CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

présentées le 8 juillet 1999 *

1. L'Industrial Tribunal, Leeds (Royaume-Uni), a posé à la Cour de justice, conformément à l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE), deux questions relatives à l'interprétation de la directive 77/187/CEE [1] sur le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises. Il s'agit de savoir, en substance, s'il peut y avoir transfert au sens de cette directive lorsque l'opération a lieu entre deux sociétés qui non seulement appartiennent au même groupe, mais ont également le même propriétaire, une direction et des installations communes, et qui se consacrent, en partie, à la même activité.

I — Les faits du litige au principal

2. L'affaire dans laquelle s'est posée la question d'interprétation du droit communautaire a pour origine une action introduite par un groupe de travailleurs, qui demandent à l'Industrial Tribunal, Leeds, de dire, en application de l'article 11 du texte refondu de l'Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (loi relative à la protection de l'emploi de 1978), quelles étaient leurs conditions d'emploi dans la société Amalgamated Construction Co. Ltd (ci après «ACC»), partie défenderesse. Pour cela, cette juridiction doit décider si le Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981 (règlement relatif à la protection de l'emploi en cas de transferts d'entreprises), qui a pour objet de transposer la directive 77/187 en droit interne, est applicable à ce litige.

3. D'après les informations figurant dans l'ordonnance de renvoi, à la suite de la nationalisation de l'industrie charbonnière, British Coal a effectué la plus grande partie de l'abattage en profondeur dans ce secteur. Dans un premier temps, le propriétaire de la mine s'est chargé lui-même, en utilisant son propre personnel, des travaux de construction et de génie civil nécessaires pour pouvoir accéder au minerai et l'extraire. Ultérieurement, il a commencé à faire appel à des contractants externes.

4. ACC est l'un de ces contractants. Son activité dans le secteur minier remonte à 25 ans. Elle a travaillé principalement pour British Coal et, par la suite, pour RJB Mining (UK) Ltd (ci-après «RJB») lorsque

* Langue originale: l'espagnol.

1 — Directive 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'établissements (JO L 61, p. 26).

cette société a acquis une partie des actifs de British Coal après la privatisation de cette dernière en 1994. ACC est une filiale à 100 % d'AMCO Corporation plc (ci-après «AMCO»). Celle-ci possède une autre filiale à 100 %, AM Mining Services Ltd (ci-après «AMS»). Le groupe AMCO est composé d'une dizaine d'autres sociétés. Il dispose de bureaux communs qui assurent de manière centralisée certaines fonctions pour les sociétés filiales, telles que la gestion du personnel, la paye et la comptabilité.

5. L'activité d'ACC consiste principalement à construire la voirie souterraine et à creuser des galeries. Il s'agit d'un secteur concurrentiel, où les travaux sont presque toujours concédés par voie d'appel d'offres, sans garantie aucune que le propriétaire de la mine confie à nouveau le marché à la même entreprise une fois que le contrat en cours est expiré. Toutefois, il est manifeste que les contrats tendent à être reconduits, ne serait-ce que parce que le propriétaire de la mine connaît d'expérience le contractant et sait que, en procédant ainsi, il n'y aura aucune période de transition entre les anciens et les nouveaux contrats, de sorte que la continuité des travaux est assurée. Dans l'ordonnance de renvoi, l'Industrial Tribunal affirme qu'ACC n'a jamais perdu aucun marché dans une procédure d'appel d'offres.

6. En revanche, AMS, l'autre filiale en cause dans le présent litige, est bien plus récente. Elle a été créée en 1993 afin de concurrencer d'autres sous-traitants dans des tâches en rapport avec la fermeture de mines, telles que le comblement de puits, mais il n'était pas prévu en principe qu'elle effectue, comme ACC, des travaux d'excavation. Lorsqu'elle a commencé ses activités, elle disposait d'une personnalité juridique propre et de ses propres employés, et avait sa propre politique en matière d'emploi. Elle a réussi à obtenir et à exécuter de nouveaux contrats, et employait quelque 150 salariés en 1993.

7. La durée des différents travaux était précisée dans les contrats y relatifs. Lors de l'attribution d'un marché, la durée en était connue et les préavis de licenciement étaient délivrés au personnel à titre conservatoire. Certains demandeurs ont travaillé plusieurs années dans ces conditions précaires.

A l'approche de l'échéance d'un certain nombre de contrats, à l'automne 1994, ACC a notifié 92 licenciements potentiels pour motif économique à l'autorité compétente, ainsi qu'à la National Union of Mineworkers (ci-après la «NUM»)[2], le syndicat représentatif de la majorité des salariés concernés.

8. En août 1994, British Coal a lancé un appel d'offres pour l'attribution d'un mar-

2 — Le juge national indique dans son ordonnance que, bien que ni ACC ni le groupe AMCO n'acceptent de reconnaître la NUM, il considère qu'il est établi qu'ils ont entretenu en pratique avec ce syndicat, pendant des années, les mêmes rapports que s'ils l'avaient reconnu. Il affirme qu'il ne voit pas pourquoi la défenderesse aurait jugé utile de signifier les licenciements à la NUM dans la forme légalement prescrite si elle ne la reconnaissait pas en tant que syndicat.

ché portant sur de gros travaux de forages dans les houillères Prince of Wales. ACC a estimé ne pas être en mesure de concurrencer d'autres contractants, à moins de faire une offre basée sur des coûts salariaux sensiblement inférieurs à ceux des marchés précédents. Elle a alors présenté une offre stipulant que le contrat serait exécuté non pas par ses propres salariés, mais par ceux d'AMS, dont les conditions de travail étaient analogues à celles du personnel des autres concurrents [3].

ACC a emporté le marché et a cédé ses droits à AMS [4]. A la suite de cette cession, il n'y a plus eu assez de travail pour tous les employés d'ACC; certains d'entre eux ont reçu le préavis de licenciement et ont été informés qu'ils pourraient être réembauchés par AMS après une interruption d'un week-end [5].

9. Vers la fin mars 1995 arrivait à échéance un autre marché attribué à ACC,que celle-ci faisait exécuter par son propre personnel; elle a donc notifié au ministère du Travail et à la NUM les licenciements pour cause économique envisagés [6]. A cette époque, RJB a concédé de nouveaux contrats à ACC, sur la base d'offres qui comportaient les conditions de travail d'AMS. Comme auparavant, les salariés licenciés par ACC ont été recrutés immédiatement par AMS aux conditions d'emploi en vigueur chez cette dernière, et ceux qui y avaient droit ont touché une indemnité de licenciement versée par ACC. Dans ce cas également, et bien que la modification ait été en rapport avec le contrat qui venait d'entrer en vigueur, la nature du travail dans la mine était la même, de sorte qu'il n'y avait aucune solution de continuité véritable entre les deux emplois [7].

