

Les aspects sociaux des transferts sous autorité de justice, comparaison avec les droits français, anglais et allemand

Auteur : Cyris, Pauline

Promoteur(s) : Kefer, Fabienne

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

Diplôme : Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires (aspects belges, européens et internationaux)

Année académique : 2017-2018

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/4987>

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.

Les aspects sociaux des transferts sous autorité de justice, comparaison avec les droits français, anglais et allemand

Pauline CYRIS

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en Droit des affaires (aspects belges,
européens et internationaux)

Année académique 2017-2018

Recherche menée sous la direction de :

Madame Fabienne KÉFER

Professeur ordinaire

RÉSUMÉ

L'impact des transferts d'entreprises sur les droits des travailleurs est un thème qui mêle le droit des sociétés et le droit social, thème qui est assez large et sujet à discussion. Le présent travail est limité aux aspects sociaux des transferts d'entreprises réalisés sous autorité de justice, sujet qui oppose l'intérêt des travailleurs au niveau individuel à l'intérêt de l'économie dans son ensemble.

Un grand nombre d'auteurs ont écrit sur ce sujet, et c'est justement parce que des désaccords persistent sur de nombreux points qu'il paraît utile de s'y intéresser davantage, cette fois sous un angle juridique comparatiste. La directive qui gouverne le droit des transferts d'entreprise étant d'harmonisation minimale, il est intéressant d'étudier sa transposition dans d'autres ordres juridiques. Ce travail s'inscrit également dans l'actualité du droit de l'Union européenne puisqu'un arrêt récent de la Cour de justice semble remettre en cause la conformité du droit belge au droit européen.

Le but de cette étude n'est pas seulement de constater les avis divergents des auteurs, mais aussi de les analyser, de tenter de les connecter entre eux et de les confronter à la jurisprudence. Nous ne nous sommes pas limités à exposer les régimes mis en place dans les différents droits, mais nous avons tenté de différencier, pour chacun des points étudiés, les régimes favorables aux travailleurs de ceux qui ne le sont pas.

REMERCIEMENTS

J'aimerais remercier ma promotrice Madame le Professeur Fabienne KÉFER de m'avoir fait l'honneur de diriger ce travail. Ses conseils avisés et sa disponibilité furent mes meilleurs alliés.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	8
I. Cadre légal.....	10
A. Droit national.....	10
B. Droit européen	10
II. Information et consultation.....	12
A. Information et consultation des travailleurs	12
B. Information du candidat repreneur	16
III. Les droits des travailleurs	17
A. Quels sont les travailleurs repris ?.....	17
a) Principe	17
b) Nuance	17
c) Régime spécifique dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice.....	18
d) La possibilité du travailleur de s'opposer à son transfert.....	20
B. Les droits des travailleurs transférés	22
IV. Le sort des dettes	24
A. Les dettes à l'égard des travailleurs.....	24
a) Travailleurs non transférés.....	24
b) Travailleurs transférés.....	25
B. Les autres dettes	26
V. Conformité du droit belge au droit européen	27
A. La doctrine.....	27
a) La position des auteurs.....	27
b) Les dispositions problématiques	28
B. La jurisprudence de la Cour de Justice.....	29
C. Les alternatives.....	32
Conclusion	34
Bibliographie.....	36

INTRODUCTION

En 2017, 696 entreprises ont demandé et bénéficié de la protection vis-à-vis de leurs créanciers au travers du sursis¹. On notera que 96 % de ces sursis s'appliquaient à de petites ou moyennes entreprises².

Des transferts d'entreprises peuvent avoir lieu dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire prenant la forme d'un transfert sous autorité de justice, mais également lorsque la réorganisation prend la forme d'un accord amiable ou collectif.

La réorganisation par accord amiable est l'hypothèse où le débiteur conclut un accord avec ses créanciers. Il s'agit d'un contrat de droit commun et il ne lie donc que les parties³. Un transfert d'entreprise est envisageable dans ce cadre et la protection des travailleurs ne soulève pas de réglementation particulière si ce n'est le respect des règles encadrant le transfert d'entreprise en général⁴.

Le transfert d'entreprise peut avoir lieu dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire par accord collectif puisque l'article XX.75 du Code de droit économique dispose que « *la cession volontaire de tout ou partie des actifs ou des activités peut être prévue au plan de réorganisation* ». Selon certains auteurs, cette possibilité offerte par la loi est inutile et il faut lui préférer le transfert sous autorité de justice⁵. Si un transfert d'entreprise a lieu dans le cadre d'une procédure par accord collectif, les aspects sociaux de ce transfert seront réglés par la convention collective de travail n° 32bis⁶.

¹ E. VAN DEN BROELE, « La loi sur la continuité des entreprises : un instantané avant l'application du Livre XX du Code de droit économique », *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. Zenner (dir.), Limal, Anthémis, 2018, p. 59.

² E. VAN DEN BROELE, *ibidem*, p. 63.

³ F. KÉFER et G. GAILLIET, « Le sort des travailleurs d'une entreprise en réorganisation judiciaire », *Question spéciales de droit social, hommage à Michel Dumont*, Commission Université-Palais (CUP), vol. 150, 2014, p. 365.

⁴ C'est à dire le respect de la convention collective de travail n° 32bis du 7 juin 1985 conclue au sein du Conseil national du travail, concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite, modifiée par les conventions collectives de travail n° 32ter du 2 décembre 1986, 32quater du 19 décembre 1989, 32quinquies du 13 mars 2002 et 32sexies du 27 septembre 2016, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 25 juillet 1985, *M.B.*, 9 août 1985.

⁵ Y. GODFROID, « La loi relative à la continuité des entreprises : réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire : actualités et pratique*, Commission Université-Palais (CUP), n°120, 2010, p. 203.

⁶ A. ZENNER, « La loi relative à la continuité des entreprises. Genèse et philosophie de la loi », *La loi relative à la continuité des entreprises*, Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 22 ; F. KÉFER et G. GAILLIET, *op. cit.*, p. 367.

Le transfert sous autorité de justice peut, quant à lui, être réalisé de manière volontaire, lorsque l'entreprise débitrice sollicite elle-même le transfert, ou forcée, à la demande du procureur du roi, d'un créancier ou de toute personne ayant un intérêt à acquérir tout ou partie de l'entreprise⁷.

Des procédures analogues à la procédure de réorganisation judiciaire existent dans les autres États membres de l'Union européenne. La procédure de sauvegarde organisée par le droit français est régie aux articles L. 620-1 et suivant du Code de commerce français, le droit anglais connaît la procédure « *of administration* »⁸ et le droit allemand met en place quatre procédures pour réorganiser une entreprise⁹.

Les aspects sociaux de tels transferts ont retenu l'attention du législateur européen qui a mis en place un cadre juridique commun aux États membres. Un régime dérogatoire, moins généreux pour les travailleurs, est organisé lorsque l'entreprise est en difficulté.

Notre étude sera orientée sur le régime de protection des travailleurs lorsque le transfert s'opère dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice.

Des comparaisons ponctuelles avec les régimes mis en place dans d'autres ordres juridiques seront réalisées. Le système français sera analysé car il est intéressant de voir comment, alors que le droit belge est similaire au droit français en de nombreux points, il s'en distingue quelque peu dans le cadre du sujet qui nous occupe. Le droit allemand retiendra notre attention parce qu'il ne prévoit pas de régime de protection spécifique lorsque l'entreprise est en difficulté. Le dernier droit étudié sera le droit anglais. Compte tenu du Brexit, on peut s'interroger sur la pertinence de la référence à l'application du droit européen en Angleterre. Il reste cependant intéressant de voir comment un pays libéral, centré sur le développement de l'entreprise, parvient à mettre en place un tel système de protection des travailleurs.

Après avoir exposé le cadre juridique, nous examinerons les obligations d'information et de consultation qui doivent être respectées dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice. Il sera ensuite question des droits des travailleurs. Nous terminerons l'examen de ce régime par la question du sort des dettes. Enfin, nous nous interrogerons sur la conformité du droit belge par rapport au droit européen.

⁷ Code de droit économique, art. XX.84, §2, al. 1.

⁸ Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations, 2006, SI 2006/246, disponible sur : <http://www.legislation.gov.uk/ukSI/2006/246/contents/made>. Ci-après « TUPE ».

⁹ La loi qui les met en place est « Umwandlungsgesetz ». Voir : B. WAAS, « Germany », *Corporate Restructuring and the Role of Labour Law*, Bulletin of Comparative Labour Relations, n° 47, 2003, p. 80.

I. CADRE LÉGAL

A. Droit national

La procédure de réorganisation judiciaire (ci-après « P.R.J. ») était, jusqu'il y a peu, organisée par la loi relative à la continuité des entreprises¹⁰. La loi avait pour objectif le redressement de l'entreprise et prévoyait, outre des procédures amiables de redressement, trois procédures de réorganisation judiciaire. Cette loi se trouve désormais dans le Livre XX du Code de droit économique (ci-après « C.D.E. »), qui est entré en vigueur le 1^{er} mai 2018¹¹.

Notons que, avant 2009, la procédure en place était le concordat judiciaire. La procédure de réorganisation judiciaire en est la version améliorée.

Les aspects sociaux des transferts d'entreprises sont organisés en très grande partie par deux conventions collectives de travail (ci-après « CCT »). Alors que la CCT n° 32*bis* prévoit le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel, la CCT n° 102¹² règle le cas particulier du maintien de ces droits en cas de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice.

B. Droit européen

La première directive sur les aspects sociaux des transferts d'entreprises a été adoptée en 1977¹³. Contrairement à d'autres États membres de l'Union européenne¹⁴, la Belgique n'avait alors aucune réglementation en la matière si ce n'est une disposition qui prévoyait le maintien des conventions collectives de travail en cas de transfert. Pour le reste, il fallait s'en référer au Code civil.

¹⁰ Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2009.

¹¹ Loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au Livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017.

¹² Convention collective de travail n° 102 du 5 octobre 2011, conclue au sein du Conseil national du travail, relative au maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice, rendue obligatoire par un arrêté royal du 14 avril 2013, *M.B.*, 25 avril 2013.

¹³ Directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements.

¹⁴ Notamment la France et l'Allemagne.

La Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après « C.J.U.E. » ou « la Cour ») a très tôt enseigné que les modes de transfert forcés ayant comme objectif la liquidation de l'entreprise étaient exclus du champ d'application de la directive sauf si les États en disposaient autrement¹⁵. Les directives 98/50/CE¹⁶ et 2001/23/CE¹⁷ ont transposé cette jurisprudence.

L'article 5 de la directive 2001/23/CE prévoit deux régimes différents. Le premier paragraphe exclut l'application des articles 3 et 4 de la directive 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* ».

Le second paragraphe vise la situation des entreprises qui sont soumises à une procédure d'insolvabilité qui n'a pas été engagée en vue de la liquidation des biens du cédant ainsi que les entreprises en faillite ou en liquidation d'un État membre qui n'aurait pas fait application du premier paragraphe de l'article. Dans les deux cas, les articles 3 et 4 de la directive s'appliquent, mais les États membres peuvent prévoir qu'il n'y aura pas de transfert des dettes du cédant à l'égard du salarié qui sont antérieures au transfert s'il existe une protection des salariés contre l'insolvabilité du cédant. L'article permet, en outre, la modification des conditions de travail par convention entre le cédant et les représentants du personnel.

C'est dans ce cadre que l'article 8*bis* de la CCT n° 32*bis* avait été adopté. Il prévoyait deux particularités quand le transfert était organisé dans le cadre d'un concordat judiciaire. D'une part, que les dettes existantes n'étaient pas transmises au cessionnaire si leur paiement était garanti par le Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture des entreprises. D'autre part, l'article prévoyait la possibilité pour le cédant ou le cessionnaire de négocier de nouvelles conditions de travail avec les représentations syndicales, et ce, afin d'assurer la survie de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci.

En 2009, la procédure de réorganisation judiciaire a remplacé le concordat judiciaire. En 2012, un nouveau régime légal a été mis en place en ce qui concerne le transfert sous autorité de justice¹⁸. Il s'agit de dispositions de compromis qui permettent de préserver les droits des travailleurs tout en accordant des dérogations au cessionnaire par rapport au régime classique¹⁹.

¹⁵ C.J.C.E., 7 février 1985, *Abels*, C-135/83, EU:C:1985:55.

¹⁶ Directive 98/50/CE du Conseil du 29 juin 1998 modifiant la directive 77/187/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements.

¹⁷ Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

¹⁸ L'article 61 de la Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises et la CTT n° 102 sont adoptés.

¹⁹ L. BIHAIN, « Transfert d'entreprise sous autorité de justice : droits et obligations du repreneur à l'égard des travailleurs », *Ors.* 2016, liv. 3, p. 11.

La loi sur la continuité des entreprises restait le cadre de référence puisque son article 61 réglait les aspects sociaux du transfert sous autorité de justice²⁰. La convention collective règle, quant à elle, les droits des travailleurs, l'information qu'ils reçoivent quand il n'y a pas de représentant des travailleurs et l'information du repreneur. En septembre 2017, le Livre XX du C.D.E. a été adopté et la loi sur la continuité des entreprises y a été intégrée. L'article 61 de la loi a été remplacé par l'article XX.86 C.D.E., sans modification substantielle, le 1er mai 2018 lors de l'entrée en vigueur du Livre XX²¹.

