

## **TRANSFERT D'ENTREPRISE** Conditions – Reprise du personnel – Absence de reprise des moyens matériels d'exploitation – Lignes d'autobus – Incidence.

CJUE (6<sup>ème</sup> ch.) 27 février 2020, C-298/18, R. G. et J. P. contre  
Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH et OSL Bus GmbH (extraits)

23. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que le critère décisif pour établir l'existence d'un tel transfert réside dans la circonstance que l'entité économique garde son identité, ce qui résulte notamment de la poursuite effective de l'exploitation ou de sa reprise (voir, en ce sens, arrêt du 9 septembre 2015, Ferreira da Silva e Brito e.a., C-160/14, EU :C :2015 :565, point 25 ainsi que jurisprudence citée).

24. Afin de déterminer si cette condition est remplie, il importe de prendre en considération l'ensemble des circonstances de fait qui caractérisent l'opération concernée, au nombre desquelles figurent notamment le type d'entreprise ou d'établissement dont il

s'agit, le transfert ou non d'éléments corporels, tels que les bâtiments et les biens mobiliers, la valeur des éléments incorporels au moment du transfert, la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par le nouveau chef d'entreprise, le transfert ou non de la clientèle, ainsi que le degré de similarité des activités exercées avant et après le transfert, et la durée d'une éventuelle suspension de ces activités. Ces éléments ne constituent toutefois que des aspects partiels de l'évaluation d'ensemble qui s'impose et ne sauraient, de ce fait, être appréciés isolément (arrêt du 9 septembre 2015, Ferreira da Silva e Brito e.a., C-160/14, EU :C :2015 :565, point 26 ainsi que jurisprudence citée).

25. Ainsi, l'importance respective à accorder aux différents critères varie nécessairement en fonction de l'activité exercée, voire des méthodes de production ou d'exploitation utilisées dans l'entreprise, dans l'établissement ou dans la partie d'établissement concernée (arrêt du 9 septembre 2015, Ferreira da Silva e Brito e.a., C-160/14, EU :C :2015 :565, point 27 ainsi que jurisprudence citée).

26. Il convient également de préciser que la simple reprise, par une entité économique, de l'activité d'une autre entité économique ne permet pas de conclure au maintien de l'identité de cette dernière. En effet, l'identité d'une telle entité ne saurait être réduite à l'activité dont elle est chargée. Cette identité ressort d'une pluralité indissociable d'éléments tels que le personnel qui la compose, son encadrement, l'organisation de son travail, ses méthodes d'exploitation ou encore, le cas échéant, les moyens d'exploitation à sa disposition (arrêts du 20 janvier 2011, CLECE, C-463/09, EU :C :2011 :24, point 41, et du 20 juillet 2017, Piscarreta Ricardo, C-416/16, EU :C :2017 :574, point 43).

27. Il résulte de ce qui précède que la qualification de transfert suppose un certain nombre de constats d'ordre factuel, cette question devant être appréciée in concreto par la juridiction nationale à la lumière des critères dégagés par la Cour (voir, en ce sens, arrêt du 7 août 2018, Colino Siguënza, C-472/16, EU :C :2018 :646, point 45), ainsi que des objectifs poursuivis par la directive 2001/23, tels qu'énoncés, notamment, au considérant 3 de celle-ci.

(...)

29. Interrogée sur l'existence d'un transfert d'entreprise, au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 77/187, la Cour a tout d'abord souligné, au point 39 de l'arrêt du 25 janvier 2001, Liikenne (C-172/99, EU :C :2001 :59), 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. La Cour a ajouté que, dès lors, l'absence de transfert, de l'ancien au nouveau titulaire du marché, des actifs corporels utilisés pour l'exploitation des lignes d'autobus concernées constitue une circonstance qu'il convient de prendre en considération, aux fins de la qualification de transfert d'entreprise. Elle a ensuite jugé, au point 42 de cet arrêt, que les éléments corporels contribuant de manière importante à l'exercice de cette activité, l'absence de transfert de tels éléments de l'ancien au nouveau titulaire du marché de transport public par autobus, qui sont indispensables au bon fonctionnement de l'entité concernée, doit conduire à considérer que cette dernière n'a pas conservé son identité. Enfin, la Cour a conclu, au point 43 dudit arrêt, que, dans une situation telle que celle en cause dans cette affaire, la directive 77/187 ne s'appliquait pas, en l'absence de transfert d'éléments corporels significatifs entre l'ancien et le nouveau titulaire du marché.

