Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. EVGENI TANCHEV
présentées le 5 mars 2020 [1]

**Affaires jointes C-674/18 et C-675/18**

**EM**
**contre**
**TMD Friction GmbH** (C-674/18)
**et**
**FL**
**contre**
**TMD Friction EsCo GmbH** (C-675/18)

[demande de décision préjudicielle du Bundesarbeitsgericht (Cour fédérale du travail, Allemagne)]

« Renvoi préjudiciel – Politique sociale – Directive 2001/23/CE – Maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements – Articles 3 et 5 – Directive 2008/94/CE – Maintien des droits des travailleurs en cas d'insolvabilités d'employeurs – Article 8 de la directive 2008/94 – Prestations de retraite complémentaire – responsabilité du cessionnaire pour les prestations de retraite complémentaire de travailleurs d'une entreprise transférée par un cédant insolvable »

1. Lorsque, en raison de la législation d'un État membre, certaines prestations de retraite ne peuvent pas être versées par une institution chargée de protéger les droits à pension des travailleurs d'entreprises insolvables, conformément à l'article 8 de la directive 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 octobre 2008, relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur [2], dans quelles circonstances la responsabilité relative à ces prestations peut-elle, le cas échéant, être imputée au cessionnaire de l'entreprise insolvable, en vertu des articles 3 et/ou 5 de la 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 [3] ?

2. Voilà en substance la question qui se pose dans les demandes de décision préjudicielle du Bundesarbeitsgericht (Cour fédérale du travail, Allemagne). Cette juridiction s'interroge sur la compatibilité avec la directive 2001/23 de certaines pratiques entraînant une réduction des prestations de retraite complémentaire des salariés et des anciens salariés, fondées sur le droit allemand, qui interviennent lorsqu'une entreprise est insolvable, et sur l'incidence que cela a sur les responsabilités des cessionnaires.

1 Langue originale : l'anglais.

2 JO 2008, L 283, p. 36. La décision la plus récente relative au sens de l'article 8 de cette directive est l'arrêt du 19 décembre 2019, Pensions-Sicherungs-Verein, C-168/18, EU:C:2019:1128. Voir aussi, notamment, arrêts du 25 janvier 2007, Robins e.a., C-278/05, EU:C:2007:56 ; du 25 avril 2013, Hogan e.a., C-398/11, EU:C:2013:272 ; du 24 novembre 2016, Webb-Sämann, C-454/15, EU:C:2016:891, et du 6 septembre 2018, Hampshire, C-17/17, EU:C:2018:674.

3 JO 2001, L 82, p. 16.

3. J'ai conclu que cette question est principalement régie par la lex specialis que constitue l'article 5 de la directive 2001/23. En outre, dans les circonstances de l'affaire au principal, la jurisprudence de l'État membre qui dispense les cessionnaires de servir certains droits à pension de travailleurs salariés d'un cédant insolvable liées à des périodes d'emploi accomplies avant la date du transfert, outrepasse la faculté accordée aux États membres par l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23, de limiter les droits et obligations imposés aux cessionnaires à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/23, si les droits en cause ne produisent pas d'effet juridique effectif envers le cédant [4]. Si les travailleurs concernés ne sont pas habilités à faire valoir ces droits devant des juridictions nationales afin d'obtenir du cédant le versement des prestations de retraite en cause [5], de telles prestations ne sont pas « dues » avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23. C'est pourquoi elles ne peuvent pas être exclues des obligations du cessionnaire en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/23.

4. Toutefois, même lorsque la limitation prévue à l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23 est applicable, elle est sujette à deux réserves.

5. Premièrement, l'État membre doit avoir usé de la faculté de limitation accordée à l'article 5, paragraphe 2, sous a), avec le degré de précision et de clarté requis par la jurisprudence de la Cour [6]. C'est un point qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

6. Deuxièmement, ainsi que le requiert l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23, la législation nationale doit assurer une protection « au moins équivalente » à celle prévue par la directive 2008/94. Cela doit être déterminé au regard des critères établis par la Cour dans l'arrêt du 19 décembre 2019, Pensions-Sicherungs-Verein [7] et doit également être vérifié par la juridiction de renvoi.

## I. Le cadre juridique

### *A. Le droit de l'Union*

7. L'article 3, paragraphes 1 et 4, ainsi que l'article 5, paragraphe 1, paragraphe 2, sous a), et paragraphe 4, de la directive 2001/23 sont libellés comme suit :

« Article 3

1. Les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire.

[…]

4. a) Sauf si les États membres en disposent autrement, les paragraphes 1 et 3 ne s'appliquent pas aux droits des travailleurs à des prestations de vieillesse, d'invalidité ou de survivants au titre de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels existant en dehors des régimes légaux de sécurité sociale des États membres.;

4 Arrêt du 7 octobre 2019, Safeway, C-171/18, EU:C:2019:839, point 29.

5 Arrêt du 7 octobre 2019, Safeway, C-171/18, EU:C:2019:839, point 25.

6 Voir, en matière de dérogation à une directive, arrêt du 21 octobre 2010, Accardo e.a., C-227/09, EU:C:2010:624, point 55. Voir, récemment, par exemple, arrêt du 7 octobre 2019, Safeway, C-171/18, EU:C:2019:839, point 25 et jurisprudence citée).

7 C-168/18, EU:C:2019:1128.

b) Même lorsqu'ils ne prévoient pas, conformément au point a), que les paragraphes 1 et 3 s'appliquent à de tels droits, les États membres adoptent les mesures nécessaires pour protéger les intérêts des travailleurs, ainsi que des personnes qui ont déjà quitté l'établissement du cédant au moment du transfert, en ce qui concerne leurs droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de vieillesse, y compris les prestations de survivants, au titre de régimes complémentaires visés au point a).

[…]

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, 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 ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente (qui peut être un syndic autorisé par une autorité compétente).

2. Lorsque les articles 3 et 4 s'appliquent à un transfert au cours d'une procédure d'insolvabilité engagée à l'égard d'un cédant (que cette procédure ait ou non été engagée en vue de la liquidation des biens du cédant), et à condition que cette procédure se trouve sous le contrôle d'une autorité publique compétente (qui peut être un syndic désigné par la législation nationale), un État membre peut prévoir que :

a) nonobstant l'article 3, paragraphe 1, les obligations du cédant résultant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail, qui sont dues avant la date du transfert ou avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ne sont pas transférées au cessionnaire, à condition que cette procédure entraîne, en vertu de la législation de cet État membre, une protection au moins équivalente à celle prévue dans les situations visées par la directive 80/987/CEE 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 [JO 1980, L 283, p. 23] et, ou sinon, que

[…]

4. Les États membres prennent les mesures nécessaires en vue d'éviter des recours abusifs à des procédures d'insolvabilité visant à priver les travailleurs des droits découlant de la présente directive ».

8. L'article 8 de la directive 2008/94 dispose :

« Les États membres s'assurent que les mesures nécessaires sont prises pour protéger les intérêts des travailleurs salariés et des personnes ayant déjà quitté l'entreprise ou l'établissement de l'employeur à la date de la survenance de l'insolvabilité de celui-ci, en ce qui concerne leurs droits acquis, ou leurs droits en cours d'acquisition, à des prestations de vieillesse, y compris les prestations de survivants, au titre de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels existant en dehors des régimes légaux nationaux de sécurité sociale ».

### *B. Le droit national*

9. L'article 613a du Bügerliches Gesetzbuch (code civil allemand, ci-après le « BGB ») est intitulé « Droits et obligations en cas de transfert d'entreprise ». Le paragraphe 1 dispose :

« (1) Lorsqu'une entreprise ou une partie d'entreprise est transférée par acte juridique à un autre propriétaire, ce dernier est subrogé dans les droits et obligations nés des contrats de travail en cours au moment du transfert. Si ces droits et obligations sont régis par les règles juridiques d'une convention collective ou par un accord d'entreprise, ils deviennent partie intégrante du contrat de travail entre le nouveau propriétaire et le travailleur et ne peuvent être modifiés au détriment du salarié avant la fin de l'année suivant la date du transfert […] ».

10. Selon les décisions de renvoi, en raison de l'article 613a, paragraphe 1, du BGB, le droit allemand prévoit, en principe, que les droits à des prestations de retraite complémentaire du travailleur transféré au cessionnaire en cas de transfert d'une entreprise sont préservés. Toutefois, selon la jurisprudence de la juridiction de renvoi depuis un arrêt du 17 janvier 1980, en vertu des dispositions de l'Insolvenzordnung (loi relative à l'insolvabilité), qui l'emportent, l'article 613a, paragraphe 1, n'est pas applicable dans la mesure où le cessionnaire ne répond pas de la partie de la retraite future au titre d'un régime complémentaire de prévoyance professionnel qui est fondée sur le période d'appartenance à l'entreprise accomplie par le travailleur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Il en est ainsi en raison de l'application du principe de satisfaction équitable des créanciers. Dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, les dettes doivent être réglées uniquement en conformité avec les dispositions pertinentes de la loi relative à l'insolvabilité.

