CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. CARL OTTO LENZ

présentées le 11 juin 1996 *

A — Introduction

1. Dans la présente affaire, il s'agit de la première demande de décision préjudicielle en provenance des nouveaux Länder allemands. Elle a été formée en application de l'article 177 du traité CE par l'Arbeitsgericht Halberstadt, qui a soumis à la Cour de justice des questions aux fins de l'interprétation de la directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements [1].

2. Dans le litige à l'origine du présent renvoi, M^me^ Henke attaque la commune de Schierke [2] et le groupement intercommunal « Brocken ». Elle travaillait depuis le mois de mai 1992 à la commune de Schierke en qualité de secrétaire du maire. Ainsi que l'a précisé l'avocat de la demanderesse au cours de l'audience, elle exerçait les fonctions de secrétaire et d'agent administratif dans les domaines du développement économique et des affaires touristiques. En outre, toujours selon son avocat, elle n'était pas non plus la seule employée de l'administration communale, ce qui pouvait déjà être déduit du fait que la commune de Schierke avait un comité du personnel, ainsi que cela a été déjà mentionné dans les mémoires.

3. Le 1^er^ juillet 1994, la commune de Schierke s'est associée avec d'autres communes de la région en créant le groupement intercommunal « Brocken ». Cette possibilité est prévue par les articles 75 et suivants de la Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt [3] (réglementation communale du Land de Saxe-Anhalt, ci-après la « GO LSA »), du 5 octobre 1993. Un groupement intercommunal créé conformément à ces dispositions, par convention de droit public, est une collectivité de droit public dotée d'une personnalité juridique propre et ayant la capacité d'employeur. Sa création répond au souci d'améliorer l'exécution des tâches administratives des petites communes. Parmi ses attributions figure l'exécution des tâches relevant du domaine d'activité confié aux communes membres. Mais le groupement intercommunal peut également s'acquitter de tâches qui relèvent du domaine d'activité propre des communes membres, et que celles-ci lui confient. La question de savoir si

* Langue originale: l'allemand.

1 — JO L 61, p. 26.

2 — Il s'agit en l'occurrence de la commune que Goethe avait déjà évoquée dans son « Faust ». Mephisto emmène Faust à la nuit de Walpurgis, dans les monts du Harz, dans la « région de Schierke et d'Elend ». Voir à ce sujet Goethe: *Faust*, première partie, ligne 3835. La commune d'Elend fait également partie du groupement intercommunal « Brocken ».

3 — GVBl. LSA, n° 43/1993, p. 568 et suiv.

ces tâches sont transférées et, si oui, dans quelle mesure, relève de l'appréciation des communes.

4. En l'espèce, l'ensemble des attributions de la commune de Schierke ont été transférées au groupement intercommunal. Les services administratifs de la commune de Schierke ont été dissous et tous les dossiers transférés au groupement intercommunal; à Schierke, un maire honoraire a remplacé le maire en titre.

5. La demanderesse s'est vu proposer un poste auprès du groupement intercommunal « Brocken ». Elle l'a refusé, au motif qu'elle ne pouvait accepter de poste qu'à Schierke même, car elle devait s'occuper de son enfant. Elle n'a pas obtenu l'emploi à l'antenne du groupement intercommunal à Schierke, pour lequel elle avait postulé. D'après les indications fournies par l'avocat de M^me^ Henke lors de l'audience, des tâches afférant à l'aide au développement économique et au tourisme sont toujours effectuées à Schierke, les dernières principalement au profit de la commune de Schierke elle-même.

6. Le 5 juillet 1994, la commune de Schierke a résilié le contrat de travail de M^me^ Henke. Celle-ci a alors saisi l'Arbeitsgericht. Elle a fait valoir que son contrat de travail a été transféré au groupement intercommunal lors de sa création, et que par conséquent la commune de Schierke ne pouvait pas le résilier.

7. L'Arbeitsgericht a alors posé les questions préjudicielles suivantes:

« 1) Y a-t-il transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements au sens de l'article 1^er^, paragraphe 1, de la directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, lorsque, à la suite de la création d'une 'Verwaltungsgemeinschaft' (syndicat de communes) en application de l'article 75, paragraphe 1, de la Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt (GO LSA) (réglementation communale du Land de Saxe-Anhalt) du 5 octobre 1993 (GVBl. LSA, p. 568 et suivantes), cette dernière remplit les fonctions relevant du domaine d'activité confié par l'État aux communes membres, conformément à l'article 77, paragraphe 1, de la GO LSA, et accomplit les missions, qui lui sont dévolues en vertu de l'article 77, paragraphe 2, de la GO LSA, relevant du domaine d'activité propre des communes membres?

2) En cas de réponse affirmative à la première question:

Le transfert repose-t-il sur un accord conventionnel au sens de l'article 1^er^, paragraphe 1, de la directive 77/187/CEE, la 'Verwaltungsgemeinshaft' ayant été créée par contrat de droit public? »

B — Analyse

8. En demandant à la Cour d'interpréter l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187, la juridiction de renvoi cherche à savoir quel est son champ d'application général.

L'article 1er, paragraphe 1, se lit comme suit:

« La présente directive est applicable aux transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements à un autre chef d'entreprise, résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion. »

9. Il résulte de ce texte que l'applicabilité de la directive est subordonnée à trois conditions:

— Il doit exister une entreprise au sens de la directive.

— Cette entreprise doit avoir été transférée.

— Ce transfert doit s'opérer au moyen d'une cession conventionnelle ou d'une fusion.

10. Les deux premières conditions doivent être examinées dans le cadre de la première question préjudicielle, la troisième faisant l'objet de la seconde question préjudicielle.

Notion d'entreprise

11. Nous souhaiterions en premier lieu nous pencher sur la notion d'entreprise dans la directive 77/187, puisqu'il convient de s'interroger également, dans ce contexte, sur le champ d'application général de la directive. A cet égard, il nous faudra trancher la question de savoir si la directive est applicable au domaine relevant du droit public des États membres, et plus particulièrement — en ce qui concerne la présente affaire — à une administration communale. En d'autres termes, une commune peut-elle être une entreprise au sens de la directive?

12. Il ne se trouve de définition de la notion d'« entreprise » ni dans la directive 77/187 elle-même ni à aucun autre endroit du droit communautaire codifié, abstraction faite de l'article 196 du traité Euratom, lequel n'est toutefois pas applicable ici. Certes, il existe une jurisprudence abondante de la Cour de

justice relative à la notion d'entreprise. A cet égard, il convient d'abord de distinguer entre différentes conceptions de l'entreprise. Certains arrêts examinent cette notion dans le contexte de la libre prestation des services prévue à l'article 59 du traité CE, d'autres dans le cadre des règles de concurrence des articles 85 et suivants dudit traité.

