

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

présentées le 4 septembre 2008¹

I — Introduction

1. M^{me} Juuri a travaillé durant neuf ans dans le restaurant d'une entreprise du secteur métallurgique en Finlande. Lorsque son employeur a transféré le secteur de la restauration à une autre entreprise, les conditions de travail de M^{me} Juuri se sont dégradées. Le droit communautaire propose une solution pour la situation de cette travailleuse, mais la juridiction de renvoi a des doutes sur l'interprétation des normes communautaires. Concrètement, la directive 2001/23/CE², relative au maintien des droits des travailleurs en cas, notamment, de transfert d'entreprises, attribue la responsabilité d'un cas tel que celui de M^{me} Juuri à son nouvel employeur. La Cour doit déterminer l'ampleur de cette responsabilité et les effets économiques qu'elle induit.

2. La directive 2001/23 entre dans le cadre du droit social communautaire. Cette partie du droit communautaire accorde aux travailleurs la garantie de droits minimaux, les États membres pouvant relever le niveau de protection. Du fait de la complexité inhérente à la régulation des marchés nationaux du travail, ce texte a été adopté à l'issue de larges compromis, de sorte que ses dispositions, ouvertes et ambiguës, exigent fréquemment l'intervention de la Cour à titre préjudiciel.

3. De plus, le droit social communautaire se définit par sa structure fragmentaire. Il se compose de certaines règles destinées à résoudre des problèmes spécifiques qui surgissent au cours de la relation de travail. Il représente, métaphoriquement, un secteur constitué en archipel³, dont les îlots

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — Directive du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements (JO L 82, p. 16). Cette directive codifie 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 (JO L 61, p. 26), telle que modifiée par la directive 98/50/CE du Conseil, du 29 juin 1998 (JO L 201, p. 88, ci-après la «directive 77/187»).

3 — Je reprends l'expression de M. Rodríguez-Piñero Royo qui, dans son article «Transmisión de empresas y derecho europeo» (*La transmisión de empresas en Europa*, Cacucci Editore, Bari, 1999, p. 1), soutient que, malgré son importance, le droit social communautaire se livre à une intervention certainement limitée, dans la mesure où il ne traite que de certains aspects de cette régulation, le reste n'étant absolument pas harmonisé. Ceci engendre ce qu'on désigne sous le vocable de «structure insulaire» ou «en archipel» du droit communautaire du travail, où seuls certains points de la législation nationale sont pris en compte; au contraire, le droit interne du travail est plus «continental» et couvre toutes les facettes de la relation de travail.

n'apparaissent pas toujours reliés entre eux par des ponts. Dans la présente affaire, la Cour est appelée à aborder les questions qui se posent dans l'une de ces îles⁴. On court donc le risque de donner satisfaction sur la directive interprétée, mais non sur les autres, avec lesquelles il existe des liens. Il convient donc de faire preuve de rigueur et de ne pas négliger les interrelations existant sur un terrain dispersé comme le terrain social, plus cohérent cependant qu'il n'y paraît au premier abord.

II — Les faits au principal

4. Le 5 avril 1994, M^{me} Juuri a intégré le personnel de la société Rautaruukki Oyj (ci-après la «cédante»), à Hämeenlinna (Finlande), pour y occuper un emploi dans le restaurant de l'entreprise. À partir du 10 décembre 1999, le contrat de M^{me} Juuri a été transformé en contrat de travail à durée indéterminée.

4 — Cela me rappelle les conseils que Don Quichotte prodigue à Sancho Panza, peu avant que celui-ci n'assume le gouvernement de l'île de Barataria. Conscient que son enseignement possède seulement la force de ses arguments, Don Quichotte achève sur ces mots: «Que les larmes du pauvre trouvent chez toi plus de compassion, mais non plus de justice que les requêtes du riche. Tâche de découvrir la vérité, à travers les promesses et les cadeaux du riche, comme à travers les sanglots et les importunités du pauvre. Quand l'équité peut et doit être écoutée, ne fais pas tomber sur le coupable toute la rigueur de la loi; car la réputation de juge impitoyable ne vaut certes pas mieux que celle de juge compatissant [...]» (Cervantès, M. de, *L'Ingénieux hidalgo Don Quichotte de la Manche*, tome II, chapitre XLII, traduction et notes de Louis Viardot, Hachette, Paris, 1978, p. 595).

5. Si ses tâches étaient limitées au restaurant, M^{me} Juuri relevait de la convention collective du secteur de la métallurgie, qui arrivait à échéance le 31 janvier 2003 et était automatiquement reconductible pour une année, sauf dénonciation à l'initiative de l'une des parties dans un délai de deux mois avant la date d'échéance. Aucune dénonciation n'a été nécessaire puisque, le 12 décembre 2002, une autre convention a été signée pour le secteur, avec effet au 1^{er} février 2003.

6. Ce même jour, une fois la convention antérieure abolie, la cédante a transmis la gestion du service de restauration à la société Amica Ravintolat Oy (ci-après la «cessionnaire»). À la suite de ce transfert, les employés de la cédante ont commencé à travailler pour le compte de la cessionnaire, mais en étant soumis à une nouvelle convention collective, en l'occurrence celle applicable au secteur de l'hôtellerie et de la restauration.

7. M^{me} Juuri, opposée à l'application de la convention collective du secteur de l'hôtellerie et de la restauration à son contrat de travail, estime relever de celle du secteur de la métallurgie. Selon la salariée, le changement de statut a entraîné une diminution de son revenu de 300 euros par mois, ainsi qu'un transfert vers d'autres lieux de travail.

Pour sa part, la cessionnaire a reconnu que la nouvelle convention a exigé de M^{me} Juuri une série de changements, parmi lesquels l'exécution de tâches dans d'autres locaux, à titre temporaire toutefois, et une réduction de 100 euros de son salaire mensuel due à la réduction de la durée journalière de travail.

les droits des travailleurs lors des transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements. Dans le cadre du litige opposant M^{me} Juuri à la cessionnaire, les articles pertinents de ladite directive sont les articles 3, paragraphe 3, et 4, paragraphe 2, libellés comme suit:

8. À la suite de ces modifications dans le régime conventionnel applicable à son contrat de travail, M^{me} Juuri a décidé de résilier ce dernier le 19 février 2003. Invoquant la législation finlandaise du travail, elle a réclamé en justice à la cessionnaire une indemnité de congé afférente à la période de préavis, ainsi qu'une indemnité correspondant à quatorze mois de salaire pour rupture illégale de son contrat de travail. Le 11 février 2005, le Helsingin käräjäoikeus a rejeté le recours de M^{me} Juuri en première instance. Un an plus tard, le 28 février 2006, le Helsingin hovioikeus a confirmé ce jugement en appel, mais M^{me} Juuri s'est pourvue devant le Korkein oikeus, juridiction suprême qui a saisi la Cour sur l'interprétation de la directive 2001/23.

«Article 3

[...]

3. Après le transfert, 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.

III — Le cadre juridique

A — La réglementation communautaire

Les États membres peuvent limiter la période du maintien des conditions de travail, sous réserve que celle-ci ne soit pas inférieure à un an.

9. La directive 2001/23 prévoit un ensemble de conditions minimales en vue de préserver

[...]

Article 4

[...]

2. Si le contrat de travail ou la relation de travail est résilié du fait que le transfert entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur, la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail est considérée comme intervenue du fait de l'employeur.»

B — *La réglementation nationale*

10. Selon l'ordonnance de renvoi du Korkein oikeus, le chapitre 6 de la loi sur le contrat de travail (Työsopimuslaki) prévoit, à son article 2, qu'«un contrat de travail conclu pour une durée indéterminée ou valable pour une durée indéterminée est rompu par résiliation notifiée à l'autre partie contractante».

