

Le maintien des conventions collectives de travail après un transfert d'entreprise : la jurisprudence de la Cour de Justice clarifie-t-elle le débat ?

Fabienne Kéfer

Professeur ordinaire à l'ULiège

1. La directive 2001/23 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 a pour objectif d'éviter que les restructurations d'entreprises s'inscrivant dans le cadre d'un transfert conventionnel se répercutent de manière négative sur les travailleurs, notamment dans les hypothèses où le nouveau propriétaire ne souhaite pas reprendre à son service tout ou partie des anciens travailleurs ou désire modifier les conditions de travail de ceux-ci. C'est pourquoi elle prévoit la préservation des emplois par l'interdiction des licenciements motivés par le transfert (art. 4) et prescrit le maintien des conditions individuelles et collectives de travail (art. 3).

L'article 3, § 1^{er}, pose le principe fondamental du transfert, du cédant au cessionnaire, des droits et obligations découlant des contrats de travail existant à la date de la cession de l'exploitation. L'article 3, § 3, assure, quant à lui, le maintien des conditions de travail convenues par une convention collective. De la sorte, on garantit au travailleur, auquel le transfert de l'entreprise est imposé, que le rapport de travail sera poursuivi de manière identique après la cession.

L'article 3, § 1^{er}, de la directive a été transposé en droit belge par la convention collective de travail n° 32bis (art. 7). Quant au § 3, c'est l'article 20 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires qui, bien qu'antérieur à la directive, en assure la transposition en obligeant le cessionnaire à observer les conventions collectives qui liaient le cédant. Les partenaires sociaux ont jugé la disposition suffisante¹ et le législateur n'a pas estimé utile de l'amender ou de la compléter. Pourtant, depuis plusieurs décennies, les règles qu'elle énonce ne cessent de diviser la doctrine, principalement, mais pas uniquement, dans le cas où le cessionnaire ne relève pas de la même commission paritaire que le cédant. La controverse est régulièrement nourrie par les arrêts la Cour de Justice. On a pu lire récemment que l'arrêt *Alemo Herron* de la Cour de Justice aurait « sonné le glas des tenants d'une application inconditionnelle de l'article 20 (de la loi du 5 décembre 1968) en cas de changement de commission paritaire »².

Les clochers de Luxembourg auraient-ils envoyé un tel message ? C'est ce que l'on se propose de vérifier. Après avoir exposé la règle générale et ses exceptions (I), on s'arrêtera sur la jurisprudence

¹ Avis du Conseil national du travail n° 575 du 28 février 1978, p. 4.

² L. PELTZER, « Actualités en matière de transfert d'entreprise », in H. MORMONT (dir.), *Le droit social tous azimuts*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 167, n° 32 ; L. PELTZER, « *Ius variandi* et transfert d'entreprise : quelques réflexions (critiques) autour de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2016 », *J.T.T.*, 2017, p. 72, n° 3.

relative aux clauses de renvoi (II) parce que, bien qu'elle n'ait pas vocation à s'appliquer fréquemment telle quelle en droit belge, c'est elle qui fournit la plupart des arguments aux défenseurs de la cessation des effets de conventions collectives de travail en cas de transfert d'entreprise. On examinera ensuite la pertinence de ces arguments (III).

I. Le principe : le maintien des conventions collectives liant le cédant

2. L'article 3, § 3, de la directive prévoit le maintien, après le transfert, des conditions de travail convenues par une convention collective qui liait le cédant, « jusqu'à la date de la résiliation ou de l'expiration de la convention collective ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective ». Le but de cette disposition – qui vise tous les types de conventions collectives – est d'éviter que le transfert d'une entreprise ne provoque une détérioration des conditions de travail des salariés provenant de l'entreprise cédée. Il s'agit d'assurer le respect des conditions de travail voulues par les partenaires sociaux, et ce en dépit du transfert de l'entreprise³, même si cela provoque des désagréments pour le cessionnaire. Il n'en va pas autrement en droit belge⁴. L'article 20 de la loi du 5 décembre 1968 énonce que « en cas de cession totale ou partielle d'une entreprise, le nouvel employeur est tenu de respecter la convention collective de travail qui liait l'ancien employeur jusqu'à ce qu'elle cesse de produire ses effets ». Il suffit que le cédant ait été lié par la convention collective pour que le cessionnaire soit, à son tour, tenu de l'appliquer.

3. Cette obligation de maintenir les conditions collectives antérieures perdure jusqu'à ce que la convention collective ait cessé de produire ses effets. Plusieurs hypothèses peuvent se présenter.

Tout d'abord, la convention peut avoir été conclue pour une durée déterminée. L'obligation du cessionnaire d'en maintenir les effets subsiste jusqu'à son terme. Si la convention expire justement le jour du transfert, le salarié ne peut reprocher au cessionnaire de ne pas s'y conformer : il s'agit de respecter la volonté des signataires de la convention collective de ne pas garantir certaines conditions au-delà d'une date déterminée⁵.

Si la convention collective est assortie d'une clause de reconduction ou bien est conclue pour une durée indéterminée, ses effets doivent être maintenus jusqu'à ce qu'une partie entreprenne de la dénoncer moyennant le respect du délai de préavis convenu⁶. La directive n'impose aucune condition de délai à l'entreprise d'accueil qui entend résilier la convention collective en vigueur chez le cédant ; autrement dit, elle peut être résiliée immédiatement, dès la date du transfert.

La doctrine belge enseigne qu'une convention collective peut aussi prendre fin par son remplacement par une autre, pour autant, toutefois, que la nouvelle convention modifie les

³ C.J.C.E., 27 novembre 2008, *Juuri c. Amica*, aff. C-396/07, § 33.

⁴ L. FRANÇOIS, *Théorie des relations collectives du travail en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 297 et s., spéc. 306, 308-312, 329 et 332.

⁵ C.J.C.E., 27 novembre 2008, *Juuri c. Amica*, aff. C-396/07.

⁶ Art. 15 de la loi du 5 décembre 1968.

dispositions normatives individuelles de la première⁷. Dans le même esprit, l'article 3, § 3, de la directive prévoit que l'obligation de maintenir les conditions de travail collectives en vigueur chez le cédant cesse par « l'entrée en vigueur ou l'application d'une autre convention collective ». Ainsi, le cessionnaire peut être libéré de l'obligation de respecter une convention collective d'entreprise conclue par son prédécesseur s'il conclut une nouvelle convention collective destinée à s'y substituer. Le remplacement des anciennes conditions par de nouvelles, qui peut être immédiat, ne peut cependant pas se faire en contradiction avec l'objectif de la directive et ne « saurait donc avoir pour but ou pour effet d'imposer [aux] travailleurs des conditions globalement moins favorables que celles applicables avant le transfert », sinon la réalisation de l'objectif poursuivi par la directive « pourrait facilement être mise en cause dans tout secteur régi par des conventions collectives, ce qui porterait atteinte à l'effet utile de ladite directive »⁸.

4. Une première exception à la règle générale est énoncée par l'article 3, § 3, al. 2, de la directive, qui permet aux États membres de limiter à un an l'application des anciennes conventions collectives ; le législateur belge n'a pas fait usage de cette faculté.

Une seconde exception est ménagée par la Cour de cassation, qui consiste à éclipser une convention collective du cédant au profit de celle du cessionnaire lorsque celle-ci est plus favorable aux salariés. Selon la Cour de cassation, l'article 20 de la loi du 5 décembre 1968, « tend uniquement à la protection du travailleur en cas de cession totale ou partielle de l'entreprise et lui garantit le maintien des droits prévus par la convention collective de travail qui liait son ancien employeur ; (...) cette disposition n'exclut pas que le nouvel employeur doit accorder des conditions de travail plus favorables sur la base de la convention collective de travail valable dans son entreprise »⁹. Autrement dit, l'article 20 garantit aux travailleurs transférés au moins le maintien des droits résultant des conventions collectives antérieures mais n'impose pas le maintien des conditions liant le cédant lorsqu'elles sont moins favorables. Une telle extension de la protection n'est pas commandée par la directive¹⁰, mais elle est compatible avec celle-ci, dont l'article 8 énonce qu'elle « ne porte pas atteinte au droit des États membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions législatives, réglementaires et administratives plus favorables aux travailleurs ou de favoriser ou de permettre des conventions collectives ou des accords conclus entre partenaires sociaux plus favorables aux travailleurs ».

