

2. L'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187 doit être interprété en ce sens qu'il englobe également les obligations du cédant, résultant d'un contrat de

travail ou d'une relation de travail, nées antérieurement à la date du transfert, sous réserve seulement des exceptions prévues au paragraphe 3 dudit article.

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
SIR GORDON SLYNN
présentées le 8 novembre 1984¹

*Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,*

La demande de décision préjudicielle adressée à la Cour, en application de l'article 177 du traité CEE, par le Raad van Beroep de Zwolle, pose des questions d'une importance et d'une difficulté considérables, à propos desquelles des points de vue radicalement différents ont été exposés, tant devant la Cour que dans les publications à caractère juridique. Ces questions ont trait à l'interprétation de la directive 77/187 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. Le contexte de la présente affaire est le suivant.

M. Abels, demandeur au principal, était employé par la société Machinefabriek Thole BV (« Thole ») aux Pays-Bas depuis 1961. Il semble qu'en 1981 cette société se soit trouvée aux prises à des difficultés financières. Le 2 septembre 1981, l'Arrondissementsrechtbank d'Almelo a provisoirement octroyé à Thole une « surséance van betaling » (sursis au paiement des dettes de l'entreprise). Par ordonnance du 17 mars 1982, Thole a été définitivement admise au

bénéfice de ce régime. Cependant, le 9 juin 1982, date à laquelle un certain nombre de salariés de l'entreprise avaient déjà été licenciés, cette même juridiction a mis Thole en état de faillite et désigné à cet effet un syndic (liquidateur). Le liquidateur a conclu un accord avec la société à responsabilité limitée « Transport Toepassing en Produktie BV (« TTP »), par lequel cette dernière s'engageait à continuer l'entreprise dirigée par Thole à partir du 10 juin 1982. M. Abels et la plupart de ceux qui travaillaient chez Thole au moment de la faillite ont été engagés par TTP à partir du 10 juin 1982. Ni Thole ni TTP n'ont payé à M. Abels de salaire pour la période du 1^{er} au 9 juin 1982, pas plus que ses droits aux congés acquis pendant l'année de référence débutant le 1^{er} juillet 1981 ou une part proportionnelle de la gratification de fin d'année. M. Abels a donc cherché à obtenir les montants dont il s'agit auprès de la fédération professionnelle de la métallurgie et de l'électrotechnique, tenue selon lui, en vertu de la législation néerlandaise, au versement de ces sommes à défaut de paiement par un tiers. La fédération professionnelle a objecté qu'elle n'était pas tenue à de tels versements, au motif qu'en vertu des articles 1639 aa) et 1639 bb) du code civil néerlandais (issus de la loi du 15 mai 1981, destinée à mettre en œuvre aux Pays-Bas la directive 77/187), TTP était tenue de les acquitter.

¹ — Traduit de l'anglais.

Aux termes de l'article 3 de la directive, « les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire ».

La première question est ainsi rédigée: « Le champ d'application de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 77/187/CEE s'étend-il également à la situation dans laquelle le cédant de l'entreprise a été déclaré en état de faillite ou a obtenu une 'surséance van betaling'? »

La même question a été posée dans deux autres affaires pendantes devant la Cour, à savoir les affaires 179/83, *Industriebond FNV et Federatie Nederlandse Vakbeweging/Pays-Bas*, et 186/83, *Botzen/Rotterdamse Droogdok Maatschappij*. Il paraît approprié d'examiner en l'espèce l'ensemble des arguments soulevés sur cette question, de manière à ce que les présentes conclusions servent de référence pour les deux autres affaires, puisqu'elles ont été évoquées la même jour.

