « De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag: conceptuele en juridische knelpunten », *R.D.C.-T.B.H.*, 2012/5, p. 394.

⁷ Proposition de loi relative à la continuité des entreprises, Rapport, *Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n° 160/5, p. 32; M. VANMEENEN et S. JACMAIN, « La procédure de réorganisation judiciaire: something old, something new, something borrowed, something blue », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/3, p. 251; A. ZENNER, J.-P. LEBEAU et C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 36 et J. VERLINDEN et S. LOOSVELD, « De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de Wet Continuïteit Ondernemingen. Een eerste commentaar », *T.R.V.*, 2009/8, p. 710.

⁸ A. ZENNER, J.-P. LEBEAU et C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 35 et I. VEROUSTRATE et S. JACMAIN, « Premières réflexions critiques et pratiques suite à l'arrêt *Plessers* », *R.D.C.-T.B.H.*, 2019/4, p. 548.

⁹ J. RASQUIN, « Art. XX.84 WER », in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, afl. 84, Malines, Kluwer, 2019, pp. 211-212 et A. ZENNER, « La directive du 20 juin 2019 sur la restructuration préventive, la remise de dettes et les déchéances et l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes », *D.A.O.R.*, 2021/2, p. 25.

¹⁰ E. DIRIX, « Het insolventierecht op nieuwe wegen », *R.W.*, 2011-2012, afl. 1, p. 75.

¹¹ Cette loi, modifiée en 2013, sera ensuite reprise à l'occasion de l'adoption en 2018 du Livre XX du Code de droit économique.

¹² Avant 2009, le droit de l'insolvabilité concernait seulement une partie des acteurs économiques: les commerçants (art. 2 loi du 8 août 1997 sur les faillites et art. 2 loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire). Les autres entreprises n'étaient pas visées, ni par la faillite, ni par le concordat. La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises (« LCE ») a consacré un premier élargissement du champ d'application des procédures d'insolvabilité, en ouvrant la réorganisation judiciaire non seulement aux commerçants, mais aussi aux agriculteurs, aux sociétés agricoles et aux sociétés civiles à forme commerciale (art. 3 LCE). Les professions libérales restaient toujours exclues. Il a fallu attendre 2017 et l'adoption du Livre XX du CDE pour que la faillite soit ouverte à des entreprises non « commerçantes » et pour que les professions libérales soient enfin incluses dans le champ d'application des procédures d'insolvabilité.

¹³ E. DIRIX, « Het insolventierecht op nieuwe wegen », *R.W.*, 2011-2012, afl. 1, p. 74.

6. Une première tentative pour offrir une réelle perspective de redressement aux commerçants fut matérialisée à travers la réforme du concordat judiciaire par la loi du 17 juillet 1997.^{14,15} Si l'intention était louable, cette loi a rapidement atteint ses limites. L'accès au concordat était trop restreint, son coût trop élevé et la mise en œuvre de certaines dispositions s'est avérée compliquée.¹⁶ En définitive, cette tentative fut peu concluante. Le concordat n'était pas efficace et rarement utilisé.^{17,18} En pratique, face à sa détresse financière, la seule option pour le débiteur demeurait donc la faillite.

7. Il était ainsi évident qu'il convenait de remplacer le concordat judiciaire, ce qui advint avec la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises.¹⁹ Les considérations déjà présentes en 1997 restaient bien évidemment d'actualité, notamment l'idée de « *poursuivre le développement durable des entreprises et leur assainissement, sans perturber par des décisions judiciaires les mécanismes normaux des marchés* ». ²⁰ Néanmoins, la loi relative à la continuité des entreprises se voulait plus souple et accessible à un plus grand nombre d'entreprises.²¹ L'un de ses mérites était également d'offrir au débiteur une grande marge de manœuvre au vu des différentes options de réorganisation qu'elle contenait.²² Les dispositions et principes qu'elle a instaurés

sont restés, dans les grandes lignes, inchangés suite à la loi du 11 août 2017 qui insérait un nouveau Livre XX dans le Code de droit économique.²³

8. La Belgique n'est bien évidemment pas le seul état européen dont la conception du droit de l'insolvabilité a évolué de manière similaire.²⁴ Ce changement de paradigme a également trouvé récemment sa consécration à l'échelle européenne suite à l'adoption de la directive n° 2019/1023 sur la restructuration et l'insolvabilité²⁵ qui doit prochainement être transposée en droit belge.²⁶ Cette directive vise à assurer une harmonisation minimale des législations des Etats membres pour que chaque entreprise européenne, viable économiquement mais faisant face à des difficultés financières momentanées puisse recourir à des procédures préventives efficaces.²⁷ En d'autres mots, le législateur européen vise à garantir aux entreprises en difficulté l'accès à « *des cadres de restructuration préventive efficaces au niveau national, qui leur permettent de poursuivre leurs activités* ». ²⁸

9. Ce bref résumé historique le montre, le droit de l'insolvabilité a été marqué tant au niveau belge qu'euro-péen, par une remarquable (r)évolution au cours des deux dernières

14. E. DIRIX, « Het insolventierecht op nieuwe wegen », *R.W.*, 2011-2012, afl. 1, p. 76 et O. GUTT, « Le transfert d'entreprise tel qu'il est organisé par les lois des 17 juillet et 8 août 1997 sur le concordat judiciaire et la faillite », *D.A.O.R.*, 2000, p. 83.

15. La même année fut adoptée la loi du 8 août sur les faillites. Elle a introduit en droit belge la possibilité pour un débiteur failli personne physique d'être déclaré excusable. Ainsi, s'il était jugé « malheureux et de bonne foi », il pouvait être mis à l'abri des poursuites de ses créanciers, pour les dettes non apurées à l'issue de la faillite (art. 80 et 82 loi du 8 août 1997 sur les faillites). Cette volonté d'offrir un *nouveau départ* est une autre manifestation de l'évolution vers un droit de l'insolvabilité qui se veut plus encourageant de l'entrepreneuriat.

16. M. GREGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 140-141 et J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009/14, n° 6348, p. 237.

17. Le concordat tel qu'organisé par la loi de 1997 permettait à un commerçant qui se trouvait en cessation de paiement de bénéficier d'un moratoire afin soit de mettre en place et d'exécuter un plan d'apurement du passif, avec l'assentiment des créanciers soit de transférer son entreprise, en tout ou en partie, afin de rembourser au moins partiellement ses créanciers. Voy. M. GREGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 139.

18. M. GREGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 137 et Y. DUMON et H. STRANART, « Le concordat judiciaire – Loi du 17 juillet 1997 », *J.T.*, 1997/41, n° 5865, p. 849.

19. E. DIRIX, « Het insolventierecht op nieuwe wegen », *R.W.*, 2011-2012, afl. 1, p. 76.

20. Proposition de loi relative à la continuité des entreprises, *Développements, Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n° 160/1, p. 4.

21. Le champ d'application de cette loi est nettement plus large que celui de la loi relative au concordat judiciaire, qui ne concernait que les commerçants (voy. art. 2 loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire et art. 3 loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises).

22. Le débiteur n'est pas contraint de s'enfermer, dès l'ouverture de la procédure en réorganisation, dans une approche qui pourrait ensuite s'avérer ne pas être la plus opportune. Il peut, en cours de procédure, passer assez facilement d'un instrument de réorganisation judiciaire à un autre. Voy. J.-P. LEBEAU, « Le champ d'application de la loi relative à la continuité des entreprises (LCE) – L'accord amiable – Le principe du 'portail' », in P. LAM-BRECHT et C. GHEUR (dirs.), *La loi relative à la continuité des entreprises. De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 67-68 et E. DIRIX, « Het insolventierecht op nieuwe wegen », *R.W.*, 2011-2012, afl. 1, p. 77.

23. Un certain nombre d'innovations ont été introduites, notamment l'ajout d'une précision en matière d'autocession, l'organisation d'un appel accéléré, un retour en arrière en ce qui concerne la personne appelée à départager les offres comparables, ... Voy. A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, p. 783.

24. D. FABER, N. VERMUNT, J. KILBORN et T. RICHTER, *Commencement of Insolvency proceedings*, Oxford, 2012, p. 284, pp. 313-317.

25. Directive (UE) n° 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes et modifiant la directive (UE) n° 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité) (*J.O.U.E.*, L. 172, 26).

26. Cette directive devait à l'origine être transposée pour le 17 juillet 2021, mais la Belgique a demandé et obtenu une extension de délai d'une année.

27. Pour des commentaires détaillés de cette directive, voy. A. ZENNER, « La directive du 20 juin 2019 sur la restructuration préventive, la remise de dettes et les déchéances et l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes », *D.A.O.R.*, 2021/2, pp. 27 et s.; M. VANMEENEN, « When the wind of change blows: Europa zet in op harmoniseren van herstructurering in tweede kansbeleid », *R.D.C.*, 2019/4, pp. 466 et s.; M.-R. SCHREURS, « Implementatie van de Herstructureringsrichtlijn: wellicht beter in de surseance dan in de WHOA? », *Tvl*, 2019, pp. 33 et s.; F. DE LEO, « Herstructureringsprocedures in België, Nederland en de richtlijn », *Tvl*, 2020/40, pp. 275 et s. Pour un commentaire article par article de cette directive, voy. C.-G. PAULUS et R. DAMMANN (eds.), *European preventive restructuring. Directive (EU) 2019/1023 – Article by article commentary*, Oxford, Beck/Hart/Nomos, 2021.

28. Directive sur la restructuration et l'insolvabilité, considérant 1.

décennies. Il s'est (enfin) développé comme une véritable branche du droit à part entière, avec ses règles propres, souvent déroatoires au droit commun. D'une approche privilégiant l'exécution – le cas échéant forcée – des obligations contractées par le débiteur insolvable, le droit belge est passé à une vision axée avant tout sur la réhabilitation économique.²⁹ Les différentes procédures de réorganisation judiciaire en témoignent: la protection des droits des créanciers est reléguée au second rang et le maintien de la continuité de l'activité économique est érigé en objectif premier.^{30,31}

10. Dans le cadre du transfert sous autorité de justice, c'est donc fort logiquement ce même objectif de continuité qui guidera également le mandataire de justice dans l'exécution de sa mission. Celui-ci doit veiller «*prioritairement au maintien de tout ou partie de l'activité de l'entreprise*»³² – et donc, corrélativement à la continuité de l'emploi – sans perdre pour autant de vue les droits des créanciers.³³ Il n'est en effet pas question de brader l'entreprise au détriment des intérêts des créanciers. Le Livre XX leur garantit une protection minimum en interdisant que le transfert soit réalisé pour un prix inférieur à la valeur estimée de réalisation forcée des actifs vendus ou cédés, en cas de faillite ou de liquidation.³⁴

2. LA PRJ PAR TRANSFERT SOUS AUTORITÉ DE JUSTICE: UN BREF RAPPEL DU CADRE LÉGISLATIF

13. La procédure de réorganisation judiciaire (que nous appellerons également PRJ dans la suite du texte) par transfert sous autorité de justice est organisée par les articles XX.84 et s. du CDE. Elle a pour objet le transfert, soit volontaire soit forcé, de tout ou partie d'une entreprise. Ce transfert sera organisé et réalisé par un mandataire de justice sous le contrôle du tribunal.

11. Ce faisant, le législateur tente de mettre en place une balance délicate entre d'une part, la continuité de l'activité et son corolaire, le maintien de l'emploi et, d'autre part, les intérêts des créanciers. En réalité, les avantages d'une telle balance profitent non seulement aux acteurs directement intéressés, mais aussi à la société dans son ensemble. Il est en effet de l'intérêt collectif que la survie de l'activité économique, lorsqu'elle est économiquement viable, puisse être assurée.³⁵

12. La présente contribution a pour objectif d'examiner, à la lumière de la jurisprudence récente, comment les cours et tribunaux ont mis en pratique cette délicate balance des intérêts dans le cadre du transfert d'entreprise sous autorité de justice. Nous rappellerons tout d'abord brièvement le régime légal applicable à la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice (2.) avant d'aborder ensuite une série de décisions rendues au cours de la dernière année (3.). Enfin, nous clôturerons notre exposé par une réflexion critique autour des principes dégagés par la pratique (4.).

14. Le transfert sous autorité de justice ne doit pas être confondu avec les autres possibilités de cession volontaire de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités qui peuvent être organisées dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ou en dehors.³⁶

^{29.} Le changement d'approche ne s'est pas limité aux procédures d'insolvabilité des entreprises. Il s'est également manifesté dans la manière dont le droit organise le surendettement des particuliers. Voy. à ce sujet E. DIRIX, « Het insolventierecht op nieuwe wegen », *R.W.*, 2011-2012, afl. 1, pp. 74-80.

^{30.} E. DIRIX, « Het insolventierecht op nieuwe wegen », *R.W.*, 2011-2012, afl. 1, p. 77.

^{31.} A l'inverse, le concordat organisé par la loi du 17 juillet 1997 ne prévoyait pas une telle hiérarchisation des objectifs. Il visait à redresser la situation de l'entreprise, tout en poursuivant à la fois le paiement des créanciers. Voy. A. ZENNER, « La procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », in P. LAMBRECHT et C. GHEUR (dirs.), *La loi relative à la continuité des entreprises. De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 67-68 et E. DIRIX, « Het insolventierecht op nieuwe wegen », *R.W.*, 2011-2012, afl. 1, p. 118.

^{32.} Ainsi, la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice ne permet pas de vendre des actifs, sans qu'une telle vente ne soit accompagnée d'un maintien – à tout le moins partiel – de l'activité. Voy. M. VANMEENEN et S. JACMAIN, « La procédure de réorganisation judiciaire: something old, something new, something borrowed, something blue », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/3, p. 252.

^{33.} Voy. art. XX.89, § 1^{er}, CDE; V. RENARD et J.-P. RENARD, « Réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice: priorité à l'emploi! », *J.L.M.B.*, 2011/21, p. 1002.

^{34.} Art. XX. 87, § 1^{er}, al. 3, CDE. Ainsi, le transfert contre un prix symbolique n'est plus permis, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises. Cette innovation fut accueillie positivement par la doctrine. Voy. C. ALTER et A. ZENNER, *La loi sur la continuité des entreprises revisitée par la loi du 27 mai 2013*, Bruxelles, Larcier, p. 71 et M.-C. ERNOTTE et B. INGHELS, « La loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises: ajustement ou rétrécissement? », *J.T.*, 2013/33, p. 651.

