CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. M. POIARES MADURO
présentées le 27 janvier 2005¹

1. La House of Lords (Royaume-Uni) interroge la Cour sur les modalités 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'établissements², à la privatisation de services de formation professionnelle au pays de Galles, des fonctionnaires ayant été initialement détachés avant de devenir les employés de l'entité privée qui a succédé aux agences locales pour l'emploi en charge de ces services. Plus précisément, la House of Lords s'interroge sur la date à retenir en tant que «date du transfert» lorsque ce dernier prend la forme d'une opération complexe qui se déroule en plusieurs étapes. Ce renvoi constitue l'occasion de préciser les contours de cette notion, qui n'a jusqu'à présent pas été au centre des interrogations néanmoins

fréquentes des juridictions nationales quant à l'interprétation de la directive 77/187.

I — Présentation des faits et des questions préjudicielles

2. Dans le cadre d'une réforme de l'administration, lancée en 1989, le gouvernement du Royaume-Uni a prévu la création de «Training and Enterprise Councils» (conseils pour la formation et l'entreprise, ci-après les «TEC») prenant le relais des agences locales financées par le gouvernement et gérées par des fonctionnaires qui étaient responsables de programmes de formation des jeunes et des chômeurs. Pour la réalisation de cette privatisation progressive, les TEC ont bénéficié des locaux du Department of Employment (ministère de l'Emploi) et ont eu librement accès aux systèmes d'information et aux bases de données. Pendant une période de démarrage, estimée à trois ans, le personnel des agences locales a été détaché, tout en conservant son statut de

¹ — Langue originale: le portugais.

² — JO L 61, p. 26. Cette directive a été modifiée par la directive 98/50/CE du Conseil, du 29 juin 1998, modifiant la directive 77/187/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou parties d'établissements (JO L 201, p. 88). Ces modifications ont été codifiées par 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 transferts d'entreprises, d'établissements ou parties d'établissements (JO L 82, p. 16). Seule la version initiale de la directive était en vigueur au moment des faits.

fonctionnaire; ainsi, les actions de formation ont pu être poursuivies sans interruption, avec un personnel qualifié, dont les TEC n'avaient pas à assumer la charge financière. Les employés du Department of Employment ont continué à exercer la même activité dans les mêmes bâtiments, sous la supervision des TEC. Il était toutefois prévu, dans une lettre adressée le 16 décembre 1991 par le Secretary of State aux présidents du «Staffing Group» (groupe chargé des questions du personnel) des TEC³, que ces derniers adoptent en définitive le statut d'employeur vis-à-vis de ces employés. À l'issue de la période de détachement, le choix était laissé aux employés soit d'être reclassés au sein du Department of Employment, en changeant de fonction, soit de poursuivre leur activité, en tant qu'employés des TEC. Dans ce cadre, le Department of Employment a, en 1992, conclu un accord avec les TEC définissant leurs obligations respectives vis-à-vis des fonctionnaires ayant changé de statut pour devenir employés des TEC⁴. À cette occasion, la question de l'applicabilité éventuelle des Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981 (règlement relatif à la protection de l'emploi en cas de transferts d'entreprises), qui transpose en droit britannique la directive 77/187, a été évoquée sans être tranchée.

3. L'affaire devant la Cour porte sur des agences du nord du pays de Galles situées à Wrexham et à Bangor, qui ont été reprises par Newtec, devenue opérationnelle en septembre 1990. Celtec Ltd (ci-après «Celtec») a succédé à cette dernière en 1997 lors

d'une fusion. Le mécanisme de détachement mis en œuvre pour le bon déroulement de la privatisation au profit de Newtec a concerné 43 fonctionnaires. À l'issue d'une période d'environ trois ans, 18 fonctionnaires ont choisi de démissionner de la fonction publique pour devenir employés de Newtec, les autres ont soit choisi d'être reclassés au sein de la fonction publique, soit pris leur retraite, soit ont quitté leur emploi pour d'autres motifs.

4. M. Astley, M^{mes} Hawkes et Owens sont entrés dans la fonction publique respectivement le 31 août 1973, le 4 novembre 1985 et le 21 avril 1986. Ils ont été détachés auprès de Newtec, lors de sa création, puis sont devenus employés de cette société après avoir démissionné de la fonction publique, tout en continuant à exercer les mêmes fonctions au cours de cette période. M^{mes} Owens et Hawkes ont été employées par Newtec à compter du 1^{er} juillet 1993, M. Astley à partir du 1^{er} septembre 1993. En 1998, M^{me} Hawkes a été licenciée par Celtec, qui a refusé de lui reconnaître son ancienneté depuis son entrée dans la fonction publique. M. Astley et M^{me} Owens craignent également d'être licenciés. Les trois employés ont intenté un recours devant l'Employment Tribunal Abergele (tribunal du travail d'Abergele) (Royaume-Uni) visant à se voir reconnaître leur ancienneté.

5. En effet, en application de l'article 1^{er}, paragraphe 3, de l'Employment Rights Act 1996 (loi sur les droits des travailleurs), l'employeur est tenu de communiquer par écrit au salarié, lors de son recrutement, des informations concernant, notamment, la

3 — Annexe 4 des observations déposées devant la Cour par les parties défenderesses.

4 — Point 9 de l'ordonnance de renvoi.

date du commencement de la relation de travail ainsi que «la date à laquelle la période d'emploi continue de l'employé a commencé en tenant compte de tout emploi auprès d'un employeur précédent inclus dans cette période». En cas de non-respect par l'employeur de cette obligation d'information, le salarié peut, conformément à l'article 11, paragraphe 1, de l'Employment Rights Act 1996, saisir l'Employment Tribunal. La détermination de l'ancienneté dont bénéficie le salarié a des conséquences sur l'indemnité de licenciement économique à laquelle il a éventuellement droit⁵. L'ancienneté ou la notion «d'emploi continu» fait référence à l'emploi occupé auprès du même employeur. Toutefois, en cas de transfert, il est prévu à l'article 218, paragraphe 2, de l'Employment Rights Act 1996 que le transfert n'interrompt pas la continuité de la période d'emploi, c'est-à-dire que la période d'emploi auprès du cédant compte comme période d'emploi auprès du cessionnaire. M. Astley, M^{mes} Owens et Hawkes demandaient à l'Employment Tribunal de constater qu'ils avaient été employés de manière continue depuis leur entrée dans la fonction publique, leur contrat ayant été transféré à Newtec, puis à Celtec. Il n'est pas douteux que la fusion ayant donné naissance à Celtec ait entraîné un transfert des contrats de travail d'une entité à l'autre. En revanche, le transfert des contrats du Department of Employment à Newtec est au cœur du débat.

