

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. WALTER VAN GERVEN
 présentées le 8 octobre 1992 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Dans la présente affaire, la Cour est saisie une nouvelle fois d'un certain nombre de questions relatives au champ d'application 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 (ci-après « directive »)¹.

Le Sø- og Handelsretten i København (ci-après « juridiction de renvoi ») pose ces questions à l'occasion de deux litiges pendants devant lui, le premier entre M^{me} Anne Watson Rask et son employeur précédent, la société ISS Kantineservice (ci-après « ISS »), le second entre la première nommée et M^{me} Kirsten Christensen, d'une part, et la même société, d'autre part.

Les antécédents du litige

2. M^{mes} Watson Rask et Christensen travaillaient dans une des cantines du personnel de la société Philips au moment où cette dernière a confié à ISS la gestion de ses cantines. Ce transfert a été effectué par contrat signé le 2 décembre 1988 et

entré en vigueur le 1^{er} janvier 1989. En vertu de cet accord, Philips s'engageait à verser à ISS une rétribution mensuelle fixe qui devait couvrir les dépenses afférentes aux rémunérations, aux assurances, aux tenues de travail et au management. En outre, Philips mettait à la disposition d'ISS, sans contrepartie financière, les locaux nécessaires, l'équipement nécessaire à la gestion de la cantine, l'électricité, le chauffage, le téléphone, un vestiaire et un service d'enlèvement des déchets, et fournissait, au prix de gros, certains produits de consommation (services jetables, serviettes, etc.). Pour sa part, ISS s'engageait notamment à offrir un emploi au personnel occupé à titre permanent par Philips lors de l'entrée en vigueur de l'accord, aux mêmes conditions de salaire et de préavis que celles dont ils bénéficiaient auparavant. A cet égard, il a été convenu que le salaire futur des travailleurs serait composé du salaire normal chez ISS, majoré d'un « supplément du fait de la reprise », de telle sorte que les travailleurs occupés antérieurement par Philips qui s'engageaient chez ISS ne subissent pas de perte de salaire.

3. Les deux litiges au principal peuvent être résumés comme suit. Dans la première procédure, M^{me} Watson Rask demande une indemnité pour licenciement abusif ainsi que des dommages et intérêts. A la fin de janvier 1989, son salaire avait été versé en retard. Après qu'elle eût insisté pour recevoir son salaire à la même date que de coutume, M^{me} Watson Rask a été payée par chèque. En février 1989, le même fait s'est reproduit, mais, cette fois, ISS a refusé de verser le salaire à la même date que celle en usage chez Philips. ISS a affirmé qu'elle était en

* Langue originale: le néerlandais.

¹ — JO L 61, p. 26.

droit de modifier l'échéance de versement des salaires, et notamment de choisir pour cela le dernier jour ouvrable du mois plutôt que le dernier jeudi du mois. M^{me} Watson Rask a fait valoir à l'encontre de cette décision que, en vertu de la loi danoise relative aux transferts d'entreprises², elle était employée aux mêmes conditions que celles qui étaient en vigueur chez Philips. Quand elle a annoncé qu'elle n'entendait plus travailler pour ISS si son salaire ne lui était pas versé comme de coutume, son chef d'équipe l'a licenciée sans préavis.

cantine d'une autre entreprise B, étant entendu que:

— moyennant une rétribution mensuelle fixe, l'entreprise A doit couvrir 'toutes les dépenses liées à la gestion ordinaire, telles que les rémunérations directes et indirectes, les assurances, les tenues de travail, le management, ainsi que les coûts liés au contrôle et à l'administration';

La seconde procédure au fond concerne la composition de la rémunération due par ISS en vertu de l'accord précité. Après la reprise, M^{mes} Watson Rask et Christensen n'ont plus reçu les indemnités de blanchissage, de chaussures, et autres, qui constituaient une partie de leur rémunération chez Philips. Elles soutiennent devant la juridiction de renvoi que l'accord réalise un transfert d'une partie d'entreprise, de sorte que la loi relative aux transferts d'entreprises et la directive sont d'application et que les employés qui ont été transférés ne sauraient être désavantagés par rapport aux conditions d'emploi en vigueur chez Philips.

— l'entreprise B met à disposition de l'entreprise A, sans contrepartie financière, des locaux de vente et de production agréés par cette dernière, notamment des entrepôts fermant à clé, les ustensiles, l'électricité, l'eau chaude et le téléphone ainsi qu'un vestiaire pour le personnel de cantine, et qu'elle procède à l'enlèvement des déchets;

— l'entreprise B supporte les coûts afférents à l'utilisation de services jetables, emballages perdus, serviettes de table et produits de nettoyage;

4. Estimant nécessaire que la Cour statue en vertu de l'article 177 du traité CEE, la juridiction de renvoi lui soumet les questions suivantes:

— l'entreprise A offre un emploi au personnel de cantine de l'entreprise B, avec maintien du salaire et de l'ancienneté?

