
Le prepack plan en droit belge : analyse et commentaire de l'article XX.39/1 du Code de droit économique

Auteur : Remy, Mathias

Promoteur(s) : Aydogdu, Roman

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en droit économique et social

Année académique : 2021-2022

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/14707>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

***Le prepack plan* en droit Belge : analyse et commentaire de
l'article XX. 39/1 du Code de droit économique**

Mathias Remy

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit économique et social

Année académique 2021-2022

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Roman AYDOGDU

Professeur et avocat

RESUME

L'entrée en vigueur de la loi du 21 mars 2021 a modifié le Code de droit économique et plus particulièrement la matière du droit des entreprises en difficulté. L'enjeu principal de cette réforme vise à adapter cette branche du droit des affaires à la crise que nous traversons. En effet, parmi les différentes dispositions que compte cette loi, se trouve le nouvel article XX.39/1 du Code de droit économique. Ce texte a pour objet d'incorporer dans le droit Belge un mécanisme dit de *prepack* qui consiste en l'élaboration d'accords préparatoires permettant la réalisation d'une procédure de réorganisation judiciaire accélérée par accord amiable ou collectif.

Notre exposé s'articulera, après une contextualisation, autour de l'analyse et du commentaire de cette nouvelle procédure de *prepack*. Par ailleurs, l'étude visera également à comparer ce nouveau mécanisme à ses homologues de droit anglais et français.

Enfin, l'impact de la directive 2019/1023 sur la matière ainsi que les perspectives de droit belge seront brièvement évoqués.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier mon promoteur, le Professeur Roman Aydogdu pour ses conseils mais également pour l'autonomie qu'il m'a laissée lors de la rédaction de ce travail.

Je tiens également à remercier ma famille pour le soutien apporté tout au long de mes études.

Table des matières

INTRODUCTION	9
I.- MISE EN CONTEXTE.....	10
A.- APERÇU HISTORIQUE DE L'ÉVOLUTION DES OBJECTIFS DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ	10
1) <i>La banca rota italiana</i>	10
2) <i>Le Code de commerce de 1807</i>	11
3) <i>Les lois coordonnées du 25 avril 1946 et les lois du 8 et 17 août 1997</i>	12
4) <i>De nos jours</i>	13
B.- LA PANDEMIE	14
C.- DEUX CONSTATS POUR UNE SOLUTION	16
II.- LA PROCEDURE DE PREPACK PLAN ET LA REORGANISATION JUDICIAIRE ACCELEREE DANS LE CODE DE DROIT ECONOMIQUE	18
A.- ELEMENTS INTRODUCTIFS	18
1) <i>Le prepack</i>	18
B.- ETAT DES LIEUX AVANT L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA LOI DU 21 MARS 2021	19
C.- PROCESSUS D'ADOPTION	21
1) <i>Proposition initiale du 10 juin 2020</i>	21
2) <i>Amendements n°6 et n°7 du 29 janvier 2021</i>	21
3) <i>Amendement n° 27 du 12 février 2021</i>	22
4) <i>Amendement n° 28 du 23 février 2021</i>	23
D.- ANALYSE ET COMMENTAIRE DE L'ARTICLE XX. 39/1 DU C.D.E.	23
1) <i>Paragraphe 1^{er}</i>	23
2) <i>Paragraphe 2</i>	25
3) <i>Paragraphe 3</i>	26
4) <i>Paragraphe 4</i>	28
5) <i>Paragraphes 5 et 6</i>	29
6) <i>Les paragraphes 5 et 6 de l'article XX. 46 du C.D.E.</i>	30
7) <i>Paragraphes 8 et 9</i>	30
E.- BREVE CONCLUSION.....	31
III.- ETUDE COMPARATIVE.....	32
A.- LA FIGURE DU SCHEME OF ARRANGEMENT DE DROIT ANGLAIS	32
1) <i>Considérations introductives</i>	32
2) <i>Mise en œuvre</i>	34
B.- LE PREPACK BELGE AU REGARD DU SCHEME OF ARRANGEMENT	36
1) <i>Conditions d'entrée et finalité</i>	36
2) <i>Le mandataire de justice et la protection face aux créanciers</i>	37
3) <i>Le rôle du tribunal</i>	37
4) <i>Effets</i>	38
C.- LA PROCÉDURE DE SAUVEGARDE ACCÉLÉRÉE DE DROIT FRANÇAIS	38
1) <i>Considérations introductives</i>	38
2) <i>Mise en œuvre</i>	39
D.- LE PREPACK BELGE AU REGARD DE LA PROCEDURE DE SAUVEGARDE ACCELEREE.....	41

1) <i>Conditions d'application</i>	41
2) <i>L'intervention d'un mandataire de justice et la protection face aux créanciers</i>	42
3) <i>Effets</i>	42
E.- LA DIRECTIVE 2019/1023 ET PERSPECTIVES	43
CONCLUSION	44

INTRODUCTION

A l'heure où la majorité des entreprises ont pris de plein fouet une pandémie dont les effets ainsi que les conséquences sur l'économie ont été innombrables et malheureux, les différents opérateurs touchés par cette crise luttent désormais tant bien que mal pour se relever et retrouver le cours normal de leurs activités.

Pour les aider dans cet effort, le législateur a eu recours à plusieurs outils et a fait appel à de nombreuses matières du droit mais l'une d'entre elles fut particulièrement sollicitée. En effet, le droit des entreprises en difficulté fut au cœur des problématiques durant cette épidémie. Il y a été recouru tant pour apporter des mesures de premier secours que pour mettre en place des palliatifs plus durables pour ces opérateurs défaillants.

A cet égard, la loi du 21 mars 2021 modifiant le Code de droit économique est entrée en vigueur à un moment clé dans la gestion de crise. Celle-ci vise effectivement à apporter un soutien aux entreprises dans l'adversité et ce notamment par l'insertion de l'article XX. 39/1 du C.D.E. Grâce à cette disposition, le débiteur se voit offrir l'accès à un nouveau type de mécanisme lui permettant de se relever tout en se préservant de certains effets indésirables des procédures de redressement habituelles.

Notre travail vise par conséquent à examiner cette procédure dite de *prepack plan* entrée en vigueur le 26 mars 2021.

A cet effet, nous nous attacherons dans un premier temps à établir le contexte général dans lequel la loi du 21 mars 2021 s'inscrit. En effet, les objectifs qui sous-tendent l'action du législateur en matière de droit des entreprises en difficulté ont évolué à travers les différentes époques. Le constat de ce changement de philosophie fut d'autant plus accentué par l'arrivée de la pandémie et de ses conséquences sur l'économie. L'adoption du *prepack* belge intervient par conséquent comme une réponse nécessaire à ces différents constats et vise à adapter le droit de l'insolvabilité aux nouveaux enjeux sociétaux.

La seconde partie de notre travail consistera en l'examen du mécanisme de *prepack plan* en lui-même. Pour ce faire, nous évoquerons l'état actuel du droit préalablement à l'entrée en vigueur de la loi du 21 mars 2021. Un exposé des principales évolutions qu'a subies cette disposition lors du processus d'adoption sera également effectué. Nous tacherons ensuite, d'analyser le contenu de l'article XX. 39/1 du C.D.E. afin de mettre en exergue les éléments essentiels à son application ainsi qu'émettre certaines remarques quant aux choix effectués par le législateur.

En dernier lieu, l'exposé s'attardera à examiner deux procédures étrangères, le *scheme of arrangement* britannique et la procédure de sauvegarde accélérée de droit français afin de les mettre en perspective avec la procédure de *prepack* belge. Cette comparaison est particulièrement intéressante notamment dans un contexte européen où la tendance est à l'harmonisation.

I.- MISE EN CONTEXTE

A.- APERÇU HISTORIQUE DE L'ÉVOLUTION DES OBJECTIFS DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Le marché s'avère souvent être un milieu hostile. La concurrence y est la plupart du temps rude et pouvoir y subsister de manière pérenne n'est pas une mince affaire pour l'agent économique. En effet, quelle que soit l'époque, l'opérateur qui œuvre dans cet environnement doit braver de multiples aléas lors de son existence et faire possiblement face à diverses défaillances durant l'exercice de ses activités. Notons d'ailleurs que les origines de ces éventuelles difficultés puisent leurs sources tantôt à travers d'évènements extérieurs¹, tantôt au sein d'évènements inhérents² à l'activité de l'opérateur lui-même.

Pourtant, l'agent économique a longtemps été considéré comme le seul responsable de ses défaillances. Lorsque ces dernières le touchaient, son statut d'intrus au sein de l'économie ne faisait pas l'ombre d'un doute. Il était, pour ainsi dire, similaire à un virus dont on doit éviter la propagation de sorte qu'il ne contamine pas le reste des opérateurs et cela - faute de masque ou de vaccin - en le sanctionnant et en l'excluant du marché.

Néanmoins, les lignes directrices qui sous-tendent le droit des entreprises en difficulté ont évolué jusqu'à atteindre notre droit positif. La fonction sanctionnatrice s'est peu à peu érodée et a quasiment disparu.³ À présent, le législateur est désormais mû par un autre but plus soucieux de la pérennité économique de l'entreprise : la conservation de sa valeur en *going concern*.⁴

Dans l'optique de mieux comprendre la philosophie dans laquelle s'inscrit le nouveau mécanisme introduit par la loi du 21 mars 2021, nous proposons d'évoquer, de manière synthétique, les différentes métamorphoses qu'ont pu subir les objectifs de cette matière spécifique du droit des entreprises à travers plusieurs moments clés de l'histoire de notre droit.

1) *La banca rota italiana*

Dans un premier temps, nous allons aborder brièvement le mécanisme de la *banca rota* issu de l'Italie médiévale. En effet, cette procédure illustre parfaitement le caractère sanctionnateur précédemment évoqué. Cette expression, qui se traduit littéralement par « *banc rompu* », désigne l'action de briser le banc sur lequel siégeait, à l'assemblée générale, le marchand

¹ Pour illustrer cela, on peut songer aux différents épisodes de crises qui ont touché l'économie depuis des décennies.

² L'entreprise peut présenter une mauvaise gestion interne par exemple.

³ N. THIRION, *et al.*, « Titre 1 - Introduction générale » in *Droit de l'entreprise*, 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 649-659.

⁴ On vise à conserver la valeur tout en maintenant l'activité de l'entreprise.

dorénavant incapable de faire face à ses obligations.⁵ Cette procédure avait dès lors véritablement pour but d'exclure le commerçant défaillant du négoce.

Une fois le banc rompu s'en suivait une procédure dont les principaux traits se retrouvent encore à l'heure actuelle dans notre Code de droit économique.⁶ L'un d'entre eux est que tout débiteur déclaré insolvable devait être puni ou à tout le moins être stigmatisé. À cette époque, une véritable dimension infamante était prônée.

Nous le développerons par la suite, ce n'est que récemment que le changement de paradigme s'est affirmé de manière claire. C'est effectivement avec lenteur que cette dimension particulièrement hostile envers le commerçant en difficulté s'est affaiblie.

2) *Le Code de commerce de 1807*

Cette vision farouche à l'égard du commerçant failli se concrétisa d'autant plus des siècles plus tard avec l'adoption en France du Code de commerce de 1807. Napoléon Bonaparte, grand stratège mais également codificateur, n'hésita pas à exprimer sa rancune face aux différents commerçants pour partie responsables de sa débâcle durant la campagne d'Égypte.⁷ L'empereur matérialisa cette animosité et ce ressentiment dans sa législation sur la faillite. Il intervint d'ailleurs dans les travaux préparatoires afin de réclamer une grande sévérité contre les débiteurs défaillants, de sorte que leur situation aurait dû être présumée délictueuse jusqu'à preuve du contraire.⁸

Pour preuve, lors de sa présentation au corps législatif, la partie du Code de commerce de 1807 relative aux faillites fut qualifiée de : « *loi sévère : son titre suffit pour vous faire connaître son importance ; cette loi répressive est devenue un besoin public ; l'indignation générale l'appelle, le vœu universel l'attend (...)* ».⁹

Toutefois, cette dimension punitive va très rapidement avoir des effets pervers pour l'économie. A partir du moment où un débiteur sait que, s'il est déclaré en faillite, il s'expose à de lourdes peines, il va inévitablement tout mettre en œuvre pour cacher sa situation réelle. Ainsi, il pourrait allégrement retarder le moment de son aveu de faillite dans le but d'éviter la sanction le plus longtemps possible, si bien que la situation serait aggravée au moment de l'aveu. En outre, les débiteurs en défaut de paiement pourraient se livrer à des actes de déloyauté ou de dispersion des biens.

⁵ N. THIRION, « Un voyage en Italie », *R.F.D.L.*, 2007/2, p. 303.

⁶ On vise la dimension collective de la procédure de faillite, l'intervention d'un mandataire de justice, le principe d'égalité des créanciers, l'établissement de la période suspecte.

⁷ W. DERIJCKE, « 4 - Pour une faillite de combat : relecture de la loi sur les faillites à la lumière de l'histoire ancienne et de la jurisprudence récente » in F. GEORGES, (dir.), *Insolvabilité et garanties*, 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 173-179. ; N. THIRION, *et al.*, *op. cit.*, p. 651.

⁸ F. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », *Rép. not.*, t. XII, l. XII, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 105-106. ; A. C.H. RENOARD, *Traité des faillites et banqueroutes*, Tome 1, 3^{ème} édition, 1857, p.122. ; E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, Tome 1, 1907, n° 23, p. 28.

⁹ F. T'KINT et W. DERIJCKE, *ibidem*, pp. 105-106. ; J.G. LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XIX, 1830, Paris, p. 536.