6. L'Employment Tribunal, devant lequel le litige a été porté, a estimé, dans sa décision du 22 décembre 1999, que la privatisation

intervenue s'analysait comme un transfert d'entreprise au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 77/187. En conclusion, il a jugé que l'article 218 de l'Employment Rights Act 1996 était applicable et que les requérants avaient été employés de manière continue depuis leur entrée dans la fonction publique.

7. Rappelons que la directive 77/187, adoptée sur le fondement de l'article 100 du traité CE (devenu article 94 CE), vise, conformément à son deuxième considérant, à «protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en particulier pour assurer le maintien de leurs droits». D'après son article 1^{er}, paragraphe 1, cette 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». Le maintien des droits des salariés lors d'un transfert est prévu à son article 3, paragraphe 1: «[I]es 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».

8. Appel fut formé contre la décision de l'Employment Tribunal devant l'Employment Appeal Tribunal (Royaume-Uni). Ce dernier, dans un arrêt du 5 octobre 2001, confirma l'existence d'un transfert au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, la directive 77/187. En outre, il précisa que la date de transfert au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187 devait être comprise comme la date à laquelle le cessionnaire a eu la

5 — Conformément à l'article 155 de l'Employment Rights Act 1996, les salariés n'ont droit à une indemnité pour licenciement économique que s'ils ont deux années d'ancienneté au moins. Le montant de l'indemnité est calculé en fonction de l'ancienneté (article 162 de l'Employment Rights Act 1996).

possession et le contrôle exclusif de l'établissement. Dans le cas d'espèce, il conclut que le transfert était intervenu en septembre 1990, date à laquelle Newtec est devenue opérationnelle. Par conséquent, les fonctionnaires initialement détachés auprès de Newtec ne pouvaient prétendre que leurs droits auraient été transférés en 1993, trois ans après la date du transfert.

9. Par un arrêt rendu le 19 juillet 2002, la Court of Appeal (England & Wales) (Royaume-Uni) s'est prononcée sur le même litige. Plusieurs de ses constatations sont pertinentes pour la suite du raisonnement. La Court of Appeal a précisé que les compétences des fonctionnaires du Department of Employment faisaient partie de l'entité transférée à Newtec, puisque cette dernière en a bénéficié pendant toute la période de détachement. S'agissant de la date de transfert au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187, elle inclut, selon la Court of Appeal, l'hypothèse d'un transfert d'entreprise se déroulant sur plusieurs années. En conséquence, la Court of Appeal a annulé la décision de l'Employment Appeal Tribunal.

10. Celtec a introduit un recours devant la House of Lords visant à contester l'arrêt rendu par la Court of Appeal. Dans le cadre de ce recours, la House of Lords a posé à la Cour les questions suivantes:

«1) Les termes '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' figurant à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, doivent-il être interprétés en ce sens qu'il existe un moment précis auquel le transfert de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci est réputé terminé et le transfert des droits et obligations conformément à l'article 3, paragraphe 1, est effectué?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, comment ce moment précis doit-il être identifié?

3) En cas de réponse négative à la première question, comment les termes 'à la date du transfert' de l'article 3, paragraphe 1, doivent-ils être interprétés?»

11. Les trois questions portent sur l'interprétation à donner à la notion de «date de transfert» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187. Il me paraît donc préférable d'y répondre conjointement.

12. Des observations écrites ont été déposées au cours de la procédure écrite devant la

Cour par Celtec, par les parties défenderesses, c'est-à-dire M. Astley, M^{mes} Owens et Hawkes, et par la Commission. Une audience a eu lieu le 2 décembre 2004, au cours de laquelle les mêmes parties ont présenté leurs plaidoiries.

13. Après avoir au préalable précisé la portée du transfert intervenu, ainsi que les conditions de sa soumission à la directive 77/187 (II), j'aborderai l'interprétation de la notion de «date du transfert» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187 (III), puis en tirerai les conséquences pour la présente affaire.

II — Analyse du transfert intervenu

14. Deux aspects méritent d'être abordés: la soumission de la privatisation à la directive 77/187 (A) puis la définition de l'entité transférée lors de cette privatisation (B).

A — Soumission à la directive 77/187 de la privatisation d'activités de formation professionnelle

15. La directive 77/187 régit plusieurs aspects du transfert d'entreprise. Bien qu'elle ait été initialement conçue pour protéger les salariés dont l'employeur changeait à la suite

d'une opération d'acquisition ou de restructuration, la Cour lui a reconnu un champ d'application englobant des opérations d'externalisation⁶, de sous-traitance⁷, de privatisation⁸ ou de transfert d'entreprise à l'État⁹. Le transfert d'attributions administratives d'une commune à un groupement intercommunal a cependant été exclu du champ d'application matériel de la directive 77/187¹⁰. Le critère retenu pour l'applicabilité de la directive est celui de l'exercice d'une activité économique par l'entité transférée. Cette limitation au champ d'application matériel de la directive 77/187 a été reprise à l'article 1^{er} de la directive 98/50, qui prévoit que «la présente directive est applicable aux entreprises publiques et privées exerçant une activité économique, qu'elles poursuivent ou non un but lucratif. Une réorganisation administrative d'autorités administratives publiques ou le transfert de fonctions administratives entre autorités administratives publiques ne constitue pas un transfert au sens de la présente directive». Dans le cas présent, le caractère économique de l'activité de formation professionnelle ne soulevant aucun doute, la privatisation de ces activités peut constituer un transfert au sens de la directive 77/187.

16. La définition du champ d'application personnel de la directive 77/187 a été

6 — Arrêts du 12 novembre 1992, *Watson Rask et Christensen* (C-209/91, Rec. p. I-5755); du 14 avril 1994, *Schmidt* (C-392/92, Rec. p. I-1311), et du 10 décembre 1998, *Hidalgo e.a.* (C-173/96 et C-247/96, Rec. p. I-8237).

7 — Arrêt du 2 décembre 1999, *Allen e.a.* (C-234/98, Rec. p. I-8643).

8 — Arrêts du 4 juin 2002, *Beckmann* (C-164/00, Rec. p. I-4893), et du 6 novembre 2003, *Martin e.a.* (C-4/01, Rec. p. I-12859).

9 — Arrêts du 26 septembre 2000, *Mayeur* (C-175/99, Rec. p. I-7755), et du 11 novembre 2004, *Delahaye* (C-425/02, non publié au Recueil).

10 — Arrêt du 15 octobre 1996, *Henke* (C-298/94, Rec. p. I-4989).

soumise à l'examen de la Cour, qui a itérativement jugé que seuls les travailleurs au sens du droit national pouvaient se prévaloir de la protection prévue offerte par la directive¹¹. Ce renvoi au droit national a été codifié par la directive 98/50, qui définit le terme de «travailleur» comme «toute personne qui, dans l'État membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi».

