CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. PHILIPPE LÉGER

présentées le 12 octobre 2000 [1]

1. Par la présente procédure, le Korkein oikeus (Cour suprême) (Finlande) vous interroge à titre préjudiciel sur le point de savoir si les dispositions 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], sont susceptibles de s'appliquer dans l'hypothèse de la reprise de l'exploitation de sept lignes locales d'autobus par une personne morale de droit privé, à la suite d'une procédure de passation des marchés publics organisée conformément à la directive 92/50/CEE [3].

I — Cadre juridique

2. La directive 77/187 est applicable, aux termes de son article 1er, paragraphe 1, «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».

3. L'article 2 définit les principales notions utilisées. Il indique sous a) que, par «cédant», il faut comprendre «toute personne physique ou morale qui, du fait d'un transfert au sens de l'article 1er paragraphe 1, perd la qualité de chef d'entreprise à l'égard de l'entreprise, de l'établissement ou de la partie d'établissement». Il précise sous b) que, par «cessionnaire», il faut entendre «toute personne physique ou morale qui, du fait d'un transfert au sens de l'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».

4. Comme l'indique son vingtième considérant, la directive 92/50 vise à améliorer l'accès des prestataires de services aux procédures de passation des marchés en vue d'éliminer les pratiques qui restreignent la concurrence en général et la participation aux marchés des ressortissants d'autres États membres en particulier.

5. Son article 1er, sous a), définit les «marchés publics de services» comme des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur. Conformément à son article 1er, sous b), sont considérés

1 — Langue originale: le français.

2 — JO L 61, p. 26, ci-après la «directive 77/187» ou la «directive».

3 — Directive du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1).

comme « pouvoirs adjudicateurs » l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.

6. L'article 3, paragraphe 1, de la directive 92/50 prévoit notamment que, « Pour passer leurs marchés publics de services ou pour organiser un concours, les pouvoirs adjudicateurs appliquent des procédures adaptées aux dispositions de la présente directive ». Aux termes du paragraphe 2 du même article, « Les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les différents prestataires de services ».

7. En vertu de son annexe I A, à laquelle renvoie son article 8, la directive 92/50 couvre notamment les services de transport terrestre.

II — Cadre factuel et procédural

8. À la suite d'un appel d'offres, la Pääkaupunkiseudun yhteistyövaltuuskunta (Communauté urbaine de coopération de la région de la capitale, ci-après « YTV ») a confié, pour trois ans, l'exploitation de sept lignes locales d'autobus, jusque-là concédées à la société Hakunilan Liikenne Oy (ci-après « Hakunilan Liikenne »), à la société Oy Liikenne Ab (ci-après « Liikenne »).

9. Hakunilan Liikenne, qui exploitait ces lignes avec vingt-six autobus, a alors licencié quarante-cinq conducteurs. Liikenne a réembauché trente-trois d'entre eux qui s'étaient portés candidats. Cette dernière a également engagé dix-huit autres chauffeurs. La réembauche des trente-trois anciens chauffeurs de Hakunilan Liikenne s'est faite aux conditions prévues par la convention collective nationale du secteur lesquelles sont globalement moins favorables que celles en vigueur chez Hakunilan Liikenne.

10. La succession de Hakunilan Liikenne par Liikenne ne s'est accompagnée d'aucune cession de véhicules ni d'actifs en rapport avec l'exploitation des lignes d'autobus concernées [4]. Dans l'attente de la livraison des vingt-deux nouveaux autobus qu'elle avait commandés, Liikenne a seulement loué à Hakunilan Liikenne, pendant deux ou trois mois, deux de ses autobus et elle a racheté à cette dernière les tenues de travail de certains des chauffeurs passés à son service.

