

door de betrokken persoon aan het personeel ingezet bij de gebruiker, blijven uitgaan van de werkgever, omdat deze persoon eveneens de afgevaardigd bestuurder is van de werkgever. Het Hof overweegt dat het werkgeversgezag slechts kan worden uitgeoefend door de natuurlijke of rechtspersoon die krachtens een arbeidsovereenkomst met de werknemer verbonden is. Wanneer werkgever en gebruiker vennootschappen zijn met eenzelfde afgevaardigd bestuurder kan deze laatste het werkgeversgezag enkel uitoefenen voor de vennootschap die als werkgever met de werknemers verbonden is door een arbeidsovereenkomst en niet namens de gebruiker die geen arbeidsovereenkomst met die werknemers heeft en als afzonderlijke vennootschap een derde partij is t.a.v. de werkgever.⁽⁹⁶⁾

Ook in een grensoverschrijdende context, kan tewerkstelling door verbonden vennootschappen leiden tot verboden terbeschikkingstelling. Het arbeidshof te Brussel kwam tot dat besluit met betrekking tot de tewerkstelling van een werknemer van een buitenlandse onderneming (het Oekraïense InBev) bij de verbonden Belgische onderneming (het Belgische InBev) doordat deze laatste op niet-toegelaten wijze een deel van het werkgeversgezag uitoefende.⁽⁹⁷⁾ Het verbod van terbeschikkingstelling maakt inderdaad deel uit van de harde kernbepalingen van de Detacheringsrichtlijn 96/71/EG, nl. van de regels inzake de voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers (art. 3.1.d). De harde kernbepalingen van de Detacheringsrichtlijn, die is omgezet door de Detacheringswet van 5 maart 2002, zijn een concretisering van het bijzonder dwingend recht van artikel 9 Rome I-Verordening dat door de rechter wordt toegepast ongeacht welk recht overeenkomstig de andere bepalingen van de verordening wordt aangewezen.⁽⁹⁸⁾

58. Naargelang de feitenrechter besluit tot meervoudig werkgeverschap of verboden terbeschikkingstelling kan dit een verschil uitmaken voor de begroting van de opzeggingsvergoeding in geval van onregelmatig ontslag van de werknemer. In geval van meervoudig werkgeverschap wordt uitgegaan van één enkele arbeidsovereenkomst waarbij de twee ondernemingen, die als werkgever in aanmerking komen, hoofdelijk gehouden zijn voor de nakoming van de verbintenissen en bijgevolg tot betaling van de opzeggingsvergoeding op basis van de anciënniteit die aanvangt bij het begin van de tewerkstelling. Terwijl in geval van onregelmatige terbeschikkingstelling die aanleiding geeft tot de civielrechtelijke sanctie van artikel 31, § 3 Uitzendarbeids-wet de arbeidsovereenkomst die met de gebruiker tot stand komt pas ingaat bij de aanvang van de terbeschikkingstelling zodat de werknemer eerst vanaf dat ogenblik anciënniteit opbouwt in het kader van deze overeenkomst.⁽⁹⁹⁾

Luc ELIAERTS

(96) Cass. 6 september 2005, P.05.0678.N, www.cass.be en RW 2006-07, 1717.

(97) Arbh. Brussel, tussenaarrest 26 november 2010 en eindarrest 13 juli 2011, AR 2009/AB/52514, www.juridat.be en RW 2012-13, 834.

(98) L. ELIAERTS, *Terbeschikkingstelling van werknemers en uitzendarbeid*, Mechelen, Kluwer, 2014, 416 en 484.

(99) Arbh. Brussel 28 juni 2011, AR 2010/AB/105, *Soc.Kron.* 2012/10, 514 inzonder 522; L. ELIAERTS, *Terbeschikkingstelling van werknemers en uitzendarbeid*, Mechelen, Kluwer, 2014, 279.

