

# Les aléas de la jurisprudence sociale de la Cour de justice en temps de crise

**Dalila Ghailani**

## Introduction

La crise économique et les restrictions qui l'accompagnent sur le terrain des droits sociaux constituent la toile de fond sur laquelle la politique sociale européenne actuelle et passée doit être replacée, une politique dénuée d'ambitions et inactive sur le plan législatif. Les effets des politiques d'austérité sur l'emploi, la pauvreté, le développement du travail informel, les inégalités et la paix sociale sont pourtant bel et bien visibles (Robin-Olivier, 2012a). Le droit du travail n'a pas été épargné, touché de plein fouet par les mesures adoptées par les autorités publiques et les législateurs nationaux depuis 2008 et visant à renforcer la flexibilité dans les entreprises. Les réformes du droit du travail actuellement menées au sein de nombreux États membres sont en effet justifiées par le fait qu'accroître la flexibilité des marchés du travail serait une mesure clé pour sortir de la crise (Clauwaert et Schömann, 2012)

Face à cette crise, la Commission européenne a proposé une approche centrée sur l'emploi et visant à sortir l'Europe du « piège » de l'austérité<sup>1</sup>. Le « paquet emploi » se propose d'identifier les instruments et méthodes les plus efficaces pour une reprise créatrice d'emplois. Il ne propose aucun projet de mesures législatives renforçant les droits des salariés, les évolutions du droit du travail s'inscrivant dans la partie du rapport consacrée à la réforme des marchés du travail. Elles se déclinent en

---

1. L. Andor, Commissaire européen chargé de l'emploi et des affaires sociales, The key challenges of the crisis, National Union of General and Municipal Workers (GMB), Unite and Unison, Conférence sur le thème : Sorting out the crises : what's the EU got to do with it ?, Manchester, 3 mai 2012, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/321&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

termes de stratégies, de propositions de recommandation, de plans d'action, d'études ou d'échanges de bonnes pratiques (Commission européenne, 2012a). Lancé en octobre 2012, le programme de travail 2013 de la Commission s'est révélé tout aussi décevant en termes d'actions à mener dans le domaine social. S'agissant de l'emploi, la Commission continuera de collaborer activement avec les États membres et les partenaires sociaux, en particulier sur la base des initiatives concernant la garantie pour la jeunesse et les stages qui seront présentées dans le courant de cet automne. Les services publics devraient être renforcés, un moyen selon elle de soutenir l'emploi, alors qu'elle entend par ailleurs favoriser l'inclusion sociale via l'élaboration de la nouvelle génération de programmes du Fonds social européen (Commission européenne, 2012b). Selon le mouvement syndical européen, ce programme constitue une véritable menace pour le dialogue social aux niveaux interprofessionnel et sectoriel. La Commission a en effet refusé d'intégrer dans son programme les propositions de directives intégrant trois accords-cadre sectoriels (sur la santé-sécurité dans le secteur de la coiffure, sur les conditions de travail dans le secteur de la pêche et sur le temps de travail dans le secteur des voies navigables). Cette exclusion met à mal le futur du dialogue social interprofessionnel, notamment dans le cadre de la révision de la directive sur le temps de travail<sup>2</sup>.

Le sombre tableau dressé par l'Organisation internationale du travail (OIT) dans son rapport annuel 2012 sur le travail dans le monde, reflète également les risques associés à l'austérité, tels que constatés au sein de l'Union. Le rapport, positivement intitulé *De meilleurs emplois pour une économie meilleure*, se montre extrêmement pessimiste sur l'évolution de la situation de l'emploi et des conditions de travail dans le monde. Concernant l'Union européenne, les experts internationaux relèvent ainsi un niveau de chômage élevé, l'importance de l'emploi précaire et un accroissement de l'emploi informel (Organisation internationale du travail, 2012). Ce sont des considérations à garder à l'esprit lorsqu'on entreprend d'examiner les raisonnements suivis par la Cour dans l'évaluation des arguments économiques invoqués devant eux, au soutien de telle ou telle interprétation des instruments du droit social européen.

---

2. ETUI, *News Bulletin – worker-participation.eu*, Issue 3/2012, November 2012.

La jurisprudence de la Cour de justice en matière sociale s'est développée autour de certains thèmes prépondérants. Les questions posées et les réponses apportées reflètent les forces et les faiblesses du modèle social européen (Robin-Olivier, 2012a). Ces questions portent notamment sur la fragmentation de la catégorie des travailleurs bénéficiaires des garanties du droit social européen, l'encadrement de la durée du travail, l'égalité de traitement et la non-discrimination. Nous aborderons dès lors dans les lignes qui suivent certains arrêts rendus en 2012 portant sur l'abus de contrats à durée déterminée successifs, la définition de la notion de travailleur, la problématique du droit aux congés annuels payés, l'indemnité financière en cas de congés non pris, l'articulation des congés payés avec d'autres congés, la question de la discrimination en raison de l'âge et de l'épineuse question de la preuve en cas de discrimination à l'embauche.

## **1. Le recours abusif aux contrats à durée déterminée successifs : les arrêts *Kücük* et *Huet***

La clause 5, point 1, sous a), de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée figurant en annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil sur le travail à durée déterminée (Conseil de l'Union européenne, 1999) vise à prévenir les abus dans les recours successifs à plusieurs contrats à durée déterminée<sup>3</sup>. Les États ont le choix d'adopter une ou plusieurs mesures parmi les règles de prudence édictées par l'accord-cadre, visant soit à encadrer le motif du renouvellement du contrat, soit à limiter le nombre de renouvellements ou de successions, soit à limiter la durée totale de la relation de travail sous contrat à durée déterminée. Les affaires *Kücük* et *Huet* ont donné à la Cour l'occasion de se pencher sur cette clause, et nous verrons que son raisonnement a de quoi surprendre, voire décevoir.

---

3. « 1. Afin de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs, les États membres, après consultation des partenaires sociaux, conformément à la législation, aux conventions collectives et pratiques nationales, et/ou les partenaires sociaux, quand il n'existe pas des mesures légales équivalentes visant à prévenir les abus, introduisent d'une manière qui tienne compte des besoins de secteurs spécifiques et/ou de catégories de travailleurs, l'une ou plusieurs des mesures suivantes : a) des raisons objectives justifiant le renouvellement de tels contrats ou relations de travail. »

L'Allemagne a fait le choix d'un contrôle de la raison objective justifiant la succession de contrats. Le motif de remplacement d'un salarié absent, en cas de congé de maternité ou de congé parental par exemple, est considéré comme un cas légitime de renouvellement ou de succession de contrats. Mme Küçük<sup>4</sup>, employée du Land de Rhénanie du Nord-Wesphalie, a ainsi occupé de 1996 à 2007 le poste d'assistante au greffe d'un tribunal de Cologne sur la base de treize contrats à durée déterminée successifs motivés chacun par la nécessité de pourvoir au remplacement de salariés absents, notamment pour congé parental. S'estimant victime d'une succession abusive de contrats précaires, elle a demandé en justice la requalification de sa dernière relation de travail en un contrat à durée indéterminée. Déboutée au fond, elle forma un recours devant le *Bundesarbeitsgericht* qui interrogea la Cour à titre préjudiciel sur trois points.

Le besoin temporaire en personnel de remplacement prévu par la loi allemande constituait-il tout d'abord une raison objective au sens de la clause 5, point 1, sous a) de l'accord-cadre ? Il ressort de la jurisprudence *Angelidaki*<sup>5</sup> que la notion de raison objective visait « des circonstances précises et concrètes caractérisant une activité déterminée et, partant, de nature à justifier dans ce contexte particulier l'utilisation de contrats de travail à durée déterminée successifs ». Ainsi en est-il du besoin temporaire de remplacement de salariés provisoirement absents. La loi allemande autorisant la succession de contrats à durée déterminée (CDD) de remplacement est donc compatible avec ladite clause. Selon la Cour, favoriser de tels remplacements de salariés absents permet la réalisation d'autres objectifs légitimes de la politique sociale de l'Union, tels que la protection de la maternité et l'exercice effectif du congé parental qui supposent que la travailleuse ou le travailleur retrouve son emploi à l'issue de la période d'absence. Le recours à des contrats à durée déterminée et la succession de contrats à durée déterminée prend dès lors tout son sens.