II. INFORMATION ET CONSULTATION

A. Information et consultation des travailleurs

La directive 2001/23/CE contient une obligation d'information des travailleurs dans toutes les hypothèses de transfert et une obligation de consultation lorsque des mesures de réorganisation ou de licenciement sont envisagées par le cédant ou le cessionnaire²².

En matière de transfert sous autorité de justice, ces obligations sont réglementées par la CCT n° 102 et par le Code de droit économique sans préjudice des autres législations qui imposent une obligation d'information²³. Cela vise notamment l'obligation d'information du conseil d'entreprise mise en place par l'article 11 de la CCT n° 9²⁴ en cas de modifications de structure de l'entreprise, notamment celles qui peuvent influencer l'emploi²⁵. Il semble désormais admis qu'en application de cet article, le conseil d'entreprise doit être consulté en ce qui concerne la répercussion du transfert sur les perspectives d'emploi du personnel, l'organisation du travail et la politique de l'emploi²⁶. Nicholas Thoelen, qui considérait que le conseil d'entreprise ne devait être informé qu'en ce qui concerne les modifications de structure et qu'il ne devait être

²⁰ Désormais, le Livre XX du Code de droit économique.

²¹ Dans le cadre de cette étude c'est la nouvelle numérotation qui sera utilisée, celle du Code de droit économique.

²² Directive 2001/23/CE, art. 7.

²³ XX.84, §4.

²⁴ Convention collective de travail n° 9 du 9 mars 1972 coordonnant les accords nationaux et les conventions collectives de travail relatifs aux conseils d'entreprise conclus au sein du Conseil national du travail, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 12 septembre 1972, *M.B.*, 25 novembre 1972.

²⁵ I. VEROUGSTRAETE, M. DE WOLF, B. INGHELS, L. BIHAIN, J. LEBEAU, P. JEHASSE, O. BERTIN, W. DAVID, J. RENARD, V. RENARD, L. DU JARDIN, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Mechelen, Kluwer, édition 2010-2011, p. 250 ; L. BIHAIN, « Transfert d'entreprise sous autorité de justice : droits et obligations du repreneur à l'égard des travailleurs », *Ors.* 2016, liv. 3, p. 13.

²⁶ C. ENGELS, *Overdracht van onderneming en outsourcing, arbeidsrechtelijk aspecten*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 114 ; I. VEROUGSTRAETE, M. DE WOLF, B. INGHELS, L. BIHAIN, J. LEBEAU, P. JEHASSE, O. BERTIN, W. DAVID, J. RENARD, V. RENARD, L. DU JARDIN, *op. cit.*, p. 250 ; L. BIHAIN, « Transfert d'entreprise sous autorité de justice : droits et obligations du repreneur à l'égard des travailleurs », *Ors.* 2016, liv. 3, p. 13.

consulté que si les modifications avaient des répercussions sur l'emploi²⁷, a rejoint la position de la doctrine majoritaire suite à la modification de la CCT n° 9 par la CCT n° 9ter^{28 29}.

Il semble être admis que l'obligation d'information et de consultation préalable à un licenciement collectif organisée par la loi Renault³⁰ est également applicable³¹. Cela crée plusieurs difficultés. En effet, le fait que la procédure d'information des travailleurs non transférés doit être préalable à la mise en œuvre du licenciement collectif pose problème car cela induit que l'obligation d'information repose sur le débiteur qui entend transférer tout ou partie de son activité. Il est donc nécessaire que celui-ci envisage, à ce stade, que le transfert pourrait conduire à un licenciement collectif, ce qui n'est pas toujours le cas. De plus, lorsqu'il s'agit d'un transfert forcé le cédant n'a pas l'intention de transférer son entreprise, il y est obligé, il est donc impossible de réclamer une information préalable de sa part. On pourrait imaginer que c'est le candidat repreneur qui est tenu de cette obligation, mais, pour que ce soit le cas, il faudrait que l'intention de procéder à un licenciement collectif n'apparaisse qu'après le transfert puisque avant il n'a pas la qualité d'employeur³². Notons que la nécessité de réviser cette loi est actuellement débattue³³.

Comme c'est le cas en matière de transfert conventionnel³⁴, lorsqu'il n'y a pas de conseil d'entreprise ni de délégation syndicale dans l'entreprise, les travailleurs doivent être informés directement de la date fixée ou projetée pour le transfert, du motif du transfert, des conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert et des mesures envisagées à leur

²⁷ N. THOELÉN, *Conventionele overgang van onderneming, richtlijn 2001/23/EG en cao 32bis*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 109-110, n° 179.

²⁸ N. THOELÉN, *Conventionele overgang van onderneming*, Bruxelles, Larcier, 2^e ed., 2015, pp. 201-202, n° 281.

²⁹ Convention collective de travail n° 9ter du 27 février 2008 modifiant la convention collective de travail n° 9 du 9 mars 1972 coordonnant les accords nationaux et les conventions collectives de travail relatifs aux conseils d'entreprise conclus au sein du Conseil national du travail, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 5 juin 2008, *M.B.*, 18 juin 2008.

³⁰ Loi du 13 février 1998 portant des dispositions en faveur de l'emploi, *M.B.*, 19 février 1998.

³¹ I. VEROUSTRATE, M. DE WOLF, B. INGHELS, L. BIHAIN, J. LEBEAU, P. JEHASSE, O. BERTIN, W. DAVID, J. RENARD, V. RENARD, L. DU JARDIN, *op. cit.*, p. 251 ; H. DECKERS « Les implications de la procédure de réorganisation judiciaire en droit social et au regard des droits des travailleurs : Comment concilier une procédure de réorganisation judiciaire qui implique un plan de licenciement collectif et les mécanismes d'information et de consultation préalable de travailleurs », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité des entreprises*, A. Zenner et M. Dal (dir.), Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 491- 492. Dans le même sens : J. VAN DROOGHENBROECK, « Aspects de droit du travail de la réorganisation judiciaire et du transfert sous autorité de justice », *Les réorganisations de sociétés : aspects en droit des sociétés, droit fiscal, droit comptable et droit social*, Limal, Anthémis, 2011, p. 217.

³² H. DECKERS « Les implications de la procédure de réorganisation judiciaire en droit social et au regard des droits des travailleurs : Comment concilier une procédure de réorganisation judiciaire qui implique un plan de licenciement collectif et les mécanismes d'information et de consultation préalables des travailleurs », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité des entreprises*, A. Zenner et M. Dal (dir.), Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 492-497.

³³ N. BAMPS, « La FGTB veut que la loi Renault sanctionne davantage les patrons », *L'écho*, 13 février 2018, p. 8.

³⁴ CCT n° 32bis, art. 15bis.

égard³⁵. Ceci pose un problème pratique car, dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice, il est difficile pour le cédant de déterminer les conséquences de la cession pour les travailleurs puisqu'il ne connaît pas les intentions du repreneur³⁶.

L'entreprise qui décide d'initier pour elle-même une demande de transfert sous autorité de justice doit entendre, au préalable, les représentants du personnel ou, à défaut, le personnel directement³⁷. Les auteurs semblent s'accorder pour dire que cela s'impose uniquement en cas de transfert consenti et non en cas de transfert forcé car la volonté de l'employeur fait défaut dans ce cas³⁸.

Le mandataire de justice informe les travailleurs repris des droits, obligations, actions et dettes qui les concernent. Si les travailleurs constatent des irrégularités dans les informations qui leur sont données, ils peuvent en contester le contenu dans un délai d'un mois³⁹. Cette possibilité n'existait pas avant l'adoption de la CCT n° 102 et constitue une avancée pour les travailleurs qui, jusque-là, devaient réclamer, devant les tribunaux du travail, une compensation au cédant si les informations transmises n'étaient pas correctes⁴⁰.

Suite à la contestation du travailleur, deux hypothèses peuvent se présenter. Soit les rectifications qu'il fait sont communiquées au candidat repreneur⁴¹ et celui-ci peut les accepter ou convenir de nouvelles conditions. Soit le mandataire de justice refuse la contestation et le litige sera tranché par le tribunal du travail. Une fois que le tribunal aura rendu sa décision, les droits et obligations corrigés seront, le cas échéant, transférés au repreneur sur base de l'article 9, deuxième alinéa, de la CCT n° 102⁴².

³⁵ CCT n° 102, art. 7.

³⁶ L. BIHAIN, « Transfert d'entreprise sous autorité de justice : droits et obligations du repreneur à l'égard des travailleurs », *Ors.* 2016, liv. 3, p. 15.

³⁷ C.D.E., art. XX.84.

³⁸ J. PEETERS et P. HUMBLET, « De arbeidsrechtelijke aspecten van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen : gewikt en gewogen », *Gerechtelijke reorganisatie : getest, gewikt en gewogen*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 294, n° 25 ; L. BIHAIN, « Transfert d'entreprise sous autorité de justice : droits et obligations du repreneur à l'égard des travailleurs », *Ors.* 2016, liv. 3, p. 13.

³⁹ CCT n° 102, art. 8, §2.

⁴⁰ J. PEETERS, « Arbeidsrechtelijke aspecten van overdracht van onderneming : faillissement en WCO », *Curatoren en Vereffenaars : Actuele Ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, pp. 480-481.

⁴¹ Sur base de l'article 8, §1 de la CCT n° 102.

⁴² CCT n° 102, commentaire de l'art. 8.

Il est très important que le mandataire de justice insiste sur cette possibilité qu'a le travailleur de contester les informations qui le concernent, car s'il ne le fait pas, les droits et obligations du repreneur seront figés une fois que ce dernier les aura acceptés^{43 44}.

Le droit allemand est plus protecteur des travailleurs que le droit belge. La loi prévoit, en plus de l'obligation du cédant d'informer le conseil d'entreprise, l'obligation du cédant et du cessionnaire d'informer individuellement chaque employé respectivement du transfert et des conséquences de ce transfert par rapport aux conditions de travail⁴⁵.

En droit anglais, cette obligation d'information et de consultation est également transposée d'une manière qui est favorable aux travailleurs, ce qui semble être critiqué par la doctrine⁴⁶. La loi prévoit l'obligation pour le cédant et le cessionnaire de consulter les syndicats ou les travailleurs élus pour représenter les travailleurs qui sont affectés par le transfert⁴⁷. En cas de violation de cette obligation, le transfert reste valable, mais les travailleurs recevront une indemnité de compensation⁴⁸. Il est possible pour l'employeur d'invoquer des circonstances spéciales pour contourner cette obligation mais le transfert lui-même ne peut pas être invoqué à cette fin⁴⁹.

Par opposition, en France, quand la cession porte sur une entreprise en difficulté et qu'il n'y a pas de représentant des travailleurs, il n'y a pas d'obligation d'information et de consultation des travailleurs⁵⁰. En effet, la France n'a pas transposé la directive européenne sur ce point et celle-ci ne bénéficie pas du principe de l'invocabilité directe⁵¹. La question se pose de savoir s'il faut interpréter le droit national conformément à cette directive pour mettre à charge de l'employeur cette obligation d'information ou pour écarter une disposition nationale contraire⁵².

⁴³ L. BIHAIN, « Transfert d'entreprise sous autorité de justice : droits et obligations du repreneur à l'égard des travailleurs », *Ors*, 2016, liv. 3, p. 16.

⁴⁴ Ceci sous réserve de la possibilité d'homologation que nous n'abordons pas dans le cadre de ce travail. Pour les développements à ce sujet, voir notamment : L. BIHAIN, « Les implications de la procédure de réorganisation judiciaire en droit social et au regard des droits des travailleurs : Quelle procédure suivre pour obtenir l'homologation par le tribunal du travail du volet social de la cession d'entreprise ? », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité des entreprises*, A. Zenner et M. Dal (dir.), Bruxelles, Larcier 2012, pp. 539-544.

⁴⁵ B. WAAS, *op. cit.*, p. 90.

⁴⁶ K. CREIGHTON-SELVAY, « Pre-packed administration, an Empirical Social Rights Analysis », *Industrial Law Journal*, vol. 42, 2013, pp. 117-118 ; M. VAN SCHADEWIJK, « Employees' rights in business rescue : confrontation or synergy », *International Company and Commercial Law Review*, 2017, p. 69.

⁴⁷ TUPE, reg. 10.

⁴⁸ C. BARNARD, « The United Kingdom », *Corporate Restructuring and the Role of Labour Law*, Bulletin of Comparative Labour Relations, n° 47, 2003, p. 173.

⁴⁹ TUPE, reg. 13(9).

⁵⁰ L. FIN-LANGER, « La cession d'une entreprise en difficulté, à la croisée des chemins », *Revue de Droit du Travail*, 2017, p. 116.

⁵¹ Pas de transposition de l'article 7, §6 de la directive 2001/23/CE.

⁵² B. INES, « Transfert d'entreprise : transposition défailante d'une directive », publié sur Dalloz Actualité, disponible sur <https://www.dalloz-actualite.fr/>, 27 janvier 2014.

Bien qu'une partie de la doctrine considère qu'on peut dégager une telle obligation d'information du devoir général de bonne foi ou de l'article L. 1224-1 du Code de travail français⁵³, la Cour de cassation française répond par la négative⁵⁴. La seule solution semble être de saisir une juridiction administrative pour faire condamner la France en raison d'une transposition partielle de la directive 2001/23/CE⁵⁵.