La version anglaise de l'article 1^{er}, paragraphe 1, s'énonce comme suit: « This Directive shall apply to the transfer of an undertaking, business or part of a business to another employer as a result of a legal transfer or merger. » Envisagée d'un point de vue littéral, une telle définition s'étend à l'évidence également à des cessions autres que celles résultant d'un contrat proprement dit. Toutefois, la version française se réfère à des transferts par « cession conventionnelle », même si le préambule parle uniquement de « cessions »; les versions néerlandaise, allemande et italienne abondent dans le même sens (« overdracht krachtens overeenkomst », « vertragliche Übertragung », « cessione contrattuale »). La version danoise (« overdragelse ») se situe apparemment entre les deux, puisqu'elle

inclut les cessions par voie de donation ou contractuelles, à l'exclusion de cessions résultant de décisions judiciaires ou d'un héritage; en revanche, l'achat d'une entreprise à la masse de faillite dans le cas d'une insolvabilité du débiteur tomberait dans le champ d'application de la directive, de sorte que la version danoise semble être, à la limite, plus proche du texte français que la version anglaise. Quoi qu'il en soit, puisqu'il n'y a aucune raison péremptoire fondée sur le libellé ou les objectifs de la directive envisagée dans son ensemble pour que la version anglaise, plus extensive, l'emporte sur les autres, nous estimons qu'elle doit être lue comme envisageant uniquement des cessions contractuelles, cela conformément à la majorité des versions linguistiques en présence (affaires 49/81 et 50/81, *Kaders/Hauptzollamt Hamburg-Waltershof* et *Hauptzollamt Hamburg-Ericus*, Rec. 1982, p. 1917 et 1941, voir point 9 des motifs dans l'une et l'autre affaires).

Un tel choix complique malheureusement la question, plutôt qu'il ne la simplifie, puisque si on considérait uniquement les termes de la version anglaise, la solution littérale serait en tout cas simple. Or, selon la thèse soutenue par la Commission — qui considère que seule relève du champ d'application de la directive une cession contractuelle — il y aurait lieu de faire abstraction des cessions résultant de faillites puisqu'elles ne donnent pas lieu à de véritables cessions « conventionnelles ». La cession d'une entreprise non solvable a plutôt le caractère d'une vente forcée (et non d'une vente conventionnelle de gré à gré).

L'argument en sens contraire consiste à dire que, puisque la faillite n'est pas expressément exclue de la définition, elle est censée y être comprise; si donc intervient, à un stade ou à un autre, une vente opérée par la masse de faillite (comme au Danemark) ou par le liquidateur (comme en Angleterre), la cession résultant de cette vente relève des dispositions de la directive.

Il ne nous semble pas que l'un ou l'autre de ces arguments de texte puisse être décisif, bien que l'un et l'autre puissent être soutenus.

D'une part, le fait de classer une vente opérée par les créanciers ou un liquidateur comme une vente « forcée » méconnaît le fait qu'ils sont non seulement « disposés » à vendre mais, peut-être aussi, « vivement préoccupés » de vendre. Une vente peut-être l'objet principal d'une procédure de liquidation, notamment dans le cas où, comme en Angleterre, la vente résulte d'une liquidation volontaire. Il semble également, eu égard aux arguments qu'on a fait valoir, qu'il y ait doute sur le point de savoir dans quelle mesure, au regard des différents droits nationaux, une vente opérée au cours d'une procédure de faillite doit être considérée comme véritablement conventionnelle.

L'argument en sens contraire semble ne pas tenir compte de l'intervention du tribunal et de toutes mesures exécutoires ordonnées par ce dernier, ou qui résulterait en droit du fait que la procédure de faillite est en cours, même si, à un stade ultérieur de cette procédure, le transfert intervient par le biais d'un contrat. Elle méconnaît également le fait que la procédure de faillite est habituellement régie par des dispositions spécifiques, tant sur le plan national que par voie de directives communautaires, et que, par exemple, la faillite est exclue de la convention judiciaire de 1968. Par conséquent, au sens commun du terme, on ne considère généralement pas la cession finale d'une entreprise ou d'un établissement, d'un propriétaire à un autre propriétaire, dans le cadre d'une faillite, comme une cession « conventionnelle ».

Nous ne croyons pas que l'argument de la Commission selon lequel les articles 3, paragraphe 1, alinéa 2, et 4, paragraphe 1, ainsi que 6, paragraphe 1, montrent que la procédure de faillite est exclue, corrobore de manière décisive ou suffisante la position qu'elle adopte à partir d'une approche purement formelle.