^{35.} E. DIRIX, « Het insolventierecht op nieuwe wegen », *R.W.*, 2011-12/1, p. 75 et J. RASQUIN et C.-A. LEUNEN, « Overdracht van de onderneming in het kader van gerechtelijke reorganisatie en faillissement », in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMANS et M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, III, Bruxelles, Intersentia, 2014, pp. 424-425.

^{36.} Pour de plus amples développements à ce sujet, voy. J. RASQUIN et C.-A. LEUNEN, « Overdracht van de onderneming in het kader van gerechtelijke reorganisatie en faillissement », in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMANS et M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, III, Bruxelles, Intersentia, 2014, p. 427 et G. DE SAUVAGE et M. BROUHN, « Le transfert d'entreprise sous le régime du Livre XX du Code de droit économique », in A. ZENNER (ed.), *Le droit de l'insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 348 et s.

2.1. L'ouverture de la procédure

15. L'ouverture de la procédure de transfert sous autorité de justice peut être sollicitée par le débiteur.³⁷ Dans certaines situations limitativement énumérées, cette procédure peut également être ouverte sur citation du procureur du Roi, d'un créancier ou de toute personne ayant intérêt à acquérir tout ou partie de l'entreprise.^{38,39}

16. Le tribunal statue sur l'ouverture en réorganisation judiciaire sur rapport du juge délégué déjà en fonction.⁴⁰ La procédure sera ordonnée si « la continuité de l'entreprise est menacée, à bref délai ou à terme ». Cette menace est présumée exister quand l'actif net du débiteur personne morale se retrouve réduit à moins de la moitié de son capital social.⁴¹

17. Dans le jugement ordonnant le transfert, le tribunal désignera d'office un mandataire de justice chargé d'organiser et de réaliser le transfert au nom et pour le compte du débiteur⁴² pendant la durée du sursis.⁴³

18. En principe, l'ouverture de la procédure n'a cependant pas pour effet de dessaisir le débiteur de la gestion de son patrimoine.⁴⁴ Néanmoins, un administrateur provisoire pourra être désigné s'il s'avère que le débiteur a commis des fautes graves et caractérisées⁴⁵ ou qu'« il existe des indices graves, précis et concordants que les conditions de la faillite sont réunies ».⁴⁶

37. Le débiteur sollicitera parfois le transfert d'entreprise comme première solution de réorganisation. Plus souvent, il sollicitera le transfert dans un second temps. L'art. XX.60 CDE permet en effet au débiteur de modifier l'objet de la procédure de réorganisation judiciaire « à tout moment pendant le sursis ». En pratique, il est assez inhabituel qu'un débiteur se lance d'emblée dans une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice sans avoir au préalable exploré les autres possibilités offertes par le droit de l'insolvabilité. Le transfert sous autorité de justice est souvent utilisé en dernier recours, lorsque le succès des autres modes de réorganisation semble compromis. Voy. J. RASQUIN, « Art. XX.84 WER », in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, afl. 84, Malines, Kluwer, 2019, pp. 211-212; A. ZENNER, J.-P. LEBEAU et C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 35; I. VEROUGSTRAETE et S. JACMAIN, « Premières réflexions critiques et pratiques suite à l'arrêt Plessers », *R.D.C.-T.B.H.*, 2019/4, p. 548.

38. Art. XX.84, § 2, CDE. Voy. égal. P. DELLA FAILLE, *Recueil de législation, doctrine et jurisprudence en matière de continuité des entreprises. Titres I à V du Livre XX du Code de droit économique*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 785 et s.

39. Le transfert pourrait donc également être demandé par un concurrent ayant pour projet d'acquiescer l'entreprise en question. A ce sujet, voy. B. INGHELS, « Le transfert forcé dans la procédure de réorganisation judiciaire, un équilibre subtil entre le droit de l'insolvabilité et le droit de la concurrence », *J.T.*, 2016/38, pp. 684-687; C. ALTER, « La loi sur la continuité des entreprises: exposé général, premiers commentaires et premiers enseignements de la pratique », in P. NICAISE (dir.), *Actualités en droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 239-240 et S. BRIJS et A. VAN HOE, « De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag: conceptuele en juridische knelpunten », *R.D.C.-T.B.H.*, 2012/5, p. 398.

40. Si aucun juge délégué n'a été désigné préalablement, le tribunal en nomme un et le charge de faire rapport sur l'exécution du transfert. A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, p. 787.

41. Art. XX.45, § 1^{er} et 2, CDE. L'ouverture de la procédure est donc automatiquement accordée si une telle menace existe. Les tribunaux de l'entreprise veilleront toutefois à prévenir les abus. Voy. C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 206-207.

42. Art. XX.85, § 1^{er}, CDE. Pour un examen approfondi des pouvoirs de ce mandataire de justice, voy. G. DE SAUVAGE et M. BROUHN, « Le transfert d'entreprise sous le régime du Livre XX du Code de droit économique », in A. ZENNER (ed.), *Le droit de l'insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 368 et s. et J.-P. LEBEAU, « Les pouvoirs du mandataire de justice dans le transfert d'entreprise sous autorité de justice: délimités ou illimités? », in M. GREGOIRE et B. INGHELS (dirs.), *La loi relative à la continuité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 149 et s.

43. Le juge qui ordonne le transfert sous autorité de justice peut également octroyer un sursis complémentaire, dont la durée ne peut dépasser 6 mois (art. XX.85, al. 3, CDE). Il s'agit d'une faculté et non d'une obligation. Selon la doctrine majoritaire, le tribunal peut également accorder un tel sursis complémentaire dans les situations où il n'y a pas eu de sursis initial dont le prolongement pourrait être accordé. C'est le cas dans l'hypothèse du transfert forcé ordonné à l'égard d'un débiteur qui se trouve en état de faillite sans avoir sollicité l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire ou à l'égard du débiteur dont la demande de réorganisation judiciaire a été rejetée. Voy. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Kluwer, 2019, p. 586; J. RASQUIN, « Art. XX.85 WER », in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, afl. 84, Malines, Kluwer, 2019, pp. 237-238. Dans l'hypothèse où le débiteur demande d'emblée l'ouverture d'une procédure de transfert, la doctrine récente se prononce en faveur de la possibilité d'ordonner un sursis complémentaire, en sus du sursis initial visé à l'art. XX.46, § 2, CDE. Voy. J. RASQUIN, « Art. XX.85 WER », in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, afl. 84, Malines, Kluwer, 2019, pp. 239-240 et A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 789-790. A contrario: K. BYTTEBIER et M. GEQUIERE, « De overdracht onder gerechtelijk gezag », in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON, M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie, getest, gewikt en gewogen*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 252.

44. J.-P. LEBEAU, « Les pouvoirs du mandataire de justice dans le transfert d'entreprise sous autorité de justice: délimités ou illimités? », in M. GREGOIRE et B. INGHELS (dirs.), *La loi relative à la continuité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 150-151.

45. Art. XX.31 CDE. La faute grave et caractérisée est la « faute clairement imputable aux yeux de chacun, qui ne peut pas ne pas contribuer à mettre en péril la pérennité de l'entreprise ou à amplifier ses difficultés », Liège, 21 mai 2010, *J.L.M.B.*, 2011/4, p. 181. Ont notamment été reconnues comme étant des fautes graves et caractérisées: le fait délibéré de ne pas respecter – pendant plusieurs années – ses obligations fiscales, l'absence d'une comptabilité empêchant la société d'avoir une visibilité suffisante à son fonctionnement et à l'exécution de ses obligations; la gestion de fait d'une société – par le biais de prête-noms – par une personne frappée d'interdiction professionnelle, et la poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire, en l'absence de toute mesure concrète visant à endiguer les pertes. Voy. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Kluwer, 2019, p. 330 et C. ALTER et Z. PLETINCKX, « La continuité des entreprises dans la réforme du droit de l'insolvabilité », in A. ZENNER (dir.), *Le droit de l'insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, p. 258.

46. Art. XX.32, § 1^{er}, CDE; voy. égal. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Kluwer, 2019, pp. 337 et s. et N. OUCHINSKY, « Les intervenants dans les procédures de réorganisation et leurs responsabilités », in *Le nouveau droit de l'insolvabilité – Le point sur la continuité des entreprises – Un aperçu de la réforme en cours*, Séminaire Vanham & Vanham, 20 septembre 2016.

2.2. Organisation du transfert

19. La loi ne prévoit pas de rôle actif pour le débiteur dans la procédure, celle-ci étant menée par le mandataire de justice, sous le contrôle du juge délégué et du tribunal de l'entreprise.⁴⁷

20. Le mandataire de justice organisera le transfert « *en veillant prioritairement au maintien de tout ou partie de l'activité de l'entreprise tout en ayant égard aux droits des créanciers* ». ^{48,49} Il se chargera notamment de rassembler toutes les informations et la documentation pertinentes relatives aux activités de l'entreprise à céder. Il définira précisément les activités à transférer, à moins que le tribunal ne l'ait fait. Il identifiera et valorisera aussi les éléments d'actif à transférer et recherchera, contactera et informera ensuite adéquatement les potentiels repreneurs. Sur la base des informations qu'il aura recueillies, il préparera alors un cahier des charges à l'attention des candidats-repreneurs et négociera avec chacun d'eux les conditions d'une éventuelle reprise.⁵⁰

21. Au surplus et ainsi que cela a déjà été évoqué, le mandataire ne pourra prendre une offre en considération que si le prix proposé est supérieur ou égal à la valeur de réalisation forcée présumée en cas de faillite ou de liquidation.^{51,52} Il lui incombera donc d'évaluer, le cas échéant assisté d'un expert, la valeur de réalisation des actifs de l'entreprise dans l'hypothèse où celle-ci serait déclarée en faillite ou liquidée. En instaurant cette condition, le législateur a à cœur d'éviter que

les entreprises soient bradées, au détriment des intérêts de leurs créanciers.⁵³

22. Après avoir récolté et examiné les offres, le mandataire établira un ou plusieurs projets de vente concomitants ou successifs. Il y exposera ses diligences, les conditions de la vente projetée et la justification de ses projets. Pour chaque projet de vente, il élaborera également un projet d'acte.⁵⁴ Le mandataire de justice communiquera enfin ses projets au juge délégué et au débiteur avant de solliciter l'autorisation du tribunal de procéder à l'exécution de la vente.⁵⁵

2.3. L'homologation par le tribunal et la clôture de la procédure

23. C'est en effet au tribunal que revient la responsabilité de départager les offres de reprise lorsqu'il y a plusieurs offres comparables^{56,57} (voy. *infra*, nos 26 et s.). Ce faisant, le juge veillera à respecter les priorités fixées par le législateur, à savoir le maintien de l'activité et de l'emploi, tout en ayant égard aux droits des créanciers.⁵⁸ Si le tribunal devait constater que ces objectifs ne sont pas remplis, et statuant sur rapport du juge délégué, il n'autoriserait pas la vente.⁵⁹

24. Une fois obtenue l'autorisation du tribunal, le transfert aura lieu conformément au projet homologué. Le mandataire de justice veillera à ce que les contrats soient signés et les éventuels actes authentiques passés.

⁴⁷. J. RASQUIN, « Art. XX.84 WER », in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, afl. 84, Malines, Kluwer, 2019, p. 211.

⁴⁸. Art. XX.87, § 1^{er}, al. 2 et 3, CDE.

⁴⁹. Le maintien de l'activité est apprécié de manière globale. Le mandataire de justice peut donc parfaitement présenter au tribunal plusieurs offres conjointes qui assurent, ensemble, la continuité de l'activité. Voy. G. DE SAUVAGE et M. BROUHNS, « Le transfert d'entreprise sous le régime du Livre XX du Code de droit économique », in A. ZENNER (dir.), *Le droit de l'insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, p. 392.

⁵⁰. Pour une description plus détaillée de la mission du mandataire de justice désigné dans le cadre d'une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice, voy. G. DE SAUVAGE et M. BROUHNS, « Le transfert d'entreprise sous le régime du Livre XX du Code de droit économique », in A. ZENNER (dir.), *Le droit de l'insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 369 et s.

⁵¹. Art. XX.87, § 1^{er}, al. 3, CDE.

⁵². Cette condition n'est pas appliquée de manière uniforme en jurisprudence. Certaines juridictions lui réservent une application stricte, tandis que d'autres tempèrent la rigueur du principe en tenant compte des caractéristiques concrètes de l'affaire. Voy. C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 411; J. WINDEY, « Le transfert d'entreprise sous autorité de justice », in *Le nouveau droit de l'insolvabilité – Le point sur la continuité des entreprises – Un aperçu de la réforme en cours*, Séminaire Vanham & Vanham, 20 septembre 2016, pp. 33-34 et A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 804-805.

⁵³. C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 410-411 et J. WINDEY, « Le transfert d'entreprise sous autorité de justice », in *Le nouveau droit de l'insolvabilité – Le point sur la continuité des entreprises – Un aperçu de la réforme en cours*, Séminaire Vanham & Vanham, 20 septembre 2016, p. 24.

⁵⁴. Art. XX. 87, § 4, al. 1^{er}, CDE.

⁵⁵. Art. XX. 87, § 4, al. 2, CDE.

⁵⁶. Art. XX. 89, § 1^{er}, al. 1^{er}, CDE.

⁵⁷. Ni la loi, ni les travaux préparatoires ne définissent ce qu'il faut entendre par « offres comparables ». En tout état de cause, la doctrine s'accorde sur le fait que la comparaison ne peut se limiter au seul critère financier. Le mandataire de justice veillera à rendre possible la comparaison en définissant de manière uniforme l'objet de la vente. Voy. G. DE SAUVAGE et M. BROUHNS, « Le transfert d'entreprise sous le régime du Livre XX du Code de droit économique », in A. ZENNER (dir.), *Le droit de l'insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, p. 393 et Y. GODFROID, « La loi relative à la continuité des entreprises: réorganisation judiciaire par le transfert sous autorité de justice », in N. THIRION (dir.), *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualité et pratique*, C.U.P., n° 120, Limal, Anthemis, 2010, p. 181.

