CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ANTONIO LA PERGOLA

présentées le 15 octobre 1996 *

I — Introduction

1. Les questions préjudicielles qui font l'objet de la présente affaire invitent la Cour à préciser le champ d'application 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 [1] (ci-après la « directive ») et, en particulier, à dire pour droit si la résiliation d'un contrat de travaux de nettoyage conclu avec une entreprise et son attribution ultérieure à une autre entreprise recouvrent les éléments constitutifs de « transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements » à la suite d'une « cession conventionnelle » au sens de la directive précitée.

II — En fait

2. La demanderesse au principal, M^me^ Ayse Süzen, a travaillé pour le compte de la société défenderesse depuis avril 1987 en tant que préposée aux travaux de nettoyage auprès de l'Aloisiuskolleg GmbH, un établissement d'enseignement secondaire privé géré par des religieux, à Bad Godesberg (Bonn), avec lequel la défenderesse avait conclu un contrat portant sur le nettoyage des locaux.

Par lettre du 15 février 1994, la défenderesse a fait savoir à la demanderesse que le contrat de nettoyage prendrait probablement fin le 30 juin 1994 et qu'elle se voyait dès lors contrainte de mettre fin par précaution, à dater du 30 juin 1994, à la relation de travail qui la liait à la demanderesse, moyennant le respect du délai de préavis légal. Dans l'hypothèse où le contrat de nettoyage lui serait de nouveau attribué, la défenderesse a toutefois proposé dans sa lettre à la demanderesse de maintenir la relation de travail.

Le contrat de travaux de la partie défenderesse avec l'Aloisiuskolleg a en fait été résilié avec effet au 30 juin 1994. L'Aloisiuskolleg a ensuite confié les travaux précités à la société Lefarth GmbH, partie appelée en intervention dans le litige au principal à l'appui de la défenderesse, à partir du 1^er^ août 1994. La demanderesse a donc cité la défenderesse devant le juge a quo afin qu'il déclare le licenciement nul pour non-respect des délais légaux.

* Langue originale: l'italien.

1 — JO L 61, p. 26.

3. Pour pouvoir trancher la question de la légalité du licenciement de la demanderesse, le juge de renvoi estime qu'il importe d'abord d'établir si la résiliation du contrat de travaux en cause à l'égard de la société défenderesse et son attribution ultérieure à la société appelée en intervention peuvent constituer un transfert d'établissement ou de partie d'établissement au sens de la directive. Si l'on concluait en ce sens, poursuit le juge de renvoi, la relation de travail de la demanderesse avec la société appelée en intervention dans la procédure au principal serait maintenue telle quelle. C'est la raison pour laquelle le juge a quo a estimé devoir poser les questions suivantes à la Cour:

« 1) Eu égard aux arrêts rendus par la Cour le 14 avril 1994 dans l'affaire Christel Schmidt (C-392/92, Rec. p. I-1311) et le 19 mai 1992 dans l'affaire Dr. Sophie Redmond Stichting (C-29/91, Rec. p. I-3189), la directive 77/187/CEE s'applique-t-elle aussi lorsqu'une entreprise résilie le contrat conclu avec une entreprise tierce pour le céder ensuite à une autre entreprise tierce?

2) Y a-t-il aussi cession conventionnelle au sens de la directive dans une hypothèse telle que celle caractérisée à la première question lorsqu'aucun moyen de production matériel ou immatériel n'est cédé? »

III — La législation communautaire en cause

L'article 1[er], paragraphe 1, de la directive dispose que:

« 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. »

L'article 4, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive dispose que:

