

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. M. POIARES MADURO

présentées le 16 juin 2005¹

1. La présente affaire amène la Cour à préciser une nouvelle fois les contours de la notion de «transfert» au sens de l'article 1^{er} de la directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements² (JO L 82, p. 16). En effet, l'Arbeitsgericht Düsseldorf (Allemagne) a adressé à la Cour, dans deux décisions de renvoi distinctes datées du 5 mai 2004, des questions sur l'application de cette directive lors de la succession d'un prestataire à l'autre pour un marché de services concernant le contrôle des passagers dans l'aéroport de Düsseldorf. Plus particulièrement, la juridiction de renvoi souhaite savoir quelles conséquences attacher à la mise à disposition par l'adjudicateur³ de

certains éléments d'exploitation au bénéfice des adjudicataires.

I — Les faits, le cadre juridique et les questions préjudicielles

2. Aux termes d'un contrat conclu le 24 mars/5 avril 2000 avec la République fédérale d'Allemagne, Aviation Defence International Germany Ltd a été chargée du contrôle des bagages et des passagers à l'aéroport de Düsseldorf. Securicor Aviation (Germany) Ltd (ci-après «Securicor») a repris l'exécution de ce contrat. Par une lettre datée du 5 juin 2003, Securicor a été prévenue que sa mission de contrôle ne serait pas prorogée au-delà du 31 décembre 2003, le marché portant sur l'exécution des missions de sécurité aérienne dans l'aéroport ayant été emporté par la société Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG (ci-après

1 — Langue originale: le portugais.

2 — Cette directive codifie les modifications de la directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements (JO L 61, p. 26), apportées par la directive 98/50/CE du Conseil, du 29 juin 1998 (JO L 201, p. 88).

3 — La suite du texte fait indifféremment référence soit au «donneur d'ordre», soit à «l'adjudicateur».

«Kötter»). Celle-ci a commencé ses activités le 1^{er} janvier 2004.

3. D'après les termes du contrat, qui n'ont pas varié lors du changement d'adjudicataire, la République fédérale d'Allemagne met à la disposition de ce dernier les équipements de sûreté aérienne nécessaires à l'exécution des contrôles et prend en charge leur entretien. Il s'agit des portiques de détection, des tapis roulants munis de systèmes d'inspection automatique à rayons X (installation de contrôle des bagages et appareils de détection radioscopique), des détecteurs manuels et des détecteurs d'explosifs.

4. Il est également prévu dans le contrat que l'adjudicataire doit respecter l'article 29, sous c), paragraphe 1, de la loi sur le transport aérien (Luftverkehrsgesetz), selon lequel «[i]l appartient aux autorités aéronautiques de veiller à la protection contre les atteintes à la sûreté du transport aérien, en particulier contre les détournements d'aéronefs, et les actes de sabotage. La compétence territoriale des autorités aéronautiques s'étend à cet effet à l'ensemble de la zone aéroportuaire. Pour autant que l'exécution de ces tâches exige la fouille de personnes et la fouille, l'inspection ou toute autre forme de contrôle d'objets, les autorités aéronautiques peuvent recourir à des personnes qualifiées en tant qu'agents auxiliaires qui doivent exercer leurs fonctions sous la surveillance desdites autorités»⁴.

5. Par conséquent, les salariés de l'adjudicataire affectés à des tâches de contrôle doivent suivre une formation spécifique de quatre semaines et passer un examen d'assistant de sécurité aérienne afin d'obtenir une délégation de puissance publique les habilitant à exercer ces activités de contrôle.

6. M^{mes} Güney-Görres et Demir étaient employées respectivement depuis le 26 avril 2000 et le 7 mai 2001 en tant qu'agents de sécurité et comme tels soumises aux prescriptions de l'article 29, sous c), de la loi sur le transport aérien. Securicor leur a adressé à chacune une lettre datée du 26 novembre 2003, dénonçant les contrats de travail et prenant effet à compter du 31 décembre 2003. Les employées ont réagi en introduisant des actions devant l'Arbeitsgericht Düsseldorf parvenues à la juridiction le 18 décembre 2003, visant à faire constater que leurs contrats de travail devaient se poursuivre avec le nouvel adjudicataire, car un transfert d'entreprise avait eu lieu.

7. La notion de «transfert» d'entreprise est définie à l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 2001/23, qui dispose:

«a) La présente directive est applicable à tout transfert d'entreprise, d'établisse-

⁴ — Cette loi est citée dans la version de la promulgation du 27 mars 1999 (BGBl. 1999 I, p. 550), modifiée en dernier lieu par la loi du 6 avril 2004 (BGBl. 2004 I, p. 550).

ment 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»⁵.

8. En droit allemand, cette disposition a été transposée par l'article 613a du Bürgerliches Gesetzbuch, dont le paragraphe 1 dispose notamment que, «[l]orsqu'un établissement ou une partie d'établissement est transféré par acte juridique à un autre propriétaire, celui-ci succède aux droits et obligations nés des contrats de travail en vigueur à la date du transfert».

