

Le sort des travailleurs non repris en cas de transfert de leur entreprise

Par Fabienne Kéfer
Professeur à l'Université de Liège

1. Un transfert d'entreprise au sens que donne à ce concept la directive 2001/23 relative aux transferts d'entreprises¹ emporte le transfert de tous les contrats de travail de l'employeur cédant à l'employeur cessionnaire par le fait même du transfert (art. 3, § 1^{er}). Chaque contrat de travail est cédé entièrement, tant son volet actif que son volet passif, et ce sans le consentement d'aucune des trois parties en cause. « Le contrat ou la relation de travail liant le personnel affecté à l'entreprise transférée ne saurait être maintenu avec le cédant et se poursuit de plein droit avec le cessionnaire »². Le cessionnaire ne peut donc refuser de reprendre les salariés du cédant à son service. Les contrats de travail existant, à la date du transfert de l'entreprise, entre le cédant et les travailleurs affectés à l'entreprise cédée sont transférés « malgré la volonté contraire du cédant ou du cessionnaire et nonobstant le refus de ce dernier d'exécuter ses obligations »³. Ainsi est-il exclu qu'un accord intervenant entre l'employeur cédant et le cessionnaire en vue de déterminer les seuls membres du personnel dont le contrat serait maintenu soit opposé aux travailleurs qui n'y auraient pas consenti⁴. Une telle convention ne peut, au mieux, avoir pour effet que de régler les relations entre le cédant et le cessionnaire.
2. La règle selon laquelle le transfert a lieu sans le consentement des partenaires en cause est impérative.

Une première précision s'impose, avant d'aller plus loin. S'il n'est pas permis de déroger à la règle dans un sens défavorable aux travailleurs, en revanche, celui-ci n'est pas contraint de poursuivre la relation de travail avec le cessionnaire qu'il n'a pas librement choisi⁵. La protection n'est donc pas imposée au travailleur contre son gré ; il peut refuser d'en bénéficier.

¹ Directive 2001/23/CE 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.

² C.J.C.E., 25 juillet 1991, *d'Urso*, aff. C-362/89.

³ C.J.C.E., 14 novembre 1996, *Rotsart de Hertaing*, aff. C-305/94, § 21.

⁴ Cass., 13 septembre 2010, *J.T.T.*, 2010, p. 438.

⁵ Not. C.J.C.E., 11 juillet 1985, *Mikkelsen c. Danmols Inventar*, aff. 105-84 ; C.J.C.E., 25 juillet 1991, *d'Urso*, aff. 362/89 ; C.J.C.E., 16 décembre 1992, *Katsikas*, aff. C-132/91, C-138/91, C-139/91 ; C.J.C.E., 24 janvier 2002, *Temco*, aff. C-51/00.

La question de savoir si le travailleur est ainsi doté d'un véritable droit de refuser son transfert a fait l'objet d'une littérature abondante⁶ : s'agit-il de créer un véritable droit du travailleur de refuser son transfert, ce qui implique la survivance de la relation de travail le liant au cédant, ou s'agit-il, au contraire, d'une simple faculté, reconnue au travailleur, de ne pas profiter des avantages offerts par la directive, au risque de perdre toute la protection offerte par celle-ci ? L'interprétation la plus plausible de la position de la Cour de justice paraît la suivante. Elle estime que la directive ne s'oppose pas à ce que la relation de travail se poursuive avec le cédant⁷, mais elle se refuse à consacrer le droit du travailleur au maintien du contrat de travail avec celui-ci.

Le refus d'être transféré place le travailleur en dehors du champ d'application de la directive. Aucune disposition du droit européen ne vient à son secours. Puisqu'il a transféré son entreprise, ou à tout le moins la partie de celle-ci à laquelle était affecté le travailleur, son employeur n'est plus en mesure de le conserver à son service. Mais le système normatif s'oppose à ce que la cession d'entreprise puisse, en tant que telle, être invoquée par le salarié à titre d'acte équipollent à rupture ; en d'autres termes, le travailleur ne peut invoquer la rupture aux torts du cédant, en faisant valoir l'intention de celui-ci de transférer le contrat de travail⁸. Cette situation est commune à divers États membres de l'Union⁹.

En dehors de ce cas particulier, tous les contrats de travail doivent être transférés.

3. Ce n'est pas le lieu de décrire tous les aspects sociaux du transfert d'entreprise. On se limitera ici à l'examen d'un cas particulier, celui des travailleurs qui n'ont pas été repris. On distinguera deux hypothèses puisque, en droit belge, le transfert d'entreprise fait l'objet de deux ensembles normatifs différents : il est régi soit par la convention collective de travail n° 32bis¹⁰ (§1), soit par l'article 61 de loi du 31 juillet 2009 relative à la continuité des entreprises et la convention collective de travail n° 102¹¹, dans le cas où il constitue un transfert sous autorité de justice au sens de cette loi (§2).

§ 1. Les travailleurs non repris et la convention collective de travail n° 32bis

4. Selon l'article 4, § 1, de la directive, le transfert d'entreprise « ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou pour le cessionnaire. Cette disposition ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation

⁶ C. BARNARD, *EC Employment Law*, Oxford University Press, 2006, 3ème éd., p. 662 ; P. RÉMY, « Quelle signification donner au droit d'opposition du salarié au transfert de son contrat de travail ? », *Droit social*, 2004, pp. 155 et s. ; A. SUPIOT, « Les salariés ne sont pas à vendre », *Droit social*, 2006, pp. 264 et s. ; C. MARZO et F. LECOMTE, « Le refus d'être transféré : droit comparé », *Droit social*, 2010, pp. 698 et s.

⁷ C.J.C.E., 24 janvier 2002, *Temco*, aff. C-51/00.

⁸ C. trav. Gand, 25 mars 2005, *Chron. D.S.*, 2005, p. 323.

⁹ P. RÉMY, *op. cit.*, *Droit social*, 2004, p. 161 ; Y. VIALA, « Le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise en droit allemand », *Droit social*, 2005, pp. 208 et s. ; C. MARZO et F. LECOMTE, *op. cit.*, *Droit social*, 2010, pp. 698 et s.

¹⁰ Convention collective de travail n° 32bis du 7 juin 1985 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 ou concordat judiciaire par abandon d'actif.

¹¹ 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.

impliquant des changements sur le plan de l'emploi ». Cette prescription est transposée par l'article 9 de la convention collective n° 32bis. Le licenciement qui n'est motivé que par le transfert est illicite ; il constitue d'ailleurs une infraction pénale¹².

Le fait que le travailleur est licencié à une date proche du transfert et réembauché par le cessionnaire peut être un indice à prendre en considération pour apprécier la licéité du licenciement. A, par exemple, été jugé illicite, par la jurisprudence belge, le licenciement notifié par le cédant en vue de permettre au cessionnaire de reprendre à son service un travailleur après un jour de chômage avec le bénéfice de primes à l'embauche¹³. Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Dethier Equipement*, l'avocat général précise néanmoins que l'irrégularité du licenciement ne peut se déduire de la seule circonstance que, peu de temps après la rupture du contrat de travail, la société employeur a été cédée, spécialement lorsque celle-ci est en liquidation¹⁴. Encore faut-il que le licenciement soit fondé sur le transfert et non sur l'une des raisons admises par la directive.

