

opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (3de kamer) verklaart voor recht:

Richtlijn nr. 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, met name de artikelen 3 tot en met 5, moet aldus worden uitgelegd dat zij

zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling, die in geval van overdracht van een onderneming in het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, welke procedure wordt gevoerd met het oog op het behoud van het geheel of een gedeelte van de vervreemder of van zijn activiteiten, bepaalt dat de verkrijger het recht heeft om te kiezen welke werknemers hij wil overnemen.

Note

Premières réflexions critiques et pratiques suite à l'arrêt Plessers

Sophie Jacmain¹ et Ivan Verougstraete²

Het arrest *Plessers* van 16 mei 2019 onderzoekt de bestaanbaarheid van het Belgische stelsel van reorganisatie door overdracht van onderneming onder de WCO met de Europese richtlijn nr. 2001/23, en dit zowel met artikel 3 van de richtlijn als met de artikelen 4 en 5 (ook al was er geen vraag gesteld over art. 4).

De redenering van het Hof van Justitie berust gedeeltelijk op een analyse van de richtlijn, gedeeltelijk op een analyse van het Belgisch recht van de WCO (de procedure had betrekking op toestanden die nog beheerst werden door de WCO). Het Hof van Justitie oordeelt dat aan drie essentiële voorwaarden gesteld door de richtlijn om te worden gekwalificeerd als een insolventieprocedure waarbij personeelsleden door een overnemer niet moeten worden overgenomen, niet is voldaan: de reorganisatie door overdracht is geen rechtspleging die strekt tot faillissement of een analoog resultaat,

zij strekt niet tot de vereffening van de overdrager, zij verloopt niet onder het gezag van de overheid.

Ook al strookt die uitlegging niet met de inhoud van de Belgische wet, dan toch moet er rekening mee worden gehouden dat die rechtspraak de overdrachten van onderneming zal hinderen.

Voor de toekomst moet worden gekeken naar de inhoud van richtlijn van 20 juni 2019 over de herstructurering van insolvente onderneming en eveneens naar Boek XX WER dat duidelijk de doelstellingen van de gerechtelijke reorganisatie vermeldt (XX.39). Dit zijn nieuwe feiten, die in elk geval wat betreft de gedwongen overdracht niet zullen leiden tot een blinde toepassing van de regel “Plessers” met onbeperkte overname van werknemers.

1. INTRODUCTION

1. L'arrêt de la Cour de justice de ce 16 mai 2019 (ci-après l'arrêt *Plessers*) et publié ci-dessus a suscité un certain émoi au sein de la communauté des praticiens de l'insolvabilité mais moins auprès de celle des spécialistes du droit social. L'arrêt *Smallsteps* du 22 juin 2017³ constituait en effet un premier coup de semonce. L'arrêt *Plessers* rendu

dans la lignée d'une interprétation de plus en plus stricte de la Cour de justice en matière de protection des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise, même en difficultés financières, ne nous paraît cependant pas exempt de toute critique. Voici nos premières réflexions critiques et pratiques développées sous l'angle du droit de l'insolvabilité.

¹. Avocate Nautadutilh; Assistante à l'Université Libre de Bruxelles (ULB)

². Président honoraire de la Cour de cassation.

³. C.J.U.E, 22 juin 2017, C-126; voy. à cet égard R. AYDOGDU, « L'impact de l'arrêt *Smallsteps* sur le droit belge de l'insolvabilité: one giant leap for mankind », in A. ZENNER, *Analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 409 et s.; I. VEROUGSTRAETE *et al.*, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Kluwer, 2019, n° 306 et s.

2. RÉSUMÉ SUCCINCT DU LITIGE À L'ORIGINE DE LA QUESTION PRÉJUDICIELLE POSÉE À LA COUR DE JUSTICE

2. Les faits ayant donné lieu à la question préjudicielle dont a eu à connaître la Cour de justice peuvent être résumés comme suit: la SA Echo, active dans le secteur du béton préfabriqué, a introduit une demande d'ouverture d'une procédure en réorganisation judiciaire (ci-après « PRJ ») en date du 5 avril 2012 en vue de la conclusion d'un accord amiable conformément aux articles 44 à 58 de la loi sur la continuité des entreprises (désormais reprise avec quelques modifications dans le Livre XX « Insolvabilité » du Code de droit économique (CDE)). L'objectif de la PRJ a ensuite été modifié en vue d'un transfert de tout ou partie de l'activité de Echo sous autorité de justice.

Deux candidats repreneurs ont déposé une offre de rachat. Par jugement du 22 avril 2013, le tribunal de commerce de Hasselt (devenu entre-temps le « tribunal de l'entreprise ») a autorisé le transfert des activités à un des candidats, soit la SA Prefaco, bien que celle-ci offrait de ne reprendre que 164 employés, soit 2/3 des membres du personnel de la SA Echo.

A la suite de la conclusion de la convention de transfert, la SA Prefaco a envoyé dès le 24 avril aux travailleurs repris une confirmation écrite de leur transfert tandis que le mandataire de justice a avisé les autres travailleurs qu'ils pouvaient considérer que la SA Echo était en violation de ses obligations contractuelles à leur égard.