11. Au chapitre 7 de la même loi, l'article 6, transposant l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23 dans le droit finlandais,

prévoit que, «s'il est mis fin au contrat de travail en raison d'une détérioration considérable des conditions de travail du travailleur due à un transfert d'entreprise, l'employeur est considéré comme responsable de la cessation de la relation de travail».

12. Au chapitre 8 de la loi sur le contrat de travail, l'article 1^{er}, paragraphe 2, permet au travailleur de dénoncer le contrat de travail si l'employeur enfreint les obligations qui lui sont imposées et qui ont un impact essentiel sur la relation de travail, même pendant une période correspondant au délai de préavis.

13. Selon l'article 5 de la loi sur la convention collective (Työehtosopimuslaki), si l'employeur est partie à une convention collective ou lié par celle-ci d'une autre manière, son successeur reprend tous les droits et obligations qui incombent à cet employeur en vertu de cette convention. Dans le cadre d'un transfert d'entreprise, le cessionnaire a donc l'obligation de respecter les conditions de la convention collective contraignante pour le cédant jusqu'à l'expiration de sa validité et, ensuite, de respecter la convention collective à laquelle il est lié au sens de l'article 4 de la loi sur la convention collective.

14. Au chapitre 12 de la loi sur le contrat de travail, l'article 2 prévoit que le salarié

a le droit d'obtenir de son employeur une indemnisation en cas de rupture infondée du contrat de travail, l'employeur étant alors tenu de verser une indemnité dans le cas où il a mis fin à ce contrat en violation des motifs prévus par ladite loi, et d'indemniser le travailleur ayant dénoncé lui-même ledit contrat.

obligations que le contrat de travail ou cette loi lui imposent, à réparer le préjudice qu'il a causé au travailleur.

IV — Les questions préjudicielles et la procédure devant la Cour

15. Au même chapitre 12, l'article 2 indique lui-même les limites de l'indemnité à laquelle le travailleur a droit, qui oscille entre trois et vingt-quatre mois de salaire.

16. Le travailleur n'a pas le droit de recevoir ladite indemnité si l'employeur a résilié le contrat de travail pour un motif réel et sérieux mais, même en pareil cas, il peut prétendre à percevoir son salaire et d'autres avantages afférents à la période de préavis. S'il est établi que l'employeur avait des raisons particulièrement sérieuses de dénoncer le contrat de travail avec effet immédiat, le salarié ne saurait percevoir ni le salaire ni les autres avantages afférents à la relation de travail.

17. Toujours au chapitre 12 de la loi sur le contrat de travail, l'article 1^{er} contraint l'employeur, dans le cas où celui-ci a manqué, intentionnellement ou par négligence, aux

18. Par ordonnance du 24 août 2007, le Korkein oikeus, à la suite du recours introduit par M^{me} Juuri contre la cessionnaire, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) L'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23/CE [...] doit-il être interprété en ce sens que, dans le cas où un travailleur a lui-même résilié son contrat de travail à la suite de la détérioration considérable de ses conditions de travail du fait d'un transfert d'entreprise, un État membre doit, dans son ordre juridique, garantir au travailleur un droit à une indemnité financière de la part de son employeur de la même manière que lorsque l'employeur a illégalement mis fin au contrat de travail, compte tenu du fait que l'employeur n'a respecté, au sens de l'article 3, paragraphe 3, de [cette] directive, la convention collective qui liait le cédant et garantissait de meilleures conditions de travail au travailleur, que jusqu'à l'expiration de

cette convention, et que la détérioration des conditions de travail provient de cette expiration?

- 2) Si la responsabilité de l'employeur prévue par la directive [2001/23] n'est pas d'une ampleur telle que celle qui est exposée à la première question, la responsabilité de l'employeur doit-elle tout de même être mise en œuvre, par exemple, par un versement des salaires et autres avantages de la période de préavis que l'employeur est tenu de respecter?»

19. Des observations ont été déposées, dans le délai imparti par l'article 23 du statut de la Cour de justice, par les gouvernements finlandais et hongrois ainsi que par la Commission des Communautés européennes.

20. Lors de sa réunion générale du 29 avril 2008, la Cour a décidé de poser deux questions écrites au gouvernement finlandais, dont les réponses sont parvenues au greffe le 23 mai de la même année.

V — La reformulation des questions préjudicielles

21. Les deux questions posées par la juridiction de renvoi tournent autour d'un même

phénomène: le changement du régime prévu par le droit du travail après l'arrivée à expiration de la convention collective du secteur de la métallurgie. Ce point de départ n'est pas si incontesté qu'il pourrait sembler, puisque tant les deux gouvernements qui ont présenté des observations que la Commission ont abordé cette question dans leurs mémoires. L'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23 s'applique une fois confirmée la licéité du changement des dispositions applicables au contrat de travail. Si la modification s'avérait illicite, parce que contraire à l'article 3, paragraphe 3, de ladite directive, les effets produits seraient autres. Il convient donc de clarifier les circonstances de fait de l'affaire principale afin de déterminer si des illégalités ont été commises, puisque l'arrivée à expiration de la convention collective qui, initialement, liait M^{me} Juuri s'est produite à la même date que le transfert de la gestion du service de restauration de la cédante. Cette coïncidence a suscité au sein de la Cour des doutes, qui l'ont poussée à poser plusieurs questions au gouvernement finlandais⁵, et elle m'amène à reformuler les questions posées par le Korkein oikeus⁶.

5 — Les questions écrites posées au gouvernement finlandais portaient uniquement sur le régime de l'entrée en vigueur et de l'arrivée à expiration de la convention collective du secteur de la métallurgie.

6 — La reformulation est une pratique bien enracinée dans la jurisprudence de la Cour de justice depuis l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 1^{er} décembre 1965, *Schwarze* (16/65, Rec. p. 1081). Voir, plus récemment, arrêts du 7 mars 1996, *Merckx et Neuhuys* (C-171/94 et C-172/94, Rec. p. I-1253, point 28); du 22 avril 1997, *Sutton* (C-66/95, Rec. p. I-2163, point 35); du 17 juillet 1997, *Krüger* (C-334/95, Rec. p. I-4517, point 22); du 18 décembre 1997, *Tabouillot* (C-284/96, Rec. p. I-7471, points 20 et 21); du 28 novembre 2000, *Roquette Frères* (C-88/99, Rec. p. I-10465, point 18); du 20 mai 2003, *Ravil* (C-469/00, Rec. p. I-5053, point 27); du 4 mai 2006, *Haug* (C-286/05, Rec. p. I-4121, point 17), et du 4 octobre 2007, *Rampion et Godard* (C-429/05, Rec. p. I-8017, point 27). Dans un article publié en 1998, «La cooperación entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales. Límites del procedimiento prejudicial» (*Scritti in onore di G. F. Mancini*, Milan, 1998, p. 481 et 482), j'ai salué ce procédé de la Cour. Voir également, à ce sujet, *Adinolfi, A., L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, Milan, 1997, p. 129 à 137, ainsi que *Jimeno Bulnes, M., La cuestión prejudicial del artículo 177 CEE*, Barcelone, 1996, p. 365 et 366. On peut trouver, dans l'ouvrage bien connu de Rasmussen, H., *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht, 1986, p. 481 et 482, une critique très ferme du procédé de reformulation.

22. Dans cette affaire, il me semble opportun de fondre les deux questions de la juridiction de renvoi afin, après avoir analysé tout ce qui concerne la succession des conventions collectives, d'examiner ensuite les répercussions en matière d'indemnisation de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23.