9. Selon l'Arbeitsgericht Düsseldorf, l'existence d'un transfert d'entreprise dépend de l'éventuel transfert d'éléments d'exploita-

tion, à savoir les équipements de sûreté aérienne, de Securicor à Kötter. Or, il est établi que Kötter utilise les mêmes éléments d'exploitation que Securicor, mis à disposition par l'adjudicateur du marché. La juridiction de renvoi se demande si cette circonstance suffit pour conclure à l'existence d'un transfert d'établissement au sens de l'article 1^{er} de la directive 2001/23, telle qu'interprétée par la Cour dans son arrêt Abler e.a.⁶. Dans ce dernier arrêt, en effet, la Cour s'est fondée sur la mise à disposition d'éléments d'actif par un donneur d'ordre pour conclure à l'existence d'un transfert d'entreprise entre prestataires de services successifs. Les doutes de la juridiction de renvoi proviennent également de l'interprétation de la notion de transfert dans la jurisprudence du Bundesarbeitsgericht, qui considère que les éléments d'exploitation mis à la disposition de l'adjudicataire ne peuvent être assimilés à un élément de ce dernier que dans le cas d'une «gestion économique propre»⁷. Par conséquent, dans deux décisions distinctes du 3 mai 2004, jointes par ordonnance du président de la Cour le 9 juillet 2004 en raison de l'identité des questions posées, l'Arbeitsgericht Düsseldorf a adressé les questions suivantes à la Cour:

- «1) Lors du contrôle de l'existence d'un transfert d'établissement en application de l'article 1^{er} de la directive 2001/23/

6 — Arrêt du 20 novembre 2003 (C-340/01, Rec. p. I-14023).

7 — Arrêt de la huitième chambre du Bundesarbeitsgericht du 11 décembre 1997 (8 AZR 426/94, BAGE 87, 296), ordonnance du 22 janvier 1998 (8 ABR 83/96), non encore publiée, et arrêt du 25 mai 2000 (8 AZR 337/99), non encore publié, reproduits en annexe aux observations du gouvernement allemand.

5 — Cette définition est demeurée sans changement par rapport à sa version résultant de la directive 98/50.

CE — indépendamment de la question de la propriété —, en cas de nouvelle attribution d'un marché et dans le cadre d'une évaluation d'ensemble, la constatation du transfert des éléments d'exploitation de l'adjudicataire initial au nouvel adjudicataire est-elle subordonnée à la condition que ces éléments sont cédés à ce dernier aux fins d'une gestion économique propre? Par conséquent, pour admettre l'existence du transfert des éléments d'exploitation, est-il nécessaire de reconnaître à l'adjudicataire la faculté de décider de leur mode d'utilisation dans son intérêt économique propre? Partant, faut-il distinguer selon que les éléments d'exploitation du donneur d'ordre constituent l'objet ou le 'moyen' de la prestation fournie par l'adjudicataire?

b) Y a-t-il gestion économique propre par l'adjudicataire lorsque, dans le cadre du contrôle des passagers dans les aéroports, il utilise les portiques de détection, les détecteurs manuels et les équipements de détection radioscopiques mis à sa disposition par le donneur d'ordre?»

10. Ces questions visent toutes les deux à définir les conditions dans lesquelles on peut considérer qu'un transfert d'éléments d'exploitation a eu lieu, lorsque ces éléments sont mis à la disposition par l'adjudicateur aux adjudicataires successifs de ce marché.

2) Au cas où la Cour de justice répondrait affirmativement à la première question:

a) L'affectation à la gestion économique propre des éléments d'exploitation doit-elle être écartée lorsque le donneur d'ordre ne les met à la disposition de l'adjudicataire qu'aux fins d'une simple utilisation et qu'il prend en charge l'entretien, y compris les coûts y afférents?

11. Notons au préalable que l'applicabilité de la directive 2001/23 aux marchés de services ne fait pas de doute. Dans l'arrêt *Watson Rask et Christensen*⁸, la Cour a en effet affirmé cette possibilité. Postérieurement, les arrêts *Schmidt*⁹ et *Süzen*¹⁰ ont

8 — Arrêt du 12 novembre 1992 (C-209/91, Rec. p. I-5755, point 17).

9 — Arrêt du 14 avril 1994 (C-392/92, Rec. p. I-1311, points 12 à 14). Toutefois, postérieurement à cet arrêt, fortement critiqué par la doctrine, la Commission avait suggéré, dans une proposition de révision de la directive 77/187, de distinguer entre, d'une part, le transfert d'une entité et, d'autre part, le transfert seulement d'une activité d'une entité, ce dernier ne tombant pas dans le champ d'application de la directive. Face à l'opposition du Parlement européen, la Commission des Communautés européennes modifia sa proposition initiale et supprima cette clause du texte. Toutefois, l'arrêt du 11 mars 1997, *Süzen* (C-13/95, Rec. p. I-1259) reprend la distinction entre une entité et une «simple activité».

10 — Arrêt précité.

confirmé cette interprétation. On peut, à titre d'exemples d'application de la directive 2001/23 à des successions de marchés citer les affaires Hidalgo e.a.¹¹, Hernandez Vidal e.a.¹², Allen e.a.¹³, Liikenne¹⁴, Temco¹⁵ et en dernier lieu Abler e.a., précité.

protection des travailleurs¹⁸ et, d'autre part, la réalisation du marché unique¹⁹.

12. Bien que la jurisprudence soit abondante sur ce sujet, le débat sur la notion de transfert d'entreprise n'est cependant pas clos, puisque les avocats généraux continuent de soumettre à la Cour des arguments visant à remettre en cause son interprétation extensive de cette notion¹⁶. La jurisprudence peine parfois à trouver une ligne de démarcation nette entre transfert d'activité et transfert d'entreprise¹⁷. Or cette limite est la garante d'un équilibre entre les deux objectifs poursuivis par la directive 2001/23, à savoir, d'une part et à titre principal, la

13. Pour qu'une entité conserve son identité postérieurement à un transfert, elle doit au préalable exister en tant qu'entité autonome²⁰. Contrairement à ce qu'a défendu Kötter à l'audience, je n'éprouve pas de doute sur l'existence d'une entité économique destinée à effectuer des activités de contrôle dans l'aéroport de Düsseldorf. Toutefois, afin de répondre aux questions de la juridiction de renvoi, il conviendra dans un premier temps d'établir si les éléments mis à disposition par le donneur d'ordre font partie de l'entité transférée, c'est-à-dire d'apprécier si ces éléments mis à la disposition de Securicor lui sont imputables. La nature de la mise à disposition sera déterminante pour cette analyse. Dans un second temps du raisonnement, on abordera la question du maintien de l'identité de l'entité.

