

Politique sociale européenne : quelques considérations d'ordre jurisprudentiel

Dalila Ghailani

Introduction

Cette chronique sur la jurisprudence de la Cour de justice s'est donné pour cadre temporel la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2010 et pour cadre matériel les différents éléments constitutifs de la politique sociale. L'objectif est ici de recenser un certain nombre d'arrêts ayant particulièrement retenu notre attention, l'exhaustivité n'est absolument pas recherchée et la sélection se révélera nécessairement subjective.

Certaines thématiques semblent particulièrement mises à l'avant-scène de la politique sociale européenne. Nous en évoquerons brièvement quatre, car elles ont donné lieu à une importante jurisprudence durant la période considérée. La lutte contre les discriminations est l'une de ces thématiques. Le droit communautaire des discriminations se développe essentiellement via la mise en cause des mesures ou des pratiques qui sont à l'origine de différence de traitement en raison de l'âge. L'âge ne peut être totalement exclu des critères selon lesquels des distinctions sont opérées entre les salariés, car il ne constitue pas toujours une considération illégitime. La nature particulière de l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge est à l'origine du nombre élevé de questions posées à la Cour (Robin-Olivier, 2010). Les affaires *Wolf*, *Petersen* et *Kücükteveci* pour ne citer qu'elles ont donné à la Cour l'opportunité de nous éclairer sur le sujet.

Dans un autre registre, l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes et la protection de la grossesse et de la maternité ont aussi donné lieu à d'importants développements jurisprudentiels. Les difficultés liées aux implications salariales des mesures de protection de la grossesse et de la maternité sont particulièrement bien illustrées dans les arrêts *Gassmayr* et *Parviainen*.

Un autre thème d'actualité est celui de l'aménagement du temps de travail. Il est difficile de faire abstraction de l'échec de la révision de la directive de 2003 relative à l'aménagement du temps de travail intervenu en 2009 illustrant clairement la difficulté de trouver des compromis acceptables pour les États membres et pour les institutions européennes. Le Parlement européen et le Conseil ne sont en effet pas arrivés à un accord malgré les efforts de la Commission. Mais, sitôt la procédure de révision close, la Commission a ouvert une nouvelle consultation des partenaires sociaux dans l'objectif de procéder à une révision complète du texte de la directive (CCE, 2010). Pendant cette longue période de révision, la réglementation européenne a continué de s'appliquer et la Cour de justice a continué à lui faire produire des effets (Robin-Olivier, 2010). Témoignent de cette activité jurisprudentielle les arrêts *Fuß* et *Union Syndicales Solidaires Isère* sur lesquels nous reviendrons dans ce chapitre.

Enfin, la flexicurité est toujours à l'ordre du jour dans le discours européen entraînant le développement des contrats dits atypiques. Ces derniers suscitent de vives critiques en même temps qu'ils font l'objet d'une réglementation pour le moins dense. La jurisprudence de la Cour révèle l'importance prise par cette réglementation dans la protection des travailleurs (Robin-Olivier, 2010). En témoigne l'arrêt *Bruno et Pettini* concernant le travail à temps partiel.

1. De l'égalité et de la non-discrimination

1.1 Du principe général de non-discrimination liée à l'âge : *Wolf, Petersen, Küçükdeveci*

Les tensions qui s'exercent sur le marché du travail en Europe, rapportées à certaines réalités démographiques conduisent les États membres à adopter des mesures de régulation passant par l'exclusion de certaines catégories de travailleurs pour des raisons liées à l'âge. En témoigne l'importante jurisprudence rendue dans cette matière en 2010.

Les trois premières affaires trouvent leur cadre en Allemagne. Ayant postulé pour un emploi au sein du service technique intermédiaire des

pompiers dans le Land de Hesse, M. Wolf¹, âgé d'un peu plus de trente ans, s'est vu opposer la limite d'âge de 30 ans pour accéder à la procédure de sélection. Saisi du litige, le tribunal administratif de Francfort interroge la Cour de justice sur la compatibilité de la réglementation allemande avec 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, 2000). Considérant que la mesure litigieuse découlait de l'exigence d'une période minimale d'activité avant la retraite et d'une structure des âges équilibrée dans la profession, le tribunal demande si l'instauration d'un âge limite de recrutement peut être justifiée par l'article 6§1 permettant aux États membres d'instaurer de telles différences de traitement en raison de l'âge pour des raisons liées à la politique de l'emploi ou à la formation professionnelle.

De façon assez surprenante, la Cour décide de raisonner à partir de la justification contenue dans l'article 4§1 de la directive relatif aux exigences professionnelles essentielles et déterminantes, appréciant ainsi le bien-fondé des explications avancées par le gouvernement allemand en réponse aux questions écrites posées par la Cour durant la procédure. Interprétant cet article, la Cour rappelle que « c'est non pas le motif sur lequel est fondée la différence de traitement, mais une caractéristique liée à ce motif qui doit constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante » (point 35). Dans l'espèce, l'âge ne pourrait en lui-même constituer une exigence essentielle à l'exercice des fonctions de pompier intervenant dans les services techniques. Il faut au contraire rechercher quelles caractéristiques essentielles associées à un âge maximal de 30 ans pourraient définir ces exigences essentielles, elles-mêmes à définir. L'aptitude physique retient l'attention de la Cour qui raisonne en 2 temps : d'une part, la caractéristique est-elle une exigence professionnelle essentielle et déterminante ? D'autre part, l'objectif poursuivi par la réglementation source d'inégalités est-il légitime, et l'exigence nécessaire est-elle proportionnée ?

Concernant la poursuite d'un objectif légitime, la Cour reconnaît que le souci d'assurer le caractère opérationnel et le bon fonctionnement du service des pompiers professionnels répond au texte. S'agissant de l'aptitude physique des pompiers en tant qu'exigence professionnelle

1 Affaire C-229/08, *Wolf*, 12 janvier 2010, inédit.

essentielle et déterminante, elle relève que les pompiers affectés aux services techniques participent activement avec les autres à la lutte contre les incendies, suggérant que le fait de disposer de capacités physiques importantes peut être considéré comme une telle exigence. La Cour répond aussi positivement à la question de savoir si l'âge détermine ou non la disposition de capacités physiques élevées. Restait à déterminer si le fait de fixer la limite à 30 ans est proportionné au but à atteindre, ce que la Cour admet sur des considérations de formation, de durée d'exercice des fonctions et de bonne gestion démographique des effectifs. Elle conclut que la différence de traitement en raison de l'âge est ici justifiée sur le fondement de l'article 4§1 de la directive 2000/78/CE.

Rendu le même jour, l'arrêt *Petersen*² a permis à la Cour de préciser comment justifier une limitation de l'âge maximal d'exercice d'une profession par des considérations de santé publique et de politique de l'emploi. L'affaire trouve son origine dans l'interdiction faite à Mme Petersen, une dentiste âgée de 68 ans de continuer de dispenser des soins en application du code allemand de sécurité sociale fixant à 68 ans l'âge limite d'exercice pour les médecins conventionnés dans le système d'assurance chômage. Doutant de la compatibilité de cette réglementation avec la directive de 2000/78, le tribunal administratif de Dortmund saisit la Cour de justice.

Cette dernière relève que plusieurs objectifs étaient poursuivis par cette limite d'âge, dont la protection de la santé des patients bénéficiant du régime légal d'assurance maladie. Un tel objectif est-il légitime, sachant que la mesure est fondée sur une supposée baisse des capacités à partir d'un certain âge, sans que l'on tienne compte des capacités réelles des intéressés ? Or, l'article 6§1 de la directive ne vise que les objectifs de politique sociale tels que ceux liés aux politiques de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle. L'objectif de santé publique ne semble pas entrer dans ce champ. Néanmoins, la Cour va estimer que l'objectif poursuivi est légitime au regard, non pas de l'article 6§1 mais bien de celui de l'article 2§5 selon lequel : « la présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale, qui (...) sont nécessaires (...) à la protection de la santé ». Vu la marge de manœuvre dont disposent les États membres

2. Affaire C-341/08, *Petersen*, 12 janvier 2010, inédit.

dans ce domaine, « un État membre peut estimer nécessaire de fixer une limite d'âge à l'exercice d'une profession médicale telle que celle de dentiste, afin de protéger la santé des patients » (point 52). Cet objectif peut aussi justifier des mesures destinées à assurer l'équilibre financier du système national de santé. Cependant, cette limite d'âge ne frappe que les dentistes conventionnés remettant dès lors en cause la cohérence de la mesure. Si la limite d'âge vise à protéger la santé des patients, elle devrait concerner tous les patients et pas seulement ceux soignés par des médecins conventionnés. La limite d'âge ne concernant que ces derniers ne peut être considérée comme nécessaire à la protection de la santé au sens de l'article 2§5.