En somme, un régime trop punitif apparaît comme étant, à plusieurs égards, loin d'être salvateur pour l'économie, et ceci en raison notamment des possibles retards dans la détection des entreprises insolvables sur le marché. En effet, ces retards auraient pour conséquence de permettre à ces entreprises de faire des dégâts autour d'elles et de cette manière, propager le « virus ». De plus, cette lenteur dans l'identification impacterait également les créanciers soucieux de se faire payer, ceux-ci se retrouvant alors face au patrimoine du débiteur qui serait encore plus dépouillé qu'à l'origine. C'est pourquoi les victimes d'une législation trop sévère envers les débiteurs sont bien souvent, en réalité, les créanciers eux-mêmes.

De nos jours et fort heureusement, la publicité liée aux différentes procédures d'insolvabilité suffit à remplir ce rôle sanctionnateur.¹⁰ Néanmoins, nous le verrons par la suite, même si cette publicité peut à première vue paraître assez anodine, il s'avère que ses conséquences ne le sont guères pour certaines entreprises.

3) *Les lois coordonnées du 25 avril 1946 et les lois du 8 et 17 août 1997*

La crise économique de 1929 a eu comme effet de révéler les lacunes et l'inadéquation des normes existantes. Une première réforme a introduit en droit belge, par les lois coordonnées du 25 avril 1946, le concordat judiciaire. Le but de cette loi était de permettre aux entreprises en proie à d'importantes difficultés une chance de redressement et, par conséquent, de réduire le nombre de déclarations en faillites.¹¹

Les chocs pétroliers accentuèrent davantage encore la prise de conscience du besoin d'adapter le droit des entreprises en difficulté. De plus en plus, les opérations de restructuration des entreprises se voyaient placées sur le devant de la scène.

Quelques années plus tard, les lois du 8 et 17 août 1997 visaient à ériger le souci de prévention des difficultés attaché à la procédure de concordat au rang d'objectif primordial et à reléguer la faillite au statut d'ultime recours.¹² D'après l'exposé des motifs de la loi du 8 août 1997, l'objectif à l'origine de la nouvelle législation est d'« adapter la loi sur les faillites du 18 avril 1851 aux besoins contemporains et de mieux concilier les intérêts des créanciers, des pouvoirs publics, des travailleurs et du failli lui-même »¹³.

Les conceptions s'adoucissent à l'égard de la personne du débiteur et le caractère infamant qui marquait jadis le failli dans les législations passées, tend à s'atténuer. La procédure collective n'est désormais plus vue comme un « moyen d'assainissement de l'activité commerciale », mais devient également « un outil de maintien de l'activité économique »¹⁴.

¹⁰ C.D.E., article XX. 107.

¹¹ N. THIRION, *et al.*, *op. cit.*, p. 652.

¹² N. THIRION, *et al.*, *ibidem*, pp. 649-659.

¹³ Projet de loi du 10 septembre 1992 sur les faillites, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n° 631/1, p. 3.

¹⁴ F. GEORGE, « Titre 1 - Institution de la faillite » in *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 47.

Face à ces nouvelles réalités, l'idée de sauvegarde de l'entreprise fait depuis quelques années son chemin. L'objectif de satisfaction des créanciers est ainsi relégué au second plan et cède la place à une optique de redressement.¹⁵

4) *De nos jours*

La réglementation sur l'insolvabilité contenue dans le livre XX du Code de droit économique 2017 est le fruit d'une longue réflexion législative et plonge ses racines de manière profonde dans l'histoire et dans les législations qui l'ont précédée.

À cet égard, un constat peut être fait à la lecture de la législation actuelle : la fonction sanctionnatrice a pratiquement disparu. Les divers textes de loi composant le droit des entreprises en difficulté, qui longtemps restèrent imprégnés par une dimension hostile envers l'opérateur défaillant se sont métamorphosés et cherchent désormais plutôt à préserver la continuité des entreprises.¹⁶ L'idée de raffiner l'objectif de sauvegarde en le faisant évoluer en un objectif de maintien de la valeur en *going concern* a émergé.

En outre, un autre diagnostic a également été posé. Le constat des limites des procédures judiciaires de redressement des entreprises en difficulté a conduit au développement des voies pré-procédurales. En effet, il s'avère parfois que le palliatif censé remédier aux problèmes auxquels fait face l'entreprise, entraîne lui-même de nouveaux effets négatifs non-désirés et contribue à empirer la situation.

La publicité, comme la longueur associée à la voie procédurale peuvent entraîner de nouvelles difficultés pour la société. De fait, une entreprise n'arrive généralement à la procédure que si elle rencontre des problèmes de trésorerie et cette entrée entraîne elle-même de nouvelles dépenses touchant à la fois aux frais de justice, à l'intervention d'un homme du chiffre, d'un mandataire de justice ... De plus, économiquement, lorsque l'entreprise rend publiques ses difficultés par l'intermédiaire d'une procédure, les tiers en prennent connaissance et s'en suit généralement un ébranlement du crédit, si bien que les fournisseurs n'accordent par conséquent plus de délais et les clients ne veulent également plus payer d'acomptes. Cet ensemble contribue d'autant plus à tendre la trésorerie de l'entreprise.

En somme, le caractère public qui entoure la procédure peut très rapidement conduire à des réactions négatives du marché. Qu'il s'agisse d'une part des clients et ce plus particulièrement pour les entreprises dont le succès repose sur la perception du public ou dont la valeur dépend d'une marque auréolée d'un certain prestige extérieur, ou d'autre part, des fournisseurs qui n'accepteront plus de traiter avec l'entreprise qu'à des conditions qui rendront encore plus difficile le financement de ses activités en cours de procédure.¹⁷ La restructuration de grandes

¹⁵ F. GEORGE, *ibidem*, pp. 46-47.

¹⁶ R. AYDOGDU, « 4. - 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) : un (r)évolution ?*, 1^{er} édition, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 158. ; A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, p. 43.

¹⁷ F. ROZENBERG, et R. AYDOGDU, « Section 3 - Les pre-packs étrangères : un exemple à suivre ? » in M. GREGOIRE (dir.), *La cession d'une entreprise en difficulté*, 1^{er} édition, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 211.

entreprises, la plupart du temps largement dépendantes de la vision qu'a le public de leur activité, paraît par conséquent, totalement impossible dans la publicité.

De plus, le caractère public s'aggrave d'autant que dure la procédure et peut conduire à une perte de valeur de l'entreprise, alors même qu'on tente de sauver celle-ci. Un effet contraire à celui qui est recherché à l'origine se manifeste alors.¹⁸

Outre ce premier constat, un autre élément est apparu lors de cet aperçu historique. Différentes crises ont traversé nos époques et ont joué un rôle déterminant dans l'évolution du droit des entreprises en difficulté. Régulièrement, le législateur s'est vu contraint de réagir afin d'adapter la législation aux besoins de l'économie, et à cet égard, la pandémie de la Covid19 ne fait pas exception à la règle.

B.- LA PANDEMIE

Les crises économiques qui ont traversé nos époques ont chacune eu, de près ou de loin, un impact sur la réflexion législative en matière de droit des entreprises en difficulté. Les différents bouleversements engendrent des solutions nouvelles et le plus souvent élaborées dans la hâte de la part des pouvoirs publics et privés face aux multiples difficultés émergentes. La crise de la Covid19 se trouve, à cet égard, en être une parfaite illustration.¹⁹

Il convient néanmoins de préciser que chaque épisode de crise présente ses propres caractéristiques. Chacun d'entre eux est unique, notamment par les facteurs qui l'ont provoqué, par le contexte dans lequel il évolue ainsi que par les effets qu'il produit. Par conséquent, des réponses adaptées et spécifiques en matière de réglementations à mettre en œuvre sont nécessaires.²⁰

Durant la crise du coronavirus, la quasi-totalité des régions du globe ont été – et sont encore – touchées par l'épidémie. Les Etats du monde entier ont ainsi été confrontés à des problèmes analogues et ont chacun dû mettre en œuvre leurs propres assemblages de mesures mélangeant divers types de palliatifs.

En ce qui concerne la Belgique, il y a d'abord eu un effet immédiat. La crise a mis à l'arrêt ou, du moins, a fortement ralenti le cours des activités d'une grande partie des acteurs de la vie économique. De manière inéluctable, les règles de confinement ont amené à des externalités

¹⁸ Y. BRULARD, « Le débiteur est-il le futur du créancier ? Un nouveau paradigme pour le droit de l'insolvabilité pendant et après la crise du coronavirus ? » in *L'entreprise en difficulté, ses dirigeants et ses créanciers*, Limal, Anthemis, 2020, pp.85-88.

¹⁹ E. BALATE, et N. THIRION, « Avant-propos » in N. THIRION (dir.), *Crise et droit économique*, 1^{er} édition, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 5.

²⁰ L. DRESSE e.a., « Face à la crise économique du coronavirus: premiers constats », *RDC-TBH 2020*, n°10, pp.1242-1243.

négatives pour le marché. Plusieurs secteurs ont été contraints de stopper leurs activités, plus particulièrement celles impliquant des contacts rapprochés.²¹

Cependant, il faut être conscient que les multiples effets à rebours de cette crise sur l'économie mondiale ne vont apparaître aux yeux de la population que dans les mois et années à venir. Plusieurs experts du milieu économique et juridique belge ont attiré l'attention du gouvernement sur le fait que différents types de mesures²² devaient être prises afin de contrer au mieux les futurs effets pervers de cette crise.

Premièrement, il convenait d'adopter des mesures fortes et limitées dans le temps. Diverses réglementations ont ainsi été prises afin de soulager les tensions de trésorerie des entreprises, et ce, en limitant les sorties financières ou en compensant une partie des manques à gagner. Les autorités belges ont ainsi octroyé un sursis général légal aux entreprises touchées par la crise du COVID-19 par l'arrêté royal n°15 du 24 avril 2020. Il consiste en ce que les commerçants concernés soient protégés temporairement contre la faillite, les saisies et la résolution de contrats pour cause de non-paiement. D'autres mesures ont également été mises en place comme le report des dettes fiscales et sociales ou l'assouplissement des conditions d'octroi du droit passerelle pour les indépendants.

Néanmoins, d'autres types de réglementations plus modérées mais aussi plus durables doivent également être adoptées afin d'aménager la sortie de crise.²³ C'est dans cette optique que la loi du 21 mars 2021 a vu le jour. En effet, selon ses rédacteurs : « *L'impact économique de la crise économique du COVID-19 sera considérable. Des entreprises se retrouveront en difficulté et la continuité de l'activité de nombreuses d'entre elles sera menacée. Une branche du droit sera dans ces circonstances particulièrement sollicitée à savoir le droit de l'insolvabilité... C'est la raison pour laquelle un certain nombre d'aménagements et d'améliorations sont indispensables afin d'en faciliter l'accès tout spécialement aux petites et moyennes entreprises* ».²⁴

En l'espèce, le droit des entreprises en difficulté se trouve être un instrument plus qu'utile et même nécessaire, dans le cadre de la gestion de crise. Son usage, contrairement aux différents palliatifs de premiers secours mis en place par le gouvernement, s'inscrit dans une dynamique de long terme. Le but ici est de faire face aux difficultés prochaines en permettant aux entreprises de pouvoir bénéficier d'outils plus adaptés à leurs difficultés. L'un d'entre eux se trouve être, comme nous allons le voir au cours de ce travail, un « *nouveau* » type d'instrument alliant les atouts d'une procédure confidentielle à l'efficacité d'une procédure publique « *accélérée* ».

²¹ D. CHOCHITAICHVILI, et R. FELTKAMP, « La crise et le droit économique. La liberté d'entreprendre en (période de) crise », *R.D.C.-T.B.H.*, 2020/10, pp. 1362.

²² A. AUTENNE, *et al.*, « Note à l'attention du Conseil consultatif de la magistrature sur le projet d'arrêté royal adoptant un sursis légal et d'autres mesures en faveur des entreprises pendant la durée de la crise du Covid-19 », 20 mars 2020, p. 2.

²³ A. AUTENNE, *et al.*, *op. cit.*, p. 2.

²⁴ Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, *Doc.*, Ch., 2019/2020, n° 1337/001, p. 3.

C.- DEUX CONSTATS POUR UNE SOLUTION

Au terme de cette mise en contexte, un premier élément s'est dégagé de notre exposé. Les objectifs qui sous-tendaient le droit des entreprises en difficulté il y a des décennies, voire des siècles, ont cédé leur place à d'autres desseins. Désormais, ce pan du droit de l'insolvabilité s'oriente vers une approche plutôt destinée à conserver la valeur en *going concern* de l'entreprise. Face à cette évolution, le législateur belge dont l'intervention est interconnectée à ce changement de paradigme, se doit de réagir.

Le Parlement Européen et le Conseil de l'Union Européenne ne sont quant à eux, pas restés inertes. En effet, ces derniers ont adopté une directive relative aux cadres de restructuration préventive en date du 20 juin 2019. La directive 2019/1023, qui devait être transposée dans notre pays pour le 17 juillet 2021, a essentiellement pour motifs, par le biais de restructuration préventive, de « *permettre aux débiteurs en difficulté financière de poursuivre leur activité, en totalité ou en partie* »²⁵ mais également de « *prévenir les suppressions d'emplois et les pertes de savoir-faire et de compétences, et optimiser la valeur totale pour les créanciers ainsi que pour les propriétaires et l'économie dans son ensemble* ».²⁶

Nous reviendrons un peu plus en détail sur ce texte dans la suite de notre exposé. Toutefois, un premier constat ressort à la lecture de son contenu : pour accomplir ce nouvel objectif, la directive invite notamment dans ses considérants²⁷ à créer une charnière entre les procédures confidentielles qu'elle permet de créer et les procédures publiques qui sont soumises au Règlement n° 2015/848.²⁸ Ce modèle « à deux étages » est, comme nous l'avons évoqué précédemment, nécessaire à la restructuration des entreprises dont l'activité et la liquidité sont dépendantes de la publicité attachée à l'ouverture d'une procédure publique.