13. Quant à la notion d'entreprise dans la directive 77/187, il convient de renvoyer en premier lieu à l'arrêt rendu dans l'affaire Redmond Stichting [4]. Dans cet arrêt, la Cour a jugé implicitement qu'il n'était pas nécessaire que l'entité en cause exerce ses activités dans un but lucratif pour pouvoir être qualifiée d'entreprise au sens de la directive 77/187. Dans cette affaire, il s'agissait d'une fondation qui s'occupait notamment d'apporter une aide aux toxicomanes. Malgré l'absence de but lucratif, la Cour a admis en l'occurrence que l'on était en présence d'une entreprise. Cette solution a été confirmée à nouveau en 1994 dans l'arrêt Commission/Royaume-Uni [5], où la Cour s'est expressément référée à l'arrêt Redmond Stichting pour ce qui concerne la notion d'entreprise au sens de la directive.

14. Dans ces deux arrêts toutefois, la Cour n'a pas été amenée à examiner le domaine de l'administration publique, ce qui explique qu'ils ne comportent aucune indication susceptible de révéler si la directive 77/187 est ou non applicable dans ce domaine. En dehors de l'énonciation selon laquelle un but lucratif n'est pas nécessaire, ils ne mentionnent aucun critère permettant de vérifier si l'on est en présence d'une entreprise.

15. Toutefois, le gouvernement du Royaume-Uni a exposé à l'audience que la jurisprudence relative à la notion d'entreprise au sens de l'article 85 est transposable à la directive 77/187. Il se fonde à cet égard sur l'arrêt rendu dans l'affaire Commission/Royaume-Uni [6]. Répondant à la question de savoir si un but lucratif était nécessaire, la Cour a exposé dans cet arrêt qu'elle avait déjà admis, au moins implicitement, dans des contextes tels que ceux du droit de la concurrence ou du droit social, qu'un tel but n'était pas indispensable. Le gouvernement du Royaume-Uni en conclut que les constatations de la jurisprudence concernant la notion d'entreprise au sens de l'article 85 sont également applicables à la notion d'entreprise dans la directive 77/187.

16. Nous ne sommes pas persuadé que l'on puisse déduire des conséquences d'une telle portée de la seule formulation précitée. Cela ne nous aiderait d'ailleurs pas beaucoup dans la présente affaire puisque, dans le cadre de l'article 85 non plus, la Cour ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si une partie de l'administration publique, une commune par exemple, est une entreprise au sens dudit article. Certes, dans l'affaire General

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

5 — Arrêt du 8 juin 1994 (C-382/92, Rec. p. I-2435, point 44).

6 — Arrêt précité (note 5).

Motors Continental/Commission [7], il s'agissait de l'accomplissement, par une entreprise privée, d'une mission de droit public. La Cour a considéré que l'article 86 était applicable dans le cas concret, et que par conséquent on ne pouvait exclure la qualification d'entreprise. Il convient de remarquer qu'il ne s'agissait pas, en l'occurrence, de savoir si une entité qui assume en règle générale des fonctions de droit public doit être considérée comme une entreprise, mais que le problème se présentait de manière exactement inverse. Ne serait-ce que pour cette raison, il nous semble que le recours à la jurisprudence relative à l'article 85 ne serait d'aucun secours. C'est d'autant plus vrai que la Cour elle-même, ainsi que la Commission l'expose à juste titre, a établi la règle générale selon laquelle il convient d'attribuer à la notion d'« entreprise » la portée qui est la plus appropriée au regard de l'objectif des règles communautaires concernées et de leur effet utile [8]. Cela signifie que, pour l'affaire qui nous occupe ici, nous devons nous appuyer sur la directive 77/187 elle-même pour déterminer si elle est applicable ou non à une administration communale.

17. Le gouvernement fédéral rejette d'emblée une telle application. A son avis, la directive 77/187 ne vise pas les activités de puissance publique telles que le maire à titre professionnel de la commune de Schierke les a exercées dans la présente affaire. A cet égard, il expose que le maire est compétent pour la délivrance des permis de construire, l'administration des finances et des biens fonciers, ainsi que pour le traitement du contentieux communal. Ces missions font partie de l'autonomie administrative dont jouissent les communes, ce qui explique que l'action du maire relève en tout état de cause (également) de l'exercice de la puissance publique. Toutefois, selon la jurisprudence de la Cour, le transfert d'une entreprise doit concerner le transfert d'une entité *économique*: il doit donc exister un rapport avec l'exercice d'une activité économique.

18. Le gouvernement fédéral fait valoir en outre que la directive 77/187 est fondée sur l'article 100 du traité CE. Celui-ci est la base juridique des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres « qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun ». Or, les communes, dans l'exercice de leur mission de puissance publique, ne participent précisément pas au marché commun. Il n'existe pas non plus de rapport entre les activités de puissance publique des communes et l'action de la Communauté, telle qu'elle est prévue à l'article 3 du traité CE.

19. Le gouvernement fédéral expose en outre que l'activité des communes est réglementée de manière exhaustive par des lois nationales, de sorte qu'elle ne peut pas faire partie de l'ordre juridique communautaire ni être réglementée par le Conseil.

7 — Arrêt du 13 novembre 1975 (26/75, Rec. p. 1367).

8 — Arrêt du 2 octobre 1991, Vandevenne e. a. (C-7/90, Rec. p. I-4371, point 6).

20. Selon le gouvernement fédéral, les termes employés dans la directive 77/187 plaident également contre son applicabilité en l'espèce. En effet, il y est question d'« entreprises », d'« établissements », de parties d'« établissements » et du « changement du chef d'entreprise ». On y emploie donc des concepts qui ne sont pas applicables à la présente affaire.

21. Enfin, le gouvernement fédéral est d'avis qu'il n'était nullement nécessaire de prévoir, dans la directive 77/187, une exclusion des salariés de l'administration publique de son champ d'application, puisqu'il ne s'agissait a priori que du transfert d'entités économiques et que, par conséquent, la directive, de par sa finalité, n'était pas destinée à s'appliquer à l'administration publique.

22. Il ne nous semble pas exact d'écarter d'une manière générale l'applicabilité de la directive 77/187 à la présente affaire, comme le fait le gouvernement fédéral. Personne ne conteste — pas même le gouvernement fédéral — qu'une commune peut parfaitement exercer des activités économiques. Au cours de l'audience, le représentant de la demanderesse a donné quelques exemples de tâches communales ayant un caractère industriel ou commercial. On citera la vente, la location ou la mise en gérance de terrains, de maisons ou de logements appartenant à la commune, la location de la salle communale à des organisateurs privés de festivités, les activités de type publicitaire visant à promouvoir le tourisme, ainsi que de nombreux services rendus contre rémunération, tels que les crèches, les manifestations culturelles, l'exploitation de parkings et le transport public local de voyageurs. Il convient également de mentionner les secteurs d'activité classiques que sont l'élimination des déchets et la distribution de l'eau. Ainsi, même si l'on considère l'exercice d'une activité économique comme une condition de l'application de la directive, on pourrait parfaitement voir dans une commune une entreprise au sens de la directive. C'est pourquoi il est douteux qu'il faille exclure la commune et ses employés du champ d'application de la directive 77/187 pour l'unique raison qu'elle exerce également des activités de puissance publique. C'est d'autant plus douteux que — ainsi que le représentant de la demanderesse l'a exposé à l'audience — la réglementation communale et la constitution du Land de Saxe-Anhalt ne confient aux communes aucune mission de puissance publique au sens strict (police, exécution des peines, armée).