L'autre objectif avancé pour justifier la limite d'âge concernait la répartition des emplois entre les générations au sein de la profession de dentiste conventionné. Il s'agit bel et bien d'un objectif relevant des politiques de l'emploi et donc de l'article 6§1 de la directive. Un tel objectif est selon la Cour légitime et proportionné. En effet, « il n'apparaît pas déraisonnable pour les autorités d'un État membre d'estimer que l'application d'une limite d'âge, laquelle conduit à la sortie du marché du travail des praticiens plus âgés, puisse permettre de favoriser l'emploi des professionnels plus jeunes » (point 70). La Cour relève que l'âge de 68 ans paraît suffisamment avancé pour servir de terme à l'autorisation d'exercer, mais pose néanmoins une limite : « lorsque le nombre de dentistes conventionnés présent sur le marché du travail concerné n'est pas excédentaire par rapport au besoin des patients, l'entrée dans celui-ci de nouveaux professionnels, et notamment de jeunes, est normalement possible, indépendamment de la présence des dentistes ayant dépassé un certain âge, en l'occurrence celui de 68 ans. Dans ce cas, l'instauration d'une limite d'âge pourrait n'être ni appropriée ni nécessaire pour atteindre l'objectif recherché » (point 71).

Rendu le 19 janvier, l'arrêt *Kücükdevic*³ confirme l'existence et la portée d'un principe général du droit communautaire interdisant toute discrimination fondée sur l'âge. L'affaire mettait en cause l'article 622, §2, second alinéa du BGB (Code civil allemand) relatif au calcul de la durée de préavis de licenciement excluant la prise en compte des périodes d'emploi accomplies par les salariés avant qu'ils n'aient atteint

3. Affaire C-555/07, *Kücükdevic*, 19 janvier 2010, inédit.

l'âge de 25 ans. Licenciée en 2007 par Swedex, Mme Kückdeveci contestait le refus de prise en compte dans le calcul de son préavis des sept années de travail accomplies au sein de l'entreprise entre 18 et 25 ans. Saisie par le *Landesarbeitss Gericht Düsseldorf*, la Cour examine si les objectifs avancés pour justifier cette différence de traitement fondée sur l'âge sont légitimes et si les moyens adoptés pour y parvenir sont proportionnés. Parmi les objectifs avancés figurait celui visant à renforcer la protection des travailleurs en fonction du temps passé dans l'entreprise et de faciliter l'embauche des jeunes en accroissant la flexibilité de la gestion du personnel. La Cour considère ces objectifs comme légitimes puisqu'ils relèvent d'une politique en matière d'emploi. L'Avocat général Bot avait adopté une position différente estimant que l'instauration de courts délais de préavis n'était pas de nature à favoriser l'insertion professionnelle des jeunes travailleurs et ne visait qu'à accorder plus de flexibilité à l'employeur. Un tel objectif ne pourrait dès lors être considéré comme légitime au regard de l'article 6§1 qui ne vise que les objectifs à caractère d'intérêt général. La Cour ne se rallie néanmoins pas à sa thèse et considère que le rattachement d'une mesure à un objectif général de politique sociale paraît suffisant.

Concernant le caractère proportionné, la Cour estime qu'au regard de l'objectif de flexibilité, la réglementation ne contribue pas à sa réalisation puisqu'elle s'applique à tous les salariés entrés dans l'entreprise avant 25 ans quel que soit leur âge lors de leur licenciement. La mesure ne peut du reste être considérée comme apte à réaliser l'objectif de renforcement de la protection des travailleurs en fonction du temps passé dans l'entreprise, car l'allongement du délai de préavis est retardé pour les salariés qui ont entre 18 et 25 ans. La réglementation touche par ailleurs les jeunes de manière inégale frappant davantage ceux qui sont entrés tôt dans la vie active et non ceux qui commencent à travailler tard. L'exclusion des années travaillées en dessous de 25 ans pour le calcul du délai de préavis constitue donc bien une discrimination fondée sur l'âge interdite par la directive 2000/78.

Reste à la Cour à se prononcer sur les conséquences de la reconnaissance de cette discrimination : que doit faire le juge allemand face à une réglementation nationale contraire au droit communautaire ? La question concerne la portée des directives dont la Cour a toujours refusé qu'elles puissent avoir un effet direct horizontal : si les dispositions suffisamment précises d'une directive peuvent être invoquées à l'encontre d'un État,

elles ne peuvent l'être à l'encontre d'un particulier (point 46). En l'occurrence, l'obligation d'interprétation conforme ne pouvait aller jusqu'à ne pas appliquer la disposition très claire du droit allemand. La Cour va dès lors appréhender la situation, non sous l'angle de la directive, mais sous celui du principe général du droit de l'Union interdisant toute discrimination fondée sur l'âge, qui lui est d'effet direct. Pour fonder sa décision, elle suit le même raisonnement que dans *Mangold*⁴ : la directive 2000/78 ne consacre pas elle-même le principe d'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, qui trouve sa source dans les instruments internationaux et les traditions constitutionnelles communes aux États membres. La directive ne fait que concrétiser le principe de non-discrimination en fonction de l'âge à considérer comme un principe général du droit de l'Union (point 53). La Cour poursuit en se référant à la Charte des droits fondamentaux qui interdit notamment les discriminations fondées sur l'âge (point 22). La Cour s'était déjà référée à la Charte précédemment, mais l'arrêt *Kücükdevci* offre la possibilité d'appliquer la Charte pour la première fois depuis que le Traité de Lisbonne lui a reconnu la même valeur juridique que les traités (Kokott et Sobotta, 2010).

Reste à préciser la portée de ce principe. Pour se conformer au droit communautaire, il est nécessaire que les droits nationaux entrent dans son champ d'application. Tel est le cas : les conditions de licenciement en cause dans l'espèce entrent dans le champ d'application de la directive 2000/78. La Cour conclut dès lors que : « c'est sur le fondement du principe général du droit de l'Union interdisant toute discrimination fondée sur l'âge, tel que consacré par la directive 2000/78 qu'il convient de rechercher si le droit de l'Union s'oppose à une réglementation nationale telle que celle en cause ». C'est au regard de cette discrimination que la Cour va examiner l'existence d'une discrimination. La reconnaissance de ce principe général permet d'assurer un effet direct horizontal aux dispositions de la directive 2000/78 et permet au juge national d'écarter des dispositions nationales contraires à ce principe (Michéa, 2010).

L'arrêt *Kücükdevci* permet de clore le débat ouvert par l'arrêt *Mangold* (vivement critiqué) : l'interdiction des discriminations du fait de l'âge est un principe général du droit de l'Union impliquant pour les juges

4. Affaire C-144/04, *Mangold*, 22 novembre 2005, Rec. I-9981.

nationaux de laisser inappliquée toute disposition nationale contraire à ce principe, dans le champ d'application du droit communautaire. Une telle reconnaissance renforce la portée des règles de non-discrimination. Par ailleurs, les États membres disposent d'une grande liberté en ce qui concerne les objectifs justifiant les différences de traitement. L'objectif ne doit pas nécessairement être précisé dans la réglementation litigieuse, mais peut être tiré du contexte général de la mesure. De plus, la Cour admet la légitimité des objectifs liés à la protection de la santé publique. Par contre, elle contrôle plus strictement la cohérence de la mesure et sa proportionnalité (arrêt Petersen). Enfin, comme le souligne Laulom, l'arrêt *Wolf* fait naître une nouvelle source de complexité : la possibilité de se fonder sur l'article 4§1 pour examiner la licéité des limites d'âge. Une telle justification n'interviendra néanmoins que rarement : l'âge est une caractéristique trop générale. Poser des limites d'âge pourrait renvoyer à des stéréotypes que l'interdiction des discriminations du fait de l'âge vise justement à combattre. L'évaluation des capacités physiques ou intellectuelles doit être avant tout individuelle et le critère d'âge ne devrait être admis que dans des cas exceptionnels (Laulom, 2010).

