CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. L. A. GEELHOED présentées le 19 juin 2003 [1]

I — Introduction

1. L'Oberster Gerichtshof (Autriche) a saisi la Cour d'une question préjudicielle concernant la portée 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 [2].

2. La question s'est posée au principal de savoir s'il y a transfert d'entreprise au sens de la directive 77/187 lorsqu'une entreprise assure pour le compte d'un établissement de soins la fourniture de repas aux patients et au personnel, laquelle activité était auparavant exercée par une autre entreprise. La nouvelle entreprise fait usage d'approvisionnements et d'équipements tels que le gaz, l'eau et l'énergie, les locaux et le matériel de cuisine, dont avait également bénéficié le précédent exploitant et qui sont mis à sa disposition par le donneur d'ouvrage. La nouvelle entreprise ne reprend cependant pas les éléments d'exploitation apportés par l'ancien exploitant — tels que le personnel, les stocks, les calculs de coûts, les menus, les régimes, les recettes ou des documents relatifs à l'expérience acquise — et n'a pas l'intention de le faire.

3. Cette affaire rejoint la jurisprudence antérieure de la Cour concernant des cas de sous-traitance de services où l'application de la directive 77/187 était en cause. Cela étant, on peut déceler certaines différences entre le cas d'espèce et les circonstances des affaires Süzen [3] et Temco [4]. Ainsi, la nouvelle entreprise n'a repris aucun membre du personnel de la précédente. Les moyens de production n'ont pas davantage fait l'objet d'un transfert direct entre la précédente entreprise et le nouvel exploitant. Seule une partie des moyens de production mis à disposition par le donneur d'ouvrage et utilisés par la précédente entreprise est également utilisée par le nouvel exploitant.

1 — Langue originale: le néerlandais.
2 — JO L 61, p. 26.
3 — Arrêt du 11 mars 1997 (C-13/95, Rec. p. I-1259).
4 — Arrêt du 24 janvier 2002 (C-51/00, Rec. p. I-969).

II — Cadre juridique

A — *Dispositions de droit communautaire*

4. Les dispositions de la directive 77/187 visent à protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise, en particulier pour assurer le maintien de leurs droits. L'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187 prévoit que celle-ci 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.

5. L'article 2, sous a), de la directive 77/187 prévoit que celle-ci entend par «cédant», toute personne physique ou morale qui, du fait d'un transfert au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de cette directive perd la qualité de chef d'entreprise à l'égard de l'entreprise, de l'établissement ou de la partie d'établissement. Selon les termes de l'article 2, sous b), de cette même directive, «cessionnaire» désigne toute personne physique ou morale qui, du fait d'un transfert au sens dudit article 1er, paragraphe 1, acquiert la qualité de chef d'entreprise à l'égard de l'entreprise, de l'établissement ou de la partie d'établissement. L'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187 prévoit que les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert au sens dudit article 1er, paragraphe 1, sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire.

6. La directive 77/187 a été modifiée à deux reprises. La directive 98/50/CE [5] a notamment précisé certaines notions à la lumière de la jurisprudence de la Cour. Afin de rendre le texte plus cohérent, le Conseil a abrogé la directive 77/187 et l'a remplacée par la directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements [6].

7. L'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187 est devenu, en vertu de la directive 98/50, l'article 1er, paragraphe 1, sous a). La directive 98/50 a, en effet, introduit une nouvelle disposition, l'article 1er, paragraphe 1, sous b), concernant la notion de «transfert» et qui est rédigée comme suit:

«Sous réserve du point a) [...] est considéré comme transfert, au sens de la présente directive, 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.»

5 — Directive du Conseil, du 29 juin 1998, modifiant la directive 77/187 (JO L 201, p. 88). Le délai pour la mise en œuvre de la directive 98/50 était fixé au 17 juillet 2001.

6 — JO L 82, p. 16. Sauf indication contraire, nous ferons ci-après référence au texte de la directive initiale.

8. Cette clarification était nécessaire, d'après le préambule de la directive 98/50, au nom de la sécurité et de la transparence juridiques, mais elle ne modifie pas le champ d'application de la directive 77/187 telle qu'elle a été interprétée par la Cour de justice [7].

B — *Dispositions de droit national*

9. En Autriche, la directive 77/187 a été mise en œuvre par l'Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (la loi portant adaptation de la législation en matière de contrats de travail, ci-après l'«AVRAG»). L'article 3 de l'AVRAG dispose que lorsqu'une partie d'établissement, notamment, est transférée à un autre chef d'entreprise, celui-ci acquiert la qualité d'employeur et est subrogé dans tous les droits et obligations découlant des relations de travail existant à la date du transfert. Selon une jurisprudence constante de l'Oberster Gerichtshof, cette disposition doit être interprétée en concordance avec la directive 77/187, telle que modifiée, et en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice en la matière.

7 — Voir quatrième considérant de la directive 98/50.

III — Circonstances de la cause au principal, déroulement de la procédure et question préjudicielle

10. Compte tenu de la manière nuancée dont la Cour a exposé les conditions d'application de la directive 77/187, les circonstances de chaque cas concret présentent une grande importance. La juridiction de renvoi a relaté les faits de la manière suivante.

11. En 1990, l'institution gestionnaire d'un hôpital non spécifié (ci-après l'«institution») a conclu un accord avec Sanrest, une société de restauration collective, en vertu duquel cette dernière prenait en charge la gestion complète de la restauration, en fournissant aux patients et au personnel les repas et boissons à un prix fixé sur la base d'un jour de nourriture par personne, tout en proposant un choix déterminé de plats (différents régimes alimentaires). Les repas devaient être préparés dans les locaux de l'hôpital. Les obligations de Sanrest comportaient notamment l'établissement des menus, l'achat, le stockage, la production, la préparation des portions et leur transport dans les services — à l'exclusion toutefois de leur distribution aux patients —, le service des repas dans le réfectoire du personnel ainsi que le nettoyage de la vaisselle et des locaux utilisés. Les locaux eux-mêmes, ainsi que le gaz, l'eau, l'énergie et les petits et gros équipements indispensables étaient mis à disposition par l'institution gestionnaire. Sanrest était responsable d'éventuelles détériorations de ces équipements. Les prestations exceptionnelles

devaient être rémunérées séparément. En outre, elle assurait l'exploitation de la cafétéria, qui se trouvait elle aussi dans l'hôpital.