11. L'article 7, paragraphe 1, du Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (loi sur les retraites professionnelles) prévoit que les droits définitivement acquis doivent être reconnus par un organisme légal de garantie contre l'insolvabilité, Pensions-Sicherungs-Verein (ci-après le « PSV »), tandis que l'article 7, paragraphe 2, sixième phrase, prévoit que le PSV n'est pas tenu de prendre en compte les modifications de la base de calcul des prestations au titre d'un régime de retraite professionnel intervenues après une déclaration d'insolvabilité.

12. L'article 14 de la loi sur les retraites professionnelles, intitulé « Organisme d'assurance contre l'insolvabilité », précise que l'institution d'assurance contre l'insolvabilité est le Pensions-Sicherungs-Verein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, (« PSV »). Selon la décision de renvoi, la même loi prévoit que des droits acquis définitivement, en raison de l'accomplissement de certaines étapes liées aux périodes de service, sont garantis par le PSV (voir notamment articles 1b et 30f de la loi sur les retraites professionnelles).

## II. Les faits du litige au principal et les questions préjudicielles

### *Affaire C-674/18, EM contre TMD Friction*

13. Dans l'affaire C-674/18, le requérant, né en 1980, était employé chez TEXTAR GmbH depuis 1996. Dans cette société s'appliquait une convention générale d'entreprise accordant notamment aux travailleurs une retraite au titre d'un régime complémentaire de prévoyance professionnel (ci-après le « régime complémentaire »). Conformément au régime complémentaire, le montant de la pension de retraite pour chaque année de service imputable se situe entre 0,2 et 0,55 % de la rémunération brute du travailleur à une date déterminante située avant la fin de la relation de travail.

14. La relation de travail d'EM a ensuite été transférée à TMD Friction GmbH. Une procédure d'insolvabilité portant sur les actifs de cette société a été ouverte le 1er mars 2009. Au mois d'avril 2009, l'entreprise de TMD Friction, dont l'activité a été maintenue même après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, a été transférée à la défenderesse [8] en raison d'une cession réalisée par l'administrateur judiciaire.

15. Le PSV, l'organisme de garantie contre l'insolvabilité désigné conformément à la loi, a informé le requérant que, en raison de son âge (29 ans) au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, il n'avait pas encore acquis de droits définitifs à des prestations de vieillesse conformément au droit allemand et, partant, en cas de survenance d'un événement ouvrant théoriquement droit à des prestations (comme le fait d'atteindre l'âge de la retraite), il ne toucherait pas de prestations du PSV.

16. Devant la juridiction de renvoi, EM a fait valoir que, à l'avenir, en cas de survenance d'un événement ouvrant droit à des prestations (comme le fait d'atteindre l'âge de la retraite), la défenderesse devrait lui accorder une pension de vieillesse dont le montant comprendrait également les périodes d'emploi accomplies avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

17. Devant la juridiction de renvoi, TMD a soutenu que, en cas de transfert d'entreprise après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité portant sur les actifs du cédant, le cessionnaire ne répondrait que de la partie de la pension de vieillesse fondée sur les périodes accomplies après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

18. Eu égard aux éléments qui précèdent, la juridiction de renvoi a saisi la Cour des questions préjudicielles suivantes :

« 1) En cas de transfert d'établissement après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité selon le droit national, qui prescrit en principe l'application de l'article 3, paragraphes 1 et 3, de la directive 2001/23/CE également aux droits des travailleurs à des prestations de vieillesse, d'invalidité ou de survivants au titre de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels, l'article 3, paragraphe 4, de ladite directive permet-il une restriction en ce sens que le cessionnaire ne répond pas des droits en cours d'acquisition fondés sur des périodes d'emploi antérieures à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ?

2) En cas de réponse affirmative à la première question :

En cas de transfert d'établissement après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité portant sur les actifs du cédant, les mesures nécessaires pour protéger les intérêts des travailleurs en ce qui concerne leurs droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de vieillesse au titre de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels, au sens de l'article 3, paragraphe 4, sous b), de la directive 2001/23/CE, doivent-elles respecter le niveau de protection requis par l'article 8 de la directive 2008/94/CE ?

8 D'après les observations écrites d'EM, le nom de l'entreprise cessionnaire était à ce moment-là Friction OpCo, une filiale du groupe TMD, qui a ensuite pris pour nom TMD Friction.

3) En cas de réponse négative à la deuxième question :

Convient-il d'interpréter l'article 3, paragraphe 4, sous b), de la directive 2001/23/CE en ce sens que les mesures nécessaires pour protéger les intérêts des travailleurs en ce qui concerne leurs droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de vieillesse au titre de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels ont été adoptées lorsque le droit national prévoit que :

– l'obligation d'accorder à l'avenir au travailleur concerné par le transfert d'entreprise pendant la procédure d'insolvabilité une prestation de vieillesse au titre d'un régime complémentaire de prévoyance professionnel ou interprofessionnel est en principe transférée au cessionnaire,

– le cessionnaire répond de droits à prestations futurs dans la mesure où ceux-ci sont fondés sur des périodes d'appartenance à l'entreprise accomplies après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité,

– dans ce cas, l'organisme de garantie contre l'insolvabilité déterminé conformément au droit national n'a pas à répondre de la partie des droits futurs acquise avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et

– le travailleur peut faire valoir dans la procédure d'insolvabilité du cédant la valeur de la partie de ses droits futurs acquise avant l'ouverture de ladite procédure ?

4) Si le droit national impose l'application des articles 3 et 4 de la directive 2001/23/CE en cas de transfert d'entreprise également pendant une procédure d'insolvabilité, l'article 5, paragraphe 2, sous a), de ladite directive est-il applicable à des droits en cours d'acquisition des travailleurs au titre de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels qui, s'ils ont déjà été accumulés avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ne donnent cependant droit à des prestations que lors de la survenance de l'événement ouvrant ce droit, c'est-à-dire à un moment ultérieur ?

5) En cas de réponse affirmative à la deuxième ou à la quatrième question :

Le niveau de protection minimal que doivent accorder les États membres conformément à l'article 8 de la directive 2008/94/CE comprend-il également l'obligation de garantir les droits à des prestations en cours d'acquisition qui, conformément au droit national, n'étaient, légalement, pas encore définitivement acquis lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et le deviennent seulement parce que la fin de la relation de travail n'est pas liée à la procédure d'insolvabilité ?

6) En cas de réponse affirmative à la cinquième question :

Dans quelles circonstances les pertes de prestations de vieillesse au titre d'un régime complémentaire de prévoyance professionnel subies par l'ancien travailleur en raison de l'insolvabilité de l'employeur doivent-elles être considérées comme manifestement disproportionnées et donc obliger les États membres à assurer une protection minimale contre de telles pertes conformément à l'article 8 de la directive 2008/94/CE, alors que le travailleur obtiendra au moins la moitié des prestations découlant des droits à la retraite qu'il a acquis ?

7) En cas de réponse affirmative à la cinquième question :

Une protection des droits à des prestations de vieillesse en cours d'acquisition des travailleurs, requise conformément à l'article 3, paragraphe 4, sous b), ou à l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23/CE (équivalente à celle prévue à l'article 8 de la directive 2008/94/CE), est-elle accordée également lorsqu'elle résulte non pas du droit national mais seulement d'une application directe de l'article 8 de la directive 2008/94/CE ?

8) En cas de réponse affirmative à la septième question :

L'article 8 de la directive 2008/94/CE produit-il un effet direct, permettant à un [travailleur] de l'invoquer devant la juridiction nationale, également lorsque, même s'il touche au moins la moitié des prestations des droits à la retraite qu'il a acquis, les pertes qu'il a subies en raison de l'insolvabilité de l'employeur doivent cependant être considérées comme disproportionnées ?

9) En cas de réponse affirmative à la huitième question :

Si, en matière de retraite professionnelle, l'État membre désigne (de manière contraignante pour les employeurs) une entité de droit privé comme organisme de garantie contre le risque d'insolvabilité, que cet organisme est soumis au contrôle prudentiel exercé par l'autorité publique de contrôle des services financiers, que, de plus, elle prélève auprès des employeurs, selon des modalités de droit public, les cotisations obligatoires nécessaires à la garantie contre le risque d'insolvabilité et que, à l'instar d'une autorité publique, elle peut créer les conditions d'une exécution forcée en adoptant un acte administratif, cette entité de droit privé est-elle une autorité publique de l'État membre ? »

### *Affaire C-675/18, FL contre TMD Friction EsCo*

19. Selon la décision de renvoi, le cas de FL diffère de celui d'EM seulement en ce que le droit à pension du premier était définitivement acquis à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

20. FL, né en mars 1950, était employé chez TEXTAR depuis le 1er octobre 1968. Dans cette société s'appliquait une convention générale d'entreprise accordant notamment aux travailleurs une retraite au titre d'un régime complémentaire de prévoyance professionnel. Conformément au régime complémentaire, le montant de la pension de retraite pour chaque année de service imputable est de 0,5 % de la rémunération brute du travailleur à une date déterminée située avant la fin de la relation de travail.

