CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. G. FEDERICO MANCINI

présentées le 28 octobre 1987 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Le tribunal de travail (Arbejdsret) de Copenhague vous demande d'interpréter la directive 77/187 du Conseil, du 14 février 1977, concernant les droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises (JO 1977, L 61, p. 26), afin d'établir si elle protège les employés qui ne sont pas en activité au moment où l'entreprise est transférée. Le litige soumis au juge de renvoi présente deux caractères insolites: le transfert qui est à son origine a eu pour objet une auberge qui n'est ouverte que quelques mois de l'année et a fait suite à la résiliation du contrat de bail de l'entreprise pour inexécution des obligations du locataire.

En 1980, M^me^ Ella Marie Hannibalsen a loué l'auberge Ny Mølle Kro, dont elle était propriétaire, à M^me^ Inger Larsen. Quelques mois plus tard, celle-ci s'est engagée avec le Syndicat du personnel de l'hôtellerie et de la restauration (Hotel- og Restaurationspersonalets Samvirke) à appliquer à ses employés qui seraient membres de cette association, les conditions établies par les conventions collectives conclues entre ce syndicat et l'Union des aubergistes et des restaurateurs. Au début de 1981, M^me^ Larsen n'a pas exécuté ces obligations à l'égard de la propriétaire qui a résilié le contrat de bail et a repris la gestion de l'auberge en l'ouvrant normalement durant la saison d'été. C'est ainsi qu'en mai 1983 elle a engagé comme serveuse M^me^ Ketty Hansen avec un salaire journalier de 195 DKR plus un pourcentage sur le chiffre d'affaires. La relation aurait dû durer, sauf reconduction, jusqu'au 1^er^ septembre de la même année, mais, le 19 août, M^me^ Hansen y a mis fin en ne se présentant plus à son travail.

Ultérieurement, après avoir constaté que le salaire perçu par M^me^ Hansen ne correspondait pas au montant prévu par le contrat collectif, la Confédération générale des travailleurs du Danemark (Landsorganisationen i Danmark, ci-après « LO ») a cité M^me^ Hannibalsen devant l'Arbejdsret de Copenhague, afin qu'elle soit condamnée au paiement de la différence. La demanderesse a soutenu que, selon la législation danoise en matière de transfert d'entreprise, l'accord passé en 1980 entre M^me^ Larsen et l'association du personnel hôtelier liait la propriétaire et gérante actuelle du Ny Mølle Kro, ce qui avait pour conséquence de lui rendre applicables les clauses de la convention collective. De son côté, la défenderesse a exclu que l'accord, dont elle n'avait d'ailleurs pas connaissance, puisse lui être opposé.

Estimant que, pour résoudre le litige, il est nécessaire d'interpréter la directive 77/187, l'Arbejdsret vous a posé les questions préjudicielles suivantes (12 novembre 1986):

« 1) Les termes 'transferts... à un autre chef d'entreprise, résultant d'une cession

* Traduit de l'italien.

conventionnelle ou d'une fusion' figurant à l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187/CEE se réfèrent-ils à la situation du propriétaire d'une entreprise cédée à bail qui obtient la résiliation du contrat pour inexécution des obligations du locataire et qui gère directement l'entreprise?

2) La directive s'applique-t-elle dans le cas où l'entreprise transférée était, au moment du transfert, temporairement fermée et n'avait donc pas d'employés à son service?

3) Le fait que l'entreprise transférée est généralement fermée pendant une partie de l'année (comme les hôtels, pensions et restaurants qui ne sont ouverts qu'en été) revêt-il de l'importance pour la question posée sous 2)?

4) L'article 3, paragraphe 2, de la directive doit-il être interprété en ce sens que les conditions de rémunération et de travail prévues par une convention collective applicable au cédant doivent être observées par le cessionnaire, même si, à l'époque du transfert, l'entreprise n'avait pas d'employés à son service? »

Dans cette procédure, des observations écrites ont été présentées par la LO, par la Confédération danoise du patronat (Dansk Arbejdsgiverforening, ci-après « DA »), par la Commission des Communautés européennes et par le gouvernement britannique. Les trois premières sont également intervenues à l'audience.

2. Quelques mots au sujet des réglementations rappelées au cours de l'affaire principale et dans les questions du juge. La loi n° 111 du 21 mars 1979, par laquelle le Danemark a transposé la directive 77/187, identifie son champ d'application en renvoyant indirectement aux dispositions pertinentes de cette dernière, à savoir l'article 3, paragraphe 1, et l'article 1er, paragraphe 1. La première de ces règles établit que les droits et obligations attribués au « cédant par un contrat ou une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de (ce dernier) transférés au cessionnaire ». La seconde affirme que « la... directive est applicable aux transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements à un autre chef d'entreprise, résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion ».

