

Analyse

Les droits des travailleurs en cas de transfert d'une entreprise insolvable

Auriane Lamine^(*)

- La Cour de justice a récemment décidé que les protections de la directive « transfert » s'appliquaient dans le cadre d'un « prepack »
- Son raisonnement s'appuie sur l'article 5 de la directive qui exclut certaines entreprises en situation d'insolvabilité du champ d'application de ces protections
- Ce faisant, elle livre une nouvelle interprétation du critère de « poursuite de l'activité de l'entreprise », qu'elle avait précédemment développé

Introduction

La directive 2001/23¹ prévoit le maintien des droits des travailleurs dans une situation de transfert d'entreprise. Comme la Cour de justice a eu souvent l'occasion de le rappeler, « l'objet de la directive est d'assurer, autant que possible, la continuation du contrat de travail ou de la relation de travail, sans modification, avec le cessionnaire, afin d'empêcher que les travailleurs concernés ne soient placés dans une position moins favorable du seul fait du transfert »². L'article 5 de la directive prévoit une exception à cette règle du maintien des droits acquis, lorsque le transfert concerne une entreprise en situation d'insolvabilité.

Dans l'affaire *FNV c. Smallsteps*³, la Cour de justice était invitée à se prononcer sur l'applicabilité des protections de la directive 2001/23 à un transfert d'entreprise intervenu dans le contexte de la conclusion d'un « prepack ». Il s'agit d'un accord portant sur le rachat des actifs d'une entreprise en difficulté, dont la négociation a lieu avant la déclaration de faillite mais la mise en œuvre, juste après. La Cour répond par l'affirmative, précisant ainsi son interprétation de l'article 5 de la directive.

Le prononcé de cette décision nous offre l'occasion de revenir sur la genèse de ce régime dérogatoire, élaboré par la Cour puis intégré dans la directive. Après une présentation du raisonne-

ment tenu par la Cour dans l'arrêt *FNV c. Smallsteps* (1), nous reviendrons sur l'historique du régime dérogatoire, sur sa raison d'être et sur la manière dont la Cour a mis ce régime en œuvre dans différents cas d'espèce (2). La dernière partie de la présente contribution revisitera les enseignements de l'arrêt *Smallsteps* de manière critique au regard de ces développements rétrospectifs, en interrogeant tout particulièrement l'objectif de « poursuite de l'activité de l'entreprise », érigé par la Cour comme critère décisif pour écarter l'application de l'article 5 de la directive (3).

1 L'affaire *FNV c. Smallsteps*

Les cours et tribunaux néerlandais ont développé, ces dernières années, une procédure de sauvetage des entreprises en difficulté⁴, inspirée de pratiques qui ont fait florès outre-Atlantique et dans d'autres droits étrangers⁵. Cette procédure sans fondement légal, intitulée le « prepack », permet que s'organisent des négociations confidentielles entre l'entreprise en difficulté, un « curateur pressenti » désigné par un tribunal, et des repreneurs potentiels. Cette procédure ne vise pas à éviter la faillite. Elle fait en sorte qu'une reprise de l'entreprise puisse

(*) L'auteure est chargée de cours en droit social, membre de l'Atelier de droit social (CRIDES), Université catholique de Louvain. Elle peut être contactée à l'adresse suivante : auriane.lamine@uclouvain.be. (1) 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, *J.O. L* 82 du 22 mars 2001, pp. 16-20. La directive constitue la refonte d'une première directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977, modifiée une première fois par une directive 98/50/CE du Conseil du 29 juin 1998. (2) Arrêt du 17 décembre 1987, *Ny Molle Kro*, aff. C-287/86, EU:C:1987:573, point 25, arrêt du 11 juillet 1985, *Mikkelsen*, 105/84, EU:C:1985:331 point 15 ; et aussi, dans des formulations similaires ; arrêt du 10 février 1988, *Daddy's Dance Hall*, 324/86, EU:C:1988:72, point 9 ; arrêt du 9 mars 2006, *Werhof*, aff. C-499/04, EU:C:2006:168, point 25 ; arrêt du 27 novembre 2008, *Juuri*, aff. C-396/07, EU:C:2008:656, point 28, etc. (3) Arrêt du 22 juin 2017, *FNV c. Smallsteps*, aff. C-126/16, EU:C:2017:489. (4) Voy. EMCC, « Netherlands : Rescue procedures in insolvency », Eurofound, <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/emcc/erm/legislation/netherlands-rescue-procedures-in-insolvency> (dernière consultation : 7 novembre 2017), pour une présentation du « prepack », « silent administration » ou « pre-packaged insolvency » aux Pays-Bas. Une proposition visant à donner une assise légale à cette procédure est en examen au Parlement néerlandais depuis quelques années : https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34218_wet_continuiteit (dernière consultation 23 mars 2018). (5) Par exemple L. M. Lopucki, J. W. Doherty, « Bankruptcy Survival », *U.C.L.A. L. Rev.*, 2015, n° 62, pp. 994 et s. ; R. I. Aaron, *Bankruptcy Law Fundamentals*, Clark Boardman Callaghan, 2017, § 12.25 (sur les « prepackaged plans »). Avant que l'arrêt *Estro* ne soit rendu, le gouvernement belge avait soumis un projet de loi à la Chambre visant à l'introduction d'un système de « faillite silencieuse » dans la législation sur la faillite : projet de loi 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^{er} du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 54, 2016-2017, n° 2407/001, p. 3 (avril 2017) qui cite, parmi les objectifs principaux de la réforme : « 4) Instaurer la faillite "silencieuse" qui permet à une entreprise de préparer une véritable faillite de manière discrète, sans mesure de publicité ». La procédure ne figure plus dans la loi adoptée le 11 août (loi du 11 août 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). Sur cette question, voy. l'article très complet de R. Aydogdu, « L'impact de l'arrêt *Smallsteps* sur le droit belge de l'insolvabilité : "one giant leap for mankind ?" », in A. Zenner (dir.), *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 409-434.



avoir lieu concomitamment à son prononcé. Cette confidentialité permet que les difficultés que traverse l'entreprise ne soient pas ébruitées et ne dissuadent pas les potentiels repreneurs. Cette procédure entend surtout prévenir l'interruption des activités, nuisible à la préservation de la valeur des actifs et défavorable aux travailleurs.

