

Recueil Dalloz 2020 p.588**L'arrêt *Plessers* de la CJUE : la fragilisation du plan de cession à la française**

Reinhard Dammann, Avocat au barreau de Paris, Associé Clifford Chance, Professeur affilié à l'École de droit de Sciences Po
Anaïs Alle, Stagiaire Clifford Chance

L'enfer est pavé de bonnes intentions⁽¹⁾. Ce proverbe ne fait pas partie de nos adages juridiques mais vient pourtant à l'esprit à la lecture de l'arrêt *Plessers* rendu le 16 mai 2019 par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)⁽²⁾. En effet, cette décision, portant sur l'interprétation délicate des règles de protection des salariés en matière de reprise des entreprises en difficulté, vise en apparence à la préservation de l'emploi mais pourrait bien aboutir au résultat inverse. Ainsi, cette jurisprudence fragilise considérablement les plans de cession de droit français.

Dans cet arrêt, la Cour se fonde sur une interprétation restrictive de la directive transfert⁽³⁾ en considérant que le *pre-pack* cession de droit belge - comme d'ailleurs son pendant néerlandais dans l'arrêt *Smallsteps* du 22 juin 2017⁽⁴⁾ - n'est pas conforme à la directive de 2001.

De quoi s'agit-il ?

La directive transfert reprend le principe, bien connu du droit social français⁽⁵⁾, selon lequel le transfert de l'entreprise n'affecte pas les droits acquis des salariés. Ainsi, la cession de l'entreprise emporte transfert des contrats de travail au nouvel employeur, avec maintien des droits acquis. Une problématique apparaît alors dans le cadre de la reprise d'une entreprise en difficulté dans la mesure où le repreneur souhaite généralement limiter le nombre de salariés repris pour ne pas compromettre le redressement de l'entreprise. Précisément, l'article 5 de la directive transfert écarte, sauf option contraire des États, l'obligation de reprise de l'ensemble des contrats de travail en cas de procédure de faillite ou d'insolvabilité analogue, ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant, sous le contrôle d'une autorité publique compétente.

À cet égard, le droit français a opté pour un système dérogatoire, « par éclipse »⁽⁶⁾, qui permet de lever l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail dans le cadre d'un plan de cession prononcé en redressement ou liquidation judiciaire, lorsque le jugement arrêtant le plan prévoit expressément le licenciement des salariés non repris⁽⁷⁾. En revanche, les salariés repris conservent leurs avantages acquis. Cette exclusion partielle de l'article L. 1224-1 du code du travail est-elle conforme à la directive transfert, telle qu'interprétée par l'arrêt *Plessers* ?

La réponse semble incertaine.

Déjà, en 2017, dans l'arrêt *Smallsteps*, la Cour avait semé le doute en considérant que le *pre-pack* cession de droit néerlandais ne remplissait pas les conditions de l'article 5 de la directive transfert. Cependant, on pouvait espérer lire dans cet arrêt une simple critique de certains abus d'espèce en termes de procédure⁽⁸⁾. Avec l'arrêt commenté, le doute n'est plus permis. En effet, la Cour de justice considère que le *pre-pack* belge n'est pas conforme à la directive transfert dans la mesure où le cessionnaire peut choisir les salariés repris.

Quelles sont les conséquences pratiques de cette jurisprudence sur le *pre-pack*, et, plus généralement, l'efficacité du plan de cession français ?

I - Les faits à l'origine de l'arrêt *Plessers*

Le *pre-pack* belge vise à « préserver, sous le contrôle du juge, la continuité de tout ou partie de l'entreprise en difficulté ou de ses activités »⁽⁹⁾, en particulier à travers la mise en place d'un plan de cession pré-organisé par un mandataire judiciaire, désigné par le tribunal. Dans ce cadre, le repreneur est autorisé à choisir les salariés repris, pour autant que ce choix soit dicté par des raisons techniques, économiques ou organisationnelles sans discrimination interdite (salariés protégés). Une fois le transfert de l'activité ordonné par le juge, l'entreprise vidée de sa substance sera, dans la majorité des cas, déclarée en faillite et mise en liquidation.