⁵⁸. Art. XX. 87, § 1^{er}, al. 2, CDE; I. VEROUSTRATE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Kluwer, 2019, p. 653.

⁵⁹. Art. XX.89, § 1^{er}, al. 1^{er}, CDE; I. VEROUSTRATE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Kluwer, 2019, p. 576 et H. FRONVILLE, N. KONINGS et J.-P. LEBEAU, « Evolutions jurisprudentielles et doctrinales dans la procédure de réorganisation judiciaire », in Y. DE CORDT et A.-P. ANDRE-DUMONT (dirs.), *Droit des sociétés – Millésime 2011*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 476.

25. Après le transfert, le mandataire de justice invitera les créanciers à introduire leurs déclarations de créance sur le Registre central de la Solvabilité et répartira entre les créanciers le prix qu'il aura récolté, dans le respect des causes de préférence.⁶⁰ Le débiteur reste tenu des dettes qui n'auraient

pas été apurées grâce au prix de vente. Dans ce cas, la société sera selon les cas déclarée en faillite ou mise en liquidation. Si le débiteur entend poursuivre une partie de son activité économique non transférée, il pourra également solliciter un accord amiable ou collectif avec ses créanciers.⁶¹

3. QUESTIONS CHOISIES

3.1. La responsabilité du choix de l'offre

26. Dans le cadre du transfert sous autorité de justice, deux acteurs se voient reconnaître un rôle déterminant et devront arbitrer les offres sur la base des critères déterminés par la loi.⁶² D'une part, le mandataire de justice devra organiser et réaliser le transfert en recherchant et en sollicitant des offres. Il devra veiller prioritairement à ce que ces offres maximisent le maintien de tout ou partie de l'activité de l'entreprise tout en ayant égard aux droits des créanciers.⁶³ D'autre part, après consultation du rapport du juge délégué, le tribunal devra prendre connaissance de l'offre qui lui est soumise et décider s'il y a lieu d'autoriser la vente projetée.⁶⁴

27. D'aucuns pourraient cependant s'interroger quant à l'interaction existant entre ces deux rôles. Le législateur n'a en effet cessé d'adapter le rôle du mandataire de justice. A l'origine⁶⁵, c'était le tribunal de commerce qui était le garant du respect des objectifs poursuivis par le transfert.⁶⁶ Le législateur a changé de paradigme à l'occasion de la loi du 27 mai 2013, modifiant entre autres l'article 62, alinéa 5, de la loi de 2009 sur la continuité des entreprises qui disposa alors que c'était au mandataire de justice d'arbitrer entre les offres comparables.^{67,68} Cette réforme législative avait eu pour effet de renforcer le rôle du mandataire de justice, qui voyait ainsi sa crédibilité renforcée aux yeux des candidats-

offrants dès lors que la sélection des offres lui était confiée. En contrepartie, le rôle du tribunal s'en trouvait largement diminué, ce qui pouvait remettre en cause la préservation des droits des candidats dont l'offre n'aurait pas été retenue par le mandataire.⁶⁹

28. L'adoption du Livre XX a marqué un rétropédalage.⁷⁰ Dorénavant et depuis l'entrée en vigueur du Livre XX du CDE, c'est au tribunal qu'il revient de sélectionner la meilleure des offres parmi celles qui lui sont soumises et d'autoriser la vente. Le mandataire devra seulement et uniquement solliciter les offres et les soumettre au tribunal. Il ne pourra donc de lui-même rejeter une offre sous prétexte que, selon lui, elle ne répondrait pas aux critères imposés par la loi.⁷¹ Ainsi que l'écrit I. Verougstraete, son rôle se limite désormais à « *rechercher des offres, (d')en faire l'analyse et la comparaison, (de) les présenter* ». ⁷²

29. Le jugement du 22 avril 2020 du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles constitue une excellente illustration de la démarcation qu'il y a lieu d'établir entre ces deux acteurs et leurs rôles.⁷³ Dans cette affaire, le débiteur avait initialement sollicité l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire en vue d'établir un plan collectif. Face à l'échec de cette première PRJ, un changement d'objectif de la procédure vers un transfert sous autorité de

60. Art. XX.91 CDE. Le prix du transfert sera toutefois distribué par le liquidateur ou le curateur en cas de faillite ou de liquidation volontaire, en application de l'art XX.94 CDE; voy. A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 823-825.

61. Y. GODFROID et D. PASTERGER, « Les conséquences du transfert d'entreprise et la clôture de la procédure », in M. GREGOIRE, (dir.), *La cession d'une entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 175-176.

62. Mons, 22 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 372.

63. Art. XX.87, § 1^{er}, al. 1^{er} et 2, CDE.

64. Art. XX.89 CDE.

65. Ancien art. 62 LCE avant la réforme du 27 mai 2013.

66. M.-C. ERNOTTE et B. INGHELS, « La loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises: ajustement ou rétrécissement? », *J.T.*, 2013, p. 650.

67. Art. 62, al. 5, LCE: « [...] En cas de pluralité d'offres comparables, la priorité est accordée par le mandataire à celle qui garantit la permanence de l'emploi par un accord social. »

68. Y. GODFROID, et D. PASTERGER, « Section 2. De la désignation du mandataire au transfert de l'entreprise », in M. GREGOIRE (dir.), *La cession d'une entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 151-152.

69. Pour une critique de ce choix législatif opéré en 2013, voy. M.-C. ERNOTTE et B. INGHELS, « La loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises: ajustement ou rétrécissement? », *J.T.*, 2013, pp. 650-651. Voy. égal. A.-A. HENDERICKX, E. VAN DER GRACHT et A. SAUSSEZ, « Les différents mandats de justice visés par la loi relative à la continuité des entreprises », in Th. BREUER et al. (dirs.), *Loi sur la continuité des entreprises en pratique: regards croisés, ajustements et bilan*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 148.

70. C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 409; A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 806-807 et G. DE SAUVAGE et M. BROUHNS, *Le droit de l'insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 376-377.

71. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Kluwer, 2019, p. 596.

72. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Kluwer, 2019, p. 596.

73. Entr. Bruxelles (fr.), 22 avril 2020, *J.L.M.B.*, 2020, pp. 989 et s.

justice ainsi qu'une première prolongation de sursis avaient été sollicités. Le tribunal a fait droit à cette demande tout en relevant déjà des difficultés de gestion et un manque de transparence dans le chef du débiteur. Plus tard, le juge délégué avait déposé un rapport dans lequel il constatait d'importantes carences en matière d'échange d'informations et suspectait une aggravation du passif. Le même jour, le mandataire de justice avait sollicité la décharge de sa mission arguant ne pas avoir reçu d'offre qui respecterait les conditions imposées par la loi et que dès lors, il n'était pas en mesure de transférer les activités du débiteur.

30. Le débiteur s'était cependant opposé à cette décharge dès lors qu'une offre avait été soumise au mandataire. Selon lui, ce n'était pas au mandataire mais bien au tribunal de statuer sur la validité de cette offre. Le débiteur sollicitait par conséquent que le tribunal déclare l'offre unique comme étant valable et qu'il proroge le sursis de telle manière que le mandataire puisse mettre à profit ce délai supplémentaire pour rédiger et présenter son projet d'acte de vente.

31. Le tribunal de l'entreprise suivit le raisonnement défendu par le débiteur en ce qu'il confirma que ce n'était pas au mandataire de justice de passer sous silence une offre qu'il aurait reçue au motif qu'à ses yeux, celle-ci ne respecterait pas les critères imposés par la loi. Au contraire, le mandataire devra saisir le tribunal, de manière transparente et documentée, en fournissant les informations relatives aux offres reçues et en détaillant les motifs pour lesquels il estimerait éventuellement que lesdites offres ne pourraient être approuvées. Par là, le mandataire de justice s'assurera qu'un débat contradictoire puisse avoir lieu dans le respect des droits de la défense de toutes les parties. En l'espèce, le tribunal a constaté que tel était le cas dès lors que l'ensemble des informations pertinentes lui avaient été soumises. Le juge constata cependant, dans un second temps, que l'offre ne respectait pas le prescrit de l'article XX.83 du CDE et qu'il ne pouvait donc la considérer comme valable. Nous reviendrons sur ce point ci-après dans le cadre de notre analyse des critères d'appréciation des offres (*infra*, nos 32 et s.).

3.2. Les critères d'appréciation des offres

32. Nous l'avons déjà vu, le transfert sous autorité de justice tente de concilier différents intérêts (*supra*, n° 11).⁷⁴ Pour rappel, il visera tout d'abord à assurer la continuité de l'entreprise. Cet objectif, raison d'être du transfert, se trouve inscrit à maintes reprises dans la loi.⁷⁵ En outre, le transfert devra maximiser la préservation de l'emploi.⁷⁶ Dans un troisième temps, il conviendra aussi d'avoir égard aux droits des créanciers.⁷⁷ Le tribunal devra ainsi procéder à une balance des intérêts pour *in fine* retenir la meilleure offre. Ainsi que l'a rappelé le tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles dans son jugement du 22 avril 2020, l'absence de pluralité d'offres n'implique par ailleurs pas que le tribunal ne dispose plus d'aucun pouvoir d'appréciation. Il devra toujours s'assurer que l'offre unique remplit bien les critères et conditions prévus par la loi.

33. Il n'est pas contestable que les objectifs poursuivis par le législateur sont hiérarchisés.⁷⁸ En cas de pluralité d'offres comparables, le tribunal devra par exemple donner la priorité à celle prévoyant la reprise la plus élevée de membres du personnel.

34. Cette priorité donnée à l'emploi ne signifie pas pour autant que l'intérêt des créanciers, bien que relégué au second plan, ne devra pas être pris en compte.⁷⁹ Ainsi, l'offre dont le prix n'est pas égal ou supérieur à la valeur de réalisation forcée des actifs en cas de faillite ou de liquidation ne pourra être prise en compte.⁸⁰ L'idée sous-jacente est que la position des créanciers ne doit pas pâtir du transfert sous autorité de justice en comparaison avec ce qu'elle aurait été en cas de discontinuité de l'entreprise.⁸¹ Comme le relève B. Inghels, en ajoutant le critère de maintien de l'emploi, la loi sur la continuité des entreprises a entendu s'éloigner de la philosophie du concordat judiciaire dans lequel primaient le redressement du débiteur et le désintéressement des créanciers. Il n'en reste pas moins que ce nouveau critère ne peut être considéré isolément et que l'intérêt des créanciers ne peut être sacrifié en autorisant la cession à un prix dérisoire.⁸² La préservation de l'emploi ne peut donc servir de motif pour « brader » l'entreprise au détriment de l'intérêt des créanciers qui se voient ainsi rassurés quant à un prix

^{74.} A. VAN HOE et S. BRIJS, « De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag: conceptuele en juridische knelpunten », *R.D.C.-T.B.H.*, 2012/5, p. 410.

^{75.} Art. XX.84, XX.87 et XX.89 CDE.

^{76.} Art. XX.89, § 1^{er}, al. 1^{er}, CDE.

^{77.} Art. XX.87 CDE.

^{78.} I. VEROUGSTRATE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Kluwer, 2019, p. 596 et M. JANSSENS, « La réorganisation judiciaire par transfert d'entreprise: nouvelles dispositions introduites par la loi du 27 mai 2013 », in *La réforme de la continuité des entreprises. Analyse et critique de la loi du 27 mai 2013*, Séminaire Vanham & Vanham, 25 septembre 2013, p. 16.

^{79.} L'art. XX.87, § 1^{er}, al. 2, CDE dispose ainsi que le mandataire de justice « recherche et 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 ».

^{80.} Art. XX.87, § 1^{er}, al. 3, *in fine* CDE.

^{81.} A. VAN HOE et S. BRIJS, « De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag: conceptuele en juridische knelpunten », *R.D.C.-T.B.H.*, 2012/5, p. 411.

^{82.} B. INGHELS, « La réorganisation judiciaire à l'heure du transfert: vite, comment et à quel prix? », *J.T.*, 2010/21, p. 376.

minimal qui sera affecté au remboursement des dettes du débiteur.⁸³

L'application de ce critère par les cours et tribunaux belges s'est cependant révélée être à géométrie variable, certaines juridictions se montrant plus souples que d'autres.⁸⁴ On peut en effet imaginer que certaines seront enclines à se montrer plus conciliantes lorsque le prix de reprise sera contrebalancé par la reprise du personnel.⁸⁵ La doctrine s'est toutefois souvent montrée sévère face aux tribunaux qui ne respectaient pas ce critère minimal.⁸⁶

35. Les décisions commentées ci-après constituent d'excellents exemples de la manière dont les cours et tribunaux tentent de concilier les différents objectifs poursuivis par le transfert d'entreprise sous autorité de justice.

36. Dans le cadre du transfert sous autorité de justice du groupe Maxitoys tout d'abord, le mandataire de justice avait reçu trois offres dont l'objet différait.⁸⁷ La première offre de la SAS New MT visait à reprendre 117 fonds de commerce (sur les 182 du groupe, les fonds de commerce français compris). La SAS Chaussée avait quant à elle fait une offre qui visait initialement à reprendre 11 fonds de commerce, à l'exclusion des stocks. Certains des fonds de commerce qu'elle entendait reprendre étant aussi visés dans la première offre, Chaussée avait accepté en cours de procédure de limiter son offre à 2 fonds de telle sorte que son offre était complémentaire à celle de New MT. Une troisième offre avait été faite par Futura Capital mais celle-ci ne concernait que 56 fonds de commerce et, avec l'assentiment du tribunal, le mandataire de justice n'y avait pas donné suite.

37. Les discussions portèrent sur le prix de l'offre de New MT. Le prix offert pour les stocks dans les magasins, était en effet inférieur à l'évaluation faite par la société Clic Public.⁸⁸ Bien qu'estimant que le prix était bas, le juge délégué était favorable à la cession tout comme les sociétés débitrices elles-mêmes. Le groupe Mirage, actionnaire du groupe Maxitoys, estimait quant à lui que l'offre devait être rejetée, car trop faible, et que le mandataire de justice devait poursuivre ses recherches. Le tribunal estima pour sa part que, bien qu'à première vue l'offre laissait à penser que le prescrit de

l'article XX.87 CDE n'était pas respecté, il y avait lieu de s'écarter de l'évaluation de Clic Public car les valeurs étaient en l'espèce difficiles à fixer dans un contexte de discontinuité. Cette opinion du tribunal était motivée par plusieurs considérations.

