

ticuliers, qui se trouve dans l'impossibilité de procéder à une interprétation des dispositions de son droit national qui serait conforme à une directive non transposée ou incorrectement transposée, n'est pas tenue, sur le seul fondement du droit de l'Union, de laisser inappliquées ces dispositions nationales contraires aux dispositions de cette directive.(...) » (jurisprudence constante de la C.J.U.E. quant aux dispositions du droit de l'Union européenne dépourvues d'effet direct ne pouvant être invoquées, en tant que telles, afin d'écarter l'application d'une disposition de droit national qui y serait contraire: en ce sens not., C.J.U.E., 24 juin 2019, C-573/17, *Poplawski*, ECU:EU:C:2019:530, pts. 62-63).

En l'espèce, le texte de l'article XX.86 CDE et de l'article 12 de la CCT n° 102 est clair et précis. Il n'est pas possible, à l'estime du tribunal, d'interpréter le droit belge de manière conforme à la directive n° 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001, sous peine d'en faire une interprétation *contra legem*. Conformément à la jurisprudence de la C.J.U.E. susmentionnée, le tribunal ne peut pour autant en écarter l'application ni laisser inappliquées ces dispositions du droit national, fussent-elles contraires à ladite directive.

Il apparaît que la cession projetée permet le maintien de l'activité de l'entreprise et de 75% des emplois et que les

critères de choix des travailleurs repris sont de nature économique et organisationnelle et répondent au prescrit de l'article XX.86, § 3, CDE.

Le transfert proposé doit donc être approuvé.

L'autorisation sollicitée doit être accordée au bénéfice de la B.V.B.A. AMOPHAR.

PAR CES MOTIFS,

Le tribunal,

(...)

Reçoit la requête en autorisation de transfert et la dit fondée;

Autorise en conséquence le transfert d'entreprise au bénéfice de la BVBA A. conformément au projet d'acte annexé à la requête dans le Registre de la Solvabilité;

Autorise le mandataire de justice à procéder à l'exécution du transfert autorisé;

Ordonne la publication du présent jugement par extrait au *Moniteur belge* et invite le mandataire de justice à procéder à cette mesure;

Réserve le surplus de la procédure ainsi que les dépens.

Note

Etat des lieux de l'application des règles européennes de reprise des travailleurs dans le cadre d'un transfert d'entreprise sous autorité de justice un an après l'arrêt Plessers: le pouvoir d'appréciation du juge national dans l'application du principe de l'interprétation conforme en droit social communautaire

Nicholas Ouchinsky

1. INTRODUCTION

1. Les trois décisions commentées constituent les premiers cas d'application sous l'ère de « l'après *Plessers* » des règles applicables au personnel d'une activité cédée dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice.

Il est, à cet égard, renvoyé aux abondantes contributions ayant décrit et commenté les arrêts *Smallsteps*¹ et *Plessers*², dans lesquels la Cour de justice de l'Union européenne³ a

successivement condamné le sort réservé aux travailleurs non repris dans le *pre-pack* néerlandais et la procédure belge de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice.⁴

Rappelons simplement que l'article 3, 1., de la directive n° 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert

¹ C.J.U.E., 22 juin 2017, C-126/16, *Smallsteps*, EU:C:2017:489.

² C.J.U.E., 16 mai 2019, C-509/17, *Plessers*, EU:C:2019:424.

³ Ci-après « C.J.U.E. ».

⁴ R. AYDOGDU et F. ROSENBERG, « De *Smallsteps* à *Plessers*: un 'grand bond en avant' pour le redressement des entreprises en difficulté », in *Les réformes du droit économique: premières applications*, C.U.P., vol. 190, Limal, Anthemis, 2019, pp. 82 et s.; C. ALTER et Z. PLETTINCKX, « Transfert sous autorité de justice, réduction de la masse salariale et conformité au droit européen », *J.T.*, 2019, pp. 546 et s.; S. JACMAIN et I. VEROUSTRATE, « Premières réflexions critiques et pratiques suite à l'arrêt *Plessers* », *R.D.C.*, 2019, pp. 544 et s.; I. VEROUSTRATE et al., *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Kluwer, 2019, pp. 597-610.

d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements⁵, consacre le principe du maintien des droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail existant à la date du transfert d'une activité, en imposant leur transfert au cessionnaire de l'activité.

L'article 5, 1., de la directive 2001/23/CE prévoit une exception au régime de l'article 3, en vertu de laquelle celui-ci ne s'applique pas au transfert d'activité lorsque:

- le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue;
- cette procédure est ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant;
- la procédure se déroule sous le contrôle d'une autorité publique compétente.

La condamnation particulièrement sévère du traitement réservé au personnel dans les procédures de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice a déçu, en ce que la C.J.U.E. – manifestement insuffisamment éclairée sur les règles qui gouvernent cette procédure – a considéré que les règles applicables à cette procédure ne rencontraient pas les conditions rappelées ci-avant.⁶

La position consistant à considérer que les 1^{re} et 3^e conditions d'application du régime d'exception de l'article 5, 1., de la directive n° 2001/23/CE n'avaient pas été respectées démontre que la C.J.U.E. n'a pas été suffisamment éclairée sur les règles applicables en droit belge, dans la procédure ayant abouti à l'arrêt *Plessers*. La C.J.U.E. paraît par contre plus convaincante, lorsqu'elle constate, au regard de la 2^e condition, que « [c]oncernant, (...) la condition selon laquelle la procédure doit être ouverte aux fins de la liquidation des biens du cédant, il ressort de la jurisprudence de la Cour que ne satisfait pas à celle-ci une procédure visant la poursuite de l'activité de l'entreprise concernée (arrêt du 22 juin 2017, C-126/16, *Federatie Nederlandse Vakvereni-*

ging e.a., EU:C:2017:489, pt. 47 ainsi que jurisprudence citée).

Or, ainsi qu'il ressort du libellé même de la question posée, la juridiction nationale compétente a ordonné une telle procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice en vue du maintien de tout ou partie d'Echo ou de ses activités ».⁷

Avant le prononcé de l'arrêt *Plessers*, R. Aydogdu avait déjà mis en garde le législateur belge, à la lumière de l'enseignement de l'arrêt *Smallsteps*, contre une sanction du régime du transfert d'entreprise sous autorité de justice prévu dans la procédure de réorganisation judiciaire, en ce que « même si la continuité des activités peut permettre la maximisation du désintéressement des créanciers, il est néanmoins certain que l'objectif principal du transfert sous autorité de justice reste la sauvegarde de l'entreprise ».⁸

Le caractère hybride du régime du transfert sous autorité de justice a pourtant été souligné à juste titre par la doctrine⁹, le législateur n'ayant pas ignoré l'objectif de maximisation du désintéressement collectif des créanciers, inscrit en préalable à toute prise en considération d'une offre de reprise par le tribunal.

Nonobstant le double objectif de maximisation du désintéressement des créanciers et de sauvegarde de l'entreprise, il demeurait néanmoins un point faible lié au régime social de la procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice au regard du critère retenu dans l'affaire *Smallsteps*¹⁰, dans laquelle la C.J.U.E. avait déjà souligné que « la seule circonstance que [l'] opération (...) puisse viser également la maximisation du désintéressement des créanciers n'est pas susceptible de la transformer en une procédure ouverte aux fins de la liquidation des biens du cédant, au sens de l'article 5, 1., de la directive n° 2001/23 ».¹¹

2. LA DIRECTIVE N° 2019/1023 RELATIVE AUX CADRES DE RESTRUCTURATION PRÉVENTIVE

2. Au lendemain de l'arrêt *Plessers*, le Parlement européen adoptait la directive n° 2019/1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour aug-

menter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) n° 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité).¹²

⁵ Ci-après « directive n° 2001/23/CE ».

⁶ J. WILDEMEERSCH et R. AYDOGDU, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne: une condamnation 'avec sursis' de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *J.L.M.B.*, 2019, p. 1270; C. ALTER et Z. PLETTINCKX, « Transfert sous autorité de justice, réduction de la masse salariale et conformité au droit européen », *o.c.*, pp. 547-548, n° 4; S. JACMAIN et I. VEROUSTRATE, « Premières réflexions critiques et pratiques suite à l'arrêt *Plessers* », *o.c.*, pp. 547-551, n° 14-18; A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, 2019, p. 542, n° 728.

⁷ C.J.U.E., 16 mai 2019, C-509/17, *Plessers*, EU:C:2019:424, considérants 44 et 45.

⁸ R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017: le silence assourdissant de la faillite silencieuse », in *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (r)évolution?*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 184, n° 52.

⁹ C. ALTER et Z. PLETTINCKX, « Insolvabilité des entreprises », *R.P.D.B.*, Larcier, 2019, p. 435, n° 375.

¹⁰ C. ALTER et Z. PLETTINCKX, « Transfert sous autorité de justice, réduction de la masse salariale et conformité au droit européen », *o.c.*, p. 547, n° 4; A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, *o.c.*, p. 542, n° 728.

¹¹ C.J.U.E., 22 juin 2017, C-126/16, *Smallsteps*, EU:C:2017:489, considérant 55.

¹² Ci-après « directive n° 2019/1023 ».

L'objectif de cette directive, qui doit être transposée dans notre droit au plus tard le 17 juillet 2021¹³, est de créer une harmonie et une convergence au sein du droit de l'insolvabilité des Etats membres en:

- garantissant que les entreprises viables et les entrepreneurs en difficulté financière aient accès à des cadres de restructuration préventive efficaces au niveau national, qui leur permettent de poursuivre leurs activités;
- offrant une seconde chance aux entrepreneurs honnêtes insolvable ou surendettés en faisant en sorte qu'ils puissent bénéficier d'une remise de dettes totale au terme d'un délai raisonnable;
- améliorant l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, notamment en raccourcissant la durée.¹⁴

Cette réforme du droit européen de l'insolvabilité doit intervenir sans préjudice des droits et libertés fondamentaux des travailleurs, la directive n° 2019/1023 précisant en son considérant 2 que:

« Les cadres de restructuration préventive devraient, avant tout, permettre aux débiteurs de se restructurer efficacement à un stade précoce et d'éviter l'insolvabilité, limitant ainsi la liquidation inutile d'entreprises viables. Ces cadres devraient aider à prévenir les suppressions d'emplois et les pertes de savoir-faire et de compétences, et optimiser la valeur totale pour les créanciers – par rapport à celle qu'ils recevraient en cas de liquidation des actifs de l'entreprise ou dans le cas de la meilleure solution alternative en l'absence d'un plan – ainsi que pour les propriétaires et l'économie dans son ensemble. »

Cet objectif marque une évolution positive des mentalités, qui, plutôt que de voir un antagonisme politico-économique entre les mesures destinées à sauvegarder les entreprises en difficulté et la protection sociale que le droit commun du transfert d'entreprise offre aux travailleurs¹⁵, voit une convergence d'intérêts entre la restructuration efficace et précoce des entreprises en difficultés et le maintien de l'emploi.