17. Toutefois, il est regrettable qu'il n'existe aucune définition de la notion de travailleur en droit social communautaire¹². En effet, quand bien même la Cour s'est montrée disposée à interpréter de manière extensive la notion de travailleur au sens de l'article 39 CE¹³, elle a toujours considéré que la directive 77/187 ne procédait qu'à une harmonisation partielle, sans imposer de définition uniforme de la notion de travailleur ou des droits qui découlent du contrat de travail¹⁴. Même si cette directive ne procède qu'à une harmonisation partielle¹⁵, le renvoi au droit national de la définition de

travailleur a des conséquences particulièrement lourdes à l'égard des employés de la fonction publique. En effet, s'ils sont soumis à un statut de droit public excluant leur qualification de travailleur en droit national, ils peuvent être transférés à une entité privée sans bénéficier de protection comparable à celle que reçoivent des salariés privés dans la même situation qu'eux¹⁶. Le renvoi au droit national pour la définition de la notion de travailleur aboutit à traiter de manière différente des situations identiques, uniquement en raison de la qualification de la relation de travail qui unit les fonctionnaires à leur employeur. Par conséquent, des privatisations concernant des activités identiques tomberont ou non dans le champ d'application de la directive 77/187, en fonction du droit national pertinent. Un tel résultat ne paraît pas justifiable au regard des objectifs de la directive. Il serait au contraire plus conforme au principe de neutralité du droit communautaire à l'égard de la distinction entre entités publiques et privées de considérer que tout transfert d'activité économique est soumis aux règles impératives de la directive 77/187¹⁷.

18. Même si la Cour n'était pas convaincue que toute activité à caractère économique devrait être soumise à la directive 77/187, il semble que la privatisation intervenue au

11 — Arrêts du 11 juillet 1985, *Danmols Inventar* (105/84, Rec. p. 2639, point 27); du 25 juillet 1991, *D'Urso e.a.* (C-362/89, Rec. p. I-4105, point 12), et du 14 septembre 2000, *Collino et Chiappero* (C-343/98, Rec. p. I-6659, point 38).

12 — Supiot, A., *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, Paris, 1999, préconise l'adoption d'une définition communautaire de la notion de travailleur, p. 296. Sur les contours flexibles de cette notion, Davies, P., et Freedland, M., «Employees, Workers, and the Autonomy of Labor Law», *Mélanges en l'honneur de S. Simitis*, 2000, p. 31.

13 — Voir, en dernier lieu, arrêt du 7 septembre 2004, *Trojani* (C-456/02, Rec. p. I-7573).

14 — Le droit social communautaire peut être qualifié de «transnational floor of rights», ainsi que le suggèrent Barnard, C., et Deakin, S., «Social Policy in search of a role: integration, cohesion and citizenship», *1996 Onwards, lowering the barriers further*, Wiley, 1996, p. 177.

15 — Arrêt *Danmols Inventar*, précité à la note 11, point 26.

16 — Ces arguments rejoignent ceux présentés dans leurs conclusions par l'avocat général Lenz dans l'affaire *Henke*, précitée à la note 10, et par l'avocat général Alber dans l'affaire *Collino et Chiappero*, précitée à la note 11.

17 — La Cour a déjà admis, concernant la notion de temps de travail, qu'un renvoi au droit national «ne signifie pas que les États membres peuvent déterminer unilatéralement la portée de cette notion» (arrêt du 9 septembre 2003, *Jaeger*, C-151/02, Rec. p. I-8389, point 59).

Royaume-Uni qui fait l'objet de la présente affaire relève en tous cas de ladite directive. En effet, dans l'arrêt Beckmann, relatif à un transfert du secteur public au secteur privé au Royaume-Uni, en l'occurrence du National Health Service (administration nationale de la santé) à une société privée, Dynamco Whicheloe Macfarlane, la Cour avait pris acte de l'interprétation des parties et du gouvernement du Royaume-Uni, selon laquelle les employés concernés, «en dépit de l'appartenance [du National Health Service] au secteur public, relèvent de la législation nationale en matière de droit du travail et [...] sont donc susceptibles de bénéficier des dispositions de la directive»¹⁸. Dans le cas présent, les parties s'accordent aussi pour assimiler les fonctionnaires du Department of Employment à des «travailleurs», comme tels soumis à la directive 77/187. Rien ne s'oppose donc à l'application de ladite directive aux faits de l'espèce.

20. D'après une jurisprudence constante, déterminer si un transfert au sens de la directive 77/187 a eu lieu requiert l'analyse de «l'ensemble des circonstances de fait qui caractérisent l'opération en cause»¹⁹. Parmi les différents éléments à prendre en compte, la Cour cite: «le type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit, le transfert ou non d'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»²⁰. Le poids conféré par le juge national à chacun des éléments pertinents dépendra de la nature de l'activité en cause²¹.

B — L'entité transférée

19. Le renvoi préjudiciel de la House of Lords sur la notion de date de transfert devrait permettre de déterminer si les parties défenderesses sont protégées par les dispositions de la directive 77/187. Avant de résoudre ce point, il paraît indispensable de définir la portée du transfert intervenu du Department of Employment à Newtec.

21. La Cour a ainsi pu juger que, «dans certains secteurs dans lesquels l'activité repose essentiellement sur la main-d'œuvre, une collectivité de travailleurs que réunit durablement une activité commune peut correspondre à une entité économique»²². Toutefois, dans un secteur où l'activité

19 — Arrêt du 11 mars 1997, Süzen (C-13/95, Rec. p. I-1259, point 14). Voir aussi arrêts du 18 mars 1986, Spijkers (24/85, Rec. p. 1119, point 13); du 25 janvier 2001, Liikenne (C-172/99, Rec. p. I-745, point 33); du 24 janvier 2002, Temco (C-51/00, Rec. p. I-969, point 24), et du 20 novembre 2003, Abler e.a. (C-340/01, Rec. p. I-14023, point 33).

20 — Arrêt Süzen, précité à la note 19, point 14; et les arrêts cités à cette note.

21 — Arrêt Süzen, précité à la note 19, point 18; et les arrêts cités à cette note.

22 — Arrêt Temco, précité à la note 19, point 26.

18 — Arrêt Beckmann, précité à la note 8, point 27.

nécessite du matériel et des installations importants, comme le transport public régulier par autobus, l'absence de transmission des actifs à un niveau significatif s'oppose à la conclusion que l'entité concernée aurait conservé son identité²³.

