

L'APPLICATION DE LA DIRECTIVE TRANSFERT AU SECTEUR PUBLIC : A QUELLES CONDITIONS ?

**ETUDE DES CONDITIONS D'APPLICATION ET DE
CERTAINS EFFETS DE LA DIRECTIVE 23/2001/CE
AU DEPART DE DEUX ARRETS RECENTS DE LA
COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE :**

**C.J.U.E., 20 JUILLET 2017, LUIS MANUEL
PISCARRETA RICARDO CONTRE PORTIMAO
URBIS EM SA, EN LIQUIDATION, MUNICIPIO DE
PORTIMAO ET EMARP – EMPRESA MINICIPAL
DE AGUAS E RESIDUOS DE PORTIMAO EM SA,
AFF. C-416/16 (EU:C:2017:574), ET**

**C.J.U.E., 13 JUIN 2019, CATIA CORREIA
MOREIRA CONTRE MUNICIPIO DE PORTIMAO,
AFF. C-317/18 (EU:C:2019:499).**

Jonathan de Wilde d'Estmael,
Maître de conférences à l'ULB
Assistant-doctorant à l'UCL
Avocat au Barreau de Namur
Cabinet Sotra



CONTENU

INTRODUCTION	557
I. LES AFFAIRES <i>PISCARRETA RICARDO ET CORREIA MOREIRA</i>	561
A. Les faits	561
B. Les questions soulevées par ces affaires	562
II. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA DIRECTIVE 2001/23/CE	564
A. Le cédant et/ou le cessionnaire	565
B. L'entreprise cédée	568
1. Les origines jurisprudentielles de la définition contenue à l'article 1 ^{er}	569
a. L'absence de précision dans le texte initial	569
b. L'affaire <i>Redmond Stichting</i>	569
c. L'affaire <i>Commission contre Royaume-Uni</i>	571
d. L'affaire <i>Henke</i>	573
e. La consolidation par la directive 98/50/CE	575
2. La définition de l'activité économique	576
3. Les activités exclues du champ d'application de la directive	579
a. Les réorganisations administratives ou, plutôt, les activités liées à l'exercice de la puissance publique	579
b. Les activités liées à la solidarité nationale ?	583
C. Le caractère conventionnel du transfert	584
D. Le(s) travailleur(s)	587
1. La définition de la notion de « travailleur(s) »	588
a. Absence de définition dans le texte initial	588
b. L'affaire <i>Danmols Inventar</i>	589
c. L'affaire <i>Commission contre Belgique</i>	591
d. La consolidation par la directive 98/50/CE	592
e. L'affaire <i>Collino</i>	592
f. L'affaire <i>Viggósdóttir</i> (Cour AELE)	595
g. L'affaire <i>Correia Moreira</i>	597
2. A quel moment la qualité de travailleur doit-elle être appréciée ?	598
a. Absence de précisions dans la directive	598
b. Le principe de l'appréciation au moment du transfert	599
c. L'indifférence du statut attribué par le cessionnaire	600
III. DE CERTAINES DIFFICULTES LIEES A L'INTEGRATION DES TRAVAILLEURS AU SEIN DE LA FONCTION PUBLIQUE, A LA SUITE D'UN TRANSFERT	602
A. Présentation (sommaire) des difficultés	602
B. Position de la Cour	604
1. Les obstacles liés à la nature spécifique de l'engagement au sein des pouvoirs publics	604
a. L'affaire <i>Mayeur</i>	604
b. L'affaire <i>Correia Moreira</i>	606
2. La modification des conditions de travail et de rémunération	607

a. L'affaire <i>Delahaye</i>	607
b. L'affaire <i>Correia Moreira</i>	609
3. La sauvegarde des institutions fondamentales de l'Etat	609
CONCLUSION	610



Au départ des derniers arrêts prononcés par la Cour de justice de l'Union européenne en la matière, cette contribution contient une analyse très fouillée des conditions dans lesquelles la directive 2001/23/CE trouve à s'appliquer en cas de transfert dans le secteur public. Suivant le fil du raisonnement de la Cour dans les arrêts précités, l'auteur étudie successivement l'impact que peuvent avoir ou non sur l'applicabilité de la directive, la qualité publique des cédant et cessionnaire, la nature de l'activité déployée par l'entité transférée, le medium juridique par lequel le transfert s'opère et la nature de la relation de travail qui unit le travailleur à celle-ci. Il retrace l'évolution de la jurisprudence de la Cour sur ces questions, en mettant en lumière les positions dissidentes qui ont été défendues devant elle, dont certaines auraient sans doute mieux fait d'être suivies. L'auteur examine, ensuite, l'effet que peut avoir l'application de la directive en cas de reprise en gestion directe par une administration, d'une activité précédemment confiée au secteur privé. La Cour, dans les arrêts commentés, a décidé que la directive « s'oppose à une réglementation nationale qui prévoit que, en cas de transfert, au sens de cette directive, et dès lors que le cessionnaire est une municipalité, les travailleurs concernés doivent, d'une part, se soumettre à une procédure de concours public et, d'autre part, avoir un nouveau lien avec le cessionnaire ». L'auteur confronte cette solution avec celles que la Cour avait dégagées à l'occasion des affaires Mayeur et Delahaye.

Naar aanleiding van twee recente arresten van het Europees Hof van Justitie worden in deze bijdrage in detail de voorwaarden geanalyseerd waaronder Richtlijn 2001/23/EG van toepassing is in het geval van een overdracht in de publieke sector. Uitgaande van de redenering van het hof, bestudeert de auteur achtereenvolgens de mogelijke impact van de publieke aard van de vervreemders en verkrijgers, van de aard van de door de overgedragen entiteit uitgeoefende activiteit, van het juridische medium waardoor de overgang plaatsvindt, en van de aard van de arbeidsverhouding tussen de werknemer en de overgedragen entiteit op de toepasselijkheid van de richtlijn. Hij beschrijft de evolutie in de rechtspraak van het hof op deze punten en wijst op de afwijkende standpunten die voor het hof werden verdedigd, waarvan sommige allicht beter gevolgd hadden kunnen worden. Vervolgens gaat de auteur na welke gevolgen de toepassing van de richtlijn kan hebben ingeval een overheid een activiteit overneemt die voorheen aan de private sector was toevertrouwd. Het Europees Hof van Justitie oordeelt in de besproken arresten dat de richtlijn "in de weg staat aan een nationale regeling die bepaalt dat, bij een overgang in de zin van die richtlijn en wanneer de verkrijger een gemeente is, de betrokken werknemers moeten deelnemen aan een openbare selectieprocedure en daarnaast een nieuwe verbintenis met de verkrijger moeten aangaan". De auteur toetst deze oplossing aan die van het Hof in de zaken-Mayeur en -Delahaye.



INTRODUCTION

1. Qui aurait cru, il y a quarante ans, que les dispositions européennes fraîchement adoptées en matière de maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises pourraient un jour trouver à s'appliquer au secteur public ⁽¹⁾ ? Rien ne le laissait présager lors de l'adoption de la première directive en 1977 ⁽²⁾. L'Europe traversait alors une importante crise sociale ⁽³⁾ et économique ⁽⁴⁾. L'on constatait que l'ouverture du marché commun, au lieu d'amener le progrès social attendu (art. 117 CEE) ⁽⁵⁾, avait conduit, de par l'élargissement des débouchés qu'elle générait, à une plus grande concentration (fusion, cessions, etc.) des entreprises et que ces opérations allaient souvent de pair avec des rationalisations passant notamment par des licenciements ou la remise en cause des conditions de travail du personnel transféré ^{(6), (7)}. Si certains Etats s'étaient dotés d'une réglementation protectrice ⁽⁸⁾, d'autres demeuraient à la traîne ⁽⁹⁾. Il en résultait une distorsion de concurrence au sein du Marché intérieur, qui autorisait la Communauté économique européenne à intervenir sur le fondement de l'ancien article 100 du traité CEE (actuellement art. 115 TFUE).

- (1) Il semble en effet que la possibilité que la directive 77/187/CEE puisse s'appliquer également dans le secteur public ait échappé à la plupart des commentateurs contemporains à son adoption. Roger Blanpain fait à cet égard figure d'exception, qui, dès 1977, écrivait ce qui suit : « *Le champ d'application de la directive s'étend aussi bien aux entreprises du secteur privé qu'à celles du secteur public, à l'exception des travailleurs qui sont des fonctionnaires au service de l'Etat (Etat, province, communes...)* » (« Le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises – La directive du 14 février 1977 », *Rev. trav.*, août 1977, p. 481). De nombreux Etats, dont la Belgique, l'Italie et le Royaume-Uni, ont pensé de bonne foi avoir satisfait à leur obligation de transposition en droit interne, en adoptant des mesures applicables uniquement aux entreprises du secteur privé.
- (2) Directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, *J.O.*, L 61 du 5 mars 1977, p. 26.
- (3) Les répercussions de « mai 1968 ».
- (4) Le premier choc pétrolier de 1973.
- (5) G. SINTES, *La politique sociale de l'Union européenne*, Montpellier, IRRCE, Presses interuniversitaires européennes, 1996, pp. 40 et s.
- (6) R. BLANPAIN, « Le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises – La directive du 14 février 1977 », *o.c.*, p. 478.
- (7) C'est à ce constat que se réfèrent les deux premiers considérants de la directive 77/187/CEE : « *considérant que l'évolution économique entraîne sur le plan national et communautaire des modifications des structures d'entreprises qui s'effectuent, entre autres, par des transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements à d'autres chefs d'entreprise, résultant de cessions ou de fusions; considérant que des dispositions sont nécessaires pour protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en particulier pour assurer le maintien de leurs droits* ». De manière plus précise, le premier considérant de la proposition modifiée de directive établie par la Commission le 25 juillet 1975 relevait que « *la création d'un marché unique pour tous les produits et la libre circulation des personnes et des moyens de production à l'intérieur de la Communauté, n'a pas seulement eu pour effet d'élargir le marché pour les entreprises européennes et d'intensifier la concurrence sur les marchés des Etats membres, mais que l'union économique ainsi créée a forcé les entreprises à changer leurs structures, leurs méthodes et leur dimension pour s'adapter aux nouvelles exigences du Marché commun, notamment par fusion, concentration ou rationalisation* ».
- (8) Introduit par une loi du 19 juillet 1928, l'article 23, alinéa 7, puis alinéa 8, du Livre 1 de l'ancien Code du travail français prévoyait déjà que « *S'il survient une modification de la situation juridique de l'entrepreneur notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel entrepreneur et le personnel de l'entreprise* ». Cet article est devenu, lors de la recodification de 1973, l'article L-122-12 du Code du travail ; puis, depuis le 1^{er} mai 2008, l'article L-1224-1 du Code du travail.
- (9) Pour un aperçu de l'état de la réglementation au sein des six pays fondateurs de la Communauté européenne, avant l'adoption de la directive 77/187/CE, voy. E. KEEREMAN, « Het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst in geval van bedrijfsoverdracht », *R.D.S.*, 1978, pp. 369-397, spéc. pp. 383-390 ; adde V. BERTRAND, *Transfert des contrats de travail et cession d'entreprise. La directive européenne et les droits belge, français et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1988.

Il se confirme à la lecture des travaux préparatoires de la directive 77/187/CEE que la volonté des décideurs européens avait été d'agir sur les opérations de concentration de sociétés commerciales, en particulier les entreprises multinationales. Il convient à cet égard de rappeler que la Commission européenne travaillait au même moment sur la mise en place d'un nouveau cadre juridique plus global pour ce processus de concentration, intégrant également les aspects du droit des sociétés et de la concurrence⁽¹⁰⁾. A l'époque, une proposition de directive sur les fusions de sociétés anonymes⁽¹¹⁾, une proposition de règlement sur les statuts de la société anonyme européenne⁽¹²⁾ ainsi qu'un projet de convention sur les fusions internationales de sociétés anonymes⁽¹³⁾ étaient également en cours de discussion.

2. Pourtant, force est de constater qu'en 40 ans d'application, la Cour de justice a admis, à de nombreuses reprises, l'applicabilité des dispositions de la directive transfert dans le secteur public. Elle le fit encore récemment en répondant à deux interpellations successives portant sur le sort de travailleurs anciennement occupés par l'entreprise intercommunale Portimão Urbis EM SA. Nous reviendrons sur les faits et les enjeux essentiels de ces affaires dans la première partie de cette contribution (I). La suite de l'exposé suivra le cheminement du raisonnement qu'a tenu la Cour dans ces deux affaires, sans s'y limiter néanmoins. Nous mettrons ainsi en lumière les différentes conditions qui doivent être rencontrées pour que la directive puisse s'appliquer dans le secteur public. Plus, pour chacune d'elles, nous reviendrons sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour ainsi que sur les thèses, pas toujours suivies, soutenues par les parties, la Commission européenne et les avocats généraux. Cet exercice permettra de mieux comprendre l'origine des solutions actuellement arrêtées par la Cour, mais aussi de mettre en lumière celles qui ont un temps été envisagées (II). La troisième et dernière partie de notre contribution portera sur la mise en œuvre concrète des droits inscrits dans la directive en cas de transfert de personnel au sein d'une administration publique. Guidé en cela par l'interrogation soulevée dans l'affaire *Correia Moreira*, nous constaterons que l'obligation de maintenir les contrats de travail des travailleurs cédés peut entrer en conflit avec les principes égalitaires gouvernant l'accès et la fixation des conditions de travail dans la fonction publique. La nature particulière du cessionnaire justifie-t-elle un infléchissement des droits reconnus par la directive ? Nous examinerons les positions adoptées jusqu'à ce jour par la Cour de justice à ce propos, bien que la jurisprudence sur ce point nous semble encore embryonnaire (III).

3. L'étude de la directive et de l'interprétation qui en est donnée par la Cour de justice présente un intérêt particulier dans le secteur public. On sait en effet que la directive 2001/23/CE impose aux Etats membres de garantir essentiellement trois droits aux travailleurs cédés: le maintien de leurs conditions de travail (art. 3); l'interdiction de licenciement

(10) La plupart des commentateurs contemporains de l'adoption de la directive 77/187/CEE font référence à l'action plus vaste de la Communauté en matière de réglementation des concentrations d'entreprises. Voy. notamment F. VANDAMME, « Concentrations d'entreprises et protection des travailleurs », *Cah. dr. eur.*, 1977, pp. 29-30; R.-Ch. GOFFIN, « La protection des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise », *J.T.T.*, 1979, p. 76.

(11) Proposition d'une troisième directive du Conseil tendant à coordonner les garanties qui sont exigées dans les Etats membres des sociétés, au sens de l'article 58 paragraphe 2 du traité, pour protéger les intérêts, tant des associés que des tiers, en ce qui concerne les fusions de sociétés, *J.O.*, C 89, 14 juillet 1970, p. 20. Cette proposition aboutira à l'adoption d'une troisième directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes, *J.O.*, L 295, 20 octobre 1978, p. 36.

(12) Proposition de règlement portant statut des sociétés anonymes européennes du 30 juin 1970, *J.O.*, C 124, 10 octobre 1970, p. 1. Ce projet sera modifié à plusieurs reprises et finira par s'enliser. Il faudra attendre plus de 30 ans – l'adoption du règlement 2157/2001/CE du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) – pour que la société européenne voit enfin le jour.

(13) Projet de convention sur la fusion internationale des sociétés anonymes, *Bull. des C.E.*, suppl. n° 13, 1973. Le projet n'a pas abouti.

pour un motif lié au transfert (art. 4) et le droit d'obtenir, par l'intermédiaire de leurs représentants, des informations, voire dans certains cas d'être consultés, sur les modalités du transfert avant sa mise en œuvre concrète (art. 7). Ces dispositions ont été transposées en droit interne au moyen d'une convention collective de travail adoptée au sein du Conseil national du travail ⁽¹⁴⁾. Ces dispositions internes ne s'appliquent néanmoins pas aux autorités publiques et à leur personnel, qui, à de rares exceptions près, sont exclus du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires ⁽¹⁵⁾. Ce déficit de transposition des dispositions de la directive pour le secteur public a été maintes fois dénoncé ⁽¹⁶⁾. Il doit cependant être doublement relativisé.

4. D'une part, afin d'assurer une plus grande effectivité au droit européen ⁽¹⁷⁾, la Cour de justice a fini par autoriser les particuliers à revendiquer contre l'Etat les droits inconditionnels et suffisamment clairs et précis contenus dans les directives, lorsque celui-ci s'est abstenu de transposer ces dispositions en droit interne dans le délai prescrit ⁽¹⁸⁾ ou l'a fait de manière incorrecte. Une partie importante de la doctrine estime que les dispositions de la directive 2001/23/CE répondent à ces conditions et bénéficient donc d'un effet direct en droit interne ⁽¹⁹⁾. La Cour de justice a eu l'occasion de le confirmer s'agissant de l'obli-

- (14) CCT n° 32bis concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite.
- (15) Art. 2, § 1, 1°, *littera a*) de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires, *M.B.*, 15 janvier 1969. Pour une étude du champ d'application de cette loi, voy. J. DE WILDE D'ESTMAEL et L. RIGAUX, « Le champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires (art. 2) », in E. DERMINE et V. VANNES (dir.), *La loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires. Cinquante ans d'application ?*, UB3, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 79-143 ; R. JANVIER, « Toepassingsgebied van de C.A.O.-Wet », in G. COX, M. RIGAUX et J. ROMBOUTS (dir.), *Collectief onderhandelen*, Malines, Kluwer, 2006, pp. 99-110.
- (16) Voy. CNT, avis n° 1392 du 13 mars 2002, pp. 7-8 ; J. CLESSE et F. KÉFER, « Contrat de travail. Examen de jurisprudence 1995-2001 », *R.C.J.B.*, 2002, p. 177 ; Cl. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 10 ; M. DE VOS, « Overgang van onderneming en de CAO 32bis. Recente ontwikkelingen en nieuwe knelpunten », in M. DE VOS (dir.), *Vijftig jaar nationale arbeidsraad*, Bruges, die Keure, 2003, p. 224 ; J. JACQMAIN, « Décentralisation dysfonctionnelle du statut du personnel », in P. JADOUL, Br. LOMBAERT et Fr. TULKENS, *Le paraétatisme. Nouveaux regards sur la décentralisation fonctionnelle en Belgique et dans les institutions européennes*, Bibliothèque de droit administratif, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 365 ; N. THOLEN, *Conventionele overgang van onderneming. Richtlijn 2001/23/EG en CAO nr. 32bis*, 2^e édition, Bibliotheek Sociaal Recht, Gand, Larcier, 2015, pp. 6 et 89-90 ; Cl. VANDERSNICKT, *Overgang van onderneming krachtens overeenkomst*, Sociale praktijkstudies, Malines, Wolters Kluwer, 2015, pp. 100-105 ; I. DE WILDE, R. JANVIER et S. AERTS, « Toepassing van de regelgeving betreffende de overgang van onderneming bij wijziging van werkgever in de publieke sector », in Ph. GOSSERIES et M. MORSA (dir.), *Le droit du travail au XXI^e siècle. Liber Amicorum Claude Wantiez*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 467-468 ; Fr. LAMBINET, « Quid des transferts conventionnels d'entreprises impliquant un employeur public ? », *B.S.J.*, 2016/559, p. 6 ; F. KÉFER, « Belgique. Transferts d'entreprises : frictions entre les droits belges et européens », in F. KÉFER (dir.), *Les Transferts conventionnels d'entreprises en Europe. Frictions entre le droit européen et les droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 15-16.
- (17) Pour une analyse des raisons juridiques qui ont conduit la Cour à admettre, mais aussi à limiter, l'effet direct des directives, voy. P. CRAIG, « Directives Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation », *E.L.Rev.*, 1997, pp. 519-538.
- (18) Les Etats disposaient d'un délai de 2 ans pour transposer la directive n° 77/187/CEE, à compter de sa notification (art. 8, § 1^{er}). En ce qui concerne la Belgique, cette notification a été opérée le 16 février 1977, de sorte que le délai de transposition a expiré le 16 février 1979.
- (19) L. PELTZER, *Transfert conventionnel d'entreprises*, 2^e édition, Etudes pratiques de droit social, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 8 ; Cl. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, 2^e édition, o.c., p. 10 ; Fr. LAMBINET, « Quid des transferts conventionnels d'entreprises impliquant un employeur public ? », o.c., p. 6 ; Dans le même sens, C. trav. Liège, 10 juin 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 371 et *R.R.D.*, 1993, p. 288 ; Trib. trav. Namur, 8 décembre 2009, *J.T.T.*, 2010, p. 94. Certains se montrent plus nuancés. Ainsi, Chris Engels reconnaît-il que les conditions pour se prévaloir de l'effet direct sont certainement remplies en ce qui concerne le cœur du dispositif, à savoir l'interdiction de licencier et la garantie de maintien des conditions de travail (Chr. ENGELS, *Overgang van onderneming in het kader van de CAO*

gation de maintien des conditions de travail et de rémunération (art. 3) ⁽²⁰⁾. Autrement dit, les travailleurs du secteur public ne sont pas totalement démunis en cas de transfert ; il leur est en effet permis d'invoquer directement les droits qu'ils tirent de la directive. Cela implique cependant que la situation présentée entre dans le champ d'application matériel et personnel de la directive... D'où l'intérêt de la présente étude.

Précisons que cette possibilité d'invoquer les dispositions de la directive est non seulement ouverte à l'encontre de l'Etat, mais plus largement de l'ensemble des entités ou organismes chargés d'un service public, soumis à l'autorité ou au contrôle d'un pouvoir public et disposant de pouvoirs exorbitants par rapport à ceux qui résultent des règles applicables dans les relations entre particuliers ⁽²¹⁾. Cela vise donc également les collectivités locales ⁽²²⁾, les organismes ou les agences autonomes créés par l'Etat ⁽²³⁾, les entreprises publiques ⁽²⁴⁾, etc. Par contre, la Cour de justice juge de manière constante qu'une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligation dans le chef des particuliers et ne peut donc être invoquée en tant que telle à leur encontre ⁽²⁵⁾. Il s'agit donc uniquement d'un effet direct vertical ascendant, en faveur des travailleurs ⁽²⁶⁾.

5. On doit par ailleurs constater que, dans les faits, le nombre de litiges que génèrent les transferts dans le secteur public est minime ⁽²⁷⁾ au regard du nombre de travailleurs concernés. Cela pourrait s'expliquer par une méconnaissance de la part de ces travailleurs

nr. 32bis, Bruges, die Keure, 2018, p. 45). De manière plus explicite, Jean Jacqmain estime que le libellé de l'article 7, qui instaure l'obligation d'information et de concertation préalable, ne serait pas assez précis (J. JACQMAIN, « Transfert de services publics ? », note sous C.J.C.E., 15 octobre 1996, *Henke, Chron. D.S.*, 1997, p. 122). Fabienne Kéfer indique, au contraire, que l'article 7 pourra être jugé suffisamment précis et inconditionnel, mais pas la solidarité pour les dettes échues dès lors que celle-ci est facultative (F. KÉFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, Limal, Anthemis, 2019, p. 27).

(20) C.J.C.E., 26 mai 2005, *Rohrbach*, aff. C-297/03, *Rec.*, 2005, p. I-4305 (EU:C:2005:315), point 28.

(21) C.J.C.E., 12 juillet 1990, *Foster*, aff. C-188/89, *Rec.*, 1990, p. I-3313 (EU:C:1990:313), points 18-20 ; C.J.C.E., *Kampelmann*, aff. C-253 à 258/96, *Rec.*, 1997, p. I-6907 (EU:C:1997:585), point 46. La question de savoir si les trois critères énoncés sont cumulatifs fait l'objet de discussions, notamment depuis l'arrêt *Rohrbach* dans lequel la Cour ne semble pas avoir recherché, ni avoir sollicité du juge national qu'il recherche, si l'organisme étudié disposait de pouvoirs exorbitants. Voy., sur cette question, A. ALBORENS-LLORENS, « The direct effect of EU Directives: fresh controversy or a storm in a teacup? Comment on Portgas », *E.L.Rev.*, 2014, pp. 851-863.

(22) C.J.C.E., 22 juin 1989, *Fratelli Constanzo*, aff. C-103/88, *Rec.*, 1989, p. 1839 (EU:C:1989:256), point 31.

(23) C.J.C.E., 26 février 1986, *Marshall I*, aff. C-152/84, *Rec.*, 1986, p. I-723 (EU:C:1986:84), point 48 ; C.J.C.E., 15 mai 1986, *Johnston*, aff. C-222/84, *Rec.*, 1986, p. 1651 (EU:C:1986:206), point 56.

(24) C.J.C.E., 12 juillet 1990, *Foster*, aff. C-188/89, *Rec.*, 1990, p. I-3313 (EU:C:1990:313), points 18-20 ; C.J.C.E., 14 septembre 2000, *Collino et Chiappero*, aff. C-343/98, *Rec.*, 2000, p. I-6659 (EU:C:2000:441), points 19-23 ; C.J.C.E., 5 février 2004, *Rieser Internationale Transporte*, aff. C-157/02, *Rec.*, 2004, p. I-1477 (EU:C:2004:76), points 22 à 29. Pour une société créée par des collectivités locales, voy. C.J.C.E., 26 mai 2005, *Rohrbach*, aff. C-297/03, *Rec.*, 2005, p. I-4305, (EU:C:2005:315), point 28.

(25) C.J.C.E., 26 février 1986, *Marshall I*, aff. C-152/84, *Rec.*, 1986, p. I-723 (EU:C:1986:84), point 48 ; C.J.C.E., 8 octobre 1987, *Nijmegen*, aff. C-80/86, *Rec.*, 1987, p. 3969 (EU:C:1987:431), points 9-10 ; C.J.C.E., 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, aff. C-91/92, *Rec.*, 1994, p. I-3325 (EU:C:1994:292), points 20-25 ; C.J.C.E., 26 septembre 1996, *Arcaro*, aff. C-168/95, *Rec.*, 1996, p. I-4705 (EU:C:1996:363), points 36-38 ; C.J.U.E., 26 mai 2005, *Rohrbach*, aff. C-297/03, *Rec.*, 2005, p. I-4305, (EU:C:2005:315), point 32.

(26) Sur cette question, voy. L. PELTZER, « Quelques arrêts clés de la Cour de justice en matière de transfert d'entreprises », in M. DUMONT (dir.), *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, CUP, Liège, Anthemis, 2008, pp. 576-577.

(27) Nous avons relevé jusqu'à présent, les décisions suivantes : C. trav. Bruxelles, 14 avril 1999, *Chron. D.S.*, 2000, p. 81 ; C. trav. Bruxelles, 9 février 2000, *inédit*, R.G. n° 34.497 ; C. trav. Liège (8^e ch.), 6 novembre 2003, *Chron. D.S.*, 2004, p. 143, note J. JACQMAIN ; C. trav. Anvers, 6 septembre 2006, *L.R.L.*, 2007, p. 221 ; C. trav. Bruxelles (3^e ch.), 27 février 2007, *inédit*, R.G. n° 45.568 ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 8 septembre 2009, *inédit*, R.G. n° 50.782W ; C. trav. Liège, 17 février 2012, *Chron. D.S.*, 2017, p. 92 ; Trib. trav. Namur, 8 décembre 2009, *J.T.T.*, 2010, p. 94 ; Trib. trav. fr. Bruxelles, 13 janvier 2015, *inédit*, RG n° 08/477/4 (frappé d'appel).

et de leurs représentants de la possibilité d'invoquer les dispositions européennes. Si tel est le cas, gageons que la présente contribution leur permettra, ainsi qu'aux autorités concernées, d'y voir plus clair. Une autre explication peut néanmoins être avancée ⁽²⁸⁾, qui tient au fait que les travailleurs transférés dans le secteur public se voient le plus souvent garantir le maintien de leurs droits acquis, voire offrir des conditions plus favorables, dans des conventions ou actes réglementaires ponctuels organisant le transfert et que ces transferts ne s'accompagnent généralement pas, dans ce secteur, de suppressions d'emplois. Autrement dit, nonobstant le défaut de transposition formelle de la directive, les droits qu'elle prévoit paraissent globalement respectés sur le terrain. De notre expérience, il apparaît néanmoins que l'obligation d'information et/ou de se concerter en temps utile avec les représentants des travailleurs n'est pas toujours respectée ⁽²⁹⁾. Nous rappelons à cet égard que cette obligation incombe tant à l'employeur cédant qu'à l'employeur cessionnaire, en ce qui concerne les représentants de leur personnel respectif.