En effet, comme le relève A. Zenner, les dupes de l'entrave à la mise en place d'un système permettant aux entreprises en difficulté de se restructurer efficacement à un stade précoce, en optimisant la valeur totale pour les créanciers, *« pourraient s'avérer être les travailleurs eux-mêmes, compte tenu du sort défavorable que leur réserve la faillite par rapport à la réorganisation judiciaire »*.¹⁶

Cette convergence d'intérêts entre la mise en place de mesures efficaces de restructuration des entreprises et le maintien de l'emploi se retrouve notamment dans le prescrit de l'article 4, 1., de la directive n° 2019/1023, qui dispose que:

« Les Etats membres veillent à ce que, lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité, les débiteurs aient accès à un cadre de restructuration préventive leur permettant de se restructurer, en vue de prévenir l'insolvabilité et d'assurer leur viabilité, sans préjudice d'autres solutions visant à éviter l'insolvabilité, et de protéger ainsi les emplois et de maintenir l'activité économique. »

Le juge national sera, par conséquent, soumis à un exercice complexe, lorsqu'il devra appliquer le droit interne de l'insolvabilité, en conciliant la position intransigeante de la C.J.U.E., telle qu'elle ressort des arrêts *Smallsteps* et *Plessers*, avec la directive n° 2019/1023.¹⁷

3. L'OBLIGATION D'INTERPRÉTATION CONFORME EN DROIT EUROPÉEN

3. Le principe de l'interprétation conforme a été posé pour la première fois par la C.J.U.E. dans son arrêt *von Colson* du 10 avril 1984, aux termes duquel la Cour a considéré qu'*« en appliquant le droit national, et notamment les dispositions d'une loi nationale spécialement introduite en vue d'exécuter la directive (...), la juridiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par l'article 189, 3. »*¹⁸ du traité CEE.¹⁹

A partir de cet arrêt, la C.J.U.E. a ainsi chargé les juridictions nationales d'une nouvelle obligation, celle de *« s'efforcer de donner aux règles internes qu'elles sont appelées à appliquer dans le cadre de leurs compétences une interprétation aussi conforme que possible aux exigences du droit communautaire »*.²⁰

Outre cette vision organique des juridictions nationales, fondée sur leur appartenance à l'organisation des Etats membres à l'instar de toute autre autorité nationale²¹, la jurisprudence de la C.J.U.E. donne également pour fondement de l'inter-

¹³. Art. 34 directive n° 2019/1023.

¹⁴. Directive n° 2019/1023, considérant 1.

¹⁵. J. WILDEMEERSCH et R. AYDOGDU, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne: une condamnation 'avec sursis' de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *o.c.*, p. 1267.

¹⁶. A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, *o.c.*, p. 544, n° 729.

¹⁷. S. JACMAIN et I. VEROUSTRATE, « Premières réflexions critiques et pratiques suite à l'arrêt *Plessers* », *o.c.*, p. 549, n° 17.

¹⁸. C.J.U.E., 10 avril 1984, nr. 14/83, *von Colson*, *Rec.*, p. 1909, pt. 26.

¹⁹. Actuel art. 288, 3., TFUE.

²⁰. L. DANIELE, « Vingt-cinq ans d'interprétation conforme: un principe encore en quête de définition? », *R.A.E.-L.E.A.*, 2007-2008, p. 705.

²¹. *Ibid.*

prétation conforme le principe selon lequel « toute juridiction nationale doit présumer que l'Etat a eu l'intention d'exécuter pleinement les obligations découlant de la directive concernée ».²²

4. Si le principe de l'interprétation conforme s'applique à l'ensemble du droit communautaire, celui-ci trouve son champ d'application privilégié lorsque les directives européennes sont invoquées dans des litiges entre particuliers, en raison du principe de l'absence d'effet horizontal des directives.²³

On voit, à cet égard, dans l'application de l'interprétation conforme par le juge national, une manifestation de la suprématie de la règle communautaire²⁴, en ce que ce principe constitue « l'une des facettes de l'effet direct à côté de l'invocabilité de substitution, de l'invocabilité d'exclusion et de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire ».²⁵

La Cour considère, à ce titre, que « [l'] exigence d'une interprétation conforme du droit national est inhérente au système du traité en ce qu'elle permet à la juridiction nationale d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la pleine efficacité du droit communautaire lorsqu'elle tranche le litige dont elle est saisie ».²⁶

L. Daniele souligne que « [l'] a qualification du principe comme inhérent au système du traité et le lien que le passage établit entre l'interprétation conforme et la 'pleine efficacité

du droit communautaire 'semblent non seulement témoigner de l'importance croissante que la Cour assigne au principe, mais aussi marquer un rapprochement de l'interprétation conforme par rapport au principe de l'effet direct ».²⁷

5. La C.J.U.E. a souligné, dans l'arrêt *Marleasing* du 13 novembre 1990, au sujet de l'application du droit national au regard de l'entrée en vigueur des directives, qu'« en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189, 3., du traité (actuel art. 288, 3., TFUE) ».²⁸

On considère aujourd'hui que l'obligation d'interprétation conforme trouve également à s'appliquer lorsqu'il est question d'une directive non transposée dont le délai de transposition n'est pas encore arrivé à échéance²⁹. La C.J.U.E. a en effet décidé, dans l'arrêt *Adeneler* du 4 juillet 2006, que « dès la date à laquelle une directive est entrée en vigueur, les juridictions des Etats membres doivent s'abstenir dans la mesure du possible d'interpréter le droit interne d'une manière qui risquerait de compromettre sérieusement, après l'expiration du délai de transposition, la réalisation de l'objectif poursuivi par cette directive ».³⁰

4. LES LIMITES À L'OBLIGATION D'INTERPRÉTATION CONFORME

6. En droit belge, la primauté du droit communautaire à effet direct sur le droit national a été consacrée par le célèbre arrêt *Le Ski*, prononcé par la Cour de cassation le 27 mai 1971, dans lequel la Cour a considéré que « lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir ; (...) il en est a fortiori ainsi lorsque le conflit existe (...) entre une

norme de droit interne et une norme de droit communautaire ».³¹

On déduit *a contrario* de ce principe et du prescrit de l'article 159 de la Constitution, que le juge national n'a pas le pouvoir d'écarter une norme nationale contraire au droit international dépourvu d'effet direct.³²

En droit communautaire, la C.J.U.E. considère, de jurispru-

²² C.J.U.E., 16 décembre 1993, C-334/92, *Wagner Miret*, Rec., p. 6911, pt. 20. Voy. en ce sens égal. C.J.U.E., 3 octobre 2004, aff. jointes C-397/01 et C-403/01, *Pfeiffer*, Rec., p. I-8834, pt. 112.

²³ J.-P. JACQUE, « L'obligation d'interprétation conforme en droit communautaire », *o.c.*, p. 716.

²⁴ L. DANIELE, « Vingt-cinq ans d'interprétation conforme: un principe encore en quête de définition? », *o.c.*, p. 707.

²⁵ J.-P. JACQUE, « L'obligation d'interprétation conforme en droit communautaire », *R.A.E.-L.E.A.*, 2007-2008, p. 715.

²⁶ C.J.U.E., 15 mai 2003, C-160/01, *Mau*, Rec., p. I-4829, pt. 34; C.J.U.E., 3 octobre 2004, aff. jointes C-397/01 et C-403/01, *Pfeiffer*, Rec., p. I-8834, pt. 114; C.J.U.E., 4 juillet 2006, C-212/04, *Adeneler*, Rec., p. I-6131, pt. 109; C.J.U.E., 15 avril 2008, C-268/06, *Impact*, Rec., p. I-2565, pt. 99; C.J.U.E., 23 avril 2009, C378/07 à C380/07, *Angelidaki e.a.*, EU:C:2009:250, pt. 198; C.J.U.E., 19 janvier 2010, C555/07, *Küçükdeveci*, EU:C:2010:21, pt. 48; C.J.U.E., 24 janvier 2012, C-282/10, *Dominguez*, EU:C:2012:33, pt. 24.

²⁷ L. DANIELE, « Vingt-cinq ans d'interprétation conforme: un principe encore en quête de définition? », *o.c.*, p. 707.

²⁸ C.J.U.E., 13 novembre 1990, C-106/89, *Marleasing*, Rec., p. I-4159, pt. 8.

²⁹ L. DANIELE, « Vingt-cinq ans d'interprétation conforme: un principe encore en quête de définition? », *o.c.*, p. 708; J.-P. JACQUE, « L'obligation d'interprétation conforme en droit communautaire », *o.c.*, p. 716.

³⁰ C.J.U.E., 4 juillet 2006, C-212/04, *Adeneler*, Rec., p. I-6134, pt. 123.

³¹ Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886.

³² J. WILDEMEERSCH ET R. AYDOGDU, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne: une condamnation 'avec sursis' de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *o.c.*, p. 1273.

dence constante, que « 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 trouve ses limites dans les principes généraux du droit, notamment dans ceux de sécurité juridique ainsi que de non-rétroactivité, et elle ne peut pas servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national ».³³

Le respect de l'obligation d'interprétation conforme est ainsi soumis à une double limitation, en ce qu'elle doit s'exercer dans le cadre de l'autonomie procédurale des Etats membres et ne peut remettre en cause la sécurité juridique.³⁴

7. Le respect de l'autonomie procédurale des Etats membres implique, tout d'abord, que le principe de l'interprétation conforme ne peut pas être appliqué *contra legem* si les normes nationales sont claires et incontestées.

La Cour de cassation considère ainsi, de jurisprudence constante, que lorsque le texte de la loi est clair, il n'y a pas lieu à interprétation, ni recours aux travaux préparatoires.³⁵

Toutefois, lorsqu'il est question d'interpréter une norme nationale en conformité avec le droit européen, le juge national doit aussi tenir compte des critères communautaires d'interprétation pour définir ce qui est exigé par le texte et par la finalité de la règle communautaire en cause³⁶, ce qui implique que les critères nationaux d'interprétation soient utilisés selon les exigences du droit communautaire.

Lorsqu'il est amené à appliquer le droit national transposant une directive européenne, le juge national doit par conséquent veiller, dans toute la mesure du possible, à interpréter la norme nationale à la lumière du texte et de la finalité de la

directive, en tenant compte des critères communautaires d'interprétation, pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer, de la sorte, à l'article 288, 3., TFUE.

La C.J.U.E. souligne, en outre, dans son arrêt *Pfeiffer* du 3 octobre 2004, que « si le droit national, par l'application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, permet, dans certaines circonstances, d'interpréter une disposition de l'ordre juridique interne de telle manière qu'un conflit avec une autre norme de droit interne soit évité ou de réduire à cette fin la portée de cette disposition en ne l'appliquant que pour autant qu'elle est compatible avec ladite norme, la juridiction a l'obligation d'utiliser les mêmes méthodes en vue d'atteindre le résultat poursuivi par la directive ».³⁷

8. L'obligation d'interprétation conforme ne peut non plus conduire à remettre en cause la sécurité juridique, notamment en donnant lieu à une application rétroactive de la norme communautaire.

Cette exigence est particulièrement forte en matière pénale, la C.J.U.E. estimant qu'une directive « ne peut pas avoir comme effet, par elle-même et indépendamment d'une loi interne d'un Etat membre prise pour son application, de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions ».³⁸

Prétendre en revanche tempérer le principe de l'interprétation conforme au nom de la sécurité juridique devient particulièrement théorique lorsqu'il s'agit d'imposer à un particulier des obligations auxquelles il ne s'attendait pas à être exposé.³⁹

5. TENTATIVE D'APPLICATION DE L'INTERPRÉTATION CONFORME AUX EFFETS DE LA PROCÉDURE DE TRANSFERT SOUS AUTORITÉ DE JUSTICE SUR LES TRAVAILLEURS

9. L'article 4, 1., de la directive n° 2001/23/CE, prévoit que:

« Le transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'établissement ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire. Cette disposition ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou

d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi. »

Dans son arrêt *Plessers*, la C.J.U.E. relève, en ce qui concerne l'application de cet article, que:

« Il résulte du libellé de cette disposition que des licenciements survenus dans un contexte de transfert d'entreprise

³³. C.J.U.E., 8 octobre 1987, nr. 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Rec., p. 3986, pt. 36; C.J.U.E., 4 juillet 2006, C-212/04, *Adeneler*, Rec., p. I-6131, pt. 110; C.J.U.E., 15 avril 2008, C-268/06, *Impact*, Rec., p. I-2483, pt. 100; C.J.U.E., 23 avril 2009, C-378/07 à C-380/07, *Angelidaki e.a.*, EU:C:2009:250, pt. 199; C.J.U.E., 24 janvier 2012, C-282/10, *Dominguez*, EU:C:2012:33, pt. 25; C.J.U.E., 19 avril 2016, *Dansk Industri*.