23. Par conséquent, je propose à la Cour de reformuler les deux questions préjudicielles de la manière suivante:

- 1) Le maintien des conditions de travail convenues par une convention collective jusqu'à la date d'expiration de cette dernière est-il conforme à l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2001/23 lorsque la date du transfert de l'entreprise coïncide avec cette date d'expiration?
- 2) L'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23/CE doit-il être interprété en ce sens qu'un État membre est tenu de garantir au travailleur, dans son ordre juridique, un droit à une indemnité financière de la part de son employeur, ou doit-il être interprété exclusivement comme une clause attributive de responsabilité?

VI — La première question préjudicielle

24. L'article 3, paragraphe 3, de la directive 2001/23 a créé un instrument de protection pour les travailleurs, qui offre une sécurité juridique aux salariés lorsque l'employeur procède à un transfert. S'il existe une convention collective antérieure à ce transfert, les travailleurs peuvent l'invoquer jusqu'à sa date d'expiration, ou jusqu'à «l'entrée en vigueur [...] d'une autre convention collective». Les États membres peuvent limiter la durée de cette prérogative, à condition qu'elle ne soit pas inférieure à un an⁷.

25. La directive 2001/23 recherche un équilibre entre la stabilité de la relation de travail et la flexibilité de l'action de l'employeur. Les droits du travailleur perdurent après le transfert, durant une période imposée. Lorsque les droits en cause cessent d'être applicables, le travailleur est habilité à prendre une décision à cet égard, donnant lieu à l'application de l'article 4, paragraphe 2, de cette directive. Cette disposition attribue la résiliation du contrat de travail à l'employeur lorsque le transfert a provoqué «une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur»⁸. En outre, la jurisprudence a admis ces modifications, en dépit du caractère impératif des normes de la directive 2001/23, si le droit national les autorise

7 — Article 3, paragraphe 3, deuxième alinéa, de la directive 2001/23.

8 — La genèse de la directive 2001/23 et ses modifications démontrent que les consensus politiques atteints expliquent le caractère flexible de ses dispositions. Voir, en ce sens, Hardy, S., et Painter, R., «Revising the Acquired Rights Directive», *Industrial Law Journal*, vol. 25, n° 2, 1996.

dans le cours normal de la relation de travail, indépendamment du fait qu'un transfert ait eu lieu⁹.

travailleur peut conserver ses droits, tout au moins sur le plan financier¹².

26. Les articles 3, paragraphe 3, et 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23 n'opèrent pas comme des compartiments étanches¹⁰. Le fait que le législateur communautaire octroie au travailleur la faculté de résilier son contrat de travail découle de la détérioration de la relation avec son employeur, elle-même provoquée par un changement normatif. Il semble évident que ledit article 3, tout en sauvegardant les droits antérieurs du travailleur, permet, le cas échéant, une modification du régime juridique. C'est précisément parce qu'une telle modification est prévue que la rupture du contrat de travail a un responsable aux termes de la directive 2001/23: l'employeur¹¹. C'est de cette manière qu'on compense le fait qu'une norme interdisant de modifier les conditions de travail souffre des exceptions. La responsabilité étant attribuée au cessionnaire, le

27. Il conviendra d'examiner, dans le cadre de la deuxième question préjudicielle, les conséquences de la résiliation du point de vue de l'indemnisation visées à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23, mais il y a lieu, à ce stade, d'anticiper une partie du raisonnement pour appuyer la réflexion suivante.

28. Le maintien des droits du travailleur que proclame l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2001/23 impose aux États membres une obligation positive, qui se répercute concrètement sur les employeurs. Si les conditions requises par cette disposition sont réunies, le travailleur conserve ses conditions de travail après le transfert, indéfiniment ou, dans certaines limites, pour une période déterminée¹³. Mais le manquement à ladite

9 — Reprenant la jurisprudence établie dans l'arrêt du 10 février 1988, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark* (324/86, Rec. p. 739), la Cour a confirmé que «[...] une telle modification n'est pas exclue en raison du seul fait que l'entreprise a, entre-temps, fait l'objet d'un transfert et que, par conséquent, l'accord a été convenu avec le nouveau chef d'entreprise. En effet, le cessionnaire étant subrogé au cédant en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187 en ce qui concerne les droits et obligations découlant de la relation de travail, celle-ci peut être modifiée à l'égard du cessionnaire dans les mêmes limites qu'elle aurait pu l'être à l'égard du cédant, étant entendu que, dans aucune hypothèse, le transfert d'entreprise ne saurait constituer en lui-même le motif de cette modification» (arrêt du 12 novembre 1992, *Watson Rask et Christensen*, C-209/91, Rec. p. I-5755, point 28).

10 — Tel est l'avis de Barnard, C., *EC Employment Law*, 3^e éd., Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 663 et 664.

11 — Voir, sur la flexibilité des conditions de travail, Arrigo, G., *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, tomo II, Guiffirè, Milano, 2001, p. 97 à 103.

12 — Cette flexibilité ne manque pas de poser des problèmes d'interprétation, comme le souligne Barnard, C., *op. cit.*, p. 657 et 658.

13 — Le caractère impératif des droits reconnus par la directive 2001/23 a été confirmé à plusieurs reprises par la Cour. Elle a relevé, pour la première fois, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*, précité, «que les travailleurs concernés n'ont pas la faculté de renoncer aux droits à eux conférés par la directive 77/187 et qu'une diminution de ces droits n'est pas admise, même avec leur consentement. Cette interprétation n'est pas affectée par la circonstance que, comme en l'espèce, le travailleur, en contrepartie des inconvénients qui résultent pour lui d'une modification de sa relation de travail, obtient des avantages nouveaux tels qu'il n'est pas placé, globalement, dans une situation moins favorable que celle qui était antérieurement la sienne». Elle a confirmé cette jurisprudence dans ses arrêts du 25 juillet 1991, d'*Urso* e.a. (C-362/89, Rec. p. I-4105, point 9); *Watson Rask et Christensen*, précité (point 28); du 14 novembre 1996, *Rotsart de Hertaing* (C-305/94, Rec. p. I-5927, point 18); du 6 novembre 2003, *Martin* e.a. (C-4/01, Rec. p. I-12859, points 42 et 43), ainsi que du 9 mars 2006, *Werhof* (C-499/04, Rec. p. I-2397, point 26).

disposition octroie au travailleur le pouvoir d'exiger, y compris en justice, le statut que le droit du travail lui accordait avant le transfert ou une compensation financière équivalente¹⁴. Ce dernier cas est traité conformément aux règles de fond et de forme du droit national du travail, mais sans négliger le sens de la directive 2001/23, qui précise quelle doit être la finalité des normes nationales.

29. Dans ce contexte, il est manifeste que la disposition en cause instaure, indirectement et en imposant des conditions minimales, un double régime d'indemnisation à l'expiration de la relation du contrat de travail. Dans une première hypothèse, le travailleur résilie son contrat de travail, mais après avoir satisfait aux conditions fixées à l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2001/23. Dans une seconde hypothèse, la résiliation du contrat à l'initiative du travailleur intervient après l'infraction à la disposition susmentionnée. La gravité des deux hypothèses diffère, puisque, dans le second cas, le travailleur est davantage privé de soutien, de sorte que le droit national du travail doit traiter plus sévèrement l'employeur. Cette solution s'appliquerait également lorsque, dans le respect formel de l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2001/23, une fraude est commise, scénario qui pourrait se réaliser dans la présente affaire mais que, compte tenu du

caractère préjudiciel de celle-ci, il appartient au juge national d'élucider.

30. L'appréciation de la fraude à la loi nécessite des éléments de fait que la Cour ne connaît pas toujours¹⁵. La jurisprudence¹⁶ prête toutefois une attention particulière aux litiges dans lesquels l'une des parties se

14 — Les effets juridiques du manquement sont régis par le droit national, comme la Cour l'a souligné dans ses arrêts du 11 juillet 1985, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark* (105/84, Rec. p. 2639, points 26 à 28); du 5 mai 1988, *Berg et Buschers* (144/87 et 145/87, Rec. p. 2559); du 16 décembre 1992, *Katsikas e.a.* (C-132/91, C-138/91 et C-139/91, Rec. p. I-6577, point 21), et du 12 novembre 1998, *Europièces* (C-399/96, Rec. p. I-6965, point 37).