La combinaison des conventions du cédant et de celles, si elles sont plus favorables, du nouvel employeur n'est pas très originale et se rencontre dans d'autres pays¹¹.

⁷ J.-Ph. CORDIER, « La théorie de l'incorporation des dispositions normatives individuelles dans le contrat de travail », *Les 40 ans de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 51, n° 8, nuançant l'opinion de A. Mazy.

⁸ C.J.U.E., 6 septembre 2011, *Scattolon*, aff. C-108/10.

⁹ Cass., 31 mars 2003, *Pas.*, 2003, p. 708 ; *R.W.*, 2003-2004, p. 954, note W. RAUWS.

¹⁰ C.J.U.E., 6 septembre 2011, *Scattolon*, aff. C-108/10.

¹¹ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 286, n° 650 ; A. LAMINE, « Transfert d'entreprise et conditions de travail déterminées collectivement : entre hiérarchie des normes et représentation collective », *Les restructurations en droit social. Questions spéciales-Capita selecta*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 67. La directive n'impose pas que la combinaison conduise à une amélioration des conditions de travail après le transfert (C.J.U.E., 6 septembre 2011, *Scattolon*, aff. C-108/10).

5. La question du maintien des conditions collectives de travail ne pose guère de difficulté dans trois cas de figure. Tout d'abord, lorsqu'il s'agit de conventions collectives d'entreprises, le cessionnaire pourra renégocier les conditions collectives de travail, sinon simplement dénoncer les conventions collectives conclues pour une durée indéterminée ou contenant une clause de reconduction¹². Ensuite, en ce qui concerne les conventions collectives du Conseil national du travail, leur champ d'application intersectoriel fait disparaître toute difficulté lorsque le cédant et le cessionnaire relèvent tous deux du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968. De même, s'agissant des conventions collectives sectorielles, lorsque le cédant et le cessionnaire exercent la même activité à titre principal, ils relèvent de la même commission paritaire¹³; les mêmes conventions collectives sectorielles s'appliquent aux deux entreprises de sorte que la question du maintien des conditions de travail fixées par les conventions collectives sectorielles est sans objet.

En revanche, si les deux employeurs n'exercent pas la même activité principale, ils relèvent de commissions paritaires différentes; l'application par le cessionnaire des conventions sectorielles qui liaient le cédant est la source d'une vive controverse. Afin de l'éclairer, on commencera par examiner les arrêts de la Cour de Justice relatifs aux clauses de renvoi.

II. Le cas particulier des clauses de renvoi

6. En raison de l'autonomie des volontés individuelles, les parties à un contrat de travail peuvent convenir d'une clause en vertu de laquelle leur relation de travail est régie par des conventions collectives de travail auxquelles cette clause renvoie. Celle-ci peut se limiter à renvoyer aux droits et obligations fixés par le texte d'une convention collective en vigueur à un moment donné (clause de renvoi *statique*); elle peut aussi renvoyer, en outre, aux évolutions futures de la convention collective (clause de renvoi *dynamique*). Les clauses de renvoi, peu répandues en Belgique, sont fréquentes dans les pays où les conventions collectives n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ou qui n'ont pas instauré de mécanisme d'extension de la force obligatoire.

Plusieurs arrêts de la Cour de Justice se prononcent sur la question – complexe – de savoir si la directive exige, tolère ou prohibe l'application au nouvel exploitant, par le biais de clauses de renvoi, de conventions collectives liant le cédant et conclues *après* le transfert.

7. Le premier de ces arrêts est prononcé par la Cour de Justice le 9 mars 2006 dans l'affaire *Werhof c. Freeway traffic system*¹⁴. Les faits se déroulent en Allemagne. Dans ce pays, seuls les travailleurs syndiqués bénéficient, en principe, de l'effet normatif d'une convention collective. En vue

¹² Il faudra cependant avoir égard au fait que, une fois la convention expirée, le contrat subsistera implicitement modifié par la convention collective, à moins que celle-ci n'ait prévu le contraire (art. 23 de la loi du 5 décembre 1968).

¹³ Il faut bien entendu pour cela qu'ils relèvent l'un et l'autre du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968. Lorsque le cessionnaire relève du secteur public, la loi du 5 décembre 1968 lui est inapplicable (art. 2, § 3); l'article 20 ne fait aucune obligation au cessionnaire. Il y a ici une méconnaissance de la directive, qui a été incorrectement transposée à l'égard du personnel occupé par les pouvoirs publics. A notre estime, ceci ne découle pas du choix de transposer la directive par une convention collective de travail (*contra*, E. PLASSCHAERT et S. WINTGENS, « Aspects de droit du travail collectif : le sort des organes représentatifs des travailleurs et des conventions collectives de travail en cas de transfert », *La cession d'entreprise : les aspects sociaux*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 138); en effet, la transposition de l'article 3, § 3, de la directive n'est pas réalisée par la convention collective 32bis, mais par l'article 20 de la loi du 5 décembre 1968.

¹⁴ C.J.C.E., 9 mars 2006, *Werhof c. Freeway traffic system*, aff. C-499/04.

de rendre les dispositions de celle-ci applicables à tous les travailleurs, une clause renvoyant à la convention collective peut être introduite dans les contrats de travail des salariés non-syndiqués¹⁵. C'est ainsi que le contrat de travail de M. Werhof contenait une clause renvoyant, pour la détermination des salaires, aux conventions collectives d'un secteur déterminé. Il n'est pas discuté que, en raison des particularités de l'espèce, la clause de renvoi avait, au moment du transfert, un caractère statique, en ce sens qu'elle ne renvoyait qu'à la convention liant le cédant à la date du transfert de l'entreprise mais pas à celle qui était conclue par la suite. Une partie de l'entreprise est cédée à une société qui n'est membre d'aucune association patronale et n'est, pour ce motif, pas liée, pour ses autres travailleurs, par la convention collective sectorielle. Quelques mois plus tard, la convention collective est modifiée. Au nom d'une interprétation dynamique de la clause de renvoi, M. Werhof réclame l'application de cette modification. La Cour de Justice est interrogée sur le point de savoir si, dans le cas d'un transfert d'entreprise et en présence d'un contrat de travail renvoyant à une convention collective à laquelle le cédant est partie mais non le cessionnaire, l'article 3, § 1^{er}, de la directive impose que le second soit lié par des conventions collectives postérieures à celle qui était en vigueur au moment dudit transfert.

La Cour répond par la négative : la directive *n'impose pas* une interprétation dynamique de la clause de renvoi ; elle ne s'oppose pas à ce que, dans les circonstances de l'espèce, le cessionnaire ne soit pas lié par les conventions collectives postérieures à celle qui était en vigueur au moment du transfert d'établissement. La directive se limite, en effet, à maintenir les droits et les obligations des travailleurs en vigueur au jour du transfert, à éviter une dégradation de leurs conditions de travail. En revanche, elle n'a pas entendu protéger de simples expectatives et, partant, les bénéfices hypothétiques découlant des évolutions futures des conventions collectives¹⁶.

La Cour poursuit en affirmant, ce qui amorce un tournant dans sa jurisprudence, qu'il ne saurait être fait abstraction des intérêts du cessionnaire, « qui doit être en mesure de procéder aux ajustements et aux adaptations nécessaires à la continuation de son activité »¹⁷.

Cet arrêt est relatif à une clause de renvoi statique. La Cour n'était pas saisie d'une situation où le contrat de travail contenait une clause dynamique. A ce sujet, elle s'est prononcée dans ses arrêts *Alemo-Herron et autres c. Parkwood Leisure Ltd* et *Asklepios c. Felja et Graf*.