Mais, le motif de remplacement produit-il le même effet lorsque le besoin de personnel de remplacement est constant et pourrait être couvert par l'engagement d'un salarié dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée

---

4. CJUE, 26 janvier 2012, *Küçük*, C-586/10, inédit.

5. CJCE, 23 avril 2008, *Angelidaki*, C-378/07 à C-380/07, Rec. 2009, I-03071.

(CDI)? La Cour affirme, non sans ambiguïté, que « le seul fait qu'un employeur soit obligé de recourir à des remplacements temporaires de manière récurrente, voire permanente, et que ces remplacements puissent également être couverts par l'embauche de salariés en vertu de contrats de travail à durée indéterminée n'implique pas l'absence d'une raison objective au sens de la clause 5, point 1, sous a), dudit accord-cadre ni l'existence d'un abus au sens de cette clause » (considérant 56). Elle nuance quelque peu en poursuivant : « lors de l'appréciation de la question de savoir si le renouvellement des contrats ou des relations de travail à durée déterminée est justifiée par une telle raison objective, les autorités des États membres, dans le cadre de leurs compétences respectives, doivent prendre en compte toutes les circonstances de la cause, y compris le nombre et la durée cumulée des contrats ou des relations de travail à durée déterminée conclus dans le passé avec le même employeur », répondant ainsi au troisième point soulevé.

La solution soulève quelques questions. La Cour s'était montrée plus claire dans l'arrêt *Angelidaki* en soutenant que la fameuse clause 5 visait à prévenir de manière effective le recours abusif aux contrats à durée déterminée et que des dispositions nationales servant de fondement à de tels contrats alors que les besoins couverts auraient un caractère permanent et durable, et non pas provisoire, seraient contraires à l'objectif poursuivi. Or, les faits de l'affaire *Kücük* mettent en évidence l'existence d'un tel besoin : 13 contrats successifs, sur une durée de 11 ans, dans le cadre d'une administration où l'emploi féminin existe souvent en proportion importante, avec des besoins réguliers, voire permanents, de remplacement. La Cour semble néanmoins privilégier les arguments gestionnaires tels que la liberté de gestion invoquée par le Land au considérant 22 aux arguments sociaux tels que la lutte contre la précarisation qu'elle admet au considérant 25. Elle justifie sa position en recourant à une analyse des contrats les uns à la suite des autres de façon autonome, ce qui ne manque pas de soulever une certaine perplexité. À partir du moment où chaque contrat est motivé par un besoin de remplacement, tel que prévu par la loi allemande, la succession de contrats est validée. La prise en considération du contexte ne peut intervenir que dans un second temps, vu le nombre et la durée cumulée des contrats, et peut éventuellement déboucher sur le constat d'un abus. Il s'agirait d'une pratique déviante et non d'une carence de la loi allemande, qui n'est pas remise en cause par l'arrêt (Driguez, 2012a).

Au final, l'arrêt préserve la possibilité pour les juges de sanctionner de tels abus, mais la Cour a manifestement manqué une occasion de rappeler aux États leur obligation de prévenir les successions abusives de CDD telle qu'elle découle de la clause 5, point 1, sous a) de l'accord-cadre. La simple vérification de motifs légitimes auxdits contrats ne permet pas de répondre à cette exigence.

L'affaire *Huet*<sup>6</sup> concernait la situation d'un chercheur de l'Université de Bretagne occidentale ayant exercé ses fonctions pendant six ans dans le cadre de plusieurs contrats à durée déterminée successifs. La loi du 26 juillet 2005 portant transposition du droit communautaire à la fonction publique, tout comme une loi de 1984, fixe à six années maximum la durée des contrats à durée déterminée successifs et prévoit que le dernier contrat peut être reconduit uniquement pour une durée indéterminée. Fort de cette législation, M. Huet a demandé à l'expiration de son dernier contrat à durée déterminée à conclure un contrat à durée indéterminée. Ce dernier fut signé et prévoyait que le chercheur occuperait désormais des fonctions d'ingénieur d'études assorties d'une rémunération moindre que celle perçue en tant que chercheur sur la base des contrats précédents. Les recours administratifs visant à obtenir la modification de son contrat ayant échoué, l'intéressé a introduit un recours devant le tribunal administratif de Rennes.

Il revenait à la Cour, saisie à titre préjudiciel, de décider si la clause 5 de l'accord-cadre devait être interprétée comme imposant que le CDI en lequel se transforme le CDD après une certaine durée, en vertu du droit national, reprenne à l'identique les clauses principales figurant dans le CDD précédent.

Pourtant muette sur la question de la transformation du CDD en CDI, la Cour va adopter une approche volontairement large de la clause 5, faisant fi des objections de la Commission européenne. Si cette mesure de lutte contre le recours abusif aux CDD successifs n'est pas expressément prévue, la liste n'en est pour autant pas exhaustive et les États membres peuvent introduire d'autres dispositions que celles déjà prévues. Le silence du texte signifie néanmoins aussi qu'a priori aucune contrainte ne pèse sur les États en matière de transformation du CDD en CDI. La

---

6. CJUE, 8 mars 2012, *Huet*, C-251/11, inédit.

Cour rappelle du reste que l'accord-cadre n'établit que des principes généraux et des prescriptions minimales destinées à protéger les salariés en CDD contre les discriminations et les abus.

La liberté ainsi accordée aux États n'en est pas pour autant absolue et ne peut en aucun cas compromettre l'effet utile de l'accord-cadre. Si les États adoptent des mesures visant à prévenir les abus, cette prévention doit être effective. Comme le soulignait le gouvernement français devant la Cour, « si un État membre permettait que la transformation d'un CDD en CDI s'accompagne de modifications substantielles des clauses principale du contrat précédent dans un sens globalement défavorable à l'agent lorsque la mission de celle-ci et la nature de ses fonctions demeurent les mêmes, il ne saurait être exclu que ce dernier pourrait être dissuadé de conclure le nouveau contrat qui lui est proposé, perdant ainsi le bénéfice de la stabilité de l'emploi conçu comme un élément majeur de la protection des travailleurs » (considérant 44). La Cour invite dès lors les juges nationaux à vérifier si, à mission et fonctions identiques, le passage au CDI n'a pas entraîné de modifications substantielles des clauses antérieures du contrat de travail, ce qui serait contraire à la clause 5 de l'accord-cadre et à la directive 1999/70/CE. S'agissant d'une baisse de rémunération, il n'y a pas de place pour le doute.

La solution soulève ici aussi quelques interrogations notamment sur la façon dont s'enchaînent le contrat à durée déterminée et le contrat à durée indéterminée. La Cour parle de transformation de contrat, ce qui ne correspond ni au cas d'espèce, ni à la loi puisque c'est à l'expiration du dernier CDD qu'un CDI a été sollicité. Il n'y a pas eu de transformation au sens technique du terme puisque le CDD avait pris fin. Il n'y a pas eu non plus de requalification<sup>7</sup> du contrat en CDI par le juge à titre de sanction pour l'employeur et de remède pour le salarié. Dès lors, l'arrêt rendu vise-t-il indifféremment toutes formes de successions de CDD et de CDI ? N'était-il pas plus opportun de distinguer entre succession, transformation et requalification ? La réponse peut en effet varier selon qu'un nouveau contrat est conclu à l'expiration d'un CDD, ou qu'un même contrat est transformé en CDI par l'employeur ou requalifié par le juge.