22. Au point 11 de sa décision du 22 décembre 1999, l'Employment Tribunal a identifié l'entité transférée comme «la gestion des activités en faveur de l'entreprise et de la formation professionnelle des plus de 16 ans financées par le gouvernement, en Angleterre et au pays de Galles, ainsi que les systèmes d'information et bases de données, du personnel et des locaux»²⁴. Le caractère large de cette définition s'explique par le fait que le cas des trois requérants doit avoir valeur d'exemple pour tous les autres fonctionnaires dont la situation a changé du fait de la privatisation intervenue. L'Employment Tribunal a aussi constaté, au point 12 de sa décision, que l'activité de formation professionnelle reposait essentiellement sur la main-d'œuvre. La Court of Appeal a confirmé que les compétences du personnel, d'abord détaché puis employé, faisaient partie de l'entité transférée au profit de Newtec. Il paraît ainsi établi que le transfert intervenu comprend aussi bien des actifs que les compétences des salariés. Venons-en à la détermination de la date à laquelle ce transfert a eu lieu.

III — Interprétation de la notion de «date de transfert» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187

23. La House of Lords interroge la Cour sur l'interprétation de la notion de «date de transfert» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187. La question posée recouvre deux aspects: tout d'abord, le point de savoir si la date du transfert vise une date ponctuelle ou une période continue; ensuite, le caractère de date unique ou non de la date de transfert. Une fois mis en évidence l'enjeu que recèle cette question (A), il conviendra de s'interroger sur la méthode de détermination de cette date, particulièrement dans le cadre d'une opération complexe de transfert (B).

A — La fonction de la date de transfert dans la directive 77/187

24. La notion de date de transfert n'est mentionnée qu'à l'article 3 de la directive 77/187. Après avoir étudié sa place dans l'économie de la directive, je préciserai les éléments d'interprétation apportés par la Cour sur cette notion.

23 — Arrêt Liikenne, précité à la note 19, point 42.

24 — Arrêt reproduit en annexe 1 des observations des parties défenderesses.

1) La fonction de la date de transfert dans l'économie générale de la directive

25. L'objectif de la directive 77/187 est de maintenir les droits des travailleurs en cas de transfert. À cet effet, plusieurs mécanismes sont prévus. Ils se déclenchent lorsque les conditions pour une qualification de transfert d'entreprise au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive sont remplies. L'examen réalisé au titre de cet article permet de définir la portée du transfert. Les employés rattachés à l'entité transférée sont par conséquent identifiés²⁵.

26. La première conséquence qui découle de la qualification de transfert est prévue à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187 et consiste dans le maintien des droits découlant de leur contrat ou relation de travail pour les travailleurs.

27. Ladite directive ne se limite pas à instaurer le maintien automatique des contrats de travail d'une entité lors d'un transfert d'entreprise. Elle prévoit en outre l'obligation d'informer les représentants du personnel de la survenance du transfert. L'article 6, paragraphe 1, de la directive 77/187 exige que le cédant communique aux représentants des salariés «en temps utile

avant la réalisation du transfert» des informations relatives au transfert. À la suite des modifications introduites par la directive 98/50, la «date fixée ou proposée pour le transfert» fait d'ailleurs expressément partie des informations qui doivent être communiquées.

28. L'objectif de cette disposition est de mettre les représentants du personnel en mesure de réagir au changement structurel impliqué par le transfert. Dans l'hypothèse où il serait convenu que le transfert sera exécuté en plusieurs étapes, l'information concernant le transfert, pour être utile, sera fournie aux représentants du personnel avant la première étape du transfert. Afin que ceux-ci soient à même de réagir au transfert projeté, l'information transmise comprendra un descriptif des différentes étapes prévues²⁶.

29. Enfin, l'article 4 de la directive 77/187 constitue le troisième pilier de la protection accordée par cette directive. Si un licenciement survient du fait du transfert, il est réputé intervenu du fait de l'employeur. Toute dérogation au maintien des droits découlant des contrats de travail prévu à

26 — Voir par analogie avec l'obligation de consultation prévue par la directive 94/45/CE du Conseil, du 22 septembre 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs (JO L 254 p. 64), arrêts du 13 janvier 2004, Kühne & Nagel (C-440/00, Rec. p. I-787), et du 29 mars 2001, Bofrost* (C-62/99, Rec. p. I-2579).

25 — Arrêt du 7 février 1985, Botzen e.a. (186/83, Rec. p. 519, point 15).

l'article 3, paragraphe 1, de ladite directive se trouve ainsi sanctionnée. L'application de cet article n'est pas différente que le transfert intervienne en une ou plusieurs phases, l'élément déterminant étant le lien établi entre le licenciement et le transfert.

cédant. Toutefois, cela n'exclut pas la possibilité qu'un transfert se déroule en plusieurs étapes. Il est néanmoins établi que, à l'issue du transfert, le cessionnaire aura repris les contrats de travail de l'entité transférée.

2) L'interprétation par la jurisprudence de la notion de date de transfert

30. La Cour a précisé dans plusieurs arrêts l'interprétation à donner à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187.

31. Selon la Cour, la date de transfert organise la succession des employeurs de l'entité transférée. Ainsi, la date du transfert détermine la date à laquelle le cessionnaire reprend les obligations qui étaient à la charge du cédant du fait des contrats de travail. Par conséquent, «l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187, du 14 février 1977, doit être interprété en ce sens qu'après la date du transfert le cédant est libéré de ses obligations résultant du contrat ou de la relation de travail en raison du seul fait du transfert»²⁷. Tandis que, avant le transfert, le cédant est débiteur des obligations découlant pour l'employeur des contrats de travail, après le transfert, le cessionnaire est subrogé au

32. La date du transfert joue aussi un rôle pour déterminer la portée dans le temps des obligations imposées aux employeurs par la directive 77/187. L'arrêt *Ny Mølle Kro*²⁸ en offre une illustration. M^{me} Hansen, une serveuse engagée en mai 1983 à l'auberge *Ny Mølle Kro*, demandait à bénéficier d'une convention collective que le cédant, précédent locataire de l'établissement, s'était engagé à respecter. L'engagement de M^{me} Hansen étant postérieur au transfert, celle-ci ne pouvait se prévaloir des conditions de travail en vigueur avant le transfert. Ainsi que l'explique la Cour, «l'article 3, paragraphe 2, de la directive doit être considéré comme ne visant à assurer le maintien, par le cessionnaire, des conditions de travail convenues par une convention collective qu'en ce qui concerne les travailleurs qui étaient déjà employés de l'entreprise à la date du transfert, à l'exclusion de ceux qui ont été engagés postérieurement à cette date»²⁹.

33. Statuant dans le même sens, l'arrêt *Wendelboe e.a.*³⁰ a été rendu au regard de considérations factuelles différentes. MM. *Wendelboe, Jensen et Jeppesen* avaient

27 — Arrêt du 5 mai 1988, *Berg et Busschers* (144/87 et 145/87, Rec. p. 2559, point 14).

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

29 — Arrêt *Ny Mølle Kro*, précité à la note 28, point 26.

30 — Arrêt du 7 février 1985 (19/83, Rec. p. 457).