Le deuxième alinéa de l'article 3, paragraphe 1, dispose que les États membres peuvent prévoir qu'après la cession, le cédant continue — à côté du cessionnaire — d'être responsable des obligations résultant d'un contrat de travail ou d'un rapport de travail. La Commission soutient à cet égard que cela n'aurait aucun intérêt aux fins de la procédure de faillite, puisque normalement le cédant cessera d'exister postérieurement à la cession. Cet article n'est cependant pas nécessairement d'application universelle et, en tout état de cause, même une entreprise solvable peut-être dissoute après la vente de ses établissements ou d'une partie de ses établissements.

Selon l'article 4, paragraphe 1, la cession d'une entreprise ne constitue pas par elle-même un motif de licenciement, pour le cédant ou le cessionnaire, bien que de tels licenciements puissent intervenir « pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi ». La Commission soutient que cette exception sera toujours ouverte pour des raisons économiques dans le cadre d'une faillite, de sorte que l'article 4, paragraphe 1, est superfétatoire. Il ne nous semble pas qu'on puisse tirer de conclusion en ce sens, puisqu'en cas de vente d'une partie viable d'une entreprise en faillite, il peut ne pas y avoir de motif valable, d'un point de vue économique, pour licencier tout ou partie du personnel employé dans cette partie de l'entreprise.

Nous ne voyons pas non plus que les dispositions de l'article 6, paragraphe 1, selon lesquelles les représentants du personnel doivent être informés du motif du transfert, soient nécessairement superfétatoires, même si les salariés sont à même d'apprécier dans de telles circonstances les raisons d'une cession.

Si l'on se réfère à présent à la genèse de la proposition, on doit noter qu'en ce qui

concerne le libellé de la proposition initiale (dont les articles 1^{er}, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1, diffèrent considérablement de la directive finale) le Comité économique et social a commenté la proposition comme suit:

« 1.7. Le Comité croit savoir que la Commission a préféré considérer que ces questions [entre autres, celle du cédant qui continuerait de répondre des anciennes dettes] se posent surtout à l'occasion des faillites et des banqueroutes et qu'elle préfère les voir résolues dans le cadre des vastes travaux qu'elle mène actuellement dans cet important domaine. »

Cela paraît indiquer que la Commission n'a pas eu l'intention, dans sa proposition de directive, de couvrir la faillite. D'un autre côté, le deuxième alinéa de l'article 3, paragraphe 1, est nouveau, et on peut soutenir qu'il envisage le cas d'une faillite, en établissant une responsabilité conjointe du cédant et du cessionnaire (on peut débattre du point de savoir qui, du premier ou du dernier, endossera en définitive cette responsabilité). Il paraît toutefois plus probable que si la Commission avait changé d'avis ou si le Conseil avait décidé d'inclure la faillite, les dispositions de la directive auraient comporté une référence expresse en ce sens.

Au moment de l'élaboration de cette directive, la directive 75/129/CEE du Conseil, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs (JO L 48, 1975, p. 29), était en vigueur. L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous d), de cette dernière directive stipule que la directive ne s'applique pas aux travailleurs touchés par la cessation des activités de l'établissement lorsque celle-ci résulte

d'une décision de justice. Cela paraît exclure de la directive les hypothèses dans lesquelles l'activité d'une entreprise trouve sa conclusion dans une procédure de faillite, à la suite d'une décision de justice. Il ne nous semble pas que cette directive soit d'un quelconque secours pour dégager la finalité de la directive 77/187.

Une directive ultérieure (appelée à être mise en vigueur postérieurement aux faits de la cause dans la présente affaire et dans les affaires 179/83 ainsi que 186/83) est constituée par la directive 80/987/CEE du Conseil du 20 octobre 1980 « concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur » (JO L 283, 1980, p. 23). Cette directive fait obligation aux États membres de prévoir des dispositions garantissant aux travailleurs salariés, en cas d'insolvabilité de l'employeur, le paiement de certaines créances impayées. Il est manifeste que de telles dispositions s'étendent à des entreprises mises en faillite pour cause d'insolvabilité, même si, comme le montre l'article 2, paragraphe 1, l'état d'insolvabilité au sens de cette directive est attaché à des procédures plus diversifiées que la seule liquidation technique. Hormis l'indication selon laquelle il y a lieu de prendre certaines mesures en liaison avec l'insolvabilité, il ne nous paraît pas que cette directive éclaire de façon immédiate la question présentement en cause. Cette directive ne renvoie pas expressément aux autres, pas plus que les autres directives n'opèrent de renvoi entre elles. Cette troisième directive ne prévoit pas non plus de condition quelconque en ce qui concerne les activités transférées à une autre entreprise — ce qu'on aurait été en droit de supposer si la directive 77/187 était censée s'appliquer à des personnes morales mises en faillite pour cause d'insolvabilité, même si la directive 80/987 vise en premier lieu des situations dans lesquelles l'entreprise a été liquidée ou a cessé toute activité, sans cession de tout ou partie de l'entreprise à une autre. Le fait que la directive 80/987