B. Information du candidat repreneur

Le candidat repreneur est informé par le mandataire de justice d'une série de droits et obligations liés aux contrats de travail⁵⁶, informations qui doivent lui être communiquées par écrit, à défaut de quoi il ne sera pas tenu de les respecter⁵⁷.

De plus, le mandataire de justice informe le candidat repreneur des droits et obligations des travailleurs prévus par les conventions collectives de travail et règlements de travail qui existent à cette même date⁵⁸. Cependant, le commentaire de l'article 9 de la CCT précise que ces obligations lui seront transmises même s'il n'en a pas été informé.

Le but est de donner une image claire de la situation au candidat repreneur pour qu'il puisse apprécier ce à quoi il s'engage en cas de reprise de certains travailleurs⁵⁹.

Il est également informé si un travailleur conteste une des informations qui lui ont été transmises⁶⁰ comme expliqué *supra*.

⁵³ B. INES, *op.cit.* fait référence à plusieurs auteurs : A. Mazeaud, P. Morvan, P. Remy et H. Tissandier.

⁵⁴ Cass. fr. (soc.), 18 nov. 2009, n° 08-43.397 et 08-43.398 ; Cass. fr. (soc.), 16 janvier 1974, n° 72-40.68 ; Cass. fr. (soc.), 23 octobre 1968, *Bull. Civ.* V, n° 451.

⁵⁵ C'est permis par la jurisprudence Francovich : C.J.C.E., 19 nov. 1991, *Francovich*, C-6/90 et C-9/90, EU:C:1991:428.

⁵⁶ CCT n° 102, art. 8, §1: il est informé « *des droits et obligations convenus individuellement dans les contrats de travaux entre le cédant et les travailleurs repris, des dettes du cédant résultant des contrats de travail des travailleurs repris et des actions intentées par ces travailleurs qui existent à la date du jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ou, à défaut, à la date du jugement qui ordonne le transfert sous autorité de justice* ».

⁵⁷ CCT n° 102, art. 9, al. 2.

⁵⁸ CTT n° 102, art. 8, §3.

⁵⁹ CCT n° 102, commentaire de l'art. 8.

⁶⁰ CTT n° 102, art. 8, §1.

III. LES DROITS DES TRAVAILLEURS

A. Quels sont les travailleurs repris ?

a) Principe

Le principe est que tous les travailleurs sont repris⁶¹. La directive énonce de façon claire que le transfert d'entreprise n'est pas un motif de licenciement⁶². Il n'est donc pas permis de licencier des travailleurs en raison du transfert et ce, peu importe le moment auquel le licenciement intervient⁶³.

b) Nuance

Il est possible de licencier les travailleurs pour « *motif grave ou pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation, entraînant des changements dans le domaine de l'emploi* »⁶⁴. En cas de litige, la charge de la preuve de l'existence d'un tel motif incombe au cessionnaire⁶⁵.

Le régime mis en place par la directive a été transposé dans la CCT n° 32*bis* et s'applique aux hypothèses de transferts conventionnels. Par contre, lorsqu'il s'agit d'un transfert sous autorité de justice, l'article XX.86 C.D.E. et la CCT n° 102 prévoient un régime spécifique qui s'appuie sur l'article 5 de la directive, son fondement exact et sa conformité au droit européen font l'objet de controverses qui seront examinées *infra*⁶⁶.

En droit allemand, les dispositions relatives aux transferts d'entreprises sont également applicables si le transfert a lieu dans le cadre d'une réorganisation d'entreprise⁶⁷. Il n'y a pas de régime spécifique. Que l'entreprise soit en difficulté ou non, le principe est le maintien et le transfert des contrats de travail, l'exception est le licenciement pour l'un des motifs prévus par la directive.

⁶¹ CCT n° 32*bis*, art. 7.

⁶² Directive 2001/23/CE, art. 4.

⁶³ C.J.C.E., 15 juin 1988, *P bork international A/S v Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*, C-101/87, EU:C:1988:308.

⁶⁴ CCT n° 32*bis*, art. 9.

⁶⁵ F. KÉFER, *Le sort des travailleurs non repris en cas de transfert de leur entreprise*, 2015, p. 11, n° 14, disponible sur : <http://hdl.handle.net/2268/183394>.

⁶⁶ Voir section V.

⁶⁷ La section 324 de l'« Umwandlungsgesetz » dispose que l'article 613a, §1 et §4-6 du Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) ne sont pas affectés en cas de fusion, scission ou transfert d'actifs. Voir : B. WAAS, *op. cit.*, p. 91.

C'est également le cas en droit anglais. L'article 7(1) TUPE dispose que le licenciement causé par le transfert est automatiquement considéré comme un licenciement abusif⁶⁸. Exceptionnellement, le cédant ou le cessionnaire peut se prévaloir de raisons économiques largement entendues⁶⁹ pour licencier une partie des travailleurs⁷⁰. La jurisprudence est relativement favorable aux travailleurs en ce que les juges considèrent que l'interdiction de licenciement à cause du transfert s'applique aux personnes qui étaient employées juste avant le transfert, mais également à celles qui l'auraient été si elles n'avaient pas été licenciées de façon abusive juste avant⁷¹.

En droit français, le principe est l'interdiction des licenciements causés par le transfert⁷². Selon la Cour de cassation, il est interdit aux employeurs successifs de s'entendre sur un certain nombre de licenciements à opérer en amont de l'opération pour limiter le nombre de travailleurs transférés⁷³. Cependant, lorsque l'entreprise est en crise, une loi de 2016⁷⁴, modifiée par une ordonnance de 2017⁷⁵, a mis en place la possibilité de réaliser, à certaines conditions⁷⁶, un licenciement avant le transfert pour faciliter celui-ci. Il est envisageable que le législateur français se soit appuyé sur la possibilité laissée par le droit européen de licencier pour motifs économiques⁷⁷ pour adopter cette loi. Au regard des conditions à respecter pour mettre en place un tel licenciement, il nous semble que cette possibilité ne peut jouer que dans les situations où l'échec de la cession conduirait à la faillite de l'entreprise.

c) Régime spécifique dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice

L'article 12 de la CCT n° 102 et l'article XX.86, §3 du C.D.E. permettent au candidat repreneur de choisir les travailleurs qui seront repris. Ce choix est encadré par deux garde-fous.

D'une part, en cas de pluralité d'offres, le tribunal donne la priorité à celle qui « *garantit la permanence de l'emploi par un accord social* »⁷⁸. D'autre part, le choix ne peut pas être arbitraire. Il doit être motivé par des raisons techniques, économiques ou organisationnelles et s'effectuer sans différenciation interdite⁷⁹.

⁶⁸ « *Unfair dismissal* »

⁶⁹ Directive 2001/23/CE, article 4, §1.

⁷⁰ C. BARNARD, *op. cit.*, p. 171.

⁷¹ *Lister v. Forth Dry Dock & Engineering Co. Ltd* (1990) 1 AC 546, cité par C. BARNARD, *op. cit.*, p. 171.

⁷² Code du travail français, art. L. 1224-1.

⁷³ Cass. fr. (soc.), 20 janvier 1994, n° 90-43.235.

⁷⁴ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *JORF* n° 0193 du 20 août 2016, art. 94.

⁷⁵ Ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017, *JORF* n° 0297 du 21 décembre 2017, art. 1.

⁷⁶ Régime prévu à l'article L. 1233-61 du Code du travail français.

⁷⁷ Directive 2001/23/CE, art. 4.

⁷⁸ C.D.E., art. XX. 89, §1.

⁷⁹ C.D.E., art. XX. 86, §3.

(i) Raisons économiques, techniques ou organisationnelles

Les raisons économiques, techniques ou organisationnelles sont identiques à celles visées par la directive 2001/23/CE et par la CCT n° 32bis⁸⁰. Si ces termes ont été peu analysés en jurisprudence⁸¹, il semblerait qu'il n'est en tout cas pas requis que les considérations avancées soient des trois types⁸². Ces raisons semblent quasi inhérentes à la procédure de réorganisation judiciaire en elle-même. Il sera donc probablement aisé pour le cessionnaire de justifier son choix par l'une d'elles⁸³. Une grande liberté est laissée aux parties et le contrôle du juge est marginal⁸⁴ : il ne peut pas « *substituer son appréciation à celle de l'employeur* »⁸⁵.

(ii) Absence de discrimination interdite

Il est interdit de sélectionner les salariés en fonction de critères protégés par des lois anti-discrimination, sauf exception prévue par ladite loi.

L'article XX.86, §3 prévoit que les représentants du personnel en particulier ne peuvent pas être discriminés et établit une présomption d'absence de différenciation en ce qui les concerne. Il est présumé ne pas y avoir de discrimination interdite si « *la portion, avant le transfert sous autorité de justice, entre les travailleurs occupés dans l'entreprise transférée ou la partie d'entreprise transférée et leurs représentants dans les organes de cette entreprise ou partie*

⁸⁰ L. PELTZER, « Les implications de la procédure de réorganisation judiciaire en droit social et au regard des droits des travailleurs : En cas de cession d'entreprise, quels critères le repreneur peut-il retenir pour choisir le personnel repris ? Comment concilier choix du repreneur et convention collective de travail n° 32bis : les solutions de la nouvelle convention collective de travail n° 102 ? Le législateur pouvait-il écarter l'application de la convention collective de travail n° 32bis en cas de transfert d'entreprise ou de branche d'activité organisé dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire ? Quel modèle choisit la nouvelle convention collective de travail n° 102 ? », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité des entreprises*, A. Zenner et M. Dal (dir.), Bruxelles, Larcier 2012, pp. 523-524, n° 13.1.

⁸¹ C. WANTIEZ, « Les interdictions de licenciement en matière de transfert conventionnel, transfert après faillite et transfert dans le cadre de la loi sur la continuité des entreprises. Sanction », *La cession d'entreprise : les aspects sociaux*, Actes du colloque du Jeune Barreau de Bruxelles, J-F. Leclercq (prés.), E. Plasschaert et L. Peltzer (coord.), Bruxelles, Larcier, 2011, n° 3.

⁸² L. PELTZER, « Les aspects sociaux de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *La loi relative à la continuité des entreprises*, Actes du colloque du Jeune Barreau de Bruxelles, F. De Tandt (prés.), Bruxelles, Larcier, 2009, p.165 ; L. BIHAIN, « Transfert d'entreprise sous autorité de justice : droits et obligations du repreneur à l'égard des travailleurs », *Ors. 2016*, liv. 3., p. 16, n° 15.

⁸³ L. PELTZER, « Les implications de la procédure de réorganisation judiciaire en droit social et au regard des droits des travailleurs : En cas de cession d'entreprise, quels critères le repreneur peut-il retenir pour choisir le personnel repris ? (...) », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité des entreprises*, A. Zenner et M. Dal (dir.), Bruxelles, Larcier 2012, p. 524, n° 13.1. Dans le même sens, voir conclusions Av. gen. C. Lenz précédant l'arrêt *Dethier Equipement*, C-319/94, EU:C:1996:291, points 58-62.

⁸⁴ L. BIHAIN, « Transfert d'entreprise sous autorité de justice : droits et obligations du repreneur à l'égard des travailleurs », *Ors. 2016*, liv. 3, p. 16, n° 15.

⁸⁵ F. KÉFER et G. GAILLIET, *op. cit.*, p. 386, n° 25.

d'entreprise reste respectée après le transfert ». Il faut noter que cette présomption est réfragable.

Deux problématiques peuvent être soulevées. D'abord, la question de la sanction d'un refus d'homologation lorsque le repreneur est considéré avoir fait des choix discriminatoires n'est pas résolue⁸⁶. Ensuite, la loi ne précise pas la notion de « *représentants du personnel* », cela donne lieu à des controverses qui ont fait l'objet de nombreux articles de doctrine auxquels le lecteur se reportera utilement⁸⁷.

d) La possibilité du travailleur de s'opposer à son transfert

La directive est muette à ce sujet. Les auteurs belges semblent s'accorder pour dire que la Cour de Justice a consacré le droit du salarié de s'opposer à son transfert⁸⁸ et que les conséquences de ce refus sont laissées à l'appréciation des États membres⁸⁹. La doctrine française est plus nuancée, si Antoine Mazeaud rejoint cette interprétation⁹⁰, d'autres auteurs semblent considérer que la question n'a pas été définitivement tranchée⁹¹.

Bien que les discussions relatives à la possibilité du travailleur de s'opposer à son transfert soient les mêmes que l'entreprise soit en difficulté ou non, il est intéressant d'aborder le sujet sous l'angle des conséquences qu'une opposition du travailleur à son transfert peut avoir.

En droit belge, on considère que le travailleur a le droit de refuser d'être transféré. Il s'agit de la pendant de la possibilité pour le repreneur de ne pas reprendre un travailleur : la liberté du travailleur n'est pas moins grande et il peut donc également refuser⁹². Dans le cadre d'un

⁸⁶ L. BIHAIN, « Réorganisation judiciaire : transfert sous autorité de justice, situation des travailleurs liés à l'activité cédée », *La loi relative à la continuité des entreprises*, Dossiers du J.T. n° 88, M. Grégoire et B. Inghels (dir.), Larcier, 2012, pp. 117-118.