³⁴. J.-P. JACQUE, « L'obligation d'interprétation conforme en droit communautaire », *o.c.*, p. 717.

³⁵. Cass., 15 janvier 1963, *Bull. contr.*, n° 397, p. 1113; Cass., 31 octobre 1967, *J.P.D.F.*, 1968, pp. 41 et s.

³⁶. L. DANIELE, « Vingt-cinq ans d'interprétation conforme: un principe encore en quête de définition? », *o.c.*, p. 713.

³⁷. C.J.U.E., 3 octobre 2004, aff. jointes C-397/01 et C-403/01, *Pfeiffer*, Rec., p. I-8918, pt. 116.

³⁸. C.J.U.E., 8 octobre 1987, nr. 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Rec., p. I-3987, pt. 14; C.J.U.E., 11 juin 1987, nr. 14/86, *Pretore di Salò*, Rec., p. 2570, pt. 18; C.J.U.E., 26 septembre 1996, C-168/95, *Arcaro*, Rec., p. I-4729, pt. 37; C.J.U.E., 12 décembre 1996, C-74/95 et C-129/95, *X*, Rec., p. I-6636, pt. 24; C.J.U.E., 7 janvier 2004, C-60/02, *X*, Rec., p. I-686, pt. 61; C.J.U.E., 3 mai 2005, aff. jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, *Berlusconi*, Rec., p. I-3654, pt. 74.

³⁹. J.-P. JACQUE, « L'obligation d'interprétation conforme en droit communautaire », *o.c.*, p. 717.

doivent être motivés par des raisons économiques, techniques ou d'organisation sur le plan de l'emploi qui ne tiennent pas intrinsèquement audit transfert.

La Cour a ainsi considéré que l'absence d'accord entre le cessionnaire et les bailleurs sur un nouveau contrat de bail, l'impossibilité de trouver un autre local commercial ou encore l'impossibilité de transférer le personnel dans d'autres magasins peuvent constituer des raisons économiques, techniques ou d'organisation, au sens de l'article 4, 1., de la directive n° 2001/23 (voir, en ce sens, arrêt du 16 octobre 2008, C313/07, Kirtruna et Vigano, EU:C:2008:574, pt. 46).

En l'occurrence, il ressort de la législation nationale en cause au principal que le cessionnaire a le droit de choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre, ce choix devant toutefois être motivé par des raisons techniques, économiques et organisationnelles et s'effectuer sans différenciation interdite.

Or, il apparaît qu'une telle législation nationale vise, contrairement à la perspective dans laquelle s'inscrit l'article 4, 1., de la directive n° 2001/23, non pas les travailleurs qui font l'objet d'un licenciement, mais ceux dont le contrat de travail est transféré, étant entendu que le choix de ces dernières personnes par le cessionnaire se fonde sur des raisons techniques, économiques et organisationnelles.

S'il est vrai que les travailleurs non choisis par le cessionnaire concerné et, partant, licenciés sont implicitement mais nécessairement ceux dont aucune raison technique, économique ou organisationnelle n'impose, aux yeux dudit cessionnaire, le transfert du contrat de travail, il n'en demeure pas moins que ce cessionnaire n'est soumis à aucune obligation de démontrer que les licenciements intervenus dans le cadre du transfert sont dus à des raisons d'ordre technique, économique ou organisationnel.

Il apparaît donc que l'application d'une législation nationale telle que celle en cause au principal est de nature à compromettre sérieusement le respect de l'objectif principal de la directive n° 2001/23, tel que précisé à l'article 4, 1., de celle-ci et rappelé au point 52 du présent arrêt, à savoir la protection des travailleurs contre les licenciements injustifiés en cas de transfert d'entreprise. »⁴⁰

J. Wildemeersch et R. Aydogdu considèrent qu'on aurait tort de voir dans ces attendus la piste d'une interprétation conforme du droit belge à la directive n° 2001/23, au motif que les critères de choix, doivent, suivant la C.J.U.E., être justifiés par des raisons économiques, techniques ou d'organisa-

tion sur le plan de l'emploi qui ne tiennent pas intrinsèquement au transfert.⁴¹

Pour appuyer leur raisonnement, ces auteurs font référence aux conclusions de l'avocat général SZPUNAR, rendues dans le cadre de l'affaire *Plessers*, dans lesquelles celui-ci soutient qu'« il ne suffit pas de démontrer que l'extinction du contrat de travail est due à des raisons économiques, techniques ou d'organisation. Il doit également être prouvé que ces raisons ne découlent pas directement du transfert d'entreprise, en violation de l'article 4, 1., de la directive n° 2001/23. En d'autres termes, il doit être prouvé que le licenciement en cause a été motivé par des circonstances supplémentaires, qui s'ajoutent audit transfert. Ce sont donc ces 'circonstances supplémentaires' qui sont susceptibles d'être qualifiées de 'raisons économiques, techniques ou d'organisation' au sens dudit article 4, 1. ».⁴²

Ils en déduisent, en invoquant un risque de « violence faite à la loi », que « [c]e serait assurément poser une exigence *contra legem*, laquelle ne peut trouver son fondement dans le principe européen d'interprétation conforme, que de subordonner chaque refus de reprendre un travailleur à une raison technique, économique ou organisationnelle dans le sens de l'article 4, 1., de la directive qui vient d'être rappelé ».⁴³

C'est en ce sens qu'ont été rendues les décisions commentées du tribunal de l'entreprise de Liège, division de Liège, du 26 septembre 2019 et du tribunal de l'entreprise du Brabant wallon du 31 janvier 2020, dans lesquelles ces juridictions considèrent que « sous peine d'adopter une interprétation *contra legem* de l'article XX.86 CDE et de la CCT 102, il n'est pas possible d'interpréter le droit belge de manière conforme à la directive en cause ».

10. Dans son jugement du 31 janvier 2020, le tribunal de l'entreprise du Brabant wallon précise que: « Le texte de l'article XX.86 CDE et de l'article 12 de la CCT n° 102 est clair et précis. »

Mais ces dispositions sont-elles aussi claires et précises?

Ch. Perelman écrit, au sujet de la doctrine du sens clair dans le domaine juridique, que « [p]endant des siècles, (...) sous l'influence de penseurs rationalistes qui considéraient le langage mathématique comme le modèle dont devait s'inspirer la langue ordinaire, et spécialement celle des philosophes, on a vécu sous l'impression que les messages étaient clairs en principe, les interprétations multiples résulteraient d'une négligence des auteurs ou de la mauvaise foi des inter-

⁴⁰. C.J.U.E., 16 mai 2019, C-509/17, *Plessers*, EU:C:2019:424, pts. 53-59.

⁴¹. J. WILDEMEERSCH et R. AYDOGDU, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne: une condamnation 'avec sursis' de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *o.c.*, p. 1276.

⁴². Concl. Av. gén. SZPUNAR présentées le 23 janvier 2019, C-509/17, EU:C:2019:424, pt. 76.

⁴³. J. WILDEMEERSCH et R. AYDOGDU, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne: une condamnation 'avec sursis' de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *o.c.*, p. 1276.

prêtes. De là, d'ailleurs la mauvaise réputation des juristes, et spécialement des avocats ».⁴⁴

Cette clarté du texte de loi est contredite par certains philosophes du droit, B. Frydman considérant, dans son analyse du sens des lois, que « [c]hacun sait à quel point l'image de la loi claire et univoque, expression parfaite d'une volonté législative souveraine, continue d'imprégner les conceptions naïves du droit et de la justice, mais aussi les discours juridiques et jusqu'aux motivations des juges, quand bien même ils ne s'en serviraient que comme d'un alibi commode. Cet écart persistant alimente d'ailleurs le pessimisme des chercheurs, aussi bien que les railleries de ceux qui, fiers de leur aveuglement, se rengorgent de la superbe indifférence qu'opposerait une pratique solidement implantée dans le terreau du droit positif, aux vaines élucubrations de la recherche spéculative. L'histoire des modèles d'interprétation leur apporte pourtant un démenti formel. Elle démasque, sous les soi-disant évidences du sens commun, qui se réclament volontiers d'une pratique ancestrale, quand ce n'est pas de la 'nature des choses', les relents de modèles théoriques périmés, en décalage par rapport au génie propre de la raison juridique ».⁴⁵

Comme le souligne, en effet, M. Van de Kerchove « la reconnaissance du caractère clair ou obscur d'un texte implique toujours une interprétation au moins implicite de celui-ci; elle ne saurait donc fournir un critère apte à déterminer si une interprétation est nécessaire (et légitime) ou non ».⁴⁶

Selon l'analyse de cet auteur, « quels que soient les motifs qu'elle invoque, la Cour [de cassation] ne parvient jamais à dissocier effectivement la reconnaissance du caractère clair d'un texte d'une interprétation préalable de celui-ci. Dans certains cas, cette reconnaissance paraît résulter (sinon de manière avouée, au moins de manière latente) d'une convergence d'interprétations (...). Dans d'autres cas, au contraire, cette qualification nous paraît peu fondée d'un point de vue critique, soit parce qu'elle dissimule un conflit réel entre différentes interprétations possibles, soit parce que l'existence d'un tel conflit est tenue pour indifférente en raison de la primauté reconnue à un critère d'interprétation déterminé ».⁴⁷

Il faut donc, selon nous, pour répondre à la question de la possibilité de procéder à une interprétation conforme des textes des articles XX.86 CDE et de la CCT n° 102, néces-

sairement interpréter ces dispositions au regard de la directive n° 2001/23/CE.

11. La directive n° 2001/23/CE a été adoptée pour codifier avec davantage de clarté et de rationalité la directive n° 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements⁴⁸, après que celle-ci a fait l'objet de modifications substantielles.

La directive n° 77/187/CEE a été transposée en droit belge dans la convention collective de travail n° 32bis⁴⁹, dont il est précisé à l'article 1^{er} qu'elle a pour objet:

« en premier lieu de garantir:

1° d'une part, le maintien des droits des travailleurs dans tous les cas de changement d'employeur du fait du transfert conventionnel d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise;

2° d'autre part, certains droits aux travailleurs repris en cas de reprise d'actif après faillite.

En outre, la présente convention règle l'information des travailleurs concernés par un transfert lorsqu'il n'y a pas de représentants des travailleurs dans l'entreprise ».

Le commentaire de cet article précise que la CCT n° 32bis « prévoit notamment le maintien des droits des travailleurs vis-à-vis du nouvel employeur. Toutefois, lorsque le transfert est réalisé dans le cadre d'un concordat judiciaire, il peut être dérogé à ce principe, sous certaines conditions, afin de préserver l'emploi en assurant la survie de l'entreprise ».

Les auteurs de la CCT n° 32bis avaient, partant, conscience, en transposant la directive n° 77/187/CEE, de la nécessité de préserver l'emploi en assurant la survie de l'activité.⁵⁰

L'article 9 de la CCT n° 32bis consacre le principe de l'actuel article 4 de la directive n° 2001/23/CE, en ce qu'il stipule que:

« Le changement d'employeur ne constitue pas, en lui-même, un motif de licenciement pour le cédant ou pour les cessionnaires.