Un second élément découle également de cette contextualisation. Il existe une réalité à laquelle notre pays fait face : la crise du coronavirus. A cet égard, des solutions concrètes et tournées vers l'avenir doivent se traduire dans les textes de loi afin d'affronter la pandémie.

Il se pourrait que la fin de la crise sanitaire entraîne avec elle la fin des mesures de soutien de l'État qui peuvent expliquer le taux actuellement particulièrement bas des faillites d'entreprises.²⁹

²⁵ Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, *Doc.*, Ch., 2019/2020, n° 1337/001, p. 3.

²⁶ Cons. 2, Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil 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) 2017/1132, *J.O.U.E.*, L 172, 26 juin 2019, p. 18.

²⁷ Cons. 13, Directive (UE) 2019/1023 précitée, p. 20.

²⁸ Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.U.E.*, L 141, 5 juin 2015.

²⁹ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, « Chapitre 1 : Prépack & préinsolvency : Un nouveau droit à la solvabilité ? » in *Prépack & Préinsolvency à la lueur du livre XX, de la loi du 21 mars 2021 et de la directive restructuration*, Limal, Anthemis, 2021, p. 71.

Pour certaines de ces dernières, la crise actuelle se rajoute aux difficultés antérieures, ce qui crée ou accroît les problèmes de liquidité voire de solvabilité.³⁰ Par conséquent, mieux vaut prévenir que guérir et de nouvelles réglementations concrètes doivent voir le jour afin d'anticiper ces possibles difficultés.

Il semble que le législateur se soit fait l'écho de ces deux constats dans la rédaction de la loi du 21 mars 2021. Cette nouvelle réglementation se veut tout d'abord comme une réponse directe et nécessaire à la crise de la Covid19. Comme affirmé par ses rédacteurs, cette loi a pour vocation, suite à la pandémie, d'apporter de multiples aménagements et améliorations afin de faciliter l'accès au droit de l'insolvabilité aux opérateurs économiques et plus particulièrement aux petites et moyennes entreprises.³¹

De plus, la loi du 21 mars 2021 s'envisage également comme une première amorce à la transposition de la directive 2019/1023. Cette directive, qui à l'origine, devait être transposée pour le 17 juillet 2021 mais dont le délai a été prolongé au 17 juillet 2022. La Belgique sera donc probablement parmi les derniers pays à se mettre à jour.

Par conséquent, en attendant les résultats de la transposition, les entreprises belges pourront avoir recours à ce nouveau mécanisme de *prepack plan* introduit par le nouvel article XX. 39/1 du Code de droit économique dont nous proposons d'effectuer l'analyse dans la suite de notre exposé.

³⁰ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *ibidem*, p. 73.

³¹ Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, *Doc.*, Ch., 2019/2020, n° 1337/001, p. 3.

II.- LA PROCÉDURE DE *PREPACK PLAN* ET LA RÉORGANISATION JUDICIAIRE ACCÉLÉRÉE DANS LE CODE DE DROIT ÉCONOMIQUE

A.- ELEMENTS INTRODUCTIFS

Par l'intermédiaire de la loi du 21 mars 2021 et l'introduction du nouvel article XX. 39/1 du C.D.E., le législateur a souhaité permettre une articulation entre une voie pré-procédurale confidentielle et une procédure de réorganisation judiciaire publique, accélérée par les accords conclus préalablement.

L'idée étant, comme nous l'avons vu, de permettre le maintien de l'objectif de sauvetage de l'entreprise tout en préservant le maintien de sa valeur et ce, en diminuant les effets néfastes de la publicité et de la longueur attachés aux procédures classiques.

Ce nouveau mécanisme est étiqueté sous l'appellation anglaise de *prepack*, terme qui est utilisé depuis de nombreuses années dans les pays de *common law*. Cependant, cette formule n'a actuellement pas de véritable équivalent dans notre vocabulaire juridique. Dès lors, quelques précisions terminologiques s'imposent.

1) *Le prepack*

L'approche retenue afin d'aborder ce procédé consiste à se concentrer sur les différentes caractéristiques qui lui sont attachées. Cet instrument qui, comme son nom l'indique, prépare et « *package* », s'envisage principalement comme étant une procédure pré-emballée et prête à l'emploi.³²

En général, les *prepack* se distinguent également par la confidentialité dans laquelle ceux-ci sont réalisés. Toutefois, il y a lieu de distinguer le *prepack* en lui-même de la procédure qu'il vise à organiser. En effet, si ce mécanisme a pour but d'être entamé dans la discrétion, il ne se poursuit pas forcément de manière confidentielle et la suite du processus peut tout à fait être publique, que ce soit partiellement ou totalement.³³

³² Y. BRULARD, « Le preinsolvency à la suite de la loi du 21 mars 2021 réformant le livre XX du Code de Droit économique : une opportunité de mettre en œuvre des techniques de restructuring créatives », *R.G.F.C.P.* 2021, liv. 6, p. 6. ; B. DE MOOR et M. CALLEBAUT, « La médiation dans les entreprises en difficulté », *D.A.O.R.*, 2018, liv. 125-126, p. 51.

³³ Y. BRULARD, *ibidem*, p. 6.

En outre, le *prepack* peut également être qualifié d'instrument de *preinsolvency* puisqu'il prépare et précède une procédure d'*insolvency*.

Selon le Règlement n°1346/2000, l'*insolvency* regroupe les procédures collectives fondées sur l'insolvabilité qui entraînent un dessaisissement par un syndic,³⁴ le syndic désignant « toute personne ou tout organe dont la fonction est d'administrer ou de liquider les biens dont le débiteur est dessaisi ou de surveiller la gestion de ses affaires ».³⁵ Par conséquent, elle contiendrait en ce qui concerne la Belgique les procédures de P.R.J. par transfert sous autorité de justice, d'administrateur provisoire, de faillite, de liquidation judiciaire et de liquidation amiable.³⁶

En revanche, le *preinsolvency* couvrirait de son côté les mécanismes qui, selon le Règlement 2015/848, pourraient sans dépossession, permettre un ajustement des dettes sur base d'une législation relative à l'insolvabilité.³⁷ On y retrouverait dès lors, les procédures d'accord amiable, homologué ou non, la figure du médiateur d'entreprise, du mandataire, ainsi que la P.R.J. par accord amiable et par accord collectif.³⁸

La loi du 21 mars 2021 insère, par l'entremise du nouvel article XX. 39/1 du C.D.E., ce type de procédure dit de *prepack* dans le paysage législatif belge. Plus précisément, elle introduit la possibilité de réaliser un *prepack plan* qui permettra de préparer un accord ou un plan de réorganisation judiciaire, et si ces derniers ont été correctement réalisés, de poursuivre une P.R.J. par accord amiable ou collectif qui sera accélérée,³⁹ procédure qui n'était jusqu'alors pas prévue dans nos textes de loi.

B.- ETAT DES LIEUX AVANT L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA LOI DU 21 MARS 2021

Pourtant, il existait la possibilité de recourir aux voies pré-procédurales dans notre droit de l'insolvabilité avant que la loi du 21 mars 2021 n'entre en vigueur, et ce notamment à travers la figure de l'accord amiable.⁴⁰

A cet égard, l'article XX.37 du C.D.E. qui établit son régime juridique énonce que « *le débiteur peut proposer à tous ses créanciers ou à deux au moins d'entre eux un accord amiable en vue*

³⁴ Cons. 10, Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.C.E.*, L 160, 30 juin 2000, p. 2.

³⁵ Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 précité, article 2, b).

³⁶ Respectivement : C.D.E., art. XX. 84, 31 et 98 ; C.S.A., art. 2:70 et suivants.

³⁷ Y. BRULARD, « Le *preinsolvency* ... » *op. cit.*, p. 6. ; Cons. 10, Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.U.E.*, L 141, 5 juin 2015, p. 20.

³⁸ Respectivement : C.D.E., art. XX. 37, 38, 36, 30, 64 et 67.

³⁹ A. VAN HOE, I. VEROUGSTRAETE et J. LEBEAU, « De wet van 21 maart 2021 tot wijziging van Boek XX WER en WIB 1992 », *R.D.C.-T.B.H.*, 2021/3, pp. 279-280.

⁴⁰ I., VEROUGSTRAETE, « L'accord amiable hors réorganisation judiciaire » in *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, pp. 375-379.

de la réorganisation de tout ou partie de ses actifs ou de ses activités ». ⁴¹ Cet accord, qui prendra la simple forme d'un contrat n'est soumis à aucune exigence concernant sa teneur et n'oblige pas les tiers. ⁴² En outre, l'homologation éventuelle de l'accord par le président du tribunal confère un caractère exécutoire à tout ou partie des créances qui y sont mentionnées. ⁴³

Partant, à travers le recours à l'article XX. 37 du C.D.E., un médiateur pouvait – et peut encore – très bien négocier un accord avec les créanciers. Toutefois, ce mécanisme présente certains défauts. Ainsi une telle démarche entamée avec énormément de créanciers possédant des intérêts discordants peut s'avérer difficile. En effet, le médiateur ne disposera pas de pouvoirs supplémentaires afin de contraindre ou amener à la discussion les différentes parties. ⁴⁴

Par conséquent, le Code de droit économique permet à travers l'accord amiable, d'organiser la procédure de manière informelle : le médiateur peut déterminer le passif, inventorier l'actif, examiner les comptes ou négocier avec certains fournisseurs des étalements. Il peut également apporter son soutien dans la préparation d'une documentation précise et complète pour commencer des négociations qui devraient permettre ensuite d'accélérer la P.R.J. et de la terminer dans un délai relativement bref. ⁴⁵

Néanmoins, il n'existait pas jusqu'à l'insertion de l'article XX. 39/1 du C.D.E. de charnière entre la phase confidentielle et la phase publique, aucune procédure *prepack* n'était formalisée dans le texte de loi. Les praticiens devaient en l'absence de régime juridique dédié, se montrer créatifs et ingénieux afin d'atteindre le résultat escompté notamment en ayant recours au médiateur d'entreprise. ⁴⁶

La loi du 21 mars 2021 a par conséquent formalisé pour la première fois un mécanisme de *prepack* en droit de l'insolvabilité belge. Toutefois, le mécanisme originel contenu dans la proposition initiale était assez différent de celui que l'on retrouve actuellement dans le livre XX du Code de droit économique. C'est pourquoi, préalablement à l'analyse de la procédure, il nous semble pertinent d'exposer les changements et évolutions subis par la proposition lors des différentes phases du parcours législatif.

⁴¹ C.D.E., art. XX. 37, paragraphe 1^{er} alinéa 1^{er}.

⁴² C.D.E., art. XX. 37, paragraphe 1^{er} alinéa 2.

⁴³ C.D.E., art. XX. 38, alinéa 1^{er}.

⁴⁴ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *Prépack & Préinsolvabilité à la lueur du livre XX, de la loi du 21 mars 2021 et de la directive restructuration*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 109-110.

⁴⁵ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *ibidem*, 2021, p. 109.

⁴⁶ Ce fut notamment le cas dans le cadre de *prepack cession* voir : F. ROZENBERG, et R. AYDOGDU, *op. cit.*, p. 215.

C.- PROCESSUS D'ADOPTION

1) Proposition initiale du 10 juin 2020

A l'origine, la proposition de loi du 10 juin 2020 prévoyait l'insertion d'un nouvel article 35/1 dans le livre XX du Code de droit économique.

Celui-ci disposait, en son paragraphe 1^{er}, qu'« à la demande de l'entreprise ou à la demande du mandataire judiciaire désigné en vertu de l'article XX.30, le président du tribunal peut, (...), accorder des termes et/ou délais proportionnés aux besoins du débiteur. Le président du tribunal peut ainsi donner un délai au débiteur pour le paiement de tout ou partie de ses dettes et faire surseoir aux poursuites, (...), aussi longtemps que durent ces délais ».⁴⁷

Cette disposition permettait, à travers la demande de l'entreprise ou du mandataire de justice désigné, de faire bénéficier le débiteur d'un « cessez le feu » afin de lui permettre d'entreprendre les négociations sans qu'il soit possiblement sujet à des exécutions inattendues.

L'objectif du législateur était de permettre au débiteur, sous le contrôle du tribunal, de bénéficier de facilités provisoires. L'obligation dans le chef du débiteur d'honorer ses engagements, restait intacte mais était suspendue sans qu'une sanction ne puisse lui être infligée.⁴⁸

De fait, il n'était mis à la disposition du débiteur que cette possibilité de recourir à des termes et délais. Aucune procédure de *prepack plan* n'était encore prévue à ce stade des travaux préparatoires.⁴⁹

2) Amendements n°6 et n°7 du 29 janvier 2021

L'amendement n°6 supprimera l'article 5 de la proposition de loi du 10 juin 2020⁵⁰ contenant l'article XX. 35/1 et avec lui la possibilité d'avoir recours aux termes et délais. Cette suppression s'explique par le fait que l'amendement n°7 introduit de son côté l'article XX.39/1 et avec lui le *prepack*.⁵¹

Selon les motivations sous-jacentes à cet amendement, il ne serait en effet recouru à la procédure en réorganisation judiciaire « *que de manière limitée* ». ⁵² Cela s'explique notamment

⁴⁷ Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, *Doc.*, Ch., 2019/2020, n° 1337/001, p. 8.

⁴⁸ Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2019/2020, n° 1337/001, p. 4.

⁴⁹ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, 2021, p. 109.

⁵⁰ Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, amendement, *Doc.*, Ch., 2019/2020, n° 1337/004, p. 6.

⁵¹ Amendement précité, *Doc.*, Ch., 2019/2020, n° 1337/004, p. 7.

⁵² Amendement précité, *Doc.*, Ch., 2019/2020, n° 1337/004, p. 9.

en raison des seuils d'accès élevés de la procédure, de la complexité liée au sursis ainsi que l'atteinte à la réputation résultant de l'ouverture de la procédure.