Madame Christa Plessers, comptable au sein de la SA Echo et nullement heureuse de ne pas avoir été reprise dans le cadre du transfert, a cité la SA Prefaco devant le tribunal du travail d'Anvers (division Hasselt) en date du 11 avril 2014, et a également mis l'Etat belge à la cause par citation en intervention forcée. Elle s'est vue dans un premier temps déboutée de toutes ses prétentions par le tribunal du travail d'Anvers le 23 mai 2016. Elle a interjeté appel et a sollicité, avant dire droit que la cour du travail pose une question pré-

judicielle à la Cour de justice estimant que le choix pour le cessionnaire de ne reprendre qu'une partie du personnel, tel que prévu à l'article 61, § 4, de la LCE est incompatible avec la directive européenne n° 2001/23/EG du 12 mars 2001 « *concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises* ».

3. Par arrêt du 14 août 2017, la cour de travail a posé la question préjudicielle suivante à la Cour de justice:

« *Le droit de choisir conféré au repreneur à l'article 61, § 4, de la loi relative à la continuité des entreprises du 31 janvier 2009 (désormais l'art. XX.86 CDE), disposition faisant partie du Chapitre 4 du Titre 4 de cette loi belge dans lequel est réglée la 'réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice', est-il conforme à la directive n° 2001/23/CE (1) du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, et plus particulièrement aux articles 3 et 5 de cette directive, dans la mesure où cette 'réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice' est appliquée en vue du maintien de tout ou partie du cédant ou de ses activités? »*

4. La liberté dont jouit le cessionnaire dans la procédure de PRJ par transfert d'entreprise de choisir les membres du personnel qu'il reprend, laquelle, il faut bien le reconnaître constitue un des outils majeurs de restructuration d'un débiteur en difficultés financières, était donc au centre des débats.

3. L'ARRÊT DE LA COUR DE JUSTICE DU 16 MAI 2019

3.1. Une reformulation préalable de la question préjudicielle

5. La Cour reformule en premier lieu la question préjudicielle posée estimant, sur base de sa jurisprudence constante⁴, qu'il lui appartient de donner au juge national une réponse utile pour le litige, tout en prenant en outre « *en considération des normes du droit de l'Union auxquelles le juge national n'a pas fait référence dans sa question* ». Ainsi selon la Cour, « *alors même que ladite question ne vise pas expressément l'article 4 de la directive n° 2001/23, celui-ci,*

en ce qu'il concerne la protection des travailleurs contre tout licenciement effectué par le cédant ou le cessionnaire sur base du transfert, s'avère pertinent pour la réponse à fournir à la juridiction de renvoi » (para. 35). La Cour estime dès lors devoir reformuler la question préjudicielle posée pour y intégrer une référence à l'article 4 de la directive n° 2001/23/CE, lequel prévoit que le transfert d'entreprise ne peut constituer en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire. La Cour justifie la nécessité d'élargir son contrôle préjudiciel à l'article 4 de cette directive par le fait que l'article 5 – auquel fait bien

⁴ La Cour faisant ainsi référence à ses arrêts du 13 octobre 2016, C-303/15, *M et S.*, EU:C:2016:771 pt. 16 et jurisprudence citée ainsi que du 31 mai 2018, C-190/17, *ZHENG*, EU:C:2018:357, pt. 27.

référence la question telle que formulée par la cour du travail d'Hasselt – renvoi à l'article 4 en ce qu'il prévoit que: « *Sauf si les Etats membres en disposent autrement, les articles 3 et 4 de cette directive ne s'appliquent pas aux transferts d'entreprises lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou de procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente.* »

6. La Cour reformule ainsi la question préjudicielle qu'elle est appelée à examiner en ces termes:

« *La directive n° 2001/23, notamment ses articles 3 à 5, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui, en cas de transfert d'une entreprise dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice appliquée en vue du maintien de tout ou partie du cédant ou de ses activités, prévoit pour le cessionnaire, le droit de choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre.* »

7. Cette référence à l'article 4 de la directive n° 2001/23 ajoutée de son propre chef par la Cour de justice soulève en réalité plus de questions qu'elle n'en résout.

3.2. Un examen en deux temps de la question préjudicielle

8. La Cour de justice examine ensuite cette question en deux temps afin de déterminer, en premier lieu, si le transfert d'une entreprise dans le cadre d'une PRJ par transfert sous autorité de justice relève de l'exception prévue à l'article 5, 1., de la directive n° 2001/23, et, en second lieu, si les articles 3 et 4 de cette directive doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation nationale, telle notre législation belge, qui prévoit la possibilité pour le cessionnaire de choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre.

9. Un bref rappel des dispositions de la directive n° 2001/23 nous paraît utile afin de bien cerner le débat.

L'article 3, 1., alinéa 1^{er}, de la directive n° 2001/23 dispose:

« *Les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire.* »

L'article 4 poursuit en ces termes:

« *1. Le transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire. Cette disposition ne fait pas obstacle à des*

licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi.

Les Etats membres peuvent prévoir que le premier alinéa ne s'applique pas à certaines catégories spécifiques de travailleurs qui ne sont pas couverts par la législation ou la pratique des Etats membres en matière de protection contre le licenciement.