Sort des conventions collectives en cas de transfert d'entreprise : réflexions autour de l'arrêt Österreichischer Gewerkschaftsbund (affaire C-328/13)⁽¹⁾ (*)

Un an après avoir rendu l'arrêt *Alemo-Herron*⁽²⁾, dans lequel elle avait clarifié le champ d'application *ratione tem-*

poris de l'article 3, § 3, de la directive 2001/23/CE⁽³⁾, la Cour se prononce à nouveau en interprétation du même article, cette fois pour clarifier sa portée matérielle, en particulier en offrant une interprétation (large) de la notion de « convention collective ». L'affaire *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, comme son nom le révèle, survient en Autriche. Une prise en compte des faits et du droit national est indispensable pour en comprendre les enjeux. Après avoir examiné et commenté le raisonnement de la C.J.U.E., nous visons toutefois, au travers de cette note, à évaluer la portée de la décision pour le droit belge. Le régime de protection des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise (le régime de transposition de la directive 2001/23), en particulier des droits de ceux-ci tirent des conventions col-

(*) « CAO's na overname – bedenkingen bij het arrest *Österreichischer Gewerkschaftsbund* van het HvJEU, 11 september 2014 ».

(1) C.J.U.E., 11 septembre 2014 (*Österreichischer Gewerkschaftsbund*), C-328/13, *Chr. D.S.*, 2014, 539 (sommaire). Voir également sur cet arrêt, I. VAN HIEL, « Cao blijft nawerken bij overname », *Juristenkrant*, 2014, liv. 297, p. 4.

(2) C.J.U.E., 18 juillet 2013 (*Alemo-Herron*), C-426/11. Dans l'arrêt *Alemo-Herron*, la Cour a confirmé la position qu'elle avait prise dans l'arrêt *Werhof*: suite à un transfert d'entreprise, les conventions collectives qui liaient le cédant doivent être respectées par le cessionnaire. Toutefois, le cessionnaire ne peut se voir imposer le respect de conventions qui auraient été adoptées postérieurement au transfert, même si celles-ci auraient été, en l'absence de transfert, applicables au cédant. Dans *Alemo-Herron*, la Cour adopte toutefois une position un peu conservatrice puisqu'elle décide ne pas valider une pratique en vigueur aux Royaume-Uni qui accordait un tel maintien « dynamique » des conditions de travail, au regard de l'article 3, § 3. Elle aurait toutefois pu valider la pratique sur base de l'article 8 de la directive qui prévoit que les États membres peuvent adopter des mesures plus protectrices des travailleurs. À ce sujet, voir notre commentaire : A. LAMINE, « L'arrêt *Alemo-Herron* met-il un point final à la controverse autour du maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise entraînant un changement de commission paritaire ? », *Chr. D.S.*, 2014, n° 10, pp. 487 et s.

(3) Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, *J.O.U.E.*, L 82, 22 mars 2001, pp. 16 à 20. Art. 3, § 3: « Après le transfert, le cessionnaire maintient les conditions de travail convenues par une convention collective dans la même mesure que celle-ci les a prévues pour le cédant, jusqu'à la date de la résiliation ou de l'expiration de la convention collective ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective. Les États membres peuvent limiter la période du maintien des conditions de travail, sous réserve que celle-ci ne soit pas inférieure à un an. » (Nous soulignons).



lectives, fait l'objet de débats récurrents dans notre ordre juridique⁽⁴⁾.

L'affaire *Österreichischer Gewerkschaftsbund* concerne un cas de transfert d'entreprise classique, une société-mère (la société de transport aérien *Austrian Airlines*, ci-après, le cédant) ayant décidé de transférer une partie de ses effectifs à l'une de ses sociétés filiales (ci-après, le cessionnaire). Avant la date du transfert, les deux sociétés étaient chacune liées par une convention collective distincte, de niveau d'entreprise. Ces deux conventions ont été toutes deux résiliées, l'effet de cette résiliation ayant été fixé à la veille de la date effective du transfert. À la date du transfert donc, aucune convention collective n'était plus, telle quelle, en vigueur. Le cessionnaire décide alors d'appliquer unilatéralement des conditions de travail (nettement) moins favorables aux « travailleurs transférés »⁽⁵⁾.

En plus de la disposition de transposition de l'article 3, § 3, prévoyant le maintien des conditions de travail trouvant leur source dans une convention collective (*règle spéciale* applicable à la cession, transposition quasi littérale de la directive), le droit autrichien prévoit une disposition de maintien des droits en cas de cessation des effets d'une convention collective (*règle générale*, non relative à la cession). Il s'agit d'un mécanisme de maintien des droits : « les effets juridiques de la convention collective sur les relations de travail qui en relevaient directement avant qu'elle ne prenne fin sont maintenus tant que lesdites relations de travail ne sont pas soumises à une nouvelle convention collective ou qu'un nouvel accord individuel n'est pas conclu avec les travailleurs concernés »⁽⁶⁾. Cette disposition vise, selon la juridiction autrichienne, « à pallier l'absence d'une convention collective et à ôter tout intérêt (à ne pas conclure) une telle convention »⁽⁷⁾. Les deux dispositions visent la protection des droits acquis par les travailleurs, en particulier ceux qu'ils tirent d'un processus de négociation impliquant une représentation collective de leurs intérêts, destiné à équilibrer leur position économique par rapport à celle de leur employeur.