30. Il importe cependant de relever que, dès lors que, au point 39 de l'arrêt du 25 janvier 2001, Liikenne (C-172/99, EU :C :2001 :59), la Cour a pris soin de souligner que l'absence de transfert, de l'ancien au nouveau titulaire du marché, des actifs corporels utilisés pour l'exploitation des lignes d'autobus concernées constitue une circonstance qu'il convient de prendre en considération, il ne peut être inféré de ce point que la reprise des autobus doit être considérée in abstracto comme le seul facteur déterminant d'un transfert d'entreprise dont l'activité consiste dans le transport public de voyageurs par autobus.

(...)

32. À cet égard, il ressort de la décision de renvoi que le respect des normes techniques et environnementales nouvelles imposées par le pouvoir adjudicateur en ce qui concerne les moyens d'exploitation ne permettait pas, d'un point de vue tant économique que juridique, à l'entreprise adjudicataire de reprendre les moyens d'exploitation de l'entreprise précédemment titulaire du marché des services de transport public en cause au principal. En effet, il n'aurait pas été raisonnable, d'un point de vue économique, pour un nouvel exploitant, de reprendre un parc d'autobus existant composé de véhicules qui, ayant atteint la durée d'exploitation autorisée et ne respectant pas les contraintes imposées par le pouvoir adjudicateur, étaient inexploitable.

33. En d'autres termes, la décision du nouvel opérateur de ne pas reprendre les moyens d'exploitation de ladite entreprise a été dictée par des contraintes extérieures, alors que, comme M<sup>me</sup> l'avocate générale l'a relevé au point 54 de ses conclusions, rien dans l'exposé des faits en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 25 janvier 2001, Liikenne (C-172/99, EU :C :2001 :59), n'indique que tel était le cas dans cette affaire.

34. Il ressort d'ailleurs des indications fournies par la juridiction de renvoi, résumées au point 16 du présent arrêt, que, compte tenu des normes techniques et environnementales imposées par le pouvoir adjudicateur, l'entreprise précédemment titulaire du marché de services de transport public en cause au principal aurait elle-même été contrainte, si elle avait soumissionné pour ce marché et se l'était vu attribuer, de procéder, dans un futur proche, au remplacement de ses moyens d'exploitation.

35. Dans ce contexte, l'absence de transfert des moyens d'exploitation, en ce qu'elle résulte de contraintes juridiques, environnementales ou techniques ne fait donc pas nécessairement obstacle à la qualification de la reprise de l'activité concernée de « transfert d'entreprise », au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 2001/23.

36. Il appartient, en conséquence, à la juridiction de renvoi de déterminer si d'autres circonstances de fait parmi celles mentionnées aux points 24 à 26 du présent arrêt permettent de conclure au maintien de l'identité de l'entité concernée et, partant, à l'existence d'un transfert d'entreprise.

37. À cet égard, il y a lieu d'indiquer, en premier lieu, ainsi que l'a relevé M<sup>me</sup> l'avocate générale au point 40 de ses conclusions, qu'il ressort de la décision de renvoi que le nouvel opérateur fournit un service de transport par autobus, pour l'essentiel analogue à celui qui était fourni par l'entreprise précédente, lequel n'a pas été interrompu et a probablement été exploité en grande partie sur les mêmes lignes et pour les mêmes passagers.