5. De manière à renforcer la protection contre le licenciement, que les auteurs de la directive n'ont que brièvement ébauchée, la Cour de justice a énoncé une fiction : si licenciement opéré par le cédant est jugé illicite, le salarié est considéré comme étant toujours au service de l'entreprise à la date de la cession, avec la conséquence, notamment, que les obligations de l'employeur à son égard sont transférées de plein droit au cessionnaire, conformément à l'article 3 de la directive. C'est l'enseignement de l'arrêt *Bork international*. Dans cette affaire, le travailleur, licencié par le cédant quelques jours avant le transfert et en raison de celui-ci, avait ensuite été réembauché par le cessionnaire ; il réclamait à son nouvel employeur le paiement des arriérés de salaires et de congés payés. Selon la Cour, si le licenciement a pour seul motif le transfert, ce qu'il appartient au juge national de vérifier, le salarié doit être regardé comme faisant toujours partie du personnel au jour de ce transfert, avec la conséquence que la dette de salaire est transférée¹⁵.

En d'autres termes, dans l'hypothèse où le travailleur est licencié par le cédant pour un motif illicite puis réembauché par le cessionnaire, la règle selon laquelle le contrat de travail est transféré s'applique pleinement : le cessionnaire est titulaire de tous les droits et obligations nés du contrat de travail et existant à la date de la cession¹⁶. En particulier en ce qui concerne le passif, la Cour de

¹² C. trav. Gand, 8 novembre 2002, *J.T.T.*, 2003, p. 111, *Chron. D.S.*, 2005, p. 198. A l'heure actuelle, c'est toujours l'article 56, § 1^{er}, 1, de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires qui contient la sanction pénale, l'article 189 du Code pénal social n'étant pas encore en vigueur.

¹³ Trib. trav. Charleroi, 22 novembre 1999, *Chron. D. S.*, 2001, p. 50 ; C. trav. Anvers, 18 octobre 2000, *Chron. D. S.*, 2001, p. 460.

¹⁴ *Rec.*, 1998, pp. 1063 et suiv. ; dans le même sens, C. trav. Liège, 15 février 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 778 et *Chron. D.S.*, 1999, p. 394.

¹⁵ C.J.C.E., 15 juin 1988, *Bork International*, aff. 101/87, § 18 ; C.J.C.E., 24 janvier 2002, *Temco*, aff. 51/00, § 28 ; voy. aussi C. trav. Liège, 1^{er} décembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 83.

¹⁶ Sous réserve de l'exclusion des dettes relatives aux régimes complémentaires au régime légal en matière de retraite, survie et invalidité. Le sort de ces derniers est fixé par le droit commun et les dispositions légales spécifiques aux pensions complémentaires.

cassation a précisé que le cessionnaire paie ainsi sa propre dette, au paiement de laquelle le cédant est, en vertu de l'article 8 de la convention collective n° 32bis, tenu *in solidum* avec lui¹⁷.

Dans l'arrêt *Dethier Equipement*, la Cour de justice précise que la fiction s'applique également si le salarié n'est pas réembauché par le cessionnaire après le transfert ; autrement dit, le travailleur irrégulièrement licencié par le cédant peu de temps avant le transfert de l'entreprise et non repris par le cessionnaire peut prétendre que le contrat le lie encore à ce dernier et se prévaloir vis-à-vis de lui de l'irrégularité du licenciement¹⁸.

C'est précisément dans l'hypothèse où le travailleur n'est pas repris par le cessionnaire que la fiction énoncée par la Cour de justice fait naître les questions les plus délicates.

6. Tout d'abord, la fiction permet-elle au salarié d'exiger la poursuite de l'exécution du contrat de travail par le cédant et/ou le cessionnaire ? Certains auteurs se sont prononcés en ce sens¹⁹. Plusieurs juges des référés se sont déclarés compétents pour condamner le cessionnaire à reprendre le personnel du cédant, sous peine d'astreinte²⁰. On peut mettre en doute la légalité de telles ordonnances pour deux motifs au moins. D'une part, elles font abstraction du pouvoir de résiliation unilatérale dont dispose chaque partie au contrat²¹. Ensuite, l'astreinte ne peut être prononcée pour assurer l'exécution d'une obligation essentielle d'un contrat de travail ; or l'obligation de travailler est bien une obligation essentielle²².

Il paraît plus plausible de considérer que la fiction du maintien du contrat de travail a pour seul effet d'ouvrir au travailleur une action à fin pécuniaire à l'encontre du cessionnaire, et ce qu'elle porte sur des rémunérations en souffrance ou sur l'indemnité compensatoire de préavis découlant de la décision du cédant. Le contrat est virtuellement transféré mais il a été rompu illégalement ; la dette d'indemnité est transférée au cessionnaire qui en devient le débiteur²³, le cédant étant tenu *in solidum* avec lui.

7. La fiction conduit à une autre réflexion. Si la dette d'indemnité compensatoire de préavis est transférée, cela signifie que le refus du cessionnaire de reprendre le salarié à son service ne s'analyse

¹⁷ Cass., 16 septembre 2013, S.07.0031.F, réponse au quatrième moyen (cette partie de l'arrêt n'est pas publiée à la *Pasicrisie* ni au *J.T.T.*). Le cédant n'est pas tenu des dettes nées après le transfert (Cass. 10 novembre 2014, S.11.0086.N).

¹⁸ C.J.C.E., 12 mars 1998, *Dethier Equipement*, aff. C-319/94, § 41.

¹⁹ C. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 109 et s.

²⁰ Trib. trav. (réf.) Namur, 23 octobre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 125. Cons. V. VANNES, « Le juge des référés et le respect des droits évidents du travailleur », *J.T.T.*, 1999, pp. 265 et s. ; D. AGUILAR Y CRUZ, « Modifications unilatérales, provisoire et pouvoirs du juge des référés », *J.T.T.*, 2009, pp. 417 et s. ; L. PELTZER, « L'exécution en nature de la convention, les mesures avant dire droit et les pouvoirs du juge des référés », *La modification unilatérale du contrat de travail*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, pp. 47 et s.

²¹ Comp. Cass., 20 juin 1988 *J.T.T.*, 1988, p. 494.

²² 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. Sanctions », *La cession d'entreprise : les aspects sociaux*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 205.

²³ Dans le même sens, C. trav. Bruxelles, 22 avril 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 404.

pas comme une seconde rupture du contrat de travail faisant naître dans le chef du salarié le droit à une deuxième indemnité de rupture. Le cédant a rompu le contrat de manière illicite ; cette rupture fait naître une dette dans le chef du cédant. Pour les besoins de la protection du salarié, on fait comme s'il était toujours en service au moment du transfert de sorte que la dette d'indemnité est transférée. Elle se trouve désormais dans le patrimoine du cessionnaire. La fiction ne consiste pas à dire qu'un nouveau contrat se noue entre le salarié et le cessionnaire, contrat qui serait rompu à son tour par ce dernier. Il n'y a qu'un seul contrat et une seule dette d'indemnité de rupture. Le travailleur ne pourrait donc soutenir qu'il a été licencié deux fois.