23. On ne peut pas non plus écarter l'application de la directive 77/187 dans le domaine de l'action communale — comme le fait le gouvernement fédéral — au motif que le Conseil ne serait pas compétent pour le réglementer. Il ne s'agit pas ici d'une directive du Conseil conçue au départ pour le secteur public, mais d'une directive visant à protéger les travailleurs, qui s'étend éventuellement à l'administration publique. Nous aurons à examiner ultérieurement — à supposer que cela soit indispensable — si une telle extension est toujours couverte par la base juridique de la directive, à savoir l'article 100 du traité CE.

24. Il existe également des arguments convaincants en sens contraire que l'on peut opposer à celui avancé par le gouvernement fédéral en ce qui concerne l'exclusion des agents publics du champ d'application de la directive. Ainsi, la Commission estime que la directive s'applique au domaine de l'administration publique précisément parce qu'il n'en est pas expressément exclu. A titre d'exemple, elle cite la directive réglementant les licenciements collectifs [9], qui exclut expressément l'administration publique de son champ d'application. La directive 77/187, quant à elle, ne mentionne qu'une seule exception, à l'article 1er, paragraphe 3, qui a trait à la navigation maritime. C'est pourquoi la Commission est d'avis que la directive est en principe applicable à l'administration publique.

25. Certes, elle aussi fait une distinction entre certains secteurs selon que l'activité exercée relève ou non de la puissance publique au sens de la jurisprudence de la Cour de justice. Pour elle, seules les fonctions relevant exclusivement de l'exercice de la puissance publique, telles que celles du maire, de la police ou du personnel pénitentiaire, échappent au champ d'application de la directive 77/187. Relèvent en revanche de la directive non seulement les secteurs de l'administration qui correspondent à une activité économique au sens classique du terme, notamment les régies directes telles que l'élimination des déchets, le service des eaux et les entreprises de transport mais également les activités de puissance publique dès lors qu'elles sont accomplies par des personnes protégées en tant que travailleurs au titre de la législation nationale en matière de droit du travail (la Commission range par exemple parmi ces personnes la secrétaire du maire, engagée en tant qu'employée), ou par des personnes qui, selon la jurisprudence de la Cour, ne sont pas investies de fonctions de puissance publique, et dont les tâches pourraient, en principe, être effectuées par une entreprise privée, dans un but lucratif. La Commission classe par exemple dans cette catégorie l'activité exercée par la secrétaire titularisée du maire, qu'une entreprise extérieure de prestation de services administratifs pourrait également prendre en charge.

26. Même lorsqu'on est incontestablement en présence d'une activité de puissance publique, la Commission admet l'applicabilité de la directive 77/187 lorsque le domaine considéré est régi par les règles du droit privé. A cet égard, la Commission cite à titre d'exemple la privatisation des prisons d'État.

27. Le gouvernement du Royaume-Uni également a soutenu un point de vue similaire au cours de l'audience. Si, à cette occasion, il n'a pas fait de distinction claire entre la notion d'entreprise et celle du transfert d'une telle entreprise, il ressort toutefois de sa déclaration qu'un département administratif

9 — Directive 75/129/CEE du Conseil, du 17 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs (JO L 48, p. 29), modifiée en dernier lieu par la directive 92/56/CEE du Conseil, du 24 juin 1992 (JO L 245, p. 3).

qui accomplit principalement ou exclusivement des missions gouvernementales, c'est-à-dire des missions qui, de par leur nature, ne sont pas des activités économiques, ne doit pas se situer dans le champ d'application de la directive 77/187. La référence à l'affaire SAT Fluggesellschaft [10], elle aussi, montre que, de l'avis du gouvernement du Royaume-Uni, il conviendrait de procéder à une distinction entre les activités qui relèvent de la puissance publique et les activités de droit commun. Dans l'affaire précitée, la Cour a jugé que des activités qui se rattachent au contrôle et à la police de l'espace aérien sont typiquement des prérogatives de puissance publique ne présentant pas de caractère économique.

28. A cet égard, il convient de remarquer que la notion d'entreprise en cause dans cet arrêt est celle de l'article 85 du traité. Ainsi que nous l'avons déjà expliqué ci-dessus, il est douteux que cette notion soit transposable à la directive 77/187. Toutefois, il y a lieu de garder à l'esprit que, du point de vue du gouvernement du Royaume-Uni, l'application de la directive doit dépendre de la question de savoir si l'activité exercée revêt un caractère économique ou s'il s'agit d'une activité qui est typiquement celle d'une administration publique.

29. Il nous semble que le critère de l'activité de puissance publique ou de l'activité relevant typiquement de l'administration publique n'est pas le point de départ adéquat pour définir la notion d'entreprise au sens de la directive 77/187. Cela résulte déjà, à notre sens, de considérations purement pratiques. Abstraction faite du domaine classique des régies directes et de celui de la fonction relevant exclusivement de l'exercice de la puissance publique, il nous paraît très difficile, et pas toujours réalisable, d'opérer la distinction dans chaque cas d'espèce. En effet, même dans le domaine des activités de puissance publique, des changements considérables se sont produits au cours des dernières années. Des activités, dont on estimait naguère encore qu'elles relevaient exclusivement de l'exercice de la puissance publique, sont désormais assurées par des entreprises privées. Qu'on nous permette de citer ici à titre d'exemple la Deutsche Bundespost, qui vient d'être privatisée (Telekom, Post-Bank, Post-AG), alors que l'on partait du principe, il y a quelques années encore, qu'elle exerce des missions relevant exclusivement de la puissance publique. La Commission elle-même en donne un autre exemple, à savoir celui de la privatisation des établissements pénitentiaires. Il s'ensuit que le critère de l'exercice de la puissance publique est très difficile à définir puisqu'il est sujet à modifications constantes. Des activités considérées aujourd'hui comme relevant exclusivement de la puissance publique seront peut-être exercées, dans quelques années à peine, dans un but lucratif par une entreprise privée. On ne peut pas non plus exclure que des tâches effectuées par une entreprise privée seront à nouveau considérées, dans quelque temps, comme des fonctions relevant de l'exercice de la puissance publique. C'est pourquoi il n'existe guère de raison qui puisse justifier que les employés qui exercent ces activités, un jour bénéficient de la protection conférée par la directive, puis, l'opinion concernant le caractère de puissance publique de l'activité en cause s'étant modifiée, perdent le bénéfice de cette protection. En outre, on peut se demander dans quelle catégorie il faudrait

10 — Arrêt du 19 janvier 1994 (C-364/92, Rec. p. I-43).

classer le travailleur qui exerce aussi bien des activités de puissance publique que des activités économiques.