En l'espèce, une société de droit belge, Écho NV, avait obtenu l'ouverture d'une telle procédure au terme de laquelle

le tribunal avait autorisé le transfert de ses biens à Prefaco, une des deux sociétés candidates, qui avait notamment offert de reprendre 164 salariés choisis. M^{me} Plessers, une employée d'Écho NV non-reprise, a alors entamé une procédure pour se voir réintégrée. Dans ce cadre, la Cour du travail d'Anvers a décidé de surseoir à statuer pour interroger la CJUE, par voie de question préjudicielle, sur le point de savoir si le droit du cessionnaire de choisir les travailleurs repris dans le cadre d'une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice était compatible avec les articles 3 à 5 de la directive 2001/23.

II - Le raisonnement de la Cour

A - Sur l'applicabilité de la directive transfert au *pre-pack* belge

Comme dans l'arrêt *Smallsteps*, la Cour considère que le *pre-pack* belge ne remplit pas les trois conditions d'exceptions cumulatives de l'article 5 de la directive transfert : le cédant doit faire l'objet d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité analogue, ouverte aux fins de la liquidation de ses biens et placée sous le contrôle d'une autorité publique compétente.

1 - Une procédure de faillite ou d'insolvabilité analogue

En premier lieu, la Cour considère que le *pre-pack* belge n'est pas une procédure de faillite dans la mesure où la réorganisation judiciaire se distingue de la procédure de faillite dont elle empêche d'ailleurs l'ouverture et à laquelle elle ne conduit pas nécessairement.

Pourtant, le gouvernement belge a soutenu qu'il s'agissait d'une « procédure d'insolvabilité analogue » au sens de la directive transfert, étant donné que la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice figurait à l'annexe B du règlement européen « insolvabilité » 1346/2000⁽¹⁰⁾. L'avocat général Szpunar rejette cet argument en considérant, de manière surprenante, que cette qualification ne serait valable qu'aux fins de l'application du règlement insolvabilité⁽¹¹⁾. Visiblement gênée, la Cour n'a d'ailleurs pas repris à son compte l'argumentation de son avocat général.

2 - Une procédure ouverte aux fins de la liquidation des biens du cédant

De manière très critiquable, l'avocat général et la Cour distinguent les finalités des procédures en se référant à la jurisprudence antérieure⁽¹²⁾. Ainsi, la réorganisation judiciaire belge vise la poursuite de l'activité et tend à sauvegarder le caractère opérationnel de l'entreprise, tandis qu'une procédure d'insolvabilité, au sens de l'article 5 de la directive transfert, devrait viser, *a minima* en tant qu'objectif principal, à la maximisation du désintéressement collectif des créanciers. Cette distinction, devenue le « critère déterminant » de l'analyse⁽¹³⁾, est interprétée de manière très restrictive, alors qu'elle ne correspond plus à la pratique moderne.

Dans l'arrêt fondateur *Abels* de 1985⁽¹⁴⁾, cette distinction n'était qu'un argument complémentaire pour éviter que la procédure de sursis de paiement néerlandaise alors en cause ne soit exemptée de ces règles protectrices. Dans cet arrêt, la Cour avait considéré que l'application des règles de transfert des salariés aux procédures de faillite conduirait à un « risque sérieux d'une détérioration, au plan global, des conditions de vie et de travail de la main-d'oeuvre, contrairement aux objectifs du traité ». Ni la généralisation de cette distinction, ni sa promotion au rang de critère déterminant, ne semblent pertinents. Cela d'autant plus que les arrêts postérieurs *d'Urso* et *Spano* concernaient des procédures italiennes particulières qui ne relevaient manifestement pas du droit de la faillite⁽¹⁵⁾.


L'exagération de la distinction des finalités des procédures conduit aujourd'hui à une situation absurde. Le plan de cession vise à organiser le maintien de l'activité et à optimiser à la fois le prix de cession et le nombre d'emplois sauvegardés. Opposer ces deux finalités est d'ailleurs contraire à l'esprit de la directive « restructuration et insolvabilité »⁽¹⁶⁾.


3 - Une procédure sous le contrôle d'une autorité publique compétente

Enfin, la troisième condition qui avait été au cœur de l'arrêt *Smallsteps*⁽¹⁷⁾ n'est pas assouplie dans l'arrêt commenté. La Cour se contente de relever que le mandataire de justice est chargé d'organiser et de réaliser le transfert « au nom et pour le compte du débiteur »⁽¹⁸⁾. On ne peut que regretter un examen aussi succinct, alors même que la procédure belge était expressément placée « sous autorité de justice » et que le tribunal avait « autorisé » le transfert. Cette autorisation ne permettait-elle pas au juge d'exercer un contrôle effectif sur les modalités de la reprise ? Cette question est passée sous silence, et la Cour se contente de l'argument selon lequel la portée du contrôle est moindre que celle exercée dans le cadre d'une procédure de faillite.