10. Quelque temps après, RJB s'est déclarée préoccupée des conditions de travail pratiquées par différents contractants, dont AMS, et de leur dégradation. Elle estimait que les salariés de ces sociétés manquaient en général de motivation et que cette absence de motivation était peut-être due au fait que les conditions de travail qui leur étaient proposées étaient beaucoup moins favorables que celles qu'ils avaient connues auparavant. En conséquence, le proprié-

3 — Tant British Coal que RJB étaient au courant de l'intention d'ACC de céder ses droits contractuels à AMS. Avant de lancer l'appel d'offres, elles avaient eu des discussions à ce sujet et, bien qu'elles n'aient aucune objection à ce qu'AMS devienne sous-traitant, elles préféraient que le soumissionnaire fût ACC elle-même.

4 — Ainsi qu'il est d'usage dans le secteur minier, le propriétaire de la mine fournit une partie importante des installations et de l'équipement. En devenant sous-traitant, AMS a pu utiliser tous les équipements qui avaient été mis à la disposition d'ACC auparavant, ainsi que d'autres éléments des installations et des équipements dont ACC demeurait propriétaire, et ce sans verser aucune redevance.

5 — Sur ce point, l'Industrial Tribunal estime établi, sur la base des éléments de preuve qui lui ont été fournis, que les salariés ont été informés de ce changement par la simple annonce de leur passage d'ACC à AMS. Il n'y a pas eu de réembauche formelle sous la forme d'un entretien ni aucune des démarches auxquelles on aurait pu s'attendre logiquement s'il y avait eu une interruption effective entre les deux emplois. Or, les salariés mutés d'ACC à AMS ont perçu des indemnités de licenciement, calculées en fonction de leur ancienneté chez ACC, et ont commencé à travailler pour AMS aux conditions d'emploi en vigueur dans cette dernière entreprise, qui étaient beaucoup moins avantageuses que celles d'ACC.

6 — Il est loin le temps où Sir Harold Macmillan, premier comte de Stockton et Premier ministre britannique de 1957 à 1963, pouvait affirmer: «Il existe trois institutions qu'aucun homme raisonnable ne défie ouvertement: l'église catholique romaine, la Brigade of Guards et la National Union of Mineworkers». *The Observer*, 22 février 1981.

7 — L'Industrial Tribunal affirme que, quelles que soient les dates de début et de fin des contrats, il apparaît que les travaux de préparation et de nettoyage effectués au début et à la fin de chaque contrat se recoupaient et qu'il était malaisé de dire si, pendant cette période, tel salarié était sous le régime de l'ancien ou du nouveau marché et s'il travaillait pour ACC ou pour AMS. Il en était ainsi d'autant plus que c'étaient les dirigeants d'ACC qui assuraient la gestion quotidienne de cette mine et qu'ils utilisaient la main-d'œuvre en fonction des nécessités du moment.

taire de la mine a envoyé une lettre circulaire à tous les sous-traitants en leur demandant d'accorder à leur personnel une durée minimale de congés payés et d'améliorer d'autres aspects de leurs conditions de travail. Ces modifications ont eu pour effet de réduire l'avantage dont jouissaient certaines entreprises minières concurrentes d'ACC, et RJB a suggéré qu'à l'avenir ce soit ACC et non AMS qui exécute les contrats.

11. ACC a participé à de nouveaux appels d'offres pour des travaux à effectuer dans la même mine. Ses offres reflétaient les changements intervenus dans les conditions de travail et le fait qu'elle ne cherchait plus à passer de contrats de sous-traitance avec AMS. Toutefois, elle avait besoin de main-d'œuvre, puisqu'elle avait licencié une bonne partie de son personnel lors des cessions de contrats antérieurs à AMS. Elle n'a pas recruté à l'extérieur, mais a embauché, aux conditions qu'elle appliquait à l'époque, les salariés qui avaient travaillé pour AMS et dont l'emploi touchait à sa fin. Ces conditions étaient meilleures, à divers points de vue, que celles d'AMS, sans toutefois être aussi favorables que celles qui étaient en vigueur chez elle avant 1994 [8].

8 — Comme l'observait déjà A. Smith en 1776, «La rémunération courante du travail est partout fonction du contrat généralement passé entre ces deux parties, dont les intérêts diffèrent radicalement. Les ouvriers veulent gagner le plus possible, et les patrons donner le moins possible. Les uns sont enclins à s'associer pour augmenter les salaires, les autres pour les baisser.Toutefois, il n'est pas difficile de prévoir laquelle des deux parties, en temps ordinaire, prendra le dessus, en forçant l'autre à se soumettre à ses conditions». *An Inquiry into the Nature and causes of the wealth of Nations*. Éd. A. Skinner, Pelican Classics, 1979, p. 169.

12. Les demandeurs dans le litige au principal sont 23 mineurs ayant travaillé pour ACC jusqu'à leur licenciement, qui ont été ensuite embauchés par AMS à des conditions de travail moins favorables et qui, après avoir été licenciés par cette dernière société, ont été réembauchés par ACC.

II — Les questions préjudicielles

13. Aux fins de trancher ce litige, l'Industrial Tribunal, Leeds, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour de justice les questions préjudicielles suivantes:

«1) La directive sur les droits acquis (77/187/CEE) est-elle susceptible de s'appliquer à deux sociétés d'un même groupe, ayant les mêmes propriétaires, la même direction, les mêmes locaux et travaillant au même ouvrage, ou convient-il de considérer que ces sociétés constituent une entreprise unique aux fins de la directive? En particulier, peut-il y avoir transfert d'une entreprise aux fins de la directive lorsque la société A transfère une partie importante de son personnel à la société B appartenant au même groupe de sociétés?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, quels sont les critè-

res qui permettent de conclure qu'il y a eu un transfert? En particulier, est-on en présence d'un transfert d'entreprise:

a) lorsque, pendant un certain temps, les travailleurs concernés ont été licenciés par la société A, prétendument parce qu'ils étaient en surnombre, et se sont vu offrir de travailler pour la société parente B exécutant une tâche ou une partie d'une tâche, géographiquement distincte, de la société A, à savoir le forage de tunnels miniers;

b) qu'il n'est intervenu, entre la société A et la société B, aucun transfert de locaux, de personnel dirigeant, d'infrastructure, de matériaux ou d'actifs et que la majorité des actifs principaux employés par les deux sociétés sont fournis par un tiers, l'exploitant de la mine;

c) que la société A reste le seul contractant à l'égard du tiers client qui lui a confié une mission dans le cadre de programmes de construction se déroulant 'en continu';

d) qu'il n'y a, ou presque pas, de simultanéité entre le passage des salariés de la société A à la société B et le début et (ou) la fin des contrats afférents à la mission;

e) que la société A et la société B partagent la même direction et les mêmes locaux;

f) que, après avoir été employés par la société B, les salariés travaillent pour la société A ou la société B, selon les besoins de la direction locale qui supervise les deux sociétés;

g) que le travail s'est poursuivi de façon permanente et qu'il n'y a eu à aucun moment d'interruption de l'activité ni de changement dans la conduite des travaux?»