Toujours selon l'exposé des motifs : « *l'ouverture de la procédure, par sa publication au Moniteur belge, a pour effet que les problèmes financiers et/ou économiques de l'entreprise sont connus de tous et que le sursis est requis pour négocier une solution à ces problèmes* »⁵³. D'où l'intérêt de recourir à un mécanisme « *inspiré de la procédure de prepackaged Benkrruptcy dans la procédure du Chapter 11 américain* ». ⁵⁴ On retrouve dans ces propos, la volonté pour le législateur de conserver la valeur de l'entreprise en évitant les effets néfastes de la publicité, volonté qui se trouvera matérialisée dans l'article XX.39/1 du C.D.E.

3) Amendement n° 27 du 12 février 2021

Il est proposé par cet amendement de rétablir le contenu de l'article 5 de la proposition dans sa version originale et non de le supprimer.

Les parlementaires à l'initiative de l'amendement n°27 justifient que « *l'article XX.35/1 crée un système de garantie provisoire pour le débiteur. Une telle pause pour l'entreprise répond à la fois aux exigences de la Directive "restructuration" et à la nécessité de résoudre les problèmes de liquidité de l'entreprise dans des circonstances économiques complexes* »⁵⁵.

L'accent est mis sur le besoin de bénéficier des facilités provisoires précédemment évoquées.⁵⁶ Afin d'appuyer leurs propos, les parlementaires insistent sur la nécessité de se conformer à la directive, ce qui avait également été mis en exergue par le conseil d'Etat.⁵⁷ En effet, à l'époque, la date butoir pour accomplir la transposition était encore établie au 17 juillet 2021 et l'espoir qu'elle soit réalisée dans les temps était encore permis.

De plus, de l'avis d' « *AVOCATS.BE* », l'absence de suspension des voies d'exécution dès l'introduction de la procédure, engendrerait le risque pour le mandataire de justice d'assumer un rôle lors des négociations « *de casque bleu en pleine zone de combats et d'être dans l'impossibilité de mener sereinement à bien sa mission. Un débiteur devrait pouvoir bénéficier d'une suspension temporaire des poursuites individuelles afin de pouvoir continuer à exercer ses activités ou au moins de préserver la valeur de son patrimoine pendant la phase préparatoire* ». ⁵⁸

⁵³ Amendement précité, *Doc.*, Ch., 2019/2020, n° 1337/004, p. 10.

⁵⁴ Amendement précité, *Doc.*, Ch., 2019/2020, n° 1337/004, p. 10.

⁵⁵ Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, amendement, *Doc.*, Ch., 2019/2020-0, n° 1337/006, p. 12.

⁵⁶ Amendement précité, *Doc.*, Ch., 2019/2020, n° 1337/006, p.12.

⁵⁷ Directive (UE) 2019/1023 précitée, article 6.1. ; Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Ch., 2019/2020, n° 1337/002, p.3.

⁵⁸ Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, amendement, *Doc.*, Ch., 2019/2020-0, n° 1337/007, p.4.

4) Amendement n° 28 du 23 février 2021

Afin de répondre à cet argument, l'amendement n°28 a complété le paragraphe 3 de l'article XX. 39/1 du C.D.E. et introduit la possibilité pour le président du tribunal de l'entreprise, d'octroyer des termes et/ou délais à la demande du mandataire de justice quand ils sont nécessaires pour réaliser les négociations.⁵⁹ L'octroi de ces facilités devra dès lors faire l'objet d'une demande et elles ne seront pas concédées de manière automatique, leur durée n'excédant pas quatre mois.

Du reste, le libellé de l'article XX. 39/1 du C.D.E. n'a subi que quelques modifications techniques jusqu'à son adoption, nous proposons par conséquent d'entamer l'analyse du *prepack plan* belge actuellement en vigueur.

D.- ANALYSE ET COMMENTAIRE DE L'ARTICLE XX. 39/1 DU C.D.E.

1) Paragraphe 1^{er}

a) La désignation du mandataire de justice

Dans son premier paragraphe, l'article XX. 39/1 énonce qu' : « à la requête unilatérale du débiteur, le président du tribunal de l'entreprise peut désigner un mandataire de justice pour faciliter la conclusion d'un accord amiable au sens de l'article XX.64 ou pour établir un plan de réorganisation tel que prévu à l'article XX.67 ». ⁶⁰

Il découle de ce qui précède que, dans le cadre des négociations avec les différents créanciers, le débiteur pourra agir seul avec éventuellement l'aide de son conseil ou celle d'un médiateur d'entreprise.

Cependant, et s'il le souhaite, il peut également faire appel à l'assistance d'un mandataire de justice. A cet effet, il adressera une requête au président du tribunal de l'entreprise, demande qui sera traitée dans un délai de huit jours à partir de son dépôt au registre. Le débiteur veillera à joindre dans cette requête, les documents prévus à l'article XX.41, § 2, alinéa 1^{er}, 3^o et 4^o du C.D.E.

Pour bénéficier de cette désignation, le débiteur devra également prouver que la continuité de l'entreprise est menacée.⁶¹ A cet égard, le Tribunal de l'entreprise a rappelé dans un jugement du 28 avril 2021⁶² que le comportement du requérant qui consiste à payer à temps et à heure

⁵⁹ Amendement précité, *Doc.*, Ch., 2019/2020-0, n° 1337/007, p.2.

⁶⁰ C.D.E., art. 39/1, paragraphe 1^{er}.

⁶¹ C.D.E., art. 39/1, paragraphe 1^{er}.

⁶² Trib. de l'entreprise Liège, 28 avril 2021, *T.I.B.R.*, 2021, n°2, p. 85.

l'ensemble de ses créanciers contractuels tout en négligeant de payer ses créanciers institutionnels « *n'a pas d'incidence sur le droit de solliciter – et d'obtenir – la désignation d'un mandataire de justice sur la base de l'article XX.39/1 du CDE* ». Il rajoute, qu'en matière de P.R.J., « *tout critère de bonne foi dans le chef du débiteur a été supprimé* »⁶³, le tribunal ayant uniquement à apprécier l'existence d'une menace pour la continuité de l'entreprise. Il en est, selon le tribunal, de même en matière d'accord préparatoire dans la mesure où cette procédure a pour objet de préparer une P.R.J. accélérée.

Il est important de relever que la désignation du mandataire de justice constitue le passage obligé afin d'avoir accès à la procédure de *prepack* en elle-même. En effet, c'est uniquement par son intervention que le débiteur pourra par la suite bénéficier de la P.R.J. accélérée prévue aux paragraphes 5 et 6 de l'article 46 du C.D.E.⁶⁴

De plus, le mandataire de justice désigné sera le seul qui pourra, eu égard à la situation du débiteur, solliciter des termes et délais au président du tribunal de l'entreprise afin de faciliter le bon déroulement des pourparlers.⁶⁵

Néanmoins, d'aucuns s'interrogent quant au fait que la loi prévoit la désignation systématique et obligatoire d'un mandataire de justice afin d'accéder à l'ensemble de la procédure. Selon C. Alter et Z. Pletinckx : « *Pourquoi en effet imposer un tel mandataire dans des hypothèses où le débiteur, assisté en outre d'un conseil, se sent parfaitement capable de négocier avec ses créanciers et d'accomplir les démarches utiles à l'accord préparatoire ? On aurait préféré que la désignation d'un mandataire de justice soit une faculté et non une obligation dans ce contexte* ». ⁶⁶

De leur côté N. Ouchinsky et W. David relèvent également que la désignation obligatoire du mandataire a un certain coût et que ce dernier risque d'être prohibitif pour nombre de débiteurs.⁶⁷ Ceci éloigne la procédure de sa fonction première qui est de permettre d'offrir un outil accessible et soucieux de la préservation de leur valeur de l'entreprise qui en use.

b) La désignation du juge délégué

Dans la suite du texte, le paragraphe 1^{er} établit également que : « *Le président du tribunal désigne un juge délégué conformément à l'article XX.42.* ».⁶⁸

Par cette désignation, on veut ainsi éviter une absence de contrôle de la magistrature lors de la procédure, ce qui pourrait être dommageable. En l'espèce, le juge pourra accompagner et surveiller le débiteur durant les négociations.⁶⁹

⁶³ Trib. de l'entreprise Liège, 28 avril 2021, *T.I.B.R.*, 2021, n°2, p. 85.

⁶⁴ C.D.E., article 46, paragraphes 5 et 6.

⁶⁵ C.D.E., article 39/1 paragraphe 3.

⁶⁶ 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.*, 2021/20, p. 368.

⁶⁷ N. OUCHINSKY et W. DAVID, « Premier commentaire de la réforme du droit de l'insolvabilité du 21 mars 2021 », *RPS-TRV*, 2021/4, pp. 427-428.

⁶⁸ C.D.E., article XX. 39/1, paragraphe 1^{er}, alinéa 5.

⁶⁹ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, 2021, p. 117.

Selon l'exposé des motifs, « le juge délégué dans la procédure de l'accord préparatoire est de préférence le même que durant la procédure d'obtention d'un accord collectif ». ⁷⁰

Pour sa part, le texte légal ne prévoit aucun automatisme, ce qui paraît judicieux étant donné la possible remise en question de l'indépendance des organes en cas de similitudes entre ceux intervenant lors de la négociation confidentielle et ceux de la procédure publique. ⁷¹ En effet, le fait que le juge délégué dispose déjà de pouvoir durant la phase préparatoire pourrait être utilisé par un créancier pour remettre en cause son indépendance au moment où il intervient dans la phase publique. ⁷² Il convient dès lors de se ménager la possibilité que ce ne soit pas le cas.

2) *Paragraphe 2*

a) **Le choix du mandataire de justice**

Le paragraphe 2 énonce que : « Les mandataires de justice sont choisis en fonction de leurs qualités et selon les nécessités de la cause. Le débiteur peut proposer le nom du mandataire de justice. Cette nomination n'est pas publiée ». ⁷³

Le texte attire l'attention sur l'importance du choix du mandataire de justice. Cela s'explique par le fait que des compétences spécifiques peuvent être recherchées dans son chef en raison des diverses caractéristiques de la restructuration auquel il va devoir apporter son assistance ainsi que son expertise. En effet, la procédure peut à la fois impliquer des éléments d'extranéité ou nécessiter des compétences particulières dans certains domaines en raison notamment, du type d'activité de l'entreprise ou de son caractère international.

L'exposé des motifs évoque également une indépendance suffisante dans le chef du mandataire choisi ⁷⁴, le débiteur sera par conséquent particulièrement attentif à cet élément s'il décide d'user de la faculté de proposer un nom et veillera ainsi à éviter une remise en cause de son choix.

En outre, une observation peut être émise au regard de ce paragraphe. Il se trouve qu'en l'espèce, le mandataire de justice est désigné de façon similaire à ce qui est établi dans le cadre de la désignation du médiateur d'entreprise, les textes étant, à cet égard, quasiment identiques. ⁷⁵ Par conséquent, on pourrait s'interroger quant au fait de ne pas avoir recouru à la figure du médiateur d'entreprise déjà existante, et ainsi éviter cet effet doublon. ⁷⁶ D'autant plus que leurs rôles respectifs sont en soi fortement similaires.

Les travaux préparatoires semblent justifier cela en ce que le mandataire exerce une fonction de « *contrôle judiciaire et doit donc être indépendant du débiteur* », ce qui le distinguerait du

⁷⁰ Amendement précité, *Doc.*, Ch., 2019/2020-0, n° 1337/004, p. 12.

⁷¹ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, 2021, p. 118.

⁷² C.J., arrêt *Smallsteps*, 22 juin 2017, C-126/16, EU:C:2017:489, point 28.

⁷³ C.D.E., art. XX. 39/1 paragraphe 2.

⁷⁴ N. OUCHINSKY, et W. DAVID, *op. cit.*, p. 425.

⁷⁵ C.D.E., article XX. 36 paragraphe 1^{er}.

⁷⁶ C. ALTER et Z. PLETINCKX, *op. cit.*, p. 368. ; Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, 2021, pp. 116-117.

médiateur d'entreprise qui a pour unique objectif d'assister le débiteur et qui n'a donc aucune obligation vis-à-vis des créanciers.⁷⁷ Dès lors, pourquoi ne pas avoir simplement étendu le rôle du médiateur d'entreprise ainsi que ses prérogatives lorsque la procédure de *prepack* est enclenchée ?

b) L'état d'avancement des négociations

Le paragraphe 2 poursuit en prévoyant que : « *le mandataire de justice fait rapport au juge délégué de l'état d'avancement des négociations et particulièrement s'il est envisagé un traitement différencié des créanciers* ». ⁷⁸

De par ces exigences d'information de la part du mandataire de justice au juge délégué, ce dernier pourra véritablement éclairer le président du tribunal notamment quant à l'attitude des différentes parties durant les pourparlers. Le président sera en effet attentif au comportement et à la bonne ou mauvaise foi de chacun notamment lorsqu'il décide d'accorder le sursis ou d'homologuer l'accord.⁷⁹

3) Paragraphe 3

a) La liste des créanciers et les documents comptables

En vertu du paragraphe 3, le mandataire, par une demande adressée au débiteur, pourra obtenir la liste des créanciers prévue à l'article XX.41, § 2, alinéa 1er, 7° du C.D.E.⁸⁰ Cependant, il est entendu, qu'à cette étape, la société se trouve dans une situation de négociation. Il paraît de ce fait difficilement justifiable d'exiger du débiteur de disposer de la liste des créanciers arrêtée conformément à l'article XX. 41 C.D.E., cette dernière pouvant encore varier.