En l'espèce, l'entreprise Estro, active dans la garde d'enfants, avait réalisé que, en l'absence du renouvellement d'un financement dont elle bénéficiait, elle ne serait pas en mesure d'assurer la continuité de ses activités durant l'année à venir. La société était partie à la recherche de nouveaux investissements. Rapidement, elle avait entrepris la négociation d'un « prepack » avec un investisseur unique, une société liée à son principal actionnaire. Ils s'étaient accordés sur la création d'une nouvelle société, dont la mission serait d'acheter une majorité des établissements d'Estro, une mesure s'accompagnant de la reprise d'une partie de ses travailleurs. Peu après, Estro avait averti les autorités néerlandaises de sa situation. Le tribunal d'Amsterdam avait désigné un « curateur pressenti », dont les fonctions officielles ne devaient prendre cours qu'après la déclaration de faillite, intervenant un mois plus tard. La société repreneuse, Smallsteps, a vu le jour. Estro a alors demandé au tribunal de prononcer la faillite, ce qu'il fit le jour-même. Le lendemain, le « prepack » fut signé et pouvait être mis en œuvre.

L'existence d'un transfert d'entreprise au sens de la directive n'est pas contestée par les parties impliquées⁶. À la suite du prononcé de la faillite, le curateur d'Estro a procédé au licenciement de tous les travailleurs. Seule une partie des travailleurs s'est vue proposer la conclusion de nouveaux contrats de travail auprès du cessionnaire. Plusieurs travailleurs non reconduits ont décidé de poursuivre le cessionnaire Smallsteps, estimant qu'ils devaient être considérés comme des travailleurs de ce dernier, en application de la directive 2001/23. La question préjudicielle posée par le tribunal saisi concernait l'applicabilité des protections de la directive dans le cas du recours à cette procédure du « prepack ». Elle s'inscrivait dans la continuité d'une jurisprudence relativement abondante portant sur le « traitement plus avantageux » à accorder ou non aux entreprises en difficulté faisant l'objet d'un transfert. L'enjeu portait précisément sur l'obligation pour un cessionnaire de reprendre l'intégralité des contrats de travail liant le cédant et les obligations qui en découlent, en raison du transfert, qui trouve sa source à l'article 3, § 1, de la directive. S'il était avéré que cet article de la directive n'était pas applicable, la revendication des travailleurs licenciés devait être rejetée.

La Cour a conclu à l'applicabilité de la directive à la situation du transfert d'entreprise prenant place dans un contexte de *prepack*. Elle l'a fait en interprétant l'article 5, § 1, de la directive, rédigé en ces termes : « Sauf si les États membres en disposent autrement, les articles 3 et 4 ne s'appliquent pas au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue (1) ouverte en vue de la liqui-

dation des biens du cédant (2) et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente. (3) ». La Cour a fait application des trois critères formulés dans le texte de l'article 5. Deux d'entre eux n'étant pas remplis, les protections de la directive ne pouvaient être écartées.

A. La procédure de « prepack » peut être assimilée à une « procédure de faillite » au sens de l'article 5, § 1

Partant du libellé de l'article 5, la Cour a considéré que les procédures « préparant » la faillite mais « n'aboutissant pas à celle-ci » n'étaient pas des « procédures de faillite ou procédure d'insolvabilité analogue » au sens de l'article 5. Par contre, la procédure de « prepack » qui est « certes, préparée avant la déclaration de faillite » mais « mise en œuvre après celle-ci » (points 45 et 46) peut leur être assimilée.⁷

B. Le critère de « l'objectif poursuivi par la procédure d'insolvabilité »

Depuis l'arrêt *Abels*⁸, la Cour a souvent mobilisé un critère central, permettant d'identifier les situations dans lesquelles l'application de la directive devait être écartée. Elle a ainsi considéré qu'il ne suffisait pas pour une entreprise en difficulté d'être impliquée dans une procédure destinée à répondre à sa situation d'insolvabilité. Il faut encore que cette procédure vise un objectif particulier, celui de *liquider les actifs* de cette société. Que l'on soit en présence d'une procédure appelée « faillite » ou non, l'usage de ce critère permet de distinguer cette procédure d'autres dispositifs destinés aux entreprises en difficulté qui viseraient, au moins en partie, à *permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise*. Il s'agit ici d'un critère non explicitement intégré à l'article 5, § 1 (sauf à considérer que l'objectif de liquidation des actifs, repris tel quel dans l'article, exclurait par nature ce second objectif...). Dans le cas du « prepack », note la Cour, suivant ainsi la suggestion de l'avocat-général Mengozzi⁹, l'objectif de la procédure est bien de « sauvegarder le caractère opérationnel de l'entreprise ou de ses unités viables » (point 48) et donc, de permettre une continuation de l'activité de l'entreprise (point 49). Préconisant une interprétation stricte de l'article 5 (point 41) et de cette jurisprudence, elle estime que l'application de la directive ne peut pas être écartée (point 50, se référant à sa jurisprudence *Spano*¹⁰). La Cour ajoute qu'il importe peu, dans la mobilisation de ce critère, qu'ait été poursuivi, dans le même temps, un objectif de maximisation de l'intéressement des créanciers de l'entreprise faillie (point 51), pour peu que l'objectif de maintien des activités ait été l'objectif « principal » (point 52).

C. La condition de « contrôle exercé par l'autorité publique compétente » n'est pas remplie

Enfin, la Cour évalue si la procédure de « prepack » se déroule « sous le contrôle d'une autorité publique compétente », une

(6) Article 1, § 1, de la directive 2001/23/CE. Voy. J.-M. Servais, *Droit social de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 248-250. Il s'agit qu'une entité économique « maintienne son identité ». (7) Quoique la procédure n'aboutisse pas toujours à la faillite, note l'avocat général Mengozzi, *op. cit.*, point 76. (8) Arrêt du 7 février 1985, *Abels*, n° 135/83, EU:C:1985:55. Et voy. dans ce sens, les arrêts *Botzen* (n° 186/83, EU:C:1985:58) et *Industriebond FNV* (n° 179/83, EU:C:1985:57), adoptés le même jour et reprenant les mêmes motifs. Nous leur accordons des développements ci-dessous. (9) Conclusions de l'avocat général Mengozzi présentées le 29 mars 2017 dans l'affaire C-126/16, EU:C:2017:241, points 53 et s. Celui-ci a même suggéré que dans le cas du *prepack*, « la faillite est en réalité utilisée comme un moyen pour réaliser le redémarrage de l'entreprise » (point 76)... un argument qui, s'il avait été repris par la Cour, aurait mis en doute la rédaction de l'article 5, qui mentionne explicitement la faillite. (10) Arrêt du 7 décembre 1995, *Spano*, aff. C-472/93, EU:C:1998:99.