I. LES AFFAIRES *PISCARRETA RICARDO ET CORREIA MOREIRA*

A. Les faits

6. Les affaires *Piscarreta Ricardo* et *Correia Moreira* concernent en réalité une seule et même opération de restructuration d'entreprises appartenant à la municipalité de Portimão, dans le sud du Portugal. La municipalité avait créé, en 2008, une société Portimão Turis EM SA, qui avait repris le personnel affecté au service tourisme de la ville, dont monsieur Piscarreta Ricardo. Au mois de mars 2010, elle avait décidé de fusionner plusieurs entreprises municipales, dont la société Portimão Turis, au sein de Portimão Urbis EM SA dont elle était également la seule actionnaire. En octobre 2014, la municipalité de Portimão décida finalement de dissoudre la société Portimão Urbis ⁽³⁰⁾ : elle reprit une partie de l'activité de Portimão Urbis en gestion directe, à savoir la gestion du système de transport, la gestion des équipements de développement économique, la gestion des ventes ambulantes ainsi que celle des marchés et des foires traditionnelles. Le reste de l'activité de feu Portimão Urbis fut transféré à une autre entreprise municipale, EMARP (Empresa Municipal de Águas e Resíduos de Portimão EM SA), dont la municipalité était également actionnaire à 100 %. Cette dernière se vit ainsi confier, d'une part, la gestion de l'espace public, en ce compris l'activité publicitaire s'y attachant, l'occupation de la voie publique et le stationnement public urbain aérien et souterrain, et, de l'autre, la gestion des équipements collectifs et la prestation de services dans le domaine de l'éducation, l'action sociale, la culture et du sport.

(28) J. JACQMAIN, « Décentralisation dysfonctionnelle du statut du personnel », *o.c.*, p. 365. Voy. également F. KÉFER, « Belgique. Transferts d'entreprises : frictions entre les droits belges et européens », *o.c.*, p. 16 qui explique le phénomène par la forte syndicalisation au sein de la fonction publique permettant de trouver, au moment de négocier les conditions du transfert, des solutions qui satisfont les travailleurs.

(29) Voy. à ce sujet C.E., 6 avril 2004, C.C.S.P., n° 130.167 : le Conseil d'Etat suspend l'arrêté par lequel le Gouvernement fédéral avait décidé du principe de la cession de plusieurs établissements, en raison de l'absence de concertation préalable avec les organisations syndicales. Cette décision est cependant fondée sur une violation des articles 1^{er}, 2 et 11 de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, et non de l'article 7 de la directive 2001/23/CE concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert. La Haute Cour considérerait que la disposition inscrite dans cet arrêté, qui conditionnait la cession au maintien de l'emploi pendant un an, constituait une réglementation ayant trait au statut administratif et vraisemblablement même une réglementation de base au sens de l'article 2 précité et de l'arrêté royal du 29 août 1985 qui le complète.

(30) La mise en liquidation a été décidée par l'organe exécutif de la municipalité le 15 octobre 2014. La clôture des opérations de liquidation a été enregistrée au registre du commerce le 2 janvier 2018.

Le personnel de l'entreprise municipale Portimão Urbis fut cédé, pour partie, à la municipalité sur la base d'un « accord de cession d'intérêt public » ; l'autre partie fut transférée à EMARP par le biais d'une « cession de position contractuelle ». Se trouvant en congé sans solde depuis près de 3 ans au moment de la mise en liquidation de la société Portimão Urbis, monsieur Piscarreta Ricardo n'avait cependant été repris ni dans le plan d'internalisation au sein de l'administration municipale, ni dans celui de transfert vers EMARP. Il avait simplement été avisé que son contrat avait pris fin suite à l'arrêt définitif de l'activité de la société Portimão Urbis, ce qu'il contestera devant le Tribunal d'arrondissement de Faro (*Tribunal Judicial da Comarca de Faro*) en invoquant la réglementation en matière de transfert d'entreprises. Pour être tout à fait complet, il convient de préciser que monsieur Piscarreta Ricardo avait été engagé dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée et exerçait, au sein de la société Portimão Urbis, la fonction de directeur avant son départ en congé sans solde.

7. Madame Correia Moreira avait été engagée à l'origine (en avril 2005) par la société municipale Expo Arade, Animação e Gestão do Parque de Feiras e Exposições de Portimão EM, dans le cadre d'un contrat de formation professionnelle. Elle avait ensuite conclu un contrat de travail à durée déterminée avec ladite société. En 2008, elle avait été transférée auprès du service du personnel de la société Portimão Urbis, dont question plus haut. Elle signa avec cette dernière un contrat de « commission de service » (*contrato de comissão de serviço*) pour une durée déterminée, qui fut renouvelé à plusieurs reprises. Elle exerça, par ce biais, la fonction de chef d'unité de la gestion administrative et des ressources humaines. Comme nous l'avons vu plus haut, la municipalité de Portimão décida néanmoins de dissoudre la société Portimão Urbis en octobre 2008.

A l'issue des opérations de restructuration déjà décrites, madame Correia Moreira fut reprise dans le plan d'internalisation et affectée au service administratif et de gestion des ressources humaines de la municipalité de Portimão. Elle y exerça la fonction de technicienne supérieure dans le domaine des ressources humaines jusqu'en avril 2017. Au mois de juillet 2015, la municipalité informait cependant les travailleurs nouvellement intégrés dans ses services, dont madame Correia Moreira, qu'une procédure de concours allait être organisée qui, pour autant qu'ils soient lauréats, aboutirait à leur recrutement au premier échelon de la fonction publique. Madame Correia Moreira passa avec succès le concours, s'étant classée en première position. On l'informa néanmoins que le traitement rattaché au premier échelon de sa fonction était inférieur à celui dont elle bénéficiait auprès de Portimão Urbis. Elle refusa de subir cette réduction de traitement, d'autant qu'en vertu des règles statutaires en vigueur, elle allait rester attachée à cet échelon pendant au moins 10 années. En réaction à son opposition, Portimão Urbis notifia finalement à madame Correia Moreira la résiliation de son contrat en raison de la fermeture de l'entreprise. Madame Correia Moreira contesta cette décision et saisit le Tribunal d'arrondissement de Faro d'une demande tendant à faire reconnaître le transfert de son contrat et, partant, des conditions dont elle bénéficiait chez Portimão Urbis, à la municipalité à dater du 1^{er} janvier 2015. Elle réclamait de la sorte à la municipalité – ici seule à la cause – de la réintégrer dans ses effectifs dans les mêmes conditions que celles qui lui étaient appliquées auprès de Portimão Urbis, ainsi que sa condamnation à verser les arriérés de salaires résultant de la différence entre le salaire en vigueur au sein de Portimão Urbis et le barème effectivement appliqué par la municipalité depuis le transfert.

B. Les questions soulevées par ces affaires

8. Le Tribunal d'arrondissement de Faro va, dans les deux affaires, saisir la Cour de justice de l'Union européenne de questions portant sur l'interprétation qu'il y avait lieu de donner aux dispositions de la directive 2001/23/CE.

Dans l'affaire *Piscarreta Ricardo*, la juridiction portugaise interrogeait la Cour sur le fait de savoir si l'opération ayant conduit au transfert des activités et du personnel de Portimão Urbis au profit de la municipalité, d'une part, et de la société EMARP, de l'autre, pouvait être considérée comme un transfert conventionnel d'établissement au sens de la directive 2001/23/CE⁽³¹⁾. La municipalité ainsi que les sociétés précitées contestaient l'application de la directive, dans le cas d'espèce, relevant que la société Portimão Urbis avait été dissoute en vertu d'une loi⁽³²⁾. Elles estimaient que la municipalité n'avait fait que récupérer des compétences dont elle était investie à l'origine, tombées en déshérence suite à la liquidation de la société Portimão Urbis. Cette première question revient en substance – comme la Cour le relève elle-même⁽³³⁾ – à vérifier si l'opération de restructuration que nous avons décrite dans la section précédente relève du champ d'application matériel de la directive 2001/23/CE. Nous examinerons cette question dans la troisième section du chapitre suivant (II.C).

9. Dans les deux affaires, la juridiction de renvoi est amenée à vérifier si les travailleurs requérants peuvent être considérés comme des « travailleurs » au sens de la directive. Cette question est importante dans la mesure où ce sont ces « travailleurs » qui sont les titulaires des droits inscrits aux articles 3 et 4 de la directive : ceux-ci seuls peuvent exiger le transfert de leur contrat et le maintien de leurs conditions de travail auprès du cessionnaire. Même si elle n'est pas reprise à l'article 1^{er} de la directive 2001/23/CE⁽³⁴⁾, la définition de la notion de « travailleur » détermine donc, de manière indirecte, le champ d'application personnel de celle-ci. Dans l'affaire *Piscarreta Ricardo*⁽³⁵⁾, les défendeurs soutenaient que l'intéressé ne devait pas être considéré comme un travailleur, dans la mesure où il n'exerçait plus ses fonctions au moment du transfert étant en congé sans solde depuis près de 3 ans à ce moment⁽³⁶⁾. Ils estimaient que, de ce fait, son contrat de travail n'avait pu être transféré ni à la municipalité ni à la société EMARP. Dans l'affaire *Correia Moreira*⁽³⁷⁾, la municipalité mettait en avant le fait que l'intéressée était liée à la société Portimão Urbis par un contrat de commission de service et non par un contrat de travail. Elle déduisait de la nature spécifique de ce contrat que madame Correia Moreira n'avait pas, au moment de son transfert, la qualité de « travailleuse » au sens de l'article 2, § 2, *littera d*) de la directive et ne pouvait,

(31) La première question posée dans l'affaire *Piscarreta Ricardo* était libellée comme suit : « L'article 1^{er}, paragraphe 1, sous b), de la directive 2001/23 est-il applicable dans une situation comme celle de l'espèce dans laquelle une entreprise municipale (dont le seul actionnaire est la municipalité) est dissoute (par décision de l'organe exécutif de la municipalité) et ses activités sont transférées en partie à la municipalité et en partie à une autre entreprise municipale (dont l'objet social a été modifié en conséquence – et qui est également intégralement détenue par la municipalité) ; en d'autres termes, dans ces circonstances, peut-on considérer qu'il y a eu un transfert d'établissement au sens de ladite directive ? »

(32) Arrêt *Piscarreta Ricardo*, point 24.

(33) *Ibid.*, point 28.

(34) Même s'ils sont repris dans un chapitre commun intitulé « Champ d'application et définitions », il ressort clairement du libellé des articles 1^{er} et 2 de la directive que le premier est destiné à circonscrire son champ d'application (« La présente directive est applicable... ») et que le second, au sein duquel est inscrite la définition du « travailleur », sert uniquement à préciser la portée des concepts utilisés dans la suite du texte (« Aux fins de la présente directive, on entend... »).

(35) La deuxième question posée par le Tribunal d'arrondissement de Faro à ce propos était libellée comme suit : « Un travailleur qui n'exerce pas effectivement ses fonctions (notamment, en vertu de la suspension de son contrat de travail), doit-il être considéré comme étant un "travailleur" au sens de l'article 2, paragraphe 1, sous d), de la directive 2001/23 et, en ce sens, les droits et les obligations découlant du contrat de travail doivent-ils être considérés comme étant transférés au cessionnaire, conformément à l'article 3, paragraphe 1, de cette directive ? ».

(36) Arrêt *Piscarreta Ricardo*, point 24.

(37) La première question préjudicielle posée à la Cour dans l'affaire *Correia Moreira* était libellée comme suit : « Considérant que l'on entend par "travailleur" toute personne qui, dans l'État membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi, la personne ayant conclu un contrat de commission de service avec le cédant peut-elle être considérée comme un travailleur, au sens de l'article 2, paragraphe 1, sous d), de la directive 2001/23, et bénéficier de la protection conférée par la législation en cause ? ».

partant, se prévaloir du droit au maintien de ses conditions de travail et de rémunération inscrit à l'article 3. Nous reviendrons sur la réponse apportée par la Cour à ces questions dans la quatrième section du chapitre suivant (II.D), qui sera consacrée à la définition du champ d'application personnel de la directive.

10. A supposer que la directive trouve à s'appliquer – ce qui suppose que la Cour de justice réponde par l'affirmative aux questions précédemment posées –, ne fallait-il pas admettre, en vertu du principe de l'égal accès à la fonction publique, dont l'article 47 de la Constitution portugaise indique qu'il se réalise en règle par voie de concours, que l'intégration de madame Correia Moreira au sein du personnel municipal soit conditionnée par la réussite d'un concours et que ses conditions de travail et de rémunération soient alignées sur celles en vigueur au sein de l'administration ? C'est en substance la seconde question que le Tribunal d'arrondissement de Faro soumettait à la Cour de justice dans la seconde affaire commentée ⁽³⁸⁾. En l'espèce, la municipalité de Portimão estimait n'avoir fait que respecter la loi ⁽³⁹⁾. L'Etat portugais n'admettait pas que les dispositions de la directive puissent aller à l'encontre de ce qui devait être considéré comme un principe fondamental de son droit de la fonction publique ; il en appelait à l'article 4 TUE, qui prévoit que l'Union européenne respecte l'identité nationale des Etats membres, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles. Nous examinerons cette intéressante question dans le troisième et dernier chapitre de la présente contribution (III).

Par souci de complétude, il convient de préciser que, dans le cadre de l'affaire *Piscarreta Ricardo*, le Tribunal d'arrondissement de Faro avait également interrogé la Cour de justice sur le fait de savoir s'il était possible de subordonner l'intégration du travailleur au sein de l'administration municipale à la condition que celui-ci exerce ses fonctions au sein de l'entité cédée dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée conclu au moins un an avant la date de la décision de dissolution de l'entreprise locale ⁽⁴⁰⁾, ce que prévoyait la législation portugaise. Dans la mesure où il ressortait des faits rapportés par la juridiction de renvoi que monsieur Piscarreta Ricardo était engagé dans les liens d'un contrat à durée indéterminée avec la société cédante depuis plus d'un an, la Cour de justice n'a pas répondu à cette dernière question, estimant que la réponse à celle-ci n'était pas utile pour résoudre le litige porté devant le Tribunal d'arrondissement de Faro. La réponse apportée par la Cour à la troisième question posée dans l'affaire *Correia Moreira* permet cependant, à notre sens, de supposer que la Cour aurait également répondu par la négative à cette question...

II. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA DIRECTIVE 2001/23/CE

11. Selon les termes de son article 1^{er}, § 1^{er}, la directive 2001/23/CE est « *applicable à tout transfert d'entreprise, d'établissement ou de partie d'établissement à un autre employeur, résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion* ». Nous ne reviendrons pas de manière systématique sur les éléments de cette définition, pour lesquels il nous suffit de renvoyer

(38) De manière plus précise, cette seconde question était libellée comme suit : « *Le droit de l'Union, en particulier la directive 2001/23, lue en combinaison avec l'article 4, paragraphe 2, TUE, s'oppose-t-il à une réglementation nationale qui, même dans le cas d'un transfert couvert par ladite directive, impose aux travailleurs de se soumettre à une procédure de concours public et d'avoir un nouveau lien avec le cessionnaire dès lors que celui-ci est une municipalité ?* ».

(39) Arrêt *Correia Moreira*, points 33 et 59.

(40) La deuxième question posée par le Tribunal d'arrondissement de Faro à ce propos était libellée comme suit : « *À la lumière du droit de l'Union, le transfert de travailleurs peut-il être subordonné notamment à la nature du lien de travail ou à la durée de celui-ci dans le cadre d'un transfert d'établissement comme celui prévu à l'article 62, paragraphes 5, 6 et 11, du RJAE ?* ».

aux ouvrages de références en la matière ⁽⁴¹⁾. Notre propos est d'examiner dans quelle mesure la directive est susceptible de s'appliquer dans le secteur public.

Dans cette optique, nous commencerons par vérifier si la directive n'a pas exclu, d'entrée de jeu, les hypothèses dans lesquelles le cédant et/ou le cessionnaire ressortit au secteur public (A). Nous verrons que la directive s'intéresse en réalité peu, sinon pas, à la qualité des employeurs impliqués dans la cession ; son attention est focalisée sur l'entreprise qui en forme l'objet. Nous tenterons, en retraçant l'évolution de la jurisprudence de la Cour, d'approcher les contours et les limites de cette notion d'« entreprise », dont l'existence conditionne l'application de la directive (B). Nous vérifierons également si le fait que le transfert ait été décidé de manière unilatérale par l'autorité a un impact sur l'applicabilité de la directive, compte tenu notamment de ce que celle-ci s'applique normalement aux « cessions conventionnelles » (C). Nous terminerons en déterminant quels sont ces « travailleurs » qui bénéficient des droits inscrits dans la directive (D). Ce faisant, notre exposé suivra *grosso modo* le fil du raisonnement tenu par la Cour dans les affaires précitées.

A. Le cédant et/ou le cessionnaire

12. Dans l'affaire *Piscarreta Ricardo*, la Cour commence son raisonnement en relevant que « la circonstance que [...] le cédant était une entreprise municipale et les cessionnaires une municipalité et une entreprise municipale ne fait pas obstacle, par elle-même, à ce que la directive 2001/23 soit applicable à ladite opération » ⁽⁴²⁾. Elle rappelle qu'elle a admis, à plusieurs reprises, l'application de la directive dans des cas où le cessionnaire était une entreprise publique ou une commune.

Bien que telle n'était pas l'intention première de ses auteurs, il est un fait que la directive a été maintes fois appliquée à des transferts de personnel venant d'une entité publique et/ou intégrant la fonction publique. Pour illustrer notre propos, nous avons dressé, dans le tableau ci-après, la liste des affaires traitées par la Cour de justice de l'Union européenne (et de l'AELE) dans lesquelles un ou plusieurs employeurs publics étaient parties prenantes à une opération qualifiée de transfert d'entreprise.

Transfert d'une entité de droit public vers une entité de droit privé	
C.J.C.E, 14 septembre 2000, <i>Collino et Chiappero</i> , aff. C-343/98 (EU:C:2000:441)	Privatisation de services de télécommunication italiens <i>Transfert de l'administration des télécommunications vers IRI, devenu ensuite Telecom Italia SpA (société holding créée et détenue à 100 % par l'Etat italien)</i>

(41) Voy. notamment F. KÉFER, *Les transferts d'entreprise. Etude de droit du travail belge et européen*, Limal, Anthemis, 2019 ; Chr. ENGELS, *Overgang van onderneming in het kader van de Cao nr 32bis*, Bruges, die Keure, 2017 ; N. THOELÉN, *Conventionele overgang van onderneming krachtens overeenkomst. Het materieel toepassingsgebied van richtlijn 2001/23/EG*, Etudes pratiques de droit social, Malines, Kluwer, 2015 ; R.M. BELTZER, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, 2^e édition, Amsterdam, Kluwer, 2008 ; L. PELTZER, *Transfert conventionnel d'entreprise*, 2^e édition, Etudes pratiques de droit social, Bruxelles, Kluwer, 2003 ; Cl. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2003.

(42) Arrêt *Piscarreta Ricardo*, point 31.



Cour AELE, 22 mars 2002, <i>Viggósdóttir</i> , aff. E-3/01	Privatisation des services postaux islandais <i>Transfert de l'administration des poste et télécommunications vers la Iceland Post Ltd (détenue à 100 % par l'Etat)</i>
C.J.C.E., 4 juin 2002, <i>Beckmann</i> , Aff. C-164/00 (EU :C :2002 :330)	Privatisation d'un service de santé <i>Transfert du Service public de la santé du Royaume-Uni (National Health Service) vers une société privée (Dynamco Whicheloe Macfarlane Ltd)</i>
C.J.U.E., 26 mai 2005, <i>Celtec</i> , aff. C-478/03 (EU:C:2005:321)	Privatisation des services de formation à destination de chercheurs d'emploi <i>Transfert des cellules locales du ministère de l'Emploi du Royaume-Uni vers des opérateurs privés gérés par le patronat (TEC)</i>
C.J.U.E., 18 juillet 2013, <i>Alemo-Herron</i> , aff. C-426/11 (ECLI:EU:C:2013:521)	Privatisation d'un service « loisir » <i>Transfert d'une personne morale de droit public (Lewisham London Borough Council) vers une personne morale de droit privé (la CCL limited)</i>
Transfert d'une entité de droit privé vers une entité de droit public	
C.J.C.E., 26 septembre 2000, <i>Mayeur</i> , aff. C-175/99 (EU:C:2000:505)	Reprise en gestion directe de l'activité de promotion de la ville de Metz <i>Transfert d'une association créée et gérée par les élus locaux (APIM) vers les services administratifs municipaux de Metz (France)</i>
C.J.C.E., 11 novembre 2004, <i>Delahaye</i> , aff. C-425/02 (EU:C:2004:706)	Reprise en gestion directe des services de formation à destination de chercheurs d'emploi <i>Transfert d'une association subsidiée (Foprogest) vers les services administratifs de l'Etat luxembourgeois</i>
C.J.U.E., 29 février 2010, <i>UGT-FSP</i> , aff. C-151/09, (EU:C:2010:252)	Rachat de « concessions » portant sur des services de conciergerie et de nettoyage des établissements scolaires publics, du nettoyage de la voirie et de l'entretien des parcs et des jardins <i>Transfert de diverses sociétés privées concessionnaires vers l'administration communale de La Línea de la Concepción (Espagne)</i>
C.J.U.E., 20 janvier 2011, <i>CLECE</i> , aff. C-463/09 (EU:C:2011:24)	Non-reconduction d'un marché de nettoyage et reprise en gestion directe de cette activité <i>Transfert d'une entreprise privée vers les services de la commune de Cobisa (Espagne)</i>
C.J.U.E., 26 novembre 2015, <i>Aira Pascual</i> , aff. C-509/14 (EU:C:2015:781)	Reprise en gestion directe d'une activité de manutention d'unités de transport intermodal dans le terminal de Bilbao <i>Transfert d'une société privée à qui l'activité avait été externalisée en vertu d'un contrat de gestion publique (Algeposa) vers l'entreprise publique normalement en charge de ce service (ADIF)</i>

C.J.U.E., 20 juillet 2017, <i>Piscarreta Ricardo</i> , aff. C-416/16 (EU:C:2017:574) C.J.U.E., 13 juin 2019, <i>Correia Moreira</i> , aff. C-317/18 (EU:C:2019:499)	Liquidation d'une société municipale et reprise en gestion directe d'une partie de ses activités par la municipalité <i>Transfert d'une société créée et détenue à 100 % par la municipalité (Portimão Urbis EM SA) vers le service administratif de la municipalité de Portimão (Portugal)</i>
Transfert d'une entité de droit public vers une autre entité de droit public	
C.J.C.E., 15 octobre 1996, <i>Henke</i> , aff. C-298/94 (EU:C:1996:382) Rejet de l'application de la directive	Création d'un groupement intercommunal, chargé par les communes membres d'attributions administratives <i>Transfert de la commune Schierke (Allemagne) de vers le groupement intercommunal Brocken</i>
C.J.U.E. (gde ch.), 6 septembre 2011, <i>Scattolon</i> , aff. C-108/10 (EU:C:2011:542)	Réorganisation des cadres du personnel administratif, technique et auxiliaire (ATA) en charge notamment de l'assistance administrative et du nettoyage des établissements scolaires d'Etat <i>Transfert des collectivités locales (in casu, la commune de Scorzè) vers l'administration centrale de l'Etat italien (ministère de l'Enseignement)</i>

13. D'aucuns, jusqu'à la Cour de justice elle-même⁽⁴³⁾, ont parfois pris appui sur les définitions des « cédant » et « cessionnaire », inscrites à l'article 2 de la directive, pour justifier cette interprétation large du champ d'application de la directive⁽⁴⁴⁾. L'article 2, § 1^{er}, *littera* a), de la directive 2001/23/CE définit en effet le « cédant » comme « toute personne physique ou morale qui, du fait d'un transfert au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, perd la qualité d'employeur à l'égard de l'entreprise, de l'établissement ou de la partie d'entreprise ou d'établissement ». Le « cessionnaire » est, quant à lui, défini au *littera* b) comme « toute personne physique ou morale qui, du fait d'un transfert au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, acquiert la qualité d'employeur à l'égard de l'entreprise, de l'établissement ou de la partie d'entreprise ou d'établissement ». Il est un fait que les termes utilisés sont particulièrement larges et permettent *a priori* d'intégrer dans ces définitions les organismes publics.

L'article 2 n'a pourtant pas vocation à définir le champ d'application de la directive. Dans les travaux préparatoires, il a en effet été précisé que « *La définition des notions de "cédant" et d'"acquéreur" donnée au paragraphe 1 n'a qu'une valeur purement technique dans le cadre d'un changement de chef d'entreprise et ne doit servir qu'à la simplification du texte de la directive proposé* »⁽⁴⁵⁾. En réalité, les auteurs de la directive devaient faire face à une difficulté d'ordre terminologique tenant au fait que les « transferts », auxquels la directive

(43) C.J.C.E., 26 septembre 2000, *Mayeur*, aff. C-175/99, *Rec.*, 2000, p. I-7755 (EU:C:2000:505), points 31 et 33 ; C.J.U.E. (gde ch.), 6 septembre 2011, *Scattolon*, aff. C-108/10, *Rec.*, 2011, p. I-07491 (EU:C:2011:542), point 58. Voy. également les conclusions de l'avocat général S. ALBER, présentées dans le cadre de l'affaire *Collino* le 18 janvier 2000 (EU:C:2000:23), point 48.

(44) L. PELTZER, *Transfert conventionnel d'entreprise, o.c.*, pp. 20 et 27 qui définit le champ d'application personnel de la directive et de la CCT n° 32bis à partir des figures du cédant et du cessionnaire.

(45) Exposé des motifs de la proposition modifiée du 25 juillet 1975 de directive du Conseil visant l'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres en ce qui concerne le maintien des droits et avantages des travailleurs en cas de fusions de sociétés, de transfert d'établissement et de concentrations d'entreprise, COM/1975/429 final, p. 6.



peut trouver à s'appliquer, constituent un ensemble hétérogène d'opérations juridiques (cessions, locations, affermages, constitution d'usufruit) ⁽⁴⁶⁾. Il s'agissait donc simplement de transcender les particularités de chacune de ces opérations, en groupant sous le même vocable, d'un côté, ceux qui perdent, du fait de ces opérations, la qualité d'employeur et, de l'autre, ceux qui l'acquièrent. Rien de plus.

Aussi, selon nous, les définitions inscrites à l'article 2 ne font pas obstacle à l'application de la directive aux pouvoirs publics, mais ne permettent pas plus de la justifier. Il s'agit d'un indice neutre. C'est à partir de la notion d'« entreprise », l'objet du transfert, qu'il convient en réalité de raisonner.

B. L'entreprise cédée

14. Fort à propos, la Cour se demande ensuite si les services transférés à la municipalité ainsi qu'à la société EMARP pouvaient être assimilés à une « entreprise » au sens de l'article 1^{er}, § 1^{er}, de la directive ⁽⁴⁷⁾. Pour que le transfert tombe dans le champ d'application de la directive, il faut en effet nécessairement que l'entité transférée soit une entreprise ⁽⁴⁸⁾, c'est-à-dire une entité exerçant une activité économique avec ou sans but lucratif ⁽⁴⁹⁾. L'essentiel de la présente section sera consacré à l'analyse de cette notion d'« activité économique », dont on aurait instinctivement considéré qu'elle devait mener à l'exclusion des pouvoirs publics du champ de la directive. Et pourtant...

15. L'entreprise ne se définit pas seulement par la nature de son activité. Elle constitue un ensemble de moyens, organisé de manière durable ⁽⁵⁰⁾ et disposant d'une identité propre qu'elle doit conserver suite au transfert ⁽⁵¹⁾. La Cour de justice a développé, à partir de l'arrêt *Spijkers* ⁽⁵²⁾, une série de critères devant permettre d'évaluer si l'entité cédée dispose d'un degré d'autonomie suffisant pour être identifiée comme une entité économique. La Cour les reprend au point 41 de l'arrêt *Piscarreta Ricardo*. L'application de ces critères et la nécessité pour l'entité de conserver son identité après le transfert ont fait l'objet d'une jurisprudence importante et de nombreux commentaires en doctrine ⁽⁵³⁾. Bien qu'il s'agisse d'une étape essentielle du raisonnement devant permettre de déterminer si la directive trouve ou non à s'appliquer à une situation donnée, nous avons décidé de ne pas développer plus avant son étude dans la mesure où celle-ci ne concerne pas spécifi-

(46) Exposé des motifs de la proposition modifiée de directive du 25 juillet 1975, p. 4.

(47) Arrêt *Piscarreta Ricardo*, points 33 à 35.

(48) De manière plus précise, l'article 1^{er}, § 1^{er}, *littera a*), de la directive énonce que « La présente directive est applicable à tout transfert d'entreprise, d'établissement ou de partie d'entreprise ou d'établissement à un autre employeur résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion ». Dans la suite de notre exposé, nous utiliserons cependant l'expression « entreprise » dans un sens générique, qui englobe non seulement l'entreprise au sens strict, mais également la partie d'entreprise ou d'établissement. Avec R.M. BELTZER (o.c., pp. 38-40), nous relevons en effet que la Cour de justice elle-même ne distingue pas ces hypothèses, auxquelles elle applique identiquement les critères d'identification dégagés depuis l'arrêt *Spijkers*. Le régime juridique prévu par la directive ne diffère du reste pas entre elles. Si une différence doit être trouvée, elle vient de ce que, dans le cas du transfert d'une partie d'entreprise ou d'un établissement, la question de savoir si un travailleur appartient à l'entité cédée et donc s'il doit ou non être transféré se pose de manière plus systématique.

(49) Arrêt *Piscarreta Ricardo*, point 33.