11 — Arrêt du 10 décembre 1998 (C-173/96 et C-247/96, Rec. p. I-8237).

12 — Arrêt du 10 décembre 1998 (C-127/96, C-229/96 et C-74/97, Rec. p. I-8179).

13 — Arrêt du 2 décembre 1999 (C-234/98, Rec. p. I-8643).

14 — Arrêt du 25 janvier 2001 (C-172/99, Rec. p. I-745).

15 — Arrêt du 24 janvier 2002 (C-51/00, Rec. p. I-969).

16 — Par exemple, selon l'avocat général Geelhoed, les circonstances factuelles dans l'affaire Abler e.a., précitée, devaient s'analyser comme «la perte d'un marché par l'ancien prestataire de services et l'obtention d'un tel marché par le nouveau prestataire» (point 54) et non comme un transfert d'entreprise. Au point 38 de ses conclusions dans l'affaire Temco, précitée, l'avocat général Geelhoed insiste aussi sur l'importance du contexte économique et avance que «la dynamique du marché risque d'être perturbée si l'on admet avec trop de souplesse qu'il y a transfert au sens de la directive».

17 — Seul le second entre dans le champ d'application de la directive 2001/23. Un transfert d'activité est un des éléments constituant un transfert d'entreprise. Il importe en outre qu'une entité économique stable, support de l'activité, soit également transférée, pour qu'un transfert d'entreprise ait lieu. Sur la notion d'entité économique, voir notamment les conclusions de l'avocat général Van Gerven dans l'affaire Schmidt, précitée, points 13 et 14; Pochet, P., *L'apport de l'arrêt Schmidt à la définition du transfert d'une entité économique*, Droit social, 1994, p. 931, et O'Leary, S., *Employment Law at the European Court of Justice*, Oxford, 2002, p. 259.

18 — Voir, en dernier lieu, arrêt du 26 mai 2005, Celtec (C-478/03, points 26 et 27, Rec. p. I-4389). Voir aussi Mertens de Wilmars, J., et Nyssens, H., «Intégration européenne et correction des mécanismes du marché: un modèle économique et social européen», *Philosophie du droit et droit économique: Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, 1999, p. 557.

19 — La directive 2001/23 prend en compte plus généralement des exigences économiques puisqu'il est prévu à son article 5, paragraphe 1, qu'elle n'est en principe pas applicable lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité. Sur l'équilibre entre les deux objectifs poursuivis par la directive, Kenner, J., *EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and beyond*, Oxford, 2003, p. 352.

20 — La jurisprudence est constante: arrêts Süzen, précité, point 13; du 19 septembre 1995, Rygaard (C-48/94, Rec. p. I-2745, point 20); Liikenne, précité, point 31, et Abler e.a., précité, point 30.

II — Considérations préliminaires sur le transfert d'éléments d'exploitation du donneur d'ordre aux prestataires

14. L'enjeu couvert par la première question de la juridiction de renvoi est de savoir si les éléments d'exploitation mis à disposition par l'adjudicateur font partie de l'entité économique transférable. Peut-on considérer, comme le fait la juridiction nationale, que l'arrêt *Abler e.a.*, précité, apporte une réponse à cette interrogation?

15. Il ressort certes de la jurisprudence qu'un transfert de propriété n'est pas indispensable pour qu'un transfert d'éléments corporels ou immobiliers soit effectué. Dans l'affaire *Redmond Stichting*²¹, par exemple, l'association bénéficiaire d'une subvention communale, *Redmond Stichting* puis *Sigma*, louait un immeuble à la commune. La Cour inclut au titre des éléments permettant d'établir l'existence d'un transfert, le fait que «l'immeuble donné en location à *Redmond* est donné en location à *Sigma*»²². Ainsi, l'absence de transfert de propriété d'un prestataire à l'autre n'empêche pas qu'un transfert d'actifs puisse intervenir,

dès lors qu'il est constaté que les actifs en cause font partie de l'entité transférable²³.

16. La question de savoir dans quelles circonstances une mise à disposition d'actifs par un donneur d'ordre revient à l'intégration de ces actifs dans l'entité transférable du prestataire est plus délicate. La jurisprudence ne donne pas d'indication claire sur ce point. Au contraire, elle est partagée.

17. Dans le cadre d'une succession d'entreprises dans l'exécution d'une activité de nettoyage, l'arrêt *Süzen*, sans se prononcer directement, se contentait de relever que l'identité d'une entité économique ressort d'éléments tels que, le cas échéant, «les moyens d'exploitation» mis à sa disposition par le donneur d'ordre²⁴.

18. Postérieurement à cet arrêt, la Cour semble avoir à nouveau hésité à se prononcer dans l'affaire *Watson Rask et Christensen*²⁵. La société *Philips* confiait pour la première fois le service de cantine de son entreprise à un prestataire extérieur. Elle mettait à la disposition de la société *ISS Kantineservice*, sans contrepartie financière, les locaux de vente et de production agréés par cette dernière, l'équipement nécessaire à la gestion

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

22 — Point 26 de l'arrêt. Au point 13 de ses conclusions, l'avocat général Van Gerven estimait que: «un transfert des actifs matériels a également eu lieu de facto, en ce sens que le bâtiment donné en location à *Sophie Redmond* par la commune de Groningen a été donné en location à *Sigma* à partir du 1^{er} janvier 1991».

23 — Voir également arrêt *Abler e.a.*, précité, point 42, et arrêt de la Cour AELE du 10 décembre 2004, *Rasmussen* (E-2/04, pas encore publié).