15 — La «fraude à la loi» se produit lorsque «des actes pris au titre d'une norme visent un résultat interdit par le système juridique [...], sans empêcher l'application normale de la norme que l'on a entendu éluder». C'est ainsi que le code civil espagnol la définit à son article 6, paragraphe 4, de manière analogue au code civil italien, qui, à son article 1344, la restreint toutefois au domaine contractuel: («la cause est également illicite lorsque le contrat constitue le moyen de se soustraire à l'application d'une norme impérative»). Sans mentionner ladite fraude, le code civil tchèque, à son article 39, utilise des termes analogues: («est nul tout acte juridique dont le contenu ou le but sont incompatibles avec la loi, l'éluident ou portent atteinte aux bonnes mœurs»). Dans le droit français, la «fraude à la loi» s'est construite davantage par la voie jurisprudentielle que législative, mais l'article 336 du code civil fait explicitement allusion à cette notion. Il existe, dans les ordres juridiques nationaux, une certaine confusion conceptuelle entre la «fraude à la loi» et l'«abus de droit», de même qu'avec d'autres notions juridiques, comme la «bonne foi». Ainsi que Miquel González le reconnaît dans son article «*Comentario al artículo 7º*» (*Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 45), «les différences entre les deux notions ne sont pas claires. La doctrine n'est pas parvenue à les délimiter comme elle a tenté de le faire. La jurisprudence n'est pas non plus parvenue à un résultat satisfaisant [...]». Il ne me paraît pas indispensable d'approfondir les divergences entre toutes ces notions, puisque la Cour ne l'a pas fait.

16 — La Cour a confié aux juridictions nationales l'examen des éléments de fait dans les cas où était invoquée la fraude à la loi (voir, plus concrètement, arrêts du 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, 33/74, Rec. p. 1299, point 13; du 7 février 1979, *Knoors*, 115/78, Rec. p. 399; du 4 décembre 1986, *Commission/Allemagne*, 205/84, Rec. p. 3755, point 22; du 7 juillet 1992, *Singh*, C-370/90, Rec. p. I-4265, point 24; du 3 février 1993, *Veronica Omroep Organisatie*, C-148/91, Rec. p. I-487, point 12, et du 5 octobre 1994, *TV10*, C-23/93, Rec. p. I-4795, point 21). L'avocat général Tesauro expose l'état actuel de la jurisprudence aux points 24 et 25 de ses conclusions dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 12 mai 1998, *Kefalas e.a.* (C-367/96, Rec. p. I-2843): «Tout ordre juridique qui aspire à un minimum d'achèvement doit contenir des mesures [...] d'autoprotection, afin d'éviter que les droits qu'il confère soient exercés de manière abusive, excessive ou déformée. Une telle exigence n'est aucunement étrangère au droit communautaire [ni à] la Cour», selon laquelle «les facilités créées par le traité ne sauraient avoir pour effet de permettre aux personnes qui en bénéficient de se soustraire abusivement à l'emprise des législations nationales et d'interdire aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour empêcher de tels abus». Cette idée est développée aux points 80 et 81 des conclusions de l'avocat général Poiares Maduro dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 21 février 2006, *Halifax e.a.* (C-255/02, Rec. p. I-1609).

comporte de manière abusive¹⁷. Cette sensibilité a également affleuré dans des affaires relatives au droit social communautaire, concrètement à l'application de la directive 2001/23. Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 15 juin 1988, *Bork International e.a.*¹⁸, la Cour était confrontée au licenciement de la totalité du personnel d'une entreprise, immédiatement suivi du transfert de cette dernière et de la réembauche d'une partie substantielle de ce personnel mais à des conditions moins favorables. Selon une méthode habituelle, la Cour a relevé qu'il incombe au juge national de qualifier les faits, puis d'appliquer les normes communautaires, en indiquant les critères qui doivent guider la décision de la juridiction de renvoi, laquelle est tenue d'évaluer «les circonstances objectives dans lesquelles le licenciement est intervenu, et, notamment, dans un cas tel que celui de l'espèce, le fait qu'il a pris effet à une date rapprochée de celle du transfert et que les travailleurs en cause ont été réembauchés par le cessionnaire»¹⁹. Sur la base de ces motifs, la Cour a rendu son arrêt confirmant l'application de la directive 2001/23 à une situation telle qu'en l'espèce²⁰.

31. Il ressort dudit arrêt *Bork International e.a.*, précité, que la Cour confère à la juridiction nationale une large marge de manœuvre, pour la lui retirer ensuite. Des critères spécifiques lui étant imposés, le juge national ratifie la qualification des normes communautaires pertinentes pour résoudre l'affaire, l'analyse des éléments de fait est réduite et il est relégué à un rôle ingrat. Je n'approuve pas cette manière de procéder de la Cour. Cela d'autant moins qu'il s'agit d'une technique artificielle qui met les parties au litige en porte-à-faux, en manifestant une soif insatiable de se mettre en avant, mais aussi une vision peu respectueuse de l'autonomie institutionnelle qui doit être reconnue à la juridiction nationale²¹. Dans la présente affaire, ce type de discours peut être évité, sans que l'autorité de la Cour ni les prérogatives du *Korkein oikeus* en souffrent.

32. En admettant qu'il incombe à la juridiction nationale de déterminer s'il y a eu fraude à la loi dans le fait de faire coïncider la date du transfert d'une entreprise avec celle du terme de la convention collective, le gouvernement finlandais a fourni à la Cour des éléments supplémentaires intéressants. On a constaté que la convention collective qui liait à l'origine M^{me} Juuri et son employeur est arrivée à son terme le jour du transfert. Il n'y a pas eu de reconduction tacite, puisque, plusieurs mois auparavant, une nouvelle

17 — Il ne me semble pas opportun de polémiquer ici sur la question de savoir si la fraude à la loi (ou l'abus de droit) est un principe général du droit communautaire. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 2 avril 1998, *EMU Tabac e.a.* (C-296/95, Rec. p. I-1605), au point 89 de mes conclusions, j'ai invité la Cour à «appliquer le principe général de droit qui interdit toute fraude à la loi», mais cette question exige, aujourd'hui encore, une étude plus détaillée. Bien que l'arrêt *Halifax e.a.*, précité, semble avoir confirmé cette tendance, le débat reste ouvert. Voir, à ce sujet, De la Feria, R., «Prohibition of abuse of (Community) Law: the creation of a new general principle of EC Law through tax», *CMLRev*, 2008, p. 45.

18 — 101/87, Rec. p. 3057.

19 — *Idem*.

20 — La Cour a indiqué que l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 2001/23 devait être interprété «en ce sens que cette directive s'applique dans une situation où, à la suite de la dénonciation ou de la résolution d'un contrat de bail, le propriétaire de l'entreprise reprend celle-ci pour la vendre ultérieurement à un tiers qui en poursuit l'exploitation, arrêtée depuis la fin du contrat de bail, peu de temps après avec un peu plus de la moitié du personnel qui était employé dans l'entreprise par le précédent locataire, pour autant que l'entreprise en question garde son identité».