11. MM. Liskojärvi et Juntunen comptent parmi les trente-trois chauffeurs licenciés par Hakunilan Liikenne qui ont été repris par Liikenne. Estimant qu'un transfert d'entité économique avait eu lieu entre les

4 — Point 4 de la traduction en français de la décision de renvoi à titre préjudiciel.

deux entreprises et qu'ils étaient donc en droit de continuer de bénéficier des conditions d'emploi en vigueur chez leur ancien employeur, ils ont introduit une action à l'encontre de Liikenne devant le Vantaan käräjäoikeus (tribunal de première instance de Vantaa). Liikenne a, pour sa part, contesté qu'un tel transfert ait eu lieu.

12. Par jugement en date du 17 juin 1996, le Vantaan käräjäoikeus a fait droit au recours de MM. Liskojärvi et Juntunen. Le Helsingin hovioikeus (cour d'appel d'Helsinki) ayant rejeté, par arrêt du 23 octobre 1997, l'appel formé contre ce jugement par Liikenne, cette dernière s'est pourvue en cassation devant le Korkein oikeus.

13. Dans son ordonnance de renvoi, le Korkein oikeus observe que la notion de transfert d'établissement demeure obscure, en particulier dans les cas où, comme en l'espèce, le transfert ne repose pas sur une convention entre les parties et ne s'accompagne pas de la cession d'éléments d'actif significatifs [5]. Cette juridiction relève également que la présente affaire s'inscrit dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres organisée conformément à la directive 92/50. Or, l'application de la directive 77/187 dans un tel contexte, si elle protège les droits des travailleurs, est susceptible d'entraver la concurrence entre entreprises et de nuire à l'objectif d'efficacité poursuivi par la directive 92/50. Le Korkein oikeus s'interroge, dans ces conditions, sur la manière de concilier les deux directives [6].

14. Considérant que la solution du litige dépendait de l'interprétation de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187, le Korkein oikeus a, par ordonnance du 27 avril 1999, décidé de surseoir à statuer et de poser à votre Cour la question préjudicielle suivante:

« Convient-il de considérer comme un transfert d'établissement au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187/CEE une situation dans laquelle l'exploitation de lignes d'autobus est transférée d'une entreprise de transport à une autre à la suite d'une procédure d'attribution d'un marché public de services conforme à la directive 92/50/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services? » .

III — Sur la question préjudicielle

Observations liminaires

15. Par sa question préjudicielle, la juridiction de renvoi vous demande d'apprécier si les dispositions de la directive 77/187 sont susceptibles de s'appliquer dans le contexte de la directive 92/50. Des motifs de la décision de renvoi [7], il ressort en outre que les doutes de la juridiction de renvoi sont

5 — Ibidem, point 21.

6 — Ibidem, point 23.

7 — Voir point 13 des présentes conclusions.

alimentés par deux problèmes distincts et complémentaires.

16. La juridiction de renvoi observe, tout d'abord, que les objectifs de la directive 92/50 ne semblent pas conciliables avec ceux de la directive 77/187. En conséquence, elle vous interroge sur le point de savoir si une opération, effectuée dans le contexte de la directive 92/50, qui aboutit au transfert d'une activité jusqu'alors exercée par une première entreprise à une seconde entreprise entre, en principe, dans le champ d'application matériel de la directive 77/187 [8].

17. Dans l'hypothèse où vous devriez répondre par l'affirmative à cette première question, la juridiction de renvoi souhaite obtenir des éléments de réponse à une seconde question relative aux conditions d'application de la directive 77/187 [9]. Cette seconde question se subdivise en deux points.

18. En premier lieu, le juge finlandais vous invite à dire si la notion de «cession conventionnelle», au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187, implique nécessairement l'existence de lien conventionnel direct entre le cessionnaire et le cédant [10].

19. En second lieu, il souhaite voir préciser s'il doit être conclu à l'existence d'un transfert d'entreprise au sens de la directive alors qu'aucune cession d'actifs significatifs n'a été opérée entre le cédant et le cessionnaire.

20. Nous examinerons successivement les deux questions posées par le juge de renvoi.

Réponse à la première question

21. À l'instar de la plupart des intervenants à la présente procédure [11], nous pensons que la réponse à la première question doit être affirmative tant en raison du libellé des dispositions des directives litigieuses que de leur finalité.