Analyse

condition également posée à l'article 5, § 1. La procédure de « prepack » suppose bien l'intervention d'un tribunal, désignant un « curateur pressenti », ce dernier étant impliqué dans la négociation de la « faillite silencieuse » : sur ce point également, les exigences du texte semblent remplies. La Cour constate cependant que dans cette procédure sans « aucun fondement dans la législation nationale », les interventions du curateur et du juge commissaire pressentis se déploient sous le contrôle des organes de direction de la société, et non pas du tribunal qui les a désignés (points 53 à 56). De plus, puisque la reprise a eu lieu juste après la faillite, le juge commissaire qui a autorisé la cession devait nécessairement avoir été mis au courant de l'accord avant la faillite (point 56). Pour ces raisons estime la Cour, la procédure « est susceptible de vider largement de son contenu tout éventuel contrôle de la part d'une autorité publique compétente sur la procédure de faillite » et ainsi « ne saurait satisfaire à la condition de contrôle d'une telle autorité » (point 57).

2 Genèse et contours d'un régime dérogatoire élaboré par la Cour de justice

Dans l'arrêt *FNV c. Smallsteps*, la Cour a entendu proposer une application « stricte » de l'exception formulée à l'article 5, § 1, de la directive 2001/23. Toutefois, sur la base du seul texte de la directive, il aurait aussi été possible de conclure à l'inapplicabilité des protections centrales de celle-ci. La Cour a plutôt choisi de nuancer les critères posés dans le texte, s'inspirant de sa jurisprudence antérieure, pour exclure l'exception. Tous les critères retenus concernent des *caractéristiques des procédures d'insolvabilité* dans lesquelles des entreprises en difficulté transférées se trouvent impliquées. La Cour ne prend toutefois jamais le soin d'expliquer *pourquoi* ces critères revêtent une importance, pourquoi la protection des droits acquis des travailleurs serait ainsi dépendante de la forme particulière d'une procédure de gestion de crise.

L'on ne peut véritablement comprendre la portée de ce positionnement et identifier les raisons qui sous-tendent l'argumentation de la Cour, qu'en replaçant l'arrêt dans le prolongement des décisions adoptées sur cette question depuis les années quatre-vingts¹¹ et des réflexions qui ont conduit à modifier la directive « transfert » en 1998 pour y ajouter une exception. Le détour par cet examen permet (A) d'identifier les raisons qui ont justifié la consécration d'une exception par la Cour (B) et ensuite, de faire un point sur la manière dont la Cour a, depuis trente ans, modelé cette exception aux cas d'espèce qui lui étaient soumis.

A. La controverse d'origine : l'arrêt *Abels*

C'est dans l'arrêt de principe *Abels*¹², dans une affaire néerlandaise dont les particularités sont proches de celles de l'affaire

FNV c. Smallsteps, que la Cour de justice a établi une exception à l'application de la directive « transfert » au bénéfice d'entreprises en difficulté. Tout en reconnaissant aux États membres la possibilité de conférer une protection plus étendue à leurs travailleurs (point 24), elle a jugé que le fait pour une entreprise transférée de se trouver dans une situation d'insolvabilité et d'être impliquée, pour cette raison, dans une procédure spécifique, permettait de justifier qu'il soit dérogé à la directive.

Dans l'affaire *Abels*, deux opinions s'opposaient radicalement. D'une part, le gouvernement danois et la *Bedrijfsvereniging* défendaient que la création d'une telle exception était incompatible avec la finalité poursuivie par la directive, celle de protéger les droits acquis des travailleurs subissant un changement d'employeur. La directive devrait être applicable « aux motifs que les salariés dont l'employeur a été mis en faillite sont précisément ceux qui ont le plus besoin de protection » (point 20). D'autre part, la Commission et le gouvernement néerlandais soutenaient que le caractère dissuasif et coûteux du maintien des droits pour les repreneurs, justifiait au contraire l'écartement de la directive dans les cas d'insolvabilité. Ainsi, l'application de la directive « pourrait dissuader un cessionnaire potentiel d'acquiescer l'entreprise à des conditions acceptables par la masse des créanciers qui, dans ce cas, serait amenée à vendre les actifs de l'entreprise séparément. Or, cela impliquerait une perte de tous les emplois de l'entreprise, à l'encontre de l'effet utile de la directive » (point 21).

La Cour s'est montrée sensible à ce dernier argument et, reconnaissant par ailleurs que cette situation n'était pas explicitement prévue dans la directive (point 17), elle a affirmé que les protections de la directive n'étaient pas applicables « aux transferts d'entreprise (...) intervenus dans le cadre d'une procédure de faillite visant, sous le contrôle de l'autorité judiciaire compétente, à la liquidation des biens du cédant » (point 23). La Cour a donc opté pour un critère qui permet d'identifier les situations dans lesquelles il est légitime de privilégier des repreneurs potentiels en les dispensant du respect de la directive. Ce critère est celui, pour une entreprise en difficulté, de se trouver impliquée dans une « procédure-type ». Les raisons de ce choix ne sont pas vraiment explicitées. La Cour a adopté la proposition développée par l'avocat général Gordon Slynn dans ses conclusions¹³. Celui-ci s'appuyait sur l'idée que la réalisation des objectifs sociaux de la directive et des traités en matière d'amélioration des conditions de vie serait mieux servie si une reprise était rendue possible par l'écartement des protections, même si des licenciements pouvaient dès lors intervenir dans le cadre du transfert¹⁴. La Cour amorçait ainsi un tournant libéral dans son interprétation de la directive, conforme aux idéaux en vigueur à l'époque, considérant que l'objectif du « maintien de l'emploi » pouvait justifier une mise au second plan de la protection des droits acquis des travailleurs.

Cette exception fut introduite dans la directive « transfert » en 1998, après plusieurs années de débats¹⁵. L'analyse des travaux

(11) Auquel se plie d'ailleurs l'avocat général Mengozzi à l'appui de ses conclusions : *op. cit.*, points 41-48. (12) *Abels*, *op. cit.* (13) Conclusions de l'avocat général Gordon Slynn présentées le 8 novembre 1984 dans l'affaire 135/83. (14) « L'application de la directive à des entreprises 'qui marchent' est susceptible de causer des difficultés, mais elles ne semblent pas devoir être aussi sérieuses que dans le cas d'entreprises insolubles en faillite. Prêter à la directive un tel effet, qui risque de se retourner contre elle, est si contraire aux objectifs de cette dernière qu'à défaut d'autres indications plus claires, il nous semble que l'intention n'était pas d'appliquer les dispositions de la directive à des entreprises en faillite » : *Idem*, p. 475. (15) Auparavant directive n° 77/187 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, *J.O.*, L 061, p. 26, elle-même modifiée par la directive n° 98/50 du Conseil, du

préparatoires à la révision de la directive révèle que des préoccupations semblables ont motivé cette introduction¹⁶. Au regard des développements sociaux et économiques de l'époque, le législateur européen a entendu faire coexister l'objectif matérialisé dans la directive — la protection des droits acquis des travailleurs, subissant un changement d'employeur non consenti — avec d'autres impératifs. Dans des situations de crise auxquelles les entreprises font face, il s'agirait ainsi de protéger la valeur des actifs de l'entreprise, afin d'être à même de désintéresser équitablement ses différents créanciers. Il faudrait aussi maintenir l'emploi, en privilégiant la reprise de l'entreprise en difficulté, ce qui requerrait de libérer des repreneurs potentiels d'obligations en matière sociale. C'est donc à un compromis entre les finalités mais aussi les logiques et rationalités d'au moins deux champs du droit — droit du travail et droit de l'insolvabilité — que s'est livré le législateur européen en codifiant cette exception.¹⁷

