



Editeurs:
Maison F. LARCIER s.a.
rue des Minimes 39
1000 Bruxelles
C.C.P. 000-0042375-83

JOURNAL DES TRIBUNAUX DU TRAVAIL

PARAIT TROIS FOIS PAR MOIS
VERSCHIJNT DRIEMAAL PER MAAND
Directeur : Jean Dal (1970-1981)

LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES RELATIVE AU DROIT DU TRAVAIL, NOTAMMENT A LA DIRECTIVE 77/187

I. — Considérations générales sur le droit du travail de la C.E.E.

Le Traité C.E.E. comporte deux ensembles de normes qui peuvent être considérés comme ayant trait au droit du travail, à savoir :

- les articles 48-51 relatifs à la libre circulation des travailleurs et, plus spécifiquement, la disposition de l'article 51 autorisant le législateur communautaire à établir des règles dans le domaine de la sécurité sociale des travailleurs migrants;
- les articles 117-128 relatifs à la politique sociale de la Communauté et, plus spécifiquement, l'article 119 consacrant le principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail.

A ces chapitres s'ajoutent deux dispositions d'ordre général qui, bien qu'elles ne s'inscrivent pas dans un cadre de politique sociale, se sont quand même trouvées servir de base à un certain nombre de mesures poursuivant des objectifs sociaux. Ces dispositions sont :

- l'article 100 relatif au rapprochement (« harmonisation ») des législations nationales ayant une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du Marché commun. C'est sur cet article qu'ont été fondées les directives du Conseil qui visent à assurer la protection des droits des travailleurs contre certaines décisions de l'employeur ou dans certaines situations économiquement difficiles de l'entreprise (1) ainsi que la directive « égalité des rémunérations » (2);
- l'article 235 (disposition d'habilitation générale) permettant l'action de la Communauté en dehors des domaines mentionnés spécifique-

ment dans le Traité, dans la mesure où cette action apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du Marché commun, l'un des objectifs de la Communauté. C'est sur cette disposition qu'ont été fondées les deux autres directives du Conseil visant à mettre en œuvre le principe de traitement égal des hommes et des femmes dans le milieu du travail (3).

La compétence communautaire en matière de droit du travail est donc limitée, quand bien même il y a une tendance croissante à étendre le champ d'activité de la Communauté dans ce domaine. Voici la première différence entre l'ordre juridique communautaire et les ordres nationaux qui conservent donc la compétence résiduelle pour toutes les matières non transférées — expressément ou implicitement — à la Communauté.

La deuxième observation qui s'impose concerne la qualité des règles de droit communautaire et, plus particulièrement, les principes de la primauté et de l'effet direct du droit communautaire. Comme on le sait, ce droit est prioritaire sur toute norme de droit interne, quels qu'en soient le contenu et la qualité, et indépendamment de l'antériorité ou de la postériorité du droit national en cause par rapport à la réglementation communautaire concernée. Considéré en liaison avec l'effet direct du droit communautaire, ce principe ne se limite pas à la simple obligation incombant aux Etats membres d'aligner leur droit national sur le droit commun, mais exige en outre que toutes les juridictions nationales respectent le primat du droit communautaire dans le cadre des affaires dont elles sont saisies, en ce sens qu'elles laissent inappliquée toute règle de droit national contraire. Les fondements de cette doctrine révolutionnaire ont été posés pour la première fois dans les causes célèbres *van Gend et Loos* (4) et *Costa/ENEL* (5).

membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, *J.O.*, 1975, L 45, p. 19.

(3) Directive 76/207 du Conseil, 9 févr. 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *J.O.*, 1976, L 39, p. 40; Directive 79/7 du Conseil, 19 déc. 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, *J.O.*, 1979, L 6, p. 24.

(4) Arrêt 5 févr. 1963, 26/62, *van Gend & Loos, Rec.*, 1963, p. 3.

Cette doctrine joue un rôle tout particulier dans le contexte du droit du travail qui est, dans une large mesure, un droit de coordination, c'est-à-dire un droit régissant des rapports juridiques entre deux particuliers, l'employeur et le salarié. Dans les affaires *Wairave et Koch* (6) et *Donà/Mantero* (7), la Cour de justice des Communautés européennes a précisé que les règles relatives à la libre circulation des personnes, en l'occurrence l'interdiction de discrimination entre travailleurs nationaux et travailleurs ressortissants d'autres Etats membres, produisent un effet direct non seulement vis-à-vis de l'action des autorités publiques mais également entre particuliers, en ce qui concerne les réglementations régissant de façon collective le travail salarié et les prestations de services. Lesdites affaires concernaient l'existence d'une soi-disant « clause de nationalité » dans les règlements intérieurs de fédérations sportives.

Un effet direct a également été reconnu à la disposition de l'article 119 de Traité relatif à l'égalité des rémunérations des hommes et des femmes. La Cour de justice des Communautés européennes a jugé dans l'arrêt-pilote *Defrenne II* (8) que le principe de l'égalité des rémunérations s'étend à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers. Ce principe est susceptible d'être invoqué devant les juridictions nationales, notamment dans le cas de discriminations qui ont directement leur source dans des dispositions législatives ou des conventions collectives du travail, ainsi que dans le cas d'une rémunération inégale de travailleurs féminins et de travailleurs masculins pour un même travail, lorsque celui-ci est accompli dans un même établissement ou service.