Par conséquent, aucune des trois conditions n'étant remplie, le *pre-pack* de droit belge ne se qualifie pas pour l'exception de l'article 5 de la directive transfert. La Cour devait alors déterminer si la faculté pour le cessionnaire de choisir les travailleurs repris était contraire aux articles 3 et 4 de la directive.


B - Sur le droit du cessionnaire de choisir les salariés repris

Une planche de salut aurait pu être trouvée dans le paragraphe 1 de l'article 4 de la directive transfert, selon lequel des licenciements peuvent intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi  (19).

L'avocat général Szpunar a proposé une lecture particulièrement stricte de cette exception, de sorte que tout licenciement doit être justifié par des « circonstances supplémentaires » qui « ne découlent pas directement du transfert d'entreprise » et distinctes de « la seule volonté de réduire les coûts d'une reprise d'entreprise ou de prévenir ou de limiter des problèmes financiers »  (20). Heureusement, la Cour ne reprend pas ce raisonnement restrictif, mais considère tout de même que le droit belge est incompatible avec la directive transfert. En effet, elle se contente de relever que si le droit belge impose au cessionnaire de choisir les salariés repris en fonction de critères objectifs, il ne l'oblige pas, réciproquement, à justifier les licenciements des salariés non-repris. Pour autant, la Cour ne donne pas d'éclaircissement quant au degré attendu de justification des licenciements.

Ainsi, la Cour refuse de dévier de son interprétation stricte des exceptions de la directive transfert au risque d'aboutir à des effets contre-productifs des règles de protection des salariés. Transposé au droit français, ce raisonnement fragilise à la fois le *pre-pack* ainsi que le plan de cession de droit commun.

III - Quelles conséquences pour les plans de cession français ?

En 2017, le *pre-pack* français, et *a fortiori* le plan de cession, semblaient compatibles avec l'arrêt *Smallsteps*  (21). À la suite de l'arrêt *Plessers*, cette compatibilité est remise en cause, créant ainsi une insécurité juridique préjudiciable aux repreneurs.

Quelles sont alors les implications pour les repreneurs et les pistes de réflexion pour les législateurs français et européen ?

A - Pour le repreneur : justifier les licenciements


L'arrêt *Plessers* expose le repreneur au risque de devoir réintégrer les salariés non-repris, rendant, dans bien des cas, le coût de l'opération prohibitif.

Le repreneur semble avoir tout intérêt à motiver, dans son plan de reprise, le nombre de salariés repris, et donc indirectement le nombre de licenciements, par des raisons économiques, techniques ou d'organisation. On l'a vu, le juge européen exige, en effet, une justification effective du nombre de salariés non-repris et pas seulement l'indication du nombre de salariés repris par catégorie professionnelle sans discrimination, selon le critère d'ordre. Cette justification approfondie pourrait être difficile puisqu'elle conduira, en pratique, à une obligation pour le repreneur d'indiquer dans son offre les critères d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

B - Pour le législateur français : une réécriture du livre VI

Bien que critiquable, il y a peu d'espoir que la Cour de justice revienne sur sa jurisprudence. Aussi, le droit français doit s'adapter à cette interprétation afin d'éviter que les salariés ne demandent leur réintégration au motif d'une contrariété du droit français à la directive transfert.

Quelles sont alors les pistes de réflexions ouvertes au législateur français dans le but de sécuriser le plan de cession ?

Face à la stricte distinction des finalités des procédures, opérée par la Cour de justice, le législateur pourrait envisager de mettre en avant, comme objectif principal du plan de cession, la maximisation du prix. Ainsi, le droit français pourrait se rapprocher des meilleurs standards internationaux et du droit allemand, conformément au Traité d'Aix-la-Chapelle  (22). À cet égard, on rappellera que le plan de cession de droit allemand est négocié par l'administrateur et approuvé par les créanciers. Ce changement ne veut pas dire pour autant que la composante sociale sera absente du plan de cession, bien au contraire, puisque le juge devra également prendre en considération le nombre de salariés repris.