Les travailleurs qui changent d'employeur peuvent toutefois être licenciés pour motif grave ou pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation, entraînant des changements dans le domaine de l'emploi. »

44. Ch. PERELMAN, *L'empire rhétorique*, Paris, Vrin, 1977, p. 57.

45. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 682-683, n° 327.

46. M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1978, p. 18.

47. M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *o.c.*, p. 23, n° 106.

48. Ci-après « directive n° 77/187/CEE ».

49. Ci-après « CCT 32bis ».

50. L'entreprise était, en effet, envisagée, jusqu'à la consécration de la définition fonctionnelle de l'entreprise par le Livre XX CDE, comme l'ensemble de moyens matériels, financiers et humains organisés en vue de poursuivre un but économique durable, comme un fonds de commerce ou une branche d'activité. Les travaux préparatoires de la LCE précisent, à ce sujet que « [l']entreprise est à distinguer de l'enveloppe juridique qui la recouvre, à savoir la société commerciale ou la personne physique exerçant l'activité économique » (*Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, nr. 52-0160/002, p. 54).

Lors de l'abrogation du concordat judiciaire, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises⁵¹, la CCT n° 32bis n'a pas été adaptée pour tenir compte du remplacement de cette procédure par celle de la procédure de réorganisation judiciaire.

Cette omission résulte du fait que l'ancien article 61 LCE, dont les termes ont été repris dans l'actuel article XX.86 CDE, prévoyait spécifiquement la conclusion, au sein du Conseil national du travail, d'une convention collective de travail destinée à préciser les modalités du transfert des droits et obligations des travailleurs concernés par un transfert d'entreprise sous autorité de justice.

Ces modalités ont été précisées dans la convention collective de travail n° 102 du 5 octobre 2011 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.⁵²

C'est à ce titre que les règles applicables à la question du maintien des droits des travailleurs dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice ne sont pas régies par la CCT n° 32bis, mais par les articles XX.86 et XX.89 du Code de droit économique⁵³ et la CCT n° 102.

Ces dispositions consacrent les principes du maintien des droits et obligations des travailleurs concernés par un transfert sous autorité de justice⁵⁴ et du fait qu'en cas de pluralité d'offres comparables, la priorité est accordée par le tribunal à celle qui garantit la permanence de l'emploi par un accord social.⁵⁵

12. Suivant les articles XX.86, § 3, CDE et 12 CCT n° 102, le repreneur peut choisir les travailleurs qui seront repris dans le cadre du transfert sous autorité de justice, ce choix devant « être dicté par des raisons techniques, économiques ou organisationnelles et s'effectuer sans différenciation interdite ».

On retrouve, dans ces dispositions, la règle de l'article 4 de la directive n° 2001/23/CE, transposée dans l'article 9 de la CCT n° 32bis, mais libellée, cette fois, en des termes équivoques.

En effet, au lieu d'exiger, comme le veut la directive n° 2001/23/CE, de celui qui décide de licencier des travailleurs à l'occasion du transfert d'entreprise, qu'il justifie *sa décision de non-reprise* par des raisons économiques, techniques ou d'organisation, entraînant des changements dans le domaine de l'emploi, les articles XX.86, § 3, CDE et 12 CCT n° 102 prétendent exiger de celui-ci qu'il motive *sa décision de reprise* sur la base des mêmes critères.

Il semble évident que cette incohérence résulte d'une erreur de plume, dès lors qu'il est tautologique d'avancer les raisons économiques, techniques ou organisationnelles ayant justifié la reprise de membres du personnel. L'exercice est, par contre, beaucoup plus exigeant lorsqu'il est question de justifier les décisions de non-reprise.

Or, c'est à ce second exercice que doit nécessairement amener le respect des articles XX.86, § 3, CDE et 12 CCT n° 102, ceux-ci excluant expressément toute différenciation interdite.

Le commentaire de l'article 12 de la CCT n° 102 précise, en effet, qu'une différenciation interdite « *peut être une discrimination au sens de la législation anti-discrimination, dont la convention collective de travail n° 95 du 10 octobre 2008 concernant l'égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail, mais aussi reposer sur l'interdiction de discrimination en raison de l'exercice d'un mandat comme représentant des travailleurs* ».

Partant, dès l'instant où le choix des travailleurs repris ne peut impliquer de discrimination au sein du personnel de l'activité cédée, il implique nécessairement d'être justifié au regard du choix des travailleurs non repris.

Le tribunal du travail francophone de Bruxelles a été saisi de la question de l'homologation, sur pied des articles 61 LCE et 13 de la CCT n° 102, de deux projets de transfert concurrents d'une entreprise de production d'émissions télévisées.

Il s'agissait d'une procédure de réorganisation judiciaire complexe, en ce qu'elle portait sur un groupe de 5 sociétés, dont 2 sociétés de prestation de services qui employaient ensemble 32 travailleurs.

L'appel d'offres organisé par le mandataire de justice avait permis d'identifier 2 importants acteurs européens dans le secteur de la production d'émissions télévisées, intéressés de reprendre l'activité.

Ces 2 candidats avaient formulé des offres concurrentes proposant de reprendre 22 travailleurs, dont les deux listes étaient différentes.

La différence des listes de travailleurs repris résidait dans le fait que les projets des 2 candidats n'étaient pas identiques, en ce que l'un disposait déjà d'une équipe de production disponible, tandis que l'autre devait reconstituer toute une équipe.

Afin de trancher cette question, et ce alors que la C.J.U.E. avait déjà rendu son arrêt *Smallsteps*, le mandataire de justice a soumis 2 projets de transfert à l'homologation du tri-

⁵¹. *M.B.*, 9 février 2009 (ci-après « LCE »).

⁵². Ci-après « CCT n° 102 ».

⁵³. Ci-après « CDE ».

⁵⁴. Art. XX.86, § 2, 3°, CDE et art. 9 CCT n° 102.

⁵⁵. Art. XX.89 CDE.

bunal du travail francophone de Bruxelles, sur pied des articles 61 LCE et 13 de la CCT n° 102.

Ceci a amené le tribunal à d'abord contrôler minutieusement l'information qui avait été diffusée à l'ensemble des 32 membres du personnel liés à l'activité, conformément aux articles 7 et 8 de la CCT n° 102.

Le tribunal a ensuite invité, à la lumière de la liste de l'ensemble des travailleurs de l'activité, les deux candidats à justifier, sur la base de critères objectifs, les raisons économiques, techniques et organisationnelles ayant justifié le choix de 22 travailleurs sur les 32 que comptait l'activité.

Cette analyse proactive du tribunal du travail francophone de Bruxelles l'a amené à homologuer les 2 projets de transfert, dans 2 jugements rendus le 11 septembre 2018, en considérant notamment que le « *choix se fonde sur la compétence des collaborateurs, sur la capacité du projet visé par le transfert (type d'émissions, volume de production) à occuper le personnel repris (compte tenu de certaines incertitudes quant à certains contrats, ou l'avenir de certaines émissions), et sur la polyvalence et la souplesse des collaborateurs afin de pouvoir les affecter à des tâches ou missions proches de leur 'job description' de base si nécessaire. De manière plus détaillée et précise, le candidat-repreneur motive le fondement de la reprise pour la majorité des travailleurs de façon personnelle, sur base de leurs compétences spécifiques, de leur polyvalence, et de leur utilité dans les projets qui pourront être poursuivis ou repris. Cette motivation de 3 pages est objective et correspond aux critères légaux fixés ci-dessus: des raisons techniques, économiques ou organisationnelles. Il ne ressort d'aucun élément, qu'il y aurait eu différenciation interdite. Les travailleurs présents à l'audience n'ont d'autre part pas émis d'observation quant à cette motivation* ».⁵⁶

Il ne fait aucun doute que, dans ce cas d'espèce, l'analyse du tribunal du travail s'est faite en comparaison avec la situation et le profil objectif des travailleurs non repris en raison, d'une part, de la différence des travailleurs visés dans chacune des 2 offres concurrentes et, d'autre part, du fait que pour pouvoir considérer qu'il n'y aurait eu aucune différenciation interdite, le tribunal a nécessairement dû opérer une comparaison de la situation des travailleurs repris avec celle des travailleurs non repris.

13. La jurisprudence de la C.J.U.E. relative à l'interdiction des discriminations interdites en matière sociale offre un éclairage supplémentaire sur les règles d'interprétation que doit suivre le juge national en cette matière.

La directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail a pour

objet, suivant son article 1^{er}, « *d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les Etats membres, le principe de l'égalité de traitement* ».

Suivant l'article 2, 2., a), de cette directive « *une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable (...)* ».

La C.J.U.E. a rendu, le 19 avril 2016, un arrêt *Dansk Industri*⁵⁷, dans lequel elle apporte un enseignement sur l'application du droit national contraire aux principes qui gouvernent l'interdiction de discrimination en matière d'emploi et de travail.

Dans cette affaire, monsieur Rasmussen avait été licencié à l'âge de 60 ans, le 25 mai 2009, par son employeur, la société Ajos, après avoir été au service de cette société pendant 25 ans.

A la suite de ce licenciement, monsieur Rasmussen avait, en principe, droit à une indemnité de licenciement égale à 3 mois de salaire, en vertu de l'article 2a, § 1, de la loi danoise relative aux employés.

Cependant, quelques jours après son licenciement, monsieur Rasmussen ayant trouvé un autre emploi, celui-ci avait présenté sa démission auprès de la société Ajos, avec laquelle il avait convenu qu'il quitterait son emploi à la fin du mois de juin 2009.

Ceci eut pour conséquence que, dès lors qu'il avait, au moment de son départ, atteint l'âge de 60 ans et qu'il avait droit à la pension de vieillesse due par l'employeur en exécution d'un régime auquel il avait adhéré avant l'âge de 50 ans, la disposition de l'article 2a, § 3, de la loi relative aux employés, telle qu'interprétée par une jurisprudence nationale constante, ne lui permettait plus de prétendre à une telle indemnité, alors même qu'il était resté sur le marché du travail après son départ de la société Ajos.

Le syndicat de monsieur Rasmussen a, dans ce contexte, intenté une action contre la société Ajos en vue d'obtenir le paiement de l'indemnité de licenciement égale à 3 mois de salaire, telle que prévue à l'article 2a de la loi relative aux employés.

Par une décision du 14 janvier 2014, le tribunal des affaires maritimes et commerciales fit droit à la demande de monsieur Rasmussen reprise par ses ayants droit successoraux, en jugeant qu'il ressortait de l'arrêt *Ingeniørforeningen i Danmark*⁵⁸, que l'article 2a, § 3, de la loi relative aux employés était contraire à la directive n° 2000/78 et a cons-

⁵⁶. Trib. trav. Bruxelles (fr.), 11 septembre 2018, inédits, R.G. nos 18/3515/A et 18/3515/A.

⁵⁷. C.J.U.E., 19 avril 2016, C-441/14, *Dansk Industri*, EU:C:2016:278.

⁵⁸. C.J.U.E., 12 octobre 2010, C499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark*, EU:C:2010:600.

taté que l'interprétation nationale antérieure dudit article 2a se heurterait au principe général, consacré par le droit de l'Union, de l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge.

La société Ajos a interjeté appel de ce jugement devant la Cour suprême du Danemark, en faisant valoir:

- qu'une interprétation de l'article 2a, § 3, de la loi relative aux employés qui serait conforme aux dispositions interprétées dans l'arrêt *Ingeniørforeningen i Danmark* serait *contra legem*;
- que l'application d'une règle aussi claire et dépourvue d'ambiguïté que celle prévue à l'article 2a, § 3, de la loi relative aux employés ne peut pas être écartée en vertu du principe général du droit de l'Union relatif à l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge, sous peine de violer les principes de protection de la confiance légitime et de sécurité juridique;
- qu'il s'agit d'un litige entre particuliers, dans le cadre duquel il ne serait pas possible de reconnaître un effet direct aux dispositions de la directive n° 2000/78;
- qu'une interprétation de l'article 2a, § 3, de la loi relative aux employés qui serait conforme au droit de l'Union se heurterait à la jurisprudence nationale.