(50) C.J.C.E., 19 septembre 1995, *Rygaard*, aff. C-48/94, *Rec.*, 1995, p. I-2747 (EU:C:1995:290) ; *J.T.T.*, 1996, p. 175.

(51) Art. 1^{er}, § 1^{er}, *littera b*), de la directive 2001/23/CE.

(52) C.J.C.E., 18 mars 1986, *Spijkers*, aff. 24/85, *Rec.*, 1986, p. 1119 (EU:C:1986:127) ; *J.T.T.*, 1986, p. 330.

(53) Voy. sur cette question L. PELTZER, *Transfert conventionnel d'entreprise*, o.c., pp. 42-82 ; *Add.* L. PELTZER, « Actualité en matière de transfert d'entreprises », in H. MORMONT (dir.), *Droit du travail tous azimuts*, CUP, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 187-194 ; F. KÉFER, *Le transfert d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, o.c., pp. 39-56.

quement les situations de transfert dans le secteur public. On se contente donc de rappeler l'existence de la condition et d'indiquer qu'en l'espèce, la Cour de justice a jugé que la circonstance que la société Portimão Urbis ait été dissoute et ses activités transférées à deux autres entités ne constituait pas, en soi, un obstacle à l'application de la directive ⁽⁵⁴⁾.

1. Les origines jurisprudentielles de la définition contenue à l'article 1^{er}

a. L'absence de précision dans le texte initial

16. Le texte de la directive 77/187/CEE ne précisait pas – à l'origine – ce qu'il fallait entendre par « entreprise » et, en particulier pour notre propos, si cette notion était susceptible d'être appliquée à des établissements relevant du secteur public ⁽⁵⁵⁾. Le contexte législatif particulier dans lequel la directive a été adoptée – que nous avons déjà abordé dans notre introduction ⁽⁵⁶⁾ –, de même que la terminologie utilisée dans le texte de celle-ci – les notions d'« entreprise » (en anglais : « undertaking »), d'« établissement » (en anglais : « business ») ou de « chef d'entreprise » (en allemand « Inhaber ») – donnaient à penser que la directive ne devait s'appliquer qu'aux entités économiques à visées strictement commerciales.

C'est du moins l'interprétation qu'en fit le Royaume-Uni dont le *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* ⁽⁵⁷⁾, promulgué en 1981 pour transposer la directive, excluait « toute entreprise ou partie d'entreprise n'ayant pas le caractère d'une entreprise fondée sur le risque commercial ». Etaient de la sorte exclues « non seulement toutes les activités du secteur public et les activités non lucratives, mais également les opérations d'externalisation et de sous-traitance de service préalablement assurées par le secteur public » ⁽⁵⁸⁾. Cette conception restrictive de l'« entreprise » devait néanmoins être contredite, en 1992, par la Cour de justice dans l'arrêt *Redmond Stichting*.

b. L'affaire *Redmond Stichting* ⁽⁵⁹⁾

17. Dans cette affaire, la Cour de justice avait à se pencher sur le cas d'une fondation néerlandaise (la fondation Dr Sophie Redmond) s'occupant notamment d'apporter une aide aux toxicomanes et dont le financement était assuré par une subvention accordée par les autorités locales. En 1991, lesdites autorités décidèrent d'octroyer cette subvention

(54) Arrêt *Piscarreta Ricardo*, point 44 *in fine*.

(55) L'exposé des motifs de la proposition de directive laisse cependant apparaître que la Commission n'excluait *a priori* pas que les dispositions de la directive puissent s'appliquer aux entreprises publiques. Sa proposition prévoyait que la directive s'appliquerait au transfert d'établissement « *résultant d'une fusion ou d'une transformation de société au sens de l'article 58, paragraphe 2, du Traité instituant la Communauté économique européenne ou d'autres types conventionnels de cession* » (nous soulignons). Elle précisait, dans l'exposé des motifs, qu'il fallait entendre par « société », « *toutes les sociétés civiles et commerciales, y compris les coopératives et les autres personnes de droit public et privé, à l'exception toutefois de celles qui ne poursuivent pas de but lucratif* » (o.c., p. 5). Le passage qui faisait référence à l'article 58 du traité n'a cependant pas été repris dans la version finale de la directive, ce qui prive à notre sens l'assertion précitée de toute force interprétative. Nous ignorons cependant les raisons de cette suppression, que ni le Parlement européen ni le Comité économique et social n'avaient appelée de leurs vœux dans leur avis.

(56) Voy. *supra*, point 1.

(57) *SI*, 1981, n° 1794.

(58) M.-H. CHEZLEMAS, *La situation des salariés dans les opérations de transfert d'entreprise en droit comparé : France, Royaume-Uni, Etats-Unis*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 78.

(59) C.J.C.E., 19 mai 1992, *Redmond Stichting*, aff. C-29/91, *Rec.*, 1992, p. I-3189 (EU:C:1992:202) ; *J.T.T.*, 1993, p. 362.

ainsi que les locaux qu'elles lui louaient à une autre fondation (Sigma) également active dans le secteur, privant de la sorte la fondation Dr Sophie Redmond de ses ressources. La fondation Dr Sophie Redmond introduisit alors une procédure devant le *Kantongerecht* en vue d'être autorisée à licencier la partie du personnel non reprise par la fondation Sigma.

18. Le *Kantongerecht* saisit la Cour de six questions portant, d'une part, sur le fait de savoir si le transfert d'actifs opéré entraînait dans la notion de « transfert d'entreprise » et, de l'autre, si le retrait de la subvention à l'origine de celui-ci – les fondations n'étant liées entre elles par aucune convention – permettait de conférer à l'opération un caractère « conventionnel ». La Cour n'avait donc pas à se prononcer directement sur la question qui nous occupe, à savoir si le fait que les fondations ne soient pas des sociétés commerciales était de nature à exclure l'applicabilité de la directive. Pourtant, à l'occasion de l'examen du caractère conventionnel du transfert litigieux, la Cour va noter, dans une sorte d'*obiter dictum*, que « la circonstance que [...] l'opération a pour origine l'octroi de subventions à des fondations ou associations dont les services ne seraient pas rémunérés n'exclut pas cette opération du champ d'application de la directive »⁽⁶⁰⁾.

19. Plus que l'affirmation de l'applicabilité de la directive aux entreprises sans but lucratif, c'est la justification donnée par la Cour à celle-ci qui nous intéresse. Dans cet arrêt, la Cour semblait en effet avoir adopté une approche particulièrement extensive du champ d'application de la directive, en affirmant que celle-ci, parce qu'elle a pour objet de garantir les droits des travailleurs, « vise tous les travailleurs qui font l'objet d'une protection quelconque, même réduite, contre le licenciement au titre du droit national »⁽⁶¹⁾. Cela revenait à consacrer l'idée, avancée par l'avocat général Walter Van Gerven, selon laquelle la directive s'appliquerait à tous les travailleurs, quelle que soit la nature de l'entreprise qui les emploie ou, pour le dire autrement, que la qualité de travailleur – sur laquelle nous nous pencherons plus loin⁽⁶²⁾ – constitue une condition suffisante pour bénéficier de la protection offerte par celle-ci.

20. Dans ses conclusions, l'avocat général Van Gerven relevait que le texte même de la directive n'opère pas de distinction selon le caractère commercial ou non commercial de l'entreprise⁽⁶³⁾. Fort de ce constat, il se montra ensuite favorable à une interprétation téléologique de la notion d'entreprise, rappelant que « la Cour a, dans divers domaines, toujours affirmé, en tant que règle d'ordre général, qu'il convient de donner à la notion d'"entreprise" la portée qui est la mieux appropriée au regard de l'objectif des règles communautaires concernées et de leur effet utile »⁽⁶⁴⁾. Or, selon lui, l'objectif de la directive est d'abord et avant tout social : elle vise à garantir le maintien des droits des travailleurs. Et l'avocat général de rappeler que la directive faisait partie des objectifs inscrits dans le programme d'action sociale de la Communauté, son titre ainsi que certains de ses considérants, dont celui qui fait référence à l'article 117 du traité⁽⁶⁵⁾. C'est cet « objectif nettement social »⁽⁶⁶⁾ qui lui permettait de conclure à la nécessité « d'accorder une importance décisive »⁽⁶⁶⁾ à la question de savoir si les personnes revendiquant le bénéfice de la directive ont la qualité de travailleurs vis-à-vis de l'entreprise.

(60) *Ibid.*, point 18.

(61) *Ibid.*

(62) Voy. *infra*, les points 58 et s.

(63) Concl. de l'avocat général W. VAN GERVEN présentées le 24 mars 1992, *Rec.*, 1992, p. I-3189 (EU:C:1992:144), point 7.

(64) *Ibid.*, point 9.

(65) *Ibid.*, point 7 *in fine*.

(66) *Ibid.*, point 10.

Malgré la référence faite à l'arrêt *Höfner et Elser* ⁽⁶⁷⁾, qui fait de l'exercice d'une activité économique une condition essentielle à la reconnaissance d'une « entreprise » dans le contexte du droit de la concurrence, l'avocat général Van Gerven n'entendait manifestement pas limiter l'application de la directive aux seules activités économiques. De la définition de l'arrêt *Höfner et Elser* suivant laquelle l'entreprise est « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » ⁽⁶⁸⁾, il ne semblait retenir que l'absence de caractère déterminant du mode de financement, qu'il jugeait « significative » ⁽⁶⁹⁾ dans le cadre de l'affaire *Redmond Stichting*. De même, alors qu'il entamait son raisonnement en rappelant que l'objectif premier de la directive avait été de viser les restructurations d'entreprises commerciales, l'avocat général poursuivait immédiatement par l'affirmation que « le texte de la directive n'empêche nullement une interprétation extensive de la notion d'entreprise qui y figure » ⁽⁷⁰⁾.

21. A la suite de l'arrêt *Redmond Stichting*, on pouvait clairement penser que la Cour allait étendre l'applicabilité de la directive de la manière la plus large qui soit, en ce compris aux travailleurs œuvrant dans le secteur public. D'autant que la Cour devait confirmer sa jurisprudence deux ans plus tard dans un arrêt en manquement pris à l'encontre du Royaume-Uni et de l'Irlande du Nord.

c. L'affaire *Commission contre Royaume-Uni* ⁽⁷¹⁾

22. Fin de l'année 1989, la Commission européenne adressa une lettre de mise en demeure formelle pour dénoncer le caractère insatisfaisant de la transposition qu'avaient faite le Royaume-Uni et la République d'Irlande du Nord, de certaines dispositions de la directive 77/187/CEE (ainsi que de la directive 75/129/CEE relative aux licenciements collectifs). Parmi d'autres griefs, la Commission reprochait aux Etats précités d'avoir exclu du bénéfice des droits et avantages conférés par la directive 77/187/CEE les travailleurs œuvrant au sein d'une entreprise non strictement commerciale. Nous avons vu en effet que, jusqu'en 1993 ⁽⁷²⁾, le *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* ⁽⁷³⁾ s'appliquait uniquement aux entreprises au sens strict, entendues comme « toute affaire industrielle ou commerciale [à l'exclusion de] toute entreprise ou partie d'entreprise n'ayant pas le caractère d'une entreprise fondée sur le risque commercial ». La Commission était d'avis que le Royaume-Uni ainsi que la République d'Irlande du Nord manquaient à leurs obligations, en ce qu'ils n'avaient pas étendu la protection aux travailleurs des entreprises ne poursuivant pas un but lucratif. La question de l'applicabilité de la directive aux entreprises sans but lucratif, que la Cour avait abordée de manière incidente dans l'affaire *Redmond Stichting*, lui était donc cette fois-ci directement posée.

23. Si la Cour confirme finalement la position annoncée dans l'affaire *Redmond Stichting*, à savoir que le champ d'application de la directive ne saurait être limité aux seules entre-

(67) C.J.C.E., 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, *Rec.*, 1991, p. I-1979 (EU:C:1991:161).

(68) Concl. de l'avocat général W. VAN GERVEN présentées le 24 mars 1992, *o.c.*, point 21.

(69) *Ibid.*, point 9 *in fine*.

(70) *Ibid.*, point 7.

(71) C.J.C.E., 8 juin 1994, *Commission/Royaume-Uni et Irlande du Nord*, aff. C-382/92, *Rec.*, 1994, p. I-2435 (EU:C:1994:233).

(72) Le Royaume-Uni a en effet adopté en cours de procédure le *Trade Union Reform and Employments Rights Act (TURERA)* 1993, qui étend l'applicabilité du TUPE aux entreprises ne poursuivant pas de but lucratif, en ce compris le secteur public. Cette modification était néanmoins intervenue après l'introduction du recours en manquement (21 octobre 1992). Or, comme le rappelait l'avocat général VAN GERVEN, « l'existence d'un manquement doit être appréciée en fonction de la situation de l'Etat membre telle qu'elle se présentait au terme du délai fixé dans l'avis motivé » (concl., point 22), avis que la Commission européenne avait émis en l'espèce dès le 26 mars 1991.

(73) *SI*, 1981, n° 1794.

prises qui poursuivent un but lucratif⁽⁷⁴⁾, le raisonnement qu'elle emprunte pour y arriver diffère quelque peu. Alors que, dans l'affaire précédente, elle s'était appuyée uniquement sur la finalité sociale de la directive, le débat s'oriente cette fois-ci sur le fondement juridique de la directive et le caractère économique du traité. Pour sa défense, le gouvernement britannique plaidait en effet que, la directive 77/187/CEE ayant été adoptée sur base de l'article 100 du traité CEE qui ne concerne que les activités économiques, son champ d'application ne pouvait être plus large que ce qu'autorise cette base juridique. Cette objection rejoint en quelque sorte la position qu'avait adoptée Roger Blanpain, lorsqu'il enseignait, déjà en 1977, qu'il ne faut « *pas perdre de vue que la Communauté économique européenne se limite au seul secteur économique et que, en principe, la directive du 14 février 1977 ne vise que les entreprises à but lucratif* »⁽⁷⁵⁾.

24. La Cour répond, à l'argument britannique, en indiquant qu'elle a déjà « *admis, au moins implicitement, dans des contextes tels que ceux du droit de la concurrence (voir arrêt du 23 avril 1991, Höfner et Elser, C41/90, rec. P. I-1979) ou du droit social (voir, précisément, pour l'application de la directive, arrêt Redmond Stichting, précité) qu'une entité pouvait exercer une activité économique et être regardée comme une "entreprise" pour l'application des normes de droit communautaire même si elle ne poursuivait pas un but lucratif* », et ajoute qu'il résulte(rail) de cette jurisprudence que « *l'absence de caractère lucratif de l'activité exercée par une entreprise n'est pas de nature, à elle seule, à ôter à cette activité son caractère économique ni à faire exclure l'entreprise du champ d'application de la directive* »⁽⁷⁶⁾. La Cour procède donc à une dissociation entre, d'une part, le caractère économique d'une activité et, de l'autre, son éventuel caractère lucratif. Elle n'indique cependant pas, dans son arrêt, ce qu'il faut entendre par « activité économique ». On recherchera d'ailleurs tout aussi vainement une telle définition dans les arrêts *Höfner et Elser* et *Redmond Stichting*⁽⁷⁷⁾, auxquels la Cour se réfère.

25. Le fait que la Cour, elle-même⁽⁷⁸⁾, se réfère à présent, dans son arrêt, à l'affaire *Höfner et Elser* devait néanmoins renforcer l'idée que la directive 77/187/CEE est également applicable au secteur public : la Cour n'avait-elle pas reconnu, dans l'affaire précitée, la qualité d'« entreprise » au *Bundesanstalt für Arbeit*, soit à l'organisme public chargé par le gouvernement allemand de la gestion des allocations de chômage et du placement des demandeurs d'emploi ? La question de l'applicabilité de la directive au secteur public – qui est le cœur de notre propos – lui sera posée clairement deux ans plus tard, à l'occasion de l'affaire *Henke*.

(74) Arrêt *Commission/Royaume-Uni*, point 46.

(75) R. BLANPAIN, « Le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises – La directive du 14 février 1977 », *o.c.*, p. 480. Nous avons vu cependant (voy. *supra*, la première note infrapaginale) que l'auteur admettait dans une certaine mesure que la directive puisse s'appliquer au secteur public (à l'exclusion cependant des fonctionnaires au service de l'Etat) dès lors que l'article 100 du traité CEE ne s'applique pas uniquement au secteur privé (*loc. cit.*, p. 481).

(76) Arrêt *Commission/Royaume-Uni*, points 44 et 45.

(77) Nous avons d'ailleurs vu, au point 18 de notre contribution, que cet arrêt n'aborde même pas la question.

(78) On a vu que l'avocat général VAN GERVEN avait également fait référence à cet arrêt, dans les conclusions prises dans le cadre de l'affaire *Redmond Stichting* (*o.c.*, point 21), tout en laissant cependant entendre que les termes de cet arrêt, pris dans le contexte du droit de la concurrence, ne pouvaient pas forcément être transposés à la réglementation du transfert de personnel qui poursuit, selon lui, un objectif essentiellement social.

d. L'affaire Henke⁽⁷⁹⁾

26. L'affaire *Henke* fut la première dans laquelle la Cour de justice était amenée à se prononcer sur l'applicabilité de la directive 77/187/CEE au secteur public. Madame Annette Henke travaillait depuis le mois de mai 1992 en qualité de secrétaire du maire de Schierke. A ce titre, elle exerçait les fonctions de secrétaire et d'agent administratif dans les domaines du développement économique et des affaires touristiques. Le 1^{er} juillet 1994, la commune de Schierke s'associa à d'autres communes dans le cadre d'un groupement intercommunal « Brocken », auquel elle transféra l'ensemble de ses attributions ainsi que son personnel. A la suite de ce transfert, les services administratifs de la commune de Schierke furent dissous et tous les dossiers transférés au groupement intercommunal. Madame Henke s'était vu proposer un poste au sein du siège du groupement intercommunal à Hasselfelde (situé à une demi-heure de route de Schierke). Elle refusa cependant ce poste, au motif qu'elle devait s'occuper de son enfant et souhaitait, de ce fait, continuer à travailler à Schierke, où le groupement intercommunal avait institué une antenne chargée des matières du développement économique et du tourisme pour la commune de Schierke. Madame Henke avait postulé pour un emploi au sein de cette antenne, mais n'avait pas été retenue et la commune de Schierke finit par la licencier.

Madame Henke contesta son licenciement devant les juridictions du travail (*Arbeitsgericht*), faisant valoir que son contrat de travail avait, du fait de la réorganisation administrative intervenue, été automatiquement transféré au groupement intercommunal, de manière telle que la commune de Schierke n'était, selon elle, plus habilitée à le résilier. Dans le cadre de ce litige, le tribunal allemand posa à la Cour de justice, à titre principal⁽⁸⁰⁾, la question de savoir si le groupement communal opéré pouvait être considéré comme un transfert d'entreprise au sens de l'article 1^{er} de la directive 77/187/CEE. Il était précisé que le nouveau groupement disposait d'une personnalité juridique propre et, partant, du statut d'employeur. Comme le soulignait très justement l'avocat général Lenz dans ses conclusions, la question revenait donc, en premier lieu, à déterminer « *si la directive est applicable au domaine relevant du droit public des Etats membres, et plus particulièrement – en ce qui concerne la présente affaire – à une administration communale* » ou, en d'autres termes, si une commune peut être une entreprise au sens de la directive 77/187/CEE⁽⁸¹⁾.

27. L'avocat général Lenz défendit une thèse audacieuse, à savoir celle de l'applicabilité généralisée de la directive 77/187/CEE à tous les travailleurs visés par celle-ci⁽⁸²⁾. Il fallait, selon lui, revenir à l'objectif principal de la directive qui est de protéger les travailleurs en cas de transfert⁽⁸³⁾. Il renouait, ce faisant, avec la position qu'avait défendue l'avocat général Van Gerven dans ses conclusions dans l'affaire *Redmond Stichting*⁽⁸⁴⁾. Il s'agit pour l'avocat général Lenz de garantir que « *tous les travailleurs dignes de protection en vertu de la réglementation nationale bénéficient également de la protection de la directive* »⁽⁸⁵⁾. A l'appui de cette thèse égalitaire, il écrivait ce qui suit : « *Si l'on considère la finalité protectrice de la direc-*

(79) C.J.C.E., 15 octobre 1996, *Henke*, aff. C-298/94, *Rec.*, 1996, p. I-4989 (EU:C:1996:382) ; *Chron. D.S.*, 1997, p. 112, obs. J. JACQUAIN. Voy. également le commentaire de M. SARGEANT, « New Doubts about Transfers in the Public Sector », *I.L.J.*, 1997, pp. 265-269.

(80) L'*Arbeitsgericht* demandait également, « en cas de réponse affirmative à la première question », si le transfert reposait sur un accord conventionnel, étant entendu que le groupement intercommunal avait été créé par la voie d'un contrat de droit public. Dans la mesure où la première question recevait une réponse négative, cette question est cependant devenue sans objet, de sorte que la Cour ne s'y attarda pas.

(81) Concl. de l'avocat général C.O. LENZ, présentées le 11 juin 1996, *Rec.*, 1996, p. I-4991 (EU:C:1996:230), point 11.

(82) Sur la question du champ d'application personnel de la directive, voy. *infra* les points 58 à 81.

(83) Concl. de l'avocat général C.O. LENZ, présentées le 11 juin 1996, *o.c.*, points 30 et s.

(84) Voy. *supra*, le point 20.

(85) Concl. de l'avocat général C.O. LENZ, présentées le 11 juin 1996, *o.c.*, point 32.

tive 77/187, on ne voit pas pourquoi les agents de l'administration publique – comme l'affirme le gouvernement fédéral – devraient être exclus du champ d'application de la directive du seul fait que leur administration exerce aussi des fonctions de puissance publique. A notre avis, cela serait manifestement en contradiction avec la finalité protectrice de la directive. C'est pourquoi il faudrait non pas distinguer entre activité de puissance publique ou activité économique dans la mesure où la définition de la notion d'"entreprise" est en cause, mais se baser uniquement sur la notion de travailleur. De même, il n'y a pas lieu de distinguer entre agents du secteur public et employés de droit privé. Une telle distinction conduirait elle aussi à des résultats incompatibles avec la finalité protectrice de la directive, d'autant plus qu'elle n'existe pas dans tous les Etats membres (au Royaume-Uni par exemple, on ne distingue pas selon qu'un actif est employé dans le secteur public ou dans le secteur privé) »⁽⁸⁶⁾.

28. Si la solution qu'il préconisait allait manifestement dans le sens d'une plus grande justice sociale au sein de la Communauté européenne, l'avocat général Lenz ne pouvait cependant omettre que la directive 77/187/CEE a été adoptée sur pied de l'article 100 du traité CEE et l'important débat qui avait éclaté sur la notion d'« activité économique » à l'occasion de l'affaire *Commission/Royaume-Uni*. Sur ce point, il proposait une approche nouvelle – malheureusement peu convaincante⁽⁸⁷⁾ – qui consiste à considérer le marché du travail (européen) comme une composante du marché commun⁽⁸⁸⁾. Il défendait ainsi l'idée que les désavantages que pouvaient subir les travailleurs à l'occasion d'une restructuration, dans le secteur privé comme dans le secteur public, sont susceptibles d'avoir des incidences sur tout ou partie du marché du travail des Etats membres concernés et même au-delà, du fait de l'interconnexion des marchés du travail induite par la libre circulation des travailleurs au sein de la Communauté européenne⁽⁸⁹⁾. Il existerait donc, selon lui, un risque de distorsion de concurrence, sur le plan du marché du travail, à n'admettre l'applicabilité des règles de protection des droits des travailleurs en cas de transfert inscrites dans la directive que dans le secteur privé.

29. Dans l'arrêt *Henke*, la Cour de justice souligne que le préambule de la directive – et elle vise en particulier le premier considérant – indique que l'objectif de celle-ci est de protéger les travailleurs contre les « conséquences défavorables que pourraient avoir pour eux les modifications des structures des entreprises qu'entraîne l'évolution économique sur le plan national et communautaire et qui s'effectuent, entre autres, par des transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements à d'autres chefs d'entreprises, résultant de cessions ou de fusions »⁽⁹⁰⁾. Forte de ce constat, elle conclut que les auteurs de la directive n'ont pas eu l'intention de viser les situations, telles que celle de l'espèce, de réorganisation de

(86) *Ibid.*

(87) Ce qui nous dérange dans l'argument proposé par l'avocat général, c'est qu'il semble perdre de vue que la directive a justement pour objectif d'éviter que le transfert d'une entreprise soit l'occasion, pour le nouvel employeur, de faire appel au marché du travail au détriment des travailleurs de l'entité cédée. Elle ne peut dès lors, selon nous, être considérée comme une disposition visant à améliorer le fonctionnement du marché du travail en tant que tel et, si elle le pouvait à l'égard du marché commun (dont il est effectivement une composante), c'est uniquement par la tentative, imparfaite (voy. K. RIESENHUBER, *European Employment Law*, Cambridge-Anvers-Portland, Intersentia, 2002, p. 564), qu'elle constitue de mettre les entreprises en phase de restructuration sur un pied d'égalité au regard essentiellement des coûts de ce type d'opérations. La distorsion de concurrence, s'il en est, n'existe à notre sens pas entre les travailleurs (marché du travail) mais bien entre les entreprises en cours de restructuration ou envisageant de se restructurer. L'avocat général affirme qu'« une commune qui emploie des travailleurs relevant de normes de protection nationales peut elle aussi influencer sur le fonctionnement du marché commun du travail et, partant, du marché commun » (o.c., point 38) sans vraiment préciser la nature du biais de concurrence qu'il dénonce, mais surtout en quoi l'application de la directive 77/187 à celle-ci serait de nature à l'atténuer.

(88) Concl. de l'avocat général C.O. LENZ, présentées le 11 juin 1996, o.c., point 38.

(89) *Ibid.*

(90) Arrêt *Henke*, point 13.

structures de l'administration publique ou de transfert d'attributions administratives entre des administrations publiques. Elle estime qu'il ne saurait dès lors s'agir d'un « transfert d'entreprise » au sens de la directive ⁽⁹¹⁾.

30. La porte, qu'elle semblait avoir ouverte, dans son arrêt *Redmond Stichting*, vers la voie d'une application de la directive 77/187/CEE au secteur public se refermait donc. D'autant que la Cour prenait la peine, pour conforter son interprétation, de rappeler les termes utilisés, dans les différentes versions linguistiques de la directive, pour désigner le concept d'« entreprise » et de « chef d'entreprise », termes qui cachent mal leur filiation avec le secteur privé. Mais sans doute restait-il un entrebâillement. Il fallait voir en effet que la Cour relevait, au point 17 de l'arrêt, que « *dans les circonstances de l'affaire au principal, le transfert entre la commune et le groupement intercommunal n'a porté que sur des activités relevant de l'exercice de la puissance publique* ». Formulée sous la forme d'une simple constatation, on verra que cette précision n'avait, pour la Cour, rien d'une énonciation superfétatoire et qu'il s'agissait en réalité d'une condition essentielle de l'exclusion, qu'elle venait d'instituer de façon prétorienne, des organismes publics du champ d'application de la directive 77/187/CEE. Nous y reviendrons.

e. La consolidation par la directive 98/50/CE ⁽⁹²⁾

31. Dès le début des années 1990, la nécessité d'une révision de la directive 77/187/CEE s'est fait sentir, en particulier sur la question de son application aux sociétés faisant l'objet de procédure d'insolvabilité (faillite, réorganisation judiciaire, etc.) ⁽⁹³⁾. La Commission européenne allait cependant profiter du processus de modification en cours afin d'intégrer, dans le texte de la directive, les précisions apportées par la Cour sur les notions de « transfert conventionnel », d'« entreprise » et de « travailleur » ⁽⁹⁴⁾. Il ressort des considérants de la directive 98/50/CE que la volonté du législateur européen n'a pas été de remettre en cause l'interprétation donnée à ces notions par la Cour, mais seulement de clarifier l'état du droit qui en découle, dans un souci de transparence et de sécurité juridiques.

32. La proposition de directive, présentée par la Commission le 8 septembre 1994, prévoyait déjà d'insérer à l'article 1^{er} la précision que la directive est applicable « *aux entreprises, publiques ou privées, exerçant une activité économique, qu'elles poursuivent ou non un but lucratif* » ⁽⁹⁵⁾. En trois mois à peine, elle tirait ainsi les enseignements de l'arrêt *Commission contre Royaume-Uni* à l'occasion duquel la Cour s'était explicitement prononcée en faveur de l'applicabilité de la directive aux entreprises n'exerçant pas une activité lucrative, dès lors qu'elles exercent une activité économique. En ajoutant que la directive pouvait également s'appliquer aux entreprises publiques, la Commission européenne avait pris quelques libertés par rapport au cadre méthodologique qu'elle s'était fixé, puisque – comme nous l'avons vu ⁽⁹⁶⁾ – la Cour ne s'était, à cette époque, pas encore prononcée sur la question.

(91) Arrêt *Henke*, point 14.

(92) Directive 98/50/CEE du Conseil du 29 juin 1998 modifiant la directive 77/187/CEE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, *J.O.*, L 201 du 17 juillet 1998, p. 88.