2. *Si le contrat de travail ou la relation de travail est résilié du fait que le transfert entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur, la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail est considérée comme intervenue du fait de l'employeur.* »

La directive prévoit cependant des exceptions aux articles 3 et 4 à l'article 5, notamment en ces termes:

1. « *Sauf si les Etats membres en disposent autrement, les articles 3 et 4 ne s'appliquent pas au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente (qui peut être un syndic autorisé par une autorité compétente).* »

3.2.1. *Transfert conventionnel ou transfert « lorsque le cédant fait l'objet d'une faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente »*

A. Les notions

10. L'on sait qu'en cas de transfert conventionnel, il y a transfert automatique au cessionnaire de tous les droits et obligations résultant des contrats de travail de tous les travailleurs affectés à l'entreprise ou à la partie d'entreprise transférée avec interdiction de licenciement en raison du transfert (voy. les art. 7 et 8 de la convention collective de travail n° 32bis du Chapitre II de celle-ci)⁵. Cette CCT 32bis s'inscrit dans le sillage de la directive n° 2001/23.

Des exceptions à ce transfert automatique sont néanmoins prévues dans la CCT n° 32bis dans le Chapitre III intitulé « *Droits des travailleurs repris en cas de reprise d'actifs après faillite.* »

11. Le sort des travailleurs dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice dans le cadre d'une PRJ est régi quant à lui, par une combinaison de l'article 61 de la LCE (actuellement XX.86 CDE) et de la convention collective n° 102 du

⁵ Voir les ouvrages spécialisés en la matière dont notamment N. THOELLEN, *Conventionele overgang van ondernemingen*, Bruxelles, Larcier, 2015; « Le droit du travail au XXI^e siècle », in Ph. GOSSERIES et M. MORSA (coords.), *Liber Amicorum Claude Wantiez*, Bruxelles, Larcier, 2015.

Conseil National du travail (et la convention collective n° 102bis) concernant « *le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice* ». S'agissant plus particulièrement de la liberté de choix du cessionnaire mentionnée à l'article 61, § 4, de la LCE, celle-ci est reprise quasi dans les mêmes termes à l'article 12 de la CCT n° 102.

Ces dispositions nationales belges tentent, face à une entreprise en difficulté, de s'inscrire dans le cadre des exceptions prévues à l'article 5, 1., de la directive n° 2001/23⁶ laquelle, on vient de le voir, prévoit une exception au principe de maintien des droits de tous les travailleurs en cas de transfert du fait d'une faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente. Les objectifs du législateur belge étaient à la fois de préserver un maximum d'emplois tout en maximisant le taux de récupération pour les créanciers du débiteur en difficulté. Les garde-fous instaurés dans la loi (comme p. ex. l'actuel art. XX.87, § 2, CDE), et le contrôle du mandataire de justice, du juge délégué et du tribunal, devaient permettre de déjouer tout abus éventuel de la part des actionnaires et/ou des administrateurs tentés d'abandonner la partie non saine de leur entreprise et de n'en reprendre que la partie viable, tout en se délestant, au passage, d'une partie de la masse salariale.

Aussi, du point de vue du praticien de l'insolvabilité, la solution prévue à l'article 61 de la LCE et de la CCT n° 102 permet d'atteindre le double objectif d'assurer un transfert en *going concern* de tout ou partie d'une entreprise en vue de maximiser le prix revenant aux créanciers tout en sauvegardant l'emploi.

Certains auteurs en droit social avaient cependant déjà pointé les risques d'incompatibilité du système belge avec le droit européen⁷ puisqu'un transfert en soi ne peut constituer un motif de licenciement des travailleurs. Il fallait donc s'y attendre, la compatibilité du système instauré par le législateur dans le cadre de la LCE au regard du droit européen

allait être examinée. C'est dans ce contexte et dans le sillage de l'arrêt de la Cour de justice du 22 juin 2017⁸ (l'arrêt *Smallsteps*), qu'une question préjudicielle a été posée à cet égard à la Cour de justice.

12. En vue de déterminer si le transfert d'entreprise dans le cadre d'une PRJ par transfert sous autorité de justice relève du champ d'application de l'article 5, 1., de la directive n° 2001/23/CE, la Cour rappelle les conditions cumulatives qui doivent être rencontrées pour qu'un transfert puisse relever de l'exception prévue à cet article, à savoir: (i) le cédant doit faire l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue, (ii) cette procédure doit être ouverte aux fins de la liquidation des biens du cédant et (iii) être sous le contrôle d'une autorité publique compétente.

La Cour en procédant à une « analyse » de notre procédure belge de transfert d'entreprise conclut de manière négative à la réunion de ces trois conditions. Or cette position nous paraît critiquable à plusieurs points de vue.

13. Rappelons à titre préliminaire que l'analyse de la Cour concerne la LCE et non le Livre XX du CDE, ce qui incite déjà à une certaine prudence puisque le terme « entreprise » a un autre sens dans la LCE que dans le Livre XX⁹ et qu'il n'est pas exclu que la Cour de justice ait été induite en erreur concernant cette notion.

Voici donc nos premières pistes de réflexions, certes guidées par l'esprit et les yeux de praticiens de l'insolvabilité.

B. Première condition: le cédant doit faire l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue

14. Dans l'affaire *Smallsteps* précitée, la Cour de justice a estimé qu'une procédure de pre-pack préparée avant la faillite mais mise en œuvre après celle-ci, pouvait être assimilée à une faillite considérant qu'« *une telle opération, impliquant effectivement la faillite, est, partant, susceptible*

⁶ Voy. N. THOELÉN, *Conventionele overgang van ondernemingen*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 60 à 75.