« 1) La directive 77/187/CEE s'applique-t-elle au cas où une entreprise A prend en charge la gestion de la

2) Le fait que la gestion de la cantine constitue simplement un service au profit des employés de l'entreprise B et ne concerne pas, par conséquent, la production générale de l'entreprise

2 — Loi n° 111 du 21 mars 1979, relative à la situation juridique des travailleurs en cas de transfert d'entreprise. Par cette loi, le Danemark a mis en œuvre la directive.

revêt-il de l'importance aux fins de la réponse à la question 1?

- 3) Est-il contraire à l'article 3, paragraphe 2, de la directive de modifier l'échéance de versement du salaire aux travailleurs concernés et/ou de modifier la composition du salaire versé auxdits travailleurs, étant entendu par ailleurs que son montant global demeure inchangé? »

L'applicabilité de la directive

5. Les première et deuxième questions de la juridiction de renvoi visent au fond à savoir si la directive est d'application dans une situation dans laquelle une entreprise transfère à une autre entreprise la gestion de ses cantines du personnel moyennant l'engagement des travailleurs qui y sont occupés, mais sans transfert d'actifs. C'est donc de nouveau le champ d'application de la directive, tel qu'il est décrit dans son article 1^{er}, paragraphe 1, qui est en cause:

« 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. »

L'existence en l'espèce d'une cession conventionnelle au sens de la directive est évidente, surtout à la lumière de la signification très large que la Cour a donnée à cette notion dans sa jurisprudence. Selon la Cour, un tel transfert existe

« dans toutes les hypothèses de changement, dans le cadre de relations contractuelles, de la personne physique ou morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui contracte les obligations d'employeur vis-à-vis des employés de l'entreprise »³.

Peu importe, en l'occurrence, que la propriété de l'entreprise n'ait pas été transférée, comme le précise la Cour dans son arrêt *Ny Mølle Kro*: en effet, les employés d'une entreprise qui change de chef, sans qu'il y ait transfert de propriété, se trouvent dans une situation comparable à celle des employés d'une entreprise aliénée et ont donc besoin d'une protection équivalente⁴.

6. La question est plutôt de savoir si on peut parler en l'espèce d'un « transfert ... d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements » au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive. Il existe là aussi une jurisprudence constante, qui a été résumée récemment par la Cour dans l'arrêt *Redmond Stichting*. Le critère déterminant retenu par la Cour en la matière est le maintien de l'identité de l'entité économique (c'est-à-dire l'entreprise, l'établissement ou partie d'établissement), qui peut résulter notamment de la poursuite ou de la reprise effectives de l'exploitation de cette entité par le nouveau chef d'entreprise, avec les mêmes activités économiques ou des activités analogues⁵. Pour déterminer si cette condition est remplie, il convient, selon une jurisprudence constante, de

3 — Arrêts du 15 juin 1988, *Bork*, point 13 (101/87, Rec. p. 3057), et du 19 mai 1992, *Redmond Stichting*, point 11 (C-29/91, Rec. p. I-3189).

4 — Arrêt du 17 décembre 1987, point 12 (287/86, Rec. p. 5465).

5 — Arrêts du 18 mars 1986, *Spijkers*, point 12 (24/85, Rec. p. 1119), et *Redmond Stichting*, point 23.

« prendre en considération l'ensemble des circonstances de fait caractérisant l'opération en cause, au nombre desquelles figurent notamment le type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit, le transfert ou non des éléments corporels, tels que les bâtiments et les biens mobiliers, la valeur des éléments incorporels au moment du transfert, la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par le nouveau chef d'entreprise, le transfert ou non de la clientèle ainsi que le degré de similarité des activités exercées avant et après le transfert et la durée d'une éventuelle suspension de ces activités. Il convient, toutefois, de préciser que 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 »⁶.

Si on applique ces critères d'appréciation à la situation de fait actuelle, il ne reste, à notre avis, guère ou pas de place au doute: ISS s'est engagée contractuellement à reprendre le personnel employé à titre permanent dans le restaurant de Philips; avant et après le transfert à partir du 1^{er} janvier 1989, la « clientèle » des cantines concernées est la même, à savoir le personnel de Philips; l'activité exercée, la restauration, est identique avant et après le transfert (l'accord interdit même expressément de procéder à des rationalisations au cours des six premiers mois de la durée d'application du contrat) et ISS en a pris la responsabilité, et, selon les pièces, il n'existe pas de discontinuité dans l'activité de restauration (les salaires ont été versés jusqu'au 31 décembre 1988 par Philips, et, à partir du 1^{er} janvier 1989, par ISS).