21 — J'ai pris position sur les limites de la réponse préjudicielle et le respect de l'autonomie institutionnelle de la juridiction de renvoi au point 35 de mes conclusions dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 17 juin 2004, *Recheio — Cash & Carry* (C-30/02, Rec. p. I-6051).

convention collective avait été signée pour le secteur de l'hôtellerie et de la restauration, se substituant en totalité à la précédente convention. Le délai entre la ratification de la nouvelle convention et son entrée en vigueur a été très bref, à peine un mois et demi. Le comportement de la cédante durant la période précédant le transfert, principalement son attitude envers les salariés et leurs représentants, fournit également des indications sur la manière dont l'opération s'est déroulée. Il incombe à la juridiction de renvoi d'apprécier si cette succession de conventions, ainsi que le délai écoulé et les données fournies aux employés, permettent d'avancer que la cédante et la cessionnaire ont commis une fraude à la loi et, donc, une violation des règles qui interdisent de modifier les conditions de travail en cas de transfert d'entreprise.

33. Après avoir entrepris l'analyse des faits, la juridiction de renvoi doit tenir compte des règles claires dégagées par la Cour pour adopter la solution juridiquement correcte. La juridiction communautaire ne doit pas marchander sa collaboration et, à cet effet, je réitère les arguments détaillés aux points 29 à 32 des présentes conclusions: si, au vu des éléments de fait et de droit dont il dispose, le Korkein oikeus établissait qu'il s'est produit une fraude à la loi, il y aurait violation de l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2001/23. Le non-respect de cette disposition implique une lecture plus restrictive de l'article 4, paragraphe 2, de ladite directive. En pareil cas, l'employeur aurait commis délibérément l'infraction, ce qui justifierait l'aggravation de sa responsabilité.

34. En conséquence, et en réponse à la première question préjudicielle, j'estime que l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2001/23 s'oppose à ce que les conditions de travail convenues dans une convention collective prennent fin au moment où cette dernière arrive à expiration, lorsque la date du transfert de l'entreprise coïncide avec celle du terme de cette convention, et lorsque le cédant et le cessionnaire ont commis une fraude à la loi. Il appartient à la juridiction nationale de déterminer si la synchronisation de la date dudit transfert et de celle de l'expiration de ladite convention est constitutive d'un comportement frauduleux.

35. Il convient maintenant de préciser la portée et les limites de cette responsabilité, ce qui implique une exégèse de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23.

VII — La deuxième question préjudicielle

36. Les gouvernements finlandais et hongrois, ainsi que la Commission, conviennent que l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23 se borne à répartir les responsabilités après la modification significative de la relation de travail. La directive 2001/23 ne recherche donc pas un bénéfice concret en décidant du statut juridique du travailleur qui a vécu le transfert. Cette position repose sur l'idée que cette directive est un instrument

d'harmonisation minimale, dont l'interprétation requiert une large marge de manœuvre pour le législateur national²². Bien que je partage pour l'essentiel ce point de vue, j'estime qu'il faut approfondir l'interprétation de cette disposition. Le fait que la Communauté européenne ait engagé une harmonisation minimale n'implique pas d'écarter a priori toute forme de protection économique en faveur du travailleur. Ce n'est qu'au moyen de l'examen détaillé du texte que l'on parvient à une explication certaine, ce pour quoi il convient d'examiner un à un les différents éléments composant la norme en cause.

A — La modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur

37. La prémisse qui habilite l'employé à dénoncer son contrat et à en imputer la résiliation à l'employeur réside dans la première partie de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23, qui exige que le transfert «entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur».

22 — Arrêts précités du 10 février 1988, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark* (point 16), *Watson Rask et Christensen* (point 27), et *Martin e.a.* (point 41). Voir sur la marge d'appréciation des États membres dans les secteurs dans lesquels est entreprise une harmonisation minimale et ses limites, Curtin, D., «Emerging Institutional Parameters and Organised Difference in the European Union», De Witte, B., Hanf, D., et Vos, E. (éd.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Intersentia, Anvers, 2001, p. 348 à 354, et Marciali, S., *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 61 à 65.

38. La juridiction de renvoi est l'instance la mieux placée pour juger si, en l'espèce, il y a eu une modification significative au détriment de M^{me} Juuri. Bien que le droit finlandais prévoit sans aucun doute des mesures pour que le Korkein Oikeus se prononce dans un sens ou dans l'autre, la jurisprudence de la Cour fournit des critères en vue d'établir s'il y a eu une modification défavorable²³. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Merckx et Neuhuys*²⁴, deux travailleurs avaient dénoncé leur contrat, conformément à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23, lorsque leur employeur avait refusé de leur garantir leur salaire antérieur, qui était calculé en fonction du chiffre d'affaires. La Cour avait choisi de qualifier directement les faits, déclarant qu'«un changement du niveau de la rémunération accordée au travailleur figure au nombre des modifications substantielles des conditions de travail au sens de cette disposition, même lorsque la rémunération dépend notamment du chiffre d'affaires réalisés»²⁵.

39. Des années plus tard, l'arrêt rendu dans l'affaire *Delahaye*²⁶ a permis à la Cour de se prononcer une nouvelle fois sur les «modifications substantielles» du contrat de travail, mais dans une autre perspective que celle adoptée dans l'arrêt *Merckx et Neuhuys*, précité. Dans un litige qui opposait une employée à son nouvel employeur au sujet d'une baisse de salaire de 37 %, la Cour n'a pas donné une réponse concrète à la juridiction nationale, se bornant à constater que «l'application des règles nationales

23 — De manière générale, cette jurisprudence est analysée par Barnard, C., op. cit., p. 656 à 664.

24 — Précité.

25 — Ibidem (point 38).

26 — Arrêt du 11 novembre 2004 (C-425/02, Rec. p. I-10823).

régissant la situation des employés de l'État comporte la réduction de la rémunération des travailleurs concernés par le transfert. Une telle réduction doit, lorsqu'elle est substantielle, s'analyser en une modification substantielle des conditions de travail au détriment des travailleurs en cause au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive»²⁷.

précité, l'ancienneté de la demanderesse a été mentionnée (dans l'arrêt) pour tenir compte du contexte global de la travailleuse²⁸. Si l'arrêt Merckx et Neuhuys, précité, ne se référait pas, sous son point 38, à d'autres facteurs pertinents, il mettait en évidence que la position des demandeurs n'était pas compromise seulement sur le plan salarial, puisque le transfert de l'entreprise avait aussi entraîné un transfert du lieu de travail²⁹.

40. La Cour, dans l'arrêt Delahaye, précité, à la différence de ce qui s'est produit dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Merckx et Neuhuys, précité, a redit avec une plus grande fermeté la nécessité que la modification ait un caractère «substantiel», se refusant à qualifier les faits du litige principal. Les deux renvois ont pourtant été effectués dans un contexte similaire, caractérisé par une baisse de salaire qui amène le travailleur à résilier unilatéralement son contrat. Pour déterminer ce que la directive 2001/23 entend par «modification substantielle», il convient d'adopter une perception subjective de cette expression, du point de vue du travailleur, dans sa dimension juridique et économique. Si l'on choisissait une perception objective de ladite expression, en prenant en considération des facteurs extérieurs à la position individuelle de l'employé, on courrait le risque d'aboutir à des conclusions incompatibles avec la finalité de la directive 2001/23. Dans les deux affaires précédemment étudiées, la Cour a montré au juge national d'autres éléments, également pertinents, qui faisaient pencher la balance en faveur de la résiliation unilatérale du contrat de travail. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Delahaye,

41. Il apparaît donc que la Cour a opté, sans le proclamer expressément, pour une définition subjective de l'expression «modification substantielle», en soupesant les circonstances de fait et de droit entourant le travailleur qui résilie son contrat au titre de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23. En l'espèce, il incombe à la juridiction de renvoi de qualifier ces circonstances à l'aide des critères dégagés dans les arrêts précités Merckx et Neuhuys, ainsi que Delahaye. En les appliquant au cas de M^{me} Juuri, on constate que ses revenus ont été amputés à proportion de ses horaires de travail. En outre, le changement de convention collective peut avoir induit d'autres altérations normatives, qu'il serait pertinent de verser au litige principal, puisqu'elles constitueraient des éléments supplémentaires en vue d'évaluer la portée véritable des modifications subies. S'y ajouterait le transfert occasionnel et sporadique du lieu de travail de M^{me} Juuri. La juridiction de renvoi est tenue d'évaluer si, dans le contexte juridique et économique environnant M^{me} Juuri, tous ces facteurs constituent

27 — Ibidem (point 33).