30. C'est la raison pour laquelle il nous semble qu'une approche différente est plus appropriée. A notre sens, il est plus rationnel de vérifier, en se fondant sur la finalité de la directive, si une commune peut être une entreprise au sens de la directive ou pas. Comme la Cour l'a déjà jugé [11], il ressort des considérants de la directive 77/187 qu'elle a pour objectif d'empêcher que la restructuration à l'intérieur du marché commun ne s'effectue au préjudice des travailleurs des entreprises concernées. En d'autres termes, c'est la protection des travailleurs qui prime. La portée sociale de la directive découle également du fait que cette dernière — ainsi que la Commission l'a d'ailleurs exposé — a été annoncée dans la résolution du Conseil concernant un programme d'action sociale [12].

31. Certes, il est indiqué au quatrième considérant de la directive 77/187 que les différences qui subsistent dans les États membres en ce qui concerne la protection des travailleurs ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché commun. Toutefois, il n'en résulte pas que la directive a pour seul objectif de garantir le fonctionnement du marché commun. Au contraire, elle vise principalement à protéger les travailleurs en cas de transfert d'entreprises.

11 — Arrêt du 7 février 1985, Abels (135/83, Rec. p. 469, point 18).

12 — JO 1974, C 13, p. 1.

Le cinquième considérant de la directive fait référence à l'article 117 du traité. Cet article est libellé comme suit:

« Les États membres conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès.

... »

La finalité de l'article 117 est double: sociale, en ce qu'elle tend à améliorer les conditions de vie et de travail; économique, en ce qu'elle vise à empêcher que les disparités existant dans le degré de développement de la législation en matière de droit du travail et de sécurité sociale dans les États membres n'entraînent des désavantages de concurrence affectant les entreprises établies dans les États membres dotés de normes de protection élevées, voire ne perturbent plus gravement encore le fonctionnement du marché commun. Ces éléments également indiquent clairement que l'objectif de protection de la directive consiste à protéger les travailleurs en cas de transfert d'une entreprise. Dans ce contexte, il paraît logique de se baser, pour résoudre la question de l'applicabilité de la directive, sur la catégorie de personnes qu'elle est censée protéger, à savoir les travailleurs. Dans son mémoire, la Commission a fait état d'une approche similaire.

32. Si l'on part du principe que le sens et la finalité de la directive 77/187 sont la protection des travailleurs en cas de transfert d'une entreprise, tous les travailleurs protégés en tant que tels par la réglementation nationale doivent bénéficier de cette protection. Mais cela signifie, en dernière analyse, que la directive est applicable dès lors que des personnes protégées en tant que travailleurs en vertu de la législation nationale sont employées dans une entreprise ou une entité. Un tel principe, à son tour, implique que la directive s'applique aux entités qui emploient des salariés au sens des règles nationales protectrices. De cette manière, on garantit que tous les travailleurs dignes de protection en vertu de la réglementation nationale bénéficient également de la protection de la directive.

33. Si l'on considère la finalité protectrice de la directive 77/187, on ne voit pas pourquoi les agents de l'administration publique — comme l'affirme le gouvernement fédéral — devraient être exclus du champ d'application de la directive du seul fait que leur administration exerce *aussi* des fonctions de puissance publique. A notre avis, cela serait manifestement en contradiction avec la finalité protectrice de la directive. C'est pourquoi il faudrait non pas distinguer entre activité de puissance publique ou activité économique dans la mesure où la définition de la notion d'« entreprise » est en cause, mais se baser uniquement sur la notion de travailleur. De même, il n'y a pas lieu de distinguer entre agents du secteur public et employés de droit privé. Une telle distinction conduirait elle aussi à des résultats incompatibles avec la finalité protectrice de la directive, d'autant plus qu'elle n'existe pas dans tous les États membres (au Royaume-Uni par exemple, on ne distingue pas selon qu'un actif est employé dans le secteur public ou dans le secteur privé).

Dans ce contexte, il vaut la peine de mentionner qu'en Allemagne, même dans le secteur public, des conventions collectives de droit privé peuvent s'appliquer aux conditions d'emploi des agents.

34. Par conséquent, ce n'est que si l'on prend pour base la notion de travailleur qu'une application uniforme de la directive à l'intérieur de la Communauté, conformément à sa finalité protectrice, est possible. Ainsi, les difficultés auxquelles on se heurte pour distinguer les activités de puissance publique des activités de droit commun, et que nous avons décrites précédemment (au point 29), ne surgiraient même pas.

35. L'avocat général M. Van Gerven a également soutenu cette opinion dans les conclusions qu'il a présentées dans l'affaire Redmond Stichting [13]. Il est parvenu à la conclusion que la notion d'entreprise qui figure dans la directive 77/187 doit être interprétée de manière extensive et que, pour répondre à la question de savoir si une personne physique ou morale déterminée est une entreprise au sens d'une directive qui, telle que celle dont il est question en l'espèce, poursuit un objectif nettement social, il convient d'accorder une importance décisive

13 — Conclusions du 24 mars 1992 (Rec. p. I-3189, I-3196).

au point de savoir si une ou plusieurs personnes possèdent la qualité de travailleur vis-à-vis de ladite personne physique ou morale, dans le cadre d'un contrat ou d'une relation de travail au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive. En outre, a-t-il poursuivi, à la différence de l'interprétation de la notion de travailleur à l'article 48 du traité CEE, cette notion vise en l'occurrence, selon la jurisprudence de la Cour, toute personne qui, dans l'État membre concerné, est protégée en tant que travailleur au titre de la législation nationale en matière de droit du travail.

36. Au demeurant, la Cour de justice a tranché cette dernière question dès l'année 1985 [14], et a confirmé la solution retenue en 1986 [15]. Dans l'arrêt Danmols Inventar, il s'agissait de définir la notion de travailleur au sens de la directive 77/187. Dans ce contexte, la Cour s'est référée aux considérants de la directive, selon lesquels le maintien des droits des travailleurs doit être assuré en cas de changement de chef d'entreprise. Il en résulte, selon la Cour, que la directive ne vise qu'à une harmonisation partielle en étendant, pour l'essentiel, la protection garantie aux travailleurs de façon autonome par le droit des différents États membres également à l'hypothèse d'un transfert de l'entreprise. Son objet est donc d'assurer, autant que possible, la continuation du contrat de travail ou de la relation de travail, sans modification, avec le cessionnaire, afin d'empêcher que les travailleurs concernés par le transfert de l'entreprise ne soient placés dans une position moins favorable du seul fait de ce transfert. Elle ne vise toutefois pas à instaurer un niveau de protection uniforme pour l'ensemble de la Communauté. La Cour en conclut que la directive ne peut être invoquée que par des personnes qui sont, d'une manière ou d'une autre, protégées en tant que travailleurs au titre de la législation de l'État membre concerné.

37. Outre la définition de la notion de travailleur au sens de la directive 77/187, il ressort de cet arrêt que l'objectif de cette dernière est de protéger les travailleurs en cas de transfert d'entreprise et d'assurer, autant que faire se peut, la continuation du contrat de travail. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, cela n'est possible que si l'on se base uniquement sur la notion de travailleur pour trancher la question de l'applicabilité de la directive.