Il convient de souligner à cet égard que les dispositions non seulement des Traités, mais aussi du droit communautaire dérivé sont susceptibles d'effet direct, à condition qu'elles soient suffisamment précises et inconditionnelles. Cette proposition ne soulève guère de difficultés, pour ce qui est des règlements et des décisions; elle pose toutefois des problèmes, pour ce qui est des directives qui, en vertu de l'article 189, alinéa 3, du Traité C.E.E., ne lient les Etats membres destinataires que « quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens » et qui ménagent, par conséquent, aux Etats membres

(5) Arrêt 15 juill. 1964, 6/64, *Costa/Enel, Rec.*, 1964, p. 1143.

(6) Arrêt 12 déc. 1974, 36/74, *Wairave et Koch, Rec.*, 1974, p. 1405; *J.T.*, 1975, p. 603, obs. O. Mac Gillevray.

(7) Arrêt 14 juill. 1976, 13/76, *Donà/Mantero, Rec.*, 1976, p. 1333; *J.T.*, 1977, p. 289.

(8) Arrêt 8 avril 1976, 43/75, *Defrenne, Rec.*, 1976, p. 455; *J.T.T.*, 1976, p. 217.

(1) Directive 75/129 du Conseil, 17 févr. 1975, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, *J.O.*, 1975, L 48, p. 29; Directive 77/187 du Conseil, 14 févr. 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 partries d'établissements, *J.O.*, 1977, L 61, p. 26; Directive 80/987 du Conseil, 20 oct. 1980, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, *J.O.*, 1980, L 283, p. 23.

(2) Directive 75/117 du Conseil, 10 févr. 1975, concernant le rapprochement des législations des Etats

une certaine marge d'appréciation pour leur transposition dans le droit national. Cette différence de principe entre le règlement et la décision, d'une part, et la directive, d'autre part, est toutefois venue à s'estomper au fur et à mesure que le simple rapprochement des législations nationales s'est avéré insuffisant dans de nombreux domaines et que le législateur communautaire a graduellement procédé à une unification plus approfondie, en insérant dans des directives des réglementations de plus en plus concrètes et détaillées.

La Cour de justice des Communautés européennes en a tiré les conséquences : Dans l'arrêt récent *Becker* (9), elle a précisé que, dans tous les cas où les dispositions d'une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, les particuliers sont fondés à les invoquer à l'encontre de l'Etat, lorsque celui-ci ne les a pas transposées dans les délais prescrits, ou encore lorsqu'il en a fait une transposition incorrecte. Cette jurisprudence se fonde sur la considération qu'il serait incompatible avec le caractère contraignant des directives d'exclure en principe que les obligations qu'elles imposent puissent être invoquées par les personnes concernées.

L'effet direct d'une disposition de directive, peut-il donc être invoqué également dans des rapports de droit privé entre particuliers ? Cette question d'importance primordiale, longuement discutée et controversée dans la doctrine, n'a été clarifiée que récemment. Là aussi, il s'agissait d'une affaire relevant du droit du travail (*Marshall*) (10). La réponse de la Cour était négative, au motif que le caractère contraignant d'une directive — sur lequel est fondée la possibilité d'invoquer celle-ci devant les juridictions nationales — n'existe qu'à l'égard des Etats membres destinataires, obligés de mettre cette directive en œuvre. Par conséquent, une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier, et ses dispositions ne peuvent donc pas être invoquées en tant que telles à l'encontre de particuliers. La Cour a toutefois apporté une précision à cet égard : l'effet direct peut être invoqué à l'encontre d'une autorité de l'Etat, même si celle-ci agit en qualité d'employeur. Le cas qui a donné lieu à cette constatation concernait le licenciement, contre son gré, d'une femme ayant atteint l'âge de 62 ans par la *Southampton and South West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, par laquelle elle avait été employée en tant que diététicienne. La Cour a accueilli l'argument de l'intéressée que le licenciement d'une femme au seul motif qu'elle a atteint l'âge auquel elle a droit à une pension d'Etat est contraire à la directive « égalité d'accès à l'emploi » (11), pour autant que cet âge est différent pour les hommes et pour les femmes.

La troisième particularité du droit communautaire en général et du droit du travail communautaire en particulier consiste en ce que le droit communautaire est largement un droit prétorien (« judge-made law »). Abstraction faite des règlements éphémères de la Commission en matière d'organisation commune des marchés, l'ordre juridique communautaire n'est pas — contrairement à ce qu'on pourrait supposer — caractérisé par une surabondance d'actes normatifs mais plutôt

par une pénurie de tels actes. Cette circonstance est à l'origine du rôle capital et toujours croissant du pouvoir judiciaire, à savoir la Cour de justice des Communautés européennes, dans la formation et le développement progressif du droit communautaire.

Pour en donner quelques exemples dans le domaine qui nous intéresse :

La libre circulation à l'intérieur de la Communauté est assurée aux travailleurs (art. 48, Traité C.E.E.), c'est-à-dire aux personnes exerçant des activités salariées. Les notions de « travailleur » et d'« activité salariée » ne sont toutefois définies ni dans le Traité ni dans la réglementation communautaire dérivée. Il appartenait donc à la Cour de justice des Communautés européennes de développer des définitions praticables. Celle-ci a souligné la portée communautaire des notions en cause dès le début (affaire *Unger*) (12) en précisant qu'autrement, chaque Etat membre serait libre d'en modifier le contenu et d'éliminer à son gré de la protection du traité certaines catégories de personnes. Or, ceci priverait les règles en la matière de leur contenu et mettrait en échec les buts du Traité.