III — La législation communautaire

14. L'Industrial Tribunal, Leeds, ne demande l'interprétation d'aucune disposition particulière, puisqu'il se réfère à la directive 77/187 dans son ensemble. Eu égard au libellé des questions, la Cour

devra se référer aux dispositions suivantes:

Article 1er

« 1. La présente 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.

...»

Article 3

«...

2. 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 collective ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective.

...»

Article 4

« 1. 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.

...»

IV — La procédure devant la Cour de justice

15. Dans le délai imparti par l'article 20 du statut CE de la Cour de justice, des observations écrites ont été déposées dans le cadre de la présente procédure par les demandeurs et la société défenderesse dans le litige au principal, par les gouvernements français et du Royaume-Uni, et par la Commission.

Ont comparu à l'audience du 16 juin 1999, afin de présenter oralement leurs observations, les représentants des demandeurs et de la société défenderesse dans le litige au

principal, le représentant du gouvernement du Royaume-Uni et celui de la Commission.

V — Examen des questions préjudicielles

16. A travers les deux questions qu'il a posées, et qui, à mon sens, doivent être examinées conjointement, l'Industrial Tribunal, Leeds, demande s'il peut y avoir transfert d'entreprise, d'établissement ou de partie d'établissement au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187 entre deux sociétés d'un même groupe, ayant le même propriétaire, une direction et des installations communes, et exerçant la même activité, lorsque l'une d'elles transfère une partie importante de son personnel à l'autre; quels sont les critères permettant de dire qu'il y a eu transfert; et si l'on est en présence d'un transfert dans les circonstances de l'espèce.

17. Je dois préciser d'emblée qu'il n'appartient pas à la Cour de justice de décider s'il y a eu ou non transfert dans le cas d'espèce. Cette tâche incombe à la juridiction qui doit trancher le litige sur le fond en tenant compte, à cet effet, des éléments d'interprétation fournis par la Cour dans son arrêt.

18. C'est la première fois qu'est déférée à la Cour de justice une question relative à l'interprétation de la directive 77/187 dans un contexte où le transfert présumé est intervenu entre des sociétés appartenant à un même groupe.

A l'exception de la société défenderesse, tous ceux qui ont présenté des observations dans la présente procédure s'accordent à dire que le fait que le transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'établissement intervienne entre sociétés d'un même groupe ne saurait faire obstacle à l'application de la directive 77/187. Je peux dire dès à présent que je suis d'accord avec cette appréciation, ne serait-ce que parce que la directive n'exclut pas cette possibilité et que, comme ces sociétés sont tout aussi susceptibles de faire l'objet d'une cession conventionnelle ou d'une fusion que toutes les autres, il n'y a aucune raison d'exclure leurs salariés de la protection conférée par la directive. Mais ce ne sont pas les seuls motifs, ainsi que j'aurai l'occasion de l'exposer ci-après.

19. La directive 77/187 a été adoptée par le Conseil sur la base de l'article 100 du traité CE (devenu article 94 CE) pour garantir la stabilité de l'emploi des travailleurs en cas de changement dans la personne du chef d'entreprise, en leur assurant en particulier le maintien de leurs droits.

Le préambule de la directive indique que des différences subsistent dans les États membres en ce qui concerne la portée de la protection des travailleurs dans ce domaine

et qu'il convient de les réduire parce qu'elles sont susceptibles d'avoir une incidence directe sur le fonctionnement du marché commun. Son adoption était déjà prévue dans la résolution du Conseil, du 21 janvier 1974, concernant un programme d'action sociale [9]. Sa finalité est formulée principalement dans son article 3, paragraphe 1, qui prévoit que sont transférés au cessionnaire les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'une relation de travail existant à la date du transfert, et dans son article 4, paragraphe 1, selon lequel le transfert ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire.

20. La Cour a confirmé dans sa jurisprudence que la directive 77/187 a pour finalité d'assurer le maintien des droits des travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en leur permettant de rester au service du nouveau chef dans les mêmes conditions que celles convenues avec le cédant [10]. Toutefois, elle ne tend pas à instaurer un niveau de protection uniforme pour l'ensemble de la Communauté en fonction de critères communs. Elle ne peut donc être invoquée que pour assurer que le travailleur intéressé est protégé dans ses relations avec le cessionnaire de la même manière qu'il l'était dans ses relations avec le cédant en vertu des règles du droit de l'État membre concerné [11].

21. Aux termes de son article 1er, paragraphe 1, la directive 77/187 s'applique 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. Or, ses autres dispositions ne précisent pas ce qu'il faut entendre par entreprise, établissement, partie d'établissement, chef d'entreprise et cession conventionnelle. C'est la Cour qui, dans ses nombreux arrêts, a donné un contenu communautaire à ces notions [12].

22. La directive 98/50/CE [13], qui a introduit des modifications importantes dans le texte de la directive 77/187, comporte déjà quelques définitions — en particulier celles de «transfert» [14], d'«entreprise» [15] et de «travailleur» [16] — qui en enrichissent et complètent le contenu, et qui codifient la jurisprudence de la Cour. Les États mem-

9 — JO C 13, p. 1.

10 — Arrêts du 17 décembre 1987, Ny Molle Kro (287/86, Rec. p. 5465, point 12), et du 10 février 1988, Daddy's Dance Hall (324/86, Rec. p. 739, point 9).

11 — Arrêts Daddy's Dance Hall, précité (note 10), point 16, et du 11 juillet 1985, Danmols Inventar (105/84, Rec. p. 2639, point 26).

12 — La Cour s'est déjà prononcée à 29 occasions sur la directive 77/187, soit dans des affaires préjudicielles, soit dans des procédures en manquement contre des États membres.

13 — Directive du Conseil, du 29 juin 1998, modifiant la directive 77/187 (JO L 201, p. 88).

14 — Selon le point 4 des considérants de la directive 98/50, la sécurité et la transparence juridiques requièrent une clarification de la notion de transfert à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice, mais cette clarification ne modifie pas le champ d'application de la directive 77/187. La notion de transfert au sens de la directive 77/187 modifiée figure à l'article 1er, paragraphe 1, sous b): «... est considéré comme transfert... celui d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire».

15 — Selon l'article 1er, paragraphe 1, sous c), de la directive 77/187 modifiée, ses dispositions sont applicables aux entreprises publiques et privées exerçant une activité économique, qu'elles poursuivent ou non un but lucratif. Sont expressément exclus de son champ d'application la réorganisation administrative d'autorités publiques et le transfert de fonctions administratives entre autorités publiques.