12. À la suite de désaccords apparus au milieu de l'année 1998 entre Sanrest et l'institution, cette dernière a résilié le contrat entre les parties par lettre du 26 avril 1999 en respectant le préavis de six mois. L'hôpital a ensuite fait un appel d'offres pour la prestation des services concernés. À la mi-octobre 1999, elle a informé Sanrest, qui avait elle aussi soumissionné à la suite du nouvel appel d'offres, que le service de restauration était repris par Sodexho.

13. Sanrest a alors soutenu que l'on était en présence d'un transfert d'une partie d'un établissement. Toutefois, le gérant de Sodexho a refusé de reprendre le matériel, les stocks, ainsi que les travailleurs de Sanrest, laquelle ne lui a remis, par ailleurs, ni calculs de coûts, ni menus, ni régimes, ni recettes, ni rapports sur l'expérience acquise. Des autres clients de Sanrest, il n'a repris que six à dix menus pour le jardin d'enfants attenant à l'hôpital.

14. Les demandeurs au principal, qui étaient salariés de Sanrest et employés dans le cadre du service de restauration et à la cafétéria de l'hôpital, concluent à la constatation du maintien de leur relation de travail avec Sodexho. Ils font valoir, avec l'appui de Sanrest, que la prise en charge de la gestion de la cuisine et de la cafétéria constitue un transfert d'établissement au sens de l'article 3, paragraphe 1, l'AVRAG, ainsi qu'au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187. Sodexho aurait repris des actifs corporels et incorporels et, en définitive, une entité économique organisée de manière stable avec le même client. Il serait question, en l'occurrence, d'un établissement de production comportant des éléments commerciaux et de prestation de services. D'après les demandeurs, ce n'est pas la cession de l'établissement qui est décisive mais plutôt le changement de la personne responsable de sa gestion. Le transfert du personnel serait une conséquence et non une condition du transfert d'établissement.

15. Ce point de vue est contesté par Sodexho. Celle-ci fait valoir, en résumé, qu'elle n'a racheté à Sanrest aucun actif corporel ou incorporel tel que les stocks, les menus, les régimes, les recettes, les calculs de coûts ou des comptes rendus relatifs à l'expérience acquise, ni même repris ne serait-ce qu'une partie du personnel de Sanrest. Les locaux et les équipements, qui seuls ont été repris, ne constituent pas une entité de travail organisée au sens d'un transfert d'établissement. Le matériel mis à disposition par l'hôpital a d'ailleurs dû pour partie être complété. Sodexho affirme gérer la cuisine de l'hôpital selon une organisation propre, en se servant de ses propres méthodes de calcul et de son savoir-faire, et qu'elle compose ses propres menus. En définitive, il se serait simplement produit un changement d'adjudicataire.

16. La juridiction de première instance a rejeté la demande des travailleurs et a jugé qu'il n'y avait pas eu de transfert d'établissement. La juridiction d'appel n'a pas suivi ce point de vue et à infirmé en conséquence la décision rendue en première instance.

17. Dans le cadre d'une procédure de Revision, l'Oberster Gerichtshof a, en vertu de l'article 234 CE, demandé à la Cour de justice, par une ordonnance rendue le 25 juin 2001, de se prononcer par voie de décision préjudicielle sur la question suivante:

«Y a-t-il transfert d'une partie d'établissement au sens de l'article 1er 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 lorsque l'institution gestionnaire d'un hôpital, qui a chargé jusque-là une entreprise de restauration collective de fournir aux patients et au personnel de l'hôpital les repas et boissons à un prix fixé sur la base d'un jour de nourriture par personne, en mettant à sa disposition, à cette fin, l'eau et l'énergie ainsi que ses locaux (cuisine de l'entreprise) et les équipements nécessaires, transfère, après avoir résilié ce contrat, ces tâches et les éléments d'exploitation mis jusqu'alors à la disposition de cette première entreprise à une autre entreprise de restauration collective, sans que cette dernière ne reprenne les éléments d'exploitation — personnel, stocks, documents afférents aux calculs de coûts, aux menus, aux régimes, aux recettes ou à l'expérience acquise — apportés par la première entreprise elle-même?»

IV — Observations des parties

18. Des observations écrites ont été présentées par Sodexho, défenderesse au principal, par la Commission des Communautés européennes et par le gouvernement du Royaume-Uni. L'audience s'est tenue le 15 mai 2003.

19. Sodexho soutient qu'il n'y a pas eu de transfert d'entreprise. Elle s'appuie sur le fait qu'il n'a pas été question de contacts directs avec le précédent exploitant des cuisines et de la cafétéria de l'hôpital et qu'elle n'a pas davantage repris d'actifs corporels ou incorporels apportés par ce dernier.

20. Sodexho ne conteste pas que les cuisines et la cafétéria de l'hôpital constituent un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels et incorporels, grâce auquel une activité économique peut être exercée.

21. Mais il ne peut, selon Sodexho, être question de transfert d'entreprise au sens de la directive 77/187 dans la mesure où l'identité de l'entité économique n'a pas été maintenue.

22. Sodexho n'a repris ni le personnel, ni l'encadrement, ni l'organisation du travail, ni les méthodes d'exploitation ou les moyens d'exploitation qui étaient à la disposition de Sanrest. Elle ne fait usage que des locaux, du matériel de cuisine nécessaire mis à disposition par le donneur d'ouvrage, ainsi que des approvisionnements en gaz, en eau et en énergie. Or, ces éléments mis à sa disposition ne permettent pas en soi de conclure que l'identité de l'entité s'est maintenue. On ne peut pas davantage conclure à un transfert d'entité économique du seul fait que l'actuel et le précédent attributaires du marché prestent des services similaires. Le fait de se succéder dans une fonction n'est pas en soi un transfert d'établissement.

23. Sodexho distingue diverses branches d'activité dont pourrait relever l'exploitation de cuisines d'hôpital et d'une cafétéria. Il s'agit soit des domaines où l'élément fondamental est constitué par la main d'œuvre, soit de ceux où les moyens d'exploitation corporels sont déterminants, ou encore les branches dans lesquelles ces deux types de facteurs jouent un rôle d'égale importance dans l'activité. Sodexho elle-même ne prend pas position quant au secteur dont relèverait, selon elle, l'exploitation de cuisines d'hôpital et d'une cafétéria.