C'est dans ce contexte que la Cour suprême du Danemark a saisi la C.J.U.E., en posant notamment la question préjudicielle suivante:

« Est-il compatible avec le droit de l'Union qu'une juridiction danoise, saisie d'un recours par lequel un employé demande à un employeur privé le versement d'une indemnité de licenciement – une obligation dont la loi danoise, telle que décrite dans la première question, libère l'employeur, ce qui est contraire au principe général du droit de l'Union de l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge –, effectue une mise en équilibre dudit principe et de son effet direct avec le principe de la sécurité juridique et le principe corollaire de la protection de la confiance légitime, et conclue sur cette base que le principe de l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge devrait s'incliner devant celui de la sécurité juridique, de sorte que l'employeur est, conformément au droit national, libéré de l'obligation de payer l'indemnité de licenciement? La question est également posée de savoir s'il importe de prendre en considération, pour déterminer s'il peut être question d'une telle mise en équilibre, le fait que l'employé peut, le cas échéant, exiger une indemnisation de la part de l'Etat danois en raison de l'incompatibilité de la législation danoise avec le droit de l'Union? »

Pour pouvoir répondre à ces questions, la C.J.U.E. a notamment dû trancher la question de savoir si le droit de l'Union doit être interprété en ce sens qu'il permet à une juridiction nationale saisie d'un litige entre particuliers, lorsqu'il est établi que la disposition nationale pertinente est contraire au principe général de non-discrimination en fonction de l'âge, de mettre en balance ledit principe avec les principes de

sécurité juridique et de protection de la confiance légitime et de conclure qu'il convient de faire primer les seconds sur le premier.

La Cour a répondu à cette question en ces termes:

« [L]orsque les juridictions nationales doivent trancher un litige entre particuliers dans lequel il apparaît que la réglementation nationale en cause est contraire au droit de l'Union, il incombe auxdites juridictions d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables des dispositions du droit de l'Union et de garantir le plein effet de celles-ci (voir, en ce sens, arrêts *Pfeiffer e.a.*, C397/01 à C403/01, EU:C:2004:584, pt. 111, ainsi que *Kücükdeveci*, C555/07, EU:C:2010:21, pt. 45).

(...)

Certes, la Cour a jugé que le principe d'interprétation conforme du droit national connaît certaines limites. Ainsi, l'obligation pour le juge national de se référer au droit de l'Union lorsqu'il interprète et applique les règles pertinentes du droit interne est limitée par les principes généraux du droit et elle ne peut pas servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national (voir arrêts *Impact*, C268/06, EU:C:2008:223, pt. 100; *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, pt. 25 et *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, pt. 39).

Dans ce contexte, il importe de préciser que l'exigence d'une interprétation conforme inclut l'obligation, pour les juridictions nationales, de modifier, le cas échéant, une jurisprudence établie si celle-ci repose sur une interprétation du droit national incompatible avec les objectifs d'une directive (voir, en ce sens, arrêt *Centrosteeel*, C456/98, EU:C:2000:402, pt. 17).

Partant, la juridiction de renvoi ne saurait, dans l'affaire au principal, valablement considérer qu'elle se trouve dans l'impossibilité d'interpréter la disposition nationale en cause en conformité avec le droit de l'Union, en raison du seul fait qu'elle a, de manière constante, interprété cette disposition dans un sens qui n'est pas compatible avec ce droit.

Ces précisions ayant été apportées, il y a encore lieu d'ajouter que, même à supposer qu'une juridiction nationale, saisie d'un litige mettant en cause le principe général de non-discrimination en fonction de l'âge, tel que concrétisé par la directive n° 2000/78, se trouve effectivement dans l'impossibilité de procéder à une interprétation du droit national qui serait conforme à cette directive, elle a néanmoins l'obligation d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la protection juridique découlant pour les justiciables du droit de l'Union et de garantir le plein effet de celui-ci en laissant au besoin inappliquée toute disposition de la réglementation nationale contraire à ce principe (arrêt *Kücükdeveci*, C555/07, EU:C:2010:21, pt. 51).

(...)

Partant, en l'espèce, il incombe à la juridiction de renvoi, dès lors qu'elle considérerait se trouver dans l'impossibilité d'assurer une interprétation conforme de la disposition nationale en cause, de laisser inappliquée cette disposition. »⁵⁹

La Cour conclut en répondant à la question préjudicielle que « le droit de l'Union doit être interprété en ce sens qu'il incombe à une juridiction nationale, saisie d'un litige entre particuliers entrant dans le champ d'application de la directive n° 2000/78, lorsqu'elle applique les dispositions de son droit national, de les interpréter de manière telle qu'elles puissent recevoir une application conforme à cette directive ou, si une telle interprétation conforme est impossible, de laisser, au besoin, inappliquée toute disposition de ce droit national contraire au principe général de non-discrimination en fonction de l'âge. Ni les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, ni la possibilité pour le particulier qui s'estime lésé par l'application d'une disposition nationale contraire au droit de l'Union d'engager la responsabilité de l'Etat membre concerné pour violation du droit de l'Union ne peuvent remettre en cause cette obligation ». ⁶⁰

Dans cet arrêt, la C.J.U.E. souligne que dans l'application du droit européen de la non-discrimination en matière d'emploi et de travail, le juge national doit retenir en priorité une interprétation du droit national susceptible de préserver les droits que le travailleur tire du droit de l'Union. ⁶¹

Le dilemme qui oppose la recherche d'effectivité à la contrainte de la sécurité est ainsi tranché en faveur de la première, E. Dubout relevant à cet égard que « la sécurité juridique est jugée insusceptible de faire obstacle à l'obligation d'interprétation conforme du droit national au droit de l'Union, y compris dans un litige horizontal au préjudice d'un autre justiciable qui ne fait que s'appuyer sur l'interprétation du droit jusqu'alors en vigueur ». ⁶²

Le juge national doit donc préférer l'interprétation conforme du droit national contraire au droit de l'Union à l'exclusion de celui-ci. Comme le relève, en effet, D. Simon, l'interprétation conforme apparaît ainsi comme « une solution préférable, en termes d'économies de moyens et de respect de l'autonomie du juge national, à la brutalité de l'éviction d'une règle nationale ou de l'engagement de la responsabilité de l'Etat ». ⁶³

L'interprétation conforme appréhendée de cette manière ouvre « le bénéfice positif du droit de l'Union, et non uniquement négatif, en lui permettant de se prévaloir effective-

ment des éventuelles nouvelles garanties prévues par une directive ». ⁶⁴ Or, dans le cas d'étude qui nous occupe, une telle appréhension du principe de l'interprétation conforme dans le cadre de l'application de notre droit national s'indique d'autant plus que nous avons vu que, depuis l'arrêt *Plessers* du 16 mai 2019, le Parlement européen a adopté, le 20 juin 2019, la directive n° 2019/1023 relative aux cadres de restructuration préventive, qui dispose, en son article 4, 1., que : « Les Etats membres veillent à ce que, lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité, les débiteurs aient accès à un cadre de restructuration préventive leur permettant de se restructurer, en vue de prévenir l'insolvabilité et d'assurer leur viabilité, sans préjudice d'autres solutions visant à éviter l'insolvabilité, et de protéger ainsi les emplois et de maintenir l'activité économique. »

L'application de l'interprétation conforme aux articles XX.86, § 3, CDE et 12 CCT n° 102 nous semble, à cet égard, le seul outil susceptible de permettre au juge d'appliquer notre droit interne de l'insolvabilité, en le conciliant avec les règles de la directive n° 2001/23/CE et de la directive n° 2019/1023.

14. Dans l'analyse ayant mené à son arrêt *Dansk Industri* précité, la C.J.U.E. a également dû répondre à la question de savoir si le juge national doit, lorsqu'il est amené à trancher un litige entre particuliers dans lequel il apparaît que la réglementation nationale en cause est contraire au droit de l'Union, tenir compte du fait que les Etats membres ont l'obligation de réparer le préjudice causé aux particuliers par la transposition incorrecte d'une directive.

La Cour a répondu à cette question en soulignant que « la possibilité pour des particuliers bénéficiant d'un droit subjectif découlant du droit de l'Union, tels que, en l'occurrence, l'employé, de demander réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit de l'Union imputable à un Etat membre (voir, en ce sens, arrêts *Francovich e.a.*, C-6/90 et C-9/90, EU:C:1991:428, pt. 33, ainsi que *Brasserie du pêcheur et Factortame*, C-46/93 et C-48/93, EU:C:1996:79, pt. 20) ne saurait remettre en cause l'obligation, pour la juridiction de renvoi, de privilégier l'interprétation du droit national qui est conforme à la directive n° 2000/78 ou, si une telle interprétation s'avère impossible, de laisser inappliquée la disposition nationale contraire au principe général de non-discrimination en fonction de l'âge tel que concrétisé par ladite directive, ni conduire cette juridiction, dans le cadre du litige dont elle est saisie, à accorder la primauté à la protection de la confiance du particu-

^{59.} C.J.U.E., 19 avril 2016, C-441/14, *Dansk Industri*, EU:C:2016:278, pts. 29 à 37.

^{60.} C.J.U.E., 19 avril 2016, C-441/14, *Dansk Industri*, EU:C:2016:278, pt. 47.

^{61.} E. DUBOUT, « Grandeur et décadence de l'obligation d'interprétation conforme aux directives dans les litiges horizontaux », *o.c.*, p. 289.

^{62.} *O.c.*, p. 290.

^{63.} D. SIMON, « La panacée de l'interprétation conforme : injection homéopathique ou thérapie palliative », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 299.

^{64.} E. DUBOUT, « Grandeur et décadence de l'obligation d'interprétation conforme aux directives dans les litiges horizontaux », *o.c.*, p. 291.

lier, en l'occurrence l'employeur, qui s'est conformé au droit national. »⁶⁵

La C.J.U.E. place ainsi au second plan, par rapport à l'obligation d'interprétation conforme et, le cas échéant, de non-application de la norme nationale non conforme, le principe suivant lequel l'Etat membre dont la législation nationale n'a pas été adéquatement mise en conformité avec une directive est susceptible d'engager sa responsabilité vis-à-vis des particuliers bénéficiant d'un droit subjectif découlant du droit de l'Union.

La C.J.U.E. avait déjà souligné, dans son arrêt *Dominguez* du 24 janvier 2012⁶⁶, le caractère infiniment subsidiaire de la possibilité pour des particuliers bénéficiant d'un droit subjectif découlant du droit de l'Union de demander, en application de la jurisprudence *Francovich*⁶⁷, la réparation à un Etat membre du préjudice causé par une violation du droit de l'Union.

Dans cette affaire, madame Dominguez, employée depuis 1987 par le Centre informatique du Centre Ouest Atlantique (en abrégée « CICOA »), avait été mise en arrêt de travail du 3 novembre 2005 au 7 janvier 2007, à la suite d'un accident de trajet survenu entre son domicile et son lieu de travail.

Dans le cadre des indemnités réclamées auprès de son employeur, madame Dominguez postulait le bénéfice de 22,5 jours de congés payés sur la période d'incapacité.

Après avoir été déboutée de sa demande par la juridiction prud'homale puis la cour d'appel de Limoges, qui avaient exclu le bénéfice de cette indemnisation au motif que l'accident sur le trajet du travail n'entraînait pas dans les cas assimilés à une période de travail effectif par l'article L. 223-4 du Code du travail, elle avait formé un pourvoi en cassation, en soutenant que l'accident de trajet est un accident du travail relevant du même régime que ce dernier.