38. Premièrement, il remarqua que l'évaluation de Clic Public était basée sur son expérience précédente lors de la faillite de la société La Grande Recré. Or, ainsi que l'avait fait valoir le mandataire de justice, la situation n'était pas comparable car les stocks de Maxitoys étaient bien plus approvisionnés. Contrairement à ce qu'il s'était passé pour La Grande Recré, la période de liquidation aurait donc dû s'étendre sur de nombreux jours, voire semaines, ce qui aurait engendré un surcoût en personnel de près de deux millions d'euros.⁸⁹

39. Deuxièmement, et de manière plus décisive, le tribunal constata que l'évaluation de la valeur en discontinuité des stocks réalisée était soumise à un important aléa. En effet, en raison de la pandémie liée à la COVID-19, les clients hésitaient à se rendre dans les magasins ce qui affectait le niveau des ventes et donc la valeur des stocks. La juridiction de Mons constata au surplus que, bien que ce critère ne fût pas repris dans la loi, la reprise d'une partie substantielle des travailleurs telle qu'envisagée dans l'offre, engendrerait une économie de passif social très importante, ce qui justifiait également d'approuver l'offre.

40. Il était également peu probable qu'il eût été possible d'obtenir une meilleure offre. Il était en effet avéré, ainsi que le nota le tribunal, que les sociétés débitrices étaient depuis plusieurs années à la recherche d'un repreneur et qu'elles avaient mandaté la banque Rothschild à cet effet. Pendant toute cette période, aucun candidat disposé à reprendre l'ensemble des activités ne s'était manifesté. Il était donc certain que l'offre de New MT était l'offre la plus à même de garantir le maintien de l'emploi et la continuité des activités des sociétés débitrices.

41. Autre groupe en réorganisation judiciaire, la chaîne de magasins de vêtements E5 Mode avait elle aussi fait l'objet de trois offres dans le cadre de son transfert sous autorité de justice.⁹⁰ La première offre émanait des Sieurs P. et K. De

^{83.} C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 410-411; A. ZENNER, J.-Ph. LEBEAU et C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 195 et M.-C. ERNOTTE et B. INGHELS, « La loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises: ajustement ou rétrécissement? », *J.T.*, 2013/33, p. 651.

^{84.} C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 411 et J. WINDEY, « Le transfert d'entreprise sous autorité de justice », in *Le nouveau droit de l'insolvabilité – Le point sur la continuité des entreprises – Un aperçu de la réforme en cours*, Séminaire Vanham & Vanham, 20 septembre 2016, pp. 33-34 et A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 804-805.

^{85.} Voy. cependant la décision du tribunal de commerce de Malines du 30 janvier 2011 qui a rejeté une offre unique car le prix offert était trop peu élevé alors même que le candidat-offrant proposait de reprendre l'ensemble des membres du personnel (*R.D.C.-T.B.H.*, 2012, pp. 519 et s.).

^{86.} C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 411 et A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, p. 805.

^{87.} Entr. Hainaut (div. Mons), 11 août 2020, *inédit*.

^{88.} La sous-évaluation nette totale s'élevait à la somme de 1.714.830 EUR sur base de la valorisation des actifs réalisée par Clic Public.

^{89.} Le juge délégué ne partageait pas cet avis. Selon lui, la liquidation d'une société dont les stocks sont bien approvisionnés peut attirer la clientèle et bien fonctionner, même dans la durée.

^{90.} Entr. Gand (div. Termonde), 29 janvier 2021, N/21/00019 et N/21/00020, *inédit*.

Sutter, s'élevait à 2,5 millions d'euros et avait pour objet la reprise de la presque totalité des activités d'E5 Mode et de son personnel. Le groupe Colruyt⁹¹ avait fait une offre de la même valeur. Son objet était cependant largement différent dès lors que Colruyt n'entendait reprendre que 16 magasins. Le groupe prévoyait aussi d'importants investissements à hauteur de 12,5 millions d'euros pour transformer les magasins.⁹² Seuls 20 membres du personnel étaient certains d'être repris dans le cadre de cette deuxième offre, Colruyt prévoyant pour le reste la création d'une cellule d'emploi dont la mission aurait été d'évaluer quels autres membres du personnel pouvaient être repris. A terme, Colruyt envisageait dans son offre la création de 100 emplois supplémentaires. Une troisième offre, complémentaire à celle du groupe Colruyt, avait été faite par la société Eappaels Ltd pour un prix de 550.002,00 EUR.⁹³ Cette dernière offre visait essentiellement à reprendre les stocks de vêtements, les baux de 27 magasins ainsi que les droits intellectuels, les patrons des vêtements et les informations sur les fournisseurs et les clients.

42. Après avoir constaté que les prix offerts étaient supérieurs à la valeur en discontinuité des actifs et que les offres avaient des objets différents, le tribunal de Termonde donna la préférence à la première offre des Sieurs P. et K. De Sutter. Selon lui, cette offre était en effet celle qui correspondait le mieux à l'objectif poursuivi par le transfert sous autorité de justice. Les Sieurs P. et K. De Sutter entendaient reprendre et poursuivre l'activité d'E5 Mode alors que les autres offres avaient essentiellement pour objectif de s'approprier des enseignes bien localisées en reprenant un minimum de membres du personnel. Alors que la première offre aurait généré un passif social très peu élevé, l'inverse était vrai pour les deux autres offres dont le coût sociétal aurait été par conséquent particulièrement important.

43. Soutenant les offres combinées de Colruyt et d'Eappaels Ltd, la banque BNP Paribas Fortis avait fait valoir en cours de procédure que le critère du prix serait crucial. Selon elle, au moment de comparer les offres, il faudrait en effet tenir compte de l'article XX.87 CDE qui imposait, soutenait-elle, d'avoir égard aux droits des créanciers. Ainsi, à suivre son raisonnement, ce ne serait que dans la mesure où les prix offerts seraient comparables qu'il conviendrait de prendre en compte le critère du maintien de l'emploi.

44. Le tribunal de Termonde refusa de faire sien ce raisonnement. Selon lui, il convenait en priorité d'analyser l'objet de l'offre. Le tribunal observa au surplus que les droits des créanciers étaient déjà suffisamment protégés par l'obligation de ne prendre en compte que les offres dont le prix est supérieur (ou au moins égal) à la valeur de réalisation en discontinuité.⁹⁴ Aux yeux du tribunal, l'offre des Sieurs De Sutter était la plus conforme à l'objectif poursuivi par le législateur, à savoir la préservation des activités de l'entreprise. Cet objectif, poursuivit le tribunal, ne pourrait jamais être atteint si la priorité devait nécessairement être donnée à l'offre la plus élevée. Autrement, l'offrant qui entendrait reprendre les activités de l'entreprise dans leur ensemble, en ce compris les charges et les risques liés à ces activités et qui, partant, offrirait un prix moindre, devrait toujours s'incliner face à une offre apparemment « meilleure » d'un point de vue financier. Le cas d'espèce l'illustrait parfaitement: Colruyt avait fait l'offre qui financièrement parlant était la plus intéressante mais uniquement car elle avait sélectionné les « joyaux de la couronne », sans souhaiter prendre à sa charge les actifs moins rentables d'un point de vue économique, au contraire des frères De Sutter.

45. Ce raisonnement du tribunal doit à notre avis être suivi. Il est en effet certain, contrairement à ce que prétendait en l'espèce BNP Paribas Fortis, que la philosophie du transfert d'entreprise n'est pas de maximiser le remboursement des créanciers en sacrifiant le maintien de l'emploi. Au contraire, le texte de la loi est très clair: « *En cas de pluralité d'offres comparables, la priorité est accordée par le tribunal à celle qui garantit la permanence de l'emploi par un accord social.* »⁹⁵ A offres comparables, le tribunal devra donc toujours donner la priorité à celle maximisant le maintien de l'emploi, pour autant que son prix offert soit supérieur à la valeur de réalisation en discontinuité. Il s'agit là de la seule mesure imposée par la loi pour défendre les droits des créanciers. Il n'est pas question d'une quelconque protection supplémentaire qui voudrait que la priorité soit donnée au prix le plus élevé.

46. Eappaels avait également avancé que l'offre des Sieurs De Sutter n'était pas viable économiquement et qu'elle devait partant être rejetée. Cet argument ne fut pas non plus suivi par le tribunal qui estima que ce n'était pas sa mission d'évaluer les chances de réussite des plans de reprise d'une activité qui, par définition, comportera toujours une part de risques.⁹⁶ Selon le tribunal, bien que le plan de reprise fût

⁹¹. En l'espèce, les sociétés Colim NV et Fraluc NV.

⁹². 11 des 16 magasins repris seraient restés des magasins de vêtements tandis que les 5 autres enseignes auraient été transformées en magasin de vélo, un magasin alimentaire et un Dreambaby.

⁹³. Initialement, le prix offert par Eappaels Ltd s'élevait à 2.750.001 EUR mais ce prix avait été revu à la baisse dès lors que l'offre était considérée comme complémentaire à celle de Colruyt.

⁹⁴. Ce principe a pour résultat que les droits des créanciers ne peuvent être affectés par le transfert sous autorité de justice du débiteur par rapport à la situation qui aurait été la leur en cas de discontinuité des activités.

⁹⁵. Art. XX.89, § 1^{er}, al. 1^{er}, *in fine* CDE.

⁹⁶. Selon le tribunal, cela ne serait le cas que dans la mesure où des offres comparables quant à leur objet, le maintien de l'emploi et le prix lui seraient soumises.

ambitieux et ce, plus particulièrement au vu du contexte économique, il n'était pas impossible à réaliser.

47. Cela ne signifie pas pour autant que les probabilités de réussite d'une offre de reprise ne sont jamais prises en compte par le tribunal. Le jugement rendu le 18 mai 2021 par le tribunal de l'entreprise du Brabant wallon, dans le cadre de la réorganisation judiciaire de la société Wamos Benelux⁹⁷ l'illustre brillamment. L'affaire présentée concernait la société anonyme Wamos Benelux, qui exerçait son activité sous la dénomination commerciale « Neckermann ». L'entreprise bien connue dans le secteur du tourisme fut durement touchée par la crise sanitaire et se vit contrainte de solliciter l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire. Si l'objectif initial était de sauver l'entreprise au moyen d'un accord collectif – dont l'homologation fut d'ailleurs accordée –, la prolongation de la crise rendit impossible son exécution. Suite à cet échec, l'entreprise sollicita le transfert de ses activités sous autorité de justice, suite à quoi deux offres de reprise furent recueillies et transmises au tribunal. D'une part, le gestionnaire de fonds CCR Partners BV proposait de reprendre 41 magasins situés en Belgique, une série de contrats en cours et 110 membres du personnel sur les 130. Le prix proposé s'élevait à 400.000,00 EUR. D'autre part, le fonds d'investissement Futura Capital Fund offrait un prix de 375.000,01 EUR et promettait la reprise de 48 magasins, l'ensemble des contrats conclus par Wamos avec ses partenaires commerciaux et l'intégralité des contrats de travail qui n'auraient pas été rompus au jour du transfert.

48. Notons toutefois que l'offre initialement déposée par Futura ne prévoyait la reprise que de 122 membres du personnel. Ce n'est qu'après que les mandataires de justice aient autorisé les candidats à adapter le volet social de leur offre que Futura prit le parti de maintenir tous les contrats de travail encore en cours. Ce tournant fut critiqué par le candidat-repreneur concurrent, qui jugeait que la proposition n'était pas économiquement viable.

49. Dans l'intervalle, CCR sollicita – et obtint – l'homologation de son offre par le tribunal du travail conformément à l'article XX.86 du CDE.⁹⁸ Il fut jugé que les obligations en matière d'information des travailleurs avaient été parfaite-

ment respectées. Par ailleurs, le tribunal du travail estima aussi que le choix des travailleurs non repris se fondait sur des critères organisationnels et était tout à fait conforme à la directive n° 2001/23/CE.⁹⁹

50. Les offres rassemblées par les mandataires de justice étant comparables, le choix entre celles-ci revenait donc au tribunal de l'entreprise. Celui-ci concentra sa discussion sur les cinq points suivants: les caractéristiques des candidats-repreneurs, les notes stratégiques établies par chacun d'eux, les plans financiers qu'ils avaient développés, leurs choix en ce qui concernait le management et la valeur des offres. Il en ressortit notamment que la capacité financière de CCR était plus élevée que celle de Futura, ce qui impliquait en principe une capacité de soutien potentiel plus élevée de sa part. Le tribunal jugea par ailleurs significatif que CCR proposait de placer comme dirigeants de l'entreprise, après transfert, des personnes qui faisaient déjà partie du « middle management » de Wamos. Enfin, le prix proposé par CCR était sensiblement plus élevé que celui proposé par Futura.

51. La position du personnel de Wamos Benelux fut également prise en considération. Or, une écrasante majorité des travailleurs s'était prononcée en faveur de l'offre formulée par CCR. Cette préférence était justifiée en particulier par les choix de CCR de faire appel à des dirigeants issus du secteur d'activité. A l'inverse, Futura envisageait une équipe opérationnelle composée exclusivement de personnes spécialisées dans la gestion d'entreprises en restructuration. Le personnel avait en outre apprécié la transparence de l'offre de CCR et exprimé le sentiment que celle-ci serait « *plus susceptible à leur estime de générer une croissance de nature à contribuer à la stabilité financière et à la croissance de l'emploi* ». ¹⁰⁰

52. A l'issue de cette analyse, c'est donc l'offre de CCR qui emporta la préférence du tribunal, et ce malgré le fait que Futura proposait de reprendre l'intégralité des travailleurs, alors que CCR annonçait le licenciement de 20 membres du personnel. Le fait que l'opinion des travailleurs penchait manifestement en faveur de l'offre de CCR fut jugé comme déterminant. En outre, le tribunal doutait du réalisme de la promesse de Futura de reprendre l'intégralité du personnel. Le tribunal de l'entreprise veille, en effet, à ce que l'offre

^{97.} Entr. Brabant wallon, 18 mai 2021, N/21/00309, *inédit*.

