

Editorial^(*)

Quousque tandem abutere, Europa, patientia nostra ?

Roman Aydogdu⁽¹⁾

Longtemps, le droit des entreprises en difficulté est resté à l'écart - on devrait dire : à l'abri - des impérieuses nécessités du Marché unique. Le droit international privé de l'insolvabilité est certes harmonisé depuis le Règlement 1348/2000 (devenu entretemps 2015/848 - on est loin de la pérennité de la Loi des Douze Tables, même si quinze ans équivalent à une ère géologique pour le droit dérivé économique) mais le droit matériel résistait, encore et toujours, à l'envahisseur.

Qu'on ne s'y méprenne pas : le droit belge des entreprises en difficulté est une œuvre perfectible - et les réformes à répétition de ces quinze dernières années n'ont pas réduit, tant s'en faut, la marge de progression, dans une discipline qui aurait pourtant mérité le soin légistique récemment apporté au droit des groupements. Mais on ne peut lui refuser un bilan "globalement positif", façon Georges Marchais, tant pour la liquidation que pour le redressement des entreprises : elles bénéficient d'un cadre législatif adapté à notre économie (très majoritairement composée de PME) et à nos équilibres sociaux (empreints d'un volontarisme en faveur du maintien de l'activité comme du volume de l'emploi), et, surtout, exempt du leurre qui prête à la justice économique plus de vertus qu'aux solutions élaborées par les opérateurs économiques.

Hélas, trois fois hélas, par l'effet du droit dérivé, notre droit des entreprises en difficulté s'en va à la dérive - si, du moins, l'État belge ne néglige pas plus longtemps son devoir de mise en conformité au droit de l'Union, spécialement à deux Directives qu'il est en défaut de transposer.

La première n'est pas récente. Il s'agit de la Directive 2001/1023, dont les exigences sont d'autant moins

neuves qu'elle codifie, pour ce qui relève de mon propos, la jurisprudence développée durant trente ans par la Cour de justice au sujet de la Directive 77/187. *Brevitatis causa* : l'exigence du maintien de l'intégralité des contrats de travail en cas de transfert d'une entreprise (articles 3 et 4 de la Directive) cède-t-elle le pas à l'impératif de sauvetage de l'activité économique lorsque cette entreprise est en difficulté ? La Directive ouvre la faculté de faire exception au maintien des contrats de travail en cas de faillite mais également, dans la plus pure novlangue orwellienne, en cas de "*procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente*" (article 5.1.).

On avait cru - plutôt : voulu croire - que la "réorganisation judiciaire par transfert d'entreprise sous autorité de justice" (l'Union n'a pas le monopole de la novlangue), introduite par la loi du 31 janvier 2009 et aujourd'hui régie par les articles XX.84 et suivants du Code de droit économique ("CDE"), relevait de cette exception. De là, le cessionnaire n'est pas tenu à la reprise de l'ensemble du personnel dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice mais peut opérer un choix, qui doit être dicté par des raisons techniques, économiques ou organisationnelles et s'effectuer sans différenciation interdite (article XX.86, § 3, CDE et article 12 de la convention collective de travail n° 102*bis*). Las ! Par un arrêt *Plessers* du 16 mai 2019, la Cour de justice en a décidé autrement, jugeant - à juste titre - que le transfert sous autorité de justice vise principalement la poursuite de l'activité (la sauvegarde du caractère opérationnel de l'entreprise) et non la liquidation des biens de l'entreprise (la maximisation du désintéressement des créanciers).

* Prise de position personnelle de l'auteur.

1. Professeur ULiège, avocat au barreau de Liège (Mosal).

Cela fait maintenant plus de trois ans que l'État belge est confronté à l'obligation de mettre fin à cette transposition irrégulière, qui le place devant un choix impossible : maintenir un encadrement social pragmatique pour le transfert d'entreprise sous autorité de justice, qu'il faudra regrettamment dénaturer en procédure de liquidation, ou condamner pour l'avenir le transfert d'entreprise, procédure qui restera lettre morte si le cessionnaire est tenu de reprendre l'intégralité des contrats de travail (sauf à justifier des exceptions strictes portées par l'article 4 de la Directive).