22. Selon l'article 1er, sous a), de la directive 92/50, les marchés publics de services sont définis comme «des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur».

23. En outre, il résulte de l'annexe I A, à laquelle renvoie son article 8, que les

8 — Ci-après la «première question».

9 — Ci-après la «seconde question».

10 — Au sens de l'article 2, sous a) et b), de la directive.

11 — À l'exception de Liikenne.

services de transport terrestre entrent dans le champ d'application de la directive 92/50.

24. Il ressort donc du libellé de ces dispositions que la reprise des activités de transport terrestre à la suite d'une procédure d'attribution de marché public de services est une opération qui nécessite la conclusion d'un contrat à titre onéreux entre un adjudicateur et un prestataire de services.

25. Or, aux termes de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187, le transfert d'entreprise doit résulter d'une cession conventionnelle ou d'une fusion. La directive n'édicte expressément aucune autre condition qui s'impose aux acteurs de l'opération. Nous verrons ultérieurement que l'absence de lien direct entre le cédant et le cessionnaire n'est pas, en principe, de nature à exclure l'application de la directive 77/187.

26. La lecture combinée de ces dispositions permet donc de dire qu'une opération qui relève de la directive 92/50 est susceptible d'entrer dans le champ d'application matériel de la directive 77/187, si les autres conditions que ladite directive édicte [12] sont remplies.

27. La juridiction de renvoi observe cependant que la finalité de la directive 77/187 consiste à protéger les droits des travailleurs tandis que la directive 92/50 vise à garantir le principe de libre concurrence dans le cadre de la procédure particulière de passation des marchés publics de services. La juridiction de renvoi considère que l'application de la directive 77/187 serait susceptible d'entraver la concurrence entre entreprises et de nuire ainsi à l'objectif d'efficacité poursuivi par la directive 92/50. Selon elle, en effet, « Le fait qu'il ne soit pas possible de connaître par avance le montant des charges et autres dépenses entraînées par le transfert éventuel de travailleurs peut avoir une influence sur les propositions faites dans le cadre de ces adjudications et sur leur efficacité » [13].

28. Nous ne pensons pas que ces deux directives soient inconciliables en raison de leurs objectifs.

29. La directive 92/50 vise à éliminer les pratiques qui restreignent la concurrence entre les prestataires de services et la participation aux marchés des ressortissants d'autres États membres.

30. Pour ce faire, elles imposent la mise en œuvre de règles applicables d'une manière uniforme sur l'ensemble du territoire communautaire par tous les opérateurs économiques.

12 — Nous développerons ces points lors de l'examen de la seconde question.

13 — Voir point 23 de la traduction en français de la décision de renvoi à titre préjudiciel.

31. Parallèlement, la directive 77/187 a pour but d'assurer la protection des salariés en cas de transferts d'entreprises en garantissant la continuité des relations de travail existant dans le cadre d'une entité économique indépendamment du changement de propriétaire [14].

32. La crainte évoquée par le juge de renvoi, selon laquelle l'application des dispositions de la directive 77/187 dans le contexte d'une procédure d'adjudication remettrait en cause l'effet utile de la directive 92/50 [15], ne nous semble pas fondée.

33. En effet, le but de la directive 92/50 n'est pas de permettre la reprise d'entités économiques au détriment des droits des salariés, mais de placer les prestataires de services désireux de concourir pour l'attribution d'un marché donné dans des conditions de concurrence égales.

34. Dès qu'une offre est retenue, le soumissionnaire [16] qui emporte le marché pour lequel il a concouru est tenu de respecter les droits des salariés tels qu'ils sont prescrits par la directive. L'application des mêmes règles, quels que soient le statut et la nationalité des prestataires de services qui entendent concourir, ne peut pas de ce fait être de nature à les placer dans des conditions de concurrence inégales, mais au contraire les contraint au respect de ces mêmes règles. Par conséquent, elle permet un traitement égal de ces derniers.