24. Dans les branches d'activité dans lesquelles la main d'œuvre est l'élément fondamental, l'ensemble des salariés unis de manière durable par une activité commune peut déjà constituer une entité économique. Une telle entité conserve son identité lorsque le nouveau chef d'entreprise non seulement poursuit l'activité concernée, mais reprend aussi une partie importante, en termes d'effectif et de compétences, des personnes que son prédécesseur avait employées spécifiquement pour cette activité. Si l'exploitation des cuisines et de la cafétéria relève de cette branche d'activité, on ne peut que conclure, selon Sodexho, à l'inexistence d'un transfert d'entreprise, étant donné qu'aucun membre de l'ancien personnel n'a été repris par le nouvel exploitant.

25. Si l'activité fait partie de la branche dans laquelle les moyens d'exploitation corporels jouent un rôle prépondérant, le fait que ces moyens indispensables à l'exploitation régulière de l'entité ne soient pas transférés de manière significative par l'ancien au nouvel adjudicataire exclut nécessairement, d'après Sodexho, que l'entité conserve son identité.

26. Si l'exploitation des cuisines et de la cafétéria de l'hôpital relève du secteur où la main d'œuvre et les actifs corporels sont d'égale importance pour l'exercice de l'activité, Sodexho estime qu'il ne peut davantage être question de transfert d'entreprise, en l'absence de transfert de personnel ou d'actifs de l'ancien au nouvel adjudicataire.

27. La Commission estime, pour sa part, qu'il s'est produit en l'espèce un transfert d'entreprise. Cette conclusion s'appuie sur une argumentation que nous résumons comme suit.

28. À l'instar des autres parties qui ont présenté des observations, la Commission est d'avis qu'on est en présence d'une entité économique organisée de manière stable, dont l'activité ne se borne pas à l'exécution d'un travail déterminé.

29. D'après la Commission, il est déterminant, pour apprécier s'il est question d'un transfert, que l'identité de l'entité économique qui a fait l'objet de l'opération ait été conservée. En vue de cette appréciation, il importe de prendre en compte l'ensemble des circonstances de fait qui caractérisent ladite opération.

30. Premièrement, il y a lieu d'examiner le type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit. Selon la Commission, le cas d'espèce présente la particularité que les produits de l'établissement sont principalement acquis par un seul donneur d'ouvrage, que l'établissement (ou la partie d'établissement) est situé dans les locaux du donneur d'ouvrage et que ce dernier est propriétaire d'éléments d'exploitation (immobilisations) corporels essentiels qu'il met à la disposition de l'adjudicataire pour l'exécution du marché.

31. Deuxièmement, les cuisines de l'hôpital et les autres dispositifs considérés comme des actifs corporels qui contribuent dans une large mesure à l'activité ont été, selon la Commission, repris par Sodexho. Il est vrai que le nouvel exploitant n'a pas repris les moyens de production apportés par son prédécesseur, qu'il s'agisse des stocks, des calculs de coûts, des menus, des régimes, des recettes ou de son expérience. Toutefois, la Commission considère que ces derniers actifs seraient de moindre importance.

32. Troisièmement, Sodexho n'a pas repris le personnel du chef d'entreprise précédent. La Commission estime, cependant, que cela n'a pas nécessairement pour effet d'exclure le transfert d'entreprise. Dans une entreprise où les actifs corporels ou certaines méthodes de production sont importants pour l'exercice de l'activité, l'identité de l'entreprise peut avoir été conservée en dépit de l'absence de transfert du personnel.

33. Le refus de Sodexho de reprendre le personnel n'est pas compatible avec la protection que la directive 77/187 accorde aux travailleurs, en particulier lorsqu'il s'agit de travailleurs non qualifiés. Le fait de ne pas reprendre le personnel serait pour les employeurs un moyen de contourner le champ d'application de cette directive.

34. Quatrièmement, la conclusion que l'identité de l'entité économique a été maintenue trouve un appui dans le fait du transfert de la clientèle. Elle est également étayée par la similarité entre les activités et par le fait que celles-ci se sont poursuivies sans interruption dans le temps.

35. En ce qui concerne le Royaume-Uni, il ressort de ses observations qu'il considère le secteur de la restauration comme un secteur dont l'activité repose essentiellement sur la main-d'œuvre. Dans un tel secteur, un nouvel adjudicataire peut aisément éviter l'application de la directive 77/187 en ne reprenant presque pas d'éléments d'actif ou en ne reprenant qu'une part limitée du personnel de son prédécesseur. Dans ce secteur, le refus de reconnaître l'existence d'un transfert d'entreprise compromettrait surtout la protection des travailleurs vulnérables, à savoir ceux dont les compétences sont relativement modestes.

36. En revanche, lorsqu'un nouvel adjudicataire ne reprend ni des éléments d'actif significatifs ni l'essentiel de l'effectif de l'ancien adjudicataire, son action se réduit à la simple poursuite d'une activité similaire. Si une telle hypothèse devait se voir appliquer la directive 77/187, le caractère similaire des activités suffirait pour qu'il y ait transfert d'entreprise. Une interprétation aussi large de ladite directive n'est pas souhaitable non plus.

37. Selon le gouvernement du Royaume-Uni, trois réponses sont possibles, sans qu'il indique une quelconque préférence pour l'une d'entre elles.

38. Dans l'hypothèse où un nouvel adjudicataire ne reprend aucun élément d'actif significatif ni l'essentiel de l'effectif de l'ancien adjudicataire, il n'y a pas de transfert d'entreprise au sens de la directive 77/187. L'objectif du nouvel adjudicataire dans sa décision de reprendre ou non les travailleurs de son prédécesseur est sans pertinence pour déterminer s'il y a eu ou non transfert au sens de ladite directive. Cette première réponse aurait le mérite d'assurer la sécurité juridique mais donnerait aux nouveaux adjudicataires la possibilité d'éviter l'application de cette directive.