Pourtant, le débiteur et le mandataire pourront être sanctionnés pénalement pour avoir sous-estimé ou surestimé la liste des créanciers en ayant permis à ces créanciers de participer au vote et, éventuellement, de constituer une majorité.⁸¹

De l'avis de certains auteurs, et afin de prévenir tout reproche, il serait conseillé au débiteur de « *préparer, de manière transparente, une liste des créanciers qui contiendra les créanciers reconnus, une liste des créances contestées, avec le motif de contestation, ainsi qu'une liste de l'ensemble des réclamations possibles, à charge justement pour le mandataire, aidé par le juge*

⁷⁷ SCHOONHEYT, V., « Loi du 21 mars 2021 modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des impôts sur les revenus 1992 : premiers commentaires », *B.J.S.*, 2021/668, p. 8.

⁷⁸ C.D.E., article XX. 39/1 paragraphe 2.

⁷⁹ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, 2021, p. 118.

⁸⁰ C.D.E., art. XX. 41, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, 7°.

⁸¹ C.P., art. 490quater.

délégué, de les instruire pour éventuellement donner son avis au tribunal sur ces créances. Il pourrait ainsi aussi participer aux négociations avec ce créancier ».⁸²

De la même manière, le mandataire pourra également obtenir tous les documents comptables ou utiles à l'établissement d'un plan ou à la conclusion d'un accord amiable.⁸³ Les travaux parlementaires justifient cette prérogative par la mission que possède le mandataire de veiller à ce que les créanciers consultés soient informés correctement de la situation financière et économique du débiteur.⁸⁴

Au regard de cette exigence, Y. Brulard et Y. Alsteens font remarquer que ces parlementaires avaient eux-mêmes constaté que face à la pandémie, la P.R.J. ne connaissait qu'un nombre limité de succès en raison de sa complexité et, en particulier, en raison du fait qu'il est difficile de réunir les documents comptables. Ceci paraît contradictoire avec le fait que le débiteur transmette ces mêmes documents à son mandataire, dès l'ouverture de cette nouvelle procédure.⁸⁵

b) L'information des différents créanciers de la mission du mandataire et l'entame des négociations

Le paragraphe 3 poursuit en prévoyant que le mandataire détermine le délai dans lequel les créanciers sont informés de sa mission.⁸⁶ Il peut également décider d'entamer des négociations avec un ou plusieurs créanciers et de ne les étendre à d'autres créanciers qu'à un stade ultérieur.

Néanmoins, un principe gouverne l'ensemble de cette partie confidentielle : le débiteur reste durant cette période, en possession. Cela signifie qu'il n'a pas été évincé de la gestion de l'entreprise et qu'il garde sa liberté et ses pouvoirs afin de mener à bien la réorganisation de la société.⁸⁷

Par conséquent, ce pouvoir discrétionnaire laissé au mandataire paraît critiquable au regard de ce même principe : « *En effet, dans un régime où le débiteur reste en possession, il est naturel que la négociation, sans qu'on lui extirpe les pouvoirs de gestion, revienne au débiteur qui enclenchera les négociations avec les créanciers qu'il estime dans l'ordre le plus pertinent* ».⁸⁸

On peut en revanche lire dans les travaux préparatoires, que le mandataire, « *en fonction de la situation, et en particulier du nombre de créanciers et de leur qualité* », décidera « *d'entamer les négociations avec un nombre limité de créanciers afin d'obtenir un accord-cadre* ».⁸⁹ Encore une fois, laisser au mandataire la possibilité de choisir les créanciers avec qui l'accord-cadre sera élaboré peut paraître difficilement conciliable avec le fait que le débiteur reste en

⁸² Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, 2021, p. 120.

⁸³ C.D.E., article XX. 39/1, paragraphe 2.

⁸⁴ Amendement précité, *Doc.*, Ch., 2019/2020, n° 1337/004, p. 11.

⁸⁵ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, 2021, p. 121.

⁸⁶ C.D.E., article XX. 39/1, paragraphe 3, alinéa 2.

⁸⁷ A. DE SABA, « Entreprises insolvables en droit suisse et comparaison internationale », *Finance & Bien Commun*, 2005/3 (N° 23), p. 62. ; Directive (UE) 2019/1023 précitée, article 5.1.

⁸⁸ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, 2021, p. 121.

⁸⁹ Amendement précité, *Doc.*, Ch., 2019/2020, n° 1337/004, p. 11.

possession. Pourquoi ne pas laisser ce choix au débiteur tout en conservant dans le chef du mandataire ce rôle de facilitateur ?

c) La possibilité de demander des termes et délais

Enfin, le paragraphe 3 laisse également la possibilité au mandataire de justice de « *demander, durant la phase préparatoire, par requête contradictoire, au président du tribunal, eu égard à la situation du débiteur, aux négociations en cours et prenant en compte le préjudice causé par la mesure aux créanciers ainsi que l'intérêt général, d'accorder des termes et/ou délais proportionnés aux besoins du débiteur.* »⁹⁰

Dès lors, le mandataire pourra demander que soient accordées certaines facilités au débiteur si sa situation le nécessite. Il veillera à cet effet à préciser dans sa requête les créanciers visés par ces termes et délais. Le président statuera sur la demande et fixera la durée de ces termes qui ne pourra pas être supérieure à 4 mois. Cette protection sera par conséquent à géométrie variable et dépendra du cas d'espèce.

On retrouve ici, la matérialisation du souhait qui avait été émis lors des travaux préparatoires d'insérer la faculté de demander une suspension des exécutions face à certains créanciers.⁹¹ Cette possibilité paraissait essentielle afin de mener à bien les négociations mais également afin de se conformer à la directive.

Concernant la durée et le point de départ de ces facilités, le tribunal de l'entreprise d'Anvers dans son jugement du 16 juillet 2021⁹² a établi que « *dat die termijn van 4 maanden begint te lopen vanaf de dag van de beschikking daaromtrent. Hoe dan ook blijft de schorsing een uitzonderingsmaatregel en dient dergelijk verzoek dus beperkend te worden ingevuld* ». ⁹³

4) Paragraphe 4

a) La participation du mandataire dans la négociation de l'accord ou du plan

En vertu du paragraphe 4 : « *Le mandataire de justice participe à la négociation d'un accord amiable au sens de l'article XX.64, ou d'un plan de réorganisation au sens des articles XX.70 à XX.78 inclus, et veille à ce que les créanciers soient fidèlement informés* ». ⁹⁴

⁹⁰ C.D.E., art. XX. 39/1, paragraphe 3.

⁹¹ Voir *supra*.

⁹² Trib. de l'entreprise Anvers, 16 juillet 2021, *T.I.B.R.*, 2022, n°1, p. 35-36.

⁹³ Trib. de l'entreprise Anvers, 16 juillet 2021, *T.I.B.R.*, 2022, n°1, p. 35.

⁹⁴ C.D.E., art. XX. 39/1, paragraphe 4.

Certes le mandataire pourra épauler le débiteur lors de la négociation de l'accord amiable ou plan. Cependant, établir comme le prévoit le texte de l'article XX. 39/1 du C.D.E. qu'il « *participe à la négociation* » avec le débiteur, semble encore une fois excessif au regard du principe de débiteur en possession précédemment évoqué.⁹⁵

En effet, toujours selon Y. Brulard et Y. Alsteens, cette formulation pourrait laisser croire que le mandataire disposerait d'un pouvoir de codécision voir de veto à propos de l'accord amiable ou du plan de réorganisation, alors qu'il n'en est rien.⁹⁶

En revanche, le mandataire pourra fournir au débiteur des recommandations, informer les différents créanciers sur la faisabilité et la viabilité du plan et rassurer les différents acteurs de la procédure sur le bon suivi du processus.

5) *Paragraphes 5 et 6*

a) **La passerelle entre la phase de négociation et la procédure publique**

Conformément aux paragraphes 5 et 6 de l'article XX. 39/1 du C.D.E., le mandataire formulera la demande auprès du président du tribunal pour que soit transmis le dossier contenant le plan ou l'accord afin qu'il soit fait application de la P.R.J. accélérée. C'est ici le commencement de la passerelle jetée entre la phase de négociation confidentielle et la phase publique.

A cet effet, le mandataire s'occupera de consigner, dans son exposé, les faits pertinents qui permettront au magistrat d'agir en pleine connaissance de cause. Cette étape permettra de prévenir le fait que le débiteur agisse de mauvaise foi, ou de manière non transparente. Le président du tribunal après avoir entendu le débiteur et sur le rapport du juge délégué, transmettra le dossier au tribunal afin de réaliser la P.R.J. accélérée.

Notons que le libellé du paragraphe 5 en ce qu'il permet au président du tribunal d' « *acter dans une ordonnance motivée tout accord conclu par le débiteur avec le créancier concerné* » semble permettre d'ordonner l'homologation d'un accord conclu avec seulement un créancier alors que, jusque-là, l'accord amiable visait un accord avec au moins deux créanciers.⁹⁷ Cependant, dès lors que l'accord préparatoire permet une P.R.J. par accord amiable conformément aux articles XX.64 et suivants du C.D.E., cela implique un accord avec au moins deux créanciers.⁹⁸

Toutefois, une critique peut être émise quant à l'absence d'un tel mécanisme permettant une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice. En effet, ce *prepack* pourra uniquement être envisagé en vue d'un accord amiable ou d'un accord collectif. Or, il aurait été

⁹⁵ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, 2021, p. 124

⁹⁶ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, 2021, p. 125.

⁹⁷ C.D.E., art. XX. 37.

⁹⁸ C.D.E., art. XX. 64.

utile de prévoir également cette possibilité pour les procédures de réorganisation judiciaire dont l'objectif est le transfert sous autorité de justice.⁹⁹ A défaut de texte, les praticiens devront encore compter sur leur ingéniosité pour réaliser ce type d'opération.

6) *Les paragraphes 5 et 6 de l'article XX. 46 du C.D.E.*

a) La réorganisation accélérée

L'accord ou le plan préalablement négocié permettra donc de réaliser une P.R.J. accélérée dont le pendant se retrouve aux nouveaux paragraphes 5 et 6 de l'article XX. 46 du C.D.E.

Le but recherché est que, si le tribunal reçoit une ordonnance motivée du président indiquant que l'approbation d'un accord collectif est probable ou qu'un règlement à l'amiable a été conclu, la procédure de réorganisation judiciaire doit être ouverte dans un délai de cinq jours ouvrables et la procédure doit être clôturée dans un bref délai.¹⁰⁰

L'objectif est de faire en sorte que le tribunal statue dans un laps de temps particulièrement bref, d'un mois en ce qui concerne la PRJ par accord amiable et trois mois pour la PRJ par accord collectif.¹⁰¹

On retrouve la matérialisation du souhait d'éviter au maximum les externalités négatives de la procédure publique. L'accord ainsi préparé permettra d'exécuter avec une certaine célérité les procédures de P.R.J., ce qui permettra de diminuer les conséquences de leurs effets indésirables.

7) *Paragraphes 8 et 9*

a) La possibilité de mettre fin à la procédure

En vertu du paragraphe 8 de l'article XX. 39/1 du C.D.E. et conformément au fait que le débiteur reste en possession, ce dernier peut, à tout moment de la procédure, renoncer, en tout ou en partie, à sa demande d'accord préparatoire.¹⁰²

De plus, si aucun accord amiable ou plan de réorganisation ne paraît probable, le mandataire demandera au président du tribunal de mettre fin à la procédure.

⁹⁹ 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.*, 2021/20, p. 368.

¹⁰⁰ C.D.E., art. XX. 46, paragraphes 5 et 6.

¹⁰¹ C.D.E., art. XX. 46, paragraphes 5 et 6.

¹⁰² C.D.E., art. XX. 39/1, paragraphe 8.

b) La créance du mandataire de justice

Le paragraphe 9 énonce de son côté qu' : « *en cas d'accord ultérieur des créanciers, la créance du mandataire de justice bénéficie du privilège visé aux articles 17 et 19, 1^o, de la loi sur les hypothèques du 16 décembre 1851 et, le cas échéant, est traitée comme une créance sursitaire extraordinaire dans le cadre d'un plan de réorganisation* ». ¹⁰³

Dès lors, le mandataire de justice bénéficiera du privilège des frais de justice en ce qui concerne ses honoraires. Ces derniers seront également qualifiés de créance extraordinaire si un plan postérieur est établi. Cela permet au mandataire de justice d'avoir une certaine assurance quant à savoir s'il obtiendra paiement à la fin de sa mission.

E.- BREVE CONCLUSION

En résumé, le mécanisme précédemment analysé permet au débiteur avec l'aide d'un mandataire de justice de préparer un plan de réorganisation ou un accord amiable avec ses différents créanciers. L'organisation de la procédure lui permettra de réaliser, par la suite, une P.R.J. accélérée.

Durant le travail de négociation, le mandataire de justice apportera son aide et son expertise pour assurer au mieux le déroulement de la procédure. Il veillera également à la bonne réalisation du processus en assurant un certain contrôle en concertation avec le juge délégué.

L'article XX. 39/1 du C.D.E. tente ainsi de répondre aux exigences attachées au nouvel objectif de conservation de la *valeur en going* concern de l'entreprise, et ce en réduisant au maximum la durée de la réorganisation judiciaire afin d'en diminuer les effets indésirables. Par la même occasion, il vise à permettre aux entreprises en proie à des difficultés suite à la pandémie, d'avoir accès à une procédure plus accessible.

Certes, quelques commentaires et remarques peuvent être émis relativement à certains choix du législateur. Néanmoins, on peut oser espérer que le recours à ce nouvel outil rencontrera un vif succès et qu'il permettra d'ouvrir la voie à d'autres types d'instruments soucieux également de ces nouveaux enjeux.

¹⁰³ C.D.E., art. XX. 39/1, paragraphe 9.