28 — Ibidem (point 34).

29 — Arrêt Merckx et Neuhuys, précité (point 9).

une modification substantielle de son contrat de travail.

B — *L'imputation de la responsabilité à l'employeur: point de départ ou fin du trajet?*

42. Selon l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23, dès lors qu'une altération substantielle de la relation de travail est établie, la résiliation «est considérée comme intervenue du fait de l'employeur». La demanderesse au principal estime que ces termes ne comportent pas seulement une règle d'attribution de responsabilité, mais aussi un mandat concernant le montant de la réparation. Dans le litige à l'origine de la présente question préjudicielle, le Korkein oikeus s'interroge sur l'ampleur de l'indemnisation de M^{me} Juuri si la directive 2001/23 excédait la simple imputation de responsabilité, ses doutes fluctuant entre le dédommagement prévu par le droit finlandais en cas de licenciement abusif et celui relatif à la période de préavis que l'employeur est tenu de respecter.

43. Je suis d'avis, avec les gouvernements finlandais et hongrois ainsi qu'avec la Commission, que la directive 2001/23 établit uniquement et exclusivement une répartition de la responsabilité. Si le législateur

communautaire avait voulu fixer les répercussions financières de la résiliation du contrat, il l'aurait exprimé clairement. L'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23 a pour objet de répartir la responsabilité de la résiliation, et non d'en préciser les conséquences juridiques. Cette thèse est fondée sur une analyse grammaticale, mais aussi téléologique, de la directive 2001/23, ainsi que d'autres textes portant harmonisation du droit social communautaire³⁰.

1. «Taking words seriously»

44. L'interprétation philologique détaillée ne constitue pas le meilleur instrument au service du juriste, mais elle se présente toujours comme le premier pas sur le chemin à parcourir. Le droit communautaire, un ensemble rédigé dans un large éventail de langues, toutes officielles, trouve des arguments de poids dans la teneur littérale de ses dispositions³¹. Avantage qui tourne parfois

30 — Méthodologie qui, à l'encontre de ce que soutient Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, ne conduit pas à l'unique réponse correcte, mais bien, cependant, à la solution la plus pertinente.

31 — La Cour l'a reconnu dans son arrêt du 23 mars 2000, *Met-Trans et Saggol* (C-310/98 et C-406/98, Rec. p. I-1797, point 32): «Quelles que soient les raisons qui pourraient être invoquées [...], il n'appartient pas à la Cour de se substituer au législateur communautaire et d'interpréter une disposition à l'encontre de son contenu exprès». Dans certains cas, une simple virgule s'avère déterminante, comme cela s'est produit dans l'arrêt du 17 septembre 1997, *Dega* (C-83/96, Rec. p. I-5001, points 13 et 14).

en inconvénient, en ajoutant une certaine confusion lorsqu'il s'agit de décider des normes applicables dans un litige donné³². La présente affaire appartient à cette dernière catégorie, où la pluralité des langues crée plus de confusion que de transparence. C'est ce qui ressort de l'étude des termes employés à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23.

45. La partie finale de ladite disposition mentionne exactement que la résiliation du contrat de travail «est considérée comme intervenue du fait de l'employeur». La version espagnole, de même que les versions française, tchèque et allemande, se réfèrent à l'*imputation* de la responsabilité³³. D'autres traductions de la même disposition établissent la *responsabilité* de l'entrepreneur, sans évoquer l'imputation. C'est le cas des versions italienne, portugaise, polonaise, bulgare ou anglaise, dans lesquelles, par exemple, la résiliation «è considerata come dovuta alla responsabilità del datore

di lavoro»³⁴. Par conséquent, certaines versions mettent l'accent sur l'*imputation*, et les autres sur la *responsabilité*³⁵. Dans une interprétation large, les textes qui s'orientent vers la «responsabilité» reflètent une volonté du législateur communautaire dépassant la simple imputation, pour défendre une acception autonome du vocable, avec un contenu économique fourni par le droit communautaire, et non par le droit national.

46. Je répète ce que j'ai dit au début de cette section, constatant que l'interprétation grammaticale apporte dans certains cas plus la confusion qu'un consensus clair. La teneur littérale des normes écrites acquiert un relief singulier lorsque son analyse débouche sur une appréciation facilement perceptible, mais non dans des cas tels qu'en l'espèce, où les mots et leurs traductions entraînent des conséquences aussi diverses que contradictoires. Je ne crois pas que les nuances de rédaction dans certaines versions entraînent des conséquences juridiques notables, de sorte que, par cette voie, on s'engage seulement sur un terrain peu sûr.

32 — Dans l'arrêt *Bulmer c. Bollinger* de la Court of appeal (England and Wales), du 22 mai 1974, plus connu comme celui du champagne français, Lord Denning a souligné l'importance relative de la composante grammaticale dans le droit communautaire: «Seeing these differences, what are the English courts to do when they are faced with a problem of interpretation? They must follow the European pattern. No longer must they examine the words in meticulous detail. No longer must they argue about the precise grammatical sense. They must look to the purpose or intent. [...] They must not confine themselves to the English text. They must consider, if need be, all the authentic texts [...]. They must divine the spirit of the treaty and gain inspiration from it. If they find a gap, they must fill it as best they can. They must do what the framers of the instrument would have done if they had thought about it. So we must do the same. Those are the principles, as I understand it, on which the European Court acts.»

33 — Dans la version espagnole, «la rescisión del contrato de trabajo o de la relación laboral se considerará imputable al empresario»; dans la version tchèque, «je zaměstnavatel považován za osobu, z jejíž strany byly pracovní smlouva nebo pracovní poměr ukončeny», et, dans la version allemande, «dass die Beendigung des Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber erfolgt ist».

34 — Dans la version portugaise, «a rescisão do contrato ou da relação de trabalho considera-se como sendo da responsabilidade da entidade patronal»; dans la version polonaise, «pracodawca uważa się za odpowiedzialnego za rozwiązanie umowy o pracę lub stosunku pracy»; dans la version bulgare, «работодателят се счита за отговорен за прекратяването на трудовия договор или трудовото правоотношение», et, dans la version anglaise, «the employer shall be regarded as having been responsible for termination of the contract of employment or of the employment relationship».

35 — La version slovaque offre une position intermédiaire, en ce qu'elle inclut tant l'imputation que la responsabilité: «zodpovednosť za skončenie pracovnej zmluvy alebo pracovnoprávneho vzťahu sa bude pripisovať zamestnávateľovi».

47. La manière apparemment arbitraire dont sont employés les termes «imputation» et «responsabilité» dans les différentes versions officielles me fait penser que la clé ne réside pas dans le libellé, mais dans la *finalité* de la norme.

2. «Taking goals seriously»

48. La directive 2001/23, de la même manière que d'autres textes normatifs du droit social communautaire, vise la protection des travailleurs sur le marché intérieur européen. Il y a lieu d'étudier sa dynamique protectrice de la partie la plus faible de la relation de travail dans son contexte, à savoir l'instauration d'un niveau harmonisé de protection dans la Communauté, où les divergences normatives ne doivent pas faire obstacle à la libre circulation des facteurs de production³⁶. Les dispositions en matière sociale représentent donc des normes complexes par leurs objectifs, mais aussi par leur nature et par leurs effets. Ce n'est pas par hasard qu'on

a eu recours à la directive 2001/23 dans ce cadre, voire à des directives instaurant des minima, dont les dispositions laissent une marge pour une protection accrue à l'échelle nationale³⁷.