^{98.} Trib. trav. Brabant wallon (div. Nivelles), 10 mai 2021, 21/283/A, *inédit*.

^{99.} Notons toutefois que le fait que le tribunal du travail ait homologué l'offre de CCR n'a pas constitué un élément déterminant dans l'analyse subséquente du tribunal de l'entreprise, chargé de départager les offres des deux prétendants. Le tribunal de l'entreprise a ainsi précisé que l'homologation par le tribunal du travail ne faisait que confirmer le respect de la législation sociale relative à l'information des travailleurs et au choix des travailleurs non repris. Elle n'est pas de nature à créer un avantage concurrentiel en faveur de CCR, d'autant plus que l'offre de Futura n'était pas, selon le tribunal, concernée par l'homologation visée à l'art. XX.86 CDE dès lors qu'elle prévoyait la reprise de l'intégralité des travailleurs. Il est également intéressant de s'arrêter sur le raisonnement suivi par le tribunal du travail au regard de la CCT n° 102. La Cour de justice de l'Union européenne a en effet jugé, dans son arrêt *Plessers* que la CCT n° 102 n'était pas conforme à la directive n° 2001/23/CE, en ce que cette CCT impose de justifier le choix des travailleurs repris, tandis que la directive impose de justifier le choix des travailleurs non repris. Le tribunal a donc analysé, contrairement au prescrit de la CCT n° 102, la justification de la non-reprise de certains travailleurs. Cette interprétation avait par ailleurs déjà été proposée auparavant par le tribunal du travail francophone de Bruxelles (Trib. trav. Bruxelles (fr.), 11 septembre 2018, RG 18/3515/A, *inédit*).

^{100.} Entr. Brabant wallon, 18 mai 2021, N/21/00309, p. 21, *inédit*.

présente des garanties suffisantes de fiabilité.¹⁰¹ Ainsi, il n'a fait qu'appliquer, à l'issue d'un examen empirique de la situation de l'entreprise à transférer, l'ordre de priorités prescrit par le législateur (*supra*, n°s 33-34). S'il s'était prononcé en faveur de l'offre de Futura, la continuité de l'activité économique aurait probablement été, à terme, en péril.

53. Dans une autre affaire¹⁰², le tribunal de l'entreprise d'Anvers devait se prononcer sur le transfert d'une société holding dont les actifs étaient composés de participations majoritaires dans 5 sociétés de droit étranger actives dans le domaine de la plantation de fruits, de créances d'une valeur de 11.200.000 EUR à l'égard de ces sociétés et d'une autre créance de 2.100.000 EUR. Le prix de reprise s'élevait à 2.500.000 EUR. Le mandataire de justice avait fait appel à un courtier en faillite pour procéder à l'évaluation en discontinuité des actifs. Le tribunal estima cependant qu'il ne pouvait se fier à cette évaluation dès lors que le courtier ne disposait manifestement pas des connaissances techniques ni de l'expérience requises. Il en conclut que c'était à lui qu'il revenait de vérifier si le prix offert était supérieur à la valeur en discontinuité des actifs.

54. Le candidat-repreneur avait également fait valoir que, si elle était acceptée, son offre aurait pour effet de maintenir l'emploi actuel mais également de créer de nouveaux postes. Le tribunal ne suivit cependant pas ce raisonnement, après avoir remarqué que la société débitrice n'avait aucun employé puisque, on le rappelle, il s'agissait d'une société holding. Au surplus, les emplois des sociétés filiales n'étaient pas menacés en cas de faillite de la société débitrice. En outre, ces emplois se trouvaient à l'étranger.

55. Ainsi, au terme d'une analyse minutieuse des circonstances d'espèces et des éléments à sa disposition, le tribunal estima qu'il n'était pas démontré que le prix de l'offre était égal ou supérieur à la valeur de réalisation forcée estimée en cas de faillite ou de liquidation. Il estima par conséquent que l'article XX.87 du CDE n'était pas respecté en l'espèce et qu'il ne pouvait pas accepter l'offre.

56. Dans son jugement du 22 avril 2020, le tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles rejeta aussi pour contrariété à l'article XX.87, § 1^{er}, alinéa 3, du CDE, l'offre unique faite par le gérant de la société débitrice. Analysant l'offre, le tribunal remarquait dans un premier temps que le prix proposé était largement inférieur à la valeur de réalisation en discontinuité des actifs. Le tribunal observait cependant qu'outre le prix, l'offre prévoyait de reprendre une partie du passif du débiteur, à savoir son passif bancaire, le compte courant du gérant ainsi que des arriérés de rémunérations. Adoptant un courant défendu par une certaine doctrine et jurisprudence¹⁰³, le tribunal considéra que cette diminution du passif pouvait être prise en compte au moment d'évaluer le prix du transfert. Il fallait pour cela que le passif concerné ne résulte pas de contrats repris par le candidat-offrant¹⁰⁴ et que cette reprise du passif intervienne dans l'intérêt des créanciers qui serait évalué de manière globale.¹⁰⁵

57. En l'espèce, cette reprise du passif profitait uniquement aux créanciers bancaires et au gérant qui était, pour rappel, l'unique candidat-repreneur. Le reste des créanciers ne voyaient cependant pas leur situation améliorée, alors même que la masse contenait des actifs qui pouvaient encore être réalisés. Le tribunal en conclut que la reprise du passif ne pouvait donc être prise en compte au moment d'évaluer le prix de l'offre et il rejeta par conséquent cette dernière.

58. Plusieurs observations peuvent être formulées quant à cette décision. Il convient tout d'abord de remarquer qu'elle aura, à nouveau, certainement été facilitée par le fait qu'en l'espèce la société débitrice n'avait pas d'employés et que le critère de l'emploi n'a donc joué aucun rôle. L'analyse du tribunal concernant la prise en compte de la diminution du passif au moment d'évaluer le prix de l'offre nous semble au surplus critiquable quant à ses principes.

59. A l'instar d'une doctrine majoritaire, il nous paraît en effet qu'une éventuelle reprise partielle du passif par le candidat-offrant ne devrait pas l'autoriser à proposer un prix inférieur à la valeur de réalisation en discontinuité.¹⁰⁶

^{101.} B. INGHELS, « La réorganisation judiciaire à l'heure du transfert: vite, mais comment et à quel prix? », *J.T.*, 2010, p. 375.

^{102.} Entr. Anvers (div. Anvers), 27 novembre 2020, N/20/01124, *inédit*.

^{103.} C. ALTER et A. LEVY MORELLE, « Fusions, acquisitions et restructuration de sociétés », in *Actualités en droit des sociétés et en droit fiscal*, Séminaire Vanham & Vanham, 3 avril 2014, n°s 28 et s.; Comm. Hainaut (div. Mons), 30 mars 2017, R.G. n° T/17/14, *inédit*; Comm. Bruxelles (fr.), 30 juin 2016, R.G. n° T/16/00067, *inédit*; Comm. Bruxelles (fr.), 22 octobre 2014, R.G. n° H/14.10163, *inédit*; Comm. Namur, 23 décembre 2013, R.G. n° A/13/01222, *inédit* et Comm. Nivelles, 16 janvier 2012, R.G. n° A/12/0084, *inédit*. Comm. Malines, 30 janvier 2012, *R.D.C.-T.B.H.*, 2012, pp. 519-521.

^{104.} Art. XX.87, § 3, CDE: « Le candidat offrant peut indiquer un ou plusieurs contrats en cours qui ne sont pas ceux conclus intuitu personae entre le débiteur et un ou plusieurs cocontractants qu'il souhaite reprendre intégralement, dettes du passé incluses, si son offre est acceptée. Dans ce cas, si la vente s'effectue conformément à l'article XX.90, l'offrant concerné sera subrogé de plein droit dans les droits du débiteur dans le ou les contrats qu'il a indiqué(s), sans que le cocontractant doive donner son consentement. Les dettes du passé découlant des contrats ainsi indiqués, pris en charge par l'acquéreur, ne sont pas considérées comme élément du prix au paragraphe 1^{er}, alinéa 3. »

^{105.} C. ALTER et A. LEVY MORELLE, « Fusions, acquisitions et restructuration de sociétés », in *Actualités en droit des sociétés et en droit fiscal*, Séminaire Vanham & Vanham, 3 avril 2014, n°s 28 et s.; Comm. Hainaut (div. Mons), 30 mars 2017, R.G. n° T/17/14, *inédit*; Comm. Bruxelles (fr.), 30 juin 2016, R.G. n° T/16/00067, *inédit*; Comm. Bruxelles (fr.), 22 octobre 2014, R.G. n° H/14.1016, *inédit*; Comm. Namur, 23 décembre 2013, R.G. n° A/13/01222, *inédit* et Comm. Nivelles, 16 janvier 2012, R.G. n° A/12/0084, *inédit*. Comm. Malines, 30 janvier 2012, *R.D.C.-T.B.H.*, 2012, pp. 519-521.

^{106.} Bruxelles, 3 janvier 2012, *R.D.C.-T.B.H.*, 2012/5, pp. 477-481; A. VAN HOE et S. BRIJS, « De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag: conceptuele en juridische knelpunten », *R.D.C.-T.B.H.*, 2012/5, pp. 408-409; A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 805-806.

Admettre le contraire reviendrait nécessairement à accepter la discrimination qui en découlerait entre d'une part, les créanciers concernés par cette reprise du passif¹⁰⁷ et, d'autre part, ceux qui ne le sont pas. Par voie de cause à effet, ceci aura aussi pour effet en pratique de violer le principe général de droit de l'égalité des créanciers en concours qui s'impose en cas de transfert. C'est pourquoi il y a lieu, selon nous, de considérer que la règle prescrite à l'article XX.87, § 3, vaut pour l'ensemble des dettes du débiteur et pas seulement pour celles découlant des contrats repris dans le cadre du transfert.¹⁰⁸

60. Nous l'avons vu, l'article XX.89 du CDE prévoit qu'à offres comparables, il faudra donner la priorité à celle(s) garantissant la « *permanence de l'emploi* ». En l'état actuel du droit belge et conformément à l'article XX.86, § 3, du CDE et à l'article 12 de la CCT n° 102, le candidat-repreneur est libre toutefois de décider quels employés seront repris. La Cour de justice de l'UE a décidé dans son arrêt dit *Plessers*¹⁰⁹ que cette possibilité laissée par la loi belge au candidat-offrant de ne pas reprendre l'ensemble des employés dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice était contraire au droit européen et plus particulièrement à la directive n° 2001/23/CE.¹¹⁰ L'objet de la présente contribution n'est cependant pas de revenir sur cet arrêt et ses implications sur la loi belge et nous renvoyons à cet égard aux nombreux

commentaires déjà publiés.¹¹¹ Pour être complet, il convient également de rappeler qu'une proposition de loi a été déposée le 21 octobre 2020¹¹² dont l'un des deux objectifs est d'adapter le droit belge du transfert sous autorité de justice à l'arrêt *Plessers*.¹¹³ Ce projet de loi sera très certainement intégré dans le projet visant à transposer une autre directive européenne, celle du 20 juin 2019¹¹⁴ sur la restructuration et l'insolvabilité.¹¹⁵

61. Dans l'attente de l'adaptation de la loi belge aux conséquences de l'arrêt *Plessers*, les cours et tribunaux belges ont continué d'appliquer le droit belge en l'état. Bien qu'ils aient à interpréter le droit national autant que possible de manière conforme au droit européen, cette obligation ne peut justifier une interprétation *contra legem*. En effet, une directive qui n'a pas d'effet direct ne peut à elle seule entraîner, dans un litige entre particuliers, l'écartement d'une norme nationale contraire.¹¹⁶

3.3. Remise en cause ultérieure du transfert

62. Bien que le transfert ait été autorisé et exécuté, certains pourraient souhaiter remettre celui-ci en cause. Il ne fait pas de doute que le jugement prononcé conformément à l'article XX.89 CDE est susceptible d'être réformé. La loi ne

^{107.} Ces créanciers seront plus que probablement des créanciers chirographaires. Un créancier privilégié a en effet un intérêt moindre à obtenir une reprise de sa créance par le candidat-offrant dès lors que, par définition, cette créance sera désintéressée par priorité en raison de la sûreté s'y attachant.

^{108.} A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 805-806; S. BRIJS et A. VAN HOE, « De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag: conceptuele en juridische knelpunten », *R.D.C.-T.B.H.*, 2012/5, pp. 408-409.

^{109.} C.J.U.E., 16 mai 2019, C-509/17, *Plessers*, ECLI:EU:C:2019:424.

^{110.} Directive n° 2001/23/CE du Conseil européen du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements (*J.O.*, 2001, L. 82/16, pp. 16-20).

^{111.} J. WILDEMEERSCH et R. AYDOGDU., « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne: une condamnation 'avec sursis' de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *J.L.M.B.*, 2019/27, pp. 1267-1279; N. OUCHINSKY, « Etat des lieux de l'application des règles européennes de reprise des travailleurs dans le cadre d'un transfert d'entreprise sous autorité de justice un an après l'arrêt *Plessers*: le pouvoir d'appréciation du juge national dans l'application du principe de l'interprétation conforme en droit social communautaire », *R.D.C.-T.B.H.*, 2020/6, pp. 815-83; A. ZENNER, « Cinquante nuances de gris dans le droit de l'insolvabilité. Dictionnaire raisonné des controverses d'interprétation subsistantes ou nouvelles », *R.D.C.-T.B.H.*, 2020/3, pp. 310-312; I. VEROUSTRATE et S. JACMAIN, « Premières réflexions critiques et pratiques suite à l'arrêt *Plessers* », *R.D.C.-T.B.H.*, 2019/4, pp. 544-552.

^{112.} *Doc. parl.*, Chambre, n° 55-1591/001.

^{113.} C. ALTER et Z. PLETINCKX, « La loi du 21 mars 2021 modifiant le Livre XX du Code de droit économique et le Code des impôts sur les revenus 1992 », *J.T.*, 2021, p. 371.

^{114.} Art. 34 de la directive sur la restructuration et l'insolvabilité.