8. L'affaire *Alemo-Herron* se déroule au Royaume-Uni. Les contrats de travail anglais contiennent généralement une clause rendant des conventions collectives applicables à la relation de travail. La raison réside dans le fait que les conventions collectives ne produisent pas d'effets juridiques par elles-mêmes et doivent, pour en avoir un, être incorporées dans les contrats de travail par une clause de renvoi. À l'époque des faits, ces clauses étaient interprétées par les juges anglais comme dynamiques, ce qui signifie que l'employeur se voyait tenu de se conformer aux conventions collectives adoptées tant avant qu'après la conclusion de la clause de renvoi. En cas de transfert d'entreprise, la règle était la même. Le transfert du contrat de travail entraînait, par le truchement de la clause de renvoi, le transfert des conventions collectives de travail : la clause de renvoi devait

¹⁵ P. RÉMY, « L'arrêt *Alemo-Herron* de la CJUE et la directive transfert : faut-il encore prendre au sérieux la Cour de justice ? », *Rev. Dr. trav.*, 2013, pp. 788 et s.

¹⁶ § 29.

¹⁷ § 31.

être observée par le cessionnaire, qui se voyait ainsi tenu de se conformer aux conventions collectives adoptées avant comme après la cession. Ce faisant, le droit anglais allait au-delà de ce que commande la directive, qui n'impose le maintien des conditions de travail convenues par une convention collective que jusqu'à la date de la résiliation ou de l'expiration de la convention collective ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective (art. 3, § 3). A première vue, la situation du droit anglais n'avait rien d'étonnant, étant donné qu'il avait toujours été proclamé que l'objectif de la directive était uniquement de protéger les travailleurs et non de faciliter la poursuite de l'activité économique de l'entreprise¹⁸ et que son article 8 énonce qu'elle ne « porte pas atteinte au droit des États membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions législatives, réglementaires et administratives plus favorables aux travailleurs ou de favoriser ou de permettre des conventions collectives ou des accords conclus entre partenaires sociaux plus favorables aux travailleurs ».

Néanmoins, compte tenu de l'arrêt *Werhof* rendu quelque temps auparavant, qui évoquait une potentielle atteinte à la liberté d'association du cessionnaire¹⁹, la Cour suprême s'était demandé si l'interprétation classique était compatible avec la directive en ce qu'un employeur risquait d'être tenu par des conventions collectives de travail qu'il n'avait pas conclues et sur lesquelles il n'avait pas de prise, dès lors que leur négociation était confiée à un organe auquel il ne pouvait pas prendre part. En l'occurrence, le transfert s'était fait du secteur public vers le secteur privé ; la négociation des conventions collectives avait été confiée à un organisme propre aux pouvoirs publics ; les clauses de renvoi des contrats de travail assujettissaient l'employeur aux conventions conclues par cet organe.

La Cour conforte tout d'abord l'affirmation que la directive vise à assurer un équilibre entre les intérêts des salariés et ceux du cessionnaire qui doit pouvoir opérer les ajustements nécessaires à la continuation de son activité, chose d'autant plus impérieuse en l'espèce que la transition s'effectuait du secteur public vers le secteur privé. Une clause de renvoi dynamique est susceptible de compromettre le juste équilibre recherché par la directive. La Cour tire ensuite des conclusions du fait que le cessionnaire était dans l'impossibilité juridique de participer d'une manière quelconque aux négociations de l'organe chargé de conclure les conventions collectives. Selon la Cour, les dispositions internes en cause, « tout en étant plus favorables aux travailleurs, sont susceptibles de porter atteinte à la substance même du droit du cessionnaire à la liberté d'entreprise »²⁰. Celle-ci est consacrée par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et « comporte notamment la liberté contractuelle ». Le droit dérivé doit être interprété à la lumière de la Charte²¹, cette disposition ayant la même valeur juridique que les traités (art. 6.1. du TUE). Les articles 3 et 8 combinés de la directive 2001/23 ne sauraient, dit la Cour, être interprétés comme

¹⁸ J.-P. PUISOCHET, « La directive concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises et la jurisprudence de la Cour », *J.T.T.*, 1999, p. 4.

¹⁹ La Cour y avait conforté son raisonnement en se fondant sur le droit du cessionnaire de ne pas s'associer. Son argumentation peut être résumée comme suit. Le droit dérivé de l'Union doit être interprété conformément aux principes généraux du droit communautaire. Au nombre de ces droits fondamentaux figure la liberté d'association, qui comprend également le droit de ne pas faire partie d'un syndicat. S'il était procédé à l'interprétation « dynamique », soutenue par le travailleur, de la clause de renvoi contenue dans son contrat de travail, cela impliquerait que les conventions collectives futures sont applicables au cessionnaire qui n'est pas partie à la convention collective, au mépris de son droit fondamental de ne pas s'associer. Au contraire, l'interprétation « statique » de ladite clause permet d'éviter que le cessionnaire de l'établissement, qui n'est pas partie à la convention collective, soit lié par les évolutions futures de celle-ci. Son droit à ne pas s'associer est ainsi pleinement garanti (C.J.C.E., 9 mars 2006, *Werhof c. Freeway traffic system*, aff. C-499/04, §§ 33 et s.).

²⁰ §§ 31 et 36.

²¹ Pour plus de développements sur ce principe, cons. N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 533 et s.

autorisant les États membres à prendre les mesures qui méconnaissent l'article 16 de la Charte, disposition de rang supérieur, en sorte que « l'article 3 de la directive 2001/23 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre prévoie, dans le cas d'un transfert d'entreprise, que les clauses de renvoi dynamique aux conventions collectives négociées et adoptées postérieurement à la date du transfert soient opposables au cessionnaire, lorsque celui-ci n'a pas la possibilité de participer au processus de négociation de telles conventions collectives conclues postérieurement au transfert »²² (c'est nous qui soulignons). En d'autres termes, cet arrêt, qui a déclenché un vif débat dans la doctrine²³, a donné la priorité à la liberté d'entreprise sur des dispositions de droit interne plus favorables aux travailleurs pourtant autorisées, voire encouragées, par l'article 8 de la directive.

9. La Cour n'entend pas pour autant s'opposer à toutes les clauses dynamiques. Dans l'arrêt *Asklepios c. Felja et Graf*²⁴, elle juge que, lorsque le droit national – en l'occurrence le droit allemand – reconnaît au cessionnaire la possibilité de faire valoir efficacement ses intérêts et d'adapter, après le transfert, de manière consensuelle ou unilatérale, les conditions de travail existant à la date du transfert, une clause de renvoi dynamique est compatible avec l'article 3 de la directive, lu en combinaison avec l'article 16 de la Charte²⁵.

Ce qui distingue l'arrêt *Asklepios* de l'arrêt *Alemo-Herron* est l'ampleur de l'atteinte à la liberté d'entreprise. Les limitations des droits et libertés consacrés par la Charte doivent, suivant l'article 52, être prévues par la loi « et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés ». Cet élément a été déterminant dans l'arrêt *Alemo-Herron*. Selon la Cour, l'ampleur de la réduction de la liberté d'entreprise a porté atteinte à la substance même de ce droit ; parce qu'elle le paralyse, parce qu'elle empêche l'employeur de négocier les montants des rémunérations, elle est illicite. Elle n'est même pas susceptible d'entrer en balance avec d'autres intérêts dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité ; celui-ci ne se conçoit que si l'atteinte à la liberté d'entreprise est moindre, ne touche pas à la substance du droit²⁶.

²² C.J.U.E., 18 juillet 2013, *Alemo-Herron*, C-426/11. Il appartient au juge du fond d'apprécier la réalité et l'efficacité de cette possibilité (§ 28).