B. Les aménagements à la règle

Dans toutes les décisions postérieures, la Cour a tempéré l'exception qu'elle avait formulée. Face à la diversité des situations nationales, elle a été forcée de préciser les critères, de les nuancer, voire de recourir à des critères supplémentaires, pour évaluer si une entreprise en situation de crise et transférée, tombait ou non dans le champ d'application de la directive. Nous reprenons dans cette sous-section chacun des arrêts pertinents, nous focalisant chaque fois sur les critères utilisés par la Cour pour trancher la question.

Le premier tempérament apporté par la Cour se trouvait déjà dans l'arrêt *Abels*. Après avoir défini l'exception — la situation qui entraîne l'inapplicabilité de la directive (voy. *supra*) — elle l'a distinguée d'une seconde, celle où un cédant n'est pas déclaré en faillite mais se voit accorder une « surséance de paiement ». Ce qui distingue cette procédure néerlandaise de la procédure de faillite, c'est d'une part la « portée plus restreinte de l'intervention du juge » mais aussi son « ambition » (point 28). En effet, pour la Cour, « l'objectif d'une telle procédure est en premier lieu la sauvegarde de la masse et, le cas échéant, la poursuite de l'activité de l'entreprise au moyen d'un sursis collectif de paiement en vue de trouver un règlement permettant d'assurer l'activité de l'entreprise à l'avenir » (point 28). Elle pose ainsi que si la poursuite de l'activité de l'entreprise est visée au travers de la procédure, y compris parmi d'autres objectifs, et même si cette procédure conduit finalement à la faillite (point 28), les protections essentielles de la directive viennent tout de même à s'appliquer. Elle indique incidemment que cette position concerne des procédures antérieures à une possible faillite.

La Cour décide sur ce point de ne pas suivre la proposition de l'avocat général Gordon Slynn qui avait recommandé que le même traitement (l'inapplicabilité de la directive) soit réservé à ces deux procédures d'insolvabilité distinctes : « la vente d'un établissement ou d'une partie d'établissement peut donner lieu aux mêmes problèmes qu'une vente à l'issue d'une procédure de faillite, si tous les travailleurs devaient être repris. C'est pourquoi, pour les mêmes raisons, qui nous paraissent militer en faveur de l'exclusion de la liquidation pour cause d'insolvabilité, nous considérons que la cession postérieure à une ordonnance « finale » prise dans le cadre d'une « surséance van betaling » est exclue du champ d'application de la directive »¹⁸. Le recours au critère de l'« objectif de la procédure » — liquidation des biens ou continuation de l'activité — est donc une création de la Cour. Selon l'avocat général, le seul critère à retenir était celui de l'état d'insolvabilité, dont la réalité pouvait être évaluée par les autorités publiques impliquées dans les procédures¹⁹.

“La Cour a tempéré l'exception qu'elle avait formulée”

Dans un arrêt suivant, *Mikkelsen*²⁰, la Cour s'est fondée sur *Abels* pour déclarer la directive applicable à un cas de transfert d'une entreprise en difficulté. Ce n'est pas l'objectif de « maintien des activités de l'entreprise » qui lui a permis de trancher, mais bien le fait que le transfert ait eu lieu à une date antérieure à celle de la faillite : « le seul fait que le transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'établissement est intervenu après la cessation des paiements de la société cédante ne suffit pas pour exclure lesdites transactions du champ d'application de la directive 77/187. Celle-ci s'applique donc à un transfert, au sens de la définition donnée par son article 1, § 1, qui est effectué dans le cadre d'une procédure ou à un stade antérieur à l'ouverture d'une éventuelle procédure de faillite » (point 10)²¹.

Dans un autre arrêt marquant, *d'Urso*²², la Cour s'est prononcée sur l'applicabilité de la directive à un cas d'« administration extraordinaire » d'entreprise, prévu par la législation italienne. Elle a réaffirmé mais modalisé sa jurisprudence *Abels*. Ainsi, le critère de l'intervention de l'autorité publique, retenu dans *Abels*, ne lui semblait plus pertinent : ni l'identité de cette autorité, ni le fait que le transfert ait eu lieu du fait de cette autorité et non de celui des cédants et cessionnaires, ni encore le degré d'intensité de cette intervention. Ainsi selon elle, les nombreuses différences entre les procédures étatiques ne permettent pas de se prononcer sur l'application de la directive « d'après la nature du contrôle exercé par l'autorité administrative ou judiciaire sur les transferts d'entreprises, dans le cadre d'une procédure déterminée de concours de créanciers » (point 25). Seul le critère de « l'objectif

29 juin 1998, *J.O.*, L 201, p. 88. La directive fut codifiée en directive 2001/23 du 12 mars 2001. Les premiers travaux préparatoires pertinents datent de 1994. Ils portent sur une proposition de nouvelle directive. Il a ensuite été opté pour une directive modificatrice, plutôt que pour une refonte complète. (16) COM (94) 300 final, Proposal for a Council Directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, Bruxelles, 9 septembre 1994, par exemple p. 1 (manque de flexibilité du régime pour les entreprises en difficulté) Voy. aussi COM (97) 60 final, proposition modifiée de directive du Conseil 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, Bruxelles, 24 février 1997 et ensuite, COM (2000) 259 final, proposition de directive du conseil, version codifiée, Bruxelles, 2 mai 2000. (17) COM (94) 300 final, *op. cit.*, pp. 4 à 10. Le législateur entend également s'inscrire dans un mouvement plus large, qui a vu émerger des procédures nouvelles au niveau national, et dans l'esprit d'autres directives adoptées par lui, en matière de licenciements collectifs et de maintien des droits des travailleurs en cas d'insolvabilité d'une entreprise. (18) Conclusions de l'avocat général Gordon Slynn, p. 476. (19) Conclusions de l'avocat général Gordon Slynn, *op. cit.*, p. 475. (20) Arrêt du 11 juillet 1985, *Mikkelsen*, aff. 105/84, EU:C:1985:331. (21) Et point 9 : « Étant donné que le transfert d'entreprise dont il s'agit est intervenu après la cessation des paiements de la société cédante, mais antérieurement à la mise en état de faillite de celle-ci (...) » (22) Arrêt du 25 juillet 1991, *D'Urso*, aff. C-362/89, EU:C:1991:326.