8. Le travailleur licencié par le cédant doit-il, pour pouvoir établir l'irrégularité de son licenciement, solliciter son embauche par le cessionnaire et essuyer un refus ou peut-il se borner à prendre acte de la décision du cédant ? Certains auteurs ont soutenu que le travailleur devait, avant toute autre chose, mettre le cessionnaire en demeure de le prendre à son service et de continuer l'exécution du contrat, à défaut de quoi il ne pouvait réclamer aucune indemnisation²⁴.

Dans un arrêt du 29 avril 2013, la Cour de cassation adopte une interprétation contraire. Les faits peuvent être résumés comme suit. La société Dry Eycken cède son fonds de commerce. Quelques semaines avant que la cession devienne effective, elle notifie un congé à son ouvrière, madame T., dont le contrat prend fin treize jours avant le passage de témoin au nouveau chef d'entreprise. Dry Eycken est ensuite mise en liquidation. Madame T. estime son licenciement abusif et assigne le cessionnaire en paiement. Le juge *a quo* constate que l'opération est un transfert d'entreprise au sens de la convention collective n° 32bis, que le transfert est la cause du licenciement et que, par conséquent, la rupture du contrat est illégale puisque l'article 9 de la même convention collective s'oppose à ce que le changement d'employeur constitue, en lui-même, un motif de licenciement. Cependant, selon la cour du travail, il ne s'agit pas d'un licenciement abusif au sens de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 car la travailleuse s'est résignée à son licenciement et n'a entrepris aucune démarche pour tenter de poursuivre l'exécution du contrat chez le cessionnaire : elle ne s'est pas présentée à l'entreprise à cette fin et n'a pas vu, par conséquent, sa demande rejetée par le cessionnaire. La Cour de cassation a cassé la décision : « Les juges d'appel ont fondé la décision que le licenciement n'est pas abusif sur le fait que la demanderesse s'est résignée au congé et n'a pas tenté de poursuivre l'exécution de son contrat de travail. Cette décision n'est pas légalement justifiée »²⁵. Une ouvrière peut donc, sans avoir préalablement réclamé au cessionnaire qu'il la reprenne à son service, alléguer le caractère abusif de son licenciement.

Si l'absence de sollicitation auprès du cessionnaire n'empêche pas l'ouvrier d'alléguer le caractère abusif de son licenciement sur la base de l'ancien article 63 de la loi du 3 juillet 1978, peut-on pour autant considérer que le même travailleur peut, dans les mêmes circonstances, soutenir l'irrégularité de la rupture du contrat au regard de la convention collective de travail n°32bis ? On est porté à le penser en raison d'un deuxième enseignement que l'on peut retirer de l'arrêt du 29 avril 2013, qui établit un lien entre le licenciement illicite au regard du droit du transfert et l'article 63. La Cour

²⁴ Voy., par exemple, C. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, 2^{ème} éd., *op. cit.*, p. 110.

²⁵ Cass., 29 avril 2013, *Pas.*, 2013, p. 991.

précise en effet : « Le congé qui a été donné en violation de l'interdiction de licencier prévue aux articles 4.1 de la directive 2001/23/CE et 9 de la convention collective de travail n° 32bis, n'est pas justifié par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service au sens de l'article 63, alinéa 1^{er}, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. L'arrêt qui statue autrement n'est pas légalement justifié ».

Un ancien débat avait surgi, dès la transposition de la directive européenne dans l'ordre juridique belge, quant à la sanction applicable au licenciement effectué en méconnaissance de la convention collective n° 32bis. Partant du constat qu'aucune indemnité forfaitaire n'a été prévue par les partenaires sociaux, certains avaient considéré que le travailleur pouvait réclamer la réparation de son dommage selon les règles de droit commun, c'est-à-dire pour autant qu'il démontre, d'une part, la cause de son licenciement, et, d'autre part, que le licenciement illicite lui a fait subir un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi, ce dernier étant réparé par l'octroi de l'indemnité compensatoire de préavis. D'autres avaient, pour ce qui concerne les ouvriers, admis l'application de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, reconnaissant une certaine identité entre, d'un côté, le licenciement justifié par le seul transfert, sans que l'employeur dispose d'un motif économique, technique ou d'organisation impliquant des changements dans le domaine de l'emploi (article 9 de la CCT n° 32bis) et, de l'autre, les nécessités du fonctionnement de l'entreprise (article 63 de la loi du 3 juillet 1978)²⁶. Ce point de vue ne portait secours qu'aux ouvriers, puisque l'article 63 n'était pas applicable aux employés.

La Cour a tranché en faveur de la seconde interprétation.

En d'autres termes, le licenciement d'un ouvrier irrégulier au regard de la convention collective n° 32bis, parce qu'il est motivé par le seul transfert sans que l'employeur puisse se prévaloir de l'un des motifs de justification admis par la convention collective, est également un licenciement irrégulier au regard de l'ancien article 63 de la loi du 3 juillet 1978²⁷⁻²⁸.

9. Cet enseignement est-il toujours utile, à l'heure actuelle, alors que l'article 63 est abrogé pour l'essentiel des salariés, et que la convention collective de travail n° 109 régit désormais la motivation des licenciements de bon nombre de travailleurs²⁹ ? Les champs d'application des deux dispositions ne se recouvrent qu'en partie. Le premier s'appliquait à un très grand nombre d'ouvriers. La seconde s'applique indistinctement aux ouvriers et aux employés pour autant que leur employeur relève du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, mais exclut de son rayon d'action toute une série de salariés.

²⁶ En faveur de la première thèse, not. M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. II, Liège, Faculté de Droit, 1986, p. 439 ; M. TAQUET et C. WANTIEZ, obs. sous C. trav. Liège, 28 mars 1984, *J.T.T.*, 1984, p. 366. En faveur de la seconde interprétation, C. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, Bousval, eds, 1996, p. 115.

²⁷ L'inverse n'est pas vrai : tout licenciement abusif au regard de l'article 63 n'est pas forcément un licenciement irrégulier au regard de la convention collective de travail n° 32bis.

²⁸ Ce constat vaut aussi bien lorsque le licenciement est opéré par le cédant que lorsqu'il est le fait du cessionnaire qui, après le transfert, met fin au contrat sans disposer d'un motif régulier.

²⁹ Convention collective de travail n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement.

Si l'on fait abstraction de ces exclusions, pour se concentrer sur le sort de ceux qui entrent dans le périmètre de la convention collective n° 109, on peut synthétiser le régime de celle-ci comme suit. Il s'articule autour de deux obligations : d'une part, celle de communiquer au travailleur qui le demande les motifs concrets ayant conduit à son licenciement (art. 3) ; d'autre part, celle de ne pas procéder à un licenciement manifestement déraisonnable (art. 9).

La convention collective définit le licenciement manifestement déraisonnable comme celui d'un « travailleur engagé pour une durée indéterminée, qui se base sur des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, et qui n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable » (art. 8). La convention ne précise pas ce qu'il y a lieu d'entendre par des notions aussi vagues que celles d'aptitude, conduite, nécessités du fonctionnement de l'entreprise ; ces justifications correspondent aux standards internationaux et étaient déjà celles que visait l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978.