²³ Dans un sens opposé à l'arrêt, voy., entre autres, P. RÉMY, « L'arrêt *Alemo-Herron* de la CJUE et la directive transfert : faut-il encore prendre au sérieux la Cour de justice ? », *op. cit.*, pp. 788 et s. ; J. PRASSL, « Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law », *Industrial Law Journal*, 2013, vol. 42, n° 4, pp. 189-209 ; S. ROBIN-OLIVIER, « Transferts d'entreprise : une jurisprudence à contresens », *RTD Eur.*, 2014, p. 525 ; S. LAULOM, « Une remise en cause de la directive relative aux transferts d'entreprise ou l'interprétation contestable de la Charte des droits fondamentaux de l'UE », *Semaine Sociale Lamy*, 2014, n° 1640, pp. 18 et s. ; S. WEATHERILL, « Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of 'freedom of contract' », *European Review of Contract Law*, 2014, vol.10(1), pp. 167-182 ; R. ZAHN, « The Court of Justice of the European Union and transfers of undertakings implications for collective labour rights », *E.E.L.J.*, 2015, pp. 72-85 ; C. BARNARD, « The Silence of the Charter: Social Rights and the Court of Justice », *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 183.

Pour une approbation de l'arrêt, voy. Th. LÉONARD, « L'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : une nouvelle verdeur pour la liberté d'entreprendre ? », in Th. LÉONARD (coord.), *Actualités en droit économique : la liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 119-122 ; N. THOLEN, *Conventionele overgang van ondernemingen*, Gent, Larcier, 2015, pp. 132-150, n° 195-208 ; L. PELTZER, « Actualités en matière de transfert d'entreprise », *op. cit.*, pp. 167-168.

²⁴ C.J.U.E., 27 avril 2017, *Asklepios c. Felja et Graf*, aff. C-680/15 et 681/15.

²⁵ Il appartient au juge du fond d'apprécier la réalité et l'efficacité de cette possibilité (§ 28).

²⁶ Voy. Th. LÉONARD, « L'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : une nouvelle verdeur pour la liberté d'entreprendre ? », *op. cit.*, pp. 116-117.

10. On peut synthétiser comme suit l'enseignement des différents arrêts mentionnés ci-dessus. Le nouvel employeur est tenu de se conformer aux conventions collectives qui liaient le cédant au jour du transfert, fût-ce par le biais d'une clause de renvoi. Par contre, la directive ne vise pas à protéger les attentes des salariés ; les clauses de renvoi statiques sont compatibles avec celle-ci. Quant aux clauses de renvoi dynamiques, elles ne sont transférées au cessionnaire que si elles ne portent pas atteinte à la substance de sa liberté d'entreprise garantie par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ce qui serait le cas dans l'hypothèse où il n'aurait aucune possibilité d'adapter, postérieurement au transfert, de manière consensuelle ou unilatérale, les conditions de travail existant à la date du transfert.

11. Appliquée au droit belge, cette jurisprudence signifie que, lorsqu'un contrat de travail contient une clause de renvoi statique à une convention collective d'une commission paritaire, cette clause est transférée avec le contrat de travail. Si la clause est dynamique, et si la commission paritaire à laquelle elle renvoie n'est pas celle dont relève le cessionnaire, celui-ci ne dispose pas du pouvoir d'influencer le processus de négociation des conventions collectives conclues par cette commission paritaire après le transfert ; en application de la jurisprudence *Alemo-Herron*, la clause dynamique n'est pas transférée au nouvel employeur. Toutefois, au vu de l'arrêt *Asklepios*, il est possible de soutenir que cette clause est transférée au cessionnaire, car, étant donné que ce dernier a la possibilité de négocier une modification des contrats de travail en vue d'en faire disparaître la clause de renvoi, sa liberté d'entreprise n'est pas affectée dans sa substance par la clause litigieuse²⁷.

III. Le cas particulier du changement de commission paritaire

12. Il se peut que l'ancien et le nouvel exploitant relèvent de commissions paritaires différentes, comme dans les cas de l'externalisation d'une activité accessoire ou de la reprise d'une petite entreprise par une plus grande ayant plusieurs activités et dont l'activité principale déterminant le rattachement à la commission paritaire est différente de l'activité du cédant. Dans ce cas de figure, les conventions sectorielles qui liaient le cédant sont-elles encore applicables après le transfert ou bien cessent-elles de produire leurs effets ?

a) L'arrêt de la Cour de cassation du 31 mars 2003

13. Certains juges du fond ont restreint la portée de l'article 20 de la loi de 1968 aux seules conventions collectives d'entreprise. Selon eux, lorsqu'un transfert d'entreprise entraîne un changement de commission paritaire, l'employeur cessionnaire n'est pas tenu par les conventions collectives de travail sectorielles qui liaient le cédant ; celles-ci cessent de produire leurs effets puisque d'autres conventions sectorielles, celles de la commission paritaire à laquelle ressortit le cessionnaire, sont applicables à partir du transfert²⁸. La directive permettrait cette solution puisque l'article 3, § 3, de la directive prévoit le maintien, après le transfert, des conditions de travail

²⁷ Cons. S. LAULOM, « De nouvelles précisions en matière de transfert d'entreprise », *Semaine sociale Lamy*, 2017, n° 1796, p. 46.

²⁸ C. trav. Anvers, 19 avril 1999, *Chron. D.S.*, 2000, p. 17 et obs. critiques de F. DORSEMONTE ; C. trav. Anvers, 17 mai 1999, *J.T.T.*, 2000, p. 24 et obs. C. ENGELS.

convenues par une convention collective qui liait le cédant, « jusqu'à (...) l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective ».

La Cour de cassation a censuré cette jurisprudence. Dans l'arrêt du 31 mars 2003 déjà évoqué²⁹, elle a déclaré l'article 20 applicable aux conventions collectives adoptées par un organe paritaire, lesquelles ne cessent pas de produire leurs effets pour le motif d'un changement de commission paritaire³⁰. L'employeur cessionnaire est donc tenu, vis-à-vis des salariés transférés, par les conventions collectives sectorielles applicables au cédant, aussi longtemps qu'elles produisent leurs effets. La Cour ajoute que cette règle n'exclut pas que le nouvel employeur doive accorder des conditions de travail plus favorables sur la base de la convention collective valable dans son entreprise.

L'arrêt du 31 mars 2003 n'a pas clos la controverse en raison des difficultés pratiques indéniables engendrées par cette solution, peu propice à la paix sociale. La structure d'accueil se voit liée par des conventions collectives créant plusieurs régimes de travail dans l'entreprise : ses travailleurs primitifs sont régis par un ensemble de règles, tandis que ceux repris au cédant se voient appliquer les conventions collectives sectorielles qui liaient l'ancien employeur et celles qui obligent le cessionnaire pour autant qu'elles soient plus favorables. Ces deux ensembles de règles peuvent s'avérer difficiles à concilier, notamment lorsque le calcul des salaires obéit à des méthodes fort différentes. Cette situation perdure jusqu'à ce que les conventions collectives sectorielles qui s'imposaient au cédant cessent de produire leurs effets. Mais, souvent, elles sont conclues pour une durée indéterminée. Si la force obligatoire de la convention collective a été étendue par un arrêté royal, ou bien si, en l'absence d'un arrêté royal, le cédant était affilié à une organisation représentative, les dispositions des conventions sectorielles se sont impérativement inscrites dans le contrat de travail sans possibilité de convenir d'une clause contraire. En raison de la hiérarchie des sources, le cessionnaire ne peut se délier de ces conventions par la voie d'un contrat de travail ni même d'une convention collective d'entreprise (art. 10, 11 et 51 de la loi du 5 décembre 1968). S'il n'y a pas d'arrêté royal et si le cédant n'était pas affilié à une organisation représentative, le cessionnaire est en moins mauvaise posture : les dispositions issues des conventions sectorielles se sont certes inscrites dans le contrat de travail (art. 23 de la loi du 5 décembre 1968) mais il peut s'en libérer par la voie d'une convention individuelle ou d'une convention collective d'entreprise, pour autant qu'il soit en mesure de justifier ces modifications par des considérations étrangères au transfert de l'entreprise³¹.