38. Le fait que la directive 77/187 est fondée sur l'article 100 du traité CE ne fait pas obstacle à une définition de la notion d'entreprise fondée sur les travailleurs qui y sont employés. Comme nous l'avons indiqué plus haut, cet article a trait au fonctionnement du marché commun. Or, le marché du travail de la Communauté et la situation des travailleurs constituent également l'un des aspects du marché commun. Il existe un lien étroit entre le marché commun et la situation de la main-d'œuvre. Les évolutions économiques et les restructurations peuvent s'accompagner de désavantages pour les travailleurs (désavantages que la directive 77/187, dont c'est précisément le sens et la finalité, a pour but d'empêcher); il importe peu, à cet égard, que ces derniers travaillent dans le secteur privé ou dans l'administration publique. Ces désavantages peuvent avoir des incidences

14 — Arrêt du 11 juillet 1985, Danmols Inventar (105/84, Rec. p. 2639, point 28).

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

sur tout ou partie du marché du travail des États membres concernés. Grâce à la libre circulation des travailleurs, les marchés du travail des États membres sont en relation réciproque, de sorte que la situation de la main-d'œuvre dans les États membres et les législations différentes peuvent avoir des répercussions transfrontalières [16]. On voit par là qu'une commune qui emploie des travailleurs relevant de normes de protection nationales peut elle aussi influer sur le fonctionnement du marché commun du travail et, partant, du marché commun.

39. Par ailleurs, l'existence de normes différentes concernant la protection des travailleurs dans les différents États membres peut conduire à des distorsions de concurrence. Le représentant du gouvernement du Royaume-Uni l'a en partie nié au cours de l'audience. Il s'est référé à cet égard à l'arrêt Commission/Royaume-Uni [17], dans lequel la Cour a jugé que la directive avait également pour but de rapprocher les charges qu'entraînent les règles de protection pour les entreprises de la Communauté. Le gouvernement du Royaume-Uni en déduit qu'une administration communale n'entre pas dans le champ d'application de la directive 77/187 lorsqu'elle effectue des tâches caractéristiques de l'administration et, partant, qu'elle n'entre donc pas en concurrence avec d'autres entreprises.

40. Une telle distinction fondée sur la nature de l'activité de l'administration est incompatible avec le but principal de la directive, à savoir la protection des travailleurs, ainsi que nous l'avons déjà discuté de manière détaillée au point 33.

41. Il résulte des considérations qui précèdent que la directive est applicable dès lors que des travailleurs au sens de la législation nationale qui les protège sont employés dans une entreprise ou dans une entité. Il importe peu à cet égard que cette entreprise exerce son activité dans le domaine de l'administration publique ou dans le secteur privé. Il s'ensuit que la directive peut également s'appliquer à une commune lorsque cette dernière emploie des travailleurs au sens de la législation nationale protectrice. Il appartient à la juridiction nationale de vérifier si tel est le cas.

42. Si la Cour de justice devait ne pas suivre l'opinion soutenue ici et subordonner l'applicabilité de la directive 77/187 à la condition supplémentaire que l'entreprise exerce une activité économique, nous souhaiterions formuler à cet égard les remarques suivantes: même si l'on se rallie au point de vue des gouvernements fédéral et du Royaume-Uni et que l'on voit dans l'exercice d'une activité économique une condition fondamentale de l'applicabilité de la directive, on en n'aboutit pas moins au même résultat en l'espèce, car la commune satisfait à cette condition. Ainsi que nous l'avons déjà mentionné, le représentant de la demanderesse a cité de nombreux exemples d'activités à caractère industriel ou commercial exercées

16 — Quatrième considérant de la directive 77/187.
17 — Précité, note 5.

par la commune. D'ailleurs, ni le gouvernement fédéral ni le gouvernement du Royaume-Uni ne contestent que la commune exerce effectivement les activités en cause. Par conséquent, la commune participe aux activités économiques. La notion d'activités économiques dans l'ensemble de la Communauté figure à l'article 2 du traité CE, qui esquisse les buts de la Communauté. Aux termes de cet article, la Communauté a entre autres pour mission, par l'établissement d'un marché commun, de promouvoir un développement harmonieux et équilibré des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté. Selon une jurisprudence constante de la Cour, la notion d'activités économiques doit être interprétée de manière extensive. Ainsi, elle a déjà jugé dans l'arrêt Donà [18] qu'« une prestation de travail salarié ou une prestation de services rémunérés » doit être regardée comme une activité économique, au sens de la disposition précitée du traité. Par conséquent, pour qu'une activité soit considérée comme étant économique, il suffit qu'elle soit effectuée contre rémunération. En effet, il ressort de l'arrêt Lawrie-Blum que ni le domaine dans lequel l'activité est accomplie ni le régime juridique qui lui est applicable ne sont déterminants. Au contraire, selon la Cour, pour l'application de l'article 48 — à propos duquel elle s'est prononcée dans l'arrêt Lawrie-Blum — il est uniquement requis que l'activité en cause présente le caractère d'une prestation de travail *rémunérée*, quel que soit, par ailleurs, le domaine dans lequel elle est accomplie [19]. Dans un autre arrêt relatif à l'article 48, la Cour a déclaré que la nature du lien juridique entre le travailleur et l'employeur — statut de droit public ou contrat de droit privé — n'est pas non plus déterminante [20].

43. Certes, ces arrêts ne se rapportent pas à la directive 77/187; toutefois, l'avocat général M. Van Gerven se base également, dans ses conclusions dans l'arrêt Commission/Royaume-Uni, précité, [21] sur l'existence d'une activité rémunérée. Pour définir la notion d'entreprise, lui aussi part du fait que, en vertu de la disposition fondamentale qu'est l'article 2 du traité CE, celui-ci englobe les activités économiques de la Communauté, qui doivent être entendues dans un sens très large. Par conséquent, pour qu'une activité puisse être qualifiée d'économique, il suffit qu'elle soit exercée contre rémunération. Le secteur dans lequel elle est exercée ne présente pas une importance déterminante. Comme il est incontestable que la commune exerce des activités rémunérées, il ne fait aucun doute qu'elle participe à la vie économique. Par conséquent, elle exerce une activité économique et participe au fonctionnement du marché commun.

44. Même si l'on prend pour base la jurisprudence Levin, il semble bien que cela ne modifie en rien cette conclusion [22]. Dans cet arrêt, la Cour a jugé, en ce qui concerne le champ d'application de l'article 48, qu'une activité économique par trop minime ne peut plus être considérée comme une participation à la vie économique. C'est à la juridiction nationale qu'il appartient de déterminer l'importance de l'activité économique exercée. Nous souhaitons toutefois préciser ici que, d'après la déclaration non contestée que le représentant de la demanderesse a faite à l'audience, on ne peut guère considérer que l'activité économique de la commune de Schierke soit par trop insignifiante.

18 — Arrêt du 14 juillet 1976 (13/76, Rec. p. 1333, points 12 et 13).

19 — Arrêt du 3 juillet 1986 (66/85, Rec. p. 2121, point 20).