38. En second lieu, la juridiction de renvoi souligne que la présence de conducteurs d'autobus expérimentés, dans une région rurale telle que l'arrondissement d'Oberspreewald-Lausitz, est cruciale aux fins d'assurer la qualité du service de transport public concerné. Elle relève notamment que ceux-ci doivent avoir une connaissance suffisante des itinéraires, des horaires de la zone desservie et des conditions tarifaires ainsi que des autres lignes d'autobus régionales, des lignes de transport ferroviaire et des correspondances existantes, afin de pouvoir assurer non seulement la vente des titres de transport, mais également de fournir aux passagers les informations nécessaires à la réalisation du trajet envisagé.

39. Dans ce contexte, il convient de rappeler que, dans la mesure où une collectivité de travailleurs que réunit durablement une activité commune peut correspondre à une entité économique, 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 compétence, des effectifs que son prédécesseur affectait spécialement à cette tâche. En effet, dans cette hypothèse, le nouveau chef d'entreprise acquiert l'ensemble organisé d'éléments qui lui permettra la poursuite des activités ou de certaines activités de l'entreprise cédante de manière stable (arrêt du 20 janvier 2011, CLECE, C-463/09, EU :C :2011 :24, point 36 et jurisprudence citée).

40. Ainsi, dans l'affaire au principal, dans la mesure où, comme il a été relevé aux points 32 et 35 du présent arrêt, l'absence de reprise des moyens d'exploitation nécessaires à la poursuite de l'activité économique ne fait pas nécessairement obstacle au maintien de l'identité de l'entité en cause au principal, la reprise de l'essentiel des conducteurs doit être considérée comme une circonstance de fait à prendre en considération afin de qualifier l'opération concernée de transfert d'entreprise. À cet égard, il ressort des faits en cause au principal que le personnel repris

par le nouvel exploitant est affecté à des tâches identiques ou similaires et dispose de qualifications et de compétences spécifiques indispensables à la poursuite, sans interruption, de l'activité économique concernée.

(...)

Par ces motifs, la Cour (quatrième chambre) dit pour droit :

L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, 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, doit être interprété en ce sens que, dans le cadre d'une reprise, par une entité économique, d'une activité dont l'exercice exige des moyens d'exploitation importants, selon une procédure de passation d'un marché public, l'absence de reprise, par celle-ci, de ces moyens, propriétés de l'entité économique exerçant précédemment cette activité, en raison de contraintes juridiques, environnementales et techniques imposées par le pouvoir adjudicateur, ne saurait nécessairement faire obstacle à la qualification de cette reprise d'activité de transfert d'entreprise, dès lors que d'autres circonstances de fait, telles que la reprise de l'essentiel des effectifs et la poursuite, sans interruption, de ladite activité, permettent de caractériser le maintien de l'identité de l'entité économique concernée, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier.

#### Note.

1. Si l'on veut bien se rappeler l'arrêt *Goupy* (1), la figure du transfert d'entreprise au sens du Code du travail a souvent pris place dans un « ménage à trois », où une collectivité publique changeait de concessionnaire dans le cadre du maintien d'un service public (2). Au cas particulier, l'arrêt examine l'incidence de l'absence de transfert d'actifs entre les opérateurs successifs sur le maintien de l'identité de l'entité. La CJUE, tout en renvoyant à un examen *in concreto* des juges nationaux qui l'avaient saisie d'une question préjudicielle, donne des consignes empreintes de pragmatisme en vue de l'application de la directive 2001/23 (3), suivant en cela les conclusions de son avocate générale (4).

(1) Cass. Civ. 27 février 1934 (disp. sur Legifrance) à propos de la concession du service public d'éclairage électrique de la ville de Sétif ; v. également deux des trois fameux arrêts d'Assemblée plénière – concernant respectivement les arènes de Nîmes et le camping du bois de Boulogne – qui ont fixé la jurisprudence nationale : Cass. Ass. Plén. 16 mars 1990 (trois esp.), Bull. n<sup>os</sup> 3 et 4, Dr. Ouv. 1990, p. 217, n. E. Wagner.