39. La Cour pourrait aussi considérer que l'objectif du nouvel adjudicataire lorsqu'il décide de reprendre ou non l'effectif de son prédécesseur (et en particulier dans l'éventualité où il s'agirait d'éviter l'application de la directive 77/187) constitue un facteur décisif pour déterminer l'existence d'un transfert. Cette directive s'appliquerait lorsque: i) le personnel n'est pas repris par le nouvel adjudicataire; ii) il y aurait eu un transfert au sens de la directive si le personnel avait été repris, et iii) la raison de ce choix est le souhait d'éviter l'application de ladite directive. Là encore, cette réponse aurait le mérite d'assurer la sécurité juridique, mais pourrait poser des problèmes pratiques quant à déterminer les véritables raisons pour lesquelles l'adjudicataire a décidé de ne pas reprendre les travailleurs employés par son prédécesseur.

40. Enfin, la Cour pourrait juger que l'objectif du nouvel adjudicataire dans sa décision de reprendre ou non le personnel de son prédécesseur ne serait que l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer s'il y a eu transfert. Il appartiendrait à la juridiction nationale de tenir compte de l'ensemble des faits pour déterminer s'il y a transfert.

41. La deuxième question qui doit être abordée est appelée par le fait que le nouvel adjudicataire reprend des éléments d'actif corporels importants (tels que l'équipement et les fournitures de cuisine) précédemment utilisés par l'ancien adjudicataire, mais qui, dans un cas comme dans l'autre, ont été fournis par le donneur d'ouvrage.

42. Quant à la question de savoir comment on peut conclure que le nouvel adjudicataire a repris des éléments d'actif corporels précédemment utilisés par l'ancien adjudicataire, mais qui, dans un cas comme dans l'autre, sont fournis par le donneur d'ouvrage, le gouvernement du Royaume-Uni estime qu'il existe un conflit de jurisprudence [8].

8 — Selon le gouvernement du Royaume-Uni, il existe une contradiction entre les arrêts du 2 décembre 1999, Allen e.a. (C-234/98, Rec. p. I-8643, point 30) et du 25 janvier 2001, Liikenne (C-172/99, Rec. p. I-745, point 42). Dans le premier arrêt, la Cour a considéré que: «[...] la circonstance que la propriété des actifs nécessaires à l'exploitation de l'entreprise n'ait pas été transmise au nouvel exploitant ne constitue pas un obstacle à l'existence d'un transfert [...]. Dans ces conditions, le fait qu'aucune cession d'actifs ne soit intervenue entre ACC et AMS ne revêt pas un caractère déterminant». Dans le second arrêt, la Cour a déclaré que: «[c]ependant, dans un secteur tel que le transport public régulier par autobus, où les éléments corporels contribuent de manière importante à l'exercice de l'activité, l'absence de transfert à un niveau significatif de l'ancien au nouveau titulaire du marché de tels éléments, qui sont indispensables au bon fonctionnement de l'entité, doit conduire à considérer que cette dernière ne conserve pas son identité».

43. Cette contradiction doit, selon le Royaume-Uni, être résolue de la manière suivante. Lorsque des éléments d'actif indispensables sont transférés directement de l'ancien au nouvel adjudicataire, ce facteur étayera la constatation selon laquelle il y a eu transfert au sens de la directive. Toutefois, lorsque de tels éléments d'actif sont fournis par le donneur d'ouvrage au nouvel adjudicataire et qu'il est conforme aux modalités usuelles de marchés de ce type que le donneur d'ouvrage mette à disposition les actifs principaux qui sont nécessaires, une telle stipulation ne permet pas de conclure de manière décisive s'il y a eu transfert ou non.

44. Le gouvernement du Royaume-Uni demande à la Cour de se prononcer sur la manière de résoudre ce conflit en l'espèce.

V — Appréciation en droit

A — *Jurisprudence de la Cour concernant la portée de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187*

45. Compte tenu des circonstances de la cause au principal, il est utile de rappeler au préalable les principes retenus par la jurisprudence en ce qui concerne le champ d'application de l'article 1er de la directive 77/187. Cela nous amènera à considérer

également le point de vue de la Cour concernant l'application de ladite directive à des opérations dans le secteur des marchés de services. Cette jurisprudence, en constante extension, constitue déjà, à notre sens, une importante ébauche de réponse à la question préjudicielle.

46. Il ressort des termes mêmes de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187 que son application est soumise à trois conditions: le transfert doit opérer un changement d'employeur, il doit porter sur une entreprise, un établissement ou une partie d'établissement et il doit résulter d'une convention [9].

47. Il faut relever, au préalable, que, en vertu d'une jurisprudence constante de la Cour, la directive 77/187 vise à «assurer le maintien des droits des travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en leur permettant de rester au service du nouvel employeur dans les mêmes conditions que celles convenues avec le cédant. La directive est donc 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».

9 — Arrêt Temco, cité à la note 4, point 21.

48. En outre, la Cour a rappelé à plusieurs reprises que: «[l]e 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, ce qui résulte notamment de la poursuite effective de l'exploitation ou de sa reprise» [10]. L'existence d'un transfert total ou partiel d'entreprise ou d'établissement suppose la réunion de deux conditions fondamentales.

49. D'une part, 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. La notion d'entité renvoie ainsi à un ensemble organisé de personnes et d'actifs corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre [11].

50. D'autre part, l'existence du transfert doit être appréciée en fonction d'un certain nombre de circonstances de fait. C'est cet aspect de l'évaluation qui est en cause ici. À ce propos, la Cour a retenu certains facteurs dont il appartient aux juridictions nationales de tenir compte. Il s'agit de l'ensemble

10 — Arrêt Süzen, cité à la note 3, point 10. Voir aussi arrêts du 18 mars 1986, Spijkers/Benedik (24/85, Rec. p. 1119, points 11 et 12), et, plus récemment, du 7 mars 1996, Merckx et Neuhuys (C-171/94 et C-172/94, Rec. p. I-1253, point 16).

11 — Voir, pour la jurisprudence, arrêt Temco, cité à la note 4, point 23.

des circonstances de fait qui caractérisent l'opération en cause, telles que:

a) le type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit;

b) le transfert ou non d'éléments corporels, tels que les bâtiments et les biens mobiliers;

c) la valeur des éléments incorporels au moment du transfert;

d) la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par le nouveau chef d'entreprise;

e) le transfert ou non de la clientèle;

f) le degré de similarité des activités exercées avant et après le transfert, et

g) la durée d'une éventuelle suspension de ces activités.