Enfin, l'article 3, paragraphe 2, dispose qu'« après le transfert... le cessionnaire maintient les conditions de travail convenues par une convention collective dans la même mesure que celle-ci les a prévues pour le cédant jusqu'à la date de la résiliation ou de l'expiration de la convention ».

3. A la seule exception de la DA, les intervenants dans notre affaire estiment qu'il faut répondre affirmativement à la première question. Nous sommes également en faveur de cette solution; à la différence de la Commission et du gouvernement de Londres, nous ne croyons cependant pas qu'il soit opportun de la fonder sur la lettre de l'article 1er, paragraphe 1.

Comme l'affirme l'attendu 11 de l'arrêt du 7 février 1985 dans l'affaire 135/83 (Abels, Rec. p. 469), la lettre n'est pas déterminante, parce que, si certaines versions de la règle utilisent l'expression « cession conventionnelle », d'autres — l'anglaise et la danoise — emploient des termes beaucoup plus larges (« legal transfer » et « overdragelse »). Certes, dans le cas d'espèce, il

semblerait que la propriétaire soit rentrée en possession de l'auberge en faisant valoir une clause résolutoire insérée dans le contrat de bail; or, la réglementation communautaire devrait être considérée comme applicable également si l'on considère comme bonne la formule la plus rigide. Nous estimons, toutefois, que recourir à un semblable argument, c'est aller contre la largeur avec laquelle la Cour a interprété notre disposition; une largeur qui permet de n'attacher aucune importance à la nature du titre — contrat ou acte *mortis causa*, mesure administrative ou décision judiciaire — en vertu duquel un entrepreneur succède à un autre.

Cette interprétation — qui consiste concrètement à mettre l'accent de la disposition sur le terme non technique de « transfert » et à considérer les hypothèses de cession contractuelle et de fusion comme des exemples — est du reste solidement ancrée dans l'esprit et dans les finalités de la directive. Dans un arrêt récent (18 mars 1986, Spijkers, affaire 24/85, Rec. p. 1119, attendu 15), vous avez ainsi défini l'intention du législateur communautaire: « assurer la continuité des relations de travail existant dans le cadre de l'entité économique, indépendamment du changement du propriétaire ». Il s'ensuit — avez-vous ajouté — que « le critère décisif pour établir l'existence d'un transfert est... de savoir si l'entité en question garde son identité ».

En d'autres termes, l'objectif que la directive se propose est de considérer que les péripéties relatives à la propriété — ou, plus largement, à la qualité de titulaire — de l'entreprise sont indifférentes par rapport aux relations de travail constituées dans le cadre de cette dernière. En somme, quel que soit l'acte dont elle résulte, la cession devra être neutre ou, si l'on préfère, inoffensive: les travailleurs ne pourront pas en être affectés, c'est-à-dire être licenciés ou faire l'objet de traitements moins favorables. La seule condition à laquelle la Cour subordonne cette protection réside dans l'aptitude de l'organisme transféré à ne pas perdre son « identité », c'est-à-dire à continuer d'exister et d'agir. Il est donc naturel que les arrêts Abels (précité, attendu 23), Wendelboe (du 7 février 1985, affaire 19/83, Rec. p. 457, attendu 10) et Spijkers (précité, attendu 11) aient estimé que cette condition n'est pas satisfaite dans les cas de l'entreprise tombée en faillite et de la société en liquidation.

4. La deuxième et la troisième question — qui visent à établir, d'une part, si la directive s'applique aux entreprises transférées pendant qu'elles étaient fermées et donc dépourvues de personnel en activité, et, d'autre part, si leur nature saisonnière revêt de l'importance à cette fin — peuvent être traitées conjointement.

Ici aussi, la DA préconise la thèse la plus restrictive. A son avis, la fermeture de l'entreprise et l'absence consécutive d'employés au moment de la cession suffisent à exclure l'applicabilité du principe établi par l'article 3, paragraphe 1; et s'il est permis de craindre que cette affirmation permette d'éluder la protection prévue par la directive (par exemple, lorsque l'interruption de l'activité est de brève durée et que l'entreprise ouvre à nouveau avec le même personnel), il est également vrai qu'un semblable danger n'existe pas dans le cas des entreprises saisonnières qui n'embauchent des travailleurs que pendant les mois où elles sont ouvertes. Les autres interve-

nants adoptent un point de vue opposé: certains avec résolution, d'autres avec prudence, ils soutiennent tous que ce n'est pas l'absence des employés qui est décisive, mais la continuité ou la précarité de leurs relations de travail, et que la fermeture saisonnière de l'entreprise n'implique pas automatiquement la cessation des relations constituées lorsqu'elle était ouverte.