assure aux travailleurs une forme de garantie en cas d'insolvabilité de leur employeur pourrait donner à penser que la directive 77/187 ne s'applique pas. Nous ne croyons cependant pas qu'il faille faire grand cas de ce point, puisqu'on peut également y voir une garantie supplémentaire pour les travailleurs lorsque le cédant ou le cessionnaire n'acquitte pas les salaires ou autres montants qui leur sont dus.

On a également renvoyé aux dispositions nationales des États membres. Même si on peut à bon droit envisager ces dispositions aux fins de l'interprétation de la directive, nous ne pensons pas qu'elles soient de nature à nous secourir. Il y a en effet trop de différences et de doutes. C'est ainsi, par exemple, que le Royaume-Uni et le Danemark incluent la faillite dans les dispositions adoptées aux fins de la mise en œuvre de la directive, cependant que la France exclut les cessions intervenant « dans le cadre d'une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens ». Le Grand-Duché inclut les cessions autres que conventionnelles, tout en excluant spécifiquement le cas d'une « déclaration en état de faillite ». Les Pays-Bas ont initialement considéré les faillites comme comprises dans le champ d'application des dispositions prises pour la mise en œuvre de la directive, avant que, par mémorandum du 6 avril 1983, le ministre néerlandais de la Justice n'estime au contraire que les faillites doivent être tenues pour exclues du champ d'application précité. La législation belge a suscité beaucoup de controverses, même si apparemment l'opinion dominante est que les faillites sont exclues. Quant aux dispositions législatives allemandes et italiennes, antérieures à la directive, elles allaient au-delà de ce qui était requis dans la directive, bien que l'article 613, sous a), du code civil allemand ait été interprété comme incluant en principe les cas d'insolvabilité, mais sans transfert de responsabilité au cessionnaire pour les dettes existant à la date du transfert.

Dans un contexte aussi peu concluant, on doit avoir égard aux objectifs et aux finalités des directives. A cet égard, le préambule de la directive 77/187/CEE indique clairement que cette dernière a pour but de protéger les travailleurs en cas de cession et, en particulier, d'assurer dans une telle hypothèse le maintien de leurs droits. La nécessité d'une telle protection est liée « à l'évolution économique », laquelle « entraîne sur le plan national et communautaire des modifications des structures des entreprises qui s'effectuent, entre autres, par des transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements à d'autres chefs d'entreprise, résultant de cessions ou de fusions ».

Le gouvernement danois soutient que les salariés les plus redevables de protection sont ceux dont l'employeur est insolvable; c'est pourquoi il y aurait lieu de déclarer que la directive s'applique aux faillites. La Commission et le gouvernement néerlandais tirent une conclusion diamétralement opposée. Ils font valoir qu'un acquéreur potentiel pourrait être dissuadé de racheter des établissements insolubles — mais susceptibles d'être renfloués — si on obligeait l'acquéreur à reprendre tous les salariés. Il se pourrait que la seule façon de sauver l'entreprise soit de réduire le personnel. Il serait dans l'intérêt des travailleurs, considérés dans leur ensemble, que de telles tentatives de sauvetage soient entreprises, même si une partie du personnel doit s'en aller. Contrairement à la théorie, les réductions d'emploi seraient en définitive encore plus accentuées si les acquéreurs éventuels se voyaient dissuadés par une règle selon laquelle ils devraient reprendre les salariés et répondre des créances nées dans le chef de ces travailleurs. En outre, la fermeture totale d'un établissement pourrait se traduire par un nombre plus important de demandes en ce qui concerne le fonds de garantie. Réciproquement, en admettant

qu'il faille reprendre tous les salariés, il a été soutenu que les autres créanciers verraient leurs intérêts affectés, puisque le prix payé pour l'établissement serait réduit en conséquence, et le montant disponible pour les créanciers corrélativement réduit.