35. Nous ne sommes pas convaincu par l'argument selon lequel le principe de sécurité juridique s'oppose à l'application des dispositions de la directive 77/187 dans le contexte de la directive 92/50 [17]. En effet, avant de proposer une offre, l'adjudicataire sait si, pour assurer le service pour lequel il concourt, il doit ou non racheter les actifs — corporels ou incorporels — de l'entreprise qui détenait le marché jusqu'alors ou s'il est dans l'obligation de reprendre tout ou une partie du personnel de cette entreprise. Il sait également que, s'il procède à la reprise des *éléments essentiels* de l'entité cédée *nécessaires au fonctionnement de son activité*, un transfert d'entreprise, au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive, interviendra [18]. Dans pareille hypothèse, il intégrera ces données en termes de coûts pour fixer le montant de son offre.

36. La lecture qui autorise ainsi l'application de la directive 77/187 dans le contexte de la directive 92/50 assure par conséquent non seulement le respect de règles de concurrence égales pour tous les acteurs

14 — Voir arrêt du 26 septembre 2000, Mayeur (C-175/99, Rec. p. I-7755, point 44).

15 — Voir point 27 des présentes conclusions.

16 — On entend par le terme «soumissionnaire» le prestataire de services qui a présenté une offre (article 1er, sous c), de la directive 92/50).

17 — Voir point 27 des présentes conclusions et les arguments de Liikenne développés à l'audience.

18 — Voir nos développements ultérieurs à l'occasion de l'examen de la seconde question.

de l'opération, mais garantit également les droits des travailleurs qui ne doivent pas être lésés par le changement d'employeur du fait du transfert de l'entreprise. Une telle lecture concilie donc parfaitement tant la finalité de la directive 77/187 que celle poursuivie par la directive 92/50.

37. En revanche, l'interprétation qui aurait pour effet d'écarter l'application des dispositions de la directive 77/187, en raison du simple fait que la directive 92/50 s'applique, nuirait à l'objectif de protection des travailleurs dans les hypothèses de transferts d'entreprises définies par la directive 77/187 et n'assurerait pas correctement la finalité de la directive 92/50. Le but de cette directive, nous l'avons vu, consiste essentiellement à garantir l'application de règles de concurrence égales entre les opérateurs économiques, mais en aucune façon elle ne prescrit aux États membres de contrevenir aux droits des travailleurs.

38. C'est la raison pour laquelle nous estimons que cette interprétation ne peut pas être retenue par votre Cour.

39. Du cadre factuel décrit par la juridiction de renvoi, il ressort que l'activité a été transférée à la suite d'un contrat à titre onéreux conclu entre un pouvoir adjudicateur et un adjudicataire et qu'elle consiste précisément en des activités de services de transport terrestre. Une telle hypothèse entre par conséquent, en principe, dans le champ d'application matériel de la directive 77/187.

40. Il résulte de ce qui précède que les dispositions de la directive 77/187 sont susceptibles de s'appliquer dans le contexte de la directive 92/50, si les autres conditions que la directive 77/187 édicte — ce que nous allons examiner — sont par ailleurs réunies.

Réponse à la seconde question

41. La juridiction de renvoi vous demande de fournir des indications complémentaires sur les conditions nécessaires à l'application de la directive 77/187. Elle se demande d'abord s'il y a bien « cession d'entreprise », au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive, alors que, en raison de la reprise des activités économiques par un adjudicataire dans le contexte de la directive 92/50, aucune convention n'a été passée entre ce dernier et le précédent employeur. Elle souhaite ensuite savoir s'il doit être conclu à un « transfert d'entreprise », au sens du même article 1er, paragraphe 1, de la directive, alors qu'aucune cession d'actifs significatifs n'a été opérée entre l'adjudicataire et le précédent employeur.

a) Sur la notion de cession conventionnelle

42. Nous avons récemment été amené [19] à rappeler votre jurisprudence [20] en la matière. Conformément à la finalité de la directive [21], nous relevions que cette notion devait être comprise d'une façon suffisamment large pour répondre à l'objectif imparti par la directive.

