



Les transferts d'entreprises

Étude de droit
du travail belge
et européen

FABIENNE KÉFER


ANTHEMIS

selon les conditions et modalités prévues par la loi du 26 juin 2002 relative aux fermetures d'entreprises.

§ 6. La validité du système normatif belge au regard de la directive 2001/23

202. La loi qui a mis sur pied le transfert sous autorité de justice poursuit un objectif économique: il s'agit de préserver le potentiel économique de l'entreprise; les salariés sont amenés à faire une grande partie du sacrifice nécessaire pour atteindre l'objectif recherché. Madame Michèle Grégoire souligne que «la protection [des travailleurs], dans la procédure de transfert, est considérablement dégradée au regard des exigences antérieures»⁶⁰⁴. Le législateur et les partenaires sociaux pouvaient-ils élaborer un régime juridique du transfert sous autorité de justice moins protecteur que celui du transfert conventionnel visé par les articles 3 et 4 de la directive 2001/23? L'édifice normatif s'appuie sur le postulat que l'opération échappe au périmètre d'application de ces dispositions. Ce postulat n'est cependant pas solide et est contredit par la Cour de justice.

A. La compatibilité avec les articles 3 et 4 et l'exception ménagée par l'article 5, § 1^{er}, de la directive

203. Certains auteurs affirment sans ambages que le transfert sous autorité de justice est soustrait à la directive car il ne résulte pas d'une cession conventionnelle – au motif qu'il fait suite à une double décision judiciaire et s'inscrit dans une procédure d'insolvabilité. Une telle affirmation procède d'une vision réductrice du phénomène. Rares sont en effet les hypothèses qui n'entrent pas dans le concept de cession conventionnelle. Comme on l'a vu, la Cour de justice de l'Union européenne se montre particulièrement peu exigeante et peu formaliste⁶⁰⁵. Il est désormais bien établi que la directive est applicable aux transferts qui impliqueraient un acte administratif, tel que la privatisation d'organismes publics⁶⁰⁶, ou une décision judiciaire, telle qu'une résolution de bail⁶⁰⁷, ainsi qu'à ceux dans lesquels il n'y a même pas le moindre lien juridique

⁶⁰⁴ M. GRÉGOIRE, «Le point de vue des créanciers face à la réorganisation de l'entreprise de leur débiteur», in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire*, CUP, vol. 120, Liège, Anthemis, 2010, p. 208, nos 2 et 3.

⁶⁰⁵ *Supra*, nos 31 et s.

⁶⁰⁶ Not. C.J.C.E., 14 septembre 2000, *Collino et Chiappero*, aff. C-343/98: «La circonstance que le transfert résulte de décisions unilatérales des pouvoirs publics et non d'un concours de volontés n'exclut pas l'application de la directive».

⁶⁰⁷ C.J.C.E., 5 mai 1988, *Berg*, aff. 144 et 145/87.

entre le cédant et le cessionnaire⁶⁰⁸. De même, la directive s'applique au transfert d'une entité qui conserve son identité après le transfert, même si celui-ci intervient dans le cadre d'une procédure collective telle que la liquidation judiciaire, dès lors que l'objectif de la procédure est le maintien de l'activité de l'entreprise⁶⁰⁹.

Ce motif-là paraît, en tout cas, impuissant à faire échapper le transfert sous autorité de justice à l'emprise, au moins partielle, de la directive 2001/23.

204. Néanmoins, les articles 3 et 4 – c'est-à-dire ceux qui prescrivent le transfert, du cédant au cessionnaire, des droits et des obligations nés des contrats de travail et organisent une protection des salariés contre le licenciement – ne sont pas applicables à tous les transferts régis par la directive. En effet, l'article 5, § 1^{er}, les écarte – sauf si les États membres en disposent autrement – lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure analogue « ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente »⁶¹⁰. La partie substantielle de la directive, à savoir ses articles 3 et 4, est écartée dans ces deux hypothèses. Les articles 6 (statut des représentants du personnel) et 7 (obligation d'information et de consultation) demeurent, par contre, applicables.