20 — Arrêt du 12 février 1974, Sotgiu (152/73, Rec. p. 153, point 6).

21 — Conclusions du 2 mars 1994 (Rec. p. I-2435, 2438, points 22 à 27).

22 — Arrêt du 23 mars 1982 (53/81, Rec. p. 1035, point 17).

45. En outre, qu'il nous soit permis de rappeler que — comme nous l'avons déjà exposé ci-dessus — c'est aussi parce qu'elle emploie des travailleurs que la commune participe au fonctionnement du marché commun du travail et, par conséquent, du marché commun.

46. On ne peut pas davantage nier l'existence d'une activité économique de la commune parce qu'elle exerce *aussi* des activités de puissance publique. Il serait contradictoire avec la finalité de la directive 77/187 que les travailleurs ne puissent pas bénéficier de la protection qu'elle confère au seul motif que la commune exerce, outre des activités économiques, également des activités de puissance publique.

47. La manière de voir de la Commission selon laquelle les différents secteurs de l'administration communale doivent être envisagés séparément doit d'ailleurs elle aussi être écartée, compte tenu de la finalité protectrice de la directive 77/187. Dans ce contexte, la Commission soulève la problématique de la succession aux fonctions (Funktionsnachfolge), que la Cour a déjà examinée à plusieurs reprises auparavant, et qu'elle sera encore amenée, selon la Commission, à examiner à l'avenir [23]. Pour répondre aux questions qui nous sont soumises dans la présente affaire, cette théorie est toutefois sans importance, car il ne fait aucun doute que ce ne sont pas des fonctions isolées de l'entreprise qui devaient être transférées, mais l'entité dans son ensemble. Une application de la théorie exposée par la Commission à la présente affaire, où l'ensemble de l'entité doit être transférée, serait la source de nombreux problèmes. En effet, pourquoi un agent de l'administration communale, que le droit national traite de la même manière que ses collègues, devrait-il perdre le bénéfice de la protection conférée par la directive du seul fait que, contrairement à eux, il exerce une activité de puissance publique? On peut se demander comment il faudrait procéder lorsque l'agent change de fonction et qu'il exerce désormais une activité économique.

Il existe également une autre raison qui explique qu'une telle subdivision en secteurs d'activités distincts n'est pas réalisable en pratique: dans quelle catégorie faudrait-il classer les agents d'une petite commune qui exécutent simultanément différentes fonctions, et donc des tâches économiques et de puissance publique? La seule raison qui permettrait d'exclure un agent du champ d'application de la directive 77/187 — et cela seulement en faisant abstraction de la finalité protectrice de la directive — serait qu'il n'exerce qu'une activité économique négligeable (voir la discussion de la jurisprudence Levin au point 44). Là encore, il appartiendrait au juge national de le constater.

Il s'ensuit que même dans cette hypothèse la directive serait en l'occurrence applicable à la commune.

23 — De fait, plusieurs procédures relatives à cette problématique sont actuellement en cours.

48. Par ailleurs, la proposition de la Commission visant à modifier la directive [24], qui prévoit expressément l'application de cette dernière aux entreprises publiques, est également en accord avec cette conception. Ainsi que la Commission l'affirme dans le sixième considérant, il est nécessaire de clarifier la réglementation existante. Selon ce texte, les considérations de sécurité et de transparence juridiques nécessitent aussi de « prévoir expressément, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice, que la directive est applicable aux entreprises privées et publiques exerçant des activités économiques, qu'elles agissent ou non dans un but lucratif ». Dans les nouvelles dispositions de la directive qu'elle propose, la Commission continue à employer la notion d'« entreprise » sans la définir plus précisément. Par conséquent, il faut, selon ce texte également, s'en tenir aux caractéristiques que la Cour a déjà d'ailleurs définies ou qu'il lui faut encore définir. Il nous reste encore à faire la remarque suivante concernant la notion d'« activités économiques » que la Commission utilise dans sa proposition: si l'on envisage cette expression dans le contexte de l'exposé de la Commission, il en résulte que la notion d'entreprise ne doit pas être interprétée de manière plus étroite que jusqu'à présent, et que, du point de vue de la Commission, même les activités de puissance publique peuvent être couvertes par cette notion d'activités économiques. Selon la Commission, la directive est applicable même lorsqu'une secrétaire titularisée exerce une activité dont une entreprise privée peut également se charger. On peut en déduire que cette secrétaire exerce alors des activités économiques au sens de la directive. Cela signifie à son tour, s'agissant de l'interprétation de la notion d'« activités économiques », que la Commission désigne par là les activités qui — même lorsqu'il s'agit d'activités de puissance publique — peuvent être effectuées également par une entreprise privée. C'est pourquoi les activités industrielles ou commerciales de la commune examinées ici relèvent d'emblée de cette notion d'activités économiques. Il s'ensuit que, même d'après la proposition de modification de la Commission, la directive serait applicable à la présente affaire, et cela avant tout également parce que cette proposition ne modifie en rien sa finalité protectrice.

49. Précisons, pour être complet, que le Bundesarbeitsgericht soutient une opinion analogue à celle qui est développée ici. Ainsi, il a jugé que l'article 613 a du BGB (code civil allemand) s'applique aux organismes publics, aux écoles, aux forces armées, etc. L'article 613 a du BGB est la disposition qui transpose la directive 77/187 en droit interne allemand [25].

50. En conséquence, nous aimerions souligner à nouveau, en résumé, que l'on est en présence d'une entreprise au sens de la directive dès lors qu'une entité emploie des travailleurs protégés conformément à la réglementation nationale de droit du travail applicable.

24 — Proposition de directive du Conseil 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 (JO 1994, C 274, p. 10 et suiv.).

25 — Arrêts du Bundesarbeitsgericht du 16 mars 1994 (AZ: 8 AZR 639/92, publié dans *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1995, p. 125 à 127); du 21 juillet 1994 (AZ: 8 AZR 227/93, publié dans *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 1995, p. 119); du 7 septembre 1995 (AZ: 8 AZR 928/93, publié dans *Arbeit und Recht* 1996, p. 29).

Transfert de l'entreprise

51. A présent qu'il est établi qu'en l'espèce la commune de Schierke doit manifestement être qualifiée d'entreprise au sens de la directive 77/187, il convient de rechercher s'il y a eu « transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements » au sens de la directive.

52. La demanderesse fait valoir à cet égard que les attributions de la commune de Schierke et les moyens y afférents, tels que dossiers, disquettes et autre matériel administratif ont été transférés au groupement intercommunal Brocken, et que par conséquent il y a transfert au sens de la directive.

53. Dans ses développements, la Commission se réfère en premier lieu à l'arrêt Spijkers [26], dans lequel la Cour a jugé qu'il y a transfert dès lors qu'une entité économique, au sein de laquelle existent les relations de travail en cause, garde son identité, seul le chef d'entreprise ayant changé.