Dans l'arrêt *Levin* (13), la Cour de justice des Communautés européennes a jugé qu'un travailleur à temps partiel doit être considéré comme travailleur au sens des dispositions communautaires relatives à la libre circulation des travailleurs, même si le revenu tiré de son travail est inférieur au minimum de moyens d'existence tel que défini par l'Etat membre d'accueil. Cet arrêt courageux est fondé sur une interprétation systématique et téléologique des règles en cause. La Cour a reconnu en substance que doit être qualifié de travailleur toute personne exerçant une activité salariée réelle et effective, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires. Quatre ans plus tard, dans l'arrêt *Kempf* (14), il a été précisé que le droit de séjour ne peut être refusé à un travailleur à temps partiel, exerçant une activité réelle et effective, pour la seule raison que l'intéressé est en même temps — pour le montant différentiel entre ses revenus et le minimum de moyens d'existence — bénéficiaire d'allocations financières à charge des fonds publics.

Pour en donner un autre exemple de la force créatrice de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, particulièrement éclairant pour ce qui est de la notion de travailleur : l'article 48 du Traité C.E.E. ne s'applique pas, conformément à son paragraphe 4, « aux emplois dans l'administration publique ». Ni le Traité ni aucune disposition du droit communautaire dérivé n'explique toutefois ce qu'il faut entendre par le terme « administration publique ». Dans le « leading case » *Commission/Belgique* (15), la Cour de justice des Communautés européennes a clarifié ce point. Elle a reconnu en substance que les Etats membres ne peuvent réserver à leurs propres ressortissants — et par-là exclure les ressortissants d'autres Etats membres — que les seuls emplois ayant un rapport avec l'exercice de

la puissance publique et la sauvegarde des intérêts généraux.

L'arrêt récent *Lawrie-Blum* (16) se situe dans la même ligne. Mme Lawrie-Blum, de nationalité britannique, avait postulé un emploi de « Studienreferendar » (enseignant stagiaire) en République fédérale d'Allemagne, ce qui lui a été refusé au motif que, selon le droit allemand, le « Studienreferendar » avait le statut de fonctionnaire (« Beamter ») et que l'accès à tout emploi de fonctionnaire était réservé aux seuls ressortissants allemands. La Cour a d'abord précisé qu'un stage préparatoire à l'enseignement constitue une activité salariée et que le stagiaire doit dès lors être considéré comme travailleur :

« La caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération ».

L'arrêt *Lawrie-Blum* a ensuite confirmé que seules l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'Etat ainsi que la réciprocité des droits et des devoirs, fondement du lien de nationalité, peuvent justifier de réserver une certaine activité dans l'administration aux nationaux, ce qui ne serait pas le cas d'un enseignant stagiaire. En résumé, un plaidoyer vigoureux en faveur de la libre circulation des travailleurs ! La doctrine, elle aussi, a été enrichie. Il est en effet permis de constater que la Cour de justice des Communautés européennes a adhéré à une conception fonctionnelle de l'administration, rejetant ainsi la théorie « institutionnaliste ». Ni le fait que l'emploi en cause fait partie de l'administration publique en tant qu'institution ni celui qu'il a été traditionnellement occupé par un fonctionnaire ne saurait soustraire cet emploi à l'emprise des règles relatives à la libre circulation des travailleurs.

Mentionnons encore une matière d'une grande portée pratique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, le principe de l'égalité de traitement des hommes et des femmes dans le milieu du travail. Ce principe comporte divers aspects, parmi lesquels l'égalité d'accès à la profession, l'égalité des rémunérations et l'égalité des conditions de travail.

A ce sujet, il s'agissait en premier lieu de déceler les discriminations indirectes ou déguisées. Ainsi, la Cour a déclaré illégal un système de rémunération différenciée appliquée de telle sorte qu'il défavorise les travailleurs à temps partiel par rapport aux travailleurs à temps plein, dans la mesure où il frappe en fait un nombre plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que l'entreprise n'établisse que le système incriminé s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination (arrêts *Jenkins/Kingsgate* (17) et *Bilka-Kaufhaus/von Hartz* (18)).

D'autre part, la Cour de justice des Communautés européennes a veillé à ce que d'éventuelles violations du principe de non-discrimination soient sanctionnées par des mesures suffisamment efficaces. Pour en donner un exemple : la

(12) Arrêt 19 mars 1964, 75/63, *Unger*, *Rec.*, 1964, p. 347.

(13) Arrêt 23 mars 1982, 53/81, *Levin*, *Rec.*, 1982, p. 1035.

(14) Arrêt 3 juin 1986, 139/84, *Kempf*, non encore publié.

(15) Arrêt 17 déc. 1980, 149/79, *Commission/Belgique*, *Rec.*, 1980, p. 3881; cf. égalem. arrêt 26 mai 1982, 149/79, *Commission/Belgique*, *Rec.*, 1982, p. 1845.

(16) Arrêt 3 juill. 1986, 66/85, *Lawrie-Blum*, non encore publié.

(17) Arrêt 31 mars 1981, 96/80, *Jenkins/Kingsgate*, *Rec.*, 1981, p. 911.

(18) Arrêt 13 mai 1986, 170/84, *Bilka-Kaufhaus/von Hartz*, non encore publié.

(9) Arrêt 19 janv. 1982, 8/81, *Becker*, *Rec.*, 1982, p. 53.

(10) Arrêt 26 févr. 1986, 152/84, *Marshall*, non encore publié.

(11) Directive 76/207, *Loc. cit.*

femme qui s'est vue refuser l'accès à un emploi déterminé en raison de son sexe, ne peut certes pas demander la conclusion d'un contrat de travail avec l'employeur, auteur de la discrimination. Elle a toutefois droit à une indemnité adéquate par rapport au préjudice subi qui doit aller au-delà d'une indemnisation purement symbolique, telle que le remboursement des seuls frais occasionnés par la candidature (arrêts von Colson et Kamann (19) et Harz) (20).