16 — En vertu de l'article 2, paragraphe 1, sous d), de la directive 77/187 modifiée, on entend par «travailleur» toute personne qui, dans l'État membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi.

bres disposent toutefois d'un délai expirant le 17 juillet 2001 pour transposer la directive 98/50 dans leur droit interne. C'est la raison pour laquelle je devrai me baser sur la jurisprudence et non sur ce texte pour répondre aux questions préjudicielles posées par l'Industrial Tribunal, Leeds.

23. La Cour a renoncé très tôt à donner une définition distincte des notions utilisées par la directive 77/187 pour décrire ce qui pouvait faire l'objet d'un transfert à un autre chef d'entreprise, à savoir les «entreprises», les «établissements» ou «parties d'établissements», et a préféré introduire la notion d'«entité économique».

24. Dans l'arrêt Spijkers [17], la Cour a jugé que la directive 77/187 vise à assurer la continuité des relations de travail existant dans le cadre d'une entité économique, indépendamment d'un changement du propriétaire, et que le critère décisif pour établir l'existence d'un transfert au sens de cette directive est de savoir si l'entité en question garde son identité. Elle a ajouté que, pour décider s'il s'agit d'une entité économique encore existante qui a été aliénée, le fait que son exploitation est effectivement poursuivie ou reprise par le nouveau chef d'entreprise, avec les mêmes activités économiques ou des activités analogues, revêt une importance primordiale.

25. La Cour a précisé la notion d'entité économique dans des décisions ultérieures. Dans l'arrêt Rygaard [18], elle a déclaré que, pour que la directive soit applicable, le transfert doit porter sur une entité économique organisée de manière stable, dont l'activité ne se borne pas à l'exécution d'un ouvrage déterminé, en concluant, dans l'arrêt Süzen [19], que la notion d'entité renvoie ainsi à un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre.

26. La notion de travailleur dont la relation de travail est protégée par la directive 77/187 en cas de transfert de l'entité économique pour laquelle il travaille est définie dans les arrêts Danmols Inventar [20] et Redmond Stichting [21]. Est considérée comme tel toute personne qui fait l'objet d'une protection quelconque, même réduite, contre le licenciement au titre du droit national. En application de la directive, cette protection ne peut ni lui être

17 — Arrêt du 18 mars 1986 (24/85, Rec. p. 1119, points 11 et 12).

18 — Arrêt du 19 septembre 1995 (C-48/94, Rec. p. I-2745, point 20).

19 — Arrêt du 11 mars 1997 (C-13/95, Rec. p. I-1259, point 13).

20 — Précité (note 11), point 27.

21 — Arrêt du 19 mai 1992 (C-29/91, Rec. p. I-3189, point 18).

enlevée ni être diminuée en raison du seul fait du transfert [22].

27. Dans l'arrêt Botzen e.a., la Cour a examiné si la directive 77/187 englobe également les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail existant à la date du transfert et conclu avec des travailleurs qui, bien que n'appartenant pas à la partie transférée de l'entreprise, exercent certaines activités comportant l'utilisation de moyens d'exploitation affectés à cette partie. Se fondant sur le critère selon lequel la relation de travail est essentiellement caractérisée par le lien qui existe entre le travailleur et la partie de l'entreprise ou de l'établissement à laquelle il est affecté pour exercer sa tâche, la Cour a déclaré que, pour apprécier si ces droits et obligations sont transférés en vertu de la directive 77/187, il suffit d'établir à quelle partie de l'entreprise ou de l'établissement le travailleur en cause se trouvait affecté [23].

28. Quant au point de savoir si la relation de travail doit exister à la date du transfert, la Cour a jugé que, sauf disposition spécifique contraire, le bénéfice de la directive 77/187 peut être invoqué par les seuls travailleurs dont le contrat, ou relation de travail, est en cours à la date du transfert. L'appréciation de l'existence ou de l'inexistence de la relation de travail doit être effectuée conformément au droit interne, sous réserve que soient respectées les règles impératives de la directive relatives à la protection des travailleurs contre le licenciement du fait du transfert [24].

29. En ce qui concerne la cession conventionnelle, la Cour a déclaré que, en raison des différences terminologiques entre chacune des versions linguistiques de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187 et des divergences existant entre les législations nationales sur cette notion, on ne saurait apprécier la portée de cette disposition en se fondant exclusivement sur une interprétation littérale [25]. Dans l'arrêt Bork International e.a. [26], elle a interprété cette notion de manière suffisamment souple pour répondre à l'objectif de la directive, à savoir la protection des salariés en cas de transfert de leur entreprise, en déclarant que la directive était applicable dans toutes les hypothèses de changement, dans le cadre de relations contractuelles, de la personne physique ou morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui contracte les obligations d'employeur vis-à-vis des employés de l'entreprise.

30. A titre d'exemple et sans vouloir dresser une liste exhaustive de la jurisprudence en la matière, il convient d'indiquer que la Cour a jugé que la directive 77/187 était

22 — Arrêt du 15 avril 1986, Commission/Belgique (237/84, Rec. p. 1247, point 13).

23 — Arrêt du 7 février 1985 (186/83, Rec. p. 519, point 15).

24 — Arrêts Ny Molle Kro, précité (note 10), point 25, et du 15 juin 1988, Bork International e.a. (101/87, Rec. p. 3057, point 17).

25 — Arrêt du 7 février 1985, Abels (135/83, Rec. p. 469, points 11 à 13).

26 — Précité (note 24), point 13.

applicable au transfert d'une entreprise intervenu dans le cadre d'un sursis de paiement [27]; à la reprise, par le propriétaire, de l'exploitation d'une entreprise cédée à bail, à la suite d'une violation du contrat de bail par le locataire-gérant [28]; dans une situation où, au terme d'un contrat de location-gérance non transférable, le propriétaire de l'entreprise loue celle-ci à un nouveau locataire-gérant qui en poursuit l'exploitation sans interruption avec le même personnel qui avait été licencié à l'expiration du premier contrat de location-gérance [29]; à la cession d'une entreprise en vertu d'un contrat de location-vente et à la rétrocession de cette entreprise à la suite de la résiliation du contrat de location-vente par décision judiciaire [30]; dans une situation où, à la suite de la dénonciation ou de la résolution d'un contrat de bail, le propriétaire de l'entreprise reprend celle-ci pour la vendre ultérieurement à un tiers qui en poursuit l'exploitation, arrêtée depuis la fin du contrat de bail, peu de temps après avec un peu plus de la moitié du personnel qui était employé dans l'entreprise par le précédent locataire [31]; lorsque, dans le cadre d'une législation relative à l'administration extraordinaire des grandes entreprises en crise, la poursuite de l'activité de l'entreprise a été décidée, sous la direction d'un commissaire de la procédure d'administration extraordinaire, et aussi longtemps que cette décision demeure en vigueur [32]; dans une situation où une autorité publique décide de cesser d'accorder à une fondation se consacrant essentiellement à l'aide aux toxicomanes des subventions qui constituaient ses seules ressources, provoquant ainsi l'arrêt complet et définitif de ses activités, pour transférer ces subventions à une autre fondation poursuivant un but analogue [33]; dans une situation où un entrepreneur confie, par voie contractuelle, à un autre entrepreneur la responsabilité d'exploiter un service destiné aux salariés, géré auparavant de manière directe, moyennant une rémunération et divers avantages dont les modalités sont déterminées par l'accord conclu entre eux [34]; dans une situation où une entreprise titulaire d'une concession de véhicules automobiles pour un territoire déterminé cesse son activité et où la concession est alors transférée à une autre entreprise qui reprend une partie du personnel et bénéficie d'une promotion auprès de la clientèle, sans que