---

7. Situation constituant un remède en droit français aux successions abusives ou durées abusives en droit privé.

Une autre difficulté tient à la mise en œuvre concrète de la réponse de la Cour. Une modification substantielle des conditions de travail, en termes de rémunération par exemple, est clairement inconcevable à mission et fonction identiques. Mais que penser d'une modification du contrat qui redéfinirait les fonctions attribuées et la rémunération en conséquence ? Que se serait-il passé si M. Huet avait effectivement dû exercer ses fonctions d'ingénieur d'études prévues par son contrat et cesser ses activités de chercheur manifestement en inadéquation avec ses nouvelles attributions ?

Enfin selon la Cour, les modifications si elles ont lieu doivent s'apprécier globalement (considérant 46). Une dégradation sur certains points pourrait dès lors être compensée par une amélioration sur d'autres, introduisant ainsi une certaine dose de subjectivité dans l'analyse (Driguez, 2012b).

Il est certain que la crise économique que nous traversons a eu un impact dans ce domaine. Durant la crise et la récession qui s'en est suivie, de nombreux États membres ont modifié leur législation, en particulier concernant l'emploi à durée déterminée pour permettre davantage de flexibilité dans le recours à de tels contrats. Ainsi la Lituanie, les Pays-Bas et la Pologne ont introduit de telles modifications sur une base temporaire pour relancer ou maintenir l'emploi, principalement pour la période 2010-2012. D'autres États membres ne se sont pas fixé de limite dans le temps. C'est ainsi le cas de l'Espagne, de l'Italie, du Portugal, de la Roumanie, de la Suède, de la Slovaquie et de la République tchèque. Le recours intensif aux contrats à durée déterminée, facilité dans le cadre des mesures d'austérité, a en tout cas entraîné une augmentation significative du nombre d'affaires portées devant la Cour de Justice (GHK Consultancy, à paraître).

## **2. Le droit aux congés annuels payés, l'indemnité financière et l'articulation avec d'autres congés : les arrêts *Dominguez, Anged et Neidel***

La Cour poursuit son œuvre de construction d'un régime européen des congés payés au travers des arrêts *Dominguez, Anged* et *Neidel*. Les multiples occasions qui lui sont données depuis quelques années d'inter-



prêter l'article 7 de la directive 2003/88/CE concernant certains aménagements du temps de travail<sup>8</sup> (Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 2003) ont en effet conduit les États à revoir leur législation pour les mettre en conformité avec ce texte.

L'affaire *Dominguez*<sup>9</sup> concerne une ressortissante française victime d'un accident sur le chemin du travail, et placée en arrêt maladie entre novembre 2005 et janvier 2007. Son employeur ayant refusé de lui accorder des congés payés pour la période annuelle de référence au cours de laquelle son contrat est resté suspendu, Mme Dominguez a fait valoir ses droits en justice sans succès devant le Conseil des prud'hommes, puis la Cour d'appel. Elle a dès lors formé un pourvoi devant la Cour de cassation, qui a saisi la Cour de Luxembourg de trois questions préjudicielles.

Ledit article 7 de la directive est-il compatible avec l'article L. 3141-3 du Code du travail soumettant l'ouverture du droit à congé à la condition pour le salarié de justifier avoir travaillé chez le même employeur pendant un temps équivalent à un minimum de dix jours de travail effectif ? Le travailleur dont le contrat est suspendu pendant la quasi-totalité de l'année de référence se voit ainsi privé de tout droit à un congé. Il en est ainsi lors de la suspension du contrat de travail en cas d'accident sur le chemin du travail, d'accident de travail ou de maladie professionnelle. S'agissant de l'ouverture des droits, le travail effectif s'entend au sens strict. Il ne sera tenu compte de ces périodes de suspension que pour la détermination de la durée du congé, c'est-à-dire pour ses modalités d'exécution.

La Cour rappelle d'abord que selon une jurisprudence constante (arrêts *BECTU* et *KHS*<sup>10</sup> ; Ghailani, 2012), le droit au congé annuel payé doit être considéré « comme un principe du droit social de l'Union revêtant

---

8. « 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales.

2. La période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail. »

9. CJUE, 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez/Centre informatique du Centre Ouest atlantique*, C-282/10, inédit.

10. CJCE, 26 juin 2001, *BECTU*, C-173/99, Rec. I-1152 ; CJUE, 22 novembre 2011, *KHS*, C-214/10, non encore publié au recueil.

une importance particulière, auquel il ne saurait être dérogé et dont la mise en œuvre par les autorités nationales compétentes ne peut être effectuée que dans les limites expressément énoncées par la directive » (considérant 16). La constitution du droit aux congés payés ne peut être soumise à aucune exigence de période minimale de travail effectif (arrêt *Shultz-Hoff et al.*<sup>11</sup>, Ghailani, 2010). La disposition légale française est dès lors incompatible avec l'article 7 de la directive sur ce point.

Mais cette incompatibilité pouvait-elle être invoquée dans un litige horizontal tel que celui opposant un travailleur à son employeur ? La Cour invite d'abord le juge national à faire droit à la demande du salarié en application de son obligation conforme, sans pour autant aboutir à statuer *contra legem*. Elle l'incite néanmoins à faire preuve d'audace en exploitant l'assouplissement contenu dans la disposition litigieuse assimilant à du temps de travail effectif certaines périodes de suspension du contrat de travail. Elle montre ainsi que si la suspension du contrat pour accident sur le chemin du travail pouvait être assimilée à une suspension pour accident de travail, le problème serait résolu. Une telle analyse occulterait néanmoins le fait que la période de suspension du contrat pour accident de travail n'est pas prise en considération pour l'ouverture des droits mais seulement aux fins de calculs des jours de congés acquis.

Par ailleurs, l'article 7 de la directive pouvait-il être invoqué directement dans le cas d'espèce ? Selon la Cour, cet article est d'effet direct car suffisamment précis et inconditionnel. Mais il revient à la Cour de Cassation de vérifier si le litige pourrait être qualifié de vertical dans la mesure où l'employeur (un organisme de sécurité sociale), tout en étant une personne morale de droit privé, « aurait été chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et disposerait à cet effet de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers » (considérant 39). Dans la négative, la Cour rappelle que l'intéressée serait en mesure de mettre en cause la responsabilité de l'État.

Quant à savoir s'il est possible de moduler la durée annuelle des congés payés au-delà des quatre semaines minimales prévues par l'article 7 de

---

11. CJUE, 20 janvier 2009, *Shultz-Hoff et al.*, C-350/06 et C-520/06, Rec. I-0179.

la directive selon l'origine de l'absence du travailleur bénéficiaire du congé, plusieurs raisons conduisent à répondre par l'affirmative. La directive est un texte d'harmonisation minimale ne faisant pas obstacle à de telles distinctions qui relèvent du pouvoir des États membres quant à la mise en œuvre du droit, dès lors que ces États respectent le droit de tous les travailleurs à jouir d'une période minimale de quatre semaines de congés. Par ailleurs, davantage de congés représenteraient une amélioration de la situation de certains travailleurs qui ne saurait être prohibée.

La décision a le mérite de marquer significativement la différence entre naissance et mise en œuvre du droit aux congés payés en détachant définitivement l'ouverture du droit de toute période de travail effectif au cours de l'année de référence. La Cour semble rattacher le droit aux congés payés de quatre semaines minimum au seul statut de travailleur salarié, c'est-à-dire à l'existence du contrat de travail pendant la période de référence, peu important qu'il soit suspendu ou non. Mme Dominguez soutenait cette solution en se basant sur l'article 31§2 de la Charte des droits fondamentaux, une solution qui soulève néanmoins des interrogations quant à sa mise en œuvre. Si les États membres étaient habilités à maintenir des conditions de mise en œuvre, notamment de calcul de la durée du droit aux congés, fondées sur la durée de travail effectif, la distinction entre naissance et exécution du droit deviendrait artificielle. Dans le cas d'espèce, l'article L. 3141-3 du Code du travail stipule que le salarié a un droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail. Puisque en droit français, la suspension du contrat de travail suite à un accident sur le chemin du travail n'est pas assimilée à du temps de travail effectif, comme l'est l'accident du travail (L. 3141-5), la salariée absente pendant l'intégralité de la période de référence ne devrait avoir droit à aucun jour de congé. Le résultat est donc le même qu'une condition de travail effectif mise à la naissance du droit (Driguez, 2012c). Il en serait autrement si l'effet utile de la disposition communautaire et son interprétation par la Cour n'imposaient aussi soit d'assimiler les accidents sur le chemin du travail aux accidents de travail pour la prise en compte de la durée de travail effectif (proposé par l'arrêt aux points 30 et 31) soit de remettre en cause la règle d'acquisition des jours de congés payés en fonction du travail effectif. Cette dernière hypothèse conduirait à reconnaître qu'un contrat de travail produise *ipso jure* l'acquisition de droits à congés

payés quelle que soit la cause de sa suspension, telle la mise à pied disciplinaire. Cela serait tout à fait inconcevable.