43. Nous avions souligné que, selon votre jurisprudence constante, le critère déterminant pour apprécier si la condition de l'existence d'une «cession conventionnelle», au sens de la directive, était remplie consistait à pouvoir constater le changement de la personne, morale ou physique, de droit privé ou de droit public, responsable de l'exploitation de l'entreprise qui contracte les obligations d'employeur vis-à-vis des employés de l'entreprise reprise. Il nous apparaissait donc que la circonstance de l'absence de lien contractuel direct entre les deux entreprises qui se succèdent en qualité d'employeur à l'égard des salariés ne pouvait pas être en elle-même de nature à priver ces derniers des droits accordés par la directive.

44. Dans votre arrêt Mayeur, précité, vous avez confirmé votre jurisprudence antérieure. Vous avez en effet jugé que «L'absence de lien conventionnel entre le cédant et le cessionnaire, si elle peut constituer un indice qu'aucun transfert au sens de la directive 77/187 n'est intervenu, ne saurait revêtir une importance déterminante à cet égard» [22]. Vous avez également précisé que «la directive 77/187 est 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 et qui, de ce fait, contracte les obligations d'employeur à l'égard des salariés de l'entreprise» [23].

45. En l'espèce, il est constant qu'aucun lien conventionnel direct n'existe entre Hakunilan Liikenne et Liikenne, mais que celle-ci a repris l'intégralité des activités exercées jusqu'alors par Hakunilan Liikenne. Il est tout aussi constant que cette reprise n'a été possible que grâce à la conclusion d'un contrat à titre onéreux — en l'espèce, une concession — entre Liikenne, personne morale de droit privé, et YTV, personne morale de droit public.

46. Cette situation factuelle est comparable à celle rencontrée dans l'affaire Hidalgo e.a., précitée. Or, dans cette affaire comme dans l'affaire Mayeur, précitée, vous avez

19 — Voir les points 39 à 47 de nos conclusions présentées le 13 juin 2000 dans l'affaire Mayeur, précitée.

20 — Voir, notamment, arrêts du 10 février 1988, Tellerup, dit «Daddy's Dance Hall» (324/86, Rec. p. 739); du 19 mai 1992, Redmond Stichting (C-29/91, Rec. p. I-3189); du 11 mars 1997, Süzen (C-13/95, Rec. p. I-1259, point 11), et du 10 décembre 1998, Hidalgo e.a. (C-173/96 et C-247/96, Rec. p. I-8237, point 22).

21 — Voir, notamment, arrêt Mayeur, précité, point 44.

22 — Ibidem, point 45.

23 — Ibidem, point 46.

jugé que « L'absence de lien conventionnel... entre les deux entreprises auxquelles ont été successivement concédé [par une commune, personne morale de droit public] le service d'aide à domicile ou confiée la tâche de surveillance du dépôt sanitaire, si elle peut constituer un indice qu'aucun transfert au sens de la directive 77/187 n'est intervenu, ne saurait revêtir une importance déterminante à cet égard » [24].

47. Il découle des développements qui précèdent que la circonstance qu'aucun lien conventionnel direct n'existe entre deux entreprises auxquelles a été successivement concédé, à l'issue d'une procédure d'attribution d'un marché public de services, conformément à la directive 92/50, un service de transport terrestre — en l'espèce, l'exploitation de lignes locales d'autobus — par une personne morale de droit public n'empêche pas l'application de la directive 77/187 lorsque les autres conditions que ladite directive édicte sont par ailleurs réunies.

b) Sur la notion de transfert d'entreprise

48. Vous avez constamment jugé que « Le critère décisif pour établir l'existence d'un transfert au sens de la directive 77/187 est de savoir si l'entité en question garde son identité [après l'opération de transfert]... » [25].