(2) Sur l'articulation du transfert de personnel avec les règles de la commande publique, v. nos obs. « Aspects individuels du transfert

conventionnel de contrats de travail lors d'un changement de prestataire de service », Dr. Ouv. 2011, p. 544, spéc. p. 551, ainsi que « Succession de délégataires de service public et article L122-12 C. Tr. », AJDA 2006, p. 1227.

(3) Les juges nationaux visaient la directive 77/187, mais qui est codifiée aujourd'hui par la directive 2001/23.

(4) Disp. sur le site de la CJUE.

2. Une collectivité publique allemande avait confié à l'entreprise SBN, par voie de marché public, l'exploitation de lignes de transport public de voyageurs par autobus durant 10 ans (5). À l'issue de cette période, le marché est remis en concurrence. Le sortant renonce à se présenter, faute, selon lui, de perspectives de gains économiques et licencie son personnel. La collectivité publique désigne, au terme de l'appel d'offres, un nouvel attributaire, la société OSL Bus. Afin d'exécuter le marché, le titulaire ne mobilise aucun des actifs matériels précédemment employés (autobus, dépôts et autres installations d'exploitation, ateliers) mais embauche la majeure partie des conducteurs et du personnel d'encadrement de la société SBN.

3. Deux recours sont à l'origine de l'arrêt rapporté. Dans le premier cas, un salarié, licencié par le sortant mais repris par le nouvel exploitant, reproche à ce dernier de ne pas tenir compte de son ancienneté, provoquant une incidence défavorable sur son classement conventionnel. L'autre salarié requérant a également été licencié par le sortant, mais sans être repris par la société OSL Bus. Il conteste le principe même de son éviction. Dans ces deux cas de figure, l'ancien employeur invoque l'application de la règle de transfert (6).

Reformulant les questions du Tribunal du travail de Cottbus, la Cour s'interroge sur le point de savoir si « dans le cadre d'une reprise, par une entité économique, d'une activité selon une procédure de passation d'un marché public, l'absence de reprise, par celle-ci, des moyens d'exploitation dont était propriétaire l'entité économique qui exerçait cette activité précédemment fait obstacle à la qualification de cette opération de transfert d'entreprise » (§ 21).

4. Opposé à la reconnaissance d'un tel transfert, le nouvel attributaire invoquait l'absence de transfert d'actifs et opposait, de manière convaincante, un arrêt de la Cour déjà rendu en matière de transports par autobus (7). Dans cette affaire, la Cour avait rappelé, de manière classique, la consistance caractérisant un transfert d'actifs (§ 33, repris dans l'arrêt ci-dessus, § 24). Elle avait ensuite précisé 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 » (§ 39) et que « dans un secteur

tel que le transport public régulier par autobus, où les éléments corporels contribuent de manière importante à l'exercice de l'activité, 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. » (§ 42). Elle concluait de ce raisonnement à l'absence d'application de la directive sur les transferts d'entreprise.

Il pouvait, dès lors, sembler acquis que cette décision, tant en raison de son déroulement logique que de l'analyse du secteur économique concerné, sonnait le glas d'un transfert au sens de la directive dans l'affaire rapportée ci-dessus, dès lors qu'il n'était pas contesté qu'aucun élément d'actif n'avait été cédé, directement ou indirectement via la personne publique.

5. La Cour relève toutefois que la qualification de transfert suppose un certain nombre de constats d'ordre factuel, cette question devant être appréciée *in concreto* par la juridiction de renvoi.