Enfin, l'arrêt déçoit quelque peu sur la question de l'effet direct du droit aux congés payés et son invocabilité dans un litige horizontal puisque la Cour s'est abstenue de répondre à certains arguments sensibles échangés entre les parties, sur l'éventuel rapprochement entre le principe du droit social de l'Union revêtant une importance particulière et le principe général du droit ou encore sur la portée de la référence au droit aux congés payés dans la Charte des droits fondamentaux (article 31) dans un litige horizontal (Driguez, 2012c).

L'arrêt *Neidel*<sup>12</sup> ne manquera pas de susciter des modifications dans la réglementation applicable aux fonctionnaires du Land de Hesse en Allemagne. Un pompier s'était retrouvé en incapacité de travail pour maladie environ deux ans avant son départ à la retraite, sans pouvoir jamais reprendre le travail. À la date de son départ en retraite, il demanda une indemnité financière de congés payés d'un montant correspondant au nombre de jours de congés qui n'avaient pas pu être pris au cours des dernières années du fait de sa maladie. Son administration refusa sous prétexte que le droit de la fonction publique allemand ne prévoyait pas le paiement des jours de congé non pris et que la directive 2003/88 n'était pas applicable aux fonctionnaires. Saisi, le tribunal administratif de Francfort interroge la Cour sur l'interprétation de l'article 7 de la directive selon lequel la période minimale de quatre semaines de congés payés ne peut être remplacée par une indemnité financière sauf en cas de fin de la relation de travail.

Quant au champ d'application personnel de la directive, il ne fait pas de doute pour la Cour qu'il faut l'étendre à tout travailleur quel que soit son statut, de droit public ou de droit privé. Les fonctionnaires sont visés et le cas des pompiers ne figure pas dans les exceptions prévues par le texte.

Le point d'interprétation suivant concernait la portée matérielle de l'article 7§2 : ce dernier reconnaît-il un droit à indemnisation pour un fonctionnaire partant à la retraite sans avoir pu prendre les jours de congés acquis, du fait de sa maladie ? La réponse est à trouver dans

---

12. CJUE, 3 mai 2012, *Neidel*, C-337/10, inédit.

l'arrêt *Schult-Hoff* qui a jugé incompatible avec le droit de l'Union les dispositions ou pratiques nationales ne prévoyant aucune indemnité financière à la fin de la relation de travail, en compensation des congés annuels payés dont le travailleur n'aurait pu avoir la jouissance parce qu'il aurait été malade pendant la période de référence (Ghailani, 2010). Le motif de la rupture importe peu et la solution s'applique aussi en cas de départ à la retraite. Comme rappelé par la Cour, le droit aux congés payés doit être considéré comme un principe du droit social de l'Union revêtant une importance particulière, et dont un travailleur ne saurait être privé pour cause de maladie.

La Cour donne ensuite des éléments permettant de déterminer le montant des indemnités dues à l'intéressé. Quant à l'étendue de la garantie de congés payés, la directive prévoit un minimum de quatre semaines de congés, mais le statut de M. Neidel lui en accordait davantage pour tenir compte des jours de travail tombant sur des jours fériés. La directive s'oppose-t-elle dès lors à ce que des jours de congés accordés au-delà des quatre semaines minimales ouvrent un droit à une indemnité financière compensatrice à la fin de la relation de travail lorsque les congés n'avaient pu être pris pour cause de maladie ? Comme rappelé dans l'arrêt *Dominguez*, la directive ne fixe que des prescriptions minimales pour les États membres, qui sont libres de déterminer le régime juridique applicable aux droits supplémentaires accordés aux travailleurs. La directive ne règlemente en effet pas les congés au-delà du droit minimal de quatre semaines et rien ne s'oppose à ce que les jours de congés supplémentaires ne donnent lieu à aucune compensation financière. Deux régimes juridiques seront donc applicables : les quatre premières semaines de congés seront soumises au droit de l'Union et aux interprétations qu'en donne la Cour, les congés supplémentaires accordés au-delà ne dépendront que de la réglementation nationale.

Le dernier point concernait l'étendue du droit de report des congés n'ayant pu être pris pendant plus de deux ans en raison d'une incapacité de travail pour maladie. Le droit allemand ne prévoyait le report de l'exercice de congé payé, en nature, que pour une durée de neuf mois à la suite de la période de référence. Passé ce délai, le droit était éteint. La Cour s'est déjà prononcée sur le droit au report dont l'exercice doit réaliser un équilibre entre préservation du droit au congé et point au-delà duquel le report n'est plus sérieusement requis car le congé se trouve « dépourvu d'effet positif pour le travailleur en sa qualité de

temps de repos » (considérant 39). Dans l'arrêt *KHS*<sup>13</sup>, elle avait estimé que le respect de l'objectif poursuivi imposait que le report puisse dépasser de façon substantielle la durée de la période de référence pour laquelle le congé est accordé (Ghailani, 2012). En l'espèce, le report sur une période de neuf mois est donc jugé contraire à la directive en ce qu'il limite indûment le cumul des droits à congés annuels payés non pris en raison de l'incapacité de travail.

L'arrêt *Anged*<sup>14</sup> concerne pour sa part l'articulation des congés payés avec d'autres types de congés pour incapacité de travail, comme les congés de maternité ou pour maladie. La question préjudicielle posée par le *Tribunal Supremo* espagnol dans le cadre d'un recours collectif exercé par plusieurs syndicats de salariés pointe précisément cet aspect de l'articulation : l'article 7§1 de la directive s'oppose-t-il à une disposition nationale prévoyant qu'un travailleur en incapacité de travail survenue durant la période de congé annuel payé, n'a pas le droit de bénéficier ultérieurement dudit congé annuel coïncidant avec la période d'incapacité de travail ?

La Cour utilise un argumentaire bien rodé : le droit au congé annuel payé doit être considéré comme un principe de droit social revêtant une importance particulière auquel il ne peut être dérogé et qui ne peut recevoir d'interprétation restrictive. Il est consacré à l'article 31§2 de la Charte des droits fondamentaux. Les différents congés ont des finalités distinctes qui doivent être respectées pour garantir l'effectivité des différents droits : la finalité du droit au congé annuel payé est de permettre au travailleur de se reposer et de disposer de loisirs, celui du congé de maladie est de lui permettre de se rétablir d'une maladie engendrant une incapacité de travail. Tel est le cas du congé de maternité, visé en l'espèce, dont la finalité est de promouvoir la santé et la sécurité des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitant au travail.

Le moment au cours duquel l'incapacité survient est irrelevant, le travailleur ayant le droit de prendre son congé annuel payé coïncidant avec une période de congé de maladie à une époque ultérieure, et ce indépendamment du moment auquel cette incapacité de travail est

---

13. CJUE, 22 novembre 2011, *KHS*, C-214/10, non encore publié au recueil.

14. CJUE, 21 juin 2012, *Anged*, C-78/11, inédit.

survenue. Une autre interprétation ne respecterait pas les finalités distinctes des congés. Le dispositif de l'arrêt visant toute incapacité de travail, sont concernés tant les congés pour maladie que pour maternité ou d'autres motifs justifiant une incapacité de travail. La Cour rappelle enfin que, d'après une jurisprudence constante (KHS entre autres), le report peut avoir lieu en dehors de la période de référence.