24 — Arrêt précité, point 15.

25 — Arrêt précité.

de la cantine, l'électricité, l'eau chaude et le téléphone et s'engageait à assurer l'entretien général des locaux et des équipements ainsi que l'enlèvement des déchets²⁶. Au point 6 de ses conclusions, l'avocat général Van Gerven a estimé que cette situation devait s'analyser comme une «absence de transfert de ses biens mobiliers par Philips». La Cour constate seulement que la directive 77/187 est applicable à une situation d'externalisation, tout en considérant que la mise à disposition d'éléments d'exploitation par le donneur d'ordre fait partie des «divers avantages dont les modalités sont déterminées par l'accord conclu»²⁷ entre les deux entreprises.

19. Une réponse semble toutefois être apportée à la question des conséquences à attacher à une mise à disposition d'actifs par le donneur d'ordre dans l'arrêt *Temco*, précité. En l'occurrence, Volkswagen mettait à la disposition des entreprises de nettoyage avec lesquelles elle contractait les moyens nécessaires au nettoyage industriel de ses installations. La Cour a admis l'analyse de la juridiction nationale qui déduisait de cet élément qu'aucune cession d'éléments d'actif n'avait eu lieu d'un prestataire à un autre²⁸. En effet, rien n'empêche que les éléments d'actif mis à disposition soient utilisés par un adjudicataire puis par son successeur, sans pour autant faire partie de l'entité transférable.

20. Contrairement à ce qui semblait établi dans cet arrêt, la Cour a toutefois adopté une approche distincte dans son arrêt *Abler e.a.*, précité, dans lequel elle a reconnu que, dans certains cas, une mise à disposition d'actifs par le donneur d'ordre peut entraîner un transfert d'actifs entre prestataires. En effet, dans cette affaire, où deux prestataires de services se succédaient pour assurer des services de restauration dans un hôpital, l'institution gestionnaire mettait à leur disposition les locaux eux-mêmes ainsi que l'eau, l'énergie et les petits et gros équipements indispensables. La Cour a constaté que «les éléments corporels indispensables pour l'activité visée [...] ont été repris par Sodexho»²⁹. Or, cette conclusion implique nécessairement, comme l'a noté le gouvernement allemand à l'audience, que les éléments corporels en cause faisaient partie de l'entité transférable, bien que l'hôpital en ait conservé la propriété³⁰.

21. Ainsi, alors que, dans l'affaire *Temco*, précitée, une mise à disposition d'éléments d'exploitation par le donneur d'ordre n'entraînait pas l'inclusion de ces éléments dans l'entité transférable, la conclusion contraire est atteinte dans l'arrêt *Abler e.a.*³¹. Il est troublant que cette divergence ne soit pas le

26 — Arrêt *Watson Rask et Christensen*, précité, point 6.

27 — Arrêt *Watson Rask et Christensen*, précité, point 1 du dispositif.

28 — Conclusions dans l'affaire *Temco*, précitée, point 25. Notons que la Cour a conclu dans cette affaire qu'un transfert d'entreprise avait eu lieu d'un prestataire à l'autre en raison d'une reprise de l'essentiel des compétences du personnel par le second prestataire.

29 — Arrêt *Abler e.a.*, précité, point 36.

30 — Notons que l'avocat général Geelhoed suggérait, au point 77 de ses conclusions, une solution opposée: «étant donné que le donneur d'ordre est le propriétaire de ces moyens de production, il récupérera la jouissance de ces biens lorsque la convention aura pris fin. On ne peut donc parler, en l'espèce, de transfert de ces actifs».

31 — Cette conclusion pourrait s'expliquer comme résultant de la volonté de la Cour d'empêcher que les parties n'écartent contractuellement l'application de la directive 77/187.

résultat de l'application d'un critère, qui permettrait de distinguer les deux cas. Au contraire, comme le gouvernement allemand l'a défendu dans ses observations orales, il me semble que cette divergence de jurisprudence peut être interprétée comme découlant de l'absence d'un critère opératoire.

22. Au regard de ces hésitations de la jurisprudence, et contrairement à ce que soutient Securicor, il convient d'éviter une généralisation impliquant que toute mise à disposition d'éléments d'exploitation par un donneur d'ordre serait synonyme d'inclusion desdits éléments dans l'entité transférable. Dans cette hypothèse, ainsi que l'a relevé le gouvernement allemand lors de l'audience, toute succession de prestataires de services pour l'exécution d'un marché serait qualifiée de transfert d'entreprise, à la seule condition que des éléments d'actif aient été mis à leur disposition par le donneur d'ordre. Une simple perte de marché au profit d'un concurrent risquerait dès lors d'être assimilée à un transfert d'entreprise, à l'encontre d'une jurisprudence constante de la Cour³². La ligne de démarcation entre transfert d'entreprise et transfert d'activité s'en trouverait à nouveau brouillée³³.

23. Par ailleurs, comme l'ont noté Kötter et le gouvernement allemand à l'audience, les conséquences économiques d'une telle généralisation, non soutenue par un critère cohérent, pourraient être particulièrement significatives, puisque les éléments sur lesquels s'exercerait la concurrence entre prestataires seraient fortement réduits: la reconnaissance automatique d'un transfert d'entreprise entre prestataires de services successifs revient à transformer les coûts de personnel en coûts fixes. La marge de manœuvre dont disposeraient les concurrents potentiels pour se distinguer dans le cadre d'une mise en concurrence d'un marché de services serait réduite à la portion congrue puisqu'elle ne porterait que sur l'organisation des compétences du personnel³⁴.

24. En l'absence d'un critère de distinction clair dans la jurisprudence, la juridiction de renvoi, soutenue par le gouvernement allemand, suggère que le point de savoir si des actifs mis à disposition par un adjudicateur sont ou non imputables à l'adjudicataire qui les utilise dépend de la notion de la «gestion économique propre».