49. Afin d'apprécier le respect de cette exigence, vous avez également rappelé que « la seule circonstance... que l'activité exercée par l'ancien et le nouvel employeur soit similaire ne permet pas de conclure au transfert d'une entité économique. En effet, une entité ne saurait 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 » [26]. Selon votre Cour, la notion d'entité économique renvoie à un *ensemble organisé* de manière stable *de personnes et d'éléments* permettant l'exercice d'*une activité économique* qui poursuit un objectif propre [27].

50. Deux conditions sont donc requises pour qu'il puisse être jugé que l'identité de l'entreprise a été maintenue au-delà d'une opération de transfert.

51. En premier lieu, il faut que le cessionnaire poursuive la même activité économique que celle exercée auparavant par le

24 — Point 22.

25 — Voir arrêt Mayeur, précité, point 44.

26 — Ibidem, point 49.

27 — Arrêt Süzen, précité, point 13.

cédant — ou une activité analogue. Cette première condition pourrait être définie comme celle de l'« identité d'activité ».

52. En second lieu, il est nécessaire que l'ensemble des moyens nécessaires à la poursuite de l'activité concernée — ou les moyens indispensables à l'exercice de cette activité —, compte tenu de la spécificité de l'entité transférée en cause, aient été cédés. Cette seconde condition pourrait être définie comme celle de l'« identité d'entité ».

53. La vérification du respect de ces conditions implique nécessairement qu'il soit tenu compte d'éléments purement factuels. Une telle appréciation relève incontestablement de la compétence du juge du fond et non de votre Cour. Vous l'avez rappelé à de multiples reprises et notamment dans le très récent arrêt Mayeur, précité [28].

54. Toutefois, pour aider le juge national dans l'accomplissement de sa mission, vous avez énuméré un certain nombre de circonstances factuelles susceptibles d'être prises en considération par ce dernier pour caractériser l'opération comme un « transfert d'entreprise ».

55. C'est ainsi que, au titre de ces circonstances, figurent « notamment le type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit, le transfert ou non des 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 » [29].

56. Toujours dans le but d'assister le juge national dans l'accomplissement de sa tâche, vous l'avez engagé à suivre une certaine méthode.

57. Vous avez en effet rappelé que « 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 » [30].

58. Vous avez en outre souligné que, dans le cadre des compétences qui lui sont reconnues, le juge national doit évaluer l'importance respective qu'il devra accor-

28 — Point 52.

29 — Ibidem.

30 — Ibidem.

der aux différents éléments évoqués, en fonction des circonstances [31] et de la spécificité de l'entité économique transférée [32], c'est-à-dire, notamment, en tenant compte du secteur d'activité dans lequel elle opère. Il lui revient donc de déterminer quels sont les éléments essentiels et indispensables pour assurer le fonctionnement de l'entité économique et vérifier si ces éléments ont été repris par le cessionnaire.

59. Si, en principe, vous estimez qu'une entité économique organisée suppose l'existence d'une collectivité de travailleurs et d'actifs significatifs — éléments corporels ou incorporels —, vous avez cependant admis qu'une telle entité puisse fonctionner en l'absence de tout actif existant dans le patrimoine de l'ancienne entreprise. Vous l'avez notamment reconnu dans les secteurs spécifiques des entreprises de nettoyage et de gardiennage [33].

60. Dès lors que vous admettez que, dans ces secteurs spécifiques, une entité économique est susceptible d'exister en l'absence d'éléments d'actifs — corporels ou incorporels — significatifs, le maintien de l'identité d'une telle entité par-delà l'opération dont elle fait l'objet ne peut dépendre de la cession de tels éléments qui, par hypothèse, font défaut. C'est ce que vous avez précisément expliqué dans votre arrêt Süzen [34], précité.

61. Il est constant, et cela est admis par l'ensemble des intervenants à la présente procédure, que l'activité exercée par les entreprises qui se sont succédé en l'espèce consiste bien dans la même activité économique [35]. Il s'agit d'assurer l'exploitation des sept lignes locales d'autobus. La première condition requise par votre jurisprudence — celle de l'identité d'activité économique — est dès lors remplie.