⁷ Voy. not. à ce sujet L. BIHAIN, J.P. CORDIER, H. DECKERS et L. PELTZER, « Les implications de la procédure de réorganisation judiciaire en droit social et au regard des droits des travailleurs », in *Actualités de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité des entreprises*, in A. ZENNER et M. DAL (dirs.), Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 483 et s.; L. PELTZER, « Les aspects sociaux du transfert d'entreprise », in *La réforme de la continuité des entreprises*, Séminaire Vanham & Vanham du 25 septembre 2013, Bruxelles; L. BIHAIN, « Transfert d'entreprise sous autorité de justice », *J.T.*, 2014, pp. 125 et s.; T. CAVENAILLE, « Les aspects sociaux de la cession d'une entreprise en difficultés », in M. GREGOIRE et D. PASTEGGER (dirs.), *La cession d'une entreprise en difficulté*, C.U.P., Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 229 et s.; L. BIHAIN, « Transfert d'entreprise sous autorité de justice: droits et obligations du repreneur à l'égard des travailleurs », *Orientations*, 2016, pp. 8 et s.; L. PELTZER, « Les aspects sociaux de la loi du 13 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », in X, *La loi relative à la continuité des entreprises*, Actes du colloque du Jeune Barreau de Bruxelles du 15 juin 2009, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 155-160; J. PEETERS, « De rol en de rechtspositie van de werknemers in de WCO », in H. BRAECKMANS, M.E. STORME, M. VANMEENEN, B. TILLEMANS et J. VANANROYE (éds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, IV, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 421-425.

⁸ C.J.U.E., 22 juin 2017, *R.D.C.*, 2018, 665, note F. DE LEO, « Het stil faillissement na de *Smallsteps*-zaak: uit het oog, maar niet uit het hart »; R. AYDOGDU, « L'impact de l'arrêt *Smallsteps* sur le droit belge de l'insolvabilité: 'one giant leap for mankind' ? », in A. ZENNER (dir.), *Le droit de l'insolvabilité. Analyse panoramique de la réforme, o.c.*, pp. 431-432, qui ajoute que, selon lui, « *même si la continuité des activités peut permettre la maximisation du désintéressement des créanciers, il est néanmoins certain que l'objectif principal du transfert sous autorité de justice reste la sauvegarde de l'entreprise* ».

⁹ Pour éviter les malentendus, nous utiliserons l'expression « actifs et activités » pour décrire l'entreprise au sens de la LCE.

de relever de la notion de 'procédure de faillite' au sens de l'article 5, 1., de la directive n° 2001/23 ». (considérant 46)

Concernant la procédure de réorganisation judiciaire par transfert d'activités, la Cour, dans son arrêt *Plessers*, estime « que, selon la législation nationale en cause au principal, tant que le tribunal n'a pas statué sur la requête en réorganisation judiciaire, le débiteur ne peut être déclaré en faillite et, dans le cas d'une société, celle-ci ne peut pas non plus être dissoute judiciairement.

Or, d'une part, (...), il est constant entre les parties qu'une procédure de réorganisation judiciaire ne peut pas être considérée comme étant une procédure de faillite.

D'autre part, si une procédure de réorganisation judiciaire, telle que celle en cause au principal, peut aboutir à la faillite de l'entreprise concernée, une telle conséquence n'apparaît ni automatique ni certaine. »

La Cour fait ainsi notamment référence à l'article 22 de la LCE.

15. La position de la Cour sur ce point, à savoir, considérer que la procédure de transfert n'est pas une procédure analogue à une faillite, relève, selon nous, d'une interprétation erronée de la LCE.

En effet, plusieurs arguments plaident en faveur de l'assimilation de la procédure de transfert d'entreprise à une procédure de faillite.

Remarquons d'emblée que le fait que la procédure de PRJ par transfert d'entreprise soit reprise à l'annexe B du règlement n° 1346/2000 c'est-à-dire comme une procédure de liquidation n'a pas convaincu la Cour.

Les travaux préparatoires de la LCE¹⁰ concevaient déjà le transfert d'entreprise comme *une sorte d'alternative à la faillite (...)*, et constitue en réalité l'ultime scénario auquel le débiteur a recours, après l'échec des mesures de restructuration envisagées préalablement.

En outre, dans certaines circonstances, le débiteur peut se voir imposer un transfert d'entreprise forcé (art. 59, § 2, LCE, actuel art. XX.84, § 2, CDE).

Il est unanimement admis que le transfert d'entreprise constitue un cas de concours¹¹, à l'instar de la procédure de faillite: il y a liquidation de « l'entreprise », les droits des créanciers étant reportés sur le prix de transfert (art. 66 LCE, actuel art. XX.92 CDE). Comme il y a concours, il y a desaisissement du cédant ce qui nous paraît bien être un critère déterminant.