²⁹ *Pas.*, 2003, p. 708. Voy. *supra*, n° 4. En l'espèce, c'est une convention collective sectorielle applicable au cessionnaire qui prévoyait des conditions de rémunérations plus favorables que dans le secteur auquel ressortissait le cédant ; le salarié transféré demandait à son nouvel employeur l'application de ces nouvelles conditions à partir du jour du transfert. L'employeur revendiquait l'application des anciennes conventions collectives, en se fondant sur l'article 20. La cour du travail de Gand avait écarté l'application des conventions antérieures, en raison du changement de commission paritaire, ce qui débouchait sur l'octroi des conditions salariales plus intéressantes pour le travailleur.

³⁰ Dans le même sens, W. RAUWS, « Overgang van onderneming, wijziging van paritair comité en collectieve arbeidsvoorwaarden: art. 20 CAO-Wet in het licht van het gunstigheidsbeginsel », *R.W.*, 2003-2004, p. 955 ; V. VANNES, *Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques*, 3è éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 654, n° 892 ; J. CLESSE et F. KÉFER, « Examen de jurisprudence (2002 à 2011) », *R.C.J.B.*, 2012, pp. 254-255. Pour une interprétation contraire, C. ENGELS, *Overgang van onderneming in het kader van de CAO nr. 32bis*, Bruges, die Keure, 2017, pp. 99-100. Pour une interprétation mitigée, voy. M. DE VOS, « Overgang van onderneming en verandering van paritair comité », *NjW*, 2003, pp. 660 et s ; E. PLASSCHAERT et S. WINTGENS, « Aspects de droit du travail collectif : le sort des organes représentatifs des travailleurs et des conventions collectives de travail en cas de transfert », *op. cit.*, p. 144.

³¹ C.J.C.E., 10 février 1988, *Tellerup dit « Daddy's Dance Hall »*, aff. 324/86 ; C.J.C.E., 12 novembre 1992, *Rask et Christensen c. I.S.S. Kantineservice*, aff. C-209/91 ; C.J.U.E., 14 septembre 2000, *Collino et Chapierro*, aff. C-343/98 ; C.J.C.E., 6 novembre 2003, *Martin et consorts*, aff. C-4/01 ; C.J.U.E., 6 avril 2017, *Unionen c. Almega et ISS*, aff. C-336/15.

La jurisprudence reste divisée après l'arrêt du 31 mars 2003³². Certains auteurs, suivis par quelques tribunaux, plaident pour une interprétation inverse à celle retenue par la Cour de cassation. Le raisonnement s'appuie tantôt sur les travaux préparatoires et le texte de la loi du 5 décembre 1968, tantôt sur la jurisprudence de la Cour de Justice. On ne fera ici que s'en tenir aux principaux arguments des protagonistes³³ ; on verra qu'ils ne nous paraissent pas de nature à ébranler la solidité de la position de la Cour de cassation.

b) Les travaux préparatoires et le texte de la loi du 5 décembre 1968

14. L'exposé des motifs de l'article 20 de la loi du 5 décembre 1968 énonce explicitement que « Le nouvel employeur sera tenu de respecter toutes les dispositions normatives de la convention collective jusqu'à ce que celle-ci cesse de porter ses effets. Il en est cependant autrement lorsque la nouvelle entreprise exerce une autre activité. Dans ce cas, elle ne tombe plus sous le champ d'application de la convention collective de travail antérieure »³⁴. De là, certains concluent que lorsque, en raison de la différence d'activité, la commission paritaire du cessionnaire est différente de celle du cédant, on se trouve en dehors de l'hypothèse visée par l'article 20 de sorte que le repreneur ne serait pas lié par les anciennes conventions collectives de travail. Tel est le soutien du premier argument. Deux considérations font apparaître la faiblesse de celui-ci.

D'une part, on peut douter qu'une déclaration figurant dans les travaux préparatoires lie un juge alors qu'elle n'est pas inscrite dans la loi³⁵. Les travaux préparatoires ne prévalent pas sur celle-ci : « Cela vient de ce que seul le texte est adopté. Quelle que soit leur qualité, les travaux préparatoires, qui ne font l'objet d'aucun vote par le législateur, ne peuvent évidemment pas l'emporter sur le texte même de la loi »³⁶. Or, la loi elle-même ne limite pas l'application de l'article 20 au cas où les deux entreprises qui se succèdent exercent la même activité.

D'autre part, la directive ne réduit pas non plus sa sphère d'application à cette seule hypothèse. La Cour de Justice a, plus d'une fois, été amenée à admettre l'application de conventions collectives liant un cédant qui n'avait pas la même activité que le cessionnaire, sans y voir de contradiction avec la directive. Même si la loi a été adoptée avant la directive, le juge national a le devoir de l'interpréter de manière à ce qu'elle soit conforme à cette dernière³⁷.

L'interprétation la plus vraisemblable de ce passage des travaux préparatoires est que l'article 20 est écarté lorsque la modification de l'activité de l'entité cédée est à ce point importante que l'on ne se trouve pas non plus dans le champ d'application de la directive, qui, comme on le sait, nécessite un

³² Dans le même sens que l'arrêt du 31 mars 2003, C. trav. Anvers, 7 décembre 2015, *Chron. D.S.*, 2006, p. 336 ; Trib. trav. Hainaut, 20 juillet 2016, *J.T.T.*, 2017, p. 146.

³³ Pour plus de détails, A. LAMINE, « Transfert d'entreprise et conditions de travail déterminées collectivement : entre hiérarchie des normes et représentation collective », *op. cit.*, pp. 41-91.

³⁴ *Doc. Parl.*, Sénat, session 1966-1967, n° 148, p. 29.

³⁵ Dans le même sens, au sujet des travaux préparatoires de l'article 26, L. FRANÇOIS, *Théorie des relations collectives du travail en droit belge*, *op. cit.*, p. 332, n° 212.

³⁶ P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 194.

³⁷ Pour plus de détails, voy. A. LAMINE, « Transfert d'entreprise et conditions de travail déterminées collectivement : entre hiérarchie des normes et représentation collective », *op. cit.*, pp. 46-53 ; dans le même sens, H. VAN HOOGENBEMT, « Het lot van de arbeidsovereenkomst bij overgang van onderneming », *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, vol. 2, Anvers, Kluwer, 1987, pp. 54-55 ; F. DORSEMONT, « Naar een extensieve interpretatie van restricties op sociale bescherming? Ook wel: een pleidooi voor de eerbiediging van het vertrouwen in arbeidsverhoudingen », *Chron. D.S.*, 2000, pp. 20-22.

transfert d'une entité économique qui maintient son identité après le transfert³⁸ ; dans ce cas, effectivement, les conditions collectives de travail du cédant sont évincées, sauf dans la mesure où leurs dispositions se sont incorporées au contrat de travail³⁹. En revanche, si le changement de commission paritaire s'explique parce que l'activité principale du repreneur n'est pas la même que celle de l'entreprise cédée, qui est pourtant poursuivie après le transfert, l'article 20 prescrit le maintien des conventions collectives du cédant.

15. Un second argument consiste à ne trouver de fondement à la survivance de la convention sectorielle que dans l'article 23 de la loi du 5 décembre 1968.

Pour bien saisir le raisonnement, il faut se souvenir que l'article 23⁴⁰ organise la survie des effets de la convention collective au-delà de sa période de validité, en présumant – sauf clause contraire dans la convention collective – que le contenu de la convention s'inscrit dans les contrats de travail en cours, à tout le moins ses dispositions normatives individuelles⁴¹. Toutefois, lorsqu'une convention collective de travail qui liait les parties de manière impérative a expiré, la force juridique des obligations est altérée : elles perdent leur impérativité ; l'employeur peut donc les faire disparaître ou les ajuster par le biais d'un accord individuel ou collectif conclu à l'échelon de l'entreprise⁴², pourvu que le transfert de l'entreprise ne constitue pas en lui-même le motif de cette modification.