été licenciés le 18 janvier 1980 par LJ Music ApS, la société étant au bord de la faillite. Après le prononcé de la faillite le 4 mars 1980, l'entreprise a fait l'objet d'une reprise par la société ApS SPKR, qui, au titre d'un accord signé fin mars 1980, avait le droit d'utiliser ses installations à compter du prononcé de la faillite. Cette société a réengagé MM. Wendelboe, Jensen et Jepsen le 6 mars 1980, sans prendre en compte leur ancienneté. La question d'interprétation posée à la Cour portait sur le point de savoir si le maintien des conditions de travail lors d'un transfert devait être garanti aux salariés qui n'étaient pas employés par l'entreprise au moment du transfert. La Cour répond par la négative à cette question. Il s'ensuit, en conformité avec l'article 4 de la directive 77/187, que les employés licenciés avant le transfert ne peuvent pas être réintégrés au motif qu'un transfert est intervenu, pourvu que leur licenciement ne soit pas lié au transfert. Soulignons que, entre la date de leur licenciement le 18 janvier 1980 et leur réengagement le 6 mars 1980, les trois employés ont interrompu leur activité.

34. Il découle de cette jurisprudence que seuls les contrats de travail existant à la date du transfert sont soumis à la directive 77/187, à l'exclusion de tous les autres. La date de transfert sert ainsi à limiter les obligations des employeurs. Ils ne sont tenus de maintenir que les droits des travailleurs employés au moment du transfert. Ni ceux qui ont été employés postérieurement au transfert ni ceux qui ont été licenciés

antérieurement au transfert, et pour un motif indépendant du transfert, ne peuvent se prévaloir de la directive 77/187.

35. Enfin, la Cour a qualifié la date de transfert mentionnée à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187 d'impérative. Dans l'affaire Rotsart de Hertaing³¹, la juridiction de renvoi demandait si le transfert du personnel avait lieu à la date du transfert ou s'il pouvait, au choix du cédant ou du cessionnaire, être fixé à une date postérieure. En l'espèce, M^{me} Rotsart de Hertaing avait été licenciée, postérieurement au transfert d'entreprise intervenu entre Benoidt et IGC Housing Service, par son ancien employeur. La question se posait de savoir si le cédant, Benoidt, pouvait demeurer son employeur, une fois le transfert d'entreprise intervenu. Se fondant sur le caractère impératif de la protection accordée par la directive 77/187 aux employés, la Cour affirme que «le transfert des contrats et des relations de travail en application de l'article 3, paragraphe 1, de la directive a nécessairement lieu à la date du transfert de l'entreprise et ne peut être reporté, au gré du cédant ou du cessionnaire, à une autre date»³². Deux commentaires sont nécessaires pour préciser la portée de cet arrêt. D'une part, le transfert a été opéré par un contrat entre le cédant et le cessionnaire. Il résultait donc d'une opération simple, ponctuelle, et précisément datée. En l'absence de coïncidence entre le transfert d'entreprise et le transfert des relations de travail, la date de transfert ne pourra être aussi aisément

31 — Arrêt du 14 novembre 1996 (C-305/94, Rec. p. I-5927).

32 — Arrêt Rotsart de Hertaing, précité à la note 31, point 26.

déterminée. D'autre part, la Cour qualifie les règles figurant à la directive 77/187 d'impératives, dans le but d'éviter que les parties n'y dérogent pour réduire la protection garantie aux employés de l'entité transférée³³. En l'absence d'un tel risque, la Cour se montre respectueuse de la liberté contractuelle, admettant par exemple qu'un employé refuse le transfert de son contrat de travail³⁴.

ment suivi par la Cour lorsqu'elle analyse ce type de transferts. À la lumière de cette jurisprudence, je présenterai les interprétations de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187 défendues par les parties avant de proposer l'autre interprétation qui me semble devoir s'imposer.

36. Ainsi, le rôle dévolu à la date de transfert à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187, tel qu'il est interprété par la jurisprudence, n'implique pas que cette date soit unique et de nature ponctuelle, si le transfert se déroule en plusieurs étapes.

1) La jurisprudence relative à des opérations complexes de transfert

B — La détermination de la date de transfert dans le cadre d'une opération complexe de transfert

37. Un transfert réalisé par une suite d'opérations, impliquant un décalage temporel entre la décision d'opérer un transfert et les différentes étapes de sa réalisation, peut être qualifié d'opération complexe de transfert. Pour établir les conséquences à attacher au fait qu'un transfert consiste en une opération complexe, j'exposerai d'abord le raisonne-

38. L'inclusion des opérations complexes de transfert dans le champ d'application de la directive 77/187 s'est faite progressivement. Elle découle de l'interprétation extensive que fait la Cour de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 77/187, qui se réfère aux transferts «résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion». La jurisprudence a lu cette condition comme n'exigeant pas de lien contractuel direct entre le cédant et le cessionnaire. Elle retient au contraire que «la directive [77/187] est applicable 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»³⁵. Ainsi la Cour a expressément reconnu que la cession à l'origine du transfert peut s'effectuer en deux étapes, par l'intermédiaire d'un tiers, comme le propriétaire ou le bailleur³⁶. Le

33 — Point 16 des conclusions de l'avocat général Van Gerven dans l'affaire Katsikas e.a. (arrêt du 16 décembre 1992, C-132/91, C-138/91 et C-139/91, Rec. p. I-6577).

34 — Arrêt Katsikas e.a., précité à la note 33, point 33.

35 — Arrêts précités à la note 19, Süzen, point 12; Liikenne, point 29, et Abler e.a., point 41.

36 — Arrêt Temco, précité à la note 19, points 31 et 32.

fait qu'un acte administratif déclenche le transfert n'empêche pas plus de retenir que la condition de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 77/187 est remplie³⁷.

39. Or, en l'absence de lien direct entre cédant et cessionnaire, le transfert se déroulera en principe en plusieurs étapes, incluant parfois une interruption de l'activité de l'entité transférée. Il est aussi possible que la transmission des actifs ne soit pas concomitante au transfert des contrats de travail. En pareils cas, cependant, la Cour n'a pas considéré qu'un décalage temporel aurait une incidence sur la qualification de transfert.

40. Dans ses conclusions présentées dans les affaires Hernández Vidal et Hidalgo e.a., l'avocat général Cosmas avait suggéré l'exigence d'une «relation temporelle étroite entre l'expiration d'un marché et sa réattribution à un autre entrepreneur»³⁸ pour que cette dernière soit constitutive d'un transfert au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 77/187. La Cour n'a pas formellement adopté ce critère, tout en retenant «la durée éventuelle de suspension des activités» parmi les éléments pertinents pour déterminer si un transfert a eu lieu³⁹.

41. Dans le cas d'un transfert mis en œuvre au moment de la pause saisonnière de l'activité, ce qui impliquait un décalage entre le transfert des actifs et le début des contrats de travail, la Cour a conclu que les contrats de travail avaient été transférés. L'arrêt Ny Mølle Kro affirme en effet que la fermeture saisonnière «n'est en règle générale pas de nature à mettre fin à l'existence de l'entreprise en tant qu'entité économique»⁴⁰.

