CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. G. FEDERICO MANCINI présentées le 9 février 1988 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Par deux arrêts rendus le 1er mai 1987, le Hoge Raad der Nederlanden vous demande d'interpréter certaines dispositions de la directive 77/187 du Conseil, du 14 février 1977, relative à la protection des droits des travailleurs en cas de transfert de l'entreprise (JO L 61, p. 26).

Les faits. En février et mars 1982, MM. Berg et Busschers ont été engagés par M. Besselsen pour travailler dans sa discothèque Besi Mill à Ermelo, l'un comme directeur et l'autre comme employé à temps partiel. Le 15 février 1983, Besselsen a cédé l'exploitation à la Summerland BV, une société en nom collectif appartenant à MM. Manshanden et Tweehuijzen, sur la base d'un contrat de location-vente. Quelques mois plus tard, les deux prestataires ont demandé et obtenu du Kantonrechter de Harderwijk la condamnation du cédant et des cessionnaires à payer in solido les mensualités qui leur étaient dues pour la période du 15 février au 25 novembre 1983. Le même jour, sur demande de M. Besselsen, le tribunal a prononcé la résolution du contrat pour inexécution par les acheteurs de leurs obligations.

En appel, la décision de condamnation au paiement des remunérations a été réformée et MM. Berg et Busschers se sont pourvus contre l'arrêt correspondant devant le Hoge Raad. En application de l'article 177, alinéa 3, du traité CEE, ce dernier vous a déféré les questions suivantes.

a) L'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187 doit-il être interprété en ce sens que, après le transfert de l'entreprise, le cédant n'est plus responsable de l'exécution des obligations résultant du contrat de travail? En cas de réponse affirmative, le consentement du travailleur est-il nécessaire pour que le cédant soit dégagé de sa responsabilité? En cas de réponse négative, cet effet peut-il être empêché par l'opposition du travailleur avec cette conséquence que ce dernier doit être considéré comme restant au service de l'entrepreneur cédant?

b) Le contrat de location-vente représente-t-il une hypothèse de transfert d'une entreprise au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive, et la résiliation judiciaire de ce contrat entraîne-t-elle à son tour un transfert avec cette conséquence que les obligations qui résultent pour le locataire-acquéreur du contrat de travail existant à la date de la résiliation sont transférées au vendeur?

Les parties au principal, la Commission des Communautés européennes, les gouvernements britannique, néerlandais et portugais ont présenté des observations écrites. Seule la Commission est intervenue à l'audience.

* Traduit de l'italien.

2. Rappelons que, aux termes de son article 1er, paragraphe 1, la directive 77/187 « est applicable aux transferts d'entreprises, ... à un autre chef d'entreprise, résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion ». Dans ces cas, « les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ... existant à la date du transfert ... sont, du fait de (ce dernier), transférés au cessionnaire. Les États membres (cependant) peuvent prévoir que le cédant est, également après la date du transfert ... et à côté du cessionnaire, responsable des obligations résultant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail » (article 3, paragraphe 1, alinéas 1 et 2).

En ce qui concerne la première question, MM. Berg et Busschers soutiennent qu'en cas de transfert le cédant ne se libère de sa responsabilité à l'égard des travailleurs employés dans l'entreprise que s'ils y consentent. En revanche, de l'avis des autres intervenants, cette libération ne dépend pas de la volonté des travailleurs cédés et l'éventuelle opposition de ceux-ci n'a pas pour effet de les maintenir au service du cédant.

Nous partageons le deuxième point de vue. On sait que les ordres juridiques de nombreux États membres conçoivent la cession du contrat comme un contrat multilatéral et exigent donc l'adhésion du tiers. Il y a cependant lieu d'observer que, en énonçant les dispositions de la directive 77/187, le législateur communautaire a tenu compte de cette circonstance: les États membres, en effet, conservent la faculté de prévoir qu'après le transfert de l'entreprise le cédant reste responsable, *conjointement avec le cessionnaire,* des obligations résultant des contrats de travail cédés (article 3, paragraphe 1, alinéa 2). Au demeurant, la garantie ainsi imposée à ce contractant ne conditionne pas le caractère opérant du transfert — lequel déploie ses effets à la date à laquelle la cession est conclue —, mais *s'ajoute* à la responsabilité que, selon l'alinéa 1 de cette même disposition, le transfert met à la charge du cessionnaire.

Ces dispositions, avez-vous affirmé, « font apparaître que la directive a pour finalité d'assurer le maintien des droits des travailleurs en cas de changement de l'employeur en leur permettant de rester au service du cessionnaire dans les mêmes conditions que celles convenues avec le cédant. Elle tend (donc à assurer) ... la continuation de la relation de travail, sans modification, avec le cessionnaire... » (voir arrêts du 7 février 1985 rendus dans l'affaire 135/83, Abels/Direction de la Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie, Rec. p. 469, point 18 des motifs, et du 11 juillet 1985 dans l'affaire 105/84, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark/Danmols Inventar, Rec. p. 2639, point 15 des motifs).