21. La relation de travail de FL a ensuite été transférée à TMD Friction. Une procédure d'insolvabilité portant sur les actifs de cette société a été ouverte le 1er mars 2009. Le 22 avril 2009, l'entreprise de TMD Friction, dont l'activité a été maintenue même après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, a été transférée à la requérante en raison d'une cession réalisée par l'administrateur judiciaire.

22. Depuis le 1er août 2015, le requérant touche une retraite de 145,03 euros par mois de TMD Friction EsCo GmbH au titre du régime complémentaire de prévoyance professionnel.

23. Depuis le 1er août 2015, il touche également 816,99 euros par mois du PSV. Pour calculer cette retraite, conformément à la législation allemande, le PSV s'est basé sur la rémunération mensuelle brute au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (le 1er mars 2009).

24. Devant la juridiction de renvoi, FL a fait valoir que la TMD Friction EsCo devrait lui verser une retraite plus élevée au titre d'un régime complémentaire de prévoyance professionnel. Sur la base du régime qui lui est applicable, après 45 années de services imputables accomplies chez TMD Friction EsCo ou chez son prédécesseur en droit et une rémunération mensuelle brute, déterminante, avant la fin de sa relation de travail de 4 940,00 euros, cela donnerait une retraite au titre d'un régime complémentaire de prévoyance professionnel de 1 115,50 euros par mois. De ce montant, TMD Friction EsCo pourrait seulement déduire la prestation de 816,99 euros versée par le PSV. C'est pourquoi elle lui devrait 149,48 euros par mois au titre de cette retraite [9].

25. TMD Friction EsCo a soutenu que, en cas de transfert d'entreprise après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité portant sur les actifs du cédant, le cessionnaire ne répondrait que de la partie de la pension de vieillesse fondée sur les périodes accomplies après cette ouverture.

26. La juridiction de renvoi pose donc les mêmes questions que celles qui figurent au point 20 des présentes conclusions, à ceci près qu'elle remplace les troisième, cinquième et sixième questions du point 18 ci-dessus par les suivantes.

« 3) En cas de réponse négative à la deuxième question :

Convient-il d'interpréter l'article 3, paragraphe 4, sous b), de la directive 2001/23/CE en ce sens que les mesures nécessaires pour protéger les intérêts des travailleurs en ce qui concerne leurs droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de vieillesse au titre de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels ont été adoptées lorsque le droit national prévoit que :

– l'obligation d'accorder à l'avenir au travailleur concerné par le transfert d'entreprise pendant la procédure d'insolvabilité une prestation de vieillesse au titre d'un régime complémentaire de prévoyance professionnel ou interprofessionnel est en principe transférée au cessionnaire,

– le cessionnaire répond de droits en cours d'acquisition dont le montant est déterminé notamment en fonction de la durée d'appartenance à l'entreprise et de la rémunération au moment de la survenance de l'événement ouvrant droit à des prestations dans la mesure où ceux-ci sont fondés sur des périodes d'appartenance à l'entreprise accomplies après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité,

– dans ce cas, l'organisme de garantie contre l'insolvabilité désigné conformément au droit national doit intervenir pour la partie des droits futurs acquise avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dans la mesure où le montant de celle-ci est calculé en fonction de la rémunération perçue par le travailleur au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, et

– ni le cessionnaire ni l'organisme de garantie contre l'insolvabilité ne répondent de l'augmentation des droits en cours d'acquisition à des prestations due à des augmentations de la rémunération intervenues après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité mais concernant des périodes d'activité accomplies avant la date d'ouverture de cette procédure,

– mais le travailleur peut faire valoir cette différence de valeur de ces droits en cours d'acquisition dans la procédure d'insolvabilité du cédant ?

9 Il ressort du dossier que cela serait lié à l'article 7, paragraphe 2, de la loi sur les retraites professionnelles présenté au point 11 des présentes conclusions.

5) En cas de réponse affirmative à la deuxième ou à la quatrième question :

Le niveau de protection minimal que doivent accorder les États membres conformément à l'article 8 de la directive 2008/94/CE comprend-il également la partie des droits à des prestations en cours d'acquisition accumulés jusqu'au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité qui sont ouverts seulement parce que la fin de la relation de travail n'est pas liée à la procédure d'insolvabilité ?

6) En cas de réponse affirmative à la cinquième question :

Dans quelles conditions les pertes de prestations de vieillesse au titre d'un régime complémentaire de prévoyance professionnel subies par l'ancien travailleur en raison de l'insolvabilité de l'employeur doivent-elles être considérées comme manifestement disproportionnées et donc obliger les États membres à assurer une protection minimale contre des telles pertes conformément à l'article 8 de la directive 2008/94/CE, alors que le travailleur obtiendra au moins la moitié des prestations découlant des droits à la retraite qu'il a acquis ? »

27. EM, FL, le gouvernement allemand et la Commission européenne ont déposé des observations écrites. Toutes ces parties ont participé à l'audience du 12 décembre 2019, avec TMD Friction et TMD Friction EsCo.

## III. Analyse

### *A. Approche*

28. Je traiterai trois questions afin d'exposer mon approche pour résoudre le problème juridique soulevé dans les affaires au principal.

#### *1. Caractère horizontal des procédures au principal*

29. Premièrement, les huitième et neuvième questions sont irrecevables. Les affaires au principal concernent l'interprétation des directives de l'Union précitées dans le cadre d'un litige entre particuliers, de sorte que l'effet direct, ou non, de ces directives ne saurait avoir une importance déterminante [10]. Or, lesdites questions portent sur les obligations directes découlant de la directive 2008/94, la neuvième question faisant référence au PSV en le décrivant [11].

30. Toutefois, le PSV n'est pas partie à la procédure et les huitième et neuvième questions, dont les réponses affecteraient les intérêts de celui-ci, ne concernent pas simplement la répercussion négative pour un tiers [12], comme le permet la jurisprudence de la Cour [13]. Ainsi, si la Cour devait répondre aux huitième et neuvième questions sur l'effet direct, questions qui ont été posées en substance et

10 Voir arrêts du 10 octobre 2017, Farrell, C-413/15, EU:C:2017:745 ; du 7 août 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, et du 16 mai 2019, Plessers, C-509/17, EU:C:2019:424, point 28.

11 Arrêt du 19 décembre 2019, Pensions-Sicherungs-Verein, C-168/18, EU:C:2019:1128.

12 Arrêt du 6 septembre 2018, Hampshire, C-17/17, EU:C:2018:674, point 69 et jurisprudence citée.

13 Par exemple, l'effet direct oblige toute autorité d'un État membre à laisser inappliquée toute disposition nationale contraire à une disposition de droit de l'Union qui est d'effet direct. Voir arrêt du 19 décembre 2019, Deutsche Umwelthilfe, C-752/18, EU:C:2019:1114, point 42 et jurisprudence citée.

auxquelles il a été répondu le 19 décembre 2019, dans l'arrêt Pensions-Sicherungs-Verein [14] précité, il en résulterait inévitablement une violation de l'égalité des armes et des droits de la défense consacrés à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [15]. Comme le PSV n'est pas partie défenderesse, la question est également hypothétique.

31. Partant, la garantie minimale accordée à l'article 8 de la directive 2008/94 [16] ne peut être pertinente pour les litiges au principal que dans la mesure où cette disposition est *liée* aux conséquences juridiques qui en découlent pour le défendeur à la lumière, par exemple, de l'interprétation de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23 [17].

32. Étant donné que les litiges au principal concernent une action horizontale entre deux parties privées, la juridiction de renvoi est tenue de prendre en considération l'ensemble des règles de droit national et de faire application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci afin de l'interpréter, dans toute la mesure possible, à la lumière du texte ainsi que de la finalité de la directive en cause pour atteindre le résultat fixé par celle-ci et de se conformer ainsi à l'article 288, troisième alinéa, TFUE [18].

### *2. Aucune interprétation du droit national*

33. Deuxièmement, aussi utiles que soient les informations fournies à la Cour sur les dispositions de la loi allemande sur l'insolvabilité et les pensions, je rappelle qu'il est de jurisprudence constante que la Cour n'est pas compétente pour interpréter les dispositions nationales ou décider si l'interprétation de ces dispositions par les autorités de l'État membre est correcte [19]. Ainsi, les présentes conclusions se limitent à l'interprétation des dispositions pertinentes des directives 2001/23 et 2008/94 et ne s'engageront pas dans des réflexions sur la signification de notions du droit allemand.

### *3. Principaux problèmes qui se posent à la juridiction de renvoi et reformulation des questions*

34. Troisièmement, dans le but de fournir une réponse utile à la juridiction de renvoi, j'identifierai ce que je perçois comme étant les objectifs fondamentaux qui sous-tendent les questions posées et les reformulerai.

14 Arrêt du 19 décembre 2019, Pensions-Sicherungs-Verein, C-168/18, EU:C:2019:1128. J'observe qu'une question identique à la sixième question était également posée dans cette affaire, mais cette question est recevable en l'espèce, car elle ne porte pas sur l'effet direct. L'élément de la huitième question qui porte sur la proportionnalité plutôt que sur l'effet direct est abordé dans la quatrième question reformulée (la proportionnalité est également abordée dans la sixième question). Par souci d'exhaustivité, j'observe que la huitième question ne précise pas à l'égard de qui l'effet direct est invoqué.