(93) J. HUNT, « Success at last? The Amendment of the Acquired Rights Directive », *E.L.Rev* (Royaume-Uni), 1999, p. 217.

(94) Considérants 4 à 6 de la directive 98/50/CE.

(95) Proposition de directive du conseil concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, *J.O.*, C-274, 1^{er} octobre 1994, p. 10.

(96) Voy. *supra*, les points 16 à 30.

33. Assez curieusement, aucun des documents préparatoires publiés ne mentionne l'arrêt *Henke*. Dans la proposition modifiée de directive, présentée par la Commission européenne le 24 février 1997, le passage précité de la version initiale n'avait pas été changé. C'est le Conseil qui ajouta d'initiative, dans cette disposition devenue entre-temps l'article 1^{er}, § 1^{er}, *littera c*), la mention suivant laquelle « *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* ». Cet ajout de dernière minute constitue la reproduction du point 14 de l'arrêt *Henke*, dans lequel la Cour constatait en effet que ce type de transfert n'avait pas été visé par les auteurs de la directive 77/187/CEE.

2. La définition de l'activité économique

34. Suite à la réforme de 1998, l'article 1^{er}, § 1^{er}, *littera b*), de la directive précise désormais qu'elle « *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* ». Cette définition confirme qu'une entreprise peut être une entité publique ou ne pas poursuivre de but lucratif, pourvu qu'elle exerce une activité économique. La question revient dès lors à déterminer ce qu'est une « activité économique » au sens de la directive. Plusieurs approches ont été développées, sans que la Cour n'en exclue l'une au profit de l'autre, chacune semblant constituer les facettes d'une même réalité.

35. Dans l'affaire *Commission contre Royaume-Uni*, la Commission européenne proposait de partir du fondement de la directive : l'article 100 du traité CEE ⁽⁹⁷⁾. Cette disposition permet au Conseil d'arrêter « *des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun* ». L'activité économique est donc intimement liée au fonctionnement du marché commun. Revenant sur les faits tranchés par la Cour dans l'affaire *Redmond Stichting*, la Commission soutenait que l'activité développée par la fondation Dr Sophie Redmond (aide aux toxicomanes) devait être qualifiée d'« économique », dès lors qu'elle aurait pu également être exercée par une entreprise poursuivant un but lucratif. L'idée défendue est que l'exclusion des organisations sans but lucratif du champ d'application de la directive donnerait à ces organismes, dans la mesure où ils ne se verraient pas obligés de maintenir l'emploi et les conditions de travail de leur personnel dans le cadre d'un transfert, un avantage concurrentiel injustifié par rapport aux autres entreprises qui, elles, sont contraintes de le faire. Elle aurait donc une incidence directe sur le bon fonctionnement du marché commun.

36. Bien que reposant sur un fondement juridique différent, on observera que la position de la Commission européenne correspond à peu près à celle que la Cour de justice avait adoptée dans l'arrêt *Höfner et Elser* pour justifier le caractère économique d'une activité – le placement de travailleurs – qui traditionnellement était confiée en monopole à des offices publics et, de ce fait, placée hors marché. La Cour y relevait en effet que « *La circonstance que les activités de placement sont normalement confiées à des offices publics ne saurait affecter la nature économique de ces activités. Les activités de placement n'ont pas*

(97) La position de la Commission est résumée au point 21 des conclusions, présentée devant la Cour le 2 mars 1994 par l'avocat général VAN GERVEN, *Rec.*, 1994, p. I-2438 (EU:C:1994:78).

toujours été et ne sont pas nécessairement exercées par des entités publiques »⁽⁹⁸⁾. Selon cette approche, le simple fait que l'activité ait été ou même puisse être exercée selon des normes marchandes suffit à en faire une activité économique⁽⁹⁹⁾.

37. Dans la même affaire, l'avocat général Van Gerven avait également recherché le sens qu'il convenait de donner au concept d'« activité économique ». Il adopta néanmoins une méthode différente de celle proposée par la Commission européenne, consistant à chercher une définition communautaire du concept à partir des définitions qu'en avait déjà données la Cour de justice dans le cadre de l'application des articles 2 (missions), 48 (libre circulation des travailleurs) et 60 (libre prestation de service) du traité CEE. Il relevait que la Cour adoptait généralement une acception extensive de la notion d'« activité économique »⁽¹⁰⁰⁾, caractérisée par l'existence d'une rémunération ou, plus largement, d'une contrepartie économique. Il prenait ensuite appui sur l'arrêt *Steymann*⁽¹⁰¹⁾ pour affirmer que « *l'élément de rémunération, compris comme contrepartie économique, ne suppose pas nécessairement l'existence d'un but de lucre* »⁽¹⁰²⁾. Et l'avocat général de conclure sur cette base que « *les activités économiques qui relèvent du traité CE ne sont pas limitées à celles qui sont exercées dans un but lucratif ou qui comportent un risque commercial. Il s'agit au contraire de toutes les activités exercées, directement ou indirectement, contre rémunération, ce terme devant être compris dans le sens d'une contrepartie économique* »⁽¹⁰³⁾.

38. Si la Cour n'a pas intégré cet aspect dans sa définition⁽¹⁰⁴⁾, il est un fait qu'elle ne manque pas de souligner l'existence d'une contrepartie financière au service fourni lorsqu'il s'agit de mettre à jour l'existence d'une activité économique⁽¹⁰⁵⁾. On relève néanmoins qu'il ne s'agit ni d'une condition nécessaire, ni même d'une condition suffisante. Dans l'affaire *Mayeur*, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir⁽¹⁰⁶⁾, le gouvernement français avait en effet fait valoir, pour s'opposer à l'application de la directive, le fait que l'essentiel des ressources de l'association concernée par le transfert était constitué par des subventions municipales et non par des redevances perçues en contrepartie de prestations fournies⁽¹⁰⁷⁾, ce qui n'a pas empêché la Cour de qualifier l'opération de « transfert d'entreprise ». Par une formule, manifestement inspirée de son arrêt *Höfner et Elser*⁽¹⁰⁸⁾, la

(98) C.J.C.E., 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, *Rec.*, p. I-1979 (EU:C:1991:161), point 22. Voy. dans le même sens, C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, *Rec.*, p. I-8089 (EU:C:2001:577), point 20.

(99) S. HENNION-MOREAU, « La notion d'entreprise en droit social communautaire », *Droit social*, 2001, p. 960.

(100) Concl. de l'avocat général W. VAN GERVEN, présentées le 2 mars 1994, o.c., point 22.

(101) C.J.C.E., 5 octobre 1988, *Steymann*, aff. C-196/87, *Rec.*, p. I-6159 (EU:C:1988:475). Dans cette affaire, monsieur Steymann, de nationalité allemande, revendiquait le droit de s'établir aux Pays-Bas en se fondant sur les articles 2 et 60 (libre prestation de services) du traité CEE. Monsieur Steymann était membre d'une communauté religieuse et, à ce titre, amené à accomplir divers travaux (de plomberie) au profit de la communauté Bhagwan. Cette communauté pourvoit aux besoins matériels de ses membres, y compris l'argent de poche, indépendamment de la nature et de l'étendue des travaux que ceux-ci effectuent. La Cour concluait que, dans un cas comme celui-là, « *il ne peut être exclu a priori que les travaux effectués par les membres de cette communauté constituent une activité économique, au sens de l'article 2 du traité. En effet, dans la mesure où ces travaux, qui tendent à garantir une indépendance économique à la communauté Bhagwan, constituent un élément essentiel de la participation à la communauté en question, les prestations accordées par celle-ci à ses membres peuvent être considérées comme une contrepartie indirecte de leurs travaux* » (*loc. cit.*, point 12).

(102) Concl. de l'avocat général W. VAN GERVEN, présentées le 2 mars 1994, o.c., point 23.

(103) *Ibid.*, point 24.

(104) Voy. *infra*, le point 37.

(105) Voy. C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, *Rec.*, p. I-8089 (EU:C:2001:577), point 19 et, dans le cadre de l'application de la directive 77/187/CEE, C.J.C.E., 14 septembre 2000, *Collino et Chiappero*, aff. C-343/98, *Rec.*, 2000, p. I-6659 (EU:C:2000:441), point 33.

(106) Voy. notamment *infra*, points 91-92 et 99-102.

(107) C.J.C.E., 26 septembre 2000, *Mayeur*, aff. C-175/99, *Rec.*, 2000, p. I-7755 (EU:C:2000:505), point 26.

(108) Comp. C.J.C.E., 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, *Rec.*, 1991, p. I-1979 (EU:C:1991:161), point 21.

Cour énonça que la notion d'entreprise « *est indépendante du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »⁽¹⁰⁹⁾ en rappelant qu'elle avait déjà admis, notamment dans ses arrêts *Redmond Stichting*⁽¹¹⁰⁾ et *Hidalgo*⁽¹¹¹⁾, qu'une activité exercée dans un but non lucratif ou dans l'intérêt du public pouvait entrer dans le champ d'application de la directive⁽¹¹²⁾. A l'inverse, dans le contexte du droit de la concurrence, la Cour de justice n'a pas qualifié l'activité d'Eurocontrol d'« économique », alors même que cet organisme est financé par la perception de redevances de route mise à charge des usagers de ses services⁽¹¹³⁾.

39. Il faudra finalement attendre l'arrêt prononcé en grande chambre dans l'affaire *Scatolon* pour que la Cour donne enfin une définition positive au concept d'activité économique :

« 43. La notion d'«activité économique», figurant dans la définition rappelée au point précédent, comprend toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné (arrêts du 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, Rec. p. I-8089, point 19 ; du 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris/Commission*, C-82/01 P, Rec. p. I-9297, point 79, ainsi que du 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, C-222/04, Rec. p. I-289, point 108).

44. Sont par principe exclues de la qualification d'activité économique les activités relevant de l'exercice des prérogatives de puissance publique (voir, notamment, arrêt du 1^{er} juillet 2008, *MOTOE*, C-49/07, Rec. p. I-4863, point 24 et jurisprudence citée, ainsi que, s'agissant de la directive 77/187, arrêt du 15 octobre 1996, *Henke*, C-298/94, Rec. p. I-4989, point 17). Ont, en revanche, été qualifiés d'activités économiques des services qui, sans relever de l'exercice des prérogatives de puissance publique, sont assurés dans l'intérêt public et sans but lucratif et qui se trouvent en concurrence avec ceux proposés par des opérateurs poursuivant un but lucratif (voir, à cet égard, arrêts du 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, C-41/90, Rec. p. I-1979, point 22; *Aéroports de Paris/Commission*, précité, point 82, ainsi que *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, précité, points 122 et 123) »⁽¹¹⁴⁾.

L'activité économique est donc « *toute activité consistant à offrir des biens et des services sur un marché donné* ». Il s'agit – une fois de plus – d'une définition empruntée du droit de la concurrence⁽¹¹⁵⁾. Elle rejoint la définition proposée par la Commission dans la mesure où l'existence d'une offre concurrente ou, du moins, la possibilité qu'une telle offre puisse exister constitue le critère généralement utilisé par la Cour pour justifier l'existence d'un marché⁽¹¹⁶⁾. Dans ce contexte, la Cour a adopté une vision large du marché intégrant notamment l'activité de médecins spécialistes indépendants⁽¹¹⁷⁾, le transport médical

(109) Arrêt *Mayeur*, point 32 *in fine*.

(110) C.J.C.E., 19 mai 1992, *Redmond Stichting*, aff. C-29/91, Rec., 1992, p. I-3189 (EU:C:1992:202).

(111) C.J.C.E., 10 décembre 1998, *Hidalgo e.a. et Ziemann*, aff. jointes C-173/96 et C-247/96, Rec., 1998, p. I-8237 (EU:C:1998:595).

(112) Arrêt *Mayeur*, point 40.

(113) C.J.C.E., 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft*, aff. C 364/92, Rec., p. I-43 (EU:C:1994:7), points 28-29 : pour justifier sa position, la Cour insiste sur le fait que le montant de ces redevances est déterminé par les Etats et que cette fonction s'inscrit dans le cadre plus général du contrôle de l'espace aérien qui relève de l'exercice des prérogatives de puissance publique.

(114) C.J.U.E. (gde ch.), 6 septembre 2011, *Scatolon*, aff. C-108/10, Rec., 2011, p. I-07491 (EU:C:2011:542), points 43 et 44. Cette définition est reprise par la Cour au point 34 de l'arrêt *Piscarreta Ricardo*.

(115) Outre les références citées par la Cour, voy. notamment C.J.C.E., 16 juin 1987, *Commission/Italie*, aff. 118/85, Rec., 1987, p. 2619 (EU:C:1987:283), point 7.

(116) C.J.C.E., 1^{er} juillet 2008, *Motoe*, aff. C-49/07, Rec., p. I-4863 (EU:C:2008:376), point 28 ; C.J.C.E., 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, aff. C-222/04, Rec., 2006, p. I-0289 (EU:C:2006:8), points 122-123.

(117) C.J.C.E., 12 septembre 2000, *Pavel Pavlov*, aff. jointes C-180 à 184/98, Rec., 2000, p. I-6451 (EU:C:2000:428), points 75 et s.

urgent⁽¹¹⁸⁾, la mise à disposition d'installations aéroportuaires⁽¹¹⁹⁾... Les secteurs faisant l'objet d'une politique européenne de libéralisation des marchés (téléphonie, poste, énergie, transports...) rentrent également incontestablement dans le champ des activités économiques auxquels la directive transfert est susceptible de s'appliquer⁽¹²⁰⁾.

40. En conclusion, on relève que la Cour n'attache pas un caractère déterminant au mode de financement ni au statut juridique de l'entité (critère organique), mais se focalise sur la nature de l'activité déployée (critère fonctionnel). Seules les activités qui ne sont pas susceptibles d'être intégrées dans le marché des échanges des biens et des services sont exclues de la notion d'« activité économique » et, partant, du champ d'application de la directive.

3. Les activités exclues du champ d'application de la directive

a. Les réorganisations administratives ou, plutôt, les activités liées à l'exercice de la puissance publique

41. Il convient ici de revenir à l'affaire *Henke*⁽¹²¹⁾. Il s'agit en effet de la seule affaire à l'occasion de laquelle la Cour a exclu l'application de la directive à un transfert intervenu au sein du secteur public. La Cour avait relevé que l'objectif de la directive était de protéger les travailleurs contre les « *conséquences défavorables que pourraient avoir pour eux les modifications des structures des entreprises qu'entraîne l'évolution économique sur le plan national et communautaire et qui s'effectuent, entre autres, par des transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements à d'autres chefs d'entreprises, résultant de cessions ou de fusions* »⁽¹²²⁾ et en avait déduit que les auteurs de celle-ci n'avaient pas eu l'intention de viser « *la réorganisation de structures de l'administration publique ou le transfert d'attributions administratives entre des administrations publiques* »⁽¹²³⁾. Les termes utilisés dans les différentes versions linguistiques de la directive pour désigner le concept d'« entreprise » et de « chef d'entreprise » la confirmaient dans son jugement. Cette motivation donnait à l'exception dégagée par la Cour un relent organique, comme si le fait que l'opération concerne des autorités administratives publiques suffisait à exclure l'application de la directive.

42. La Cour va, par la suite, mettre toute son énergie pour renverser cette impression et donner à l'exclusion une portée fonctionnelle. Dans l'affaire *Hidalgo*, la Cour indiqua que la circonstance qu'un marché ait été concédé ou attribué par un pouvoir public ne saurait exclure l'application de la directive que dans la mesure où les activités concernées ne relèvent pas de l'exercice de la puissance publique⁽¹²⁴⁾. La Cour justifiait cette solution par l'arrêt *Henke*, ce qui laissait entrevoir qu'elle attachait une importance décisive à la nature de l'activité transférée. Cette condition sera ensuite explicitée dans l'arrêt *Collino*⁽¹²⁵⁾. Mal-

(118) C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, o.c., point 19.

(119) C.J.C.E., 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris/Commission*, aff. C-82/01 P, *Rec.*, 2002, p. I-9297 (EU:C:2002:617), point 79.

(120) Voy. pour le secteur de la téléphonie, C.J.C.E., 14 septembre 2000, *Collino et Chiappero*, aff. C-343/98, *Rec.*, 2000, p. I-6659 (EU:C:2000:441), point 34 et la jurisprudence citée ; *Add. concl.* de l'avocat général S. ALBER, présentées dans la même affaire le 18 janvier 2000, (EU:C:2000:23), points 1 et 52 ; pour le secteur des postes, voy. Cour AELE, 22 mars 2002, *Alda Viggósdóttir*, aff. E-3/01.

(121) Pour plus de détails sur cette affaire, voy. *supra* les points 26 à 30.

(122) C.J.C.E., 15 octobre 1996, *Henke*, aff. C-298/94, *Rec.*, 1996, p. I-4989 (EU:C:1996:382), point 13.

(123) Arrêt *Henke*, point 14.

(124) C.J.C.E., 10 décembre 1998, *Hidalgo e.a et Ziemann*, aff. jointes C-173/96 et C-247/96, *Rec.*, 1998, p. I-8237 (EU:C:1998:595), point 24 ; *Chron. D.S.*, 1999, p. 532, obs. L. PELTZER.

(125) C.J.C.E., 14 septembre 2000, *Collino et Chiappero*, aff. C-343/98, *Rec.*, 2000, p. I-6659 (EU:C:2000:441), points 32 et 32 : « *En revanche, ne constitue pas un transfert d'entreprise, au sens de la directive, la réor-*

heureusement, la précision viendra un peu tard, le législateur européen ayant entre-temps intégré dans la directive l'exclusion des réorganisations administratives et des transferts de fonctions administratives, sans faire la moindre référence à la nécessité d'un lien avec l'exercice de la puissance publique. Qu'à cela ne tienne, la Cour maintiendra son interprétation restrictive de l'exclusion après l'entrée en vigueur de la directive 98/50.

Dans l'affaire *Scattolon*, la grande chambre de la Cour confirme en effet que la portée des expressions « *réorganisation administrative d'autorités administratives publiques* » ou « *transfert de fonctions administratives entre autorités administratives publiques* » contenues désormais à l'article 1^{er}, § 1^{er}, *littera c*, de la directive 2001/23/CE doit être limitée aux cas dans lesquels le transfert concerne des activités qui relèvent de l'exercice de la puissance publique ⁽¹²⁶⁾. Elle s'en explique en ces termes : « *Rien ne justifierait de développer cette jurisprudence en ce sens que des employés publics, protégés en tant que travailleurs en vertu du droit national et soumis à un transfert vers un nouvel employeur au sein de l'administration publique, ne puissent bénéficier de la protection offerte par la directive 77/187 au seul motif que ce transfert s'inscrit dans le cadre d'une réorganisation de ladite administration. Il importe de considérer, à cet égard, que si une telle interprétation était admise, tout transfert imposé à de tels travailleurs pourrait être soustrait, par l'autorité publique concernée, au champ d'application de la directive 77/187 en invoquant le simple fait que le transfert fait partie d'un réaménagement de personnel. D'importantes catégories de travailleurs exerçant des activités économiques au sens de la jurisprudence de la Cour risqueraient ainsi d'être privées de la protection prévue par cette directive. Ce résultat serait difficilement conciliable tant avec le libellé de l'article 2 de celle-ci, selon lequel le cédant et le cessionnaire peuvent être toute personne physique ou morale ayant la qualité d'employeur, qu'avec la nécessité, compte tenu de l'objectif de protection sociale poursuivi par ladite directive, d'interpréter les exceptions à l'application de celle-ci de manière stricte* » ⁽¹²⁷⁾.

43. En réalité, l'exclusion des réorganisations administratives et des transferts de fonctions administratives ne constitue qu'une application particulière d'une règle plus fondamentale – qu'il eût été souhaitable d'intégrer dans la directive au lieu de celle-là – qui veut que sont exclus du champ de la directive tous les transferts qui portent sur une entité dont l'exercice de la puissance publique constitue l'activité principale ⁽¹²⁸⁾. Cette exclusion se justifie par la disposition du traité sur base de laquelle la directive a été adoptée ⁽¹²⁹⁾ ainsi que par la condition liée à l'exercice d'une « activité économique » contenue dans la définition de l'« entreprise » désormais inscrite en son article 1^{er}. C'est ce que rappelle la Cour dans l'arrêt *Correia Moreira* lorsqu'elle indique qu'« *il ressort du libellé de l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous c), de la directive 2001/23 que, pour que celle-ci soit applicable, le transfert doit*

ganisation de structures de l'administration publique ou le transfert d'attributions administratives entre des administrations publiques. En effet, dans ces cas, le transfert porte sur des activités qui relèvent de l'exercice de la puissance publique (arrêt du 15 octobre 1996, Henke, C-298/94, Rec. p. I-4989, points 14 et 17). Ainsi, la circonstance que le service transféré ait été concédé par un organisme de droit public, telle une commune, ne saurait exclure l'application de la directive dès lors que l'activité considérée ne relève pas de l'exercice de la puissance publique (arrêt du 10 décembre 1998, Hidalgo e.a., C-173/96 et C-247/96, Rec. p. I-8237, point 24) ». Voy. également C.J.C.E., 26 septembre 2000, Mayeur, aff. C-175/99, Rec., 2000, p. I-7755 (EU:C:2000:505), point 28.

(126) L. PELTZER, « Actualité en matière de transfert d'entreprises », in H. MORMONT (dir.), *Droit du travail tous azimuts*, CUP, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 183-185.

(127) C.J.U.E. (gde ch.), 6 septembre 2011, *Scattolon*, aff. C-108/10, Rec., 2011, p. I-07491 (EU:C:2011:542), point 54.

(128) Voy. C.J.C.E., 10 décembre 1998, *Hidalgo e.a et Ziemann*, aff. jointes C-173/96 et C-247/96, Rec., 1998, p. I-8237 (EU:C:1998:595), point 24 : la Cour rappelle que les activités liées à l'exercice de la puissance publique sont exclues de l'application de la directive, dans une espèce qui ne concerne pas une réorganisation administrative ou un transfert de fonction administrative, mais la réattribution des marchés publics.

(129) Il s'agit de l'article 100 du traité CEE, actuellement article 115 TFUE.

porter sur une entité exerçant une activité économique avec ou sans but lucratif et que, en principe, sont exclues, à cet égard, les activités relevant de l'exercice des prérogatives de puissance publique »⁽¹³⁰⁾. Aussi, il ne nous paraît pas nécessaire de rechercher si la situation présentée constitue une réorganisation administrative entre administrations publiques – la Cour du reste ne s'y est jamais employée – ; le simple fait que l'activité transférée se caractérise par l'exercice de la puissance publique suffit à l'exclure du champ d'application de la directive.

44. La Cour n'a jamais donné de définition de ce qu'il y avait lieu d'entendre par « exercice de la puissance publique » dans le cadre de la mise en œuvre de la directive transfert. La directive, elle-même, ignore le concept. On sait seulement que l'absence de but de lucre ou la poursuite de l'intérêt général ne sont pas des critères suffisants⁽¹³¹⁾ et que les activités de gardiennage⁽¹³²⁾, d'aide à domicile de personnes défavorisées⁽¹³³⁾, de nettoyage⁽¹³⁴⁾, d'aide aux toxicomanes⁽¹³⁵⁾, des télécommunications⁽¹³⁶⁾, de la poste⁽¹³⁷⁾, des transports publics⁽¹³⁸⁾, de formation à destination des chômeurs⁽¹³⁹⁾, de promotion et de développement économique d'une ville⁽¹⁴⁰⁾, l'entretien des parcs, la gestion des équipements de développement économiques, culturels et sportifs⁽¹⁴¹⁾... ne relèvent pas de l'exercice de la puissance publique.

45. Le point fit néanmoins l'objet d'un important débat entre les parties dans le cadre de l'affaire *Henke*⁽¹⁴²⁾. Le gouvernement britannique, qui était intervenu à la cause, adoptait à cet égard une acception large ; pour lui, il fallait exclure du champ d'application de la directive toutes les activités relevant typiquement de l'administration publique. A l'opposé, la Commission européenne proposait de ne retenir que les activités régaliennes de l'Etat (police, exécution des peines, armée...), et ce pour autant que le domaine considéré n'est pas régi par des règles de droit privé (*exit* les établissements pénitentiaires privatisés du Royaume-Uni)⁽¹⁴³⁾. De la sorte, la Commission maintenait la position qu'elle avait déjà défendue devant la Cour dans l'affaire *Commission contre Royaume-Uni*⁽¹⁴⁴⁾. L'avocat général Lenz s'était quant à lui employé à montrer, dans ses conclusions, la difficulté que peut engendrer l'adoption du critère de l'activité de puissance publique ou de l'activité relevant typiquement de l'administration publique, qu'il voulait écarter au profit d'une application généralisée de la directive au profit de tous les travailleurs. Il notait à cet égard ce qui suit : « *Abstraction faite du domaine classique des régies directes et de celui de la fonction relevant exclusivement de l'exercice de la puissance publique, il nous paraît très difficile, et pas toujours réalisable, d'opérer la distinction dans chaque cas d'espèce. En effet, même dans le domaine des activités de puissance publique, des changements considérables se sont produits au cours des dernières années. Des activités, dont on estimait naguère encore qu'elles relevaient*

(130) C.J.U.E., 13 juin 2019, *Correia Moreira*, aff. C-317/18 (EU:C:2019:499), point 54.

(131) C.J.C.E., 26 septembre 2000, *Mayeur*, aff. C-175/99, *Rec.*, 2000, p. I-7755 (EU:C:2000:505), point 40.

(132) C.J.C.E., 10 décembre 1998, *Hidalgo e.a. et Ziemann*, aff. jointes C-173/96 et C-247/96, *Rec.*, 1998, p. I-8237 (EU:C:1998:595) ; *Chron. D.S.*, 1999, p. 532, obs. L. PELTZER.

(133) *Ibid.*

(134) *Ibid.* ; C.J.U.E. (gde ch.), 6 septembre 2011, *Scattolon*, aff. C-108/10, *Rec.*, 2011, p. I-07491 (EU:C:2011:542)

(135) C.J.C.E., 19 mai 1992, *Redmond Stichting*, aff. C-29/91, *Rec.*, 1992, p. I-3189 (EU:C:1992:202) ; *J.T.T.*, 1993, p. 362.

(136) C.J.C.E., 14 septembre 2000, *Collino et Chiappero*, aff. C-343/98, *Rec.*, 2000, p. I-6659 (EU:C:2000:441).

(137) Cour AELE, 22 mars 2002, *Alda Viggósdóttir/Íslandspóstur hf.*, aff. E-3/01.

(138) C.J.C.E., 20 janvier 2001, *Oy Liikenne Ab*, aff. C-172/99 (EU:C:2001:59).

(139) C.J.C.E., 11 novembre 2004, *Delahaye*, aff. C-425/02, *Rec.*, 2004, p. I-10823 (EU:C:2004:706) ; C.J.U.E., 20 janvier 2011, *CLECE*, aff. C-463/09, *Rec.*, 2011, p. I-00095 (EU:C:2011:24).

(140) C.J.C.E., 26 septembre 2000, *Mayeur*, aff. C-175/99, *Rec.*, 2000, p. I-7755 (EU:C:2000:505)

(141) C.J.U.E., 20 juillet 2017, *Piscarreta Ricardo*, aff. C-416/16 (EU:C:2017:574) ; C.J.U.E., 13 juin 2019, *Correia Moreira*, aff. C-317/18 (EU:C:2019:499).

(142) La position des parties et de la Commission européenne sont exposées dans les conclusions, présentées devant la Cour le 11 juin 1996 par l'avocat général C.O. LENZ, *Rec.*, 1996, p. I-4991 (EU:C:1996:230).

(143) *Ibid.*, point 26.

(144) *Voy. supra*, le point 35.

exclusivement de l'exercice de la puissance publique, sont désormais assurées par des entreprises privées. Qu'on nous permette de citer ici à titre d'exemple la Deutsche Bundespost, qui vient d'être privatisée (Telekom, Post-Bank, Post-AG), alors que l'on parlait du principe, il y a quelques années encore, qu'elle exerce des missions relevant exclusivement de la puissance publique. La Commission elle-même en donne un autre exemple, à savoir celui de la privatisation des établissements pénitentiaires. Il s'ensuit que le critère de l'exercice de la puissance publique est très difficile à définir puisqu'il est sujet à modifications constantes. Des activités considérées aujourd'hui comme relevant exclusivement de la puissance publique seront peut-être exercées, dans quelques années à peine, dans un but lucratif par une entreprise privée. On ne peut pas non plus exclure que des tâches effectuées par une entreprise privée seront à nouveau considérées, dans quelque temps, comme des fonctions relevant de l'exercice de la puissance publique »⁽¹⁴⁵⁾.