27 — Arrêts Abels, précité (note 25), point 30; du 7 février 1985, FNV (179/83, Rec. p. 511, point 7), et Botzen e.a., précité (note 23), point 9. Toutefois, la directive 77/187 ne s'applique pas aux transferts effectués dans le contexte d'une procédure de faillite visant, sous le contrôle de l'autorité judiciaire compétente, à liquider les biens du cédant.

28 — Arrêt Ny Molle Kro, précité (note 10), point 15.

29 — Arrêt Daddy's Dance Hall, précité (note 10), point 11.

30 — Arrêt du 5 mai 1988, Berg et Busschers (144/87 et 145/87, Rec. p. 2559, point 20).

31 — Arrêt Bork International e.a., précité (note 24), point 20.

32 — Arrêt du 25 juillet 1991, D'Urso e.a. (C-362/89, Rec. p. I-4105, point 34). En revanche, la directive 77/187 ne s'applique pas aux transferts d'entreprises opérés dans le cadre d'une procédure de concours des créanciers du type de celle de la législation italienne sur la liquidation administrative forcée, à laquelle se réfère la loi du 3 avril 1979, relative à l'administration extraordinaire des grandes entreprises en crise; en effet, à l'instar de la faillite, cette procédure tend à la liquidation des biens du débiteur en vue du désintéressement collectif des créanciers.

33 — Arrêt Redmond Stichting, précité (note 21), point 21.

34 — Arrêt du 12 novembre 1992, Watson Rask et Christensen (C-209/91, Rec. p. I-5755, point 21). L'accord conclu entre Philips et ISS prévoyait que cette dernière assurerait la gestion des cantines de Philips (notamment la planification des menus, les achats, la préparation, le transport, l'ensemble des tâches administratives ainsi que le recrutement et la formation du personnel), en reprenant le personnel employé par Philips aux mêmes conditions de salaire et d'ancienneté. Philips s'engageait à verser à ISS une somme mensuelle fixe pour couvrir les dépenses de gestion ordinaire, ainsi que le montant des coûts afférents à divers produits tels que les services jetables, les emballages perdus, les serviettes de table ou les produits de nettoyage. En outre, elle mettait à la disposition d'ISS, sans contrepartie financière, les locaux de vente et de production agréés par ISS, l'équipement nécessaire à la gestion des cantines, l'électricité, l'eau chaude et le téléphone, et s'engageait à assurer l'entretien général des locaux et des équipements ainsi que l'enlèvement des déchets.

soient transférés des éléments d'actif [35]; en cas de transfert d'une entreprise en état de liquidation judiciaire lorsque son activité est poursuivie [36]; et lorsqu'une société en liquidation volontaire transfère tout ou partie de ses actifs à une autre société qui ensuite notifie des ordres aux travailleurs et dont la société en liquidation dit qu'ils doivent être exécutés [37].

31. En revanche, la reprise, en vue de terminer, avec l'accord du maître de l'ouvrage, un chantier commencé par une autre entreprise, de deux apprentis et d'un employé ainsi que du matériel qui y avaient été affectés ne constitue pas un transfert au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187. Un tel transfert ne pourrait relever de la directive que s'il s'accompagnait du transfert d'un ensemble organisé d'éléments permettant la poursuite des activités ou de certaines activités de l'entreprise cédante de manière stable. Dans l'arrêt Rygaard, la Cour a dit clairement que le transfert d'entreprise, d'établissement ou d'une partie d'établissement au sens de la directive 77/187 suppose le transfert d'une entité économique organisée de manière stable, dont l'activité ne se borne pas à l'exécution d'un ouvrage déterminé, et qu'est étrangère à cette hypothèse la situation d'une entreprise qui transfère à une autre entreprise l'un de ses chantiers en vue de son achèvement [38].

32. Dans l'arrêt Schmidt [39], la Cour a jugé qu'entre dans le champ d'application de la directive 77/187 une situation où un entrepreneur confie, par voie contractuelle, à un autre entrepreneur la responsabilité d'exécuter les travaux de nettoyage assurés auparavant de manière directe, même si, avant le transfert, ces travaux étaient exécutés par une seule employée. A cette occasion, elle a confirmé que le critère décisif pour établir l'existence d'un transfert d'entreprise était celui du maintien de l'identité économique, lequel résulte notamment de la poursuite effective ou de la reprise par le nouveau chef d'entreprise des mêmes activités économiques ou d'activités analogues. La Cour a estimé, de manière assez radicale à mon avis, que ni le fait que l'activité transférée ne constitue pour l'entreprise cédante qu'une activité accessoire sans rapport nécessaire avec son objet social, ni la circonstance que l'activité en cause était assurée avant le transfert par une seule employée, ni l'absence de transfert d'éléments d'actif ne suffisent à exclure cette opération du champ d'application de la directive.

35 — Arrêt du 7 mars 1996, Merckx et Neuhuys (C-171/94 et C-172/94, Rec. p. I-1253, point 32).

36 — Arrêt du 12 mars 1998, Dethier Équipement (C-319/94, Rec. p. I-1061, point 32).

37 — Arrêt du 12 novembre 1998, Europièces (C-399/96, Rec. p. I-6965, point 36).

38 — Arrêt précité (note 18), points 20 à 23.

39 — Arrêt du 14 avril 1994 (C-392/92, Rec. p. I-1311). La demanderesse était employée par une caisse d'épargne pour nettoyer les locaux d'une de ses filiales. Elle a été licenciée parce que le nettoyage allait être effectué à l'avenir par une entreprise spécialisée qui assurait déjà le nettoyage de la plupart des agences de cette banque. L'entreprise de nettoyage a proposé à l'employée de l'embaucher pour un salaire mensuel supérieur à celui qu'elle percevait jusqu'alors. Toutefois, celle-ci n'était pas disposée à travailler à ces conditions, car elle estimait que, en raison de l'augmentation des superficies à nettoyer, son salaire horaire diminuerait en réalité, et elle a formé un recours pour licenciement abusif.