Si on transpose l'enseignement de l'arrêt du 29 avril 2013, on peut considérer que le congé qui a été donné en violation de l'interdiction de licencier prévue aux articles 4.1 de la directive 2001/23/CE et 9 de la convention collective de travail n° 32bis, n'est pas justifié par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service au sens de la convention collective n° 109. Cela n'en fait pas encore tout à fait un licenciement manifestement déraisonnable. Il restera à établir qu'un employeur normal et raisonnable n'aurait pas notifié de congé dans ces circonstances. Cette condition renvoie à l'étendue du pouvoir de contrôle du juge. Déjà épineuse sous l'empire de l'article 63, cette question reste délicate à l'heure actuelle. En faisant référence à l'employeur « normal et raisonnable », la convention collective investit le juge du fond du pouvoir de contrôler la proportionnalité entre le motif allégué (pour autant qu'il soit établi) et la résiliation du contrat. Derrière une formulation malhabile se cache la volonté des partenaires sociaux de reconduire la jurisprudence de la Cour de cassation adoptée sous l'empire de l'ancien article 63³⁰. Le terme *manifestement* indique que le juge est astreint à une grande réserve et que son pouvoir est limité à un contrôle marginal³¹ : l'employeur n'est sanctionné que s'il apparaît évident qu'un employeur normalement diligent et prudent n'aurait pas pris la même décision. Le juge ne peut substituer son appréciation à celle de l'employeur. Il ne sanctionne que la démesure manifeste. Le motif de licenciement n'est blâmable que s'il l'est au point que toute personne raisonnable le considérerait de toute évidence comme tel³². L'employeur conserve donc une marge d'appréciation de l'opportunité de licencier, pourvu que sa décision ne dépasse pas le périmètre de ce qu'un employeur raisonnable aurait pu faire dans les mêmes circonstances.

10. Cette identité, quoique partielle, entre les deux illicéités, facilite la charge de la preuve du travailleur (i) et le calcul de la sanction pécuniaire (ii).

³⁰ Cass., 26 juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1520 ; Cass., 27 septembre 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 7 ; Cass., 22 novembre 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 3 et conclusions du ministère public. voy. J. CLESSE et F. KÉFER, « Examen de jurisprudence (2002-2011) – Contrat de travail », *R.C.J.B.*, 2012, pp. 327 et s, n° 82.

³¹ Sur le contrôle marginal, voy. J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, pp. 207 et s. ; S. STIJS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? », *J.T.*, 1990, pp. 41 et s. ; D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 106 et s.

³² S. STIJS, *op. cit.*, *J.T.*, 1990, p. 41.

i. Ni la convention collective n° 32*bis* ni la directive ne précisent à qui incombe la preuve des motifs du licenciement. Si l'on s'en tient au droit commun de la charge de la preuve, c'est au travailleur s'estimant congédié de manière illicite qu'il revient de démontrer que les motifs de son licenciement ne sont pas satisfaisants³³. La cour du travail de Liège en a décidé autrement, dans un arrêt du 27 juin 2006³⁴, jugeant que l'employeur avait la charge de prouver les motifs. Cette décision est-elle critiquable ? Un rapprochement peut sans doute être opéré avec l'arrêt du 14 janvier 2008 concernant le licenciement d'un travailleur en crédit-temps ; par cette décision, la Cour de cassation fait peser sur les épaules de l'employeur le fardeau de la preuve d'un motif licite de licenciement alors que la réglementation ne précise pas non plus à qui incombe cette charge³⁵. Eu égard au caractère laconique de la motivation de l'arrêt, il est difficile de conclure avec certitude à l'extension de cette jurisprudence à la matière du transfert d'entreprise.

La convention collective n° 109 relative à la motivation du licenciement modifie la donne pour un certain nombre de travailleurs. Elle module la charge de la preuve selon l'attitude des parties en ce qui concerne le droit du salarié de connaître les motifs de son licenciement³⁶. Si le salarié n'a pas sollicité (dans les formes et délais requis) la communication de ceux-ci, il supporte la charge de prouver les éléments qui indiquent le caractère manifestement déraisonnable du licenciement ; il ne sera pas dans une position plus favorable, sur le plan probatoire, que s'il s'appuyait sur la seule convention collective n° 32*bis*. Si l'employeur a donné suite à sa demande, chaque partie doit, conformément au droit commun, rapporter la preuve des faits qu'elle allègue : l'employeur doit démontrer la réalité des motifs avancés, le salarié doit démontrer que le licenciement est déraisonnable. Si l'employeur n'a pas ou a incorrectement donné suite à la requête du travailleur ou n'a pas spontanément fourni la justification de son congé, il lui incombera tout d'abord de prouver les motifs de sa décision ; il devra en outre établir que celle-ci n'est pas manifestement déraisonnable (art. 10).

(ii) Un autre avantage de se prévaloir de la convention collective n° 109 en cas de licenciement contraire à la convention collective n° 32*bis* réside dans le fait que la première prévoit explicitement la sanction de sa méconnaissance. Fidèle à l'attachement du législateur au pouvoir de résiliation unilatérale, la convention collective n'a prévu, à charge de l'employeur qui licencie pour un motif manifestement déraisonnable, ni la nullité du licenciement ni la réintégration du salarié ; la sanction consiste dans l'obligation de payer une indemnité. Le travailleur victime d'un licenciement manifestement déraisonnable est dispensé d'établir l'existence d'un préjudice ou sa consistance. A moins qu'il ne préfère réclamer la réparation de son dommage réel, en faisant lui-même la démonstration de l'existence et de l'étendue de celui-ci, la convention lui permet de bénéficier d'une indemnité forfaitaire, égale à la rémunération de trois à dix-sept semaines (art. 9), qui peut être cumulée avec une indemnité compensatoire de préavis.

³³ En ce sens, C. WANTIEZ, *op. cit.*, *La cession d'entreprise : les aspects sociaux*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 200.

³⁴ C. trav. Liège, 27 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 412.

³⁵ Cass., 14 janvier 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 113, et note I. VAN PUYVELDE, « De bewijslast van de regelmatigheid van het ontslag bij ontslagverboden ».

³⁶ J. CLESSE, « La longue marche vers un statut unique pour les ouvriers et les employés », *Questions choisies de droit social. Hommage à Michel Dumont*, CUP, vol. 150, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 452 et s., n° 55 et s.

11. En conclusion, le travailleur qui n'est pas repris par le cessionnaire n'a pas le pouvoir de contraindre celui-ci de le prendre à son service. La protection que lui offre la convention collective n° 32bis est faible, mais elle se trouve épaulée par celle de la convention collective n° 109. Le licenciement motivé par le transfert et non justifié par les motifs admis par la convention collective n° 32bis est un licenciement qui n'est pas justifié par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service au sens de la convention collective n° 109. S'il est jugé qu'un employeur raisonnable n'aurait manifestement pas agi de la sorte, le salarié peut bénéficier des indemnités forfaitaires prévues par cette convention collective.