Même s'il n'y a pas de fatalité à cet égard et si des établissements en faillite font l'objet d'une cession, en même temps que le personnel qui y travaille, il nous semble probable qu'il y a là dans bien des cas un véritable risque, à tout le moins, un risque potentiel. L'application de la directive à des entreprises « qui marchent » est susceptible de causer des difficultés, mais elles ne semblent pas devoir être aussi sérieuses que dans le cas d'entreprises insolvable en faillite. Prêter à la directive un tel effet, qui risque de se retourner contre elle, est si contraire aux objectifs de cette dernière qu'à défaut d'autres indications plus claires il nous semble que l'intention n'était pas d'appliquer les dispositions de la directive à des entreprises en faillite. Une telle hypothèse — exclusion du champ d'application de la directive du transfert d'un établissement dépendant d'une entreprise en faillite — paraît conforme à un fait d'expérience, selon lequel la faillite fait normalement l'objet d'une législation à part. En outre, le fait que les règles et procédures relatives à la faillite varient d'État membre à État membre (ainsi qu'on l'a vu au cours de l'examen de la présente affaire) rend d'autant plus vraisemblable qu'une directive spéciale aurait été élaborée pour ce qui concerne la cession d'entreprises soumises à de telles procédures.

On peut soutenir que l'article 4 pourrait être utilisé pour justifier des licenciements de tout ou partie du personnel pour raisons économiques. Cela nous paraît néanmoins constituer une approche particulièrement oblique du problème, inacceptable à notre sens. Il nous semble là encore plus vraisemblable que ce genre de problème aurait été

envisagé, en ce qui concerne la faillite, par le truchement d'une directive distincte, comme cela a été le cas avec la directive 80/987.

Si la directive avait clairement disposé que les dettes préexistantes n'étaient pas imputables au cessionnaire, on serait tenté de croire que cela réduirait (peut-être même substantiellement) le risque que l'acquéreur potentiel soit dissuadé d'acheter. L'effet conditionnel de la cession, consacré par les juridictions allemandes dans le cadre de l'interprétation de l'article 613, sous a), du code civil allemand, trouverait ainsi sa sanction dans la directive. Pour les raisons que nous indiquerons en réponse à la deuxième question, nous ne pensons pas qu'un tel effet dérive de l'article 3, paragraphe 1, de la directive.

On a suggéré qu'au cas où les faillites seraient exclues du champ d'application de la directive, les entreprises auraient la possibilité d'« organiser » un état d'insolvabilité, de telle sorte qu'elles auraient la possibilité de licencier du personnel préalablement au transfert du ou des établissements, sans qu'aucune obligation ne soit transférée au cessionnaire. Peut-être ce risque existe-t-il; mais il appartiendra aux juridictions nationales de vérifier que les entreprises ne circonviennent pas les dispositions de la directive, et qu'elles se trouvent véritablement en état d'insolvabilité. Une simple ordonnance de liquidation, au sens anglais du terme, ou tout acte exécutoire analogue, ne suffira pas à cet effet, étant donné que la liquidation peut intervenir pour des raisons autres que l'insolvabilité. S'il y a un différend quant au point de savoir si une société est insolvable, il y aurait lieu de considérer que l'application de la directive n'est exclue qu'au cas où une juridiction compétente constate formellement, conformément aux dispositions du droit national, qu'une entreprise en faillite est insolvable et que la cession d'un établissement a été la résultante d'un tel état.

A cet égard, il importe également de rappeler que, selon l'article 7 de la directive, cette dernière ne porte pas atteinte à la faculté des États membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions législatives, réglementaires ou administratives plus favorables aux travailleurs. En conséquence, sauf dispositions spécifiques (à venir) régissant la position juridique des salariés en cas de transferts d'établissements, liés à l'insolvabilité de l'employeur, les États membres ont la faculté d'arrêter les règles nationales qu'ils jugeraient nécessaires aux fins de la protection des travailleurs. Cette dernière disposition nous paraît amoindrir singulièrement l'argument selon lequel il serait impensable, eu égard au besoin de protection qui s'attache à eux, que les salariés d'une entreprise insolvable ne soient pas compris dans le champ d'application de la directive. Eu égard aux différences constatées au niveau des législations nationales sur l'état d'insolvabilité et compte tenu de la spécialité des règles applicables en matière d'insolvabilité, par opposition aux entreprises « viables », il paraît en définitive plus plausible que le transfert fasse en pareil cas l'objet d'une directive spéciale, cependant que les États membres conserveraient la faculté de prendre les mesures appropriées à leur situation particulière.