32 — Arrêt Süzen, précité, point 16: «La simple perte d'un marché de service au profit d'un concurrent ne saurait donc, par elle-même, révéler l'existence d'un transfert au sens de la directive. Dans cette situation, l'entreprise de service antérieurement titulaire du marché, si elle perd un client, n'en subsiste pas moins intégralement sans que l'on puisse considérer qu'un de ses établissements ou parties d'établissement ait été cédé au nouvel attributaire du marché.»

33 — Sur les dangers de cette confusion, voir par exemple la chronique de Déprez, J., RJS, 1995, n° 5, p. 315; ou encore Bailly, P., *Le flou de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail*, Droit social, 2004, p. 366.

34 — More, G., «The Acquired Rights Directive: Frustrating or Facilitating Labour Market Flexibility?», *New Legal Dynamics of European Union*, 1995, p. 129.

III — Le critère de la gestion économique propre

25. D'après la jurisprudence du Bundesarbeitsgericht, en application du critère de la gestion économique propre, les éléments d'exploitation mis à disposition par le donneur d'ordre deviendront partie intégrante de l'entité économique transférable à condition que le prestataire ait la possibilité de gérer librement ces éléments en fonction de son propre intérêt.

26. Selon la juridiction de renvoi et le gouvernement allemand, ce critère permet d'expliquer la position adoptée par la Cour dans l'affaire Abler e.a.³⁵. En effet, Sodexho bénéficiait de la libre gestion économique de la cuisine qui était à sa disposition. Elle agissait en suivant son intérêt économique propre en ce qui concerne tant la conception des menus que la livraison de clients autres que l'hôpital. En outre, les frais d'entretien étaient à la charge de l'utilisateur des éléments d'exploitation. Au contraire, avance le gouvernement allemand, dans le cas d'espèce, les outils de contrôle des passagers mis à la disposition de Securicor ne pourraient pas être considérés comme intégrés à une entité transférable, car il ne bénéficierait d'aucune marge de manœuvre dans leur utilisation.

27. Avant d'évaluer la pertinence du critère proposé par la juridiction de renvoi, il convient de se référer au libellé de l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous b), de la directive 2001/23 qui définit une entité économique comme «un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire». Rien dans le texte de cet article ne prescrit ou ne s'oppose à l'élaboration d'un critère permettant de déterminer les cas dans lesquels une mise à disposition d'actifs revient en réalité à un «transfert» de ces actifs du donneur d'ordre à l'adjudicataire.

28. Toutefois, pour les raisons qui suivent, il me semble que le critère de la gestion économique propre, tel que proposé par la juridiction de renvoi, n'est pas opératoire.

29. En premier lieu, le critère proposé par la juridiction de renvoi ne s'appuie sur aucune justification normative. En effet, la distinction établie entre une situation où il existe une gestion économique propre et une autre sans ce type de gestion n'est conçue ni afin d'assurer la protection des travailleurs ni dans le but de permettre la réalisation du marché intérieur. Aucune justification n'est donnée pour cette différence de traitement. L'absence de rattachement à un des objectifs poursuivis par la directive 2001/23 mine la crédibilité du critère suggéré.

35 — La doctrine allemande a au contraire relevé un risque de contradiction entre l'arrêt Abler e.a. et le critère de la gestion économique propre: Adam, R., «Betriebsübergang — Der Übergang materieller Betriebsmittel als Tatbestandsmerkmal des 613a BGB», *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 2004, n° 16, p. 909; Willemssen, H. J., et Annuss, G., «Auftragsnachfolge — jetzt doch ein Betriebsübergang?», *Der Betrieb*, 2004, n° 3, p. 134.

30. Deuxièmement, cependant, il ne suffit pas de constater que le critère de la gestion économique propre revient dans certains cas à restreindre le champ d'application de la directive 2001/23 pour l'écarter. Bien qu'il soit incontestable que ladite directive vise à titre principal à protéger les travailleurs, elle tend également à la réalisation du marché intérieur, ainsi qu'en témoigne son adoption sur le fondement de l'article 94 CE. Il ne peut donc être soutenu, comme le font la Commission et Securicor, que l'esprit ou l'effet utile de la directive 2001/23 seraient mis en cause du simple fait qu'elle n'est pas applicable à toutes les situations de successions de prestataires de services, mais uniquement à celles correspondant à un transfert d'entreprise³⁶.

31. Troisièmement, même s'il est indéniable que Securicor dispose de moins de flexibilité pour l'utilisation de matériels de contrôle qu'une entreprise exploitant une cantine en aura s'agissant d'une cuisine, il n'en découle pas pour autant qu'un transfert d'éléments d'actif n'aurait eu lieu que dans le second cas. Comme l'a relevé la Commission à l'audience, la différence entre les deux situations n'est qu'une question de degré: les deux entreprises conservent une certaine flexibilité dans leur manière d'organiser leur

activité à l'aide des éléments d'exploitation qui sont à leur disposition³⁷.

32. En outre, le critère de la gestion économique propre risque de soulever des débats casuistiques, dont l'issue sera difficile à prévoir pour les entreprises, au détriment de leur sécurité juridique. À cet égard, il suffit de se référer à l'arrêt rendu par le Bundesarbeitsgericht en date du 25 mai 2000, annexé aux observations déposées par le gouvernement allemand, pour constater que ce critère requiert effectivement une analyse détaillée de l'autonomie conférée par le contrat de prestation de services à l'entreprise chargée d'effectuer cette prestation. Or, tout prestataire de services bénéficiant nécessairement d'une certaine autonomie économique par rapport au donneur d'ordre, ce critère ne permet pas de délimiter dans quels cas un transfert d'actif s'est produit.