II. — Sur la directive 77/187 (« Maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises »)

La directive 77/187 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 (21) fait partie intégrante du programme de la Communauté en matière de politique sociale. En effet, la protection des travailleurs en cas de changement de l'employeur est un objectif d'ordre social de la Communauté en ce qu'elle contribue non seulement à l'amélioration des conditions de vie et d'emploi de la population laborieuse (préambule et art. 2, Traité C.E.E.), mais également, à tout le moins indirectement, au progrès économique dans la Communauté.

La directive 77/187 s'inscrit dans le cadre d'un ensemble de directives et de projets de directives d'harmonisation visant à réaliser une politique sociale au plan communautaire. Les autres directives et projets de directives sont :

— la directive 75/129 du Conseil, du 17 février 1975, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs (22). Cet acte prévoit en premier lieu une procédure de consultation de l'employeur avec les représentants des travailleurs concernés. Les consultations doivent être entreprises en temps utile avant la décision sur le licenciement collectif, de telle sorte que les représentants des travailleurs puissent formuler des propositions constructives. La directive prescrit en outre la notification de tout projet de licenciement collectif à l'autorité publique compétente.

Deux Etats membres de la Communauté, à savoir l'Italie et la Belgique, ont d'ores et déjà été condamnés par la Cour de justice des Communautés européennes pour n'avoir pas complètement transposé cette directive dans

leur ordre juridique interne (Commission/Italie (23) et Commission/Belgique) (24).

— la directive 80/987 du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (25). Elle est complémentaire à la directive 77/187 en ce sens qu'elle porte sur les créances impayées des travailleurs salariés de l'employeur insolvable, résultant de contrats de travail et portant sur la rémunération afférente à la période qui se situe antérieurement à la date de la survenance de l'insolvabilité. A cet effet, les Etats membres sont tenus d'établir des institutions de garantie, le cas échéant avec la contribution financière des employeurs. La directive 80/987 comporte en outre des dispositions assurant que le non-paiement des cotisations de sécurité sociale par l'employeur n'a pas d'effet préjudiciable sur le droit du travailleur à prestations, ainsi que des dispositions assurant que les droits acquis ou en cours d'acquisition des travailleurs salariés à des prestations au titre de régimes complémentaires de prévoyance sociale, c'est-à-dire des régimes existant en dehors des régimes légaux nationaux de sécurité sociale, sont protégés.

Jusqu'à présent, la Cour de justice des Communautés européennes n'a pas encore été saisie d'affaires concernant la directive 80/987. Pour cette raison, son champ d'application par rapport à celui de la directive 77/187 est encore sujet à controverse. Dans des procédures portant sur l'interprétation de la directive 77/187, la Commission des Communautés européennes a pris la position que la directive « insolvabilité » — mais non pas la directive « transferts d'entreprises » — s'applique en cas d'une entreprise transférée dans le cadre d'une procédure de faillite. Etant donné que la Cour de justice des Communautés européennes a confirmé l'inapplicabilité de la directive « transferts d'entreprises », il semble que, dans l'hypothèse d'un transfert intervenu dans le cadre d'une procédure de faillite, seule la directive « insolvabilité » est d'application.

— la proposition de directive sur l'information et la consultation des travailleurs des entreprises à structure complexe, en particulier transnationale (26). Elle complète les directives 75/129 et 77/187 en soumettant les entreprises transnationales à l'obligation de communiquer certaines informations concernant leur politique commerciale et de l'emploi aux représentants de leurs travailleurs. Il convient toutefois de souligner qu'il ne s'agit là que d'une proposition de directive dont l'adoption est plus que douteuse, vu l'opposition massive des milieux industriels qui craignent des effets néfastes de la transparence envisagée sur la gestion d'entreprise.

En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour relative à la directive 77/187, trois questions méritent une attention toute particulière :

1) La notion de travailleur au sens de la directive 77/187;

(23) Arrêt 8 juin 1982, 91/81, Commission/Italie, Rec., 1982, p. 2133.

(24) Arrêt 28 mars 1985, 215/83, Commission/Belgique, J.T.T., 1985, p. 284; voy. à ce sujet : Pietro Zanelli, « Direttiva comunitaria e licenziamenti collettivi : il caso belga », Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 1986, n° 1, partie II, pp. 225 s.

(25) Loc. cit.

(26) J.O., 1980, C 297, p. 3.

2) L'applicabilité ou non de la directive 77/187 à un transfert d'entreprise intervenu dans le cadre d'une procédure de faillite ou de règlement judiciaire;

3) L'étendue des droits et obligations transférés et, plus particulièrement, la question de savoir si sont également transférés les droits et obligations nés antérieurement à la date du transfert.

1. — Sur la notion de travailleur au sens de la directive 77/187.

Ainsi qu'il a été constaté ci-avant, la Cour de justice des Communautés européennes adhère à une notion « communautaire » de travailleur dans le domaine de la libre circulation des travailleurs. Elle n'a toutefois pas suivi cette ligne, en ce qui concerne ladite notion au sens de la directive 77/187. Dans l'arrêt Mikkelsen (27) elle a jugé :

« 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 ».

S'agit-il d'un pas en arrière regrettable par rapport à la jurisprudence antérieure ? Nous estimons que non. En effet, ainsi que les motifs de l'arrêt cité le font apparaître, la directive 77/187 ne vise qu'à une harmonisation partielle de la matière en question, en étendant la protection garantie aux travailleurs de façon autonome par le droit des différents Etats membres également à l'hypothèse d'un transfert d'entreprise. Son objet est donc d'assurer, autant que possible, la continuité du contrat de travail ou de la relation de travail, sans modification, avec le cessionnaire afin d'empêcher que les travailleurs concernés ne soient pas placés dans une position moins favorable du seul fait du transfert. Elle ne vise toutefois pas à instaurer un niveau de protection uniforme pour l'ensemble de la Communauté en fonction de critères communs. Par conséquent, le bénéfice de la directive ne peut être invoqué que par des personnes qui sont, d'une manière ou d'une autre, protégées en tant que travailleurs en vertu des règles du droit national (28).