49. L'attitude protectrice se reflète dans les considérants de la directive 2001/23, qui a été adoptée «pour protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en particulier pour assurer le maintien de leurs droits»³⁸. C'est dans ce but que le législateur communautaire a décidé d'en finir avec les différences qui subsistaient dans les États membres «en ce qui concerne la portée de la protection des travailleurs»³⁹. La Cour et ses avocats généraux ont interprété la directive 2001/23 en soulignant l'importance de ses aspects sociaux. L'avocat général Cosmas, au point 15 de ses conclusions dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 7 décembre

36 — Voir, sur la recherche d'un point d'équilibre entre la protection du travailleur et la promotion de l'activité économique, Ball, C. A., «The Making of a transnational capitalist society: The European Court of Justice, social policy and individual rights under the European Community's legal order», *Harvard International Law Journal*, n° 37, 1996, p. 307 et suiv. La Cour s'est également montrée très sensible à ce mélange d'intérêts, en interprétant les normes du droit social communautaire, comme le souligne O'Leary, S., *Employment Law and the European Court of Justice. Judicial Structures, Policies and Processes*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2002, p. 119 à 128.

37 — L'utilisation de la directive s'est intensifiée dans ce secteur, mais le caractère délicat de toute intervention en la matière a favorisé le recours fréquent aux instruments du «soft law», comme le relève Kenner, J., «EC Labour Law: The Softly, Softly Approach», *IJCLLR*, n° 14, 1995; Goetschy, J., «The European Employment Strategy: Genesis and Development», *EJIR*, n° 5, 1999; Santana, M., «La Internalización de la Estrategia Europea de Empleo en España», *REDE*, n° 21, 2007, et Zeitlin, J., et Trubek, D. (éd.), *Governing Work and Welfare in a New Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2003. La large présence du «soft law» a des implications juridiques, mais aussi institutionnelles, comme le soulignent Senden, L., *Soft law in European Community Law*, Hart Publishers, Oxford, 2004; Alonso García, R., «El soft law comunitario», *Revista de Administración Pública*, n° 154, 2001; Sarmiento, D., *El soft law administrativo*, Thomson-Civitas, Pampelune, 2008; Cini, M., «The Soft law Approach: Commission Rule-Making in the EU's State Aid Regime», *Journal of European Public Policy*, n° 8, 2001; Hillgenberg, H., «A Fresh Look at Soft Law», *European Journal of International Law*, n° 10, 1999, et Klabbers, J. *The Undesirability of Soft Law*, *Nordic Journal of International Law*, n° 36, 1998.

38 — Troisième considérant.

39 — Quatrième considérant.

1995, *Spano e.a.*⁴⁰, reconnaît qu'«il s'agit d'une législation qui a clairement un objectif social», affirmation qui a trouvé un écho dans la jurisprudence de la Cour⁴¹.

50. Cet objectif social s'accompagne cependant d'autres initiatives. La directive 2001/23, tout comme celle qui l'a précédée, la directive 77/187, ont visiblement recherché un équilibre entre la sauvegarde des travailleurs et la promotion de la flexibilité de l'organisation des entreprises⁴². À cette fin, les dispositions communautaires ont cherché à atténuer la rigidité de certaines normes nationales, dont l'application contribuait, non seulement à compliquer la restructuration dans certains secteurs, mais aussi à ériger des obstacles à la

libre circulation et à une concurrence loyale sur le marché intérieur. La conciliation des intérêts apparaît à l'évidence si l'on compare la rédaction originelle de la Commission⁴³ à celle qui a été retenue par le Conseil de l'Union européenne. Le libellé définitif montre une forte préoccupation de concilier la protection du travailleur avec la promotion des mesures de réorganisation de l'entreprise, ce qui ressort à l'évidence des dispositions discutées en l'espèce. Sous les points 25 à 29 des présentes conclusions, j'ai noté que les droits du travailleur peuvent subsister, après le transfert, durant une période déterminée ou non. La directive 2001/23 octroie au cessionnaire une large marge d'action en vue de modifier les conditions de travail de son personnel, mais elle compense cette souplesse par un ensemble de mesures en faveur du travailleur, en particulier la possibilité de résiliation unilatérale. Ce résultat achève de concilier les intérêts des deux parties, puisque la directive 2001/23 ajoute que la résiliation est intervenue du fait de l'entrepreneur si, du fait du transfert, la situation du travailleur dans son emploi se détériore. La Commission confirmait elle-même, dans son projet de directive, dès 1974, que l'article 4, du fait de cette pondération, se borne à répartir les fautes, en laissant aux droits nationaux le soin de les délimiter⁴⁴.

40 — C-472/93, Rec. p. I-4321.

41 — Arrêts du 17 décembre 1987, *Ny Mølle Kro* (287/86, Rec. p. 5465, point 12); du 10 février 1988, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*, précité (point 9), et du 5 mai 1988, *Berg et Busschers* (144/87 et 145/87, Rec. p. 2559, point 13).

42 — Selon O'Leary, S., op. cit. (p. 242 et 243), «[t]he purpose of the Directive was to ensure that the rights of employees, in the event of a change of employer, were safeguarded. However, the Preamble also made clear that one of the principal reasons for the introduction of a minimum level of employment protection at EC level was the fear that disparities in employment protection legislation between Member States might have a deleterious effect on the transfers and mergers which it was the common market's aim to bring about as a result of greater economic integration. Thus, the Directive reflected the dual economic and social aims that characterised much of the Community's Social Action Programme. Like Article 141 EC [...], Directive 77/187 [actuellement la directive 2001/23] reflected both the Community's attempts to ameliorate 'the unacceptable by-products of growth' and its intention to eliminate distortions of competition».

43 — COM(74) 351 final, du 29 mai 1974.

44 — Dans l'exposé des motifs de son projet, la Commission annonçait que, «if the worker does not wish to continue the employment relationship with the transferee because a merger or takeover has led to some essential change in his terms of employment, it seems only fair, as provided for in article 3, that the worker should be treated as if his dismissal was due to the action of his employer. *The legal consequences involved, such as severance payment, compensation, etc., should again be prescribed by the laws, regulations and administrative provisions of the Member States*» (p. 8, c'est nous qui soulignons).

51. Le point d'équilibre entre la protection du travailleur et la flexibilité de l'entreprise est atteint en confiant le régime d'indemnisation au droit national. La directive 2001/23, norme établissant des minima, qui permet que ses règles soient renforcées dans l'espace national, formule une solution raisonnable. D'une part, elle offre au travailleur la certitude que la détérioration de ses conditions de travail sera réparée par le cessionnaire. D'autre part, elle laisse au droit national le soin de détailler les termes économiques de l'indemnisation. Compte tenu de la finalité de la directive 2001/23, je suis convaincu que son article 4, paragraphe 2, impose une *imputation*, et non une caractérisation de la responsabilité encourue par l'employeur.

3. «Taking directives seriously»

52. Il existe cependant d'autres motifs en faveur d'une interprétation restrictive de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23, ceux-là d'ordre systématique. Le droit social communautaire, dans son ensemble, manifeste quelle était l'intention des institutions en adoptant la directive 2001/23, puisque, lorsqu'elles ont voulu fixer les conditions du régime d'indemnisation auquel la demanderesse au principal aurait droit, elles l'ont fait clairement. A contrario, il convient de conclure, par conséquent, que ledit article 4, paragraphe 2, se borne à attribuer

la responsabilité à l'employeur, mais ne la définit pas.