Il n'était pas possible de s'exprimer plus clairement. Dans l'espèce présente, nous dirons donc que: a) en droit communautaire, celui qui cède une entreprise est libéré de ses obligations à l'égard des travailleurs cédés, sous réserve des dérogations prévues par la législation nationale applicable; b) la prise en charge de ces obligations par le cessionnaire intervient indépendamment du consentement des travailleurs cédés et ne peut pas être empêchée par l'opposition de ceux-ci. En effet, s'il n'en était pas ainsi, la finalité de la directive — à savoir de favoriser la mobilité des entreprises en sauvegardant les droits de leur personnel — serait contrecarrée par la nécessité d'obtenir l'assentiment préalable de tous les salariés intéressés.

3. La première des interrogations en lesquelles s'articule la deuxième question, ne soulève aucune difficulté. Le contrat sur

lequel la juridiction nous interroge n'est autre qu'une sous-catégorie de la vente, sur la base de laquelle l'acheteur acquiert la propriété de la chose par le paiement de la totalité du prix tout en en assumant les risques au moment de la livraison. Il n'y a donc pas lieu de douter que s'il a pour objet une entreprise, il représente un cas de transfert au sens de la directive 77/187.

La deuxième question, qui vise à établir si cette hypothèse se réalise lorsque le contrat en cause est résilié *ope iudicis* pour inexécution de la part de l'acheteur, est plus intéressante. A cet égard, il convient de rappeler l'arrêt rendu le 17 décembre 1987 dans l'affaire 287/86 (Ny Mølle Kro, Rec. p. 5465). Vous y avez affirmé que « la reprise, par le propriétaire, de l'exploitation de l'entreprise cédée à bail, à la suite d'une violation du contrat de bail par le locataire-gérant » entre dans la notion de « cession conventionnelle » au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive, parce que « une telle reprise intervient, elle aussi, sur la base du contrat de bail » (point 14 des motifs).

Cette observation est décisive pour la réponse que nous devons au juge néerlandais. On déduit en effet de sa formulation que, selon une opinion largement répandue dans la doctrine civiliste, la Cour conçoit l'inexécution comme une anomalie survenue dans le contrat synallagmatique et par là même perçoit le remède (la résiliation) que l'ordre juridique offre à la partie exécutante comme une vicissitude du contrat. Mais cela implique à son tour qu'aux fins présentes le moyen utilisé par cette partie pour aboutir à la résiliation ne revêt aucune importance. Qu'il s'agisse, comme dans l'affaire Ny Mølle Kro, de la déclaration unilatérale, et nécessitant sa notification, par laquelle on fait valoir une clause résolutoire expresse, ou, comme dans le cas examiné, d'une décision judiciaire, les choses ne changent pas: la (rétro)cession de l'entreprise — et, partant, la « reprise de l'exploitation » par le propriétaire — à laquelle la résolution donne lieu plongent toujours leurs racines dans un terrain « conventionnel ».

Il y a plus. La diversité des solutions retenues en la matière par les ordres juridiques nationaux plaide également dans le sens précité. Certains droits — comme les droits français, belge et, en principe, néerlandais — ne connaissent que la résiliation *ope iudicis*, d'autres — le droit allemand — prescrivent l'utilisation d'une résiliation unilatérale (« Rücktritt »), d'autres encore — le droit italien — laissent au même contractant le choix entre agir en justice et enjoindre à la partie adverse d'exécuter ses obligations dans un délai à l'expiration duquel le contrat est réputé résilié. Ces solutions sont inspirées par des raisons pratiques (la résiliation unilatérale est plus rapide et plus économique, l'intervention du juge permet à la partie défaillante de se défendre et offre à l'autre une plus grande sécurité). Mais il est certain qu'elles ne procèdent pas d'une conception différente du phénomène résolutoire et par là même confirment, aux fins qui nous intéressent ici, le caractère en substance indifférent de l'instrument utilisée par le contractant *in bonis*.

Cela dit, nous tenons à rappeler ce que nous avons déjà affirmé en concluant dans l'affaire Ny Mølle Kro, à savoir que, dans la perspective de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187, les hypothèses de cession conventionnelle et de fusion ont uniquement valeur d'exemple. Comme la Commission l'a reconnu au cours de l'audience, l'accent de la disposition tombe en effet sur le terme « transfert », qui n'est pas technique et qui, appréhendé à la lumière des objectifs poursuivis par le législateur, se réfère à tout acte juridiquement

pertinent (contrat, testament, décision administrative, jugement) par lequel la propriété de l'entreprise se trouve modifiée. La seule condition à laquelle est soumise la protection que la directive offre au travailleur consistera alors dans l'aptitude de l'entité économique transférée à ne pas perdre son identité, c'est-à-dire à rester opérante et viable. En définitive, les seuls cas auxquels l'article 1er est toujours et certainement inapplicable sont ceux de l'entreprise faillie et de la société en liquidation.

4. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous vous proposons de répondre comme suit aux questions posées par le Hoge Raad par arrêts rendus le 1er mai 1987 dans les affaires engagées par MM. Berg et Busschers contre M. Besselsen:

« a) L'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187 doit être interprété en ce sens qu'après le transfert de l'entreprise le cédant est libéré de ses obligations à l'égard des travailleurs cédés, sous réserve des dérogations prévues par la législation nationale applicable. A cette fin, le consentement ou l'opposition du travailleur cédé ne revêtent pas d'importance.

b) L'article 1er, paragraphe 1, de la directive précitée doit être interprété en ce sens qu'il s'applique au transfert d'une entreprise réalisé par un contrat de location-vente ou résultant de la résiliation judiciaire de ce contrat, à condition que l'entité économique ainsi transférée conserve son identité. »