15 Voir par exemple l'arrêt du 26 juillet 2017, Sacko, C-348/16, EU:C:2017:591. Pour les mêmes raisons, je m'abstiendrai d'exprimer un avis quant au point de savoir si les règles appliquées par le PSV ont conduit à une discrimination fondée sur l'âge à l'égard d'EM, même si cela a été abordé lors de l'audience. La Cour a eu l'occasion d'examiner la discrimination fondée sur l'âge dans le contexte des retraites par exemple dans l'arrêt du 8 mai 2019, Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-24/17, EU:C:2019:373.

16 Comme l'article 16 de la directive 2008/94 a abrogé la directive 80/987/CEE 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, l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23 peut être considéré comme renvoyant à l'ancienne directive.

17 Arrêt du 16 mai 2019, Plessers, C-509/17, EU:C:2019:424, points 28 et 29. Voir également conclusions de l'avocate générale Kokott dans l'affaire Grenville Hampshire, C-17/17, EU:C:2018:287, point 86, où celle-ci estime, concernant l'article 8 de la directive 2008/94 qu'« une directive ne peut pas […] créer d'obligations dans le chef d'un particulier ». Elle renvoie aux arrêts du 14 juillet 1994, Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292, point 25 ; du 5 octobre 2004, Pfeiffer e.a., C-397/01 à C-403/01, EU:C:2004:584, point 108 ; du 15 janvier 2014, Association de médiation sociale, C-176/12, EU:C:2014:2, point 36, et du 19 avril 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, point 30.

18 Arrêt du 16 mai 2019, Plessers, C-509/17, EU:C:2019:424, point 29. Étant donné que le dossier de l'affaire ne fait apparaître aucune question indiquant qu'une disposition de la charte des droits fondamentaux serait pertinente pour la solution du litige, dans une situation où le droit national ne peut pas faire l'objet d'une interprétation conforme à une directive de l'Union, les règles applicables à un tel cas de figure, fixées par la Cour dans des décisions comme les arrêts du 17 avril 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257 ; du 6 novembre 2018, Bauer et Willmeroth, C-569/16 et C-570/16, EU:C:2018:871, et du 6 novembre 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874, ne sont pas pertinentes en l'espèce.

19 Ordonnance du 28 janvier 2015, Gimnasio Deportivo San Andrés, C-688/13, EU:C:2015:46, point 30 et jurisprudence citée. Voir plus récemment, par exemple, arrêt du 3 octobre 2019, Fonds du Logement de la Région de Bruxelles-Capitale, C-632/18, EU:C:2019:833, point 48 et jurisprudence citée.

35. Il semblerait qu'il y en ait trois : 1) déterminer si la procédure au principal est régie par l'article 3 ou par l'article 5 de la directive 2001/23, ou par les deux ; 2) une fois cela fait, déterminer si, dans les circonstances en cause, la disposition pertinente, correctement interprétée, transfère la responsabilité des prestations demandées par EM et FL aux cessionnaires défenderesses, et 3) déterminer le rôle de l'article 8 de la directive 2008/94 à cet égard.

36. Selon une jurisprudence constante, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, la Cour a la faculté de fournir aux juges nationaux toutes les indications qu'elle estime nécessaires pour trancher le litige au principal, mais ces juges sont seuls habilités à vérifier que les conditions factuelles entraînant l'application d'une norme de l'Union sont réunies dans l'affaire pendante devant eux et à en tirer les conséquences pour la décision qu'ils sont appelés à rendre [20].

37. En outre, la Cour a rappelé, dans le cadre de l'interprétation des articles 3 à 5 de la directive 2001/23, que, en vue de donner au juge national une réponse utile qui lui permette de trancher le litige dont il est saisi, il incombe, le cas échéant, à la Cour de reformuler les questions qui lui sont soumises [21].

38. C'est pourquoi je propose d'écarter les première à quatrième questions, étant donné qu'elles reposent sur la primauté de l'article 3 de la directive 2001/23 sur l'article 5 de celle-ci, qui n'est étayée ni par la jurisprudence de la Cour, ni par la directive elle-même. À la lumière du premier des trois objectifs mentionnés au point 35 des présentes conclusions, la première question pourrait être formulée comme suit :

« 1) Lorsque la législation d'un État membre limite les prestations de retraite professionnelle complémentaire des travailleurs salariés dont le cessionnaire d'une entreprise est responsable, en raison de l'insolvabilité du cédant, les droits des travailleurs concernés envers les cessionnaires sont-ils régis principalement par l'article 5 de la directive 2001/23 ou par l'article 3 de la même directive ou par ces deux dispositions ? »

39. L'identification des dispositions pertinentes, et d'une éventuelle hiérarchie entre celles-ci, est un exercice qualitativement différent de celui qui consiste à déterminer si le problème qui se pose dans un cas particulier relève du champ d'application matériel desdites dispositions.

40. Ainsi que je le développerai aux points 44 à 59 des présentes conclusions, je suis parvenu à la conclusion que, si la procédure d'insolvabilité ne relève pas du champ d'application matériel de l'article 5 de la directive 2001/23, d'autres dispositions contenues dans cette directive, telles que l'article 3, paragraphe 4, ne sauraient être interprétées de manière à englober la procédure d'insolvabilité, étant donné que l'article 5 de la directive 2001/23 est une lex specialis.

41. Je propose donc à la Cour de répondre à une autre question formulée comme suit :

« 2) La procédure d'insolvabilité en cause au principal relève-t-elle du champ d'application matériel de l'article 5, paragraphe 1 ou 2, de la directive 2001/23 ? »

20 Voir, notamment, arrêts du 5 juin 2014, Mahdi, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, points 78 à 80 et jurisprudence citée, et du 7 août 2018, Prenninger e.a., C-329/17, EU:C:2018:640, point 27, évoqués par l'avocat général Saugmandsgaard Øe dans ses conclusions dans l'affaire Paulo Nascimento Consulting, C-692/17, EU:C:2019:362.

21 Arrêts du 22 juin 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, EU:C:2017:489, point 36, et du 16 mai 2019, Plessers, C-509/17, EU:C:2019:424, point 36.

42. Ainsi que je l'expliquerai aux points 61 à 79 des présentes conclusions, j'ai conclu que les affaires au principal relèvent du champ d'application matériel de l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2001/23. Toutefois, une troisième question est nécessaire pour atteindre le deuxième objectif identifié au point 35 des présentes conclusions. Sur la base des faits des affaires au principal, l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2001/23 oblige-t-il les défendeurs à garantir les prestations de retraite demandées par EM et FL ? À cette fin, une troisième question pourrait être posée :

« 3) Dans les circonstances de l'affaire au principal, l'article 5, paragraphe 2, sous a) ou b), de la directive 2001/23 permet-il une restriction, en vertu du droit national, selon laquelle un cessionnaire n'est pas tenu de verser des prestations de retraite complémentaire fondées sur des périodes de service accomplies avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ? »

43. Enfin, ainsi qu'il ressort des cinquième à septième questions, la juridiction de renvoi souhaiterait en savoir plus quant à l'incidence de l'article 8 de la directive 2008/94 sur l'interprétation de la directive 2001/23. C'est pourquoi je propose finalement la question suivante :

« 4) Dans les circonstances de l'affaire au principal, quel rôle doit jouer l'article 8 de la directive 80/987 lorsqu'un travailleur salarié transféré cherche à imputer des obligations en matière de prestations de retraite à un cessionnaire lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, notamment au regard du principe de proportionnalité ? »

### *B. Réponses aux questions telles que reformulées*

#### *1. La première question*

44. Il convient de répondre à la première question, telle que reformulée, en ce sens que, lorsque la législation d'un État membre limite les prestations de retraite professionnelle complémentaire des travailleurs salariés dont le cessionnaire d'une entreprise est responsable, en raison de l'insolvabilité du cédant, en droit de l'Union, les droits de ces travailleurs sont régis, en premier lieu, par l'article 5 de la directive 2001/23.

45. Il ressort du dossier des affaires que l'insolvabilité est la condition préalable à laquelle est subordonnée la diminution des droits à pension des salariés transférés, qui a été introduite dans la jurisprudence de la juridiction de renvoi le 17 janvier 1980 et qui est au cœur des préoccupations de celle-ci. Comme le souligne la Commission dans ses observations écrites, l'ouverture de la procédure d'insolvabilité a entraîné la perte des droits des salariés requérants concernés.

46. Il convient de souligner que la protection accordée par la directive 2001/23 englobe l'ensemble des droits des travailleurs pour autant qu'ils ne relèvent pas d'une exception expressément prévue par la même directive [22]. En principe, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/23, pour le calcul de droits de nature pécuniaire, le cessionnaire est tenu de prendre en compte l'ensemble des années de service effectuées par le personnel transféré [23]. Seules les exceptions prévues par la directive 2001/23 sont possibles, et elles doivent être interprétées de manière stricte, étant donné qu'elles sont contraires à l'objectif principal de ladite directive, la protection des travailleurs lors de certains transferts d'entreprises [24].