54. Pour le secteur d'activités dont la demanderesse était chargée, l'existence d'une entité économique dotée d'une identité propre à côté de la commune de Schierke est corroborée par le fait que l'aide au développement économique et le tourisme, ainsi que les tâches administratives y afférentes, étaient regroupées sur le plan de l'organisation, et que des moyens d'exploitation aux fins de la réalisation de ces tâches avaient été accordés. En ce qui concerne le maintien de l'identité de l'entité en cause lors du transfert, la Commission est d'avis qu'il ne saurait dépendre de manière décisive de la question de savoir si les tâches effectuées par la demanderesse dans son domaine de compétence sont entretemps résolues et exécutées par le groupement intercommunal également pour les autres communes membres; ce qui est décisif au contraire, c'est que toutes les activités dont la commune de Schierke s'était chargée elle-même auparavant sont désormais effectuées de manière similaire ou identique par le groupement intercommunal, dans l'intérêt de la commune de Schierke et pour son compte.

55. Dans ce contexte, le gouvernement du Royaume-Uni également renvoie à la jurisprudence de la Cour dans l'affaire Spijkers en énonçant les conditions précitées du transfert d'une entreprise. Toutefois, en examinant si les conditions sont réunies dans la présente affaire, il parvient à une autre conclusion que la Commission.

Pour lui, le champ d'application de la directive 77/187 ne peut viser une « collectivité gouvernementale » que lorsqu'il s'agit du transfert d'une entité économique stable. Ce transfert doit permettre à tout le moins la poursuite de certaines activités du cédant. Une entité économique comprend des locaux

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

commerciaux et/ou des éléments patrimoniaux et/ou des employés qui poursuivent des activités économiques. Mais une « administration gouvernementale » locale ne se situe plus dans le champ d'application de la directive lorsqu'elle se charge, complètement ou principalement, d'activités qui sont typiquement celles de l'administration publique.

56. A plusieurs reprises déjà, la Cour de justice a été amenée à examiner la problématique de l'interprétation de la notion de « *transfert* d'entreprises ». Dans les arrêts Spijkers, Ny Mølle Kro et Redmond Stichting, elle a déclaré que le critère décisif pour déterminer s'il y a transfert au sens de la directive réside dans le fait que l'entité transférée garde son identité [27].

Par conséquent, il convient d'évaluer s'il s'agit d'une entité économique encore existante qui a été cédée, ce qui résulte notamment du fait que son exploitation est effectivement poursuivie ou reprise par le nouveau chef d'entreprise, avec les mêmes activités économiques ou des activités analogues [28].

57. En procédant à cet examen, il convient de veiller principalement à la poursuite de l'activité économique. Pour reprendre la formule précitée, l'« entité économique encore existante » désigne l'objet du transfert; conformément aux termes de la directive 77/187, cet objet est une entreprise, un établissement ou une partie d'établissement, et doit être défini en fonction de la finalité protectrice de la directive, ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus [29].

58. Pour répondre à la question de savoir si l'entité garde son identité, il y a lieu de prendre en considération l'ensemble des circonstances de fait caractérisant l'opération en cause, au nombre desquelles figurent notamment le type d'entreprise dont il s'agit, l'utilisation qui est faite des éléments corporels tels que les bâtiments et les biens mobiliers, la valeur des éléments incorporels, la reprise ou non de tout ou partie de l'effectif [30], le transfert de la clientèle, ainsi que le degré de similarité entre les activités exercées avant le transfert et celles exercées après le transfert par le nouveau chef d'entreprise. Toutefois, selon la Cour, tous ces éléments ne sont que des aspects partiels de l'évaluation d'ensemble qui s'impose et ne sauraient, de ce fait, être appréciés isolément [31].

59. Si l'on applique ces critères aux faits de la présente affaire, il en résulte, d'après les déclarations non contestées des parties, de nombreux indices en ce sens que ces conditions sont en l'occurrence réunies. Ainsi, des dossiers, des disquettes et d'autres docu-

27 — Arrêt Spijkers, précité (note 26); arrêts du 17 décembre 1987, Ny Mølle Kro (287/86, Rec. p. 5465, points 18 et suiv.), et Redmond Stichting, précité (note 4), point 23.

28 — Arrêts Spijkers, précité (note 26), point 12; Ny Mølle Kro, précité (note 27), point 18, et Redmond Stichting, précité (note 4), point 23.

29 — Voir les points 32, 33 et 34.

30 — Arrêt du 7 mars 1996, Merckx et Neuhuys (C-171/94 et C-172/94, Rec. p. I-1253, point 26).

31 — Arrêt Redmond Stichting, précité (note 4), point 24, renvoyant à l'arrêt Spijkers, précité (note 26), point 13.

ments de la commune de Schierke ont été remis au groupement intercommunal. En outre, on a pu constater que celui-ci a repris au moins une partie du personnel, et que le degré de similarité des activités exercées par les deux collectivités est très élevé; c'est ce qu'atteste aussi le fait que *toutes* les attributions de la commune de Schierke sont reprises. La population de la commune de Schierke, que l'on doit considérer, dans ce contexte, comme étant la « clientèle », est désormais prise en charge par le groupement intercommunal.

De même, il ressort des déclarations des intéressés que les anciens locaux continuent à être utilisés en partie, par exemple pour loger les antennes administratives du groupement.

Tous ces éléments sont des faits qui, envisagés dans leur ensemble, conduisent à la conclusion que le nouveau « chef d'entreprise », le groupement intercommunal « Brocken », poursuit effectivement, au moins de manière analogue, l'activité économique qui avait été exercée auparavant; par conséquent, de nombreux éléments plaident en ce sens que les critères énoncés par la Cour dans l'arrêt Spijkers pourraient être réunis.

En particulier, le fait que le groupement intercommunal nouvellement créé accomplisse sa mission au profit de plusieurs communes et qu'il ait déplacé une partie des fonctions qu'il exerce dans les antennes administratives ne ferait pas obstacle à ce que l'on admette qu'il y ait transfert.

Il est caractéristique qu'un transfert d'entreprise — et c'est d'ailleurs le plus souvent le but de l'opération — s'accompagne d'une restructuration et d'une réorganisation de l'ancienne entreprise. Il n'entre certes pas dans l'objet de la directive 77/187 d'empêcher cela, pourvu que le travailleur soit préservé de désavantages pouvant résulter du transfert en tant que tel.

La directive ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements en matière d'emploi [32].

60. Toutefois, le juge national reste en principe compétent pour rechercher toutes les circonstances pouvant plaider en ce sens qu'une entité a gardé son identité lors du transfert, c'est-à-dire que le nouveau chef d'entreprise reprend les activités économiques au moins de manière analogue.

32 — Article 4, paragraphe 1, seconde phrase, de la directive 77/187.

Ainsi, la mission de la Cour se limite à fournir à la juridiction nationale les critères requis en vertu du droit communautaire, et que nous avons déjà mentionnés, pour que cette dernière soit à même de rendre, dans chaque cas d'espèce, une décision qui soit conforme à la directive.

61. Au vu des développements qui précèdent, il convient, à notre sens, de répondre à la première question posée par la juridiction de renvoi qu'il y a transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187 lorsque, à la suite de l'association volontaire de deux ou plusieurs communes autonomes en vue de créer un groupement intercommunal, ces communes emploient des personnes protégées en tant que travailleurs au titre de la législation nationale, et que les activités des communes existantes sont effectivement reprises.