Certes, un but essentiel d'une réorganisation judiciaire est d'éviter la faillite. C'est très certainement le cas de la réorganisation judiciaire par accord amiable ou par accord collectif, qui tendent à préserver la continuité du débiteur, que ce soit une personne physique ou une personne morale. Il en va différemment pour la réorganisation judiciaire par transfert d'entreprise. Au sens de la LCE, la notion d'entreprise signifie un ensemble d'actifs et d'activités. Dans la majeure partie des cas, la cession des actifs et activités entraîne la liquidation ou faillite de la personne morale débitrice tout en préservant une activité. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que le débiteur cédant gardera une activité, notamment lorsque certains actifs ou activités ne sont pas cédés. Si le transfert des actifs et activités était partiel et que par conséquent le cédant continue ses activités avec le personnel non repris, il devra, le cas échéant, lui-même assurer la charge financière du licenciement en respectant la législation applicable en la matière telle que, par exemple, la loi Renault. Dans ce cas, les droits des travailleurs nous paraissent bien protégés.

C. Seconde condition: procédure ouverte aux fins de la liquidation des biens du cédant

16. Concernant cette seconde condition, la Cour de justice relève qu': « *il ressort de la jurisprudence de la Cour que ne satisfait pas à celle-ci une procédure visant la poursuite de l'activité de l'entreprise concernée.*

Or, ainsi qu'il ressort du libellé même de la question posée, la juridiction nationale compétente a ordonné une telle procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice en vue du maintien de tout ou partie d'Echo ou de ses activités ».

17. A nouveau, sur cette condition, la position de la Cour de justice nous paraît critiquable.

Relevons d'emblée que la Cour de justice déclare s'être basée sur une lecture littérale de la question posée qui faisait état du transfert « en vue du maintien de tout ou partie d'Echo (ou de ses activités) ». Le « libellé même » n'était pas un argument convaincant. D'ailleurs, la Cour de justice se saisit des faits de la cause au sujet desquels elle doit prendre quelque distance dans le cadre d'une question préjudicielle dès lors que son enseignement doit porter sur l'interprétation de la directive essentiellement et que cet enseignement doit être confronté à des normes nationales dont le contenu doit par conséquent être appréhendé par la Cour avec un certain degré d'abstraction. La Cour aurait aussi dû observer

^{10.} *Doc. parl.*, Chambre, Doc. n° 52-0160/005, p. 32 et M. VANMEENEN et S. JACMAIN, « La procédure de réorganisation judiciaire: something old, something new, something borrowed, something blue », *R.D.C.*, 2018, p. 251.

^{11.} A. ZENNER, *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises, prévention et réorganisation judiciaire des entreprises en difficulté*, Anthemis, 2009, p. 148; M. GREGOIRE, *Le sort des créanciers et leurs garanties*, Séminaire Vanham & Vanham du 25 mars 2010, bilan d'une année d'application de la loi du 31 janvier 2009, n° 61; W. DAVID, J.P. RENARD et V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Kluwer, 2010, pp. 229-230.

que le législateur belge (sous la LCE) parle du maintien de la continuité de tout ou partie de l'entreprise en difficultés ou de ses activités. La Cour qui modifie d'office la question posée parle de « *transfert d'une entreprise dans le cadre d'une procédure en réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice appliquée en vue du maintien de tout ou partie du cédant ou de ses activités* ». La réponse était dès lors nécessairement faussée, puisque la Cour se fondait sur une mauvaise lecture des termes choisis par le législateur belge. Certes, il est question dans la LCE de continuité de l'entreprise (au sens des activités et actifs) et de maintien des activités du débiteur en difficultés, mais même sous la LCE, il ne s'agissait pas au premier plan de sauvegarder la survie d'une personne morale¹².

Le Livre XX a sous son article XX.39 exprimé l'objectif d'une procédure de réorganisation judiciaire et clarifié ainsi le but réel des procédures. Selon cet article, la procédure de réorganisation judiciaire a pour but de préserver sous le contrôle du juge, la continuité de tout ou partie des actifs ou des activités de l'entreprise. On le voit bien: la procédure de réorganisation judiciaire en général, mais singulièrement celle tendant au transfert d'entreprise, n'a pas pour objectif *a priori* le maintien hors faillite d'un débiteur, personne morale ou physique. La procédure vise tant l'intérêt général, que celui des créanciers, du débiteur et des travailleurs. Cette précision législative devrait inciter l'interprète du droit national confronté sous le Livre XX à une procédure de réorganisation par transfert d'entreprise, à soigneusement examiner si le raisonnement tenu par la Cour dans *Plessers* a une réelle pertinence dans ce nouveau contexte. Cela mériterait sans doute une nouvelle question préjudicielle.

La Cour a donc opté – dans le contexte de la LCE – pour une interprétation très stricte de l'exception formulée à l'article 5, 1., de la directive n° 2001/23 se basant sur sa jurisprudence antérieure¹³ estimant que c'est l'objectif principal de la procédure qui est déterminant. Ainsi si l'objectif principal est le maintien des parties viables d'une entreprise et non le désintéressement des créanciers, l'exception de l'article 5, 1., ne s'applique pas¹⁴.

Or cette prise de position de la Cour de justice, même à supposer que la Cour ait correctement analysé l'objectif primaire de la réorganisation par voie de transfert, est déjà critiquable en soi comme le souligne la doctrine après une analyse minutieuse de la jurisprudence de la Cour rendue dans des espèces tellement différentes d'un pays à l'autre qu'elle ne favorise pas la sécurité juridique¹⁵.