Analyse

poursuivi par la procédure en cause » doit donc être retenu (point 26).

La Cour s'est ensuite livrée à une application du critère de « l'objectif de la procédure » au cas qui lui était soumis. Selon elle, la procédure italienne remplirait la condition permettant d'activer l'exception, dans le cas où l'administration extraordinaire conduit à « la liquidation administrative forcée ». « À l'instar de la faillite, cette procédure tend à la liquidation des biens du débiteur en vue du désintéressement collectif des créanciers » car « on ne saurait, à défaut de cette exclusion, écarter le risque sérieux d'une détérioration, au plan global, des conditions de vie et de travail de la main d'œuvre, contrairement aux objectifs du Traité » (point 31). On retrouve ici les raisons développées par les parties intéressées dans *Abels* : l'inapplication de la directive serait, dans ce cas précis, favorable aux travailleurs.

Par contre, si la procédure vise « également la poursuite de l'activité de l'entreprise, sous la direction d'un commissaire de la procédure d'administration extraordinaire, l'objectif de cette procédure est, *en premier lieu*, de donner à l'entreprise un équilibre permettant d'assurer son activité pour l'avenir » (point 32, nous soulignons)⁽²³⁾ Elle se réfère à d'autres caractéristiques de la procédure en cause qui semblent confirmer pour elle l'obligation d'appliquer les protections de la directive : elle vise à « sauver les parties substantiellement saines » de l'entreprise (point 33). De plus, « la protection des intérêts des créanciers est moins étendue que dans d'autres procédures de liquidation et, [...] en particulier, ces derniers ne participent pas à l'élaboration des décisions relatives à la continuation de l'activité de l'entreprise » (*idem*). Ces critères étant rencontrés, les protections sont applicables à ce cas de transfert.

Dans un arrêt suivant, *Spano*⁽²⁴⁾, la Cour a traité le cas d'un transfert réalisé dans le contexte d'une procédure italienne incluant le constat, par une autorité publique, de l'« état de crise » dans lequel se trouvait une entreprise. Citant *d'Urso*, elle a affirmé que « le critère déterminant à prendre en considération est celui de l'objectif poursuivi par la procédure en cause » (point 24). Pour la Cour, « l'acte par lequel une entreprise est déclarée en état de crise est destiné à permettre le rétablissement de la situation économique et financière de l'entreprise, mais surtout le *maintien de l'emploi* ». En effet, la déclaration d'état de crise suppose notamment la présentation d'un « plan d'assainissement ». La Cour ajoute que les entreprises déclarées en crise « sont des entreprises dont la situation patrimoniale permet la poursuite de l'exploitation sans interruption importante de l'activité de production et qui ont des perspectives concrètes de rétablissement. » (point 27 et voy. aussi 28) et que par conséquent, les protections de la directive sont applicables.

L'objectif de maintien des activités prend ici la forme d'une « possibilité de poursuivre l'exploitation sans interruption importante » (point 27), et d'un « maintien de l'activité en vue d'une reprise ultérieure » (point 28). La Cour a ensuite renoué avec un double critère procédural écarté dans un arrêt

précédent : « la constatation de l'état de crise ne comporte aucun contrôle judiciaire ni aucune mesure d'administration du patrimoine de l'entreprise et ne prévoit aucun sursis de paiement » (point 29), ce qui distingue la procédure de la procédure-type visée dans l'arrêt *Abels*, supposant le contrôle d'une autorité publique. En 2009, l'Italie a été condamnée par la Cour pour violation de la directive 2001/23 car elle avait maintenu la disposition légale qui excluait l'applicabilité de la directive à la situation des entreprises déclarées en état de crise⁽²⁵⁾.

“La déclaration d'état de crise suppose notamment la présentation d'un « plan d'assainissement »”

L'affaire *Dethier*⁽²⁶⁾ portait sur les procédures belges de liquidation judiciaire des sociétés. La Cour s'est référée aux arrêts *Abels*, *d'Urso* et *Spano* pour fonder sa décision (points 22 à 25). Affirmant que le critère décisif était celui de « l'objectif poursuivi par la procédure en cause », la Cour ajoute que « il convient toutefois de tenir également compte des *modalités de la procédure* en cause, notamment en ce qu'elles impliquent que l'activité de l'entreprise se poursuive ou qu'elle cesse, ainsi que des finalités de la directive » (point 25). Le critère de l'objectif n'est, en l'espèce, « pas concluant » (point 28). En effet, les finalités de la liquidation judiciaire s'apparentent parfois, mais pas toujours, à ceux de la faillite, la première pouvant être utilisée « dans tous les cas où l'on souhaite mettre fin à l'activité d'une société et quelles que soient les raisons d'un tel choix » (point 27). Ce n'est plus tant la volonté de « mettre fin à l'activité » ou non qui est pertinente mais « les raisons » pour lesquelles un tel choix est fait. Dans certaines liquidations en effet, la volonté de dissoudre la société ne résulte pas d'une situation d'insolvabilité. C'est alors à ce titre et non pas en ce qu'elles viseraient à maintenir l'activité, qu'elles se distinguent des faillites.

Dans l'arrêt *Dethier*, la Cour a donc eu recours à un critère subsidiaire, celui des *modalités de la procédure*. La Cour a relevé plusieurs éléments pertinents pour écarter l'exception : le fait que le liquidateur soit un organe de la société (point 29) ; l'absence de tutelle d'un tribunal ; le large pouvoir des créanciers durant la procédure de liquidation (point 29) et surtout le fait que « l'activité de l'entreprise se poursuit au cours de la liquidation judiciaire » (point 31) ce qui fait en sorte que « la continuité de l'exploitation est assurée lorsque l'entreprise fait l'objet du transfert » (point 31). Ici, le maintien de l'activité n'est plus le but à poursuivre mais le mode opératoire de la procédure lui-même. Pour cette raison, cette dernière se distingue de la faillite et ainsi « les raisons qui ont conduit la Cour à exclure l'application de la directive en cette dernière hypothèse peuvent faire défaut dans le cas d'une entreprise en liquidation judiciaire » (point 30). Ces critères étant rencontrés, la Cour conclut à l'applicabilité des protections de la directive.