III.- ETUDE COMPARATIVE

Le déroulement de la procédure de *prepack* ayant été explicité, nous avons fait le choix dans la dernière partie de notre travail de nous tourner vers l'extérieur de nos frontières et de mettre en perspective l'article XX. 39/1 du C.D.E. précédemment examiné avec deux de ses homologues étrangers. En effet, la Belgique n'est pas un cas isolé, de telles procédures dites de *prepack plan* existent depuis quelques années dans d'autres Etats, et ce, d'autant plus que la directive 2019/1023 a déjà été transposée dans d'autres pays européens.¹⁰⁴

L'exposé s'attardera sur la présentation de deux procédés plus anciens, mettant en œuvre des mécanismes présentant des similitudes avec la procédure belge et ayant déjà fait leurs preuves dans la pratique. L'examen de ces deux instruments inspirés tout deux initialement du *Chapter 11* américain, nous permettra par la suite d'établir des points de comparaison entre eux et le *prepack* belge relativement à leur déroulement et aux caractéristiques qui leurs sont propres.

Premièrement, l'étude se concentrera sur la figure du *scheme of arrangement* de droit anglais. Cet instrument, qui peut s'apparenter à une forme de négociation encadrée et contrainte, présente une grande souplesse et laisse une grande marge de manœuvre lors de son emploi. Utilisé depuis de nombreuses années dans le paysage législatif européen, ce mécanisme a inspiré énormément de pays, dont la Belgique, dans le cadre de leurs réformes respectives. Bien que le législateur belge se soit éloigné du *scheme* sur certains aspects de son *prepack plan*, il n'en reste pas moins intéressant de comparer ces deux instruments.

Par la suite, nous nous attarderons également sur la sauvegarde accélérée de droit français. Cette procédure applicable chez nos voisins présente de nombreux points communs avec le procédé mis en place par l'article XX. 39/1 du C.D.E., que ce soient aux niveaux de son déroulement, des acteurs de la procédure, ou même des protections offertes face aux créanciers. Dès lors, nous nous attacherons à mettre en exergue ces points de similitudes mais également à relever les points de divergences qu'il peut exister entre les deux procédés.

A.- LA FIGURE DU SCHEME OF ARRANGEMENT DE DROIT ANGLAIS

1) *Considérations introductives*

Comme nous l'avons évoqué, le *scheme of arrangement* anglais est un outil utilisé depuis de nombreuses années dans la pratique du droit de l'insolvabilité internationale. Il s'agit d'un mécanisme contractuel se déroulant principalement en dehors d'une procédure d'insolvabilité

¹⁰⁴ À titre d'exemples : les Pays-Bas, l'Allemagne et l'Espagne.

publique ouverte par un tribunal, et par lequel le débiteur tente d'obtenir un accord avec ses créanciers ou ses membres, accord qu'il fera ensuite entériner par le juge.¹⁰⁵

Riche de son succès et précurseur en la matière en Europe, cet instrument a inspiré les différents législateurs européens dans l'élaboration de leur mécanismes préventifs.¹⁰⁶ En effet, la figure du *scheme* a été – et est encore – utilisée dans le but de réaliser un large panel d'opérations, que ce soient l'acquisition de sociétés, le remboursement de capital aux actionnaires ou, dans le cas qui nous intéresse, la restructuration d'une entreprise en difficulté. Etant donné que son contenu n'est pas prescrit par la loi, cet instrument constitue, pour la société qui en use, un outil très souple afin de conclure un accord avec ses créanciers.

Un des objectifs fondamentaux de cette procédure a d'ailleurs été discuté dans l'affaire *Re Norfolk Island and Byron Bay Whaling Co Ltd 2* où le juge Street, l'a décrit comme : « *destinée à fournir des mécanismes pour surmonter l'impossibilité d'obtenir le consentement individuel de chaque membre du groupe destiné à être lié et pour empêcher une minorité de membres du groupe de faire échouer un projet bénéfique* ». ¹⁰⁷ De sorte qu'un des avantages du *scheme* par rapport à d'autres procédures légales est que si le plan est approuvé par les majorités adéquates des différentes catégories de créanciers, il pourra lier toute minorité dissidente, sous réserve que le tribunal sanctionne cette approbation.¹⁰⁸

Au vu de ses nombreux atouts, il est devenu de plus en plus commun pour des sociétés étrangères de demander aux tribunaux du Royaume-Uni de sanctionner un *scheme* lorsqu'une telle option ne leur est pas offerte au niveau national. C'est d'ailleurs par le biais de cette procédure que la société belge Nyrstar, durant l'été 2019, a achevé une restructuration financière.¹⁰⁹

En ce qui concerne le déroulement de la procédure du *scheme* en lui-même, les aspects juridiques sont prévus dans la partie 26 du *Companies act*. Cette partie est reprise sous les paragraphes 895 à 899 de cette même loi.

¹⁰⁵ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, 2021, p. 247.

¹⁰⁶ Par exemple le WHOA aux Pays-Bas, la réforme StaRUG en Allemagne ; Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, 2021, p. 254 et 269.

¹⁰⁷ G. MOSS, N. SEGAL, P. TOTTY, "Schemes of arrangement" in *Totty, Moss & Segal: Insolvency*, Volume 1, Part. C, Chapter 3-01, Sweet and Maxwell, 2022, p.1.; (1969) 90 WN (Pt 1) (NSW), pp. 351-354.

¹⁰⁸ Y. BRULARD et Y. ALSTEENS, *op. cit.*, 2021, pp. 247-248.

¹⁰⁹ NN2 Newco Ltd, Re [2019] EWHC 1917 (Ch).

2) *Mise en œuvre*

a) **Champ d'application**

Afin que l'ensemble de la partie 26 du *Companies Act* s'applique, il est nécessaire selon le paragraphe 895 de cette loi, qu'un *compromise* ou un *arrangement* soit proposé entre une entreprise et ses créanciers ou ses membres.¹¹⁰

Les termes *compromise* ou *arrangement* impliquent ici que chacune des parties va accepter de faire des concessions, on ne vise pas une situation où il y aurait capitulation totale d'un intervenant au profit de l'autre. En effet, il est nécessaire que chacun soit d'amiable composition afin de rechercher un accord.¹¹¹ Dans l'affaire du *Re Guardian Assurance Co*, le terme *arrangement* fut d'ailleurs qualifié comme « *a settlement of mutual relations* ». ¹¹²

Il découle de cette condition qu'une grande partie de la négociation a déjà été réalisée en amont par le débiteur lorsqu'il décide d'avoir recours au *scheme*. En effet, ce dernier n'engagera la procédure que lorsqu'il est déjà arrivé à établir un projet d'accord qu'il pense susceptible d'être approuvé.

Par conséquent, si l'*arrangement* est possible, le débiteur pourra décider de mettre en œuvre le *scheme*. En ce qui concerne son déroulement, celui-ci comprend trois étapes principales.

b) **Déroulement de la procédure**

1. *La demande de convocation des assemblées*

Selon le prescrit du paragraphe 896 du *Companies act*, le tribunal, sur demande et s'il est compétent, peut ordonner la tenue des assemblées des membres ou des créanciers, ou de toute catégorie d'entre eux, dans les conditions qu'il juge appropriées.¹¹³ Le tribunal peut également dans ce cadre, émettre des directives notamment concernant la manière dont les votes seront comptés pour déterminer la majorité numérique requise.¹¹⁴

Dans ce cadre, il est impératif que les catégories de membres ou de créanciers concernées par le *scheme* soient correctement identifiées et qu'elles aient des réunions séparées. Si ce n'est pas le cas, il est peu probable que le tribunal approuve le *scheme*. En outre, il ne sera pas nécessaire de convoquer des réunions pour les catégories non concernées par le plan. Il en est de même

¹¹⁰ Companies Act 2006, chapter 46, part 26, § 895.

¹¹¹ [1972] 1 W.L.R. 1548.

¹¹² G. MOSS, N. SEGAL, P. TOTTY, "Schemes of arrangement" in *Totty, Moss & Segal: Insolvency*, Volume 1, Part. C, Chapter 3-05, Sweet and Maxwell, 2022, p. 9. ; *Guardian Assurance Company, Re*, [1917] 1 Ch D 431 (CA).

¹¹³ Companies Act 2006, chapter 46, part 26, § 896.

¹¹⁴ MORSE, G., *op. cit.*, p. 36.

pour les membres si une société est désespérément insolvable, et qu'en cas de liquidation, il ne leur resterait rien.¹¹⁵

2. La convocation et la tenue des assemblées

Dès le moment où le tribunal a ordonné la tenue des assemblées des membres ou créanciers, les avis de convocation sont envoyés. Le *2020 Practice Statement* exige qu'un préavis suffisant relatif à l'assemblée soit transmis aux créanciers ou aux membres concernés par la procédure afin qu'ils aient la possibilité de soulever toute question que cette audience pourrait examiner.

Chaque avis de convocation envoyé à un membre ou à un créancier doit être accompagné d'un exposé des motifs conforme au paragraphe 897 du *Company act*.¹¹⁶ Les explications relatives aux effets du *compromise* ou de l'*arrangement* doivent notamment s'y retrouver.¹¹⁷

A cet égard, le *Practice Statement* indique que, lors de la première audience, le tribunal examinera le caractère adéquat de l'exposé des motifs et vérifiera s'il revêt la forme appropriée et comporte tous les éléments essentiels. La violation de l'une des obligations du paragraphe 897 constitue une infraction pour la société et tout dirigeant en défaut.¹¹⁸

Il sera par la suite procédé aux votes lors des assemblées afin d'obtenir les majorités suffisantes pour approuver le *scheme*. A cet effet, une majorité en nombre représentant 75% en valeur de créanciers présents et votant de chaque assemblée de la classe visée est nécessaire.¹¹⁹

3. L'homologation du *scheme of arrangement*

Lorsque les majorités requises ont approuvé le *scheme* lors de chaque assemblée nécessaire, tout créancier ou membre de la société peut demander au tribunal de rendre une ordonnance approuvant le *scheme*.¹²⁰

En ce qui concerne le rôle du tribunal lors de l'audience d'approbation, le juge David Richards, dans l'affaire *Re Telewest Communications Plc (n°2)*¹²¹, a cité les principes qui guident le tribunal à ce stade.¹²² La juridiction doit, avant de rendre une ordonnance sanctionnant un *scheme*, et à condition qu'elle soit compétente pour rendre une telle ordonnance, vérifier que :

- les dispositions de la partie 26 du *Companies act* ont été respectées ;
- les créanciers ou les membres présents à l'assemblée représentaient équitablement les catégories de créanciers ou de membres, et la majorité approuvant le plan a agi de bonne foi ;

¹¹⁵ MORSE, G., *op. cit.*, p. 54

¹¹⁶ Companies Act 2006, chapter 46, part 26, § 897.

¹¹⁷ MORSE, G., *op. cit.*, p. 58.

¹¹⁸ Companies Act 2006, chapter 46, part 26, § 897.

¹¹⁹ Companies Act 2006, chapter 46, part 26, § 899.

¹²⁰ G. MOSS, N. SEGAL, P. TOTTY, *op. cit.*, Chapter 3-28, Sweet and Maxwell, 2022, p. 50. ; MORSE, G., *op. cit.*, p. 62. ; Companies Act 2006, chapter 46, part 26, § 899.

¹²¹ [2004] *EWCA Civ*, 728.

¹²² G. MOSS, N. SEGAL, P. TOTTY, *op. cit.*, Chapter 3-28, Sweet and Maxwell, 2022, p. 50.

- l'arrangement est tel qu'une personne intelligente et honnête, membre de la classe concernée et agissant dans le respect de son intérêt, pourrait raisonnablement l'approuver.

S'il est satisfait à ces exigences, le Tribunal pourra approuver et sanctionner le *scheme*.

c) Effets du *scheme of arrangement*

Une fois le *scheme* sanctionné, il lie la société et tous les membres, créanciers ou catégories de ceux-ci qui étaient parties au plan et lie ainsi les dissidents. Si la société est en cours de liquidation, le plan est également contraignant pour le liquidateur.¹²³ Le *scheme* ne peut alors pas être modifié, même si tous les membres et les créanciers acquiescent à la modification.

Ce large effet ne s'applique à personne d'autre et ne liera pas les parties qui n'ont pas pris part à l'accord. Tout effet du régime sur un tiers découlera d'un contrat et non du *scheme* en lui-même. Ainsi, si une société, qui est un débiteur solidaire, est libérée par le régime, les autres débiteurs solidaires ne seront, quant à eux, pas affectés.

B.- LE PREPACK BELGE AU REGARD DU SCHEME OF ARRANGEMENT

1) Conditions d'entrée et finalité

Si l'on compare les conditions d'entrée des deux procédures, le *scheme of arrangement* s'avère beaucoup plus souple comparativement au *prepack* de droit belge.

En effet pour le premier, il suffit qu'un *arrangement* ou un *compromise* soit proposé entre la société et ses créanciers ou ses membres pour que le processus soit entamé. Une demande pourra ensuite être formulée afin que le tribunal ordonne les assemblées en vue de faire procéder au vote relatif au *scheme*. Cet accès relativement simple au mécanisme peut expliquer son grand succès.

En ce qui concerne le *prepack* belge, la procédure ne sera accessible que si la demande de désignation d'un mandataire de justice est effectuée. A cet effet, le débiteur doit dans sa requête apporter la preuve que la continuité de l'entreprise est menacée à bref délai ou à terme et joint également une série d'autres documents prévus à l'article XX. 41 du C.D.E.

Si ces formalités peuvent à première vue paraître plus lourdes, il s'avère néanmoins que le débiteur dans la procédure belge ne devra pas, à ce stade, et contrairement au *scheme*, avoir établi d'accord avec ses créanciers. Le recours à ce mécanisme intervient justement pour permettre de faciliter les négociations.

¹²³ Companies Act 2006, chapter 46, part 26, § 899.