§ 2. Les travailleurs non repris en cas de transfert sous autorité de justice

12. La loi du 30 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises permet au débiteur de sauver son entreprise selon un des trois procédés suivants : la conclusion d'un accord amiable avec plusieurs créanciers, l'établissement d'un plan de réorganisation qui recueillera l'accord d'une majorité de créanciers et s'imposera à tous après avoir été homologué par le tribunal de commerce, ou encore le transfert sous autorité de justice, à un ou plusieurs tiers, de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités. C'est de la troisième hypothèse qu'il est question ici. Le tribunal de commerce ordonne le transfert de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités en vue d'assurer leur maintien (art. 59) ; ensuite, une fois le meilleur acquéreur trouvé par l'entremise d'un mandataire de justice, la vente est autorisée par le tribunal et le transfert est ensuite réalisé par ce mandataire, qui désintéresse les créanciers au moyen du produit de la vente.

Le sort des travailleurs est régi par la combinaison de l'article 61 de la loi du 31 juillet 2009 et la convention collective de travail n° 102 du Conseil national du travail. Les auteurs de la loi ont nettement voulu écarter la convention collective de travail n° 32bis dans cette hypothèse³⁷. Ils ont construit un régime juridique qui s'en inspire partiellement et s'en écarte sur bien des points pour se rapprocher très fort de celui applicable en cas de reprise d'actifs après faillite. Le transfert des contrats de travail et le maintien des conditions de travail du personnel repris sont très relatifs. En apparence, la convention collective de travail n° 102 organise un transfert des contrats de travail comme le fait l'article 7 de la convention collective de travail n° 32bis : « les droits et obligations à l'égard des travailleurs repris qui résultent de leur contrat de travail avec le débiteur existant à la date du transfert sous autorité de justice sont, du fait de ce transfert, transférés au repreneur » (art. 9). En apparence seulement, car la suite du texte vide le principe de la plus grande partie de sa substance : d'une part, le repreneur a le droit de choisir les salariés qu'il reprend (art. 12 de la CCT et art. 61, § 3, de la loi); d'autre part, tous les droits issus du contrat ne sont pas transférés mais uniquement ceux dont le repreneur a été informé (art. 9, al. 2, de la CCT).

³⁷ Même lorsqu'il est consenti par le débiteur selon ce qui est indiqué à l'article 59, § 1^{er}, de la loi du 31 juillet 2009, le transfert *sous autorité de justice* ne doit pas être confondu avec le transfert de l'entreprise inscrit au plan de réorganisation dans le cadre d'une réorganisation judiciaire *par accord collectif* et visé par l'article 51 de la même loi. Ce dernier ne fait l'objet, en ce qui concerne les droits individuels des travailleurs, d'aucune disposition spécifique et est soumis à la convention collective de travail n° 32bis.

Le repreneur choisit donc les salariés qu'il prend à son service, comme en cas de reprise après faillite³⁸. Le salarié ne se voit pas reconnaître le droit de reprocher au cessionnaire le refus de poursuivre l'exécution du contrat de travail noué avec le cédant.

13. À peu de choses près, la manière dont la loi protège les travailleurs non repris se résume aux deux précautions suivantes : d'une part, le mandataire de justice doit donner la priorité à l'offre qui assure au mieux la permanence de l'emploi³⁹ ; d'autre part, le choix du repreneur ne peut être arbitraire.

S'agissant de la première, le tribunal désigne un mandataire de justice pour organiser et réaliser le transfert (art. 60) ; celui-ci recherche et sollicite des offres « en veillant prioritairement au maintien de tout ou partie de l'activité de l'entreprise tout en ayant égard aux droits des créanciers » (art. 62, al. 1^{er})⁴⁰. En cas de pluralité d'offres « comparables »⁴¹, le mandataire donne la priorité à celle qui « garantit la permanence de l'emploi par un accord social » (art. 62, al. 3) ; la garantie que fournit le candidat « doit être étayée par des preuves concrètes de la volonté et de la capacité du repreneur de préserver l'emploi et l'activité dans la mesure du possible au regard des conditions du marché »⁴². Le mandataire départage donc les offres sur la base du critère de l'emploi. Il peut d'ailleurs énoncer les garanties d'emploi qui doivent être communiquées par les candidats repreneurs. Selon certains, il pourrait demander que l'accord social soit préalablement homologué par le tribunal du travail selon ce que prévoit l'article 61, décision qui pèserait de tout son poids dans l'appréciation des garanties de maintenir l'emploi⁴³.

Le mandataire élabore ensuite un ou plusieurs projets de vente, qu'il soumet au tribunal en lui demandant l'autorisation de vendre. Le juge statue après avoir entendu les représentants du personnel. La vente est ensuite conclue conformément au projet qui avait été soumis au tribunal.

³⁸ Le transfert des contrats des salariés choisis par le repreneur n'est pas tout à fait le même mécanisme que celui organisé en cas de faillite. Dans cette dernière hypothèse, l'acquéreur des actifs choisit les salariés qu'il reprend et conclut avec eux un nouveau contrat de travail. En cas de transfert sous autorité de justice, le contrat de travail est transféré ; les parties ne concluent pas de nouveau contrat de travail. La convention collective n° 102 réalise un transfert de contrat synallagmatique, comme lors d'un transfert conventionnel d'entreprise. Néanmoins, le contrat qui lie le salarié au repreneur peut se révéler fort différent de celui qui le liait au cédant. En effet, pour que les droits et obligations issus du contrat soient transférés, ils doivent faire l'objet d'une information écrite au repreneur (art. 9, al. 2, de la CCT n° 102) ; une information défectueuse a pour résultat que certains droits ne sont pas transférés.

³⁹ C'est désormais le mandataire qui départage les offres sur la base de ce critère, et non plus le juge, ce qui réduit considérablement le rôle de celui-ci (M.-C. ERNOTTE et B. INGHELS, « La loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises : ajustement ou rétrécissement ? », *J.T.*, 2013, p. 651).

⁴⁰ La loi fixe aussi un prix minimum : il doit être égal ou supérieur à la valeur de réalisation forcée présumée en cas de faillite ou de liquidation.

⁴¹ Voy., *mutatis mutandis*, I. VEROUGSTRÆTE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 237.

⁴² *Doc. Parl.*, Chambre, n° 53-2692/001, p. 29.

⁴³ M.-C. ERNOTTE et B. INGHELS, *op. cit.*, *J.T.*, 2013, p. 652 ; *contra*, L. BIHAIN, « Transfert sous autorité de justice », *J.T.*, 2014, p. 127. À l'appui de l'interprétation de Mmes ERNOTTE et INGHELS, on peut faire valoir que l'on n'aperçoit pas pourquoi le mandataire de justice ne pourrait pas subordonner l'acceptation de l'offre à l'homologation préalable alors que la vente peut – à condition d'être autorisée telle qu'elle par le tribunal de commerce – être conclue sous condition suspensive de l'homologation par le tribunal du travail, situation périlleuse mais conforme au droit. Un accord peut, en effet, être conclu sous la condition suspensive d'une homologation facultative (P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 252, n° 101). Il paraît plus efficace de reconnaître au mandataire de justice le pouvoir de poser en condition préalable ce que de toute façon il pourra convenir en tant que condition suspensive de la convention de transfert.