Une considération d'ordre pratique semble également avoir joué un rôle. Certes, la directive 77/187 elle-même est muette sur une définition quelconque de la notion en cause. Toutefois, la directive, postérieure et complémentaire, 80/987 précise expressément (art. 2, § 2) qu'elle ne porte pas atteinte au droit national en ce qui concerne la définition, entre autres, des termes « travailleurs salariés », « employeur » et « rémunération », renvoyant ainsi au droit national. Il semblait indiqué, eu égard au parallélisme entre les deux actes, d'adopter la même conception à l'égard de la directive 77/187.

2. — Sur l'applicabilité de la directive 77/187 en cas de faillite et de règlement judiciaire (29).

Avant les arrêts clarifiants de la Cour du 7 février 1985 et, notamment, l'arrêt-pilote Abels (30), une large mesure d'incertitude régnait dans

(27) Arrêt 11 juill. 1985, 105/84, Mikkelsen, J.T.T., 1986, p. 332 (attendu 28).

(28) Loc. cit.

(29) Les considérations émises dans cette section s'appuient largement sur une étude (non publiée) du service de recherche et de documentation de la C.J.C.E.

(30) Arrêt 7 févr. 1985, 135/83, Abels, J.T.T., 1985, p. 163; arrêt 7 févr. 1985, 19/83, Wendelboe, J.T.T., 1985,

(19) Arrêt 10 avril 1984, 14/83, von Colson et Kamann, Rec., 1984, p. 1891; J.T.T., 1984, p. 414.

(20) Arrêt 10 avril 1984, 79/83, Harz, Rec., 1984, p. 1921.

(21) Loc. cit.

(22) Loc. cit.; voy. à ce sujet : A. Adinolfi, « Prospettive per l'attuazione della direttiva comunitaria sui licenziamenti collettivi », Rivista di Diritto Internazionale, 1985, n° 4, pp. 841 s.; Michele de Luca, « Direttiva comunitaria in materia di licenziamenti collettivi e giurisprudenza dei giudici italiani », Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 1986, n° 2, partie II, pp. 406 s.; Michele de Luca, « Licenziamenti collettivi, trasferimenti d'azienda, crisi dell'impresa, procedure concorsuali e "tutele" dei lavoratori nel diritto comunitario : brevissime note sullo stato di "conformazione" dell'ordinamento italiano », Il Foro Italiano, 1986, n° 4, parte IV, pp. 109 s.; Luigi Renna, « In tema di licenziamenti collettivi e direttive comunitarie », Giurisprudenza Italiana, 1986, n° 5, parte I, sez. II, col. 309 s.

les milieux concernés et dans la doctrine relativement à l'applicabilité ou non de la directive 77/187 dans le cadre d'une procédure de faillite ou d'une procédure analogue. Cette incertitude était essentiellement due au fait que la directive, dans ses différentes versions linguistiques, permettait des interprétations tout à fait divergentes de son champ d'application.

En effet, aux termes de son article 1^{er}, § 1^{er}, elle s'applique aux transferts d'entreprises résultant notamment d'une *cession conventionnelle*. Au cours des procédures devant la Cour, le gouvernement néerlandais et la Commission ont soutenu en substance que le terme « conventionnel » vise seulement un contrat conclu librement par l'entreprise en tant qu'employeur, de sorte que la directive ne serait pas applicable à la vente forcée telle qu'elle a lieu en cas de liquidation par les créanciers d'une entreprise, dans le cadre d'une faillite ou d'un règlement judiciaire.

Dans les motifs de l'arrêt *Abels*, précité (31), il est indiqué que des divergences linguistiques considérables existent entre les différentes versions linguistiques de l'article 1^{er}, § 1^{er}, de la directive. Alors que les versions allemande (« vertragliche Übertragung »), française (« cession conventionnelle »), hellénique (« συμβατική κχώρηση »), italienne (« cessione contrattuale ») et néerlandaise (« overdracht krachtens overeenkomst ») ne visent clairement que les cessions intervenues en vertu d'un contrat, permettant ainsi de conclure que d'autres modalités de cession, telles que celles résultant d'un acte administratif ou d'une décision de justice, sont exclues, les versions anglaise (« legal transfer ») et danoise (« overdragelse ») semblent indiquer un champ d'application plus large.

Il apparaît en outre que, même dans les versions linguistiques présentant un haut degré de convergence (allemande, française, hellénique, italienne, néerlandaise), la terminologie utilisée est loin d'avoir une portée clairement définie dans le vocabulaire juridique national. Le seul enseignement que l'on puisse tirer des textes sur le plan littéral est donc qu'il existe une divergence marquée — voire une contradiction entre les versions allemande, française, hellénique, italienne et néerlandaise, d'une part, et les versions anglaise et danoise, d'autre part, en ce sens que les cinq premières prévoient expressément que le transfert doit être effectué par contrat, alors que les deux dernières n'imposent aucune restriction de ce genre.

De surcroît, même en partant de la thèse — fondée sur la majorité des versions linguistiques authentiques — que seuls les transferts effectués par voie de contrat sont visés par la directive 77/187, il n'en reste pas moins que le transfert dans le cadre d'une procédure de faillite s'effectue dans des formes et selon des modalités variant d'un Etat membre à l'autre : certains Etats membres considèrent la vente effectuée dans le cadre d'une procédure de faillite comme une vente

contractuelle normale, même si l'intervention de l'autorité judiciaire est un préalable à la conclusion d'un tel contrat. En revanche, d'autres systèmes juridiques partent de la conception que la vente intervient en vertu d'un acte d'autorité publique.