22 Ordonnance du 28 janvier 2015, Gimnasio Deportivo San Andrés, C-688/13, EU:C:2015:46, point 52 et jurisprudence citée.

23 Arrêt du 6 avril 2017, Unionen, C-336/15, EU:C:2017:276, point 22 et jurisprudence citée.

24 Voir par exemple arrêts du 4 juin 2002, Beckmann, C-164/00, EU:C:2002:330, point 29, et du 16 mai 2019, Plessers, C-509/17, EU:C:2019:424, point 38 et jurisprudence citée.

47. Les première à quatrième questions préjudicielles semblent fondées sur une méconnaissance de l'architecture de la directive 2001/23, en ce qu'elles partent du principe que la jurisprudence de la juridiction de renvoi, remontant au 17 janvier 1980, qui exclut les périodes d'activité antérieures des obligations de pension de retraite des cessionnaires, relève de la marge d'appréciation des États membres qu'implique l'emploi de l'expression « [s]auf si les États membres en disposent autrement » à l'article 3, paragraphe 4, sous a), de la directive 2001/23, ou qu'elle devrait respecter l'article 3, paragraphe 4, sous b), de cette directive.

48. En fait, comme le soutient la République fédérale d'Allemagne dans ses observations écrites, avec l'appui de EM et FL, l'article 5 de la directive 2001/23 est une lex specialis [25], qui régit, et exclusivement, la mesure dans laquelle les États membres peuvent exclure les travailleurs transférés par des cédants insolvables des protections accordées aux articles 3 et 4.

49. Premièrement, cela découle inévitablement du libellé de l'article 5 de la directive 2001/23. Le rapport de celui-ci avec les articles 3 et 4 se limite à laisser aux États membres la possibilité d'étendre la protection prévue aux articles 3 et 4 « au transfert d'une entreprise […] lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente » (article 5, paragraphe 1). Une référence généralisée aux articles 3 et 4 de la directive 2001/23 figure également à l'article 5, paragraphe 2, ainsi que la possibilité supplémentaire de limiter la protection accordée aux articles 3 et 4 en cas de « transfert au cours d'une procédure d'insolvabilité engagée à l'égard d'un cédant (que cette procédure ait ou non été engagée en vue de la liquidation des biens du cédant), et à condition que cette procédure se trouve sous le contrôle d'une autorité publique compétente » [article 5, paragraphe 2, sous a)].

50. De surcroît, comme l'a fait valoir le représentant d'EM lors de l'audience, l'article 5 doit être interprété de manière à décourager le recours abusif aux procédures d'insolvabilité, étant donné que les États membres sont tenus de prendre des mesures pour prévenir de tels abus en vertu de l'article 5, paragraphe 4, de la directive 2001/23. Interpréter la directive d'une manière qui laisse aux États membres un pouvoir discrétionnaire pour diminuer les droits des travailleurs salariés dans le cadre (de certaines formes) de procédures d'insolvabilité ne relevant pas de l'article 5 de la directive, en se basant sur une autre disposition de la directive 2001/23, telle que l'article 3, paragraphe 4, serait incompatible avec cet objectif [26]. Cela serait également contraire à l'économie de la directive 2001/23.

51. Par conséquent, rien dans l'économie, que l'on pourrait également appeler contexte interne [27], ou dans le texte de la directive 2001/23 ne suggère que l'article 5 de cette directive soit subordonné soit à l'article 3 en général, soit aux règles figurant à l'article 3, paragraphe 4, relatives aux pensions de vieillesse au titre des régimes complémentaires de pension d'entreprises ou interentreprises. Seul l'article 5, paragraphe 2, sous a), est subordonné à une autre disposition du droit de l'Union, à savoir la directive 80/987 qui a précédé la directive 2008/94 [28]. En effet, comme le souligne EM dans ses observations écrites, le renvoi à la directive 2008/94 (sous la forme de la directive 80/987 qui l'a précédée) à l'article 5 de la directive 2001/23 renforce encore son statut de lex specialis.

25 La règle, selon laquelle une disposition spéciale s'applique par dérogation à la règle plus générale, a été établie depuis longtemps dans la jurisprudence de la Cour. Voir par exemple arrêt du 20 janvier 2005, Engler, C-27/02, EU:C:2005:33. Voir plus récemment, par exemple, arrêt du 19 décembre 2019, Nederlands Uitgeversverbond et Groep Algemene Uitgevers, C-263/18, EU:C:2019:1111, point 55. Voir, de manière générale, Beck, G., *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 222 et 223.

26 Lors de l'audience, les représentants d'EM et de FL ont rejeté l'invocation d'un abus de droits, en plus de soutenir qu'il appartenait à la juridiction nationale d'apprécier cette question, à tout autre égard, ce point a été examiné par la Cour dans l'arrêt du 13 juin 2019, Ellinika Nafpigeia, C-664/17, EU:C:2019:496. Pour des analyses récentes de l'invocation abusive du droit de l'Union, voir conclusions de l'avocat général Pikamäe dans l'affaire AFMB, C-610/18, EU:C:2019:1010, points 72 à 82, affaire encore pendante, et Leczykiewicz, D., « Prohibition of abusive practices as a "general principle" of EU law », *Common Market Law Review*, tome 56, 2019, p. 703.

27 Voir mes conclusions dans l'affaire Pinckernelle, C-535/15, EU:C:2016:996, point 40.

28 Note 16 des présentes conclusions.

52. Le considérant 7 de la directive 2001/23 reflète l'objectif de créer un instrument ad hoc de prise en compte du pouvoir discrétionnaire des États membres dans un domaine spécifique. Il indique notamment que la directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements [29] a été modifiée « à la lumière […] des tendances législatives des États membres en ce qui concerne le sauvetage des entreprises en difficulté économique ».

53. L'approche que je préconise est également soutenue par la genèse de la directive 2001/23.

54. L'article 5 de la directive 2001/23 a été intégré dans cette dernière à la suite de la modification de la directive 77/187, par l'article 4 bis de la directive 98/50/CE du Conseil, du 29 juin 1998, modifiant la directive 77/187 [30].

55. L'insertion de dispositions spéciales concernant l'insolvabilité est évoquée au considérant 7 de la directive 98/50 [31]. Il y est indiqué que, « en vue d'assurer la survie d'entreprises insolvables, les États membres doivent expressément être autorisés à ne pas appliquer les articles 3 et 4 de la directive 77/187/CEE aux transferts effectués dans le cadre d'une procédure de liquidation et que *certaines* dérogations aux dispositions générales de ladite directive doivent être autorisées en cas de transferts effectués dans le cadre de procédures d'insolvabilité » (mise en italique par mes soins).

56. En outre, le considérant 3 de la directive 98/50 indique que l'objectif de cette dernière est de modifier la directive 77/187 « à la lumière [notamment] de la jurisprudence de la Cour de justice » [32]. Comme l'a récemment expliqué de manière admirablement détaillée l'avocat général Szpunar [33], cette jurisprudence a établi une exception aux garanties prévues par la directive 77/187, initialement justifiée par la *spécificité* du droit de la faillite [34].

57. La proposition de la Commission sur laquelle est basée la directive 98/50 [35] prévoyait aussi que, « en vue d'assurer la survie d'entreprises insolvables, les États membres doivent expressément être autorisés à ne pas appliquer les articles 3 et 4 de la directive aux transferts effectués dans le cadre d'une procédure de liquidation, et que certaines dérogations aux dispositions générales de la directive doivent être autorisées en cas de transferts effectués dans le cadre de procédures préalables à la liquidation », tandis que l'avis du Comité économique et social européen indique que « [l]es nouvelles dispositions en cas d'insolvabilité présentées par la proposition de directive constituent certainement une tentative appréciable d'introduire des éléments de flexibilité dans ce domaine » [36].

29 JO 1977, L 61, p. 26.

30 JO 1998, L 201, p. 88. La troisième directive de cette série étant la directive 2001/23. L'article 3, paragraphe 4, de la directive 2001/23 a également été introduit par la directive 80/987 mais la matière générale des pensions de retraite était déjà régie par la directive 77/187. L'article 3, paragraphe 3, de cette directive disposait que « [l]es paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas aux droits des travailleurs à des prestations de vieillesse, d'invalidité ou de survivants au titre de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels ».

31 Cette disposition n'est plus en vigueur.

32 Voir analyse de l'avocat général Szpunar dans ses conclusions dans l'affaire Plessers, C-509/17, EU:C:2019:50, point 42, concernant l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23.

33 Voir conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire Plessers, C-509/17, EU:C:2019:50.

34 Mise en italique par mes soins. Voir conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire Plessers, C-509/17, EU:C:2019:50, point 43. Les arrêts de la Cour effectivement codifiés à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23 ont été les arrêts du 7 février 1985, Abels, 135/83, EU:C:1985:55 ; du 25 juillet 1991, d'Urso e.a., C-362/89, EU:C:1991:326 ; du 7 décembre 1995, Spano e.a., C-472/93, EU:C:1995:421, et du 12 mars 1998, Dethier Équipement, C-319/94, EU:C:1998:99.