Elle en déduisait qu'en application de l'article L. 234 du Code du travail, la période de suspension de son contrat de travail consécutive à l'accident de trajet devrait être assimilée à un temps de travail effectif pour le calcul de ses congés payés.

Saisie de ce litige, la Cour de cassation française a émis des doutes sur la compatibilité des dispositions nationales applicables avec l'article 7 de la directive n° 2003/88 du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail et a sursis à statuer en posant notamment à la C.J.U.E. les questions préjudicielles suivantes :

« 1) L'article 7, 1., de la directive n° 2003/88 [...] doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des dispositions ou à

des pratiques nationales qui prévoient que le droit au congé annuel payé est subordonné à un travail effectif minimum de 10 jours (ou d'un mois) pendant la période de référence?

2) Dans l'affirmative, l'article 7 de la directive n° 2003/88 [...], qui crée une obligation particulière pour l'employeur, en ce qu'il ouvre droit à un congé payé au bénéfice du travailleur absent pour raison de santé pendant une durée égale ou supérieure à un an, impose-t-il au juge national, saisi d'un litige entre des particuliers, d'écarter une disposition nationale contraire, subordonnant en ce cas l'ouverture du droit au congé payé annuel à un travail effectif d'au moins 10 jours pendant l'année de référence?(...) »⁶⁸

La C.J.U.E. ayant répondu par l'affirmative à la première question, elle a dû examiner celle de savoir si la directive applicable au cas d'espèce imposait au juge national d'écarter l'application du droit national contraire.

Après avoir rappelé que le principe d'interprétation conforme requiert que les juridictions nationales fassent tout ce qui relève de leur compétence en prenant en considération l'ensemble du droit interne afin de garantir la pleine effectivité de la directive et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci⁶⁹, la Cour met en avant les principes suivants :

« Pour le cas où une telle interprétation ne serait pas possible, il convient d'examiner si l'article 7, 1., de la directive n° 2003/88 produit un effet direct et, le cas échéant, si madame Dominguez peut s'en prévaloir à l'encontre des parties défenderesses au principal, en particulier de son employeur, à savoir le CICOA, au vu de la nature juridique de ces dernières.

(...)

L'article 7, 1., de la directive n° 2003/88 remplissant les conditions requises pour produire un effet direct, il y a lieu, en outre, de constater que le CICOA, l'une des deux parties défenderesses au principal, qui est l'employeur de madame Dominguez, est un organisme agissant dans le domaine de la sécurité sociale.

(...)

[I]l convient de rappeler que, lorsque les justiciables sont en mesure de se prévaloir d'une directive à l'encontre non pas d'un particulier mais d'un Etat, ils peuvent le faire quelle que soit la qualité en laquelle agit ce dernier, employeur ou autorité publique. Dans l'un et l'autre cas, il convient, en effet, d'éviter que l'Etat ne puisse tirer avantage de sa méconnaissance du droit de l'Union (voir, notamment, arrêts du 26 février 1986, nr. 152/84, Marshall, Rec., p. I-723, pt. 49; du 12 juillet 1990, C188/89, Foster e.a., Rec.,

⁶⁵. C.J.U.E., 19 avril 2016, C-441/14, *Dansk Industri*, EU:C:2016:278, pt. 42.

⁶⁶. C.J.U.E., 24 janvier 2012, C-282/10, *Dominguez*, EU:C:2012:33.

⁶⁷. C.J.U.E., 19 novembre 1991, C6/90 et C9/90, *Francovich*, EU:C:1991:428.

⁶⁸. C.J.U.E., 24 janvier 2012, C-282/10, *Dominguez*, EU:C:2012:33, pt. 14.

⁶⁹. *Ibid.*, pts. 23-27.

p. I3313, pt. 17, ainsi que du 14 septembre 2000, C343/98, Collino et Chiappero, Rec., p. I6659, pt. 22).

Ainsi, figure au nombre des entités qui peuvent se voir opposer les dispositions d'une directive susceptibles d'avoir des effets directs un organisme qui, quelle que soit sa forme juridique, a été chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers (voir, notamment, arrêts Foster e.a., précité, pt. 20; Collino et Chiappero, précité, pt. 23, ainsi que du 19 avril 2007, C356/05, Farrell, Rec., p. I3067, pt. 40).

Il incombe donc au juge national de vérifier si l'article 7, 1., de la directive n° 2003/88 peut être invoqué à l'encontre du CICOA.

Dans l'affirmative, l'article 7 de la directive n° 2003/88, remplissant les conditions requises pour produire un effet direct, aurait pour conséquence que la juridiction nationale devrait écarter toute disposition nationale contraire.

Dans la négative, il convient de rappeler que 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 (voir arrêt Pfeiffer e.a., précité, pt. 109).

Dans une telle situation, 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 du 19 novembre 1991, Francovich e.a. (C-6/90 et C-9/90, Rec., p. I5357), pour obtenir, le cas échéant, réparation du dommage subi. »⁷⁰

La Cour considère, dès lors, que c'est en ultime recours, après avoir examiné la possibilité d'interpréter le droit national de manière conforme à la directive et, à défaut, celle d'écarter le droit national contraire à la directive, que la mise en cause de la responsabilité de l'Etat membre en raison de la non-conformité du droit national au droit de l'Union doit être envisagée.

C'est, par conséquent, de manière prématurée que le tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles a considéré, dans sa décision du 22 mai 2019, qu'au regard de la directive n° 2001/23/CE, il ne pouvait prendre en considération l'offre d'un candidat, dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice, ne visant pas la reprise de l'ensemble du personnel, « sous peine de risquer la mise en cause de la responsabilité de l'Etat belge ».

Avant d'écarter la loi belge au profit du droit de l'Union, en exposant de la sorte l'Etat belge à la mise en cause de sa responsabilité en raison d'une faute commise dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle⁷¹, le tribunal aurait, en effet, d'abord dû trancher la question de la possibilité ou non d'interpréter les articles XX.86, § 3, CDE et 12 CCT n° 102 de manière conforme à la directive n° 2001/23/CE.

15. Dans un récent arrêt du 17 avril 2020⁷², la Cour de cassation néerlandaise a été amenée à faire application du principe de l'interprétation conforme au *pre-pack* néerlandais, condamné dans l'arrêt *Smallsteps*.

Cette décision est intervenue dans une affaire concernant 8 sociétés réunies sous la houlette du groupe Heiploeg, actif dans le secteur du commerce de gros de poissons et de produits de la mer.

Heiploeg avait connu des difficultés financières après avoir subi une perte de plus de 75 millions d'euros en 2011 et une perte de 12,5 millions d'euros en 2012. Le 27 novembre 2013, l'Union européenne lui avait infligé des amendes d'un montant total de 27.082.000 EUR.

Dans le contexte de ses difficultés financières, aggravées par les amendes infligées par l'Union européenne, les sociétés du groupe Heiploeg ont sollicité devant le tribunal des Pays-Bas du Nord, par requête du 15 janvier 2014, qu'il désigne un pré-curateur et un pré-juge-commissaire, dans le cadre d'une procédure de *pre-pack*, ceux-ci ayant vocation à être désignés en tant que curateur et juge-commissaire dès que la demande de mise en faillite des différentes sociétés de Heiploeg serait déposée.

Le tribunal fit droit à cette demande par ordonnance du 16 janvier 2014.

Dans le cadre du *pre-pack*, les pré-curateurs furent mis en contact avec la société Parlevliet & Van der Plas Beheer BV, qui avait soumis la meilleure offre de reprise parmi trois candidats identifiés par les dirigeants de Heiploeg.

A cette occasion, les pré-curateurs validèrent, sous la supervision du pré-juge-commissaire, les conditions de reprise proposées par Parlevliet & Van der Plas Beheer BV.

La faillite des sociétés du groupe Heiploeg fut ensuite prononcée le 28 janvier 2014. A cette occasion, les pré-curateurs et le pré-juge-commissaire désignés dans le cadre du *pre-pack* furent nommés en qualité de curateurs et de juge-commissaire dans le cadre de la procédure de faillite.

Le même jour, les curateurs ont publié un communiqué de presse indiquant que:

^{70.} Ibid., pts. 32-43.

^{71.} Voy. à cet égard J. WILDEMEERSCH et R. AYDOGDU, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne: une condamnation 'avec sursis' de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », o.c., pp. 1277-1278.

^{72.} Cass. néerl., 17 avril 2020, R.G. n° 18/04401, www.uitspraken.rechtspraak.nl.

« Des négociations ont eu lieu avec le partenaire stratégique Parlevliet & Van der Plas de Katwijk pour parvenir à un résultat qui, de l'avis des curateurs (pressentis), était le meilleur résultat possible pour les créanciers compte tenu des circonstances de l'affaire. »⁷³

C'est dans ce cadre que les curateurs à la faillite du groupe Heiploeg ont cédé son activité à la société Parlevliet & Van der Plas de Katwijk.

Le premier rapport de faillite des curateurs, publié le 24 février 2014, précise que :

« L'administration silencieuse a duré du 16 au 27 janvier 2014, après quoi les faillites ont été prononcées le 28 janvier.

(...)

Dans le courant de la journée, les curateurs ont négocié le (contenu de l') accord sur les actifs avec les banques et [Parlevliet & Van der Plas Beheer BV] ont pu signer jusqu'au 29 janvier tôt le matin à 3 heures. Le redémarrage sous le nom de Heiploeg International BV était donc un fait. »⁷⁴

À l'occasion de ce transfert d'activité, 210 travailleurs sur les 300 qui étaient employés par le groupe Heiploeg ont été transférés à la nouvelle entité, la plupart pour effectuer les mêmes fonctions qu'ils occupaient avant la faillite, mais à des conditions d'emploi moins favorables.

Après avoir été débouté en première instance et en degré d'appel, la Federatie Nederlandse Vakbeweging⁷⁵, a introduit un pourvoi devant la Cour de cassation néerlandaise tendant à ce qu'il soit dit pour droit que la directive n° 2001/23/CE s'appliquait à la reprise des activités de Heiploeg et que sur la base d'une interprétation des articles 7:662 et s. du Code civil néerlandais conforme à directive n° 2001/23/CE, l'ensemble des employés du groupe Heiploeg devait être repris, moyennant les mêmes conditions d'emploi, par Parlevliet & Van der Plas Beheer BV.

Dans son arrêt, la Cour de cassation néerlandaise pose le principe de l'interprétation conforme du droit national au regard de la directive n° 2001/23/CE, en ces termes :

« L'article 7:663 du Code civil néerlandais dispose que, par le transfert d'une entreprise, les droits et obligations qui existent dans le chef de l'employeur en vertu d'un contrat de travail avec un employé de l'entreprise transférée sont transférés de plein droit au cessionnaire.

L'article 7:663 du Livre 7 du Code civil néerlandais ne s'applique pas au transfert d'une entreprise conformément aux dispositions de l'article 7:666, mots introductifs et sous a, du Code civil néerlandais, si l'employeur est déclaré en faillite et que l'entreprise fait partie de la masse.