33. Toutefois, cette jurisprudence a été nuancée à partir de 1997 avec les arrêts Süzen [40], Hernández Vidal e.a. [41] et Hidalgo e.a. [42], dans lesquels la Cour a davantage insisté sur le fait que le transfert doit porter sur une entité économique organisée de manière stable, étant précisé que la notion d'entité renvoie à un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre.

Dans l'arrêt Süzen, où un contrat de travaux de nettoyage conclu avec une entreprise externe avait été résilié pour être attribué ultérieurement à une autre entreprise externe, la Cour soulignait déjà que la seule circonstance que le service effectué par l'ancien et le nouvel attributaire d'un marché est similaire ne suffit pas à affirmer qu'il y a transfert d'une entité économique, celle-ci ne pouvant être réduite à l'activité dont elle est chargée. Son identité ressort également d'autres éléments tels que le personnel qui la compose, son encadrement, l'organisation de son travail, ses méthodes d'exploitation ou encore, le cas échéant, les moyens d'exploitation à sa disposition. Ce raisonnement a conduit la Cour à juger que la directive 77/187 ne s'applique pas à un tel cas si l'opération ne s'accompagne ni d'une cession, entre l'un et l'autre entrepreneur, d'éléments d'actif, corporels ou incorporels, significatifs ni d'une reprise, par le nouvel entrepreneur, d'une partie essentielle des effectifs, en termes de nombre et de compétence, que son prédécesseur affectait à l'exécution de son contrat [43].

Dans l'arrêt Hernández Vidal e.a., concernant une affaire où une entreprise qui recourait aux services d'une autre entreprise pour le nettoyage de ses locaux décide de mettre fin au contrat et d'effectuer elle-même ces travaux par la suite, la Cour a précisé que, si l'entité économique doit être suffisamment structurée et autonome, elle ne comporte pas nécessairement d'éléments d'actif, matériels ou immatériels, significatifs. En effet, dans certains secteurs économiques, comme le nettoyage, ces éléments sont souvent réduits à leur plus simple expression et l'activité repose essentiellement sur la main-d'œuvre. Ainsi, un ensemble organisé de salariés qui sont spécialement et durablement affectés à une tâche commune peut, en l'absence d'autres facteurs de production, correspondre à une entité économique [44].

Dans l'affaire Hidalgo e.a., il s'agissait d'organismes publics qui avaient attribué la gestion du service d'aide à domicile en faveur de personnes défavorisées et le

40 — Précité (note 19). Au point 10 des conclusions que l'avocat général M. La Pergola a présentées sous cette affaire, il affirmait déjà: «La circonstance que la majeure partie des travailleurs affectés à une activité spécifique aient été employés ultérieurement, avec des tâches correspondantes, auprès d'une autre entreprise, ne constitue cependant pas, à notre avis, le critère déterminant, le critère de contrôle permettant de considérer que l'activité en question revêt les caractéristiques d'autonomie en termes d'organisation qui caractérisent la notion d'entreprise, d'établissement ou de partie d'établissement.... C'est uniquement si l'activité est poursuivie et que, dans le même temps, une entreprise a cédé à une autre des biens immatériels et matériels que l'on est en présence d'un transfert d'entreprise... au sens de la directive».

41 — Arrêt du 10 décembre 1998 (C-127/96, C-229/96 et C-74/97, Rec. p. I-8179).

42 — Arrêt du 10 décembre 1998 (C-173/96 et C-247/96, Rec. p. I-8237).

43 — Arrêt Süzen, précité (note 19), points 15 et 23.

44 — Arrêt Hernández Vidal e.a., précité (note 41), point 27.

contrat de surveillance de locaux à deux entreprises privées, et qui ont décidé, à l'expiration de la concession et à la fin du contrat, de ne pas les renouveler avec les mêmes entreprises et de confier les marchés en question à d'autres sociétés. Dans son arrêt, la Cour a ajouté que la présence d'une entité suffisamment structurée et autonome au sein de l'entreprise titulaire du marché n'est, en principe, pas affectée par la circonstance, d'ailleurs fréquente, que cette entreprise est soumise au respect d'obligations précises qui lui sont imposées par l'organisme adjudicateur. En effet, s'il peut arriver que l'influence exercée par ce dernier sur le service fourni par le prestataire soit étendue, celui-ci n'en conserve pas moins normalement une certaine liberté, même réduite, pour organiser et exécuter le service en question, sans que sa tâche puisse s'interpréter comme une simple mise à disposition de son personnel à l'organisme adjudicateur [45].

34. Il résulte des appréciations jurisprudentielles qui précèdent que les critères dégagés jusqu'à présent par la Cour pour établir s'il y a eu transfert au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187 sont les suivants: il faut qu'il existe une entité économique, entendue comme un ensemble organisé de personnes et d'éléments, destiné à exercer une activité économique poursuivant un objectif propre; que cette entité soit organisée de manière stable et ne se borne pas à l'exécution d'un ouvrage déterminé; qu'intervienne un changement, dans le cadre de relations contractuelles, de la personne physique ou morale responsable de l'exploitation de l'entité, qui assume les obligations de chef d'entreprise à l'égard de ses salariés; et que l'entité économique maintienne son identité, ce qui résulte tant de la poursuite par le nouveau chef d'entreprise de la même activité que de la continuité du personnel qui la compose, de son encadrement, de l'organisation de son travail, de ses méthodes d'exploitation ou des moyens d'exploitation dont elle dispose.

35. Il résulte de l'ordonnance de renvoi que la société ACC avait effectué, pendant des années, des travaux de forage de galeries de mines et qu'elle a décidé de renoncer à les effectuer elle-même en raison du coût élevé de la main-d'œuvre qu'elle employait. Il semble qu'elle ait licencié son personnel au fur et à mesure que les travaux qui lui étaient concédés s'achevaient et, parallèlement, qu'elle participait aux appels d'offres organisés par RJB en faisant des offres basées sur les coûts salariaux de la société AMS, à laquelle elle avait l'intention de sous-traiter — et elle a effectivement sous-traité — l'exécution des contrats, avec l'accord du propriétaire de la mine. Les salariés licenciés pour motif économique, qui ont perçu l'indemnité correspondante, ont été engagés immédiatement à des conditions moins avantageuses que celles dont ils avaient bénéficié jusqu'alors par la société AMS, qui allait avoir besoin de main-d'œuvre pour exécuter les contrats. Cette situation, qui a duré plusieurs années, ne paraissait pas temporaire mais pouvait être qualifiée de stable, surtout si l'on tient compte du fait qu'elle n'a changé que lorsque le propriétaire de la mine a exigé une amélioration des conditions de travail des salariés. A partir de ce moment, ACC a repris aussi bien l'activité, en décidant de

45 — Arrêt Hidalgo e.a., précité (note 42), point 27.

réaliser à nouveau elle-même les ouvrages, que le personnel, qui a été promptement licencié par AMS.