La solution affirmée sans ambiguïté devra maintenant être mise en œuvre au sein des États membres, ce qui ne manquera pas de soulever quelques réticences.

### **3. La notion de travailleur en droit communautaire : les arrêts *O'Brien* et *Sibilio***

Les directives sociales ne définissent pas la notion de travailleur. Celle-ci n'en est pas pour autant laissée entièrement aux droits nationaux, nonobstant le renvoi explicite aux législations nationales par certains textes. La Cour de justice l'a communautarisée tout en soulignant que la notion de travailleur en droit communautaire n'était pas univoque, mais variait selon le domaine d'application envisagé. Au vu de la jurisprudence récente, il semble néanmoins que plus que la notion de travailleur elle-même, c'est l'intensité de son européanisation qui varie selon le domaine. Il arrive en effet que la Cour, tout en renvoyant la définition aux droits nationaux, mette en place des outils de contrôle de la définition des bénéficiaires de la législation sociale européenne qui s'apparentent à une européanisation partielle (Robin-Olivier, 2012b). Tel est le cas de l'arrêt *O'Brien*<sup>15</sup>.

Le litige opposait un juge de la Couronne au ministère britannique de la Justice au sujet du refus de cette administration de lui verser une pension de retraite. Le juge *O'Brien*, avocat de formation, avait travaillé pendant 27 ans, jusqu'à son départ à la retraite comme juge à temps partiel en qualité de *recorder* de la Crown Court. Contrairement aux magistrats salariés, les *recorders* à temps partiels sont rémunérés sur la base d'honoraires journaliers et sont exclus du bénéfice du régime de

---

15. CJUE, 1er mars 2012, *O'Brien*, C-393/10, inédit.

pension des professions judiciaires organisé par une loi de 1981. La Cour suprême du Royaume-Uni saisit la Cour pour savoir si la directive 97/81/CE et l'accord-cadre sur le travail à temps partiel (Conseil de l'Union européenne, 1997b), dont l'objectif est de garantir l'égalité de traitement des travailleurs à temps partiel et ceux à temps plein, étaient applicables au cas d'espèce.

Il s'agissait pour l'essentiel de déterminer si les *recorders* relevaient ou non du champ d'application personnel de l'accord-cadre qui « s'applique aux travailleurs à temps partiel ayant un contrat de travail ou une relation de travail définis par la législation, les conventions collectives ou pratiques en vigueur dans chaque État membre » (clause 2, point 1). Le Royaume-Uni refusait d'assimiler les *recorders* à des travailleurs car ils n'étaient aucunement liés par un contrat de travail au ministère dont ils relevaient. De plus le règlement de transposition de la directive en droit britannique excluait explicitement de son champ d'application « les personnes qui, pour l'exercice d'une fonction judiciaire, sont rémunérées sur la base d'honoraires journaliers ».

Les États ont-ils néanmoins tout loisir de déterminer quels sont les travailleurs liés par un contrat de travail ou une relation de travail ? Les textes sur le travail à temps partiel ne définissent pas les termes de « travailleur », de « contrat de travail » ou de « relation de travail », ces derniers devant être interprétés en fonction des finalités propres des textes dans lesquels ils sont insérés. Le 16<sup>ème</sup> considérant de la directive 97/81/CE énonce ainsi explicitement qu'elle laisse aux États membres le soin de définir ses termes, « en conformité avec le droit et/ou les pratiques nationales », permettant ainsi aux États membres d'adapter le texte aux spécificités nationales et d'éviter que des formules trop rigides en restreignent l'application. Selon la Cour, les États jouissent dès lors en matière de définition des notions employées par l'accord-cadre d'un « pouvoir d'appréciation », ce pouvoir, dit-elle, n'est « toutefois pas illimité » (considérant 34). Elle rappelle que les définitions nationales doivent respecter l'effet utile de la directive et les principes généraux du droit. Le champ d'application de la directive, conçu largement, vise, au-delà du contrat de travail, « toute relation de travail », les définitions nationales doivent dès lors respecter le contenu de l'accord-cadre. La définition de travailleur ne doit pas être laissée à l'arbitraire des États et les juges nationaux ne doivent pas s'arrêter aux qualifications nationales. En l'espèce, la seule circonstance que les juges soient qualifiés de



titulaires d'une charge judiciaire ne suffit pas, en tant que telle, à soustraire ces derniers du bénéfice des droits prévus par cet accord-cadre.

La Cour propose quelques principes et critères pour guider les juges nationaux dans leur examen. Ces derniers doivent vérifier « si la nature de la relation de travail en cause est substantiellement différente de celle qui lie à leurs employeurs les employés relevant, selon le droit national, de la catégorie des travailleurs » (considérant 42). Ils doivent prendre en compte les modalités de désignation et de révocation des juges, mais aussi le mode d'organisation de leur travail. La Cour souligne comme significatif d'une relation de travail assimilable à du travail salarié le fait que les juges travaillent « selon des horaires et durant des périodes bien définis » (considérant 45). Plaidait aussi en faveur de l'assimilation le fait que les *recorders* avaient droit à diverses prestations sociales typiques des régimes de sécurité sociale des travailleurs non indépendants. Ces différents éléments soumis à l'appréciation des juges nationaux, devraient conduire, à moins que des différences de nature de travail substantielles ne soient mises en évidence, à écarter le texte national de transposition, à qualifier les *recorders* de « travailleurs » à temps partiel et à les faire bénéficier de la règle de l'égalité de traitement par rapport aux travailleurs à temps plein concernant le bénéfice de l'affiliation à un régime de pension.

Deux semaines plus tard, la Cour a rendu un second arrêt, nettement plus craintif, sur un sujet identique dans l'affaire *Sibilio*<sup>16</sup> visant à préciser si une certaine relation professionnelle entrait dans le champ d'application de la directive 99/70/CE sur le travail à durée déterminée (Conseil de l'Union européenne, 1999).

Employé en qualité de « travailleur socialement utile » par une commune italienne, M. Sibilio a perçu, pendant les trois années et demi que dura cette activité, une rémunération plus faible que ses collègues travailleurs salariés exerçant les mêmes activités et ayant la même ancienneté que lui, au motif qu'une relation particulière le liait à la commune. Conformément à la réglementation italienne, l'utilisation de travailleurs dans le cadre d'activités socialement utiles n'entraînait pas l'établissement de relations de travail avec les administrations publiques utilisatrices. Ces

---

16. CJUE, 15 mars 2012, *Sibilio*, C-157/11, inédit.

activités s'adressent à des travailleurs licenciés, inscrits sur les listes de mobilité et percevant des indemnités de chômage, et les travailleurs en chômage économique percevant une allocation extraordinaire de complément salarial. Ils ne peuvent être utilisés pour moins de 20 heures par semaine mais pour ces 20 premières heures, leur rémunération consiste en une allocation mensuelle fixe versée par l'Institut national de prévoyance sociale et financée par le Fonds national pour l'emploi. Le travailleur a en revanche droit à diverses prestations sociales dues aux salariés (congrés payés, congé maladie, congé de maternité).

Après sa titularisation, M. Sibilio a demandé des rappels de salaires pour les années précédentes, invoquant le bénéfice de l'accord-cadre sur les contrats à durée déterminée et le principe de l'égalité de traitement. Le tribunal de Naples a interrogé la Cour sur la question de savoir si la relation portant sur les « activités socialement utiles » entrait ou non dans le champ d'application de l'accord-cadre. La Cour a répondu en trois temps.