Personnellement, nous estimons que la rédaction claire de l'article 3, paragraphe 1, impose de tenir compte d'une seule donnée: l'existence *juridique* de relations de travail au moment où l'entreprise est cédée (voir, pour un examen des différentes versions linguistiques de la disposition, l'arrêt Wendelboe, précité, attendus 13 et 14). En d'autres termes, la directive concerne les travailleurs qui, le jour du transfert, se trouvent *au service* du cédant: s'il y en a, les obligations que le cédant a à leur égard passent au cessionnaire et lui sont opposables; s'il n'y en a pas, le cessionnaire est libre de toute obligation. Le fait que l'entreprise était fermée et n'avait donc pas d'employés *en activité* — c'est-à-dire physiquement présents — pourra alors constituer un élément dont il faudra tenir compte dans l'appréciation relative à sa condition « d'entité économique » en fonction ou à la veille d'être éliminée du marché; mais, à moins que la seconde hypothèse se révèle vraie, ce fait n'aura aucune importance pour établir si la directive est applicable.

Il ne nous semble pas non plus qu'une importance plus grande puisse être en principe reconnue au caractère saisonnier de l'entreprise. En effet, le monde économique connaît des entreprises qui garantissent à leurs employés la continuité de l'emploi, tout en ne les occupant qu'au cours de la période où elles sont en activité, et des entreprises qui pourvoient à leur besoin de main-d'œuvre en recrutant des travailleurs à durée déterminée. Comme il est évident, la protection communautaire ne s'étend pas à ces derniers, et cela — dirons-nous — même s'ils ont l'espoir, fondé sur l'expérience, d'être réengagés au début de chaque saison. Mais c'est au juge national qu'incombe la tâche de tirer concrètement au clair cette circonstance problématique et sur les autres auxquelles nous avons fait allusion. C'est à lui qu'il appartient de vérifier en droit et en fait si une relation qui existe année après année, toujours et uniquement en été ou en hiver, doit être considéré comme juridiquement existant au cours de la phase de fermeture entre les périodes durant lesquelles l'entreprise est en activité; de même, il lui appartient de constater si la constitution de plusieurs relations à durée déterminée séparées par de brèves intervalles constitue une fraude, et encore si la fermeture d'une entreprise est, d'une part, saisonnière ou exceptionnelle, ou, d'autre part, physiologique ou symptomatique d'une crise irréversible.

5. A ce point, la réponse à la dernière question paraît assez évidente. Comme nous l'avons vu, le champ d'application de la directive est délimité par les dispositions combinées des articles 1er, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1. En prévoyant qu'« après le transfert... le cessionnaire maintient les conditions de travail convenues par une convention collective jusqu'à la date de résiliation ou de l'expiration » de celle-ci, l'article 3, paragraphe 2, n'élargit donc pas la sphère des personnes auxquelles la directive est applicable, mais se limite à confirmer, en ce qui concerne les droits que les travailleurs tirent de la négociation syndicale, la continuité des *seuls* rapports de travail *existant* au moment de la cession.

Il s'ensuit que le prestataire recruté après le transfert n'a pas de titre à bénéficier des avantages découlant des conventions collec-

tives qui déploient leurs effets à l'égard de l'entrepreneur cédant, mais qui ne sont pas susceptibles de lier l'entrepreneur cessionnaire. Toutefois, la disposition ne s'impose pas au législateur national qui peut assurer des conditions plus favorables aux travailleurs qui ne dépendent pas du cédant (article 7).

6. Sur la base des considérations qui précèdent, nous vous suggérons de répondre de la manière suivante aux questions qui vous ont été adressées par l'Arbejdsret de Copenhague par décision du 12 novembre 1986, dans le cadre de l'affaire pendante devant lui entre la Landsorganisation i Danmark et l'entreprise Ny Mølle Kro, en la personne de sa propriétaire M^me^ Ella Marie Hannibalsen:

« 1) Les termes 'transferts... à un autre chef d'entreprise, resultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion', figurant à l'article 1^er^, paragraphe 1, de la directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, doivent être interprétés en ce sens qu'ils se réfèrent à la situation du propriétaire d'une entreprise donnée à bail qui obtient la résiliation du contrat pour inexécution des obligations du locataire et qui gère directement l'entreprise.

2 et 3) La directive 77/187 ne s'applique pas aux entreprises qui, au moment du transfert, n'ont pas d'employés à leur service; cela indépendamment du fait qu'à ce moment-là elles sont fermées et que la fermeture présente un caractère saisonnier ou est due à d'autres causes.

4) L'article 3, paragraphe 2, de la directive 77/187 doit être interprété en ce sens que le cessionnaire n'est tenu d'observer les conditions de travail et de rémunération établies par une convention collective applicable au cédant qu'à l'égard des travailleurs qui dépendaient de ce dernier au moment où l'entreprise a été transférée. »