14. Quant à la seconde mesure, la sélection des travailleurs que reprend le cessionnaire doit obéir à un motif licite : la loi (art. 61, §3) et la convention collective (art. 12) n'admettent que les choix opérés pour des raisons techniques, économiques ou organisationnelles. La charge de la preuve des motifs incombe, en cas de litige, au cessionnaire. Le pouvoir de contrôle du juge est ici aussi marginal ; il ne peut apprécier l'opportunité des décisions patronales ; le cessionnaire conserve donc une grande marge d'appréciation de l'opportunité de choisir les travailleurs qu'il désire reprendre à son service puisque seules les décisions manifestement déraisonnables seront jugées inadmissibles.

Les mêmes dispositions condamnent en outre les « différenciations interdites ». Cela signifie tout d'abord ce que l'on savait déjà, à savoir qu'il ne peut être question de sélectionner les salariés en fonction de critères protégés par les diverses lois relatives à la discrimination : leur état de santé, leur sexe, leur âge, leur origine ethnique, leur état civil, etc., et ce sauf, bien entendu, si la distinction est justifiée par un motif admis par la loi. A défaut, le tribunal de commerce peut sanctionner la sélection par un refus d'autoriser la vente au candidat-cessionnaire.

Outre cette superposition un peu redondante aux dispositions existantes, les deux normes créent un nouveau critère de différenciation interdite : « les représentants des travailleurs dans l'entreprise transférée ou la partie d'entreprise transférée ne peuvent être soumis à un traitement différencié uniquement en raison de leur activité exercée comme représentant des travailleurs ». Ce critère ne figure pas parmi les critères protégés par les diverses lois adoptées en 2007 pour lutter contre la discrimination⁴⁴. Le dispositif de protection est différent de celui mis sur pied par les lois de 2007, et d'ailleurs moins ambitieux : il consiste dans le refus potentiel du tribunal de commerce d'autoriser le transfert en projet ; les travailleurs qui s'estiment discriminés en raison de leur activité de représentation du personnel ne bénéficient pas de règles particulières concernant la charge de la preuve, ni de protection contre les mesures préjudiciables, etc., comme on en trouve dans les lois de 2007.

Plusieurs précisions s'imposent quant au cercle des bénéficiaires de cette protection spécifique contre la discrimination. Quels travailleurs sont considérés comme des « représentants des travailleurs » ? Il semble acquis que, par ces termes, la loi et la convention collective ne visent pas les travailleurs protégés par la loi du 19 mars 1991⁴⁵, mais une catégorie à la fois plus large et plus restreinte de salariés. Plus large car les délégués syndicaux en font partie, alors qu'ils ne sont pas, en tant que tels, visés par la loi du 19 mars 1991. Plus restreinte, car les candidats non élus aux élections sociales, protégés par la loi du 19 mars 1991, ne sont pas des représentants des travailleurs⁴⁶.

Qu'en est-il des salariés qui sont les porte-paroles des travailleurs d'une entreprise dépourvue d'organe de concertation et qui exercent, à défaut d'organe, le droit d'être entendus et informés (art. 59 de la loi) ? Selon le commentaire de l'article 12 de la convention collective n° 102,

⁴⁴ On ne peut en effet l'assimiler à la conviction syndicale, qui figure parmi les critères protégés par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

⁴⁵ Loi portant un régime de licenciement particulier pour les délégués du personnel aux conseils d'entreprise et aux comités de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail, ainsi que pour les candidats délégués du personnel.

⁴⁶ Dans son avis du 5 octobre 2011, le Conseil national du travail confirme que seuls les membres effectifs et suppléants sont visés : « il est uniquement tenu compte des représentants du personnel tels que visés à l'article 1^{er}, § 1^{er}, 1°, de la loi du 19 mars 1991 et à l'article 20bis de la CCT n° 5 du 24 mai 1971 » (Avis n° 1779 du 5 octobre 2011, p. 38) ; voy. aussi P. COUSSEMENT, « De Wet op de Continuïteit van de Ondernemingen van 31 januari 2009 » ? *R.D.C.*, 2009, p. 317, note 179.

seuls seraient concernés les membres de la délégation syndicale, du conseil d'entreprise et du comité pour la prévention et la protection au travail. Les travailleurs qui n'exercent pas d'activité syndicale et ne représentent leurs collègues que pour la circonstance ne peuvent invoquer la protection de la loi et de la convention collective en cas de traitement différencié en raison de leur activité exercée comme représentant des travailleurs. La loi du 10 mai 2007 ne contient pas non plus, parmi la liste fermée de critères protégés, celui tiré de l'exercice de l'activité de représentation, de sorte que les représentants du personnel d'une petite entreprise qui ne seraient pas repris en raison de leur activité occasionnelle se trouvent fort démunis pour s'opposer à la différence de traitement qui les affecte⁴⁷.

L'employeur bénéficie d'une présomption, énoncée comme suit : « Sauf preuve contraire, l'absence de différenciation interdite est présumée établie si la proportion, 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 d'entreprise reste respectée après le transfert » (art. 61, § 3, al. 4). La convention collective précise que cette présomption peut être renversée (art. 12, al. 5). Il va de soi, par ailleurs, que la preuve de l'absence de différenciation fondée sur ce critère peut être rapportée par d'autres moyens de droit⁴⁸.

Cette présomption n'est prévue qu'au sujet des représentants des travailleurs ; si d'autres salariés se prétendent victimes d'une « différenciation prohibée », par exemple sur la base de leur état de santé, l'employeur ne bénéficie pas de la présomption⁴⁹.

15. Pour être efficace, la contestation a tout avantage à être formulée par les travailleurs et examinée par le juge avant que la vente soit autorisée. Elle peut être portée à la connaissance du tribunal du travail s'il est saisi d'une demande d'homologation. Pendant la procédure pendante au tribunal de commerce, une partie (le cédant, le cessionnaire ou le mandataire de justice) peut – mais n'est pas obligée – saisir le tribunal du travail d'une demande d'homologation d'une partie du transfert, son volet social, appelé improprement « convention de transfert projeté » (art. 61, §5)⁵⁰. Les travailleurs, qu'ils soient repris ou non, n'ont pas cette possibilité. En revanche, si la procédure est entamée, ils

⁴⁷ Sans doute, comme l'a dit la Cour constitutionnelle, « tout traitement inégal dans les rapports entre les citoyens auquel aucune justification ne peut être donnée constitue une discrimination et, dès lors, un comportement fautif qui peut donner lieu à une sanction civile, notamment à une indemnisation » (C.C., 11 mars 2009, n° 41/2009, B.11). Cette faculté constitue cependant une protection juridique fort limitée au regard de celle dont bénéficient les victimes de discriminations fondées sur un des critères protégés par la loi.

⁴⁸ H. VAN HOOGENBEMT, « De werknemers, de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement », *J.T.T.*, 2009, p. 184, n° 22.

⁴⁹ Un débat avait été entamé quant aux catégories de personnel à comparer : faut-il respecter la proportion à l'intérieur de chaque catégorie de représentants (délégués syndicaux, membres effectifs du conseil d'entreprise, membres suppléants de celui-ci, membres du comité pour la prévention et la protection, effectifs et/ou suppléants) ou bien peut-on globaliser tous les représentants pour apprécier si les conditions de la présomption sont réunies ? Le commentaire de l'article 12 de la convention collective n° 102 répond à cette question : la proportion est vérifiée globalement et non organe par organe.