Elle relève d'abord que si l'accord-cadre définit son champ d'application par référence « aux travailleurs à durée déterminée ayant un contrat ou une relation de travail défini par la législation, les conventions collectives ou les pratiques en vigueur dans chaque État membre » (clause 2, pt 1), ces termes ne recouvrent pas une réalité uniforme. L'accord-cadre n'étant du reste pas un texte d'harmonisation, il revient aux États membres de déterminer les situations relevant ou non de contrats et de relations de travail à durée déterminée. À première vue, les travailleurs socialement utiles ne bénéficiant pas de relation de travail selon la législation italienne, ne relèvent pas du champ d'application de l'accord-cadre (considérant 47).

Conformément à *O'Brien*, elle admet qu'il ne faut néanmoins pas s'en tenir à la qualification formelle retenue par le droit national et qu'il revient au juge de vérifier si cette qualification n'est pas fictive, déguisant une véritable relation de travail (considérant 49). Mais la Cour s'arrête là et s'abstient de proposer des critères permettant de caractériser une telle relation de travail. Or, la situation du travailleur socialement utile telle que décrite par le tribunal de Naples présentait tous les caractères d'une relation de travail classique. La Cour va au contraire se concentrer sur la possibilité de soustraire ce type de relation du champ de l'accord-cadre par l'effet de la dérogation admise dans la clause 2, point 2.

Le gouvernement polonais et la Commission européenne ont fait valoir dans leurs observations que même si une relation de travail devait être reconnue, l'Italie pourrait recourir à la dérogation prévue par le point 2 de la clause 2 pour les contrats ou les relations de travail « conclus dans le cadre d'un programme de formation, d'insertion et de reconversion professionnelle à destination d'un public spécifique » pour exclure les travailleurs utiles socialement du bénéfice de l'accord et de l'égalité de traitement (considérant 54). La Cour abonde en ce sens, évoquant la marge d'appréciation laissée aux États et/ou partenaires sociaux et soulignant à peine qu'une telle dérogation devrait passer le cas échéant par la consultation des partenaires sociaux. Or, l'Italie n'avait pas sollicité le bénéfice de cette dérogation et les observations du gouvernement italien ne le revendiquent même pas, ce qui est logique puisqu'il n'est pas censé y avoir de relation de travail !

La Cour s'abstient de dire qu'une telle dérogation devrait être de stricte interprétation et que seules des relations professionnelles impliquant effectivement une action de formation, d'insertion et de reconversion dans le cadre de programmes spécifiques justifieraient de renoncer à l'égalité de traitement. Faisant fi des éléments factuels mais en suivant l'analyse formelle des textes, elle conclut à l'inclusion des travailleurs socialement utiles dans le champ de la dérogation et affirme que la clause 2 de l'accord ne s'oppose pas à la réglementation en cause si toutes les conditions sont remplies.

#### **4. De la discrimination en raison de l'âge : *Tyrolean Airways* et *Hörnfeldt***

La non-prise en compte de l'expérience professionnelle acquise dans d'autres sociétés du groupe ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge du travailleur. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Tyrolean Airways*<sup>17</sup> qui constitue une application de la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (Conseil de l'Union européenne, 2000b).

---

17. CJUE, 7 juin 2012, *Tyrolean Airways*, C-132/11, inédit.

L'arrêt mérite une attention particulière pour les limites du dispositif communautaire de l'égalité de traitement qu'il met en évidence.

Le litige oppose la compagnie aérienne *Tyrolean Airways* (TA) à son comité d'entreprise au sujet de l'interprétation d'une disposition d'une convention collective de cette société. Cette disposition prévoit que le personnel navigant est classé en deux catégories, A ou B, qui déterminent sa rémunération, étant précisé que le passage de la catégorie A à la catégorie B intervient au bout de trois ans d'ancienneté révolus après le recrutement du salarié en tant que membre du personnel navigant commercial. Les tribunaux autrichiens saisis voulaient savoir si seul le recrutement par TA était visé par la disposition ou si l'on pouvait inclure le recrutement antérieur par les deux autres sociétés du groupe, la société mère Austrian Airlines (dont TA est la filiale à 100%) ou sa filiale Lauda Air, fusionnée en 2003 avec Austrian Airlines. Autrement dit, l'ancienneté et l'expérience acquises dans les autres compagnies aériennes du groupe, dont le contenu technique ou qualitatif est largement assimilable à l'expérience qui serait acquise chez TA, doivent-elles être prises en compte pour déterminer la rémunération des travailleurs recrutés par cette compagnie ?

Pour, le juge autrichien, une réponse négative révélerait une possible discrimination en raison de l'âge, incompatible avec la directive 2000/78/CE. Il saisit dès lors la Cour à ce sujet. Cette dernière rejette l'analyse : la directive interdit, sauf justification particulière, les discriminations directes ou indirectes fondées sur l'âge du travailleur. Une disposition qui entraîne une différence de traitement en fonction de la date de recrutement du travailleur n'est pas directement ou indirectement en rapport avec l'âge ou un événement lié à l'âge, précise la Cour. Plus que l'âge, c'est l'expérience professionnelle qui est en jeu ici. Ladite directive ne s'oppose dès lors pas à la disposition litigieuse de la convention collective de TA.

Si d'un point de vue juridique la solution découle du texte, il faut quand même remarquer que la clause en question introduit une inégalité de traitement en matière de rémunération entre des travailleurs en mesure de justifier d'une expérience professionnelle identique, selon qu'ils ont accompli toute leur carrière chez TA ou qu'ils ont été initialement recrutés par une autre compagnie du groupe puis ont changé d'employeur en rejoignant TA. Il s'agit bien ici d'une limite au dispositif communautaire

issu de la directive 2000/78/CE : elle ne traite pas des inégalités malgré son intitulé mais de discriminations, c'est-à-dire des inégalités fondées sur des critères illicites.

En Suède, tout travailleur salarié est soumis depuis une loi de 2002 à la règle des 67 ans. Celle-ci donne le droit inconditionnel à tout travailleur de travailler jusqu'au dernier jour du mois de son 67<sup>ème</sup> anniversaire. Elle autorise d'autre part l'employeur, à compter de cette date, à rompre le contrat de travail sans licenciement. La Cour est saisie par le *Södertorns tingsrätt*, sur la compatibilité de cette règle avec la directive 2000/78/CE dans le cadre de l'affaire *Hörnfeldt*<sup>18</sup>. Le contentieux est né de la contestation de la rupture de son contrat de travail par un ancien agent des services postaux ayant travaillé jusqu'à 67 ans à temps partiel et qui, constatant qu'il aurait droit à une pension de retraite représentant la somme d'environ 715 euros, aurait souhaité continuer de travailler. La possibilité de rupture du contrat hors licenciement à l'âge de 67 ans constituant sans le moindre doute une différence de traitement fondée sur l'âge, le débat s'oriente vers la justification d'une telle inégalité comme prévue à l'article 6 de la directive. Le juge du fond soulève deux questions tenant à la légitimité de la mesure au regard des objectifs poursuivis et au caractère approprié et nécessaire de la mesure pour atteindre ces objectifs.

Le premier point concerne les conséquences à tirer de l'absence de mention des objectifs de la règle des 67 ans dans la loi. Comme indiqué dans l'arrêt *Fuchs et Köhler*<sup>19</sup> (Ghailani, 2012), cette absence n'est pas déterminante pour une éventuelle justification. Les objectifs peuvent être mis en lumière au travers des textes préparatoires ou comme dans le cas d'espèce des observations présentées par le gouvernement concerné au cours de la procédure (considérants 24 à 26).

La Cour est sensible à divers arguments coïncidant avec des objectifs relevant de la politique de l'emploi et du marché du travail. La mesure est intervenue en 2002 pour reculer l'âge de la retraite de 65 à 67 ans, et les principales justifications relevées visent à expliquer l'intérêt de permettre aux travailleurs de travailler plus longtemps s'ils le désirent :

---

18. CJUE, 5 juillet 2012, *Hörnfeldt*, C-141/11, inédit.

19. CJUE, 21 juillet 2011, *Fuchs et Köhler*, C-159/10 et C-160/10, non encore publié.

amélioration des retraites, considérations démographiques, pénurie de main-d'œuvre. Le droit de l'employeur de rompre le contrat sans licenciement dès 67 ans est justifié par le fait que « la règle des 67 ans » vise à faciliter l'entrée des jeunes sur le marché du travail et exprime un consensus politique et social sur une solution d'équilibre entre l'intérêt des travailleurs à travailler jusque 67 ans et une transition en douceur vers la retraite. Elle est jugée par la Cour comme conforme à la directive (considérant 26).