Il y a indéniablement des traits de similarité entre les régimes de droit collectif du travail belge et autrichien – ce sont des régimes de négociation très institutionnalisés et qui garantissent des couvertures fortes des travailleurs par les conventions collectives. En Autriche, des « chambres de commerce » représentent les employeurs dans la négociation collective ; les conventions collectives adoptées couvrent ainsi tous les travailleurs des entreprises concernées, y compris ceux qui ne seraient pas membres de la confédération

syndicale nationale, l'O.G.B., demandeur dans l'affaire qui nous occupe⁽⁸⁾. Ce caractère institutionnalisé du système de négociation collective se traduit également par l'existence de dispositifs légaux complémentaires qui appuient et légitiment le système de négociation collective, comme les règles *générale* et *spéciale* évoquées plus haut. En droit belge, on connaît également une règle *spéciale*, applicable en cas de transfert d'entreprise (l'art. 20 de la loi du 5 décembre 1968⁽⁹⁾) et une règle *générale* du maintien des droits en cas de cessation des effets de la convention collective (art. 23, *ibid.*)⁽¹⁰⁾, qui modalisent le système de négociation collective – notamment sectorielle – s'opérant au sein de commissions paritaires, système qui est institué dans la même loi.

Les deux questions préjudicielles posées à la Cour dans le cas qui nous occupe portent sur la détermination des conditions de travail applicables aux travailleurs transférés, étant donné les circonstances de l'espèce, c'est-à-dire, la double résiliation des conventions collectives applicables au cédant et au cessionnaire avant la date du transfert d'entreprise. La première question concerne l'applicabilité de la CCT du cédant aux travailleurs transférés. En particulier, les travailleurs transférés peuvent-ils se prévaloir des conditions de travail trouvant leur source dans la CCT du cédant, qui malgré la résiliation de cette dernière, « sont maintenues » jusqu'à leur renégociation, individuelle ou collective, en vertu de la règle *générale* visée plus haut ? En d'autres termes, ces « conditions de travail maintenues » sont-elles « des conditions de travail convenues par une convention collective » au sens de l'article 3, § 3, et doivent-elles donc être maintenues par le cessionnaire ? La seconde question préjudicielle, qui porte sur l'applicabilité de la convention collective du cessionnaire, sera examinée plus loin.

La Cour offre dans l'arrêt *Österreichischer Gewerkschaftsbund* une interprétation extensive de la protection offerte par l'article 3, § 3, qui s'inscrit d'ailleurs dans le prolongement de ses précédents arrêts, où elle a toujours affirmé que les objectifs de la directive étaient bien d'assurer « le maintien des droits des travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en leur permettant de rester au service du nouvel employeur dans les mêmes conditions que celles convenues avec le cédant »⁽¹¹⁾ ; mais également « d'éviter une rupture soudaine du cadre normatif conventionnel régissant la relation de travail »⁽¹²⁾ et enfin « d'empêcher que les travailleurs soumis à un transfert soient placés dans une position moins favorable du seul fait de ce transfert »⁽¹³⁾. Dans le cas qui nous occupe, la Cour estime en effet que « constituent des 'conditions de travail convenues par une convention collective', au sens de cette disposition, les conditions de travail fixées par voie d'une convention collective, qui continuent, en vertu du