(23) Voy. aussi l'arrêt du 12 mars 1998, *Dethier*, aff. C-319/94, EU:C:1998:99, point 23 sur *d'Urso*, lorsque « la poursuite de l'activité de l'entreprise a été décidée » (nous soulignons, pour distinguer le seul objectif abstrait de la poursuite effective). (24) Arrêt du 7 décembre 1995, *Spano*, aff. C-472/93, EU:C:1998:99. (25) Arrêt du 11 juin 2009, *Commission c. Italie*, aff. C-561/07, EU:C:2009:363. L'argument de la Commission (points 17 et 18) selon lequel la procédure italienne ne tomberait pas sous le champ de l'article 5, § 2, de la directive, adopté, quoiqu'avec des nuances, par la Cour, nous paraît par contre assez faible (points 38-41). Il laisse suggérer que c'est un même critère de « maintien de l'activité » qui conditionnerait l'application de l'article 5, § 1, et 5, § 2. La Cour offre par contre une interprétation intéressante du champ d'application matériel de l'article 5, § 3, de la directive (points 44 et s.). (26) Arrêt du 12 mars 1998, *Dethier*, aff. C-319/94, EU:C:1998:99.



Deux arrêts ont été rendus en interprétation de l'article 5, § 1, de la directive « transfert » suite à son intégration en 1998 (voy. *supra*). Le premier d'entre eux est l'arrêt *Europièces* qui portait sur un transfert dans le cadre d'une procédure belge de liquidation « volontaire ». Se fondant sur *Dethier*, la Cour affirme que « le critère tenant à l'objectif poursuivi (...) » n'apparaît « pas concluant » (point 32) et qu'il faut donc observer les modalités de la procédure, notamment le fait que « l'activité de l'entreprise est poursuivie » de manière à ce que « la continuité de l'exploitation est assurée lorsque l'entreprise fait l'objet du transfert » (point 32). Les caractéristiques de la liquidation « volontaire » l'éloignent encore plus de la faillite que celles de la « liquidation judiciaire » (points 33 et 34) : le raisonnement de l'arrêt *Dethier* est transposé *a fortiori* (point 35). Le second est l'arrêt *Gimnasio San Andres*²⁷, dans lequel la Cour a été appelée à se prononcer sur la compatibilité de dispositions légales espagnoles relatives à des sociétés en procédure de redressement judiciaire avec la directive 2001/23. La Cour affirme que l'article 5, § 1, est bien applicable et que, sauf décision contraire de l'État — en application de l'ouverture posée à l'article — l'application peut être écartée pour les entreprises faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité. Elle ajoute que les créances résultant des relations de travail seront couvertes en vertu de la directive 80/987 (point 54)²⁸.

3 Réflexions critiques à partir de *FNV c. Smallsteps*

Il nous semble que l'arrêt *FNV c. Smallsteps* s'inscrit dans la droite ligne de cette jurisprudence casuistique, dont elle partage la direction et les ambiguïtés. La Cour, après avoir affirmé un principe d'inapplicabilité de la directive aux situations d'insolvabilité et après que celui-ci ait été intégré à la directive, réaffirme tout de même l'application de la directive à des situations particulières, pour peu que certaines conditions soient réunies. Comme dans ces autres arrêts, la Cour (A) modalise les caractéristiques de la procédure type identifiée dans *Abels*, (B) reste cependant silencieuse sur les raisons qui motivent cet écart pris avec le standard, mais organise ce faisant une forme de reconquête du champ d'application de la directive transfert.

A. Une modalisation des critères permettant d'identifier la « procédure-type »

Cette modalisation porte sur les dimensions de la procédure type, identifiées dans *Abels* et reprises à l'article 5, § 1.

La Cour avait jusqu'ici considéré que les procédures de faillite étaient toujours visées par l'exception. Elle les a distinguées des procédures utilisées antérieurement à la faillite, non couvertes (*cfr Mikkelsen, supra*). Dans *FNV*, elle considère qu'une procédure entamée avant, mais se poursuivant après, une faillite, tombe *a priori* dans le champ d'application de l'exception, mais que ce critère est insuffisant pour trancher la question. Il faut ensuite que la procédure visée suppose le contrôle d'une autorité publique, au départ une juridiction, mais la Cour a élargi la notion à d'autres autorités publiques. Il a également été mis en évidence ci-dessus (*cfr d'Urso* et puis *Spano*) qu'elle n'avait pas toujours reconnu la même importance à ce critère. Dans *FNV*, la Cour précise que le contrôle doit revêtir une certaine intensité et qu'il ne faut pas qu'une trop grande marge de manœuvre soit laissée aux organes de la société en difficulté dans la gestion de la crise.

Le dernier critère, celui de « l'objectif poursuivi par la procédure », mérite le plus d'observations. Il apparaît de l'examen présenté ci-dessus que le contenu précis de ce critère varie en fonction de l'espèce²⁹. L'objectif de « poursuite de l'activité » a d'abord été présenté, pour le distinguer du « type », comme opposé à un autre objectif, celui exprimé dans la directive, de la liquidation des biens de l'entreprise transférée³⁰. La Cour a ensuite affirmé qu'il ne fallait pas que l'objectif de poursuite des activités soit le seul poursuivi, il suffisait qu'il le soit. Dans *FNV*, la Cour affirme qu'il doit être l'objectif principal de la procédure. Ensuite, cet objectif s'est révélé recouvrir au moins deux réalités distinctes : une intention de maintenir l'activité pour l'avenir (*Abels* et *d'Urso*), et une intention d'assurer l'absence d'interruption des activités d'une entreprise (*Spano*). L'objectif peut être rencontré même si, au terme d'une première procédure, la société est tout de même mise en faillite.

Cette dernière acception a été présentée ailleurs (*Dethier* et *Europièces*) comme une « modalité de la procédure », distincte donc d'un objectif. Celui-ci serait un critère subsidiaire, non repris dans *FNV* malgré la suggestion explicite de l'avocat général Mengozzi³¹. Ce critère a été retenu pour le cas où celui de l'objectif ne serait pas « concluant », dès lors que l'on rencontrait des procédures visant explicitement la liquidation d'une société, comme le requiert la directive, mais en-dehors d'une situation d'insolvabilité. Elle n'est toutefois pas la seule modalité de procédure prise en compte. La Cour a par exemple retenu les éléments de temporalité de cette procédure³² (*Mikkelsen*) ou le pouvoir plus ou moins étendu accordé aux créanciers (*d'Urso* dans un sens, *Dethier* et *Europièces* dans l'autre), le pouvoir des organes de la société (*Dethier*), pour trancher la question de l'applicabilité de l'exception. Elle a aussi choisi de ne pas retenir un nombre important d'autres critères jugés pertinents par les parties aux litiges³³.