L'article 5, § 1^{er}, en tant qu'il déroge à la règle générale de protection et s'écarte ainsi de l'objectif principal sous-jacent à la directive 2001/23, doit être interprété de manière stricte⁶¹¹. Si les transferts intervenant dans le contexte d'une faillite ou d'une procédure assimilée peuvent échapper aux articles 3 et 4 de la directive, ceux qui s'inscrivent dans le cadre d'autres procédures d'insolvabilité ne visent pas la liquidation des biens du cédant ou ne se trouvent pas sous le contrôle d'une autorité publique compétente, demeurent dans le champ d'application des articles 3 et 4 de la directive. Dans quelle catégorie faut-il classer le transfert sous autorité de justice ?

205. Dans son arrêt *Smallsteps*⁶¹², relatif au droit néerlandais, la Cour de justice a établi la ligne de démarcation entre la procédure visant la liquidation des biens

⁶⁰⁸ Not. C.J.C.E., 7 mars 1996, *Merckx et Neuhuys*, aff. C-171/94 et C-172/94; C.J.C.E., 24 janvier 2002, *Temco*, aff. C-51/00; C.J.C.E., 20 novembre 2003, aff. 340/01, *Abler*, aff. C-340/01; Cass., 16 septembre 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 419.

⁶⁰⁹ C.J.C.E., 12 mars 1998, *Dethier Equipement*, aff. C-319/94. Voy. aussi M. PATIN, *Transferts d'entreprise en droit communautaire et droit comparé*, op. cit., pp. 88-99; A. MAZEAUD, « Le transfert d'entreprise dans le cadre de procédures collectives », *Droit social*, 2005, p. 134.

⁶¹⁰ Voy. aussi C.J.C.E., 25 juillet 1991, *d'Urso*, aff. C-362/89.

⁶¹¹ C.J.U.E., 22 juin 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging c. Smallsteps*, aff. C-126/16, § 41; C.J.U.E., 16 mai 2019, *Plessers*, aff. C-509/17, § 38.

⁶¹² C.J.U.E., 22 juin 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging c. Smallsteps*, aff. C-126/16, § 48. Avant l'arrêt *Smallsteps*, sur lequel on va revenir dans un instant, on pouvait encore envisager de distinguer deux cas de figure : celui où la procédure s'accompagne de la poursuite d'une activité du débiteur et celui où la

plique au trans-
même si celui-ci
e la liquidation
de l'activité de

le transfert sous
e 2001/23.

crivent le trans-
des contrats de
nciement – ne
effet, l'article 5,
ment – lorsque
édure analogue
rouvant sous le
bstantielle de la
hypothèses. Les
n d'information

ction et s'écarte
doit être inter-
contexte d'une
icles 3 et 4 de la
s d'insolvabilité
vent pas sous le
le champ d'ap-
ie faut-il classer