(4) Spécifiquement sur cette question très débattue, voir entre autres : C. ENGELS, « Wijziging van paritair comité bij overgang van onderneming en het lot van de collectieve arbeids-overeenkomst », note sous Cour Trav. Anvers, 17 mai 1999, *J.T.T.*, 2000, pp. 27 à 29 ; L. PELTZER, « Transfert d'entreprise et changement de commission paritaire: L'arrêt de la C.J.C.E. du 9 mars 2006 au secours des employeurs ? », *Orientations*, octobre 2006, n° 8, pp. 1 et s. ; F. DORSSEMONT, « Naar een extensieve interpretatie van restricties op sociale bescherming? », note sous Cour Trav. Anvers, 19 avril 1999, *Chr. D.S.*, 2000, pp. 20 et s., C. ENGELS et N. THOLEN, « Overgang van onderneming volgens CAO nr. 32bis met wijziging van paritair comité. Lessen uit het arrest Alemo-Herron », *J.T.T.*, 2014, 1181, pp. 97 à 101 ; A. LAMINE, « Transfert d'entreprise et conditions de travail déterminées collectivement: entre hiérarchie des normes et représentation collective », in X., *Les restructurations en droit social. Questions spéciales – Capita Selecta*, Kluwer, 2014, pp. 43 à 91. (Nous renvoyons le lecteur à cette dernière contribution pour des références supplémentaires).

(5) Arrêt *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, point 10.

(6) Art. 13 de l'ArbVG (Arbeitsverfassungsgesetz, BGBl. 22/1974), cité au point 4 de l'arrêt *Österreichischer Gewerkschaftsbund*.

(7) Arrêt *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, point 13.

(8) Source : <http://fr.worker-participation.eu/Systemes-nationaux/Pays/Autriche/Negociations-collectives> (dernière consultation : 19 août 2015).

(9) Loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, *M.B.*, 15 janvier 1969, p. 267, art. 20 : « En cas de cession totale ou partielle d'une entreprise, le nouvel employeur est tenu de respecter la convention qui liait l'ancien employeur, jusqu'à ce qu'elle cesse de produire ses effets ».

(10) Loi du 5 décembre 1968, art. 23 : « Le contrat de louage de travail individuel implicitement modifié par une convention collective de travail subsiste tel quel lorsque la convention cesse de produire ses effets, sauf clause contraire dans la convention même ».

(11) Voir, notamment les arrêts suivants : C.J.U.E., 10 février 1988 (*Daddy's Dance Hall*), C-324/86, point 9 ; C.J.U.E., 25 juillet 1991 (*d'Urso* e.a.), C-362/89, point 9 ; C.J.U.E., 9 mars 2006 (*Werhof*), C-499/04, point 25.

(12) Concl. de l'Av. gén. P. CRUZ VILLALON, 3 juin 2014, dans l'affaire C-328/13, point 53, et tel que repris par la Cour au point 28 de l'arrêt ici annoté.

(13) Voir notamment C.J.U.E., 17 décembre 1987 (*Ny Mølle Kro*), C-287/86, point 25 ; C.J.U.E. (*Scattolon*), C-108/10, point 75.



droit d'un Etat membre, malgré la résiliation de ladite convention, à produire leurs effets sur les relations de travail »⁽¹⁴⁾. En effet, « des conditions de travail fixées par voie d'une convention collective ne sauraient être considérées comme étant exclues du champ d'application de cette disposition au motif qu'elles s'appliquent aux intéressés en vertu d'une règle de maintien des effets d'une convention collective »⁽¹⁵⁾. Autrement dit, les conditions de travail doivent être maintenues même si la convention collective est elle-même résiliée, ainsi que le prévoit la loi autrichienne. Ce faisant, la Cour décide d'adopter la vision de l'OGB, qui était soutenue, dans l'affaire, par les Gouvernements allemands et grecs et par la Commission européenne⁽¹⁶⁾.

Une première leçon peut être, selon nous, dégagée de cette décision. Elle concerne l'exigence de « la même mesure », posée dans l'article 3, § 3, de la directive. Au fond, dans sa décision, la Cour ne fait qu'imposer le respect d'une condition substantielle déjà établie à l'article 3, § 3 : le cessionnaire est censé maintenir les conditions de travail convenues par une convention collective « dans la même mesure que celle-ci les a prévues pour le cédant ». Ainsi, en vertu du droit autrichien, le cédant reste tenu de respecter les conditions de travail d'une convention collective résiliée, car celles-ci lui « survivent », même s'il s'agit d'une « prolongation atténuée et provisoire »⁽¹⁷⁾. Le cessionnaire est ainsi tenu, par application de l'article 3, § 3, « dans la même mesure », par une telle prolongation des droits. Il doit les respecter jusqu'à leur éventuelle renégociation.