⁸⁷ Pour les controverses que cela crée voir : P. COUSSEMENT, « De Wet op de continuïteit van de onderneming van 31 januari 2009 », *R.D.C.*, 2009, p. 317, n° 103 ; L. PELTZER « Les implications de la procédure de réorganisation judiciaire en droit social et au regard des droits des travailleurs : En cas de cession d'entreprise, quels critères le repreneur peut-il retenir pour choisir le personnel repris ? (...) », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité des entreprises*, A. Zenner et M. Dal (dir.), Bruxelles, Larcier 2012, p. 525, n° 13.2. ; F. KÉFER, *Le sort des travailleurs non repris en cas de transfert de leur entreprise*, 2015, pp. 11-12, n° 14, disponible sur : <https://orbi.uliege.be/handle/2268/183394>.

⁸⁸ C.J.C.E., 11 juillet 1985, *Mikkelsen c. Dammols Inventar*, C-105/84, EU:C:1985:331 ; C.J.C.E., 25 juillet 1991, d'*Urso*, C-362/89, EU:C:1991:326 ; C.J.C.E., 16 décembre 1992, *Katsikas*, C-132/91, C-138/91, C-138/91, EU:C:1992:517 ; C.J.C.E., 24 janvier 2002, *Temco*, C-51/00, EU:C:2002:48.

⁸⁹ Voir : F. KÉFER et G. GAILLIET, *op. cit.*, p. 405, n° 47.

⁹⁰ A. MAZEAUD, « Licenciements économiques à l'occasion de transfert d'entreprise : les droits des salariés. Après les arrêts Guernonprey et Maldonado, l'arrêt Voisin », *Dr. Soc.*, 2003, p. 483.

⁹¹ C. MARZO et F. LECOMTE, « Le refus d'être transféré : droit comparé », *Dr. Soc.*, 2010, p. 698.

⁹² L. BIHAIN, « Réorganisation judiciaire : transfert sous autorité de justice, situation des travailleurs liés à l'activité cédée », *La loi relative à la continuité des entreprises*, Dossiers du J.T. n° 88, M. Grégoire et B. Inghels (dir.), Larcier, 2012, p. 110 ; F. KÉFER et G. GAILLIET, *op. cit.*, p. 404, n° 47 ; Projet de loi concernant la continuité des entreprises, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2008, 52-0160/002, p. 76.

transfert sous autorité de justice, si le travailleur n'accepte pas le transfert, cela ne provoque pas la dissolution du contrat qui le lie au cédant⁹³. Selon Luc Bihain, si par la suite le cédant est déclaré en faillite ou en liquidation, on considérera que le travailleur « *n'est pas à l'origine de la perte de son emploi* »⁹⁴. En sens inverse, le transfert d'entreprise ne peut pas être invoqué par le salarié à titre d'acte équipollent à rupture⁹⁵. La question de savoir si le salarié pourrait exiger la poursuite de son contrat si le cédant conserve une activité, elle, n'est pas résolue⁹⁶.

En droit français, la question est plus controversée. La Cour de cassation française ne semble pas reconnaître un droit au travailleur de refuser son transfert. En effet, elle considère que l'article L. 1224-1 opère un transfert légal de plein droit des contrats de travail et, qu'en conséquence, le refus du salarié d'effectuer sa prestation de travail pour le compte du nouvel employeur produit les effets d'une démission⁹⁷. Alors qu'une partie de la doctrine critique cette jurisprudence⁹⁸, Pierre Bailly considère qu'elle est conforme aux enseignements de la C.J.U.E.⁹⁹.

Au Royaume-Uni, le législateur a interprété la jurisprudence de la C.J.U.E. comme reconnaissant le droit au refus du travailleur d'être transféré et a donc créé ce droit¹⁰⁰. En principe, ce refus rend le travailleur démissionnaire¹⁰¹, mais il doit être licencié lorsque le nouveau contrat entraîne des modifications substantielles de ses conditions de travail à son détriment¹⁰².

Par opposition, en droit allemand, la jurisprudence et ensuite le législateur¹⁰³ ont consacré le droit du travailleur de s'opposer au transfert de son contrat de travail¹⁰⁴. La conséquence de ce refus est le maintien du contrat de travail entre le cédant et le salarié, celui-ci n'étant pas considéré comme démissionnaire¹⁰⁵. Selon nous, cette possibilité peut être problématique dans

⁹³ F. KÉFER et G. GAILLIET, *op. cit.*, p. 405, n° 47.

⁹⁴ L. BIHAIN, « Réorganisation judiciaire : transfert sous autorité de justice, situation des travailleurs liés à l'activité cédée », *La loi relative à la continuité des entreprises*, Dossiers du J.T. n° 88, M. Grégoire et B. Inghels (dir.), Larcier, 2012, p. 110.

⁹⁵ F. KÉFER, *Le sort des travailleurs non repris en cas de transfert de leur entreprise*, 2015, pp. 2-3, n° 2, disponible sur : <http://hdl.handle.net/2268/183394>.

⁹⁶ F. KÉFER et G. GAILLIET, *op. cit.*, p. 405, n° 47.

⁹⁷ Cass. fr. (soc.), 27 juin 2002 n° 00-44.006 ; Cass. fr. (soc.), 14 décembre 2004, n° 03-41.713 ; Cass. fr. (soc.), 10 octobre 2006, n° 04-40.325.

⁹⁸ V. IONESCU, « Le droit d'opposition des salariés au transfert du contrat de travail : mythe ou réalité », *Dr. Soc.*, 2002, pp. 507-515 ; A. SUPLOT, « Les salariés ne sont pas à vendre », *Dr. Soc.*, 2006, pp. 264-266.

⁹⁹ P. BAILLY, « Le flou de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail », *Dr. Soc.*, 2004, pp. 366-374.

¹⁰⁰ TUPE, reg. 4(7). Voir : C. MARZO et F. LECOMTE, *op. cit.*, p. 699.

¹⁰¹ TUPE, reg. 4(8). Voir : C. MARZO et F. LECOMTE, *op. cit.*, p. 699.

¹⁰² TUPE, reg. 9, 10, 11. Voir : C. MARZO et F. LECOMTE, *op. cit.*, p. 699.

¹⁰³ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), art. 613a, §6.

¹⁰⁴ Y. VIALA, « Le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprises en droit allemand. Conditions et conséquences essentielles », *Dr. Soc.*, 2005, p. 203, n° 15.

¹⁰⁵ C. MARZO et F. LECOMTE, *op. cit.*, p. 670.

l'hypothèse de la cession partielle d'une entreprise en difficulté. En effet, il y a des cas où le cédant se sépare d'une partie de son activité, et corollairement du personnel qui y est attaché, afin d'assurer la survie du reste de l'entreprise. Cela sera difficilement réalisable si les travailleurs décident de rester à son service. Notons d'ailleurs qu'en pratique, il est fréquent que le cédant licencie les travailleurs pour des raisons opérationnelles lorsque ceux-ci s'opposent à leur transfert¹⁰⁶.

B. Les droits des travailleurs transférés

En cas de transfert sous autorité de justice, le principe est le maintien des droits des travailleurs transférés pour autant que l'existence de ces droits ait été notifiée par écrit au cessionnaire lors de la procédure d'information. Des dérogations à ce principe sont possibles et peuvent prendre la forme de modifications collectives ou individuelles des conditions de travail¹⁰⁷.

La possibilité de modifier de manière collective les conditions de travail n'étonnera pas le lecteur. L'objectif est de permettre au repreneur d'harmoniser les conditions de travail des travailleurs repris et celles existantes au sein de l'entreprise cessionnaire¹⁰⁸. Le législateur impose tout de même une obligation : la négociation doit être finalisée dans une convention collective de travail¹⁰⁹.

La possibilité de modifier individuellement les conditions de travail des travailleurs transférés est encadrée par le respect d'une condition : les modifications apportées au contrat de travail à la suite de la négociation doivent être liées principalement à des raisons techniques, économiques ou organisationnelles¹¹⁰. Ces termes ne sont définis ni par la loi, ni dans ses travaux préparatoires, ni dans la convention collective de travail. En tout état de cause, il faut

¹⁰⁶ J. KIRCHNER, P. KREMP, M. MAGOTSCH, *Key aspects of German Employment and Labour Law*, Berlin, Springer, 2010, pp. 266-267.

¹⁰⁷ C.D.E., art. XX.86 ; CCT n° 102, art. 10 et 11.

¹⁰⁸ J-P. CORDIER, « En cas de cession d'entreprise, le repreneur peut-il négocier de nouvelles conditions et modalités de travail avec le personnel repris ? » *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité des entreprises*, A. Zenner et M. Dal (dir.), Bruxelles, Larcier 2012, p. 532. Voir Projet de loi relatif à la continuité des entreprises, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2008-2009, 52-0160/005, p. 64.

¹⁰⁹ C.D.E., art. XX.86, §6.

¹¹⁰ C.D.E., art. XX.86, §4 et CCT n° 102, art. 11.

que ces modifications soient compatibles avec les dispositions légales impératives, telles que celles contenues dans la loi de 1978^{111 112}.

En droit allemand, en ce qui concerne les modifications individuelles, l'employeur jouit du « *droit de donner des instructions* »¹¹³. Dans les contrats de travail, les termes utilisés sont des termes généraux et l'employeur a le droit de préciser les obligations du travailleur. Cela ne veut pas dire que l'employeur peut modifier les conditions de travail de l'employé unilatéralement. S'il veut le faire, il doit prononcer un « *licenciement pour modification du contrat* »¹¹⁴. Dans ce cadre, l'employeur propose un contrat de travail sous de nouvelles conditions et émet, en parallèle, une déclaration de volonté de mettre fin au contrat de travail si le travailleur refuse ces conditions. L'employé a trois possibilités : il peut accepter les modifications du contrat, les accepter mais en contestant leur justification sociale, ou rejeter l'offre. Cette dernière possibilité a pour conséquence de mettre fin au contrat sauf si l'employé décide d'agir en justice¹¹⁵.

En France, le nouvel employeur doit respecter les clauses de chaque contrat pris individuellement, mais peut proposer des modifications pour des raisons économiques¹¹⁶. Il faut ensuite distinguer. S'il veut modifier le contrat de travail, le travailleur peut refuser. Par contre, s'il ne veut changer que les conditions de travail en restant dans les limites du contrat, le travailleur n'a pas le choix¹¹⁷. S'il refuse, la jurisprudence classique enseigne que l'employeur peut le licencier sans préavis ni indemnité¹¹⁸. Il faut noter qu'une modification des horaires de travail ou du lieu de travail peut être considérée comme une modification des « *conditions de travail* »¹¹⁹. En ce qui concerne les modifications collectives, les réglementations équivalentes aux CCT sont souvent adoptées au niveau d'une profession entière et continuent donc à s'appliquer puisque suite au transfert d'entreprise, les travailleurs conservent la même profession. Les conventions collectives propres à l'entreprise ne sont pas transférées¹²⁰.

Nous remarquons que les législateurs français et allemand n'ont pas mis en place de régime particulier lorsque l'entreprise est en difficulté, ce qui peut s'expliquer par la souplesse octroyée par le droit commun des transferts.

¹¹¹ Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978.

¹¹² F. KÉFER et G. GAILLIET, *op. cit.*, pp. 401-402, n° 43. Par exemple : il n'est pas possible de transformer un contrat à durée indéterminée en contrat à durée déterminée car un contrat à durée déterminée doit être constaté au plus tard au moment de l'entrée en service du travailleur.

¹¹³ « *Direktionsrecht* ».

¹¹⁴ « *Aenderungskuendigung* ».

¹¹⁵ B. WAAS, *op. cit.*, p. 100.

¹¹⁶ F. GAUDU, « France », *Corporate Restructuring and the Role of Labour Law*, Bulletin of Comparative Labour Relations, n° 47, 2003, p. 72.

¹¹⁷ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 8^e éd., Paris, Lextenso, 2012, pp. 448-449, n° 761.

¹¹⁸ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 8^e éd., Paris, Lextenso, 2012, p. 458, n° 777.

¹¹⁹ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 8^e éd., Paris, Lextenso, 2012, pp. 451-452, n° 766-768.

¹²⁰ F. GAUDU, *op. cit.*, p. 72.

Le Royaume-Uni a fait application de l'article 5.2b) de la directive. Le législateur a prévu que dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire, au-delà des raisons économiques, techniques ou organisationnelles qui peuvent être invoquées, il est possible de modifier les conditions de travail des travailleurs transférés si plusieurs conditions sont remplies. Il doit y avoir un accord entre le cédant et le cessionnaire ou entre le cessionnaire et les représentants des travailleurs (i) ; ces modifications doivent être réalisées pour sauvegarder les opportunités d'emploi en assurant la survie de l'entreprise transférée ou une partie de celle-ci (ii) ; ces modifications ne doivent pas être contraires à une loi du Royaume-Uni (iii)¹²¹. De plus, il n'est pas possible de modifier les conditions de travail de manière défavorable à l'employé¹²². La loi permet en outre au travailleur de mettre fin à son contrat sans préavis si « *des changements substantiels sont réalisés par rapport à ses conditions de travail et à son détriment* »¹²³. On peut regretter que la jurisprudence atténue cette possibilité en ce qu'elle fait valoir qu'après un certain laps de temps, non clairement délimité, les modifications du contrat ne doivent plus être considérées comme étant liées au transfert. Une distinction entre les changements liés au transfert et ceux qui ne le sont pas est ainsi créée¹²⁴.