^{115.} Directive (UE) n° 2019/1023 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) n° 2017/1132. Cette directive devait à l'origine être transposée dans le droit des Etats membres pour le 17 juillet 2021 au plus tard. La Belgique a toutefois obtenu un délai complémentaire, soit jusqu'au 17 juillet 2022. Au sujet de cette directive, voy. not. A. ZENNER, « La directive du 20 juin 2019 sur la restructuration préventive, la remise de dettes et les déchéances et l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes », *D.A.O.R.*, 2021/2, n° 138, pp. 25 et s.; M. VANMEENEN, « When the wind of change blows: Europa zet in op harmonisering van herstructureren in tweede kansbeleid », *R.D.C.-T.B.H.*, 2019/4, pp. 466 et s.; F. DE LEO, « Herstructureringsprocedures in België, Nederland en de richtlijn », *Tvl*, 2020/40, pp. 275 et s.; Y. BRULARD, « La nouvelle directive sur les restructurations: nouveaux défis pour les professionnels du chiffre et du droit – Nouvelles opportunités », *R.G.F.C.P.*, 2020, liv. 6, pp. 16-34 et B. DE MOOR, M. CALLEBAUT, F. TAIDELMAN, « Les procédures de réorganisation judiciaire de droit belge confrontées aux dispositions de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs », *D.A.O.R.*, 2018, liv. 128, pp. 25-62.

^{116.} Entr. Liège, 26 septembre 2019, *J.T.*, 2020/26, n° 6822, pp. 533-534; Entr. Gand (div. Termonde), 8 octobre 2020, *R.W.*, 2020-2021, liv. 24, p. 951. Dans ces deux décisions, le tribunal de l'entreprise a cependant refusé d'autoriser la vente en vertu de l'offre considérée, dès lors qu'il avait remarqué que celle-ci était contraire à l'art. 9 de la CCT n° 102. En vertu de cette disposition, en cas de transfert d'une entreprise sous autorité de justice dans le cadre d'une réorganisation judiciaire, les droits et les obligations à l'égard des travailleurs repris, résultant de leurs contrats de travail avec le débiteur et qui existent au moment du transfert sous autorité de justice, sont transférés au cessionnaire. Or, le tribunal constatait en l'espèce qu'il était prévu dans l'offre qu'une partie des obligations financières concernant le pécule de vacances et le 13^e mois serait assumé par le cédant, *pro rata temporis*.

précise cependant pas clairement quels sont les recours ouverts contre le jugement qui autorise le transfert, ni à quelles conditions et par qui ils peuvent être intentés. Tout au plus peut-on déduire de l'article XX.90 que l'appel est admis. L'alinéa 2 de cet article – visiblement lacunaire – précise en effet que « l'affaire est examinée, en urgence, à l'audience d'introduction ou à une audience proche » sans préciser de quelle affaire il s'agit.¹¹⁷ On déduit néanmoins, en prenant connaissance de l'alinéa qui suit, que cet alinéa 2 fait référence à l'appel, puisqu'il précise que l'acquéreur peut poursuivre la vente « *nonobstant l'appel* ».¹¹⁸ L'intention du législateur d'autoriser l'appel en matière de transfert d'entreprise ne fait ainsi aucun doute.¹¹⁹

63. Il convient également de considérer qu'en principe, une tierce-opposition peut être formée contre le jugement autorisant le transfert d'entreprise. En effet, bien que le prescrit de l'article XX.2 du CDE interdise qu'un appel ou une opposition soit introduit contre certaines décisions relatives aux réorganisations judiciaires¹²⁰, la doctrine considère néanmoins que la tierce-opposition reste ouverte contre ces mêmes décisions pour autant que soient respectées les conditions énoncées par le droit commun.¹²¹ *A fortiori*, la tierce-opposition sera elle aussi admise pour les décisions qui ne sont pas reprises à l'article XX.2, telle celle autorisant le

transfert sous autorité de justice et ce, pour autant qu'elle soit introduite par un tiers à la procédure de réorganisation judiciaire.¹²²

64. Au vu du presque silence de la loi en la matière, la récente affaire *Getronics* a constitué une occasion bienvenue de préciser les contours de ces recours. En l'espèce, la société *Getronics Belgium NV*, active dans la gestion de centre de données et de plates-formes IT, avait demandé le 9 septembre 2020 l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice. Le mandataire de justice avait retenu et présenté deux offres complémentaires au tribunal de l'entreprise. La première émanait de la société *Cegeka NV* et prévoyait la reprise de 10 contrats-clients, de 34 travailleurs, ainsi que les biens meubles et le savoir-faire y relatifs, pour un montant de 7.501 EUR. La seconde portait sur la reprise par la société *Connectis CMC Belgium BV* de 7 contrats-clients, de 77 travailleurs et les biens meubles relatifs à ces activités, pour un montant de 250.000 EUR.

65. Par jugement du 27 octobre 2020, le tribunal de l'entreprise néerlandophone de Bruxelles autorisa le transfert conformément aux offres présentées. Après avoir changé sa dénomination sociale (dorénavant « *Scinorteg* »),

^{117.} Cette rédaction incomplète de la disposition légale, dans laquelle un alinéa a manifestement été oublié, avait déjà fait l'objet de critiques au stade des travaux parlementaires. Voy. projet de loi portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises » dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au Livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre Ier du Code de droit économique, rapport de la deuxième lecture, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, p. 85.

^{118.} Art. XX.90, al. 3, CDE: « Si l'acquéreur souhaite procéder à l'exécution de la vente nonobstant l'appel, le mandataire de justice y accorde son entière collaboration sans encourir la responsabilité visée à l'article 1398 du Code judiciaire. »

^{119.} J. RASQUIN, « Art. XX.90 WER », in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, afl. 84, Malines, Kluwer, 2019, p. 294; M. VANMEENEN et S. JACMAIN, « La procédure de réorganisation judiciaire: something old, something new, something borrowed, something blue », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/3, p. 253; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Kluwer, 2019, p. 654; A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, p. 819.

^{120.} Ces décisions non susceptibles d'appel et d'opposition sont les suivantes: 1° les décisions des chambres d'entreprises en difficulté de communiquer le dossier d'un débiteur au procureur du Roi ou au (président du) tribunal sur pied de l'art. XX.29 CDE; 2° les décisions par lesquelles un juge délégué, un juge-commissaire ou un praticien de l'insolvabilité est nommé ou remplacé, à l'exception de l'ordonnance rendue sur pied de l'art. XX.39/1 CDE et statuant sur la demande de désignation d'un mandataire de justice chargé de faciliter la conclusion d'un accord amiable; 3° les décisions du juge-commissaire qui autorisent, conformément à l'art. XX.122, la remise ou l'abandon de la vente d'objets saisis; 4° les décisions du juge-commissaire qui autorisent la vente des effets ou marchandises appartenant à la faillite; 5° les jugements qui statuent sur les contestations relatives à la délivrance au failli, personne physique, et à sa famille des meubles et effets nécessaires à leur propre usage, ainsi que l'octroi de secours alimentaire au failli, personne physique, et à sa famille; 6° les jugements qui statuent sur les recours contre les décisions rendues par le juge-commissaire ou le juge délégué dans l'exercice de ses fonctions.

^{121.} G. DE LEVAL, « Conditions de la tierce opposition », in *Droit judiciaire*, t. 2, *Procédure civile*, vol. 2, *Voies de recours*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 461; A. ZENNER, J.-P. LEBEAU et C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 74 et 76; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Kluwer, 2019, p. 654; A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, p. 819.

^{122.} I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, 2019, Liège, Kluwer, 2019, pp. 80, et 444. Sous l'égide de la loi du 31 janvier 2009, voy. A. ZENNER, J.-Ph. LEBEAU et C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 73; S. BRIJS, « De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen », *T.R.V.*, 2009, p. 689; C. ALTER, *Continuité des entreprises: mode d'emploi*, Diegem, Kluwer, 2009, pp. 124 et s.; J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009, pp. 242 et s.; P. RAMQUET, « Un an d'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises – L'information, l'accord amiable et la réorganisation par accord, amiable ou collectif, des créanciers », in N. THIRION (dir.), *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire*, C.U.P., vol. 120, Limal, Anthemis, 2010, p. 108; H. GEINGER et P. VANLERSBERGHE, « De gerechtelijke reorganisatie: procedurele aspecten », in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON et M. VANMEENEN (dirs.), *Gerechtelijk reorganisatie – Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 143. En jurisprudence: Anvers, 5 janvier 2017, *N.J.W.*, 2018, p. 25, note J. WÆLKENS, « Derdenverzet tegen vonnis van opening procedure gerechtelijk reorganisatie », *Comm. Bruges* (div. Ostende), 8 avril 2013, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2013, p. 276. La question de savoir si ce même jugement est susceptible d'opposition est cependant plus discutée. Si une partie de la doctrine ne remet pas en cause cette possibilité (voy. J. RASQUIN, « Art. XX.90 WER », in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, afl. 84, Malines, Kluwer, 2019, p. 294; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité*, Liège, Kluwer, 2019, p. 654), certains ont déduit, par analogie avec l'art. XX.81 CDE, qu'un tel jugement n'était pas susceptible d'opposition (voy. A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, p. 819).

la société Getronics Belgium NV fit aveu de faillite dans la foulée. Différents recours furent par la suite introduits contre le jugement du 27 octobre 2020, tant par la curatelle que par certains travailleurs non repris. Nous les analysons ci-après.

3.3.1. Recours introduits par la curatelle

66. En ce qui concerne tout d'abord les recours introduits par les curateurs, ces derniers reprochaient en substance au tribunal d'avoir autorisé le transfert des actifs et activités de la société pour un prix qu'ils jugeaient dérisoire. Ils interjetèrent donc appel et, le même jour, introduisirent une tierce-opposition.¹²³

67. Dès lors que les curateurs avaient introduit deux recours concomitants et concurrents contre la même décision, la question était de savoir *en quelle qualité* ceux-ci intervenaient dans chacune des procédures. L'appel est en effet la voie de recours ouverte aux parties à la procédure de réorganisation judiciaire. À l'inverse, la tierce-opposition est, elle, réservée aux personnes qui n'étaient pas partie à l'instance, aux tiers donc.¹²⁴ À cet égard, on peut comprendre que la double casquette des curateurs puisse porter à confusion. Ils étaient chargés d'une part d'exercer les droits du failli à l'égard de tiers mais, d'autre part, ils représentaient également la masse dont ils devaient défendre les intérêts.¹²⁵

68. Défendant la recevabilité de leur tierce-opposition, les curateurs estimaient que le jugement autorisant le transfert méconnaissait les droits des tiers, en ce que le prix proposé par les candidats-repreneurs était insuffisant, causant ainsi un préjudice à la masse. Pour tenter de justifier leur qualité de tiers, les curateurs avaient argumenté qu'ils agissaient pour le compte de la masse des créanciers et non pour celui de la société. *A contrario*, c'était selon eux uniquement dans

l'hypothèse où le curateur « *intervient dans l'intérêt du failli qu'il ne peut être considéré comme tiers* ». ¹²⁶ Les curateurs précisaient également qu'ils n'agissaient pas non plus en tant que créancier individuel puisqu'ils tiraient leur pouvoir d'agir en justice de la loi et non de chacune des créances individuelles des créanciers. La curatelle estimait par conséquent qu'elle n'avait pas à prouver que les droits des créanciers avaient été fraudés pour que sa tierce-opposition soit recevable.¹²⁷

69. Dans son jugement du 22 février 2021, le tribunal de l'entreprise ne suivit cependant pas ces arguments et estima que la tierce-opposition formée par la curatelle était irrecevable. Selon le tribunal, le fait que les curateurs poursuivent la défense de l'intérêt collectif des créanciers ne suffisait pas à faire d'eux un tiers à la procédure de réorganisation judiciaire au sens de l'article 1122 du Code judiciaire.¹²⁸ Le tribunal estima en effet que ceci ne changeait pas le fait qu'avant toute chose les curateurs exerçaient les droits de la société faillie. La position des curateurs ne pouvait donc être complètement distinguée de la position du débiteur failli qui, lui, était naturellement partie *ab initio* à la procédure de réorganisation judiciaire.¹²⁹

70. Le tribunal estima au surplus que la curatelle échouait à démontrer que les conditions prévues à l'article XX.111 du CDE étaient réunies en l'espèce et que, par conséquent, le transfert ne pouvait pas être déclaré inopposable à la masse.¹³⁰ En conséquence de quoi, le tribunal rejeta la tierce-opposition dès lors que la curatelle ne pouvait être considérée comme une tierce-partie à la procédure, au sens de l'article 1122 du Code judiciaire.

71. Ce raisonnement doit à notre avis être approuvé. Il est en effet certain qu'une fois désignée, la curatelle agit, entre autres, en tant qu'organe de la société et remplace le conseil

^{123.} Ces deux recours avaient été introduits concomitamment par la curatelle sans que cette dernière ne les hiérarchise en précisant celui qui était introduit à titre principal et celui qui était introduit à titre conservatoire et subsidiaire. Bien que ce point n'avait pas formé l'objet des débats, cette absence de hiérarchisation doit être critiquée. Il est en effet certain qu'en cas de cumul ou de concours de recours, la juridiction de rang supérieur devra être saisie de manière subsidiaire et conservatoire et l'auteur de ce cumul devra préciser sans équivoque, à l'adresse de son adversaire et des juridictions saisies, l'articulation et la hiérarchie prévalant entre ses deux recours, à défaut de quoi son recours sera considéré comme irrecevable. Cet enseignement est logique et procède d'une exigence de sécurité juridique élémentaire. À défaut de préciser quel recours est formé à titre conservatoire et subsidiaire, il y a un risque que les deux juridictions saisies de recours aillent de l'avant et rendent des décisions contradictoires. Voy. G. CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 49, n° 77 et réf. citées en note (226); G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé – Les voies de recours (1993-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 145, n° 90; Mons, 14 décembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 254; Gand, 11 février 1998, *R.A.B.G.*, 2005, p. 241; Gand, 7 juin 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 243; Cass., 17 septembre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1364; Liège, 23 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 441.

^{124.} Ceux-ci devant également justifier d'un intérêt légitime (art. 1122 C. jud.).