Cour de justice
dation des biens

14 janvier 2002, *Temco*,
septembre 2013, *J.T.T.*,

nsferts d'entreprise en
art d'entreprise dans le

126/16, § 41; C.J.U.E.,

16, § 48. Avant l'arrêt
de distinguer deux cas
débiteur et celui où la

du cédant et celle qui vise la poursuite d'une activité. Si l'objectif principal est de « maximiser le désintéressement des créanciers », elle entre dans la première catégorie et relève de l'article 5, § 1^{er} ; elle échappe aux articles 3 et 4, en clair à l'obligation, pour le cessionnaire, de poursuivre l'exécution de l'ensemble des contrats de travail. En revanche, lorsque l'objectif principal de l'opération est non pas principalement de maximiser le produit de la vente des actifs mais de préserver les parties viables de l'entité en difficulté en vue d'assurer la poursuite de ses activités, elle ne relève pas de l'article 5, § 1^{er}, et reste donc incluse dans le champ de la protection voulue par la directive. Sans doute les deux objectifs ne sont-ils pas incompatibles et arrive-t-il qu'ils soient poursuivis de concert. La Cour souligne que c'est l'objectif principal qui détermine la nature de l'opération. Si son objectif premier est de préserver une partie des activités, elle ne peut être soustraite aux articles 3 et 4. Il ne suffit donc pas que la procédure vise à liquider le patrimoine du cédant pour que l'on puisse l'exclure du périmètre d'application des articles 3 et 4 : il faut que cet objectif soit prédominant. À défaut, comme l'a énoncé la Cour de manière répétée, « l'objectif économique et social que poursuit cette procédure ne saurait expliquer ni justifier que, lorsque l'entreprise concernée fait l'objet d'un transfert total ou partiel, ses travailleurs soient privés des droits que leur reconnaît la directive »⁶¹³.

C'est donc sans surprise que, dans son arrêt *Plessers*, la Cour de justice a considéré que la procédure belge de transfert sous autorité de justice ne répond pas à la définition de « procédure visant la liquidation des biens du cédant » et que les articles 3 et 4 de la directive lui sont applicables⁶¹⁴. En effet, quand bien même, dans certains cas, elle se présenterait comme « l'antichambre de la faillite »⁶¹⁵, conséquence qui n'est ni automatique ni certaine, cette procédure vise à sauver tout ou partie de l'entreprise en difficulté ou de ses activités. Il s'agit d'une

procédure de réorganisation judiciaire est menée avec l'intention préconçue de faire avou de faillite dès l'entreprise cédée. Dans le second cas, les objectifs poursuivis par la faillite et ceux poursuivis par le transfert sous autorité de justice étant fort semblables, on pouvait songer à ranger cette dernière parmi les procédures analogues à la faillite au sens de l'article 5, § 1^{er}, de la directive, de sorte que le cessionnaire échappait à l'obligation de poursuivre l'exécution de l'ensemble des contrats de travail. Telle était notre opinion (F. KÉFER et G. GAILLIET, « Le sort des travailleurs d'une entreprise en réorganisation judiciaire », *op. cit.*, pp. 410-412, n° 53). Cette distinction ne peut plus être soutenue depuis l'arrêt *Smallsteps*.

⁶¹³ C.J.C.E., 25 juillet 1991, *d'Urso*, aff. 362/89, § 32; C.J.C.E., 7 décembre 1995, *Spano*, aff. 472/93, § 30; C.J.U.E., 22 juin 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging c. Smallsteps*, aff. C-126/16, § 50.

⁶¹⁴ C.J.U.E., 16 mai 2019, *Plessers*, aff. C-509/17, §§ 48-49. La question préjudicielle posée concernait l'article 61 de la loi du 31 janvier 2009, dont le texte n'a pas été modifié lors de son incorporation dans l'article XX.86 du Code de droit économique.

⁶¹⁵ Dans son état initial, la proposition devenue la loi 31 janvier 2009 avait classé la procédure parmi celles qui sont assimilables à la faillite (*Doc. parl.*, Chambre, sess. extr. 2007, n° 52-0160/001, p. 35), mais le texte finalement adopté a abandonné cette voie, sous la pression des organisations syndicales (*voy. not. Doc. parl.*, Chambre, sess. extr. 2007, n° 52-0160/005, pp. 117 et s.).