En particulier, reprenant en cela l'argumentation du sortant, la Cour souligne que l'absence de reprise d'actifs repose non sur l'échec d'une négociation commerciale entre les deux opérateurs privés (8), mais sur le défaut de conformité aux normes techniques et environnementales du marché qu'aurait constitué une telle reprise, en particulier concernant les véhicules. En effet, les autobus du sortant, proches de l'ancienneté maximale admise par la collectivité publique (ce qui était logique du point de vue de l'opérateur pour un marché venant à échéance), non conformes aux dernières normes environnementales, non accessibles aux personnes handicapées ne pouvaient faire l'objet d'un réemploi dans le nouveau marché (9). L'absence de reprise des biens est « dictée par des contraintes extérieures », à la différence de l'affaire *Liikenne*, et cette contrainte aurait d'ailleurs été identique si le sortant avait candidaté à sa reconduction et obtenu le marché (10). C'est pour ce motif que la Cour affirme que « Dans ce contexte, l'absence de transfert des moyens d'exploitation, en ce qu'elle résulte de contraintes juridiques, environnementales ou techniques, ne fait donc pas nécessairement obstacle à la qualification de la reprise de l'activité concernée de «transfert d'entreprise» » (§ 35).

(5) La réglementation communautaire sur les marchés publics de ce type a eu pour supports successifs la directive 92/50, puis la directive 2004/18, et enfin la directive 2014/24 (en vigueur).

(6) La Commission européenne soutenait devant la CJUE le caractère inapplicable de la directive au cas d'espèce.

(7) CJCE, 25 janvier 2001, C-172/99, *Liikenne*, Dr. Ouv. 2001, p. 180, n. M. Bonnechère.

(8) § 32 s. ; on se reportera sur ce sujet une nouvelle fois à l'arrêt *Liikenne* (§ 22-24) dont la qualité rédactionnelle et l'intérêt d'ensemble pour le juriste travailliste méritent d'être soulignés.

(9) V. § 15, concl. de l'avocate générale Sharpston.

(10) *Id.* § 55 et s.

6. La Cour constate ensuite, d'une part, que le réseau de ligne de bus ne semble pas avoir été significativement modifié, ni interrompu, d'autre part, que les conducteurs d'autobus constituent une compétence cruciale, particulièrement en zone rurale, et que la reprise d'une partie essentielle d'une collectivité de travailleurs que réunit durablement une activité peut contribuer à caractériser l'application de la directive sur les transferts. La Cour emprunte là un raisonnement utilisé dans les secteurs reposant essentiellement sur du personnel (11), tout en excluant, à juste titre, cette qualification en matière de transport de voyageurs.

7. À cela, on ajoutera deux observations. En premier lieu, le même résultat pour l'application de la directive aurait probablement pu être obtenu – mais le rôle de la juridiction de renvoi serait à examiner – en insistant de manière plus détaillée sur le maintien de

la consistance des services (en particulier le caractère *exclusif* du droit d'exploiter des lignes d'autobus, mais également les caractéristiques de la prestation définie par la collectivité publique : tracé des lignes, fréquence, amplitude, etc.) (12), plutôt que sur le sort d'actifs matériels en fin de vie ou obsolètes. En second lieu, l'examen de l'importance des biens confiés par la personne publique au prestataire et de celle des investissements réalisés par le titulaire faisant retour ou reprise par la personne publique reste centrale : l'exigence est maintenue d'un transfert d'actifs de l'entrant au sortant. Il n'en demeure pas moins qu'en raison du nombre incalculable de missions confiées à des opérateurs privés par des pouvoirs adjudicateurs (13), nombre d'entre elles devraient se rattacher à l'hypothèse examinée dans l'arrêt rapporté.

**Arnaud Mazières,**  
Juriste d'entreprise

(11) A. Mazeaud, *Transferts d'entreprise : aspects individuels*, Rép. Travail, Dalloz, § 109 et s. ; N. Moizard, *Transferts d'entreprise*, Larcier, 2015, § 48 et s.

(12) V. § 40, concl. de l'avocate générale Sharpston, préc. ; comp. CJUE, 9 septembre 2015, *Ferreira da Silva e Brito*, C-160/14, § 30-31.

(13) G. Guglielmi, « Réflexions critiques sur l'externalisation », Dr. Ouv. 2008, p.175 ; add. nos obs. en *Avant-propos* au même numéro.