51. Ces éléments ne constituent toutefois que des aspects partiels de l'évaluation d'ensemble qui s'impose et la Cour estime qu'ils ne sauraient, de ce fait, être appréciés isolément [12].

B — *Le changement d'adjudicataire doit-il être considéré comme un transfert d'entreprise?*

52. Avant d'aborder la question du maintien de l'identité, nous désirons attirer l'attention sur les circonstances dans lesquelles le second adjudicataire a succédé au premier.

53. En l'espèce, l'hôpital a confié la préparation des repas, qu'il est tenu de fournir à son personnel en tant qu'employeur et aux patients en tant qu'établissement de soins, à une société de restauration. L'hôpital bénéficie de services et doit donc être considéré comme le client de la société de restauration. Pour bénéficier desdits services, il met à la disposition de cette dernière des moyens de production essentiels. Après que le contrat avec le précédent adjudicataire a pris fin, un nouveau marché a été conclu, après adjudication, avec Sodexho. Sanrest conserve ainsi sa qualité d'entreprise.

12 — Arrêts Spijkers/Benedik, cité à la note 10, point 13; Süzen, cité à la note 3, point 14, et Temco, cité à la note 4, point 24.

54. Dans ces circonstances, on ne peut parler que de la perte d'un marché par l'ancien prestataire de services et de l'obtention d'un tel marché par le nouveau prestataire. Les entreprises de restauration prestent des services pour plusieurs clients et à divers endroits. Selon nous, la simple perte d'un client ne peut pas, dès lors, être comparée à un transfert d'entreprise.

55. Ce point de départ trouve également un appui, ainsi qu'il ressort des considérations ci-après, dans la jurisprudence de la Cour. La Cour y interprète la notion de transfert d'une manière tantôt large, tantôt restrictive.

56. La directive 77/187 s'applique à chaque fois que survient, au niveau contractuel, un changement de la personne physique ou morale qui est responsable de l'exploitation de l'entreprise et assume, en tant qu'employeur, des obligations à l'égard des travailleurs de l'entreprise.

57. Le transfert doit avoir lieu à la suite «d'une cession conventionnelle ou d'une fusion» [article 1er, paragraphe 1, sous a), de la directive 77/187]. La Cour a, depuis un certain temps déjà, jugé que cette notion ne doit pas être entendue en ce sens que le transfert doit résulter exclusivement d'une convention.

58. Un acte juridique unilatéral, tel que la résiliation d'un contrat de location-gérance, s'inscrit également dans un cadre contractuel et, à ce titre, peut relever de la directive. Dans l'affaire Redmond Stichting [13], une commune néerlandaise a décidé de changer sa politique de subventions dans le cadre de l'aide aux toxicomanes. La commune a retiré ses subventions à une fondation et les a, ensuite, accordées à une autre. Pour déterminer si la directive 77/187 était d'application, la Cour a attaché de l'importance au fait que les deux fondations avaient réglé entre elles les questions du transfert des patients, des locaux, des connaissances et des ressources. Dans son arrêt, la Cour a déclaré que la condition relative à la relation contractuelle était respectée, car: «la subvention [...] est accordée par un acte unilatéral assorti de certaines conditions dans certains États membres, par des contrats de subvention dans d'autres». Dans tous les cas, le changement du bénéficiaire de la subvention s'accomplit dans le cadre de relations contractuelles au sens de la directive 77/187.

59. Dans l'affaire Merckx et Neuhuys [14], qui concernait un transfert d'une concession de vente d'automobiles, l'ancien et le nouveau concessionnaires se sont entendus sur des frais relatifs au transfert du personnel, une circonstance qui, selon la Cour, confirme l'existence d'une cession conventionnelle au sens de la directive 77/187. Dans l'affaire Collino et Chiappero [15], le transfert trouvait sa source dans une loi. Ici

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

14 — Arrêt cité à la note 10.

15 — Arrêt du 14 septembre 2000 (C-343/98, Rec. p. I-6659).

encore, la Cour a considéré qu'il était satisfait à la condition de la cession conventionnelle. La Cour a, par une simple référence à l'arrêt Redmond Stichting, précité, décidé que la circonstance que le transfert résulte de décisions unilatérales des pouvoirs publics et non d'un concours de volontés n'exclut pas l'application de la directive.

60. Il ne doit donc pas exister de relation contractuelle directe entre le cédant et le cessionnaire. Il est satisfait à la condition si le transfert résulte d'une décision, que cette décision se matérialise sous la forme d'une convention, d'un acte unilatéral, d'une décision de justice ou d'une loi. Le transfert peut également se dérouler en deux étapes par l'intermédiaire d'un tiers, par exemple le propriétaire ou le bailleur. La directive 77/187 est donc également applicable lorsque le transfert s'opère en deux phases par l'intermédiaire d'une tierce personne.

61. Cela étant, la Cour a également déclaré que la portée de la notion de transfert d'entreprise n'était pas illimitée. Dans l'arrêt Süzen [16], la Cour a formulé comme suit les limites que cette interprétation large ne pouvait pas franchir: «la seule circonstance que le service effectué par l'ancien et le nouvel attributaire d'un marché est similaire ne permet pas [...] de conclure au transfert d'une entité économique [...]. La simple perte d'un marché de service au profit d'un concurrent ne saurait donc, par elle-même, révéler l'existence d'un transfert au sens de la directive. Dans cette situation, l'entreprise de service antérieurement titulaire du marché, si elle perd un client, n'en subsiste pas moins intégralement sans que l'on puisse considérer qu'un de ses établissements ou parties d'établissement ait été cédé au nouvel attributaire du marché».

62. On ne peut donc pas considérer qu'il y a transfert lorsqu'on est en présence de deux prestataires concurrents qui, outre le fait qu'ils ont successivement conclu une convention avec le même client, n'entretiennent aucune relation l'un avec l'autre.