Signalons enfin que deux autres arrêts portant sur les discriminations fondées sur l'âge ont été rendus le 12 octobre 2010 ramenant le sujet de l'emploi des seniors devant la Cour. Il s'agit des arrêts *Rosenbladt*⁵ et *Andersen*⁶. Nous ne les évoquerons que très brièvement et invitons le lecteur intéressé à lire les jugements dans leur intégralité.

Mme Rosenbladt, une salariée allemande dont le contrat de travail avait pris fin du fait qu'elle avait atteint l'âge de la retraite à 65 ans, a contesté cette cessation de son contrat de travail au motif qu'il s'agissait selon elle d'une discrimination fondée sur l'âge. En Allemagne, la loi sur l'égalité de traitement prévoit que les clauses de cessation automatique des contrats de travail, en raison du fait que le salarié a atteint l'âge de la retraite, peuvent échapper à l'interdiction de discriminations fondées sur l'âge. Toujours selon cette loi, le pouvoir de convenir de telles clauses peut être conféré aux partenaires sociaux et mis en œuvre par une convention collective.

5. Affaire C-45/09, *Rosenbladt*, 12 octobre 2010, inédit.

6. Affaire C-499/08, *Andersen*, 12 octobre 2010, inédit.

Le Tribunal du travail de Hambourg demande à la Cour si ces clauses violent ou non l'interdiction de discriminations fondées sur l'âge prévue par la directive 2000/78. La Cour admet qu'il y a bien une différence de traitement fondée sur l'âge, et recherche si elle est justifiée. Elle relève tout d'abord que ce type de clause est pratiqué dans de nombreux États et est d'un « usage répandu dans les relations de travail ». Elle traduit la recherche d'un équilibre entre des intérêts divergents, mais légitimes, ceux des employeurs et des travailleurs, étroitement lié aux choix politiques en matière d'emploi et de retraite. De ce fait, une discrimination fondée sur l'âge se justifie. De plus, la clause de cessation automatique ne se fonde pas seulement sur l'âge, mais sur l'acquisition du droit à une compensation financière qui est la pension de retraite. Pour ces raisons, entre autres, la clause de cessation automatique telle qu'elle est prévue par la législation allemande en cause, ne viole pas la directive communautaire.

L'affaire *Andersen* visait quant à elle la privation d'une indemnité spéciale de licenciement pour les travailleurs ayant la possibilité de bénéficier d'une pension de retraite professionnelle au moment de la rupture de leur contrat. Au Danemark, les travailleurs ayant douze ans d'ancienneté dans la même entreprise ont droit à une indemnité spéciale de licenciement. Mais celle-ci n'est pas versée si le travailleur peut bénéficier à la date de son licenciement d'une pension de vieillesse en vertu d'un régime professionnel de retraite, même si son intention n'est pas d'arrêter de travailler. Selon la Cour, une telle législation est contraire à la directive 2000/78. En effet, il s'agit d'une différence de traitement fondée sur l'âge qui n'est justifiée ni « objectivement et raisonnablement », ni proportionnée à l'objectif poursuivi, en l'espèce, faciliter la transition vers un nouvel emploi.

1.2 De l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes : Roca Alvarez et Brouwer

Dans l'affaire *Roca Alvarez*⁷, la Cour de justice est saisie d'une question préjudicielle relative à la conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle sous l'angle de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.

7. Affaire C-104/09, *Roca Alvare*, 30 septembre 2010, inédit.

Ayant demandé à son employeur à bénéficier d'un congé d'allaitement prévu par le statut des travailleurs pour les parents d'enfants de moins de 9 mois, M. Roca Alvarez s'est vu refuser ce droit au motif que la mère de l'enfant n'était pas elle-même travailleuse salariée. Saisi en appel, le *Tribunal Superior de Justicia de Galicia* a rappelé que la disposition de 1900 devait à l'origine permettre l'allaitement en autorisant les femmes à s'absenter pendant la journée de travail ou à réduire la durée de travail. Mais ce texte a été rénové et détaché du fait biologique de l'allaitement et devait donc être considéré comme un temps d'attention à l'enfant. À cet égard, la loi prévoit que ce congé peut être pris indifféremment par la mère ou par le père dans le cas où les deux travaillent. Le Tribunal relève que dans ce contexte le fait de faire dépendre le droit du père au congé dit d'allaitement du droit de la mère qui doit elle-même être travailleuse salariée selon le texte équivaut à refuser un droit propre du père travailleur salarié au congé. Il sursoit à statuer et interroge dès lors la Cour de justice sur la compatibilité de cette situation avec la directive 76/207/CE mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans le domaine de l'emploi et du travail (Conseil des Communautés européennes, 1976).

La Cour reconnaît la différence de traitement entre les sexes. La mesure offre et réserve le droit au congé à toutes les mères ayant le statut de travailleuse salariée. Les pères n'y ont droit qu'à deux conditions : les deux parents doivent travailler et la mère de l'enfant doit être elle-même travailleuse salariée. La qualité de parent de l'enfant ne suffit pas à leur ouvrir le droit au congé (point 23). Or, d'après la jurisprudence antérieure, les situations des père et mère d'un enfant en bas âge sont comparables au regard de la nécessité de réduire leur temps de travail journalier afin de s'occuper de cet enfant⁸.

Cette différence de traitement peut-elle être justifiée ? La directive 76/207 prévoit en effet que des traitements différenciés peuvent être admis s'ils visent à assurer la protection de la grossesse et de la maternité ou à promouvoir l'égalité concrète des chances entre les hommes et les femmes. L'éventuel souci de protéger la condition biologique de la femme et le rapport spécial entre la mère et l'enfant est facilement rejeté puisque le juge espagnol avait déjà souligné la déconnexion du

8. Affaire C-476/99, *Lommers*, 19 mars 2002, Rec.2002 I-2891.

dispositif avec la pratique de l'allaitement maternel. La Cour rejette aussi la justification tirée de la réduction des inégalités de fait affectant la carrière professionnelle des femmes. Le fait de réserver le droit au congé à la mère ayant un statut de travailleur salarié est « de nature à perpétuer une distribution traditionnelle des rôles entre hommes et femmes en maintenant les hommes dans un rôle subsidiaire à celui des femmes en ce qui concerne l'exercice de la fonction parentale » (point 36). De plus, cela pourrait avoir pour conséquence qu'une travailleuse indépendante comme la mère de l'enfant de M. Roca Alvarez, qui ne peut bénéficier de ce congé, se verrait forcée de réduire ses activités professionnelles et de supporter seule la charge résultant de la naissance de son enfant (point 37). La Cour conclut donc à l'incompatibilité de la disposition espagnole avec la directive 76/207.

Nous ne reviendrons que très brièvement sur l'arrêt *Brouwer*⁹ rendu le 29 juillet et qui a donné l'occasion à la Cour de réaffirmer le principe d'égalité entre les hommes et les femmes dans un autre domaine, celui du calcul des pensions de retraite. En Belgique pour la période allant de 1984 à 1994, le calcul des pensions de retraite et de vieillesse des travailleurs frontaliers féminins se basait, en ce qui concerne les mêmes emplois ou les emplois de même valeur, sur des salaires journaliers fictifs et/ou forfaitaires inférieurs à ceux des travailleurs frontaliers masculins. La Cour a jugé qu'une telle réglementation était contraire à l'article 4§4 de la directive 79/7 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (Conseil des Communautés européennes, 1979).

1.3 De la protection des travailleuses enceintes ou accouchées : *Parviainen* et *Gassmayr*

Ces deux arrêts se prononcent sur l'interprétation à donner aux notions de rémunération et de prestation adéquates inscrites à l'article 11 de la directive 92/85/CEE relative à l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (Conseil des Communautés européennes, 1992).