De plus, si certes notre texte de loi vise le maintien de tout ou partie des activités du débiteur, nul doute que le transfert tend à la liquidation de tout ou partie du patrimoine du débiteur mais dans des conditions qui permettent d'obtenir un dividende maximal pour les créanciers tout en maintenant le plus grand nombre d'emplois. Rappelons qu'un tel transfert entraîne l'existence d'un concours et donc un dessaisissement du débiteur.

En réalité, la Cour semble fonder son raisonnement en se référant à une procédure classique de faillite ayant pour objectif la liquidation du patrimoine du failli (art. XX.98 CDE).

Mais où mettre le curseur? Où établir alors la frontière entre une cession d'actifs en *going concern* par un curateur après faillite, lequel peut d'ailleurs se faire autoriser pour continuer les activités du failli (voy. art. XX.140 CDE) et un transfert d'entreprise avant faillite, réalisé dans le cadre d'une PRJ, tout ça parce que l'objectif primaire de ces deux procédures n'est formellement pas le même mais revient (quasi) économiquement au même résultat?

Comme en outre concilier cette position intransigeante de la Cour de justice avec la directive du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) n° 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité)?

Certes cette directive rappelle que les travailleurs devraient pleinement bénéficier de la protection offerte par le droit du travail et qu'elle ne devrait pas porter atteinte aux droits des travailleurs garantis par les directives n° 98/59/CE1 et n° 2001/23/CE du Conseil, les directives n° 2002/14/CE, n° 2008/94/CE et n° 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil (considérant n° 60). Il ne faudrait cependant pas en déduire que la directive restructuration entend s'opposer aux transferts qui seraient de nature à sauvegarder des emplois.

Ainsi, pouvons-nous lire dans cette directive que « *l'éventail des procédures ouvertes aux débiteurs en difficulté financière pour restructurer leur entreprise est différent d'un Etat membre à l'autre. Dans certains Etats membres, l'éventail limité des procédures ne permet aux entreprises de se restructurer qu'à un stade relativement tardif dans le cadre de procédures d'insolvabilité. Dans d'autres, cette restructuration peut être réalisée à un stade plus précoce mais les procédures existantes sont moins efficaces qu'elles pourraient*

¹². A la suite de diverses tractations politiques, il a été décidé de ne pas toucher au terme entreprise dans l'art. XX.86 et de ne pas le remplacer, à cet endroit, par activités et actifs, ce qui augmente bien sûr encore la confusion.

¹³. Voy. à cet égard l'excellente note de A. LAMINE, « Les droits des travailleurs en cas de transfert d'une entreprise insolvable », *J.D.E.*, 2018, p. 166 qui retrace l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice depuis l'arrêt *Abels* en passant par les arrêts *Mikkelsen*, *d'Urso*, *Spano* et *Dethier*.

¹⁴. F. KEFER, « Belgique. Transfert d'entreprises: frictions entre le droit belge et européen », in *Les transferts conventionnels d'entreprise en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 13-50.

¹⁵. A. LAMINE, *o.c.*, p. 171.

l'être ou elles sont très formelles, notamment parce qu'elles limitent le recours aux accords extrajudiciaires. Les solutions préventives s'inscrivent dans une tendance croissante du droit de l'insolvabilité. Cette tendance privilégie des approches qui, à la différence de l'approche classique de la liquidation de l'entreprise en difficulté financière, ont pour objectif le redressement de celle-ci ou au moins le sauvetage de ses unités qui sont encore viables économiquement. Il s'agit d'une approche qui permet souvent de préserver des emplois ou de réduire les suppressions d'emplois » (considérant n° 4).

La préférence du législateur européen semble bien s'orienter vers les procédures de restructuration préventive des entreprises viables plutôt que des procédures de liquidation car de telles procédures poursuivent le triple objectif de sauvegarder (i) un maximum d'entreprises lesquelles sont de plus en plus interconnectées, (ii) un maximum d'emplois et (iii) un taux de recouvrement plus significatif pour les créanciers (spécialement les banques). Aucun de ces objectifs ne paraît néanmoins avoir la primauté.

Ainsi peut-on notamment lire au considérant 2 de la directive que: « Ces cadres devraient aider à prévenir les suppressions d'emplois et les pertes de savoir-faire et de compétences, et optimiser la valeur totale pour les créanciers – par rapport à celle qu'ils recevraient en cas de liquidation des actifs de l'entreprise ou dans le cas de la meilleure solution alternative en l'absence d'un plan – ainsi que pour les propriétaires et l'économie dans son ensemble. »

On relève également certaines imprécisions dans le texte de la directive qui tantôt parle du débiteur tantôt de l'entreprise. Or la notion d'entreprise est polymorphe.

La procédure de PRJ, actuellement abrogée, vise l'entreprise sous son angle socio-économique, soit l'« ensemble de moyens humains et matériels rassemblés en vue de la production de biens et de services »¹⁶ – et non de « l'enveloppe juridique qui la recouvre, à savoir la société (...) ou la personne physique exerçant l'activité économique », soit le débiteur¹⁷.

L'article 2 de la directive définit la « restructuration » comme: « des mesures qui, aux fins de restructurer l'activité du débiteur, comprennent une modification de la composition, des conditions ou de la structure de l'actif et du passif d'un débiteur ou de toute autre partie de la structure financière d'un débiteur, telles que la vente d'actifs ou de parties de l'activité et, si le droit national le prévoit, la cession de

l'entreprise en activité, ainsi que tout changement opérationnel nécessaire, ou une combinaison de ces éléments ».