A cet égard, il y a lieu de prendre globalement en considération l'ensemble des circonstances de fait caractérisant l'opération en cause (à savoir la création d'un groupement intercommunal), au nombre desquelles figurent notamment la nature et l'étendue des compétences transférées, les activités exercées, le domaine de compétence territoriale, le pouvoir de disposer des dossiers et des autres moyens administratifs, ainsi que la reprise du personnel. Il appartient à la juridiction nationale de constater ces circonstances de fait.

Cession conventionnelle

62. De l'avis de la demanderesse, le transfert au sens de la directive 77/187 repose sur une cession conventionnelle. S'il est vrai que la législation du Land de Saxe-Anhalt a autorisé une restructuration par création d'un groupement intercommunal, cette dernière a toutefois été réalisée sur la base d'un accord de droit public. Selon elle, il ne s'agit donc pas de la simple exécution d'un commandement de la loi; au contraire, il est loisible aux communes d'organiser et de définir par elles-mêmes, selon leur propre appréciation, la nature et l'étendue de la réorganisation. A cet égard, les communes participantes sont parties, à égalité de droit, à un contrat de droit public.

63. La Commission renvoie tout d'abord à la jurisprudence de la Cour dans les arrêts Abels et Redmond Stichting [33]. Elle fait valoir en outre que, si l'administration publique peut, elle aussi, être une entreprise au sens de la directive 77/187, on ne voit pas pourquoi la notion de « cession conventionnelle » de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive signifierait uniquement cession de droit privé. En tout cas, une telle restriction ne peut être déduite de la directive elle-même; elle serait d'ailleurs incompatible avec la finalité protectrice de la directive.

33 — Précités, notes 11 et 4.

En outre, selon la Commission, la convention de droit public est une condition préalable de la survenance de l'effet légal ultérieur. Dans le cadre de cette phase préparatoire, les communes disposent d'une certaine latitude quant au contenu de la convention: autrement dit, l'applicabilité de la directive dépend en premier lieu de l'issue des discussions qui se sont déroulées entre les communes.

64. Le gouvernement fédéral fait valoir qu'il s'agit au contraire d'un accord de droit public portant création d'un groupement intercommunal ayant pour objet la prise en charge de missions de puissance publique dans le cadre communal. Par conséquent, il n'existe pas, selon lui, d'accord conventionnel au sens de la directive.

65. Cette conception ne saurait être accueillie. Conformément à la jurisprudence constante de la Cour [34] (en dernier lieu dans son arrêt Merckx et Neuhuys), la notion de *cession conventionnelle* doit être interprétée de manière souple en raison des différences entre les versions linguistiques de la directive 77/187 et des divergences entre les législations nationales sur cette notion. Cette interprétation doit répondre à l'objectif de la directive, qui est de protéger les salariés en cas de transfert de leur entreprise. Il s'ensuit que la directive est applicable dans toutes les hypothèses « de changement, dans le cadre de relations contractuelles, de la personne physique ou morale responsable des exploitations de l'entreprise, qui contracte les obligations d'employeur vis-à-vis des employés de l'entreprise » [35].

Si l'on considère la finalité protectrice, déjà exposée, de la directive, qui entend préserver tout travailleur protégé en vertu de son droit national de désavantages pouvant résulter du transfert de l'entreprise, il est clair que tant les travailleurs d'une entreprise de droit privé que ceux d'une entreprise de droit public doivent bénéficier de cette protection. A partir de là, il ne fait aucune différence que l'accord passé entre l'ancien et le nouveau « chef d'entreprise » doive être apprécié d'après le droit privé ou le droit public de l'État membre concerné.

66. A supposer même — comme cela a été dit à l'audience — que, en application de la législation du Land de Saxe-Anhalt, la création d'un groupement intercommunal entraîne le transfert d'une partie des attributions des communes par l'effet de la loi, cela ne modifie en rien cette conclusion. Nous voudrions souligner d'abord qu'il n'appartient pas à la Cour de justice de déterminer et d'examiner les normes pertinentes de la législation du Land. Cela relève de la seule compétence des juridictions nationales.

67. Nous pouvons toutefois dire ici qu'il est également ressorti de l'audience que les com-

34 — Arrêts Abels, précité (note 11), points 11 à 13; Redmond Stichting, précité (note 4), points 10 et suiv.

35 — Arrêt Merckx et Neuhuys, précité (note 30), point 28.

munes ont pu déterminer librement s'il devait véritablement y avoir transfert de fonctions, d'activités et de compétences, et, dans l'affirmative, dans quelle mesure. S'agissant des attributions transférées en vertu de la loi après la création du groupement intercommunal, il convient d'indiquer que les communes, en créant le groupement, connaissaient les conséquences juridiques résultant des accords conclus. Ce n'est qu'à partir du moment où le groupement intercommunal a été créé par convention que les conditions d'un transfert des attributions par l'effet de la loi ont été réunies. Par conséquent, les communes ont, sur ce point également, coopéré sciemment et volontairement aux fins de la survenance de la conséquence légale. En d'autres termes, on pourrait considérer que dans la présente affaire il y a cession conventionnelle des attributions même dans l'hypothèse où la législation du Land prévoit que leur transfert s'effectue en vertu de la loi.

68. Par conséquent, si des collectivités de droit public, en l'occurrence des communes, transfèrent des attributions par accord de droit public, et que ce transfert affecte des travailleurs protégés au titre de la législation nationale, les conditions de l'applicabilité de la directive 77/187 sont réunies.

69. En conséquence, il convient d'indiquer à la juridiction de renvoi, en réponse à sa deuxième question, que, en cas de réponse affirmative à la première question, le transfert repose sur un accord conventionnel au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187 même lorsque le groupement intercommunal a été créé par accord de droit public.

C — Conclusion

70. En conséquence, nous proposons à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles posées par la juridiction de renvoi:

« 1) Il y a transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, lorsque, à la suite de l'association volontaire de deux ou plusieurs communes autonomes en vue de créer un groupement intercommunal, ces communes emploient des personnes protégées en tant que travailleurs au titre de la législation nationale, et que les activités des communes existantes sont effectivement reprises.

A cet égard, il y a lieu de prendre globalement en considération l'ensemble des circonstances de fait caractérisant l'opération en cause (à savoir la création d'un groupement intercommunal), au nombre desquelles figurent notamment la nature et l'étendue des compétences transférées, les activités exercées, le domaine de compétence territoriale, le pouvoir de disposer des dossiers et des autres moyens administratifs, ainsi que la reprise du personnel. Il appartient à la juridiction nationale de constater ces circonstances de fait.

2) Le transfert repose sur un accord conventionnel au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 77/187 même lorsque le groupement intercommunal a été créé par des accords volontaires de droit public conclus par les communes membres, même lorsque, à la suite de ces accords, une partie de leurs attributions est transférée en vertu de la loi. »