Le recours aux mesures nationales adoptées pour la mise en œuvre de la directive 77/187 n'éclaircit pas davantage le problème. D'une part, le conflit entre les versions linguistiques de la directive se poursuit au niveau des mesures nationales. Ainsi, par exemple, le Royaume-Uni inclut expressément dans le champ d'application de sa législation nationale les transferts effectués dans le cadre d'une faillite, alors que la France les exclut tout aussi explicitement. Somme toute, il semble que les Etats membres sont partagés, à peu près en proportions égales, entre l'inclusion et l'exclusion du cas de faillite dans leur législations d'application. A cela s'ajoute que deux Etats membres (République fédérale d'Allemagne et l'Italie) possédaient déjà des mesures de protection sociale en cas de transfert d'entreprise antérieurement à l'adoption de la directive 77/187, ce qui implique que leur portée ne dépend pas nécessairement de l'interprétation à donner à la directive.

Plus concrètement, on peut retirer d'un examen comparé des divers textes nationaux que :

a) Le Danemark (32), l'Italie (33) et le Royaume-Uni (34) incluent dans le champ d'application de leur législation tout transfert d'une entreprise, y compris le transfert en cas de faillite. La législation du Luxembourg est particulière en ce sens qu'elle s'applique à des transferts autres que les transferts conventionnels, tout en excluant — apparemment — le cas spécifique d'une « déclaration en état de faillite » (35).

b) En revanche, la Belgique (du moins d'après la majorité de la doctrine) (36), la France (37), les

(32) Article 1^{er}, loi n° 111, 21 mars 1979, relative à la situation juridique des salariés en cas de transfert d'entreprises; cf. également Karnov, *Commentaire de la loi sur les transferts d'entreprises*, éd. 1979, suppl., p. 4519.

(33) Article 2112, Code civil italien; cf. *Corte Suprema di Cassazione*, n° 1499, 1976.

(34) The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981 (voy. notamment Regulations 3 (2) et 4; cette dernière disposition inclut expressément dans le champ d'application de la réglementation britannique le cas de « transfers by receivers and liquidators »).

(35) Article 1^{er}, (2), loi 18 mars 1981 relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements (*Mémorial* 1981, p. 277); cf. également travaux préparatoires, n° 2403, avis du Conseil d'Etat, 2 déc. 1980, rapport de la Commission des affaires sociales, 10 févr. 1981.

(36) Article 1^{er} de l'arrêté royal rendant obligatoire la convention collective de travail n° 32 du 28 février 1978 conclue au sein du Conseil national du travail relative au maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise (*Mon.*, 25 août 1978). Pour la doctrine voy. : Goffin et Nyssen, « Règlement des droits des travailleurs repris par un nouvel employeur reprenant l'actif de l'entreprise à la suite d'une faillite ou d'un concordat », *J.T.T.*, 1980, p. 241 s.; Verougstraete, *Manuel du curateur de faillite*, Swinnen, 1979, p. 259; Herman, « De Werknemer en het faillissement van zijn werkgever », *Oriëntatie, Sociaalrecht en personeelsbeleid*, 1983, p. 12. *Contra* : H. van Hoogebemt, *Bedrijfsverdracht naar Europees en Belgisch sociaalrecht*, Kluwer, 1983, pp. 41 s.

(37) Article L. 122-12-1 du Code du travail, inséré par la loi n° 83-528, du 28 juin 1983, portant mise en œuvre de la directive du Conseil des Communautés européennes du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des

Pays-Bas (38) et la République fédérale d'Allemagne (39) ne visent que le transfert conventionnel.

En présence de ces divergences, la Cour de justice des Communautés européennes a estimé que le champ d'application de la directive 77/187 ne pouvait être appréciée sur la base d'une seule interprétation textuelle mais qu'il convenait d'éclairer sa signification à la lumière de son économie et de sa finalité (40).

S'agissant en réalité d'un problème socio-économique de grande envergure, qui comporte de lourdes conséquences à maints égards, la solution doit être recherchée en premier lieu dans une interprétation systématique et téléologique.

L'objet principal de la directive est de préserver les emplois. A cette fin, elle prévoit (art. 3) que, lorsqu'une entreprise est transférée, les contrats de travail avec l'ancien employeur et les responsabilités qui en découlent sont automatiquement transférés au nouvel employeur (sauf certains cas exceptionnels bien définis). Cette règle ne présente aucun problème majeur tant que l'entreprise transférée est financièrement saine. En revanche, si elle devait s'appliquer à une entreprise en difficultés, elle ferait peser sur celle-ci de lourdes charges juste au moment où sa survie pourrait dépendre d'un haut degré de souplesse.

Il est en effet évident que, normalement, un acquéreur potentiel ne voudra pas reprendre une entreprise qui souffre déjà de problèmes financiers s'il n'a pas au moins la possibilité de se libérer des contrats d'emploi de l'ancienne entreprise et des charges y afférentes. Il s'ensuit que le syndicat d'une entreprise faillie serait obligé, dans presque tous les cas de faillite, de liquider l'entreprise, ce qui entraînerait la perte de la totalité des emplois. Au lieu de sauver une partie des emplois en cédant l'entreprise encore en état de marche (« going concern »), le syndicat serait le plus souvent forcé d'adopter la solution la moins satisfaisante, à savoir celle de liquider l'entreprise avec, par conséquence, la perte totale des emplois.

C'est essentiellement sur la base des considérations qui précèdent que la Cour de justice des Communautés européennes a jugé dans l'arrêt *Abels* que (41) :

droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissement ou des parties d'établissement (*J. O. Républ. Franç.*, 29 juin 1983). Cette disposition exclut expressément les transferts intervenus « dans le cadre d'une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens ».