Ce n'est toutefois pas que par l'effet, indirect, du droit social européen, que notre droit des entreprises en difficulté se trouve menacé : il est en effet sous le coup, cette fois direct, de la Directive 2019/1023, qui a notamment pour objet l'harmonisation des "cadres de restructuration préventive" et implique dès lors une réforme de nos procédures de restructuration du passif (principalement, la réorganisation judiciaire par accord collectif). Après avoir usé de la prolongation d'un an du délai de transposition, l'État belge se trouve, depuis le 17 juillet 2022, en défaut de transposition de cette Directive également - un sans-faute, donc.

La Directive 2019/1023 démontre, par l'absurde, les vertus de notre droit actuel, qui repose sur trois piliers dont nul n'avait jusqu'ici songé à se plaindre : un petit nombre de règles simples, un juge bouche-de-la-loi et - conséquence des deux premiers - une large autonomie des opérateurs économiques. On pourrait multiplier à l'infini les exemples de dispositions outrageusement byzantines dans la Directive, qui ouvrent la voie à une judiciarisation débridée de la réorganisation judiciaire; je m'en tiendrai à deux.

Notre sursis implique, avec quelques tempéraments, une immunité du débiteur en réorganisation à l'égard de toutes initiatives prises par tous créanciers (article XX.50 CDE). La règle peut être fruste et avoir à l'occasion un "effet domino" sur certains créanciers eux-mêmes fragilisés, mais on ne peut lui nier les mérites, sans prix, de la simplicité et de la prévisibilité. D'une manière diamétralement opposée, l'article 6.4. de la Directive prévoit quant à lui que "les États membres peuvent exclure certaines créances ou catégories de créances du champ d'application de la suspension des poursuites individuelles dans des circonstances bien définies, lorsque cette exclusion est dûment justifiée et lorsque (i) les poursuites ne risquent pas de compromettre la restructuration de l'entreprise ou (ii) la suspension est susceptible de causer un préjudice excessif aux créanciers concernés" (par exemple, selon le considérant 34, des pertes non indemnisées ou la dépréciation de sûretés). L'article 6.9., c) ouvre

la possibilité d'une levée anticipée des poursuites individuelles sur la base de mêmes critères. Si l'État belge devait faire usage de cette possibilité, le périmètre du sursis se trouverait à l'avenir suspendu, d'une manière nécessairement variable d'une procédure à l'autre (et d'un for à l'autre, selon la politique juridictionnelle du cru), à une décision judiciaire fondée sur des critères dont le libellé camoufle maladroitement le caractère discrétionnaire.

Je ne voudrais toutefois pas préjuger de la sagesse du Parlement, qui s'abstiendra peut-être de faire usage de la faculté offerte par la Directive. Nous ne pourrions cependant pas échapper aux mesures que la Directive impose aux États et qui souffrent des mêmes tares.

Depuis 2009, le pouvoir de refuser l'homologation d'un plan collectif adopté par les créanciers a été délibérément réduit à peau de chagrin : l'inobservation des formalités légales et la violation de l'ordre public (article XX.79, § 3, al. 1, CDE). Le juge ne doit donc assurer aucun contrôle de nature économique : cette appréciation relève exclusivement des créanciers appelés à voter le plan et à en subir les conséquences, qui sont à l'évidence les plus à même d'en juger (en vérité, les seuls). Ici encore, la Directive prend le contre-pied de ce respect élémentaire de l'autonomie des opérateurs économiques : il faudra désormais non seulement que "les autorités judiciaires ou administratives puissent refuser de valider un plan de restructuration si ce dernier n'offrait pas une perspective raisonnable d'éviter l'insolvabilité du débiteur ou de garantir la viabilité de l'entreprise" (article 10.3.), mais encore qu'elles vérifient que "lorsqu'il y a des créanciers dissidents, le plan de restructuration satisfait au critère du meilleur intérêt des créanciers" (article 10.2., al. 1, d)). L'hubris judiciaire (et l'insécurité juridique la plus complète) est d'ores et déjà promise à des sommets avec ce dernier critère, que la Directive définit (encore que Portalis n'eût pas appelé ceci une définition) comme "un critère qui vérifie qu'aucun créancier dissident ne se trouve dans une situation moins favorable du fait du plan de restructuration que celle qu'il connaîtrait si l'ordre normal des priorités en liquidation établi par le droit national était appliqué, soit dans le cas d'une liquidation, que cette dernière se fasse par distribution des actifs ou par la cession de l'entreprise en activité, soit dans le cas d'une meilleure solution alternative si le plan de restructuration n'était pas valide" (article 2.1.6).

La conclusion, comme l'exorde, ira au Cicéron des Catilinaires : *Quamdiu etiam furor iste tuus nos eludet ?*