46. Les avis divergeaient également sur le point de savoir s'il fallait examiner la condition de l'attachement à la puissance publique au niveau de l'activité générale de l'entité transférée ou, comme la Cour le faisait en matière d'accès à la fonction publique, au niveau de la fonction spécifique exercée par chacun des agents concernés par le transfert. La Commission européenne avait opté pour la seconde solution⁽¹⁴⁶⁾. Selon elle, « *seules les fonctions relevant exclusivement de l'exercice de la puissance publique, telles que celles du maire, de la police ou du personnel pénitentiaire, échappent au champ d'application de la directive 77/187. Relèvent en revanche de la directive non seulement les secteurs de l'administration qui correspondent à une activité économique au sens classique du terme, notamment les régies directes telles que l'élimination des déchets, le service des eaux et les entreprises de transport mais également les activités de puissance publique dès lors qu'elles sont accomplies par des personnes protégées en tant que travailleurs au titre de la législation nationale en matière de droit du travail (la Commission range par exemple parmi ces personnes la secrétaire du maire, engagée en tant qu'employée), ou par des personnes qui, selon la jurisprudence de la Cour, ne sont pas investies de fonctions de puissance publique, et dont les tâches pourraient, en principe, être effectuées par une entreprise privée, dans un but lucratif. La Commission classe par exemple dans cette catégorie l'activité exercée par la secrétaire titularisée du maire, qu'une entreprise extérieure de prestation de services administratifs pourrait également prendre en charge* »⁽¹⁴⁷⁾. Cette position, si elle avait été suivie, aurait conduit à ce qu'à l'occasion d'un même transfert, certains travailleurs – ceux dont la fonction n'implique pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique – bénéficient des dispositions protectrices de la directive tandis que les autres – ceux chargés de tâches relevant au moins pour partie de la puissance publique – en auraient été privés, à défaut de dispositions nationales plus favorables. L'obstacle n'était certainement pas insurmontable, mais aurait généré quelques difficultés pratiques liées à la détermination du statut qu'il y aurait eu lieu à accorder à chacun des travailleurs, en particulier lorsque le transfert entraîne une modification du contenu ou de la nature de leur fonction.

47. Le dernier point d'achoppement concernait le sort à réserver aux organismes à caractère mixte, dont l'activité relève, pour une part, de la puissance publique et, pour une autre, de l'activité économique. Tel était le cas de la commune de Schierke qui, à côté de

(145) Concl de l'avocat général C.O. LENZ présentées le 11 juin 1996 dans le cadre de l'affaire *Henke*, o.c., point 29.

(146) On a également trouvé des velléités de prise en compte de la situation personnelle du travailleur dans les conclusions présentées le 13 juin 2000 par l'avocat général LÉGER dans le cadre de l'affaire *Mayeur* (EU:2000:313), aux points 61 et 63. L'avocat général voyait cependant dans la catégorie des travailleurs exerçant des fonctions liées à l'exercice de la puissance publique une catégorie supplémentaire à exclure du champ d'application de la directive (« *En outre, ne sont pas des activités économiques les emplois qui, bien qu'exercés dans une structure qui pourrait être qualifiée d'entité économique, sont liés à l'exercice de la puissance publique* ») alors que la Commission y voyait une condition cumulative.

(147) Concl de l'avocat général C.O. LENZ présentées le 11 juin 1996 dans le cadre de l'affaire *Henke*, o.c., point 25.

l'exercice de ses prérogatives réglementaires et administratives (délivrance de permis...), accomplissait des tâches ayant clairement un caractère économique. L'avocat de madame Henke avait pointé « *la vente, la location ou la mise en gérance de terrains, de maisons ou de logements appartenant à la commune, la location de la salle communale à des organisateurs privés de festivités, les activités de type publicitaire visant à promouvoir le tourisme, ainsi que de nombreux services rendus contre rémunération, tels que les crèches, les manifestations culturelles, l'exploitation de parkings et le transport public local de voyageurs* ». A cela s'ajoutent les secteurs d'activités classiques des communes que sont l'élimination des déchets et la distribution de l'eau. Pour l'avocat général, la poursuite de telles activités suffisait à qualifier la commune d'« entreprise » et justifiait, de ce fait, l'application de la directive au cas d'espèce. A l'inverse, le gouvernement britannique soutenait qu'il fallait exclure de l'application de la directive les organismes dès lors qu'ils exercent exclusivement ou principalement des activités typiques de celles exercées par un service public.

48. Dans son arrêt, la Cour de justice va finalement donner à l'exclusion des activités liées aux prérogatives de puissance publique une interprétation relativement large. Il ressort en effet des faits de la cause, qu'elle n'a pas entendu limiter la portée de l'exception aux seules fonctions régaliennes de l'Etat, mais assez largement à tout transfert d'attributions administratives. Par ailleurs, il est clair que la Cour a tenu compte de l'activité de l'entité transférée et non de l'activité spécifiquement exercée par madame Henke, qui en sa qualité de secrétaire de mairie n'exerçait pas elle-même des fonctions liées à l'*imperium*. Enfin, le fait que la commune de Schierke aurait pu également exercer des activités économiques ne permet pas, selon la Cour, de lui attribuer la nature d'une entreprise au sens de la directive, dès lors que celles-ci ne pouvaient avoir tout au plus qu'un « aspect accessoire »⁽¹⁴⁸⁾. Cette dernière solution rappelle⁽¹⁴⁹⁾ la position que la Cour avait adoptée deux ans plus tôt à l'occasion de l'arrêt *Eurocontrol*⁽¹⁵⁰⁾, suivant laquelle la nature économique ou non d'un organisme devait être appréciée au regard de la mission essentielle pour laquelle il a été institué, et non des activités accessoires qu'il poursuit en vue de la réalisation de celle-ci. Dans l'arrêt précité, la Cour avait jugé qu'un organisme public ne pouvait être considéré comme une « entreprise » au sens du droit de la concurrence, lorsque ses activités, prises dans leur ensemble, se rattachent de par leur nature, leur objet ainsi que les règles auxquelles elles sont soumises à l'exercice de prérogatives de puissance publique⁽¹⁵¹⁾.

b. Les activités liées à la solidarité nationale ?

49. Pour l'heure, la Cour de justice n'a exclu, dans le cadre de l'application de la directive transfert, que les activités liées à l'exercice de la puissance publique de la sphère des activités économiques. Il y a, dans le raisonnement de la Cour, une sorte de lien nécessaire entre l'absence de participation à l'exercice de la puissance publique et sa qualification d'activité économique. Pourtant, si l'on se réfère au droit de la concurrence, la Cour de justice a déjà exclu de la sphère des activités économiques des activités qui, sans être liées à l'exercice de l'*imperium*, sont fondées sur le principe de solidarité nationale⁽¹⁵²⁾. Il s'agissait en l'espèce de l'activité des caisses de maladie et, plus largement, des organismes concourant à la ges-

(148) Arrêt *Henke*, point 17. Dans le même sens, voy. concl. de l'avocat général Ph. LÉGER présentées le 13 juin 2000 dans le cadre de l'affaire *Mayeur* (EU:C:2000:313), point 60.

(149) Même si la Cour ne cite pas cette décision dans son arrêt, on relève que le gouvernement britannique y avait fait plusieurs fois référence dans ses conclusions afin de justifier la position finalement adoptée la Cour. Voy. concl. de l'avocat général LENZ présentées le 11 juin 1996 dans le cadre de l'affaire *Henke*, o.c., point 27.

(150) C.J.C.E., 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft*, aff. C 364/92, *Rec.*, 1994, p. I-43 (EU:C:1994:7), spéc. points 28-30.

(151) *Ibid.*, point 30.

(152) C.J.C.E., 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, aff. jointes C-159/91 et C-160/91, *Rec.*, 1993, p. I-637 (EU:C:1993:63).

tion de la sécurité sociale. D'aucuns ont considéré que cette exclusion devait également s'appliquer à la matière du transfert d'entreprises ⁽¹⁵³⁾.

50. Sans rejeter radicalement cette position, nous relevons néanmoins que la Cour de justice avait admis cette exclusion qu'après avoir insisté sur le fait que le droit communautaire ne pouvait porter atteinte à la compétence des Etats membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale ⁽¹⁵⁴⁾. Or, ce que demandaient les sieurs Poucet et Pistre, c'était le droit de cotiser librement auprès de l'assureur de leur choix, en dénonçant un abus de position dominante dans le chef des institutions de sécurité sociale. Si la Cour de justice avait fait droit à la position des précités, ce sont les fondations de la sécurité sociale qui auraient été atteintes, le caractère obligatoire de l'affiliation permettant d'assurer une solidarité entre les différents assurés et s'avérant indispensable au maintien de l'équilibre financier du système. Il ne nous apparaît pas évident que de telles préoccupations puissent également prévaloir lorsqu'il s'agit d'apprécier s'il est justifié de garantir aux travailleurs œuvrant dans ce secteur le bénéfice des droits inscrits dans la directive. Contrairement au droit de la concurrence, l'objectif de la directive 2001/23/CE est avant tout de protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise, en particulier en assurant le maintien de leurs droits. Or, la Cour a déjà admis que l'on s'écarte des positions qu'elle avait adoptées en droit de la concurrence, lorsque les motifs qui sous-tendaient celles-ci n'étaient pas transposables à la matière du transfert d'entreprise ⁽¹⁵⁵⁾.

C. Le caractère conventionnel du transfert

51. On a coutume de qualifier le transfert d'entreprise visé par la directive de « conventionnel ». Bien que le terme n'apparaisse pas dans la directive, il est un fait que l'article 1^{er}, § 1^{er}, *litteras* a) et b), de la directive dans sa version française prévoit que :

« 1. a) La présente directive est applicable à tout transfert d'entreprise, d'établissement ou de partie d'entreprise ou d'établissement à un autre employeur résultant d'une **cession conventionnelle** ou d'une fusion.

b) Sous réserve du point a) et des dispositions suivantes du présent article, est considéré comme transfert, au sens de la présente directive, celui d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire. »

Il se déduisait traditionnellement de cette disposition que le transfert devait répondre à trois conditions pour tomber dans le champ de la directive : il faut un changement de pouvoir de contrôle sur une entreprise, entraînant un changement d'employeur et trouvant sa cause dans une convention ⁽¹⁵⁶⁾. Dans son premier commentaire de la directive 78/187/CEE paru en 1977, Roger Blanpain enseignait que « *les cessions mortis causa, par succession ou legs, sortent du champ d'application de la directive. [...]* Les transferts résultant

(153) Cl. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, 2^e édition, o.c., p. 24. ; concl. présentées le 2 mars 1994 par l'avocat général W. VAN GERVEN dans le cadre de l'affaire *Commission contre Royaume-Uni*, o.c., point 26. *Contra*. F. KÉFER, *Le transfert d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, o.c., p. 38.

(154) Arrêt *Poucet et Pistre*, point 6.

(155) C.J.C.E., 2 décembre 1999, *Allen*, aff. C-234/98, *Rec.*, p. I-8649 (EU:C:1999:594), points 19 et 20.

(156) C.J.C.E., 24 janvier 2002, *Temco*, aff. C-51/00, *Rec.*, 2002, p. I-969 (EU:C:2002:48), point 21 ; L. PELTZER, *Transfert conventionnel d'entreprise*, 2^e édition, o.c., p. 32 ; V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 2^e édition, o.c., p. 472 ; N. THOELÉN, *Conventionele overgang van ondernemingen*, 2^e édition, o.c., p. 8 ; A. MORTIER, « Le champ d'application matériel de la réglementation relative au transfert conventionnel d'entreprise », *Ors.*, 2016/10, p. 3.

de mesures unilatérales prises par l'autorité, comme la nationalisation – sans l'accord du cédant – n'entrent pas non plus en ligne de compte »⁽¹⁵⁷⁾.

52. On le voit, la question de savoir si le transfert doit nécessairement trouver sa source dans une convention est donc essentielle pour notre propos, tant il est vrai que la plupart des transferts impliquant du personnel public sont réalisés en vertu et bien souvent au moyen d'un acte unilatéral, qui reste le moyen d'action le plus naturel des autorités publiques. Aussi, exclure les cessions opérées par cette voie revient *de facto* à rendre les dispositions de la directive 2001/23/CE inapplicables à la majorité des transferts de personnel impliquant un pouvoir public. La question se posait notamment dans le cadre de l'affaire *Piscarreta Ricardo*, la liquidation de la société municipale Portimão Urbis au profit de la société EMARP et de la municipalité ayant été décidée de manière unilatérale par l'organe exécutif de cette dernière. Difficile dans ces conditions de parler de transfert **conventionnel** d'entreprise...

53. A partir de l'affaire *Abels*⁽¹⁵⁸⁾, la Cour de justice devait néanmoins profondément relativiser l'importance de la qualification « conventionnelle » du transfert. Elle releva en effet que si la majorité des versions de la disposition précitée visait effectivement les cessions résultant d'un contrat, d'autres semblent au contraire indiquer un champ d'application plus large, comme les versions anglaise (« legal transfer ») et danoise (« overdragelse »)⁽¹⁵⁹⁾. En présence de telles divergences, la Cour jugea que la portée de la disposition litigieuse ne saurait être appréciée uniquement sur la base de la seule interprétation textuelle et qu'il convenait dès lors d'éclairer sa signification en se fondant sur l'économie et la finalité de la directive qui est de protéger les travailleurs en cas de transfert⁽¹⁶⁰⁾.

54. Ce constat a conduit la Cour à admettre l'existence d'un transfert dans le cas d'une cession consécutive à la résiliation unilatérale ou judiciaire d'une convention de bail⁽¹⁶¹⁾ ou de concession⁽¹⁶²⁾. Dans ces affaires, la Cour jugeait que le fait que l'opération s'inscrive dans un contexte contractuel constituait une condition suffisante⁽¹⁶³⁾. L'absence de relation contractuelle entre le responsable initial de l'entreprise et le repreneur ne constitue pas pour la Cour un obstacle dirimant à l'application de la directive, pourvu que l'entité cédée conserve son identité⁽¹⁶⁴⁾. Dans le contexte qui nous occupe plus particulièrement, la Cour de justice a admis que l'existence d'un transfert d'entreprise à l'occasion de la

(157) R. BLANPAIN, « Le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises – La directive du 14 février 1977 », o.c., p. 483 : « *les cessions mortis causa, par succession ou legs, sortent du champ d'application de la directive. [...] Les transferts résultant de mesures unilatérales prises par l'autorité, comme la nationalisation – sans l'accord du cédant – n'entrent pas non plus en ligne de compte* ». Dans le même sens, voy. concl. de l'avocat général G. SLYNN, présentées le 8 novembre 1984 dans le cadre de l'affaire *Abels*, Rec., 1985, p. 471 (EU:C:1984:338).

(158) C.J.C.E., 7 février 1985, *Abels*, aff. 135/83, Rec., 1985, p. 469 (EU:C:1985:55) ; pour un commentaire de cet arrêt, voy. notamment R.M. BELTZER, *Overgang van onderneming in de private en de publieke sector*, o.c., pp. 178-184.

(159) Arrêt *Abels*, point 11.

(160) *Ibid.*, point 13.

(161) C.J.C.E., 17 décembre 1987, *Ny Mølle Kro*, aff. 287/86, Rec., 1987, p. 5489 (EU:C:1987:573) ; *J.T.T.*, 1988, p. 247 ; C.J.C.E., 5 mai 1988, *Berg et Busschers*, aff. jointes 144/87 et 145/87, Rec., 1988, p. 2559 (EU:C:1988:236), *J.T.T.*, 1989, p. 42, note.

(162) C.J.C.E., 7 mars 1996, *Merckx et Neuhuys*, aff. jointes C-171/94 et C-172/94, Rec., 1996, p. I-01253 (EU:C:1996:87) ; C.J.C.E., 11 mars 1997, *Süzen*, aff. C-13/95, Rec., 1997, p. I-1259 (EU:C:1997:141) ; C.J.C.E., 20 novembre 2003, *Abler et autres*, aff. 340/01, Rec., 2003, p. I-14023 (EU:C:2003:629).

(163) Pour une analyse de cette jurisprudence, voy. F. KÉFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, o.c., p. 32.

(164) C.J.C.E., 10 février 1988, *Tellerup*, dit « *Daddy's Dance Hall* », aff. C-324/86, Rec., 1988, p. 739 (EU:C:1988:72) ; *J.T.T.*, 1988, p. 229 ; C.J.C.E., 24 janvier 2002, *Temco*, aff. C-51/00, Rec., 2002, p. I-969 (EU:C:2002:48).

réattribution (unilatérale) d'un marché public à la suite d'un appel d'offres⁽¹⁶⁵⁾. Il en va de même lorsque l'autorité reprend la gestion directe d'un service qu'elle avait précédemment concédé à une entreprise privée⁽¹⁶⁶⁾.

55. L'affaire *Redmond Stichting*, sur laquelle nous avons déjà eu l'occasion de nous pencher⁽¹⁶⁷⁾, se distingue des précédentes en ce que le transfert ne résultait pas de la rupture ou la non-reconduction d'un contrat, mais de la décision des autorités communales de ne plus verser à la fondation du même nom la subvention qui servait à financer ses activités. Cette subvention avait été octroyée à une autre association, active dans le même secteur (aide aux toxicomanes). Si d'un point de vue économique les situations sont analogues – ce que la Cour relève –, il n'en allait pas de même au niveau juridique puisque, dans ce cas, la cause du transfert n'avait plus rien de « conventionnelle », s'agissant d'un acte unilatéral d'une autorité publique étranger à toute convention. Le juge de renvoi l'avait compris, qui demandait à la Cour si la directive pouvait s'appliquer dans le cas « où le transfert [visé] des activités de la première personne morale à la seconde personne morale n'a pas pour cause première un accord conclu [des accords conclus] à cet effet entre l'autorité compétente pour l'octroi des subventions et les deux personnes morales, mais la décision fondée sur une modification de la politique de l'autorité publique compétente pour l'octroi des subventions d'arrêter l'octroi des subventions à la première personne morale et de les transférer à la seconde personne morale ».

La Cour va s'atteler à montrer la similarité du cas traité avec les affaires à l'occasion desquelles elle avait déjà admis l'existence d'un transfert conventionnel. Elle relève qu'« il y a décision unilatérale aussi bien lorsqu'un propriétaire décide de changer de locataire que lorsqu'une collectivité publique modifie sa politique de subvention »⁽¹⁶⁸⁾. Elle en déduit qu'il n'y a pas lieu de prendre en compte la nature de la subvention, d'autant que celles-ci sont accordées dans certains Etats par un acte unilatéral assorti de certaines conditions et dans d'autres par des contrats de subvention. De manière quelque peu péremptoire, elle conclut que « dans tous les cas, le changement du bénéficiaire de la subvention s'accomplit dans le cadre de relations contractuelles au sens de la directive et de la jurisprudence »⁽¹⁶⁹⁾. Il semble néanmoins que la Cour s'est laissée influencer par les conclusions de l'avocat général Van Gerven⁽¹⁷⁰⁾, qui avait mis en évidence l'existence d'accords tacites entre les deux associations pour organiser le transfert de l'activité^{(171), (172)}.

56. Nous relevons que, dans les affaires suivantes, la Cour ne prend même plus la peine de relever l'existence d'un accord même tacite, partiel ou indirect, entre le cédant et le ces-

(165) Voy., par exemple, C.J.C.E., 10 décembre 1998, *Hidalgo e.a. et Ziemann*, aff. jointes C-173/96 et C-247/96, *Rec.*, 1998, p. I-8237 (EU:C:1998:595).

(166) Voy., par exemple, C.J.U.E., 29 février 2010, *UGT-FSP*, aff. C-151/09, *Rec.*, 2010, p. I-7591 (EU:C:2010:252); C.J.U.E., 20 janvier 2011, *CLECE*, aff. C-463/09, *Rec.*, 2011, p. I-95 (EU:C:2011:24); C.J.U.E., 26 novembre 2015, *Aira Pascual*, aff. C-509/14 (EU:C:2015:781).

(167) Voy. *supra*, les points 17 et s.

(168) C.J.C.E., 19 mai 1992, *Redmond Stichting*, aff. C-29/91, *Rec.*, 1992, p. I-3189 (EU:C:1992:202), point 17.

(169) *Ibid.*

(170) Concl. de l'avocat général W. VAN GERVEN, présentées le 24 mars 1992, *Rec.*, 1994, p. I-2438 (EU:C:1994:78), point 22.

(171) A la fin du point 17 de l'arrêt *Redmond Stichting*, la Cour note en effet que : « Au surplus, bien que la fondation *Redmond* conteste, dans ses observations devant la Cour, que des accords aient été conclus, le *Kantongerecht* relève expressément dans les motifs de son ordonnance que "aussi bien la demanderesse que la fondation *Sigma* se sont déclarées prêtes à collaborer activement au 'transfert' des clients/patients de la demanderesse à la fondation *Sigma*, pour lequel un groupe de travail 'insertion des activités de la fondation *Redmond* dans la fondation *Sigma*' a, en outre, été créé". »

(172) Le juge de renvoi ne tiendra cependant pas compte de cet élément par la suite et admettra l'existence du transfert sur la seule considération que les deux fondations dépendaient d'un même pouvoir subsidiant et utilisaient les mêmes locaux (Pres. Rb. Amsterdam, 2 décembre 1993, *K.G.*, 1994, p. 4).

sionnaire⁽¹⁷³⁾. Elle se borne à rappeler ses précédents. Dans l'affaire *Collino*, où la Cour avait à connaître de la privatisation, décidée par voie de dispositions légales, de l'administration des télécommunications en Italie, la Cour se contente d'énoncer que « *la circonstance que le transfert résulte de décisions unilatérales des pouvoirs publics et non d'un concours de volontés n'exclut pas l'application de la directive* (arrêt du 19 mai 1992, *Redmond Stichting*, C-29/91, *Rec. p. I-3189*, points 15 à 17) »⁽¹⁷⁴⁾. Elle procédera de même dans les affaires qui suivront, notamment à l'occasion de l'arrêt *Piscarreta Ricardo* en renvoyant cette fois-ci au point 25 de l'arrêt *UGT-FSP* et à la jurisprudence y citée⁽¹⁷⁵⁾.

57. L'évolution de la jurisprudence de la Cour nous conduit à nous demander, avec d'autres⁽¹⁷⁶⁾, s'il est encore pertinent de considérer le caractère « conventionnel » de la cession comme constituant une condition d'existence du transfert. On relève à cet égard que la Commission européenne, dans un document de travail édité en 2007, ne mentionne déjà plus l'origine conventionnelle parmi les conditions devant être remplies pour qu'il y ait transfert au sens de la directive : selon elle, les deux seules conditions qui doivent être remplies pour qu'il y ait transfert au sens de la directive sont l'existence d'un changement d'employeur et le maintien de l'identité de l'entité transférée⁽¹⁷⁷⁾. Le fait que le transfert résulte d'une décision unilatérale de l'autorité n'a, en tout cas, pas pour conséquence d'exclure l'application de la directive⁽¹⁷⁸⁾.

D. Le(s) travailleur(s)

58. Il ressort du titre même de la directive que les « travailleurs » sont les bénéficiaires des droits qu'elle instaure. Mais qui sont ces travailleurs ? La question est posée à deux reprises dans le cadre des affaires *Piscarreta Ricardo* et *Correia Moreira* : une fois pour s'assurer qu'une personne sous contrat de commission de service pouvait être considérée comme un travailleur⁽¹⁷⁹⁾ et, l'autre, pour savoir si le fait que le travailleur se trouvait en congé sans solde de longue durée au moment du transfert permettait de l'exclure du bénéfice de la directive⁽¹⁸⁰⁾. Ces deux questions renvoient respectivement à la question de la définition de la qualité de travailleur (1) et à celle du moment où celle-ci s'apprécie (2). Ce sont ces ques-

(173) Loïc Peltzer fait le même constat dans son analyse de l'arrêt *Ferreira da Silva Brito* du 9 septembre 2015. Voy. L. PELTZER, « Actualité en matière de transfert d'entreprises », o.c., p. 195.

(174) C.J.C.E, 14 septembre 2000, *Collino et Chiappero*, aff. C-343/98, *Rec.*, 2000, p. I-6659 (EU:C:2000:441), point 34.

(175) Arrêt *Piscarreta Ricardo*, point 38.

(176) Cl. WANTIEZ, *Transfert conventionnels d'entreprise et droit du travail*, 2^e édition, o.c., p. 34 ; L. PELTZER, « Actualité en matière de transfert d'entreprises », o.c., p. 196 ; F. DUSART et F. JORENS, « Het begrip "overgang van onderneming en de toepassing van het Europees recht" », note sous C.J.U.E., 9 septembre 2015, *Ferreira da Silva e Brito e.a.*, aff. C-160/14, *T.R.V-R.P.S.*, 2016/4, p. 397 ; A. MORTIER, « Le champ d'application matériel de la réglementation relative au transfert conventionnel d'entreprise », *Ors.*, 2016/10, p. 7. *Contra*. F. KÉFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, o.c., p. 31 qui estime que cette condition permet encore d'exclure les transferts consécutifs au décès de l'employeur, tout en admettant qu'« *en dehors de cette hypothèse et celle liée à certaines procédures d'insolvabilité, rares sont celles qui n'entrent pas dans le concept de cession conventionnelle* ».

(177) Voy. notamment le commentaire de l'article 1^{er} repris dans le *Document de travail des services de la Commission accompagnant le rapport de la Commission sur la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissement* (COM(2007)334 final), SEC/2007/0812 final, p. 2.

(178) En ce sens contraire, voy. C. trav. Liège (8^e ch.), 6 novembre 2003, *Chron. D.S.*, 2004, p. 146, note J. JACQMAIN : la Cour refuse l'application de la réglementation en matière de transfert d'entreprises au motif que « *c'est par une décision de la Ville de Liège et non une convention entre ELECTRABEL et l'ALG que l'unification de la distribution de gaz est intervenue* ».

(179) Arrêt *Correia Moreira*, point 35.

(180) Arrêt *Piscarreta Ricardo*, point 24.

tions que nous aborderons dans les lignes qui suivent, en mettant l'accent sur une question non posée dans le cadre des affaires précitées mais néanmoins centrale dès lors qu'il s'agit d'étudier l'applicabilité de la directive aux transferts opérés dans le secteur public, qui est celle de savoir si les agents statutaires peuvent également prétendre à son bénéfice.

1. La définition de la notion de « travailleur(s) »

59. Les travailleurs sont désignés, dans le titre ainsi que les considérants de la directive, en qualité de bénéficiaires de la protection offerte par celle-ci. Le terme « travailleur(s) » apparaît aussi au moins une fois dans chacun des articles destinés à définir le droit au maintien des conditions de travail, la protection contre le licenciement ainsi que l'obligation d'information et de consultation qu'elle impose tant au cédant qu'au cessionnaire. La notion ne figure cependant pas à l'article 1^{er} qui, comme nous l'avons vu, est destiné à circonscrire le champ d'application de la directive. Il n'en reste pas moins que ce champ d'application est directement affecté par la portée plus ou moins large donnée à la définition du bénéficiaire de la norme qu'est le travailleur. La définition du concept de « travailleur » constitue donc une étape incontournable dans la détermination du champ d'application de la directive. Pour notre propos, nous rechercherons plus spécifiquement à déterminer si et dans quelle mesure la cette définition inclut ou non les travailleurs œuvrant dans le secteur public.

a. Absence de définition dans le texte initial

60. A l'origine, la directive 77/187/CEE ne contient aucune définition de la notion de « travailleur(s) ». Les travaux préparatoires sont tout aussi muets sur la question.

61. A considérer uniquement les objectifs repris dans les considérants de la directive, on serait tenté d'affirmer que celle-ci a vocation à s'appliquer à tous les travailleurs liés à l'entité transférée, et ce quel que soit leur statut, y compris même les travailleurs indépendants. Les modifications de structures des entreprises impactent en effet tous les travailleurs œuvrant pour l'entité cédée. Or, comme on l'a vu, la directive poursuit un double objectif : « *protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en particulier pour assurer le maintien de leurs droits* »⁽¹⁸¹⁾ et éviter que les différences législatives concernant la protection de ces travailleurs ne viennent biaiser le fonctionnement correct du marché commun⁽¹⁸²⁾. Pour atteindre cet objectif, une définition aussi large que possible de la notion de « travailleur » aurait dû, à notre sens, être adoptée.

62. Il est possible de déduire du libellé des articles explicitant les droits conférés par la directive que celle-ci trouve à s'appliquer aux personnes liées à l'entreprise cédée par un contrat de travail ou une relation de travail.

L'article 3.1 : « *les droits et obligations qui résultant 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} sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire* » ;

L'article 4.2 : « *Si **le contrat de travail ou la relation de travail** est résilié du fait du transfert au sens de l'article 1^{er} paragraphe 1, entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur, la résiliation du contrat de travail*

(181) Deuxième considérant de la directive 77/187/CEE.

(182) Troisième et quatrième considérants de la directive 77/187/CEE.

ou de la relation de travail *est considérée comme intervenue du fait de l'employeur* » (nous soulignons).