42. Un décalage entre le début de l'activité et la reprise des salariés n'aboutit pas non plus à écarter l'existence d'un transfert. Dans l'affaire Allen e.a., une société avait sous-traité à une filiale du même groupe qu'elle des travaux de forage pour lesquels elle détenait un marché. La Cour a considéré qu'il y avait eu transfert d'une filiale du groupe à l'autre. Peu importait «l'absence de simultanéité entre la reprise des salariés d'ACC par AMS et le début ou la fin des contrats, [puisqu'] un transfert d'entreprise est une opération juridique et matérielle complexe dont la réalisation peut prendre un certain temps»⁴¹. Dans le même arrêt, la Cour a envisagé l'hypothèse que les salariés aient, pendant la période initiale du transfert, travaillé indifféremment pour le cédant ou le cessionnaire. Cette circonstance n'est pas non plus susceptible d'empêcher la qualification de transfert⁴².

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

38 — Point 162 des conclusions dans les affaires Hernández Vidal e.a. (arrêt du 10 décembre 1998, C-127/96, C-229/96 et C-74/97, Rec. p. I-8179) et Hidalgo e.a. (arrêt du 10 décembre 1998, C-173/96 et C-247/96, Rec. p. I-8237).

39 — Voir les arrêts cités à la note 19.

40 — Arrêt Ny Mølle Kro, précité à la note 28, point 20.

41 — Arrêt Allen e.a., précité à la note 7, point 32.

42 — Ibidem, point 35.

43. D'autres exemples pourraient être cités, dans lesquels la Cour a conclu à l'existence d'un transfert malgré un certain décalage entre les différentes étapes de son exécution⁴³. Dans tous ces cas, l'analyse menée par la Cour est à la fois objective et pragmatique. Elle ne s'attache ni à l'intention des parties ni à une concomitance absolue des différentes étapes d'un transfert. La Cour ignore le fractionnement temporel de l'opération pour identifier les contours de l'entité transférée. Quelles que soient les modalités choisies pour l'exécution du transfert, elle demeure guidée par l'objectif de protection des travailleurs de la directive 77/187⁴⁴. Ainsi, la Cour dessine les contours de l'entité transférée sans exiger que le transfert se déroule à une date unique et ponctuelle. Il n'en demeure pas moins que le caractère complexe d'une opération de transfert aura nécessairement des conséquences sur l'interprétation de la date du transfert au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187.

2) Rejet des interprétations de la notion de date de transfert défendues par les parties

a) La définition par un critère objectif d'une date de transfert ponctuelle et unique

44. Il est tout d'abord suggéré à la Cour de retenir comme date de transfert une date

unique, correspondant au moment où le cessionnaire occupe et contrôle effectivement l'entreprise transférée. Cette position est défendue par l'Employment Appeal Tribunal dans son jugement du 5 octobre 2001 ainsi que par Celtec. Selon cette dernière, une telle interprétation s'imposerait pour une série de raisons. Elle serait premièrement conforme à l'interprétation littérale de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187. La nécessité de garantir la sécurité juridique des parties impliquées dans un transfert viendrait également au soutien de cette interprétation.

45. Pour le cas présent, l'interprétation défendue par Celtec aboutit à fixer la date de transfert à septembre 1990. Il en résulte que les employés requérants auraient pu invoquer le maintien des droits découlant de leurs contrats de travail à cette date-là. Toutefois, selon Celtec, les employés du Department of Employment auraient implicitement refusé le transfert de leur contrat de travail. Leur décision d'accepter d'être détachés auprès des TEC tout en demeurant employés du Department of Employment s'analyserait comme un refus de transfert de leur contrat de travail aux TEC.

46. Une telle analyse ne peut être suivie, puisque Celtec a admis à l'audience qu'il n'avait pas été proposé, en septembre 1990, aux employés du Department of Employ-

43 — Arrêts du 10 février 1988, Tellerup, dit «Daddy's Dance Hall» (324/86, Rec. p. 739); Berg et Busschers, précité à la note 27, et du 7 mars 1996, Merckx et Neuhuys (C-171/94 et C-172/94, Rec. p. I-1253).

44 — Lulom, S., «The European Court of Justice in the dialogue on transfers of undertakings: a fallible interlocutor?», *Labour Law in the Courts*, édité par Sciarra, S., Hart, 2001, p. 152: «The mode of transfer becomes immaterial».

ment, un contrat de travail avec les TEC. En tout état de cause, accepter que les employés puissent tacitement refuser le transfert de leurs contrats de travail irait à l'encontre de l'esprit de la directive 77/187, qui prévoit au contraire le transfert automatique des contrats de travail comme conséquence d'un transfert d'entreprise.

47. Par conséquent, si l'on retenait l'interprétation défendue par Celtec de la notion de date de transfert au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187, on devrait nécessairement considérer que les contrats de travail des employés du Department of Employment ont été transférés aux TEC à compter de septembre 1990. Plus généralement, cette interprétation imposerait le transfert automatique des contrats de travail à une seule date, à moins que les travailleurs aient manifesté leur refus.

48. En outre, cette interprétation rendrait impossible d'organiser une privatisation progressive telle qu'elle a été mise en œuvre par le Royaume-Uni puisqu'elle s'opposerait au détachement des travailleurs, les TEC devenant les employeurs des salariés transférés dès septembre 1990. L'État serait dès lors empêché de structurer une opération de réorganisation en incluant une phase de démarrage au cours de laquelle l'entité qui reprend certaines activités de l'État n'est pas encore autonome, mais bénéficie, comme dans le cas présent, d'une mise à disposition

d'employés dont elle n'assume pas la rémunération. En pratique, cela empêcherait les opérations complexes comme celle en cause, même dans les cas où le décalage temporel du transfert des contrats de travail n'entraînerait pas une diminution des droits des travailleurs et serait accepté par eux. Un tel résultat irait à l'encontre de la liberté contractuelle de toutes les parties concernées par le transfert, en imposant le transfert simultané des compétences des employés et des contrats de travail. Au surplus, cette exigence serait difficile à concilier avec la jurisprudence de la Cour relative à des opérations complexes de transfert, précitée aux points 38 à 42 des présentes conclusions.

49. En l'absence d'un critère clair et objectif pour déterminer une date unique et ponctuelle de transfert, Celtec soutient en second lieu que les employeurs successifs n'auraient pas de moyen de savoir à partir de quand leurs obligations naissent ou prennent fin à l'égard des employés de l'entité transférée.

