

UNION EUROPÉENNE

> L'arrêt *Heiploeg Seafood* de la CJUE : la nécessité d'une réforme législative pour assurer la compatibilité du pré-pack-cession avec la directive « transfert »

par Reinhard Dammann, Avocat au barreau de Paris, Professeur affilié à Sciences Po
et Mélanie Gerrer, Dammann Avocat

Dans quelle mesure est-il possible de déroger aux dispositions impératives de la directive 2001/23/CE pour limiter le nombre des salariés repris dans le cadre d'un plan de cession pré-packé ?

Le fameux arrêt *Smallsteps* de la Cour de justice de l'Union européenne du 22 juin 2017¹ avait jugé que le pré-pack néerlandais était contraire à la directive 2001/23/CE. La portée de cet arrêt, pourtant confirmé dans la jurisprudence *Plessers*², continuait à faire débat.

C'est la raison pour laquelle, dans l'affaire *Heiploeg Seafood*, la Cour suprême néerlandaise a de nouveau saisi la Cour de justice en vue d'obtenir un revirement jurisprudentiel. Cela d'autant plus que la Commission européenne prépare actuellement un projet de directive recommandant aux États membres l'introduction d'un pré-pack.

L'arrêt *Heiploeg Seafood* de la CJUE du 28 avril 2022³ peut être qualifié de décision politique. Certes, la Cour confirme la contrariété du pré-pack néerlandais à l'égard de la directive transfert. Cependant, elle ouvre la porte en faveur de sa validité, à la condition que le pré-pack soit encadré par le législateur.

Quel est l'impact de cet arrêt sur le pré-pack français ?

1 – Les faits de l'arrêt *Heiploeg Seafood*

Heiploeg est une société hollandaise dont la faillite était imminente. Le repreneur souhaitait réengager deux tiers des salariés, mais à des conditions moins favorables.

Dans le cadre d'un pré-pack, le 16 janvier 2014, le tribunal du Noord-Nederland a désigné deux « curateurs pressentis » et un « juge-commissaire pressenti » pour préparer la vente de l'entreprise. Deux semaines plus tard, une procédure de faillite a été ouverte et, le lendemain, les deux « curateurs pressentis » et un « juge-commissaire pressenti » ont été officiellement nommés. La vente de l'entreprise a été effectuée en 48 heures, conformément à l'accord prénégocié.

À l'inverse de l'affaire *Smallsteps*, le repreneur était un véritable tiers et pas une société liée à l'actionnaire. La Hoge Raad der Nederlanden avait également insisté sur le fait que la cession de l'entreprise était intervenue dans le cadre d'une faillite qui, contrairement à l'affaire *Smallsteps*, était inévitable. De plus, le pré-pack présentait toutes les garanties procédurales et avait pour objectif principal de désintéresser au mieux les créanciers. Les conditions posées par les arrêts *Smallsteps* et *Plessers* semblaient donc remplies.

Pourtant, dans l'arrêt *Heiploeg Seafood*, la Cour suit les conclusions de son avocat général et exige un encadrement législatif strict, permettant de justifier une dérogation à la directive transfert.

2 – Le raisonnement de la Cour

La première condition dérogatoire de l'article 5 de la directive ne faisait pas de difficultés. La vente du fonds de commerce de Heiploeg Seafood a eu lieu dans le cadre d'une faillite.

L'appréciation de la finalité de la procédure de pré-pack était plus incertaine. Pour la Cour de justice, il est possible de pré-

(1) Aff. C-126/16, D. 2017. 2242, note R. Dammann et G. Podeur. (2) CJUE 16 mai 2019, aff. C-509/17, D. 2020. 588, note R. Dammann et A. Alle; RDT 2019. 782, obs. A. Donnette-Boissière; RTD eur. 2020. 392, obs. S. Robin-Olivier. (3) Aff. C-237/20, D. 2022. 902; concl. A.G. Giovanni Pitruzzella du 9 déc. 2021.

parer la vente d'une entreprise dans le cadre d'une pré-procédure. Toutefois, en principe, les articles 3 et 4 de la directive s'appliquent à tout transfert d'entreprise au cours d'une procédure d'insolvabilité, sous réserve de l'article 5 (pt 51 de l'arrêt *Heiploeg Seafood*). Cette disposition dérogatoire ne s'applique que si l'objectif principal de la procédure de pré-pack n'est pas la préservation de l'activité mais le remboursement le plus élevé possible pour l'ensemble des créanciers (pts 52 et 53 de l'arrêt *Heiploeg Seafood*).