IV. LE SORT DES DETTES

A. Les dettes à l'égard des travailleurs

Il faut distinguer entre les travailleurs transférés et ceux qui ne le sont pas.

a) Travailleurs non transférés

Les travailleurs qui ne sont pas repris restent attachés au cédant. Si, comme ce sera souvent le cas, celui-ci fait aveu de faillite, les travailleurs seront licenciés mais disposeront de différentes garanties. On pense, entre autres, au privilège général dont bénéficient les créances de travailleurs pour les arriérés de rémunérations et les indemnités de rupture¹²⁵. De plus, l'article XX.58 C.D.E dispose que sont considérées comme des créances de masses les sommes dont l'exigibilité est née pendant la procédure de réorganisation en exécution du contrat de travail. Enfin, il existe un Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprise (ci-après « *Le Fonds* »).

¹²¹ C. BARNARD, *op. cit.*, pp. 164-165.

¹²² C. BARNARD, *op. cit.*, p. 175.

¹²³ TUPE, reg. 4(9). Voir : C. BARNARD, *op. cit.*, p. 175.

¹²⁴ C. BARNARD, *op. cit.*, p. 175.

¹²⁵ Loi du 16 décembre 1851 sur les privilèges et hypothèques, *M.B.*, 22 décembre 1851, art. 19, 3°.

À la différence de ce qui existe en cas de transfert conventionnel d'entreprise, la loi¹²⁶ ne prévoit pas de règles spécifiques pour l'intervention du Fonds en cas de transfert sous autorité de justice. Le droit commun est donc d'application et le Fonds interviendra si trois conditions sont remplies, à savoir, que l'entreprise cédante fasse l'objet d'une fermeture après le transfert (i), que la dette impayée incombe au cédant et non au cessionnaire (ii), et que le cédant soit en défaut de paiement (iii)¹²⁷.

b) Travailleurs transférés

Lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité sous le contrôle d'une autorité judiciaire, il est possible que les dettes antérieures au transfert dont le cédant est titulaire à l'égard des salariés ne soient pas transférées au cessionnaire lorsqu'il existe une protection des salariés contre l'insolvabilité du cédant¹²⁸.

Ceci a été transposé en droit belge¹²⁹. Pour savoir quelles sont les dettes relatives aux travailleurs transférés qui seront transmises au cessionnaire, il faut distinguer selon que le transfert sous autorité de justice est forcé ou volontaire. Lorsque le transfert est volontaire, c'est-à-dire qu'il a été initié par le cédant, les obligations du cédant vis-à-vis des travailleurs repris existants au jour de l'ouverture de la procédure judiciaire sont transférées au cessionnaire. Lorsque le transfert est forcé, les obligations transférées sont celles existantes à la date du jugement qui ordonne le transfert sous autorité de justice¹³⁰.

Dans les deux cas, la convention collective de travail et la loi prévoient que le cessionnaire n'est tenu du paiement de ces dettes uniquement s'il a été informé de leur existence par écrit¹³¹. Si ce n'est pas le cas, les dettes restent à charge du cédant et, le cas échéant, leur paiement sera assuré par le Fonds.

Le législateur français a fait application de la possibilité prévue au paragraphe 2 de l'article 5 de la directive depuis 2005 dans le cadre de la procédure de sauvegarde¹³². La question se pose de savoir quelles sont les dettes concernées, c'est-à-dire les dettes qui peuvent ne pas être transférées au cessionnaire. Selon Antoine Mazeaud, cette possibilité vise les dettes relatives aux congés payés, les réparations de dommage causé par le cédant et les indemnités de

¹²⁶ Loi du 26 Juin 2002 relative aux fermetures d'entreprises, *M.B.*, 9 août 2002.

¹²⁷ F. KÉFER et G. GAILLIET, *op. cit.*, p. 403, n° 45.

¹²⁸ Directive 2001/23/CE, art. 5, §2.

¹²⁹ CCT n° 102, art. 14, 15 et 16.

¹³⁰ CCT n° 102, art. 16.

¹³¹ CCT n° 102, art. 9 et 14.

¹³² Code du travail français, art. L. 1224-2,1°.

licenciement si le salarié est en préavis lors du transfert. Par contre, elle ne s'étend pas aux dettes de cotisations sociales ni aux régimes complémentaires de retraite¹³³.

Au Royaume-Uni, un Fonds d'indemnisation existe et intervient à certaines conditions en ce qui concerne les indemnités de licenciement, les arriérés de salaire, le pécule de vacances et les indemnités de licenciement abusif lorsque l'employeur cédant n'est pas en mesure de payer ces montants¹³⁴. S'il n'intervient pas, ces dettes seront transmises au cessionnaire¹³⁵.

B. Les autres dettes

Le régime exposé ci-dessus vaut exclusivement pour les sommes dues aux travailleurs et non à des tiers¹³⁶.

Deux autres types de dettes pourraient être transférées dans le cadre d'une cession d'entreprise sous autorité de justice : les dettes de cotisations sociales et les dettes fiscales.

Dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice il est désormais clair que, contrairement à ce qui se passe dans le cadre d'un transfert conventionnel, les dettes de cotisations sociales ne sont pas transférées au cessionnaire¹³⁷. L'article 41*quinquies* de la loi du 27 juin 1969, qui prévoit qu'en cas de cession, le cessionnaire est tenu solidairement des dettes de sécurité sociale dues à l'Office national de Sécurité sociale « *à l'expiration du mois qui suit celui au cours duquel une copie certifiée conforme ou une copie certifiée complète, exacte et véritable par toutes les parties contractantes de l'acte translatif ou constitutif a été notifiée* » a été modifié en 2013 et excepte désormais expressément de son champ d'application les transferts réalisés par un mandataire de justice¹³⁸. Les débats afférents à cette question n'ont donc plus lieu d'être aujourd'hui¹³⁹.

¹³³ A. MAZEAUD, « Transferts d'entreprise (Aspects individuels) », *Répertoire Travail*, octobre 2010, n° 201-203.

¹³⁴ Employment Rights Act 1986 (ERA 1996) sections 166-169 et 182-190, disponible sur : <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents>

¹³⁵ C. BARNARD, *op. cit.*, p. 164.

¹³⁶ L. BIHAIN, « Transfert d'entreprise sous autorité de justice : droits et obligations du repreneur à l'égard des travailleurs », *Ors.* 2016, liv. 3, p. 22.

¹³⁷ Loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, *M.B.*, 25 juillet 1969, art. 41*quinquies*, §4.

¹³⁸ Loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, *M.B.*, 25 juillet 1969, art. 41*quinquies*.

¹³⁹ Pour les discussions qui existaient à ce sujet voir : L. BIHAIN, « Les implications de la procédure de réorganisation judiciaire en droit social et au regard des droits des travailleurs : Quel sort réserver au passif social : créance des travailleurs en cas de cession ; quid des dettes de cotisation sociale ou de précompte professionnel ? », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité des entreprises*, A. Zenner et M. Dal (dir.), Bruxelles, Larcier 2012, pp. 507-509.

Le cessionnaire n'est pas non plus tenu de payer les dettes fiscales du cédant car l'article 442bis du Code d'impôt sur les revenus, disposition similaire à l'article 41quinquies de la loi de 1969 en matière d'impôts sur les revenus, exclut de son champ d'application les cessions réalisées dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice¹⁴⁰.

V. CONFORMITÉ DU DROIT BELGE AU DROIT EUROPÉEN

La conformité de l'article XX.86 du Code de droit économique et de la CCT n°102 au droit européen est discutée.

A. La doctrine

a) La position des auteurs

Nous avons vu que l'article 5 de la directive 2001/23/CE permet des dérogations au régime classique de protection des travailleurs dans le cadre d'un transfert d'entreprise.

Une partie de la doctrine soutient que le transfert sous autorité de justice est une procédure d'insolvabilité analogue à la faillite¹⁴¹. Les dispositions spécifiques au transfert sous autorité de justice auraient été adoptées sur base de l'article 5, §1 de la directive et seraient donc entièrement légales. Ils fondent leur position sur les travaux préparatoires¹⁴².

Une autre manière d'appréhender la question est de considérer que la réglementation sur le transfert sous autorité de justice a été adoptée sur base de l'article 5, §2 de la directive. C'est la position de Jeanine Windey qui n'admet pas qu'une telle procédure soit réduite à une procédure de liquidation¹⁴³. Le Conseil national du travail semble suivre cette interprétation¹⁴⁴. L'idée d'assimiler la procédure de transfert sous autorité de justice à la faillite est donc critiquée.

¹⁴⁰ Code des impôts sur les revenus 1992, art. 442bis, §4.

¹⁴¹ A. ZENNER, *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises : prévention et réorganisation judiciaire des entreprises en difficulté*, Anthémis, Louvain la neuve, 2009, pp. 136-137 ; L. BIHAIN et E. PLASSCHAERT, « Tentative de synthèse », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité des entreprises*, A. Zenner et M. Dal (dir.), Bruxelles, Larcier 2012, p. 480 ; L. BIHAIN, « Transfert d'entreprise sous autorité de justice : droits et obligations du repreneur à l'égard des travailleurs », *Ors*, 2016, liv. 3, p. 11, n° 5.

¹⁴² Projet de loi concernant la continuité des entreprises, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2008, 52-0160/002, p. 78.

¹⁴³ J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009, p. 247, n° 46 et 47. Dans le même sens : K. DE SCHUTTER et F. SAELENS, « Arbeidsrechtelijke aspecten bij gerechtelijke reorganisatie », *Orientatie*, 2009, pp. 152-153.

¹⁴⁴ Avis n° 1.779 du Conseil national du travail, séance du mercredi 5 octobre 2011, pt. E.2.a, p. 38, qui renvoie à son avis n° 1.392, séance du mercredi 13 mars 2002.

Enfin, une autre partie de la doctrine considère qu'il faut distinguer selon l'objectif du transfert sous autorité de justice. Dans certains cas, comme cette procédure est suivie de la faillite de l'entreprise, elle peut être considérée comme une procédure visée par l'article 5, §1 de la directive et le régime mis en place est donc légal. Dans d'autres situations, le transfert n'a pas pour but de liquider les biens du cédant, mais d'assainir son patrimoine pour redresser l'entreprise. Dans cette hypothèse, le débiteur poursuit des activités après le transfert d'entreprise et ce n'est pas la dérogation prévue à l'article 5, §1 qui doit s'appliquer mais celle prévue au second paragraphe de cet article. Selon ces auteurs, la légalité de certaines dispositions relatives au transfert sous autorité de justice est discutable lorsque l'on se trouve dans cette seconde situation¹⁴⁵.

b) Les dispositions problématiques

Les auteurs qui contestent la légalité du régime, soit de façon générale, soit lorsque le transfert d'entreprise n'est pas l'antichambre de la faillite, adressent trois critiques principales aux dispositions relatives aux transferts sous autorité de justice.

La possibilité qu'a le repreneur de choisir les travailleurs repris serait contradictoire avec la directive puisque celle-ci, en son article 3, §1, pose le principe du transfert des contrats de travail de l'employeur cédant à l'employeur cessionnaire¹⁴⁶. La C.J.U.E. a d'ailleurs jugé que ces contrats étaient transmis nonobstant la volonté contraire du cédant ou du cessionnaire¹⁴⁷. Certains auteurs, par contre, font valoir que même s'il fallait considérer que les dispositions propres aux transferts sous autorité de justice ont été adoptées sur base de l'article 5, §2 de la directive, cette possibilité de choisir les travailleurs repris n'est pas contraire au droit européen. Ils déduisent de l'article 4 de la directive, article qui autorise les licenciements pour des raisons économiques, techniques ou organisationnelles, le droit du cédant de choisir les travailleurs qu'il reprend sur base de ces mêmes critères et, corollairement, le licenciement des travailleurs non repris¹⁴⁸.

La C.J.U.E. enseigne que des modifications individuelles du contrat de travail dans un sens défavorable au travailleur peuvent avoir lieu si le droit national admet également une telle modification en dehors d'un transfert d'entreprise, et à condition que le transfert en question ne

¹⁴⁵ H. VAN HOOGENBEMT, « De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement », *J.T.T.*, 2009, p. 183, n° 19 ; F. KÉFER et G. GAILLIET, *op. cit.*, pp. 410-412, n° 53 ; J. PEETERS, « Arbeidsrechtelijke aspecten van overdracht van onderneming : faillissement en WCO », *Curatoren en Vereffenaars : Actuele Ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, pp. 488-491.

¹⁴⁶ F. KÉFER et G. GAILLIET, *op. cit.*, p. 412, n° 54 ; J. PEETERS, « Arbeidsrechtelijke aspecten van overdracht van onderneming : faillissement en WCO », *Curatoren en Vereffenaars : Actuele Ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, p. 490.

¹⁴⁷ C.J.C.E., 14 novembre 1996, *Rotsart de Hertaing*, C-305/94, EU:C:1996:435.

¹⁴⁸ L. PELTZER, « Les aspects sociaux de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *La loi relative à la continuité des entreprises*, Actes du colloque du Jeune Barreau de Bruxelles, F. De Tandt (prés.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 160. Dans le même sens : L. BIHAIN et E. PLASSCHAERT, *op. cit.*, p. 523 ; J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009, p. 248, n° 62.

soit pas la cause de cette modification¹⁴⁹. Le droit belge ne serait donc pas en conformité avec le droit européen puisqu'il permet aux parties de modifier, en raison du transfert, les conditions individuelles de travail dans un sens défavorable au salarié¹⁵⁰.