D'autre part, le *scheme* se caractérise également par la diversité des opérations qu'il permet de faire homologuer par le tribunal. Là où l'article XX. 39/1 du C.D.E. ne sera entamée qu'aux fins de réaliser que des P.R.J. accélérée par accord amiable ou collectif.

2) *Le mandataire de justice et la protection face aux créanciers*

Toutefois, la facilité d'accès à la procédure du *scheme* s'accompagne d'un principal défaut : le débiteur doit avoir déjà négocié, seul ou avec ses conseils, son accord. La partie 26 du *Companies act* ne prévoyant aucune aide spécifique afin qu'il mène à bien la procédure. En revanche, en ce qui concerne l'article XX. 39/1 du C.D.E., plusieurs outils sont proposés au débiteur afin de faciliter le dialogue et favoriser la réussite du processus.

En effet, lors du déroulement du *prepack belge*, le débiteur sera accompagné du mandataire de justice pour mener à bien ses négociations et c'est même, comme nous l'avons vu, une condition obligatoire pour avoir accès au reste de la procédure. Cette figure apportera un réel rôle d'appui mais également de contrôle, contrairement au *scheme* qui laissera le débiteur manœuvrer par ses propres moyens lors des phases de pourparlers avec ses créanciers. De la sorte, son utilisation peut paraître compliquée pour les petites entreprises disposant de peu de moyens financiers pour mener à bien leurs négociations.

De plus, le *scheme* n'offre aucune protection particulière pour l'entreprise face aux exécutions des créanciers. Tandis que l'article XX. 39/1 permet, en application de son paragraphe 3, d'accorder des termes et/ou délais et ainsi permettre au débiteur de se protéger pendant la durée prévue par le président du tribunal, celle-ci ne pouvant excéder 4 mois.

3) *Le rôle du tribunal*

Le tribunal aura, lors de la mise en œuvre du mécanisme anglo-saxon, un rôle de contrôle assez poussé. À l'audience, il décide si l'ensemble de la procédure antérieure a correctement été menée et si le vote peut intervenir. Il juge si les classes de créanciers ont correctement été faites selon la règle du *fairness* et vérifie en particulier, si l'information a circulé d'une manière suffisante et accessible, c'est-à-dire si chacun a été convoqué et si chacun a pu recevoir l'information nécessaire.¹²⁴

Quant au *prepack belge*, le président du tribunal, certes contrôlera si les éléments du plan sont suffisamment plausibles avant de transférer le dossier pour la suite de la procédure. Mais son évaluation se fera sur base du travail du mandataire de justice ainsi que du rapport du juge délégué. Tout le travail de contrôle et de vérification aura ainsi été réalisé en amont.

Ce contrôle assez poussé du tribunal en matière de *scheme* peut s'expliquer par la grande liberté laissée au débiteur durant les négociations et l'absence d'intervention d'un mandataire chargé

¹²⁴ Companies Act 2006, chapter 46, part 26, § 897.

de veiller au bon déroulement de la procédure. Durant la procédure de *prepack* belge, le président pourra se reposer sur le travail de contrôle préalablement réalisé par le mandataire de justice et le juge délégué tout au long des pourparlers.

4) *Effets*

Le *scheme* liera tous les membres et créanciers parties à celui-ci. Un des grands avantages est qu'il liera également la minorité dissidente, cependant, il n'affectera que les créanciers qui ont pris part au vote.

En revanche, dans le cadre d'une P.R.J. par accord collectif, l'homologation du plan de réorganisation le rend contraignant pour tous les créanciers sursitaires, qu'ils aient pris part au vote – ou non – et qu'ils aient voté en faveur du plan – ou non.¹²⁵ Son effectivité est par conséquent plus étendue qu'en matière de *scheme*, car contrairement à lui il permettra de lier les créanciers n'ayant pas pris part au vote.

En somme, le *scheme of arrangement* se caractérise par une plus grande souplesse dans sa mise en œuvre, mais celle-ci s'explique par le fait que certains outils, certaines protections pour le débiteur sont laissés de côté. Dès lors, si le *scheme* peut, à première vue, paraître plus accessible comparativement à la procédure belge, son recours peut s'avérer plus ardu pour les petites et moyennes entreprises ne disposant que de peu de moyens afin de mener à bien leurs négociations.

C.- LA PROCÉDURE DE SAUVEGARDE ACCÉLÉRÉE DE DROIT FRANÇAIS

1) *Considérations introductives*

La volonté d'établir une passerelle entre la phase de négociation confidentielle et la procédure publique¹²⁶ existe depuis de nombreuses années dans le chef du législateur français. À cet égard, l'absence à l'origine de cadre légal, n'a pas freiné certains praticiens dans leur intention de mettre en œuvre ce type de mécanisme. Ce fut par exemple le cas dans le cadre de la sauvegarde de Thomson SA,¹²⁷ ce type d'affaire constitue à l'échelle d'un grand groupe un des premiers exemples d'une démarche ressemblant à celle dite de *prepack plan* dans le paysage français.

C'est premièrement par le biais de la loi du 22 octobre 2010 et de son article 57 que le législateur est intervenu avec l'introduction de la sauvegarde financière accélérée. Cependant, cette

¹²⁵ C.D.E, art. XX. 82.

¹²⁶ En l'occurrence, la procédure de conciliation et celle de sauvegarde.

¹²⁷ T. com. Nanterre, 30 novembre 2009, *D. 2009. A.J. 2929*, obs. Lienhard. ; A. LIENHARD, *Procédures collectives*, Delmas, 9^{ème} édition, 2020-2021, Chapitre 91, Section 1, n°091.11, p. 326.

procédure n'était à l'époque applicable qu'aux créanciers financiers et cela à des seuils très élevés, ce qui la rendait par conséquent difficilement accessible.

Conscient des diverses difficultés que cette particularité présentait pour son emploi, le législateur français décida d'adopter la procédure de sauvegarde accélérée par une ordonnance du 12 mars 2014 et ainsi faciliter son recours.¹²⁸

En ce qui concerne sa mise en œuvre, la procédure est soumise aux règles applicables à la procédure de sauvegarde « normale »¹²⁹, sous réserve des dispositions particulières édictées par l'ordonnance du 12 mars 2014, et codifiées aux articles L. 628-1 à L. 628-8 du code de commerce.

2) Mise en œuvre

a) Conditions d'application

1. Être engagé dans une procédure de conciliation

L'article L. 628-1 du Code de commerce français énonce que : « *la procédure de sauvegarde accélérée est ouverte à la demande d'un débiteur engagé dans une procédure de conciliation qui justifie avoir élaboré un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise* ». ¹³⁰

Il découle de cette disposition, que le débiteur, afin d'accéder à la sauvegarde accélérée doit, avant toute chose, être engagé dans une conciliation. Cette dernière étant la seule voie d'accès afin de poursuivre la procédure.

Au regard de ce préalable obligatoire, le débiteur bénéficiera lors de la période de pourparlers, de l'exception de conciliation afin de se protéger d'exécutions éventuelles de la part de ses créanciers.¹³¹

L'obligation de recourir au mécanisme de conciliation illustre la volonté de la part du législateur français d'établir une charnière entre la phase de négociation confidentielle et la procédure publique de traitement des difficultés.

¹²⁸ A. LIENHARD, *ibidem*, Section 4, n°091.41, p. 329.

¹²⁹ C. com. français, art. L. 620-1 à L. 627-4.

¹³⁰ C. com. français, art. L. 628-1, paragraphe 1^{er}.

¹³¹ C. com. français, art. L. 611-7, paragraphe 5.

2. Un soutien suffisamment large du projet de plan

En outre, le débiteur doit justifier avoir élaboré un projet de plan « *susceptible de recueillir, de la part des créanciers, un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable son adoption* ». ¹³²

La notion de « *soutien suffisamment large* » sera appréciée par le tribunal en fonction du cas d'espèce qui lui sera présenté. Le texte est ici volontairement souple, nulle condition précise n'étant posée relativement au caractère ferme de l'accord, à sa forme ou à son effectivité.

3. Des comptes certifiés ou établis par un expert-comptable

Le texte précise également que la procédure de sauvegarde accélérée ne peut être ouverte qu'à l'égard d'un débiteur dont les comptes ont été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable ¹³³. Cette condition d'éligibilité comprenait également jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance 2021-1193 du 15 septembre 2021 ¹³⁴ la nécessité que le nombre de salariés, le chiffre d'affaires ou le total du bilan soient supérieurs à certains seuils.

4. L'absence de cessation de paiement

La circonstance que le débiteur soit en cessation des paiements ne fait pas obstacle à l'ouverture de la procédure de sauvegarde accélérée si cette situation ne précède pas depuis plus de quarante-cinq jours la date de la demande d'ouverture de la procédure de conciliation. ¹³⁵ Le législateur a ici voulu faire primer la logique de la conciliation sur celle de la sauvegarde.

b) Ouverture et effets de la sauvegarde accélérée

La demande d'ouverture de la procédure est régie par les dispositions du droit commun de la sauvegarde. Toutefois, elle doit exposer également les éléments démontrant que le projet de plan remplit les conditions particulières prévues pour la sauvegarde accélérée.

Le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure après un rapport du conciliateur sur le déroulement de la conciliation et sur les perspectives d'adoption du projet de plan par les créanciers concernés. Ce rapport aura pour but de convaincre les juges de la qualité de la phase de *prepack*, et de l'attestation par le plan, que la majorité qualifiée requise pour son adoption par les comités de créanciers est réunie. ¹³⁶

¹³² C. com. français, art. L. 628-1, paragraphe 1^{er}.

¹³³ C. com. français, art. L. 628-1, paragraphe 4.

¹³⁴ G. BERTHELOT, « L'ordonnance transposant la directive « restructuration et insolvabilité » enfin publiée et aussitôt applicable », *D. 2021.*, p. 1760.

¹³⁵ C. com. français, art. L. 628-1, paragraphe 5.

¹³⁶ A. LIENHARD, *op. cit.*, Section 4, n°093.41, p. 343.

Le texte prévoit expressément que le tribunal désigne un ou plusieurs administrateurs. Par application du droit commun, il désigne également un mandataire judiciaire. La désignation du conciliateur comme administrateur, ou comme mandataire judiciaire, selon la profession qu'il exerce, est la règle.¹³⁷

Dans le jugement qui ouvre la procédure, le tribunal fixe la date de l'audience à l'issue de laquelle il sera statué sur le projet de plan. Dans les huit jours, le ministère public, l'administrateur et le mandataire judiciaire sont avisés de la date d'audience et le débiteur ainsi que les représentants du comité d'entreprise sont convoqués.

Le tribunal arrête le plan dans les conditions prévues aux articles L. 626-31 et L. 626-32 dans un délai de deux mois à compter du jugement d'ouverture. A la demande du débiteur et de l'administrateur judiciaire, le tribunal peut proroger ce délai sans que la durée totale de la procédure ne puisse excéder quatre mois.¹³⁸

Selon l'article L. 628-6, la procédure produit ses effets aux créanciers soumis à l'obligation de déclarer leurs créances et qui seront affectés par le plan. Le plan sera également opposable à tous en application de l'article L. 626-11.

D.- LE *PREPACK* BELGE AU REGARD DE LA PROCEDURE DE SAUVEGARDE ACCELEREE

1) Conditions d'application

De manière similaire à ce qui a été réalisé avec le *scheme of arrangement*, il convient de s'attarder sur les conditions d'application des deux procédures.

Nous avons pu constater qu'en France, l'accès à la sauvegarde accélérée, se fait obligatoirement par le biais de la conciliation.¹³⁹ En outre, elle ne peut également être ouverte qu'à l'égard d'un débiteur dont les comptes ont été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable.¹⁴⁰

Dans le cadre du *prepack* belge, afin d'avoir accès à la procédure de réorganisation judiciaire accélérée, il ne faut pas avoir eu recours – mais on le peut – à la figure du médiateur d'entreprise. En revanche, il faudra obligatoirement faire la demande afin que soit nommé un mandataire de justice. Afin de procéder à cette nomination, le débiteur doit, dans sa requête, apporter la preuve que la continuité de l'entreprise est menacée, et joindre à sa demande les documents prévus par la loi. Aucune certification des comptes n'est exigée.

¹³⁷ C. com. français, art. L. 628-3.

¹³⁸ C. com. français, art. L. 628-8.

¹³⁹ A. LIENHARD, *op. cit.*, Section 3, n°091.31, p. 333.

¹⁴⁰ A. LIENHARD, *ibidem*, Section 3, n°091.31, p. 337.

Dans les deux cas, la phase de négociation aura été encadrée par les textes de lois, d'un côté à travers la procédure préalable de conciliation, de l'autre à travers le recours obligatoire au mandataire de justice.

2) *L'intervention d'un mandataire de justice et la protection face aux créanciers*

On peut aisément comparer la figure du conciliateur à celle du mandataire de justice, leurs rôles étant assez similaires. Tous deux apporteront leur aide et leur soutien au débiteur afin qu'il mène à bien les pourparlers avec ses différents interlocuteurs. Le mandataire de justice et le conciliateur auront également pour rôle d'exercer un certain contrôle durant le déroulement de la procédure. En effet, dans les deux cas, le magistrat statuera sur la demande de réalisation de la P.R.J. ou de la sauvegarde accélérée sur base d'un côté du rapport du conciliateur et de l'autre de celui du mandataire.

En outre, durant la phase de conciliation, le débiteur aura le bénéfice de l'exception de conciliation afin de se prémunir des exécutions des créanciers et ce de manière automatique. Dans le cadre du *prepack*, pareil automatisme n'existe pas et une demande devra être effectuée par le mandataire afin que soient octroyés les termes et délais qui seront valables pendant maximum 4 mois.