9. Affaire C-577/08, *Brouwer*, 29 juillet 2010, inédit.

Dans le cadre de l'affaire *Parviainen*¹⁰, une hôtesse de l'air s'oppose à la compagnie aérienne finlandaise qui l'emploie au sujet de la rémunération perçue alors qu'elle était temporairement affectée, pendant sa grossesse, pour des raisons de sécurité, à un emploi au sol. En tant qu'hôtesse et chef de cabine, sa rémunération se composait pour 40 % de diverses primes (position hiérarchique, travail de nuit, dimanche, vols longs courrier). Selon le règlement de l'entreprise, sa rémunération relative à son affectation provisoire était calculée en ajoutant au salaire de base antérieur de la salariée un complément de rémunération correspondant à une moyenne des primes versées à toutes les hôtesse et tous les stewards relevant du même échelon de salaire, ce qui entraînait pour la requérante une baisse conséquente de son revenu.

L'affaire *Gassmayr*¹¹ oppose de son côté un médecin autrichien à la clinique qui l'emploie au sujet du refus de prise en compte des indemnités pour astreinte, incluses jusqu'à l'arrêt de travail dans la rémunération de la requérante, dans le calcul des prestations adéquates versées à la travailleuse alors enceinte et empêchée de travailler pour des motifs de santé et puis pendant son congé de maternité. Les heures supplémentaires d'astreinte représentant une part non négligeable de la rémunération des médecins internes hospitaliers, Mme Gassmayr demanda à ce que la prestation adéquate en question englobe une moyenne des indemnités pour astreintes perçues sur une période antérieure. La clinique refusa au motif que le paiement de ce type d'indemnités ne présente aucun caractère forfaitaire puisqu'il ne vise qu'à rétribuer un surcroît effectif d'activités.

Les juridictions nationales finlandaises et autrichiennes ont donc saisi la Cour pour se voir préciser les obligations résultant de l'article 11 de la directive 92/85. L'article 11 § 1 et 2 garantit aux travailleuses enceintes qui, pour des raisons de sécurité, doivent accepter un changement de poste, ou qui en cas d'impossibilité de changement doivent être dispensées de travail, et aux travailleuses en congé de maternité, « le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate ». La seule précision concernant le niveau de ressources est donnée par le § 3 qui ne vise que le congé de maternité, et selon lequel

10. Affaire C-471/08, *Parviainen*, 1er juillet 2010, inédit.

11. Affaire C-194/08, *Gassmayr*, 1er juillet 2010, inédit.

la prestation est jugée adéquate « si elle assure des revenus au moins équivalents à ceux que recevrait la travailleuse concernée dans le cas d'une interruption de ses activités pour des raisons liées à son état de santé ». Après avoir confirmé l'effet direct de l'article 11 (Gassmayr, points 43 -53), la Cour va apporter les précisions nécessaires non sans rappeler d'emblée que l'article 11 ne garantissait en aucun cas un droit au maintien intégral de la rémunération antérieure quelle que soit la période visée pendant la grossesse ou le congé de maternité.

Pour déterminer le niveau pertinent de rémunération selon le droit communautaire, il y a par contre lieu de distinguer selon la période. Durant la période de grossesse, où la travailleuse est en principe maintenue en activité (article 11 § 1), il faut distinguer selon qu'elle est, pour des raisons de sécurité, provisoirement affectée à un autre poste ou qu'elle est dispensée de travail. Dans le premier cas, la travailleuse enceinte doit selon la Cour conserver le bénéfice du salaire de base afférant à son contrat de travail. Concernant les primes, cela dépend de leur nature. La salariée a droit « aux éléments de rémunération et aux primes qui se rattachent à son statut professionnel, telles que, notamment, les primes se rattachant à sa qualité de supérieur hiérarchique à son ancienneté et à ses qualifications professionnelles » (Parviainen, point 60). Par contre, la Cour refuse de reconnaître un droit au maintien des éléments de rémunération ou primes dépendant « de l'exercice (...) de fonctions spécifiques, dans des conditions particulières, et qui visent essentiellement à compenser les inconvénients liés à cet exercice » (Gassmayr, point 65). La Cour précise en outre que la rémunération versée à la travailleuse enceinte suite au changement de poste ne saurait être inférieure à celle versée aux travailleurs occupant le poste sur lequel elle est provisoirement affectée tant pour le salaire que pour les primes se rattachant audit poste. En l'occurrence, Mme Parviainen ne pouvait prétendre d'emblée au maintien de ses primes. Il revient dès lors aux juges nationaux de vérifier si le système visant à compléter le salaire de base par une moyenne forfaitaire des primes versées au personnel naviguant de même échelon ne lèse pas la requérante dans les droits qu'elle tire de la directive.

En cas de dispense de travail au cours de la grossesse, on suit la même logique, comme illustré dans l'arrêt *Gassmayr* qui se réfère explicitement à l'arrêt Parviainen. Si les primes liées au poste sont exclues des droits garantis par la directive en cas d'affectation provisoire, il en va de

même des indemnités pour astreinte qui n'ont pas de caractère accessoire forfaitaire et qui ne visent exclusivement qu'à compenser un surcroît de travail lorsqu'il est fait appel au travailleur en dehors de ses heures normales de travail.

La question du montant de prestations pendant le congé de maternité a été posée dans l'arrêt *Gassmayr* : les indemnités pour astreinte habituellement perçues par la travailleuse doivent-elles être prises en compte pour déterminer le niveau de la rémunération ou de la prestation adéquate visée par la directive. Ici encore, la Cour refuse d'interpréter l'article 11§2 comme ouvrant un droit au maintien intégral de la rémunération antérieure d'autant que l'article 11§3 formule une règle plus précise que pour les cas précédents : la travailleuse a la garantie d'obtenir un revenu au moins équivalent à celui de la prestation prévue par les législations nationales en cas de congé maladie. La directive ne formule qu'une règle minimale de protection qui n'empêche pas les États membres de proposer des conditions plus favorables. Or, le système autrichien garantissait à Mme Gassmayr le maintien de l'intégralité de son salaire hors indemnités pour astreinte ce qui dépassait ce minimum et devait être validé par la Cour (Jacqmain, 2010).

2. Des conditions de travail

2.1 De l'aménagement du temps de travail : *Union Syndicale Solidaires Isère, Fuß*

Dans cette première affaire, le Conseil d'État français a été saisi par l'Union Syndicale Solidaires Isère d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un décret d'application relatif au contrat d'engagement éducatif pris pour l'application de la loi relative au volontariat associatif et à l'engagement éducatif¹². Ce contrat couvre la participation occasionnelle et saisonnière à des fonctions d'animation ou de direction d'un accueil collectif de mineurs à caractère éducatif organisé entre autres pendant les vacances scolaires. La réglementation française prévoit d'une part que la durée cumulée des contrats conclus par un même titulaire ne peut excéder 80 jours sur une période de 12 mois et d'autre

12. Affaire C-428/09, *Union Syndicale Solidaires Isère*, 14 octobre 2010, inédit.

part que le titulaire du contrat dispose d'un repos hebdomadaire qui ne peut être inférieur à 24 heures consécutives. Elle est par contre muette concernant le repos journalier, sachant que le contrat en question n'est pas soumis aux dispositions du Code du travail sur le temps de travail. Une telle réglementation est-elle dès lors compatible avec les prescriptions relatives aux périodes de repos inscrites dans la directive 2003/88 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (Conseil de l'Union européenne, 2003) ?

La Cour a d'abord été interrogée sur l'applicabilité de la directive au contrat d'engagement éducatif : les activités en question entrent-elles dans le champ d'application de la directive et les titulaires de ces contrats sont-ils bel et bien qualifiés de travailleurs ? La Cour a déjà eu l'occasion d'expliquer que le champ d'application de la directive doit se comprendre de manière large et les exceptions doivent être interprétées de façon restrictive. Par ailleurs, les titulaires des contrats sont bel et bien des travailleurs au sens autonome et propre du droit de l'Union européenne. Il importe peu que ces personnes travaillent sous contrat à durée déterminée ou ne soient que partiellement soumises au Code du travail. Les critères de la définition européenne de travailleur sont remplis : une personne accomplissant en faveur d'une personne et sous sa direction des prestations en contrepartie desquelles elle perçoit une rémunération.