L'article 4, 1., de la directive prévoit que: « Les Etats membres veillent à ce que, lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité, les débiteurs aient accès à un cadre de restructuration préventive leur permettant de se restructurer, en vue de prévenir l'insolvabilité et d'assurer leur viabilité, sans préjudice d'autres solutions visant à éviter l'insolvabilité, et de protéger ainsi les emplois et de maintenir l'activité économique. »

Autrement dit, faut-il sauver le débiteur ou son entreprise? L'entreprise, vue sous son angle socio-économique, n'a-t-elle pas, elle aussi, le droit à une seconde chance?

La directive s'applique expressément « sans préjudice » de possibilité de solutions permettant de sauver l'emploi et de maintenir l'activité économique, ce qui vise le type de techniques tel que le transfert d'actifs et activités accompagné d'une faillite ou liquidation du débiteur cédant¹⁸.

D. Troisième condition: une procédure sous le contrôle d'une autorité publique compétente

18. A nouveau, les considérations de la Cour de justice nous paraissent méconnaître totalement les caractéristiques de notre procédure de transfert.

La Cour considère ainsi qu'« Enfin, s'agissant de la condition selon laquelle la procédure en cause doit se trouver sous le contrôle d'une autorité publique compétente, il ressort de la législation nationale que, d'une part, le mandataire de justice désigné par le jugement qui ordonne le transfert est chargé de l'organiser et de le réaliser au nom et pour le compte du débiteur. D'autre part, ce mandataire doit 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. En cas de pluralité d'offres comparables, la priorité est accordée à celle qui garantit la permanence de l'emploi par un accord social.

Or, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 68 de ses conclusions, le contrôle ainsi exercé par le mandataire dans le cadre de la procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice ne saurait satisfaire à cette condition, dans la mesure où sa portée est plus restreinte que celle du contrôle exercé par le mandataire dans le cadre d'une procédure de faillite. »

^{16.} S. BRIJS et A. VAN HOE, « De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag: conceptuele en juridische knelpunten », *R.D.C.*, 2012, p. 393.

^{17.} *Doc. parl.*, Chambre, Doc. n° 52-0160/002, p. 54.

^{18.} Remarquons par ailleurs que la directive restructuration envisage expressément que d'autres types de restructuration que ceux envisagés par la directive puissent subsister sans pour autant enfreindre le droit de l'Union. Il en va ainsi des procédures de restructuration se déroulant sans l'accord du débiteur pour lesquelles la directive restructuration considère qu'il s'agit de procédures contraignantes s'apparentant à la faillite (la directive n'autorise la contrainte que pour les PME ...).

La Cour ne semble nullement prendre en considération tant le contrôle du juge délégué, ou du mandataire de justice, ni celui du tribunal dans le cadre de son autorisation sur la vente proposée dont les contours sont organisés aux articles 62 à 64 de la LCE (actuels art. XX.88 et XX.89 CDE). Ce dernier contrôle par le tribunal nous paraît de loin bien plus effectif que celui-ci existant en matière de faillite surtout en matière de protection des droits des travailleurs!

19. Pour tous ces motifs, la Cour conclut donc que la PRJ par transfert d'entreprise ne relève pas de l'exception de l'article 5, 1., de la directive n° 2001/23/CE. Il restait ainsi à la Cour de justice d'examiner si la possibilité pour le cessionnaire de choisir les travailleurs telle que prévue à l'article 61, § 4, de la LCE était compatible avec l'article 4 de la directive n° 2001/23.

3.2.2. Le articles 3 et 4 de la directive n° 2001/23 s'opposent-ils à une législation nationale qui prévoit la possibilité pour le cessionnaire de choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre?

20. Revenant sur cette liberté de choix, la Cour de justice estime que le système qui avait ainsi été mis en place par la législation belge était de nature à compromettre le respect de l'objectif principal de la directive n° 2001/23, tel que précisé à l'article 4, 1., de celle-ci à savoir la protection des travailleurs contre les licenciements injustifiés en cas de transfert d'entreprise.

Selon notre législation, le cessionnaire a le droit de choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre, ce choix devant toutefois être motivé par des raisons techniques, économiques et organisationnelles et s'effectuer sans différenciation interdite. Mais la Cour considère que « *s'il est vrai que les travailleurs non choisis par le cessionnaire concerné et, partant, licenciés sont implicitement mais nécessairement ceux dont aucune raison technique, économique ou organisationnelle n'impose, aux yeux dudit cessionnaire, le transfert du contrat de travail, il n'en demeure pas moins que ce cessionnaire n'est soumis à aucune obligation de démontrer que les licenciements intervenus dans le cadre du transfert sont dus à des raisons d'ordre technique, économique ou organisationnel* ».