33. Enfin, je partage l'avis de la Commission qui estime que le critère de la gestion économique propre conférerait une importance excessive aux dispositions contractuelles prévues entre le donneur d'ordre et le prestataire de services. Si le contenu du

³⁶ — Cette distinction correspond à celle exposée plus haut entre le transfert d'activité et le transfert d'entreprise.

³⁷ — Voir, également, arrêt Hidalgo e.a., précité, point 27: «La présence d'une entité suffisamment structurée et autonome au sein de l'entreprise titulaire du marché n'est, en principe, pas affectée par la circonstance, d'ailleurs fréquente, que cette entreprise est soumise au respect d'obligations précises qui lui sont imposées par l'organisme adjudicateur. En effet, s'il peut arriver que l'influence exercée par ce dernier sur le service fourni par le prestataire soit étendue, celui-ci n'en conserve pas moins normalement une certaine liberté, même réduite, pour organiser et exécuter le service en question, sans que sa tâche puisse s'interpréter comme une simple mise à disposition de son personnel à l'organisme adjudicateur».

contrat convenu devenait décisif pour retenir la qualification de transfert d'entreprise, les cocontractants seraient par conséquent mis en mesure de contourner l'application de la directive 2001/23. La prise en compte des dispositions contractuelles entre le donneur d'ordre et le prestataire retenu pour l'exécution d'un marché doit au contraire être intégrée à une appréciation objective des différentes circonstances de l'espèce³⁸.

34. En définitive, il ne peut découler *automatiquement* d'une disposition contractuelle prévoyant la mise à disposition d'actifs par le donneur d'ordre qu'un transfert d'actif a eu lieu entre deux prestataires. Il en résulterait sinon une confusion entre maintien de l'activité et maintien d'une entreprise³⁹. En effet, la simple mise à disposition d'actifs par le donneur d'ordre entraînerait un transfert d'entreprise entre prestataires de services.

35. Au regard de ces considérations, il me semble que le critère de la gestion économique propre n'est pas opérant, car, d'une part, il ne permet pas de délimiter les cas dans lesquels les éléments d'exploitation, bien que mis à disposition par le donneur d'ordre, s'intègrent en fait dans une entité économique distincte et, d'autre part, il manque de justification normative.

36. À la lumière de leur interprétation de l'affaire Abler e.a., précitée, la Commission et Securicor suggèrent que le point déterminant serait de savoir si les éléments d'exploitation mis à disposition sont indispensables pour exercer la prestation de services concernée. Cependant, ce critère alternatif ignore l'absence de choix laissé à l'adjudicataire, qui, une fois qu'il a emporté un marché, est tenu par les conditions prévues par le contrat conclu avec l'adjudicateur. En outre, il paraît logique de supposer que le donneur d'ordre ne mettra à la disposition du prestataire de services que des éléments d'exploitation nécessaires à l'exécution du marché qui lui est confié.

37. Par ailleurs, même si la Cour a bien mentionné dans l'arrêt Abler e.a., précité, que les éléments mis à disposition de l'adjudicataire, à savoir divers instruments de cuisine, étaient indispensables pour l'exécution du marché considéré, à savoir la fourniture de repas, rien n'indique dans cet arrêt que cette caractéristique ait été décisive. Enfin, ce critère serait impuissant à résoudre la contradiction relevée entre les affaires Abler e.a. et Temco, précitées, car les éléments mis à disposition par le donneur d'ordre dans cette dernière affaire étaient également indispensables pour l'exécution de la prestation de services.

38 — Arrêt du 18 mars 1986, Spijkers (24/85, Rec. p. 1119, point 13).

39 — C'est le danger recelé par l'arrêt Abler e.a., précité, en ce qu'il peut être lu comme fondant l'existence d'un transfert d'entreprise sur la seule circonstance que des biens d'exploitation ont été mis à la disposition d'un prestataire de services par le donneur d'ordre. Toutefois, il n'est pas exclu que des actifs mis à disposition puissent être transmis d'un prestataire à l'autre, notamment afin d'éviter que les cocontractants tentent d'écarter l'application de la directive 2001/23 à leur opération.

38. Bien que ni le critère proposé par la juridiction de renvoi ni celui défendu par la Commission et Securicor ne me semblent

pour les raisons évoquées ci-dessus convaincant, il reste à préciser si une mise à disposition d'actifs par un donneur d'ordre doit avoir une influence pour la détermination d'un transfert d'entreprise entre prestataires.

39. Dans l'hypothèse où des contrats identiques de services sont conclus entre un donneur d'ordre et des prestataires successifs, les contours de l'entité économique transférable sont particulièrement malaisés à identifier, puisque de nombreux éléments de cette entité sont fixés par contrat. Ainsi, il est inhérent à la nature d'un accord passé dans le cadre d'un marché que la clientèle du prestataire de services demeure identique. De même, du point de vue des prestataires successifs, les éléments mis à disposition sont une constante dans l'équation qu'ils doivent résoudre pour présenter une offre, au même titre par exemple que la localisation ou encore le plan physique de l'aéroport de Düsseldorf dans le cas de Securicor et de Kötter. En effet, les mêmes éléments d'exploitation mis à disposition par le donneur d'ordre seront utilisés par tous les prestataires successifs, privés de marge de manœuvre à cet égard. En d'autres termes, les éléments mis à disposition sont hors de la sphère de contrôle des prestataires successifs et par conséquent ne peuvent pas être considérés comme faisant partie d'une entité organisationnelle transférable.