Vient ensuite la compatibilité du décret avec les prescriptions de la directive en matière de repos. L'article 3 de la directive prévoit en effet que les États membres doivent garantir à tout travailleur le bénéfice d'une période de repos minimal de 11 heures consécutives au cours de chaque période de 24 heures. Cette disposition admet néanmoins des exceptions reprises à l'article 17. Le silence du décret sur le repos journalier viole de façon évidente l'article 3. Mais le contrat d'engagement éducatif peut-il bénéficier de dérogations ? Conformément à la jurisprudence *Jaeger*¹³, il y a lieu d'interpréter strictement les dérogations : les titulaires du contrat ne peuvent pas s'inscrire dans la catégorie des travailleurs dont la durée de travail n'est pas mesurée ou prédéterminée (cadres autonomes, main-d'œuvre familiale, travailleurs des communautés religieuses) repris à l'article 17§1. Par contre, la Cour admet l'assimilation

13. Affaire C-151/02, *Jaeger*, 9 septembre 2003, Rec. 2003, I-8389.

de leur activité à une activité de garde, de surveillance et de permanence caractérisée par la nécessité d'assurer la protection des biens et des personnes figurant au §3 sous b). Cette dérogation est néanmoins subordonnée au fait que « des périodes équivalentes de repos compensateur soient accordées aux travailleurs concernés ou que, dans des cas exceptionnels dans lesquels l'octroi de telles périodes équivalentes de repos compensateur n'est pas possible pour des raisons objectives, une protection appropriée soit accordée auxdits travailleurs » (article 17§2). Conformément à *Jaeger*, la période de repos compensateur suppose que le travailleur soit entièrement libre de son temps et qu'elle succède immédiatement au temps de travail qu'elle est censée compenser. Or, la mesure prévoyant de limiter les contrats à 80 jours dans une année ne répond pas à l'évidence à l'exigence d'un repos compensateur. La Cour n'est pas du reste convaincue par l'argumentation du gouvernement français arguant que les activités des personnels des centres de vacances et de loisirs sont des cas exceptionnels rendant impossible l'octroi de repos compensateur au motif que la surveillance des mineurs s'imposerait au personnel jour et nuit. Elle n'est pas plus convaincue par le fait que la limitation de 80 jours de travail sur une année serait une mesure de protection appropriée.

La Cour de justice s'est montrée par le passé favorable aux salariés sur la question du temps de travail¹⁴ et poursuit dans cette voie en concluant fermement que la réglementation nationale qui ne permet pas « aux travailleurs de bénéficier du droit au repos journalier pendant toute la durée de leur contrat de travail, même s'il s'agit d'un contrat d'une durée maximale de 80 jours par an, non seulement vide de sa substance un droit individuel expressément accordé par cette directive, mais est également en contradiction avec l'objectif de cette directive » (point 60). Il s'agit de rappeler l'objectif de santé et de sécurité visé par la directive, priver des travailleurs de repos journaliers reviendrait à les mettre en danger.

Rendu le même jour, l'arrêt *Fuß*¹⁵ permet à la Cour de rappeler l'effet direct de la règle de la durée maximale de travail hebdomadaire de 48 heures et de revenir sur les droits que tirent les travailleurs de sa

14. Voir notamment Affaire C-350/06, *Schultz-Hoff*, 20 janvier 2009, Rec.2009, I-179.

15. Affaire C-243/09, *Fuß*, 14 octobre 2010, inédit.

violation. Affecté en 2007 au service d'intervention « protection anti-incendie » des sapeurs-pompiers de la ville de Halle dans le Land de Saxe-Anhalt, M. Fuß, sapeur-pompier gradé a refusé de se soumettre à l'horaire de travail de service fixé à 54 heures par semaine. Sa hiérarchie l'a dès lors muté dans un service central de commandement où l'horaire de travail hebdomadaire était de 40 heures. Refusant cette mutation forcée, M. Fuß saisit le tribunal administratif en se prévalant d'une violation de la directive 2003/88. La ville de Halle soutenait de son côté que la mesure de mutation n'avait d'autre but que de satisfaire la demande du pompier et non de le sanctionner, avant de revoir toute l'organisation du service pour se conformer aux prescriptions de ladite directive.

Débouté en première instance, M. Fuß saisit le *Verwaltungsgericht Halle* qui a interrogé la Cour sur l'interprétation à donner à l'article 22 §1, 1 b) relatif au sort des salariés refusant de travailler à des conditions dérogeant à la règle inscrite à l'article 6. La Cour va néanmoins reformuler la question arguant que les autorités nationales n'avaient pas fait usage de la dérogation visée à l'article 22. Elle se concentre dès lors sur l'article 6 b) qui établit que « la durée moyenne de travail pour chaque période de sept jours n'excède pas quarante-huit heures, y compris les heures supplémentaires ».

S'agissant de savoir si l'existence d'une violation de l'article 6, b) est ou non conditionnée à un préjudice subi par le travailleur qui s'en prévaut, la Cour répond par la négative. La durée maximale hebdomadaire de travail est une règle de droit social de l'Union revêtant une importance particulière à laquelle est soumise l'activité de sapeur-pompier. L'article 17 § 3 ne prévoit de plus aucune dérogation pour ce type d'activités et ni l'État fédéral, ni le Land de Saxe-Anhalt n'ont fait usage au moment des faits de la possibilité de dérogation inscrite à l'article 22. La Cour en déduit que le dépassement de la durée maximale de travail édictée par l'article 6 constitue en soi une violation de la règle, peu importe l'existence ou non d'un préjudice.

Quant aux conséquences de cette violation pour les justiciables, la Cour avait déjà jugé que la disposition était d'effet direct, l'obligation étant inconditionnelle et suffisamment précise pour conférer des droits directement invocables aux particuliers, dans leurs rapports avec l'État ou les autorités publiques décentralisées, à l'expiration du délai de

transposition. L'exigence consistant à donner un effet utile à l'article 6 et le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective incitent la Cour à condamner la pratique visant à muter un travailleur se prévalant de l'application de cette règle contre l'autorité qui a manqué à son obligation de la transposer : « une mutation forcée telle que celle en cause au principal, a pour effet de vider de sa substance le droit conféré par l'article 6 sous b) de la directive 2003/88 ».

Une telle réponse devrait inciter le juge allemand à annuler la décision de mutation. Entre-temps, la réglementation applicable dans le service d'intervention a été modifiée en 2007 pour porter la durée moyenne maximale de travail à 48 heures et mobiliser l'option de dérogation inscrite à l'article 22 § 1¹⁶.

2.2 Des droits des travailleurs à temps partiel : affaires jointes *Bruno et Pettini*

Poursuivant son action de garantie de l'effectivité des droits sociaux établis par les directives européennes résultant d'accords-cadres, la Cour se prononce sur les droits des travailleurs à temps partiel et sur le système italien de comptabilisation de leurs périodes de travail aux fins de définir leurs droits à pension¹⁷.

Bruno et Pettini sont employés de la société Alitalia en tant que personnel naviguant. Ils ont demandé que leurs cotisations aux fins des prestations sociales soient égales au nombre total de semaines comprises dans la période de travail à temps partiel. Ils ont déclaré avoir demandé et obtenu la conversion de leur contrat de travail à temps plein en contrat de travail à temps partiel, dit contrat « vertical cyclique ». La formule dite du « temps partiel vertical cyclique » est un mode d'organisation par lequel le salarié ne travaille que certaines semaines ou certains mois de l'année, en effectuant un horaire plein ou réduit. Ainsi, ils ont travaillé durant certains mois de l'année, et non pendant les autres. L'Institut National de la Sécurité sociale (INPS) a considéré que seules

16. Driguez, L. note sous CJUE, 14 octobre 2010, Europe 2010, commentaire 429.

17. Affaires conjointes C-395/08 et C-396/08, *Bruno et Pettini*, 10 juin 2010, inédit.

les périodes travaillées pouvaient constituer des périodes de cotisation aux fins de la pension, en excluant les périodes d'inactivité.