« 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 — Examen du litige

4. Les questions soulevées par le juge de renvoi confrontent la Cour à un choix entre deux possibilités théoriquement envisageables. D'une part, comme nous l'expliquerons mieux ci-après, on peut estimer que la jurisprudence de la Cour porte à considérer les éléments qui sont à l'origine du présent litige comme un transfert d'entreprise. Le cas d'espèce relèverait ainsi de ceux régis par la directive. D'autre part, le cas qui nous est soumis nous offre l'occasion de mener une réflexion sur les critères adoptés dans les arrêts concernant cette matière. La notion de transfert d'entreprise figurant dans la directive doit, en effet, être mieux précisée. L'interprète du droit communautaire est certes appelé à définir cette notion comme l'exigent l'économie de la directive et, en particulier, la disposition adoptée pour protéger le travailleur afin d'exclure que le transfert puisse constituer, en lui-même, un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire. Le transfert d'entreprise ou d'établissement est un acte conventionnel, dont le contenu typique n'a pas été explicitement prévu mais supposé par le législateur communautaire. Or, la Cour a souligné à plusieurs reprises que l'on ne saurait « apprécier la portée de la disposition litigieuse sur base de la seule interprétation textuelle » en parlant de la notion de transfert d'entreprise utilisée dans la directive, étant donné que « la notion de cession contractuelle diffère dans le droit ... des États membres » [2]. Le fait que la notion de transfert d'entreprise est interprétée différemment dans les ordres juridiques nationaux et que, de son côté, le droit communautaire n'a renvoyé à aucun des ces ordres juridiques pour la définir n'exclut cependant pas, selon nous, que la directive ait néanmoins toujours utilisé cette notion dans un sens technique précis. La situation n'est du reste pas différente pour l'autre notion considérée dans le texte de la disposition à côté de la cession, à savoir celle de la fusion. L'interprète a ainsi pour mission de préciser au moins le contenu essentiel et irréductible de la notion de transfert d'entreprise par cession. Il s'agit d'une étape préliminaire sur laquelle nous estimons donc devoir fonder la solution du cas d'espèce.

5. On s'aperçoit à l'évidence, si l'on parcourt la jurisprudence, que la Cour a eu le souci d'envisager le transfert d'entreprise, d'établissement ou d'une partie d'établissement de façon non formaliste, évitant de rattacher la description de ce phénomène à des critères rigides. On décèle plutôt une tendance à sonder la notion en cause et à la délimiter progressivement en la confrontant aux particularités concrètes des différents cas d'espèce. En exerçant cette activité herméneutique, la Cour entend assurer la base d'appréciation la plus large possible pour chaque cas d'espèce, sans négliger d'éléments utiles pour la parfaite qualification du contrat qui réalise le transfert; ce contrat, il importe de le rappeler, est la plupart du temps un contrat complexe. La Cour s'est souvent limitée à indiquer les critères que le juge national devra appliquer pour ramener le cas d'espèce particulier à l'une ou l'autre des situations pertinentes aux yeux du droit communautaire. Dans cette même optique, la Cour charge le juge de renvoi, maître de la procédure relative à l'incident préjudiciel, d'effectuer cette opération, en reconnaissant qu'il dispose des éléments de fait qui importent pour apprécier exactement les aspects contractuels sous-jacents.

2 — Arrêts du 7 février 1985, Abels (135/83, Rec. p. 469), et du 19 mai 1992, Redmond Stichting (C-29/91, Rec. p. I-3189).

Les critères précités sont surtout énoncés dans l'arrêt Spijkers [3], en vertu duquel il convient de prendre en considération « l'ensemble des circonstances de fait caractérisant l'opération en cause ». Cette orientation a été suivie de façon constante dans la jurisprudence ultérieure [4].

6. La jurisprudence de la Cour révèle de même [5] qu'un service accessoire d'une entreprise, lorsque la prestation en cause est confiée à une entité tierce, acquiert de ce fait sa propre consistance économique et fonctionnelle autonome, de sorte que l'activité ainsi qualifiée est ramenée à la catégorie qui importe au sens de la directive. Dans l'arrêt Schmidt [6], que le juge de renvoi cite d'ailleurs explicitement dans ses questions préjudicielles, la Cour en arrive à reconnaître aussi cette nature à l'activité exercée par un seul travailleur.

L'absence de pertinence du mode de cession qui réalise le transfert est un autre élément des arrêts rendus par la Cour dans cette matière. La Cour a plus précisément jugé sans influence la circonstance que le transfert de l'entreprise ou de partie de l'entreprise se produise directement entre deux entités, le cédant et le cessionnaire, ou que le passage d'un responsable à l'autre, qui peut être mis en œuvre par différents mécanismes contractuels, s'effectue uniquement de façon indirecte, donnant naissance à un contrat trilatéral. Les arrêts Daddy's Dance Hall [7], Bork e. a. [8], Redmond Stichting [9] et Merckx et Neuhuys [10] sont des exemples de cette ouverture de la Cour.

7. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, nous pouvons utiliser les critères énoncés par la Cour à d'autres occasions, en particulier dans l'arrêt Schmidt, pour traiter le cas d'espèce de façon analogue à ceux tranchés précédemment et le faire entrer dans le champ d'application de la directive. Il s'agirait d'une solution aisée. Nous devons cependant signaler qu'elle nous laisse perplexe à plus d'un titre. Confier les services (de quelque nature que ce soit) dont l'entreprise a besoin à une autre entité est un choix fait en régime d'économie de marché, qui assure la concurrence entre plusieurs candidats. Nous ne voyons par ailleurs pas comment on peut justifier que l'opérateur auquel le service a été confié serait obligé de conserver aussi le personnel de l'entreprise qui fournissait antérieurement les mêmes services mais qui a été exclue ou, en tout cas, n'a pas été choisie à l'issue de l'appel d'offres effectué à cette occasion.

Cela mis à part, il n'y a en l'espèce aucun rapport entre les deux entreprises qui se sont succédé dans la prestation du service. L'uni-

3 — Arrêt du 18 mars 1986 (24/85, Rec. p. 1119, point 13).

4 — Arrêts Redmond Stichting, précité, et du 12 novembre 1992, Watson Rask et Christensen (C-209/91, Rec. p. I-5755).

5 — Arrêt Watson Rask et Christensen, précité.

6 — Arrêt du 14 avril 1994 (C-392/92, Rec. p. I-1311).

7 — Arrêt du 10 février 1988 (324/86, Rec. p. 739).

8 — Arrêt du 15 juin 1988 (101/87, Rec. p. 3057).

9 — Arrêt précité à la note 2.

10 — Arrêt du 7 mars 1996 (C-171/94 et C-172/94, Rec. p. I-1253).

que élément qui puisse les réunir d'une certaine façon réside précisément et uniquement dans la présence de la même entité adjudicatrice à l'égard de laquelle le service est rendu [11]. Il ne nous semble toutefois pas que cela suffise à assimiler le cas d'espèce à ceux qui ont été examinés précédemment par la Cour dans les affaires Daddy's Dance Hall, Schmidt, et Merckx et Neuhuys. On relèvera en effet, ce qu'a d'ailleurs fait la partie défenderesse dans la présente affaire, que, dans les cas tranchés par la Cour dans le passé, il existait néanmoins toujours un lien avec une entité dont les entreprises, entre lesquelles il a été jugé qu'un transfert se réalisait, dépendaient en fait. Tel était par exemple aussi le cas dans l'affaire Redmond Stichting précitée: deux fondations tiraient leurs ressources économiques de l'État (plus exactement, de la commune de Groningue), lequel était de ce fait maître de leur existence et conditionnait leurs comportements. On a donc pu considérer, fût-ce implicitement, que la cession avait été réalisée dans ce cas par la communauté d'intérêts et l'unicité de volontés, en fait, celle de l'État, dont les fondations tiraient leurs moyens d'existence. Les deux fondations coopéraient entre elles dans le cadre de leur dépendance commune par rapport à l'autorité publique et elles avaient, en effet, conclu un accord portant sur le transfert des connaissances et des ressources.

Or, c'est cet aspect volontariste qui caractérise le transfert d'entreprise ou de partie d'établissement, qu'il se manifeste sous forme consensuelle dans le cas de la cession ou qu'il se produise par fusion, et fait évidemment défaut dans le cas d'espèce.

8. Il est un autre aspect du cas qui nous occupe, lié à la seconde question posée par le juge de renvoi, qui mérite cependant quelque examen supplémentaire, à savoir celui qui concerne, précisément, la notion de cession d'entreprise, d'établissement ou de partie d'établissement. Comme nous l'avons vu, la Cour interprète cette notion de façon large et considère par ailleurs que les éléments constitutifs du transfert doivent être établis au cas par cas. C'est un point de vue qui permet une souplesse bienvenue dans l'utilisation des critères face aux différentes situations qui peuvent se présenter dans le cadre de l'économie communautaire. Le mérite de cette solution n'enlève toutefois rien au fait qu'il faille néanmoins toujours, comme nous l'avons indiqué, identifier le contenu *essentiel* du transfert d'établissement. Il importe de préciser à quelle condition indispensable est subordonnée l'application de la directive. Il ne nous semble pas que le critère retenu par la Cour dans l'arrêt Spijkers ait établi une distinction claire entre le cas dans lequel l'entreprise ou l'établissement sont transférés et celui dans lequel les éléments constitutifs de ce contrat sont absents.