L'argument consiste à dire que l'article 23 suffit amplement à assurer la parfaite transposition de l'article 3, § 3, de la directive⁴³. La directive n'impose que le maintien des obligations issues des conventions collectives mais pas de l'instrument juridique qui les consacre. Le changement de commission paritaire tient en échec l'application des conventions collectives du cédant en tant que telles. Cependant, les obligations faites par celles-ci continuent de lier les parties après le transfert de l'entreprise grâce à l'article 23. L'intérêt de cette interprétation consiste dans ce que, une fois que la convention collective a cessé de produire ses effets, en l'occurrence en raison du changement de commission paritaire, les obligations qui survivent grâce à leur inscription dans le contrat ont perdu leur effet impératif de sorte qu'un accord individuel ou une convention collective d'entreprise suffit pour modifier les conditions de travail qu'elles déterminaient. En outre, si ces dispositions, qui n'ont plus que le rang de conditions contractuelles, sont en contradiction avec celles contenues dans une convention collective de la commission paritaire dont relève le cessionnaire, elles s'effaceront devant

³⁸ Art. 1^{er}, § 1^{er}, b, de la directive et art. 6 de la convention collective de travail n° 32bis.

³⁹ H. VAN HOOGENBEMT, « Het lot van de arbeidsovereenkomst bij overgang van onderneming », *op. cit.*, pp. 54-55, n° 115-116. Dans le même sens, A. LAMINE, « Transfert d'entreprise et conditions de travail déterminées collectivement : entre hiérarchie des normes et représentation collective », *op. cit.*, p. 49.

⁴⁰ « Le contrat de louage de travail individuel implicitement modifié par une convention collective de travail subsiste tel quel lorsque la convention cesse de produire ses effets, sauf clause contraire dans la convention même ».

⁴¹ La convention collective cesse donc ses effets en ce sens qu'elle ne s'appliquera pas au contrat conclu après sa cessation (L. FRANÇOIS, *Théorie des relations collectives du travail en droit belge*, *op. cit.*, p. 329).

⁴² J.-Ph. CORDIER, « La théorie de l'incorporation des dispositions normatives individuelles dans le contrat de travail », *op. cit.*, pp. 45 et s. ; J. CLESSE et F. KÉFER, *Manuel de droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 104, n° 86.

⁴³ Telle est la thèse défendue de longue date par C. Engels (not., en 2000, *Overdracht van onderneming en outsourcing: arbeidsrechtelijke aspecten*, Brussel, Larcier, 2000, *op. cit.*, p. 59 et s. ; en 2017, *Overgang van onderneming in het kader van de CAO nr. 32bis*, *op. cit.*, pp. 95-105 et « De collectieve arbeidsovereenkomst bijna vijftig jaar na de totstandkoming van de Wet van 5 december 1968 », *J.T.T.*, 2017, pp. 330 et s.). Dans le même sens, not. C. ENGELS et O. WOUTERS, « Outsourcing : enjeu et conséquences au regard de la convention collective n° 32bis relative au transfert d'entreprise et de la loi du 24 juillet 1987 relative au détachement et au prêt de personnel », *Le contrat de travail et la nouvelle économie*, Jeune barreau de Bruxelles, 2001, pp. 97 et s. ; N. THOELEN, *Conventionele overgang van ondernemingen*, *op. cit.*, p. 133 et s. ; S. RAETS et N. THOELEN, « Het belang van de verkrijger bij overgang van onderneming volgens CAO nr. 32bis », *J.T.T.*, 2015, pp. 145-152.

ces dernières en raison de leurs places respectives dans la hiérarchie des sources (art. 11 et 51 de la loi du 5 décembre 1968).

Cette thèse est en porte-à-faux avec l'article 3, § 3 de la directive, qui impose aux Etats membres de prévoir que le cessionnaire maintient les conditions prévues par la convention collective « dans la même mesure que celle-ci les a prévues pour le cédant ». Dans la même mesure, cela veut dire que le cessionnaire est lié de la même façon, avec la même impérativité, les mêmes (im)possibilités que le cédant d'échapper à l'application de la convention collective ; si le cédant n'avait pas la possibilité de se délier par la voie d'une convention individuelle ou d'une convention collective d'entreprise, le cessionnaire ne le peut pas non plus en faisant le détour par l'article 23. Le raisonnement conduit à « déconstruire le dispositif fixé par l'article 3, § 3 de la directive : le cessionnaire n'est pas tenu "dans la même mesure" que le cédant »⁴⁴. C'est pourquoi cette interprétation ne peut être suivie.

c) La jurisprudence de la Cour de Justice

16. Il est soutenu également que la position de la Cour de cassation serait en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de Justice.

Dans un premier temps a été pointée une atteinte à la liberté du cessionnaire de ne pas s'associer, liberté à laquelle il est fait référence dans l'un des considérants de l'arrêt *Werhof*⁴⁵ : le cessionnaire serait tenu de s'affilier à une organisation patronale s'il voulait influencer sur le contenu des conventions collectives de la commission paritaire dont il ne relève pas⁴⁶.

Le rapprochement avec l'arrêt *Werhof* ne nous paraît pas pertinent pour plusieurs raisons. La liberté fondamentale de ne pas s'affilier à une organisation est évoquée dans cet arrêt uniquement pour s'opposer à l'interprétation dynamique, conduisant à ce que des conventions lient le cessionnaire alors qu'elles sont conclues après le transfert ; en revanche, les conventions qui liaient le cédant avant le transfert obligent le cessionnaire sans qu'aucune objection soit tirée de la liberté d'association. C'est du reste le vœu du législateur européen, qui prévoit expressément cette conséquence dans l'article 3 de la directive⁴⁷. La Cour de cassation ne paraît pas aller à l'encontre de ce principe fondamental dans son arrêt du 31 mars 2003. Elle ne se prononce que sur l'application de conventions en vigueur au moment du transfert ; elle ne proclame pas qu'il faut adopter une interprétation dynamique de l'article 20 de la loi du 5 décembre 1968 et appliquer au cessionnaire des conventions adoptées après le transfert par la commission paritaire dont relève le cédant.

⁴⁴ A. LAMINE, « L'arrêt Alemo-Herron met-il un point final à la controverse autour du maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise entraînant un changement de commission paritaire? », *Chron. D.S.*, 2014, vol. 2014, n° 10, p. 491. Voy. aussi A. LAMINE, « Sort des conventions collectives en cas de transfert d'entreprise : réflexions autour de l'arrêt Österreichischer Gewerkschaftsbund (affaire C-328/13) », *Chron. D.S.*, 2015, pp. 360-364, et, pour plus de détails, A. LAMINE, « Transfert d'entreprise et conditions de travail déterminées collectivement : entre hiérarchie des normes et représentation collective », *op. cit.*, pp. 54-66, qui souligne, entre autres choses, que cette interprétation fait aussi l'impasse sur la possibilité que l'article 23 reconnait aux partenaires sociaux d'écarter explicitement l'incorporation des dispositions issues des conventions collectives, ce qui aggraverait encore le manquement du droit belge à l'obligation de maintenir les conditions collectives de travail en vigueur chez le cédant.

⁴⁵ C.J.C.E., 9 mars 2006, *Werhof c. Freeway traffic system*, aff. C-499/04. Voy. *supra*, n° 7.

⁴⁶ L. PELTZER, « L'arrêt de la C.J.C.E. du 9 mars 2006 au secours des employeurs ? », *Orientations*, 2006/8, p. 7 ; L. PELTZER, « Actualités en matière de transfert d'entreprise », *op. cit.*, pp. 150 et s. On ne discutera pas ici du point de savoir si cette affiliation confère une réelle influence.

⁴⁷ Dans le même sens, A. LAMINE, « L'arrêt Alemo-Herron met-il un point final à la controverse autour du maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise entraînant un changement de commission paritaire? », *op. cit.*, pp. 487-492.