63. À la lumière de l'arrêt Süzen, précité, nous parvenons donc à la conclusion qu'il n'existe pas en l'espèce de transfert d'entreprise étant donné qu'on est en présence ici d'une simple perte de marché. On ne peut revenir sur cette conclusion que s'il s'avère qu'on peut malgré tout affirmer que l'identité de l'entreprise a été maintenue. Tel est le cas lorsque le contrat, en l'occurrence celui qui lie l'hôpital et le nouvel adjudicataire, contient certaines stipulations, telles que, notamment, l'obligation de reprendre le personnel, ou si d'autres facteurs révèlent que (une partie de) l'entreprise a néanmoins été transférée.

16 — Arrêt cité à la note 3, points 15 et 16.

C — *Maintien de l'identité de l'entité économique*

64. Il n'est pas contesté qu'aucune condition n'a été stipulée en ce qui concerne le personnel dans la convention conclue entre l'hôpital et Sodexho. Il faut, dès lors, examiner si le maintien de l'identité de l'entreprise ressort d'autres facteurs. Cela est déterminant pour apprécier si, en dépit de notre première conclusion, il s'est néanmoins produit un transfert d'entreprise. Le maintien de l'identité de l'entité suppose la réunion de deux conditions fondamentales (voir points 49 à 51). La première de ces conditions n'est pas en cause. La juridiction de renvoi a admis que l'exploitation du service de restauration et de la cafétéria portait sur un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre. Selon la juridiction de renvoi, l'entreprise a pour objet «la fourniture de repas aux patients et au personnel à des prix déterminés». Cette conception n'est pas contestée et n'est donc pas en cause.

65. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, c'est la seconde condition qui pose un problème ici, c'est-à-dire l'existence éventuelle de circonstances de fait dont on pourrait inférer le maintien de l'identité et, partant, la continuation de l'entreprise (voir point 50). Il convient d'examiner les facteurs dont la Cour tient compte dans son appréciation de l'existence d'un transfert. Nous tenons, une nouvelle fois, à faire remarquer que ces facteurs doivent être appréciés dans leur ensemble [17].

Type d'entreprise ou d'établissement

66. Le marché de la fourniture de repas se caractérise par un produit final qui combine une livraison de biens, les repas mêmes, et la prestation de certains types de services, notamment la mise à disposition d'une main d'œuvre, la fourniture de repas dans le réfectoire de l'hôpital, la composition des menus, le transport de la nourriture et le nettoyage. Il est question ici, ainsi qu'il ressort également de l'ordonnance de renvoi, d'une combinaison d'actes, à savoir, la composition des menus, l'achat, le stockage, le transport, la fourniture des repas (hormis le service aux patients) et le nettoyage.

67. La fourniture de repas à un établissement de soins, tel qu'un hôpital, répond probablement aussi à certains critères qualitatifs particuliers, en raison des exigences spécifiques en matière de santé qui régissent ce lieu de travail. Il peut s'agir d'une attention particulière accordée à l'hygiène et d'exigences particulières en ce qui concerne les repas de certaines catégo-

17 — Voir arrêts Spijkers/Benedik, cité à la note 10, point 13; Süzen, cité à la note 3, point 14, et Temco, cité à la note 4, point 24.

ries de patients (régimes, etc.). On ne peut pas davantage exclure que le personnel doive réunir certaines conditions supplémentaires en ce qui concerne leurs connaissances et leurs aptitudes dans le domaine de la santé.

68. La juridiction de renvoi évoque explicitement l'importance des moyens de production pour l'exercice de l'activité en cause. Elle constate que, compte tenu de la finalité de l'entreprise — à savoir la fourniture de repas aux patients et au personnel à des prix déterminés —, la cuisine de l'hôpital et son équipement doivent être considérés comme des éléments d'exploitation essentiels. L'identité résulte d'une combinaison d'éléments d'exploitation, et le personnel en fait partie. Nous avons affaire en l'occurrence à la prestation de services qualifiés.

69. D'après la jurisprudence, la conservation de l'identité en cas de prestation de services est en grande partie liée au transfert de personnel ou d'actifs. Cela dépend du type d'entité. Toutefois, le cas d'espèce se distingue des affaires qui l'ont précédé devant la Cour.

70. On ne peut pas considérer comme applicable purement et simplement au cas d'espèce la jurisprudence se rapportant à des affaires où une entité économique peut fonctionner de manière quasi exclusive avec du personnel, c'est-à-dire sans actifs corporels ou incorporels significatifs. Dans de tels secteurs, où l'activité repose essentiellement sur la main-d'œuvre, une collectivité de travailleurs que réunit durablement une activité commune correspond à une entité économique. Une telle entité est, en conséquence, susceptible de conserver son identité par-delà son transfert quand le nouveau chef d'entreprise ne se contente pas de poursuivre l'activité en cause, mais reprend également une partie essentielle, en termes de nombre et de compétences, des effectifs que son prédécesseur affectait spécialement à cette tâche. Concernant une entreprise de gardiennage ou de nettoyage, 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 [18].

71. En comparant les caractéristiques de la fourniture de repas aux hôpitaux avec celles, par exemple, des activités de nettoyage et de gardiennage, nous relevons que le facteur «main-d'œuvre» présente une importance moindre dans le secteur de la fourniture de repas que dans les deux autres, et n'en est, en tout état de cause, pas le facteur de production principal. La fourniture de repas aux hôpitaux se distingue des services de nettoyage et de gar-

18 — Voir arrêts Süzen, cité à la note 3, point 21; du 10 décembre 1998, Hernández Vidal e.a. (C-127/96, C-229/96 et C-74/97, Rec. p. I-8179, point 27), et Temco, cité à la note 4, point 26.

diennage à deux autres titres. Tout d'abord, les moyens de production corporels y présentent une plus grande importance que le facteur «main-d'œuvre». Ensuite, l'expertise, les connaissances, la planification et l'organisation y jouent un rôle bien plus important que dans les secteurs du nettoyage et du gardiennage.

72. Compte tenu des particularités de l'activité de fourniture de repas, il y a lieu, pour démontrer le maintien de l'identité, d'examiner surtout les éléments incorporels, les éléments corporels et le personnel.

Les éléments incorporels

73. En l'espèce, Sodexho a remplacé Sanrest. À cette occasion, il n'y a pas eu de transfert de l'organisation de l'activité ni de savoir-faire, ni de recettes, ni de stocks, ni de calculs de coûts, ni de menus ou de régimes. Pour une entreprise de fourniture de repas spécialisée, il s'agit là d'éléments incorporels importants. En conséquence, il ne s'est pas produit de tranfert d'actifs incorporels.