53. La directive 2006/54/CE, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte)⁴⁵, dont les dispositions refondent l'ensemble des normes antidiscriminatoires communautaires, oblige les États membres, à son article 18, à prévoir des mécanismes compensatoires pour les victimes de discrimination. En principe, elle favorise l'introduction de mesures «nécessaires pour veiller à ce que le préjudice [...] soit effectivement réparé ou indemnisé [...], de manière dissuasive et proportionnée». Cette disposition incorpore un élément d'une portée communautaire évidente dans les ordres juridiques nationaux, en particulier en matière de droit du travail et de réparation du préjudice⁴⁶. De la même manière, la directive 2006/54, non seulement attribue la responsabilité à l'employeur, mais interdit de surcroît tout plafond maximal, afin de sauvegarder les droits des victimes

45 — Directive du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006 (JO L 204, p. 23).

46 — Cette disposition systématise le précédent article 1^{er}, paragraphe 5, de la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002 ; modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 269, p. 15). Il convient de souligner que, dans sa rédaction finale, cette disposition est plus protectrice encore envers la victime de discrimination. Dans la proposition de la Commission, il n'y avait aucune référence au caractère effectif, dissuasif et proportionné de l'indemnisation, elle excluait simplement de limiter son montant et garantissait des intérêts de retard. Toutefois, dans l'exposé des motifs de sa proposition, l'intention de la Commission de préciser le contenu de la responsabilité paraît claire: «en ce qui concerne le droit d'une victime d'une discrimination à une réparation susceptible de garantir une protection juridictionnelle réelle et efficace, ayant un effet dissuasif réel sur l'employeur et devant en tout cas être suffisante par rapport au dommage subi» [COM(2000) 334 final, point 45].

de discrimination⁴⁷. Cela diffère nettement de ce qui s'est produit avec l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23.

54. La directive 2004/113/CE, mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services⁴⁸, propose une solution analogue puisque, dans des termes semblables à ceux utilisés par la directive 2006/54, son article 8 mentionne que les États membres doivent adopter «les mesures nécessaires pour veiller à ce que le préjudice subi par une personne lésée du fait d'une discrimination [...] soit réellement et effectivement réparé ou indemnisé, selon des modalités qu'ils fixent, de manière dissuasive et proportionnée par rapport au dommage subi». La norme impose au droit national une contrainte, non seulement positive, mais aussi négative, puisqu'elle précise ensuite qu'«[u]ne telle indemnisation ou réparation n'est pas a priori limitée par un plafond maximal».

55. Les autres dispositions visant à harmoniser le droit social gardent le silence sur l'obligation de réparation inhérente aux manquements imputables à l'employeur. La directive 2001/23 est explicite, mais elle n'est pas aussi claire que les directives 2004/113 et 2006/54, ce qui m'amène à penser que l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23 réalise un juste équilibre, en établissant un critère d'attribution de la responsabilité, mais non un régime autonome applicable à cette responsabilité. Il y a seulement lieu d'ajouter, pour compléter ce qui a été exposé aux points 25 à 29 des présentes conclusions, que, comme je l'ai dit là, les articles 3 et 4 de la directive 2001/23 opèrent dans un rapport de complémentarité, ce qui justifie, à mon sens, de moduler leur interprétation lorsqu'il y a lieu de les appliquer.

4. L'exception à la règle générale d'imputation de la responsabilité: un élément de gradation

47 — Disposition qui traduit sous la forme législative la jurisprudence de la Cour, concrètement les arrêts du 10 avril 1984, von Colson et Kamann (14/83, Rec. p. 1891, point 23), et Harz (79/83, Rec. p. 1921, point 26); du 2 août 1993, Marshall (C-271/91, Rec. p. I-4367, point 34), et du 22 avril 1997, Draehmpaehl (C-180/95, Rec. p. I-2195, point 40). Sur cette technique d'indemnisation en matière d'égalité, voir McCrudden, C., «The Effectiveness of European Equality Law: National Mechanisms for Enforcing Gender Equality Law in the Light of European Requirements», Hepple, B., et Szyszczak, E., *Discrimination: Limits of Law*, Mansell, Londres, 1992.

48 — Directive du Conseil, du 13 décembre 2004 (JO L 373, p. 37).

56. J'ai soutenu qu'une résiliation du contrat de travail fondée sur le *respect* de l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2001/23 ne mérite pas le même traitement que la résiliation qui résulte d'un *manquement* à ladite disposition. Il y a là une différence de

comportement de l'employeur qui exigerait, en fonction des circonstances, une interprétation nuancée de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23. Cette conséquence découle de la jurisprudence de la Cour, qui exige des juridictions nationales un degré de protection procédurale et matérielle conforme aux principes d'effectivité et d'équivalence, y compris dans les secteurs faisant l'objet d'une harmonisation des règles minimales⁴⁹. Ainsi, lorsque l'article 3 de la directive 2001/23 a été respecté par le cessionnaire lors de l'exécution du transfert, mais que le contrat de travail est résilié en vertu de l'article 4, paragraphe 2, de cette directive, la responsabilité reste soumise aux règles générales du droit national du travail. Dans le cas contraire, j'estime que ledit article 4, paragraphe 2, bien qu'il ne définisse pas un régime d'indemnisation particulier, impose à l'État membre un traitement individualisé, également dans son droit interne.

57. La Cour ne devrait pas indiquer au Korkein oikeus le régime de réparation le plus approprié pour statuer sur les demandes de M^{me} Juuri. Mais elle devrait lui fournir des orientations et lui montrer que la directive 2001/23 instaure deux niveaux de

responsabilité. Le droit communautaire ne considère pas le résultat économique concret, mais il s'émeut de ce que des effets juridiques identiques se produisent dans des situations nettement différentes⁵⁰. Il incombe à la juridiction nationale de définir la solution la plus appropriée pour la responsabilité, dès lors qu'elle utilise un critère modulateur, basé sur l'article 3 de la directive 2001/23 en liaison avec l'article 4, paragraphe 2, de la même directive.

58. Pour synthétiser, il convient de répondre à la deuxième question préjudicielle en ce sens que l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23 doit être interprété comme une disposition attributive de responsabilité. Le droit communautaire exige, cependant, la gradation de cette responsabilité, en fonction de l'observance de l'article 3 de la directive 2001/23. À cette fin, la juridiction nationale applique les critères atténuant ou aggravant la responsabilité prévus dans son droit national.

49 — Depuis l'arrêt du 15 mai 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651, points 18 à 21), le droit communautaire incorpore une obligation de protection procédurale à l'échelle nationale, au nom du droit fondamental à un contrôle juridictionnel effectif.

50 — Arrêts du 14 février 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225, point 30); du 17 juillet 1997, National Farmers' Union e.a. (C-354/95, Rec. p. I-4559, point 61), et du 2 octobre 2003, Garcia Avello (C-148/02, Rec. p. I-11613, point 31).

VIII — Conclusion

59. Conformément aux explications qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles du Korkein Oikeus en ce sens que:

- «1) L'article 3, paragraphe 3, de la directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, s'oppose à ce que les conditions de travail convenues dans une convention collective prennent fin au moment où cette dernière arrive à expiration, lorsque la date du transfert de l'entreprise coïncide avec celle du terme de cette convention et lorsque le cédant et le cessionnaire ont commis une fraude à la loi. Il appartient à la juridiction nationale de déterminer si la synchronisation de la date dudit transfert et de celle de l'expiration de ladite convention est constitutive d'un comportement frauduleux.

- 2) L'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23 doit être interprété exclusivement comme une disposition attributive de responsabilité. Le droit communautaire exige, cependant, la gradation de cette responsabilité, en fonction de l'observance de l'article 3 de la directive 2001/23. À cette fin, la juridiction nationale applique les critères atténuant ou aggravant la responsabilité prévus dans son droit national.»