^{125.} B. VANDER MEULEN, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Malines, Kluwer, 2021, p. 349.

^{126.} Traduction libre de: « *Enkel als de curator optreedt in het belang van de gefailleerde, kan hij niet als een derde worden beschouwd* »; Bruxelles, 18 juin 2021, 2020/AR/1542, 2021/AR/353, 2021/AR/413, 2021/AR/424, p. 33, *inédit*.

^{127.} Art. 1122, al. 2, 3°, C. jud.

^{128.} Voy. aussi Comm. Anvers, 7 juin 2015, *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 454.

^{129.} Entr. Bruxelles (nl.), 22 février 2021, Q/20/01036, Q/20/01056, Q/20/01058, *inédit*.

^{130.} Le tribunal remarquait en effet que la curatelle n'attaquait pas la décision de la société de réaliser le transfert mais seulement le jugement autorisant celui-ci. Aux yeux du tribunal, ce jugement ne pouvait cependant être considéré comme des « actes » ou des « paiements » au sens de l'art. XX.111 CDE. L'un des défendeurs en opposition avait également soulevé, à bon droit, le fait que la cessation des paiements avait été déterminée au 10 novembre 2020, alors que le jugement autorisant la vente datait du 27 octobre 2020, de telle manière que l'art. XX.111 du CDE n'était en tout état de cause pas applicable en l'espèce.

d'administration dans ses prérogatives. Ainsi se met en place une fiction juridique en vertu de laquelle il est considéré que la curatelle, en tant qu'organe de la société, a été dès le départ partie à la procédure de réorganisation judiciaire.

72. Les curateurs ont interjeté appel contre cette décision, de sorte que la cour d'appel de Bruxelles a eu *in fine* à juger tant de la recevabilité de la tierce-opposition que de celle de l'appel. Vu les liens étroits entre ces deux affaires, la cour décida d'en ordonner la jonction, dans un souci de bonne administration de la justice.

73. Dans son arrêt du 28 juin 2021¹³¹, la cour a tout d'abord analysé l'appel formé par la curatelle contre le jugement du 27 octobre 2020 autorisant le transfert. Conséquence de la décision du tribunal de l'entreprise rejetant la tierce-opposition¹³², la seule et unique voie de recours qui était ouverte aux curateurs contre le jugement ayant autorisé le transfert était l'appel. En l'espèce, les curateurs agissaient *qualitate qua* le débiteur failli et exerçaient le droit d'appel que celui-ci tirait de sa qualité de partie en première instance.¹³³ Les curateurs disposaient donc, ainsi qu'en a statué la cour d'appel, de la qualité requise pour interjeter appel.

74. Encore fallait-il cependant, pour que leur appel soit recevable, que les curateurs aient eu également un intérêt à agir, ce qui était contesté par les défendeurs. L'intérêt à interjeter appel suppose en effet que le jugement de première instance ait causé un préjudice à la partie appelante, auquel l'appel est susceptible de remédier.¹³⁴ Or, selon le raisonnement adopté par la cour d'appel, c'est la société Scinorteg qui sollicita l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire. Elle fut informée et entendue au sujet du transfert projeté, conformément au prescrit du Code de droit économique. A l'audience portant sur l'autorisation du transfert, elle déclara ne pas avoir de réserves à formuler par rapport au transfert tel que proposé. On ne pouvait donc décemment considérer qu'elle aurait été préjudiciée par le jugement autorisant le transfert qu'elle avait d'initiative sollicité. En conséquence, la cour conclut que les curateurs, qui ne disposent pas de plus de droits que le débiteur failli, ne justifiaient pas d'un intérêt à interjeter appel contre le jugement d'homologation du transfert et que par conséquent, leur appel contre le jugement du 27 octobre 2020 n'était pas recevable.

75. Dans un deuxième temps, la cour d'appel confirma aussi la décision du tribunal de l'entreprise qui déclarait irrecevable la tierce-opposition. Selon la cour, c'était en effet à bon droit que le tribunal de l'entreprise avait considéré que la société Scinorteg (anciennement Getronics), en faillite, était partie à la procédure ayant débouché sur le jugement autorisant le transfert de telle sorte que les curateurs ne pouvaient prétendre être des tiers à cette procédure. Ainsi, la cour d'appel estima que seul l'appel était ouvert aux curateurs comme voie de recours.

76. La cour ne suivit également pas l'argument des curateurs selon lequel leur tierce-opposition était exercée au nom de l'ensemble des créanciers dont les demandes devaient être « collectivées » au nom d'une résolution rapide et efficace de la procédure de faillite et d'un traitement égal des créanciers. Elle rappela en effet que la tierce-opposition n'est pas, en principe, ouverte aux créanciers du failli. Ce n'est « *qu'en cas de fraude de leur débiteur ou s'ils peuvent invoquer une hypothèque, un privilège ou tout autre droit distinct de leur droit de créance* » qu'elle le sera.^{135,136} Même dans ces hypothèses, ce seront toutefois les créanciers *individuellement* qui sont recevables à introduire une tierce opposition. Ainsi, la Cour concluait que les curateurs ne pourraient se fonder sur l'une de ces exceptions pour justifier leur tierce-opposition, dès lors que ceux-ci ne représentaient pas les intérêts individuels des créanciers. Si les curateurs souhaitaient se plaindre des conséquences du transfert dans un souci de défendre les intérêts de la masse, ils devaient alors nécessairement passer par la voie de l'appel, seule voie de recours leur étant ouverte.

3.3.2. Recours introduit par les travailleurs

77. S'agissant en premier lieu de la tierce-opposition introduite par les travailleurs, ces derniers l'estimaient recevable dès lors qu'ils n'avaient pas été formellement partie à la procédure de réorganisation judiciaire et que plusieurs de leurs droits avaient été préjudiciés par la décision autorisant le transfert. Ainsi, ils s'appuyaient d'une part, sur leur qualité de travailleurs-créanciers qui disposaient d'un gage général sur meubles en vertu de l'article 19, 3°, de la loi hypothécaire et, d'autre part, sur leur droit à l'information, à être

^{131.} Bruxelles, 28 juin 2021, 2020/AR/1542, 2020/AR/353, 2021/AR/413 et 2021/AR/424, *inédit*.

^{132.} Cette décision sera confirmée également par la cour d'appel ainsi que nous le verrons ci-après.

^{133.} C'étaient donc bien les droits du débiteur failli que les curateurs exerçaient en l'espèce et non les droits de la masse de faire déclarer inopposables certains actes accomplis par le failli avant le jugement déclaratif de faillite. Voy. Bruxelles, 18 juin 2021, 2020/AR/1542, 2021/AR/353, 2021/AR/413 et 2021/AR/424, p. 32, *inédit*.

^{134.} G. DE LEVAL, « L'appel », in *Droit judiciaire*, t. 2, *Procédure civile*, vol. 2, *Voies de recours*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 55.

^{135.} Art. 1122, 3°, C. jud.

^{136.} En ce qui concerne la tierce-opposition des travailleurs, cette disposition ne posait pas problème. En effet, les travailleurs disposent d'un privilège général sur les meubles de l'employeur failli. La cour a rappelé, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, que « *pour pouvoir faire tierce-opposition, il n'est pas nécessaire qu'ils démontrent que ce privilège sera effectif* » (traduction libre de: « *om derden verzet te kunnen instellen is niet vereist dat zij aantonen dat dit voorrecht effectief uitwerking zal hebben* »). Bruxelles, 28 juin 2021, 2020/AR/1542, 2020/AR/353, 2021/AR/413 et 2021/AR/424, p. 38, *inédit*.

consultés et à ne pas être discriminés en vertu de leur qualité de travailleurs.¹³⁷

78. Les travailleurs justifiaient par ailleurs leur intérêt à former pareille tierce-opposition en invoquant le fait qu'en tant que travailleurs non repris, il n'y avait pas assez d'actifs dans la masse pour les indemniser et qu'ils devraient se contenter de la protection prévue par le Fonds d'indemnisation des travailleurs. Ils prétendaient également avoir été forcés de constater la manière avec laquelle leur droit à l'information avait été violé tout au long de la procédure de réorganisation judiciaire.

79. Le tribunal remarqua premièrement que le fait que certains travailleurs avaient été invités à donner leur avis en leur qualité de représentants des travailleurs conformément à l'article XX.89 CDE ne suffisait pas à considérer que ces personnes n'étaient pas des tiers à la procédure.¹³⁸ Dans un deuxième temps, le tribunal estima cependant¹³⁹ que la violation alléguée par les travailleurs de leur droit à l'information ne permettait pas d'établir qu'ils avaient un intérêt à introduire une tierce-opposition et ce d'autant plus que cette violation était antérieure au jugement du 27 octobre 2020.

80. Le tribunal estima également que les travailleurs ne pouvaient s'appuyer sur le privilège général sur meuble qu'ils tiraient de l'article 19, 3°, de la loi hypothécaire dès lors qu'ils ne démontraient pas en l'espèce disposer réellement d'une telle créance. Cependant, s'agissant de l'argument de recevabilité basé sur une discrimination entre les travailleurs repris et non repris, le tribunal conclut que cette discrimination n'était pas établie en l'espèce. Ainsi, la tierce-opposition des travailleurs fut déclarée partiellement irrecevable, et infondée pour le surplus, dans le jugement du 22 février 2021.¹⁴⁰

81. 4 de ces 6 travailleurs interjetèrent appel contre cette décision. Ce recours fut joint à celui des curateurs et tranché, lui aussi, dans l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 28 juin 2021.

82. La société faillie Scinorteg, les sociétés acquéreuses et le mandataire de justice avançaient que la tierce-opposition de ces 4 travailleurs était irrecevable, au motif qu'ils auraient été parties à la réorganisation judiciaire. En effet, conformément au prescrit de l'article XX.89, § 1^{er}, alinéa 2, du CDE, les représentants des travailleurs au sein du conseil d'entreprise avaient été entendus par le tribunal de l'entreprise

amené à se prononcer sur la demande d'autorisation du transfert. Les travailleurs auraient, de la sorte, été représentés dans le cadre de la procédure.

83. La cour d'appel – de même que le juge de première instance – refusa néanmoins de faire sien ce raisonnement. En l'espèce, la cour remarqua en effet que les 4 travailleurs exerçaient, avant le transfert, un mandat effectif de représentants des travailleurs au sein du conseil d'entreprise de la société Scinorteg. Ils avaient été invités à être entendus par le tribunal par un e-mail du mandataire de justice daté du 20 octobre 2020, soit 2 jours avant l'audience. L'un d'eux s'y était effectivement rendu. Toutefois, selon la cour d'appel, sa présence à l'audience en tant que représentant des travailleurs au sein du conseil d'entreprise ne conférait pas à ce travailleur – ni aux autres – la qualité de *partie* à la procédure de réorganisation. La cour confirma dès lors le fait que les 4 travailleurs étaient bel et bien des tiers à la procédure de réorganisation judiciaire au sens de l'article 1122 du Code judiciaire.

84. La cour rappela ensuite qu'il n'était pas contesté que les travailleurs ayant interjeté appel étaient des créanciers du failli.¹⁴¹ Cependant, pour rappel, l'article 1122, alinéa 2, 3°, du Code judiciaire dispose que la tierce-opposition n'est ouverte aux créanciers qu'en cas de fraude de leurs droits ou s'ils peuvent se prévaloir d'une hypothèque, d'un privilège ou de tout autre droit distinct de leur droit de créance. Or, en l'espèce, la cour constatait que les travailleurs bénéficiaient d'un privilège général sur les meubles conformément à l'article 19, 3°, de la loi hypothécaire et que, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, « *pour pouvoir former tierce-opposition, il n'est pas nécessaire qu'ils démontrent que ce privilège produira effectivement des effets* ». ¹⁴²

85. Il convenait cependant d'établir, pour que le recours des travailleurs soit recevable, qu'une troisième condition était rencontrée, à savoir que le jugement attaqué préjudiciait leurs droits.

86. Les travailleurs prétendaient que tel était le cas en l'espèce. Selon eux, la réformation du jugement autorisant le transfert ne pouvait conduire à l'annulation du transfert déjà exécuté. Seule l'*autorisation* en tant que telle serait annulée, de sorte que le transfert ne serait plus régi par les dispositions spécifiques du Livre XX du CDE mais par les règles de droit commun prévues par la CCT 32*bis* et la directive n° 2001/

^{137.} Certains des travailleurs qui avaient formé tierce-opposition étaient également représentants des travailleurs et siégeaient au comité d'entreprise.

^{138.} Voy. K. WAGNER, « Commentaar bij art. 1122 Ger. W. », *O.G.R.*, 2002, p. 171, selon lequel une personne ne pourra être considérée comme partie à une procédure qu'à partir du moment où elle formule une demande ou qu'une demande est formulée à son encontre.

^{139.} Sans pour autant vérifier au fond si cette violation du droit à l'information des travailleurs était fondée.

^{140.} Entr. Bruxelles (nl.), 22 février 2021, Q/20/01036, Q/20/01056, Q/20/01058, *inédit*.

^{141.} Ceci ressortait des déclarations de créance déposées par ces travailleurs.

^{142.} Traduction libre de: « *om derden verzet te kunnen instellen is niet vereist dat zij aantonen dat dit voorrecht effectief uitwerking zal hebben* ». Bruxelles, 28 juin 2021, 2020/AR/1542, 2020/AR/353, 2021/AR/413 et 2021/AR/424, p. 38, *inédit*.

23. En application de celles-ci, tous les contrats de travail devraient être repris par les cessionnaires, en ce compris ceux qui n'auraient pas été repris dans le cadre du transfert sous autorité de justice. En bref, les travailleurs estimaient qu'une réformation du jugement du 27 octobre 2020 amènerait à une amélioration substantielle de leur situation.

87. Les intimés en appel estimaient cependant que cette argumentation défendue par les travailleurs ne pouvait être suivie dès lors qu'elle reposait sur une mauvaise compréhension des effets juridiques du jugement du 27 octobre 2020 qui avait autorisé le transfert. La cour d'appel partageait également cet avis.