35 Proposition de directive du Conseil 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, COM(94) 300 final, JO 1994, C 274, p. 10.

36 Avis du Comité économique et social sur la « Proposition de directive du Conseil concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou parties d'établissements », JO C 133 du 31.5.1995, p. 13, point 2.10.2.

58. Pour résumer, rien dans la genèse de la directive 2001/23 ne laisse penser que la flexibilité à accorder aux États membres en matière de transfert d'entreprises insolvables devait être subordonnée aux règles générales préexistantes relatives aux prestations mentionnées à l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2001/23. Il s'agit notamment des prestations de vieillesse au titre des régimes complémentaires de retraite d'entreprises ou interentreprises, qui font l'objet du litige au principal. J'ajoute qu'il est tout simplement contraire à la logique juridique qu'une même situation puisse être régie par deux dispositions différentes comme les articles 3 et 5 de la directive 2001/23.

59. C'est pourquoi je propose la réponse à la première question telle que reformulée au point 44 des présentes conclusions.

*2. La deuxième question*

60. Il convient de répondre à la deuxième question en ce sens que la procédure d'insolvabilité décrite dans la décision de renvoi relève non pas du champ d'application matériel de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23, mais de celui de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de ladite directive.

*a) La réponse à la question relative à concernant l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23*

61. La jurisprudence constante de la Cour dicte une réponse négative à cette question concernant l'article 5, paragraphe 1, notamment parce que cette jurisprudence antérieure à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23 est essentielle pour déterminer le sens de l'article 5, paragraphe 1[37]. Selon cette jurisprudence, les critères décisifs pour déterminer si une procédure d'insolvabilité est « une procédure de faillite ou une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique » sont l'« *objectif* » poursuivi par la procédure en cause et les « *modalités* » de cette procédure[38].

62. La Cour a jugé que, pour déterminer si un transfert d'entreprise relève de l'exception prévue à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23, il faut que trois conditions cumulatives soient remplies, à savoir que le cédant fasse l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue, que cette procédure soit ouverte aux fins de la liquidation des biens du cédant et qu'elle se trouve sous le contrôle d'une autorité publique compétente[39]. Sur la base du dossier, seule la deuxième de ces conditions n'est pas remplie dans l'affaire au principal. Il s'agit de l'objectif de liquidation.

63. Le représentant des défendeurs a souligné lors de l'audience que le transfert en cause au principal a permis de sauver des emplois et que l'entreprise a pu continuer et prospérer. Les observations écrites du gouvernement allemand indiquent que l'objectif de la législation allemande, telle qu'elle est actuellement, est de maintenir les salariés en activité, et il a en outre été soutenu lors de l'audience que la limitation des responsabilités des cessionnaires d'entreprises insolvables en matière de pensions rend l'acquisition de l'entreprise transférée plus intéressante. Autrement, le prix de l'engagement serait plus élevé. Ces éléments figurent également dans la décision de renvoi.

64. Toutefois, comme le souligne EM dans ses observations écrites, c'est précisément le type d'objectif qui a été exclu par la jurisprudence relative l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23. La condition selon laquelle la procédure doit être ouverte aux fins de la liquidation des biens du cédant n'est pas remplie lorsqu'une procédure vise la poursuite de l'activité de l'entreprise concernée[40]. Il en

37 Conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire Plessers, C-509/17, EU:C:2019:50, points 42 à 47 et jurisprudence analysée.

38 Mis en italique dans l'original. Conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, EU:C:2017:241, point 53.

39 Arrêt du 16 mai 2019, Plessers, C-509/17, EU:C:2019:424, point 40 et jurisprudence citée.

40 Arrêt du 16 mai 2019, Plessers, C-509/17, EU:C:2019:424, point 44 et jurisprudence citée.

est ainsi quel que soit le nom donné à la procédure en question par le droit national. Ainsi, dans l'arrêt Commission/Italie [41], les arguments avancés par le gouvernement italien pour justifier son manquement à l'obligation de transposer la directive 2001/23 en ce qui concerne les entreprises en « situation de crise », selon lesquels, sinon, « un cessionnaire potentiel pourrait être dissuadé d'acquérir l'entreprise s'il devait conserver le personnel excédentaire de l'entreprise transférée » [42], n'ont pas été retenus par la Cour.

65. Je ne vois pas comment les procédures en cause au principal peuvent être considérées autrement que comme une procédure visant à préserver le caractère opérationnel de l'entreprise ou de ses unités viables [43], plutôt que comme une procédure tendant à la liquidation des biens et visant à maximiser le désintéressement collectif des créanciers [44]. C'est ce qu'exige la jurisprudence de la Cour pour qu'une procédure d'insolvabilité puisse relever de l'exception prévue à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23.

66. Il est important de relever que la procédure s'est déroulée sur quatre mois seulement. Pendant ce temps, l'entreprise a été transférée d'une filiale du groupe TMD à une autre, ce qui a permis de la sauver en poursuivant l'exploitation. Il est incontestable que l'entreprise a continué à exercer ses activités à la même adresse et que le cédant et le cessionnaire étaient tous deux liés par la même convention collective. Il semble qu'aucune autorité n'ait ordonné la liquidation.

67. En tout état de cause, si une procédure d'insolvabilité est fréquemment utilisée à des fins de restructuration, elle ne vise pas à liquider une entreprise [45]. Il est établi depuis longtemps dans la jurisprudence que les procédures visant à favoriser le maintien de son activité en vue d'une reprise ultérieure ne relèvent pas du champ d'application matériel de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23 [46]. Tel a été le cas dans l'affaire au principal.

68. Si c'était la fin de l'analyse requise, je n'hésiterais pas à conseiller à la Cour de statuer que les prestations de retraite d'EM et de FL doivent être garanties par le défendeur comme si la procédure d'insolvabilité n'avait jamais eu lieu. Toutefois, le pouvoir discrétionnaire conféré aux États membres à l'article 5, paragraphe 2, sous a), doit également être pris en considération, ainsi que la question de savoir dans quelle mesure la jurisprudence de la juridiction de renvoi datant du 17 janvier 1980 s'inscrit dans ce cadre.

*b) La réponse à la question concernant l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2001/23*

69. Tout d'abord, j'observe que l'article 5, paragraphe 2, sous b), n'est pas pertinent à cette fin, car il semble que, dans les affaires au principal, il n'y ait pas de convention visant à « modifier les conditions de travail du travailleur pour préserver l'emploi en assurant la survie de l'entreprise, de l'établissement ou de la partie d'entreprise ou d'établissement ».

41 Arrêt du 11 juin 2009, C-561/07, EU:C:2009:363.

42 Arrêt du 11 juin 2009, Commission/Italie, C-561/07, EU:C:2009:363, point 26.

43 Conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire Plessers, C-509/17, EU:C:2019:50, point 62.

44 Conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire Plessers, C-509/17, EU:C:2019:50. Voir également conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, EU:C:2017:241, point 57.

45 Conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, EU:C:2017:241, point 77.

46 Par exemple, arrêt du 7 décembre 1995, Spano e.a., C-472/93, EU:C:1995:421, point 28, l'un des précédents effectivement codifié à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23.

70. Ensuite, jusqu'à présent, la Cour a beaucoup moins eu l'occasion d'analyser l'article 5, paragraphe 2, sous a), que l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23[47]. C'est pourquoi, pour déterminer sa signification, je me baserai sur la jurisprudence (limitée) à ce jour, ainsi que sur le libellé, le contexte et les finalités de cette disposition[48].

71. La Cour a jugé que le « postulat de base » de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23 « est l'application des articles 3 et 4 »[49]. Cela est conforme à la règle établie selon laquelle les dispositions de la directive 2001/23 qui prévoient des exceptions aux droits et obligations liant le cessionnaire doivent être interprétées de manière stricte[50].

72. Tant le libellé que les travaux préparatoires de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23 montrent que celui-ci a été inséré afin d'accorder aux États membres un pouvoir discrétionnaire de limiter les droits et obligations transférés par un cédant, surtout lorsque la procédure *n'est pas* engagée aux fins de la liquidation des biens de celui-ci.

73. En ce qui concerne les travaux préparatoires, je renvoie aux points 55 et 57 des présentes conclusions. Les États membres devaient seulement bénéficier de « certaines dérogations » pour assurer la survie des entreprises insolvables.

74. La phrase introductive de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23 est libellée comme suit : « [l]orsque les articles 3 et 4 s'appliquent à un transfert au cours d'une procédure d'insolvabilité qui a été ouverte à l'égard d'un cédant (que cette procédure ait été ou non engagée en vue de la liquidation des biens du cédant) […] ».