74. En ce qui concerne, en effet, les entreprises de fournitures de repas, il y a lieu de constater que ces éléments incorporels sont déterminants pour l'identité d'une entreprise et constituent un facteur concurrentiel important sur ce marché.

Les éléments corporels

75. Outre les actifs incorporels, les éléments corporels mis à disposition par le donneur d'ouvrage sont importants pour l'exercice de l'activité.

76. À cet égard, la juridiction de renvoi interroge la Cour sur le point particulier de savoir quelle est l'influence du fait que l'eau, le gaz, l'énergie, les locaux et l'équipement ont été fournis par le donneur d'ouvrage.

77. Dans ses observations écrites, la Commission a fait valoir que les cuisines de l'hôpital, ainsi que d'autres éléments considérés comme des actifs corporels contribuant dans une large mesure à l'exercice de l'activité, ont été repris par Sodexho. Cette conclusion repose, à notre avis, sur une appréciation incorrecte des faits. En effet,

les moyens de production mis à disposition de l'exploitant par le donneur d'ordre le sont seulement pendant la durée de la convention qui les lie. Étant donné que le donneur d'ordre est le propriétaire de ces moyens de production, il récupèrera la jouissance de ces biens lorsque la convention aura pris fin. On ne peut donc pas parler, en l'espèce, de transfert de ces actifs.

Le personnel

78. Le troisième point concerne la question de savoir si le personnel a ou non été repris dans sa quasi-totalité par le nouveau chef d'entreprise. En l'occurrence, Sodexho n'a repris aucun membre du personnel de Sanrest. Strictement parlant, cela indique, d'après la jurisprudence de la Cour, qu'aucun transfert n'a eu lieu. Il conviendrait, toutefois, d'ajouter à cela quelques remarques.

79. Selon la jurisprudence de la Cour, la reprise éventuelle du personnel est une circonstance de fait dont le juge national doit tenir compte en examinant l'opération en cause. Cependant, deux problèmes se posent à ce stade, qui sont d'ailleurs étroitement liés. Premièrement, la directive 77/187 vise à «assurer le maintien des droits des travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en leur permettant de rester au service du nouvel employeur dans les mêmes conditions que celles convenues avec le cédant». Or, il est admis, dans la jurisprudence, qu'un transfert d'entreprise se produit si l'essentiel du personnel est repris. Le cas d'espèce illustre cette discordance entre la réglementation et la jurisprudence. Lors d'un transfert, les travailleurs ne jouent pas seulement un rôle subjectif, comme titulaires de droits et d'obligations, mais également un rôle objectif, à savoir en tant que «moyens de production» qui seront ou ne seront pas repris. En d'autres termes, les travailleurs peuvent présenter une importance déterminante en tant que «moyens de production» pour la question de savoir si un transfert a eu lieu et, partant, si leurs droits sont maintenus.

80. Le second problème réside dans le risque d'abus allégué par le gouvernement du Royaume-Uni et par la Commission. De nouveaux exploitants pourraient, dans des secteurs faisant surtout appel à de la main-d'œuvre, éviter l'application de la directive en ne reprenant pas le personnel de l'ancien exploitant. Nous sommes d'accord avec le Royaume-Uni et la Commission que, s'il fallait accorder une importance particulière à la question de savoir si le nouvel exploitant a voulu reprendre le personnel de l'ancien exploitant, afin de déterminer s'il y a eu ou non un transfert, la protection conférée par la directive 77/187 dépendrait essentiellement de la volonté des parties.

81. Cela serait contraire à l'intention du législateur communautaire, qui est de protéger les travailleurs lorsque l'entreprise change de propriétaire. Toutefois, cela ne

signifie pas que l'employeur est obligé d'engager ces travailleurs dans tous les cas. Cela serait contraire aux principes relatifs à la liberté de la concurrence, en particulier dans un secteur comme celui de la fourniture de repas, où la qualité des travailleurs est un élément déterminant de la qualité des services. Si un exploitant a été remplacé dans une cantine d'entreprise à cause, par exemple, des mauvaises prestations de son personnel, le nouvel adjudicataire se trouverait, en effet, confronté au personnel dont son prédécesseur n'était pas satisfait.

82. À notre avis, il n'est donc pas possible en l'espèce de considérer comme un critère déterminant la question de savoir si le personnel est ou non repris par le nouvel exploitant. Tout d'abord, nous somme dans un secteur où, comme l'a constaté la juridiction de renvoi, l'exercice de l'activité dépend non seulement de la main-d'œuvre, mais aussi, et dans une mesure tout aussi essentielle, d'éléments corporels et incorporels. Ensuite, parce que la question qui justement préoccupe le juge national est celle de savoir si le personnel aurait dû être repris.

83. Par conséquent, il y a lieu, pour apprécier si l'identité de l'entité a été maintenue, de tenir compte de critères objectifs. À cet égard, la reprise du personnel ne peut pas être une «condition» du transfert d'entreprise, puisqu'elle serait une conséquence logique de l'application de la directive, si cette dernière était considérée comme applicable.

84. Le gouvernement du Royaume-Uni a fait valoir, dans ses observations écrites, qu'il fallait éventuellement tenir compte de l'intention du nouvel exploitant. Il est toutefois très difficile de chercher à connaître l'intention du nouvel exploitant (ou celle du précédent). En outre, l'utilisation d'un critère aussi subjectif peut rapidement mener à un contournement de la directive 77/187. On ne peut donc pas tenir compte de l'intention de l'intéressé en tant que critère de l'existence d'un transfert d'entreprise.

Autres circonstances de fait

85. Une autre circonstance évoquée par la Cour comme pouvant constituer un indicateur de l'existence d'un transfert d'entreprise est la reprise de la clientèle. En l'espèce, Sodexho s'est engagée par convention à fournir des repas et à exploiter la cafétéria de l'hôpital. D'une part, l'hôpital est un client de Sodexho, dans la mesure où il a confié à cette dernière la prestation de certains services pour son personnel et à ses patients. D'autre part, ces derniers sont les destinataires finaux des services de restauration et de ceux de la cafétéria. Nous sommes donc en présence d'une clientèle fermée. Elle est restée la même après la cession.