La possibilité de limiter les droits transférés à ceux qui ont été communiqués par écrit est, elle aussi, douteuse puisque cette limitation n'est pas envisagée par l'article 5, §2 de la directive¹⁵¹.

Il faut noter que la possibilité de modifier les contrats de travail par le biais de négociations collectives mise en place par la réglementation belge¹⁵² n'est pas critiquée par la doctrine car cette possibilité est conforme à l'article 5, §2, b) de la directive.

B. La jurisprudence de la Cour de Justice

Dans l'arrêt *Abels*, la Cour de Justice a exclu l'application de la directive aux procédures de transferts forcés¹⁵³. Ensuite, et avant même l'adoption de l'article 5 de la directive, la C.J.U.E. a eu l'occasion de juger que deux procédures italiennes ayant comme objectif la continuité de l'entreprise ne devaient pas être considérées comme des procédures analogues à la faillite¹⁵⁴. Elle a confirmé sa jurisprudence en 2009¹⁵⁵.

L'applicabilité de la directive à la procédure belge de liquidation judiciaire a fait l'objet d'un arrêt de la C.J.U.E. en 1998¹⁵⁶. La Cour, remarquant que le critère de l'objectif de la procédure n'était pas concluant, procède à l'examen des modalités de la liquidation et conclut que lorsque l'activité de l'entreprise se poursuit au cours de la liquidation judiciaire, la directive demeure applicable.

¹⁴⁹ C.J.C.E., 10 février 1988, *Tellerup dit Daddy's Dance hall*, C-324/86, EU:C:1988:72 ; C.J.C.E., 12 novembre 1992, *Watson rask et christensen*, C-209/91, EU:C:1992:436 ; C.J.C.E., 14 septembre 2000, *Collino et Chapierro*, C-343/98, EU:C:2000:441.

¹⁵⁰ J. PEETERS et P. HUMBLET, « De arbeidsrechtelijke aspecten van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen : gewikt en gewogen », *Gerechtelijke reorganisatie : getest, gewikt en gewogen*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 310-311, n° 50 ; F. KÉFER et G. GAILLIET, *op. cit.*, pp. 413-414, n° 56 ; J. PEETERS, « Arbeidsrechtelijke aspecten van overdracht van onderneming : faillissement en WCO », *Curatoren en Vereffenaars : Actuele Ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, p. 490.

¹⁵¹ F. KÉFER et G. GAILLIET, *op. cit.*, p. 414, n° 57 ; J. PEETERS, « Arbeidsrechtelijke aspecten van overdracht van onderneming : faillissement en WCO », *Curatoren en Vereffenaars : Actuele Ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, p. 490.

¹⁵² CCT n° 102, art. 10 et C.D.E., art. XX.86, §6.

¹⁵³ C.J.C.E., 7 février 1985, *Abels*, C-135/83, EU:C:1985:55.

¹⁵⁴ C.J.C.E., 25 juillet 1991, d'*Urso*, C-362/89, EU:C:1991:326 ; C.J.C.E., 7 décembre 1995, *Spano*, C-472/93, EU:C:1995:421.

¹⁵⁵ C.J.C.E., 11 juin 2009, *Commission contre République Italienne*, C-561/07, EU:C:2009:363.

¹⁵⁶ C.J.C.E., 12 mars 1998, *Dethier Equipement*, C-319/94, EU:C:1998:99.

Le 22 juin 2017, la C.J.U.E. a rendu un arrêt qui pourrait avoir des conséquences importantes sur le régime de protection des travailleurs dans le cadre de la procédure belge de transfert sous autorité de justice puisqu'il rend douteuse la validité de cette procédure au regard du droit européen¹⁵⁷. Dans cet arrêt, la Cour avait à connaître d'une procédure de « *pre-pack* » de droit néerlandais dont la validité des aspects sociaux était contestée au regard de la directive 2001/23/CE.

Après avoir relevé que l'article 5, §1 doit faire l'objet d'une interprétation stricte¹⁵⁸, la Cour examine les trois conditions cumulatives nécessaires à l'application de ce paragraphe et observant qu'une seule condition est remplie, conclut à la non-conformité du régime prévu par le droit néerlandais. Suite à cet arrêt, la conformité du droit belge à la directive peut être discutée.

En application de la première condition, le cédant doit faire l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue. La Cour considère que cette procédure « *ne pourrait s'étendre, eu égard à l'exigence d'interprétation stricte, à une opération préparant la faillite, mais n'aboutissant pas à celle-ci* »¹⁵⁹. Nous avons vu plus haut que certains auteurs prônent pour l'adoption d'une approche différenciée selon que la procédure de réorganisation judiciaire est, ou non, l'antichambre de la faillite. Le critère mis en place par la C.J.U.E. exclut l'application de la CCT n° 102 aux procédures de réorganisation judiciaire qui n'aboutissent pas à la faillite. Pour savoir s'il en est autrement quand la procédure mène à la faillite, il faut considérer que la Cour admet qu'il puisse être procédé à un examen spécifique de chaque utilisation possible de la même procédure. C'est ce que soutient Yves Brulard qui certifie qu'une procédure de réorganisation judiciaire peut, dans certains cas, être considérée comme une procédure analogue à la faillite¹⁶⁰. Roman Aydogdu semble douter qu'une telle distinction soit encore admise suite à l'arrêt de la C.J.U.E.¹⁶¹

La seconde condition est la suivante : la procédure de faillite ou d'insolvabilité analogue doit être ouverte aux fins de la liquidation des biens du cédant. La C.J.U.E. avait déjà jugé qu'une procédure visant la poursuite de l'activité de l'entreprise concernée ne satisfait pas à cette condition¹⁶². Dans l'arrêt *Smallsteps*, la Cour établit la différence entre deux types de

¹⁵⁷ C.J.U.E., 22 juin 2017, *Smallsteps*, C-126/16, EU:C:2017:489.

¹⁵⁸ C.J.U.E., 22 juin 2017, *Smallsteps*, C-126/16, EU:C:2017:489, points 38 à 41.

¹⁵⁹ C.J.U.E., 22 juin 2017, *Smallsteps*, C-126/16, EU:C:2017:489, point 45.

¹⁶⁰ Y. BRULARD, « La réorganisation de la réorganisation, entre contraintes européennes contradictoires et nécessités pratiques - Quel avenir pour la procédure de réorganisation judiciaire ? », *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. Zenner (dir.), Limal, Anthémis, 2018, p. 453, n° 21.

¹⁶¹ R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats) : une (r)évolution ?*, A. Despontin (dir.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 183.

¹⁶² C.J.C.E., 25 juillet 1991, d'*Urso*, C-362/89, EU:C:1991:326 ; C.J.C.E., 7 décembre 1995, *Spano*, C-472/93, EU:C:1995:421.

procédures : « une procédure vise la poursuite de l'activité lorsqu'elle tend à sauvegarder le caractère opérationnel de l'entreprise ou de ses unités viables. En revanche, une procédure tendant à la liquidation des biens vise à maximiser le désintéressement collectif des créanciers. (...), l'objectif principal d'une procédure visant la poursuite de l'activité de l'entreprise demeure, en tout état de cause, la sauvegarde de l'entreprise concernée ». Selon Roman Aydogdu, la Cour a dégagé deux critères pour établir si une procédure vise à la liquidation des biens du cédant : l'objectif de la procédure et ses modalités¹⁶³. Si une procédure d'insolvabilité a plusieurs objectifs, c'est l'objectif principal qu'il convient de déterminer¹⁶⁴. Il semble acquis que la procédure de réorganisation judiciaire a pour but principal la continuité de l'entreprise¹⁶⁵. Si le transfert sous autorité de justice entraîne parfois la vente de l'entière ou d'une partie des actifs et activités de l'entreprise, il n'a jamais comme objectif principal la maximisation du désintéressement collectif des créanciers. L'objectif principal reste la sauvegarde de l'entreprise¹⁶⁶.

La troisième condition est l'existence d'un contrôle de la procédure par une autorité publique. Il ressort de l'arrêt *Smallsteps* que le contrôle de l'autorité publique doit être effectif et non formel¹⁶⁷. Les « pouvoirs de nature informelle susceptibles d'influencer le déroulement du transfert »¹⁶⁸ sont pris en compte, mais doivent être suffisants¹⁶⁹. En droit belge, le juge amené à intervenir dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice est le juge délégué¹⁷⁰. Celui-ci a pour mission générale de « veiller au respect de la loi et d'informer le tribunal de l'évolution de la situation du débiteur »¹⁷¹. Il dispose en outre de missions plus spécifiques¹⁷² et est chargé de réaliser des rapports à différentes étapes de la procédure¹⁷³. On peut y voir la volonté du législateur de faire du juge délégué le personnage central de la procédure de réorganisation judiciaire et de lui donner un rôle plus proactif que celui du juge-commissaire

¹⁶³ R. AYDOGDU, *op. cit.*, pp. 177-178, n° 44.

¹⁶⁴ R. AYDOGDU, *ibidem*, pp. 177-178, n° 44.

¹⁶⁵ En vertu de l'article XX.39, al.1, C.D.E., la P.R.J. a « pour but de préserver, sous le contrôle du juge, la continuité de tout ou partie des actifs ou des activités de l'entreprise » alors que le transfert sous autorité de justice en particulier est ordonné en vue d'assurer le maintien de tout ou partie des activités de l'entreprise (art. XX.84, §1, al.1, C.D.E.).

¹⁶⁶ R. AYDOGDU, *op. cit.*, p. 184, n° 52.

¹⁶⁷ C.J.U.E., 22 juin 2017, *Smallsteps*, C-126/16, EU:C:2017:241, points 54 et 55.

¹⁶⁸ Av. gén. P. MENGOSZI, concl. préc. arrêt *Smallsteps*, C-126/16, EU:C:2017:241, point 73.

¹⁶⁹ R. Aydogdu considère que dans l'affaire *Smallsteps* de tels pouvoirs ont implicitement été jugés insuffisants au regard de la procédure en cause considérée dans son ensemble. Voir R. AYDOGDU, *op. cit.*, p. 178, n° 44.

¹⁷⁰ L'article XX.42 C.D.E. impose sa nomination dès le dépôt de la requête.

¹⁷¹ C.D.E., art. XX.43.

¹⁷² J-P. LEBEAU et C. ALTER, *Guide de la procédure de réorganisation judiciaire*, Bruxelles, Wolters Kluwer, 2015, pp. 10-11, n° 15.

¹⁷³ J-P. LEBEAU et C. ALTER, *ibidem*, pp. 14-15, n° 20.

en matière de faillite¹⁷⁴. De plus, la loi organise la procédure de manière telle qu'une même personne n'intervient jamais deux fois dans le processus de contrôle¹⁷⁵.

Quels que soient les débats qui pourraient exister à propos de la première et la troisième condition, il paraît douteux de considérer que la procédure de réorganisation judiciaire à un autre but que « *la poursuite de l'activité* ». L'arrêt *Smallsteps* peut donc être vu comme remettant en cause la réglementation belge du transfert sous autorité de justice. La Cour de justice a été saisie par la Cour du travail d'Hasselt d'une question préjudicielle sur la compatibilité de l'ancien article 61, §3 de la loi sur la continuité des entreprises à la directive 2001/23/CE¹⁷⁶. L'arrêt de la C.J.U.E. permettra donc de trancher la compatibilité du régime de l'article XX.86 C.D.E. et de l'article 12 CCT n° 102 à la directive 2001/23/CE¹⁷⁷.

C. Les alternatives

Si la C.J.U.E. déclare que le régime belge est incompatible au droit européen, ce serait la « mort inéluctable » de la procédure de transfert sous autorité de justice alors que cette procédure est nécessaire à l'économie et souvent la seule alternative à la faillite¹⁷⁸.

Il convient de relativiser ce constat. D'une part, il est possible que la C.J.U.E. ne déclare pas le régime belge incompatible avec le droit européen. D'autre part, des alternatives existent et, parmi les différentes possibilités proposées par Yves Brulard, nous allons en exposer une.

D'abord, la Cour pourrait, comme elle l'a déjà fait par le passé¹⁷⁹, se fonder sur l'esprit et la finalité de la directive 2001/23/CE pour rendre sa décision et ainsi admettre la conformité du droit belge au droit européen. Il est possible, dans ce cadre, d'avoir égard aux circonstances économiques actuelles pour mettre en place un meilleur équilibre entre la protection des

¹⁷⁴ J-P. LEBEAU et C. ALTER, *ibidem*, p. 17, n° 23.

¹⁷⁵ Y. BRULARD, « La réorganisation de la réorganisation, entre contraintes européennes contradictoires et nécessités pratiques - Quel avenir pour la procédure de réorganisation judiciaire ? », *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. Zenner (dir.), Limal, Anthémis, 2018, p. 458, n° 23.

¹⁷⁶ Anvers (division Hasselt), 2° ch., 14 août 2017, 2016/AH/191, Inédit. Question préjudicielle n° 509/17.

¹⁷⁷ En effet, l'article 61 de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises a été intégré sans modification substantielle à l'article XX.86 C.D.E.

¹⁷⁸ Y. BRULARD, « La réorganisation de la réorganisation, entre contraintes européennes contradictoires et nécessités pratiques - Quel avenir pour la procédure de réorganisation judiciaire ? », *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. Zenner (dir.), Limal, Anthémis, 2018, p. 451 ; Y. BRULARD, E. HUVELLE, N. TZANETATOS, « Comment éviter la faillite de la procédure de transfert sous autorité de justice ? », *L'écho*, le 28 novembre 2017, p. 11.