62. Les intervenants s'opposent en revanche sur le point de savoir si la seconde condition — celle de l'identité d'entité — est satisfaite.

63. Il est constant que la plupart du personnel de l'entreprise a été repris par Liikenne. Il est tout aussi constant que la succession par Liikenne de l'activité exercée par Hakunilan Liikenne ne s'est accompagnée d'aucune cession d'actifs en rapport avec l'exploitation des lignes d'autobus concernées [36].

31 — Voir, notamment, arrêts du 2 décembre 1999, Allen e.a. (C-234/98, Rec. p. I-8643, point 28), et Süzen, précité, point 18.

32 — Voir, notamment, arrêts Hidalgo e.a., précité, point 29, ou Süzen, précité, point 18.

33 — Voir, notamment, arrêt Hidalgo e.a., précité, point 26.

34 — Point 18.

35 — Sur la notion d'«activité économique», au sens de la directive, voir arrêt Mayeur, précité, points 39 et 40, et les points 56 à 61 de nos conclusions sous ce même arrêt.

36 — Voir points 3 et 4 de la traduction en français de la décision de renvoi à titre préjudiciel.

64. La réponse à cette question nécessite donc, pour le juge national, de procéder selon la méthode définie par votre Cour.

65. Dans un premier temps, il devra considérer l'*ensemble des circonstances qui caractérisent l'opération en cause*. Pour ce faire, il lui appartient de tenir compte du fait que la reprise de cette activité *ne s'est accompagnée d'aucun transfert d'éléments corporels*, mais que, en revanche, la plupart du personnel de l'entreprise exploitant jusqu'alors cette activité a été réembauché par l'adjudicataire. Il devra également s'attacher à la spécificité de l'entreprise concernée par l'opération de transfert, c'est-à-dire au fait qu'il s'agit d'une entreprise qui exploite des lignes locales d'autobus. Il pourra aussi tenir compte d'autres éléments. Par exemple, il devra vérifier si la clientèle a été intégralement reprise par Liikenne et déterminer la valeur économique de cet élément d'actif incorporel dans le patrimoine de l'entité cédée.

66. Dans un second temps, il incombera au juge national d'*évaluer l'importance respective à accorder à ces différents éléments*[37]. Pour ce faire, il devra se prononcer sur ce qui caractérise — ou encore sur ce qui distingue — l'entité économique qui a fait l'objet de l'opération litigieuse, à savoir, en l'espèce, l'entreprise de transport par autobus dirigée par Hakunilan Liikenne puis par Liikenne.

67. La Commission estime que la «main-d'œuvre» représente l'élément clé du service offert en l'espèce — à savoir le transport par autobus. Les autobus qui finalement n'ont pas été repris par Liikenne ne devraient revêtir qu'un caractère purement accessoire. La Commission considère en définitive que l'activité de transport par autobus est une activité qui repose essentiellement sur la main-d'œuvre.

68. Il ne nous appartient pas de nous substituer au juge national qui est seul compétent pour répondre sur le point de savoir si, en l'espèce, l'entité économique en cause a gardé son identité au-delà du transfert. Cette réponse revient précisément à procéder à l'appréciation purement factuelle d'une situation particulière. Toutefois, nous pensons que l'attention de la juridiction de renvoi doit être appelée sur les points suivants.

69. Contrairement à la Commission, nous ne pensons pas que l'élément clé d'une entité économique telle qu'une entreprise de service de transport qui exploite des lignes locales d'autobus est sa main-d'œuvre. Selon nous, l'élément essentiel sans

37 — Il se pourrait notamment que le personnel repris dispose de qualifications ou de compétences très spécifiques, indispensables à l'exercice de l'activité en cause. Dans pareille hypothèse, il pourrait être très difficile de trouver un personnel possédant ce type de compétences sur le marché du travail. En conséquence de quoi, l'élément essentiel caractérisant l'entité économique en cause pourrait ne pas résider dans les actifs, mais dans un personnel disposant de compétences spécifiques et rares sur le marché du travail.

lequel une telle entité économique est dans l'incapacité de fonctionner normalement consiste, *en principe*, dans sa flotte — camions, automobiles, autobus... — et non dans son personnel [38].