Condamnée en première instance, l'INPS a interjeté appel de ce jugement en relevant que, en vertu de la loi italienne, les cotisations hebdomadaires devant être prises en compte aux fins des prestations de retraite sont celles pour lesquelles une rémunération a effectivement été versée (ou qui sont reconnues comme telles à cet effet). La Cour d'appel de Rome a décidé de surseoir à statuer et d'interroger la Cour : dans le cas d'un travail à temps partiel vertical, la loi visant à exclure les périodes non travaillées du calcul de l'ancienneté requise pour acquérir un droit à une pension de retraite est-elle compatible avec les clauses 1, 4 et 5 de la directive 97/81 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par les partenaires sociaux (Conseil de l'Union européenne, 1997) ?

Avant d'attaquer le fond, la Cour se penche d'abord sur l'applicabilité de la directive dans le cas soumis. S'agissant de droits à pensions, le champ d'application matériel pose problème dans la mesure où l'accord-cadre ne vise que les conditions d'emploi. En l'absence de précision dans le texte ou ses sources, la Cour va opter pour une analyse systématique de la notion et retenir une interprétation large du terme en se référant aux objectifs fondamentaux de la politique sociale européenne visant l'amélioration des conditions de vie et de travail des travailleurs et la protection contre les discriminations, dont le droit à la rémunération ne peut être exclu.

Les pensions en cause peuvent-elles être comprises dans la notion générale de rémunération ? La Cour se fonde sur sa jurisprudence antérieure construite sur l'ex-article 141 consacrant l'égalité entre les hommes et les femmes en matière de rémunération : les pensions sont considérées comme de la rémunération et relèvent des conditions de travail si leur attribution procède d'un lien avec la relation d'emploi. Sont donc exclues les pensions relevant des régimes légaux de sécurité sociale même liées à l'activité professionnelle. Ce critère principal est associé à d'autres critères complémentaires cumulatifs : sont liées à l'emploi, les pensions qui n'intéressent qu'une catégorie particulière de travailleurs, qui sont directement fonction du temps de service accompli et dont le montant est calculé sur la base du dernier traitement. Elle renvoie l'interprétation à la juridiction italienne en

précisant que ni la nature de l'INPS, ni son activité de gestionnaire de la sécurité sociale, ni l'actionariat public d'Alitalia ne sont déterminants.

L'autre difficulté d'applicabilité de la directive se situait sur le plan temporel : la Cour confirme que le calcul d'ancienneté requise pour acquérir des droits à pension est régi par les dispositions de la directive 97/81 en ce compris les périodes d'activité antérieures à sa date d'entrée en vigueur. En effet, une règle nouvelle s'applique sauf dérogation, immédiatement aux effets futurs d'une situation née sous l'empire de la règle ancienne.

La Cour en vient alors à la question de fond : le mode de calcul de l'ancienneté retenu par l'INPS pour les travailleurs à temps partiel vertical cyclique est-il contraire au principe de non-discrimination entre travailleurs à temps plein et travailleurs à temps partiel figurant à la clause 4 de l'accord-cadre ?

Tout d'abord, la Cour examine si le fait d'exclure du calcul de l'ancienneté les périodes non travaillées des travailleurs à temps partiel conduit à les traiter de manière moins favorable que les travailleurs à temps plein qui se trouvent dans une situation comparable. Or elle relève d'emblée que « pour un travailleur à temps plein, la durée prise en compte pour le calcul de l'ancienneté requise pour acquérir le droit à une pension de retraite coïncide avec celle de la relation d'emploi. En revanche, pour les travailleurs à temps partiel vertical cyclique, l'ancienneté n'est pas décomptée sur la même base, puisqu'elle est calculée sur la seule durée des périodes effectivement travaillées compte tenu de la réduction des horaires de travail » (point 61). Pour la Cour, il s'agit là d'une différence de traitement fondée sur le seul motif du travail à temps partiel. Elle relève en effet qu'un travailleur à temps plein bénéficie pour une période d'emploi de douze mois consécutifs, d'un an d'ancienneté pour la détermination de son droit à pension. Or, le travailleur à temps partiel sera crédité pour la même période, d'une ancienneté égale à 75 % seulement de celle de son collègue à temps plein. Alors que leurs contrats de travail ont une durée effective équivalente, l'un acquiert l'ancienneté ouvrant un droit à pension de retraite plus lentement que l'autre. Ayant conclu que la réglementation telle que celle en cause au principal traite de manière moins favorable les travailleurs à temps partiel vertical cyclique que les travailleurs à temps plein, et ce au seul motif qu'ils travaillent à temps partiel, la Cour

s'interroge sur le point de savoir si cette différence peut être justifiée par des raisons objectives.

L'INPS et le gouvernement italien justifiaient cette différence de traitement par le fait que le contrat de travail à temps partiel vertical cyclique est, en droit italien, considéré comme suspendu pendant les périodes non travaillées, aucune rémunération ni cotisation n'étant versée durant celles-ci.

Bien que la Cour doute de la pertinence de l'argumentation des parties demandresses, elle estime qu'il « appartient à la juridiction de renvoi de donner à une disposition de droit interne, dans toute la mesure où une marge d'appréciation lui est accordée par le droit national, une interprétation et une application conformes aux exigences du droit de l'Union et, pour autant qu'une telle interprétation conforme n'est pas possible, de laisser inappliquée toute disposition du droit interne qui serait contraire à ces exigences » (point 74).

Par conséquent, contrairement aux conclusions de l'Avocat général, la Cour de justice dit pour droit : « S'agissant de pensions de retraite, la clause 4 de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel (...) doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale qui, pour les travailleurs à temps partiel vertical cyclique, exclut les périodes non travaillées du calcul de l'ancienneté requise pour acquérir un droit à une telle pension, à moins qu'une telle différence de traitement ne soit justifiée par des raisons objectives ».

En mettant en cause la régularité du mode de calcul des droits à pension des travailleurs à temps partiel vertical cyclique, les juges européens ont soulevé la question de la définition du temps partiel vertical dans le système italien et du régime légal qui lui est applicable, ce qui ne manquera pas d'avoir des répercussions en droit du travail italien¹⁸.

18. Driguez, L. note sous CJUE, 10 juin 2010, *Istituto nazionale della previdenza sociale*, C-395/08 et C-396/08, Europe 2010, commentaire 287. Voir également les arrêts Sorge sur l'applicabilité de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, arrêt du 24 juin 2010 (C-98/09) ; et Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols du 22 avril 2010 concernant le travail à temps partiel (C-486/08).

3. Droits et obligations des travailleurs et des employeurs

3.1 De la représentation collective des travailleurs en cas de transfert d'entreprise : *Federación de Servicios Públicos de la UGT*

L'affaire *Federación de Servicios Públicos de la UGT*¹⁹ donne l'occasion à la Cour de justice d'interpréter pour la première fois la notion d'autonomie au sens de l'article 6§1 de la directive 77/187/CEE relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise (Conseil des Communautés européennes, 1977). Il s'agissait d'expliquer le sens de l'article 6§1 de la directive selon lequel si l'entreprise transférée conserve son autonomie, les représentants des travailleurs concernés par le transfert subsistent selon les mêmes conditions après ledit transfert. Le litige opposait une commune d'Andalousie à la fédération des services publics de l'UGT (un des principaux syndicats espagnols). Un arrêté municipal ayant décidé le rachat de concessions de services publics de conciergerie, de nettoyage et d'entretien de différentes infrastructures publiques jusqu'alors confiées à quatre entreprises privées, les anciens salariés avaient tous été intégrés au personnel municipal et affectés aux mêmes tâches que celles qu'ils occupaient chez leur précédent employeur. Aucune modification substantielle de l'organisation du travail n'avait eu lieu excepté l'ajout au sommet de la hiérarchie de conseillers municipaux compétents et du maire. Suite au refus de la mairie d'accorder aux anciens représentants élus du personnel le bénéfice d'heures de délégation conformément à leur statut, le syndicat UGT-FSP saisit le tribunal du travail afin de faire valoir les droits des représentants.