¹⁷⁹ C.J.C.E., 7 février 1985, *Abels*, C-135/83, EU:C:1985:55, point 18 ; C.J.C.E., 12 mars 1998, *Dethier Equipement*, C-319/94, EU:C:1998:99, point 25. Voir : Y. BRULARD, « La réorganisation de la réorganisation, entre contraintes européennes contradictoires et nécessités pratiques - Quel avenir pour la procédure de réorganisation judiciaire ? », *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. Zenner (dir.), Limal, Anthémis, 2018, pp. 458-460, n° 24.

travailleurs et le redressement de l'entreprise. À l'époque de l'arrêt *Abels*, la Commission européenne avait invoqué des circonstances économiques défavorables à la protection des travailleurs dans l'hypothèse où la directive s'appliquerait à des situations de faillite puisque cela aurait pour conséquence de dissuader un repreneur potentiel d'acquérir l'entreprise et, corrélativement, la perte de tous les emplois¹⁸⁰. La Cour n'excluait pas la détérioration « *des conditions de vie et de travail de la main d'oeuvre, contrairement aux objectifs du traité* »¹⁸¹. Selon certains auteurs, la révision en 1998 de ce qui est désormais la directive 2001/23/CE visait à mettre en place un équilibre entre les deux objectifs précités¹⁸². Il n'est donc pas exclu que la C.J.U.E. se prononce également dans ce sens et la Commission et le Parlement l'y invitent, de façon implicite, dans une recommandation de 2014^{183 184}. On peut donc espérer que la Cour et les juges du fond tiennent compte des circonstances économiques actuelles pour prendre leurs décisions.

Si le droit belge devait être considéré comme incompatible, l'alternative principale est d'appliquer l'article 4 de la directive. Comme exposé plus haut, certains auteurs se fondent sur cet article pour justifier la possibilité pour le repreneur de choisir les travailleurs repris dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice¹⁸⁵. Il est en tout cas possible d'utiliser les critères prévus à cet article pour licencier des travailleurs puisque la CCT n° 32*bis* interdit les licenciements qui ont pour cause le transfert, mais autorise les licenciements qui interviennent pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation qui impliquent un changement sur le plan de l'emploi¹⁸⁶. La C.J.U.E. a jugé à plusieurs reprises qu'un licenciement sur cette base pouvait être réalisé tant par le cédant que par le cessionnaire¹⁸⁷, même si en pratique ce sera beaucoup plus compliqué pour ce dernier car il lui sera difficile de prouver que la cause du licenciement n'est pas le transfert.

¹⁸⁰ C.J.C.E., 7 février 1985, *Abels*, C-135/83, EU:C:1985:55, point 21.

¹⁸¹ C.J.C.E., 7 février 1985, *Abels*, C-135/83, EU:C:1985:55, point 23.

¹⁸² S.E. ETUKAKPAN, « Transfer of Undertakings : the tension between business rescue and employment protection in corporate insolvency », PhD, Nottingham Trent University, 2012, pp. 270-271 ; M. VAN SCHADEWIJK, « Employees' rights in business rescue : confrontation or synergy ? », *International Company and Commercial Law Review*, 2017, p. 65.

¹⁸³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE, COM (2016) 723 final, 22 novembre 2016, présentée par la Commission européenne le 22 novembre 2016.

¹⁸⁴ Ils souhaitent favoriser les procédures autres que la faillite et offrir une seconde chance aux entreprises.

¹⁸⁵ C'est notamment le cas de L. Peltzer, L. Bihain, E. Plasschaert et J. Windey. Voir section V. A.

¹⁸⁶ CCT n° 32*bis*, art. 9.

¹⁸⁷ C.J.C.E., 12 mars 1998, *Dethier Equipement*, C-319/94, EU:C:1998:99, points 36 et 37 ; C.J.U.E., 16 octobre 2008, *Kirtruna*, C-313/07, EU:C:2008:574.

CONCLUSION

« *Entre deux maux, il faut choisir le moindre* »¹⁸⁸ écrivait Aristote. Cela reflète bien la position dans laquelle se situent les législateurs nationaux et européens.

La réglementation des aspects sociaux des transferts d'entreprises en difficulté est un sujet sensible car une surprotection des travailleurs aurait pour conséquence de réduire à néant cette protection. Il est donc nécessaire de mettre en place un juste équilibre entre le maintien des droits des travailleurs et le redressement de l'entreprise.

Les circonstances économiques actuelles doivent être prises en compte dans ce cadre. Bien qu'il faille veiller à ce qu'il n'y ait pas d'abus, la faillite est la situation la moins souhaitable et ce, également pour les travailleurs. Alors que le cas de la faillite sans reprise ne nécessite pas de commentaires, il faut noter que, même s'il y a une reprise d'actif après faillite, il est probable que l'activité ne puisse pas continuer comme avant. En effet, une rupture temporaire des activités aurait pour conséquence la perte d'une partie importante des clients. Le transfert sous autorité de justice permet d'éviter cette rupture et est, à ce titre, une procédure importante pour l'économie. Il est donc nécessaire, pour maintenir le recours à ce type de transfert, de mettre en place des conditions de reprise favorables au repreneur en évitant de porter préjudice aux droits des travailleurs.

L'analyse du droit comparé montre qu'aucune solution miracle n'existe, chaque ordre juridique ayant des aspects protecteurs et d'autres dont la conformité au droit européen pourrait être discutée. Il se peut, mais la C.J.U.E. devra confirmer cette possibilité, que la solution se trouve dans une appréciation différenciée selon l'objectif précis de la procédure en cause.

¹⁸⁸ Proverbe cité par Aristote dans *Éthique à Nicomaque*, Livre II.

BIBLIOGRAPHIE

I. Législation

EUROPÉENNE

- Directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements.
- Directive 98/50/CE du Conseil du 29 juin 1998 modifiant la directive 77/187/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements.
- Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE, COM (2016) 723 final, 22 novembre 2011.

BELGE

- Loi du 16 décembre 1851 sur les privilèges et hypothèques, *M.B.*, 22 décembre 1851.
- Loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, *M.B.*, 25 juillet 1969.
- Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978.
- Code des impôts sur les revenus 1992 : art. 442*bis*.
- Loi du 13 février 1998 portant des dispositions en faveur de l'emploi, *M.B.*, 19 février 1998.
- Loi du 26 Juin 2002 relative aux fermetures d'entreprises, *M.B.*, 9 août 2002.
- Projet de loi relatif à la continuité des entreprises, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2008-2009, 52-0160/002.
- Projet de loi relatif à la continuité des entreprises, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2008-2009, 52-0160/005.
- Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2009.
- Code de droit économique : art. XX.39, XX.42, XX.43, XX.58, XX.75, XX.84, XX.86, XX.89.

- Loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au Livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017.
- Convention collective de travail n° 9 du 9 mars 1972 coordonnant les accords nationaux et les conventions collectives de travail relatifs aux conseils d'entreprise conclus au sein du Conseil national du travail, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 12 septembre 1972, *M.B.*, 25 novembre 1972.
- Convention collective de travail n° 32bis du 7 juin 1985 conclue au sein du Conseil national du travail, concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite, modifiée par les conventions collectives de travail n° 32ter du 2 décembre 1986, 32quater du 19 décembre 1989, 32quinquies du 13 mars 2002 et 32sexies du 27 septembre 2016, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 25 juillet 1985, *M.B.*, 9 août 1985.
- Convention collective de travail n° 9ter du 27 février 2008 modifiant la convention collective de travail n°9 du 9 mars 1972 coordonnant les accords nationaux et les conventions collectives de travail relatifs aux conseils d'entreprise conclus au sein du Conseil national du travail, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 5 juin 2008, *M.B.*, 18 juin 2008.
- Convention collective de travail n° 102 du 5 octobre 2011, conclue au sein du Conseil national du travail, relative au maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice, rendue obligatoire par un arrêté royal du 14 avril 2013, *M.B.*, 25 avril 2013.
- Avis n° 1.392 CNT, séance du mercredi 13 mars 2002.
- Avis n° 1.779 CNT, séance du mercredi 5 octobre 2011.

ETRANGÈRE

- Code du travail français : art. L. 122-12, L. 1224-1, L. 1224-2, L. 1233-61.
- Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *JORF* n° 0193 du 20 août 2016.
- Ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017, *JORF* n° 0297 du 21 décembre 2017.

- Employment Rights Act 1986 (ERA 1996), disponible sur : <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents>.
- Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations (TUPE), 2006, SI 2006/246, disponible sur : <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/246/contents/made>.
- Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) : Art. 613a.
- Umwandlungsgesetz, disponible sur : https://www.gesetze-im-internet.de/umwg_1995/.

II. Jurisprudence :

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE :

- C.J.C.E., 7 février 1985, *Abels*, C-135/83, EU:C:1985:55.
- C.J.C.E., 11 juillet 1985, *Mikkelsen c. Dammols Inventar*, C-105/84, EU:C:1985:331.
- C.J.C.E., 10 février 1988, *Tellerup dit Daddy's Dance hall*, C-324/86, EU:C:1988:72.
- C.J.C.E., 15 juin 1988, *P bork international A/S v Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*, C-101/87, EU:C:1988:308.
- C.J.C.E., 25 juillet 1991, d'*Urso*, C-362/89, EU:C:1991:326.
- C.J.C.E., 19 novembre 1991, *Francovich*, C-6/90 et C-9/90, EU:C:1991:428.
- C.J.C.E., 12 novembre 1992, *Watson rask et christensen*, C-209/91, EU:C:1992:436.
- C.J.C.E., 16 décembre 1992, *Katsikas*, C-132/91, C-138/91, C-138/91, EU:C:1992:517.
- C.J.C.E., 7 décembre 1995, *Spano*, C-472/93, EU:C:1995:421.
- C.J.C.E., 14 novembre 1996, *Rotsart de Hertaing*, C-305/94, EU:C:1996:435.
- C.J.C.E., 12 mars 1998, *Dethier Equipement*, C-319/94, EU:C:1998:99.
- C.J.C.E., 14 septembre 2000, *Collino et Chapierro*, C-343/98, EU:C:2000:441.
- C.J.C.E., 24 janvier 2002, *Temco*, C-51/00, EU:C:2002:48.
- C.J.U.E., 16 octobre 2008, *Kirtruna*, C-313/07, EU:C:2008:574.
- C.J.C.E., 11 juin 2009, *Commission contre République Italienne*, C-561/07, EU:C:2009:363.
- C.J.U.E., 22 juin 2017, *Smallsteps*, C-126/16, EU:C:2017:241.

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

- Av. gén. C., LENZ, concl. préc. arrêt *Dethier Equipement*, C-319/94, EU:C:1996:29.
- Av. gén. P., MENGOZZI, concl. préc. arrêt *Smallsteps*, C-126/16, EU:C:2017:241

COURS ET TRIBUNAUX NATIONAUX

- Cass. fr. (soc.), 23 octobre 1968, *Bull. Civ.* V, n° 451.
- Cass. fr. (soc.), 16 janvier 1974, n° 72-40.68.
- Cass. fr. (soc.), 20 janvier 1994, n° 90-43.235.
- Cass. fr. (soc.), 27 juin 2002 n° 00-44.006.
- Cass. fr. (soc.), 14 décembre 2004, n° 03-41.713.
- Cass. fr. (soc.), 10 octobre 2006, n° 04-40.325.
- Cass. fr. (soc.), 18 nov. 2009, n° 08-43.397 et 08-43.398.

- *Lister v. Forth Dry Dock & Engineering Co. Ltd* (1990) 1 AC 546.

- Anvers (division Hasselt), 2^e ch., 14 août 2017, 2016/AH/191, Inédit.

III. Doctrine

MONOGRAPHIE

- ENGELS, C., *Overdracht van onderneming en outsourcing, arbeidrechtelijk aspecten*, Bruxelles, Larcier, 2000, 252p.
- ETUKAKPAN, S.E., *Transfer of Undertakings : the tension between business rescue and employment protection in corporate insolvency*, PhD, Nottingham Trent University, 2012, disponible sur : <http://irep.ntu.ac.uk/id/eprint/14>.
- KÉFER, F., « Le sort des travailleurs non repris en cas de transfert de leur entreprise », 2015, disponible sur <https://orbi.uliege.be/handle/2268/183394>.
- KIRCHNER, J., KREMP, P., MAGOTSCH, M., *Key aspects of German Employment and Labour Law*, Berlin, Springer, 2010, 243p.
- LEBEAU, J-P. et ALTER, C., *Guide de la procédure de réorganisation judiciaire*, Bruxelles, Wolters Kluwer, 2015, 111p.
- MAZEAUD, A., *Transfert d'entreprise (aspects individuels) - Répertoire Travail*, 2010.
- MAZEAUD, A., *Droit du travail*, 8^e éd., Paris, Lextenso, 2012, 671p.
- THOELN, N., *Conventionele overgang van onderneming, richtlijn 2001/23/EG en cao 32bis*, Bruxelles, Larcier, 2007, 149p.
- THOELN, N., *Conventionele overgang van onderneming*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 2015, 275p.
- VEROUGSTRAETE, I., DE WOLF, M., INGHELS, B., BIHAIN, L., LEBEAU, J., JEHASSE, P., BERTIN, O., DAVID, W., RENARD, J., RENARD, V., DU JARDIN, L., *Manuel de la continuité*

des entreprises et de la faillite, Mechelen, Kluwer, édition 2010-2011, 977p.