(38) Article 1639, aa, du Code civil néerlandais, inséré par la loi du 15 mai 1981 (*Staatsblad*, p. 400).

(39) Article 613, a (1) du Code civil allemand, dans la version modifiée par la *Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz* du 13 août 1980 (*Bundesgesetzblatt*, I, p. 1308). Le *Bundesarbeitsgericht* (juridiction suprême en matière de droit du travail) a d'abord donné à cette disposition une interprétation restrictive en ce sens qu'elle ne s'applique pas à des transferts intervenus dans le cadre d'une faillite, pour autant qu'il s'agit d'obligations nées avant l'ouverture de la faillite (arrêt 17 janv. 1980, *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, vol. 32, p. 326; arrêt 3 juill. 1980, *Der Betrieb*, 1980, p. 2143). Le *Bundesarbeitsgericht* a toutefois changé d'orientation dans sa jurisprudence plus récente; il considère maintenant l'article 613, a, applicable à des transferts d'entreprises intervenus dans le cadre d'une faillite ou d'un règlement judiciaire et, notamment, à la vente de l'entreprise par le syndicat (arrêt 26 mai 1983, *Betriebs-Berater*, 1983, p. 2116).

(40) Arrêt 7 févr. 1985, 135/83, *Abels*, loc. cit. (attendu 13).

(41) Loc. cit. (attendu 30).

p. 167; arrêt 7 févr. 1985, 179/83, *Industriebond FNV*, *Rec.*, 1985, p. 514; arrêt 7 févr. 1985, 186/83, *Botzen*, *J.T.T.*, 1985, p. 166; voy. à ce sujet les commentaires suivants : Jacques Mauro, *Gazette du Palais*, 1985, n° 2, pp. 153 s.; W.J.P.M. Fase, *Sociaal maandblad arbeid*, 1985, n° 4, pp. 255 s.; Sjeff de Laat, *Advocatenblad*, 1985, n° 14, pp. 327 s.; B.F.M. Knueppe, *Advocatenblad*, 1985, n° 14, pp. 330 s.; H.J.M. Scholman, *Nederlands juristenblad*, 1985, pp. 902 s.; P.A. Stein, *Nederlandse jurisprudentie, Uitspraken in burgerlijke en strafzaken*, 1985, n° 51-52, pp. 2951 s.; I.C. van Alderwegen, *Rechtspraak sociale verzekering*, 1985, n° 13, p. 510.

(31) Loc. cit. (attendu 11).

« ... la directive 77/187 ... ne s'applique pas au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'établissement dans une situation dans laquelle le cédant a été déclaré en état de faillite, étant entendu que l'entreprise ou l'établissement en cause fait partie de la masse de faillite, sans préjudice toutefois de la faculté des Etats membres d'appliquer à un tel transfert de façon autonome les principes de la directive. Celle-ci s'applique cependant au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'établissement à un autre chef d'entreprise intervenu dans le cadre d'une procédure du type de celle d'une "surséance van betaling" (sursis de paiement) ».

Cette conclusion, tirée d'une argumentation essentiellement « finaliste », comporte notamment les aspects suivants (42) :

- Le droit de la faillite est un droit spécifique, caractérisé par des procédures spéciales qui ont pour objet la mise en balance des divers intérêts, notamment de ceux des différentes catégories de créanciers. Il déroge en partie à d'autres règles de nature générale, parmi lesquelles les dispositions du droit social;
- La finalité de la directive 77/187 est d'assurer l'évolution économique et de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre, ainsi que d'empêcher que la restructuration à l'intérieur du Marché commun ne s'effectue au préjudice des travailleurs des entreprises concernées. Or, il existe, en l'état actuel du développement économique une large part d'incertitude en ce qui concerne les incidences sur le marché du travail des transferts d'entreprises en cas d'insolvabilité de l'employeur et les mesures appropriées à prendre afin de protéger au mieux les intérêts des travailleurs. Par conséquent, on ne saurait exclure le risque d'une détérioration, au plan global, des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre, contrairement aux objectifs sociaux du traité. En d'autres mots, l'application de rigueur de la directive à un transfert intervenu dans le cadre d'une procédure de faillite pourrait avoir un effet contre-productif.
- Le fait que la directive 77/187 n'est pas applicable dans l'hypothèse d'une procédure de faillite n'exclut toutefois pas que les Etats membres appliquent, dans un tel cas, de façon autonome les (ou certains des) principes de la directive sur la base de leur droit national, s'ils ont des raisons d'estimer que cela est dans l'intérêt des travailleurs. Une telle application autonome serait d'ailleurs conforme à l'article 7 de la directive qui permet aux Etats membres d'appliquer des dispositions nationales plus favorables aux travailleurs. La directive ne fixe donc que des standards minima.
- La directive 77/187 est cependant applicable pour ce qui est d'une procédure du type de règlement judiciaire (néerlandais : « surséance van betaling ») ou de procédure analogue, se situant à un stade antérieur à l'éventuelle faillite. En effet, deux différences importent à cet égard : d'une part, le contrôle judiciaire tant sur l'ouverture que sur le déroulement de ce genre de procédure est en règle générale plus limité qu'en cas de faillite. D'autre part, l'objectif du règlement judiciaire est différent de celui de la faillite. Il vise en premier lieu à la sauvegarde de la masse et, le cas échéant, à la poursuite de l'activité de l'entreprise au moyen d'un sursis collectif de paiement, et non pas à la liquidation

des biens du débiteur. Enfin, un motif d'ordre pratique milite également en faveur d'une solution différenciée : La procédure de règlement judiciaire peut toujours — à défaut de règlement — être suivie d'une procédure de faillite. Il ne faut donc pas donner à un repreneur potentiel de l'entreprise la possibilité d'une acquisition libre des entraves sociales prévues par la directive dans le cadre d'une procédure de règlement judiciaire. Une telle vente « libre » doit plutôt être réservée au stade ultérieur de la procédure de faillite.