86. Dans une hypothèse où, comme en l'espèce, un donneur d'ouvrage et un adjudicataire concluent une convention ayant pour objet la fourniture de repas, le fait que la clientèle reste la même est inhérent à la nature du service presté.

87. Enfin, il n'existe aucune contestation quant au fait que les services prestés par le nouvel adjudicataire et son prédécesseur sont similaires, voire identiques. Sodexho a, en effet, repris à Sanrest l'exploitation d'une activité de fourniture de repas dans un hôpital. Même la question de la durée d'une interruption éventuelle des activités est sans pertinence en l'espèce, étant donné qu'aucune interruption ne s'est produite.

D — *Synthèse*

88. Au point 63, nous sommes déjà parvenu à la conclusion qu'il n'existe pas en l'espèce de transfert d'entreprise, à moins qu'il ressorte d'autres circonstances de fait que l'identité de l'entreprise a été maintenue malgré tout.

89. La jurisprudence concernant l'objet du transfert au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187 indique que la Cour se montre prompte à admettre le maintien de l'identité d'une entité économique, à condition que cette dernière conserve un certain niveau d'organisation et une certaine durée et que son identité ne découle pas exclusivement du marché qui la lie à un seul client. L'identité de l'entreprise doit également s'apprécier à la lumière 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 corporels et incorporels à sa disposition [19]. La simple perte d'un marché de service au profit d'un concurrent ne saurait donc, par elle-même, révéler l'existence d'un transfert au sens de la directive 77/187 [20].

90. L'importance respective à accorder aux différents critères de l'existence d'un transfert au sens de la directive varie nécessairement en fonction de l'activité exercée, voire des méthodes de production ou d'exploitation utilisées dans l'entreprise, dans l'établissement ou dans la partie d'établissement en cause. Dès lors, en particulier, qu'une entité économique peut, dans certains secteurs, fonctionner sans éléments d'actif, corporels ou incorporels, significatifs, le maintien de l'identité d'une telle entité par-delà l'opération dont elle fait l'objet ne saurait, par hypothèse, dépendre de la cession de tels éléments [21].

91. En l'espèce, les faits ne permettent pas de conclure à l'existence d'un transfert d'entreprise. Il ressort des circonstances de

19 — Arrêts Süzen, cité à la note 3, point 15, et du 26 septembre 2000, Mayeur (C-175/99, Rec. p. I-7755, point 49). Voir également nos conclusions dans l'affaire Temco, citée à la note 4, point 55.

20 — Arrêts Süzen, cité à la note 3, points 15 et 16, et Liikenne, cité à la note 8, point 34.

21 — Arrêts Süzen, cité à la note 3, point 18; Hernández Vidal e. a., cité à la note 18, point 26, et Temco, cité à la note 4, point 25.

la cause au principal qu'il n'y a pas eu de reprise des éléments incorporels, tels que les menus, les calculs de coûts et le savoir-faire spécifique. Il n'y a pas davantage eu de transfert des actifs corporels. Le donneur d'ouvrage les a mis à la disposition du nouvel exploitant. Ils constituent un facteur qui ne joue de rôle que lors de la conclusion du nouveau marché. Enfin, il n'y a pas eu de reprise du personnel. Nous avons déjà indiqué qu'il n'était pas possible, en l'espèce, de considérer comme un critère déterminant le fait pour le nouvel attributaire du marché de reprendre ou non le personnel. En effet, dans le secteur en cause, comme l'a constaté la juridiction de renvoi, l'exercice de l'activité ne dépend pas exclusivement de la main-d'œuvre, mais aussi, et dans une mesure tout aussi essentielle, d'éléments corporels et incorporels. De plus, ce critère n'est pas applicable dans une situation telle qu'en l'espèce, parce que la question qui justement préoccupe le juge national est celle de savoir si le personnel aurait dû être repris.

92. Les autres circonstances de fait n'appellent pas une conclusion différente. Seul le marché visant la prestation de services déterminés a été transféré et cela n'équivaut en rien à la cession d'une «entité économique encore existante». Il s'est produit un changement fondamental quant à l'identité de l'exploitant de l'activité de restauration et de la cafétéria. Sodexho a, en tant que nouveau partenaire contractuel de l'hôpital, pris en main l'exploitation de cette activité après que la convention avec Sanrest a pris fin.

93. Il ne suffit pas, pour qu'il y ait transfert d'entreprise, qu'un marché avec tel exploitant se termine et soit suivi de son attribution à un autre exploitant, comme c'est le cas en l'espèce. La simple poursuite d'une activité, auparavant exercée par une autre entreprise, sans cession de biens ou de droits ne peut pas être comparée au transfert d'une entreprise. La perte d'un marché ne peut pas en soi constituer un indice de l'existence d'un transfert au sens de la directive 77/187.

94. Cette conclusion, fondée sur la jurisprudence existante, devrait, selon nous, satisfaire. Dans une précédente affaire, nous avons expliqué, de manière plus approfondie, que la Cour doit, pour des raisons tant juridiques qu'économiques, envisager avec circonspection l'application de la directive 77/187 dans des secteurs où les relations contractuelles sont en règle générale temporaires, ce qui est le cas en l'espèce [22].

22 — Voir nos conclusions dans l'affaire Temco, citée à la note 4, points 33 à 40.

VI — Conclusion

95. Compte tenu de ce qui précède, nous proposons à la Cour de répondre comme suit à la question posée par la juridiction de renvoi:

«L'article 1er 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 qu'il n'y a pas de transfert d'entreprise lorsque l'institution gestionnaire d'un hôpital, qui a chargé jusque-là une entreprise de restauration collective de fournir aux patients et au personnel de l'hôpital les repas et boissons à un prix fixé sur la base d'un jour de nourriture par personne, en mettant à sa disposition, à cette fin, l'eau et l'énergie ainsi que ses locaux (cuisine de l'entreprise) et les équipements nécessaires, transfère, après avoir résilié ce contrat, ces tâches et les éléments d'exploitation mis jusqu'alors à la disposition de cette première entreprise à une autre entreprise de restauration collective, sans que cette dernière ne reprenne les éléments d'exploitation — personnel, stocks, documents afférents aux calculs de coûts, aux menus, aux régimes, aux recettes ou à l'expérience acquise — apportés par la première entreprise elle-même.»