A notre avis, les observations d'ISS ne modifient en rien cette conclusion.

6 — Arrêts Redmond Stichting, point 24, et Spijkers, point 13; comparez également l'arrêt Bork, point 15.

L'absence de transfert de ses biens mobiliers par Philips, qui les a mis à disposition d'ISS sans contrepartie financière, constitue un élément du règlement contractuel global intervenu entre ISS et Philips au sujet du transfert; cette circonstance ne fait pas obstacle à elle seule à l'application de la directive⁷. Le fait que la partie d'entreprise transférée, qui constitue simplement un service au profit des travailleurs de Philips, ne poursuit pas de but lucratif ne nous paraît pas davantage pertinent: l'applicabilité de principe de la directive aux entreprises « sans but lucratif » a du reste été reconnue par la Cour dans l'arrêt Redmond Stichting⁸.

En définitive, les appréciations de fait nécessaires en vue d'établir l'existence ou non d'un transfert au sens de la directive relèvent cependant toujours de la compétence du juge national, compte tenu des éléments d'interprétation spécifiés par la Cour⁹. La juridiction de renvoi est donc elle-même la mieux placée pour apprécier l'importance des faits qu'elle mentionne dans l'ordonnance de renvoi.

7. Il reste à examiner la deuxième question de la juridiction de renvoi: les restaurants d'entreprise doivent-ils être considérés au titre de la directive comme une partie d'entreprise ou d'établissement, indépendamment du fait qu'ils ne relèvent pas de l'activité de production proprement dite de l'entreprise en question? Comme la Commission l'observe à juste titre, la réponse à cette question est déjà contenue,

7 — La Cour tient d'ailleurs le même raisonnement dans l'affaire Redmond Stichting, point 29.

8 — Voir également nos conclusions dans cette affaire, en particulier les points 6 à 12.

9 — Arrêts Spijkers, point 14, et Redmond Stichting, point 29.

dans son essence, dans l'arrêt Botzen rendu par la Cour: le critère déterminant n'est pas le caractère « habituel » de l'activité de la partie de l'entreprise concernée, mais le lien qui existe entre le travailleur et la partie transférée¹⁰. En d'autres termes, le juge national peut se borner à constater que les travailleurs concernés étaient affectés, c'est-à-dire appartenaient concrètement, du point de vue de l'organisation, au cadre de la partie de l'entreprise ou de l'établissement transférés. La Cour a confirmé au surplus dans l'arrêt Redmond Stichting que l'absence de transfert de certaines activités d'une entreprise qui constituent une mission indépendante — en l'espèce l'activité de production de Philips — ne suffit pas à écarter l'application des dispositions de la directive, lesquelles « sont prévues non seulement pour les transferts d'entreprises, mais aussi pour les transferts d'établissements ou de parties d'établissements auxquels peuvent être assimilées des activités de nature particulière »¹¹.

Il ne saurait non plus, nous semble-t-il, exister le moindre doute sur ce point: l'activité de restauration transférée peut sans problème être qualifiée d'activité de nature particulière constituant au sein de Philips, du point de vue de l'organisation, une entité identifiable dans le cadre de laquelle M^{mes} Watson Rask et Christensen étaient affectées en qualité de travailleurs.

La directive et la modification par l'employeur des modalités de paiement

8. La troisième question posée par la juridiction de renvoi vise à savoir si la directive

s'oppose à la modification, par le nouveau chef d'entreprise, des modalités de paiement des salaires, notamment de la date de versement et de la composition — mais pas du montant global versé en définitive — du salaire. Bien que la question posée ne se réfère qu'à l'article 3, paragraphe 2, de la directive, il nous semble souhaitable de la relier également au paragraphe 1 de cette disposition. En effet, les pièces ne permettent pas de savoir si les avantages invoqués par les demanderesse dans le litige au principal trouvent leur fondement dans une convention collective de travail ou dans une disposition légale ou administrative. Nous reproduisons donc les passages pertinents de l'article 3 de la directive:

« 1. 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.

...