Si l'utilisation des concepts d'« employeur »⁽¹⁸³⁾ et de « licenciement »⁽¹⁸⁴⁾ laisse apparaître une volonté des auteurs de la directive d'assurer la protection des seuls travailleurs salariés, le libellé des dispositions précitées permet d'affirmer que la protection offerte par la directive ne doit pas être limitée aux seuls salariés liés à l'entreprise par un contrat de travail. La référence aux personnes liées par une « relation de travail », combinée à l'objectif poursuivi par la directive, permettait en effet, selon nous, de donner à la notion de « travailleur(s) » une acception extensive, incluant l'ensemble des travailleurs subordonnés – y compris les agents statutaires – et à la limite même non subordonnés, liés de manière directe ou indirecte à l'entreprise cédée⁽¹⁸⁵⁾. De la faculté ouverte au second alinéa de l'article 4 de la directive 77/187/CEE d'exclure du bénéfice de la protection contre le licenciement « *certaines catégories délimitées de travailleurs qui ne sont pas couverts par la législation ou la pratique des Etats membres en matière de protection contre le licenciement* », il pouvait d'ailleurs être déduit *a contrario* que le fait de bénéficier au niveau national d'une protection contre le licenciement ne constitue pas une condition nécessaire à l'application de la directive. Nous verrons cependant que telle ne sera pas la voie suivie par la Cour de justice, loin s'en faut.

b. L'affaire *Danmols Inventar*⁽¹⁸⁶⁾

63. Dans l'affaire *Danmols Inventar*, la Cour de justice fut saisie de faits qui nous éloignent quelque peu de la sphère publique. Il s'agissait en effet d'une situation de reprise d'activité par un ancien employé. La société danoise *Danmols Inventar*, se trouvant dans une situation de cessation de paiement, avait décidé de licencier l'ensemble de son personnel le 3 septembre 1981, moyennant un préavis qui devait expirer le 31 décembre 1981. Le requérant, monsieur Mikkelsen, qui était employé en qualité de chef de production (salarié) par la société *Danmols Inventar*, décida de reprendre l'activité de la société. A cet effet, il constitua, avec son père, une nouvelle société (*Danmols Inventar- og Møbelfabrik A/S*) à laquelle l'activité de la société *Danmols Inventar* fut transférée avec effet au 19 octobre 1981. Le requérant intervint dans le capital de cette nouvelle société à concurrence de 33 % des parts et s'octroya 50 % des droits de vote à l'assemblée générale. Il occupait le poste de président du conseil d'administration. Il avait, par ailleurs, conclu avec la société nouvellement créée un contrat de travail qui le maintenait dans ses fonctions de chef de production et lui assurait le même salaire que celui perçu avant le transfert. La société *Danmols Inventar* fut déclarée en faillite le 2 décembre 1981. Monsieur Mikkelsen déclara, dans le cadre de la faillite, une créance d'indemnités correspondant à deux mois de salaire (du 1^{er} novembre au 31 décembre 1981) pour rupture prématurée du contrat de travail, ainsi qu'aux congés payés afférents à la période allant du 1^{er} janvier au 31 octobre 1981. Le Tribunal des faillites rejeta sa créance au motif que la réglementation danoise en matière de transfert d'entreprise prévoyait la cession de l'ensemble des obligations résultant des contrats de travail au cessionnaire, à la décharge du cédant⁽¹⁸⁷⁾. Saisie de l'appel de ce jugement, la juridiction de renvoi s'interrogea sur l'applicabilité de ces dispositions au cas d'espèce et saisit la Cour de justice de deux questions :

(183) Voy. l'article 4.2.

(184) Voy. l'article 4.1.

(185) *Contra* R. BLANPAIN, « Le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises – La directive du 14 février 1977 », *o.c.*, p. 480.

(186) C.J.C.E., 11 juillet 1985, *Danmols Inventar*, aff. 105/84, *Rec.*, 1985, p. 2639 (EU:C:1985:331) ; *J.T.T.*, 1986, p. 332.

(187) Ce que permet effectivement l'article 3 de la directive.

1. Le terme « travailleur », visé dans la directive doit-il être entendu en ce sens qu'il suffit que l'intéressé ait été travailleur employé par le cédant, ou faut-il que l'intéressé occupe également un emploi en qualité de travailleur auprès du cessionnaire ?

2. Doit-on considérer qu'une personne qui possède 50 % des intérêts de la société concernée fait partie des « travailleurs » concernés par la directive ?

S'agissant d'établir comment le concept de « travailleur » doit se définir, nous nous contentons à ce stade d'aborder la seconde question posée, la première renvoyant plus spécifiquement à la question du moment où cette qualité doit être appréciée, qui sera analysée de manière spécifique plus loin ⁽¹⁸⁸⁾.

64. Si, comme nous l'avons souligné, les faits de la cause sont étrangers à notre propos, la question posée par la juridiction danoise imposait à la Cour – pour la première fois – d'expliciter la notion de « travailleur(s) » au sens de la directive. La Commission européenne estimait qu'il fallait éviter que le contenu de la notion de « travailleur » et, partant, le champ couvert par la protection offerte par la directive varie en fonction des Etats, ce qui serait le cas s'il était laissé aux législations nationales le soin de la définir. Elle plaidait dès lors pour l'adoption d'une définition harmonisée au niveau européen. Elle se fondait, pour ce faire, sur la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne les notions de « travailleur » et de « relation salariée » contenue à l'article 48 du traité CEE (actuellement art. 45 TFUE) ⁽¹⁸⁹⁾.

La Commission proposait de définir le travailleur comme « toute personne qui, moyennant salaire, effectue un travail pour le compte d'une autre, à l'égard de laquelle elle se trouve dans un rapport de subordination » ⁽¹⁹⁰⁾. On note que cette définition, en ce qu'elle vise une relation de travail subordonnée et rémunérée, avait pour effet d'exclure les travailleurs indépendants du champ de la directive, mais pas les agents statutaires. A raison ⁽¹⁹¹⁾, la Commission avait pris soin d'omettre toute référence au fondement contractuel de la relation de travail. Or ce qui distingue fondamentalement l'engagement contractuel de la désignation dans le cadre d'une relation statutaire, c'est précisément la nature de l'acte juridique qui donne naissance à la relation et non le caractère subordonné ou rémunéré de celle-ci, qui est commun aux deux ⁽¹⁹²⁾.

65. La Cour ne suivit pas la position de la Commission. Elle releva que, contrairement à ce qui prévaut en matière de liberté de circulation, les dispositions de la directive ne visent pas à instaurer un niveau de protection uniforme pour l'ensemble de la Communauté en fonction de critères communs ; qu'il s'agit d'une harmonisation partielle de la matière tendant à assurer, autant que possible, la continuation du contrat de travail ou de la relation de travail, sans modification, avec le cessionnaire ⁽¹⁹³⁾. La technique utilisée par la directive consiste à étendre la protection conférée de manière autonome par le droit des différents Etats membres, à l'hypothèse d'un transfert d'entreprise. Il en résultait, selon la Cour, que

(188) Voy. *infra*, les points 88 et 89.

(189) C.J.C.E., 23 mars 1982, *Levin*, aff. 53/81, *Rec.*, 1982, p. 1035 (EU:C:1982:105), point 11 : « les termes "travailleur" et "activité salariée" ne peuvent être définis par voie de renvoi aux législations des Etats membres, mais ont une portée communautaire. Sinon, les règles communautaires relatives à la libre circulation des travailleurs seraient mises en échec, car le contenu de ces termes pourrait être fixé et modifié unilatéralement, sans contrôle des institutions de la Communauté, par les législations nationales qui auraient ainsi la possibilité d'écarter à leur gré certaines catégories de personnes du bénéfice du traité ».

(190) Arrêt *Danmols Inventar*, point 22.

(191) Puisque la directive ne vise pas uniquement les personnes liées à un contrat de travail, mais plus largement celles qui sont liées à une « relation de travail ».

(192) Cass., 13 juin 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 949 et la note de H.L., p. 950.

(193) Arrêt *Danmols Inventar*, point 26.

le bénéfice de la directive ne saurait être accordé qu'aux personnes qui jouissent d'une protection en tant que travailleur en vertu du droit national ⁽¹⁹⁴⁾. Elle renvoyait de la sorte le soin au juge national d'examiner si, dans son droit, une telle protection existe.

Ce faisant, la Cour suivait la position défendue par l'avocat général Slynn dans ses conclusions qui, bien qu'admettant qu'il se pourrait qu'une définition communautaire de la notion de travailleur soit hautement souhaitable, soulignait qu'une telle entreprise risquait, dans certains Etats, de priver du bénéfice de la directive des personnes qui, autrement, pourraient être considérées comme des travailleurs au titre de la législation nationale, à défaut pour la Cour d'avoir procédé au préalable à une étude complète des catégories de personnes susceptibles d'être des travailleurs ou traitées comme telles dans les différents Etats membres ⁽¹⁹⁵⁾. Tout démarrait donc d'une bonne intention...

66. Dans la réponse que la Cour donna à la question préjudicielle posée par la juridiction danoise, la Cour précisa cependant que « *la notion de "travailleur" au sens de la directive 77/187 doit être entendue en ce sens qu'elle vise toute personne qui, dans l'Etat membre concerné, est protégée en tant que travailleur au titre de la législation nationale en matière de droit de travail* » (nous soulignons) ⁽¹⁹⁶⁾. Au regard du raisonnement que la Cour avait tenu jusqu'alors dans son arrêt, on a peine à comprendre ce qui justifiait cette précision que la protection du travailleur, que la directive entend maintenir indemne à l'occasion du transfert, devait nécessairement trouver sa source dans une norme de droit du travail. Or on verra que cette précision, qui a pu être accidentelle, aura une incidence considérable sur l'application de la directive au secteur public, en ce qu'elle conduit à en exclure les travailleurs qui ne sont pas protégés par le droit du travail et, singulièrement, les agents statutaires.

Nous constatons que la conclusion, à laquelle la Cour aboutit, conduit à un résultat qui est en opposition avec le but recherché par l'avocat général Slynn en déconseillant à la Cour l'adoption d'une définition communautaire de la notion de « travailleur » dans le cadre de la directive 77/187/CEE. La réponse qu'il proposait à la Cour de donner à la question préjudicielle était conforme à l'objectif qu'il s'était assigné et il eut été préférable, à notre avis, que la Cour de justice s'en inspire de manière plus rigoureuse. Pour l'avocat général, il fallait en effet renvoyer, non pas à la législation en matière de droit du travail, mais plus largement à celle qui régit le contrat ou la relation de travail entre le travailleur concerné et – *in casu* – le cessionnaire ⁽¹⁹⁷⁾. Sur la base d'une telle définition, l'inclusion des agents statutaires dans le champ d'application de la directive redevenait possible.

c. **L'affaire Commission contre Belgique** ⁽¹⁹⁸⁾

67. Dans cette affaire, la Cour était amenée à se prononcer sur la portée de la faculté laissée aux Etats, à l'article 4.2, alinéa 2, de la directive 77/187/CEE, de prévoir que la prohibition des licenciements fondés sur le transfert (hors motifs techniques, économiques ou organisationnels) inscrite à l'alinéa précédent ne s'applique pas « *à certaines catégories délimitées de travailleurs qui ne sont pas couverts par la législation ou la pratique des Etats membres en matière de protection contre le licenciement* ». La Commission européenne reprochait à la Belgique d'avoir exclu du bénéfice de la directive les travailleurs licenciés dans la perspective de la mise à la pension, les étudiants et les travailleurs à l'essai. Ce n'est

(194) *Ibid.*, point 27.

(195) Concl. de l'avocat général G. SLYNN, présentées le 30 avril 1985, *Rec.*, 1985, p. 2644 (EU:C:1985:162).

(196) Arrêt *Danmols Inventar*, point 28.

(197) Concl. de l'avocat général G. SLYNN, présentées le 30 avril 1985, *Rec.*, 1985, p. 2644 (EU:C:1985:162).

(198) C.J.C.E., 15 avril 1986, *Commission/Belgique*, aff. 237/84, *Rec.*, 1986, p. 1247 (EU:C:1986:149).

pas tant la confirmation de l'infraction commise que le raisonnement de la Cour qui nous intéresse ici.

68. Pour défendre l'exclusion des catégories précitées du bénéfice de la protection offerte par l'article 4, la Belgique avait soutenu que la notion de « protection contre le licenciement » contenue dans le second alinéa implique une mesure destinée à dissuader l'employeur de licencier le travailleur, de sorte que ce dernier ne subisse pas le préjudice d'une interruption de sa carrière professionnelle ⁽¹⁹⁹⁾. Elle avançait qu'un tel effet dissuasif était inexistant s'agissant des catégories litigieuses qu'elle avait exclues. Pour écarter l'argument, la Cour partit de l'affirmation, contenue dans l'arrêt *Danmols Inventar*, selon laquelle la directive vise à réaliser le maintien des droits des travailleurs en étendant la protection contre le licenciement, assurée par le droit national, également à l'hypothèse d'un changement d'employeur intervenant dans le cadre d'un transfert d'entreprise. Elle ajoute – et c'est en cela que l'arrêt est intéressant – que « *cette disposition s'applique à toute situation dans laquelle les travailleurs concernés par le transfert font l'objet d'une protection quelconque, même réduite, contre le licenciement au titre du droit national...* » ⁽²⁰⁰⁾.

d. La consolidation par la directive 98/50/CE ⁽²⁰¹⁾

69. La directive 98/50/CE du Conseil du 29 juin 1998, en son sixième considérant, se donne pour objectif « *de clarifier la notion de "travailleur" à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice* ». Pour ce faire, elle ajoute un *littera d*) à l'article 2 qui précise désormais qu'il y a lieu d'entendre par « travailleur », aux fins de la directive, « *toute personne qui, dans l'Etat membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi* ». Si l'on accepte la synonymie entre « *droit du travail* » et « *législation sur l'emploi* » ⁽²⁰²⁾, il s'agit de la définition donnée par la Cour dans l'arrêt *Danmols Inventar*.

La même directive ajoute un nouveau point à l'article 2 au terme duquel il est précisé que la directive « *ne porte pas atteinte au droit national en ce qui concerne la définition du contrat ou de la relation de travail* », mais pose cependant une limite à la liberté des Etats d'exclure, par ce biais, l'application de la directive à certaines catégories de travailleurs. En ce sens, elle prévoit que les Etats membres ne sauraient exclure de son champ d'application les contrats ou relations de travail uniquement du fait qu'il s'agit d'un travail à temps partiel, un contrat à durée déterminée ou une relation de travail intérimaire.

e. L'affaire Collino ⁽²⁰³⁾

70. Nous avons vu que la Cour de justice avait été, une première fois, confrontée à la situation de travailleurs œuvrant dans le secteur public à l'occasion de l'affaire *Henke* ⁽²⁰⁴⁾. La Cour refusait cependant de voir dans l'activité cédée au groupement intercommunal

(199) *Ibid.*, point 11.

(200) *Ibid.*, point 13.

(201) Directive 98/50/CEE du Conseil du 29 juin 1998 modifiant la directive 77/187 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, *J.O.*, L 201 du 17 juillet 1998, p. 88.

(202) Ce qui se justifie lorsqu'on a égard aux vocables utilisés dans les autres versions linguistiques (en anglais : « *employment law* », en allemand : « *Arbeitsrecht* », en néerlandais : « *arbeidswetgeving* ») qui sont, cette fois, identiques à ceux figurant dans l'arrêt *Danmols Inventar*.

(203) C.J.C.E, 14 septembre 2000, *Collino et Chiappero*, aff. C-343/98, *Rec.*, 2000, p. I-6659 (EU:C:2000:441) ; *J.T.T.*, 2001, p. 300, note.

(204) *Voy. supra*, le point 26.

Brocken une « entreprise », ce qui suffisait à exclure l'application de la directive. Pour que la Cour puisse examiner la possibilité de reconnaître à des travailleurs du secteur public la qualité de « travailleurs » au sens de la directive, il fallait qu'elle admette au préalable l'existence d'un transfert conventionnel d'entreprise. Il faudra attendre l'affaire *Collino* pour qu'une telle occasion se présente.

Dans l'affaire *Collino*, la Cour décida en effet que la cession, au moyen d'une concession publique, des services de télécommunication à l'usage du public d'une entreprise gérée par un organisme public, émanation directe de l'Etat (ASST), au profit d'une société de droit privé contrôlée par un autre organisme public (IRITEL, devenue ensuite Telecom Italia) était constitutive d'un transfert conventionnel d'entreprise, de sorte que la directive trouvait en principe à s'y appliquer. La Commission européenne relevait cependant que les employés transférés bénéficiaient, au sein de l'ASST, d'un statut de droit public⁽²⁰⁵⁾. Or la Cour avait jugé, dans l'arrêt *Danmols Inventar*, que le bénéfice de la directive ne pouvait être invoqué que par des personnes qui, dans l'Etat membre concerné, sont protégées en tant que travailleurs « au titre de la législation nationale en matière de droit du travail »⁽²⁰⁶⁾... Fallait-il dès lors conclure que ces travailleurs, du seul fait que leur statut était régi par des dispositions de droit public (et non par le droit du travail), étaient exclus du bénéfice de la directive ? Tant la Commission que l'avocat général Alber ne pouvaient s'y résoudre.

71. La Commission européenne, suivie sur ce point par le gouvernement finlandais qui était intervenu à la cause, n'admettait pas que des travailleurs, qui exercent des activités en substance analogues à celles exercées par des salariés d'une société de droit privé, puissent être exclus du champ d'application de la directive⁽²⁰⁷⁾. Dès lors qu'ils bénéficiaient également d'une protection contre le licenciement, il importait peu, selon eux, que cette protection soit formellement attribuée par le droit du travail ; ce qui était décisif, c'était la nature de l'activité exercée. Dès lors qu'il s'agissait d'une activité économique, le fait que l'employeur soit l'Etat ou un organisme public devenait indifférent.

La Commission relevait cependant que les agents sous statut public n'étaient pas considérés comme des travailleurs au sens du droit du travail italien, ce qui devait aboutir, si l'on suivait la jurisprudence *Danmols Inventar*, à ce que le juge national refuse d'appliquer la directive en l'espèce. La Commission européenne croyait pouvoir solutionner le problème en mettant en avant le fait que la directive vise, non seulement les droits résultant d'un « contrat de travail », mais plus largement ceux issus d'une « relation de travail ». Aussi, la Commission proposait à la Cour d'adopter une interprétation extensive de cette dernière notion, incluant tous les travailleurs dont la relation de travail est non pas seulement régie par un contrat mais également par les dispositions d'un statut⁽²⁰⁸⁾.

72. L'avocat général Alber estimait, quant à lui, « douteux » que le critère de la nature de l'activité puisse suffire à définir le champ d'application personnel de la directive⁽²⁰⁹⁾. Il relevait que, dans l'affaire *Hidalgo*, la Cour avait continué à rechercher si les employés concernés étaient des « travailleurs », alors qu'elle venait d'admettre le caractère économique de l'activité transférée⁽²¹⁰⁾. Elle ne s'était donc pas arrêtée à la question de la nature

(205) Arrêt *Collino*, point 29.

(206) Arrêt *Danmols Inventar*, point 28.

(207) Arrêt *Collino*, point 29.

(208) Position relatée par l'avocat général S. ALBER dans ses conclusions, présentées le 18 janvier 2000 (EU:C:2000:23), point 60.

(209) Concl. de l'avocat général S. ALBER, présentées le 18 janvier 2000 (EU:C:2000:23), point 61.

(210) L'avocat général fait référence au point 24 de l'arrêt *Hidalgo* : « De même, la circonstance que le service ou le marché en cause ait été concédé ou attribué par un organisme de droit public ne saurait exclure l'application de la directive 77/187 dans la mesure où ni l'activité d'aide à domicile de personnes défavorisées ni l'activité de gardiennage ne relèvent de l'exercice de la puissance publique (voir, en ce sens, arrêt

de l'activité. Ainsi, il lui apparaissait possible que la Cour refuse l'application de la directive à des personnes qui, bien qu'exerçant une activité économique, ne sont pas considérées comme des travailleurs. L'avocat général se montrait par ailleurs peu convaincu par l'interprétation extensive donnée par la Commission à la notion de « relation de travail » ⁽²¹¹⁾.

L'avocat général faisait cependant le constat qu'une application stricte de la jurisprudence *Danmols Inventar* conduirait à priver du bénéfice de la directive les travailleurs soumis à un statut de droit public et s'interrogea, ensuite, sur la pertinence de la distinction ainsi opérée au regard notamment de l'objectif de protection sociale poursuivi par la directive. Il relevait que cela conduit potentiellement à ce résultat surprenant qu'à l'occasion d'un même transfert, certains travailleurs de l'organisme public transféré soient protégés tandis que d'autres ne le seraient pas. Il suggère à cet égard que « *Pourrait justifier une telle différence de traitement la relation particulière qu'un agent de l'État a avec l'État employeur. Cette relation peut être qualifiée de relation de confiance, en contrepartie de l'octroi éventuel par l'Etat de privilèges particuliers à ses agents. Si l'on prend en considération ces éléments, les agents de l'Etat ne paraissent pas avoir besoin d'une protection, et ils ne sont d'ailleurs généralement pas concernés par les transferts d'entreprises ni les fusions de sociétés* » ⁽²¹²⁾. De même, il laisse entendre que l'« irrévocabilité » (*sic*) dont les agents publics bénéficient parfois pourrait également expliquer leur exclusion du bénéfice de la directive, mais relativise directement cette affirmation en relevant qu'une telle « irrévocabilité » pourrait également exister *de facto* dans le secteur privé en faveur de travailleurs bénéficiant d'une longue ancienneté ⁽²¹³⁾. L'avocat général estime néanmoins que ces justifications ne sauraient valoir lorsque lesdits agents viennent à perdre leur statut privilégié en raison d'une privatisation. Dans ce cas, le transfert d'activité prive les travailleurs de leur situation acquise auprès du cédant, ce qui va à l'encontre de l'objectif général de la directive. Il fallait selon lui pouvoir appliquer, dans ce cas, les dispositions de la directive dès lors qu'on ne peut « *présumer d'une façon générale qu'un agent du secteur public, du fait de sa situation particulière, sera également bien protégé par le droit interne en cas de privatisation* » ⁽²¹⁴⁾. Ses conclusions allaient dans le sens d'une extension du champ de la directive à la situation particulière rencontrée dans l'affaire *Collino*, à savoir la privatisation d'un service public.

Une telle extension du champ de la directive revenait toutefois à écarter l'interprétation stricte de la notion de « travailleur » mise en place par la Cour et qui, depuis 1998, figurait dans le texte même de la directive. L'avocat général s'en rendait bien compte et, pour contourner cet obstacle, soulignait le fait que la nouvelle directive se bornait à codifier la définition donnée par la Cour dans l'affaire *Danmols Inventar* et que celle-ci ne valait dès lors que pour le contexte factuel particulier que la Cour avait eu à connaître à cette occasion. Selon l'avocat général, « *Puisque la Cour n'a pas encore été saisie de la question des privatisations, cette situation ne peut pas être appréhendée par la définition jurisprudentielle du travailleur* » ⁽²¹⁵⁾. Il notait que, dans l'affaire *Danmols Inventar*, la question était de savoir si monsieur Mikkelsen ne devait pas, du fait des parts et du mandat qu'il détenait au sein de l'entreprise cessionnaire, être considéré comme l'employeur plutôt que comme travailleur. La définition de la notion de « travailleur » dégagée dans ce cadre n'était donc pas destinée à distinguer le travailleur de l'agent du secteur public ⁽²¹⁶⁾.

du 15 octobre 1996, Henke, C-298/94, Rec. p. I-4989). En outre, la directive 77/187 vise toute personne qui est protégée en tant que travailleur au titre de la législation nationale en matière de droit du travail (voir arrêts du 11 juillet 1985, *Danmols Inventar*, 105/84, Rec. p. 2639, point 27, et *Redmond Stichting*, précité, point 18) et il n'est pas contesté que tel est le cas des travailleurs concernés dans les présentes affaires. »

(211) Concl. de l'avocat général S. ALBER, présentées le 18 janvier 2000, o.c., point 63.

(212) *Ibid.*, point 65.

(213) *Ibid.*, point 76.

(214) *Ibid.*, point 66.

(215) *Ibid.*, point 73.

(216) *Ibid.*, point 74.

73. La Cour, sans doute encouragée par la codification intervenue deux ans plus tôt, refusa de revoir la définition donnée à l'occasion de l'affaire *Danmols Inventar*. Seules les personnes protégées en tant que travailleurs au titre de la législation nationale en matière de droit du travail peuvent donc prétendre au bénéfice de la directive⁽²¹⁷⁾ ; les autres en sont exclues, et ce, précise la Cour, pour répondre à la Commission, « *indépendamment de la nature des fonctions que ces personnes exercent* »⁽²¹⁸⁾. La Cour releva ensuite que les éléments du dossier laissaient à penser qu'en l'espèce, les travailleurs concernés étaient soumis à un statut de droit public et non au droit du travail. Elle n'ira toutefois pas plus loin, estimant que la vérification de ce point incombait au juge national. Elle se contenta d'ajouter, à sa réponse favorable à l'application de la directive au cas d'espèce, la réserve suivante : « *Il convient cependant que les personnes concernées par un tel transfert aient été initialement protégées en tant que travailleurs au titre de la législation nationale en matière de droit du travail* »⁽²¹⁹⁾.

f. L'affaire Viggósdóttir (Cour AELE)⁽²²⁰⁾

74. Il faudra attendre près de vingt ans – soit le prononcé de l'arrêt *Correia Moreira* (voy. *infra*) – pour que la Cour de justice de l'Union européenne vienne préciser ce qu'il y avait lieu d'entendre par « *protection en qualité de travailleur au titre de la législation nationale en matière de droit du travail* »⁽²²¹⁾. En particulier pour notre propos, la Cour n'a toujours pas défini ce que couvre la notion de « droit du travail » et, par opposition, celle de « droit public ». On sait simplement que la nature publique de l'employeur est insuffisante à exclure l'applicabilité de la directive.

75. La Cour AELE nous semble avoir poussé plus loin l'analyse dans son arrêt *Viggósdóttir*. Les faits ainsi que la première question posée à la Cour AELE à cette occasion sont semblables à ceux dont la Cour de justice des Communautés européennes avait eu à connaître dans le cadre de l'affaire *Collino*. La requérante, madame Viggósdóttir, avait été employée au service de l'administration islandaise des postes et communications. Le 1^{er} janvier 1997, l'intégralité de cette administration avait été transférée, dans un premier temps, vers une société à responsabilité limitée (Post and Telecom Iceland Ltd) détenue entièrement par l'Etat et puis, dans un second temps (1^{er} janvier 1998), scindée en deux sociétés distinctes, dont la défenderesse (Iceland Post Limited). La requérante, qui travaillait en tant que directrice d'une agence postale, avait été licenciée par cette dernière moyennant un préavis de 3 mois avec dispense de prestation, ainsi qu'une indemnité complémentaire équivalente à 1 mois de rémunération. La société justifiait ce licenciement par sa gestion insatisfaisante des clients et du personnel. La travailleuse se plaignait de ce qu'elle avait été privée de la protection plus avantageuse contre le licenciement dont elle bénéficiait lorsqu'elle était employée au sein de l'administration.

(217) Arrêt *Collino*, point 36.

(218) *Ibid.*, point 38.

(219) *Ibid.*, point 41.

(220) Cour AELE, 22 mars 2002, *Alda Viggósdóttir/Íslandspóstur hf.*, aff. E-3/01.

(221) Dans l'affaire *Kirtruna* (aff. C-313/07), la Cour énonce qu'« il ressort de l'article 2, § 1, de la directive, qu'un contrat de travail ou une relation de travail implique, selon la dite directive, un rapport juridique entre les employeurs et les travailleurs, en ayant pour objet la réglementation des conditions du travail ». Marc Patin y a vu une ébauche de définition du « travailleur » (*Transferts d'entreprise en droit communautaire et droit comparé*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, pp. 255, 257 et 259). Il nous semble que, par cette affirmation, la Cour n'entendait cependant pas préciser la notion de « travailleur » mais uniquement la portée des obligations contenues aux articles 3 et 4 de la directive, en indiquant que le maintien des droits ne concerne que la relation juridique nouée par le travailleur en cette qualité, dans le cadre d'un contrat de travail ou d'une relation de travail, et ne s'étend pas aux droits et obligations que celui-ci a stipulés en une autre qualité (en l'espèce, en tant que preneur dans le cadre d'un contrat de bail).

76. Comme dans l'affaire *Collino*, la première question posée à la Cour AELE (qui seule retiendra ici notre attention) visait à déterminer si la conversion de l'administration des postes et communications, émanation de l'Etat, en une société dont le capital était intégralement détenu par l'Etat constituait un transfert d'entreprise au sens de l'article 1^{er} de la directive 77/187/CEE (qui s'applique à l'Islande par application des accords AELE). La réponse *a priori* affirmative que la Cour AELE apporta à cette question était directement inspirée de l'arrêt *Collino*. La Cour prit cependant le temps d'examiner plus avant la question de l'exclusion des travailleurs sous statut public. La Iceland Post Limited avait en effet fait valoir qu'en tant qu'agent de l'administration des postes et communications, la requérante avait la qualité d'agent public au moment de son transfert et était, de ce fait, soumise à des dispositions de droit public plutôt qu'au droit national du travail. Elle estimait dès lors que le bénéfice de la directive devait lui être refusé conformément à ce qu'avait décidé la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Collino*.