40. C'est pourquoi, pour déterminer l'existence d'un transfert d'entreprise dans le cas d'espèce, il conviendra, dans l'application des

critères définis par l'arrêt *Spijkers*⁴⁰, de concentrer l'analyse sur les éléments de l'entité économique qui sont propres au prestataire. De cette manière seulement, on peut s'assurer que le transfert concerne une entité économique autonome, conformément au texte et à l'objectif de l'article 1^{er} de la directive 2001/23. Dans la mesure où elle se fonde uniquement sur la question de la gestion économique propre, il convient de répondre par la négative à la première question posée par la juridiction nationale. Par conséquent, la réponse à la seconde question sera aussi négative.

41. Dans les affaires pendantes devant l'*Arbeitsgericht Düsseldorf*, étant donné que les éléments d'exploitation nécessaires pour exercer les activités de contrôle confiées à Securicor puis à Kötter sont fournis par la République fédérale d'Allemagne, l'existence d'un transfert d'entreprise entre ces deux prestataires devra être établie à partir d'éléments distincts de cette mise à disposition.

42. Ainsi que le fait remarquer le gouvernement allemand dans ses observations écrites, les interrogations de la juridiction nationale ne portent que sur l'un des éléments utiles à l'appréciation du transfert. Or, il découle de

40 — Arrêt précité, point 13: «il convient de prendre en considération l'ensemble des circonstances de fait caractérisant l'opération en cause, au nombre desquelles figurent notamment le type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit, le transfert ou non des éléments corporels, tels que les bâtiments et les biens mobiliers, la valeur des éléments incorporels au moment du transfert, la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par le nouveau chef d'entreprise, le transfert ou non de la clientèle, ainsi que le degré de similarité des activités exercées avant et après le transfert et la durée d'une éventuelle suspension de ces activités».

la réponse suggérée que cet élément, le transfert des éléments d'exploitation mis à disposition, ne doit pas être déterminant. Au vu des éléments du dossier, et afin de fournir une réponse utile à la juridiction de renvoi pour la résolution de cette affaire, il convient donc d'envisager les conséquences de l'analyse proposée aux circonstances de l'espèce.

IV — Les conséquences de l'analyse proposée pour le cas d'espèce

43. Avant de procéder à un examen des circonstances de l'affaire, un rappel des conditions auxquelles un transfert d'entreprise peut se produire en l'absence de transfert d'éléments d'actif est nécessaire.

44. Dans l'affaire *Redmond Stichting*, précitée, une des questions faisant l'objet du renvoi portait sur les conséquences de l'absence de transfert de biens mobiliers. La Cour a noté qu'une telle absence «ne semble pas à elle seule de nature à faire obstacle à l'applicabilité de la directive», tout en renvoyant au juge national le soin d'intégrer cet élément dans son évaluation d'ensemble.

45. Toutefois, dans l'affaire *Liikenne*, précitée, la Cour, après avoir constaté l'absence de transfert d'actifs entre deux compagnies de bus, a écarté l'application de la directive

2001/23, bien qu'une partie du personnel ait été transférée d'une entreprise à l'autre.

46. Ces décisions en apparence contradictoires témoignent de l'importance de la détermination préalable de la nature de l'activité concernée par l'éventuel transfert. En effet, les éléments pertinents pour établir l'existence d'un transfert d'entreprise dépendent du type d'activité exercé par l'entité économique⁴¹.

47. Ce critère a été introduit par la Cour en relation avec des activités qui reposent essentiellement sur la main-d'œuvre et ses compétences, et l'a conduite à conclure qu'«une collectivité de travailleurs que réunit durablement une activité commune peut correspondre à une entité économique»⁴². Il en découle que, pour une activité de ce type, «force est d'admettre qu'une telle entité est susceptible de maintenir son identité par-delà son transfert quand le nouveau chef d'entreprise ne se contente pas de poursuivre l'activité en cause, mais reprend également une partie essentielle, en termes de nombre et de compétences, des effectifs que son prédécesseur affectait spécialement à cette tâche»⁴³.

41 — Arrêts précités *Süzen*, point 18; *Hernandez Vidal e.a.*, point 31; *Hidalgo e.a.*, point 31; *Liikenne*, point 35; *Abler e.a.*, point 35.

42 — Arrêt *Süzen*, précité, point 21. L'introduction de cette distinction par la Cour vise à empêcher que la protection accordée aux travailleurs soit moindre s'ils sont employés dans un secteur où la main-d'œuvre constitue l'élément essentiel.

43 — *Idem*.

48. En revanche, si l'activité concernée ne repose pas essentiellement sur la main-d'œuvre et ses compétences, l'existence d'un transfert d'entreprise est en principe soumise à la constatation qu'un transfert d'actif a eu lieu entre les entreprises⁴⁴.

49. Il ressort de cette jurisprudence que, aux fins d'établir si un transfert d'entreprise s'est produit, il convient au préalable de qualifier le type d'activité concerné. Le gardiennage d'un dépôt sanitaire de la Bundeswehr (armée fédérale) a été qualifié d'activité reposant essentiellement sur la main-d'œuvre et ses compétences⁴⁵. En l'espèce, ainsi que le relève Securicor dans ses observations écrites, par opposition à une simple activité de gardiennage, l'activité de contrôle au sein d'un aéroport nécessite des matériels de contrôles spécialisés et sophistiqués. Mais, contrairement à ce que laisse entendre Securicor, l'obligation de résultat imposée à une entreprise en charge du contrôle de la sécurité dans un aéroport ne paraît pas pertinente pour distinguer l'activité en cause d'une activité de gardiennage, puisqu'elle n'a pas d'influence sur l'organisation de l'entité économique concernée.