La première question se réfère également au sursis de paiement, autorisé par voie judiciaire (« surséance van betaling », qui n'est pas sans rappeler également le règlement judiciaire), bien que la question ne se pose pas strictement en l'espèce puisque l'ordonnance y afférente a été suivie de la faillite. Si nous comprenons bien, l'ordonnance prise par le tribunal a un caractère provisoire et elle est rendue à la requête d'un débiteur qui considère ne pas pouvoir payer ses dettes. Le tribunal nomme un administrateur, et durant tout le temps où l'ordonnance est en vigueur, les dettes (autres que celles correspondant à des créances privilégiées ou comportant des garanties, parmi lesquelles celles des salariés) ne peuvent faire l'objet d'un recouvrement. L'adminis-

trateur doit approuver tous les actes de gestion, y compris le transfert de parties d'établissements ou le licenciement de personnes salariées. Cette ordonnance provisoire est rendue sans enquête approfondie de la part de la juridiction saisie, mais, à l'issue d'une audience (à laquelle les créanciers auront été conviés), le tribunal a la faculté de rendre une ordonnance « finale » ou « définitive ». Il semble que dans un grand nombre de cas, faute de ce que les difficultés financières aient été aplanies, l'ordonnance suspensive dite « finale » est suivie de la faillite.

En l'espèce, l'établissement a fait l'objet d'une cession après qu'une ordonnance « finale » eut été rendue. La description qui nous a été faite des droits que conserve le propriétaire de l'établissement, sous réserve d'une coopération avec l'administrateur, montre qu'une situation de ce genre diffère de celle de l'admission au régime de la liquidation des biens, et on conviendra bien plus aisément en pareil cas du caractère « conventionnel » de la vente opérée par le propriétaire. Il nous semble néanmoins qu'au stade de l'ordonnance dite finale, le degré de contrôle judiciaire ainsi que la nature même de la procédure, quoique différente de la faillite, appellent une solution du même genre, conformément à l'opinion émise sur ce point par le gouvernement néerlandais. La vente d'un établissement ou d'une partie d'établissement peut donner lieu aux mêmes problèmes qu'une vente à l'issue d'une procédure de faillite, si tous les travailleurs devaient être repris. C'est pourquoi, pour les mêmes raisons qui nous paraissent militer en faveur de l'exclusion de la liquidation pour cause d'insolvabilité, nous considérons que la cession postérieure à une ordonnance « finale » prise dans le cadre d'une « surséance van betaling » est exclue du champ d'application de la directive. On observera d'ailleurs que le projet de convention « relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues », présenté par la Commission, inclut cette procédure au nombre des procédures ainsi visées par la convention.

On a suggéré qu'il y avait danger qu'un débiteur ayant obtenu une ordonnance provisoire cède son établissement, en licenciant les salariés, avant de demander la levée de l'ordonnance. Considération prise du fait qu'il n'y a pas d'enquête au stade préliminaire, on doit tenir compte d'autres éléments pour la période située entre l'ordonnance provisoire et l'ordonnance finale. Toutefois, étant donné que ce point n'a pas été soulevé dans l'une quelconque des affaires soumises à votre attention et qu'il n'a pas été pleinement développé, il n'y a pas lieu, selon nous, de statuer sur le point de savoir si une cession intervenant à l'issue d'une ordonnance simplement provisoire tombe dans le champ d'application de la directive.

En cas de réponse affirmative à la première question, le tribunal de renvoi souhaite savoir si l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187/CEE doit être interprété en ce sens que les obligations du cédant qui sont transférées au cessionnaire du fait du transfert de l'entreprise comprennent également les obligations résultant du contrat de travail ou de la relation de travail et nées avant la date du transfert au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1.