77. La Cour AELE prend pour point de départ le raisonnement que la Cour de justice avait tenu dans l'affaire *Danmols Inventar*⁽²²²⁾ : elle note que la directive a vocation à réaliser une harmonisation partielle du droit du travail, essentiellement en assurant le maintien de la protection offerte par le droit du travail national, y compris en cas de transfert ; qu'elle n'établit cependant pas un niveau de protection uniforme au sein de la Communauté sur la base de critères communs⁽²²³⁾. La Cour AELE relève que, dans l'affaire *Collino*, la Cour de justice était arrivée, à partir de ce principe, à la conclusion que la directive ne s'appliquait pas aux employés qui ne sont pas protégés par le droit national du travail, indépendamment de la nature de leurs fonctions. Elle estime, mais il s'agit d'un anachronisme⁽²²⁴⁾, que la directive 98/50/CEE a entériné cette position en précisant qu'il fallait entendre comme travailleur aux fins de la directive « toute personne qui, dans l'Etat membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi ». Selon la Cour, cela confirme le fait que la directive ne s'applique pas aux fonctionnaires « qui bénéficient d'une protection contre le licenciement plus importante que celle accordée par le droit national du travail »⁽²²⁵⁾. Des considérations qui précèdent, la Cour AELE conclut que la directive ne devrait pas s'appliquer en l'espèce s'il s'avère que la requérante bénéficiait, au moment de son transfert, d'une protection spéciale contre le licenciement réservée aux agents publics pour des raisons associées à la fonction publique ou à la qualité particulière de son engagement⁽²²⁶⁾.

78. La Cour poursuit en indiquant que ce point doit être apprécié, non pas en ayant égard à la nature des tâches que l'intéressée accomplissait au sein de l'administration⁽²²⁷⁾, mais sur la base de tous les instruments juridiques régissant sa situation (lois, conventions collectives, contrat). La question revient dès lors à déterminer si une application, même partielle, du droit du travail au profit de la travailleuse concernée suffit à lui conférer le statut de « travailleur » au sens de la directive. La question est d'importance dès lors qu'il est constant qu'une série de normes issues du droit social s'applique également aux agents statutaires⁽²²⁸⁾. Sur ce point, la Cour AELE indique que, lorsque la situation est régie à la fois

(222) Voy. *supra*, le point 65.

(223) Arrêt *Viggósdóttir*, point 26.

(224) La directive 98/50 adoptée le 29 juin 1998 précède en effet de plus de 2 ans le prononcé de l'arrêt *Collino*, qui date du 14 septembre 2000. Elle n'a donc pas pu confirmer la solution dégagée par la Cour dans ce dernier.

(225) *Ibid.*, point 28.

(226) *Ibid.*, point 29.

(227) *Ibid.*

(228) On pense notamment au Code du bien-être au travail, à la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail ainsi qu'à la loi du 2 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs. Le constat ne concerne d'ailleurs pas seulement la Belgique. Voy. T. VAN PEUPE, cité par R.M. BELTZER, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector, o.c.*, p. 361 : « *Nergens bestaat een nationale*

par des règles de droit public et de droit du travail, il appartient au juge national d'évaluer si les aspects relatifs à la protection contre le licenciement sont essentiellement régis par le droit public – auquel cas la directive ne s'applique pas – ou par le droit du travail – auquel cas la directive s'applique ⁽²²⁹⁾. Précision importante : la Cour AELE estime que le juge national doit procéder à cette évaluation sur la base de la distinction entre droit public et droit du travail, telle qu'elle est opérée par son droit national ⁽²³⁰⁾. Dans la réponse à la question posée par la juridiction de renvoi, la Cour indique finalement que « *la directive peut s'appliquer quand le travailleur, au moment du transfert, bénéficiait d'une protection en qualité de travailleur au titre de la législation nationale en matière de droit du travail. Il appartient au juge national de vérifier si tel est le cas ou si le travailleur bénéficie d'une protection contre le licenciement au titre du droit public* » ⁽²³¹⁾.

Si l'on suit ce raisonnement, il apparaît incontestable que, pour ce qui concerne à tout le moins la Belgique, les agents statutaires sont exclus du champ d'application de la directive.

g. L'affaire Correia Moreira ⁽²³²⁾

79. L'affaire *Correia Moreira*, nous l'avons vu, donne pour la première fois à la Cour de justice de l'Union européenne la possibilité d'apporter des précisions sur la nature de la « protection » dont la personne doit pouvoir se prévaloir pour pouvoir prétendre au statut de travailleur et, partant, bénéficier de l'application de la directive. La question n'était pas posée à l'égard d'un agent statutaire, mais d'une personne œuvrant dans le cadre d'un contrat de commissionnement de service, soit un statut particulier organisé par le droit portugais qui offre une protection moindre qu'un contrat de travail classique.

80. La Cour commence par rappeler qu'en vertu des paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 2 de la directive, il appartient en premier lieu aux Etats de définir ce qu'est un « travailleur » ou une « relation de travail » dans leurs législations respectives ⁽²³³⁾ et qu'elle n'est en principe pas compétente pour interpréter le droit national ⁽²³⁴⁾. Elle relève cependant que la juridiction de renvoi a qualifié le contrat de commissionnement de service de « contrat de travail », ce qui devait en principe suffire à faire entrer le travailleur dans le champ de la protection.

81. Il avait cependant été relevé que la protection dont celui-ci bénéficiait n'était pas celle qui était généralement offerte aux travailleurs : la législation nationale concernée permettait en effet de mettre fin à un contrat de commission de service moyennant un simple préavis écrit, dans un délai relativement bref, et sans qu'aucun motif légitime soit requis. A cet égard, la Cour relève que l'article 2, § 1^{er}, *littera d)*, se borne à exiger que la personne soit protégée en tant que travailleur, dans le cadre de la législation nationale concernée, sans pour autant insister sur un certain contenu ou une certaine qualité de protection ⁽²³⁵⁾. Ce faisant, elle revient en quelque sorte sur les considérations, qu'elle avait déjà émises à

wetgeving die op alle werknemers van toepassing is en niet op ambtenaren. De werkingssfeer van het arbeidsrecht verschilt per wet of wetsartikel ».

(229) Arrêt *Viggósdóttir*, point 37.

(230) *Ibid.*, point 31.

(231) Nous traduisons : « *Further, that Directive may apply when an employee, at time of the transfer, was protected as an employee under national employment law. It is for the national court to assess whether that was the case or whether the employee enjoyed protection from dismissal under public law* ».

(232) C.J.U.E., 13 juin 2019, *Correia Moreira*, aff. C-317/18 (EU:C:2019:499).

(233) *Ibid.*, point 42.

(234) *Ibid.*, point 43.

(235) *Ibid.*, point 46.

l'occasion de l'affaire *Commission contre Belgique*, selon lesquelles la directive s'applique à toutes les situations dans lesquelles les travailleurs concernés par le transfert font l'objet d'une protection, même réduite, en vertu du droit du travail national⁽²³⁶⁾. Pour la Cour, une telle position permet d'assurer un effet utile à la directive, sans pour autant empiéter sur la compétence, qui appartient toujours aux Etats, de déterminer le contenu de la protection.

Elle relève à cet égard que la directive 2001/23/CE vise à assurer le maintien des droits des travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise et non à les étendre⁽²³⁷⁾. Autrement dit, le travailleur qui dispose d'une protection minimale en vertu du droit national ne se voit garantir, par l'effet de la directive, que le maintien de cette protection limitée auprès du cessionnaire... à ceci près néanmoins – et cela nous l'ajoutons – que la directive interdit que la rupture de la relation de travail soit décidée en raison du transfert, à moins que cette décision repose sur des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi⁽²³⁸⁾.

2. A quel moment la qualité de travailleur doit-elle être appréciée ?

82. A quel moment du transfert doit-on vérifier que la personne qui souhaite bénéficier des dispositions de la directive, répond à la condition d'être un travailleur protégé en cette qualité par le droit national du travail ? Faut-il qu'elle revête cette qualité durant tout le processus de cession ou le fait de l'avoir eue auprès du cédant suffit ? De manière plus spécifique à notre propos, puisque nous venons de voir que les agents statutaires ne sont pas considérés comme des travailleurs au sens de la directive⁽²³⁹⁾, cela revient à se demander si la directive peut s'appliquer lorsque la situation juridique du travailleur était régie par des dispositions de droit public au sein de l'entreprise cessionnaire ou lorsque le travailleur, dont la situation était régie par le droit du travail, se retrouve à la suite du transfert soumis à une telle réglementation de droit public dans son rapport avec l'organisme cessionnaire. Les éléments présentés permettent également de répondre à la question soulevée par le Tribunal d'arrondissement de Faro dans le cadre de l'affaire *Piscarreta Ricardo* : un travailleur qui n'exerce pas effectivement ses fonctions au moment du transfert bénéficie-t-il du transfert automatique de ses droits et obligations au cessionnaire ?

a. Absence de précisions dans la directive

83. La directive ne précise pas à quel moment du transfert il faut, à la personne désireuse de bénéficier de ses dispositions, revêtir la qualité de travailleur. On comprend que le législateur communautaire ne se soit pas attaché à cette tâche en 1977, vu que celui-ci n'avait déjà pas pris la peine de mentionner ce qu'il fallait entendre par « travailleur ». Il est cependant plus étonnant que celui-ci n'ait pas cru bon de préciser le point lorsqu'il introduisit la définition de ce concept dans la directive en 1998. Ce d'autant plus que la question avait déjà été tranchée par la Cour, à ce moment, et ce dans plusieurs arrêts.

(236) Voy. *supra*, le point 68.

(237) Arrêt *Correia Moreira*, point 48.

(238) Art. 4, al. 1^{er}, de la directive 2001/23/CE.

(239) Voy. *supra*, le point 73.

b. Le principe de l'appréciation au moment du transfert

- L'affaire *Wendelboe* ⁽²⁴⁰⁾

84. La Cour était saisie pour la première fois, dans l'affaire *Wendelboe*, de la question de savoir si le travailleur devait encore être présent dans l'entreprise au moment du transfert pour pouvoir prétendre au bénéfice de la directive. L'affaire visait la situation de travailleurs qui avaient été licenciés quelques jours avant la mise en faillite de la société qui les employait. L'activité de la société avait fait l'objet d'une reprise quelques jours plus tard dans le cadre de la procédure de faillite. Les travailleurs postulaient le paiement par la masse de la faillite de leurs indemnités de rupture, ce que le premier juge national avait refusé au motif que le transfert avait eu pour effet de libérer l'entreprise cédante de ses obligations à l'égard des employés, celles-ci ayant été automatiquement transférées au cessionnaire. Pris d'un doute, le juge d'appel posa la question suivante à la Cour de justice : « *La directive [...] oblige-t-elle les Etats membres à instituer des règles aux termes desquelles les obligations en matière de congés payés et d'indemnisation à l'égard de salariés qui n'étaient pas employés de l'entreprise au moment du transfert sont transférées au cessionnaire ?* ».

85. Pour répondre à la question, la Cour partit du texte de l'article 3 de la directive : « *les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert... sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire* » (nous soulignons). Elle releva qu'une interprétation textuelle de cette disposition (cf. les termes « *existant à la date du transfert* » soulignés plus haut) conduit à considérer qu'elle vise « *les droits et obligations des seuls travailleurs dont le contrat de travail ou relation de travail est en cours à la date du transfert, et non pas ceux qui ont cessé d'être employés par l'entreprise en cause au moment du transfert* » ⁽²⁴¹⁾. Elle précisa que l'existence ou non d'un contrat de travail ou d'une relation à la date du transfert doit être déterminée par le juge national, « *en fonction des règles du droit national, sous réserve, toutefois, que soient respectées les dispositions impératives de la directive et, plus particulièrement, l'article 4, paragraphe 1^{er}, de celle-ci, relatif à la protection des travailleurs contre le licenciement, par le cédant ou le cessionnaire, du fait du transfert* » ⁽²⁴²⁾. La Cour répondit dès lors à la question posée en indiquant que la directive n'oblige les Etats à prévoir le transfert automatique des obligations vers le cessionnaire qu'à l'égard des salariés, employés de l'entreprise au moment du transfert.

Quand bien même le constat mériterait quelques nuances ⁽²⁴³⁾, il découle de cet arrêt que l'applicabilité de la directive impose à tout le moins que celui qui invoque son bénéfice ait eu la qualité de « travailleur » avant la cession de l'entreprise.

- L'application faite par la Cour dans l'affaire *Piscarreta Ricardo*

86. Dans l'affaire commentée, la Cour devait déterminer si monsieur Piscarreta Ricardo, absent depuis plusieurs années en raison de la prise d'un congé sans solde, devait être considéré comme un « travailleur » au sens de la directive. La Cour devait simplement constater que le contrat existait encore au moment de la mise en liquidation de la société Portimão Urbis EM SA, l'exécution de celui-ci étant simplement suspendue ⁽²⁴⁴⁾. Nonobstant le fait que l'intéressé n'exerçait plus effectivement ses fonctions, il continuait à être

(240) C.J.C.E., 7 février 1985, *Wendelboe et autres*, aff. 19/83, *Rec.*, 1985, p. 457 (EU:C:1985:54).

(241) *Ibid.*, point 13.

(242) *Ibid.*, point 16.

(243) Voy. à ce propos notamment Cl. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, 2^e édition, o.c., p. 48 et la jurisprudence citée.

(244) Arrêt *Piscarreta Ricardo*, point 51.

soumis aux droits, obligations et garanties prévus par la législation portugaise du travail, ce qui suffit à le qualifier de travailleur ⁽²⁴⁵⁾.

c. L'indifférence du statut attribué par le cessionnaire

87. Il découle des arrêts précités que la personne doit avoir la qualité de travailleur au moment du transfert, ce qui implique qu'il bénéficie de la protection offerte en cette qualité par le droit du travail auprès du cédant. Reste donc à déterminer si cela suffit ou s'il faut également que celui-ci ait conservé cette qualité de « travailleur », après le transfert, auprès du cessionnaire. Cette question, comme nous l'avons vu, a été posée à la Cour de justice à l'occasion de l'affaire *Danmols Inventar*.

- L'affaire *Danmols Inventar*

88. Nous avons déjà évoqué l'affaire *Danmols Inventar*, lorsqu'il s'agissait de déterminer le contenu de la notion de travailleur ⁽²⁴⁶⁾. Par la deuxième question posée, la Cour était en effet interrogée sur la qualification qu'il y avait lieu de donner à la relation de travail que monsieur Mikkelsen avait nouée avec le cessionnaire et plus particulièrement s'il était encore possible de le considérer comme un « travailleur » au sens de la directive eu égard à la fonction de président du conseil d'administration et la participation importante qu'il détenait dans la société cessionnaire. Nous avons cependant vu que le juge danois avait posé une autre question, dans laquelle il demandait à la Cour si le terme « travailleur » doit être « *entendu en ce sens qu'il suffit que l'intéressé ait été travailleur employé par le cédant, ou faut-il que l'intéressé occupe également un emploi en qualité de travailleur auprès du cessionnaire ?* » ⁽²⁴⁷⁾. On partait donc du présupposé que la personne transférée avait bien la qualité de travailleur avant le transfert, ce qui, comme on vient de le voir ⁽²⁴⁸⁾, constitue une condition nécessaire à l'application de la directive. La question portait sur le fait de savoir si cette qualité était suffisante pour que la directive puisse s'appliquer ou s'il fallait en outre que le travailleur conserve cette qualité, après le transfert, auprès du cessionnaire.

89. La Cour répond à la question en rappelant que la finalité de la directive est d'assurer le maintien des droits des travailleurs en cas de changement de leur employeur en leur permettant de rester au service du cessionnaire dans les mêmes conditions que celles convenues avec le cédant. La directive s'applique donc clairement aux personnes qui ont la qualité de « travailleur » auprès du cédant. La protection offerte par la directive vise cependant à permettre à ces personnes de poursuivre leur relation avec le cessionnaire dans un rapport d'emploi. La Cour constate que « *cette protection devient sans objet lorsque l'intéressé lui-même, à la suite d'une décision prise par lui librement, ne poursuit pas après le transfert, avec le nouveau chef d'entreprise, la relation de travail* » ⁽²⁴⁹⁾. La Cour répond dès lors à la question de la manière suivante : « *l'article 3, paragraphe A, de la Directive 77/187 [...] doit être interprété en ce sens qu'il ne vise pas le transfert des droits et obligations de personnes qui ont été travailleurs employés par le cédant à la date du transfert, mais qui ne continuent pas, de leur propre gré, d'occuper un emploi de travailleur auprès du cessionnaire* » ⁽²⁵⁰⁾.

La Cour juge donc en l'espèce que le fait pour la personne protégée de ne pas poursuivre une relation d'emploi, suite au transfert, avec le cessionnaire a pour effet de rendre les dispositions de la directive inapplicables à sa situation. La solution ne vaut cependant

(245) *Ibid.*, point 52.

(246) *Voy. supra*, les points 63 à 66.

(247) C.J.C.E., 11 juillet 1985, *Danmols Inventar*, aff. 105/84, *Rec.*, 1985, p. 2639 (EU:C:1985:331), point 8.

(248) *Voy. supra*, le point 85.

(249) Arrêt *Danmols Inventar*, point 16.

(250) *Ibid.*, point 27.

que « lorsque l'intéressé lui-même, à la suite d'une décision prise par lui librement, ne poursuit pas après le transfert, avec le nouveau chef d'entreprise, la relation de travail ». « Tel est le cas », précise la Cour « lorsque le travailleur dont il s'agit résilie de son propre gré, avec effet à la date du transfert, le contrat ou la relation de travail ou lorsque ce contrat ou cette relation est terminé, avec effet à la date du transfert, en vertu d'un accord librement conclu entre le travailleur et le cédant ou le cessionnaire de l'entreprise » ⁽²⁵¹⁾. La précision est importante, puisqu'elle fait dépendre la non-application de la directive à une perte de la qualité de travailleur consentie librement, voire demandée, par le travailleur au moment du transfert. On peut d'ailleurs penser, à la lecture de l'arrêt et des conclusions de l'avocat général Slynn, que l'intéressé bénéficiait en réalité de la protection de la directive de par le fait qu'il avait, chez le cédant, la qualité de travailleur mais que cette protection a perdu son utilité dès l'instant où ce dernier a choisi de ne pas poursuivre la relation de travail (ou de le faire en une autre qualité) avec le cessionnaire. En ce sens, la situation s'interprète moins comme une exclusion du champ d'application de la directive que comme une renonciation implicite, dans le chef du travailleur, au bénéfice des droits qu'il pouvait en tirer.

- L'affaire *Collino*

90. L'affaire *Collino* est, comme nous l'avons vu ⁽²⁵²⁾, la première à l'occasion de laquelle la Cour avait à se prononcer sur la qualité de travailleur d'une personne œuvrant dans le secteur public. Il s'agissait plus particulièrement pour la Cour de se prononcer sur l'applicabilité de la directive dans le cadre d'une opération de privatisation du secteur des télécommunications en Italie. La Cour avait relevé que les éléments du dossier permettaient de penser qu'au moment du transfert, les requérants étaient soumis à un statut de droit public et non pas au droit du travail ⁽²⁵³⁾, ce qui l'avait amenée à préciser que si l'opération pouvait être considérée comme un transfert d'entreprise au sens de la directive, « *il convient cependant que les personnes concernées par un tel transfert aient été initialement protégées en tant que travailleurs au titre de la législation nationale en matière de droit du travail* » (nous soulignons) ⁽²⁵⁴⁾. Par cette formule, la Cour confirme que la condition d'avoir la qualité de travailleur au sens de la directive au sein de l'entreprise cédante constitue une condition nécessaire à l'application de la directive. Le fait qu'un travailleur soit employé par le cédant dans le cadre d'un statut de droit public suffit donc à écarter l'application de la directive, alors même que le travailleur acquerrait ultérieurement, du fait du transfert, la qualité de travailleur à l'égard du cessionnaire ⁽²⁵⁵⁾.

- L'affaire *Mayeur*

91. Dans l'affaire *Mayeur*, la Cour devait connaître la situation inverse, à savoir celle d'un travailleur initialement employé par une association de droit privé (APIM) dont l'activité avait été reprise par un organisme public (la ville de Metz). L'opération était, sur ce point, similaire à celle que la Cour a eu à connaître à l'occasion des affaires *Piscarreta Ricardo* et *Correia Moreira*. Le gouvernement français faisait valoir que la reprise de cette activité, sous la forme d'un service public administratif (en abrégé « SPA »), avait pour effet de soumettre l'activité à des règles de gestion, d'exploitation et de fonctionnement spécifiques. Il invoquait également le fait qu'en droit français, une entité publique qui reprend une activité précédemment exercée par une personne morale de droit privé n'avait pas la pos-

(251) *Ibid.*, point 16.

(252) Voy. *supra*, le point 70.

(253) C.J.C.E, 14 septembre 2000, *Collino et Chiappero*, aff. C-343/98, *Rec.*, 2000, p. I-6659 (EU:C:2000:441), point 40.

(254) *Ibid.*, point 41.

(255) En ce sens, voy. également Cl. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, 2^e édition, o.c., pp. 47-48.

sibilité de maintenir les contrats de travail conclus par cette dernière ⁽²⁵⁶⁾. Le droit français ne prévoyait en effet pas, à l'époque, la possibilité d'un engagement contractuel à durée indéterminée au sein des services publics administratifs ; tous les agents (définitifs) des SPA étaient recrutés sur concours et nécessairement soumis à un statut de droit public.

92. Selon la Cour, l'obligation prescrite par le droit national de résilier les contrats de travail de droit privé en cas de transfert d'activité à une personne morale de droit public ne permet pas, à elle seule, d'exclure l'applicabilité de la directive. Dès lors que la personne transférée avait la qualité de « travailleur » auprès du cédant, il bénéficie de la protection offerte par le droit communautaire. La résiliation qu'opère le SPA constitue une modification substantielle des conditions de travail prohibée à l'article 4, alinéa 2, de la directive, de sorte qu'elle doit être considérée, par application de cet article, comme intervenue du fait de l'employeur ⁽²⁵⁷⁾. Il n'en irait autrement que si l'entité transférée, du fait notamment des modifications organisationnelles ou de gestion imposées, devait perdre son identité ⁽²⁵⁸⁾.

Cet arrêt met en lumière les difficultés que peut susciter la mise en œuvre des principes édictés par la directive dans le cas d'un transfert de personnel d'un employeur du secteur privé vers un employeur public, et singulièrement une administration. Comme annoncé, ce point forme la troisième et dernière partie de notre contribution.

III. DE CERTAINES DIFFICULTES LIEES A L'INTEGRATION DES TRAVAILLEURS AU SEIN DE LA FONCTION PUBLIQUE, A LA SUITE D'UN TRANSFERT

A. Présentation (sommaire) des difficultés

93. Le droit de la fonction publique déroge à maints égards aux principes généralement en vigueur dans le secteur privé. Il n'est pas le lieu de faire une comparaison des différents régimes, chose impossible à réaliser en quelques pages ⁽²⁵⁹⁾. On se contentera de rappeler les principes suivants.

94. Le premier tient au fait que l'emploi dans la majeure partie ⁽²⁶⁰⁾ de la fonction publique demeure, du moins jusqu'à nouvel ordre, en principe statutaire. Cela signifie que, sauf dérogation particulière, il n'est pas possible d'engager une personne sous contrat de

(256) C.J.C.E., 26 septembre 2000, *Mayeur*, aff. C-175/99, *Rec.*, 2000, p. I-7755 (EU:C:2000:505), point 50. Suite à cet arrêt, la France a modifié sa réglementation afin de permettre l'intégration dans les services publics administratifs de travailleurs venant du secteur privé.

(257) *Ibid.*, point 56.

(258) *Ibid.*, point 57.

(259) Voy. néanmoins l'étude de J. JACQMAIN, *Droit social de la fonction publique* (syllabus), Bruxelles, PUB, décembre 2018, 352 p.

(260) Certaines autorités publiques se sont néanmoins vu offrir le droit d'opter entre le recours à l'engagement statutaire et le contrat de travail. Tel est le cas notamment des autorités locales en Région flamande (art. 184, § 1^{er}, du décret flamand du 22 décembre 2017 sur l'administration locale) ou des intercommunales en Wallonie (art. L1523-1 CDLD). Les personnes morales de droit public actives dans un secteur concurrentiel sont également souvent autorisées à répondre à leur besoin en personnel par le recrutement et l'emploi de personnel contractuel (pour les entreprises publiques autonomes, voy. l'art. 54/3 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, telle que modifiée par la loi du 16 décembre 2015 ; pour les personnes morales de droit public dépendant des entités, voy. l'art. 2, § 2, al. 2, de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicable au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent, en abrégé A.R.P.G.). Dans le cas des sociétés de logements sociaux wallons, le recours au contrat de travail constitue même une obligation (art. 145 du Code wallon du logement et de l'habitat durable).

travail. On sait que la situation sur le terrain met en lumière une inversion de ce principe dans la pratique, le nombre de contractuels étant souvent supérieur à celui des agents statutaires, en particulier au sein des personnes morales de droit public et des pouvoirs locaux, et que d'aucuns ont voulu normaliser cette tendance en faisant de l'engagement contractuel le principe ⁽²⁶¹⁾. Il n'en demeure pas moins que la plupart des administrations ne peuvent toujours pas employer du personnel, dans la majeure partie de leurs emplois, dans le cadre d'un contrat de travail, avec la conséquence que, sauf aménagement réglementaire ponctuel, il ne leur serait pas toujours possible d'accueillir en leur sein, notamment à la suite d'un transfert, des travailleurs sous contrat de travail.

95. Afin de garantir l'égal accès aux emplois publics, les autorités publiques sont en principe contraintes de procéder à la comparaison des titres et mérites de tous les candidats à un emploi ou à une promotion ⁽²⁶²⁾. Les postulants doivent, pour être reçus, répondre à des conditions d'admissibilité et les critères sur la base desquels la sélection sera opérée doivent en principe être fixés par avance et annoncés dans un appel à candidatures ⁽²⁶³⁾. Ces obligations s'imposent lors des engagements statutaires, où la sélection prend traditionnellement la forme d'un concours, mais également pour l'engagement de personnel contractuel ⁽²⁶⁴⁾. Dans le cas d'un transfert de personnel venant du secteur privé, les travailleurs n'ont pas été soumis à une telle procédure de sélection et il se peut même que ceux-ci ne répondent pas aux conditions générales d'admission pour exercer un emploi public, notamment parce qu'ils ne sont pas porteurs du diplôme requis ou qu'ils sont ressortissants d'un Etat n'appartenant pas à l'Espace économique européen.

96. Une autre difficulté provient des différences, parfois importantes, pouvant exister entre les conditions de travail et de rémunération appliquées par l'employeur privé cédant, et celles prévues par les statuts de l'organisme cessionnaire ⁽²⁶⁵⁾. La problématique n'est pas spécifique aux transferts de personnel vers le secteur public, mais elle prend dans ce contexte une signification particulière du fait de l'obligation qui incombe à l'autorité de traiter les membres de son personnel se trouvant dans une situation comparable de manière identique (principe d'égalité). Le maintien des droits acquis avant le transfert crée, au sein de l'administration, des catégories particulières de travailleurs munis d'un statut privilégié qu'il n'est pas toujours aisé de justifier vis-à-vis des autres membres du personnel et qui complexifie fortement la gestion des ressources humaines au sein de l'organisme concerné.

97. On pourrait encore parler des difficultés liées au respect des cadres linguistiques, au sort des organes de concertation sociale et au statut des représentants du personnel, au calcul de l'ancienneté, à la transposition des évaluations, à la gestion des incapacités de travail et au transfert du capital congé de maladie, au passage d'un système de congé à un autre, etc. Mais nous en resterons là pour le moment. Notre propos était, dans la présente section, de mettre en lumière certaines difficultés qu'engendre le passage du secteur privé vers le secteur public afin d'être mieux en mesure par la suite de rattacher les solutions

(261) Voy. l'avant-projet de loi modifiant la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique, rédigé sous l'ancienne législature par le Gouvernement Michel et qui fit l'objet de l'avis n° 64.133/AG de la section législative du Conseil d'Etat, réunie en Assemblée générale, le 5 octobre 2018 et le projet d'arrêté du Gouvernement wallon portant des dispositions diverses en matière de fonction publique, qui fit l'objet de l'avis n° 65.877/4 du 15 mai 2019.

(262) P. NIHOUL, « L'accès aux emplois publics », *Les droits constitutionnels en Belgique*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 670 ; C.E., 4 octobre 2011, arrêt n° 215.536, *Defeché*, pp. 6-7.

(263) P. NIHOUL, « L'accès aux emplois publics », *o.c.*, p. 671.

(264) E. HANNAY, « La contractualisation de la fonction publique en Belgique », *op. cit.*, p. 224 ; avis n° 32.365/1 de la section législation du C.E., 24 janvier 2002, relatif à l'arrêté royal du 13 mars 2002 fixant les conditions d'engagement par contrat de travail dans certains services publics.

(265) Faisant le même constat à l'occasion d'une opération de privatisation au Royaume-Uni, voy. C.J.U.E., 18 juillet 2013, *Alemo-Herron*, aff. C-426/11 (ECLI:EU:C:2013:521), points 26-27.

dégagées par la Cour dans le cadre de son examen des dispositions de la directive transfert, notamment à l'occasion de l'arrêt *Coreiro Moreira*, à notre contexte national.