C'est une même exigence qui nous a conduit à défendre, dans une précédente contribution, une application inconditionnelle de l'article 20 de la loi de 1968 à tous les cas de transfert d'entreprise, y compris le cas litigieux du transfert occasionnant un changement de commission paritaire : le cessionnaire est tenu, en application de l'article 3, § 3, dans la même mesure que le cédant⁽¹⁸⁾. Ce faisant, il doit notamment respecter les conventions collectives négociées au niveau sectoriel qui liaient le cédant, dans la même mesure que celui-ci : il ne pourra mettre fin au maintien de ces conditions par négociation d'une convention collective d'entreprise, ou par renégociation des contrats individuels, puisque le cédant n'aurait pas pu le faire avant la date du transfert, sans violer la hiérarchie des normes fixée par l'article 51 de la loi.

Une deuxième leçon peut être tirée de l'arrêt *Österreichischer Gewerkschaftsbund*. Elle concerne l'importance du respect des spécificités « des droits nationaux ». Dans l'arrêt qui nous occupe, la Cour rappelle, une fois de plus, que la directive « transfert d'entreprise » « ne vise qu'à une harmonisation partielle de la matière qu'elle régit, en étendant, pour l'essentiel, la protection garantie aux travailleurs de façon autonome par le droit des différents Etats membres également à l'hypothèse d'un transfert d'entreprise »⁽¹⁹⁾. « Le bénéfice de la directive ne peut donc être invoqué que

pour assurer que le travailleur intéressé est protégé dans ses relations avec le cessionnaire de la même manière qu'il l'était dans ses relations avec le cédant, en vertu des règles du droit de l'Etat membre »⁽²⁰⁾. S'ajoute donc à l'exigence d'équivalence de protection, la nécessité pour les juges de respecter les spécificités des réglementations nationales, y compris celles touchant la question des modalités, procédurales et temporelles, de la fin du maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise⁽²¹⁾.

Cet enseignement nous conduit lui aussi à plaider pour une application inconditionnelle de la disposition spéciale prévue par le droit belge pour tous les cas de transfert d'entreprise, c'est-à-dire de l'article 20 de la loi du 5 décembre 1968, susmentionné, qui impose le maintien de l'application d'une convention collective du cédant « jusqu'à ce qu'elle cesse de produire ses effets », étant entendu que cette cessation ne peut advenir par le simple fait du transfert, comme le prétendent certains auteurs⁽²²⁾, au risque de réduire à néant la protection établie par la directive.

Dans le cas d'une résiliation de la convention collective du cédant avant la date du transfert, c'est la règle générale de l'article 23 de la loi du 5 décembre 1968⁽²³⁾ qui, en droit belge, viendra à s'appliquer. La disposition emporte avec elle la possibilité, comme en droit autrichien, d'une renégociation des conditions de travail sur bases collective et individuelle – cette modalité étant prévue, comme en droit autrichien, par la loi⁽²⁴⁾. En dehors du cas de la résiliation anticipée toutefois, c'est l'article 20 qui s'appliquera, et le cessionnaire ne pourra évincer les instruments collectifs qui lui seraient opposables en vertu de l'article 3, § 3, que par une nouvelle négociation, menée au même niveau professionnel, au cours de laquelle les intérêts des travailleurs, comme ceux des employeurs, auront pu être représentés collectivement. Ce faisant, nous honorons la deuxième exigence posée par la Cour : le respect des protections qui sont propres à notre ordre juridique et prévues pour le cas particulier du transfert⁽²⁵⁾.

Un dernier enseignement peut, selon nous, être tiré du présent arrêt. La Cour revient sur l'exigence, mentionnée dans deux arrêts précédents, de trouver, dans l'application de la directive, un équilibre entre les intérêts de l'employeur cessionnaire et celui des travailleurs transférés⁽²⁶⁾. Il appa-

(20) *Daddy's Dance Hall*, 324/86, point 16, nous soulignons.

(21) Voir aussi, à cet égard, les concl. de l'Av. gén. CRUZ VILLALON, point 46. Le fait qu'il s'agisse d'une modalité prévue par la loi implique également que les travailleurs s'attendent à voir ces droits maintenus : « Les parties à une relation de travail dans de telles conditions n'intègrent pas dans leur patrimoine une simple expectative, mais un bénéfice concret et réel: la certitude que la convention collective, sauf nouvelle convention ou accord exprès, maintiendra ses effets, bien qu'avec les caractéristiques précitées » (*ibid.*, point 51).