- ZENNER, A., *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises : prévention et réorganisation judiciaire des entreprises en difficulté*, Limal, Anthémis, 2009, 235p.

OUVRAGES COLLECTIFS

- AYDOGDU, R., « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats) : une (r)évolution ?*, A. Despontin (dir.), Bruxelles, Larcier, pp. 140-186.
- BIHAIN, L. et PLASSCHAERT, E., « Tentative de synthèse », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité des entreprises*, A. Zenner et M. Dal (dir.), Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 477-482.
- BIHAIN, L., « Les implications de la procédure de réorganisation judiciaire en droit social et au regard des droits des travailleurs : Quel sort réserver au passif social : créance des travailleurs en cas de cession ; quid des dettes de cotisation sociale ou de précompte professionnel ? », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité des entreprises*, A. Zenner et M. Dal (dir.), Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 499-509.
- BIHAIN, L., « Les implications de la procédure de réorganisation judiciaire en droit social et au regard des droits des travailleurs : Quelle procédure suivre pour obtenir l'homologation par le tribunal du travail du volet social de la cession d'entreprise ? », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité des entreprises*, A. Zenner et M. Dal (dir.), Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 539-544.
- BRULARD, Y., « La réorganisation de la réorganisation, entre contraintes européennes contradictoires et nécessités pratiques - Quel avenir pour la procédure de réorganisation judiciaire ? », *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. Zenner (dir.), Limal, Anthémis, 2018, pp. 435-472.
- CORDIER, J-P., « Les implications de la procédure de réorganisation judiciaire en droit social et au regard des droits des travailleurs : En cas de cession d'entreprise, le repreneur peut-il négocier de nouvelles conditions et modalités de travail avec le personnel repris ? » *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité des entreprises*, A. Zenner et M. Dal (dir.), Bruxelles, Larcier 2012, pp. 526-538.
- DECKERS, H., « Les implications de la procédure de réorganisation judiciaire en droit social et au regard des droits des travailleurs : Comment concilier une procédure de réorganisation judiciaire qui implique un plan de licenciement collectif et les mécanismes d'information et de consultation préalables des travailleurs », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité des entreprises*,

- A. Zenner et M. Dal (dir.), Bruxelles, Larcier 2012, pp. 485-498.
- PEETERS, J. et HUMBLET, P., « De arbeidsrechtelijke aspecten van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen : gewikt en gewogen », *Gerechtelijke reorganisatie : getest, gewikt en gewogen*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 271-313.
 - PEETERS, J., « Arbeidsrechtelijke aspecten van overdracht van onderneming : faillissement en WCO », *Curatoren en Vereffenaars : Actuele Ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, pp. 457-491.
 - PELTZER, L., « Les aspects sociaux de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *La loi relative à la continuité des entreprises*, Actes du colloque du Jeune Barreau de Bruxelles, F. De Tandt (prés), Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 125-176.
 - PELTZER, L., « Les implications de la procédure de réorganisation judiciaire en droit social et au regard des droits des travailleurs : En cas de cession d'entreprise, quels critères le repreneur peut-il retenir pour choisir le personnel repris ? Comment concilier choix du repreneur et convention collective de travail n° 32bis : les solutions de la nouvelle convention collective de travail n° 102 ? Le législateur pouvait-il écarter l'application de la convention collective de travail n° 32bis en cas de transfert d'entreprise ou de branche d'activité organisé dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire ? Quel modèle choisit la nouvelle convention collective de travail n°102 ? », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité des entreprises*, A. Zenner et M. Dal (dir.), Bruxelles, Larcier 2012, pp. 485-498.
 - VAN DEN BROELE, E., « La loi sur la continuité des entreprises : un instantané avant l'application du Livre XX du Code de droit économique », *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, A. Zenner (dir.), Limal, Anthémis, 2018, p. 59.
 - VAN DROOGHENBROECK, J., « Aspects de droit du travail de la réorganisation judiciaire et du transfert sous autorité de justice », *Les réorganisations de sociétés : aspects en droit des sociétés, droit fiscal, droit comptable et droit social*, Limal, Anthémis, 2011, pp. 211-274.
 - WANTIEZ, C., « Les interdictions de licenciement en matière de transfert conventionnel, transfert après faillite et transfert dans le cadre de la loi sur la continuité des entreprises. Sanction », *La cession d'entreprise : les aspects sociaux*, Actes du colloque du Jeune Barreau de Bruxelles, J-F. Leclercq (prés.), E. Plasschaert et L. Peltzer (coord.), Bruxelles, Larcier 2011, pp. 197-214.
 - ZENNER, A., « La loi relative à la continuité des entreprises. Genèse et philosophie de la loi », *La loi relative à la continuité des entreprises*, Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 7-41.

PÉRIODIQUES

- BAILLY, P., « Le flou de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail », *Dr. Soc.*, 2004, pp. 366-374.
- BARNARD, C., « The United Kingdom », *Corporate Restructuring and the Role of Labour Law*, Bulletin of Comparative Labour Relations, n° 47, 2003, pp. 153-176.
- BIHAIN, L., « Réorganisation judiciaire : transfert sous autorité de justice, situation des travailleurs liés à l'activité cédée », *La loi relative à la continuité des entreprises*, Dossiers du J.T. n° 88, M. Grégoire et B. Inghels (dir.), Larcier, 2012, pp. 89-119.
- BIHAIN, L., « Transfert d'entreprise sous autorité de justice : droits et obligations du repreneur à l'égard des travailleurs », *Ors.* 2016, liv. 3, pp. 8-25.
- COUSSEMENT, P., « De Wet op de continuïteit van de onderneming van 31 januari 2009 », *R.D.C.*, 2009, pp. 283-321.
- CREIGHTON-SELVAY, K., « Pre-packed administration, an Empirical Social Rights Analysis », *Industrial Law Journal*, vol. 42, 2013, pp. 85-121.
- DE SCHUTTER, K. et SAELENS, F., « Arbeidsrechtelijke aspecten bij gerechtelijke reorganisatie », *Orientatie*, 2009, pp. 141-153.
- FIN-LANGER, L., « La cession d'une entreprise en difficulté, à la croisée des chemins », *Revue de Droit du Travail*, 2017, pp. 116-119.
- GAUDU, F., « France », *Corporate Restructuring and the Role of Labour Law*, Bulletin of Comparative Labour Relations, n° 47, 2003, pp. 61-77.
- GODFROID, Y., « La loi relative à la continuité des entreprises : réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire : actualités et pratique*, Commission Université-Palais (CUP), vol. 120, 2010, pp. 131-206.
- INES, B., « Transfert d'entreprise : transposition défaillante d'une directive », publié sur Dalloz Actualité le 27 janvier 2014, disponible sur <https://www.dalloz.fr/>.
- IONESCU, V., « Le droit d'opposition des salariés au transfert du contrat de travail : mythe ou réalité », *Dr. Soc.*, 2002, pp. 507-515.
- KÉFER, F., et GAILLIET, G., « Le sort des travailleurs d'une entreprise en réorganisation judiciaire », *Question spéciales de droit social, hommage à Michel Dumont*, Commission Université-Palais (CUP), vol. 150, 2014, pp. 363-415.
- MARZO, C. et LECOMTE, F., « Le refus d'être transféré : droit comparé », *Dr. Soc.*, 2010, pp. 698-712.
- MAZEAUD, A., « Licenciements économiques à l'occasion de transfert d'entreprise : les droits des salariés. Après les arrêts Guernonprey et Maldonado, l'arrêt Voisin », *Dr. Soc.*, 2003, pp. 482-485.
- SUPIOT, A., « Les salariés ne sont pas à vendre », *Dr. Soc.*, 2006, pp. 264-274.
- VAN HOOGENBEMT, H., « De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het

- faillissement », *J.T.T.*, 2009, pp. 177-185.
- VAN SCHADEWIJK, M., « Employees' rights in business rescue : confrontation or synergy ? », *International Company and Commercial Law Review*, 2017, pp. 65-74.
 - VIALA, Y., « Le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprises en droit allemand », *Dr. Soc.*, 2005, pp. 200-211.
 - WAAS, B., « Germany », *Corporate Restructuring and the Role of Labour Law*, Bulletin of Comparative Labour Relations, n° 47, 2003, pp. 79-101.
 - WINDEY, J., « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009, pp. 237-249.

IV. Divers

- BRULARD, Y., HUVELLE, E., TZANETATOS, N., « Comment éviter la faillite de la procédure de transfert sous autorité de justice ? », *L'écho*, 28 novembre 2017.
- BAMPS, B., « La FGTB veut que la loi Renault sanctionne davantage les patrons », *L'écho*, 13 février 2018.

V. Ouvrages non-utilisés dans le cadre de ce travail mais qui ont nourri ma réflexion :

- CAVENAILE, T. et LIGOT, F., « Les aspects sociaux de la cession d'une entreprise en difficulté », *La cession d'une entreprise en difficulté*, Commission Université-Palais (CUP), vol. 159, 2015, pp. 229-273.
- DAVID, W., OUCHINSKY, N., RENARD, J-P., RENARD, V., *La loi relative à la continuité des entreprises : mode d'emploi*, Bruxelles, Kluwer 2010, 308p.
- ERNOTTE, M-C., et INGHELS, B., « La loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises : ajustement ou rétrécissement ? », *J.T.*, 2013, liv. 6535, pp. 637-653.
- GÉA, F., « Quand transférer rime avec liquider. Article 1 du projet de loi Travail », *Revue de droit du travail*, 2016, pp. 341-344.
- INES, B., « Cession d'entreprise en redressement judiciaire : transfert du contrat de travail », publié sur Dalloz Actualité le 20 mai 2014, disponible sur <https://www.dalloz.fr/>.
- LACOMBLE, J-P. et VAN GEUCHTEN, P-P, « Difficiles restructurations : entre Belgique et Europe, marché de l'emploi et protection sociale, la gestion active ? », *Les restructurations en droit social. Question spéciale – Capita Selecta*, Colloque organisé le 24 février 2012 à la Faculté de droit de l'UCL par l'atelier de droit social, Bruxelles,

Kluwer, pp. 141-180.

- LAULOM, S., « Les dialogues entre juge communautaire et juges nationaux en matière de transfert d'entreprise », *Dr. Soc.*, 1999, pp. 821-834.
- MAZEAUD, A., « Transfert d'entreprise. Directive du 14 février 1977. Art. L122-12-1. Cotisations sociales. Accessoire du salaire. Non », *Dr. Soc.*, 1996, p. 105.
- MAZEAUD, A., « Le transfert d'entreprise dans le cadre des procédures collectives », *Dr. Soc.*, 2005, pp. 133-138.
- MAZEAUD, A., « Les cessions d'entreprise ou de partie d'entreprise depuis la loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises », *Dr. Soc.*, 2006, pp. 12-16.
- MAZEAUD, A., « Contrat de travail. Transfert (article L.122-12, alinéa 2 du Code du travail, article L.1224-1 du nouveau Code du travail). Procédure de redressement judiciaire. Plan de cession. Engagement unilatéral (maintien) », *Dr. Soc.*, 2008, pp. 753-754.
- MORVAN, P., « Les transferts d'entreprise et les régimes de protection sociale », *Dr. Soc.*, 2005, pp. 772-788.
- PATIN, M., *Transferts d'entreprise en droit communautaire et droit comparé*, Presse universitaires d'Aix-Marseille, 2011, 402p.
- PEETERS, J., « Van artikel 61 WCO naar CAO nr. 102 : anders en beter ? », *Orientatie*, 2012, pp. 90-102.
- PELTZER, L., « Le transfert conventionnel d'entreprise : lignes de force et question d'actualité en droit belge et européen », *La cession d'entreprise : les aspects sociaux*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 13-75.
- PELTZER, L., « Ius variandi et transfert d'entreprise : quelques réflexions (critiques) autour de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2016 », *J.T.T.*, 2017, liv. 1269, pp. 69-73.
- REMY, P., « Quelle signification donner au droit d'opposition du salarié au transfert de son contrat de travail ? Réflexion sur le droit français à partir du droit allemand », *Dr. Soc.*, 2004, pp. 155-164.
- RODIÈRE, P., *Droit social de l'Union européenne*, Lextenso éditions, 2011, 369 p.
- SCHWAB, S., « United States », *Corporate Restructuring and the Role of Labour Law*, Bulletin of Comparative Labour Relations, n° 47, 2003, pp. 177-196.
- VALLENS, J-L., « Les effets pervers de la loi de sauvegarde des entreprises », *RTD Com.*, 2007, pp. 604-610.
- WANTIEZ, C., *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, 2^e ed., Bruxelles, Larcier, 2003, 165p.

VI. Colloques qui ont nourri ma réflexion

- Séminaire sur « Les transferts conventionnels d'entreprises. Les frictions entre le droit européen et les droits nationaux espagnol, français, luxembourgeois, italien et belge » du 27 octobre 2017, Liège.
- Colloque OECCBB – réseau CAP sur la réforme du droit de l'insolvabilité et du droit des sociétés du 14 décembre 2017, Uccle.
- Colloque OECCBB – réseau CAP sur la réforme du droit de l'insolvabilité du 28 février 2018, Uccle.