36. Pour établir s'il y a eu ou non transfert d'une partie d'entreprise d'ACC à AMS, l'Industrial Tribunal, Leeds, doit dire si l'activité consistant à forer des galeries dans les houillères Prince of Wales, effectuée à l'origine par ACC et que cette dernière a décidé, en août 1994, de confier à AMS, une société créée en 1993, constituait une entité économique identifiable à l'intérieur d'ACC, organisée de manière stable, et entendue comme un ensemble organisé de personnes et d'éléments poursuivant un objectif propre; si cette décision de sous-traiter avait un caractère temporaire parce que limitée à l'exécution d'un ouvrage déterminé ou si elle revêtait un caractère permanent; si les salariés licenciés par la première société puis engagés par la seconde étaient précisément ceux qui avaient été affectés de manière durable à l'exécution de l'activité en cause; si, du fait de la sous-traitance de l'activité en question, du licenciement subséquent et du réembauchage de salariés, AMS a assumé les obligations d'employeur à l'égard des salariés affectés à cette activité. Enfin, s'il parvient à la conclusion que le forage de galeries souterraines dans les houillères Prince of Wales constituait une entité économique, le juge national doit décider si elle a maintenu son identité lorsqu'elle a été sous-traitée à AMS et lorsque ACC l'a reprise, en décidant de mettre fin à cette opération.

37. Il est incontestable que le fait qu'ACC et AMS soient des sociétés appartenant au même groupe, qu'elles aient le même propriétaire, une direction et des installations communes et exercent la même activité complique au plus haut point la tâche du juge national, mais il n'est pas déterminant; partant, on ne peut pas exclure qu'il y ait eu transfert au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187.

38. La Cour a indiqué à plusieurs reprises aux juridictions nationales que, pour déterminer si les conditions d'un transfert d'une entité économique sont réunies dans un cas d'espèce, il y a lieu de prendre en considération l'ensemble des circonstances de fait qui caractérisent l'opération en cause, au nombre desquelles figurent notamment le type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit, le transfert ou non d'éléments corporels, tels que les bâtiments et les biens mobiliers, la valeur des éléments incorporels au moment du transfert, la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par le nouveau chef d'entreprise, le transfert ou non de la clientèle, ainsi que le degré de similarité des activités exercées avant et après le transfert et la durée d'une éventuelle suspension de ces activités. Ces éléments ne constituent toutefois que des aspects partiels de l'évaluation d'ensemble qui s'impose et ne sauraient, de ce fait, être appréciés isolément [46].

39. En ce qui concerne les sept circonstances de fait que le juge national soumet à

46 — Arrêts Spijkers, précité (note 17), point 13; Ny Molle Kro, précité (note 10), point 19; Redmond Stichting, précité (note 21), point 24; Merckx et Neuhuys, précité (note 35), point 17; Süzen, précité (note 19), point 14; Hidalgo e.a., précité (note 42), point 29, et Hernández Vidal e.a., précité (note 41), point 29.

l'appréciation de la Cour dans la seconde question préjudicielle, je peux dire qu'aucune d'elles ne me paraît déterminante pour dire s'il y a eu ou non transfert au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187.

40. Ainsi, l'absence de transfert d'actifs entre ACC et AMS [sous b)] est peut-être imputable au fait que ce secteur fonctionne traditionnellement au moyen des équipements fournis par le propriétaire de la mine. En tout état de cause, il résulte des indications de l'ordonnance de renvoi qu'AMS a pu utiliser ces équipements, qui avaient été mis auparavant à la disposition d'ACC; l'absence de transfert des installations, de la direction et de l'infrastructure peut s'expliquer par le fait qu'elles sont communes aux deux sociétés. S'il est vrai qu'il n'y a pas eu transfert de la clientèle [sous c)], il est constant qu'il s'agissait d'un client unique et que l'opération a été effectuée avec son consentement. La quasi-absence de simultanéité entre le passage des salariés d'ACC à AMS et le début ou la fin des contrats [sous d)] peut tout à fait s'expliquer, comme l'indique la Commission, par le fait qu'un transfert d'entreprise est une opération juridique complexe, dont la réalisation peut exiger un certain temps. Le fait qu'ACC et AMS partagent la direction et les installations [sous e)] n'empêche pas l'une de transférer à l'autre une entité économique répondant aux caractéristiques décrites. Le fait que les travaux se soient poursuivis de façon continue, sans interruption ni changement dans la manière de les mener à bien [sous g)] est l'une des caractéristiques normalement présentes dans un transfert d'entreprise.

Je ne peux me prononcer sur le point f) de la seconde question préjudicielle selon lequel, après avoir été employés par AMS, les salariés travaillaient indifféremment pour ACC et AMS en fonction des besoins de la direction locale qui gère les deux sociétés, car je ne dispose pas d'éléments de fait suffisants. En effet, si l'activité d'ACC consistait à percer des galeries souterraines dans les houillères Prince of Wales et qu'elle y a renoncé pour sous-traiter les travaux à AMS, en se défaisant, je suppose, de la majeure partie de son personnel, qui a été engagé par AMS, je me demande à quelle activité ACC pouvait bien occuper le personnel employé par AMS.

41. Il me reste à examiner le point a) de la seconde question, relatif au licenciement des travailleurs par ACC et à leur engagement ultérieur par AMS pour des travaux de forage de galeries effectués auparavant par ACC.

42. Comme je l'ai déjà indiqué, l'article 4, paragraphe 1, de la directive 77/187 prévoit que le transfert ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire, bien qu'il ne fasse pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi. Or, les demandeurs au principal ont été

licenciés par ACC, qui a précisément allégué des raisons économiques.

Cette règle s'applique cependant dans le cadre d'un transfert d'entreprise au sens de la directive, transfert dont ACC conteste l'existence. A mon avis, cette société a licencié son personnel non seulement parce qu'elle n'en aurait plus besoin à l'avenir puisqu'elle avait l'intention de confier à AMS la réalisation des travaux, mais également parce qu'elle fournissait à cette société la main-d'œuvre spécialisée nécessaire pour exécuter les contrats, sans avoir besoin de la rechercher. On ne peut bien entendu pas exclure qu'elle ait voulu éluder les obligations imposées par la directive en procédant de fait, en fonction des nécessités des contrats d'entreprise, à un transfert de travailleurs d'une société à une autre en baissant leur salaire afin de réduire le coût de la main-d'œuvre.