Au demeurant, c'est de manière assez artificielle que la liberté d'association est conviée dans ce débat. En dehors du contexte des transferts d'entreprises, la liberté de ne pas s'associer ne s'oppose pas à ce qu'un employeur soit lié par des conventions collectives qu'il n'a pas conclues. On en trouve une illustration simple dans les conventions sectorielles rendues obligatoires par arrêté royal dont la force obligatoire s'étend à tous les employeurs du secteur même s'ils ne sont membres d'aucune organisation patronale. De même, la liberté de ne pas faire partie d'une organisation patronale n'empêche pas qu'un employeur qui se désaffilie d'une organisation liée par une convention collective reste tenu par celle-ci jusqu'à ce qu'il y soit apporté une modification importante (art. 21). On n'aperçoit dès lors pas les raisons qui devraient conduire à considérer que, dans le contexte du transfert, le droit fondamental à la liberté d'association empêche qu'un cessionnaire soit tenu par des conventions qu'il n'a pas conclues ou qui ont été conclues par une organisation dont il n'est pas membre.

17. Est ensuite convoqué l'arrêt *Scattolon*⁴⁸, qui consacre la légalité d'une éviction de la convention collective du cédant et de l'application immédiate d'une convention collective en vigueur chez le cessionnaire. Cependant, cet arrêt concerne la reprise par l'Etat d'une activité exercée par une autorité publique ; cette circonstance justifie souvent un assouplissement, par la Cour, des règles de la directive. Mais surtout, comme on l'a vu, la Cour y a précisé que le remplacement de la convention collective par une nouvelle ne « saurait [...] avoir pour but ou pour effet d'imposer [aux] travailleurs des conditions globalement moins favorables que celles applicables avant le transfert ». Il est donc indispensable, pour pouvoir remplacer une convention collective par une autre, que la situation du travailleur soit globalement comparable dans les deux cas. À défaut, il serait très facile pour le cessionnaire d'échapper à ses obligations et de détruire la protection voulue par la directive⁴⁹.

18. Enfin, c'est la liberté d'entreprise qui est mise en avant, en s'inspirant de l'arrêt *Alemo-Herron*⁵⁰. Au motif que le cessionnaire ne peut s'affilier à une organisation représentative siégeant dans la commission paritaire à laquelle il n'appartient pas, il est argué que l'impossibilité de provoquer la modification ou la fin des conventions collectives sectorielles qui liaient le cédant entraîne une atteinte injustifiée à sa liberté d'entreprise⁵¹.

L'article 20 de la loi du 5 décembre 1968 méconnaît-il l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union protégeant sa liberté d'entreprendre et de contracter du cessionnaire ?

Comme tous les droits et libertés garantis par la Charte, la liberté d'entreprise peut faire l'objet de limitations. Celles-ci doivent (i) être prévues par la loi, (ii) respecter le contenu essentiel de la liberté ainsi limitée et, (iii) dans le respect du principe de proportionnalité, être nécessaires et répondre

⁴⁸ C.J.U.E., 6 septembre 2011, *Scattolon*, aff. C-108/10.

⁴⁹ Par un arrêt ultérieur, faisant référence à la jurisprudence relative aux modifications des conditions individuelles de travail, la Cour a souligné que la substitution d'une convention collective à une autre ne pouvait s'envisager que « pour un motif autre qu'un transfert d'entreprises » (C.J.U.E., 6 avril 2017, *Unionen c. Almega et ISS*, aff. C-336/15, § 27). Voy. *supra*, note 31.

⁵⁰ C.J.U.E., 18 juillet 2013, *Alemo-Herron*, C-426/11. Voy. *supra*, n° 8.

⁵¹ C. ENGELS et N. THOLEN, « Overgang van onderneming volgens C.A.O. nr. 32bis met wijziging van paritair comité. Lessen uit het arrest Alemo-Herron », *J.T.T.*, 2014, p. 100 ; L. PELTZER, « Actualités en matière de transfert d'entreprise », *op. cit.*, pp. 167, n° 32.

effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui (art. 52, § 1^{er}, de la Charte).

Dans d'autres arrêts étrangers à la matière du transfert d'entreprise, la Cour considère que « la liberté d'entreprise ne constitue pas une prérogative absolue, mais doit être prise en considération par rapport à sa fonction dans la société » et « peut être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir, dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique »⁵². La Cour reconnaît que cette liberté, tant en raison de sa nature que du libellé de l'article 16, est susceptible de limitations qui pourraient être plus importantes que celles que souffrent les autres libertés consacrées au Titre II de la Charte⁵³.

Dans son arrêt *AGET Iraklis*, la Cour a approfondi les conditions de ces limitations de l'article 16. Figurent, parmi les raisons impérieuses d'intérêt général reconnues par la Cour, la protection des travailleurs⁵⁴ ainsi que la promotion de l'emploi et de l'embauche qui, visant notamment à diminuer le chômage, constitue un objectif légitime de politique sociale⁵⁵. Et la Cour de préciser : « Ainsi qu'il ressort de l'article 3, paragraphe 3, TUE, l'Union établit non seulement un marché intérieur, mais œuvre également pour le développement durable de l'Europe, lequel est notamment fondé sur une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et elle promeut, notamment, la protection sociale (...). L'Union ayant dès lors non seulement une finalité économique, mais également une finalité sociale, les droits résultant des dispositions du traité relatives à libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale, parmi lesquels figurent, ainsi qu'il ressort de l'article 151, premier alinéa, TFUE, la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions »⁵⁶.

Au regard de cette jurisprudence, il est difficile de contester que l'objectif de l'article 20 de la loi du 5 décembre 1968 rentre dans les raisons impérieuses admises par la Cour.

La limitation est-elle proportionnée ? Par l'arrêt *Asklepios*⁵⁷, la Cour a montré que toute gêne quelconque n'est pas synonyme de violation de la liberté d'entreprise. Pour cela, il faut que cette liberté soit supprimée, qu'elle soit affectée *dans sa substance même*. Elle l'est lorsque le cessionnaire ne se voit offrir aucune possibilité de participer à l'organisme de négociation collective appelé à conclure de nouvelles conventions collectives qui régiront les relations entre lui et les travailleurs repris. En revanche, il est satisfait aux exigences de la Cour lorsque le cessionnaire dispose de la possibilité de procéder, de manière consensuelle ou unilatérale, aux ajustements et aux adaptations nécessaires à la continuation de son activité.

Plusieurs éléments doivent être pris en considération pour apprécier si le droit belge peut être jugé attentatoire à l'article 16 au vu de cette jurisprudence. Tout d'abord, une différence non négligeable

⁵² C.J.U.E., 22 janvier 2013, *Sky Österreich GmbH*, C-283/11, §§ 45-46 ; C.J.U.E., 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15, spéc. §§ 85-88.

⁵³ Voy. Th. LÉONARD, « L'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : une nouvelle verdeur pour la liberté d'entreprendre ? », *op. cit.*, pp. 109 et s.

⁵⁴ C.J.U.E., 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15, § 73 et nombreuses références citées.

⁵⁵ C.J.U.E., 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15, § 74.

⁵⁶ C.J.U.E., 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15, §§ 76 et 77.

⁵⁷ C.J.U.E., 27 avril 2017, *Asklepios c. Felja et Graf*, aff. C-680/15 et 681/15. Voy. *supra*, n° 9.

sépare l'hypothèse de l'arrêt *Alemo-Herron* de la situation du cessionnaire qui refuse d'appliquer les conventions collectives liant le cédant et conclues avant le transfert. D'un côté, on a un cessionnaire impuissant à empêcher un organe de lui imposer de nouvelles conventions collectives et dont la liberté d'entreprise se trouve entravée de manière importante. De l'autre côté se trouve un cessionnaire qui, en connaissance de cause, s'engage dans une convention de transfert et sait qu'il aura à respecter toute une série de conventions collectives déjà existantes et disponibles sur le site web du SPF Emploi, à l'élaboration desquelles il n'a participé ni directement ni indirectement mais dont il a pu tenir compte avant de faire son choix économique ; ce même cessionnaire est, en revanche, à l'abri d'une aggravation de ses obligations à l'initiative de la commission paritaire dont relève le cédant : aucune des conventions collectives conclues après le transfert par cette commission ne s'imposera à lui. En cela, sa position se distingue fortement de celle d'*Alemo-Herron*.