procédure « où l'espoir est encore permis »⁶¹⁶, comme le révèle, en préambule, l'article XX.39 du code. Assurer la survie des parties viables de l'entreprise et non, avant tout, la liquidation du patrimoine du cédant d'une manière qui maximise le désintéressement des créanciers, tel est bien l'objectif principal du transfert sous autorité de justice. Tant les travaux préparatoires de la loi de 2009 que la doctrine soulignent à l'envi que la procédure a été conçue pour assurer le redressement et la continuité de l'entreprise. Elle vise et permet l'assainissement d'une activité qui, par la cession à une autre personne juridique des actifs nécessaires ou utiles au maintien de tout ou partie de cette activité (art. XX.87, § 1^{er}, al. 1^{er}), est ainsi dépouillée de ses éléments toxiques. La mission du mandataire de justice est de rechercher et solliciter des offres « en veillant prioritairement au maintien de tout ou partie de l'activité de l'entreprise tout en ayant égard aux droits des créanciers » (art. XX.87, § 1^{er}, al. 2)⁶¹⁷. En cas de pluralité d'offres « comparables »⁶¹⁸, la priorité est donnée par le juge à celle qui « garantit la permanence de l'emploi par un accord social » (art. XX.89, § 1^{er}). Tous ces éléments concordent à faire de cette procédure un moyen d'assurer, avant toute chose, la continuité d'une entreprise en difficulté.

La Cour de justice a aussi jugé que le contrôle du mandataire est plus restreint que celui exercé dans le cadre d'une faillite.

Aussi, puisque le but de l'opération consiste dans l'assainissement d'une entreprise ou dans la poursuite d'une partie de ses activités par une personne juridique plus saine, la procédure n'est pas analogue à une faillite et ne relève pas de l'article 5, § 1^{er}, de la directive. Les articles 3 et 4 lui sont applicables, même s'ils peuvent être tempérés selon ce qui est inscrit au § 2 de l'article 5 de la directive.

206. De ceci, il découle que le régime mis en place par le droit belge est en contradiction à un double titre avec l'article 3 de la directive sans pouvoir se prévaloir de l'exception formulée par l'article 5, § 1^{er}.

Tout d'abord, l'article 3, § 1^{er}, de la directive pose le principe fondamental du transfert des contrats de travail de l'employeur cédant à l'employeur cessionnaire par le fait même du transfert. En revanche, selon l'article XX.86, § 3, du Code de droit économique et l'article 12 de la convention collective de travail n° 102, le principe n'est pas le transfert de tous les contrats de travail, mais le transfert des contrats des salariés choisis par le repreneur. Le droit belge s'avère

⁶¹⁶ B. TEYSSIÉ, « Sur l'entreprise et le droit du travail : prolégomènes », *Droit social*, 2005, p. 127.

⁶¹⁷ La loi fixe aussi un prix minimum : il doit être égal ou supérieur à la valeur de réalisation forcée présumée en cas de faillite ou de liquidation.

⁶¹⁸ Voy., *mutatis mutandis*, I. VEROUGSTRÆTE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, op. cit., p. 237.

donc incompatible avec la protection voulue par l'article 3 de la directive, ce que confirme l'arrêt *Plessers*.

Certains avaient pensé pouvoir justifier cette dérogation en s'inspirant de l'article 4, qui autorise les licenciements fondés sur des motifs économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi⁶¹⁹. La Cour de justice a rencontré cet argument⁶²⁰. Selon elle, la perspective de la loi belge n'est pas la même que celle de la directive : les motifs justificatifs doivent, selon la première, dicter le choix des travailleurs repris tandis que, pour la seconde, ils doivent justifier le licenciement. La Cour relève que, par ce biais, la loi belge n'impose au cessionnaire aucune obligation de démontrer que le licenciement des travailleurs qu'il a choisi de ne pas reprendre est dû à des motifs techniques, économiques ou organisationnels⁶²¹. On peut ajouter que la Cour avait déjà décidé, par le passé, que le fait qu'une entreprise soit en restructuration ne saurait impliquer nécessairement et systématiquement des changements sur le plan de l'emploi au sens de l'article 4 de la directive 2001/23 ; cette nécessité doit se rencontrer *in concreto*⁶²².