(27) Ordonnance du 28 janvier 2015, *Gimnasio deportivo san andres SL*, aff. C-688/13, EU:C:2015:46. (28) Directive n° 80/987 du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, J.O., L 283, p. 23. (29) Dans ce sens, mais à l'appui d'une thèse de droit belge que nous ne partageons pas : Y. Burlard, « La réorganisation de la réorganisation : entre contraintes européennes contradictoires et nécessités pratiques - Quel avenir pour la procédure de réorganisation judiciaire ? », in A. Zenner (dir.), *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 452 et s. (30) Quoique non intégré explicitement à l'article 5, § 1, ce critère se retrouve dans les travaux préparatoires : COM (94) 300 final, *op. cit.*, § 25. (31) Conclusions de l'avocat général Mengozzi, *op. cit.*, points 79 et s. et voir les remarques autour de l'arrêt *Dethier, infra*. (32) Et voir aussi les références aux « pre-bankruptcy proceedings » (par opposition à *bankruptcy*), dans les travaux préparatoires de 1994 : COM (94) 300 final, *op. cit.*, p. 34. L'idée est encore trouvée dans la dernière proposition de directive modificatrice : COM 97 (60) final, pp. 9, 12, 14 et 15. Dans la directive 98/50, on abandonne cette distinction au profit de celle connue de procédures visant la liquidation ou non. (33) Voici quelques suggestions des parties à la cause impliquées dans les différents arrêts ou des juges *a quo* au travers de la formulation des questions préjudicielles — certains sont proches de ceux retenus par la Cour : l'autorité en charge de la procédure et la nature de l'acte (conventionnel ou non) du transfert (*Abels*) ; la gravité de la situation patrimoniale de l'entreprise (*Spano*, points 12 et 21) ; l'interruption plus ou moins im-

Analyse

Dans *FNV* comme dans les arrêts précédents, la Cour semble adapter l'interprétation des critères aux caractéristiques de la procédure d'insolvabilité. La diversité des réalités nationales, l'avocat général Gordon Slynn le notait comme préalable à ses conclusions dans *Abels*, rend la question très complexe³⁴. À la lecture de la jurisprudence, on a l'impression que la Cour évalue la procédure à l'aune d'une « procédure de faillite classique »³⁵, alors que cette procédure classique n'est jamais définie de manière aboutie. Au-delà de la dimension casuistique du choix des critères, source d'une certaine insécurité juridique, il faut noter le manque d'opérationnalité des critères et en particulier du critère de l'objectif du « maintien des activités ». Il n'est pas évident d'établir quel est « l'objectif » d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité : l'intention des acteurs n'est pas toujours explicite, les objectifs peuvent coexister et évoluer³⁶. Certaines procédures peuvent viser la liquidation en dehors d'une situation d'insolvabilité.

La question de l'objectif poursuivi par la procédure peut également se confondre avec celle, préalable, de l'existence-même d'un transfert, qui suppose un changement d'employeur avec maintien de l'identité de l'entreprise. Et en effet, dès lors qu'un transfert est avéré³⁷, qu'une entité est reprise et subsiste, que cette reprise ait eu lieu avant ou après une décision de liquidation, un acte permettant la surséance des paiements ou le prononcé d'une faillite, un maintien de l'activité est de facto garanti. Il y a dès lors une forme de paradoxe à conditionner l'écartement des protections de la directive au fait que l'objectif de la procédure n'était pas, même en partie, de permettre cette continuité car elle visait exclusivement la liquidation. Sans compter qu'une confusion est possible entre l'objectif poursuivi par l'introduction de l'exception de l'article 5, § 1, « maintenir l'emploi » (voy. *supra*), et le critère utilisé pour conclure à son inapplicabilité, « maintenir les activités » (voy. notamment dans *Spano*, *supra*).

B. Une absence de précision des raisons qui justifient qu'il soit dérogé à l'exception

Nous l'avons montré ci-dessus, la Cour (et le législateur européen à sa suite) a explicité les raisons d'être de l'exception formu-

lée à l'article 5, § 1. Par contre, elle n'a jamais pris le soin d'identifier pourquoi, lorsque certains critères sont remplis, « les raisons qui s'opposent à l'application de la directive aux transferts d'entreprises intervenus dans le cadre d'une procédure de faillite ne sont pas valables pour une procédure de ce type » (point 29, *Abels*), pourquoi lorsque le maintien de l'activité est visé, « l'objectif économique et social que poursuit cette procédure ne saurait expliquer ni justifier que, lorsque l'entreprise concernée fait l'objet d'un transfert total ou partiel, ses travailleurs soient privés des droits que leurs reconnaît la directive » (point 32, *d'Urso*, point 30, *Spano*³⁸). Si l'on admet qu'elle ait choisi de faire primer le maintien d'une partie de l'emploi sur le respect des droits acquis des travailleurs dans les situations de faillite, il n'est pas si évident qu'il soit opportun de maintenir ces protections lorsque c'est la poursuite de l'activité qui est, au moins pour partie, visée. Le contraire — c'est-à-dire que c'est justement dans le cas où un maintien de l'activité est possible et envisagé que des dérogations devraient être offertes — aurait tout aussi valablement pu être défendu³⁹.

Pas plus que dans les arrêts précédents, la Cour n'identifie dans *FNV* la corrélation qui existe entre le contrôle exercé par le juge dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité et l'obligation de garantir ou non aux travailleurs, le bénéfice de leurs droits acquis. Les raisons fondant le choix du critère sont manquantes. Il est possible que la Cour ait développé ces « exceptions à l'exception » dans le but de lutter contre l'instrumentalisation des procédures d'insolvabilité par les entreprises impliquées dans un transfert, dans le but d'échapper aux obligations consacrées dans la directive. C'est une hypothèse envisagée (mais rejetée) par l'avocat général Mengozzi⁴⁰, qui fait aussi l'objet du paragraphe 4 de l'article 5. Cette instrumentalisation reste toutefois possible tant que l'exception subsiste, voire est facilitée par l'utilisation de critères susceptibles d'interprétations diverses⁴¹.