L'article 7:663 et les mots introductifs ainsi que l'alinéa a) de l'article 7:666 du Code civil constituent la mise en œuvre de l'article 3, 1. et de l'article 5, 1., de la directive et doivent, pour cette raison, être interprétés conformément à la directive. »⁷⁶

La Cour procède, ensuite, à un rappel synthétique des règles qui gouvernent la procédure néerlandaise de faillite et la pratique du *pre-pack* néerlandais, avant de statuer sur la question de l'interprétation conforme du droit néerlandais au regard de la directive n° 2001/23/CE, consistant à « évaluer si le *pre-pack* suivi par la déclaration de faillite peut, en l'espèce, être considéré comme (i) une procédure visant à liquider les actifs de Heiploeg, (ii) supervisée par une autorité compétente ». ⁷⁷

La Cour répond à ces deux questions en considérant que :

- « (...) en l'espèce, le *pre-pack* résultant de la déclaration de faillite doit être considéré comme une procédure destinée à liquider les actifs de Heiploeg et qui, de l'avis provisoire de la Cour suprême, relève de l'exception visée à l'article 5, 1., de la directive. »⁷⁸;
- « (...) le contrôle par une autorité compétente prévu dans la procédure de faillite néerlandaise avec la nomination d'un curateur et d'un juge-commissaire n'a pas, en l'espèce, été remis en cause par les actes

⁷³. Traduction libre de : « Met de strategische partner Parlevliet & Van der Plas uit Katwijk is vervolgens tot een eindresultaat onderhandeld, dat voor de gezamenlijke schuldeisers naar het oordeel van de (beoogde) curatoren het best haalbare resultaat was gelet op de omstandigheden van het geval. »

⁷⁴. Traduction libre de : « De stille bewindvoering heeft geduurd van 16 tot en met 27 januari 2014, waarna op 28 januari de faillissementen zijn uitgesproken. (...) De curatoren hebben in de loop van de dag over de (inhoud van de) activa overeenkomst met de banken en [Parlevliet en Van der Plas Beheer BV] onderhandeld tot 29 januari 's ochtends vroeg om 3 uur de handtekeningen gezet konden worden. Daarmee was de doorstart onder de naam Heiploeg International BV een feit. »

⁷⁵. Confédération syndicale des Pays-Bas (en abrégé « FNV »).

⁷⁶. Traduction libre de : « Artikel 7:663 BW bepaalt dat door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer, van rechtswege overgaan op de verkrijger. Artikel 7:663 BW is ingevolge het bepaalde in artikel 7:666, aanhef en onder a, BW niet van toepassing op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Artikel 7:663 BW en artikel 7:666, aanhef en onder a, BW vormen de implementatie van (de voorgangers van) artikel 3, 1. en artikel 5, 1. van de richtlijn en moeten om die reden richtlijnconform worden uitgelegd. »

⁷⁷. Traduction libre de : « Beoordelen of de door de faillietverklaring gevolgde *pre-pack* in het onderhavige geval (i) kan worden aangemerkt als een procedure die is gericht op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud en (ii) onder toezicht stond van een overheidsinstantie. »

⁷⁸. Traduction libre de : « In het onderhavige geval de door faillietverklaring gevolgde *pre-pack* moet worden aangemerkt als een procedure die de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud beoogde en die naar het voorlopig oordeel van de Hoge Raad in zoverre onder het toepassingsbereik van de in artikel 5, 1. van de richtlijn bedoelde uitzondering valt. »

accomplis dans le pre-pack ayant précédé la déclaration de faillite de Heiploeg ».⁷⁹

Ensuite, après avoir interprété le droit national applicable au cas d'espèce en conformité avec la directive n° 2001/23/CE, la Cour relève que « *compte tenu de l'arrêt Smallsteps (...), il peut subsister un doute raisonnable (...)* »⁸⁰ sur son interprétation et décide, en conséquence, de poser les deux questions préjudicielles suivantes à la C.J.U.E.:

—« *L'article 5, 1., de la directive n° 2001/23/CE doit-il être interprété en ce sens que la condition selon laquelle 'la faillite ou une procédure analogue doit être ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant' est remplie si:*

- *l'insolvabilité du cédant est inévitable et le cédant est donc effectivement insolvable;*
- *en droit néerlandais, l'objectif de la procédure de faillite est d'obtenir la maximisation du désintéressement collectif des créanciers par le biais de la liquidation des actifs du débiteur; et*
- *dans le cadre d'un pre-pack préalable à la déclaration de faillite, le transfert de tout ou partie de l'entreprise est réalisé et mis en œuvre après la déclaration de faillite, étant donné qu'*
- *avant la déclaration de faillite, le pré-curateur nommé par le tribunal doit être guidé par les intérêts des créanciers ainsi que par les intérêts de la société dans son ensemble, en ce compris la préservation de l'emploi, et le pré-juge-commissaire, également nommé par le tribunal, doit superviser cela,*
- *l'objectif du pre-pack est de permettre, dans la procédure de faillite ultérieure, une méthode de liquidation par laquelle tout ou partie de l'activité faisant partie des actifs de l'entreprise du cédant est vendue en going concern, de manière à dégager le produit de réalisation le plus élevé possible dans l'intérêt collectif des créanciers; et*
- *l'organisation de la procédure garantit que cet objectif soit effectivement atteint? »*⁸¹

—« *L'article 5, 1., de la directive doit-il être interprété en ce sens que la condition selon laquelle 'la procédure de faillite ou une procédure analogue est supervisée par une autorité publique compétente' est remplie si le transfert de l'entreprise (ou d'une partie de celle-ci) est préparé en amont de la déclaration de faillite et réalisé après la déclaration de faillite, et:*

- *si avant la déclaration de faillite, un pré-curateur et un pré-juge-commissaire sont nommés par le tribunal,*
- *en vertu du droit néerlandais, avant la déclaration de faillite, le pré-curateur doit être guidé par les intérêts des créanciers et par d'autres intérêts sociaux, tels que la préservation de l'emploi, et le pré-juge-commissaire doit contrôler cela,*
- *les fonctions du pré-curateur et du pré-juge-commissaire ne diffèrent pas de celles du curateur et du juge-commissaire dans le cadre d'une procédure de faillite,*
- *l'accord en vertu duquel l'entreprise est transférée et qui a été préparé au cours d'un pre-pack n'est pas conclu et mis en œuvre avant la déclaration de faillite,*
- *le tribunal, lorsqu'il prononce la faillite, peut nommer un curateur ou un juge-commissaire autre que le pré-curateur ou le pré-juge-commissaire, et*
- *les mêmes exigences d'objectivité et d'indépendance s'appliquent au curateur et au juge-commissaire que celles qui s'appliquent à un curateur et à un juge-commissaire dans le cadre d'une faillite qui n'a pas été précédée d'un pre-pack et, quel que soit le degré de leur implication avant la déclaration de faillite, ils sont tenus, en vertu de leur mission légale, d'évaluer si le transfert de tout ou partie de l'entreprise préparé avant la déclaration de faillite est dans l'intérêt de tous les créanciers, et s'ils répondent à cette question par la négative, de décider qu'un tel transfert n'aura pas lieu, et qu'ils ont toujours la possibilité de*

^{79.} Traduction libre de: « *Het toezicht door een bevoegde overheidsinstantie waarin de Nederlandse faillissementsprocedure voorziet met de benoeming van een curator en rechter-commissaris, naar het voorlopig oordeel van de Hoge Raad in dit geval niet is uitgehold door de gang van zaken bij de pre-pack voorafgaand aan de faillietverklaring van Heiploeg-oud.* »

^{80.} Traduction libre de: « *gelet op het Smallsteps-arrest (...) – redelijkerwijs twijfel bestaan.* »

^{81.} Traduction libre de: « *Moet artikel 5, 1. van richtlijn nr. 2001/23/EG zo worden uitgelegd dat aan de voorwaarde dat 'de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder' is voldaan, indien*
 (i) *het faillissement van de vervreemder onafwendbaar is en de vervreemder dus daadwerkelijk insolvent is;*
 (ii) *naar Nederlands recht het doel van de faillissementsprocedure is het bewerkstelligen van een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers door middel van liquidatie van het vermogen van de schuldenaar; en*
 (iii) *in een zogenoemde pre-pack voorafgaand aan de faillietverklaring de overgang van (een deel van) de onderneming wordt voorbereid en na de faillietverklaring wordt uitgevoerd waarbij*
 (iv) *de door de rechtbank aangewezen beoogd curator zich voorafgaand aan de faillietverklaring moet laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers alsmede door maatschappelijke belangen zoals het belang van behoud van werkgelegenheid en de eveneens door de rechtbank aangewezen beoogd rechter-commissaris hierop moet toezien;*
 (v) *het doel van de pre-pack is om in de daarop volgende faillissementsprocedure een wijze van liquidatie mogelijk te maken waarbij (een deel van) de tot het vermogen van de vervreemder behorende onderneming going concern wordt verkocht zodat de hoogst mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers wordt behaald; en*
 (vi) *de inrichting van de procedure waarborgt dat dit doel daadwerkelijk leidend is? »*

décider que le transfert de tout ou partie de l'entreprise préparé avant la déclaration de faillite n'aura pas lieu, pour d'autres raisons, par exemple parce que d'autres intérêts sociaux, tels que l'intérêt de l'emploi, s'y opposent? »⁸²

Cette décision démontre la marge de manœuvre dont dispose le juge lorsqu'il est amené à interpréter son droit national en conformité à une directive, son pouvoir d'appréciation lui accordant bien plus qu'un choix binaire entre:

- l'écartement de la norme nationale contraire au droit communautaire, au détriment de la sécurité juridique; et
- celui de l'application de la norme nationale, au risque d'engager la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire.

16. L'interprétation des articles XX.86, § 3, CDE et 12 CCT n° 102 que nous proposons pour les appliquer de manière conforme aux directives n° 2001/23/CE et n° 2019/1023 consiste à soumettre systématiquement au contrôle du tribunal le choix des travailleurs *non repris*, dans l'hypothèse d'une reprise d'une partie du personnel de l'activité cédée dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice.

Le contrôle du choix des travailleurs non repris, qui est un corollaire évident à celui des travailleurs repris, doit être justifié, conformément au prescrit de l'article 4, 1., de la directive n° 2001/23, par des motifs économiques, techniques et organisationnels.

A cet égard, si J. Wildemeersch et R. Aydogdu rappellent que les critères de choix doivent être justifiés par des raisons économiques, techniques ou d'organisation sur le plan de l'emploi qui ne tiennent pas intrinsèquement au transfert⁸³, il nous paraît évident que dès l'instant où il est question, dans

le cadre d'un transfert d'activité, de ne pas reprendre l'ensemble des travailleurs, cette décision ne peut, par hypothèse, trouver sa source que dans les circonstances propres audit transfert.

Il suffit pour s'en convaincre de s'en référer aux circonstances de fait ayant donné lieu à l'arrêt *Kirtruna et Vigano*⁸⁴ de la C.J.U.E. du 16 octobre 2008, cité par la Cour et l'avocat général SZPUNAR dans l'affaire *Plessers*.

Dans cette affaire, à l'occasion de l'ouverture de la phase de liquidation de la société Red Elite de Electrodomésticos, – entreprise espagnole qui exploitait plus de 40 magasins et employait plus de 400 personnes –, par décision du 12 juin 2006, dans le cadre de la procédure collective volontaire ouverte par le tribunal de commerce n° 3 de Barcelone, il avait été décidé, par ordonnance du 12 juin 2006, d'attribuer directement une partie des magasins et d'autres établissements de cette société à la société Electro Calvet.

A la suite de la reprise de ces magasins, la société Electro Calvet avait été subrogée dans les contrats de 127 employés et de 27 établissements de la société Red Elite de Electrodomésticos, en s'engageant à maintenir leurs contrats de travail.

L'ordonnance précisait, notamment, que la liquidation portait uniquement sur la cession des actifs de la société liquidée, cette dernière continuant d'assumer ses passifs de toutes sortes et que les seules obligations légalement imputables à Electro Calvet étaient celles qui résultaient du transfert de contrats de travail prévues à l'article 149 de la loi sur les faillites.