207. Ensuite, l'article 3, § 2, de la directive ne s'oppose pas à ce que soit organisée une procédure au cours de laquelle le cédant informe le cessionnaire quant aux droits et obligations transférés. Mais, précise-t-il, « le fait que le cédant omette de notifier au cessionnaire l'un ou l'autre de ces droits ou obligations n'a pas d'incidence sur le transfert de ce droit ou de cette obligation ni sur les droits des salariés à l'encontre du cessionnaire et/ou du cédant en ce qui concerne ce droit ou cette obligation ». Or, selon le droit belge, les droits et obligations transférés sont limités à ceux dont le repreneur a été informé par écrit, selon le mécanisme décrit par l'article 8 de la convention collective n° 102 et, en cas d'homologation par le tribunal du travail, à ceux visés dans la convention de transfert projeté. La Cour de justice n'a pas été saisie de cette question ; mais force est de constater que, sur ce point aussi, le droit belge est en contradiction avec le droit européen.

⁶¹⁹ J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009, pp. 237-250, p. 249, n° 62 ; L. PELTZER, « Les aspects sociaux de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *op. cit.*, p. 160.

⁶²⁰ C.J.U.E., 22 juin 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging c. Smallsteps*, aff. C-126/16, §§ 57-60.

⁶²¹ Puisque le repreneur ne devient à aucun moment l'employeur du personnel licencié, il n'est donc pas confronté à l'obligation de justifier les licenciements. Selon l'avocat général SZPUNAR, le juge ne serait pas en mesure de garantir l'effet utile de la directive en raison de l'absence de pouvoir d'apprécier la nécessité des licenciements (§ 77).

⁶²² Comp. C.J.U.E., 11 juin 2009, *Commission c. République italienne*, aff. C-561/07.

B. La compatibilité avec l'article 3 et l'exception ménagée par l'article 5, § 2, b, de la directive

208. Selon l'article 5, § 2, de la directive, lorsque les articles 3 et 4 s'appliquent à un transfert au cours d'une procédure d'insolvabilité engagée à l'égard d'un cédant⁶²³ et si cette procédure se trouve sous le contrôle d'une autorité publique, un État membre peut, dans une certaine mesure, atténuer les effets de l'article 3 prescrivant le maintien du contrat de travail. Deux exceptions sont possibles, que la procédure d'insolvabilité ait ou non été engagée en vue de la liquidation des biens du cédant.

La première, qui n'est pas en jeu ici, concerne la faculté de ne pas transférer le passif social au repreneur à condition que la législation interne mette en place une institution qui garantisse aux travailleurs concernés le paiement de leurs créances impayées.

La seconde exception, inscrite au § 2, b, est la suivante. Les États membres peuvent prévoir que le cessionnaire, le cédant ou la ou les personnes exerçant les pouvoirs de celui-ci, d'une part, et les représentants des travailleurs, d'autre part, peuvent convenir de modifier les conditions de travail du travailleur pour préserver l'emploi en assurant la survie de l'entreprise. Un État membre peut appliquer cette seconde exception à tout transfert lorsque le cédant est dans une situation de crise économique grave définie par la législation nationale, à condition que cette situation soit déclarée par une autorité publique compétente et ouverte à un contrôle judiciaire.

En ce que le Code de droit économique (art. XX.86, § 6) et la convention collective n° 102 (art. 10), permettent, à certaines conditions, de modifier les contrats des salariés transférés par la voie de la négociation collective, ils sont en accord avec l'article 5, § 2, b, de la directive. En revanche, le dispositif belge autorise les modifications individuelles du contrat de travail dans un sens défavorable au travailleur (art. XX.86, § 4, du code et art. 11 de la CCT); il entre, à ce titre, en conflit avec l'article 3 de la directive⁶²⁴, sans pouvoir se prévaloir de l'exception formulée par l'article 5, § 2, b.

⁶²³ Ces dispositions s'appliquent lorsque la procédure d'insolvabilité n'est pas placée sous le contrôle d'une autorité publique, lorsque la procédure ne vise pas à la liquidation des biens du cédant ou encore lorsque, bien qu'elle poursuive un tel objectif, l'État membre a rendu ces dispositions applicables.