La Cour vérifie d'abord qu'elle est bien en présence d'un transfert d'entreprise au sens de l'article 1. Elle rappelle sa jurisprudence constante établissant comme critère principal du transfert le maintien de l'identité de l'entité économique tout en acceptant des modalités plus larges pour le transfert. Même si le texte n'évoque que les transferts opérés par cession conventionnelle ou fusion, ceux résultant d'une

19. Affaire C-151/09, *Federación de Servicios Públicos de la UGT*, 29 juillet 2010, inédit.

décision unilatérale des pouvoirs publics sont également compris dans le régime²⁰. Par ailleurs, si l'identité de l'entité transférée comprend classiquement un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre, la Cour a déjà reconnu par le passé que dans certains secteurs, une entité économique pouvait fonctionner sans éléments d'actifs corporels ou incorporels significatifs²¹. C'est le cas des activités de main-d'œuvre. Il y a dès lors bel et bien transfert d'entreprise dans le cas d'espèce.

Elle se penche ensuite sur la question de savoir si les activités maintenues conservent leur autonomie au sein de la nouvelle entité qui les a reprises selon le critère de l'article 6§1. C'est dans l'interprétation de cet article que réside tout l'intérêt de l'arrêt. La Cour insiste sur le sens et la portée du terme « autonomie » par rapport à « l'identité » visée à l'article 1^{er}. Par autonomie, il faut entendre l'ensemble des pouvoirs d'organisation de l'activité et de direction sur les travailleurs accordés aux responsables de l'entité économique. Elle est maintenue au sens de la directive « lorsque, postérieurement au transfert, les pouvoirs organisationnels des responsables de l'entité transférée demeurent au sein des structures d'organisation du cessionnaire, en substance, inchangés par rapport à la situation telle qu'elle existait avant le transfert » (point 44). Autrement dit, l'entité transférée ne doit pas se fondre dans les activités du cessionnaire. La Cour souligne l'importance « que l'ensemble des responsables de l'entité transférée puisse exercer l'ensemble des pouvoirs dont il disposait antérieurement au transfert par rapport à d'autres structures d'organisation du nouvel employeur » (point 47). Dans un tel cas, il importe peu que certains pouvoirs organisationnels internes à l'entité soient redistribués ou qu'un nouvel échelon de pouvoir hiérarchique ait été ajouté à partir du moment où il n'interviendrait par substitution dans la prise de décision qu'exceptionnellement dans des cas d'urgence. Ni le surcoût représenté par le paiement des heures de délégation accordées aux représentants du personnel, ni la double représentation et la différence de traitement engendrée temporairement au sein du personnel de la ville n'ont réussi à convaincre la Cour au grand dam des autorités publiques espagnoles.

20. Affaire C-343/98, *Collino et Chiappero*, 14 septembre 2000, Rec.2000, I-6659.

21. Affaire C-127/96, C-229/96, C-74/97, *Hernández Vidal*, 10 décembre 1998, Rec.1998, I-8179.

La Cour définit l'autonomie de manière fonctionnelle imposant aux juges d'observer tant l'organisation économique que managériale de l'entreprise ou de l'établissement transféré avant de se prononcer sur les conséquences attachées au transfert. Elle s'est acquittée de la mission qui est la sienne lorsqu'une disposition du droit de l'Union ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée, et que les exigences d'application uniforme du droit de l'Union et le principe d'égalité commandent une interprétation autonome et unique de la disposition²².

Notons très brièvement qu'un autre arrêt portant également sur l'applicabilité de la directive 2001/23/CE dans l'affaire *Albron Catering BV*²³ a été rendu le 21 octobre 2010. Un employeur central au sein d'un groupe de sociétés néerlandaises détachait le personnel auprès de différentes sociétés de ce groupe. Un salarié qui travaillait dans ces conditions pour une société de fourniture de repas dont l'activité a ensuite été cédée à une autre entreprise auprès de laquelle l'intéressé est alors entré en fonction, a demandé à ce qu'il soit jugé que le transfert des activités de fourniture de repas soit considéré comme un transfert d'entreprise ouvrant droit à la protection de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001. Saisie d'une question préjudicielle, la Cour de justice précise qu'en cas de transfert au sens de la directive 2001/23/CE d'une entreprise appartenant à un groupe à une entreprise extérieure à ce groupe, peut également être considéré comme un « cédant », au sens de l'article 2, § 1, sous a), de ladite directive, l'entreprise du groupe à laquelle les travailleurs étaient affectés de manière permanente sans toutefois être liés à cette dernière par un contrat de travail, bien qu'il existe au sein de ce groupe une entreprise avec laquelle les travailleurs concernés étaient liés par un tel contrat de travail.

3.2 De la protection des représentants de travailleurs par des accords collectifs : *Holst*

L'affaire *Holst*²⁴ a permis à la Cour de dire pour droit que la directive sur l'information et la consultation des travailleurs pouvait être

²². Laetitia Driguez, note sous CJUE, 29 juillet 2010, C-151/09, Europe 2010, commentaire 338.

²³. Affaire C-242/09, *Albron Catering BV*, 21 octobre 2010, inédit.

²⁴. Affaire C-405/08, *Holst*, 11 février 2010, inédit.

transposée par la voie d'accords collectifs d'application générale pour autant que la garantie d'exercice accordée aux représentants des travailleurs y respecte un seuil minimal de protection.

Au Danemark, LO et DA, deux grandes confédérations syndicale et patronale ont signé un accord de coopération, le « *Samarbejdsaftalen* », qui constitue l'une des mesures de transposition de la directive 2002/14/CE établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne (Conseil de l'Union européenne, 2002). L'accord prévoit notamment la mise en place de conseils d'entreprise dans les sociétés de plus de 35 salariés. Selon cet accord, le délai de préavis de licenciement d'un représentant des travailleurs qui ne bénéficie pas déjà de la protection en tant que délégué du personnel est celui de la convention collective, majoré de six semaines.

M. Holst, ingénieur d'études pour la société BWV, a le statut d'employé. À ce titre, il bénéficie de la protection contre le licenciement abusif prévue par la loi nationale (dite loi « FL ») et peut prétendre dans un tel cas à une indemnisation pouvant s'élever à un maximum de six mois de salaires. En 2001, il a également été élu au conseil d'entreprise de BWV. Il est enfin membre de l'IDA, fédération danoise des ingénieurs qui n'est pas membre de LO et qui n'a signé aucun accord collectif avec la société BWV, l'IDA n'est donc pas signataire du *Samarbejdsaftalen*. Le 24 janvier 2006, BWV a signifié à M. Holst son licenciement, dans le cadre d'une réduction des effectifs de l'entreprise, avec préavis de six mois. Agissant au nom de M. Holst, l'IDA a saisi le *Byretten i Esbjerg* d'une action en indemnisation sur le fondement de la « FL » soutenant que ce licenciement ne reposait pas sur des raisons objectives. Elle faisait également valoir que M. Holst, en sa qualité de représentant des travailleurs au sein du conseil d'entreprise, bénéficiait d'une protection particulière contre le licenciement, en application de l'article 7 de la directive 2002/14/CE. Déboutée en première instance, l'IDA forma un recours devant le *Vestre Landsret*, qui décida de surseoir à statuer et de saisir la Cour de justice.

La Cour est d'abord interrogée sur la portée d'une transposition de directive par voie d'accord collectif : est-il possible que l'accord collectif relatif à l'institution des conseils d'entreprise soit applicable à M. Holst alors même qu'il n'est pas adhérent d'un syndicat signataire ou affilié à

l'organisation syndicale signataire de l'accord? Se fondant sur l'article 11§ 1 de la directive 2002/14/CE, la Cour de justice rappelle que les États membres ont la possibilité de laisser aux partenaires sociaux, le soin de mettre en place les dispositions nécessaires pour réaliser la transposition de cette directive. En outre, cette directive permet aux États membres d'assurer un rôle prépondérant aux partenaires sociaux, en ce qu'elle leur permet de définir librement, par voie d'accord, les modalités d'information et de consultation des travailleurs qu'ils jugent les plus conformes à leurs besoins. Toutefois, cette faculté dont disposent les États membres ne doit pas les dispenser de l'obligation de s'assurer, par des mesures législatives, réglementaires ou administratives appropriées, que tous les travailleurs peuvent bénéficier dans toute son étendue de la protection conférée par cette directive. Cette garantie étatique doit intervenir dans les cas où la protection n'est pas assurée d'une autre manière, notamment lorsque l'absence de protection est due au fait que les travailleurs ne sont pas syndiqués. La Cour estime que le fait qu'une personne ne soit pas membre de l'organisation syndicale signataire de la convention collective n'a pas en soi pour effet de la soustraire à la couverture juridique conférée par la convention collective en question. Dès lors, elle juge que la directive 2002/14/CE ne s'oppose pas à ce qu'un travailleur non membre de l'organisation signataire d'une convention collective bénéficie en application de cette convention, de la protection prévue par celle-ci.