⁵⁰ Pour plus de détail au sujet de cette procédure et de ses effets, voy. F. KÉFER et G. GAILLIET, « Le sort des travailleurs d'une entreprise en réorganisation judiciaire », *Questions choisies de droit social. Hommage à Michel Dumont*, CUP, vol. 150, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 392 et s., n° 32 et s.

ont la faculté d'y participer en formant soit une intervention volontaire (art. 5, al. 5), soit une tierce-opposition si la décision est prononcée en leur absence⁵¹.

Le rôle du tribunal du travail consiste à vérifier « si les conditions légales ont été remplies par les parties signataires et si l'ordre public a été respecté » (art. 61, § 5). La convention de transfert projeté soumise à l'homologation doit contenir entre autre la liste des travailleurs qui seront repris (art. 13 de la CCT). Le tribunal du travail est donc amené à contrôler cette liste.

Conformément au droit commun de l'homologation⁵², le juge a le choix entre homologuer et refuser d'homologuer la convention ; il ne peut y apporter aucune modification ni subordonner son homologation au respect de conditions supplémentaires ; il opère un contrôle de légalité et non d'opportunité du projet. Sa décision n'aura pas pour effet de rendre le transfert exécutoire ; plus modestement, elle consiste en une déclaration de conformité du volet social du plan à la loi et à l'ordre public. Il vérifie entre autres choses si le choix des salariés par le cessionnaire est dicté par des raisons techniques, économiques ou organisationnelles sans différenciation interdite⁵³. A cette occasion, les travailleurs non repris peuvent faire valoir le caractère illicite de la sélection opérée par le cessionnaire et ainsi s'opposer à l'homologation. S'ils ne font pas valoir leur point de vue en temps utile ou s'ils succombent, l'homologation, parce qu'elle déclare la convention conforme au droit et donc à l'interdiction d'opérer des choix illicites, tiendra en échec d'éventuelles actions des travailleurs non repris, qui soutiendraient être victimes de différenciations interdites.

16. Si les tentatives de faire reconnaître le caractère arbitraire du choix opéré par le cessionnaire échouent, quels sont les droits des travailleurs non repris ? Si l'entreprise cédante poursuit ses activités, ils demeurent à son service. Si elle les licencie, en respectant, le cas échéant, les dispositions relatives au licenciement collectif⁵⁴, les travailleurs ne pourront faire valoir leur créance qu'à l'égard du cédant, puisque le dispositif normatif s'oppose au transfert de leurs contrats de travail. Si le cédant fait l'objet d'une fermeture, les salariés non transférés pourront, si l'employeur n'est pas solvable, introduire une demande d'intervention auprès du Fonds de fermeture selon les conditions et modalités prévues par la loi du 26 juin 2002 relative aux fermetures d'entreprises.

17. En permettant au cessionnaire de choisir les salariés qu'il conserve à son service, le droit belge s'oppose frontalement au principe du transfert de plein droit des contrats de travail proclamé par l'article 3 de la directive européenne ; celle-ci étend son emprise aux transferts sous autorité de justice dont l'objectif n'est pas de liquider les biens du cédant mais de préserver une activité dans

⁵¹ P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions*, op. cit., p. 351.

⁵² A ce sujet, voy. P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions*, op. cit., p. 209, n° 77 ; p. 291, n° 114.

⁵³ M.-C. ERNOTTE et B. INGHELS, op. cit., J.T., 2013 p. 650 ; L. BIHAIN, op. cit., J.T., 2014, p. 135, n° 27.

⁵⁴ Voy. à ce sujet, L. BIHAIN, J.-PH. CORDIER, H. DECKERS et L. PELTZER, « Les implications de la procédure de réorganisation judiciaire en droit social et au regard des droits des travailleurs », *Actualité de la continuité – Continuité de l'actualité – Etats généraux de la continuité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 492 et s.

l'entreprise dont l'équilibre est menacé⁵⁵. Si les transferts intervenant dans le contexte d'une faillite ou d'une procédure assimilée peuvent échapper aux obligations principales de la directive, ceux qui s'inscrivent dans le cadre d'autres procédures d'insolvabilité, qui ne visent pas la liquidation des biens du cédant ou ne se trouvent pas sous le contrôle d'une autorité publique compétente, ne le peuvent pas. Les effets des articles 3 et 4 de la directive peuvent être tempérés selon ce qui est inscrit à l'article 5, §2, de la directive⁵⁶. Deux – et deux seules – exceptions sont tolérées⁵⁷. La possibilité de choisir les travailleurs repris n'en fait pas partie.

Le régime établi par l'article 61 de la loi du 31 janvier 2009 combiné à la convention collective de travail n° 102 n'est donc pas « eurocompatible » lorsque l'entreprise cédante poursuit une activité après le transfert⁵⁸.

Pour atténuer les effets de ce constat, peut-on trouver un apaisement dans le fait que, si la directive était observée, le cédant comme le cessionnaire pourraient licencier le travailleur pour des raisons économiques⁵⁹ ? Cette justification paraît périlleuse. Une absence de transfert n'équivaut pas à un licenciement. En outre, le fait qu'une entreprise soit en restructuration ne saurait impliquer nécessairement et systématiquement des changements sur le plan de l'emploi au sens de l'article 4 de la directive 2001/23 ; cette nécessité doit se rencontrer *in concreto*⁶⁰.

18. Le principe d'interprétation conforme⁶¹ est souvent appelé à la rescousse lorsqu'il s'agit de réconcilier le droit interne et une directive – dépourvue d'effet direct entre les particuliers⁶² – mais ce principe rencontre une limite : l'obligation pour le juge national de se référer au contenu d'une directive lorsqu'il interprète et applique les règles pertinentes du droit interne « ne peut pas servir

⁵⁵ Pour plus de développements, voy. J. PEETERS, « De rechtspositie van de werknemers in de Wet Continuïteit Ondernemingen », *Faillissement & Reorganisatie*, Malines, Kluwer, 2012, pp. 60 et s. ; F. KÉFER et G. GAILLIET, *op. cit.*, CUP, vol. 150, pp. 406 et s.

⁵⁶ Dans le même sens, J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », p. 247, n° 46 et 47 ; H. VAN HOOGENBEMT, *op. cit.*, *J.T.T.*, 2009, p. 183, n° 19 ; 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. 309 et 310, n° 49 et 50. Voy. aussi K. DE SCHUTTER et F. SAELENS, « Arbeidsrechtelijke aspecten bij gerechtelijke reorganisatie », *Or.*, 2009, p. 152.

⁵⁷ Ces deux exceptions sont les suivantes. (a) Les États membres peuvent déroger à la règle du transfert du passif né du contrat de travail avant la date du transfert ou de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, à la condition que la législation interne mette en place une institution qui garantisse aux travailleurs concernés le paiement de leurs créances impayées. (b) Les États membres peuvent prévoir que le cessionnaire, le cédant ou la ou les personnes exerçant les pouvoirs de celui-ci, d'une part, et les représentants des travailleurs, d'autre part, peuvent convenir de modifier les conditions de travail du travailleur pour préserver l'emploi en assurant la survie de l'entreprise.