⁶²⁴ De manière constante, la Cour de justice considère que la directive ne s'oppose pas à ce que le cessionnaire et le travailleur conviennent de modifier les termes de la relation de travail dans la mesure où le droit national admet une telle modification en dehors de l'hypothèse d'un transfert d'entreprise. En revanche, si le transfert est la cause de la modification défavorable des conditions de travail des salariés transférés, le consentement éventuel donné par ceux-ci n'est pas valable. L'impérativité de la directive s'y oppose. Voy. *supra*, n° 115.

C. Conclusion

209. Les entorses aux principes établis par la directive 2001/23 sont nombreuses et importantes. Le poids de l'obligation de reprendre les contrats de travail – tous et tels qu'ils sont – a été singulièrement allégé par la loi du 31 janvier 2009 (puis par le Code de droit économique) et la convention collective de travail n° 102. Ce régime s'inspire fort de celui que subit le contrat de travail en cas de faillite ; la souplesse du droit de la faillite – et spécialement des règles concernant le sort des contrats de travail – est très attractive et nous est, du reste, enviée par les observateurs étrangers⁶²⁵. La validité du dispositif étudié au regard de la directive est cependant critiquable et directement mise en cause par l'arrêt *Plessers* en ce qui concerne le principe du choix des travailleurs repris. Le droit belge est en opposition frontale à la directive sur ce point. Un même constat pourrait être opéré en ce qui concerne la limitation des droits transférés à ceux dont le repreneur a été informé ainsi que la faculté de modifier individuellement les contrats dans un sens défavorable aux salariés. Il est plus que vraisemblable que le législateur et les partenaires sociaux remettent une nouvelle fois l'ouvrage sur le métier afin d'élaborer un régime de transfert des entreprises en difficulté qui tout à la fois permette de sauvegarder un outil de production viable et de respecter les prescrits européens de protection des travailleurs⁶²⁶.

Aussi longtemps que la loi et la convention collective ne sont pas modifiées, quels sont les moyens d'action du travailleur ? Quelle est la marge de manœuvre du juge, lorsque le transfert sous autorité de justice est envisagé conformément au droit belge mais en contradiction avec la directive européenne : le repreneur est-il tenu de reprendre l'ensemble du personnel à son service ou peut-il continuer à s'appuyer sur le droit belge pour faire valoir son droit de choisir ? Comme on l'a vu en commençant cet ouvrage, une directive n'est pas invocable dans les litiges entre des particuliers. Ceux-ci peuvent certes invoquer la directive à l'égard des pouvoirs publics, étant donné que la directive a fait l'objet d'une transposition incorrecte ; toutefois, les hypothèses où le cessionnaire est une administration publique ne représentent pas les cas les plus fréquents de transfert sous autorité de justice. Lorsque le transfert ne met en présence que des particuliers, la directive est dépourvue d'effet direct et ne peut donc être invoquée devant les juridictions nationales ; celles-ci ne disposent pas de

⁶²⁵ M. PATIN, *Transfert d'entreprise en droit communautaire et droit comparé*, op. cit., p. 92.

⁶²⁶ Comp. R. AYDOĞDU, « L'impact de l'arrêt *Smallsteps* sur le droit belge de l'insolvabilité », in A. ZENNER (dir.), *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, p. 434, et G. DE SAUVAGE et M. BRQUHNS, « Le transfert d'entreprise sous le régime du livre XX du Code de droit économique », in A. ZENNER (dir.), *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, p. 389, n° 91.

base juridique pour laisser le droit national inappliqué. Le palliatif constitué du principe d'interprétation conforme a lui aussi ses limites et ne peut pas servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national. En d'autres termes, les travailleurs se trouvent fort démunis sauf à mettre en cause la responsabilité de l'État belge⁶²⁷.

⁶²⁷ Sur tout ceci, voy. *supra*, n° 5. Pour un cas d'application, C. trav. Anvers, 14 août 2017, RG 2016/AH/191.