Ensuite, dans l'arrêt *Askleprios*, la Cour renvoie au juge interne pour apprécier si existent réellement des possibilités d'adaptations, après le transfert, des conditions de travail. Elle n'a pas indiqué qu'il était indispensable que le cessionnaire puisse tout réviser ; des possibilités d'ajustement suffisent pour rencontrer les exigences de la Cour⁵⁸.

Enfin, il apparaît que le droit belge reconnaît au cessionnaire la faculté de faire valoir ses intérêts dans un processus contractuel ou de négocier les éléments déterminant l'évolution des conditions de travail. En effet, tout d'abord, le nouvel employeur n'est pas dépourvu du pouvoir d'influencer l'évolution des conventions collectives de la commission paritaire dont il relève et qui s'appliquent aux relations de travail l'unissant aux salariés de l'entreprise cédée si elles sont plus favorables à ceux-ci, ou si elles se prononcent sur des éléments qui ne sont pas réglés dans la commission paritaire à laquelle ressortit le cédant. En outre, le droit belge lui permet, dans une certaine mesure, de modifier, de manière consensuelle ou unilatérale, certaines des conditions de travail, dans le respect de la hiérarchie des normes. Il n'est donc pas privé de toute possibilité d'ajustement.

Que le cessionnaire soit gêné dans l'exercice de son activité par l'impossibilité de se délier avant leur terme des conventions qui s'imposaient au cédant au jour du transfert, c'est indiscutable. Il revient aux juges de décider si cette gêne est une entrave disproportionnée à la liberté d'entreprise. On peut émettre des doutes à l'idée que le droit belge soit jugé incompatible avec l'article 16 de la Charte, d'autant que le cessionnaire connaît, avant de contracter, toute l'étendue des contrariétés qui l'attendent, ce qui le distingue du cessionnaire qui se trouve face à des contrats contenant des clauses de renvoi dynamiques.

IV. En guise de conclusion

19. Le débat relatif au maintien – ou non – des conventions collectives de travail après le transfert d'une entreprise n'est assurément pas épuisé. On a tenté de vérifier si, comme cela est soutenu par certains, les arrêts les plus récents de la Cour de Justice sont de nature à y mettre un terme et il apparaît que ce n'est pas le cas.

⁵⁸ La liberté contractuelle – tout comme la liberté d'entreprise dont elle est l'une des manifestations – n'est en tout état de cause pas absolue ; la Cour de Justice a du reste, une tendance à considérer proportionnées la plupart des ingérences dans celles-ci qui lui ont été soumises (L'INSTITUT DE DROIT EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME, « Les juridictions de l'Union européenne et les droits fondamentaux - Chronique de jurisprudence (2016) », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2017, n° 111, pp. 536-537).

Pas plus l'argument fondé sur la liberté d'association, celui tiré de la liberté d'entreprise n'emporte la conviction. Sans aucun doute la règle formulée par l'article 20 de la loi du 5 décembre 1968 entraîne-t-elle une diminution de la liberté d'association, de l'autonomie des volontés collectives et de la liberté d'entreprise. Cet effet n'est pas contraire à l'article 3, § 3, de la directive mais, à l'inverse, constitue l'essence de celui-ci. En ce qu'elle impose le maintien des conditions de travail convenues collectivement avant le transfert de l'entreprise, la directive réduit nécessairement d'une manière significative tous ces droits de l'employeur. Cette réduction est intentionnelle et vise à éviter la régression des droits des travailleurs transférés et établir un équilibre entre la position des salariés et celle du cessionnaire. Lorsque, dans son arrêt *Alemo-Herron*, la Cour de Justice considère que le cessionnaire ne peut être tenu par des clauses de renvoi dynamiques – ou interprétées comme telles – s'il ne peut participer au processus de négociation des conventions collectives adoptées après le transfert, elle ne vise aucunement les conventions déjà existantes et que le cessionnaire n'est pas en mesure de résilier ou modifier ; sa préoccupation est tout autre : la Cour a en vue la production future de normes collectives par un organe auquel le cessionnaire ne pourra jamais participer et qui vont avoir un impact sur son activité économique⁵⁹. Il s'agit de deux hypothèses bien distinctes. Transposer la jurisprudence du second cas au premier est une démarche à tout le moins audacieuse.

Audacieuse, mais aussi peu respectueuse de la directive et de son esprit. Ce n'est pas sans raison que, dans la littérature étrangère, la directive 2001/23 est désignée sous l'appellation « directive droits acquis »⁶⁰. Or, la tentative d'écarter les conventions sectorielles qui liaient le cédant vise à amoindrir la protection voulue par le législateur communautaire et à placer les salariés dans une position moins favorable du seul fait du transfert, ce que la directive vise précisément à empêcher⁶¹.

20. Pour surmonter les inconvénients pratiques de la coexistence de conventions sectorielles de commissions paritaires différentes, certains auteurs ont avancé d'autres pistes.

La première, qui suppose une modification législative, consiste à limiter dans le temps l'application des anciennes conventions collectives ainsi que le permet l'article 3, § 3, de la directive⁶².

La seconde s'appuie sur une interprétation des dispositions légales existantes. Comme on l'a vu ci-dessus⁶³, une convention collective cesse ses effets lorsqu'une nouvelle convention est conclue pour s'y substituer. Il s'agirait d'admettre que la convention sectorielle liant le cédant cesse de s'imposer au cessionnaire lorsqu'une nouvelle convention collective est adoptée, *après* le transfert, par la commission paritaire à laquelle appartient le second et ayant le même objet que la convention collective querellée⁶⁴. Cette solution subordonne la survie des conditions collectives découlant des anciennes conventions à une condition de temporalité, à savoir le moment auquel est adoptée la convention collective de la commission paritaire du cessionnaire ; ce faisant, elle concilie l'exigence

⁵⁹ C'est dans la même perspective que s'inscrit l'avocat général Bot dans ses conclusions précédant l'arrêt *Asklepios c. Felja et Graf* (aff. C-680/15 et 681/15, § 62).

⁶⁰ « The Acquired Rights Directive », au Royaume-Uni (J. PRASSL, « Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law », *op. cit.*, pp. 434 et s.).

⁶¹ Comp. C.J.U.E., 6 septembre 2011, *Scattolon*, aff. C-108/10.

⁶² C. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 125, n° 83 ; comp. F. DORSEMON, « Naar een extensieve interpretatie van restricties op sociale bescherming? Ook wel: een pleidooi voor de eerbiediging van het vertrouwen in arbeidsverhoudingen », *op. cit.*, p. 22.

⁶³ *Supra*, n° 3.

⁶⁴ A. LAMINE, « Transfert d'entreprise et conditions de travail déterminées collectivement : entre hiérarchie des normes et représentation collective », *op. cit.*, pp. 83-85.

du maintien des droits et obligations existant au moment du transfert, la nécessité pour le cessionnaire d'harmoniser les conditions de travail de l'ensemble de son personnel, sa liberté d'entreprise et sa liberté d'association⁶⁵ et la lettre de la directive. Ce compromis paraît défendable au regard de la directive⁶⁶, même s'il ne correspond sans doute pas exactement aux intentions des auteurs de la loi du 5 décembre 1968.

⁶⁵ Dans cette interprétation, il peut, par son affiliation à une organisation représentative, influencer sur la négociation des nouvelles conditions de travail.

⁶⁶ Voy. lors de l'élaboration de la directive 77/187/CEE du 4 février 1977, *Proposition modifiée d'une directive du conseil visant l'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres en ce qui concerne le maintien des droits et avantages des travailleurs en cas de fusions de sociétés, de transferts d'établissements et de concentrations d'entreprises*, COM (75) 429 final, 25 juillet 1975, p. 7.