2. Après le transfert au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, le cessionnaire maintient les conditions de travail convenues par une convention collective dans la même mesure que celle-ci les a prévues pour le cédant, jusqu'à la date de la résiliation ou de l'expiration de la convention collective ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective... »

9. Avant de répondre à cette question, il est utile de rappeler le but de ces dispositions

10 — Arrêt du 7 février 1985, point 15 (186/83, Rec. p. 519).

11 — Arrêt Redmond Stichting, point 30.

dans le cadre de la directive. Ainsi que la Cour l'a déjà itérativement affirmé, l'objet de la directive est de

« 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 ne soient placés dans une position moins favorable du seul fait du transfert »¹².

Les paragraphes 1 et 2 de l'article 3 doivent être lus à la lumière de ce qui précède: ils visent à assurer la reprise, par le cessionnaire, des obligations légales ou administratives du cédant ou le maintien des conditions de travail convenues par une convention collective et en vigueur au moment du transfert¹³.

En revanche, la directive ne réalise toutefois qu'une harmonisation partielle de la protection sociale des travailleurs en cas de transfert d'entreprise. Ainsi que la Cour l'a jugé dans les arrêts *Danmols* et *Daddy's Dance Hall* notamment, la directive vise au fond

« (à étendre) la protection garantie aux travailleurs de façon autonome par le droit

12 — Arrêt *Ny Mølle Kro*, point 25; comparez les arrêts du 7 février 1985, *Wendelboe*, point 15 (19/83, Rec. p. 457), et du 11 juillet 1985, *Danmols Inventar*, points 15 et 26 (105/84, Rec. p. 2639).

13 — Comparez, pour l'article 3, paragraphe 2, l'arrêt *Ny Mølle Kro*, point 26.

des différents États membres également à l'hypothèse d'un transfert de l'entreprise. Elle ne tend pas à instaurer un niveau de protection uniforme pour l'ensemble de la Communauté en fonction de critères communs. Le bénéfice de la directive ne peut donc être invoqué que pour assurer que le travailleur intéressé est protégé dans ses relations avec le cessionnaire de la même manière qu'il l'était dans ses relations avec le cédant, en vertu des règles du droit de l'État membre concerné »¹⁴.

10. Il découle de ce qui précède que, dans sa réponse à la troisième question, la Cour ne peut que renvoyer au droit national de la juridiction de renvoi: il appartient à cette dernière de consulter le système de protection sociale mis en œuvre par les règles nationales — énoncées dans les dispositions légales et administratives, mais également dans les conventions collectives de travail ou autres dispositions de portée générale. Si le droit national autorise l'employeur à modifier unilatéralement, dans d'autres cas que celui du transfert d'entreprise, l'échéance de versement et/ou la composition du salaire, dont le montant global demeure par ailleurs inchangé, le droit communautaire n'exclut alors pas automatiquement de telles modifications, au seul motif que l'entreprise concernée ou la partie d'entreprise ont été transférées entre-temps. En d'autres termes, en vertu de la directive, la relation de travail peut être modifiée à l'égard du cessionnaire par une décision unilatérale dans les mêmes limites qu'elle aurait pu l'être à l'égard du cédant, étant entendu que le transfert ne saurait constituer en lui-même un motif de modification¹⁵.

14 — Arrêt du 10 février 1988, *Daddy's Dance Hall*, point 16 (324/86, Rec. p. 739); arrêt *Danmols*, point 26.

15 — Comparez l'arrêt *Daddy's Dance Hall*, point 17.

Conclusion

11. Compte tenu des développements qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre aux questions posées de la façon suivante:

- « 1) La directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, s'applique au cas où une entreprise conclut un accord avec une autre entreprise en vue de l'exploitation de ses cantines du personnel, avec la reprise du personnel employé à titre permanent dans cette partie de l'entreprise, pour autant que la partie de l'entreprise transférée conserve son identité. Il appartient au juge national de constater le maintien de cette identité compte tenu de l'ensemble des circonstances de fait qui caractérisent la transaction concernée.
- 2) Pour que la directive 77/187/CEE soit d'application, il n'est pas requis que la partie transférée de l'entreprise relève de l'activité de production de l'entreprise. Il suffit à cet effet qu'il s'agisse d'une partie d'entreprise identifiable comme entité, du point de vue de l'organisation, et exerçant des activités, même de nature particulière, dans le cadre desquelles les travailleurs concernés sont affectés.
- 3) La directive 77/187/CEE ne s'oppose pas à la modification unilatérale, par le nouveau chef d'entreprise, de l'échéance du versement et/ou de la composition du salaire, étant entendu que le montant global de ce dernier demeure inchangé, pour autant que les dispositions nationales autorisent un employeur à procéder à de telles modifications en dehors du cas du transfert d'entreprises. »