Les objectifs étant légitimes, la règle des 67 ans leur est-elle pour autant appropriée et nécessaire ? La Cour raisonne à partir de la marge d'appréciation laissée aux États membres et aux partenaires sociaux lorsqu'ils sont à l'origine du texte et considère que la possibilité de mise à la retraite à 67 ans des travailleurs répondrait bien aux objectifs mentionnés (point 32).

Le principal problème juridique soulevé par le juge du fond concernait l'absence de référence de la règle des 67 ans aux pensions de retraite alors que l'arrêt *Palacios de Villa*<sup>20</sup> en avait fait une condition de validité des clauses-couperet (point 35). Mais pour la Cour, il ne s'agit que d'un élément à prendre en considération parmi d'autres. Elle dresse un bilan des coûts et des avantages et relativise les inconvénients de la règle pour les travailleurs. Elle souligne que, sauf convention collective contraire, il ne s'agit pas d'une clause-couperet, que la mise à la retraite n'est pas automatique et que rien n'empêche les personnes de continuer de travailler si leur employeur est d'accord. L'âge de 67 ans correspond par ailleurs en Suède à un âge auquel les travailleurs peuvent disposer de leurs pensions légale et professionnelle ou bien, à tout le moins, bénéficier d'une couverture de base (accessible comme les pensions de retraite dès l'âge de 65 ans), et d'allocations de logement et/ou de vieillesse pour les niveaux de ressources les plus bas. Enfin, comme relevé pertinemment par la juridiction de renvoi et souligné par la Cour, le niveau de la pension de retraite n'est pas un élément déterminant de l'acceptabilité de la mesure depuis qu'a été admise une clause-couperet à 60 ans dans l'affaire *Rosenblatt*<sup>21</sup>. Celle-ci concernait une travailleuse

---

20. CJCE, 16 octobre 2007, *Palacios de Villa*, C-411/05, Rec. I-8531.

21. CJUE, 12 octobre 2010, *Rosenblatt*, C-45/09, Rec. I-9391.

dont la retraite était nettement inférieure à celle du demandeur au principal (point 45).

Les juges concluent par conséquent à la compatibilité de la règle suédoise des 67 ans avec l'article 6 de la directive 2000/78/CE.

## **5. De la charge de preuve en cas de discrimination à l'embauche : *Meister***

Les discriminations à l'embauche sont l'un des cas les plus difficiles à prouver à moins d'être en présence d'un employeur particulièrement maladroit affichant des critères de sélection discriminatoires. L'effectivité du droit à l'égalité de traitement est ainsi compliquée par l'opacité des procédures de recrutement. Sans aller jusqu'à la preuve de la discrimination, non requise du demandeur par les directives dans le cadre d'un régime partagé, la simple allégation plausible de faits laissant supposer son existence est difficile à mettre en œuvre car le candidat dispose souvent de peu d'éléments de comparaison avec le candidat retenu et parce que tout processus de sélection repose sur des critères à la fois subjectifs et objectifs (Jaqmain, 2012). L'affaire *Meister*<sup>22</sup> a néanmoins donné à la Cour l'occasion de renforcer l'exigence de transparence à l'encontre du recruteur.

Mme Meister, une Russe de 45 ans avait postulé à deux reprises à un poste d'ingénieur informatique auprès d'une société allemande. Sa candidature fut rejetée à deux reprises avant même toute convocation à un entretien d'embauche, alors qu'elle remplissait les conditions de qualification requises par le poste. S'estimant victime d'une discrimination multiple en raison de son sexe, son âge et de son origine ethnique, elle a sollicité du recruteur des informations sur le profil du candidat retenu, ce qui lui a été refusé. Déboutée en première instance et en appel, Mme Meister saisit le *Bundesarbeitsgericht* d'un recours en révision. Ce dernier interrogea la Cour sur la possibilité de déduire de différentes directives relatives à la lutte contre les inégalités de traitement un droit du plaignant à la communication d'informations par le défendeur.

---

22. CJUE, 19 avril 2012, *Meister*, C-415/10, inédit.

La Cour se réfère sans hésitation à son arrêt *Kelly*<sup>23</sup> concernant un candidat déçu à une formation professionnelle. Interprétant alors l'article 4§1 de la directive 97/80/CE sur la charge de la preuve en cas de discrimination fondée sur le sexe<sup>24</sup> (Conseil de l'Union européenne, 1997a) et l'article 4 de la directive 76/207/CEE sur la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière professionnelle (Conseil des Communautés européennes, 1976), la Cour avait confirmé le régime de la preuve partagée prévue par ces textes. La charge pour le demandeur d'établir des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ne peut ainsi, selon la Cour, être allégée par un droit du candidat à l'embauche ou à la formation professionnelle de se faire communiquer par le recruteur des documents détenus par lui seul et portant notamment sur les dossiers et profils des concurrents à la procédure de recrutement ou à sa demande de formation. La seule nuance à cette réponse consistait à inviter le juge à veiller qu'un tel refus d'information ne prive pas d'effet utile la directive 97/80/CE (considérant 39).

Les directives visées dans cet arrêt ont été abrogées mais les nouvelles directives soumises à l'interprétation de la Cour dans le cas d'espèce contiennent en substance les mêmes règles. L'article 19§1 de la directive 2006/54/CE (Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 2006) reprend mot pour mot l'article 4§1 de la directive 97/80/CE<sup>25</sup>.

---

23. CJUE, 21 juillet 2011, *Kelly*, C-104/10, non encore publié au recueil.

24. « 1. Les États membres, conformément à leur système judiciaire, prennent les mesures nécessaires afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établi, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. »

25. L'application du principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation, de perfectionnement et de recyclage professionnels, implique que les États membres prennent les mesures nécessaires afin que : a) soient supprimées les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement ;

b) soient nulles, puissent être déclarées nulles ou puissent être amendées les dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement qui figurent dans les conventions collectives ou dans les contrats individuels de travail, dans les règlements intérieurs des entreprises, ainsi que dans les statuts des professions indépendantes ;

c) l'orientation, la formation, le perfectionnement et le recyclage professionnels, sous réserve de l'autonomie reconnue dans certains États membres à certains établissements privés de formation, soient accessibles selon les mêmes critères et aux mêmes niveaux sans discrimination fondée sur le sexe ».



Les autres dispositions visées par le *Bundesarbeitsgericht* à savoir les articles 8§1 de la directive 2000/43/CE<sup>26</sup> (Conseil de l'Union européenne, 2000a) et 10§1 de la directive 2000/78/CE<sup>27</sup> (Conseil de l'Union européenne, 2000b) sont à peu près identiques. La Cour confirme par conséquent l'interprétation retenue dans *Kelly* : ces textes « ne prévoient pas le droit, pour un travailleur alléguant de façon plausible qu'il remplit les conditions énoncées dans un avis de recrutement et dont la candidature n'a pas été retenue, d'accéder à l'information précisant si l'employeur, à l'issue de la procédure de recrutement, a embauché un autre candidat » (considérant 46).

L'arrêt comporte néanmoins une inflexion plus marquée. Selon la Cour « il ne saurait être exclu qu'un refus de tout accès à l'information de la part d'une partie défenderesse peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte » (considérant 47). La formule s'adresse au juge national chargé d'examiner les éléments de preuve apportés par les deux parties. Sans créer de droit nouveau à l'information pour le demandeur et sans ajouter aux pouvoirs d'instruction du juge national, la Cour estime qu'il est possible d'interpréter un refus obstiné et non justifié de communication d'informations objectives sur le déroulement du processus de recrutement contre son auteur. Un tel refus pourra conforter l'allégation par le demandeur de faits laissant présumer la discrimination. La Cour a repris ici les considérations de l'avocat général Mengozzi, qui trouvait suspecte l'attitude de la société dans son abstention de convoquer la postulante, dont elle ne contestait nullement la qualification<sup>28</sup>.