Il nous paraît nécessaire de considérer en tout état de cause cette question en liaison avec la réponse apportée à la première question, même si, eu égard à la réponse que nous avons suggérée, le tribunal de renvoi renonce à la question.

Il nous semble que quel que soit l'antécédent du membre de phrase « existant à la date du transfert » — « droits et obligations » ou « contrat de travail ou ... relation de travail » (nous penchons pour cette dernière solution) — cela recouvre des dettes du cédant envers un salarié à la date du transfert. Il s'agit certainement de

garantir pour l'avenir que, par rapport au cédant, le cessionnaire soit investi des mêmes droits et obligations en ce qui concerne les salariés de l'entreprise, mais cela signifie également que les droits et obligations existants doivent être transférés au cessionnaire. Si on avait simplement voulu substituer pour l'avenir le cessionnaire au cédant (de telle sorte que le salarié pourrait, par exemple, se prévaloir de la même rémunération et de la même ancienneté) et d'exclure les dettes existantes (dites « anciennes »), il aurait fallu que la directive fût libellée tout à fait différemment. En l'état actuel du texte, non seulement les dettes du cessionnaire, qui devient l'employeur sur la base du transfert (article 2), mais également celles du cédant passent sous la responsabilité du cessionnaire.

Notre point de vue paraît corroboré par la version anglaise du deuxième alinéa de l'article 3, paragraphe 1, lequel dispose comme suit:

« Member States may provide that after the date of transfer within the meaning of Article 1 (1) and in addition to the transferee, the transferor shall continue to be liable in respect of obligations which arose from a contract of employment or an employment relationship. »

L'emploi du terme « arose » indique clairement que les obligations existant à la date du transfert peuvent relever de la responsabilité solidaire du cédant et du cessionnaire. Le second alinéa laisse en tout cas au législateur national la faculté de disposer que le cédant est et demeure seul responsable. Cela confirme que le cessionnaire est déjà tenu (dans notre optique) en vertu du premier alinéa. Il serait en tout cas curieux de rendre la société insolvable responsable des dettes futures du cessionnaire, à moins qu'on ait également cherché par là à pourvoir à une éventuelle insolvabilité de la société cession-

naire. A défaut d'indication spécifique dans le préambule ou dans le texte même de la directive, cela nous paraît improbable.

L'interprétation de cet alinéa revêt bien entendu une portée plus large qu'en matière de faillite, puisqu'il s'applique, en tout cas, aux cessions opérées entre entreprises viables. Si le cédant est en défaut d'avoir versé les salaires dus à la date du transfert et qu'il n'a pas versé les indemnités de congés payés et autres émoluments du même genre, il nous semble que l'intention est de mettre le salarié en situation de revendiquer ce qui lui est dû, vis-à-vis de son nouvel employeur, plutôt que d'adresser des revendications

à l'endroit de son ancien employeur, lequel — même s'il est solvable — s'est retiré des affaires ou a liquidé son actif, postérieurement au transfert. L'objectif de protection du salarié postule, nous semble-t-il, qu'il doit être à même de se retourner contre son nouvel employeur; le prix de vente de la cession doit refléter les obligations potentielles ou actuelles du cessionnaire postérieurement au transfert.

Ajoutons que, pour les raisons indiquées dans nos conclusions dans l'affaire 19/83, les obligations transférées ne concernent que les salariés employés dans l'entreprise au moment du transfert.

Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, nous estimons que les questions qui vous ont été déférées appellent une réponse dans les termes suivants:

- 1) La directive 77/187/CEE du Conseil ne s'applique pas au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'établissement lorsque l'entreprise — ou le propriétaire de l'établissement ou de la partie d'établissement — a été déclaré(e) en faillite ou définitivement admis(e) au bénéfice d'une « surséance van betaling ».
- 2) L'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187/CEE doit être interprété en ce sens que les obligations du cédant vis-à-vis des salariés employés dans l'entreprise à la date du transfert, cédées au cessionnaire en raison du transfert de l'entreprise, comprennent les dettes existant antérieurement à la date du transfert au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, et résultant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail avec le cédant.

Il appartient à la juridiction nationale de statuer sur les dépens des parties à la procédure au principal; la Commission et les États membres qui sont intervenus doivent supporter leurs propres dépens.