50. Il ne me paraît pas que le respect de la sécurité juridique implique la définition d'une date unique et ponctuelle de transfert. Ainsi que le relevait le représentant des parties défenderesses lors de l'audience, il est hors de doute qu'un contrat de travail est transféré à une date déterminée. Toutefois, cela n'implique pas que le transfert d'entreprise doive, pour sa part, avoir lieu à une date ponctuelle. La sécurité juridique est parfaitement garantie à partir du moment où la

qualification de transfert d'entreprise est retenue, puisqu'en conséquence les employés obtiennent la certitude que les droits qui découlent de leurs contrats de travail seront préservés, en application de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187.

51. En outre, même si l'on retenait que la date de transfert est l'instant où le cessionnaire acquiert le contrôle de l'entreprise transférée, il serait dans de nombreux cas difficile voire impossible de déterminer avec certitude une telle date, la notion de «contrôle effectif» paraissant sujette à une marge d'interprétation large.

52. Il semble également périlleux, ainsi que le souligne la Commission dans ses observations, d'adopter un autre critère objectif, déterminant la date du transfert, par exemple un seuil de contrats transférés. En effet, cela aboutirait à introduire une distinction artificielle, entre, d'une part, les contrats transférés avant que le seuil ne soit atteint, qui seraient maintenus en application de la directive 77/187, et, d'autre part, les contrats transférés postérieurement à la date ainsi déterminée, qui seraient réputés sans lien avec le transfert.

53. En définitive, l'interprétation suggérée par Celtec ne me paraît pas pouvoir être retenue.

b) L'élaboration d'une solution d'espèce au titre de circonstances exceptionnelles

54. La Commission a présenté, dans ses observations écrites devant la Cour, une approche légèrement distincte⁴⁵. Elle considère que, bien que la date du transfert corresponde en principe à une date unique et ponctuelle, il faudrait, eu égard aux circonstances exceptionnelles du cas d'espèce, retenir que le transfert ne prend effet individuellement à l'égard des employés qu'au moment où Newtec devient leur employeur. Ainsi, la date de transfert garderait en principe son caractère ponctuel, mais perdrait dans le cas présent son unicité, car elle serait déterminée individuellement pour chaque employé, en fonction de la date à laquelle il est devenu employé de Newtec.

55. Celtec oppose justement à cette approche qu'elle revient à créer une exception hors du cadre de la directive 77/187, alors que cette compétence appartient exclusivement au législateur.

56. Il me semble qu'une telle exception serait en outre délicate à mettre en œuvre, dans la mesure où la Commission ne précise pas quelles sont les caractéristiques du transfert qui revêtiraient à ses yeux un

45 — Au cours de l'audience, la Commission semble avoir changé de position pour se rallier à celle défendue par les parties défenderesses.

caractère exceptionnel. Ajoutons que la notion de circonstances exceptionnelles est nécessairement vague et suppose une appréciation au cas par cas, au détriment de la sécurité juridique.

57. À la lumière de ces considérations, l'interprétation suggérée par la Commission dans ses observations écrites ne me paraît pas convaincante.

c) L'interprétation extensive de la notion de date de transfert comme une période de transfert

58. La seconde interprétation soumise à la Cour consiste à définir la date de transfert comme une période de transfert, qui s'étale dans le temps et prend fin lors du transfert du dernier élément de l'entité transférée. Par conséquent, le transfert du Department of Employment à Newtec sera réputé terminé lorsque le cédant aura cessé d'être l'employeur de tous les salariés de cette entreprise et que le cessionnaire en sera devenu l'employeur.

59. Parmi les juridictions britanniques qui ont eu à se prononcer sur le litige opposant Celtec à trois de ses employés, l'Employment Tribunal identifie ainsi une période de

transfert débutant en septembre 1990 et s'achevant en 1993. La Court of Appeal a aussi estimé que la notion de date de transfert figurant à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187 pouvait s'interpréter comme comprenant une période plus ou moins longue au cours de laquelle le transfert est exécuté. Cette interprétation est reprise par les parties défenderesses. À l'audience, la Commission a paru s'y rallier.

60. L'argument principal avancé par les tenants de cette interprétation est sa conformité avec l'objectif de protection des salariés de la directive 77/187. Or, il me semble que, s'il est bien sûr préférable que l'interprétation adoptée soit conforme à cet objectif, cet argument ne suffit pas, à lui seul, à emporter la conviction. En effet, il paraît dangereux de ne raisonner qu'en fonction de l'objectif de la directive et de transformer ce texte en un instrument uniquement destiné à protéger les employés, sans avoir à l'esprit les conséquences pour l'avenir de l'interprétation proposée⁴⁶.

61. S'il peut être tout à fait justifié d'interpréter de manière extensive certaines dispositions de la directive 77/187⁴⁷, envisager la date de transfert comme une période de

46 — Pour une présentation de ces risques, More, G., «The Concept of Undertaking in the Acquired Rights Directive: The Court under Pressure (Again)», 15 YEL, 1995, p. 135.

47 — La Cour a, par exemple, procédé à une interprétation extensive de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de cette directive.

transfert qui prendrait fin lors du transfert du dernier contrat de travail soulèverait cependant de nombreuses difficultés.

62. Le sort des contrats de travail dont le transfert est achevé avant la date retenue comme «date de transfert» serait incertain. La question se poserait aussi de savoir si un employé recruté pendant la période transitoire où le transfert est en cours peut bénéficier du transfert de son contrat en application de la directive 77/187. L'incertitude liée à la période transitoire ainsi créée conduit à écarter une interprétation extensive de la notion de date de transfert.

63. Si elle évite cet écueil, une interprétation selon laquelle le transfert est opéré individuellement pour chaque contrat de travail lorsque tous les droits liés à ce contrat sont transférés ne paraît pas non plus adaptée pour les raisons qui suivent.

64. Tant la première que la seconde de ces interprétations se révèlent en contradiction avec le mécanisme conçu par la directive. En effet, l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187 opère un transfert automatique des contrats de travail du fait du transfert. Il se borne à énoncer les conséquences d'un transfert d'entreprise pour les contrats de travail. Considérer que le transfert d'entre-

prise n'intervient que lorsque les contrats de travail sont transférés aboutirait à transformer une conséquence du transfert d'entreprise en condition de son existence. Il en résulterait que l'existence d'un transfert d'entreprise ne serait plus déterminée de manière objective, mais se trouverait subordonnée au transfert des contrats de travail. Par conséquent, si l'on suivait cette interprétation, il suffirait au cédant et au cessionnaire de s'abstenir de prévoir le transfert des contrats de travail de l'un à l'autre pour échapper à l'application de la directive 77/187.

65. Pour ces raisons, l'interprétation de la notion de date de transfert au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187 comme une période de transfert est à écarter.