(22) C'est la position de C. ENGELS, pour le cas particulier du transfert entraînant un changement de commission paritaire. Pour l'auteur, le simple fait que le transfert entraîne ce changement institutionnel constitue l'une des causes d'extinction de la convention collective applicable au cédant prévue par l'article 20 : celui-ci « s'applique pour ne pas s'appliquer », puisque selon l'auteur, les conventions collectives applicables au cessionnaire « entrent en vigueur » à dater du transfert. Le maintien des droits des travailleurs n'est donc pas assuré. (E.g., C. ENGELS, *J.T.T.*, 2000, *op. cit.*, p. 29).

(23) Art. 23, déjà cité : « lorsque la convention cesse de produire ses effets ».

(24) Voir point 30 de l'arrêt annoté.

(25) Notez que nous évitons, dans cette note, la question délicate des effets de l'arrêt de la Cour de cassation de 2003. Notre position peut être trouvée ici : A. LAMINE, « Transfert et conditions de travail déterminées collectivement », *op. cit.*, pp. 66 à 71.

(26) Voir l'arrêt *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, point 29, mais aussi l'arrêt *Werhof*, point 31, et l'arrêt *Alemo-Herron*, point 25, évoquant les « ajustements et adaptations nécessaires ».

(14) Arrêt *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, point 31 et dispositif.

(15) Arrêt *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, point 26.

(16) Concl. de l'Av. gén. CRUZ VILLALON, point 32.

(17) Pour reprendre les termes de l'Av. gén. CRUZ VILLALON, dans ses concl., point 4.

(18) A. LAMINE, « Transfert et conditions de travail déterminées collectivement », *op. cit.*, pp. 80 à 87, mais aussi F. DORSSEMONT, *op. cit.*, p. 21, qui s'opposent ainsi à la doctrine majoritaire, qui entend écarter l'article 20 au cas du transfert d'entreprise entraînant un changement de commission paritaire, notamment pour des raisons d'ordre pratique plutôt que juridique (voir en particulier les contributions de C. ENGELS et L. PELTZER, *op. cit.*).

(19) Arrêt *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, point 22, avec réf. à l'arrêt *Collino et Chiappero*, C-343/98, point 37, et à l'arrêt *Juuri*, 396/07, point 23.



raît clairement de la lecture de cet arrêt que la recherche d'un tel équilibre ne peut jamais amener à vider l'application de l'article 3 de tout effet utile. La Cour s'est servie de cet argument pour éviter qu'on puisse exiger le respect, par le cessionnaire, des versions modifiées, après la date du transfert, de la convention collective du cédant⁽²⁷⁾. Mais la Cour ne s'est jamais servie de cet argument pour éviter qu'il soit fait application de la protection offerte par la directive, qui suppose le maintien des droits d'origine collective, acquis par les travailleurs transférés.

La Cour ne s'attarde pas sur la seconde question préjudicielle ; elle se contente d'affirmer que la convention collective du cessionnaire, résiliée elle aussi, ne s'applique pas aux travailleurs transférés, dans le cas d'espèce. Cette solution tombe sous le sens puisque les conditions en vigueur avant le transfert, perdurent en vertu de la loi. Si celle-ci n'avait pas été résiliée, elle n'aurait pas non plus été applicable : celle-ci « n'entre pas en vigueur » ni « en application », au sens de l'article 3, § 3 – elle est *déjà* en vigueur et en application. Pour remplacer les conditions de travail qui sont maintenues en vertu de l'article 3, § 3, et à moins que celles-ci prennent fin d'elles-mêmes en raison d'une des causes énumérées par l'article (ce qui n'est pas le cas ici, puisqu'elles « survivent »), il faut qu'une nouvelle mesure (négociée) intervienne, après le transfert, qui règle ces questions.

Il nous paraît que la décision prise par la Cour ne s'imposait pas simplement en vertu des règles qui prévalent en droit autrichien, dont la Cour préconise une application fidèle. Cette décision était la seule manière de répliquer à une pratique abusive des sociétés impliquées/employeurs, celle-là même qui se manifeste dans le cas d'espèce, sans rentrer dans l'évaluation même de cette pratique (celle-ci n'étant pas visée, telle quelle, dans la question préjudicielle)⁽²⁸⁾. Comment, en effet, ne pas interpréter la décision de résiliation des conventions collectives, à la veille du transfert, comme une démarche visant expressément à contourner la protection offerte par l'article 3, § 3, de la directive⁽²⁹⁾ ?