75. Cette formulation peut seulement être interprétée en ce sens que, aux fins des présentes affaires, les droits et obligations transférés aux cessionnaires en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/23 s'appliquent à *toutes* les procédures d'insolvabilité qui ne sont pas ouvertes en vue de la liquidation des biens du cédant, comme c'est le cas dans les affaires au principal, étant donné que l'État membre n'a pas la faculté expresse d'en disposer autrement, contrairement à la formulation de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23 qui commence par l'expression « [s]auf si les États membres en disposent autrement ». La phrase introductive de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23, « [l]orsque les articles 3 et 4 s'appliquent à un transfert au cours d'une procédure d'insolvabilité » ne fait pas référence à un pouvoir discrétionnaire des États membres, mais aux conditions de fait et de droit préalables à l'application des articles 3 et 4 de la directive 2001/23, telles que l'existence d'un « transfert ». Le pouvoir discrétionnaire des États membres intervient à l'article 5, paragraphe 2, sous a) et b).

76. Cette interprétation est également conforme à la jurisprudence de la Cour[51]. Les mesures dérogatoires à cela que les États membres peuvent prendre concernant des procédures d'insolvabilité qui n'ont pas été engagées en vue de la liquidation sont prévues à l'article 5, paragraphe 2, sous a).

77. En outre, il est indiqué dans les observations écrites du gouvernement allemand qu'une exception limitée est prévue par le droit allemand concernant les droits en cours d'acquisition avant la déclaration d'insolvabilité, en vue d'assurer le redressement de l'entreprise, comme le permet l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23. Ce sont précisément des exceptions limitées couvertes par l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23.

47 Cette disposition a été interprétée par la Cour dans l'ordonnance du 28 janvier 2015, Gimnasio Deportivo San Andrés, C-688/13, EU:C:2015:46, et l'arrêt du 11 juin 2009, Commission/Italie, C-561/07, EU:C:2009:363.

48 Voir conclusions de l'avocate générale Kokott dans l'affaire Robins e.a., C-278/05, EU:C:2006:476, point 34 et jurisprudence citée.

49 Arrêt du 11 juin 2009, Commission/Italie, C-561/07, EU:C:2009:363, point 41.

50 Arrêt du 11 juin 2009, Commission/Italie, C-561/07, EU:C:2009:363, point 30. Voir également point 48 des présentes conclusions et jurisprudence citée.

51 Ainsi que je l'ai expliqué aux points 61et 62 des présentes conclusions.

78. Ainsi, l'arrêt du 18 janvier 1980 de la juridiction de renvoi et la jurisprudence qui l'a suivi peuvent être considérés comme un usage de la faculté de dérogation appliqué aux procédures d'insolvabilité relevant du champ d'application matériel de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23. Le fait qu'il n'y ait pas eu de dérogation avant l'insertion de l'article 5 dans la directive 2001/23 est sans importance. Les États membres ne sont pas tenus de prendre des mesures spécifiques pour mettre en œuvre les directives, à condition que ces mesures soient juridiquement contraignantes [52]. Il importe peu que la jurisprudence de la juridiction de renvoi remonte au 18 janvier 1980, avant l'entrée en vigueur de la directive 2001/23, étant donné que les règles déjà en place dans le droit des États membres peuvent mettre en œuvre une directive [53]. Toutefois, ainsi que je l'expliquerai dans ma réponse à la troisième question, la transposition par la jurisprudence peut poser des difficultés en termes d'exigences de sécurité juridique du droit de l'Union.

79. En tout état de cause, c'est pour ces raisons que je propose la réponse à la deuxième question telle que reformulée au point 60 des présentes conclusions.

*3. La troisième question*

80. Il convient de répondre à la troisième question, telle que reformulée ci-avant, que l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23 permet une limitation en vertu du droit national, selon laquelle un cessionnaire ne répond pas de prestations de pension fondées sur les périodes de service accomplies avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité si ces droits à pension produisent un effet juridique effectif [54], en ce sens que les travailleurs concernés peuvent agir pour faire valoir ces droits devant des juridictions nationales afin d'obtenir du cédant le versement des prestations de pension par le cédant [55]. En tout état de cause, il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si l'État membre a usé du pouvoir d'appréciation prévu à l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23 avec la précision et la clarté nécessaires pour garantir la sécurité juridique.

81. L'argumentation de TMD Friction ne tient manifestement pas en ce qui concerne EM parce que, comme il est indiqué dans les observations écrites de celui-ci, selon la formulation de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23, les prestations de retraite n'étaient pas « dues » à la date du transfert, comme l'exige cette disposition, parce que l'événement ouvrant droit à des prestations, à savoir, dans le cas d'EM, l'arrivée à l'âge de la retraite, n'avait pas eu lieu.

82. En revanche, la situation est plus complexe en ce qui concerne FL, étant donné que ce dernier est un *ancien* salarié. Bien que FL ait atteint l'âge de la retraite après la déclaration d'insolvabilité (le 31 juillet 2015). Cela dit, le dossier de l'affaire indique en outre que les droits à pension de FL étaient « définitivement acquis » au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. C'est pourquoi il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer si FL avait le droit d'obtenir du cédant insolvable, à la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, les prestations de retraite complémentaire en cause dans le sens exposé au point 80 des présentes conclusions. S'il y avait droit, il est conforme à la directive 2001/23 d'exempter le cessionnaire de la responsabilité de ce versement.

52 La directive 2001/23 peut être transposée par la jurisprudence. Voir notamment arrêt du 10 juillet 1986, Commission/Italie, 235/84, EU:C:1986:303. Voir en outre Prechal, S., *Directives in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 78 à 81. L'auteur souligne à la p. 79 que la juridiction pertinente doit être précise, publiée et prévisible. Concernant l'importance du caractère juridiquement contraignant en matière de transposition du droit de l'affaire Safeway, C-171/18, EU:C:2019:272. Les juridictions nationales sont tenues d'adapter leur jurisprudence afin de se conformer au droit de l'Union. Voir par exemple arrêt du 6 novembre 2018, Bauer et Willmeroth, C-569/16 et C-570/16, EU:C:2018:871, point 68.

53 Voir par exemple arrêt du 20 mai 1992, Commission/Pays-Bas, C-190/90, EU:C:1992:225, affaire dans laquelle un ensemble de règles, dont certaines étaient antérieures à l'entrée en vigueur de directives, assuraient sa transposition effective. Voir Prechal, S., *Directives in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 77. Voir, plus récemment, par exemple, arrêt du 11 juin 2015, Commission/Pologne, C-29/14, EU:C:2015:379, point 38.

54 Arrêt du 7 octobre 2019, Safeway, C-171/18, EU:C:2019:839, point 29.

55 Arrêt du 7 octobre 2019, Safeway, C-171/18, EU:C:2019:839, point 25.

83. Le mot « dû » peut seulement être interprété comme signifiant le moment où le salarié a le droit de toucher des prestations de vieillesse, par exemple parce que l'événement ouvrant droit à prestation est intervenu. L'argument présenté dans les observations écrites du gouvernement allemand, selon lequel l'obligation au titre d'un droit en cours d'acquisition devient « due » lorsqu'une charge économique apparaît pour le cédant (c'est-à-dire avant l'insolvabilité), conduirait à une situation ingérable concernant le partage des actifs dans le cadre de la procédure d'insolvabilité.

84. Cela serait incompatible non seulement avec le libellé de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23, mais aussi avec la sécurité juridique et le bon fonctionnement de la règle de satisfaction équitable des créanciers. Comme le souligne EM dans ses observations écrites, comme il n'est pas encore à la retraite, sa perte ne peut être estimée qu'à la somme non négligeable de 430 euros par mois sur une pension professionnelle estimée à 1 300 euros par mois. Il en va tout autrement du calcul très précis de la perte de FL, qui est de 149,98 euros.

85. En outre, comme il limite les droits accordés aux travailleurs par la directive, le mot « dû » au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23 doit être interprété de manière stricte [56]. Il doit également être interprété en tenant dûment compte de la directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil, du 20 juin 2019, relative aux cadres de restructuration préventive de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité) [57], que les États membres doivent transposer d'ici au 17 juillet 2021 [58]. Elle prévoit qu'« un cadre de restructuration préventive établi au titre de la présente directive ne devrait pas affecter les créances et les droits opposables à un débiteur découlant de régimes de retraite professionnelle si ces créances et droits ont été constitués avant la restructuration » [59]. Cela suppose une interprétation de la directive 2001/23 qui maximise les obligations en matière de pensions de cessionnaires d'entreprises faisant l'objet d'une restructuration, plutôt qu'une interprétation qui les minimise.

86. La sécurité juridique oblige la juridiction nationale à vérifier si la jurisprudence de la juridiction de renvoi, qui remonte au 18 janvier 1980, peut constituer un usage valide de la faculté de limitation prévue à l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23 [60].

87. La Cour a récemment réaffirmé, concernant le calcul de prestations de retraite, que le principe de sécurité juridique s'impose avec une rigueur particulière en présence d'une réglementation susceptible de comporter des conséquences financières, requiert que les droits conférés aux particuliers par le droit de l'Union soient mis en œuvre de manière suffisamment précise, claire et prévisible pour permettre aux personnes concernées de connaître avec exactitude leurs droits et leurs obligations et de prendre leurs dispositions en conséquence ainsi que de s'en prévaloir, le cas échéant, devant les juridictions nationales [61].