De plus, il pourrait être opportun de prévoir que le plan de cession en redressement judiciaire sera nécessairement suivi par la conversion du redressement en liquidation judiciaire.


C - Pour le législateur européen : une actualisation de la directive transfert

La meilleure solution, mais qui prendra vraisemblablement plus de temps, consisterait à moderniser la directive transfert pour l'harmoniser à la fois avec le règlement insolvabilité et la directive restructuration et insolvabilité, qui sont des instruments modernes où le terme de faillite a notamment été remplacé par celui d'insolvabilité. En effet, dans l'esprit de la directive transfert, l'exception de l'article 5 devrait s'appliquer à toute procédure d'insolvabilité figurant à l'annexe A du nouveau règlement insolvabilité et qui conduit à un plan de cession suivi d'une liquidation du débiteur.



Mots clés :

UNION EUROPEENNE * Travail * Transfert d'entreprise * Etat membre * Reprise des salariés

(1) G. Podeur, Redressement judiciaire : le plan de cession « à la française » survivra-t-il à la jurisprudence de la CJUE ?, LinkedIn, 18 juin 2019.

(2) CJUE 16 mai 2019, aff. C-509/17, *Plessers*, concl. av. gén. M. Szpunar, 23 janv. 2019 ; D. 2019. 1104 ; RDT 2019. 782, obs. A. Donnette-Boissière .

(3) Dir. 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.

(4) CJUE 22 juin 2017, aff. C-126/16, *Smallsteps BV*, concl. av. gén. P. Mengozzi, 29 mars 2017 ; D. 2017. 2242 , note R. Dammann et G. Podeur  ; APC 2017. Alerte 210, obs. L. Fin-Langer ; R. Dammann, *Die Zukunft des Pre-pack nach dem Smallsteps-Urteil des EuGHs*, FS Graf-Schlicker ; EWIR 2017. 467, obs. C. Paulus.

(5) C. trav., art. L. 1224-1.

(6) R. Dammann et M. Sénéchal, *Le droit de l'insolvabilité internationale*, Lextenso, 2018, n° 2022.




(7) C. com., art. L. 642-5 et R. 642-3. V. aussi P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2019/2020, n° 432.18.

(8) R. Dammann et M. Sénéchal, *op. cit.*, n^{os} 2026, 2029, 2037 et 2043 s.

(9) Loi sur la Continuité des entreprises (Belgique), art. 16.


(10) Règl. UE 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité.

(11) Concl. av. gén. M. Szpunar, pt 58.

(12) CJCE 25 juill. 1991, aff. C-362/89, *d'Urso*, RTD eur. 1993. 81, chron. E. Traversa  ; 7 déc. 1995, aff. C-472/93, *Spano*, D. 1996. 22  ; Dr. soc. 1997. 510, chron. S. Van Raepenbusch  ; CJUE 22 juin 2017, aff. C-126/16,

Smallsteps BV, préc. note 4.

(13) Concl. av. gén. M. Szpunar, pt 44.

(14) CJCE 7 févr. 1985, aff. 135/83, *Abels* ; R. Dammann et G. Podeur, D. 2017. 2242 , préc. V. aussi, R. Dammann et M. Sénéchal, *op. cit.*, n° 2040.

(15) R. Dammann et M. Sénéchal, *op. cit.*, n° 2041.


(16) Dir. 2019/1023/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la Dir. 2017/1132/UE, en particulier son consid. 2.

(17) Arrêt *Smallsteps*, pts 53 à 58 ; concl. av. gén. M. Szpunar, arrêt *Plessers*, pt 44. V. égal., R. Dammann et M. Sénéchal, *op. cit.*, n^{os} 2043 à 2045.

(18) Arrêt *Plessers*, pts 46-47.

(19) R. Dammann et M. Sénéchal, *op. cit.*, n° 2051.

(20) Concl. av. gén. M. Szpunar, pts 76 et 77.

(21) R. Dammann et G. Podeur, D. 2017. 2242 , préc. ; R. Dammann et M. Guermontprez, Le pré-pack cession à la française serait-il incompatible avec le droit social de l'Union européenne ?, LJA 27 nov. 2017, n° 1327.

(22) Traité entre la République française et la République fédérale d'Allemagne sur la coopération et l'intégration franco-allemandes, 22 janv. 2019.

Copyright 2020 - Dalloz – Tous droits réservés