B. Position de la Cour

98. L'arrêt *Correia Moreira* n'est pas la première affaire à l'occasion de laquelle la Cour de justice avait à examiner l'effet du transfert vers un service public de travailleurs œuvrant jusqu'alors dans le secteur privé. Dans l'affaire *Mayeur*, nous avons vu que le gouvernement français avait déjà fait valoir l'impossibilité légale, à laquelle il était confronté, de maintenir au sein d'un service public administratif des personnes engagées dans les liens d'un contrat de travail à durée indéterminée ⁽²⁶⁶⁾. Quatre ans plus tard, la Cour de justice était confrontée à la question de l'harmonisation des conditions de travail de travailleurs incorporés dans la fonction publique à la suite d'un transfert, à l'occasion de l'affaire *Delahaye* ⁽²⁶⁷⁾. Dans l'affaire *Correia Moreira*, la Cour devait néanmoins cumuler les deux difficultés, l'intéressée se plaignant à la fois de ce que l'on conditionnait son maintien en poste au fait de se soumettre et d'être lauréat d'un concours public (1) et de la réduction de sa rémunération liée à son intégration dans la fonction publique (2). Nous aborderons, dans les lignes qui suivent, ces deux problématiques de manière successive, avant d'examiner dans quelle mesure une exception liée aux traditions constitutionnelles et à la sauvegarde des institutions fondamentales des Etats pourrait utilement être invoquée pour contrer les effets de la directive (3).

1. Les obstacles liés à la nature spécifique de l'engagement au sein des pouvoirs publics

a. L'affaire *Mayeur*

99. Dans l'affaire *Mayeur*, le gouvernement français faisait valoir que la reprise de l'activité de l'association de droit privé APIM par la ville de Metz sous la forme d'un service public administratif entraînait une impossibilité de poursuivre les contrats de travail conclus par la première dans la mesure où les agents des services publics administratifs (SPA) sont des agents de droit public qui sont recrutés selon des modalités particulières et dont le statut relève du droit administratif. Le droit français ne permettait pas à l'époque l'engagement de travailleurs contractuels pour une durée indéterminée au sein des SPA. Au regard du droit français en vigueur au moment du transfert, le licenciement de monsieur Mayeur était donc inéluctable. Pour le gouvernement français, il ne pouvait d'ailleurs pas s'agir d'un transfert au sens de l'article 1^{er}, § 1^{er}, *littera b*), de la directive. Pour lui, l'activité de l'APIM avait cessé ; celle continuée par la ville de Metz ne pouvant, du fait des règles spécifiques de gestion, d'organisation, de financement et de fonctionnement imposées aux SPA, être considérée comme la continuation de celle-là.

100. Il ne faisait aucun doute que, dans cette affaire, monsieur Mayeur avait été licencié et que la motivation donnée à son licenciement était la cessation de l'activité de l'APIM ⁽²⁶⁸⁾. Il apparaissait de la sorte relativement évident que ce licenciement contrevenait au prescrit de l'article 4, § 1^{er}, de la directive 2001/23/CE qui prévoit que le transfert ne peut en lui-même constituer un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire. Assez curieusement, l'avocat général Léger et, à sa suite, la Cour n'analyseront pas la situation sous cet angle. L'avocat général va focaliser son attention, dans ses conclusions, sur la règle nationale qui est à l'origine de la rupture. Selon lui, « il conviendrait de rappeler au juge

(266) Voy. *supra*, les points 91-92.

(267) C.J.C.E., 11 novembre 2004, *Delahaye*, aff. C-425/02, *Rec.*, 2004, p. I-10823 (EU:C:2004:706).

(268) C.J.C.E., 26 septembre 2000, *Mayeur*, aff. C-175/99, *Rec.*, 2000, p. I-7755 (EU:C:2000:505), point 13.

national que la directive ne vise pas à modifier les droits nationaux en vigueur en réalisant une harmonisation complète des droits des travailleurs communautaires en cas de changement d'employeur à la suite d'un transfert d'entreprise, mais seulement à assurer, autant que possible, la continuation du contrat de travail ou de la relation de travail, sans modification, avec le cessionnaire [...] Par conséquent, la directive ne pourrait pas être interprétée en ce sens qu'elle obligerait les Etats membres à modifier leur droit national afin de permettre à une entité de droit public de maintenir les contrats de travail de droit privé, contrairement aux règles nationales en vigueur »⁽²⁶⁹⁾. L'attitude de l'avocat général se veut donc particulièrement tolérante à l'égard d'un droit national qui, manifestement, contrevient aux dispositions de la directive.

101. L'avocat général Léger⁽²⁷⁰⁾, suivi en cela par la Cour⁽²⁷¹⁾, considère néanmoins que cette obligation de résilier le contrat de travail doit s'assimiler à une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur, devant conduire à juger que la rupture est intervenue du fait de l'employeur (art. 4, § 2, de la directive). Il s'agit donc d'un licenciement... Ce fait, le gouvernement français l'a bien assimilé, qui adopta le 26 juillet 2005 une loi prévoyant qu'à défaut pour le travailleur d'accepter le contrat de travail modifié (censé néanmoins reprendre les conditions substantielles du précédent contrat, notamment au niveau de la rémunération), il sera licencié « *dans les conditions prévues par le droit du travail et par leur contrat* »⁽²⁷²⁾. A première vue, cette conclusion ne modifiait pas radicalement les données de l'espèce, monsieur Mayeur s'étant vu notifier son licenciement par l'APIM. Elle lui permettait néanmoins d'étendre son recours contre le cessionnaire (la ville de Metz) dès lors que c'est cette dernière qui est à l'origine de la modification substantielle des conditions de travail dénoncée⁽²⁷³⁾.

102. La Cour de justice ménage néanmoins une échappatoire, en jugeant qu'« *il ne saurait être exclu que, dans certaines circonstances, des éléments tels que l'organisation, le fonctionnement, le financement, la gestion et les règles de droit applicables caractérisent une entité économique de manière telle qu'une modification de ces éléments, en raison du transfert de cette entité, entraînerait un changement de son identité* »⁽²⁷⁴⁾. Autrement dit, dans les cas où les modes de gestion en vigueur dans le secteur public provoquent des changements radicaux dans l'organisation et le fonctionnement de l'entité cédée, aboutissant à la perte de l'identité de celle-ci, l'existence d'un transfert et, partant, l'application des dispositions de la directive pourraient être exclues. La Cour estimait néanmoins que tel ne paraissait pas être le cas en l'espèce, du fait que, d'une part, la ville de Metz avait entièrement repris

(269) Concl. présentées le 13 juin 2000 par l'avocat général Ph. LÉGER (EU:C:2000:313), point 106.

(270) *Ibid.*, points 107 et 108.

(271) Arrêt Mayeur, point 13.

(272) Art. 20 de la loi du 26 juillet 2005, désormais codifié aux articles L.1224-3 du Code français du travail ; voy. également Cass. Soc., 30 septembre 2009, n° 1945, req. P. 08-40.846 : la Cour de cassation française juge que le licenciement intervenant sur cette base n'est pas un licenciement pour motif économique, suggérant de la sorte que le refus de changer de statut justifie à lui seul le licenciement. Une telle conclusion nous apparaît manifestement contraire au prescrit de l'article 4, § 1^{er}, de la directive 2001/23/CE.

(273) L'avocat général Ph. LÉGER est plus explicite que la Cour sur ce point : « *Il nous semble en effet évident que l'obligation de résilier les contrats de travail de droit privé souscrits par l'entité économique cédante qui serait imposée à un employeur, personne morale de droit public, par une disposition du droit national, alors que toutes les conditions permettant l'application de l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, de la directive sont par ailleurs réunies, devrait être considérée pour le moins comme une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur, intervenue du seul fait du transfert. Ainsi, conformément à la lecture combinée des articles 1^{er}, paragraphe 1^{er}, et 4, paragraphe 2, de la directive, une situation telle que celle ainsi décrite relèverait du champ d'application de la directive. En conséquence, il y aurait bien transfert d'entreprise et il incomberait au nouvel employeur, cessionnaire de l'activité jusqu'alors exercée par l'ancienne entité, d'assumer la responsabilité du licenciement intervenu de son fait* » (o.c., point 108 ; nous soulignons).

(274) Arrêt Mayeur, point 53.

et poursuivi l'activité de l'APIM en continuant, sous la même forme, à réaliser et à diffuser le magazine *Vivre à Metz* et, d'autre part, l'APIM fonctionnait déjà en réalité, selon le gouvernement français, comme un service public chargé d'une mission d'intérêt général⁽²⁷⁵⁾.

b. L'affaire Correia Moreira⁽²⁷⁶⁾

103. Dans l'affaire *Correia Moreira*, le gouvernement portugais excipait également de son droit national – ici une disposition constitutionnelle – afin de justifier que soit imposée aux travailleurs cédés à la municipalité de Portimão l'obligation de passer avec succès le concours national de la fonction publique pour se maintenir en fonction. La situation différerait néanmoins quelque peu de celle qu'avait connue la Cour à l'occasion de l'affaire *Mayeur* : à la suite du transfert, madame Correia Moreira avait travaillé pour le compte du cessionnaire (la municipalité de Portimão) pendant un peu plus de deux ans avant d'être licenciée, en raison du fait qu'elle n'acceptait pas la réduction de ses conditions de rémunération découlant de son intégration dans le cadre du personnel de la ville. Même si l'arrêt est ambigu sur ce point, il s'avère néanmoins que l'auteur de la rupture était la société en liquidation Portimão Urbis, soit le cessionnaire, ce qui tend à montrer que l'intégration de l'intéressée au sein du personnel de la municipalité n'était pas encore un fait définitivement acquis⁽²⁷⁷⁾. Le licenciement était, ici aussi, motivé par la fermeture de l'entreprise cédante.

104. La question soumise à la Cour était la suivante : « *Le droit de l'Union, en particulier la directive 2001/23, lue en combinaison avec l'article 4, paragraphe 2, TUE, s'oppose-t-il à une réglementation nationale qui, même dans le cas d'un transfert couvert par ladite directive, impose aux travailleurs de se soumettre à une procédure de concours public et d'avoir un nouveau lien avec le cessionnaire dès lors que celui-ci est une municipalité ?* ». Pour y répondre, la Cour commence par s'assurer que les conditions d'application de la directive sont réunies. Puis, cette vérification faite, elle rappelle que l'article 3, § 1^{er}, prescrit que les droits et obligations existant au moment du transfert sont, du fait de celui-ci, transférés au cessionnaire et que l'objectif de la directive est d'empêcher que les travailleurs concernés soient placés dans une position moins favorable du seul fait du transfert. Pour la Cour, le fait d'imposer la réussite d'un concours et la novation du lien avec le cessionnaire contrevient tant à l'article 3 précité qu'à l'objectif de la directive.

105. On le voit, assez curieusement, la Cour de justice analyse, tant dans l'affaire *Mayeur* que dans l'affaire *Correia Moreira*, l'imposition d'un concours comme une modification (substantielle) des conditions de travail, et non sous l'angle de la licéité du licenciement subséquent⁽²⁷⁸⁾. Cette position ne nous convainc pas pleinement. L'obligation faite au travailleur de se soumettre à un concours ne modifie pas, par elle-même, les modalités de l'exécution de la relation de travail. L'enjeu s'opère au niveau de la poursuite de la relation en tant que telle et rentre dès lors plutôt, selon nous, dans le champ de la protection offerte par l'article 4, § 1^{er}, de la directive 2001/23/CE. Au-delà de son fondement, la réponse donnée finalement par la Cour dans l'arrêt *Correia Moreira* a le mérite de la clarté : « *la directive 2001/23/CE [...] s'oppose à une réglementation nationale qui prévoit que, en cas de transfert,*

(275) *Ibid.*, point 54.

(276) C.J.U.E., 13 juin 2019, *Correia Moreira*, aff. C-317/18 (EU:C:2019:499), point 29.

(277) La situation pourrait s'analyser comme un refus de transfert dans le chef du travailleur, ce qui expliquerait son maintien au service de la société cédante. La Cour admet cette faculté et laisse aux Etats le soin d'en organiser les conséquences. Il demeure néanmoins que ce refus était en l'espèce dicté par les velléités de la municipalité de modifier les conditions de travail de l'intéressée, ce qui est contraire à l'article 3 de la directive.

(278) F. KÉFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, o.c., p. 130, note infrapaginale 490.

au sens de cette directive, et dès lors que le cessionnaire est une municipalité, les travailleurs concernés doivent, d'une part, se soumettre à une procédure de concours public et, d'autre part, avoir un nouveau lien avec le cessionnaire » ⁽²⁷⁹⁾.

2. La modification des conditions de travail et de rémunération

a. L'affaire Delahaye ⁽²⁸⁰⁾

106. Dans l'affaire *Delahaye*, la Cour de justice devait connaître pour la première fois de la question de l'adaptation des conditions de travail des travailleurs, lors d'un transfert du privé vers le public, aux dispositions générales en vigueur au sein de la fonction publique. Madame Delahaye travaillait pour une association en charge de la formation professionnelle au profit des demandeurs d'emploi (Foprogest asbl), dans le cadre d'un contrat de travail. L'activité de Foprogest fut transférée à l'Etat luxembourgeois et dorénavant exercée sous la forme d'un service public administratif. Préalablement à son transfert, madame Delahaye fut invitée à signer un nouveau contrat de travail à durée indéterminée avec l'Etat luxembourgeois. Au niveau barémique, elle fut classée, sans reprise d'ancienneté, au premier degré, dernier échelon, de la grille des rémunérations, ce qui avait pour conséquence de lui faire perdre 37 % de son salaire mensuel. Madame Delahaye contestait évidemment cette perte salariale.

107. La question, pour le juge de renvoi, était de savoir s'il était possible de n'opérer le transfert des droits et obligations du personnel, en cas de transfert au secteur public, que « *dans la limite de sa compatibilité avec les règles de droit public* » et donc, pour l'Etat luxembourgeois, de substituer les règles applicables à ses agents aux dispositions prévues par le contrat de travail antérieur ⁽²⁸¹⁾, tout en laissant le cas échéant la possibilité au travailleur de refuser cet arrangement en résiliant le contrat de travail dans les conditions prévues à l'article 4, § 2, de la directive. La Cour va l'admettre.

Reprenant l'idée défendue par l'avocat général Léger à l'occasion de l'affaire *Mayeur* ⁽²⁸²⁾, elle commence par énoncer que la directive ne vise qu'à une harmonisation partielle de la matière et qu'elle ne s'oppose pas, en cas de transfert d'une activité à une personne morale de droit public, à ce que l'application du droit national prescrive la résiliation des contrats de travail de droit privé ⁽²⁸³⁾. Elle assimile à cette situation le cas où l'Etat modifierait de manière substantielle la situation du travailleur transféré, en prenant appui sur l'article 4, § 2, de la directive qui prévoit que, dans ce cas, le contrat est réputé rompu du fait de l'employeur ⁽²⁸⁴⁾. Partant de cette possibilité de rompre le contrat et faisant une sorte d'application de l'adage « Qui peut le plus peut le moins », la Cour de justice juge ensuite que la directive « *ne s'oppose pas en principe à ce que, en cas de transfert d'entreprise d'une personne morale de droit privé à l'État, celui-ci, en tant que nouvel employeur, procède à une réduction du montant de la rémunération des travailleurs concernés aux fins de se conformer aux règles nationales en vigueur relatives aux employés publics* », étant entendu que « *Dans l'hypothèse où un tel calcul aboutit à une réduction substantielle de la rémunération de l'intéressé, pareille réduction constitue une modification substantielle des conditions de travail au détriment des travailleurs concernés par le transfert, de sorte que la résiliation de leur contrat de travail pour ce motif doit être considérée comme intervenue du fait de l'employeur, conformément à l'ar-*

(279) Arrêt *Correia Moreira*, point 64.

(280) C.J.C.E., 11 novembre 2004, *Delahaye*, aff. C-425/02, *Rec.*, 2004, p. I-10823 (EU:C:2004:706).

(281) Arrêt *Delahaye*, point 22.

(282) *Voy. supra*, le point 100.

(283) Arrêt *Delahaye*, point 32.

(284) *Ibid.*, points 33 et 36.

ticle 4, paragraphe 2, de la directive 77/187 »⁽²⁸⁵⁾. Cela revenait à ne plus sanctionner, de manière automatique, les modifications des conditions de travail opérées en raison du transfert⁽²⁸⁶⁾, à tout le moins lorsque ce dernier appartient au secteur public⁽²⁸⁷⁾.

Cette conclusion semblait heurter de plein fouet le prescrit de l'article 3 de la directive 2001/23/CE qui prévoit le transfert automatique au cessionnaire des droits et obligations contenus dans le contrat de travail conclu avec le cédant. L'avocat général Léger a tenté de justifier ce qui nous apparaît comme une contradiction manifeste par « *le souci du législateur communautaire de concilier les différents intérêts en présence : ceux du nouvel employeur afin que celui-ci soit en mesure de procéder aux ajustements et aux adaptations nécessaires au fonctionnement de l'entité économique transférée, ainsi que ceux des travailleurs concernés par le transfert afin de préserver autant que possible leurs intérêts* »⁽²⁸⁸⁾.

108. La Cour tempère néanmoins quelque peu la rigueur de son interprétation en indiquant qu'il serait contraire à l'« esprit » de la directive – et non pas de son texte ?⁽²⁸⁹⁾ – de ne pas prendre en compte l'ancienneté acquise par le travailleur auprès du cédant si l'ancienneté est une composante du calcul de la rémunération au sein de l'autorité publique cessionnaire⁽²⁹⁰⁾. L'avocat général Léger allait plus loin dans ses conclusions en soutenant qu'une modification de la rémunération devait nécessairement être considérée comme une modification substantielle des conditions de travail et, partant, ouvrir la possibilité au travailleur de faire reconnaître une résiliation de son contrat du fait de son employeur⁽²⁹¹⁾. La Cour ne suivra pas l'avocat général dans cette voie, estimant que seule une modification substantielle de la rémunération pourrait avoir cet effet, laissant ainsi aux pouvoirs publics une certaine marge d'appréciation⁽²⁹²⁾.

(285) *Ibid.*, point 36.

(286) La Cour adoptait précédemment cette position. Voy. C.J.C.E., 10 février 1988, *Tellerup, dit « Daddy's Dance Hall »*, aff. C-324/86, *Rec.*, 1988, p. 739 (EU:C:1988:72), point 15 ; C.J.C.E., 12 novembre 1992, *Watson Rask*, aff. C-209/91, *Rec.*, 1992, p. I-5755 (EU:C:1992:436), point 28.

(287) La portée exacte de ce revirement fait l'objet d'une controverse. Fabienne Kéfer estime que la solution dégagée par la Cour est spécifique au secteur public, la Cour ayant voulu concilier – de manière boiteuse – le principe du transfert des contrats et l'application des règles régissant le statut des agents publics (F. KÉFER, « L'harmonisation des conditions individuelles de travail en cas de transfert conventionnel d'entreprise », in L. PELTZER et E. PLASSCHAERT (dir.), *La cession d'entreprise : les aspects sociaux*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 88-89 et la doctrine citée) tandis que Loïc Peltzer y voit la consécration d'un *ius variandi* des cessionnaires (L. PELTZER, « Quelques arrêts clés de la Cour de justice en matière de transfert d'entreprises », o.c., pp. 568-571 ; L. PELTZER, « Actualité en matière de transfert d'entreprises », o.c., pp. 174-179).

(288) Concl. présentées le 17 juin 2004 par l'avocat général Ph. LÉGER dans le cadre de l'affaire *Delahaye* (EU: C:2004:376), point 55.

(289) L'article 3, § 1^{er}, al. 1^{er}, de la directive 23/2001/CE nous apparaît pourtant clair à cet égard : « *Les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire* ».

(290) Arrêt *Delahaye*, point 34. La Cour avait déjà consacré cette solution dans l'arrêt *Collino*, sur le fondement de l'article 3 de la directive, en jugeant que « *pour le calcul de droits de nature pécuniaire comme une indemnité de fin de contrat ou des augmentations de salaire, le cessionnaire est tenu de prendre en compte l'ensemble des années de service effectuées par le personnel transféré dans la mesure où cette obligation résultait de la relation de travail liant ce personnel au cédant et conformément aux modalités convenues dans le cadre de cette relation* » (o.c., point 51).

(291) Concl. présentées le 17 juin 2004 par l'avocat général Ph. LÉGER dans le cadre de l'affaire *Delahaye* (EU: C:2004:376), point 48.

(292) Voy. sur cette question, F. KÉFER, « L'harmonisation des conditions individuelles de travail en cas de transfert conventionnel d'entreprise », o.c., pp. 106-108.

b. L'affaire Correia Moreira

109. La situation de madame Correia Moreira est en réalité fort proche de celle qu'avait eu à subir madame Delahaye dans le cadre du transfert dont question ci-avant. Elle aussi s'était vu « proposer » un classement au premier échelon de l'échelle barémique applicable aux fonctionnaires municipaux, en cas d'intégration dans les cadres administratifs, ce qu'elle avait refusé en raison de la perte salariale qu'un tel classement entraînait par rapport à la situation dont elle bénéficiait, avant son transfert, auprès de l'entreprise Portimão Urbis EM SA. Dans sa réponse, la Cour n'aborde pas cette problématique de manière spécifique, mais dans le cadre plus global de la possibilité d'imposer au travailleur cédé un « nouveau lien » avec le cessionnaire ; ce nouveau lien impliquant une diminution de rémunération.

110. Dans l'arrêt *Correia Moreira*, la Cour nous semble être revenue à plus d'orthodoxie dans son interprétation de la directive, en jugeant sans plus de nuances ⁽²⁹³⁾ que celle-ci s'oppose à une réglementation nationale qui prévoit en cas de transfert que les travailleurs concernés doivent avoir un nouveau lien avec le cessionnaire. Il nous semble – mais il est difficile d'en être totalement certains en l'absence de référence explicite de la Cour et de conclusions – que ce faisant, la Cour a mis de côté la prémisse du raisonnement qui lui avait permis, dans *Mayeur* mais surtout dans *Delahaye*, de considérer que la directive n'avait pas vocation à interférer sur le contenu des réglementations nationales prohibant la poursuite des contrats souscrits avec une personne de droit privé au sein du secteur public. De manière plus conséquente, la Cour de justice fait reposer cette fois-ci son raisonnement sur l'article 3, § 1^{er}, de la directive ainsi que sur l'objectif de celle-ci qui consiste à éviter qu'une personne ne se trouve, du fait du transfert, dans une position moins favorable que celle dont elle bénéficiait auprès du cédant.

3. La sauvegarde des institutions fondamentales de l'Etat

111. Conscient des implications que pourrait avoir une réponse positive de la Cour de justice à la question de savoir si la directive s'opposait à ce que l'on soumette à un concours public et à l'obligation d'avoir un nouveau lien juridique les travailleurs intégrant la fonction publique à la suite d'un transfert, le juge de renvoi demandait à la Cour de vérifier si une telle solution n'était pas de nature à heurter le prescrit de l'article 4, § 2, TUE. Cet article reprend les principes réglant la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres ; le paragraphe 2 précise que « *L'Union respecte l'égalité des Etats membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque Etat membre* ». La fonction publique portugaise repose sur un régime d'emploi de type réglementaire, par opposition au système contractuel qui prévaut dans le secteur privé. L'égal accès des citoyens à la fonction publique et le concours sont des principes consacrés par la Constitution portugaise. Ainsi, le juge de renvoi avait-il pu penser que la solution que la Cour allait finalement adopter remettait en cause les structures fondamentales, notamment constitutionnelles, de l'Etat portugais.

La Cour ne l'entendra néanmoins pas de cette oreille. Elle juge que l'article 4 TUE « *ne saurait être interprété comme permettant, dans le domaine dans lequel les Etats membres ont*

(293) Comme le relève très justement Fabienne Kéfer, la Cour ne fait plus référence dans l'arrêt *Correia Moreira*, à l'importance de la modification des conditions de travail pour motiver sa décision (F. KÉFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, o.c., p. 104).

transféré leurs compétences à l'Union, tel qu'en matière de maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, de priver un travailleur de la protection que lui accorde le droit de l'Union en vigueur dans ce domaine » ⁽²⁹⁴⁾. Autrement dit, il n'est pas possible de s'opposer à l'application de la directive 2001/23/CE en se retranchant derrière une règle de droit national, fût-elle une règle de valeur constitutionnelle.

CONCLUSION

112. Guidée par une volonté initiale de protéger les travailleurs, l'Europe affiche une certaine indifférence au statut particulier que les Etats confèrent à leur personnel. L'appartenance des cédants et cessionnaires à la sphère publique n'empêche pas, en soi, l'application des garanties prévues dans la directive, pourvu que l'ensemble des moyens transférés, y compris humains, conserve une autonomie technique et organisationnelle suffisante que pour poursuivre son activité ou une activité similaire après son transfert. Bien que formellement qualifié de « conventionnel », le médium juridique par le biais duquel ce transfert s'accomplit importe finalement peu ; une décision unilatérale de l'autorité n'exclut pas l'application de la réglementation. Sur ces aspects, la jurisprudence de la Cour se montre particulièrement large.

Le point d'ancrage de la directive 2001/23/CE au sein des politiques de rapprochements législatifs destinées à l'amélioration du fonctionnement du marché commun (art. 115 TFUE) a eu, dans un premier temps, raison de cet universalisme, en excluant du champ de la directive les cessions d'entités dont l'activité principale est trop spécifique à l'administration pour s'inscrire dans le marché des échanges des biens et services, soit qu'elle participe de l'exercice de la puissance publique, soit – pour certains – qu'elle contribue à la mise en œuvre de la solidarité nationale à l'instar des institutions publiques de sécurité sociale. Cette exclusion n'allait pas de soi, les avocats généraux Van Gerven et Lenz ayant vainement bataillé pour rendre les dispositions applicables à tous les travailleurs, quelle que soit la qualité ou l'activité déployée par son employeur. Une solution intermédiaire aurait pu consister à accroître la focale afin de limiter l'exclusion aux seuls travailleurs chargés de fonctions liées à l'*imperium*, comme le proposait la Commission. Est-il vraiment justifié de placer un(e) secrétaire ou un(e) employé(e) de bureau hors du champ de la directive parce que son employeur assume une parcelle de la puissance publique ?

La Cour semble pareillement s'être déportée de sa trajectoire sociale lorsqu'elle a décidé de définir la notion de travailleur par référence au droit du travail national, excluant, par l'énonciation de cette condition, du bénéfice de la directive les travailleurs indépendants ainsi que les travailleurs soumis à un statut régi par le droit public. Ici aussi, on a du mal à percevoir ce qui a pu justifier une telle exclusion, qui a en outre le désavantage de créer une protection asymétrique du personnel lors des transferts des entités employant à la fois du personnel contractuel et statutaire, ce qui est loin d'être exceptionnel. Le chemin emprunté par la Cour pour aboutir à cette solution n'a rien d'une évidence. Et il ne nous paraît pas exclu que celle-ci puisse un jour revenir à des sentiments plus favorables à la cause de ces travailleurs.

113. La directive s'applique donc aux contractuels dont le service est transféré vers un autre employeur, pour autant que ce service conserve son identité et que son activité principale n'est pas l'exercice de la puissance publique ou (peut-être) la sécurité sociale. En excluant les agents statutaires du champ de la protection, la Cour avait – sans l'avouer explicitement – « résolu » les multiples difficultés auxquelles aurait conduit la transposition de droits et devoirs inscrits dans le statut administratif et pécuniaire au sein d'un organisme privé (hypothèse de la privatisation). Celles-ci devraient surgir néanmoins dès l'instant où

(294) Arrêt *Correia Moreira*, point 62.

la Cour allait connaître de la situation de la reprise en gestion directe par une administration d'un service précédemment sous-traité au secteur privé. L'administration pouvait-elle imposer son statut aux travailleurs qu'elle accueillait de la sorte en son sein ? Nous avons vu les réticences qu'a eues la Cour à l'exclure totalement dans les arrêts *Mayeur* et *Delahaye*.

114. Les affaires *Piscarreta Ricardo* et *Correia Moreira* s'inscrivent dans la ligne de ces décisions de la Cour de justice qui ont posé et précisé les conditions suivant lesquelles la directive transfert peut trouver à s'appliquer à un transfert impliquant un employeur public. Sur ce point, la Cour n'innove pas mais, de manière marginale, affine son enseignement. La Cour nous semble néanmoins, à l'occasion de l'arrêt *Correia Moreira*, s'être débarrassée de ses scrupules et avoir – enfin – pleinement assumé les conséquences logiques de l'application de la directive aux travailleurs sous contrat de travail intégrant, suite au transfert, une administration dont l'accès est normalement réglé par concours et dont les conditions de travail sont fixées de manière générale et abstraite par un statut auquel le droit national confère un caractère impératif, voire fondamental. Si l'effectivité de la directive s'en trouve grandie, le droit de la fonction publique devra s'adapter pour que cette avancée sociale ne devienne pas une brèche dans l'application du principe d'égalité dont il est le garant.