L'ordonnance précisait enfin que l'attribution partielle de l'activité était subordonnée au respect simultané des éventuels droits des bailleurs des lieux concernés.

⁸². Traduction libre de: « *Moet artikel 5, 1. van de richtlijn zo worden uitgelegd dat aan de voorwaarde dat 'de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie' is voldaan, indien de overgang van (een deel van) de onderneming in een pre-pack voorafgaand aan de faillietverklaring wordt voorbereid en na de faillietverklaring wordt uitgevoerd en*

(i) voorafgaand aan de faillietverklaring wordt geobserveerd door een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris, die zijn aangewezen door de rechtbank;

(ii) de beoogd curator zich naar Nederlands recht voorafgaand aan de faillietverklaring moet laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en door andere maatschappelijke belangen, zoals dat van het behoud van werkgelegenheid, en de beoogd rechter-commissaris hierop moet toezien;

(iii) de taken van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris niet verschillen van die van de curator en de rechter-commissaris in faillissement;

(iv) de overeenkomst op grond waarvan de onderneming overgaat en die tijdens een pre-pack is voorbereid, pas gesloten en uitgevoerd wordt nadat het faillissement is uitgesproken;

(v) de rechtbank bij het uitspreken van het faillissement ertoe kan overgaan een ander dan de beoogd curator of de beoogd rechter-commissaris te benoemen tot curator of rechter-commissaris; en

(vi) voor de curator en de rechter-commissaris dezelfde eisen van objectiviteit en onafhankelijkheid gelden die gelden voor een curator en rechter-commissaris in een faillissement waaraan geen pre-pack is voorafgegaan en zij, ongeacht de mate van hun betrokkenheid voorafgaand aan de faillietverklaring, op grond van hun wettelijke taak gehouden zijn te beoordelen of de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, en indien zij deze vraag ontkennend beantwoorden, te beslissen dat die overgang geen doorgang zal vinden terwijl zij steeds bevoegd zijn om op andere gronden, bijvoorbeeld omdat andere maatschappelijke belangen, zoals het belang van werkgelegenheid, zich daartegen verzetten, te beslissen dat de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming niet zal plaatsvinden? »

⁸³. J. WILDEMEERSCH et R. AYDOGDU, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne: une condamnation 'avec sursis' de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *o.c.*, p. 1276.

⁸⁴. C.J.U.E., 16 octobre 2008, C313/07, *Kirtruna et Vigano*, EU:C:2008:574.

La société Kirtruna et madame Vigano étaient les propriétaires de locaux commerciaux situés à Sitges, près de Barcelone, et loués à la société Red Elite de Electrodomésticos, qui les utilisait en tant que siège de l'un de ses magasins cédé à la société Electro Calvet en vertu de l'ordonnance du 12 juin 2006.

A la suite de l'ordonnance du 12 juin 2006, la société Kirtruna et madame Vigano ont introduit une demande d'expulsion pour transfert de bail non autorisé contre la société Red Elite de Electrodomésticos, ses administrateurs judiciaires et la société Electro Calvet, en faisant valoir que le contrat de bail prévoyait que la cession de celui-ci était soumise à leur autorisation préalable et qu'aucune disposition légale ne les obligeait à accepter son transfert à la société Electro Calvet.

Saisi de ce litige, le tribunal de commerce n° 3 de Barcelone estima que, s'il était fait droit à cette demande d'expulsion, la société Electro Calvet serait tenue de quitter les lieux et donc de cesser ses activités, ce qui créait le risque d'entraîner l'extinction des contrats de travail au détriment des travailleurs du magasin concerné.

C'est dans ce contexte que le tribunal de commerce n° 3 de Barcelone a saisi la C.J.U.E. en posant la question de savoir si, en ce qui concerne le transfert de l'activité d'une entreprise dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, la directive n° 2001/23 pouvait être interprétée comme protégeant non seulement les contrats de travail, mais aussi les autres contrats affectant directement et immédiatement le maintien des travailleurs.

La C.J.U.E. a répondu par la négative à cette question, en considérant que :

« [L]a nécessité d'atteindre cet objectif de protection des travailleurs ne saurait aller jusqu'à remettre en cause le libellé univoque de l'article 3, 1., de la directive n° 2001/23 et porter atteinte aux droits de tiers extérieurs à l'opération de transfert d'entreprise, en leur imposant une obligation de subir un transfert automatique du contrat de bail qui n'est pas clairement prévue par cette directive.

Cette conclusion est, par ailleurs, confirmée par l'article 4, 1., de la directive n° 2001/23. Cette disposition énonce que le transfert d'une entreprise ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire, mais qu'elle ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi.

Dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, l'éventuelle extinction des contrats de travail ne serait pas due au seul transfert d'entreprise. Elle serait causée par des circonstances supplémentaires telles que l'absence

d'accord entre le cessionnaire et les bailleurs sur un nouveau contrat de bail, l'impossibilité de trouver un autre local commercial ou l'impossibilité de transférer le personnel dans d'autres magasins. Ces circonstances sont susceptibles d'être qualifiées de raisons économiques, techniques ou d'organisation au sens dudit article 4, 1. »⁸⁵

Cette affaire illustre une hypothèse de circonstances propres au transfert d'un magasin, à savoir l'absence d'accord avec le propriétaire des lieux et l'impossibilité de transférer le personnel du magasin dans un autre local, susceptible de constituer un motif économique, technique ou organisationnel de non-reprise par le cessionnaire du personnel attaché à cet unité d'exploitation.

S'il s'agit, certes, de circonstances supplémentaires au transfert, il n'en demeure pas moins que celles-ci sont attachées au transfert, dans lequel elles trouvent leur source, à savoir le fait pour le bailleur de n'avoir pas marqué son accord sur la reprise du contrat de bail par le cessionnaire.

Il est, par conséquent, parfaitement possible pour le cessionnaire qui entendrait ne pas reprendre l'ensemble des membres du personnel d'une entreprise, dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice, de soumettre au contrôle du tribunal les motifs *supplémentaires* économiques, techniques ou d'organisation ayant justifié sa décision.

17. Il est important de distinguer, lorsqu'il est question du maintien des travailleurs dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice, s'il s'agit d'un transfert d'activité total ou partiel.

En effet, lorsque le transfert envisagé porte sur la *totalité de l'activité*, l'opération s'apparente à un transfert par abandon d'actifs dans une dynamique de liquidation de l'entreprise, exactement comme c'est le cas lorsqu'un curateur de faillite cède l'activité de la société faillie. Tel était d'ailleurs l'esprit du projet de loi ayant abouti à la LCE, comme le rappelle A. Zenner⁸⁶, le texte de la proposition de loi précisant, au sujet du projet d'article qui a abouti à l'actuel article XX.86 CDE, que « [l]e but de cette disposition est de clarifier la nature du transfert d'entreprise. Il s'agit bien du transfert de l'entreprise dans le but, ou avec effet, de liquider le patrimoine du débiteur. En pratique, si l'entreprise ou ses activités rentables sont cédées, le patrimoine du débiteur (en règle, une personne morale) sera liquidé. La suite sera une liquidation ou faillite du débiteur. Ceci implique que les règles de la directive européenne n° 2001/23/CE applicables aux cessions volontaires ne seront pas d'application ».⁸⁷ Une telle opération tend, en effet, au maintien de l'activité économique en préservant les droits des créanciers et les emplois. Pareil transfert satisfait aux trois conditions posées à

⁸⁵. C.J.U.E., 16 octobre 2008, C313/07, *Kirtruna et Vigano*, EU:C:2008:574, pts. 43 à 46.

⁸⁶. A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité, o.c.*, p. 534, n° 722.

⁸⁷. *Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, nr. 52-0160/001, p. 35.

l'article 5 de la directive n° 2001/23/CE, en sorte qu'en principe le cessionnaire n'est pas obligé de reprendre l'intégralité du personnel et ne doit pas motiver sa décision quant à ce.

Par contre, lorsque le transfert porte sur *une partie de l'activité*, il s'agit, cette fois, pour l'entreprise en difficulté de se préserver contre la liquidation de ses activités, en en conservant une branche et en en cédant une autre à un tiers censé en poursuivre l'exploitation. Ce second type de transfert n'a, à l'évidence, pas de vocation liquidative et doit, partant, respecter les règles du maintien des travailleurs dans le cadre d'un transfert d'entreprise conventionnel de droit commun conformément à l'article 3 de la directive n° 2001/23/CE. Rappelons néanmoins que, dans cette hypothèse, l'article 4 de cette même directive autorise le cédant et le cessionnaire

à opérer des licenciements pour autant que ceux-ci soient justifiés par des raisons économiques, techniques ou d'organisation dues à des circonstances supplémentaires au transfert qui impliquent des changements sur le plan de l'emploi.

La proposition d'interprétation conforme à laquelle nous préconisons d'avoir recours devrait, par conséquent, tenir compte du type de transfert envisagé (par abandon d'actifs ou partiel) afin de déterminer au regard de quelles dispositions de la directive n° 2001/23/CE nos juridictions doivent appliquer les articles XX.86, § 3, CDE et 12 CCT n° 102.

Le législateur belge devrait impérativement consacrer cette dichotomie dans le Livre XX CDE afin de mettre ce dernier en conformité avec la directive n° 2001/23/CE.

6. CONCLUSION

18. L'intransigeance dont a fait preuve la C.J.U.E. à l'égard du régime du maintien des droits des travailleurs dans le cadre de notre procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice est, de l'avis de l'ensemble des praticiens du droit belge de l'insolvabilité, en décalage complet avec l'impératif socio-économique convergent des travailleurs et des opérateurs économiques, nécessaire à la préservation des entreprises et de l'emploi.

Cet impératif, déjà mis en avant par l'Union européenne à l'occasion de l'adoption de la directive n° 2019/1023, sera marqué avec encore davantage de force dans l'avenir économique sombre qu'annonce la crise de la COVID-19.

Sur le plan de l'application dans notre droit national des directives européennes en matière sociale, la jurisprudence récente de la C.J.U.E. invite nos juridictions à faire tout ce qui relève de leurs compétences afin de garantir la pleine effectivité des directives applicables et d'aboutir à une solution conforme à leurs finalités, plutôt que d'écarter l'application de la norme interne contraire au droit de l'Union ou de l'appliquer en engageant la responsabilité de l'Etat.

A cet égard, si l'obligation d'interprétation conforme est, certes, tempérée par les règles d'autonomie procédurale et de sécurité juridique, celles-ci doivent, suivant la C.J.U.E.,

céder le pas lorsqu'il est question de respecter, en droit interne, les principes du droit social de l'Union.

C'est, à cet égard, en considération du droit social européen, sur la base duquel notre droit de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice a précisément été condamné par la C.J.U.E., que nous invitons nos juridictions nationales, plutôt que d'écarter l'application des articles XX.86, § 3, CDE et 12 CCT n° 102 ou de les appliquer en contravention aux règles de la directive n° 2001/23/CE, d'en assurer une application en conformité à cette dernière, en:

- contrôlant les critères économiques, techniques ou organisationnels ayant mené au choix du personnel repris, au regard de ceux ayant justifié le choix de ne pas reprendre les autres membres du personnel;
- vérifiant si lesdits critères constituent des motifs supplémentaires reposant sur des raisons objectives ne tenant pas intrinsèquement au transfert.

Au risque de refaire un tour devant la C.J.U.E., le raisonnement implique, en outre et surtout, de déterminer préalablement le régime applicable de la directive, selon qu'il s'agit d'un transfert d'une partie (art. 3 et 4) ou de la totalité de l'activité (art. 5). Ce *distinguo* préalable et nécessaire devrait être impérativement consacré par le législateur belge.