44 — A titre d'illustration, la Cour a établi que «le transport par autobus ne peut être considéré comme une activité reposant essentiellement sur la main-d'œuvre dans la mesure où il exige un matériel et des installations importants» (arrêt *Liikenne*, précité, point 39). Par conséquent, «l'absence de transfert à un niveau significatif de l'ancien au nouveau titulaire du marché de tels éléments, qui sont indispensables au bon fonctionnement de l'entité, doit conduire à considérer que cette dernière ne conserve pas son identité» (arrêt *Liikenne*, précité, point 42). Ainsi, il n'y avait pas de transfert d'entreprise entre deux sociétés chargées du transport en bus, puisque la seconde n'avait pas repris les véhicules de la première.

45 — Arrêt *Hidalgo e.a.*, précité, point 26.

50. Bien que l'analyse de l'importance respective à accorder aux différents critères de l'existence d'un transfert au sens de la directive 2001/23 incombe en dernier lieu à la juridiction de renvoi, il semble ressortir du dossier que les actifs spécifiques mis à disposition par le donneur d'ordre et un personnel qualifié forment l'entité économique dont l'activité est le contrôle des bagages et des passagers dans un aéroport.

51. Or, puisque les matériels de contrôle spécialisés sont en tout état de cause mis à la disposition des prestataires de services successifs par le donneur d'ordre, il convient de vérifier si la reprise du personnel entre Securicor et Kötter porte sur une partie essentielle, en termes de nombre et de compétences, des effectifs affectés à l'exécution du marché⁴⁶.

52. Il paraît à première vue paradoxal de faire dépendre la conclusion qu'un transfert d'entreprise a lieu d'une reprise du personnel et de ses compétences d'un employeur à l'autre, alors que c'est en principe la conséquence qui découle de la reconnaissance qu'un transfert d'entreprise s'est pro-

46 — Ce critère est dégagé par l'arrêt *Süzen*, précité, et repris par l'arrêt *Temco*, précité, point 33.

duit⁴⁷. Toutefois, ce critère est intégré à une analyse globale des circonstances. Il ne devient important qu'en l'absence d'un transfert d'actifs lorsqu'il est nécessaire d'identifier d'autres éléments pouvant constituer une entité transférable. En outre, il ne s'attache pas strictement au transfert du personnel en tant que tel, mais plutôt au transfert des compétences spécifiques de celui-ci, envisagées comme constituant une entité organisée. L'objectif est d'empêcher que les parties au transfert ne soient libres d'écarter l'application de la directive 2001/23.

53. Par ailleurs, si la qualification de transfert d'entreprise au sens de l'article 1^{er} de la directive 2001/23 emporte bien la conséquence que l'employeur de l'entité transférée est tenu de conserver les contrats de travail⁴⁸, rien ne s'oppose toutefois à ce qu'il procède à des réorganisations, impliquant le cas échéant des licenciements, sous réserve que ceux-ci ne soient pas directement liés au transfert d'entreprise⁴⁹.

54. Enfin, l'argument de la République fédérale d'Allemagne selon lequel le maintien des contrats aurait des conséquences particulières en Allemagne en raison de la rigidité du droit du travail en vigueur est inopérant. En effet, il ressort d'une jurisprudence constante qu'un État membre ne saurait exciper de son droit national pour écarter l'application d'une directive communautaire.

55. Il est constant que Kötter a repris 167 des 295 salariés précédemment employés par Securicor et affectés à des activités de contrôle des passagers et des bagages de l'aéroport de Düsseldorf pour le compte de la République fédérale d'Allemagne. Ces employés ont reçu une formation spécifique afin d'être en mesure d'effectuer les tâches de contrôle qui leur étaient confiées.

56. Ainsi, il ne peut être exclu que Kötter ait repris l'essentiel des compétences du personnel de son prédécesseur. Si tel est le cas, et sous réserve de l'examen de l'ensemble des circonstances pertinentes par la juridiction nationale, plusieurs éléments semblent présents pour conclure qu'un transfert d'entreprise au sens de la directive 2001/23 aurait eu lieu de Securicor à Kötter.

47 — Voir, par exemple, point 80 des conclusions de l'avocat général Cosmas dans l'affaire *Hernandez Vidal e.a.*, précitée. La doctrine soulève aussi le paradoxe: Davies, *Taken to the cleaners? Contracting Out of Services Yet Again* 1997, 26 ILJ 193; Engels, C., et Salas, L., «Cause and consequence, what's the difference in respect of the EC Transfer Directive?», *Labour Law and industrial relations at the turn of the century*, 1998, p. 275, et Garde, A., *Recent Developments in the law relating to transfers of undertakings*, 39 CMLRev., 2002, p. 523. Gomes, J., dans *Revista de direito e de estudos sociais*, 2004, p. 213, présente un contre-argument convaincant à cette ligne de raisonnement dans son commentaire de l'affaire *Abler e.a.*, précitée. Il souligne que les entreprises parties à l'opération ont nécessairement le pouvoir de décider sur quels éléments d'actifs porte leur transaction.

48 — Article 3 de la directive 2001/23.

49 — Article 4 de la directive 2001/23. Voir aussi Hunt, J., *The Court of Justice as a policy actor, the case of the Acquired Rights Directive*, 1998, *Legal Studies*, p. 336.

V — Conclusion

57. En conséquence, je propose à la Cour de répondre comme suit aux questions posées par l'Arbeitsgericht Düsseldorf:

«En cas de nouvelle attribution d'un marché, en l'absence de transfert d'éléments d'actif d'un prestataire à l'autre, lorsque le donneur d'ordre met à la disposition des adjudicataires successifs les éléments d'exploitation nécessaires à l'exécution du marché, l'existence d'un transfert d'entreprise d'un prestataire à l'autre, au sens de l'article 1^{er} de la directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, n'est pas soumise à la condition que ces éléments sont cédés aux fins d'une gestion économique propre par le prestataire, mais doit s'apprécier en se fondant sur des éléments autres que cette mise à disposition, directement imputables au prestataire de services, comme le transfert de l'essentiel des compétences du personnel.»