88. Elle rappela ainsi que les conventions de transfert étaient très claires en ce sens qu'elles étaient soumises à l'approbation préalable qui devait être donnée par le tribunal conformément à l'article XX.89 du CDE. Ainsi, l'annulation

du jugement du 27 octobre 2020 ne pouvait certainement pas permettre aux travailleurs non repris de récupérer leurs emplois respectifs. Au contraire, en cas d'annulation du jugement autorisant le transfert, ceci signifierait purement et simplement que ce dernier était également annulé. Cela impliquerait une restitution réciproque dans le chef des parties, le prix de vente devant être remboursé aux repreneurs et les contrats transférés ainsi que les travailleurs repris tomberaient alors dans la masse faillie. Le sort des demandeurs en tierce-opposition n'aurait donc absolument pas été amélioré par la réformation de ce jugement du 27 octobre 2020, bien au contraire.

89. La cour d'appel confirma ainsi le jugement de première instance en ce qu'il avait estimé que la tierce-opposition, à défaut d'intérêt dans le chef des travailleurs, était irrecevable.

4. DISCUSSION

90. Plusieurs enseignements peuvent être tirés des décisions analysées ci-dessus quant au rôle du tribunal dans le cadre du transfert sous autorité de justice, son pouvoir d'appréciation au moment d'autoriser ou non le transfert et enfin, quant aux possibilités de remettre en cause le jugement autorisant le transfert.

91. S'agissant tout d'abord du rôle du tribunal, nous avons vu que depuis 2018, c'était à nouveau à celui-ci qu'il revient de sélectionner la meilleure des offres parmi celles récoltées par le mandataire de justice. Ce dernier se voit ainsi réserver un rôle d'exécutant qui devra récolter l'information, obtenir des offres et enfin exécuter le transfert s'il est autorisé.

92. Il faut saluer le choix du législateur de confier – à nouveau – au tribunal le soin de décider quelle offre sera retenue. D'une part, il est remarquable que le rôle de contrôle de la procédure d'insolvabilité qui revient au juge de l'insolvabilité s'inscrive en fil rouge tout au long du Livre XX.¹⁴³ Il était donc normal que ce soit lui également qui détermine quelle offre devra être retenue. D'autre part, la position du mandataire de justice pouvait se révéler particulièrement inconfortable dans certaines situations. Certes, on ne relève aucune difficulté d'appréciation particulière lorsque l'objet est le même pour les différentes offres et qu'elles se différencient seulement par leur prix. La question est tout autre lorsque les offres se différencient également par leur objet (quels

actifs ou dettes et le nombre de membres du personnel – tous ou seulement une partie – repris?). Dans ce cas, la position du mandataire de justice est beaucoup plus inconfortable et il était plus judicieux de laisser le tribunal statuer sur l'offre qui, en définitive, apparaît comme la meilleure au regard des différents objectifs que poursuit le transfert d'entreprise.

93. Il est également certain que ce renforcement du rôle du tribunal va dans le sens de l'évolution du droit européen de l'insolvabilité. Il est en effet remarquable que l'article 25 de la directive de 2019 sur la restructuration et l'insolvabilité, prévoit que les Etats membres veilleront à ce que les magistrats « *reçoivent une formation appropriée et disposent de l'expérience nécessaire eu égard à leurs responsabilités* ». Conscient de l'importance économique que les procédures d'insolvabilité soient traitées efficacement et rapidement, le législateur européen a ainsi eu à cœur d'encourager les Etats membres à placer au cœur des procédures d'insolvabilité, pour en assurer une meilleure efficacité des magistrats spécialisés et qui auront été formés à cet effet.¹⁴⁴

94. Est-ce pour autant que le mandataire verrait son rôle limité à celui d'un simple exécutant qui, une fois la vente autorisée par le tribunal, devra la mettre en œuvre? Certes non. Dans le cadre de son mandat, le mandataire aura collecté les informations et la documentation et établi un cahier des charges, généralement après avoir rencontré le débiteur.

¹⁴³ V. FREMAT, S. BERG, G. DE SAUVAGE et J.-F. GOFFIN (eds.), *Continuïteit van ondernemingen. Artikelsgewijze commentaar*, Anvers, Intersentia, 2018, p. 22: « *Het beschikkingsbeginsel wordt aldus in deze context (gedeeltelijk) opzijgeschoven voor de collectieve belangen die de insolventieprocedure tracht te beschermen. Dit is in lijn met de meer actieve rol die de rechter toebedeeld krijgt in een insolventieprocedure. De insolventierechter dient actief op zoek te gaan naar de meest geschikte weg voor de onderneming in moeilijkheden.* »

¹⁴⁴ C.-G. PAULUS et R. DAMMANN (eds.), *European preventive restructuring. Directive (EU) 2019/1023 – Article by article commentary*, Oxford, Beck/Hart/Nomos, 2021, p. 275.

Il aura aussi cherché des offres de manière proactive, se sera entretenu avec les candidats-repreneurs, aura discuté du contenu de leur offre voire les aura incités à l'amender en vue de la présenter au tribunal. En d'autres mots, le mandataire sera la personne qui au moment de statuer sur une offre, disposera de la meilleure compréhension possible de la situation d'ensemble du débiteur et pourra aider le tribunal en l'éclairant sur les avantages et inconvénients de chacune des offres soumises.¹⁴⁵

95. Revenant ensuite sur la marge d'interprétation qui revient au juge au moment d'autoriser ou non le transfert, nous avons vu que le législateur a clairement hiérarchisé les critères à prendre en compte. Le transfert devra avant toute chose pérenniser sur le long terme l'activité économique du débiteur éprouvant des difficultés financières. Corollaire de ce premier critère, le juge devra également veiller à maximiser la reprise de l'emploi et privilégier l'offre garantissant celui-ci. Dans un troisième temps, le juge devra veiller aux intérêts des créanciers bien qu'en tout état de cause, il ne pourrait en principe autoriser un transfert pour un prix dérisoire, c'est-à-dire, selon la loi, inférieur à la valeur de réalisation des actifs en cas de discontinuité.

96. Deux enseignements principaux peuvent être tirés des décisions analysées sous la section 3. D'abord, il est remarquable qu'au moment d'évaluer la meilleure offre, le tribunal devra avoir égard à la situation d'ensemble pour tenter de déterminer le meilleur projet économique et ce dans la durée. Il revient donc au juge de s'assurer que le projet proposé soit réaliste. Ainsi, dans le cadre de la procédure de réorganisation judiciaire de Neckermann, le tribunal a choisi l'offre qui lui semblait la plus à même d'assurer la pérennité de l'activité économique alors même que l'offre délaissée se proposait de reprendre l'ensemble des travailleurs, au contraire de l'offre choisie. Certes, au premier abord, on pourrait penser que le transfert a été réalisé en contradiction avec l'article XX.89, § 1^{er}, qui dispose qu'en « *cas de pluralité d'offres comparables, la priorité est accordée par le tribunal à celle qui garantit la permanence de l'emploi par un accord social* ». Il est cependant certain que si l'offre finalement retenue par le tribunal au motif qu'elle proposait de reprendre plus de travailleurs, n'était pas viable économiquement, ces emplois n'auraient en réalité été sauvés que pour une courte durée. C'est pourquoi nous pensons que la solution du tribunal de l'entreprise du Brabant wallon doit être approuvée. Elle nous paraît la plus en ligne avec l'objectif du législateur qui est de garantir sur le long terme, la survie des activités économiques des entreprises et d'un maximum d'emplois.

97. Ensuite, il convient également d'avoir égard avec une certaine souplesse au critère du prix minimal de l'offre

édicte par l'article XX.87 CDE. Certes, les objectifs de sauvegarde de l'emploi et du maintien de l'activité économique ne peuvent justifier le fait qu'un tribunal accepte une offre alors qu'elle serait proposée à un prix dérisoire. Nous pensons toutefois que le juge ne doit pas considérer ce critère comme un simple chiffre en dessous duquel le prix offert ne pourrait descendre à défaut de quoi elle serait rejetée presque automatiquement. Ainsi, le juge devra se poser la question de savoir si l'évaluation des actifs est correcte et si d'autres circonstances qui justifieraient un prix plus bas ne doivent pas être prises en compte. Nous pensons notamment au fait que le débiteur serait depuis de nombreuses années à la recherche d'un repreneur, aux circonstances économiques incertaines qui entourent le secteur d'activité concerné, mais aussi, comme dit ci-dessus, au fait que le projet économique global porté par l'offre soit évalué dans son ensemble.

98. En ce qui concerne les voies de recours ouvertes contre le jugement autorisant le transfert, l'affaire *Getronics* a été l'occasion de rappeler certains principes. Ainsi, les curateurs peuvent uniquement introduire un appel contre ce jugement dès lors qu'en tant qu'organe de la société, ils n'ont pas la qualité de tiers.

99. Il ressort aussi des décisions rendues dans le cadre de ce transfert que le jugement autorisant le transfert sous autorité de justice auquel le débiteur a consenti ne pourra être que difficilement remis en cause par la suite par le curateur. Ce dernier, qui agira dans l'intérêt de la masse, devra en effet démontrer que le transfert aurait causé un grief à la masse des créanciers et que ce grief est susceptible d'être réparé en cas d'annulation du transfert. Une telle démonstration nous semble peu probable en pratique. Nous rappelons d'ores et déjà que l'article XX.87, § 1^{er}, alinéa 3, impose que « *le prix offert pour l'ensemble des actifs vendus ou cédés [soit] égal ou supérieur à la valeur de réalisation forcée estimée en cas de faillite ou liquidation* », sans quoi l'offre ne peut être prise en considération.

100. Il conviendrait donc que la cour d'appel soit persuadée qu'une meilleure offre puisse être obtenue, en raison, par exemple, du fait qu'elle estimerait que la valorisation des actifs du débiteur était erronée. Ainsi, les cas dans lesquels l'intérêt de la masse serait mieux servi par la réformation du jugement d'homologation que par son maintien sont voués à rester exceptionnels, voire inexistantes.

101. Il est également certain qu'il sera difficile pour des tiers, en l'espèce des travailleurs non repris, de remettre en cause le transfert. Ceux-ci devraient en effet pouvoir démontrer qu'une meilleure offre, garantissant leur emploi, aurait pu être obtenue. A nouveau, une telle démonstration nous semble en pratique peu probable.

¹⁴⁵ I. VEROUĞSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Kluwer, 2019, p. 596.

102. Au-delà de leurs considérations juridiques qui doivent être approuvées, l'esprit des décisions rendues dans l'affaire *Getronics* doit également être salué. On ne peut en effet admettre que le transfert, alors qu'il a été exécuté, puisse être facilement remis en cause après coup. Cela irait à l'encontre des notions les plus élémentaires de sécurité juridique. Il est au surplus certain que le mécanisme du transfert sous autorité de justice perdrait en attrait et en efficacité s'il était admis que le transfert puisse être facilement remis en cause. La perspective d'une annulation *a posteriori* créera une insécurité juridique qui pourrait être de nature à décourager le recours à ce mode de restructuration. C'est pourquoi il convient selon nous d'accueillir avec circonspection d'éventuels recours et de ne les accueillir que dans la mesure où le jugement autorisant le transfert serait fondé sur des raisons manifestement inadéquates. On pense par exemple à une évaluation des actifs grossièrement erronée ou encore à une connivence frauduleuse entre le débiteur et le repreneur.

5. CONCLUSION

104. Introduit au sein de l'arsenal législatif belge par la loi sur la continuité des entreprises de 2009, le transfert sous autorité de justice est un mécanisme innovant qui se pose comme dernière alternative avant la faillite et dont l'objectif est d'assurer le maintien des activités.

105. Le rôle que jouera le mandataire de justice dans ce processus ne doit pas être négligé. C'est lui qui devra rassembler les informations sur le débiteur et ses activités, organiser la collecte des offres et les présenter au tribunal. C'est cependant à ce dernier que revient *in fine* la tâche d'autoriser ou non le transfert ainsi qu'en a décidé le législateur en 2018 en lui confiant à nouveau cette mission. Ce choix législatif va dans le sens d'une volonté, tant au niveau belge qu'à l'échelon européen, d'avancer vers une magistrature de l'insolvabilité spécialisée et pragmatique.

106. Dans l'exercice de sa mission, le tribunal devra veiller à ce que les trois critères/objectifs définis par la loi soient bien respectés par l'offre qu'il entend retenir. La jurisprudence analysée dans le cadre de la présente contribution l'a montré: les juges n'hésitent pas à adopter un rôle proactif

103. L'affaire *Getronics* illustre également qu'il serait dans l'intérêt de la sécurité juridique que le législateur précise explicitement à l'occasion de la réforme à venir du Livre XX quelles voies de recours sont ouvertes et à quelles conditions elles peuvent être introduites. A cette fin, il pourrait trouver une inspiration dans l'article XX.81 du CDE qui détaille précisément qui peut introduire quel type de recours contre un jugement d'homologation d'un accord collectif. On peut y lire que ce jugement n'est pas susceptible d'opposition et que le débiteur ne peut former appel qu'en cas de rejet de l'homologation. En outre, les parties intervenues durant la procédure par voie de requête peuvent former appel contre l'homologation. A. Zenner propose d'ailleurs de compléter les lacunes de l'article XX.90 du CDE en appliquant l'article XX.81 par analogie à la matière du transfert sous autorité de justice.¹⁴⁶

dans ce cadre et refusent d'être les simples réceptacles des offres récoltées par le mandataire de justice. Ainsi, un tribunal peu convaincu par la viabilité économique d'une offre n'hésitera pas à la laisser de côté et à lui préférer une autre offre, quitte à ce qu'un moins grand nombre de membres du personnel soient repris.

107. En définitive, le tribunal devra être convaincu que l'offre qu'il accepte soit à même de garantir la continuité à moyen terme des activités reprises. A défaut, il la rejettera même si cela signifie l'échec du transfert, à défaut d'autre offre.

108. La volonté d'assurer le maintien des activités et le souci de la sécurité juridique justifient également que le transfert ne pourra être remis en cause après avoir été exécuté que si de graves erreurs d'appréciation ont été commises. Ce n'est donc que si le juge appelé à statuer sur la remise en cause d'un transfert est convaincu que son annulation pourrait améliorer la situation économique des personnes qui s'en plaignent qu'il y fera droit.

^{146.} A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Anthemis, Limal, 2019, pp. 819-820.