3) Interprétation alternative de la date de transfert dans le cadre d'une opération complexe de transfert

66. La directive 77/187 demeure applicable, quelle que soit la sophistication de l'opération de transfert considérée. Son objectif demeure d'assurer une protection sociale minimale aux employés d'une entité transférée en maintenant leurs droits. Bien que ces considérations sociales dominent la jurisprudence, celle-ci est aussi marquée

par la nécessité de les concilier avec l'autre objectif de la directive, qui est de permettre l'émergence d'entreprises compétitives⁴⁸. La jurisprudence de la Cour en matière de transfert d'entreprise s'est ainsi toujours efforcée de maintenir un équilibre entre l'objectif de protection des travailleurs et la prise en compte de la réalité économique⁴⁹.

choix arbitraire, qui risquerait de s'opposer, par exemple, à la mise en œuvre d'une opération de privatisation progressive avec une période de détachement temporaire.

67. Lorsqu'un transfert intervient du fait de la signature d'un contrat entre le cédant et le cessionnaire, il est aisé d'établir la date à laquelle il prend effet. Cependant, en l'absence d'un tel accord, il devient difficile de déterminer avec certitude une date unique où le transfert serait intervenu. L'enjeu de la présente affaire est justement d'organiser la protection des employés transférés tout en permettant une flexibilité dans l'organisation matérielle du transfert, qui reflète des considérations économiques et politiques. Ainsi que nous l'avons montré lors de l'examen de la position de Celtec, retenir une date unique de transfert relèverait d'un

68. Au contraire, aucun des deux objectifs de la directive 77/187 n'est remis en cause si l'on renonce à choisir une date unique à laquelle le transfert serait réputé intervenu. En effet, ainsi, on garantit le maintien des droits des employés tout en permettant un étalement dans le temps de l'exécution d'une opération de transfert.

69. Afin que la protection accordée par la directive 77/187 aux employés ne soit pas menacée, il convient de s'assurer que leurs droits ne seront pas affectés par la date à laquelle leurs contrats sont transférés. À défaut, cédants et cessionnaires pourraient être tentés de décaler le transfert des contrats de travail dans le but d'écartier l'application de la directive 77/187.

48 — Le quatrième considérant de la directive 77/187 se réfère à «l'incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur» que peut avoir la diversité des législations sociales dans les États membres. Barnard, C., *Employment Law*, 2^e édition, 2000, p. 445. Deakin, S., et Browne, J., «Social Rights and Market Order: Adapting the Capability Approach», *Economic and Social Rights in the EU Charter of Fundamental Rights, a legal perspective*, Oxford, 2003, p. 28. «The historical function of social rights is to reconcile the traditional mechanisms of social policy with the mechanisms of a market order».

49 — Sur la manière dont la Cour a maintenu un équilibre entre ces deux impératifs, voir Hunt, J., «The Court of Justice as a policy actor: the case of the Acquired Rights Directive», 18 *Legal Studies*, 1998, p. 336.

70. Afin de satisfaire l'exigence du maintien des droits des employés, il me semble que les trois conditions suivantes devraient être remplies. Premièrement, le transfert des contrats de travail à une date autre que le transfert des actifs ne sera neutre pour les

travailleurs que si les conditions de travail en vigueur au moment où le transfert est décidé demeurent semblables tout au long de sa réalisation pratique, qui peut s'étaler sur une certaine durée⁵⁰. Si la situation économique du cédant est dégradée et que le maintien des conditions d'emploi paraît de ce fait compromis, un décalage temporel du transfert des contrats de travail ne pourra être conforme à la directive 77/187.

71. Deuxièmement, la date fixée pour le transfert des contrats de travail ne devrait avoir aucune conséquence sur la portée du transfert intervenu. Autrement dit, une fois déterminés les contours de l'entité transférée, et donc les employés qui y sont attachés, en application de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 77/187, la marge de manœuvre éventuelle du cédant et du cessionnaire ne portera que sur la date du transfert des contrats de travail.

72. Troisièmement, puisqu'il est constant que les employés peuvent refuser que leur contrat soit transféré d'un employeur à l'autre⁵¹, il doit *a fortiori* leur être reconnue la possibilité d'accepter que le transfert de leur contrat de travail intervienne à une date postérieure à celle du transfert d'entreprise,

dès lors que leurs droits demeurent identiques. D'ailleurs, en donnant leur assentiment à ce que leur contrat ne soit transféré au cessionnaire qu'à une date postérieure au transfert des actifs, les employés n'en conservent pas moins la faculté de refuser le transfert de leur contrat s'ils le souhaitent. Il ressort de la jurisprudence que le refus du transfert de son contrat de travail par un employé s'apprécie au regard du droit national⁵². De même, l'appréciation de l'assentiment des employés à un transfert différé de leur contrat de travail relèvera du droit national.

73. Le respect de ces trois conditions, dont l'évaluation appartient au juge national, permet l'exécution en plusieurs étapes d'un transfert d'entreprise sans mettre en cause la protection minimale conférée par la directive 77/187 aux travailleurs en cas de transfert.

C — *Appréciation dans le cadre du transfert en cause*

74. La qualification de la privatisation intervenue comme un transfert au sens de

50 — Il ne semble ni nécessaire ni souhaitable de limiter dans le temps la mise en œuvre des modalités d'exécution du transfert, pourvu que les conditions de travail soient maintenues, du jour où le transfert a été décidé.

51 — Arrêt Katsikas e.a., précité à la note 33.

52 — Arrêts Katsikas e.a., précité à la note 33, et Merckx et Neuhuys, précité à la note 43, et du 12 novembre 1998, Européennes (C-399/96, Rec. p. I-6965).

l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 77/187 est établie. Il en découle que les contrats de travail des employés du Department of Employment ont été transférés aux TEC, en application de l'article 3, paragraphe 1, de ladite directive. Le juge national devra s'assurer que le transfert des contrats de travail à une date postérieure au transfert des actifs de l'entreprise n'a conduit ni à une exclusion de certains employés de la protection conférée par la directive 77/187 ni à

une réduction de leurs droits. Il reviendra également au juge national d'établir si les employés du Department of Employment ont consenti à ce que le transfert de leurs contrats n'intervienne qu'à l'issue de leur détachement. Toutefois, si ces trois conditions ne sont pas réunies, le transfert des contrats de travail sera réputé avoir eu lieu au moment où les autres éléments du transfert sont intervenus au profit de Newtec, soit en septembre 1990.

IV — Conclusion

75. Au vu des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre comme suit aux questions soulevées par la House of Lords:

«La notion de 'date de transfert' mentionnée à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, n'impose pas qu'il existe un moment unique où tous les éléments de l'entreprise ou de l'établissement sont transférés simultanément. Dans le cadre d'une privatisation, le transfert des contrats de travail peut avoir lieu postérieurement au transfert des actifs, dès lors que cela n'aboutit pas à réduire la protection conférée par la directive 77/187 aux employés et si ces derniers ont donné leur accord.»