56 Voir point 71 des présentes conclusions.

57 JO 2019, L 172, p. 18.

58 Article 34. Ainsi que je l'ai expliqué dans mes conclusions dans l'affaire Pinckernelle, C-535/15, EU:C:2016:996, point 40, dans l'interprétation des mesures adoptées par l'Union, le contexte recouvre un certain nombre d'éléments de référence.

59 Considérant 20.

60 Voir, par exemple, arrêt du 11 juin 2015, Commission/Pologne, C-29/14, EU:C:2015:379, point 38.

61 Arrêt du 7 octobre 2019, Safeway, C-171/18, EU:C:2019:839, point 25.

88. La Cour a également jugé, concernant des dérogations à des directives relatives aux droits des travailleurs dans le cadre de la relation de travail, que, « lorsque le droit de l'Union laisse aux États membres la faculté de déroger à certaines dispositions d'une directive, ces derniers sont tenus d'exercer leur pouvoir discrétionnaire dans le respect des principes généraux du droit de l'Union, parmi lesquels figure le principe de sécurité juridique. À cette fin, les dispositions permettant des dérogations facultatives aux principes posés par une directive doivent être mises en œuvre avec la précision et la clarté requises afin qu'il soit satisfait aux exigences découlant dudit principe » [62].

89. Il ressort des dossiers des affaires, et il a été confirmé par l'agent de la Commission lors de l'audience, que les mesures actives prises par la République fédérale d'Allemagne pour transposer la directive 2001/23 se sont concentrées sur l'article 613a du code civil allemand. L'impression donnée lors de l'audience était celle d'une absence de lien entre l'article 5 de la directive 2001/23 et les mesures législatives allemandes en matière d'insolvabilité. C'est une raison de plus pour que la juridiction de renvoi vérifie le respect des principes évoqués aux points 87et 88 des présentes conclusions.

90. C'est pour ces raisons qu'il convient de répondre à la troisième question dans le sens indiqué au point 80 des présentes conclusions.

*4. La quatrième question*

91. Il convient de répondre à la quatrième question, telle que reformulée, que le respect de l'article 8 de la directive 2008/94 dans le droit national est une condition préalable à l'application de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23. Une réduction du montant des prestations de retraite professionnelle servies à un ancien travailleur salarié, en raison de l'insolvabilité de son ancien employeur, est considérée comme étant manifestement disproportionnée lorsque cet ancien travailleur perçoit moins de la moitié du montant des prestations découlant de ses droits acquis ou lorsque, du fait de cette réduction, il vit déjà ou devrait vivre en dessous du seuil de pauvreté déterminé pour l'État membre concerné par Eurostat.

92. Ce rôle de l'article 8 de la directive 2008/94 en tant que condition préalable à une réduction des obligations imposées aux cessionnaires par l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/78 est irréfutable au regard du libellé de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23 et de l'expression « à condition que ».

93. Comme je l'ai expliqué dans les présentes conclusions, l'article 8 de la directive 2008/94 est pertinent seulement en ce qui concerne FL, étant donné que l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23 n'autorise l'exclusion des obligations « dues » avant le transfert ou l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité qu'à la condition supplémentaire que le droit de l'État membre accorde une « protection au moins équivalente » à celle prévue par la directive 2008/94. Depuis l'arrêt Robins e.a. [63], la jurisprudence a imposé un critère de proportionnalité, impliquant une obligation minimale de garantir cinquante pour cent des droits à la retraite [64]. La Cour a également jugé que l'article 8 « vise à garantir une protection des intérêts des travailleurs salariés à long terme, étant donné que de tels intérêts en ce qui concerne les droits acquis ou en cours d'acquisition s'étendent, en principe, sur toute la durée de la retraite » [65].

62 Arrêt du 21 octobre 2010, Accardo e.a., C-227/09, EU:C:2010:624, point 55.

63 Arrêt du 25 janvier 2007, C-278/05, EU:C:2007:56.

64 Arrêt du 25 janvier 2007, Robins e.a., points 57 et 59.

65 Arrêt du 24 novembre 2016, Webb-Sämann, C-454/15, EU:C:2016:891, point 27.

94. Il est important de relever que le critère établi dans l'arrêt Robins e.a. a encore évolué à la lumière de l'arrêt Pensions-Sicherungs-Verein :

« [L]'article 8 de la directive 2008/94 doit être interprété en ce sens qu'une réduction du montant des prestations de retraite professionnelle servies à un ancien travailleur salarié, en raison de l'insolvabilité de son ancien employeur, est considérée comme étant manifestement disproportionnée, bien que l'intéressé perçoive au moins la moitié du montant des prestations découlant de ses droits acquis, lorsque cet ancien travailleur salarié vit déjà ou devrait vivre du fait de cette réduction en dessous du seuil de risque de pauvreté déterminé pour l'État membre concerné par Eurostat »[66].

95. Bien qu'il appartienne à la juridiction nationale de le vérifier, étant donné que FL ne demande à la défenderesse qu'une pension complémentaire au défendeur qui est supérieure de 149,48 euros à ce qu'il touche, ce critère semble respecté, sachant notamment qu'il est indiqué dans les observations écrites de celui-ci qu'il s'agit d'une perte de seulement 12,8 %. En outre, l'argument avancé par FL dans ses observations écrites, selon lequel les concessions faites par des travailleurs comme lui pour assurer le maintien de l'entreprise doivent être prises en considération lors de l'examen de proportionnalité, n'est pas reconnu par la jurisprudence.

96. Je souligne toutefois que l'obligation imposée à l'article 8 de la directive 2008/94 est une garantie minimale essentielle pour la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (considérant 3). L'article 8 lie les États membres quelles que soient les dispositions adoptées par ceux-ci, en ce qui concerne les cessionnaires sur la question générale du transfert des prestations de vieillesse, d'invalidité et de survivants en vertu de l'article 3, paragraphe 4, sous a), de la directive 2001/23, et des obligations minimales imposées aux États membres à l'article 3, paragraphe 4, sous b), en ce qui concerne ces prestations en général.

97. Pour résumer, l'article 8 de la directive 2008/94 est un garde-fou obligeant les États membres à « garantir, aux travailleurs […] le minimum de protection exigé par cette disposition »[67]. La caractéristique de cette obligation est l'établissement d'une protection totalement indépendante économiquement du cédant insolvable[68]. Elle soutient le salarié indépendamment des dispositions mises en place par les États membres en application de la directive 2001/23 au titre de l'article 3, paragraphe 4, en matière de pensions. Cela est conforme à l'un des principaux objectifs, qui remonte aux années 70, des « directives sur les restructurations d'entreprises », à savoir l'atténuation des conséquences sociales négatives des opérations de restructuration[69].

98. Partant, la quatrième question, telle que reformulée, devrait donc recevoir la réponse suggérée au point 91 des présentes conclusions.

## IV. Conclusion

99. Au vu des éléments qui précèdent, je propose de répondre aux questions telles que reformulées comme suit :

1) Lorsque la législation d'un État membre limite les prestations de retraite professionnelle complémentaire des travailleurs salariés dont le cessionnaire d'une entreprise est responsable, en raison de l'insolvabilité du cédant, en droit de l'Union, les droits de ces travailleurs envers le cessionnaire sont régis, en premier lieu, par l'article 5 de la directive 2001/23 /CE du Conseil, du

66 Arrêt du 19 décembre 2019, Pensions-Sicherungs-Verein, C-168/18, EU:C:2019:1128, point 46.

67 Arrêt du 19 décembre 2019, Pensions-Sicherungs-Verein, C-168/18, EU:C:2019:1128, point 40 et jurisprudence citée.

68 Ainsi que cela est expliqué dans les conclusions de l'avocat général Bobek dans l'affaire Webb-Sämann, C-454/15, EU:C:2016:657, points 77 et 78.

69 Pour une analyse plus approfondie voir conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire Plessers, C-509/17, EU:C:2019:50, points 38 à 41.

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) Les procédures d'insolvabilité en cause au principal relèvent du champ d'application matériel de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23.

3) L'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23 permet une limitation en vertu du droit national, selon laquelle un cessionnaire ne répond pas de prestations de pension fondées sur les périodes de service accomplies avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité si ces droits à pension produisent un effet juridique effectif, en ce sens que les travailleurs concernés peuvent agir pour faire valoir ces droits devant des juridictions nationales afin d'obtenir du cédant le versement des prestations de pension par le cédant. En tout état de cause, il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si l'État membre a usé du pouvoir d'appréciation prévu à l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23 avec la précision et la clarté nécessaires pour garantir la sécurité juridique.

4) Le respect de l'article 8 de la directive 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 octobre 2008, relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, dans le droit national est une condition préalable à l'application de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23. Une réduction du montant des prestations de retraite professionnelle servies à un ancien travailleur salarié, en raison de l'insolvabilité de son ancien employeur, est considérée comme étant manifestement disproportionnée lorsque cet ancien travailleur perçoit moins de la moitié du montant des prestations découlant de ses droits acquis ou lorsque, du fait de cette réduction, il vit déjà ou devrait vivre en dessous du seuil de pauvreté déterminé pour l'État membre concerné par Eurostat.