Tout en prenant acte que cette finalité des intérêts des créanciers était remplie en l'espèce, la Cour de justice ajoute une nouvelle condition. Selon la Cour, il ressort du dossier que la procédure de pré-pack est régie uniquement par des règles jurisprudentielles et que son application par les différentes juridictions nationales n'est pas uniforme, de sorte qu'elle est source d'insécurité juridique (pt 54 de l'arrêt *Heiploeg Seafood*). Par conséquent, la Cour estime que la procédure de pré-pack doit être encadrée par des dispositions législatives ou réglementaires.

S'agissant de la troisième condition posée par l'article 5 de la directive – une procédure sous le contrôle d'une autorité publique compétente –, la Cour suit le même raisonnement. La Cour suprême néerlandaise a insisté sur le fait que la vente de l'entreprise avait été préparée avant l'ouverture de la procédure de faillite et que le « curateur pressenti » avait été placé sous le contrôle d'un « juge-commissaire pressenti » avec les mêmes garanties en termes de statut, de responsabilité et d'indépendance. Enfin, l'accord portant sur le transfert de l'entreprise n'avait été conclu et exécuté qu'après le prononcé de la faillite.

Pourtant, la Cour a jugé que cet encadrement procédural était insuffisant et a exigé un encadrement législatif ou réglementaire (pt 66 de l'arrêt *Heiploeg Seafood*). Cette jurisprudence semble constituer un appel au législateur européen pour encadrer le pré-pack dans une future directive.

3 – La future directive en matière de pré-pack

La Commission européenne souhaite poursuivre l'harmonisation progressive du droit matériel de l'insolvabilité des États membres. Aussi, l'encadrement législatif des procédures de pré-pack figure parmi les sujets en discussion, avec pour objectif de clarifier les dérogations à la directive transfert.

Des discussions en cours laissent penser que la future procédure de pré-pack pourrait débiter avec une phase préparatoire au cours de laquelle le débiteur resterait en charge de la gestion de l'entreprise. Il pourrait d'ailleurs s'agir d'une procédure de restructuration au sens de la directive UE 2019/1023. Au cours de cette phase, un moniteur aurait la charge de recueillir les offres de reprise dans le cadre d'une mise en concurrence effective. Il pourrait être possible de prévoir, comme aux États-Unis, une procédure dite de *stalking horse*. Cette pratique vise à soumettre l'offre sélectionnée à la concurrence. Si une autre offre l'emporte, le soumissionnaire initial est indemnisé de ses coûts.

La future directive ne devrait pas imposer aux États membres un changement de paradigme de leurs procédures de liquidation judiciaire. Toutefois, les États membres seraient vraisemblable-

ment encouragés à prévoir comme principal objectif pour la vente de l'entreprise en activité (*going concern*) la maximisation du prix de cession en faveur des créanciers. Une possible cession judiciaire des principaux contrats, qui sont nécessaires à l'activité, pourrait également être envisagée.

Quelles sont les conséquences pour le droit français de la trilogie des arrêts *Smallsteps*, *Plessers* et *Heiploeg Seafood* à la lumière de la future directive ?

4 – La fragilisation du pré-pack à la française ?

Le droit français prévoit la possibilité de « pré-packager » un plan de cession au cours d'une procédure amiable, sous le contrôle du parquet. En l'état actuel des textes, il est possible de vendre immédiatement l'entreprise dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, si le tribunal s'est assuré que la meilleure offre a bien été sélectionnée.

Dans la mesure où le principal objectif du plan de cession est la préservation de l'activité, il semble peu probable que le droit français remplisse les conditions dérogatoires de l'article 5 de la directive transfert, telles qu'interprétées par la CJUE, lorsque le plan de cession est arrêté par le tribunal sans nouvel appel d'offres, immédiatement après l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire.

Quid, si le plan de cession, préparé par un mandataire *ad hoc* ou un conciliateur, est arrêté par le tribunal dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire au terme d'une procédure d'appel d'offres classique ?

C'est la problématique de la compatibilité du plan de cession avec l'article 4 de la directive transfert. Ce texte prévoit la possibilité de procéder à des licenciements qui seraient justifiés par « des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi », mais à la condition que le transfert de l'entreprise ne constitue pas en lui-même le motif de ces licenciements.

Ainsi, le droit français a opté pour un système dérogatoire, « par éclipse »⁴, 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. En revanche, contrairement au droit néerlandais, les salariés repris conservent leurs avantages acquis conformément à l'article 3 de la directive transfert. Encore faut-il, en application de l'article 4 de la directive, que les licenciements soient justifiés indépendamment de l'offre de reprise, arrêtée par le tribunal.

La future directive devrait valider la pertinence du pré-pack français. Cela étant, il pourrait être envisagé de mettre davantage l'accent sur le critère du désintéressement des créanciers pour aligner le droit français sur les meilleurs standards internationaux.

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