---

26. « 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement».

27. « 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement».

28. Conclusions de l'Avocat général Mengozzi présentées le 12 janvier 2012.

## Conclusions

Des décisions que nous avons exposées, nous pouvons déduire des avancées mais aussi des régressions. Certaines ont suscité le soulagement et d'autres la perplexité.

Ainsi, le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce que la flexibilité de la gestion de la main-d'œuvre par les entreprises se réalise par le recours à des contrats à durée limitée. En contrepartie de cette flexibilité, des mesures garantissant aux salariés employés dans le cadre de ces contrats des conditions de travail comparables à celles des autres salariés conformément au principe d'égalité de traitement ont été adoptées. Jusqu'à maintenant, la Cour avait fait preuve d'une certaine fermeté dans le contrôle des législations nationales autorisant largement le recours aux contrats à durée déterminée. Mais il ressort de l'arrêt *Küçük*, qu'elle n'a plus la même volonté ou la même capacité de remettre en cause les choix nationaux qui laissent libre cours à cette forme de flexibilité externe. La solution de la Cour manifeste la volonté de ne pas remettre en cause de manière frontale la législation nationale, tout en ouvrant des possibilités de contestations de cette législation dans des cas particuliers de mise en œuvre abusive. Elle n'est pas allée jusqu'à exiger que d'une manière générale, les renouvellements, même justifiés par des raisons objectives soient limités dans le temps (Robin-Olivier, 2012b).

L'arrêt *Dominguez* revêt pour sa part une certaine importance sur le plan des principes car il marque significativement la différence entre naissance et mise en œuvre du droit aux congés payés en détachant définitivement l'ouverture du droit de toute période de travail effectif au cours de l'année de référence. La décision a donné suite à une modification législative quasiment immédiate dans l'ordre juridique français. Par une loi du 22 mars 2012<sup>29</sup>, la France a modifié l'article L.3141-3 du Code du travail. Dorénavant, la naissance du droit aux congés payés ne requiert plus du travailleur une période de travail effectif minimale de dix jours chez le même employeur. Cette adaptation est encore restrictive et nécessitera des développements futurs puisque le législateur a maintenu la distinction selon l'origine de la maladie et la cause de la

---

29. L. n° 2012-387, 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JO 23 mars 2012.

suspension du contrat de travail pour déterminer si le travailleur acquerrait ou non des droits à congés payés au cours de la période de référence. La Cour invitait néanmoins au contraire.

L'on aura également noté avec une grande perplexité la différence d'approche entre les arrêts *O'Brien* et *Sibilio*, à la défaveur du second : d'un côté des professionnels du droit, *barristers* ou *sollicitors*, exerçant en outre à temps partiel des fonctions de juge, de l'autre des chômeurs, victimes actuelles ou futures de licenciement économique. Ces derniers devraient se contenter de ces « contrats d'insertion ou de reconversion professionnelle » dans lesquels la Cour les a rangés (point 57 de l'arrêt) alors que ces travailleurs ne sont pas a priori dans une problématique de réinsertion, que leur seul point commun est d'avoir perdu un emploi et que le juge du fond précise lui-même qu'ils sont affectés à des emplois répondant aux besoins institutionnels des administrations utilisatrices et non pas à des objectifs exceptionnels, sur des durées parfois plus longues qu'initialement prévues et permises par la réglementation (huit mois maximum). Il ne s'agit pas de mesure d'aide à la réinsertion, mais seulement d'un moyen pour l'administration italienne de recourir à une main-d'œuvre sans besoin établi de formation, et à moindre prix (Driguez, 2012d).

De façon plus positive, l'arrêt *Meister* pourrait signer la fin des systèmes de recrutement complètement discrétionnaires dans la mesure où les recruteurs ne pourraient plus se retrancher derrière la confidentialité de leur procédure pour refuser en bloc tout type d'information, sans que cette attitude ne contribue à alimenter le doute sur d'éventuelles dissimulations de pratiques discriminatoires. Il appartiendra au juge de déterminer l'étendue des informations raisonnablement divulguables avant de conclure sur les conséquences d'un refus. La Cour elle-même a pu y être sensible. Dans l'affaire *Kelly*, l'organisme de formation avait fourni au demandeur quelques éléments de réponse, alors que rien n'avait pu être obtenu dans l'affaire *Meister*. Cette différence factuelle a peut-être aussi contribué à l'amélioration constatée.

## Références

- Clauwaert S. et Schömann I. (2012) The crisis and national labour law reforms: a mapping exercise, Working Paper, 2012.04, Bruxelles, ETUI.
- Commission européenne (2012a) Vers une reprise génératrice d'emploi, COM (2012) 173 final du 18 avril 2012
- Commission européenne (2012b) Programme de travail de la Commission pour l'année 2013, COM (2012) 629 final du 23 octobre 2012.
- Conseil des Communautés européennes (1976) Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, Journal officiel de l'Union européenne, L 39 du 14 février 1976.
- Conseil de l'Union européenne (1997a) Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, Journal officiel de l'Union européenne, L 014 du 20 janvier 1998.
- Conseil de l'Union européenne (1997b) Directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997, concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, Journal officiel de l'Union européenne, L 14 du 20 janvier 1998.
- Conseil de l'Union européenne (1999) Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, Journal officiel de l'Union européenne, L 175 du 10 juillet 1999.
- Conseil de l'Union européenne (2000a) Directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, Journal officiel de l'Union européenne, L 180 du 19 juillet 2000.
- Conseil de l'Union européenne (2000b) Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, Journal officiel de l'Union européenne, L 303 du 2 décembre 2000.
- Driguez L (2012a) Europe n°3, commentaire 128, Küçük, mars 2012.
- Driguez L. (2012b) Europe n°5, commentaire 215, Huet, mai 2012.
- Driguez L. (2012c) Europe n°3, commentaire 127, Dominguez, mars 2012.
- Driguez L (2012d) Europe, n°5, commentaire 216, Sibelio, mai 2012.
- Ghailani D. (2010) Cour de justice et politique sociale de l'UE : aperçu de la jurisprudence récente, in Degryse C. (ed.) Bilan social de l'Union européenne 2009, Bruxelles, ETUI et OSE, 215-234.

- Ghailani D. (2012) Römer, Casteels, Prigge : aperçu de quelques arrêts rendus par la CJUE en 2011, in Natali D. et Vanhercke B. (eds) Bilan social de l'Union européenne 2012, Bruxelles, ETUI et OSE, 227-250.
- GHK Consultancy (à paraître), Evaluative Study of Directive 1997/81/EC (supplemented by Directive 98/23/EC) on Part-Time Work and Directive 1999/70/EC on Fixed-Term Employment, Rapport commandité par la DG Emploi et Affaires sociales, Commission européenne.
- Jaqmain J. (2012) Égalité entre travailleurs féminins et masculins – Autres discriminations, Journal de droit européen, N°194, décembre 2012, 310-314.
- OIT (2012) De meilleurs emplois pour une meilleure « économie », rapport annuel sur le travail dans le monde, Genève, Organisation internationale du travail.
- Parlement européen et Conseil de l'Union européenne (2006) Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), Journal officiel de l'Union européenne, L 204 du 26 juillet 2006.
- Parlement européen et Conseil de l'Union européenne (2003) Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, Journal officiel de l'Union européenne, L 299, 9-19.
- Robin-Olivier S. (2012a) La crise économique et l'agenda social, Revue trimestrielle de droit européen, 2/2012, 477-479.
- Robin-Olivier S. (2012b) Le droit social est-il capable de réduire la fragmentation de la catégorie des travailleurs ?, Revue trimestrielle de droit européen, 2/2012, 480-489.