La Cour est ensuite interrogée sur l'interprétation à donner à l'article 7 de la directive lequel dispose que : « les États membres veillent à ce que les représentants des travailleurs jouissent dans l'exercice de leurs fonctions, d'une protection et de garanties suffisantes leur permettant de réaliser de façon adéquate les tâches qui leur ont été confiées ». Selon la Cour, il ne ressort ni du libellé, ni de l'esprit de l'article 7 de la directive 2002/14/CE, qu'une protection renforcée contre le licenciement devrait être nécessairement accordée aux représentants des travailleurs. De plus, cette directive n'instituant qu'un cadre général fixant des exigences minimales, le législateur communautaire a entendu laisser une large marge d'appréciation aux États membres et aux partenaires sociaux pour l'adoption des mesures de protection et des garanties à l'égard des représentants des travailleurs. Toutefois, cette marge d'appréciation des États membres n'est pas illimitée. En outre, la Cour considère que si la directive 2002/14/CE n'exige pas que la protection accordée aux représentants des travailleurs par une loi de transposition

ou par une convention collective adoptée pour transposer cette directive soit identique, cette protection doit toutefois respecter le seuil minimal prévu à l'article 7. Or, elle observe que le licenciement d'un représentant des travailleurs du fait de cette qualité serait incompatible avec la protection accordée par l'article 7 de la directive, par conséquent « un représentant des travailleurs faisant l'objet d'une décision de licenciement doit [...] être en mesure de vérifier, dans le cadre de procédures administratives ou juridictionnelles appropriées, que cette décision n'est pas motivée par sa qualité ou l'exercice de ses fonctions de représentant et les sanctions adéquates doivent être applicables dans l'occurrence où il s'avérerait qu'il existe une relation entre lesdites qualité ou fonctions et la mesure de licenciement prise à l'encontre de ce représentant » (point 59).

Selon la Cour, une convention collective prévoyant une protection des représentants des travailleurs inférieure à celle que le législateur considère comme nécessaire dans une loi de transposition pour se conformer au seuil minimal de protection de l'article 7 ne serait pas conforme à celui-ci. Toutefois, la question de savoir si la protection accordée par une convention collective est inférieure à celle accordée par la loi de transposition doit être examinée à la lumière de l'ensemble des règles pertinentes du droit national. Il reviendra à la juridiction de renvoi de vérifier si le licenciement de M. Holst a été abusif et si les dispositions qui lui sont applicables sont de nature à garantir une protection effective des droits que lui confère la directive 2002/14/CE et notamment l'article 7. Cette protection effective « ne saurait être garantie si seuls les travailleurs membres du conseil d'entreprise qui sont affiliés à un syndicat signataire de la convention collective en cause peuvent s'assurer que leur licenciement n'est pas intervenu en raison de leur qualité ou de leurs fonctions de représentants des travailleurs » (point 65). Le juge national pourrait ainsi être amené à considérer que la combinaison du délai de préavis majoré prévu par l'accord et de la protection de droit commun contre les licenciements abusifs accordée à tout salarié suffirait à atteindre ce seuil sans imposer à l'instar de la loi de transposition, le contrôle d'un motif impérieux de licenciement²⁵.

25. L. Driguez, observations sous CJUE, 11 février 2010, Holst, C-405/08, Europe 2010, comm.140.

Conclusion

L'activité de la Cour a été intense en 2010. Les questions préjudicielles posées lui permettent de jouer son rôle d'interprétation du droit communautaire, assurant ainsi une application uniforme des textes européens à travers l'ensemble des États membres. Le principe de non-discrimination liée à l'âge a été approfondi (Wolf, Petersen, Küçükdeveci) et la question de la conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle a été revue sous l'angle de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes (Roca Alvarez, Parviainen, Gassmayr). Celles liées à l'aménagement du temps de travail et aux contrats atypiques ont été à nouveau examinées (Holst, Fuß,...). Cette activité jurisprudentielle se poursuivra sans nul doute en 2011.

Dans l'affaire *Defossez*²⁶, la Cour se prononcera sur l'interprétation de la directive 80/987/CEE relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, telle que modifiée par la directive 2002/74/CE en ce qui concerne la détermination de l'institution de garantie compétente pour le paiement des créances.

L'affaire *CLECE SA*²⁷ permettra à la Cour d'éclaircir la juridiction de renvoi sur le point de savoir si la directive 2001/23 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 couvre une situation dans laquelle une administration communale qui avait auparavant confié le nettoyage de ses locaux à une entreprise privée, résilie par la suite ce contrat pour effectuer le service de nettoyage elle-même en n'engageant à cette occasion que du nouveau personnel. Du point de vue juridique, cette affaire soulève la question de la portée du champ d'application de cet acte du droit de l'Union, la Cour devant examiner à cette occasion si la condition nécessaire pour un transfert d'entreprises, le maintien d'une unité économique, est encore remplie lorsque ne sont transférés, ni les moyens d'exploitation, ni le moindre travailleur et que le « transfert » en tant que tel n'est au contraire constitué que par le seul maintien de la fonction.

26. Affaire C-477/09, *Defossez*.

27. Affaire C-463/09, *Clece SA*.

Est-il compatible avec les droits fondamentaux garantis dans l'Union européenne de prendre le sexe de l'assuré en considération en tant que facteur de risque lors de l'élaboration de contrats privés d'assurance vie ? Telle est en substance la question que la Cour devra tirer au clair dans l'affaire *Association belge des consommateurs Test-Achats ASBL*²⁸. Elle devra pour cela examiner, pour la première fois, des dispositions de droit matériel énoncées dans la directive 2004/113/CE.

Références

- CCE (2010), Communication de la Commission « Révision de la directive sur le temps de travail » (première phase de consultation des partenaires sociaux au niveau de l'Union au titre de l'article 154 du TFUE), COM (2010) 106 final du 24 mars 2010.
- 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 (JO L 39, p. 40), telle que modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, JO L 269, p. 15.
- Conseil des Communautés européennes (1979), Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, JO L 6, 10 janvier 1979, pp. 24-25.
- Conseil de l'Union européenne (1992), Directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE), JO L 348, 26 novembre 1992, pp. 1-8.
- Conseil de l'Union européenne (1997), 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, JO L 14, 20 janvier 1998, pp.9-14.

28. Affaire C-236/09, *Test-Achats*.

- Conseil de l'Union européenne (1998), Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, JO L 225 du 12 août 1998, pp. 16–21.
- Conseil de l'Union européenne (2000), 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, JO L 303, 2 décembre 2000, pp. 16-22.
- Jacqmain, J. (2010), « Égalité entre travailleurs féminins et masculins – Autres discriminations “article 19 TFUE” », *Journal de Droit Européen*, n° 174, décembre 2010, pp.312-315.
- Kokott, J. et Sobotta, C. (2010), « The charter of fundamental rights of the European Union after Lisbon », EUI Working Papers n° 2010/6, European University Institute.
- Laulom, S. (2010), « Non-discrimination en fonction de l'âge : un principe général du droit de l'UE », *Semaine sociale Lamy*, n° 1432, 8 février 2010, pp.5-9
- Michéa, F. (2010), « Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge. Retour sur la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne », *Droit Social*, n° 11, novembre 2010, pp. 1060-1069.
- Parlement européen et Conseil de l'Union européenne (2002), Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs, JO L 80, 23 mars 2002, pp. 29-34.
- 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, JO L 299, 18 novembre 2003, p. 9.
- Robin-Olivier, S. (2010), « Politique sociale de l'Union européenne. Chronique 2010 », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 46 n° 3, pp. 673-694.