3. — Sur l'étendue des droits transférés en vertu de la directive 77/187.

La troisième question centrale soulevée devant la Cour de justice des Communautés européennes était de savoir si sont transférés, avec le transfert de l'entreprise, également les droits des travailleurs nés antérieurement à la date du transfert ou, autrement dit, si la directive impose le transfert des dettes du cédant. Cette question est étroitement liée à celle de l'applicabilité de la directive en cas de faillite ou de règlement judiciaire, car il est manifeste que l'on admettra plus facilement le transfert des obligations du cédant nées avant le transfert, dans la mesure où l'entreprise peut être aliénée libre de ces obligations en cas de crise extrême, c'est-à-dire en cas de faillite du cédant.

A cet égard, la Cour a jugé que le transfert d'entreprise entraîne, sauf disposition expresse contraire dans la directive 77/187 elle-même, le transfert des obligations du cédant (et des droits des travailleurs correspondants), résultant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail, même si ces obligations sont nées antérieurement à la date du transfert (43).

4. — Sur quelques aspects particuliers de la directive 77/187.

Ceci étant les grandes lignes de la jurisprudence relative à la directive 77/187, il ne nous reste plus qu'à ajouter quelques observations concernant certains aspects particuliers de cette directive :

- a) Il n'y a transfert d'entreprise, au sens de l'article 1^{er}, § 1^{er}, de la directive 77/187, que lorsque, « compte tenu de l'ensemble des circonstances de fait caractérisant l'opération en cause, ... il s'agit d'une entité économique encore existante ("going concern") qui a été aliénée, ce qui résulte notamment du fait que son exploitation est effectivement poursuivie ou reprise par le nouveau chef d'entreprise, avec les mêmes activités économiques ou des activités analogues ». Il faut donc que l'entité économique transférée garde son identité (44).
- b) Le cessionnaire ne reprend pas les obligations du cédant vis-à-vis de « salariés qui n'étaient pas employés de l'entreprise au moment du

(43) *Loc. cit.* (attendu 38).

(44) Arrêt 18 mars 1986, 24/85, Spijkers, J.T.T., 1986, p. 330.

transfert » (par exemple, parce qu'ils ont donné congé eux-mêmes). Il convient toutefois de préciser sous ce rapport que l'existence ou non d'une relation de travail à la date du transfert doit être établie compte tenu des dispositions impératives de l'article 4, § 1^{er}, de la directive, relative à la protection des travailleurs contre le licenciement du fait du transfert (45).

- c) Le cessionnaire ne reprend pas les obligations du cédant vis-à-vis 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 » (46).
- d) En cas de transfert d'une partie seulement d'une entreprise ou d'un établissement, le cessionnaire n'est obligé de reprendre que ceux des travailleurs qui sont affectés à la partie transférée. Ceci résulte du lien organique existant entre le travailleur et l'entreprise, qui caractérise la relation de travail. Ce qui importe, c'est donc l'affectation à une certaine unité de l'entreprise et non pas la question de savoir à quelle(s) unité(s) ont profité les activités exercées (par exemple, le comptable doit seulement être repris par le cessionnaire si le service « comptabilité » est transféré, encore que les activités dont il s'agit profitent à l'entreprise tout entière (47)).
- e) Enfin, mentionnons, pour être complet, que, jusqu'à présent, la Cour de justice des Communautés européennes a été saisie de deux affaires en manquement (art. 169, Traité C.E.E.) concernant la transposition de la directive 77/187 en droit national. La Belgique avait omis d'assurer la protection de certaines catégories de travailleurs, à savoir les travailleurs à l'essai, les travailleurs licenciés dans la perspective de l'âge de la retraite et les étudiants exerçant une occupation d'étudiant, contre le licenciement en cas de transfert d'entreprise (48). D'autre part, l'Italie n'avait pas instauré les procédures d'information et de consultation, prescrites par la directive, à l'égard des travailleurs concernés par le transfert (49).

Manfred A. DAUSES (*)

(45) Arrêt 7 févr. 1985, 19/83, Wendelboe, *loc. cit.* (attendu 16 et 17).

(46) Arrêt 11 juill. 1985, 105/84, Mikkelsen, *loc. cit.* (attendu 17).

(47) Arrêt 7 févr. 1985, 186/83, Botzen, *loc. cit.*

(48) Arrêt 15 avril 1986, 237/84, Commission/Belgique, J.T.T., 1986, p. 329.

(49) Arrêt 10 juill. 1986, 235/84, Commission/Italie, non encore publié.

(*) Référéndaire à la Cour de justice des Communautés européennes. Le présent article est la version révisée d'une conférence donnée à l'occasion d'un colloque organisé par l'Union internationale des avocats (section « droit du travail ») à Hambourg. L'auteur tient à remercier le service de recherche et de documentation de la Cour de justice des Communautés européennes dont les études en matière de droit comparé ont permis de rédiger les passages relatifs aux régimes juridiques des Etats membres.

Maison Ferdinand LARCIER, s.a., rue des Minimes 39, 1000 Bruxelles — Tél. : (02) 512 47 12 - 512 96 79

Nadine WATTÉ

Avocat honoraire au barreau de Bruxelles
Chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles

LES DROITS ET DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Un volume in-8°, 376 pages, 1987 2.983 FB (franco, t.v.a. incluse)

(42) *Loc. cit.* (attendus 15 à 29).