(27) Arrêts *Werhof* et *Alemo-Herron*. Dans l'arrêt *Alemo-Herron*, la Cour fait d'ailleurs un usage contestable de l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

(28) Le point 13 de l'arrêt ici annoté relate ainsi le raisonnement de la juridiction autrichienne : elle estime que « l'existence, alléguée par le *Gewerkschaftsbund*, d'un comportement abusif de la part de la société-mère ne peut être appréciée que si, préalablement, les conséquences juridiques du transfert d'établissement ou des résiliations des conventions collectives ont été précisées ». Si nous doutons de la pertinence du raisonnement, force est de constater qu'un tel abus est bien évoqué.

(29) À cet égard, la pratique fait penser à une autre : celle qui a été utilisée dans les affaires ayant conduit à deux jugements du Tribunal du travail de Bruxelles (Trib. Trav. Bruxelles, 13 mars 2008, *Chr. D.S.*, 2014, 514 ; Trib. Trav. Bruxelles, 11 février 2010, *Chr. D.S.*, 2014, 517) et qui avait consisté pour un employeur à mettre fin, de manière négociée mais individuelle, aux contrats de travail des travailleurs transférés, à la veille du transfert, et de leur faire signer de nouveaux contrats de travail à la même date dans lesquels les travailleurs renonçaient explicitement aux droits qu'ils tiraient des conventions collectives applicables au cédant. Dans les deux cas, les juges s'étaient contentés de répondre à la question

Comment ne pas interpréter la décision de transfert comme n'étant motivée exclusivement que par la possibilité de réduire les coûts du travail, en faisant complètement fi de la protection des travailleurs transférés – qui plus est en leur appliquant des règles adoptées unilatéralement par le cessionnaire ?

L'article 4.1 de la directive (transposé en droit belge à l'article 10 de la CCT n° 32bis⁽³⁰⁾) prévoit que « Le transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire ». Le § 2 du même article prévoit d'ailleurs une sanction si un licenciement venait tout de même à intervenir en raison du transfert seul. Une même logique devrait, selon nous, prévaloir pour ce qui concerne les conventions collectives, elles aussi sources fondamentales de droits pour les travailleurs. La résiliation d'une convention collective avant le transfert ne devrait pouvoir intervenir « en raison du transfert », car sinon elle conduirait nécessairement, en particulier dans les États qui ne connaissent pas de dispositifs de « survivance » des conditions de travail en cas de cessation des effets d'une convention collective, à vider de toute substance la protection fixée dans l'article 3, § 3 de la directive.

Auriane LAMINE
Chercheuse postdoctorale au CERCRIID
(Centre d'études critiques sur le droit),
Université Jean Monnet, Saint-Etienne et
Université Lumière Lyon II)

dont ils étaient saisis, celle de l'application de l'article 3, § 3 : ils ont appliqué l'article 23 aux deux cas de transferts (en violation, selon nous, de la directive.). Mais ils ne se sont pas interrogés sur la pratique tout à fait contestable qui était à l'origine des deux affaires. En effet, la directive étant d'effet impératif, les travailleurs ne peuvent renoncer individuellement aux droits qu'elle édicte en leur faveur (voir par ex., l'arrêt *Daddy's Dance Hall*, point 14, l'arrêt *Martin*, 6 novembre 2003, C-4/01, point 39, et l'arrêt *Werhof*, point 23). « Il s'ensuit que les travailleurs concernés n'ont pas la faculté de renoncer aux droits à eux conférés par la directive et qu'une diminution de ces droits n'est pas admise, même avec leur consentement. Cette interprétation n'est pas affectée par la circonstance que, comme en l'espèce, le travailleur, en contrepartie des inconvénients qui résultent pour lui d'une modification de sa relation de travail, obtient des avantages nouveaux tels qu'il n'est pas placé, dans une situation moins favorable que celle qui était antérieurement la sienne » (arrêt *Daddy's Dance Hall*, point 15 et arrêt *Martin*, point 37).

(30) Convention collective de travail n° 32bis du 7 juin 1985 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, modifiée par les conventions collectives de travail nos 32ter du 2 décembre 1986, 32quater du 19 décembre 1989 et 32quinquies du 13 mars 2002, <http://www.cnt-nar.be/>, article 10 : « Si le contrat de travail est résilié parce que le transfert, au sens de l'article 1er, 1°, entraîne une modification substantielle des conditions de travail au désavantage du travailleur, la résiliation du contrat de travail est considérée comme intervenue du fait de l'employeur ».