9. Nous estimons pour cette raison que le transfert d'entreprise doit être mieux défini et caractérisé par rapport à d'autres situations qui n'ont pas été envisagées par la directive. Le cas présent a du reste valeur emblématique en ce qui concerne la nécessité de délimiter avec précision la notion qui nous intéresse. La résiliation d'un contrat de travaux conclu avec une entreprise et son attribution ultérieure à une autre entreprise,

11 — Voir, à ce sujet, la solution adoptée par la Cour dans son arrêt du 19 septembre 1995, Rygaard (C-48/94, Rec. p. I-2745), dans un cas qui présentait de grandes similitudes avec celui qui nous est soumis.

comme dans le cas d'espèce, sont une chose. Le transfert en est une autre.

Le caractère essentiel minimal de cette dernière figure contractuelle doit — et nous nous rangeons à ce titre aux arguments des gouvernements du Royaume-Uni, français et allemand, ainsi qu'à ceux de la partie défenderesse au principal — résider dans le transfert *effectif* de biens matériels ou immatériels, et ce toujours, bien entendu, sur la base du rapport *volontariste* qui doit exister entre cédant et cessionnaire. Un autre critère, comme la simple poursuite de l'activité exercée antérieurement par une autre entreprise, en l'absence de transfert de biens ou de droits, n'offre pas suffisamment de garanties pour distinguer un cas de l'autre [12]. Le contraire, en revanche, est vrai: le passage d'un sujet à l'autre de biens matériels ou immatériels, associé à la poursuite de l'activité en question, peut à lui seul constituer l'élément discriminant en vue d'établir l'existence des conditions d'application de la directive.

La conclusion à laquelle nous sommes maintenant parvenu n'est en rien affectée, selon nous, par la considération que les entreprises qui fournissent les services du type de l'espèce se caractérisent par un taux très réduit d'actifs immobilisés. La cession de droits et de biens qui contribuent à former et à identifier l'entreprise, même si elle est d'un faible montant, se retrouve néanmoins aussi dans le cas du transfert d'entreprise ou d'établissement opérant dans le secteur des services.

10. Nous souhaitons émettre une dernière considération sur l'élément relatif à la reprise du personnel. L'objectif visé par la directive est sans aucun doute de protéger le maintien du poste de travail dans les hypothèses qu'elle prévoit. 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 une circonstance qui ne suffit pas à elle seule en ce sens que nous sommes en l'occurrence en présence d'un transfert d'entreprise, de sorte que subsiste nécessairement le rapport d'emploi du personnel qui n'est pas engagé par l'entreprise intervenant par la suite dans l'exécution de l'activité ou du service en question. Tout au plus, comme la Cour l'a affirmé à plusieurs occasions [13], la reprise par cette dernière entreprise du noyau essentiel du personnel peut uniquement constituer un élément d'appréciation à prendre en compte avec les autres critères définis par la jurisprudence pour établir s'il y a ou non poursuite d'activité. 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, d'établissement ou d'une partie d'établissement au sens de la directive.

12 — Arrêt Rygaard, précité à la note 11.

13 — Arrêt Spijkers, précité à la note 3, et arrêt Watson Rask et Cristensen, précité à la note 4.

Conclusions

11. A la lumière des considérations émises ci-dessus, nous proposons par conséquent à la Cour de répondre comme suit aux questions posées par l'Arbeitsgericht Bonn:

« La résiliation du contrat de travaux de nettoyage à l'égard d'une entreprise et l'attribution ultérieure du même contrat de travaux à une autre entreprise ne relèvent pas du champ d'application 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, en l'absence d'autres éléments qui puissent qualifier la situation de façon différente. »