43. En tout état de cause, la Cour estime que, si les travailleurs d'une entreprise sont licenciés du simple fait du transfert, en violation de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 77/187, ils doivent être considérés comme étant toujours employés de cette entreprise, avec la conséquence que les obligations d'employeur à leur égard sont transférées de plein droit du cédant au cessionnaire, conformément à l'article 3, paragraphe 1, de la directive. Pour déterminer si le licenciement a été motivé par le seul fait du transfert, il convient de prendre en considération les circonstances objectives dans lesquelles le licenciement est intervenu et, notamment, le fait qu'il a pris effet à une date rapprochée de celle du transfert et que les travailleurs en cause ont été réembauchés par le cessionnaire [47].

De même, la Cour a déclaré que les travailleurs irrégulièrement licenciés par le cédant peu de temps avant le transfert de l'entreprise et non repris par le cessionnaire peuvent se prévaloir vis-à-vis de ce dernier de l'irrégularité dudit licenciement [48].

44. Si l'Industrial Tribunal, Leeds, parvient à la conclusion qu'il y a eu transfert au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187, il s'ensuivra que le licenciement des travailleurs par ACC était nul et que leurs conditions de travail auraient dû être maintenues par la société cessionnaire. En effet, le cessionnaire étant subrogé au cédant en ce qui concerne les droits et obligations découlant de la relation de travail, celle-ci peut être modifiée à l'égard du cessionnaire dans les mêmes limites qu'elle aurait pu l'être à l'égard du cédant, étant entendu que, dans aucune hypothèse, le transfert d'entreprise ne saurait constituer en lui-même le motif de cette modification. La directive ne s'oppose cependant pas à une modification de la relation de travail convenue avec le nouveau chef d'entreprise dans la mesure où le droit national applicable admet une telle modi-

47 — Arrêt Bork International e.a., précité (note 24), point 18.
48 — Arrêt Dethier Équipement, précité (note 36), point 42.

fication en dehors de l'hypothèse d'un transfert d'entreprise [49].

Je déduis des faits exposés par le juge national que la législation britannique n'autorise pas le chef d'entreprise à modifier en leur défaveur les conditions de travail de ses salariés [50]. Dans le cas contraire en effet, ACC n'aurait pas eu besoin de soumissionner en intégrant dans ses offres les coûts salariaux d'AMS et de sous-traiter à cette dernière la réalisation des travaux.

45. Enfin, la défenderesse au principal fait valoir, dans ses observations, que la directive 77/187 ne peut s'appliquer à deux sociétés telles qu'ACC et AMS, toutes deux filiales d'AMCO, qui fonctionnaient comme une entité économique unique travaillant en collaboration pour atteindre des objectifs commerciaux communs, et qu'elles seraient tenues pour une seule et même entreprise aux fins du droit de la concurrence. Par ailleurs, elle affirme qu'AMS ne disposait d'aucune autonomie réelle pour définir son comportement sur le marché, son rôle se limitant à celui d'un instrument permettant d'atteindre les objectifs commerciaux du groupe.

46. Je ne peux pas être d'accord avec cette appréciation. Il est vrai que, dans l'arrêt Viho/Commission [51], la Cour a estimé qu'une société mère et ses filiales forment une unité économique à l'intérieur de laquelle les filiales ne jouissent pas d'une autonomie réelle pour la détermination de leur ligne d'action sur le marché [52], mais appliquent les instructions données par la société qui les contrôle [53]. Or, cette jurisprudence a été élaborée dans le contexte du droit de la concurrence, dans lequel la notion d'entreprise doit être comprise comme désignant une unité économique du point de vue de l'objet de l'accord en cause même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes, physiques ou morales [54]. Le Tribunal de première instance a ajouté que, aux fins de l'application des règles de concurrence, l'unité du comportement sur le marché de la société mère et de ses filiales prime la séparation formelle entre ces sociétés, résultant de leurs personnalités juridiques distinctes [55].

49 — Arrêt Daddy's Dance Hall, précité (note 10), points 17 et 18.

50 — Cette appréciation a été confirmée dans les réponses faites par les représentants des demandeurs au principal et du gouvernement du Royaume-Uni aux questions que je leur ai posées à l'audience.

51 — Arrêt du 24 octobre 1996 (C-73/95 P, Rec. p. I-5457, point 16).

52 — Dans cette affaire, il était établi que la société mère détenait 100 % du capital de ses filiales établies dans différents États membres et que les activités de vente et de marketing des filiales étaient dirigées par une équipe désignée par la société mère qui contrôlait notamment les objectifs de vente, les marges brutes, les frais de vente, le «cash flow» et les stocks. Cette équipe prescrivait également la gamme de produits à vendre, contrôlait les activités publicitaires et donnait des directives en ce qui concerne les prix et les remises.

53 — Jurisprudence élaborée dans les arrêts du 14 juillet 1972, ICI/Commission (48/69, Rec. p. 619, points 133 et 134); du 31 octobre 1974, Sterling Drug (15/74, Rec. p. 1147, point 41); Winthrop (16/74, Rec. p. 1183, point 32); du 4 mai 1988, Bodson (30/87, Rec. p. 2479, point 19), et du 11 avril 1989, Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro (66/86, Rec. p. 803, point 35).

54 — Arrêt du 12 juillet 1984, Hydrotherm (170/83, Rec. p. 2999, point 11).

55 — Arrêt du 12 janvier 1995, Viho/Commission (T-102/92, Rec. p. II-17, point 50).

47. Comme on le voit, la définition de l'entreprise dont part le droit de la concurrence aux fins de l'application des articles 85 et 86 du traité CE (devenus articles 81 CE et 82 CE) est très éloignée de la notion d'entreprise en tant qu'entité économique introduite par la Cour de justice aux fins de l'application de la directive 77/187 et n'est d'aucune utilité pour dire s'il y a eu transfert d'entreprise, d'établissement ou de partie d'établissement entre deux sociétés appartenant au même groupe, même si elles sont filiales à 100 % de la même société mère.

VI — Conclusion

48. Compte tenu du raisonnement qui précède, je propose à la Cour de justice de répondre de la manière suivante aux questions préjudicielles posées par l'Industrial Tribunal, Leeds:

«1) L'article 1[er], paragraphe 1, de la directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, doit être interprété en ce sens que cette directive s'applique à deux sociétés d'un même groupe, qui ont le même propriétaire, une direction et des installations communes, et qui exercent la même activité, à condition que l'opération en cause réponde aux critères fixés par la jurisprudence de la Cour de justice pour estimer qu'il y a eu un transfert d'entreprise.

2) Il appartient à l'Industrial Tribunal, Leeds, de dire si, dans le cas d'espèce, ces critères se sont réalisés et, partant, si une entité économique a été transférée et a conservé son identité.»