21. Les conséquences pratiques de ces considérations sont à notre sens les suivantes¹⁹.

Pour le cessionnaire, dans le cadre d'un scénario de PRJ par transfert d'entreprise, sous la LCE, il sera tenu de reprendre l'ensemble des membres du personnel attachés à cette entre-

prise qui sont encore liés par un contrat d'emploi avec le cédant au jour du transfert. Le licenciement par le cessionnaire de certains travailleurs, s'il arrive à justifier de l'existence de raisons techniques, économiques organisationnelles, s'en trouvera facilité quant à la motivation du licenciement, mais le cessionnaire devra respecter les procédures applicables et en assumer la charge financière. Autrement dit, cette charge financière aura un impact direct sur le prix de cession des actifs/activités et ce, au détriment des créanciers. Ce n'est très certainement pas de nature à maximiser le taux de recouvrement de ceux-ci, objectif qui est pourtant poursuivi par nos instances européennes! Rappelons cependant que pour ces derniers créanciers, notre législation prévoit en son article XX.87, § 1, CDE que le prix de cession « *doit être égal ou supérieur à la valeur de réalisation forcée* » des actifs vendus ou cédés « *estimée en cas de faillite ou liquidation* ».

Et si le coût total (actifs et reprise de la totalité des membres du personnel) à supporter par le cessionnaire est trop élevé par rapport à la rentabilité future estimée de l'entreprise laquelle aura souvent déjà été mise à mal par le passage en PRJ, celui-ci attendra la faillite du cédant pour pouvoir alors, quelques jours après celle-ci (il aura déjà eu accès à toutes les informations), ne reprendre que les travailleurs nécessaires à la poursuite des activités.

Et un licenciement par le cédant avant le transfert au cessionnaire des travailleurs qui ne sont pas susceptibles d'être repris ne nous paraît pas réaliste, faute de temps (la loi Renault est susceptible de s'appliquer), voire abusif à défaut de moyens financiers.

Bref en pratique, cette décision de la Cour de justice rend la charge financière pour un cessionnaire beaucoup plus lourde et risque donc d'entraîner une recrudescence des faillites. Les droits des travailleurs n'en sont pas plus protégés et entre-temps la valeur en *going concern* des activités aura été encore plus mise à mal. La solution n'est-elle pas, pour véritablement protéger les droits des travailleurs de réguler, voire interdire les auto-cessions? N'est-ce pas dans ces cas que les risques d'abus sont les plus manifestes²⁰?

Pour les travailleurs qui n'auraient ou ne seraient pas repris lors d'un transfert d'entreprise, dès lors que la LCE en sa disposition 61, § 4, a été jugée non conforme au droit européen, ils pourraient se prévaloir de la jurisprudence issue de l'arrêt *Francovitch*, pour obtenir, le cas échéant, réparation du dommage subi. Ces travailleurs pourraient ainsi être tentés de mettre en cause la responsabilité civile de l'Etat belge. A cet effet, ils devraient bien sûr démontrer que le droit belge heurte le prescrit de la directive: l'autorité des arrêts de

^{19.} Voy. pour une interprétation pure et fonctionnelle des conséquences de l'arrêt, F. DE LEO, note sous C.J.C.E., 16 mai 2019, « Tripping the light Fantastic: is het keuzerecht van de verkrijger om werknemers over te nemen bij een overdracht onder gerechtelijk gezag richtlijnconform? », *Limb. Rechtsl.*, 2019, pp. 112 et s.

^{20.} La question est de savoir si dans le cas d'une procédure sous le Livre XX, le procureur du Roi ou le tiers ou le débiteur en échec de réorganisation indique expressément que le but de la procédure est une liquidation accompagnée d'un sauvetage d'une activité confiée à un tiers, cette procédure tombe encore sous la condamnation envisagée dans l'arrêt du 16 mai 2019. Nous ne le croyons pas.

la Cour de justice ne porte pas sur une interprétation des dispositions nationales et l'Etat défendeur dans une telle action pourrait encore invoquer que la violation prétendue de la norme européenne n'est que la conséquence d'une mauvaise lecture du droit national qui, interprété différemment de l'analyse de la Cour de justice, serait parfaitement compatible avec la directive.

Aucune de ces solutions, que ce soit pour le cessionnaire, les travailleurs ou le débiteur en difficultés financières qui sera ainsi forcé à opter plus souvent pour une faillite, ne nous paraît satisfaisante.

S'agissant du Livre XX, les dispositions relatives à la réorganisation sont restées substantiellement les mêmes que sous la LCE, même si le nouvel article XX.39 donne un tout nouvel éclairage à la procédure. La directive du 6 juin 2019 (UE) constitue un fait nouveau en créant un cadre légal pour

les procédures qui sont des réorganisations tendant au maintien du débiteur resté « en possession » et relevant de sa volonté par opposition aux procédures n'ayant pas ces caractéristiques mais relevant effectivement de la contrainte exercée par l'autorité. La doctrine de la Cour de justice devra donc être examinée en tenant compte du nouveau texte du Livre XX et de ses concepts et de l'apport de cette nouvelle directive. En extrapolant les attendus de l'arrêt et en tenant compte de l'apport de la directive, on pourrait soutenir que les seuls transferts sous autorité de justice qui pourraient être soumis à une obligation de reprise sans possibilité de sélection, sont ceux émanant de la volonté du débiteur qui souhaite, lors de sa requête initiale, se restructurer en tant qu'entité légale tout en tendant à la cession de tout ou partie de son activité. Les transferts imposés par les tiers ou ceux résultant d'un échec de la procédure resteraient soumis à la CCT voulue par les partenaires sociaux ...