3) *Effets*

La sauvegarde produit ses effets, sur les créanciers soumis à l'obligation de déclarer leurs créances qui seront directement affectés par le projet de plan, qu'ils aient pris part au vote ou non.¹⁴¹ De plus le plan sera opposable à tous.¹⁴² L'effet est donc assez général et également similaire à ce que l'homologation du plan de réorganisation permet.

On retrouve par conséquent, de nombreux points communs entre les deux procédures, que ce soit relativement à leur mise en œuvre, aux acteurs intervenants et aux effets qui leurs sont attachés. La procédure de sauvegarde accélérée est en revanche plus ancienne que le *prepack* belge et de ce fait, a pu faire ses preuves en pratique.

Par conséquent, il ne serait pas étonnant que le législateur belge se soit inspiré de la procédure de sauvegarde accélérée dans l'élaboration de son *prepack plan* et de la P.R.J. accélérée. D'autant plus qu'elle a également été choisie par le législateur français afin de transposer la directive 2019/1023.

¹⁴¹ C. com. français, art. L. 628-6.

¹⁴² C. com. français, art. L. 628-11.

E.- LA DIRECTIVE 2019/1023 ET PERSPECTIVES

Afin de clôturer notre exposé, nous avons décidé d'aborder brièvement le cadre posé par la directive 2019/1023. En effet, comme cela a été énoncé au début de notre travail, la loi du 21 mars 2021 est en principe temporaire et prépare la transposition du texte européen. C'est pourquoi, il semble important d'aborder brièvement les principes posés par la directive.

Cette dernière souhaite notamment par le biais de la restructuration préventive pousser les débiteurs à prévenir les difficultés et ce par la négociation avec les créanciers. Le but est d'agir avant que les entreprises ne se trouvent en défaut.¹⁴³

Dans cette optique, l'article 4.1 de la directive impose aux États membres « *d'instituer un cadre de restructuration préventive leur permettant de se restructurer, en vue de prévenir l'insolvabilité, de protéger ainsi les emplois et de maintenir l'activité économique* ». ¹⁴⁴

A cet égard, la disposition ne prévoit pas réellement une forme de procédure précise à mettre en place. Le législateur aura le choix, elle peut être confidentielle ou non, ou présenter deux phases différentes, l'une discrète et l'autre publique. Ce qui est sûr c'est que cette procédure doit permettre la négociation afin de diminuer les atteintes au crédit de l'entreprise liées à la publicité. Dans l'esprit de la Directive, les restructurations devraient donc être en priorité le résultat d'accords avec les créanciers, incités à s'entendre plutôt que de prendre le risque d'un vote qui leur porterait préjudice.¹⁴⁵

Le *prepack* introduit par la loi du 21 mars 2021 pourrait-il servir de support afin de réaliser la transposition de la directive, celle-ci devant s'opérer au plus tard le 17 juillet 2022 ?

Le mécanisme mis en place par l'article XX. 39/1 du C.D.E. semble correspondre à la plupart des exigences imposées par le texte européen, on y retrouve notamment l'existence d'un sursis au profit des débiteurs qui veulent négocier un plan avec leurs créanciers. Il ne serait pas étonnant que le législateur se base ou reprenne le texte existant dans le cadre de ses travaux. D'autant plus que cette disposition qui devait cesser d'être en vigueur au 30 juin 2021 a été prolongée jusqu'au 17 juillet 2022, date où la transposition de la directive 2019/1023 doit être finalisée.

¹⁴³ ZENNER, A., « 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, p. 28. ; Cons. 3, Directive (UE) 2019/1023 précitée.

¹⁴⁴ Directive (UE) 2019/1023 précitée, art. 4.1.

¹⁴⁵ Y. BRULARD, « Le preinsolvency ... » *op. cit.*, p.9.

CONCLUSION

Nous avons constaté à travers cet exposé, le rôle essentiel que joue la matière du droit de l'insolvabilité en matière économique, et ce plus particulièrement en période d'instabilité. En effet, l'exposé de l'évolution des objectifs qui sous-tendent cette matière, a permis de déceler une nouvelle philosophie guidant les prises de décisions du législateur. Auparavant les différents textes de loi ne visaient principalement que la satisfaction du créancier et ce, au détriment du débiteur le plus souvent stigmatisé. Aujourd'hui la finalité tend désormais à conserver la valeur de l'entreprise en *going concern*, objectif d'autant plus primordial à l'heure où les différents acteurs de l'économie ont dû faire face une pandémie et sa crise subséquente.

La loi du 21 mars 2021 est entrée en vigueur dans ce contexte particulier et s'est voulue comme une réponse concrète à plusieurs de ces problématiques. En effet, nous avons pu constater que, pour ce faire, elle introduit par le nouvel article XX. 39/1 du C.D.E., un mécanisme dit de *prepack* permettant la préparation d'une P.R.J. accélérée par accord amiable ou collectif, le but principal étant de diminuer au maximum la durée de la procédure publique et par la même occasion les externalités négatives qui lui sont attachées.

Par conséquent, la seconde partie de notre travail a consisté en l'étude et le commentaire du *prepack plan*. A cet effet, nous nous sommes concentrés sur l'examen du libellé de l'article XX. 39/1 du C.D.E. afin de mettre en exergue les différents éléments essentiels à la réalisation du processus. Lors de cette analyse certaines remarques ont d'ailleurs pu être émises relativement à certains choix du législateur.

Enfin, la mise en perspective du *prepack* belge a pu être réalisée au regard de deux procédures étrangères, à savoir : le *scheme of arrangement* de droit anglais et la sauvegarde accélérée de droit français. Après l'exposé de chacun des mécanismes, nous avons pu mettre en évidence les différents choix opérés par les législateurs relativement aux conditions d'application, à la mise en œuvre ou aux intervenants des différentes procédures.

Si la loi du 21 mars 2021 constitue une première avancée dans la construction législative belge désormais animée par une nouvelle dynamique axée sur la conservation de la valeur de l'entreprise mais également plus soucieuse de la situation du débiteur, un long chemin reste encore à parcourir. Nous pouvons espérer, à cet égard, que d'autres réformes puissent rapidement emboîter le pas afin de parfaire l'arsenal juridique belge. Cet impératif semble essentiel à l'heure où il ne reste que quelques mois afin de se conformer aux exigences de la directive 2019/1023 dont la transposition devra être opérée pour le 17 juillet 2022.

BIBLIOGRAPHIE

I. DOCTRINE

ALTER, C. et PLETINCKX, Z., « 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.*, 2021/20, p. 365 à 372.

AUTENNE, A., AYDOGDU, R., GEORGE, F., GEORGES, F., OUCHINSKY, N et VAN CAILLIE, D., « Note à l'attention du Conseil consultatif de la magistrature sur le projet d'arrêté royal adoptant un sursis légal et d'autres mesures en faveur des entreprises pendant la durée de la crise du Covid-19 », 20 mars 2020.

AYDOGDU, R., « 4. - 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) : un (r)évolution ?*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 139 à 186.

AYDOGDU, R. et ROZENBERG, F., « Section 3 - Les pre-packs étrangères : un exemple à suivre ? » in M. GREGOIRE (dir.), *La cession d'une entreprise en difficulté*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 210 à 216.

BALATE, E., et THIRION, N., « Avant-propos » in N. THIRION (dir.), *Crise et droit économique*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 5 à 6.

BERG, S., DE SAUVAGE, G., FREMAT, V. et GOFFIN J.-F., *Réorganisation judiciaire : le livre XX du Code de droit économique et la CCT n° 102 annotés*, Limal, Anthemis, 2020.

BERTHELOT, G., « L'ordonnance transposant la directive « restructuration et insolvabilité » enfin publiée et aussitôt applicable », *D. 2021.*, p. 1760.

BRULARD, Y., « Le preinsolvency à la suite de la loi du 21 mars 2021 réformant le livre XX du Code de Droit économique : une opportunité de mettre en œuvre des techniques de restructuring créatives », *R.G.F.C.P. 2021*, liv. 6, p. 5 à 20.

BRULARD, Y., « Le débiteur est-il le futur du créancier ? Un nouveau paradigme pour le droit de l'insolvabilité pendant et après la crise du coronavirus ? » in *L'entreprise en difficulté, ses dirigeants et ses créanciers*, Limal, Anthemis, 2020, p. 53 à 122.

BRULARD, Y. et ALSTEENS, Y., *Prépack & Préinsolvency à la lueur du livre XX, de la loi du 21 mars 2021 et de la directive restructuration*, Limal, Anthemis, 2021.

DE MOOR, B., et CALLEBAUT, M., « La médiation dans les entreprises en difficulté », *D.A.O.R.*, 2018, liv. 125-126, p. 36 à 54.

- DE SABA, A., « Entreprises insolvable en droit suisse et comparaison internationale », *Finance & Bien Commun*, 2005/3 (n° 23), p. 56 à 64.
- DERIJCKE, W., « 4 - Pour une faillite de combat : relecture de la loi sur les faillites à la lumière de l'histoire ancienne et de la jurisprudence récente » in F. GEORGES, (dir.), *Insolvabilité et garanties*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 173 à 195.
- DERIJCKE, W. et T'KINT, F., « La faillite », *Rép. not.*, t. XII, l. XII, Bruxelles, Larcier, 2006.
- DRESSE, L., FRANCAERT, A., LEFÈVRE, P., et WUNSCH, P., « Face à la crise économique du coronavirus: premiers constats », *RDC-TBH 2020*, n°10, p. 1241 à 1252.
- FELTKAMP, R. et CHOCHITAICHVILI, D., « La crise et le droit économique. La liberté d'entreprendre en (période de) crise », *R.D.C.-T.B.H.*, 2020/10, p. 1361 à 1386.
- GEORGE, F., « Titre 1 - Institution de la faillite » in *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 35 à 67.
- LIENHARD, A., *Procédures collectives*, Delmas, 9^{ème} édition, 2020-2021.
- LOCRE, J.G., *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XIX, 1830, Paris.
- MORSE, G., « Schemes of arrangement », in *Palmer's Company Law*, Volume 3, Par. 12, Chapter 12, Sweet and Maxwell, 2021, p. 1 à 136.
- MOSS, G., SEGAL, N., TOTTY, P., « Schemes of arrangement » in *Totty, Moss & Segal: Insolvency*, Volume 1, Part. C, Chapter 3, Sweet and Maxwell, 2022, p.1 à 57.
- OUCHINSKY, N. et DAVID, W., « Premier commentaire de la réforme du droit de l'insolvabilité du 21 mars 2021 », *RPS-TRV*, 2021/4, p. 410 à 430.
- PERCEROU, J., et THALLER, E., *Traité élémentaire de droit commercial*, Tome 1, 1907.
- RENOUARD, A. C.H., « Chapitre 1 : Origines du droit spécial sur les faillites et banqueroutes », in *Traité des faillites et banqueroutes*, Tome 1, 3^{ème} édition, 1857, p. 7 à 37.
- SCHOONHEYT, V., « Loi du 21 mars 2021 modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des impôts sur les revenus 1992 : premiers commentaires », *B.J.S.*, 2021/668, p. 7 à 10.
- THIRION, N., « Un voyage en Italie », *R.F.D.L.*, 2007/2, p. 301 à 305.
- THIRION N., DELVAUX, T., FAYT, A., GOL, D., PASTEGGER, D. et SIMONIS, M., *Droit de l'entreprise*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2012.
- VAN HOE, A., VEROUGSTRAETE, I. et LEBEAU, J., « De wet van 21 maart 2021 tot wijziging van Boek XX WER en WIB 1992 », *R.D.C.-T.B.H.*, 2021/3, p. 274 à 283.

VEROUGSTRAETE, I., « L'accord amiable hors réorganisation judiciaire » in *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, p. 373 à 392.

ZENNER, A., « 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, p. 25 à 55.

ZENNER, A., *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019.

II. JURISPRUDENCE

Jurisprudence belge

Trib. de l'entreprise, 16 juillet 2021, *T.I.B.R.*, 2022, n°1, p. 35.

Trib. de l'entreprise, 28 avril 2021, *T.I.B.R.*, 2021, n°2, p. 84 à 88.

Jurisprudence anglaise

NN2 Newco Ltd, Re, [2019] EWHC 1917 (Ch).

Telewest Communications Plc, Re, [2004] EWCA Civ 728.

National Farmers Union Development Trusts, Re, [1972] 1 *W.L.R.* 1548.

Guardian Assurance Company, Re, [1917] 1 Ch D 431 (CA).

Jurisprudence française

T. com. Nanterre, 30 novembre 2009, *D.* 2009. *AJ* 2929, obs. Lienhard.

Jurisprudence européenne

C.J., arrêt *Smallsteps*, 22 juin 2017, C-126/16, EU:C:2017:489.

III. LEGISLATION

Législation belge

Code pénal, article 490quater.

Code de droit économique, articles XX. 30, 31, 36, 37, 38, 39/1, 41, 46, 64, 67, 82 et 107.

Projet de loi du 10 septembre 1992 sur les faillites, *Doc.*, Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n° 631/1.

Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, *Doc.*, Ch., 2019/2020, séance du 10 juin 2020, n° 1337/001.

Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, *Doc.*, Ch., 2019/2020, séance du 8 juillet 2020, n° 1337/002.

Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, *Doc.*, Ch., 2019/2020, séance du 29 janvier 2021, n° 1337/004.

Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, *Doc.*, Ch., 2019/2020, séance du 12 février 2021, n° 1337/006.

Proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, *Doc.*, Ch., 2019/2020, séance du 23 février 2021, n° 1337/007.

Législation anglaise

Companies Act 2006, chapter 46, part 26, § 895, 896, 897, 899.

Législation française

C. com., L. 611-3, 611-7, 620-1 à 627-4.

Législation européenne

Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil 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) 2017/1132, *J.O.U.E.*, L 172, 26 juin 2019, art. 4, 5 et 6.

Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.U.E.*, L 141, 5 juin 2015.

Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.C.E.*, L 160, 30 juin 2000.