⁵⁸ H. VAN HOOGENBEMT, *op. cit.*, *J.T.T.*, 2009, p. 183, n° 20 et 22.

⁵⁹ J. WINDEY, *op. cit.*, *J.T.*, 2009, p. 249, n° 62 ; 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*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 160.

⁶⁰ Comp. C.J.U.E., 11 juin 2009, *Commission c. République italienne*, Aff. C-561/07.

⁶¹ Entre autres, C.J.C.E., 13 novembre 1990, *Marleasing*, aff. C-106/89, *Rec.*, p. 4156 ; C.J.U.E., 24 juin 2010, *Sorge*, aff. C-98/09 ; C.J.U.E., 15 janvier 2014, aff. C-176/12, *Association de médiation sociale* ; Cass., 15 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 460. L'article 189, al. 3 est du Traité, cité dans les premiers arrêts, est devenu l'article 288, al. 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁶² « Même une disposition claire, précise et inconditionnelle d'une directive visant à conférer des droits ou à imposer des obligations aux particuliers ne saurait trouver application en tant que telle dans le cadre d'un litige qui oppose exclusivement des particuliers » (not. C.J.U.E., 24 janvier 2012, *Dominguez*, C-282/10).

de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national »⁶³. En l'occurrence, comme la volonté du législateur et des partenaires sociaux d'écartier l'application du droit du transfert est nette, le juge est dépourvu de moyen d'interpréter le droit belge en sorte qu'il soit conforme au droit européen. La Cour de justice considère dans un tel cas que « la partie lésée par la non-conformité du droit national au droit de l'Union pourrait néanmoins se prévaloir de la jurisprudence issue de l'arrêt [Francovich], pour obtenir, le cas échéant, réparation du dommage subi »⁶⁴. Dans cet arrêt *Francovich*⁶⁵, la Cour a déclaré qu'un État membre est obligé de réparer les dommages découlant pour les particuliers de la non-transposition de la directive 80/987/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur. Les travailleurs non repris en cas de transfert sous autorité de justice réalisé dans une perspective d'assainissement du cédant peuvent donc mettre en cause la responsabilité civile de l'État belge. Le moins que l'on puisse dire, c'est que, pour le salarié non repris, c'est une voie peu engageante.

Conclusion

19. La situation des travailleurs non repris en cas de transfert d'entreprise évolue dans deux directions opposées, selon que le transfert est ou non réalisé sous autorité de justice.

Les auteurs de la directive avaient à l'esprit la préservation de l'emploi des salariés occupés dans l'entreprise transférée. Le transfert du contrat de travail et son maintien dans toutes ses composantes – à l'exclusion des régimes complémentaires de prévoyance sociale – visait à éviter que la cession puisse altérer la relation de travail des salariés, qu'à lui seul le transfert d'entreprise soit l'occasion d'une dégradation de la situation des travailleurs, c'est-à-dire de la suppression ou de la réduction de leurs droits. Les astuces pour contourner cette protection ont rapidement vu le jour. La Cour de Justice a dès lors adopté une interprétation large « pour répondre à l'objectif de la directive, qui est de protéger les salariés en cas de transfert de leur entreprise »⁶⁶ ou encore « d'assurer la continuité des relations de travail existant dans le cadre d'une entité économique déterminée, indépendamment du changement de propriétaire »⁶⁷. On a relevé la proclamation, par la Cour de justice, d'une fiction au bénéfice des travailleurs licenciés juste avant la cession de l'entreprise dans le but d'éviter le transfert de leur contrat de travail : ils sont considérés comme toujours employés par le cédant à la date du transfert de sorte que leur créance est transférée au cessionnaire. Faisant sienne cette fiction, la Cour de cassation n'exige pas que, pour faire valoir ses droits vis-à-vis du cessionnaire, le salarié ait préalablement invité celui-ci à le reprendre à son service. Son arrêt du 29 avril 2013 clarifie la question de la sanction, en reconnaissant que l'ancien article 63 de la loi du 3 juillet 1978 est violé si un ouvrier a été licencié en violation de l'interdiction de licencier prévue

⁶³ Not. C.J.C.E., 4 juillet 2006, *Adeneler e.a.*, Aff. C-212/04 ; C.J.C.E., 15 avril 2008, *Impact*, Aff. C-268/06 ; C.J.U.E., 24 janvier 2012, *Dominguez*, C-282/10 ; C.J.U.E., 15 janvier 2014, aff. C-176/12, *Association de médiation sociale*.

⁶⁴ C.J.U.E., 24 janvier 2012, *Dominguez*, C-282/10.

⁶⁵ C.J.C.E., 19 novembre 1991, *Francovich e.a.*, C-6/90 et C-9/90.

⁶⁶ Voy. not. C.J.C.E., 15 juin 1988, *Bork International*, aff. 101/87, *Rec.*, 1988, p. 3057, § 13.

⁶⁷ C.J.C.E., 18 mars 1986, *Spijkers*, aff. 24/85, §§ 11 et 12 ; C.J.C.E., 19 mai 1992, *Redmond Stichting*, aff. C-29/91, § 23 ; C.J.C.E., 2 décembre 1999, *Allen*, aff. 101/87, § 23 ; C.J.C.E., 26 septembre 2000, *Mayeur*, aff. C-175/99, § 48.

l'article 9 de la convention collective n° 32*bis*, dont les auteurs n'avaient pas précisé la sanction. La similarité entre les concepts de l'article 63 et ceux de la convention collective n° 109 relative à la motivation du licenciement autorisent à penser que cet arrêt facilite aussi la tâche des travailleurs visés par cette dernière lorsqu'ils sont licenciés en violation de l'interdiction de licencier prévue l'article 9 de la convention collective n° 32*bis*. La protection des travailleurs non repris en cas d'application de la convention collective n° 32*bis* est donc en voie d'extension.

A l'inverse, les travailleurs non repris dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice se trouvent assez démunis. S'ils sont occupés dans l'entité cédée et que le cessionnaire ne veut pas d'eux, leur seule véritable planche de salut⁶⁸ réside dans la possibilité de faire examiner les critères de sélection par le tribunal du travail, pour autant que celui-ci soit saisi d'une demande d'homologation, procédure qu'il n'est pas en leur pouvoir de déclencher. Si le tribunal du travail n'est pas saisi, si la vente est autorisée sans que tous les salariés soient repris, ceux qui ne sont pas transférés conservent pour seul débiteur le cédant qui, s'il a cédé une partie de ses activités, ne sera souvent plus à même de fournir du travail aux salariés de la division cédée, à défaut d'avoir conservé les actifs de cette division de l'entreprise. On entrevoit les licenciements, dont le coût sera à la seule charge du cédant en difficulté financière. Sauf si la Cour de Justice devait un jour avoir l'occasion de décider que la directive 2001/23 est applicable à l'opération, il n'y a pas place ici pour la fiction du transfert des contrats de travail au cessionnaire, et donc le transfert de la créance d'indemnité de rupture.

⁶⁸ On peut imaginer que le tribunal de commerce opère un contrôle de ces mêmes critères, lui aussi, mais ce contrôle sera nécessairement plus superficiel.