Pourquoi la Cour considère-t-elle que dans les cas d'un transfert intervenant dans le contexte de procédures distinctes de la « procédure-type », rien ne justifie que l'application de la directive soit écartée ? Une hypothèse vraisemblable est que la Cour

portante des activités (point 12) ; les perspectives concrètes de rétablissement, distinctes d'un objectif poursuivi (*Spano*, point 12) ; le caractère « envisageable » de la poursuite de l'activité (*Spano*, point 21) ; l'objectif des procédures de « satisfaire des intérêts autres que ceux du cédant ou du cessionnaire, tels ceux des créanciers de l'entreprise » (*Spano*, point 22), ce qui ressortirait plus d'un transfert réalisé par davantage qu'un « simple accord de volonté » une « mesure administrative et l'accord des syndicats », permettant la prise en compte de la multiplicité des intérêts (*idem*) ; l'auteur privé ou public de la décision de liquidation et parties susceptibles de la demander (*Dethier*, point 9, pour distinguer de la faillite) ; la survie ou non de la société commerciale (*idem*) ; la publicité de la procédure (*idem*) ; le lien du gestionnaire temporaire de la société avec celle-ci, liquidateur ou curateur (*idem*) ; antériorité du schéma de reprise (*Dethier*, point 13) ; moment du transfert (point 19, *Europèces*). (34) Conclusions de l'avocat général Gordon Slynn dans *Abels*, *op. cit.*, p. 470. (35) Les mots sont de l'avocat général Mengozzi, *op. cit.*, point 79. (36) Dans ce sens : conclusions de l'avocat général Mengozzi, *op. cit.*, point 55 qui introduit une distinction non reprise par la Cour entre les cas où le maintien de l'activité serait « l'élément central » et ceux où cette sauvegarde « est purement fonctionnelle au désintéressement des créanciers » (point 58). Il nous semble que cette proposition s'inscrit en porte à faux avec l'arrêt *Dethier* ; Y. Burlard, *op. cit.*, pp. 456-457. (37) Et c'est bien la condition d'application de l'article 5, § 1 : « Sauf si les États membres en disposent autrement, les articles 3 et 4 ne s'appliquent pas au transfert d'une entreprise » : l'existence-même du transfert, de la reprise de l'entreprise, n'est pas contestée. (38) Et aussi *Dethier*, *op. cit.*, point 23 sur *d'Urso*, lorsque « la poursuite de l'activité de l'entreprise a été décidée » (nous soulignons, pour distinguer du seul objectif abstrait) et point 22 où la Cour mentionne les « raisons qui justifieraient l'inapplicabilité de la directive » dans *Abels*, sans pourtant les reprendre. (39) C'est ce qui semble de révéler des autres dérogations trouvées au paragraphe 2 de l'article 5 : le paragraphe 2 s'applique soit lorsque les États ont utilisé la possibilité offerte au paragraphe 1 d'appliquer tout de même les articles 3 et 4 de la directive aux situations visées au paragraphe 1, mais aussi dans les cas de procédures d'insolvabilité sous le contrôle d'une autorité publique compétente « que cette procédure ait ou non été engagée en vue de la liquidation des biens du cédant ». Il est toutefois intéressant de noter l'évolution des travaux parlementaires : dans la première proposition de directive, en 1994, les deux dérogations prévues aujourd'hui à l'article 5, § 2 visaient les procédures qui ne tombaient pas dans le champ de l'article 5, § 1. (COM 94 300 final, *op. cit.*, pp. 25, 26 et 27) (40) Conclusions de l'avocat général Mengozzi, *op. cit.*, point 86 : « en ce qui concerne, enfin, la disposition de la directive 2001/23, (...) à savoir l'article 5, § 4, (...) relatif au recours abusif à des procédures d'insolvabilité, je ne crois pas qu'elle soit pertinente en l'espèce. En effet, il ressort de l'analyse que le *prepack*, tel qu'il s'est développé aux Pays-Bas, ne configure pas un recours abusif à une faillite afin de priver les travailleurs des droits (...). Au contraire, le régime de protection prévu par cette directive s'applique bien dans le cas d'un transfert intervenu dans le cadre d'un tel *prepack* ». (41) Comme suggéré par les parties dans *Abels*, *op. cit.*, point 27 — mais cette instrumentalisation n'est-elle pas autant à redouter dans une procédure de faillite que dans une procédure destinée à suspendre le paiement des dettes ? C'était bien l'avis de l'avocat général Gordon Slynn, qui préconisait un même traitement pour les deux procédures : *op. cit.*, p. 475. Y. Burlard, *op. cit.*, nous l'illustre au travers de sa proposition en pp. 468-469.



estime justifié d'imposer les obligations à une entreprise si celle-ci est encore « viable », s'il est plausible qu'elle attirera des acquéreurs parce que son état économique n'est pas « si délétère ». Il serait alors acceptable de lui imposer les obligations tirées de la directive. Si l'on peut interroger la pertinence de ce choix, il n'est surtout pas certain que les critères retenus par la Cour permettent de repérer effectivement ces cas spécifiques. On pourrait souhaiter une plus grande transparence de sa part, sur ces objectifs, qui permettraient de mieux comprendre pourquoi certains critères sont utilisés plutôt que d'autres.

Conclusion : une reconquête du champ d'application de la directive ?

Une chose est toutefois évidente, en dépit de ces remarques. Au travers de cette jurisprudence complexe, se prononçant au cas par cas, la Cour a peu à peu réduit la portée de l'exception qu'elle avait formulée et qui fut intégrée à l'article 5, § 1, de la directive. C'est encore ce qu'elle propose dans l'arrêt *FNV*, se prononçant sur une nouvelle procédure nationale spécifique. Nous assistons à une « reconquête » progressive du champ d'application des protections les plus fondamentales de la directive. Il semblerait ainsi que la Cour ne soit jamais parvenue à adhérer à l'équation binaire qui fondait son choix initial, selon laquelle le maintien de l'emploi devait nécessairement se faire, dans des situations de crise traversées par les entreprises, au prix d'un renoncement aux droits acquis⁴². C'est un enseignement dont le gouvernement néerlandais (mais aussi d'autres gouvernements qui trouveraient des attraits à la « faillite silencieuse »), doit tenir compte à l'heure de réviser sa loi sur la continuité des entreprises⁴³.

(42) C'est ce que la Cour semble aussi suggérer lorsqu'elle réfute, dans plusieurs des décisions susmentionnées, l'argument selon lequel une solution de maintien de l'emploi avec renoncement des droits acquis serait « plus favorable aux travailleurs » (*D'Urso*, points 18 et 19, *Spano*, points 34 et 35, chaque fois en réaffirmant que des licenciements pour motifs techniques ou économiques restent possibles) ou quand elle affirme que l'article 5.2, qui ne trouve à s'appliquer que si les États ont fait le choix de rendre la directive applicable aux transferts d'entreprise en procédure d'insolvabilité, et qui permet certaines dérogations aux règles de la directive, permet de « garantir le paiement des salaires des travailleurs concernés, mais également à préserver l'emploi en assurant la survie de l'entreprise en difficulté » (*Gimnasio San Andres*, point 55). Un rapport de la Commission datant de 2008 permet d'ailleurs de douter du fait que l'introduction d'exceptions dans la directive ait eu un impact favorable sur la survie des entreprises en difficulté (Commission, COM (2007) 334 final, rapport de la Commission sur la directive 2001/23/CE, Bruxelles, 18 juin 2007, pp. 8, 20 et 21.). Voy. aussi R. Aydogdu, *op. cit.*, p. 428, émettant un doute sur l'incompatibilité de ces deux objectifs. (43) Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO I), voy. note 4.