70. En outre, il convient de rappeler au juge national que vous avez dit pour droit, de manière constante, qu'une entité économique suppose, en principe, l'existence non seulement d'un personnel, mais également d'éléments d'actifs, corporels et incorporels [39]. De manière tout aussi constante, vous avez jugé que ce n'est qu'en raison du fait qu'une entité économique ne dispose d'aucun élément d'actif et se caractérise essentiellement par son personnel, c'est-à-dire dans des cas spécifiques, qu'il peut être jugé que l'absence de cession d'actif n'est pas de nature à empêcher l'application des dispositions de la directive [40]. Par conséquent, on doit en conclure que, dès lors qu'une entreprise comprend des actifs significatifs indispensables à son fonctionnement, l'absence de cession de ces éléments ne permet pas en principe de retenir cette opération au titre de celle relevant du champ d'application de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive.

71. Il résulte de ce qui précède que, au cas où l'entité économique qui cède son activité dispose d'actifs significatifs, le principe, selon lequel l'absence de transfert de tels éléments par le cédant au profit du cessionnaire est de nature à s'opposer à l'application des dispositions de la directive 77/187, a été posé par votre Cour.

72. Or, il nous semble qu'admettre le raisonnement de la Commission reviendrait à priver ce principe de tout effet utile.

73. C'est pourquoi nous pensons que suivre la thèse de la Commission dans ses conclusions n'est pas conforme à la lecture que votre Cour donne de la directive ainsi qu'à la réalité économique de l'entité en cause.

74. Il découle des développements qui précèdent que la circonstance de l'absence de cession d'actifs significatifs d'une entreprise de transport local par autobus à une autre entreprise de même nature ne permet pas de conclure à l'application de la directive 77/187.

38 — Notre opinion aurait pu être différente si l'activité de transport concernée avait nécessité des compétences particulières de la part du personnel chargé de procéder à l'exécution de la mission. Par exemple, dans le cas des services de transport de matières dangereuses qui imposeraient une formation spécifique du personnel en cause. Dans pareille hypothèse, la substitution immédiate du personnel de l'entreprise cédée par un personnel ne disposant que de compétences courantes serait impossible, ce dernier étant dans l'obligation de bénéficier d'une formation complémentaire. Ainsi, dans certains cas, il n'est pas exclu que le personnel puisse constituer l'élément clé de l'entité économique concernée par une opération de transfert d'entreprise de transport. En définitive, nous pensons que, dans pareilles hypothèses, la reprise du personnel en l'absence de reprise des actifs significatifs de cette entité n'est pas de nature à empêcher l'application de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive.

39 — Voir, en dernier lieu, arrêt Mayeur, précité, point 32.

40 — Voir arrêt Süzen, précité, points 17 et 18.

Conclusion

75. Dans ces conditions, nous proposons à votre Cour d'apporter la réponse suivante aux questions posées par le Korkein oikeus:

« 1) La reprise par une entreprise, personne morale de droit privé, des activités de transport terrestre — en l'espèce, l'exploitation de lignes locales d'autobus — exercées jusqu'alors par une autre entreprise, personne morale de droit privé, à la suite de la procédure d'attribution d'un marché public de services prévue par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, est susceptible d'entrer dans le champ d'application matériel 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, tel qu'énoncé par son article 1er, paragraphe 1.

2) L'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187 doit être interprété en ce sens que:

a) il est susceptible de s'appliquer en l'absence de lien conventionnel direct entre deux entreprises auxquelles a été successivement concédé, à l'issue d'une procédure d'attribution d'un marché public de services conformément à la directive 92/50, un service de transport terrestre — en l'espèce, l'exploitation de lignes locales d'autobus — par une personne morale de droit public;

b) il ne s'applique pas en l'absence de cession d'actifs significatifs entre les deux entreprises susmentionnées. »